

Ausgabe
Nr. 5

Schriftenreihe
zu aktuellen Themen
der Schadenversicherung

H.-G. Bollweg · J. Brollowski · H. Lemcke · G. Wagner

Quo vadis Deliktsrecht?

*Änderungen im Schadenersatzrecht
und deren Auswirkungen auf
Versicherer und Verbraucher*

e+s rück

Schriftenreihe
zu aktuellen Themen
der Schadenversicherung

Ausgabe Nr. 5

H.-G. Bollweg · J. Brollowski · H. Lemcke · G. Wagner

Quo vadis Deliktsrecht?

*Änderungen im Schadenersatzrecht
und deren Auswirkungen auf
Versicherer und Verbraucher*

Inhalt

Kapitel		Seite
1.	Grußworte	5
2.	Der lange Weg zum neuen Recht – Stationen des Gesetzgebungsverfahrens	7
2.1	Anlass und Vorgeschichte des Vorhabens	7
2.1.1	Referentenentwürfe 1967 und 1975	7
2.1.2	(Erstes) Gesetz zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften	7
2.1.3	Schuldrechtsreform	7
2.1.4	Schlussbericht des HIV-Untersuchungsausschusses	7
2.1.5	Entschließung des Bundesrates vom 14. Juli 1995	8
2.1.6	Interministerielle Arbeitsgruppe Arzneimittelhaftung (IAA)	8
2.1.7	(Vorgänger-)Entwurf eines 2. Schadenersatzrechtsänderungs- gesetzes aus der 13. Legislaturperiode	9
2.1.8	SPD-Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Arzneimittelhaftungsrechts aus der 13. Legislaturperiode	10
2.1.9	Entschließung des Bundesrates vom 19. Juni 1998	10
2.1.10	62. Deutscher Juristentag, Bremen, 1998	11
2.1.11	38. Verkehrsgerichtstag, Goslar, 2000	11
2.2	Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 19. Februar 2001	11
2.3	Gang des Gesetzgebungsverfahrens	12
2.3.1	Einbringung des Regierungsentwurfs	12
2.3.2	Stellungnahme des Bundesrates (1. Durchgang)	12
2.3.3	Gegenäußerung der Bundesregierung	12
2.3.4	Beratungen im Deutschen Bundestag	13
2.3.4.1	1. Lesung: Überweisung	13
2.3.4.2	Stellungnahmen der mitberatenden Ausschüsse	13
2.3.4.3	Beratung und Beratungsergebnis im federführenden Rechtsausschuss	13
2.3.4.4	2./3. Lesung: Beschlussfassung	13
2.3.4.5	Entschließung zur Arzneimittelhaftung	13
2.3.5	2. Durchgang beim Bundesrat	14
2.3.6	Ausfertigung und Verkündung	14
2.3.7	Inkrafttreten	14
3.	Schmerzensgeld ohne Verschulden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven	15

Kapitel	Seite	
3.1	Die Verbreitung der Gefährdungshaftung in Europa	15
3.1.1	Deutschland	15
3.1.2	Frankreich	16
3.1.3	England	16
3.2	Der Haftungsumfang bei verschuldensunabhängiger außervertraglicher Haftung	17
3.3	Abschied vom Genugtuungsgedanken	18
3.4	Differenzierung des Immaterialschadensersatzes	20
3.4.1	Schmerzensgeld: préjudice de souffrance	21
3.4.2	Verlust an Lebensfreude : préjudice d'agrément	21
3.4.3	Entstellung der Person: préjudice esthétique	22
3.4.4	Ansteckung mit dem HIV-Virus: préjudice de contamination	22
3.4.5	Fazit	23
3.5	Immaterialschadensersatz bei Tod	23
3.5.1	Die Rechtslage in Deutschland	23
3.5.2	Frankreich	24
3.5.3	England	25
3.5.4	Rechtsvergleichende Würdigung	25
3.6	Schluss	26
4.	Der Kraftfahrzeughaftpflicht-Fall nach aktueller Rechtslage – bringt das neue Recht dem Geschädigten nur Vorteile?	27
4.1	Änderungen des StVG	27
4.1.1	Haftungsrechtliche Gleichstellung des Kfz-Anhängers mit dem Kfz	27
4.1.1.1	Betriebsgefahr	28
4.1.1.2	Versicherungsfreie Anhänger	28
4.1.1.3	Innenausgleich nach § 426 BGB	29
4.1.2	Entlastungsbeweis des Halters teilweise nur noch bei höherer Gewalt	30
4.1.2.1	Der Anwendungsbereich des § 17 Abs. 3 StVG	30
4.1.2.2	Der Anwendungsbereich des § 7 Abs. 2 StVG	31
4.1.2.3	Höhere Gewalt	31
4.1.2.4	Ersatzpflicht des Fahrers	32
4.1.3	Gefährdungshaftung gegenüber allen Insassen	32
4.1.4	Haftung auch auf Schmerzensgeldzahlung	33

Kapitel	Seite	
4.1.5	Anhebung der Haftungshöchstbeträge	34
4.2	Änderungen des BGB	35
4.2.1	Anhebung der Verantwortlichkeitsgrenze für Kinder auf 10 Jahre bei Verkehrsunfällen mit Kraftfahrzeugen und Bahnen	35
4.2.1.1	Unfall mit einem Kfz	36
4.2.1.2	Billigkeitshaftung und -mitverantwortung nach § 829 BGB	36
4.2.1.3	Aufsichtspflichtverletzung nach § 832 BGB	36
4.2.2.	Schmerzensgeld auch bei Vertrags- und Gefährdungshaftung	37
4.2.3.	Kein Ersatz der Mehrwertsteuer bei fiktiver Abrechnung	37
4.2.3.1	Abrechnung auf Basis tatsächlich entstandener oder fiktiver Reparaturkosten	38
4.2.3.2	Abrechnung auf Basis einer tatsächlichen oder fiktiven Ersatzbeschaffung	41
4.3	Zusammenfassung	43
4.3.1	Auswirkungen auf den Kinderunfall	43
4.3.2	Erweiterung des Kreises der Ersatzberechtigten	43
4.3.3	Anhebung der Haftungshöchstbeträge	44
4.3.4	Auswirkungen auf die Haftungsabwägung und die Quotenbildung	44
4.3.5	Schmerzensgeld auch bei Gefährdungshaftung	44
4.3.6	Wegfall der Verpflichtung zum Ersatz der fiktiven Mehrwertsteuer	45
4.3.7	Neue Haftungs- und Deckungsrisiken	45
5.	Schadenbearbeitung unter veränderten Vorzeichen – wie das SchEÄndG Einfluss auf die Regulierungskultur nimmt	46
5.1	Einleitung	46
5.2	Organisatorische Auswirkungen	46
5.3	Regulierungsprobleme bei Fahrzeug-Totalschaden	47
5.3.1	Erwerb eines gebrauchten Fahrzeugs und tatsächlicher Anfall der Mehrwertsteuer (Differenzbesteuerung, § 25 a UStG)	48
5.3.2	Erwerb aus privater Hand ohne MwSt-Anfall	49
5.3.3	Problem des Gebrauchtwagenmarktes	49
5.3.4	Differenzierte Definition und Verwendung des Wiederbeschaffungswert-Begriffes	50
5.4	Problemfall „Höhere Gewalt“ am praktischen Fall	51
5.5	Höhere Gewalt und das abgestellte Fahrzeug	52
5.6	Höhere Gewalt bei Verursachung durch äußeren Einfluss?	54
5.7	Ausblick und Fazit	54
6.	Referenten	55

1. Grußworte

von Dr. Michael Pickel

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

das Thema unserer diesjährigen Fachtagung „Quo vadis Deliktsrecht“ hat Kolleginnen und Kollegen der Schaden- und den Vertragsabteilungen aus dem gesamten Bundesgebiet nach Hannover zur E+S Rück geführt. Vielen Dank für Ihr Interesse an unserer traditionellen juristischen Fachtagung und Ihr Kommen.

Der Gesetzgeber und ganz besonders die ehemalige Justizministerin haben sich in der letzten Zeit durch intensive Reformvorhaben hervorgetan. Zu nennen sind in erster Linie Veränderungen im Zivilprozessrecht, im Schuldrecht und im Schadenersatzrecht. Diese Initiativen wurden noch von der konservativ-liberalen Regierung ins Parlament eingebracht und in jüngster Zeit von der alten und nun weiter bestehenden Regierung in geltendes Recht umgesetzt.

Das Schadenersatzrecht selbst ist vom Gesetzgeber über viele Jahrzehnte nicht angetastet worden. Es gab hierfür auch keinerlei Gründe. Was wir allerdings finden, ist eine detaillierte und immer feiner abgestimmte Rechtsprechung zu den Entschädigungsposten zum Sach- und auch Personenschaden. Hier sind in den goldenen Zeiten eines regulierten Heimatmarktes von der Rechtsprechung Tore geöffnet worden, die in Europa beispiellos sind. Von unseren Nachbarn wird die heimische Entschädigungspraxis oft als Luxus Schadenersatzrecht bezeichnet. Es ist offenbar an der Zeit, bei knapp kalkulierten Prämien und hohen Schadenquoten gerade in der Massensparte Kraftfahrzeug-Haftpflicht von dieser Erscheinung Abschied zu nehmen, beziehungsweise Abschied nehmen zu müssen.

Erst in den letzten Jahren haben sich zwei Trends abgezeichnet, die von den deutschen Erstversicherern praktiziert werden und der ständigen Verteuerung der Schadenaufwendungen Einhalt gebieten sollen:

Dies ist zum einen ein Verhalten gegenüber dem Geschädigten, das als Schadenmanagement bezeichnet wird und von Verbraucherschützern

und Interessenvertretern beargwöhnt wird. Dabei sollen dem Geschädigten überhaupt keine Rechte genommen werden, sie werden ihm auch nicht abgeschnitten, denn die Schadenabwicklung beruht auf dem Prinzip der Freiwilligkeit.

Zum anderen ist es der Versuch, berechnete Einschränkungen beim Sachschaden durchzusetzen und dem Personenschaden zugute kommen zu lassen. Denn noch immer nimmt ein Großteil der Schadenaufwendungen den Sachschaden ein (ca. 3/4), während nur 1/4 für Personenschäden bezahlt wird.

In diese „Ungleichgewichtung“ will der Gesetzgeber direkt oder indirekt eingreifen, indem zum Beispiel für die fiktive Abrechnung in Zukunft keine Umsatzsteuer vom Geschädigten bzw. dessen Haftpflichtversicherer verlangt werden kann. Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber eine Schmerzensgeldentschädigung für Personenschädigungen ohne Verschulden eingeführt. Diese Position wird in Zukunft sicherlich leichter durchsetzbar sein. Zudem hat der Gesetzgeber in quasi letzter Sekunde die eigentlich vorgesehene Barriere der „Erheblichkeit“ im Text fallen lassen.

Die Veränderungen, die die gesamte Gesetzesänderung mit sich bringt, hat uns veranlasst, einzelne Themen in unsere heutige Veranstaltung einzubauen und mit Ihnen gemeinsam zu fragen: quo vadis, Deliktsrecht – wohin geht die Reise?

Mit der Umsetzung in geltendes Recht ist es nicht getan, sondern unter den Fachleuten, Schadenregulierern, Richtern und Anwälten geht die Diskussion, ja nicht selten der „Streit“ und die argumentative Auseinandersetzung um bislang beliebte Schadenposten weiter.



An dieser Diskussion möchte unser Haus teilnehmen, indem wir diese Thematik in unsere traditionelle Fachtagung aufgenommen haben, um den Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis zu fördern. Ich denke, es ist auch nur zu legitim, dass wir diese Fragestellung als Rückversicherer für den deutschen Markt angehen, denn die E+S Rück möchte nicht nur einfacher Kapazitätsgeber sein, sondern in unserem Kernmarkt qualitativ hochwertige Dienstleistungen bieten.

Mein Dank gilt bereits hier allen Referenten, die sich nach Hannover aufgemacht und sich für diese Tagung mit ihren Vorträgen zur Verfügung gestellt haben. Moderiert wird die Tagung durch Herrn Deister vom Claims Management in bewährter Manier.

Ich bin sicher, dass auch diese Tagung Ihre Überzeugung bestärkt, dass die E+S Rück der Rückversicherer ist, mit dem Sie auch in Zukunft am liebsten zusammenarbeiten.



Dr. Michael Pickel
Vorstand

2. Der lange Weg zum neuen Recht – Stationen des Gesetzgebungsverfahrens

Von Dr. Hans-Georg Bollweg, Berlin

2.1 Anlass und Vorgeschichte des Vorhabens

(Weiterführend: Bollweg/Hellmann, Das neue Schadensersatzrecht, S. 24 ff.)

2.1.1 Referentenentwürfe 1967 und 1975

Nachdem das außervertragliche Haftungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs seit seinem Inkrafttreten zum 1. Januar 1900 nahezu unverändert geblieben ist, sahen erstmals Referentenentwürfe des Bundesministeriums der Justiz aus den Jahren 1967 und 1975 grundlegende Novellierungen vor. Sie betrafen zwar auch schon das Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung (Bollweg, NZV 2000, 185, 186 m.w.N.), hatten im übrigen aber ihren Schwerpunkt bei der gesetzlichen Regelung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und bei der Zurechnung von Gehilfenverhalten. Sie regelten daher vordringlich andere Gegenstände als das 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz.

2.1.2 (Erstes) Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften

Bereits vom Namen her knüpft das 2. Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften (2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz) an das (Erste) Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 16. August 1977 (BGBl. I S. 1577) an. Dies stellte auch die Begründung zum Regierungsentwurf des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes aus der 13. Legislaturperiode ausdrücklich heraus (BT-Drs. 13/10435, S. 8). Zutreffend ist dies jedenfalls insoweit, als beide Gesetze das außervertragliche Haftungsrecht überarbeiten, fortschreiben und in Kernbereichen verbessern, wobei ein erheblicher Schwerpunkt auf der Weiterentwicklung der Gefährdungshaftung liegt.

2.1.3 Schuldrechtsreform

Die Gutachten und Vorschläge zur Reform des Schuldrechts Anfang der 80-er Jahre betrafen im Bereich des Deliktrechts und der Gefährdungs-

haftung überwiegend andere Regelungsmaterien als die mit dem 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz aufgegriffenen. Allerdings schlugen sie für die StVG-Haftung bereits eine allgemeine Gefährdungshaftung für Fahrzeuginsassen vor und eine Ersetzung des „unabwendbaren Ereignisses“ nach § 7 Abs. 2 a.F. – zwei Vorschläge, die der Regierungsentwurf vom 24. September 2001 ebenfalls enthielt. Und für das neu eingeführte Schmerzensgeld bei Vertragshaftung weist die Begründung zum Regierungsentwurf selbst auf den entsprechenden, im Rahmen der damaligen Überlegungen zur Überarbeitung des Schuldrechts unterbreiteten Vorschlag von Hohloch hin (BT-Drs. 14/7752, S. 15).

2.1.4 Schlussbericht des HIV-Untersuchungsausschusses

Die eigentlichen Wurzeln des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes reichen bis in das Jahr 1994 zurück. Vor dem Hintergrund des Skandals um HIV-verseuchte Blutprodukte war vom Deutschen Bundestag am 29. Oktober 1993 der 3. Untersuchungsausschuss der 12. Legislaturperiode „HIV-Infektionen durch Blut und Blutprodukte“ eingesetzt worden, allgemein als HIV-Untersuchungsausschuss bekannt. Er beendete seine Arbeit mit einem Schlussbericht (BT-Drs. 12/8591), den er am 21. Oktober 1994 vorlegte und der folgende Vorschläge zur Verbesserung der Arzneimittelhaftung enthielt (S. 258 ff.):

Kurzfristig:

- ◆ *§ 84 AMG ist in der Weise neu zu formulieren, dass er in Zukunft eindeutig auch mittelbar Geschädigte und damit auch die Opfer von Sekundärinfektionen erfasst.*
- ◆ *Es müssen EU-konforme Erleichterungen der Beweisführung durch den Geschädigten eingeführt werden, damit die Opfer nicht zusätzlich zum Schaden noch Schwierigkeiten bei der Beweisführung haben.*

- ◆ Die in § 88 AMG vorgesehenen Höchstbeträge für die Gefährdungshaftung sind anzuheben.
- ◆ Zum Ausgleich immaterieller Schäden bei Verlust des Lebens oder schwerwiegenden Beeinträchtigungen der Gesundheit ist ein Schmerzensgeldanspruch zu gewähren.

Mittelfristig:

Ist zu überlegen, ob für Fälle ungeklärter Kausalität und für Fälle, in denen Arzneimittel ohne Zulassung und ohne Deckungsvorsorge in den Verkehr gebracht werden, entweder durch einen Entschädigungsfonds nach dem Vorbild desjenigen für Schäden aus Kraftfahrzeugunfällen oder durch eine kollektive Selbstversicherung der Pharmaunternehmen Vorsorge getroffen werden sollte.

Die SPD-Mitglieder im Untersuchungsausschuss gaben im Schlussbericht ein Sondervotum ab, dessen Forderungen zu den Verbesserungen der Arzneimittelhaftung über diejenigen des Ausschusses noch hinausgingen (BT-Drs. 12/8591, S. 260, 264 ff.):

- ◆ Einbeziehung der sekundär, aber „unmittelbar“ an eigenen Rechtsgütern Geschädigten in § 84 Satz 1 AMG;
- ◆ Erleichterung der Beweisführung oder/und der Beweislast für die Kausalität der Rechtsverletzung durch Arzneimittel in § 84 Satz 1 AMG;
- ◆ Einführung einer Entschädigungsregelung („Fondslösung“) in Fällen ungeklärter Kausalität bei der Einnahme mehrerer Arzneimittel und beim Fehlen einer Arzneimittelzulassung und/oder Deckungsvorsorge;
- ◆ Erleichterung des Kausalitätsnachweises bzw. Entschädigungsregelung („Fondslösung“) bei Langzeitschäden von Arzneimitteln;
- ◆ Umkehr der Beweislast für die „Unvertretbarkeit“ der schädlichen Arzneimittelwirkungen zugunsten des Verletzten;
- ◆ Erhöhung der Höchstbeträge in § 88 AMG;

- ◆ Erweiterung der Schadenshaftung auf immaterielle Schäden (Schmerzensgeld) in § 86 bzw. § 87 AMG.

Umgesetzt wurde von diesen Forderungen kurzfristig nur die Anhebung der Haftungshöchstgrenzen des § 88 AMG, und zwar durch das 5. Gesetz zur Änderung des Arzneimittelgesetzes vom 9. August 1994.

2.1.5 Entschließung des Bundesrates vom 14. Juli 1995

Auch der Bundesrat drang vor dem Hintergrund des Skandals um HIV-kontaminiertes Blut und Blutprodukte auf gesetzliche Änderungen des Haftungsrechts. Er hat am 14. Juli 1995 eine Entschließung zum Gesetz über die humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen gefasst (BR-Drs. 379/95 – Beschluss), in der er die Bundesregierung aufforderte, einen Gesetzentwurf zur Verbesserung der Arzneimittelhaftung vorzulegen.

2.1.6 Interministerielle Arbeitsgruppe Arzneimittelhaftung (IAA)

Auch die Bundesregierung ist – nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Berichts des HIV-Untersuchungsausschusses und der vorgenannten Entschließung des Bundesrates der Frage nachgegangen, ob und inwieweit nach den Erfahrungen, die sich im Zusammenhang mit den Aids-Infektionen durch Blut oder Blutprodukte ergeben haben, Änderungen der Arzneimittelhaftung angezeigt sind. Hierzu hat sie im April 1994 eine „Interministerielle Arbeitsgruppe Arzneimittelhaftung“ (IAA) eingesetzt, die am 30. August 1996 einen Bericht (BR-Drs. 1012/96, Anlage) vorgelegt hat. Dieser Bericht befasst sich mit den Fragen:

- ◆ Schutzbereich (Einbeziehung Sekundärinfizierter), wofür ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf nicht gesehen wird (S. 14);
- ◆ Beweiserleichterungen, insbesondere für die Kausalität, den Fehlerbereich und die Unvertretbarkeit. Sie werden für die Kausalität nicht für erforderlich gehalten, ebenso wenig für die Unvertretbarkeit, für die allerdings

die Einführung eines gesetzlichen Auskunftsanspruchs erwogen wird. Für den Fehlerbereich wird – parallel zum Produkthaftungsgesetz – eine Beweislastumkehr für möglich gehalten. (S. 26 ff.);

- ◆ immaterieller Schadensersatz in der Arzneimittelhaftung, wozu von einem Votum abgesehen und die Entscheidung der Politik überantwortet wird; allerdings wird eine über die Arzneimittelhaftung hinausgehende Gesamtlösung angemahnt (S. 40 ff.);
- ◆ Entschädigungsfonds, von dessen Einrichtung abgeraten wird (S. 61 f.).

2.1.7 (Vorgänger-)Entwurf eines 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetzes aus der 13. Legislaturperiode

Ende der 13. Legislaturperiode legte die Bundesregierung einen Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften vor (BR-Drs. 265/98, BT-Drs. 13/10435). Der Entwurf wurde am 27. März 1998 beschlossen und anschließend dem Bundesrat und dem Deutschen Bundestag zugeleitet. Der Bundesrat nahm zu diesem Entwurf am 8. Mai 1998 Stellung (BT-Drs. 13/10766). Die Bundesregierung gab ihre Gegenäußerung durch Schreiben des Bundeskanzlers vom 22. Mai 1998 (BT-Drs. 13/10766) ab.

Anlass des Entwurfs waren vor allem die Vorschläge des HIV-Untersuchungsausschusses zur Änderung der Arzneimittelhaftung und die Stellungnahme der Interministeriellen Arbeitsgruppe Arzneimittelhaftung (IAA) zu diesen Vorschlägen. Sie jedenfalls partiell gesetzlich umzusetzen, wurde mit zunehmenden politischen Druck verfolgt. Die damalige Bundesregierung wollte indes keine Insellösung im Arzneimittelhaftungsrecht, die Gefahr lief, mit dem übrigen Haftungsrecht nicht kohärent zu sein (vgl. Bericht der Interministeriellen Arbeitsgruppe Arzneimittelhaftung, BR-Drs. 1012/96, Anlage, S. 40 ff.). Die Änderung der Arzneimittelhaftung sollte vielmehr in eine Änderung des allgemeinen Haftungsrechts eingebettet werden, an dem grundsätzlich auch die Arzneimittelhaftung ausgerichtet bleiben sollte. Deshalb beschränkte sich der damalige Entwurf

nicht auf eine Änderung der Arzneimittelhaftung. Er bezog vielmehr auch das allgemeine Haftungsrecht des BGB, die Straßenverkehrshaftung des StVG und weitere Haftungsregime in Nebengesetzen ein und nutzte so die Gelegenheit, seit langem geforderte Änderungen aufzugreifen. Der wesentliche Inhalt des Entwurfs war:

- ◆ Arzneimittelhaftung: Nur Einführung eines Auskunftsanspruchs des Arzneimittelanwenders gegen den pharmazeutischen Unternehmer und Behörden; eine Ausdehnung des Schutzbereichs auf Sekundärgeschädigte wurde ebenso wenig aufgenommen, wie Beweiserleichterungen oder Beweislastumkehrungen für Kausalität, Fehlerbereich oder Unvertretbarkeit. Insoweit blieb der Entwurf deutlich hinter den Forderungen des 3. Untersuchungsausschusses aus der 12. Legislaturperiode zurück;
- ◆ Sachschadensabrechnung: Einschränkung der fiktiven Sachschadensabrechnung durch Abzug aller „öffentlichen Abgaben“;
- ◆ Immaterieller Schadensersatz: Ausdehnung des Schmerzensgelds auf die Gefährdungshaftung unter Einziehung einer hohen Schwelle („schwerwiegende und dauerhafte Beeinträchtigungen“) für das Gefährdungshaftungsschmerzensgeld und einer Bagatellschwelle („nicht geringfügige Beeinträchtigungen“) für das Schmerzensgeld bei Verschuldenshaftung, soweit kein Vorsatz vorliegt;
- ◆ Verbesserung der Rechtsstellung von Kindern im Verkehr: Uneingeschränkte – auch nicht bei Vorsatz – Heraufsetzung der Deliktsfähigkeit für Kinderunfälle im Verkehr auf das vollendete 10. Lebensjahr;
- ◆ Haftung des gerichtlichen Sachverständigen: Einfügung eines neuen Haftungstatbestands für gerichtliche Sachverständige in das BGB;
- ◆ Straßenverkehrshaftung: Ersetzung des Haftungsausschlusses „unabwendbares Ereignis“ durch „höhere Gewalt“;
- ◆ Haftungshöchstgrenzen: Anhebung und Harmonisierung der Haftungshöchstgrenzen.

Die Stellungnahme des Bundesrates vom 8. Mai 1998 (BT-Drs. 13/10766) begrüßte zwar Verbesserungen des Schadensersatzrechts, fiel aber im übrigen außerordentlich Bereichen kritisch aus:

Allgemein wurde kritisiert, dass der Entwurf „zu wenig vorbereitet, rechtssystematisch nicht ausgereift und praktisch schwer umsetzbar“ sei. Auch bei grundsätzlicher Anerkennung des Reformbedürfnisses des Schadensersatzrechts könne der Entwurf daher in seiner jetzigen, unausgereiften Form nicht unterstützt werden. Eine interessengerechte und auch an der praktischen Handhabbarkeit orientierte grundlegende Überarbeitung des Entwurfs gerade in seinen Kernbereichen der Arzneimittelhaftung, der Sachschadenregulierung, der Schmerzensgeldansprüche und auch der Haftungsfreistellung von Kindern bis zu zehn Jahren, sei dringend geboten. Nur so bestünde Aussicht, den erforderlichen breiten Konsens über ein modernes Schadensersatzrecht zu erzielen.

Im einzelnen wurde insbesondere eine Streichung der vorgeschlagenen Änderung des Sachschadensabrechnung durch Abzug aller „öffentlichen Abgaben“ gefordert. Die Lösung sei nicht ausreichend durchdacht und praktisch nicht handhabbar. Vorgeschlagen wurde, die für die Gefährdungshaftung vorgesehene Bagatellschwelle herabzusetzen und auf eine Dauerhaftigkeit der Verletzungen für die Gewährung von Schmerzensgeld zu verzichten. Die Heraufsetzung der Deliktsfähigkeit für Kinderunfälle im Verkehr sollte für Fälle absichtlicher Schadenszufügung ausgeschlossen werden.

Zur Verabschiedung gelangte dieser Entwurf nicht mehr. Er fiel mit dem Ende der Legislaturperiode der Diskontinuität anheim. Ob er dabei am Bundesrat und der Übereilung gescheitert ist, wie zuweilen (so Otto, NZV 2001, 335, vgl. Freise, VersR 2001, 539, 540) behauptet wird, mag dahinstehen. Sicher wird auch dies dazu beigetragen haben. Entscheidend dürfte gewesen sein, dass nicht ausreichend Beratungszeit bis zum Ende der Legislaturperiode bestand. Ein Entwurf solcher Dimension muss früher in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht werden, um noch vor dem Ende einer Legislaturperiode abgeschlossen werden zu können. Wenige Wochen reichen dazu nicht aus.

2.1.8 SPD-Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Arzneimittelhaftungsrechts aus der 13. Legislaturperiode

Am 4. März 1998 hat die damals noch in der Opposition befindliche SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Arzneimittelhaftungsrechts (BT-Drs. 13/10019) eingebracht. Seine Regelungsvorschläge beschränkten sich auf die Arzneimittelhaftung und setzten das Sondervotum der SPD aus dem HIV-Untersuchungsausschuss (BT-Drs. 12/8591, S. 264 ff.) um (BT-Drs. 13/10019, S. 4). Kernstück der Vorschläge waren die Einführung von Beweiserleichterungen und Beweislastumkehrungen zugunsten des Geschädigten für Kausalität und Unvertretbarkeit, die Einfügung eines Schmerzensgeldanspruchs für die Arzneimittelhaftung und ein von der Industrie zu finanzierender Entschädigungsfonds zur Ergänzung der arzneimittelrechtlichen Individualhaftung. Der Vorschlag bildete damit im Bereich der Arzneimittelhaftung den Alternativentwurf zu dem nahezu parallel eingebrachten Entwurf der Bundesregierung eines 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes (dazu oben 2.1.7). Auch dieser Alternativentwurf fiel allerdings mit dem nahen Ende der 13. Legislaturperiode der Diskontinuität anheim.

2.1.9 Entschließung des Bundesrates vom 19. Juni 1998

Vor dem Hintergrund des tragischen ICE-Unglücks von Eschede hat der Bundesrat auf Antrag Niedersachsens am 19. Juni 1998 eine „Entschließung zur Verbesserung von Vorschriften der Gefährdungshaftung“ gefasst (BR-Drs. 554/98). In dieser Entschließung bittet der Bundesrat den Bundestag „die geltenden Haftungsobergrenzen bei Personen- und Sachschäden noch in dieser Wahlperiode so anzuheben, wie es im Entwurf eines Zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes (BT-Drs. 13/10435) vorgesehen ist.“ Weiter heißt es dort, dass der „Bundesrat es ferner für geboten hält, sobald wie möglich Schmerzensgeld auch aufgrund der Gefährdungshaftung zu gewähren.“ Nur zwei Sitzungswochen vor dem Ende der 13. Legislaturperiode ist es seinerzeit aber selbst im Hinblick auf dieses Großschadensereignis nicht mehr möglich gewesen, den damaligen Entwurf des 2. Schadensersatz-

rechtsänderungsgesetzes auch nur partiell zu verabschieden.

2.1.10 62. Deutscher Juristentag, Bremen, 1998

Der 62. Deutsche Juristentag, Bremen 1998, behandelte in seiner Zivilrechtlichen Abteilung zwar eigentlich nicht den Entwurf des 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetzes, sondern ein anderes schadenersatzrechtliches Thema („Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?). Gleichwohl wurden die Verhandlungen dieser Abteilung vor dem Hintergrund der gerade erst gescheiterten Schadenersatzrechtsreform maßgeblich von dieser Novellierung beeinflusst. Dies zeigt sich nicht nur an den vielzähligen Beschlüssen, die jenseits der Problematik der Massenschäden nur mit dem Entwurf des 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetzes oder dem Entwurf der SPD-Fraktion zur Arzneimittelhaftung unterbreitete Vorschläge betreffen. Auch wurde das Forum des Juristentages offenbar von Interessenvertretern dazu genutzt, Beschlüsse herbeizuführen, die für eine eventuelle Neuauflage der Reform das Feld in einer bestimmten Richtung bereiten sollten. Die Beschlüsse des Juristentages sind daher vor dem Hintergrund der jeweiligen Antragsteller und einem Quorum von nicht einmal 50 Teilnehmern zu sehen, was ihre Aussagekraft einschränkt.

Im einzelnen fanden die sehr zurückhaltenden Ausweitungen des Opferschutzes im Entwurf des 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetzes, wie die dortigen Anhebungen der Haftungshöchstgrenzen, die durch eine hohe Schwelle begrenzte Einführung eines Gefährdungshaftungsschmerzensgeldes und die Verbesserung der Arzneimittelhaftung durch einen Auskunftsanspruch unter Ablehnung von Beweiserleichterungen, ebenso

eine Mehrheit wie die dortigen Einschränkungen des Opferschutzes durch eine gesetzliche Bagatellschwelle beim Verschuldenshaftungsschmerzensgeld. Selbst vorsichtige Weiterungen des Opferschutzes gegenüber dem Entwurf, wie eine geringfügige Absenkung der Bagatellschwelle für das Gefährdungshaftungsschmerzensgeld oder eine weitere Anhebung der Haftungshöchstbeträge, wurden indes abgelehnt.

2.1.11 38. Verkehrsgerichtstag, Goslar, 2000

Nachdem die neue Bundesregierung eingangs der 14. Legislaturperiode zu erkennen gegeben hatte, erneut die Initiative zur Reform des Schadenersatzrechts ergreifen zu wollen, befasste sich der 38. Verkehrsgerichtstag Anfang 2000 nochmals mit dieser Thematik. In einem Arbeitskreis außergewöhnlicher Größe wurde die Frage „Gesetzliche Änderungen im Schadenersatzrecht?“ anhand der drei Hauptthemen einer Reform behandelt: Kinder im Straßenverkehr, Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung und Kfz-Schadensabrechnung. Für die Bundesregierung war es eine erste Gelegenheit, neue Überlegungen zur Lösung der anstehenden Probleme zu diskutieren und auszuloten (vgl. Bollweg, 38. VGT 2000, S. 91 ff.). Auch bei diesem Verkehrsgerichtstag war allerdings deutlich festzustellen, dass das Forum von bestimmten Interessengruppen dazu genutzt wurde, Beschlüsse herbeizuführen, die ein neues Reformgesetz in eine bestimmte, ihrer Interessengruppe besonders zuträgliche Richtung lenken sollten. So fanden die Überlegungen der Bundesregierung zur Verbesserung der Rechtstellung von Kindern und zur Ausweitung des Schmerzensgeldes zwar Zustimmung, der Vorschlag, die fiktive Sachschadensabrechnung – wenn auch geringer als im Vorgängerentwurf – einzuschränken, wurde indes abgelehnt.

2.2 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 19. Februar 2001

Aufbauend auf dem Vorgängerentwurf aus der 13. Legislaturperiode (dazu oben 2.1.7), dem SPD-Entwurf zur Arzneimittelhaftung (dazu oben 2.1.8) sowie den unter I dargestellten Entschlüssen und Empfehlungen legte das Bundesministerium der Justiz am 19. Februar 2001 er-

neut einen Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften vor. Der Entwurf wurde an Länder, Verbände und den Bundesgerichtshof versandt. Diese hatten Gelegenheit zur Stellungnahme, wovon umfassend Gebrauch gemacht wurde. Die

Stellungnahmen wurden ausgewertet und sind in den Regierungsentwurf vom 24. September 2001 (dazu unten 2.3.1) eingeflossen.

Die Themen des Referentenentwurf waren im wesentlichen die Gleichen wie im Vorgängerentwurf aus der 13. Legislaturperiode. Die Lösungen waren indes in vielen Punkten andere. Dabei hat der inzwischen erfolgte Wechsel der Bundesregierung eine Rolle gespielt. Vor allem aber hatte der neue Entwurf den Vorteil, die Fehler der gescheiterten Entwürfe zu vermeiden und auf die an ihnen geübte Kritik reagieren zu können. Dies gilt in ganz besonderem Maße für die beiden Hauptstreitpunkte des Vorgängerentwurfs: die Arzneimittelhaftung und die Einschränkung der fiktiven Sachschadensabrechnung. Bei beiden Punkten wurde der Versuch unternommen, von vorn herein einen Kompromiss vorzulegen, der die Chance auf eine größtmögliche Akzeptanz

bei allen Betroffenen hatte. Dass dieser Versuch gelungen ist, mag man daran erkennen, dass der Gesetzentwurf in beiden Punkten keine nennenswerten Änderungen mehr während des Gesetzgebungsverfahrens erfahren hat.

Die Stellungnahmen von BGH, Ländern und Verbänden waren überwiegend positiv. Grundlegende Kritik am Entwurf kam nur ganz vereinzelt. Weitgehend konzentrierten sich die Stellungnahmen auf konstruktive Kritik im Detail. Hierin lag auch der Grund, weshalb es im Regierungsentwurf nur in wenigen Punkten zu substantziellen Änderungen gekommen ist. Und diese betrafen auch nicht die Hauptregelungspunkte, sondern eher am Rande liegende Fragen, wie etwa die Übergangsregelung, wo die ursprünglich vorgesehene Rückwirkung der Erhöhung der Haftungshöchstgrenzen entfiel.

2.3 Gang des Gesetzgebungsverfahrens

(Weiterführend: Bollweg/Hellmann, Das neue Schadensersatzrecht, S. 33 ff.)

2.3.1 Einbringung des Regierungsentwurfs

Der Regierungsentwurf des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes wurde am 24. September 2001 vom Bundeskabinett beschlossen und dem Bundesrat zur Stellungnahme im „ersten Durchgang“ zugeleitet.

2.3.2 Stellungnahme des Bundesrates (1. Durchgang)

Der Bundesrat hat den Regierungsentwurf federführend in seinem Rechtsausschuss am 24. Oktober 2001 beraten. Mitberatend war er an seine Ausschüsse für Gesundheit, für Verkehr und für Frauen und Jugend überwiesen worden, die den Entwurf am 24. Oktober 2001 behandelten, sowie an seine Ausschüsse für Wirtschaft, für Umwelt und für Arbeit und Soziales, die ihn am 25. Oktober 2001 berieten. Der Bundesrat hat am 9. November 2001 seine Stellungnahme beschlossen und dabei 11 Änderungsvorschläge unterbreitet, 7 Prüfbitten ausgesprochen und 1 Anmerkung zur Auslegung des Gesetzeswortlauts

vorgenommen (BR-Drs. 742/01 (Beschluss)). Der eindeutige Schwerpunkt der Stellungnahme lag im Bereich der Arzneimittelhaftung, wo sich die Änderungsvorschläge indes nur auf Detailfragen beschränken. Bemerkenswert sind allerdings von den betroffenen Interessen her widerstreitende Prüfaufträge zur Einführung eines Haftungsfonds (aufgrund eines Votums des Gesundheitsausschusses) einerseits und zur Einführung eines Auskunftsanspruchs des pharmazeutischen Herstellers gegen den Arzneimittelanwender (aufgrund eines Votums des Wirtschaftsausschusses) andererseits. Die wesentlichen Änderungen des allgemeinen Haftungsrechts (Sachschadenabrechnung, Schmerzensgeld und Deliktsfähigkeit bei Kinderunfällen) fanden hingegen Zustimmung. Änderungsanträge oder Prüfbitten wurden hierzu nicht gestellt.

2.3.3 Gegenäußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung hat in ihrer Kabinettsitzung vom 5. Dezember 2001 eine Gegenäußerung zu den Vorschlägen des Bundesrates beschlossen (BT-Drs. 14/7752, S. 53 ff.) und den Gesetzentwurf dem Deutschen Bundestag zugeleitet.

2.3.4 Beratungen im Deutschen Bundestag

2.3.4.1 1. Lesung: Überweisung

Der Deutsche Bundestag hat den Entwurf eines 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetzes am 13. Dezember 2001 in 1. Lesung beraten und zur federführenden Beratung dem Rechtsausschuss und zur Mitberatung den Ausschüssen für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, für Gesundheit und für Wirtschaft und Technologie überwiesen.

2.3.4.2 Stellungnahmen der mitberatenden Ausschüsse

Der Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit hat auf die Mitberatung des Gesetzentwurfs verzichtet. Der Ausschuss für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen hat dem Gesetzentwurf mit den Stimmen der Fraktionen von SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und PDS gegen die Stimmen der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zugestimmt. Der Ausschuss für Gesundheit hat dem Gesetzentwurf mit den Stimmen der Fraktionen von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN gegen die Stimmen der Fraktionen der CDU/CSU und FDP bei Stimmenthaltung der PDS zugestimmt. Der Ausschuss für Wirtschaft und Technologie hat dem Gesetzentwurf mit den Stimmen der Fraktionen von SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, CDU/CSU und PDS gegen die Stimmen der Fraktion der FDP zugestimmt.

2.3.4.3 Beratung und Beratungsergebnis im federführenden Rechtsausschuss

Der Rechtsausschuss hat den Gesetzentwurf am 23. Januar 2002 anberaten und am 27. Februar 2002 unter Beteiligung des Gesundheitsausschusses eine Anhörung von Sachverständigen durchgeführt, an auch mehrere Vertreter der Versicherungswirtschaft teilgenommen haben. Am 20. März 2002 hat der Rechtsausschuss den Gesetzentwurf abschließend beraten. Die FDP-Fraktion stellte zwei Änderungsanträge, die eine Aufnahme eines Auskunftsanspruchs des pharmazeutischen Unternehmers gegen den Arzneimittelgeschädigten und eine Streichung des Umsatzsteuerabzugs bei fiktiver Sachschadens-

abrechnung zum Ziel hatten. Die Änderungsanträge wurden mit den Stimmen der Fraktionen von SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und PDS gegen die Stimmen der Fraktionen der CDU/CSU und FDP abgelehnt. In seiner Schlussabstimmung beschloss der Rechtsausschuss sodann mit den Stimmen der Fraktionen von SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, CDU/CSU und PDS gegen die Stimmen der Fraktion der FDP die Annahme des Gesetzentwurfs zu empfehlen. Der Bericht und die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses sind in der BT-Drs. 14/8780 vom 16. April 2002 wiedergegeben.

2.3.4.4 2./3. Lesung: Beschlussfassung

In seiner Sitzung vom 18. April 2002 hat das Plenum des Deutschen Bundestages das 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetz in 2. und 3. Lesung abschließend beraten. Die FDP-Fraktion stellte gleichlautend die bereits im Rechtsausschuss gestellten und dort abgelehnten Änderungsanträge zum Auskunftsanspruch des pharmazeutischen Unternehmers und zum Wegfall des Umsatzsteuerabzugs bei fiktiver Sachschadensabrechnung (BT-Drs. 14/8797 und 14/8798). Die Anträge wurden mit den Stimmen von SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und PDS gegen die Stimmen der FDP bei Enthaltung der CDU/CSU abgelehnt. Bei der anschließenden Schlussabstimmung wurde das 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetz mit den Stimmen von SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und PDS gegen die Stimmen der FDP angenommen.

2.3.4.5 EntschlieÙung zur Arzneimittelhaftung

Bei der 3. Lesung des 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetzes wurde weiterhin ein EntschlieÙungsantrag der Fraktionen von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 14/8799) zur Abstimmung gestellt. Mit dieser EntschlieÙung sollte insbesondere Bedenken zur Arzneimittelhaftung Rechnung getragen werden, die im Hinblick auf eine ausreichende Dokumentation der angewendeten Arzneimittel und im Hinblick auf die Notwendigkeit eines Haftungsfonds neben den Haftungsverbesserungen dieses Gesetzes bei der Beratung im Gesundheitsausschuss geäuÙert worden waren. Der EntschlieÙungsantrag lautete:

„Mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften wird die Haftung für Arzneimittelschäden wesentlich verbessert.

Neben umfassenden und wirksamen Haftungsregeln kommt es für die Durchsetzbarkeit von Haftungsansprüchen sowie die Beurteilung von Langzeitschäden aber auch darauf an, dass der Arzneimittelanwender auf eine ausreichende Dokumentation der angewendeten Arzneimittel zurückgreifen kann. Vor dem Hintergrund der derzeit geltenden Vorschriften stellt sich die Frage, ob die Dokumentation in ausreichendem Maße gewährleistet ist.

Der Deutsche Bundestag bittet daher die Bundesregierung:

1. zu prüfen, ob die geltenden Dokumentationspflichten diesem Anliegen gerecht werden,

2. gegebenenfalls die Dokumentationspflichten entsprechend zu ergänzen.

Der Deutsche Bundestag bittet die Bundesregierung im Hinblick auf die Prüfung des Erfordernisses der ergänzenden Schaffung eines Haftungsfonds weiterhin, binnen drei Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes über die Erfahrungen mit den Änderungen der Haftung für Arzneimittelschäden durch das Zweite Gesetz zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften zu berichten.“

Der Entschließungsantrag wurde mit den Stimmen von SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und PDS gegen die Stimmen der FDP bei Enthaltung der CDU/CSU angenommen.

2.3.5 2. Durchgang beim Bundesrat

Der Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages vom 18. April 2002 wurde dem Bundesrat zum „Zweiten Durchgang“ zugeleitet. Er wurde dort federführend vom Rechtsausschuss und mitberatend vom Gesundheitsausschuss am 15. Mai 2002 beraten. Der Rechtsausschuss empfahl einstimmig, einen Antrag gemäß Artikel 77 Abs. 2 GG (Anrufung des Vermittlungsausschusses) nicht zu stellen. Der Gesundheitsausschuss sprach einstimmig die gleiche Empfehlung aus. Zugleich empfahl er dem Bundesrat auf Antrag Bayerns

aber die Annahme einer Entschließung, mit der die Bundesregierung aufgefordert werden sollte, „in das Arzneimittelgesetz möglichst bald eine Entschädigungsregelung für Schadensfälle ungeklärter Kausalität, die nicht von § 84 AMG n. F. erfasst werden, sowie für Schadensfälle mit fehlender Arzneimittelzulassung und/oder Deckungsvorsorge in Form eines solidarisch von den pharmazeutischen Unternehmen zu finanzierenden Entschädigungsfonds aufzunehmen.“ Am 31. Mai 2002 beschloss das Plenum des Bundesrates, einen Antrag auf Anrufung des Vermittlungsausschusses nach Artikel 77 Abs. 2 GG nicht zu stellen (BR-Drs. 358/02 (Beschluss)). Die vom Gesundheitsausschuss empfohlene Entschließung zur Arzneimittelhaftung fand keine ausreichende Mehrheit.

2.3.6 Ausfertigung und Verkündung

Damit war der Weg frei für eine Ausfertigung und Verkündung des Gesetzes: Nach Ausfertigung durch den Bundespräsidenten am 19. Juli 2002 wurde das 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetz im Bundesgesetzblatt Teil I Nr. 50 vom 25. Juli 2002, S. 2674 verkündet.

2.3.7 Inkrafttreten

Das 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetz ist gemäß seinem Artikel 13 am 1. August 2002 in Kraft getreten.

Anwendbar ist es nach dem durch Art. 12 eingefügten Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB grundsätzlich auf alle Schadensfälle, in denen das schädigende Ereignis nach dem 31. Juli 2002 eingetreten ist. Es bestehen allerdings zwei, die Arzneimittelhaftung betreffende Ausnahmen: Der neue Auskunftsanspruch nach § 84a AMG ist nach Art. 229 § 8 Abs. 2 EGBGB auch anzuwenden, wenn das schädigende Ereignis vor dem 1. August 2002 eingetreten ist, es sei denn, dass zu diesem Zeitpunkt über den Schadenersatz durch rechtskräftiges Urteil entschieden war oder Arzneimittelanwender und pharmazeutischer Unternehmer sich über den Schadenersatz geeinigt hatten. Die neuen Haftungshöchstgrenzen nach § 88 AMG sind nach Art. 229 § 8 Abs. 3 EGBGB erst auf Fälle anzuwenden, in denen das schädigende Ereignis nach dem 31. Dezember 2002 eingetreten ist.

3. Schmerzensgeld ohne Verschulden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven

Von Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M., Bonn

Eine der augenfälligsten und auch praktisch bedeutsamsten Neuerungen der jüngsten Schadensrechtsreform ist die deutliche Ausweitung des Schmerzensgeldanspruchs.¹ Der bisherige § 847 BGB wurde gestrichen und der frühere Gesetzeswortlaut fast unverändert in einen neuen § 253 Abs. 2 BGB überführt. Danach kann eine billige Entschädigung in Geld auch wegen des Nichtvermögensschadens verlangt werden, wenn eines der Rechtsgüter Körper, Gesundheit, Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung verletzt ist. Die Verankerung des Schmerzensgeldanspruchs im Allgemeinen Schuldrecht bewirkt zweierlei, nämlich einerseits die Erstreckung des Ersatzumfangs bei der Vertragshaftung wegen Verlet-

zung eines der genannten Rechtsgüter auch auf immaterielle Beeinträchtigungen, und zum anderen die Gewährung von Schmerzensgeld auch bei Verwirklichung eines Tatbestands verschuldensunabhängiger außervertraglicher Haftung oder kurz: der Gefährdungshaftung. Letzteres ergibt sich unmissverständlich aus der Neufassung der in den Spezialgesetzen enthaltenen Verweisungsnormen, die den Umfang des Ersatzes bei Körper- und Gesundheitsverletzungen regeln.² Die Problemlagen und die praktischen Folgen des § 253 Abs. 2 BGB müssen folglich für beide Gleise der schuldrechtlichen Schadensersatzpflichten getrennt durchgemessen und gewürdigt werden.

3.1 Die Verbreitung der Gefährdungshaftung in Europa

3.1.1 Deutschland

In Deutschland ist die Gefährdungshaftung seit langem auf dem Vormarsch, nämlich seit ihrer Einführung zu Lasten von Eisenbahngesellschaften durch Preußisches Gesetz von 1838,³ eine Regelung, die später in § 1 RHPfG 1871 aufgegangen ist und sich heute im Kern unverändert in § 1 HPfG findet. Danach haftet der Eisenbahnunternehmer für Personen- und Sachschäden, die „bei dem Betrieb“ einer Bahn verursacht werden. In der Folgezeit ist dieses Prinzip auf Energieanlagen (§ 2 HPfG), Bergwerke (§ 114 BBergG), Kernenergieanlagen (§§ 25 ff. AtomG), Luftfahrzeuge (§§ 33 ff. LuftVG) sowie Kraftfahrzeuge (heute § 7 StVG) ausgedehnt worden, und auch die Haftung für fehlerhafte Produkte nach § 1 ProdHaftG und § 84 AMG ist nicht durchweg

verschuldensabhängig.⁴ Seit 1884 gilt zudem für den wichtigen Bereich der Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten das Prinzip der Gefährdungshaftung, wenn auch in sozialrechtlichem statt in privatrechtlichem Gewand.⁵ Die heute im siebten Teil des Sozialgesetzbuchs (SGB VII) geregelte soziale Unfallversicherung erbringt ihre Entschädigungsleistungen nämlich gänzlich unabhängig davon, ob der Arbeitgeber oder einer seiner Verrichtungshelfen das Schadensereignis verschuldet hat; insbesondere kommt es nicht darauf an, ob ein Verstoß gegen Sorgfaltspflichten nachgewiesen ist. Der Schwung des Gefährdungshaftungsprinzips ist bis heute ungebrochen, denn wann immer es neuartige Gefahrenquellen haftungsrechtlich einzufangen gilt, wie etwa im Zusammenhang mit der Regulierung der Gentechnik, oder wenn das Schadenspotential bereits

¹ Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.7.2002, BGBl. I, S. 2674; ausführlich dazu Wagner, Das zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, 2049; ders., Das neue Schadensersatzrecht, Baden Baden 2002.

² So § 11 S. 2 StVG, § 6 S. 2 HaftPfG, § 36 S. 2 LuftVG, § 32 Abs. 5 S. 2 GentG, § 8 S. 2 ProdHaftG, § 87 S. 2 AMG, § 13 S. 2 UmweltHG, § 29 Abs. 2 S. 2 AtomG; vgl. weiter § 12 Abs. 2 S. 1 PflVG (ohne sachliche Änderung), § 117 Abs. 1 BBergG, § 52 Abs. 2 BGSG, § 77 Abs. 2 BSHG, § 25d Abs. 4 Bundesversorgungsg, § 20 des Gesetzes über die Abgeltung von Besatzungsschäden.

³ § 25 des Preußischen Gesetzes über die Eisenbahn-Unternehmungen vom 3. 11. 1838, GS 1838, 505, 510; zu dessen Entstehungsgeschichte Baums, SZGerm 104 (1987), 277.

⁴ Zur Einordnung der Haftung aus § 1 ProdHaftG vgl. nur die Nachweise bei Diederichsen, in: Probleme der Produzentenhaftung, S. 9, 12 f.; Rolland, Produkthaftungsrecht, § 1 ProdHG, Rdnr. 7.

⁵ Deutsch/v. Bar, MDR 1979, 536; Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht, 1969, S. 61 ff.

eingeführter und sozial akzeptierter technischer Anlagen der Öffentlichkeit durch Katastrophen vor Augen geführt wird, wie im Fall umweltgefährdender Anlagen Ende der achtziger Jahre infolge der Unfälle in Tschernobyl, bei Sandoz in Basel und der Berichte über das Waldsterben, reagiert der Gesetzgeber mit der Einführung neuer Gefährdungshaftungstatbestände, in den genannten Fällen der §§ 1 ff. UmweltHG sowie der §§ 32 ff. GenTG.⁶ Das deutsche Recht der Gefährdungshaftung folgt damit dem Enumerationsprinzip, verlangt also eine spezialgesetzliche Grundlage, wenn der Halter und Nutznießer einer Gefahrenquelle einer verschuldensunabhängigen Haftung nicht vertraglicher Natur unterworfen soll. Das RG wie auch der BGH lehnen es nämlich in ständiger Rechtsprechung ab, neue Gefährdungshaftungstatbestände zu schaffen oder auch nur die bestehenden durch Analogieschlüsse zu erweitern.⁷

3.1.2 Frankreich

Den Gegenpol zum deutschen Recht markiert das französische Recht, das in Art. 1384 Abs. 1 Code civil nach heutigem Verständnis eine Generalklausel der verschuldensunabhängigen Haftung zur Verfügung hat.⁸ Die entscheidende Stelle dieser Norm stellt fest, dass „on est responsable ... du dommage ... causé par le fait de choses que l'on a sous sa garde“, was ursprünglich lediglich im Sinne einer Feststellung gemeint war.⁹ Mit dem Aufkommen der Industriegesellschaft mit ihren mannigfachen Gefahrenquellen wandelte sich das Verständnis dieser Norm hin zu einer Anspruchsgrundlage, die den „gardien“, den Sachhalter, zum Schadensersatz verpflichtet, wenn der Schaden auf einem „fait de chose“ und nicht auf höherer Gewalt oder dem Verhalten des Opfers beruht.¹⁰ Mit der Gefährdungshaftung deutscher Provenienz ist die Sachhalter-

haftung nach Art. 1384 Abs. 1 Code civil allerdings nicht völlig kongruent, weil sie nicht an die Nutzung und Kontrolle einer Quelle erhöhter Gefahr geknüpft ist, sondern unterschiedslos für sämtliche Schäden gilt, die durch Sachen verursacht werden, gleich ob letztere gefährlich oder ungefährlich sind.¹¹ Darüber hinaus hat Art. 1384 Abs. 1 Code civil es nicht zu verhindern vermocht, dass sich außerhalb der Kodifikation eine ganze Anzahl haftungsrechtlicher Sondergesetze etabliert hat, von denen die loi Badinter über die Schadensverteilung bei Verkehrsunfällen das sowohl praktisch wichtigste als auch theoretisch ambitionierteste ist.¹²

3.1.3 England

Gleichwohl lässt sich nicht sagen, eine Generalklausel der Gefährdungshaftung sei europäischer Standard, denn viele Länder jenseits des französischen Rechtskreises kennen keine Generalklausel verschuldensunabhängiger Haftung, sondern folgen wie Deutschland dem Enumerationsprinzip. Als noch erheblich zurückhaltender als das deutsche erweist sich zudem das englische common law, das mit einer verwirrenden Vielzahl von Vorsatzdelikten und einer Generalklausel der Fahrlässigkeitshaftung – dem tort „negligence“ – operiert, eine Generalklausel der Gefährdungshaftung jedoch nicht kennt.¹³ Genauso wie in Deutschland existieren zwar gesetzliche Sondertatbestände für bestimmte technische Risiken, etwa über die Haftung des Betreibers einer kerntechnischen Anlage gemäß § 7 Abs. 1a Nuclear Installations Act 1965, die Haftung für oil pollution in §§ 153, 154 des Merchant Shipping Act 1995, die in § 33 Abs. 1 Environmental Protection Act geregelte Abfallhaftung¹⁴ und die Haftung für Personen- und Sachschäden Dritter durch Flugverkehr aufgrund § 76 Abs. 2 des Civil Aviation Act 1982¹⁵. Die

6 Zum rechtspolitischen Hintergrund speziell des UmweltHG vgl. etwa Wagner, JZ 1991, 175; Rehbinder, NuR 1989, 149.
7 RGZ 78, 171, 172; 99, 96, 98 f.; 147, 353, 355 f.; BGHZ 55, 229, 234; 63, 234, 237; BGH, VersR 1958, 194; NJW 1960, 1345, 1346; NJW 1993, 2173, 2174.
8 V. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. II, 1999, Rdnr. 106 ff.; Galand-Carval, Länderbericht Frankreich, in: Koch/Magnus (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, 2002, S. 132 ff.
9 Flour/Albert, Les Obligations, Bd. II – Le fait juridique, 8. Auflage 1999, Nr. 223; Malaurie/Aynès, Cours de droit civil – Les Obligations, 10. Auflage 1999/2000, Nr. 187; Starck/Roland/Boyer, Obligations, Bd. I, Responsabilité délictuelle, 5. Auflage 1996, Nr. 42, 413; Viney/Jourdain, Les conditions de la responsabilité, 2. Auflage 1998, Nr. 628.
10 Vgl. zu allen Einzelheiten Flour/Albert, Obligations II (Fn. 9) Nr. 262 ff.; V. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. II (Fn. 8) Rdnr. 106 ff.

11 Cass. ch. réunies, 13.2.1930, S. 1930, I, 121 Anm. Esmein.
12 Vgl. dazu eingehend Flour/Albert, Obligations II (Fn. 9) Nr. 313 ff.; Starck/Roland/Boyer, Obligations I (Fn. 9) Nr. 684 ff.; Viney/Jourdain, Responsabilité (Fn. 9) Nr. 961 ff.; v. Bar, VersR 1986, 620; Simon Frederica, Risques modernes et indemnisation des victimes de lésions corporelles, 1990, Nr. 47 ff.
13 Vgl. den Überblick bei Rogers, Länderbericht England, in: Koch/Magnus (Hrsg.), Unification of Tort Law: Strict Liability, (Fn. 8) S. 106 ff.
14 Zu diesen Tatbeständen Rogers, in: Winfield & Jolowicz on Tort, 15. Auflage 1990, S. 562 ff.; Buckley, in: Clerk & Lindsell on Torts, 18. Auflage 2000, Nr. 20-75 ff.
15 Dazu John. G. Fleming, The Law of Torts, 9. Auflage 1998, S. 372; Buckley, in: Clerk & Lindsell on Torts (Fn. 14) Nr. 20-77.

englischen Gerichte respektieren wie die deutschen die Prerogative des Gesetzgebers und lehnen es ab, auf gewohnheitsrechtlicher Grundlage eine Generalklausel der Gefährdungshaftung zu entwickeln, obwohl sie mit der Ende des 19. Jahrhunderts aufgestellten sog. „*rule in Rylands v. Fletcher*“ durchaus die rechtsdogmatischen Mit-

tel dazu hätten.¹⁶ So gibt es im großen Bereich des Straßenverkehrsunfallrechts in England weder Sozialversicherungsschutz noch eine privatrechtliche Gefährdungshaftung, sondern es bewendet bei der Feststellung: „Liability for road-traffic accidents is at present governed by the principles of negligence.“¹⁷

3.2 Der Haftungsumfang bei verschuldensunabhängiger außervertraglicher Haftung

Anders als das Enumerationsprinzip erschien die bisherige Zurückhaltung des deutschen Rechts bei der Restitution von immateriellen Beeinträchtigungen im Rahmen der Gefährdungshaftung und die damit verbundene Differenzierung des Haftungsumfangs je nach Art der Anspruchsgrundlage im europäischen Vergleich tatsächlich als Anomalie. Im französischen Recht unterscheidet sich der Haftungsumfang bei „bloßer“ Gefährdungshaftung in nichts von demjenigen bei Verschuldenshaftung nach Maßgabe der Art. 1382 f. Code civil.¹⁸ Die zitierten Bestimmungen begnügen sich mit der bloßen Anordnung, der „dommage“ sei dem Geschädigten zu ersetzen, so dass es Aufgabe der Rechtsprechung der Cour de cassation wurde zu bestimmen, was unter „dommage“ zu verstehen ist, ob lediglich der Vermögensschaden oder auch der Nichtvermögensschaden. Der Gerichtshof gab die Antwort für die außervertragliche Haftung allgemein in einer Entscheidung aus dem Jahr 1833: Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sei es ein „*erreur capitale [...] de croire qu'il n'y ait qu'un préjudice matériel et d'argent qui puisse donner lieu à une action en dommages et intérêts*“.¹⁹ Das von dem historischen deutschen Gesetzgeber im Zusammenhang mit § 847 BGB vorgebrachte Argument, es sei schwierig, den Vermögensschaden zu bemessen,²⁰ wurde mit dem

Hinweis vom Tisch gewischt, die Schwierigkeiten, einen Schaden zu beziffern,²¹ könnten kein Grund dafür sein, den Ausgleich ganz zu versagen: „*la difficulté d'apprécier un dommage ne rend pas non recevable l'action en réparation de ce dommage*“.²²

In England wird nicht der Haftungsumfang bei der Gefährdungshaftung als Problem empfunden, sondern die allgemeinere Frage, ob überhaupt auch Personenschäden auf dieser Grundlage ersatzfähig sind.²³ Soweit dies zu bejahen ist, besteht kein Grund, Ersatz für pain and suffering zu versagen, doch die Rechtsprechung zeigt sich gegenüber dem Ansinnen, die Regel von Rylands v. Fletcher auf Personenschäden zu erstrecken, eher ablehnend. Jedenfalls soweit das englische Recht den Ersatz von Personenschäden im Rahmen gesetzlicher Gefährdungshaftungstatbestände vorsieht, umfasst dieser auch den immateriellen Schaden.²⁴ Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zur Ersatzfähigkeit von Personenschäden im Rahmen eines Gefährdungshaftungstatbestands findet sich z. B. in Section 209 des Water Industry Act 1991, der eine verschuldensunabhängige Haftung öffentlicher Wasserversorger für Schäden durch den Austritt von Wasser aus Hauptleitungen vorsieht.²⁵ In Section 73 (8) Environmental Protec-

16 *Fletcher v. Rylands*, L.R. Ex. 265, 279 (1866, per Blackburn, J.); bestätigt vom House of Lords in *Rylands v. Fletcher*, L.R. 3 H.L. 330, 338 ff. (1868, per Lord Cairns).

17 Markesinis/Deakin, *Tort Law*, 4. Auflage 1999, S. 297.

18 Zum Immaterialschadensersatz bei verschuldensunabhängiger Haftung nach französischem Recht Starck/Roland/Boyer, *Responsabilité délictuelle*, Nr. 132; Le Tourneau/Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2001, Nr. 7185 (Verkehrsunfallrecht); Marty/Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, Bd. I, 2. Aufl. 1988, Nr. 432 a.E., der allerdings eine Einschränkung befürwortet; ebenso Tunc, *La sécurité routière*, 1966, Nr. 49, 50. Immaterielle Schäden sind auch vom neuen Produkthaftungsgesetz mit umfasst, Leonhard, *Das neue französische Produkthaftungsrecht*, ZVglRWiss 98 (1999) 101, 127.

19 *Cass civ. (ch. Réunies)* 15.06.1833 [1833] S. (Sirey) 1, 458, conclusion Dupin.

20 Vgl. die Motive bei Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. II, 1899, S. 12.

21 Kommissionsbericht, bei Mugdan, *Materialien* (Fn. 20) Bd. II, 1899, S. 1297.

22 A.a.O. (Fn. 19).

23 Winfield & Jolowicz, *Tort* (Fn. 14) S. 546 f.; Markesinis/Deakin, *Tort Law* (Fn. 17) S. 503; v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (Fn. 8) Rdnr. 359 m. w. N.; Brazier/Murphy, *Street on Torts*, 10. Auflage 1999, S. 401 hält den Ersatz dann für unproblematisch, wenn der Geschädigte auch ein „proprietary interest hat“.

24 V. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (Fn. 8) Rdnr. 366.

25 Beispiel nach Winfield & Jolowicz, *Tort* (Fn. 14) S. 542.

tion Act 1990 ist schließlich ausdrücklich geregelt, dass „damage' includes the death of, or injury to, any person (including any disease and any impairment of physical or mental condition)".²⁶

Obwohl das Gefährdungshaftungsprinzip in Deutschland dank einer im Vergleich zu England deutlich höheren Aktivität des Gesetzgebers schon seit langem auf dem Vormarsch ist, hat die Verbreitung der Gefährdungshaftung an der Dominanz des Deliktsrechts bisher kaum etwas ändern können, weil aufgrund eines Tatbestands verschuldensunabhängiger Haftung ein Schmerzensgeld nicht verlangt werden konnte, wenn man einmal von der praktisch wenig bedeutsa-

men Einstandspflicht des Halters von Luxustieren nach § 833 S. 1 BGB sowie der Haftung für Militärflugzeuge gemäß § 53 Abs. 3 LuftVG absieht. Diese Zurückhaltung ist in der Literatur schon seit langem kritisiert worden,²⁷ und in der Tat lässt sich gegen das bisherige Prinzip geltend machen, dass die Gefährdungshaftung die ihr zuge dachte präventive Wirkung nur entfalten kann, wenn dem Schädiger auch tatsächlich alle entstandenen Schäden zugerechnet werden.²⁸ Fällt dagegen ein erheblicher Teil der durch gefährliche Aktivitäten verursachten Nutzeneinbußen dem Geschädigten zur Last, wird der Betreiber dieser Aktivitäten seinen Sorgfaltsaufwand absenken und sich zudem im Übermaß in der gefährlichen Aktivität engagieren.

3.3 Abschied vom Genugtuungsgedanken

Seit einer grundlegenden Entscheidung des Großen Zivilsenats zu § 847 BGB a.F. aus den fünfziger Jahren wurde der Schmerzensgeldanspruch mit einer doppelten Zwecksetzung ausgestattet, an der auch die Bemessung des im Einzelfall zu zahlenden Betrags zu orientieren war.²⁹ Danach verfolge der Immaterialschadensersatz nicht nur Kompensationszwecke, indem er dem Geschädigten einen Ausgleich für „Lebenshemmungen“ nichtvermögensrechtlicher Art gewähre,³⁰ sondern im Schmerzensgeld schwinde „auch heute noch etwas vom Charakter der Buße oder, um mit dem treffenden Ausdruck der entsprechenden Schweizer Rechtseinrichtung zu reden, der Genugtuung mit“.³¹ Diese normative Orientierung des Immaterialschadensersatzes am Genugtuungsgedanken war keine theoretische Spielerei, sondern hatte handfeste Konsequenzen für den Umfang des Schmerzensgeldanspruchs. Bisher war nämlich anerkannt, dass das Verschulden nicht nur für das „Ob“ des Anspruchs auf Immate-

rialschadensersatz relevant ist, sondern auch für dessen Umfang; die Höhe des zu zahlenden Schmerzensgeldes hing davon ab, ob der Täter vorsätzlich, grob fahrlässig oder nur leicht fahrlässig gehandelt hatte.³²

Von der Reform des Schmerzensgeldes verspricht sich der deutsche Gesetzgeber neben der Verbesserung des Opferschutzes vor allem auch eine Vereinfachung der Schadensabwicklung.³³ Sofern einer der spezialgesetzlichen Gefährdungshaftungstatbestände verwirklicht ist – was bei Realisierung technischer Risiken nicht eben selten vorkommt – soll die Notwendigkeit entfallen, kumulativ den Deliktsanspruch zu prüfen, nur zu dem Zweck, dem Geschädigten zu einem Schmerzensgeld zu verhelfen. In Zukunft bedarf es dieses Umwegs nicht mehr, weil der Geschädigte nunmehr seinen gesamten Schaden aufgrund der Gefährdungshaftung liquidieren kann, wenn nicht ausnahmsweise einmal die dafür immer

26 Was v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II* (Fn. 8) Rdnr. 366 Fn. 40, als Beleg für den Grundsatz anführt, dass die Ersatzfähigkeit von Personenschäden, sobald sie einmal feststeht, auch den immateriellen Schaden umfasst.

27 Kötz, *Gefährdungshaftung*, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. II (1981), S. 1779, 1785 ff.; ders., *AcP* 170 (1970) 1, 41; genauso Deutsch, *VersR* 1971, 1, 2 ff.; ders., *Allgemeines Haftungsrecht*, Rdnr. 707 ff.; v. Caemmerer, *Reform der Gefährdungshaftung*, 1971, S. 19 ff.; Köndgen, *Haftpfllichtfunktionen und Immaterialschaden*, 1976, S. 126 ff.; Will, *Quellen erhöhter Gefahr*, 1980, S. 277 f.; wohl auch Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 84 I 1, S. 602.

28 Dazu im Einzelnen Wagner, *VersR* 1999, 1441, 1446 ff. m. w. Nachw.

29 BGHZ (GS) 18, 149, 155.

30 BGHZ (GS) 18, 149, 154.

31 BGHZ (GS) 18, 149, 155.

32 Grundlegend dafür BGHZ (GS) 18, 149, 157 f. = NJW 1955, 1675; vgl. weiter BGHZ 128, 117, 120 ff.; BGH, *VersR* 1970, 134, 135; NJW 1993, 1531, 1532; 1995, 1438; OLG München, *VersR* 1993, 987, 988; OLG Düsseldorf, *VersR* 1986, 64, 68; G. Müller, *VersR* 1993, 909, 914 f.; ablehnend E. Lorenz, *Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“*, 1981, S. 134 ff.

33 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/7752, S. 15; zum folgenden vgl. bereits Wagner, NJW 2002, 2049, 2053 ff.; ders., *Das neue Schadensersatzrecht* (Fn. 1) Rdnr. 27 ff.

noch geltenden Haftungshöchstbeträge überschritten sind. – Doch wie sollte dieses Ziel erreicht werden, wenn die Verschuldensfrage, ja sogar der Verschuldensgrad im einzelnen, für den Umfang des Schmerzensgeldes relevant wäre? Blicke insoweit tatsächlich alles beim Alten, müsste das Gericht dieselben Feststellungen, die es früher beim Haftungsgrund (Delikt) getroffen hat, nunmehr im Rahmen der Haftungsausfüllung (Genugtuung) treffen. Der angestrebte Rationalisierungseffekt für die Gerichtsarbeit wäre damit vertan.

Neben diesen pragmatischen Erwägungen sprechen aber auch starke normative Erwägungen gegen die Orientierung des Schmerzensgeldes am Genugtuungsgedanken. Inwiefern kann überhaupt noch von Genugtuung die Rede sein, wenn der Schmerzensgeldanspruch bereits dadurch ausgelöst wird, dass beispielsweise beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs ein Personenschaden verursacht wird, ohne dass die leiseste Pflichtwidrigkeit des Halters mitgespielt hätte, und wenn dieser Anspruch ohne weiteres von der Haftpflichtversicherung des Schädigers gedeckt wird, die in ganz Europa bei Kraftfahrzeugen obligatorisch ist? – Diese Fragen sind in Frankreich naturgemäß ebenfalls gestellt – und schon längst beantwortet worden. Nach heutiger französischer Auffassung hat die Verurteilung zu Schadensersatz wegen „dommage moral“ nichts von einer Privatstrafe, einer „peine privée“, sondern es handelt sich um einen echten Schadensersatzanspruch.³⁴ Für seine Bemessung ist folgerichtig ausschließlich der Ausgleichszweck maßgeblich, so dass es entscheidend auf die Schwere der erlittenen Beeinträchtigung ankommt, nicht hingegen auf die Schwere der Schuld, die schließlich auch für die Anspruchsbegründung keine Rolle spielt.³⁵ Auf dieser Grundlage einer rein kompensatorischen Funktion schadet es selbstverständlich nichts, wenn der Anspruch in den Deckungsbereich einer Haftpflichtversicherung fällt, und die Regel des *ne bis in idem* steht weder einer Zivilklage nach erfolgter strafrecht-

licher Verurteilung entgegen noch wiederholten Zivilklagen verschiedener Personen, die durch dieselbe Handlung verletzt worden sind.

Die ausschließliche Orientierung des Schmerzensgeldes am Ausgleichsprinzip entspricht bereits weitgehend der deutschen Praxis, die dem Genugtuungsprinzip in weitem Umfang wohl nur noch Lippenbekenntnisse zollt. In der Sache war bereits anerkannt, dass ein Schmerzensgeld auch Schwerstgeschädigten geschuldet ist, die ihr Bewusstsein endgültig eingebüßt haben und deshalb eine Genugtuung gar nicht mehr empfinden können,³⁶ und dass eine strafgerichtliche Verurteilung des Täters die kumulative Gewährung von Schmerzensgeld nicht nur nicht ausschließt, sondern die verhängte Strafe bei der Bemessung des Schmerzensgeldumfangs *keinerlei* Rolle spielt.³⁷ Insgesamt dürfte die Genugtuungsfunktion jedenfalls bei leichter Fahrlässigkeit obsolet sein.

Wesentlich schwieriger liegen die Dinge, wenn der Schädiger sein Opfer grob fahrlässig oder gar vorsätzlich verletzt hat. Das Rechtsgefühl rebelliert dagegen, einen Täter, der Körper und Gesundheit anderer in leichtfertiger, rücksichtsloser Weise oder gar sehenden Auges aufs Spiel setzt, genauso zu behandeln wie einen umsichtigen und besonnenen Autofahrer, der auf einer unerkennbar glatten Fahrbahn ins Schleudern gerät und einen Passanten anfährt. Diese Intuition wird von der ökonomischen Analyse bestätigt, die schärfere Sanktionen bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit mit der Erwägung rechtfertigt, die Schadensvermeidung sei in diesen Fällen zu besonders geringen gesellschaftlichen Kosten möglich.³⁸ Schließlich bestätigt auch eine detailgetreuere rechtsvergleichende Betrachtung die Tendenz zur Verhängung schärferer Sanktionen bei schwerem Verschulden. Selbst in Frankreich werden höhere Schmerzensgeldbeträge ausgeworfen, wenn das Gericht davon überzeugt ist, dass der Täter die Verletzung vorsätzlich oder sonst schuldhaft zugefügt hat.³⁹ Das spricht da-

34 Eingehende Diskussion bei Viney/Jourdain, *Responsabilité* (Fn. 9) Nr. 254; vgl. auch Galand-Carval, *Länderbericht Frankreich*, in: Rogers (Hrsg.), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, 2001, Rdnr. 29 ff.

35 Starck/Roland/Boyer, *Obligations I* (Fn. 9) Nr. 132 ff.

36 BGHZ 120, 1, 7; BGH, NJW 1991, 1544, 1545; G. Müller, *VersR* 1993, 909, 913; vgl. auch BGHZ 128, 117, 119; OLG Düsseldorf, *VersR* 1993, 113 f.; OLG Saarbrücken, *VersR* 1987, 774, 775.

37 BGHZ 128, 117, 122 ff.; BGH, NJW 1996, 1591.

38 Vgl. Landes/Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, 1987, S. 154 f., 162; Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th ed. 1992, § 6.15, S. 209 f.; Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, 1987, S. 149 f. Adams/Shavell, *CA* 1990, 337, 356 f.

39 Starck/Roland/Boyer, *Obligations I* (Fn. 9) Nr. 130, 132, 134.

für, Vorsatz und darüber hinaus womöglich auch grobe Fahrlässigkeit weiterhin bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen.

Die Rechtslage in Deutschland unterscheidet sich allerdings insofern von der französischen, als dort dem Richter ein breites Ermessen bei der Bemessung des zu ersetzenden Schadens zusteht, das über die durch § 287 ZPO gewährten Spielräume weit hinausgeht und dessen Ausübung in den Urteilsgründen nicht gerechtfertigt wird.⁴⁰ Hierzulande muss indessen Farbe bekannt werden, denn *wenn* ein schweres Verschulden dazu geeignet ist, den Schmerzensgeldbetrag aufzubessern, dann kann das Gericht einer Be-

weisaufnahme über dieses Thema nicht ausweichen, falls der Kläger eine solche begehrt. Angesichts der Schwierigkeiten, leichte und grobe Fahrlässigkeit im Einzelfall voneinander abzugrenzen,⁴¹ sprechen deshalb im Sinne des Rationalisierungszwecks die besseren Gründe dafür, die Aufbesserung des Schmerzensgeldbetrags nur bei Vorsatz in Betracht zu ziehen. Damit könnte wirksam verhindert werden, dass sich ein vorsätzlicher Eingriff in die Sphäre des Verletzten für den Täter auch noch lohnt, weil der vom Betroffenen erlittene „Gefühlsschaden“ hinter dem Gewinn des Täters zurückbleibt.⁴² Solche Konstellationen sind keineswegs selten, wie die Fallgruppe der Mediendelikte gezeigt hat.

3.4 Differenzierung des Immaterialschadensersatzes

Im Vergleich der europäischen Rechtsordnungen fällt ins Auge, dass der Immaterialschadensersatz in Deutschland mehr oder weniger mit dem Schmerzensgeld identifiziert und mit diesem geradezu gleichgesetzt wird. Die Überschrift des alten § 847 BGB lautete sogar: „Schmerzensgeld“. Vielleicht auch als Folge einer solchermaßen beschränkten Perspektive hat sich der BGH veranlasst gesehen, den Geldersatz bei Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ganz von der bisherigen Vorschrift des § 847 BGB abzulösen und zu einem Rechtsbehelf *sui generis* zu verselbständigen, „der auf den Schutzauftrag aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG zurückgeh[e]“.⁴³ Die Durchsetzung eines engen Verständnisses des Immaterialschadensersatzes als „Schmerzensgeld“ ist um so erstaunlicher, als der Literatur des 19. Jahrhunderts das sog. *pretium doloris* nur als einer von mehreren Domänen des Immaterialschadensersatzes geläufig war.⁴⁴ In den Motiven zum späteren § 847 BGB heißt es denn auch ausdrücklich, mit dieser Regelung würden „spezielle Vorschriften über eine Entschädigung des Verletzten wegen der erlittenen Schmerzen entbeh-

lich“, deren Unangemessenheit „in ihrer Isolierung [sich] nicht verkennen [lasse]“.⁴⁵ Weiter führt die Erste Kommission aus: „Es will nicht einleuchten, weshalb nur das Erdulden eines körperlichen Schmerzes durch Zahlung einer Geldsumme auszugleichen sei, wenn eine ähnliche Ausgleichung wegen aller anderen nicht vermögensrechtlichen Schäden für unstatthaft erachtet wird. Dazu kommt die Schwierigkeit der Ermittlung, ob und welcher körperliche Schmerz erduldet ist, sowie die Unzutraglichkeit, dass gerade die schwersten Verletzungen auch schmerzlos verlaufen können und alsdann zu einem Schmerzensgelde niemals berechtigen würden“.⁴⁶ Vor diesem Hintergrund hätte sich der BGH die Begründung dafür, dass auch Schwerstgeschädigte, denen jedes Bewusstsein vom Grad ihrer Behinderung fehlt, ein nicht bloß symbolisches Schmerzensgeld verlangen können, erheblich erleichtern können.⁴⁷

Für die Zukunft geht es darum, aus der Loslösung des Immaterialschadensersatzes sowohl von der Fixierung auf das Schmerzensgeld als auch von der Genugtuungsfunktion die gebotenen Kon-

40 Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel*, 4. Aufl. 2000, Nr. 93.

41 Vgl. etwa OLG Düsseldorf, *VersR* 1986, 64, 68.

42 So die *Maxime des „tort must not pay“* der Entscheidung *Rookes v. Barnard*, (1964) A.C. 1129, 1227 (H.L. 1963) per Lord Devlin.

43 BGHZ 128, 1, 15; ähnlich bereits BGHZ 35, 363, 367 f.; 39, 124, 130 f.; mit Recht kritisch dazu H. P. Westermann, *Geldentschädigung bei Persönlichkeitsverletzung - Aufweichung der Dogmatik des Schadensrechts?*, in: Ingo Koller/Johannes Hager et al. (Hrsg.): *Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken, Symposium zu Ehren von C.-W. Canaris*, 1998, S. 125, 132: es werde „beständig mit den als kleine Münze in den Verkehr gebrachten Grundrechten geklimpert“.

44 Zur Diskussion im 19. Jahrhundert eingehend Wagner, *Geldersatz bei Persönlichkeitsverletzungen*, ZEuP 2000, 200.

45 *Mugdan II* (Fn. 20) S. 447.

46 *Mugdan II* (Fn. 20) S. 447.

47 Vgl. BGHZ 120, 1.

sequenzen zu ziehen und den Blick frei zu bekommen für den Reichtum an Differenzierungen, der auch für den Ausgleich immaterieller Schäden kennzeichnend ist. So unterscheidet das englische Recht im Rahmen des Immaterialschadensersatzes zwischen folgenden *heads of damages*: *pain and suffering, loss of amenities, loss of expectation of life, physical inconvenience and discomfort and mental distress*.⁴⁸ Das beim Schadensersatz generell großzügige französische Recht erscheint allerdings auch in diesem Punkt als im europäischen Vergleich führend, wenn man das Bemühen, jedem Schadensposten einen Ausgleichsbetrag zuzuordnen, als Maßstab nimmt. Die französische Praxis differenziert zunächst zwischen vorübergehenden und dauerhaften Beeinträchtigungen und dann weiter zwischen nicht weniger als fünf verschiedenen Arten immaterieller Schäden, angefangen beim *préjudice de souffrance*, über *le préjudice physiologique, le préjudice esthétique, le préjudice sexuel, le préjudice d'agrément, préjudice de contamination*, bis hin zum Immaterialschadensersatz beim Verlust naher Angehöriger, dem sog. *préjudice d'affection*. Dieser Formenreichtum ist kurz zu erläutern, wobei der zuletzt genannte Schadensposten – der Verlust geliebter Personen – gesonderter Erörterung vorbehalten bleibt.⁴⁹

3.4.1 Schmerzensgeld : *préjudice de souffrance*

Der *préjudice de souffrance* ist der Schaden zu dem auch in Deutschland geläufigen *pretium doloris*; kompensiert werden die Schmerzen, die der an Körper und Gesundheit Geschädigte erlitten hat. Diese Art des Immaterialschadensersatzes steht selbstverständlich unabhängig davon zur Verfügung, ob der Gesundheitsschaden behoben werden kann oder sich als dauerhaft erweist.⁵⁰ Die Bemessung des *pretium doloris* erfolgt durch Einordnung der konkret erlittenen Schmerzen in eine siebenstufige Skala, die von

ganz leicht bis sehr schwer reicht.⁵¹ Bei dieser Tabelle handelt es sich um eine vereinfachte Form der in Deutschland gebräuchlichen sog. Gliedertaxen, das sind Tabellen, in denen die von Gerichten für bestimmte Verletzungen ausgeworfenen Schmerzensgeldbeträge dokumentiert werden.⁵²

3.4.2 Verlust an Lebensfreude : *préjudice d'agrément*

Unter einem *préjudice d'agrément* versteht die französische Praxis die dauerhafte Einbuße an Lebensfreude, die das Opfer einer Körper- oder Gesundheitsverletzung durch die nach Abschluss des Heilungsprozesses anhaltende Beeinträchtigung seiner körperlichen, psychischen oder intellektuellen Funktionen und Fähigkeiten erleidet. Während die Ausgleichswürdigkeit dieses Schadensposten in Frankreich allgemein anerkannt ist, bestehen Meinungsverschiedenheiten über die genauen Voraussetzungen für eine Geldentschädigung und über deren konkrete oder abstrakte Berechnung. Umstritten ist insbesondere die Frage nach dem Verhältnis des *préjudice d'agrément* zur Entschädigung für sog. *préjudice physiologique*, d. i. die Entschädigung wegen partieller Behinderung (I.P.P. – *incapacité permanente partielle*).⁵³ Letztere wird nämlich zusätzlich zum in concreto zu berechnenden Verdienstausfall und zum Fortkommensschaden gewährt und mit Hilfe einer abstrakten Methode berechnet.

Maßgebend für die Bemessung des Schadensersatzbetrags wegen teilweiser Behinderung (*préjudice physiologique*) ist ein dreistufiger Prozess, an dessen Anfang die Einschätzung der beim Geschädigten verbleibenden Behinderung durch einen medizinischen Sachverständigen steht.⁵⁴ Der Experte ordnet die Einbuße an Körperfunktionen sodann einer Skala zu, die von 0 bis 100% reicht und den Grad der Behinderung

48 McGregor on Damages, 15. Aufl. 1988, No. 81 ff.

49 Vgl. sogleich, unter 5.

50 Eingehend zum Folgenden Galand-Carval, in: Rogers, Damages for Non Pecuniary Loss (Fn. 34) Rdnr. 8 ff.

51 Entwickelt von Michel Thierry, Bernard Nicourt, *Réflexions sur les souffrances endurées*, Gaz. Pal. 1981, 480, 482. Die klassischen Verletzungen besetzen bestimmte Stufen auf der Skala, z. B. Gehirnerschütterung: très léger/léger; Schädelbruch: léger/modéré, vgl. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel* (Fn. 40) Annexe 6, S. 101. Es handelt sich um unverbindliche Tabellenwerke, vgl. Viney, *Effets, Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : effets*, 1988 Nr. 148. Zu den statistischen Grundlagen der Skala Statistiques A.G.I.R.A. sur les coûts moyens des extrapatrimoniaux de 1985 à 1987; vgl. Lambert-Faivre, a.a.O., Nr. 137; vgl. auch v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. II* (Fn. 8) Rdnr. 165.

52 Vgl. Hacks/Ring/Böhm, *Schmerzensgeld-Beträge*, 20. Auflage 2001, S. 25 ff.

53 Dazu eingehend Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel* (Fn. 40) No. 96 ff.; Viney, *Effets* (Fn. 51) No. 119 ff.

54 Einzelheiten bei Viney, *La responsabilité : effets*, (Fn. 53) No. 125 ff.; Überblick bei Galand-Carval, in: Rogers, *Damages for Non Pecuniary Loss* (Fn. 34) Rdnr. 14 f.

abbildet. In einem dritten Schritt, dem sog. „calcul au point“ wird dann der Behinderungsgrad mit einem Punktwert multipliziert, der sich wiederum nach der Schwere der Behinderung und dem Alter des Geschädigten richtet. Auf diese Weise wird erreicht, dass die Höhe des ausgeworfenen Entschädigungsbetrags sowohl die Schwere der Behinderung reflektiert, und dies in progressiv ansteigender Weise, als auch die Länge der Zeit, während der der Geschädigte mit der Behinderung leben müssen: Je jünger der Geschädigte und je schwerer die Behinderung, desto höher der Schadensersatzbetrag. Da die Gerichte allerdings sämtlich mit ihren eigenen Tabellen und Punktwerten arbeiten, kommen sie oft zu unterschiedlichen Ergebnissen trotz gleichen Alters und vergleichbarem Invaliditätsprozentsatz, so z. B. zu 100000 FF bei einem Invaliditätsgrad von 75 % und einem Alter von 23 Jahren in Aix-en-Provence und 200000 FF bei einem Invaliditätsgrad von 70 % und demselben Alter in Le Mans⁵⁵.

Zusätzlich zu dieser, nach abstrakten Kriterien und nicht anhand des konkret erlittenen „Gefühlsschadens“ berechneten Entschädigung kann noch Schadensersatz wegen entgangener Lebensfreude (*préjudice d'agrément*) verlangt werden, dessen Umfang im Einzelfall zu schätzen ist. Hier geht es zunächst darum, einen Musikliebhaber dafür zu entschädigen, dass er in seiner Freizeit keine Musik mehr hören oder kein Klavier mehr spielen kann, oder einen Freizeitsportler dafür, dass er diesem Vergnügen nicht mehr nachgehen kann. Die Rechtsprechung ist allerdings dazu übergegangen, auch Normalbürgern Ausgleich für einen *préjudice d'agrément* zu gewähren, etwa weil sie nicht mehr in gewohnter Weise spazieren oder auch ins Kino gehen, nicht mehr lesen oder im Garten arbeiten können.⁵⁶ Dann stellt sich allerdings die Frage nach dem Verhältnis dieses Schadenspostens zum *préjudice physiologique*, der zumindest auch die Einbuße an allgemeiner Lebensfreude durch den Verlust körperlicher oder psychischer Funktionen abdeckt.⁵⁷ Gleichwohl haben sich die französischen Gerichte nicht davon abhalten lassen, Entschädigung für entgangene Lebensfreude zusätzlich

zu derjenigen für die Einbuße körperlicher Funktionen zu gewähren.

Neuerdings wird darüber hinaus der *préjudice sexuel* als selbständige Schadensart anerkannt, mit dem der Verlust sowohl der Fortpflanzungsfähigkeit als auch der Sexualfunktion kompensiert werden soll. Der Sache nach handelt es wohl um einen Sonderfall des *préjudice d'agrément*,⁵⁸ und dasselbe gilt auch für den sog. *préjudice juvénile*, mit dem der Verlust einer unbeschwernten Jugend angesprochen wird.⁵⁹

3.4.3 Entstellung der Person: *préjudice esthétique*

Lässt eine Körperverletzung entstellende Spuren zurück, hat der Betroffene einen Anspruch auf Entschädigung für die erlittenen ästhetischen Nachteile.⁶⁰ Dieser Anspruch ist allerdings nicht auf Fälle äußerer Entstellungen, wie Narben, Verbrennungsercheinungen etc. beschränkt, sondern erfasst sämtliche Beeinträchtigungen des äußeren Erscheinungsbildes. Folgerichtig können auch Querschnittsgelähmte Schadensersatz für *préjudice esthétique* verlangen, weil ihre äußere Erscheinung nicht mehr derjenigen eines mobilen und dynamischen Menschen entspricht, nicht mehr „l'image de l'homme ou de la femme debout“ widerspiegelt.⁶¹ Für die Bemessung gilt genauso wie für das eigentliche Schmerzensgeld eine siebenstellige Skala.

3.4.4 Ansteckung mit dem HIV-Virus: *préjudice de contamination*

Im Zuge der juristischen Abwicklung des französischen Skandals um HIV-verseuchte Blutprodukte wurde von der Rechtsprechung eine weitere Schadensart entwickelt, die zu bis dahin unübertroffenen hohen Haftungsbeträgen geführt hat: Der Ansteckungsschaden durch den HIV-Virus (*préjudice de contamination oder préjudice de séropositivité*). Dieser Schadensposten reagiert auf die Besonderheiten der Krankheit AIDS, die lange Latenzperioden kennt, dann aber zu andauerndem Siechtum führen kann, an des-

⁵⁵ Vgl. A.G.I.R.A., *Fichier National des indemnités allouées aux victimes d'accidents de la circulation, décisions judiciaires 1988, liste provisoire*, in: Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel* (Fn. 40) Annexe V, tableau 8, S. 170 und Nr. 140.

⁵⁶ Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel* (Fn. 40) No. 141-2; Viney, *La responsabilité: effets*, (Fn. 51) No. 144.

⁵⁷ Viney, *La responsabilité: effets*, (Fn. 51) No. 145.

⁵⁸ Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel* (Fn. 40) No. 142.

⁵⁹ Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel* (Fn. 40) No. 143.

⁶⁰ Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel* (Fn. 40) No. 144.

⁶¹ Galand-Carval, in: Rogers, *Damages for Non Pecuniary Loss* (Fn. 34) Rdnr. 16.

sen Ende der Tod steht. Bevor es dazu kommt, wird allerdings der Träger des Virus schon in Angst und Schrecken versetzt, zur grundlegenden Änderung seiner Lebensgewohnheiten gezwungen und ihm auf diese Weise ein großer Teil seiner Lebensfreude genommen. Alle diese physischen und psychischen Beeinträchtigungen werden durch den *préjudice global de contamination* zu einem einheitlichen Schadensposten zusammengefasst, für den die französischen Gerichte teilweise exorbitant hoch erscheinende Schadenssummen ausgeworfen hat, im ersten Fall die Summe von 2,3 Millionen FF.⁶² Die Haftung wird mittlerweile weitgehend von einem 1991 eingerichteten Fonds aufgefangen.⁶³

3.4.5 Fazit

Im Vergleich zu der geradezu filigranen Differenziertheit des französischen Rechts wirkt das deutsche Schmerzensgeld geradezu wie ein grober Klotz, weil es die Vielgestaltigkeit der Einbußen gar nicht zur Kenntnis nimmt, die durch Körper- und Gesundheitsverletzungen verursacht werden können. Auf der anderen Seite ist der Eindruck nicht von der Hand zu weisen, dass es die französischen Gerichte mit ihrer Differenzierungsfreude an der einen oder anderen Stelle

3.5 Immaterialschadensersatz bei Tod

3.5.1 Die Rechtslage in Deutschland

Wenn in Deutschland ein sturzbetrunkener Fahrer eines Kraftfahrzeugs mit weit überhöhter Geschwindigkeit auf einer nicht bevorrechtigten Straße über eine Kreuzung rast, mit einem anderen Fahrzeug kollidiert und dessen Fahrer schwer verletzt wird, dann kann den Verursacher der Unfall teuer zu stehen kommen – wenn das Opfer überlebt! Soweit dies der Fall ist, hat der Schädiger im Rahmen der §§ 249 ff. BGB, 6 EFZG, 116 SGB X, 67 VVG die Kosten der u.U. sehr aufwendigen und langwierigen Heilbehandlung zu ersetzen, er hat für den Verdienstausfall des Opfers bzw. für die vom Arbeitgeber oder der Krankenkasse verauslagten Lohnersatzleistungen aufzukommen, er muss die Einbußen ausgleichen, die

vielleicht doch zu weit getrieben haben und manche Einbußen gleich mehrfach erfassen und kompensieren. Es bedarf eines vernünftigen Ansatzes, der zwischen den Extremen vermittelt und die Eindimensionalität der bisherigen deutschen Dogmatik ebenso vermeidet wie die in Frankreich zu beobachtende Tendenz, hinter jedem neuen Schadensszenario einen einzigartigen Schadensposten zu vermuten. Indem das neue Schadensersatzrecht die Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes in den Vordergrund stellt, gibt sie Raum und Anlass, die verschiedenen Dimensionen des Immaterialschadens deutlich herauszuarbeiten, anstatt sie in dem undifferenzierten und deshalb unpassenden Begriff des Schmerzensgeldes untergehen zu lassen. Insbesondere sollte das Schmerzensgeld im eigentlichen, engeren Sinn, sowohl von der Einbuße an Lebensfreude als auch von der Entstellung der Person unterschieden werden. Solche Differenzierungen würden zwar an der Praxis der deutschen Gerichte nichts Wesentliches ändern, weil Verlust an Lebensfreude und Entstellungen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes berücksichtigt werden konnten,⁶⁴ doch würden sie dazu beitragen, die Ausgleichsfunktion des Immaterialschadensersatzes wirksam zur Geltung zu bringen.

das Opfer dadurch erleidet, dass seine Erwerbsfähigkeit gar nicht oder nicht in vollem Umfang wiederhergestellt werden kann, und er schuldet schließlich ein Schmerzensgeld, dessen Höhe jedenfalls an der Schwere der erlittenen Verletzungen und verbleibenden Dauerschäden orientiert ist und ggf. sogar mit Blick auf die Rücksichtslosigkeit des schadensursächlichen Verhaltens noch einen Zuschlag erfährt.⁶⁵ Alle diese Posten zusammen können sich für den Schädiger zu einer ganz erheblichen Belastung addieren, und gerade deswegen ist im Bereich des Straßenverkehrs die Deckung des Haftpflichtrisikos durch eine entsprechende Versicherung jedem Verkehrsteilnehmer zur Pflicht gemacht und die Möglichkeit der Versicherung, ihrer Einstandspflicht mit Rücksicht auf Deckungsgrenzen und

62 *Affaire „Courtellement“*, Cour d'Appel Paris, 7.7.1989, Gaz. Pal. 1989, jur. 752; Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel* (Fn. 40) No. 145.

63 Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel* (Fn. 40) No. 146.

64 Vgl. zu Entstellungen BGHZ 97, 15, 19; allgemein Palandt-Thomas, § 847 Rdnr. 11.

65 Vgl. zu dieser Frage eingehend oben 3.1.3

-ausschlüsse etwa nach Art des § 152 VVG zu entgehen, durch die §§ 158 c, 158 f VVG und das PflVG wesentlich eingeschränkt worden.⁶⁶

Wie steht es nun, wenn der in dem anderen Fahrzeug sitzende Fahrer so schwer verletzt wird, dass er noch an der Unfallstelle verstirbt? Dieses wahrhaft tragische Ereignis erweist sich für den Schädiger als ein haftungsrechtlicher Segen, denn seine Verpflichtung zum Ersatz von Heilungskosten entfällt, diejenige zum Ersatz des Verdienstaufschlags und seiner Surrogate lebt gemäß § 844 Abs. 2 BGB nur fort, soweit der Getötete im Zeitpunkt des Unfalls Ehepartner oder Kinder hatte, denen er kraft Gesetzes Unterhalt schuldet,⁶⁷ und ein Schmerzensgeldanspruch scheidet in diesem Beispiel gleichfalls aus. Zwar geht dem Tod in aller Regel eine Körper- und Gesundheitsverletzung voraus, die grundsätzlich dazu geeignet ist, einen Schmerzensgeldanspruch zu begründen. Dessen praktischer Durchsetzung durch die Erben des Verstorbenen steht auch nicht mehr das früher in § 847 Abs. 1 S. 2 BGB enthaltene Vererbungs Hindernis entgegen. Der Anspruch erweist sich in der Praxis aber dennoch als mehr oder weniger inhaltsleer, weil sein Umfang allein davon abhängt, wie lange der Todeskampf gedauert hat und wie qualvoll er für den Verstorbenen gewesen ist. Anknüpfungspunkt für das Schmerzensgeld bleibt nach der Rechtsprechung die dem Tod vorgelagerte Körperverletzung, während für der Verlust des Lebens selbst weder nach § 847 BGB a.F. noch auf der Grundlage des neuen § 253 Abs. 2 BGB eine Ausgleichssumme zu zahlen ist.⁶⁸ Wer noch am Unfallort oder kurz danach im Krankenwagen oder Krankenhaus dahingeht, ohne das Bewusstsein wiedererlangt zu haben, hat insoweit wenig zu vererben.

Eigene Schmerzensgeldansprüche der nahen Angehörigen sind zwar denkbar, jedoch nur nach den Grundsätzen der sog. Schockschäden liquidiert.⁶⁹ Vorausgesetzt ist also, dass die Benachrichtigung vom Tod bei dem Angehörigen einen psychischen und/oder physischen Schockzustand

auslöst, dem Krankheitswert zu attestieren ist. Nur die Gesundheitsverletzung des Angehörigen selbst – und wiederum nicht der Tod des primär Betroffenen – ist damit Anknüpfungspunkt und Maßstab des Schmerzensgeldes. Selbst in einem krassen Fall der Auslöschung halber Kleinfamilien ist den verbliebenen Angehörigen lediglich eine Gesamtsumme von umgerechnet € 55.000,- zugesprochen worden.⁷⁰ Dies ist keine Kritik an der das Gesetz anwendenden Rechtsprechung, sondern allenfalls am Gesetz selbst: Hat das Opfer keine unterhaltsberechtigten Angehörigen, dann erfolgt die Tötung in Deutschland gleichsam zum haftungsrechtlichen „Nulltarif“, wenn man von den vergleichsweise trivialen Beerdigungskosten einmal absieht, deren Ersatz gemäß § 844 Abs. 1 BGB jedenfalls geschuldet ist.

3.5.2 Frankreich

Das französische Recht indessen gewährt nicht nur immateriellen Interessen den ihnen gebührenden haftungsrechtlichen Schutz, sondern es beschränkt diesen Schutz nicht auf den unmittelbar betroffenen, sondern erkennt auch Ersatzansprüche mittelbar Geschädigter, der sog. *victimes par ricochet*, an. Soweit der *dommage par ricochet* darin besteht, dass ein naher Angehöriger um den Verlust einer geliebten Person trauert und dadurch in seiner Lebensfreude beeinträchtigt wird, steht ihm ein Ausgleichsanspruch für sein *préjudice d'affection* gegen denjenigen zu, der für den Todesfall die haftungsrechtliche Verantwortung trägt.⁷¹ Insoweit wurde die Aktivlegitimation zwar früher auf Personen beschränkt, die mit dem Getöteten in einem personenrechtlichen, also verwandtschaftlichen oder ehelichen Verhältnis standen,⁷² doch ist diese Einschränkung eines *lien de droit* heute überwunden, so dass insbesondere auch Partnern einer nicht-ehelichen oder gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft Ersatzansprüche wegen des Verlusts des geliebten Partners zustehen können.⁷³ Darüber hinaus wurde auch das an den deutschen Schockschaden erinnernde Erforder-

⁶⁶ Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von Vorschriften über die Pflichtversicherung; BT - Drucks. IV/2252, S. 31; Steffen, VersR 1987, 529.

⁶⁷ Es reicht auch aus, wenn die Unterhaltspflicht erst später entsteht.

⁶⁸ BGHZ 138, 388, 393 f.

⁶⁹ Dazu BGHZ 56, 163, 165 f.; 93, 351, 354 f.; weiter BGH, NJW 1984, 1405; 1986, 777; 1989, 2317 f.

⁷⁰ OLG Nürnberg, NZV 1996, 367; das BVerfG hat dies - mit Recht - gebilligt; vgl. BVerfG, VersR 2000, 897; eingehend dazu Wagner, VersR 2000, 1305.

⁷¹ Z.B. Lambert-Favre, Droit du dommage corporel (Fn. 40) Nr. 202; dies. RTD civ. 1993, 1, 19.

⁷² Cass. req., 2.2.1931, DH, 1931, S. 113, JCP 1931, II, 41, S., 1931.I.123, D.P., 1931.I.38; Viney/Jourdain, Conditions (Fn. 9) Nr. 267, 308; St-arc/Roland/Boyer, Obligations I (Fn. 9) Nr. 168.

⁷³ Cass. crim., 5.1.1956, D. 1956, 216; Cass. civ. 2e, 4.3.1964, Gaz. Pal., 1964, I, 392; Viney/Jourdain, Conditions (Fn. 9) Nr. 308.

nis, dass das Leid ein außergewöhnliches Ausmaß annehmen müsse (*préjudice moral d'un caractère exceptionnel*),⁷⁴ aufgegeben.⁷⁵ Damit steht grundsätzlich allen Personen der Weg zum Ersatz des Schockschadens offen, denen der Beweis ihrer seelischen Beeinträchtigung gelingt⁷⁶. Zugunsten des Ehegatten, der Eltern und Kinder wird die persönliche Betroffenheit regelmäßig vermutet (*présomption de fait*)⁷⁷. In den 80er Jahren bekamen der Ehegatte des Opfers 30000 FF bis 60000 FF, die Kinder 5000 FF bis 50000 FF und die Eltern 25000 FF bis 60000 FF⁷⁸. Außergewöhnlich hohe Beträge wurden 1985 den Eltern von 44 bei einem Verkehrsunfall umgekommenen Kindern zugesprochen⁷⁹. Die Beträge beliefen sich pro Elternteil und pro Kind (die Eltern hatten auf diese Weise zum Teil bis zu drei Kinder verloren) auf 80000 FF bis 100000 FF und auf 20000 FF für jeden der Großeltern.

3.5.3 England

Wie hierzulande können in England nahe Angehörige in einem sozialen Sinn, also einschließlich nicht-ehelicher Lebenspartner, eigene Schmerzensgeldansprüche wegen eines selbst erlittenen psychischen Schadens geltend machen. Die englische Variante des Schockschadens ist allerdings insoweit enger als die deutsche, als stets vorausgesetzt wird, dass der Schock aufgrund der eigenen Beobachtung des Unfalls, durch den die geliebte Person getötet oder schwer verletzt wird, eintritt, nicht dagegen erst aufgrund der bloßen Benachrichtigung von dem Schadensereignis.⁸⁰

Auf der anderen Seite ist das englische Recht großzügiger als das deutsche, indem es über den Schockschaden hinaus eigene Schmerzensgeldansprüche mittelbar Geschädigter bei Verlust einer geliebten Person anerkennt, nämlich Ausgleich für sog. „bereavement“ gewährt.⁸¹ Die Anspruchsvoraussetzungen sind wiederum deutlich enger ausgestaltet als in Frankreich, denn nach

Section 1 A des Fatal Accidents Act 1976, der durch den Administration of Justice Act 1982 ergänzt wurde, ist ausschließlich der Ehegatte der getöteten Person aktivlegitimiert. War der Getötete unverheiratet, sind seine Eltern aktiv legitimiert, dies allerdings nur unter der zusätzlichen Voraussetzung seiner Minderjährigkeit. Alle anderen Verwandten, etwa minderjährige Kinder bei Tötung ihrer Eltern, gehen ebenso leer aus wie Lebenspartner, die mit dem Getöteten nicht durch ein eheliches Verhältnis verbunden waren. Schließlich ist der Anspruch unvererblich und der Höhe nach durch Gesetz begrenzt, und zwar auf £7.500 (ungefähr € 12.500).⁸² Dieser Betrag wird in England heute als zu niedrig empfunden und seine Anhebung auf £10.000 gefordert.⁸³ Darüber hinaus hatte die Law Commission in ihrem 1999 veröffentlichten Bericht empfohlen, die Aktivlegitimation auf sämtliche Angehörigen im sozialen Sinn, also ohne Beschränkung auf personenrechtliche Verbindungen, auszudehnen.

3.5.4 Rechtsvergleichende Würdigung

Die Zurückhaltung des deutschen Rechts bei der haftungsrechtlichen Erfassung der Tötung ist schon seit längerem Gegenstand der Kritik sowohl juristischer als auch ökonomischer Provenienz.⁸⁴ Dabei überrascht es nicht, wenn von juristischer Seite der Ausgleichsgedanke in den Vordergrund gerückt und also argumentiert wird, der bei nahen Angehörigen verursachte Schmerz über den erlittenen Verlust sei ein Schaden wie andere auch und müsse folglich ausgeglichen werden.⁸⁵ Tatsächlich entspricht es dem in § 844 BGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken, denjenigen Angehörigen, die durch den Tod der primär verletzten Person ihrerseits zu Schaden gekommenen sind, einen Ausgleichsanspruch gegen den Verantwortlichen zu gewähren. Die ökonomische Analyse des Rechts rekurriert hingegen auf die Präventionsfunktion des Haftungsrechts und stellt die Frage, welchen Einfluss eine Regelung auf die Sorgfaltsanreize etwa der Ver-

74 Cass. civ. 2e, 16.2.1967, Bull. civ. II.54; Cass. civ. 2e, 14.12.1972, D. 1973, inf. rap. 26. Dass der Ersatz des *préjudice d'affection* nicht den Tod des Opfers voraussetzt, ist bereits seit 1946 ständige Rechtsprechung, Viney/Jourdain, *Conditions* (Fn. 9) Nr. 269.

75 Cass. civ. 2e, 23.5.1977, D. 1977, inf. rap. 441; Viney/Jourdain, *Conditions* (Fn. 9) Nr. 269.

76 Viney/Jourdain, *Conditions* (Fn. 9) Nr. 311.

77 Viney/Jourdain, *Conditions* (Fn. 9) Nr. 311.

78 Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel* (Fn. 40) Nr. 203.

79 Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel* (Fn. 40) Nr. 203.

80 Rogers, in: ders., *Damages for Non Pecuniary Loss* (Fn. 34) Rdnr. 10, 21.

81 Vgl. dazu Rogers, in: ders., *Damages for Non Pecuniary Loss* (Fn. 34) Rdnr. 20.

82 Rogers, in: ders., *Damages for Non Pecuniary Loss* (Fn. 34) Rdnr. 20.

83 The Law Commission, *Report No. 263, Claims for Wrongful Death*, 1999; Rogers, (Fn. 34) Rdnr. 20.

84 Dafür Kötz/Wagner, *Deliktsrecht*, 9. Aufl. 2001, Rdnr. 528; Odersky, *Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger*, 1989, S. 10 ff.; Vorndran, *ZRP* 1998, 293; beachtliche Gegenargumente bei G. Müller, *VersR* 1995, 489, 494.

85 Odersky, *Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger*, 1989, S. 28 f.; vgl. auch Hacks, *NJW* 1975, 1450, 1452.

kehrsteilnehmer hat, die die Vernichtung des höchsten aller Rechtsgüter mit der denkbar mildesten Sanktion versieht.⁸⁶ Es liegt auf der Hand, dass der Anreiz potentieller Schädiger zur Mäßigung des eigenen Verhaltens und zur Ergreifung kostspieliger Sorgfaltsmaßnahmen geschwächt wird, wenn schwerste Schäden unsanktioniert bleiben und die tatsächlich verursachten gesellschaftlichen Verluste in das individuelle Kosten-/Nutzen-Kalkül gar keinen Eingang finden. Gleichwohl hat das 2. SchÄndG an der herkömmlichen Rechtslage nicht gerührt und einen Schmerzensgeldanspruch zugunsten naher Angehöriger nicht geschaffen.

Über die Gründe für die gesetzgeberische Abstinenz kann nur spekuliert werden. Die heutige Vorsitzende des für das Deliktsrecht zuständigen VI. Zivilsenats des BGH hat im Vorfeld der Reform zu bedenken gegeben, die Gerichte seien mit der Aufgabe überfordert, den Wert des menschlichen Lebens zu bewerten.⁸⁷ Diese Schwierigkeiten sind nicht von der Hand zu weisen, obwohl die französische Praxis belegt, dass sie keineswegs unüberwindlich sind. Bei strikter Orientierung des Ausgleichs am Leid des oder der Angehörigen besteht auch gar keine Notwendigkeit, das verlorene Leben zu bewerten und diesen Wert in Geld auszudrücken. Wenn dies immer noch als Zumutung an die Gerichte empfunden wird, dann zeigt das englische Recht eindrucklich, wie eine praktikable Lösung aussehen könnte: Der Gesetzgeber könnte eine bestimmte Summe fixieren, die beim Tod einer Person an deren Angehörige zu zahlen ist und damit die Bewertung des Verlusts durch den Richter ebenso überflüssig machen wie Differenzierungen zwischen verschiedenen Opfern.

Gegen das Schmerzensgeld für Angehörige im allgemeinen und gegen die legislatorische Fixierung eines einheitlichen Ersatzbetrags wird einge-

wandt werden, die Bemessung des Ersatzbetrags sei willkürlich. Dieser Einwand trifft in gewissem Umfang zu, doch darüber sollte nicht übersehen werden, dass die gänzliche Versagung des Ausgleichs den Schaden de facto mit Null bewertet – eine Bewertung, die mit Sicherheit verfehlt ist und bei der das Willkürelement weit größer ist als bei einer maßvollen Bemessung des Ausgleichsbetrags zugunsten naher Angehöriger.

Allerdings ist einzuräumen, dass die Einführung eines Schmerzensgeldanspruchs naher Angehöriger das aus ökonomischer Sicht zentrale Problem gar nicht lösen würde, nämlich die Ausklammerung des Verlusts des Lebens selbst aus der Ausgleichsbilanz. Das Leid der nahen Angehörigen tritt schließlich zum Tod des primär Verletzten hinzu, stellt also einen weiteren Nutzenverlust dar, der gesondert ausgeglichen werden muss, die Kompensation des Verlusts des Lebens selbst indessen nicht ersetzen kann.⁸⁸ Dessen Ausgleich ist allerdings erforderlich, um dem potentiellen Schädiger die richtigen haftungsrechtlichen Anreize für die Wahl des eigenen Sorgfaltsaufwands zu vermitteln. Die Schwierigkeiten, einen solchen, rein präventiv orientierten Ausgleichsanspruch institutionell zu verankern, sind allerdings kaum zu unterschätzen, denn geschädigt sind jedenfalls nicht die Angehörigen, sondern der Getötete, der Ansprüche nicht mehr geltend machen kann, und die Gesellschaft insgesamt. Sachgerecht wäre daher die Aktivlegitimation des Staates, der die Tötung anderer jedoch bereits mit strafrechtlichen Mitteln sanktioniert. Sollte deren Präventionswirkung zu wünschen übrig lassen, wäre es wohl besser, die strafrechtlichen Sanktionen zu verschärfen, anstatt kumulativ dazu Zahlungsansprüche zugunsten staatlicher Stellen einzuführen, die zwar als Schadensersatzansprüche daher kämen, es in Wahrheit aber nicht wären.

3.6 Schluss

Der Gesetzgeber wollte mit der Reform des Immaterialschadensersatzes das deutsche Recht dem

in Europa üblichen Standard annähern, und es kann nicht bezweifelt werden, dass dies gelingen

⁸⁶ Adams, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung*, 1985, S. 174 ff.; Schäfer/Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3. Aufl. 2000, S. 349 ff. und JZ 1990, 563, 569 ff.; Posner, *Economic Analysis of Law*, 5. Aufl. (1998) S. 214 ff.
⁸⁷ G. Müller, *VersR* 1995, 489, 494.

⁸⁸ Vgl. auch Kötz/Wagner, *Deliktsrecht (Fn. 84) Rdnr. 541 f.*

ist. Die Aufgabe einer angemessenen schadensrechtlichen Erfassung des menschlichen Todes und des dadurch bei Angehörigen verursachten Leids bleibt hingegen auf der Tagesordnung. Spä-

testens im Rahmen der nunmehr in Gang kommenden Bemühungen um die Vereinheitlichung des Schuldrechts in Europa wird sie neu überdacht werden müssen.

4. Der Kraftfahrzeughaftpflicht-Fall nach aktueller Rechtslage – bringt das neue Recht dem Geschädigten nur Vorteile?

von Hermann Lemcke, Münster

Das Zweite Schadensrechtsänderungsgesetz vom 13.7.2002¹ ist am 1.8.2002 in Kraft getreten. Es gilt – jedenfalls im Verkehrs-Haftpflichtrecht – nur für neue Schadensfälle ab diesem Zeitpunkt; für frühere Schadensfälle gilt weiterhin das alte Recht.

Für Schadensersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall sind folgende Änderungen von besonderer Bedeutung².

4.1 Änderungen des StVG

- 4.1.1. Haftungsrechtliche Gleichstellung des Kfz-Anhängers mit einem Kfz
- 4.1.2. Entlastungsbeweis des Halters teilweise nur noch bei höherer Gewalt
- 4.1.3. Gefährdungshaftung gegenüber allen Insassen
- 4.1.4. Haftung auch auf Schmerzensgeldzahlung
- 4.1.5. Anhebung der Haftungshöchstbeträge

4.1 Änderungen des StVG

Sie sind für den Kraftfahrzeug-Haftpflichtfall von besonderer Bedeutung und stehen deshalb hier am Anfang.

4.1.1. Haftungsrechtliche Gleichstellung des Kfz-Anhängers mit dem Kfz

Ein Anhänger ist kein Kfz, weil er nicht selbständig mit Maschinenkraft bewegt werden kann; der verbundene Anhänger ist Teil eines Kfz (§ 1 Abs. 2 StVG). Deshalb bestanden Ersatzansprü-

4.2 Änderungen des BGB

- 4.2.1. Anhebung der Verantwortlichkeitsgrenze für Kinder auf 10 Jahre bei Verkehrsunfällen mit Kraftfahrzeugen und Bahnen
- 4.2.2. Schmerzensgeld auch aus Vertrags- und Gefährdungshaftung
- 4.2.3. Kein Ersatz der Mehrwertsteuer bei fiktiver Abrechnung

Die nachfolgende Darstellung folgt dieser Gliederung. Die Änderungen, die zum Teil den Haftungsgrund, zum Teil den Haftungsumfang betreffen, haben erhebliche Auswirkungen auf die Regulierungspraxis. Sie führen insgesamt zu einer erheblichen Besserstellung der Geschädigten, auch wenn sie in einem Teilbereich, bei der fiktiven Abrechnung des Sachschadens, Einbußen hinzunehmen haben.

che aus der Gefährdungshaftung nach bisheriger Rechtslage immer nur gegen Halter und Fahrer des Zugfahrzeugs. Das galt auch dann, wenn ein Anhänger getrennt vom Zugfahrzeug im Verkehrsraum abgestellt war und einen Verkehrsunfall verursachte; nach bisherigem Recht hafteten dann allenfalls der Halter und evtl. auch der Fahrer des Zugfahrzeugs, mit dem der Anhänger dort abgestellt worden war, aus §§ 7, 17, 18 StVG³.

¹ Veröffentlicht im Bundesgesetzblatt Teil I, Nr. 50 vom 25.7.2002, S. 2674 ff.

² Siehe dazu insbesondere Heß/Jahnke, Das neue Schadensrecht, Verlag Vahlen, erschienen im Oktober 2002; ferner Lemcke, Gefährdungshaftung im Straßenverkehr unter Berücksichtigung der Änderungen durch das 2. SchadÄndG, zfs 02, 318 ff.; Freyberger, Das neue Schadensersatzrecht – Die praktische Abwicklung von Verkehrsunfällen seit dem 1.8.2002, MDR 02, 867 ff., mit wesentlicher Berichtigung

und Ergänzung in MDR 02, 1103; Otten, Das neue Schadensersatzrecht – Haftungsfälle Unfallregulierung, MDR 02, 1100; speziell zur MWSt-Problematik: Lemcke, Abrechnung des Fahrzeugschadens nach § 249 BGB n.F., r+s 02, 265 ff.; Heß, Die MWSt-Abrechnung nach dem 2. SchadÄndG, zfs 02, 367 ff.

³ BGH, r+s 97, 10 = VersR 87, 259; OLG Köln, zfs 91, 408 = VersR 91, 1387 = NZV 91, 391

Weil sich die Fälle häuften, bei denen nach einem Unfall nur das Kennzeichen des Anhängers bekannt war und es dem Geschädigten nicht gelang, die Haftpflichtigen der Zugmaschine zu identifizieren⁴, hatte sich die Bundesregierung entschlossen, eine Haftung des Halters des verbundenen Anhängers einzuführen; hinsichtlich des getrennten Anhängers sollte es bei dem alten Rechtszustand bleiben. Auf Vorschlag des Bundesrates ist dann der vorliegende Gesetzentwurf kurz vor seiner endgültigen Verabschiedung geändert und eine allgemeine Gefährdungshaftung für Kfz-Anhänger eingeführt worden. Der

- ◆ „Anhänger, der dazu bestimmt ist, von einem Kfz mitgeführt zu werden“, ist jetzt haftungsrechtlich einem Kfz gleichgestellt, gleichgültig, ob er zum Unfallzeitpunkt mit einem Kfz verbunden oder nicht verbunden gewesen ist.

Von dem – verbundenen oder getrennten – Kfz-Anhänger geht ebenfalls eine Betriebsgefahr aus, für die jetzt Halter und Führer des Kfz-Anhängers nach §§ 7, 17, 18 StVG n.F. einzustehen haben, wenn „bei dem Betrieb“ des Anhängers ein Schaden entstanden ist; §§ 17, 18 StVG n.F. sind wie § 7 StVG n.F. jeweils entsprechend ergänzt.

4.1.1.1 Betriebsgefahr

Das Tatbestandsmerkmal „bei dem Betrieb“ wird nach der herrschenden verkehrstechnischen Auffassung sehr weit gefasst; danach ist z. B. ein ordnungsgemäß am Fahrbahnrand abgestelltes Kfz noch „im Betrieb“, u.U. sogar auch noch ein auf einem öffentlichen Parkplatz oder sogar auf einem Privatgrundstück abgestelltes Kfz; Voraussetzung ist, dass das Schadensgeschehen – so der BGH –

- ◆ noch durch die von dem Kfz ausgehende Gefahr mitgeprägt worden ist⁵.

Hiernach ist zu beurteilen, ob ein abgestelltes Fahrzeug wirklich noch „im Betrieb“ ist. Die Frage wird insbesondere bei Kinderunfällen mit abgestellten Fahrzeugen relevant werden. Wenn z. B. ein Kind als Skater oder mit einem Fahrrad gegen ein ordnungsgemäß in einer Parkbox auf einem Parkplatz abgestelltes Kfz gefahren ist und

sich verletzt hat, scheiden m.E. Ersatzansprüche des Kindes gegen den Halter schon deshalb aus, weil die Gefahren, die von dem Kfz ausgegangen sind, nicht mehr größer gewesen sind als diejenigen, die von einem Baum oder einer Mauer ausgehen, weil der Unfall deshalb nicht mehr durch die von dem Kfz ausgehende Gefahr mitgeprägt worden ist und weil das Kfz deshalb schon nicht mehr „im Betrieb“ gewesen ist. Anders wird es allerdings schon dann sein, wenn z. B. das ordnungsgemäß auf einem Parkstreifen neben der Fahrbahn abgestellte Kfz ein auf die Fahrbahn laufendes Kind verdeckt hat, das deshalb von einem anderen Kraftfahrer zu spät gesehen worden ist; dann hat sich auch die Betriebsgefahr des geparkten Kfz auf den Unfall ausgewirkt.

Das muss in Zukunft auch für den – verbundenen oder getrennten – Kfz-Anhänger gelten. Wird deshalb ein isoliert im Verkehrsraum abgestellter Kfz-Anhänger – oder ein geschobener oder ein sich während der Fahrt lösender Anhänger – für einen Verkehrsunfall mitursächlich, geschieht der Unfall „bei dem Betrieb“ des Anhängers mit der Folge, dass der Geschädigte den Halter des Kfz-Anhängers aus § 7 StVG n.F. auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann. Das gilt auch dann, wenn der Anhänger nicht abgestellt worden ist, sondern aus anderen Gründen von der Zugmaschine getrennt worden ist, z.B. unfallbedingt.

4.1.1.2 Versicherungsfreie Anhänger

Auch für Anhänger besteht gem. § 1 PflVG grundsätzlich die Versicherungspflicht. Die Anhängerversicherung tritt gem. § 10a AKB dann ein, wenn der Anhänger mit dem Kfz nicht verbunden ist oder sich von dem Kfz gelöst hat und sich nicht mehr in Bewegung befindet; Schäden durch verbundene Anhänger sind nach § 10a AKB bereits durch die für das Kfz bestehende Pflichtversicherung gedeckt. Zugmaschine und Anhänger haben deshalb verschiedene Kennzeichen; sie können auch verschiedene Halter haben und bei verschiedenen Versicherern versichert sein. Zahlreiche Kfz-Anhänger sind aber von der Versicherungspflicht befreit. Es handelt sich dabei gem. § 2 Abs. 1 Nr. 6c PflVG i.V.m. § 18 Abs. 2 Nr. 6 StVZO um die Anhänger, die den

⁴ Dann ist aber evtl. gem. § 12 StVG die VOH eintrittspflichtig.

⁵ BGH, r+s 95, 44 = NZV 95, 19 = NJW-RR 95, 215; Grüneberg, NZV 01, 109 ff.

Vorschriften über das Zulassungsverfahren nicht unterliegen, z.B. bestimmte landwirtschaftliche Anhänger und Anhänger für sportliche Zwecke (Bootstrailer, Pferdeanhänger).

Unklar ist, ob auch diese versicherungsfreien Anhänger jetzt Gefährdungshaftung unterliegen. Einerseits wäre dieses ein Systembruch. Andererseits lässt der insoweit eindeutige Gesetzeswortlaut kaum eine einschränkende Auslegung zu. Es ist deshalb jedenfalls aus Sicht der Versicherungswirtschaft und der Halter derartiger Anhänger davon auszugehen, dass auch sie der Gefährdungshaftung unterliegen.

Weil das Haftungsrisiko für von Kfz-Anhängern verursachte oder mitverursachte Schäden erheblich gestiegen ist, muss und wird die Neuregelung versicherungsvertragliche Konsequenzen haben, sowohl für die Kfz-Versicherung (das Anhänger-Risiko wird herausgenommen werden) als auch für die Anhänger-Versicherung (sie muss und wird erheblich teurer werden). Zudem haben einige Haftpflichtversicherer begonnen, die versicherungsfreien Kfz-Anhänger aus der Privathaftpflichtversicherung herauszunehmen. Für Halter derartiger Kfz-Anhänger kann deshalb, selbst wenn sie über eine Privathaftpflichtversicherung verfügen,

- ◆ eine gefährliche Deckungslücke entstehen; hier besteht erheblicher Aufklärungs- und Beratungsbedarf, dem insbesondere auch die Versicherungswirtschaft nachkommen muss.

Bei einem Unfall mit einem Lastzug kann der Geschädigte nach neuem Recht den Halter des verbundenen Anhängers zusammen mit Fahrer und Halter der Zugmaschine gesamtschuldnerisch aus § 7 StVG n.F. in Anspruch nehmen. Er kann aber auch – insbesondere wenn er nur das Kennzeichen des Anhängers kennt – nur den Halter des Anhängers aus § 7 StVG n.F. in Anspruch nehmen. Zusätzlich besteht nach §§ 1, 3 Nr. 1 PflVG der Direktanspruch, nicht nur gegen den KH-Versicherer der Zugmaschine, sondern auch gegen den KH-Versicherer des Anhängers, der nicht immer mit dem KH-Versicherer der Zugmaschine identisch ist.

Es ist dann ggf. Sache des KH-Versicherers des Anhängers, den KH-Versicherer der Zugmaschine im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs in Anspruch zu nehmen. Diese Neuregelung ist sinnvoll; kann oder will der Halter des Anhängers seinem KH-Versicherer den Halter der Zugmaschine nicht benennen, hat das ggf. für diesen versicherungsvertragliche Konsequenzen.

Ist bei einem Unfall mit einem Lastzug der Geschädigte für den Unfall mitverantwortlich und muss er deshalb nach § 17 StVG oder nach § 254 BGB eine Anspruchskürzung hinnehmen, sind für die Quotenbildung ebenfalls die Grundsätze der Haftungs- bzw. Zurechnungseinheit anzuwenden. Die Verantwortungsbeiträge des Fahrers und der beiden Halter von Zugmaschine und Anhänger verschmelzen zu einem einheitlichen Verantwortungsbeitrag, alle drei haften auf dieselbe Quote, die nicht nur durch ein Verschulden des Fahrers, sondern z. B. auch durch vom Zugfahrzeug oder vom Anhänger ausgehende selbständige Gefahren – z. B. durch technische Mängel des Zugfahrzeugs oder des Anhängers – erhöht sein kann. Andererseits ist die Quote nicht deshalb höher, weil Halter und Fahrer personenverschieden sind.

4.1.1.3 Innenausgleich nach § 426 BGB

Im Innenverhältnis der Schädiger wird der KH-Versicherer der Zugmaschine i.d.R. den Schaden gem. § 426 BGB allein zu tragen haben. Denn i.d.R. sind es die von der Zugmaschine ausgehenden Gefahren, durch die der Unfall entstanden ist; evtl. war die Betriebsgefahr der Zugmaschine sogar durch Verschulden des Fahrers erhöht⁶. Zwar ist der Fahrer der Zugmaschine auch der Fahrer des Anhängers, und bei vielen Unfällen – z. B. bei einem Auffahrunfall – ist die Betriebsgefahr des Lastzuges auch durch die des Anhängers (dessen Masse) erhöht. Andererseits ist dem Fahrer als dem Führer der Zugmaschine die Beherrschung der Betriebsgefahr des Lastzuges anvertraut. Das rechtfertigt wohl i.d.R. eine Aufteilung 100 : 0 zu Lasten des KH-Versicherers der Zugmaschine. Anders ist es dann, wenn die Betriebsgefahr des Anhängers erhöht gewesen ist, z. B. durch einen platzenden Reifen oder sonstige

⁶ Gemeint ist mit dieser missverständlichen, aber gebräuchlichen Formulierung die durch den Fahrer schuldhaft herbeigeführte Erhöhung der Betriebsgefahr, s. näher Lemcke, zfs 02, 318 ff., 322.

Mängel des Anhängers oder durch von der Ladung des Anhängers ausgehende Gefahren.

4.1.2. Entlastungsbeweis des Halters teilweise nur noch bei höherer Gewalt

Die Ersatzpflicht des Halters war gem. § 7 Abs. 2 StVG a.F. ausgeschlossen, wenn er nachweisen konnte, dass der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht worden ist. Die Anforderungen an den Entlastungsbeweis, der schon in der Vergangenheit i.d.R. nicht zu führen war, werden durch das 2. SchadÄndG noch weiter erhöht. Nach § 7 Abs. 2 StVG n.F. ist dessen Ersatzpflicht nur noch ausgeschlossen,

- ◆ wenn er nachweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt verursacht worden ist.

Die Neuregelung ist aber irreführend. Denn

- ◆ im Anwendungsbereich des § 17 Abs. 3 StVG hat der Halter den Entlastungsbeweis weiterhin schon dann geführt, wenn der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht ist.

Gegen die beabsichtigte Neuregelung – Entlastung allgemein nur noch bei höherer Gewalt – hatte der Bundesrat im Herbst 2001 Bedenken erhoben. Den Bedenken ist durch eine – m.E. gesetzestechnisch wenig glückliche – Regelung teilweise Rechnung getragen worden, und zwar durch die Regelung des § 17 Abs. 3 StVG. Sie hätte m.E. in den § 7 StVG gehört; zumindest wäre hier ein Hinweis auf § 17 Abs. 3 StVG erforderlich gewesen.

4.1.2.1 Der Anwendungsbereich des § 17 Abs. 3 StVG

Nach § 17 Abs. 3 StVG ist die Haftung gegenüber einem geschädigten Halter eines Kfz oder Kfz-Anhängers (oder einem Eigentümer, der nicht Halter ist, s. § 17 Abs. 3 S. 3) weiterhin schon dann ausgeschlossen, wenn der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird. Weil § 17 Abs. 4 auf § 17 Abs. 3 verweist und weil auch § 18 Abs. 3 auf § 17 verweist, gilt dieser erleichterte Entlastungsbeweis des Halters

- ◆ für den gesamten Anwendungsbereich der §§ 17, 18 StVG, also bei Unfällen zwischen Kfz bzw. Anhänger und Tier bzw. Bahn auch gegenüber dem geschädigten, aber für den Unfall mitverantwortlichen Tierhalter bzw. Bahnunternehmer und auch gegenüber dem geschädigten, aber für den Unfall mitverantwortlichen gegnerischen Kfz-Führer.

Dabei ist zu beachten, dass § 17 Abs.4 StVG nach der Rechtsprechung des BGH bei einem Unfall zwischen Bahn und Kfz Sondervorschrift gegenüber §§ 4, 13 HPfIG und § 254 BGB ist, und zwar

- ◆ nicht nur dann, wenn der Bahnunternehmer gegen Fahrer und Halter des Kfz Ersatzansprüche geltend macht, sondern auch in dem umgekehrten Fall⁷.

Das nötigt m.E. zu dem – vom Gesetzgeber offensichtlich nicht beabsichtigten – Schluss, dass in Zukunft der Bahnunternehmer als Schädiger nach § 17 Abs.4 i.V.m. § 17 Abs.3 StVG immer schon bei Unabwendbarkeit entlastet ist, wenn bei dem Unfall mit einer Bahn auch auf Seiten des Geschädigten die Betriebsgefahr eines Fahrzeugs oder eines Tieres mitgewirkt hat.

Eine besondere Regelung ist in § 17 Abs.3 S.3 StVG für den Eigentümer eines Kfz, der nicht zugleich dessen Halter ist, getroffen. Sie gilt insbesondere für Leasingfahrzeuge und sicherungsübereignete Fahrzeuge. Macht z. B. nach einem Unfall mit einem Leasingfahrzeug der Leasinggeber als (Nur-) Eigentümer gegen den gegnerischen Kfz-Halter Schadensersatzansprüche geltend, ist umstritten, ob und in welchen Fällen sich der Leasinggeber, obwohl nicht Halter, die Betriebsgefahr seines Kfz oder das Verschulden seines Fahrers anspruchskürzend zurechnen lassen muss⁸. Durch diese Regelung ist klargestellt, dass der Kfz-Halter sich jedenfalls auch ihm gegenüber auf Unabwendbarkeit berufen kann.

⁷ BGH, VersR 88, 910; BGH, VersR 94, 618; OLG Köln, r+s 97, 192 = NZV 97, 477; OLG Hamm, OLG 97, 28

⁸ Siehe näher Wussow/Baur, UHR, Kap. 17 Rn. 31 und 57 m.w.H.; OLG Hamm r+s 95, 94 = NJW 95, 2233 = VersR 96, 347

4.1.2.2 Der Anwendungsbereich des § 7 Abs. 2 StVG

Der Anwendungsbereich des § 7 Abs. 2 StVG reduziert sich damit tatsächlich

- ◆ auf die Fälle, in denen der Geschädigte weder für eine bei dem Unfall mitwirkende Betriebsgefahr eines Fahrzeugs oder einer Bahn noch für eine bei dem Unfall mitwirkende Tiergefahr einzustehen hat.

Das gilt insbesondere für Unfälle mit geschädigten Fußgängern und Radfahrern, aber auch mit geschädigten Kfz-Insassen, wenn sie nicht Halter oder Fahrer sind, und schließlich mit geschädigten Haltern oder Fahrern eines sog. langsam fahrenden Kfz, das nach § 8 Nr. 1 StVG nicht der Gefährdungshaftung unterliegt.

Gegenüber diesen Geschädigten, die selbst nicht für eine mitwirkende Betriebs- oder Tiergefahr nach § 17 StVG, sondern

- ◆ allenfalls für einen persönlichen Verursachungsbeitrag gem. §§ 9 StVG, 254 BGB einzustehen haben, ist der Halter eines Kfz oder Kfz-Anhängers als Schädiger nach § 7 Abs. 2 StVG nur bei höherer Gewalt entlastet.

4.1.2.3 Höhere Gewalt

Wann höhere Gewalt vorliegt, ist in § 7 Abs. 2 StVG nicht näher erläutert. Die für Bahnen außerhalb von Straßen schon immer geltende Regelung (§ 1 Abs. 2 S. 1 HPfIG) ist zu Lasten des Kfz-Halters in das StVG übernommen worden⁹. Die für Bahnen entwickelten Rechtsgrundsätze können herangezogen werden¹⁰. Mit dieser Gesetzesänderung ist der Entlastungsbeweis des Halters gegenüber Verletzten, die allenfalls für einen persönlichen Verursachungsbeitrag einzustehen haben, jedenfalls bei Unfällen im fließenden Verkehr nur noch theoretisch möglich; praktisch ist er ausgeschlossen.

Allerdings ist der Begriff der höheren Gewalt, so der BGH zur Bahnhaftung¹¹,

- ◆ ein wertender Begriff, der die Risiken ausschließen will, die mit dem Bahnbetrieb nichts zu tun haben und bei einer rechtlichen Bewertung nicht mehr dem Betrieb der Bahn, sondern allein dem Drittereignis zugerechnet werden können.

Auf den Betrieb eines Kfz oder Kfz-Anhängers übertragen stellt sich die Frage, ob der Halter z. B. auch dann noch haftpflichtig ist, wenn ein Kfz oder Kfz-Anhänger ordnungsgemäß auf einem öffentlichen Parkplatz abgestellt ist und hier ein Kind infolge eigener Unaufmerksamkeit mit seinem Fahrrad oder als Skater gegen dieses Fahrzeug gerät, stürzt und sich verletzt. Es stellt sich schon die Frage, ob dieses Fahrzeug noch „im Betrieb“ ist i.S.d. § 7 StVG. Falls man dieses verneint, ist m.E. jedenfalls höhere Gewalt gegeben. Denn der Unfall hat mit den Risiken, vor denen das StVG schützen will, nichts zu tun; es kann keinen Unterschied machen, ob das Kind gegen das Fahrzeug oder gegen einen Baum oder eine Mauer geraten und deshalb gestürzt ist, die Gefahr, die von dem Kfz ausgeht, unterscheidet sich hier nicht von der Gefahr, die von dem Baum oder der Mauer ausgeht.

In Zukunft ist es immer mit einem erheblichen Risiko verbunden, ein nicht oder nicht mehr versichertes Fahrzeug – Kfz oder Kfz-Anhänger – vorübergehend im öffentlichen Verkehrsraum abzustellen; der Halter ist immer in der Gefahr, aus der Gefährdungshaftung in Anspruch genommen zu werden, ohne durch eine Haftpflichtversicherung geschützt zu sein.

Die Erschwerung des Entlastungsbeweises wird

- ◆ in den Fällen praktische Auswirkungen haben, in denen der Geschädigte keine Mitverantwortung trägt, also vor allem bei Unfällen mit Kindern und Insassen.

⁹ Für Bahnen innerhalb von Straßen ist nach neuem Recht die Entlastung ebenfalls nur noch bei höherer Gewalt gegeben; § 1 Abs. 2 S. 2 und 3 HPfIG sind gestrichen; § 13 Abs. 3 HPfIG n.F. enthält aber eine dem § 17 Abs. 3 StVG entsprechende Regelung.

¹⁰ BGH VersR 88, 910; s. dazu Filthaut, HPfIG, 5. Aufl., § 1 HPfIG, Rz. 158 f.; Steffen, DAR 98, 135

¹¹ BGH VersR 88, 910

Ist der Geschädigte dagegen für seinen Schaden

- ◆ mitverantwortlich und hat deshalb eine Abwägung nach § 17 StVG oder nach § 254 BGB, evtl. i.V.m. § 9 StVG stattzufinden, wird diese Erschwerung i.d.R. ohne praktische Auswirkungen bleiben.

Denn in den Fällen, in denen der Halter bisher entlastet war, wird i.d.R. auf Seiten des Geschädigten eine so hohe Mitverantwortung liegen, das er seinen Schaden jetzt aufgrund der Abwägung allein zu tragen hat. Es wird also lediglich die Zahl der Abwägungsfälle zunehmen, das Abwägungsergebnis wird sich nicht ändern. Insbesondere ist es nicht gerechtfertigt, die Betriebsgefahr jetzt anders zu gewichten als früher;

- ◆ es hat sich nicht das Gewicht der Betriebsgefahr erhöht, sondern es ist lediglich der Entlastungsbeweis erschwert worden.

4.1.2.4 Ersatzpflicht des Fahrers

Die Ersatzpflicht des Führers eines Kfz oder Kfz-Anhängers ist unter erleichterten Voraussetzungen ausgeschlossen, nämlich gem. § 18 Abs. 1 S. 2 StVG schon dann, wenn er nachweist, dass der Schaden nicht durch sein Verschulden verursacht ist.

Diese Regelung ist unverändert bestehen geblieben. Es besteht also zu Lasten des Fahrers weiterhin nur eine gesetzliche Verschuldensvermutung. Sie ist widerlegt, wenn er nachweist, dass er sich verkehrsrichtig verhalten hat¹². Sie ist aber auch dann widerlegt, wenn der Unfall auf einem technischen und von ihm nicht beherrschbaren Versagen des Kfz beruht. In diesen Fällen ist der Fahrer entlastet und deshalb die Klage gegen ihn abzuweisen, während der Halter i.d.R. nicht entlastet sein wird und zumindest quotenmäßig haftet.

In der bisherigen Entscheidungspraxis hat die erleichtere Entlastungsmöglichkeit kaum eine Rolle gespielt; wenn der Halter nicht entlastet war, waren beide, Halter und Fahrer, nicht entlastet, eine differenzierende Untersuchung fand i.d.R. nicht statt. In Zukunft werden häufiger unterschiedliche Ergebnisse zu erwarten sein. Für

die Haftpflicht des KH-Versicherers ist das zwar ohne Bedeutung. Es hat aber Kostenfolgen, wenn die Klage gegen den mit verklagten Fahrer abgewiesen wird. Es wird sich deshalb in Zukunft aus der Sicht des Geschädigten häufiger als bisher die Frage stellen, ob es sinnvoll ist, den Fahrer mit zu verklagen.

4.1.3. Gefährdungshaftung gegenüber allen Insassen

Die §§ 8 und 8 a StVG a.F. enthalten vier Auschlussstatbestände; Ansprüche aus der Gefährdungshaftung bestehen danach nicht,

- ◆ wenn es sich bei dem Kfz um ein langsam fahrendes Kfz handelt,
- ◆ wenn der Verletzte bei dem Betrieb des Kfz tätig war,
- ◆ wenn der Verletzte in dem Kfz unentgeltlich befördert wurde,
- ◆ wenn es sich um beförderte Güter handelt, es sei denn, dass es um Sachen geht, die eine beförderte Person an sich trägt oder mit sich führt.

Der Auschlussstatbestand zu Punkt 3 ist aufgehoben worden, die übrigen drei sind bestehen geblieben und in § 8 StVG n.F. neu und übersichtlicher gegliedert und der Anhängerhaftung angepasst worden.

Der Ausschluss der Gefährdungshaftung bei unentgeltlicher Personenbeförderung ist ersatzlos gestrichen worden, die Insassen sind jetzt den übrigen Geschädigten gleichgestellt. Insassen können also Fahrer und Halter des Kfz, in dem sie befördert worden sind, in Zukunft wegen ihrer Personen- und Sachschäden immer auch aus der Gefährdungshaftung in Anspruch nehmen, die Haftung beschränkt sich allerdings hinsichtlich der Sachschäden weiterhin auf die Sachen, die die beförderte Person an sich trägt oder mit sich führt.

Das gilt allerdings nicht für den Halter als Insassen. Er kann den Fahrer und damit auch den KH-Versicherer seines eigenen Fahrzeugs auch wei-

¹² OLG Hamm, VersR 98, 507 = NZV 98, 463 = OLGR 98, 222

terhin nur aus der Verschuldenshaftung auf Schadensersatz in Anspruch nehmen und auch nur auf Ersatz seiner Personenschäden (§ 11 Nr. 2 AKB). Die Gefährdungshaftung soll andere vor den von einem Kfz ausgehenden Gefahren schützen, nicht den Halter, der das Kfz in den Verkehr gebracht hat und für dessen Gefahren selbst verantwortlich ist¹³.

Insassen in diesem Sinne sind nicht Fahrer, Beifahrer, Schaffner und Fahrschüler; sie gehören nicht zu den „beförderten“ Personen, sondern, wie bereits gesagt, zu den „bei dem Betrieb des Kfz oder des Anhängers tätigen“ Personen. Für sie bleibt es deshalb bei dem Ausschluss der Gefährdungshaftung.

Die Gleichstellung der Insassen mit allen übrigen Geschädigten wird zu einer erheblichen Mehrbelastung der KH-Versicherer führen, zumal die Insassen jetzt auch ohne Verschuldensnachweis von ihrem „eigenen“ Fahrer und KH-Versicherer ein Schmerzensgeld fordern können.

Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen ein Kfz ohne Beteiligung eines weiteren Kfz verunglückt. Bisher gingen verletzte Insassen leer aus, wenn sie ein Verschulden des Fahrers nicht nachweisen konnten, z. B. deshalb, weil möglicherweise ein technisches Versagen des Kfz oder nicht erkennbare Fahrbahnglätte Unfallursache war. In Zukunft können sie in diesem Falle Fahrer, Halter und KH-Versicherer aus der Gefährdungshaftung in Anspruch nehmen, und zwar auch auf Schmerzensgeldzahlung. Das gilt auch für verletzte Familienangehörige des Fahrers/Halters. Die unter Familienangehörigen grundsätzlich geltenden Haftungsbeschränkungen gem. §§ 1359, 1664 BGB greifen nicht ein, weil der Angehörige als Schädiger durch eine KH-Versicherung geschützt ist¹⁴.

Die Neuregelung hat aber auch wesentliche Auswirkungen in den Fällen, in denen es zu einem Unfall unter Beteiligung mehrerer Kfz kommt und zweifelhaft und evtl. auch nicht zu klären ist, wer den Unfall verschuldet hat, oder in denen der Inanspruchnahme des Unfallgegners Hindernis-

se entgegenstehen (z.B. Unfallflucht, unversicher-tes oder ausländisches Fahrzeug). In diesen Fälle können und werden verletzte Insassen in Zukunft verstärkt den KH-Versicherer des Fahrzeugs in Anspruch nehmen, in dem sie befördert worden sind, auch dann, wenn evtl. andere Unfallbeteiligte einen wesentlich höheren Verantwortungsbeitrag geleistet haben.

Es ist dann dessen Sache, die KH-Versicherer anderer beteiligter Fahrzeuge zum Gesamtschuldnerausgleich heranzuziehen. Insgesamt wird

- ◆ die Zahl der erforderlichen Gesamtschuldnerausgleiche unter KH-Versicherern erheblich zunehmen. Dabei ist zu beachten, dass auch dieser seit dem 1.1.2002 der dreijährigen Verjährungsfrist unterliegt.

4.1.4 Haftung auch auf Schmerzensgeldzahlung

Aufgrund der Änderung des § 253 BGB – Schmerzensgeld für alle Fälle der Verletzung – war auch eine Änderung des § 11 StVG erforderlich. Nach § 11 S. 2 StVG n.F. kann „wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, auch eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden“.

Diese Neuregelung wird im Rahmen der KH-Schadensregulierung erhebliche praktische Auswirkungen haben und zu einer erheblichen Mehrbelastung der KH-Versicherer führen. Verkehrsunfälle, insbesondere Kinderunfälle, sind nämlich häufig hinsichtlich der Verschuldensfrage unaufklärbar. Dann bestand bisher allenfalls ein Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens. Die Neuregelung hat aber nicht nur Bedeutung in den Fällen, in denen das Verschulden des Kraftfahrers nicht feststellbar ist, sondern auch in den Fällen, in denen nicht feststellbar ist, welcher von den beteiligten Kraftfahrern den Unfall verschuldet hat.

Es stellt sich das Problem, ob das Schmerzensgeld bei Ansprüchen aus der Gefährdungshaftung geringer zu bemessen ist als bei Ansprüchen aus der Verschuldenshaftung.

¹³ S. dazu Greger, StVG, 3. Aufl., § 7 StVG, Rz.216 und § 18 StVG, Rz.31

¹⁴ BGH, VersR 74, 1117; BGH, VersR 70, 672; OLG Hamm, NJW 93, 542 = VersR 93, 493; OLG Hamm, r+s 94, 15 m.Anm. Lemcke

Das Schmerzensgeld soll den immateriellen Schaden des Geschädigten ausgleichen (Ausgleichsfunktion), es soll aber auch dem Geschädigten Genugtuung verschaffen für das begangene Unrecht (Genugtuungsfunktion).

Die Genugtuungsfunktion hat vor allem bei vorsätzlichen Schädigungen Bedeutung. Bei fahrlässigen Körperverletzungen im Verkehr steht bei der Schmerzensgeldbemessung die Ausgleichsfunktion im Vordergrund¹⁵.

Die Genugtuungsfunktion ist aber auch bei Verletzungen durch fahrlässigen Verkehrsverstoß nicht völlig bedeutungslos. So wirkt z. B.

- ◆ das grobe Fehlverhalten des Verletzten – nicht Verantwortlichen – Kindes Schmerzensgeldkürzend¹⁶,
- ◆ ein grobes Verschulden des Kraftfahrers (Unfall durch Alkohol, Leichtsinn, Rücksichtslosigkeit) Schmerzensgelderhöhend¹⁷.

Bei Kinderunfällen ist das grobe Fehlverhalten des Kindes i.d.R. unbestritten oder jedenfalls bewiesen. Gestritten wird nur um die Frage, ob der Kraftfahrer den Unfall hätte vermeiden können. Es geht dann i.d.R. auch nach dem Vortrag des Verletzten Kindes nicht um grobe, sondern allenfalls um leichte Fahrlässigkeit.

Wird aber nur um die Frage gestritten, ob dem Kraftfahrer ein geringes Versehen unterlaufen ist oder ob er nur nicht entlastet ist, ist dieser Streit m.E. für die Schmerzensgeldbemessung bedeutungslos, weil die Schmerzensgeldhöhe in diesem Falle nur von den Unfallfolgen abhängig ist.

In diesen Fällen kann die – oft sehr teure – Aufklärung, ob den Kraftfahrer ein Verschulden trifft oder nicht, unterbleiben. Insoweit ist auch darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung schon bisher z.B. bei der Tierhalterhaftung aus § 833 S. 1 BGB dem Gesichtspunkt, dass es sich um eine reine Gefährdungshaftung handelt, im Rahmen der Schmerzensgeldbemessung kaum eine Bedeutung beigemessen hat.

¹⁵ BGHZ 128, 117 = NZV 95, 225 = r+s 95, 97 m. Anm. Lemcke

¹⁶ Siehe dazu z.B. OLG Karlsruhe VersR 79, 653 (grobcs Fehlverhalten eines 3jährigen Kindes)

¹⁷ Siehe dazu z.B. BGH NJW 82, 985 = r+s 82, 71 = VersR 82, 400 (grober Leichtsinn eines Kraftfahrers)

Anders ist es dann, wenn es nicht nur um die Schmerzensgeldhöhe, sondern bei beiderseitiger Verantwortlichkeit um die Ermittlung der Haftungsquote geht; dann muss die Verschuldensfrage immer geklärt werden, weil im Rahmen der Haftungsabwägung die Verschuldensfrage immer von Bedeutung ist.

4.1.5 Anhebung der Haftungshöchstbeträge

Die Gefährdungshaftung ist nach § 12 StVG auf Haftungshöchstbeträge begrenzt. Diese werden, z. T. erheblich, angehoben.

Das wird zur Folge haben, dass bei vielen Unfällen auch deshalb die Verschuldensfrage nicht mehr aufgeklärt werden muss, weil schon die Haftung aus §§ 7, 18 StVG ausreicht, um den gesamten Schaden abzudecken. Andererseits wird auch hierdurch für die Haftpflichtversicherer insgesamt eine erhebliche Mehrbelastung entstehen.

Insbesondere bei Kinderunfällen mit schweren Personenschäden war die Haftung oft auf die Ansprüche aus der Gefährdungshaftung beschränkt, weil ein Verschulden des Kraftfahrers nicht nachweisbar war. Das führte dann im Hinblick auf die Höchstbetragsregelungen oft dazu, dass die KH-Versicherer – wegen des Quotenvorrechts des Geschädigten gem. § 116 Abs. 2 SGB X – jedenfalls die gem. § 116 Abs. 1 SGB X auf die Sozialversicherer übergegangenen Ansprüche nicht zu befriedigen brauchten. Durch die erhebliche Anhebung der Höchstbeträge

- ◆ werden deshalb in vielen Fällen im Ergebnis nicht die Kinder, sondern die Sozialversicherer zu Lasten der Haftpflichtversicherer begünstigt.

Andererseits ist bei Kinderunfällen mit Dauerschäden oft nicht absehbar, welche Schäden sich im Laufe der Zeit tatsächlich entwickeln werden. Besteht auch nur die Gefahr, dass langfristig die Höchstgrenzen überschritten werden, ist es – insbesondere vor einem unbeschränkten Haftungsanerkennnis – oft auch weiterhin geboten, vorab die Verschuldensfrage zu klären.

Die Haftungshöchstbeträge betragen bisher gem. § 12 StVG a.F.

- ◆ im Falle der Tötung oder Verletzung eines Menschen 500.000 DM bzw. jährlich 30.000 DM Rente,
- ◆ im Falle der Tötung oder Verletzung mehrerer Menschen durch dasselbe Ereignis 750.000 DM bzw. jährlich 45.000 DM Rente,
- ◆ im Falle der Sachbeschädigung bis zu 100.000 DM.

Nach § 12 StVG n.F. werden sie erheblich angehoben,

- ◆ im Falle der Tötung oder Verletzung eines Menschen auf 600.000 EUR bzw. jährlich 36.000 EUR Rente,
- ◆ im Falle der Tötung oder Verletzung mehrerer Menschen durch dasselbe Ereignis sogar auf 3.000.000 EUR bzw. jährlich 180.000 EUR Rente,

4.2 Änderungen des BGB

4.2.1 Anhebung der Verantwortlichkeitsgrenze für Kinder auf 10 Jahre bei Verkehrsunfällen mit Kraftfahrzeugen und Bahnen

Die Verbesserung des Schutzes der Kinder im Verkehr war eines der Hauptanliegen des Gesetzgebers. Wer das 7., aber nicht das 10. Lebensjahr vollendet hat, ist nach § 828 Abs. 2 BGB n.F. für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kfz, einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn einem anderen zufügt, nicht verantwortlich; das gilt nicht, wenn er die Verletzung vorsätzlich herbeigeführt hat.

Die Regelungen in § 828 BGB gelten nicht nur für Kinder und Jugendliche als Schädiger, wenn es um ihre Haftung geht, sondern insbesondere auch für Kinder und Jugendliche als Opfer, wenn es um die Frage geht, ob wegen mitwirkenden

- ◆ im Falle der Sachbeschädigung auf bis zu 300.000 EUR.

Für Schäden beim Transport gefährlicher Güter sieht § 12 a StVG n.F. noch deutlich höhere Höchstbeträge vor, nämlich

- ◆ im Falle der Tötung oder Verletzung mehrerer Menschen durch dasselbe Ereignis auf 6.000.000 EUR bzw. jährlich 360.000 EUR Rente,
- ◆ im Falle der Beschädigung an unbeweglichen Sachen sogar auf bis zu 6.000.000 EUR.
- ◆ im Falle der (sonstigen) Sachbeschädigung weiterhin auf bis zu 300.000 EUR;

für Schäden beim Betrieb von gepanzerten Gleis Kettenfahrzeugen entfallen die Höchstbeträge nach § 12 b StVG n.F. ganz.

Verschuldens eine Anspruchskürzung gem. § 254 BGB i.V.m. § 828 BGB erfolgen muss.

Die Neuregelung gilt also z.B. nicht für den Neunjährigen, der mit dem Fahrrad einen Fußgänger anfährt und verletzt. Sie gilt ferner nicht bei Vorsatz. Zwar braucht sich im Rahmen der §§ 823 ff. BGB der Vorsatz nicht auf die konkreten Schadensfolgen zu erstrecken; es muß aber eine Verletzung gewollt oder zumindest billigend in Kauf genommen worden sein (bedingter Vorsatz). Hat z. B. ein Neunjähriger einen Stein von einer Brücke auf ein fahrendes Auto geworfen, ist es nicht ohne weiteres selbstverständlich, dass er auch eine Verletzung der Insassen in Kauf genommen hat¹⁸.

¹⁸ Siehe dazu Pardey, Verkehrsunfall unter Beteiligung von Kindern, zfs 02, 264 ff.; Pardey weist zu Recht darauf hin, dass diese Ausnahme unklar und nicht kindgerecht ist.

4.2.1.1 Unfall mit einem Kfz

Zweifelhaft ist, ob ein „Unfall mit einem Kfz“ nur dann gegeben ist, wenn sich der Unfall im fließenden Verkehr ereignet, oder z.B. auch dann, wenn ein Neunjähriger selbst mit seinem Fahrrad gegen einen ordnungsgemäß außerhalb der Fahrbahn auf einem Parkstreifen abgestellten Pkw fährt und diesen beschädigt bzw. sich selbst verletzt. Zwar ist auch dieser Pkw noch „im Betrieb“ i.S.d. § 7 Abs. 1 StVG. Der Wille des Gesetzgebers ging aber dahin, Kinder als Verkehrsteilnehmer besser vor den Gefahren des Straßenverkehrs zu schützen.

Diese bestehen zwar für das Kind auch als Insasse in einem Kfz; deshalb trifft den Neunjährigen m.E. keine Mitverantwortung, wenn er in einem anfahrenden Bus stürzt und sich verletzt, weil er sich nicht hinreichend festgehalten hat. M.E. ist aber § 828 Abs. 2 BGB nicht anwendbar, wenn sich die Gefahren des Kraftverkehrs nicht verwirklicht haben. Ob die Rechtsprechung so weit gehen wird, § 828 Abs. 2 BGB n.F. nur auf den fließenden Verkehr anzuwenden, ist zweifelhaft. Mindestens müssen aber die Einschränkungen gelten, die bereits für die Haftung aus § 7 StVG gegenüber Kindern angesprochen worden sind.

4.2.1.2 Billigkeitshaftung und -mitverantwortung nach § 829 BGB

Gegen das Kind als Schädiger kommen allenfalls Ansprüche aus der sog. Billigkeitshaftung nach § 829 BGB in Betracht. Voraussetzung ist u. a., dass von einem Aufsichtspflichtigen kein Ersatz verlangt werden kann. Ferner muss die Billigkeit die Schadloshaltung des Geschädigten erfordern. Diese Voraussetzungen werden bei einem Kfz-Unfall nur selten erfüllt sein. Insbesondere darf allein der Umstand, dass für das Kind eine Privathaftpflichtversicherung besteht, nicht zur Bejahung eines Anspruchs aus § 829 BGB führen¹⁹; für die Haftung von Deliktsunfähigen, hinter denen ein KH-Versicherer steht, gelten andere Grundsätze, weil die KH-Versicherung auch dem Schutz des Opfers dient²⁰.

Hierzu ist aber ein Hinweis in der Begründung des Regierungsentwurfs zu beachten; zur interessegerechten Verteilung der Kostenlast zwischen dem nicht verantwortlichen Kind und dem nur nicht entlasteten Kraftfahrer müsse nach der Gesetzesänderung die Billigkeitshaftung nach § 829 BGB von der Praxis stärker als bisher in den Blick genommen werden; sie könne evtl. zu angemessenen Ergebnissen führen.

Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtsprechung diesen Hinweis aufgreifen und dann, wenn es um die Haftung von Kindern zwischen 7 und 10 Jahren für den von ihnen angerichteten Schaden geht, eher als bisher Ersatzansprüche aus §§ 823, 829 BGB bejahen wird.

Im umgekehrten Fall – Kind als Opfer eines Kfz-Unfalls – ist das nicht zu erwarten, weil die KH-Versicherung nach der Rechtsprechung des BGH nicht nur den Haftpflichtigen schützen soll, sondern auch dem Schutz des Opfers dient²¹.

4.2.1.3 Aufsichtspflichtverletzung nach § 832 BGB

Voraussetzung für eine Billigkeitshaftung ist u. a., dass die Aufsichtspflichtigen nicht aus § 832 BGB in Anspruch genommen werden können. Es ist zu erwarten, dass in Zukunft verstärkt versucht werden wird, bei von Kindern unter zehn Jahren verursachten Schäden die Eltern aus § 832 BGB auf Ersatz in Anspruch zu nehmen.

Verursacht das Kind einen Schaden, wird gesetzlich vermutet, dass die Eltern die Aufsichtspflicht verletzt haben; die Eltern müssen sich entlasten. Eine Verletzung der Aufsichtspflicht wird aber bei Kindern zwischen sieben und zehn Jahren häufiger zu verneinen sein als bei jüngeren Kindern, weil sie sich – das ist Teil des Selbständigwerdens – häufiger als jüngere Kinder unbeaufsichtigt im Verkehr bewegen dürfen und müssen. So wird man z.B. den Eltern eines Neunjährigen, der ein sicherer Radfahrer ist und den – nicht allzu schwierigen – Weg zur Schule mit seinen Gefahrenstellen genau kennt, nicht eine Verletzung der Aufsichtspflicht vorwerfen können,

¹⁹ BGH, VersR 79, 645

²⁰ BGH, r+s 95, 53 = VersR 95, 96

²¹ BGH, r+s 95, 53 = VersR 95, 96

wenn sie ihm gestatten, ohne Begleitung mit dem Rad zur Schule zu fahren.

4.2.2. Schmerzensgeld auch bei Vertrags- und Gefährdungshaftung

§ 847 BGB ist aufgehoben, dafür ist § 253 BGB geändert. Nach § 253 Abs.2 BGB n.F. kann jetzt allgemein dann, wenn u.a. wegen einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit Schadensersatz zu leisten ist, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden.

Die Vertragshaftung besteht häufig auch ohne Verschulden. Zudem hat der Vertragspartner auch ohne eigenes Verschulden gem. § 278 BGB für das Verschulden eines Erfüllungsgehilfen einzustehen; die im Rahmen der Geschäftsherrnhaftung aus § 831 BGB bestehende Entlastungsmöglichkeit besteht insoweit nicht.

Geht es um Schmerzensgeldansprüche aufgrund eines Verkehrsunfalls, hat bei voller Haftung die Frage, ob der Unfallgegner den Unfall verschuldet hat oder ob er sich nur nicht entlasten kann und deshalb nur aus der Betriebsgefahr haftet, in Zukunft allenfalls noch Bedeutung für die Schmerzensgeldhöhe; sie wird m.E., wie bereits ausgeführt, allenfalls durch ein schweres Verschulden beeinflusst.

Der Regierungsentwurf sah die Einführung einer allgemeinen Erheblichkeitsschwelle für den Schmerzensgeldanspruch vor. Sie ist kurz vor der endgültigen Verabschiedung des Gesetzes gestrichen worden. Es bleibt also insoweit bei der bisherigen Rechtslage; ein Schmerzensgeldanspruch scheidet nur bei einer Bagatelverletzung aus²².

4.2.3. Kein Ersatz der Mehrwertsteuer bei fiktiver Abrechnung

Während sich alle übrigen Neuregelungen zugunsten der Geschädigten auswirken, ist dieses die einzige Neuregelung, die sich für sie nachteilig auswirkt. § 249 ist neu gegliedert worden; S. 1

ist jetzt Abs. 1, S. 2 ist jetzt Abs. 2 S. 1; nach § 249 Abs. 2 S. 2 BGB n.F. schließt

- ◆ bei der Beschädigung einer Sache der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.

Die Neuregelung gilt – das darf nicht übersehen werden – nicht nur beim Fahrzeugschaden, sondern allgemein bei der Beschädigung einer Sache. Sie ist also

- ◆ auch im Bereich der Allgemeinen Haftpflicht von großer Bedeutung.

Zu beachten ist, dass in § 251 BGB eine derartige Regelung nicht enthalten ist. Soweit deshalb der Geschädigte nach § 251 BGB Wertersatz verlangen kann, weil eine Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht möglich oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden ist, besteht auch bei fiktiver Abrechnung ein Anspruch auf Ersatz der MWSt.

Nach der Rechtsprechung des BGH²³ ist aber beim Fahrzeugschaden die Naturalrestitution auf zwei Wegen möglich, entweder durch Reparatur oder durch Ersatzbeschaffung. Ist deshalb die Reparatur unmöglich oder mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden, hat das lediglich zur Folge, dass der Geschädigte nur noch auf Ersatzbeschaffungsbasis abrechnen kann. Es

- ◆ bleibt dann aber eine Abrechnung nach § 249 BGB mit der Folge, dass der Geschädigte auch in den Fällen der Ersatzbeschaffung bei fiktiver Abrechnung keine MWSt verlangen kann²⁴.

Die Ersatzbeschaffung ist beim beschädigten Kfz praktisch immer möglich; anders ist es allenfalls bei einem seltenen Oldtimer. Eher stellt sich dieses Problem bei der Beschädigung anderer Sachen (z. B. bei Antiquitäten oder sonstigen Unikaten); dann wird häufiger eine Restitution auch auf dem Weg über eine Ersatzbeschaffung nicht möglich sein²⁵.

22 BGHZ 137, 142 = NJW 98, 810 = r+s 98, 20 = VersR 98, 201

23 OBGH, NJW 1992, 302 und 305 = VersR 1992, 61 und 64 = r+s 1992, 15; s. auch BGH, r+s 1984, 189 = VersR 1984, 966.

24 Freyberger hatte zwar zunächst in MDR 02, 867 ff. den gegenteiligen Standpunkt vertreten; er hat dieses aber inzwischen ausdrücklich korrigiert in MDR 02, 1103.

25 BGH, r+s 1984, 189 = VersR 1984, 966; Otto, NZV 2001, 335 ff., 337.

Weil der Geschädigte sich grundsätzlich für die wirtschaftlich günstigere Variante der Ersatzbeschaffung entscheiden muss, ist eine Vergleichsbetrachtung zwischen Reparaturaufwand (Reparaturkosten + Minderwert) und Ersatzbeschaffungsaufwand (Ersatzbeschaffungswert ./. Restwert) erforderlich.

Sie hat jetzt m.E. beim nicht vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten weiterhin auf der Basis der Beträge zu erfolgen, die er im Zuge der Schadensbehebung entweder durch Reparatur in einer Fachwerkstatt oder durch Ersatzbeschaffung bei einem Händler aufwenden müsste,

- ◆ also ggf. einschließlich der MWSt. (auf Brutto-Basis).

Denn es geht bei der Vergleichsbetrachtung nur um die Frage, ob der Geschädigte die volle Dispositionsfreiheit hat und ggf. auch fiktiv abrechnen kann. Die Frage, ob er einen Anspruch auf Ersatz der MWSt hat, stellt sich erst bei der Abrechnung, also erst dann, wenn es darum geht, ob im Zuge der Schadensbehebung MWSt angefallen ist oder nicht. Beim Wiederbeschaffungswert ist also der übliche Händler-Verkaufspreis zugrunde zu legen, beim Restwert der übliche Händler-Einkaufspreis, der Minderwert ist steuerneutral.

Die Anwendung des § 249 Abs. 2 S. 2 BGB n.F. bringt zahlreiche neue Probleme mit sich, sowohl bei der Abrechnung auf der Basis tatsächlich entstandener oder fiktiver Reparaturkosten als auch auf der Basis einer tatsächlichen oder fiktiven Ersatzbeschaffung²⁶.

4.2.3.1 Abrechnung auf Basis tatsächlich entstandener oder fiktiver Reparaturkosten

Insoweit sind verschiedene Abrechnungsvarianten zu unterscheiden:

Der Geschädigte lässt sein Kfz in einer Fachwerkstatt reparieren und rechnet auf Reparaturkostenbasis ab

Dieser Fall ist unproblematisch hier ändert sich nichts. Voraussetzung ist, dass sein Kfz noch reparaturwürdig ist, d.h. dass die – korrekt ermittelten – geschätzten Reparaturkosten zuzüglich Minderwert den Wiederbeschaffungswert nicht um mehr als 30 % übersteigen. Der Geschädigte kann dann Abrechnung auf der Basis der vorgelegten Rechnung verlangen, also unter Einschluss der Mehrwertsteuer. Die nachfolgend erörterten Bedenken werden sich hier nicht stellen; ein gewichtiges

- ◆ Anzeichen für eine korrekte Inrechnungstellung der MWSt ist die – seit dem 1.7.2001 vorgeschriebene – Angabe der Steuernummer in der Rechnung²⁷.

Es stellt sich aber auch weiterhin – wie schon vor der Rechtsänderung – die Frage, ob die abgerechneten Positionen sämtlich unfallbedingt sind.

Ist der Ersatzbeschaffungsaufwand überschritten, stellt sich ferner weiterhin die Frage, ob der Geschädigte wirklich zum Zwecke der eigenen Weiterbenutzung repariert hat; andernfalls ist die Abrechnung auf den Netto-Ersatzbeschaffungsaufwand beschränkt. Der Weiterbenutzungswille muss jedenfalls bei Beginn der Reparatur bestanden haben und muss vom Geschädigten nachgewiesen werden; wird das Fahrzeug bald danach veräußert, spricht alles dafür, dass von vornherein eine Verkaufsreparatur gewollt war und dass das für eine Reparatur im Toleranzbereich erforderliche Integritätsinteresse tatsächlich nicht gegeben war²⁸.

Der Geschädigte repariert sein Kfz, er legt eine (dubiose) Rechnung vor, die MWSt ausweist

Wenn eine Rechnung mit ausgewiesener MWSt vorgelegt wird, die Reparatur aber nicht in einer Fachwerkstatt durchgeführt worden ist und – für die Regulierungspraxis ein wichtiges Anzeichen, s. o. zu aa) – auch die Angabe einer Steuernummer fehlt, bestehen Bedenken, ob der Aussteller der Rechnung überhaupt berechtigt war, die MWSt in Rechnung zu stellen. Es stellt sich

²⁶ Siehe näher Lemcke, Abrechnung des Fahrzeugschadens nach § 249 Abs. 2 BGB n.F., r+s 02, 265.

²⁷ Schreiben des BM der Finanzen vom 28.6.02 - IV B 7 - S. 7280 - 151/02.

²⁸ OLG Hamm SP 96, 18 = zfs 95, 415

dann die Frage, wann die MWSt tatsächlich „angefallen“ ist im Sinne der Neuregelung.

In der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs heißt es dazu: „Angefallen ist die USt, wenn und soweit sie der Geschädigte zur Wiederherstellung aus seinem Vermögen aufgewendet hat oder sich hierzu verpflichtet hat“.

Zu beachten ist aber, dass nach § 14 Abs. 3 UStG eine

- ◆ Pflicht zur Abführung der MWSt an das Finanzamt auch dann entsteht, wenn der Rechnungsaussteller MWSt berechnet, obwohl das Geschäft nicht umsatzsteuerpflichtig ist und der Rechnungsaussteller zum gesonderten Ausweis der MWSt nicht berechtigt ist.

Der Bundesrat hat hierzu in seiner Stellungnahme vom 9.11.2001 ausgeführt, es müssten die Fälle ausgeklammert werden, in denen der Ersatzberechtigte USt aufgewandt hat, die vom Rechnungsaussteller nur deshalb gem. § 14 Abs. 3 UStG geschuldet werde, weil er sie unberechtigt in seine Rechnung aufgenommen hat; der Ersatzpflichtige solle nicht mit diesen Beträgen belastet werden, wenn es sich in Wahrheit nicht um eine umsatzsteuerpflichtige Reparatur gehandelt hat. Die Formulierung in § 249 Abs. 2 S. 2 BGB dürfe auch nicht dahin missverstanden werden, dass die MWSt bereits dann zum Schadensumfang zu rechnen sei, wenn ein umsatzsteuerpflichtiger Rechnungsauftrag erteilt sei.

Hier wird noch erheblicher Klärungsbedarf entstehen. M.E. gilt hier:

- ◆ Der Geschädigte, der aktiv daran mitwirkt, dass am Ende unnötig MWSt anfällt, verstößt gegen das Schadensgeringhaltungsgebot und hat deshalb keinen Anspruch auf Ersatz der MWSt.
- ◆ Der Geschädigte, dem unberechtigt MWSt in Rechnung gestellt wird und der sie dann – unwissend – auch bezahlt, hat einen Anspruch auf Erstattung; es ist durch nachträgliches Fehlverhalten eines Dritten eine Schadensausweitung eingetreten, der Versicherer hat allenfalls die Möglichkeit, sich an den

Dritten zu halten, nicht anders, als wenn z. B. der Sachverständige den Restwert falsch ermittelt oder der Mietwagenunternehmer überhöhte Preise berechnet.

- ◆ Sehr zweifelhaft ist, ob der Versicherer vom Geschädigten den Nachweis verlangen kann, dass er die MWSt auch tatsächlich bereits bezahlt hat. M.E. löst sich dieses Problem aber dadurch, dass der Geschädigte vor der Zahlung der MWSt nur Befreiung von dieser Verbindlichkeit verlangen kann.

Der Geschädigte rechnet fiktiv auf Gutachtenbasis ab

Dieser Fall ist ebenfalls unproblematisch. Hier kann der Geschädigte immer nur noch den Nettobetrag verlangen.

Sobald die Vergleichsbetrachtung auf Bruttobasis ergibt, dass der Geschädigte in seinen Dispositionen nicht mehr frei ist, ist zusätzlich zu prüfen, ob und in welchem Umfang er die Reparatur tatsächlich durchgeführt hat; ohne Reparatur ist der Netto-Reparaturaufwand nach oben durch den Netto-Wiederbeschaffungsaufwand begrenzt.

Der Geschädigte rechnet vorbehaltlos fiktiv auf Gutachtenbasis ab, später verlangt er Ersatz der MWSt unter Vorlage entsprechender Belege

In der Vergangenheit hat die Versicherungswirtschaft es weitgehend hingenommen, wenn der Geschädigte, der zunächst fiktiv auf Gutachtenbasis abrechnete, zwar eine Nachforderung stellte, wenn die Reparatur teurer wurde, aber im umgekehrten Fall die Ersparnis (von der der Versicherer i.d.R. auch nichts erfuhr) einbehielt. Es stellte sich aber immer schon die Frage, ob der Geschädigte, der die Wahl zwischen fiktiver und konkreter Abrechnung des Fahrzeugschadens hat, irgendwann an seine Wahl gebunden ist und ob irgendwann beide Seiten nachträglich eine Korrektur der Abrechnung nicht mehr verlangen können. Dieses nicht neue Problem stellt sich jetzt aufgrund der Neuregelung zur MWSt verstärkt.

Zwar sind im Haftpflichtrecht nachträgliche Schadensentwicklungen zu berücksichtigen, im Pro-

zess für die Zeit bis zur gerichtlichen Entscheidung. Hier geht es aber um zwei Abrechnungsarten für denselben Schaden, d.h. für eine bestimmte Schadensposition. Hier hat der Geschädigte m.E. ein Wahlrecht, das mit vorbehaltloser fiktiver Abrechnung ausgeübt ist und jedenfalls mit der Zahlung auch beide Seiten bindet. Hat der Geschädigte vorbehaltlos fiktiv abgerechnet und hat der Versicherer den geforderten Betrag gezahlt, ist der Ersatzanspruch des Geschädigten hinsichtlich des Fahrzeugschadens durch Erfüllung erloschen mit der Folge, dass insoweit m.E. beiderseits nachträglich keine Korrektur mehr verlangt werden kann²⁹.

In diese Richtung geht auch schon die Entscheidung des BGH vom 23.3.76³⁰. Damals hat der BGH bereits ausgeführt, es liege nahe, dass sich der Geschädigte, der fiktiv abrechne, an dieser Abrechnung künftig festhalten lassen müsse. M.E. gilt das auch für die MWSt; das Recht, MWSt zu verlangen, „wenn und soweit sie angefallen ist“, besteht m.E. nur für die Zeit bis zur vorbehaltlosen fiktiven Abrechnung.

Insoweit ist auch zu beachten, dass nicht nur für die Haftpflichtversicherer, sondern auch für die mit der Regulierung beauftragten Anwälte ein dringendes Bedürfnis besteht, den Bearbeitungsaufwand für die Sachschadenregulierung – ein typisches Massengeschäft – gering zu halten und die Bearbeitung nach fiktiver Abrechnung auch tatsächlich beenden zu können, ohne noch mit der Möglichkeit rechnen zu müssen, dass irgendwann noch einmal MWSt-Nachforderungen gestellt werden.

Der Geschädigte rechnet fiktiv auf Gutachtenbasis ab unter dem Vorbehalt der MWSt-Nachforderung

Es wäre zwar wünschenswert, wenn die Auffassung vertreten werden könnte, der Geschädigte müsse sich von vornherein für eine der beiden Abrechnungsarten entscheiden. Es ist aber zweifelhaft, ob der BGH dem folgen wird. Denn es handelt sich bei dieser Art der Abrechnung für

den Versicherer erkennbar um eine Teilabrechnung des Fahrzeugschadens. Es wird dann vorläufig auf Netto-Gutachtenbasis abgerechnet. Wird dann später die Fremdrechnung mit MWSt-Ausweis vorgelegt, hat der Geschädigte Anspruch auf Erstattung der MWSt.

Anders ist es m.E. dann, wenn der Geschädigte nach fiktiver Abrechnung nachträglich einzelne Schadenspositionen konkret abrechnen will. Er kann m.E. nicht – je nach dem, ob für ihn günstig oder ungünstig –

◆ fiktive und konkrete Abrechnung miteinander vermengen³¹.

Bei nachträglicher konkreter Abrechnung können sich folgende Varianten ergeben:

Der Rechnungsbetrag ist höher als der geschätzte Kostenaufwand

Hat sich die Kostenschätzung als zu niedrig erwiesen, ergibt sich der erforderliche Herstellungsaufwand i.S.d. § 249 Abs. 2 BGB jetzt aus der Rechnung. Denn der BGH vertritt die Auffassung, dass das Schätzgutachten den Herstellungsaufwand nicht bindend festlegt und dass die tatsächlichen Aufwendungen im allgemeinen zuverlässiger Auskunft über den erforderlichen Herstellungsaufwand geben³². Der Geschädigte kann deshalb jetzt im Wege der Nachberechnung den gesamten Rechnungsbetrag einschließlich der MWSt verlangen, abzüglich der Zahlung.

Der Rechnungsbetrag ist niedriger als der geschätzte Kostenaufwand

Hat sich die Kostenschätzung als zu hoch erwiesen, ergibt sich ebenfalls der erforderliche Herstellungsaufwand i.S.d. § 249 Abs. 2 BGB aus der Rechnung. Jetzt kann der Geschädigte zwar ebenfalls im Wege der Nachberechnung den Brutto-Rechnungsbetrag verlangen; er muss es aber hinnehmen, wenn der Haftpflichtversicherer die ursprüngliche Netto-Überzahlung verrechnet.

²⁹ Siehe insoweit Staudinger/Schiemann, 13. Aufl. 1998, vor §§ 249 ff., Rz. 82; Lemcke, r+s OZ, 265 ff., 272
³⁰ BGH VersR 76, 874; s. dazu auch OLG Köln OLGR 01, 288 = DAR 01, 405

³¹ OLG Köln OLGR 01, 288 = DAR 01, 405
³² BGH NJW 89, 3009 = r+s 89, 328 = VersR 89, 1056

M.E. ist das notwendige Folge einer vorläufigen Abrechnung mit dem Vorbehalt der Nachforderung. Voraussetzung ist natürlich, dass es trotz fachgerechter Reparatur billiger geworden ist.

Andererseits kann der Geschädigte jetzt nicht nach dem Günstigkeitsprinzip fiktive und konkrete Abrechnung miteinander vermengen.

Der Geschädigte repariert in Eigenregie

Soweit der Geschädigte bei einem (zum Ausweis der MWSt berechtigten) Händler Teile zukaufte oder bei einem entsprechenden Unternehmer einen Teil der Arbeiten durchführen lässt, kann er Ersatz der tatsächlich angefallenen MWSt verlangen, im übrigen nicht.

Insbesondere in derartigen Fällen besteht die Gefahr, dass der Geschädigte zunächst fiktiv abrechnet unter dem Vorbehalt der Nachforderung und dann mehrfach wegen irgendwelcher Teilmaßnahmen jeweils kleinere MWSt-Beträge nachfordert.

Der Geschädigte ist (nach dem Beweismaß des § 287 ZPO) beweispflichtig dafür, dass und in welchem Umfang MWSt angefallen ist. Werden dubiose Rechnungen von Privatpersonen vorgelegt, wird das dem Versicherer häufig zum Nachweis nicht ausreichen.

4.2.3.2 Abrechnung auf Basis einer tatsächlichen oder fiktiven Ersatzbeschaffung

Wie bereits oben zu 4.2.3 eingangs ausgeführt, handelt es sich auch in diesen Fällen um eine Naturalrestitution i.S.d. § 249 Abs. 2 BGB mit der Folge, dass auch hier ein Anspruch auf Ersatz der MWSt nur besteht, wenn und soweit sie angefallen ist.

Der Reparaturaufwand überschreitet nicht den Ersatzbeschaffungsaufwand, der Geschädigte entschließt sich aber zur Ersatzbeschaffung

Nach der Rechtsprechung des BGH³³ verliert der Geschädigte den Anspruch auf Bezahlung der Reparaturkosten nicht dadurch, dass er sein Kfz

veräußert und eine Ersatzbeschaffung vornimmt. Er kann deshalb jetzt

- ◆ den Netto-Betrag der kalkulierten Reparaturkosten verlangen und zusätzlich bis zur Höhe des Brutto-Betrages der kalkulierten Reparaturkosten die MWSt, die er im Zuge der Ersatzbeschaffung tatsächlich gezahlt hat.

Der Geschädigte hat nach § 249 Abs. 2 BGB die Dispositionsfreiheit. Er kann die Schadensbehebung in die eigene Hand nehmen und sich auch frei entscheiden, wo er – aus Privathand oder von einem Händler – das Ersatzfahrzeug erwirbt, ohne Rücksicht darauf, ob dabei MWSt anfällt oder nicht, und ohne evtl. gegen das Schadensgeringhaltungsgebot zu verstoßen. Es gelten dieselben Grundsätze, die auch dann gelten, wenn der Geschädigte vor der Frage steht, ob er den Fahrzeugschaden in einer Vertragswerkstatt oder in einer billigeren anderen Werkstatt beheben lässt; er muss sich zwar wirtschaftlich vernünftig verhalten, aber nicht zugunsten des Schädigers sparen oder sich in jedem Falle so zu verhalten, wie er sich verhalten würde, wenn er den Schaden selbst zu tragen hätte³⁴. Fällt bei der Ersatzbeschaffung MWSt an, ist sie in dem aufgezeigten Umfang zu erstatten.

Insoweit sind folgende Fälle zu unterscheiden:

Der Geschädigte erwirbt das Ersatzfahrzeug aus privater Hand

Es fällt keine MWSt an, also bleibt es bei der Netto-Abrechnung; der Geschädigte erhält den geschätzten Netto-Reparaturkostenbetrag.

Der Geschädigte erwirbt ein Neufahrzeug von einem Händler

Der Geschädigte kann dann bis zur Höhe der geschätzten Netto-Reparaturkosten zusätzlich die tatsächlich gezahlte MWSt ersetzt verlangen; der Anspruch auf Erstattung der tatsächlich gezahlten MWSt ist also auf die Höhe der MWSt begrenzt, die bei Durchführung der Reparatur angefallen wäre.

³³ BGH VersR 85, 593

³⁴ BGH I+II 96, 266 = VersR 96, 902

Der Geschädigte erwirbt ein Gebrauchtfahrzeug von einem Händler

Hatte der Händler das Gebrauchtfahrzeug von einem Vorsteuerabzugsberechtigten erworben, ändert sich nichts; der Händler stellt die volle MWSt in Rechnung, der Geschädigte kann bis zur Höhe der geschätzten Netto-Reparaturkosten zusätzlich die insoweit tatsächlich gezahlte MWSt ersetzt verlangen.

Hatte der Händler das Gebrauchtfahrzeug aber aus Privathand erworben, ergibt sich das Problem der Differenzbesteuerung nach § 25 a UStG. Wenn der Händler z.B. das Gebrauchtfahrzeug aus privater Hand für 7.000 EUR eingekauft hat und jetzt für 10.000 EUR an den Geschädigten weiterverkauft, also mit rd. 43 % Gewinn, hat er nur aus dem Differenzbetrag von 3.000 EUR die Umsatzsteuer abzuführen, das sind 413,79 EUR oder nur rd. 4 % von der Gesamtsumme.

Der Geschädigte zahlt also beim Erwerb dieses Fahrzeugs nur rd. 414 EUR als MWSt, und neben dem Netto-Reparaturkostenbetrag kann er nur diesen MWSt-Betrag maximal ersetzt verlangen. So steht es auch in der Begründung des Regierungsentwurfs.

Das Problem: In der Rechnung wird die MWSt nicht ausgewiesen, allenfalls erfolgt ein Hinweis auf § 25 a UStG. Der – beweispflichtige – Geschädigte weiß also nicht, wie viel MWSt er bezahlt hat, und der Händler wird evtl. nicht bereit sein, ihm dieses mitzuteilen, um nicht seine Kalkulation offen zu legen.

In der amtlichen Gesetzesbegründung wird insoweit ausgeführt, notfalls sei die angefallene USt gem. § 287 ZPO zu schätzen. Evtl. müssen hier durchschnittliche Händlerspannen zugrunde gelegt werden. Diese können evtl. durch Gegenüberstellung der üblichen Listen (z. B. der Schwacke-Listen) für den Händler-Einkauf und -Verkauf gewonnen werden.

Teilweise gehen Versicherer ohne besonderen Nachweis davon aus, dass in dem Verkaufspreis ein MWSt-Anteil von 2 % enthalten ist; es ist dann Sache des Geschädigten, einen höheren MWSt-Anteil zu beweisen. Das halte ich für einen

gangbaren Weg, der zudem die Sachbearbeitung vereinfacht.

Der Reparaturaufwand überschreitet den Ersatzbeschaffungsaufwand, der Geschädigte entschließt sich zur Ersatzbeschaffung

Jetzt kann der Geschädigte nur auf Ersatzbeschaffungsbasis abrechnen. Er hat jetzt einen Anspruch auf Ersatz des Ersatzbeschaffungsaufwandes, d.h. auf Ersatz des Betrages, den er bei Anschaffung eines gleichwertigen Ersatz-Fahrzeugs bei einem Händler bezahlen müsste, einschließlich der darin enthaltenen MWSt (Händler-Verkaufspreis), jedoch unter Abzug des Restwertes (Händler-Einkaufspreis). Das gilt auch dann, wenn er tatsächlich ein – teureres – Neufahrzeug erwirbt.

Der Reparaturaufwand überschreitet den Ersatzbeschaffungsaufwand, der Geschädigte rechnet fiktiv auf Ersatzbeschaffungsbasis ab

Jetzt kann der Geschädigte ebenfalls nur auf Ersatzbeschaffungsbasis abrechnen. Schafft er kein Ersatzfahrzeug an oder verlangt er jedenfalls diesen Betrag im Wege der fiktiven Abrechnung, ohne darzulegen, ob und wie er den Schaden behoben hat, dürfte es gerechtfertigt sein, die übliche MWSt aus dem Händler-Verkaufspreis herauszuziehen. Hier gehen Versicherer aber teilweise bis zum Beweis des Gegenteils durch den Geschädigten davon aus, dass der vom Sachverständigen angegebene Ersatzbeschaffungswert die volle MWSt enthält.

Der Geschädigte tritt den Ersatzanspruch ab

Der – nicht vorsteuerabzugsberechtigte – Geschädigte kann den Anspruch auf Ersatz des Fahrzeugschadens abtreten, z. B. durch eine Sicherungszession an den Inhaber der Reparaturwerkstatt oder durch Veräußerung des unreparierten Unfallwagens unter Abtretung des Ersatzanspruchs an den Erwerber.

Im Falle der Sicherungsabtretung hat der Inhaber der Werkstatt gegen den Geschädigten einen Anspruch auf Bezahlung der Reparaturkosten nebst MWSt. Bei durchgeführter Reparatur schließt auch der Ersatzanspruch die MWSt mit

ein. Weil der Geschädigte gegen den Haftpflichtversicherer einen Anspruch auf Ersatz des Bruttobetrag hat, kann auch der Inhaber der Werkstatt als Zessionar den Bruttobetrag vom Haftpflichtversicherer fordern, auch wenn er selbst vorsteuerabzugsberechtigt ist; er macht den Brutto-Ersatzanspruch des Geschädigten geltend.

Im Falle der Veräußerung des unreparierten Unfallwagens kann der Geschädigte zwar die Reparaturkosten fiktiv abrechnen. Weil bei ihm aber keine MWSt anfällt, kann er vom Haftpflichtversicherer auch keine MWSt ersetzt verlangen. Tritt der Geschädigte den Ersatzanspruch an den – ebenfalls nicht vorsteuerabzugsberechtigten –

Erwerber ab und lässt dieser dann das Fahrzeug in einer Fachwerkstatt reparieren, hat dieser zwar MWSt zu zahlen. Daraus soll nach der amtlichen Gesetzesbegründung (S.57) folgen, dass der Zessionar jetzt einen Anspruch auf Erstattung der MWSt hat. Das dürfte aber nicht richtig sein. Denn der Zessionar kann den Ersatzanspruch immer nur in dem Umfang erwerben, in dem dieser in der Hand des unmittelbar Geschädigten besteht; der Anspruch kann nicht nach der Abtretung ansteigen. Soweit sich der Schaden jetzt in seiner Hand vergrößert, ist er Drittschädigter; derartige Drittschäden sind nicht erstattungspflichtig.

4.3 Zusammenfassung

4.3.1. Auswirkungen auf den Kinderunfall

Die Stellung der bis zu 10 Jahre alten Kinder wird durch die Neuregelungen wesentlich verbessert.

Als Opfer eines Kfz-Unfalls haben diese Kinder jetzt faktisch immer aus der Gefährdungshaftung einen – auch quotenmäßig nicht beschränkten – Anspruch auf Ersatz ihrer gesamten materiellen und immateriellen Schäden, wegen der Anhebung der Haftungshöchstbeträge reichen auch schon diese Ansprüche i.d.R. zur vollen Schadensdeckung aus. Die Verschuldensfrage hat dann allenfalls noch für die Schmerzensgeldhöhe Bedeutung, aber wohl auch nur dann, wenn es um ein erhebliches Verschulden des Kraftfahrers geht.

Das wird zwar einerseits insgesamt erheblich höhere Kosten verursachen. Es wird aber andererseits die Bearbeitung des Kinderunfalls vereinfachen, sowohl für den Anwalt des Geschädigten als auch für den KH-Versicherer. Insbesondere ist die – oft schwierige und auch kostenaufwändige – Klärung, ob der Kraftfahrer den Unfall hätte vermeiden können, i.d.R. entbehrlich.

Zu beachten ist, dass bei einem Unfall ohne Beteiligung eines Kfz (oder einer Bahn) Kinder weiterhin schon ab 7 Jahre verantwortlich bzw. mitverantwortlich sein können, z. B. bei Fahrrad- und Fußgängerunfällen ohne Beteiligung eines Kfz.

4.3.2. Erweiterung des Kreises der Ersatzberechtigten

Der Kreis der Ersatzberechtigten wird wesentlich erweitert

- ◆ durch die Einbeziehung aller Insassen in den Schutz der Gefährdungshaftung
- ◆ und durch die Einschränkung der Entlastungsmöglichkeit.

Das gilt insbesondere für verletzte Insassen in einem Kfz bei Unfällen ohne Beteiligung eines weiteren Kfz, z.B. für Angehörige im Privat-Pkw, aber auch z. B. für verletzte Insassen bei Unfällen mit mehreren beteiligten Fahrzeugen; sie können sich jetzt jeweils an den KH-Versicherer des Kfz wenden, in dem sie mitgefahren sind, ohne den Verschuldensnachweis führen zu müssen.

Das gilt aber auch für verletzte Businsassen bei Unfällen, bei denen sich Fahrer und Halter bisher entlasten konnten, weil ein anderer unbekannt gebliebener Verkehrsteilnehmer den Fahrer zum scharfen Bremsen gezwungen hatte. Für Busunternehmer und ihre KH-Versicherer wird sich die Neuregelung wesentlich auswirken.

Es gilt schließlich für verletzte Kinder, die so plötzlich auf der Fahrbahn auftauchten, dass

der Kraftfahrer in der Vergangenheit auch bei Idealverhalten den Unfall nicht vermeiden und sich deshalb entlasten konnte, und zwar jetzt für verletzte Kinder bis zu 10 Jahren. Auch sie haben in Zukunft einen vollen Ersatzanspruch.

Der Umstand, dass der Geschädigte auch aus der Gefährdungshaftung Schmerzensgeldansprüche hat, führt – zusammen mit der Anhebung der Haftungshöchstbeträge – dazu, dass in den Fällen, in denen der Geschädigte für seinen Schaden nicht mitverantwortlich ist und in denen deshalb der Kraftfahrer dem Grunde nach voll haftet (z. B. bei Kindern unter 10 Jahren, bei Insassen, bei Radfahrern und Fußgängern ohne eigenes Mitverschulden), die Verschuldensfrage in den Hintergrund tritt; sie hat allenfalls noch für die Schmerzensgeldhöhe Bedeutung, z. B. dann, wenn ein grobes Verschulden in Betracht kommt.

4.3.3. Anhebung der Haftungshöchstbeträge

Sie wird sich in den Großschadenfällen ohne Verschuldensnachweis erheblich auswirken, häufig aber weniger zugunsten des Geschädigten, sondern im Hinblick auf die Regelung des § 116 Abs. 2 SGB X eher zugunsten der Sozialversicherungsträger.

4.3.4. Auswirkungen auf die Haftungsabwägung und die Quotenbildung

Wer bei einem Unfall mit einem Kfz selbst keine Mitverantwortung trägt, wird in Zukunft als Geschädigter deutlich besser geschützt sein. Das gilt für Insassen, für Kinder, für Fußgänger und Radfahrer ohne eigenes Mitverschulden. Sie erhalten vollen Ersatz aus der Gefährdungshaftung, auch Ersatz ihrer immateriellen Schäden, und wegen der Anhebung der Haftungshöchstgrenzen reichen auch die Ansprüche aus der Gefährdungshaftung i.d.R. aus. Wie bereits gesagt, wird insoweit die Zahl der Fälle, in denen der Kraftfahrer und sein KH-Versicherer ersatzpflichtig sind, deutlich ansteigen.

In allen Fällen, in denen der Geschädigte für seinen Schaden mitverantwortlich ist und in denen deshalb eine Abwägung nach § 17 StVG oder § 254 BGB zu erfolgen hat, werden die Gesetzes-

änderungen aber auf die Bildung der Haftungsquote kaum Auswirkungen haben. Insbesondere ist weiterhin wie bisher

- ◆ zur Ermittlung des Gewichts der beiderseitigen Verantwortungsbeiträge die Verschuldensfrage zu klären.

Im Ergebnis wird der Halter (nicht der Fahrer) zwar häufiger als bisher nicht entlastet sein. Weil aber allein die fehlende Entlastung als solche jetzt evtl. weniger wiegt, wird der Halter in den Fällen, in denen er sich nachweislich wie ein Idealfahrer verhalten hat und dennoch nicht entlastet ist, im Rahmen der Abwägung i.d.R. von einer Mitbeteiligung an der Schadenstragung freizustellen sein, wenn den Geschädigten eine nicht unerhebliche Eigenverantwortung trifft.

Es wird also im Ergebnis lediglich

- ◆ die Zahl der Fälle steigen, in denen eine Abwägung zu erfolgen hat,
- ◆ nicht die Zahl der Fälle, in denen eine Quotenhaftung besteht oder ein Quotenabzug zu erfolgen hat.

Die teilweise bestehende Sorge, dass der schuldlos in einen Unfall verwickelte, aber nicht entlastete Kraftfahrer in Zukunft häufiger als bisher dennoch auf eine geringe Schadensquote haftet oder dass der Geschädigte in Zukunft häufiger als bisher einen Quotenabzug hinnehmen muss, teile ich nicht. Die wenig glückliche Neuregelung in § 17 Abs. 3 StVG zur Verhinderung derartiger Folgen war m.E. entbehrlich. Sie hat nur die Anwendung der §§ 7, 17, 18 StVG unnötig kompliziert.

4.3.5. Schmerzensgeld auch bei Gefährdungshaftung

Die Zahl der Fälle, in denen jetzt auch ein Schmerzensgeld zu zahlen ist, wird deutlich ansteigen. Das gilt insbesondere für Kinderunfälle, für Insassenunfälle und allgemein für Unfälle mit unaufgeklärtem Unfallhergang.

Dabei ist zu beachten, dass in den Fällen, in denen eine Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB in Betracht kam – Unfälle mit Lkw, Bussen, Taxen pp. mit einem angestellten Fahrer am Steuer – schon immer der Verschuldensnachweis für eine Haftung und damit auch für den Anspruch auf ein Schmerzensgeld nicht erforderlich war. Diese Vorschrift, deren weiter Anwendungsbereich³⁵ in der Vergangenheit nicht nur von Anwälten und Versicherern, sondern auch von den Gerichten oft nicht erkannt wurde, wird an Bedeutung verlieren.

Die Höhe des Schmerzensgeldes wird voraussichtlich nicht davon abhängen, ob der Kraftfahrer nur nicht entlastet ist oder ob ein geringes Verschulden feststeht. In diesen Fällen wird sich die Klärung der Verschuldensfrage nur für die Schmerzensgeldbemessung erübrigen; anders ist es, wenn es um die Quotenbildung geht.

4.3.6. Wegfall der Verpflichtung zum Ersatz der fiktiven Mehrwertsteuer

Hieraus wird sich für die KH-Versicherer eine deutliche Einsparung ergeben, man rechnet mit einer jährlichen

- ◆ Einsparung von bis zu 0,5 Mrd. DM bzw. jetzt bis zu 0,25 Mrd. EUR³⁶;

das ist – bei einem Gesamtschadensaufwand von zuletzt rd. 26 Mrd. DM bzw. rd. 13 Mrd. EUR jährlich – ein nicht unerheblicher Betrag.

Dieser Betrag verringert sich, wenn wieder vermehrt in Werkstätten repariert wird; das dient dann aber auch den Interessen der Versicherten-gemeinschaft, weil es die Verkehrssicherheit erhöht.

Durch den Wegfall des Anspruchs auf MWSt entstehen neue Probleme, die für die Abrechnung des Fahrzeugschadens den Bearbeitungsaufwand erheblich erhöhen, nicht nur für den Versicherer, sondern auch für den Anwalt des Geschädigten³⁷. Abgesehen davon ist zu erwarten, dass vermehrt

versucht wird, durch unkorrekte Abrechnung doch in den Genuss der MWSt zu gelangen.

Geschädigte, die zunächst fiktiv – und damit auf Netto-Basis – abrechnen, müssen sich die spätere konkrete Abrechnung vorbehalten, wenn sie dieses zum Zweck der Erlangung der MWSt beabsichtigen. Bei vorbehaltloser Abrechnung des Fahrzeugschadens auf Gutachtenbasis und Bezahlung des geforderten Betrages geht andernfalls evtl. der Anspruch auf Ersatz weiteren Fahrzeugschadens (und damit auch auf Ersatz der MWSt) infolge Erfüllung unter. Zudem können die Geschädigten nicht nach dem Günstigkeitsprinzip fiktive und konkrete Abrechnung miteinander vermengen; es muss dann eine konkrete Gesamtabrechnung erfolgen, bei der es sich dann zugunsten des Haftpflichtversicherers auswirkt, wenn einzelne Maßnahmen kostengünstiger behoben worden sind.

4.3.7. Neue Haftungs- und Deckungsrisiken

Wer ein nicht oder nicht mehr versichertes Kfz oder einen unversicherten Kfz-Anhänger vorübergehend im öffentlichen Verkehrsraum abstellt, läuft Gefahr, ohne entsprechenden Versicherungsschutz aus der Gefährdungshaftung haftpflichtig zu werden, ohne sich entlasten zu können.

Kfz-Anhänger unterliegen nicht ausnahmslos der Versicherungspflicht (§§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 6c PflVG i.V.m. § 18 StVZO). Weil Kfz-Anhänger jetzt ebenfalls der Gefährdungshaftung unterliegen und unklar ist, ob sich diese Neuregelung nur auf versicherungspflichtige Anhänger bezieht, muss der Halter eines Kfz-Anhängers sicherstellen, dass er ausreichenden Versicherungsschutz hat, auch dann, wenn der Anhänger nicht der Versicherungspflicht unterliegt. Insoweit besteht Beratungsbedarf.

Andererseits haben die Haftpflichtversicherer zu berücksichtigen, dass Kfz-Anhänger in Zukunft größeren Haftungsrisiken unterliegen. Voraussichtlich wird deshalb die Anhänger-Versicherung wesentlich teurer werden müssen.

³⁵ Siehe insoweit BGH, NJW 97, 2756 = r+s 97, 364 m. Anm. Lemcke; OLG Hamm, OLGR 99, 243; OLG Hamm, r+s 98, 278 = NZV 98, 409 = OLGR 98, 244; s. näher Lemcke, r+s 00, 221, 222; Lepa, NZV 97, 137, 141

³⁶ Macke, DAR 2000, 506 ff.

³⁷ Siehe näher Lemcke, r+s 02, 265 ff.

5. Schadenbearbeitung unter veränderten Vorzeichen – wie das SchEÄndG Einfluss auf die Regulierungskultur nimmt

Von Jürgen Brollowski, Itzehoe

5.1 Einleitung

„Die Versicherer sanieren sich auf Kosten der Geschädigten“

Mit dieser Behauptung zitiert das Wirtschaftsmagazin CAPITAL Ende Juli dieses Jahres Hans-Jürgen Gebhardt, den Vorsitzenden der Verkehrsrechtsanwälte und berichtet unter diesem Motto über das ab 01. August geänderte Schadenersatzrecht.

„Darauf hat die Versicherungslobby 20 Jahre lang hingearbeitet“ sagt Gebhardt und meint damit die Neufassung des § 249 BGB, wonach ab August die Mehrwertsteuer vom Versicherer nur noch dann an den Geschädigten gezahlt wird, wenn diese auch tatsächlich anfällt.

3,5 Milliarden Ersparnis!

3,5 Milliarden EURO im Jahr soll das der Versicherungswirtschaft zu Lasten der Geschädigten einbringen, schimpft Gebhardt laut CAPITAL interessenorientiert wie stets und übersieht die Gesetzesänderungen, die zu Möglichkeiten der Entschädigung führen, die es bisher nicht gegeben hat:

Die kostenträchtigen Veränderungen bei der

- ◆ Neuregelung des Schmerzensgeld-Anspruchs
- ◆ Verbesserung der Rechtsstellung von Kindern im motorisierten Verkehr
- ◆ Insassenhaftung und

5.2 Organisatorische Auswirkungen

Arbeitszeitintensive Zusatztätigkeit für Schadenregulierer!

Die tägliche Arbeit des Versicherungs-Sachbearbeiters ist jedenfalls durch die Gesetzesänderung nicht leichter geworden. Im Gegenteil:

- ◆ Anhebung der Haftungshöchstgrenzen

sollen nur beispielsweise genannt werden.

Vergessen wird aber bei solchen Berechnungen meist auch, dass die eigentliche Intention des Gesetzes auf ein gänzlich anderes Ziel gerichtet ist, und dem Versicherer in Zusammenhang mit der eingeschränkten Möglichkeit fiktiver Abrechnung nur ausnahmsweise dann eine Ersparnis bringt, wenn sich Geschädigte mit dem Mehrwertsteuerabzug begnügen, weil ihnen die so gekürzte Entschädigungsleistung bei Billig- oder Eigenreparatur immer noch zusätzlichen Gewinn beschert.

Der bisherige Umgang mit dem geänderten Gesetz gibt keinen Anlass, eine Ersparnis für den Versicherer anzunehmen!

Erstattungsfähig bleibt die Mehrwertsteuer nämlich nach der Begründung des Gesetzes nicht nur dann, wenn eine Reparatur des beschädigten Fahrzeugs durchgeführt wird, sondern auch, wenn der Geschädigte sich ein anderes Fahrzeug oder auch nur Fahrzeugteile beschafft und dafür Mehrwertsteuer entrichtet.

Auf diejenigen Stimmen, die sogar meinen, es reiche aus, überhaupt eine mehrwertsteuerpflichtige Anschaffung – etwa eines Computers oder teurer Garderobe – zu tätigen, soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen, sondern lediglich festgehalten werden, dass sich der Versicherer auch mit solchen Regulierungs-Auswüchsen wird beschäftigen müssen.

Die bisher bei eindeutigen Verhältnissen in einem oder auch nur zwei Arbeitsschritten abgewickelte Regulierung wird durch das Erfordernis des Mehrwertsteuer-Nachweises in mehrere Abschnitte gestreckt. Was bisher schnell und unkompliziert erledigt werden konnte, erfordert zu-

sätzlichen Aufwand dadurch, dass neben des eigentlichen Schadennachweises ein zusätzlicher Aufwand im Hinblick auf den Nachweis des Anfalls der Mehrwertsteuer betrieben werden muss.

Abwicklungsgeschwindigkeit und Fallzahl-Kapazität des einzelnen Sachbearbeiters werden dadurch negativ beeinflusst.

Zusätzlicher Personal- und Verwaltungsaufwand

Verwaltungs- und Schadenabwicklungskosten steigen nicht unbeträchtlich dadurch, dass Entschädigungen in mehreren Teilbeträgen geleistet werden, die zuvor in einem einzigen Arbeitsgang erledigt werden konnten.

Qualitätsverlust der Sachbearbeitung

Kann die Qualität der Sachbearbeitung da noch Schritt halten, die ohnehin angesichts der Forderung manches Vorstandes bereits über Gebühr dadurch gebeutelt ist, immer mehr Stückzahlen durch immer weniger Personal zu bewältigen, dem zwar eine wenn auch immer komplizierter zu bedienende Technik als Arbeitshilfe, dafür aber ständig weniger Fachwissen zur Verfügung gestellt wird.

Wechselwirkung eines vermeintlichen Aufwandsvorteils und Verwaltungsnachteilen

Der vermeintliche Vorteil des Versicherers wird nicht zuletzt durch diese Auswirkung der nur noch eingeschränkt fiktiv möglichen Abrechnung

relativiert, was auch daran deutlich wird, dass die üblichen Nutznießer der Schadenregulierung in der seit Inkrafttreten des neuen Rechts vergangenen Zeit schnell mit Patent-Rezepten bei der Hand gewesen sind, um dem Versicherer den sich aus der Gesetzesänderung vermeintlich ergebenden Vorteil streitig zu machen.

Der *BVSK* zum Beispiel, seines Zeichens größter deutscher KFZ-Sachverständigen-Verband, stellte auf seiner Chef-Sachverständigentagung schon am 29. und 30. August in Berlin ein Papier vor, in dem immerhin 22 Varianten zur neu geregelten fiktiven Abrechnung vornehmlich unter der Ausrichtung aufgelistet sind, der „Gefahr“ entgegen zu wirken, diesen vermeintlichen Vorteil dem Versicherer zukommen zu lassen.

Veränderung der Regulierungskultur

Auf diese Weise werden die bisher bei der Leistungsbearbeitung geltenden Regeln z. B. auch durch das Verhalten Dritter durchaus nachhaltig beeinflusst, dass es gerechtfertigt erscheint, diese Regeln – will man sie denn als wesentliche Faktoren einer *Regulierungskultur* verstehen – zu verändern, um den Ansprüchen und Interessen der an einer Schadenregulierung Beteiligten angemessen gerecht zu werden.

Dies soll an zwei Beispielen verdeutlicht werden, bei denen sich in der kurzen Zeit seit Änderung des Gesetzes gezeigt hat, dass umgedacht werden muss.

5.3 Regulierungsprobleme bei Fahrzeug-Totalschaden

Die Zahlung eines Schmerzensgeldes oder die Entschädigungszahlung an Fahrzeug-Insassen jetzt jeweils auch ohne Verschulden des Schädigers ist dabei meines Erachtens unproblematischer zu handhaben als zum Beispiel die bisher simple Regulierung eines Fahrzeugschadens, bei dem von einem so genannten Totalschaden auszugehen ist.

Ein Totalschaden liegt regelmäßig vor, wenn die zur Schadenbeseitigung erforderlichen Repara-

turkosten über den *Wiederbeschaffungswert* des beschädigten Fahrzeugs hinausgehen.

Vor dem 01.08.2002 war die Regulierung eines solchen Schadens – abgesehen von den mit der 130 % – Regelung verbundenen Problematik – relativ einfach: Der vom Sachverständigen festgestellte Wiederbeschaffungswert wurde dem Geschädigten (abzüglich Restwert, versteht sich) zur Verfügung gestellt und dieser konnte sich damit ein seinem zuvor benutzten Fahrzeug gleich-

wertiges Fortbewegungsmittel besorgen, ohne sich irgendwelche Gedanken darüber machen zu müssen, bei wem der Erwerb zur Vermeidung ungewollter Mehrwertsteuer-Probleme am besten zu erfolgen habe.

Seit dem 01.08.2002 ist das völlig anders: Der Schaden ist derselbe geblieben. Die Höhe der Entschädigung hängt aber wesentlich davon ab, wie und insbesondere bei wem ein Geschädigter die Ersatzbeschaffung vornimmt, insbesondere von wem er das seinem beschädigten Vehikel vergleichbare Ersatzfahrzeug erwirbt und wer dessen Vorbesitzer gewesen ist.

Ist der Wiederbeschaffungswert eines Fahrzeugs noch eindeutig definierbar?

Wiederbeschaffungswert ist nach bisher gängiger Definition „*der Preis, den ein Geschädigter bei einem seriösen Autohändler zahlen muss, um ein gleichartiges und gleichwertiges Ersatzfahrzeug zu erwerben*“. Dieser Preis enthält deshalb auch regelmäßig die bei einem solchen Händler zu entrichtende Mehrwertsteuer, auf deren Ersatz nach § 249 BGB in der neuen Fassung nur unter der Voraussetzung ein Anspruch besteht, wenn und soweit – nämlich bei der Ersatzbeschaffung – sie auch tatsächlich angefallen ist.

Gelingt es dem Geschädigten, die Ersatzbeschaffung mit vollständigem Nachweis der in dem sein beschädigtes Fahrzeug festgestellten Wiederbeschaffungswert enthaltenen Mehrwertsteuer zu belegen, bleibt alles beim Alten.

Aber: Wem gelingt es schon, den Erwerb eines gebrauchten Fahrzeugs mit vollständig ausgewiesener Mehrwertsteuer zu belegen?

5.3.1 Erwerb eines gebrauchten Fahrzeugs und tatsächlicher Anfall der Mehrwertsteuer (Differenzbesteuerung, § 25 a UStG)

Die weit überwiegende Mehrzahl der am „seriösen“ Gebrauchtwagenmarkt erhältlichen Fahrzeugen wird „einschließlich Mehrwertsteuer“ gehandelt, was im Klartext heißt, dass der Händler im Rahmen der Differenzbesteuerung nach § 25 a UStG lediglich für seine Verdienstspanne Umsatzsteuer abführt, die er vom Käufer zwar

als Bestandteil seines Verkaufspreises erhält, die er diesem aber regelmäßig nicht konkret offenbart und dies auch nicht muss bzw. auch nicht einmal darf.

Ist die Schätzung des Mehrwertsteueranteils eine pragmatische Problemlösung?

Um dem Geschädigten die mühselig und meist wohl auch erfolglos damit verbundene Beweisführung zu ersparen, sind manche Versicherer bereits dazu übergegangen, den in Kaufbelegen, die den Anfall von Mehrwertsteuer nur pauschal ausweisen, enthaltenden Steueranteil pauschal zu schätzen. Einige Versicherer gehen dabei von einer Gewinnspanne des Gebrauchtwagenhändlers von 20 % aus und legen ihrer Regulierung ohne konkreten Nachweis den darauf entfallenden Mehrwertsteueranteil zu Grunde, andere schätzen die Gewinnspanne höher oder niedriger ein und kommen auf Mehrwertsteueranteile zwischen 2 % und 3 % vom konkret nachgewiesenen Wiederbeschaffungspreis.

Die *Itzehoer* schätzt die bei Vorlage eines die Mehrwertsteuer nur pauschal ausweisenden Kaufbeleges den Anteil der tatsächlich angefallenen Mehrwertsteuer in der Erkenntnis auf 2,5 %, dass es sich dabei nicht um den „Stein des Weisen“, aber um eine Regelung handelt, die den Interessen des Geschädigten weitgehend entgegenkommt, dem die Möglichkeit bleibt, einen höheren Mehrwertsteueranteil konkret zu belegen.

Böse Zungen unterstellen bei solchem Vorgehen, dass die Handels-Gewinnspanne bewusst niedrig eingeschätzt wird, übersehen dabei aber das mit diesem Verfahren verbundene Entgegenkommen im Hinblick auf die jedenfalls nicht den Versicherer treffende Beweislast.

Immerhin lässt ein solches Verhalten den ratlosen Geschädigten nicht völlig im Regen stehen. Bedenkt man aber, dass dabei ausgehend von einem Wiederbeschaffungswert von zum Beispiel 10.000 € (netto 8.620,70 €) immer noch eine Differenz von mehr als 1.000 € offen bleibt, kann auch das nicht befriedigen.

5.3.2 Erwerb aus privater Hand ohne MwSt-Anfall

Ungleich unbefriedigender trifft es demgegenüber jene Geschädigten, die das Ersatzfahrzeug zu dem vom Sachverständigen festgestellten *Wiederbeschaffungswert* von einer Privatperson erwerben und deshalb überhaupt keine Chance haben, den Anfall von Mehrwertsteuer nachzuweisen, weil solche Privatgeschäfte keine Umsatzsteuerpflicht vorsehen und ohne Anfall von Mehrwertsteuer abgewickelt werden.

Unterschiedlicher Ausgleich ein und desselben Schadens?

Je nach Art und Weise der Ersatzbeschaffung kann derselbe Schaden also auf dreierlei Weise entschädigt werden:

- ◆ mit kompletten Mehrwertsteuernachweisen: uneingeschränkte Zahlung des WB-Wertes 10.000 €
- ◆ pauschaler Mehrwertsteuernachweis bei „entgegenkommenden Versicherern“: Netto-Wiederbeschaffungswert zzgl. pauschal geschätztem Differenz-Steuerbetrag 8.800 € bis 9.000 €
- ◆ Privaterwerb ohne Mehrwertsteuer-Nachweismöglichkeit: 8.620,70 €

Nun haben die von der Differenzbesteuerung betroffenen Geschädigten natürlich die Möglichkeit mit Hilfe „ihres“ Gebrauchtwagenhändlers einen weitergehenden Nachweis zu führen und unter Umständen zu „voller“ Entschädigung zu gelangen, wenn der Händler selbst z. B. von einem vorsteuerabzugsberechtigten Vorbesitzer gekauft hat oder der Ersatzwagen ein Leasing-Fahrzeug gewesen ist.

Aber es hilft nicht wirklich weiter, den „Privat-Erwerber“ mit dem Hinweis darauf zu trösten, dass er bei „Privat“ vergleichsweise günstig gekauft und für 10.000 € ein gegenüber dem beschädigten Wagen höherwertigeres Fahrzeug – wenn auch ohne Händlergarantie – erworben hat.

5.3.3 Problem des Gebrauchtwagenmarktes

Das gilt umso mehr in solchen Fällen, in denen das Ersatzfahrzeug nur „bei Privat“ gekauft werden kann, weil es solche Autos nicht beim „seriösen Gebrauchtwagenhändler“ gibt:

Beim weit überwiegenden Teil der von Versicherern zu entschädigenden Fahrzeug-Totalschäden handelt es sich um ältere Fahrzeuge mit Wiederbeschaffungswerten im Bereich zwischen 5.000 € und 1.000 €, oft auch noch weniger, für die es keinen Gebrauchtwagenmarkt gibt, wie er der Definition des Wiederbeschaffungswertes zugrunde liegt.

Hierzu ein Beispielfall, der sich Anfang dieses Jahres, also vor dem 01.08.2002 in Berlin tatsächlich ereignet hat:

Der Geschädigte, ein 20jähriger Azubi, hat sich vom mühsam Ersparten am 16. Januar von Privat einen *VW Golf GTi Edition One, 79 kW, 1.781 ccm* zum Preis von 1.900 € gekauft. Für ihn das Wunsch-Auto, wenn auch bereits fast 13 Jahre alt, mit 175.000 km auf den Reifen.

Damit kommt er von der Zulassung und nicht immer sind es solch junge Verkehrsteilnehmer wie er, die mit ihren heißen Kisten Unfälle verursachen.

Ihm nimmt irgendwo auf dem Weg nach Haus ein allerdings auch nur wenig älterer Polizeibeamter mit seinem 3er BMW die Vorfahrt und zwar heftig, so dass der Golf des Azubi einen Totalschaden hat.

Wiederbeschaffungswert? Liegt doch auf der Hand, sagt der Sachverständige: 1.900 € brutto und die hat der Azubi vom KH-Versicherer des Unfallgegners dann auch erhalten und sich – wiederum „bei Privat“ – einen vergleichbaren *Golf GTi* gekauft, den er bei einem „seriösen Gebrauchtwagenhändler“ natürlich nicht gefunden hat, weil solche Gebrauchtwagenhändler nur ganz, ganz ausnahmsweise „im Kundenauftrag“ mit solchen Fahrzeugen handeln.

Und heute? Obwohl er sein Fahrzeug noch gestern für 1.900 € gekauft hat und der Sachverständige einen dementsprechenden Wiederbeschaffungswert bestätigt, erhält der Geschädigte diesen nur netto, also ohne Mehrwertsteuer in Höhe von 1.637,93 €, ohne etwas dagegen tun zu können.

Ist das gewollt und im Sinne der Gesetzesänderung?

Problemlösung

Hier gilt es, im Sinne einer wohlverstandenen Regulierungskultur, einen Weg zu finden, der zu einem gerechten und angemessenen Interessenausgleich führt und nicht nur dem Geschädigten zu einem gerechten Schadenausgleich verhilft sondern auch dem Versicherungs-Sachbearbeiter dient, seine Fälle auf pragmatische Weise zu bewältigen.

Totalschaden – ein Fall des § 251 BGB?

§ 251 BGB könnte hilfreich sein.

Von einigen Stimmen in der Kommentierung des neuen Gesetzes wird die Auffassung vertreten, § 249 BGB schütze lediglich das Integritätsinteresse des Geschädigten und betreffe deshalb nur Reparaturfälle (z. B. *Freyberger, Das neue Schadenersatzrecht – Die praktische Abwicklung von Verkehrsunfällen, MDR 2002, 867 ff <868>*).

Kompensationsfälle, in denen Wertersatz geschuldet wird, also (echte) Totalschadenfälle, seien in der Vorschrift des § 251 BGB geregelt, die hinsichtlich des Anfalls von Mehrwertsteuer keinen Vorbehalt enthält. Bei Abrechnung auf Totalschadenbasis erhalte der Geschädigte also immer den Wiederbeschaffungswert seines beschädigten Fahrzeugs einschließlich Mehrwertsteuer, gleichgültig wie er mit dem Ersatzbetrag verfährt. Dies entspreche dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers.

Diese Meinung übersieht, dass dies – so jedenfalls – nicht zutrifft und dass ihr die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entgegensteht, wonach § 249 BGB so lange anwendbar bleibt, wie die Wiederherstellung der beschädigten Sache selbst oder die Beschaffung einer gleichartigen oder auch nur gleichwertigen Ersatzsache

möglich ist. § 251 BGB soll nur in den seltenen Fällen anzuwenden sein, bei denen die Sache zerstört wurde und die Beschaffung einer gleichartigen *und* gleichwertigen Ersatzsache nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist (BGHZ 92, 85).

Die Ersatzbeschaffung in diesem Sinne ist jedenfalls ein Fall der Naturalrestitution, der gerade von § 249 BGB und nicht von § 251 BGB geregelt werden soll.

§ 251 BGB betrifft lediglich die Fälle, die eine völlige Zerstörung der Sache zum Gegenstand haben, wobei jeweils eine vergleichbare Ersatzbeschaffung nicht möglich ist, weil es sich um Unikate, aber auch z. B. Oldtimer-Fahrzeuge handelt (BGHZ 92,85).

Die angesprochenen Fälle, bei denen Ersatzbeschaffung fast ausschließlich im von Privat betriebenen Handel möglich ist, fallen wohl nicht hierunter.

Restitutionsverzicht statt Naturalrestitution

Wenig praktikabel scheint mir in diesem Zusammenhang auch die Fallvariante zu sein, die Greger (*Neue Entwicklungen bei der fiktiven Schadensabrechnung, NZV 2002, 385 <387>*) beschreibt und eine Abrechnung nach § 251 BGB in den Fällen für gerechtfertigt ansieht, bei denen sich der Geschädigte einen gegenüber der beschädigten Sache nicht gleichwertigen Ersatz etwa in der Form beschafft, statt des gebrauchten einen neuen Wagen anzuschaffen oder vom Motorrad auf die Limousine umzusteigen.

5.3.4 Differenzierte Definition und Verwendung des Wiederbeschaffungswert-Begriffes

Deshalb ist es zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung von Geschädigten wünschenswert, zukünftig bei der Festlegung von Wiederbeschaffungswerten durch Sachverständige in solchen Fällen den im Privat-Handel für die Wiederbeschaffung aufzuwendenden Betrag zusätzlich und gesondert (mehrwert-) steuerneutral auszuweisen, will man keine Neudefinition des „Wiederbeschaffungswertes“ schaffen, dessen Bemessung dabei grundsätzlich ohne Mehrwertsteuer zu erfolgen hätte.

Die großen Sachverständigen-Organisationen stehen dieser Forderung bisher zurückhaltend gegenüber und auch mancher Versicherer befürchtet ein dadurch bedingtes höheres Niveau von Wiederbeschaffungswerten.

Bei verantwortungsvollem Umgang mit der Auswertung des „seriösen“ Gebrauchtwagenmarktes kann ich diese Bedenken nicht teilen.

5.4 Problemfall „Höhere Gewalt“ am praktischen Fall

Ein anderer Fall, der sich vor dem 01. August 2002 tatsächlich ereignet hat, soll überleiten zur zweiten Problematik, die ich als Folge der Gesetzesänderung ansprechen möchte:

Zwei Freundinnen befinden sich im ländlichen Bereich auf dem morgendlichen Schulweg zur nächst größeren Stadt, wo sie dieselbe Schulklasse besuchen. Sie sind gleichaltrig; die etwas ältere der beiden hat allerdings vor wenigen Tagen den 10. Geburtstag gefeiert, worauf die jüngere noch wenige Tage warten muss.

Es ist Spätherbst und deshalb noch dämmerig, fast dunkel und sie müssen auf ihrem Schulweg zunächst eine aufgrund von Berufsverkehr relativ viel befahrene Straße überqueren, um eine Bushaltestelle zu erreichen, von wo sie wie immer mit einem Linienbus zur Schule fahren wollen.

Bevor sie die Straße erreichen, bemerkt die Ältere, dass sie ihr Heft mit den Hausaufgaben vergessen hat und beginnt, zurück zum nahe gelegenen Elternhaus zu laufen, wohin die Jüngere ihr halbherzig folgen will, als sie den Bus auf der gegenüberliegenden Straßenseite in die dort gelegene Haltebucht einfahren sieht.

Ohne auf den von rechts kommenden und fließenden Fahrzeugverkehr zu achten, rennt sie nicht nur in Richtung Straße sondern auch auf die Fahrbahn, woran sie die Ältere, diesen Fahrzeugverkehr erkennend, ihr folgend hindern will.

Von einem nur noch wenige Meter entfernten Fahrzeug, dessen Fahrer nicht mehr bremsen kann, wird die Jüngere erfasst, vor einen anderen Wagen geschleudert, der sie überrollt und sehr schwer verletzt.

KFZ-Sachverständige, die sich solchen Anforderungen nicht konform verhalten, sind bereits in der Zeit vor der Gesetzesänderung auffällig gewesen, so dass eine Orientierung an deren vermuteten Verhalten nicht entscheidungserheblich sein sollte.

Auch der Älteren kann eines der Fahrzeuge nicht mehr ausweichen, so dass auch sie erhebliche Verletzungen erleidet.

KFZ-Haftung fraglich

Zu der diesem Geschehen zugrunde liegenden Rechtslage kann man natürlich verschiedene Meinungen vertreten. Ein Verschulden der beteiligten Fahrzeuglenker lässt sich sicher – jedenfalls aufgrund dieser knappen Sachverhaltsdarstellung – ebenso wenig begründen wie die Ansicht, der Unfall sei für diese Fahrzeuglenker unabwendbar gewesen.

Verschulden zulasten beider Kinder

Zweifelsfrei ist es aber in jedem Fall – nach vor dem 01.08.2002 geltenden Recht wohl bemerkt – ein Mitverschulden beider Mädchen zu berücksichtigen.

Beide Kinder haben jedenfalls – wenn überhaupt – nur einen Anspruch auf anteiligen Schadenersatz und die Zahlung eines Schmerzensgeldes kommt nur in Frage, wenn Verschuldenshaftung zu Lasten eines der beteiligten Fahrzeuglenker unterstellt wird.

Veränderung aufgrund des geänderten Gesetzes

Was hat sich daran am 01.08.2002 geändert?

Die Möglichkeit der Autofahrer und der hinter ihnen stehenden Versicherungen, sich beiden Mädchen gegenüber auf das Vorliegende eines unabwendbaren Ereignisses mit der Folge zu berufen, dass beide leer ausgehen, gibt es nicht mehr.

Eine Entlastung kommt nach § 7 Abs. 2 StVG n.F. nur noch in Betracht, *wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wird*, wovon im Beispielfall wohl nicht auszugehen ist.

Keine Mithaftung der noch nicht 10-Jährigen

Das jüngere der Mädchen, von der die auslösende Unfallursache gesetzt wurde und der gegenüber der Unabwendbarkeitsnachweis nach altem Recht mit mehr Erfolg hätte geltend gemacht werden können, als der Freundin, profitiert von der Neuregelung des § 828 Abs. 2 BGB, wonach Kinder für Unfälle mit Kraftfahrzeugen nicht verantwortlich sind, solange sie das zehnte Lebensjahr nicht vollendet haben.

Sie erhält vollen Schadenersatz, ohne dass die beteiligten Autofahrer das verkehrswidrige Verhalten des Kindes in irgendeiner Form entgegenhalten könnten.

Dasselbe gilt für den Schmerzensgeldanspruch des Kindes, ohne dass es darauf ankommt, ob einer der Autofahrer den Unfall und die Verletzungen des Kindes verschuldet haben.

Aber:

Mitverschulden nach Vollendung des 10. Lebensjahres

5.5 Höhere Gewalt und das abgestellte Fahrzeug

Aber kann das immer und insbesondere auch dann noch gelten, wenn das beteiligte Kraftfahrzeug nur rein zufällig und beliebig gegen einen Baum, eine Mauer oder einen abgestellten Container austauschbar beteiligt ist?

Seit der Gesetzesentwurf und insbesondere die in ihm vorgesehene Entlastungsmöglichkeit nur noch bei Verursachung durch *höhere Gewalt* bekannt geworden ist, geistert der Fall durch die Köpfe und Gespräche der Interessierten, bei dem es zur Kollision eines 9-jährigen Radfahrers, Rollerskaters o. ä. mit dem ordnungsgemäß am Straßenrand oder in einer Parkbucht abgestellten PKW kommt und der Radfahrer oder Skater dabei schwer verletzt wird.

Das ältere Mädchen kann das Haftungsprivileg des § 828 Abs. 2 BGB für sich nicht mehr in Anspruch nehmen, nachdem sie wenige Tage vor dem Unfall das zehnte Lebensjahr vollendet hatte.

Sie hat zwar gegenüber der alten Gesetzeslage auch einen Schmerzensgeldanspruch, muss sich aber eine Anspruchskürzung wegen eigenen Mitverschuldens gefallen lassen, wobei sich allerdings für den Versicherungs-Regulierer bei einer solch extrem gelagerten Fall-Konstellation aus anderem Anlass als der Gesetzesänderung die Frage stellt, ob es nicht gerade eine wohlverstandene Regulierungskultur gebietet, das fragliche Mitverschulden aus Billigkeitsgründen in den Hintergrund treten zu lassen.

Im Hinblick auf den im Straßenverkehr erforderlichen Schutz von Kindern und Jugendlichen mag insbesondere die im Fall des jüngeren Mädchens durch die Gesetzesänderung erfolgte Umkehrung des Haftungs- und Entschädigungsergebnisses – aus *Nichts* bei Unabwendbarkeit wird *Alles* „nur“ wegen des Fahrzeugbetriebes – bei Fällen wie dem geschilderten volle Zustimmung finden.

Höhere Gewalt ?

Ganz klar, haben alle gesagt und einige sagen es noch immer, das Fahrzeug befindet sich auch im abgestellten Zustand noch im Betrieb, § 7 StVG ist einschlägig, Mitverschulden ist bei einem 9-jährigen nicht möglich, Schmerzensgeld gibt's auch, weil es für den beteiligten KFZ-Halter kein Fall *höherer Gewalt* sein soll.

Bei unserem Fall mit den beiden Mädchen sind wir wie selbstverständlich davon ausgegangen, dass eine Entlastung der beteiligten Autofahrer nicht in Frage kommt. Eine Verursachung des Unfalls durch *höhere Gewalt* erschien uns ausgeschlossen.

Ist das aber auch noch so selbstverständlich, wenn die beiden Mädchen in ihrer Aufregung und dem Bestreben den auf der gegenüberliegenden Straßenseite ankommenden Bus zu erreichen, den auf ihrer Straßenseite in einer Parkbucht unter Beachtung aller Verkehrssicherungspflichten abgestellten Container übersehen hätten, und macht es einen Unterschied, wenn sich dort statt des Containers der ordnungsgemäß vom Landarzt gerade abgestellte PKW befand, der einen Hausbesuch beim Nachbarn der Mädchen machen will ?

Wegen der durch den Zusammenprall mit dem Container erlittenen Verletzungen ist für beide Mädchen kein Anspruchsgrund ersichtlich.

Kann bei Beteiligung des abgestellten Fahrzeugs aufgrund des geänderten Schadenersatz-Rechts etwas anderes gelten?

Voller Schadenersatz einschließlich Schmerzensgeld für die 9-jährige und dasselbe – allerdings reduziert um einen Mitverschuldensanteil – für die 10-jährige ?

Und der Schaden am Landarzt-PKW ? Nur anteiliger Ersatz von der 10-jährigen, deren Eltern im Gegensatz zu denjenigen der 9-jährigen keinen PHV-Schutz haben?!

Legaldefinition

Leider ist in § 7 Abs. 2 StVG n.F. nicht näher erläutert, wann höhere Gewalt vorliegt.

Der Gesetzgeber hat die für Bahnen außerhalb von Straßen im Haftpflichtgesetz auch bereits vor dem 01.08.2002 geltende Regelung des § 1 Abs. 2 Satz HPfIG in das Straßenverkehrsgesetz übernommen, was es nicht nur nach meiner sondern insbesondere auch der von Herrn Lemcke bereits veröffentlichten Ansicht (*Gefährdungshaftung im Straßenverkehr unter Berücksichtigung der Änderungen durch das 2.SchadÄndG, ZfS 2002, 318 <321>*) rechtfertigt, die hierzu insbesondere in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu übernehmen.

So versteht der BGH (VersR 1988, 910) die *höhere Gewalt* im (Haftpflicht-) Gesetzessinne als einen wertenden Begriff, der die Risiken ausschließen will, die mit dem Bahnbetrieb nichts zu tun haben und bei einer rechtlichen Bewertung nicht mehr dem Betrieb der Bahn, sondern allein dem Drittereignis zugeordnet werden können.

Übertragen auf den Betrieb von Kraftfahrzeugen oder auch Anhängern bedeutet eine solche Auslegung der *höheren Gewalt* im Fall unserer beiden Mädchen, dass ihr Unfall mit dem abgestellten PKW des Landarztes nichts mit den Risiken zu tun hat, vor denen das Straßenverkehrsgesetz in seiner neuen Fassung Kinder und Jugendliche schützen will.

Hätten sie sich durch Laufen gegen den abgestellten Container, eine Mauer oder einen Baum verletzt, hätte sich dasselbe Risiko verwirklicht wie durch den Kontakt mit dem PKW, so dass es gerechtfertigt erscheint, den Unfall mit dem Landarzt-PKW als einen Fall von *höherer Gewalt* im Sinne von § 7 Abs. 2 StVG n.F. anzusehen.

Die Betriebsgefahr eines abgestellten Fahrzeugs unterscheidet sich nicht von Gefahren, die von Bäumen, Mauern oder anderen abgestellten Dingen ausgehen, so dass es keinen Unterschied machen kann, ob die Kinder gegen das Fahrzeug oder gegen Baum, Mauer und Container geraten und zu Schaden gekommen sind.

Die Gesetzesänderung hat deshalb *nicht* dazu geführt, den immer wieder gehörten Beispielsfall anders zu behandeln, als dies zuvor geschehen ist.

Der Beispielsfall ist aber gleichwohl ein beredter Beleg dafür, wie eine Gesetzesänderung geeignet ist, die Regulierungskultur in dem Sinne zu beeinflussen, selbstverständlich erscheinende Regelungen zu hinterfragen und durch praktische Anwendung mit Regulierungsleben auszufüllen.

5.6 Höhere Gewalt bei Verursachung durch äußeren Einfluss?

Das zeigt sich auch bei Vergleich der alten mit der neuen Gesetzes-Lage eines anderen bei der Schadenregulierung so oder ähnlich häufig vorkommenden Sachverhalts, über den das Oberlandesgericht München (NZV 2001, 510/511) im April 2000 zu entscheiden hatte:

Ein Marder war in eine Lagerhalle eingedrungen, in der ein Fahrzeug, ein VW Golf abgestellt war und hatte sich über die Verkabelung dieses Fahrzeugs hergemacht, wodurch es zu einem Kurzschluss im Anlasserbereich des Wagens und aufgrund der dadurch in Bewegung gesetzten Kausalkette zum Brand der Lagerhalle sowie zu einem Schaden von 250.000 DM kam.

Das Oberlandesgericht hat den vom Gebäude-Feuerversicherer gegen den Fahrzeughalter und seinen Versicherer auf Ersatz dieses Schadens gerichteten Anspruch aus vielerlei Gründen, u. a. aber auch mit der Begründung abgewiesen, dass – unterstellt, der Schaden sei beim Betrieb des Fahrzeugs entstanden – der durch ein Tier verursachte Unfall für den Fahrzeughalter ein unabwendbares Ereignis mit der Folge eines Haftungsausschlusses nach § 7 Abs. 2 StVG a. F. darstelle.

Es stellt sich die Frage, ob die Neufassung dieser Vorschrift zu einem anderen Ergebnis führt.

Dann müsste die Schadenverursachung durch den Marder als Auswirkung von *höherer Gewalt* anzusehen sein.

Legt man die von mir im Anschluss an *Lemcke* vertretene These zugrunde, wonach von „höherer

Gewalt“ bereits dann auszugehen ist, wenn der Unfall nichts mit den Risiken zu tun, vor denen das StVG schützen will, kommt man in der Tat zu einer anderen Bewertung, als sie vor dem 01.08.2002 üblich war:

Die technische KFZ-Ausstattung ist schließlich immer häufiger der Grund dafür, possierliche Tiere wie den Marder anzulocken, durch dessen schwer nachvollziehbaren Appetit auf Kabel und Gummiummantelungen die Kausalkette schließlich in Gang gesetzt wurde, wobei das Objekt der Begierde – anders als im zuvor geschilderten Fall – nicht ohne weiteres austauschbar ist.

Aber wie wäre zu entscheiden, wenn sich statt des Marders an dem noch in Betrieb befindlichen Fahrzeug ein gemeinhin als Pyromane bekannter Spitzbube zu schaffen macht und denselben Schaden verursacht wie das Tier?

Hilft es da weiter, den Hebel bei der Kausalität anzusetzen, wie es einige Kollegen anderer Gesellschaften zu tun beabsichtigen, die sowohl die Ersatzansprüche des gegen das parkende Fahrzeug geratenen Kindes wie auch des durch ein aufgrund äußerer Umstände brennenden Fahrzeugs zu Schaden gekommenen Dritten mit der Begründung zurückweisen wollen, solche Schäden seien nicht *durch* den Fahrzeugbetrieb entstanden sondern auf andere Umstände zurückzuführen und dabei ganz bewusst die Gesetzesformulierung „*bei dem Betrieb*“ vernachlässigen?

Ich muss gestehen, über keine Patentlösung zu verfügen.

5.7 Ausblick und Fazit

Seit dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung am 01.08.2002 ist auch zuwenig Zeit vergangen, um mangels geeigneter Praxis-Fälle und ihrer konkreten Abwicklung hierüber befinden zu können, zumal die Rechtsprechung gefordert sein wird, Hilfestellung zu geben.

In diesem Zusammenhang sollten sich die Schadenregulierer aber davor hüten, vorschnell solche Hilfe zu suchen und nur geeignete Fälle möglichst im Einvernehmen aller Beteiligten klären zu lassen, um keine unerwünschten Ergebnisse zu provozieren.

Insgesamt ist festzustellen, dass die ohnehin schon komplizierte Schadenregulierung durch die Gesetzes-Neuregelung für alle Beteiligten erschwert worden ist, wobei ich das sich aus ihr ergebende Manipulations-Potential in Zusammenhang mit § 7 Abs. 2 StVG oder auch der erweiterten Haftung für Fahrzeug-Insassen noch nicht einmal behandelt habe.

Der sich daraus ergebenden Mehrbelastung der KH-Versicherer steht jedenfalls kein geeigneter Ausgleich gegenüber.

Selbst die vermeintliche Kostenersparnis in Zusammenhang mit dem eingeschränkten Wegfall des Mehrwertsteuer-Ersatzes bei fiktiver Abrechnung bedingt einen wesentlich höheren Arbeitsaufwand, der entweder nur durch Qualitätsverlust in der Sachbearbeitung oder aber durch Investierung in Personalkosten kompensiert werden kann.

Der sich dadurch für die Regulierungskultur ergebende Einfluss liegt auf der Hand, so dass die Unternehmen zur Vermeidung solcher Auswirkungen noch mehr als bisher aufgefordert sind, in *Schadenmanagement* zu investieren, auch wenn die Verwendung dieses Begriffs nicht überstrapaziert und lediglich als Teil einer den Erfordernissen angepassten Regulierungskultur verstanden werden sollte.

Mein Unternehmen, die *Itzehoer Versicherungen*, nimmt deshalb nicht zuletzt die Gesetzesänderung und die sich daraus für die Regulierung ergebenden Umstände zum Anlass, die bisherige Organisation der Leistungsbearbeitung auf den Prüfstand zu stellen, um sich durch (hoffentlich) geeignete und auf noch aktivere Regulierungstätigkeit gerichtete Maßnahmen den sich daraus ergebenden Herausforderungen im wohlverstandenen Interesse sowohl von Geschädigten als auch Kunden stellen zu können.

Die kostenträchtigen Veränderungen bei der

- ◆ Neuregelung des Schmerzensgeld-Anspruchs

- ◆ Verbesserung der Rechtsstellung von Kindern im motorisierten Verkehr
- ◆ Insassenhaftung und
- ◆ Anhebung der Haftungshöchstgrenzen

sollen nur beispielsweise genannt werden.

Vergessen wird aber bei solchen Berechnungen meist auch, dass die eigentliche Intention des Gesetzes auf ein gänzlich anderes Ziel gerichtet ist, und dem Versicherer in Zusammenhang mit der eingeschränkten Möglichkeit fiktiver Abrechnung nur ausnahmsweise dann eine Ersparnis bringt, wenn sich Geschädigte mit dem Mehrwertsteuerabzug begnügen, weil ihnen die so gekürzte Entschädigungsleistung bei Billig- oder Eigenreparatur immer noch zusätzlichen Gewinn beschert.

Der bisherige Umgang mit dem geänderten Gesetz gibt keinen Anlass, eine Ersparnis für den Versicherer anzunehmen!

Erstattungsfähig bleibt die Mehrwertsteuer nämlich nach der Begründung des Gesetzes nicht nur dann, wenn eine Reparatur des beschädigten Fahrzeugs durchgeführt wird, sondern auch, wenn der Geschädigte sich ein anderes Fahrzeug oder auch nur Fahrzeugteile beschafft und dafür Mehrwertsteuer entrichtet.

Auf diejenigen Stimmen, die sogar meinen, es reiche aus, überhaupt eine mehrwertsteuerpflichtige Anschaffung – etwa eines Computers oder teurer Garderobe – zu tätigen, soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen, sondern lediglich festgehalten werden, dass sich der Versicherer auch mit solchen Regulierungs-Auswüchsen wird beschäftigen müssen.

6. Referenten

Herr [Dr. Hans-Georg Bollweg](#) war nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Bielefeld und der Referendarzeit zunächst wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht der Universität Bielefeld und im Anschluss daran vier Jahre Rechtsanwalt am OLG in Hamm. 1991 wechselte er in das Bundesjustizministerium und war dort mehrere Jahre persönlicher Referent des Parlamentarischen Staatssekretärs. Von 1997 bis 1999 leitete er das Ministerbüro der Justizminister Schmidt-Jortzig sowie Däubler-Gmelin. Seit 1999 ist er Leiter des Referates Schadenersatzrecht, Umwelthaftungsrecht sowie Zivilluftfahrtrecht im Range eines Ministerialrates.

Herr [Prof. Dr. Gerhard Wagner](#) hat Rechtswissenschaften an den Universitäten Göttingen und München studiert und wurde 1989 durch die Universität Göttingen zum Dr. jur. promoviert. Nach dem 2. Staatsexamen war er zunächst mit Forschungsarbeiten für das Bundesumweltministerium zu Fragen des Umwelthaftungsrechtes befasst. 1994/95 erfolgte ein Forschungsaufenthalt an der University of Chicago Law School mit dem Abschluss LL.M. 1997 habilitierte er sich mit einer Arbeit zu Privatautonomie und Vertragsfreiheit im Zivilverfahrensrecht. Seit 1999 ist er Professor für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, IPR und Rechtsvergleichung an der Universität in Bonn.

Herr [Hermann Lemcke](#) war von 1985 bis 2000 Vorsitzender des 6. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Hamm, eines Haftpflichtsenates. Er hat zum Haftpflichtrecht zahlreiche Beiträge in medizinischen und juristischen Fachzeitschriften veröffentlicht. Für die Zeitschrift *Recht und Schaden* ist er als Schriftleiter tätig. Herr Lemcke ist Referent auf allen Gebieten des Haftpflichtrechtes im Rahmen von Fortbildungsveranstaltungen. Seit 2001 ist er für die Kanzlei Dr. Eick und Partner als Rechtsanwalt im Büro Bochum aktiv.

Herr [Jürgen Brollowski](#) ist Leiter der Abteilung Leistungsbearbeitung Groß- und Mittelschäden bei der Itzehoer Versicherung/Brandgilde von 1691 und reguliert dort seit mehr als 20 Jahren Großschäden. Als Mitarbeiter eines überwiegend in einem regional überschaubaren Bereich tätigen Versicherers ist er in seinem Unternehmen nicht nur für die Vorgabe von Richtlinien für die Schadenregulierung zuständig, sondern als Mann der Praxis auch an der direkten Durchführung der Regulierung von Personen-Großschäden beteiligt. Herr Brollowski ist als Rechtsanwalt zugelassen.

Bisher erschienen:

Nr. 1

M. Rehfeld, N.A. Sittaro, E. Wehking
Psychische Folgeschäden
Ein Problem in der Unfall- und
Haftpflichtversicherung

Nr. 2

J. Brollowski, A. Kelb, H. Lemcke, E. Wehking
E+S Rück Fachtagung
Haftpflichtschaden
und Psyche

Nr. 3

I.Geis, Th. Hoeren, Chr. Nießen, J. Roth
Neue Medien – Neue Risiken:
Haftpflichtfragen rund
um das Internet

Nr. 4

Chr. Günther
Gebührenrecht – Legal Expenses:
Rechtskosten und Schadensersatz
im deutschen und US-amerikanischen
Haftungsrecht

Alle Rechte vorbehalten.
Nachdruck oder Übersetzung mit
Angabe der Quelle gestattet.
Die Urheberrechte hat die E+S Rück.

Erschienen im Januar 2003

Herausgeber:

E+S Rückversicherungs-AG
Karl-Wiechert-Allee 50
30625 Hannover

Telefon 0511 / 56 04 - 0
Telefax 0511 / 56 04 - 11 88
www.es-rueck.de

Autoren:

Dr. Hans-Georg Bollweg
Jürgen Brollowski
Hermann Lemcke
Prof. Dr. Gerhard Wagner

Ansprechpartner:

Jörg-Christian Deister
Telefon 0511 / 56 04 - 13 69
joerg-christian.deister@es-rueck.de
oder
Andreas Kelb
Telefon 0511 / 56 04 - 13 00
andreas.kelb@es-rueck.de