

Schmerzensgeld für die Erben ?

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Peter Schips

aus Bad Waldsee

2003

druckidee Jochen Abt e.K., Ravensburg

Dekan: Prof. Dr. Martin Nettesheim

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Gottfried Schiemann

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Heinz-Dieter Assmann

Tag der mündlichen Prüfung: 09. Dezember 2003

Meinen Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis (I-V)

Literaturverzeichnis (V-XXV)

1. Einleitung (1)

2. Geschichtliche Entwicklung des Anspruchs auf Schmerzensgeld (5)

2.1. Motive des historischen Gesetzgebers für die Einschränkung hinsichtlich Vererbbarkeit und Übertragbarkeit (6)

2.2. Probleme und Kritik hinsichtlich der eingeschränkten Vererbbarkeit des Anspruchs nach der früheren Regelung (7)

2.2.1 Makaberer Wettlauf mit dem Tod (7)

2.2.2. Übergang des Anspruchs auf die Erben ist vom Zufall
abhängig (8)

2.2.3. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Einschränkung
der Übertragbarkeit und Vererbbarkeit (8)

2.2.4. Kriterium der Rechtshängigkeit taugt nur bedingt, als klares
Abgrenzungskriterium (8)

2.2.5. Änderung der Verhältnisse seit der Schaffung des BGB (9)

2.2.5.1. Es widerspricht heute nicht mehr der Moral
immaterielle Schäden durch Geld zu ersetzen (9)

2.2.5.2. Geltendmachung des Anspruchs auf
Schmerzensgeld wurde zur Regel (10)

2.2.5.3. Bedenken gegen richterliches Ermessen bestehen
nicht mehr in dem Maße wie früher (11)

2.2.5.4. Strafrechtliche Buße und Vertragsstrafe bieten
keinen ausreichenden Schutz (12)

2.2.5.5. Zunehmende Bedeutung des Ersatzes für
immaterielle Schäden (13)

2.2.5.5.1. Schmerzensgeld auch bei Verletzung des
allgemeinen Persönlichkeitsrechts (14)

2.2.5.5.2. Verschiebung der Grenze zwischen
Vermögensschaden und
Nichtvermögensschaden zugunsten des
Vermögensschadens (16)

2.2.5.5.3. Ausweitung der Naturalrestitution (19)

2.2.5.5.4. Vermehrte Bereitschaft, Ansprüche gerichtlich
geltend zu machen (21)

2.2.5.5.5. Änderungen des § 847 (21)

2.2.5.5.6. Tendenz zu höheren
Schmerzensgeldbeträgen (22)

2.3 Zusammenfassung und Ausblick (24)

2.4 Reaktion der Rechtsprechung auf die Kritik an § 847 I 2 (26)

2.5. Reaktion des Gesetzgebers auf die Kritik an § 847 I 2 (29)

3. Voraussetzungen des Anspruchs auf Schmerzensgeld nach der Vorschrift des § 847 (31)

3.1. Verletzung eines der in § 847 genannten Rechtsgüter (31)

3.2. Vorliegen eines immateriellen Schadens (34)

3.2.1. Verlust des Lebens als ersatzfähiger immaterieller Schaden
(35)

4. Bemessung des Ersatzes für immaterielle Schäden (38)

4.1. Bemessung des Schmerzensgeldes nach der Rechtsprechung des
BGH (38)

4.2. Entschädigungsfähigkeit immaterieller Schäden mittels Geld (45)

4.3. Das Kriterium der Billigkeit zur Bemessung des immateriellen
Schadens (49)

4.4. Inhalt des Ermessens bei der Bemessung des Schmerzensgeldes (52)

4.5. Einzelne Kriterien der gerichtlichen Ermessensausübung bei der Bemessung des Ersatzes für immaterielle Schäden (58)

4.5.1. Auf den Verletzten bezogene Bemessungskriterien (58)

4.5.1.1. Verschaffung von angenehmen Empfindungen mittels durch Geld erkaufbarer Annehmlichkeiten (58)

4.5.1.2. Besänftigung des gekränkten Rechtsempfindens des Verletzten durch Erhalt einer Geldsumme unabhängig von der Belastung des Schädigers mit der Zahlung (65)

4.5.1.3. Besänftigung des gekränkten Rechtsempfindens des Verletzten durch Belastung des Schädigers mit einer Geldleistungspflicht (67)

4.5.1.4. Der hohe Stellenwert der Würde des Menschen als Bemessungskriterium (69)

4.5.1.5. Beachtung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes (75)

4.5.2. Auf den Schädiger bezogene Bemessungskriterien (78)

4.5.2.1. Bestrafung des Schädigers durch die Auferlegung eines diesen belastenden Vermögensopfers (78)

4.5.2.2. Einwirkung auf den Schädiger zur Verhinderung weiterer Unrechtshandlungen (Spezialprävention) (82)

4.5.2.3. Schutz des Schädigers vor existenzvernichtenden Geldleistungspflichten aus Art. 14 GG (88)

4.5.2.4. Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG durch die Auferlegung von Geldleistungspflichten (88)

- 4.5.2.5. Beachtung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes (89)
- 4.5.2.6. Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (89)
- 4.5.3. Auf die Rechtsgemeinschaft bezogene Bemessungskriterien (95)
 - 4.5.3.1. Schutz der Rechtsgemeinschaft vor weiteren Schädigungen durch Abschreckung potentieller Schädiger (Generalprävention) (95)
 - 4.5.3.2. ökonomische Gesichtspunkte als Kriterium zur Bemessung des Schmerzensgeldes (96)
 - 4.5.3.3. Praktikabilität, Prozessökonomie und Rechtssicherheit (101)
- 4.5.4. Zusammenfassung (103)
- 4.6. Berücksichtigungsfähige Einzelumstände (105)
 - 4.6.1. Schwere der Verletzung (105)
 - 4.6.2. Verlust der Wahrnehmungsfähigkeit des Verletzten (107)
 - 4.6.3. Tod des Verletzten (109)
 - 4.6.4. Erschwerung oder Vereitelung von Zukunftsplänen (114)
 - 4.6.5. Dauer des Überlebens bei tödlichen Verletzungen (115)
 - 4.6.6. Lebensalter des Verletzten (117)
 - 4.6.7. Wirtschaftliche Verhältnisse des Geschädigten (120)
 - 4.6.8. Verschulden des Schädigers (122)
 - 4.6.9. Wirtschaftliche Verhältnisse des Schädigers (124)
 - 4.6.10. Eintreten einer Versicherung für den Schädiger (125)

- 4.6.11. Erfolgte oder zu erwartende strafrechtliche Verurteilung (129)
- 4.6.12. Hinauszögerung des Schadensausgleichs (131)
- 4.6.13. Zusammenfassung (132)
- 4.7. Das Rangverhältnis der einzelnen Wirkungsweisen (132)
- 4.8. Das Schmerzensgeld als frei vererblicher Anspruch (135)
- 4.9. Rechtfertigung des Übergangs von Schmerzensgeld auf die Erben (136)
- 5. Eigener Anspruch der Hinterbliebenen als Alternative zur Gesetzesänderung (138)**
- 5.1. Die derzeitige Entschädigung für die Hinterbliebenen (143)
 - 5.1.1. Ersatzfähigkeit von Drittschäden (143)
 - 5.1.2. Begriff der Gesundheitsverletzung (144)
 - 5.1.3. Ersatzberechtigter Personenkreis (146)
 - 5.1.4. Anforderungen an die Verletzung des Erstgeschädigten (148)
 - 5.1.5. Kausalität der Erstschädigung für die Gesundheitsverletzung des Zweitgeschädigten (150)
 - 5.1.6. Schutzzweck der Norm und allgemeines Lebensrisiko (151)
 - 5.1.7. Verschulden und Mitverschulden (154)
 - 5.1.8. Zwischenergebnis (154)
- 5.2. Schmerzensgeld wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (155)
- 5.3. Schmerzensgeld wegen Eingriffs in den geschützten Bereich der Familie aus Art. 6 GG (157)
- 5.4. Verhältnis zum ererbten Anspruch (159)
- 6. Zusammenfassung und Ergebnis (160)**

LITERATURVERZEICHNIS

- Aldag, Stefan
Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei
Tötung naher Angehöriger?
ZRP 1989, 312
- Bar, Christian v.
Das „Trennungsprinzip“ und die Geschichte
des Wandels der Haftpflichtversicherung;
AcP 1981, 289
- Bar, Christian v.
Schmerzensgeld in Europa;
in : Festschrift für Erwin Deutsch, S. 27;
Köln 1999
- Baur, Fritz
Einige Bemerkungen zum Stand des
Schadensausgleichsrechts;
in: Festschrift für Ludwig Raiser, S. 119;
Tübingen 1974
- Behr, Volker
Der Zeitpunkt der Vererblichkeit von
Schmerzensgeldansprüchen;
VersR 1976, S. 1106
- Beier, Hubert
Die neuen Rechtsgrundsätze der
Schmerzensgeld-Bemessung;
MDR 1954, S. 591
- Bentert, Holger
Das pönale Element – ein Fremdkörper im
Deutschen Zivilrecht?
Berlin 1996
- Bloemertz, Carl Bruno
Die Schmerzensgeldbegutachtung;
Berlin 1968
- Bock, Michael
Prävention und Empirie – Über das
Verhältnis von Strafzwecken und
Erfahrungswissen;
JuS 1994, S. 89
- Böhmer, Emil
Anmerkung zu BGH JZ 1968, 135;
JZ 1968, S. 136
- Böhmer, Emil
Immaterieller Schaden ist kein
Vermögensschaden;
MDR 1964, S. 453
- Bötticher, Eduard
Die Einschränkung des Ersatzes
immateriellen Schadens und der
Genugtuungsanspruch wegen
Persönlichkeitsminderung;
MDR 1963, S. 353

Bötticher, Eduard	Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzen Privatrechtsnorm; AcP 1959/1960 (158), S. 385
Braschos, Franz-Joseph	Der Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht ; Bonn 1979
Brehm, Wolfgang	Anmerkung zu BGHZ 69, 323; JZ 1978, S. 191
Brinker, Jürgen	Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz; Berlin 1982
Brüggemeier, Gert	Juduzielle Schutzpolitik de lege lata – Zur Restrukturierung des BGB-Deliktsrechts; in: Soziales Schuldrecht, S. 7; Bremen 1987
Brüggemeier, Gert	Deliktsrecht; Baden-Baden 1986
Brusiin, Otto	Zum Problem des immateriellen Schadens; Turku 1966
Bueckling, Adrian	Der Fluch der Generalklauseln; ZRP 1983, S. 190
Burmann, Michael	Homburger Tage 1994; zfs 1994, S. 433
Buschmann, Arno	Zur Fortwirkung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode; NJW 1970, S. 2081
Busl, Peter	Der Begriff des Vermögensschadens im BGB; JuS 1987, S. 108
Busnelli, Francesco	Der Personenschaden – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur dogmatischen Einordnung - VersR 1987, 952
Caemmerer, Ernst v.	Die Bedeutung des Schutzbereichs einer Rechtsnorm für Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Verkehrsunfällen; DAR 1970, S. 283

Canaris, Claus-Wilhelm	Grundrechte und Privatrecht; AcP 1984, S. 201
Canaris, Claus-Wilhelm	Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts; JuS 1989, S. 161
Canaris, Claus-Wilhelm	Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht; JZ 1987, 993
Coing, Helmut	Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes; JZ 1958, S. 558
Cramer, Peter / Kindermann, Harald	Wege zur Reform des Schmerzensgeldanspruchs; DAR 1980, S. 33
Däubler, Wolfgang	Sachen und Menschen im Schadensrecht; NJW 1999, S. 16
Deubner, Karl	Anmerkung zu BGH NJW 1985, 1390 NJW 1985, S. 1392
Deubner, Karl	Rechtsanwendung und Billigkeitsbekenntnis – BGH, NJW 1971, 1883; JuS 1971, S. 622
Deutsch, Erwin	Allgemeines Haftungsrecht; Köln; Berlin; Bonn; München 2. Auf. 1996
Deutsch, Erwin	Anmerkung zu OLG Celle, JZ 1970, 548; JZ 1970, S. 548
Deutsch, Erwin	Anmerkung zu BGHZ 120, 1; NJW 1993, S. 784
Deutsch, Erwin	Schmerzensgeld bei Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung; ZRP 2001, S. 351
Deutsch, Erwin	Schmerzensgeld und Genugtuung; JuS 1969, S. 197

Deutsch, Erwin	Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld; Köln; Berlin; Bonn; München 3. Aufl. 1995
Diederichsen, Uwe	Fritz Baur – Zivilrechtsdogmatik und Menschlichkeit; AcP 1993, S. 391
Diederichsen, Uwe	Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts; AcP 1982, 101
Donaldson, David T.	Zum Problem der sicheren Bemessung des Schmerzensgeldes; AcP 1966, S. 462
Dörner, Klaus	Hält der BGH die „Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens“ wieder für diskutabel? ZRP 1996, S. 93
Dreher, Eduard / Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas	Strafgesetzbuch und Nebengesetze; München 50. Aufl. 2001
Dressler, Wolf-Dieter	Neugewichtung bei den Schadensersatzleistungen für Personen- und Sachschäden? DAR 1996, S. 81
Düben, Walter	Allgemeine Kriterien für die Bemessung des Schmerzensgeldes aus medizinischer Sicht; in: Kuntz, Schmerzensgeld, Loseblatt-Ausgabe, Teil I – Entschließung des 15. Verkehrsgerichtstages 1977 zur Reform des Schmerzensgeldanspruchs nebst Materialien, S. 23
Dürr, Hermann	Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung? in: Kuntz, Schmerzensgeld, Loseblatt-Ausgabe, Teil I – 20. Deutscher Verkehrsgerichtstag 1982, S. 41
Ebel, Friedrich	Zur Höchstpersönlichkeit des Schmerzensgeldanspruchs; VersR 1978, S. 204
Ehmann, Horst	Zur Struktur des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts; JuS 1997, S. 193

Eidenmüller, Horst	Rechtsanwendung, Gesetzgebung und ökonomische Analyse; AcP 1997, S. 81
Esser, Josef / Weyers, Hans Leo	Schuldrecht Band 2 – Besonderer Teil, Teilband 2; Heidelberg 7. Aufl. 1991 (zit. Esser/Weyers, 7. Aufl.)
Esser, Josef / Weyers, Hans Leo	Schuldrecht Band 2 – Besonderer Teil, Teilband 2; Heidelberg 8. Aufl. 2000
Erlar, Adalbert / Kaufmann, Ekkehard	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Band 1, Berlin 1971
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch; Band 1, Münster 8. Aufl. 1989 (zit.: Erman/Bearbter, 8. Aufl.)
Erman, Walter	Bürgerliches Gesetzbuch; Band 1, Münster 10. Aufl. 2000
Escherle, Hans-Jürgen/Kaplaner, Klaus	Neues Lexikon der Wirtschaft; München 1988
Eylmann, Horst	Die Bemessung des Schmerzensgeldes bei nachträglichem Tod des Verletzten; MDR 1961, 727
Fliender, Ortlieb	Die verfassungsrechtlichen Grenzen mehrfacher staatlicher Bestrafungen aufgrund des selben Verhaltens; AöR 1974, S. 242
Foerste, Ulrich	Schmerzensgeldbemessung bei brutalen Verbrechen; NJW 1999, S. 2951
Freise, Rainer	Überlegungen zur Änderung des Schadensersatzrechts; VersR 2001, S. 539
Fuchs, Maximilian	Versicherungsschutz und Versicherbarkeit als Argumente bei der Schadensverteilung; AcP 1991, S. 318
Gas, Bruno	Bemerkungen zum Schadensersatzrecht aus der Sicht der Versicherungswirtschaft; VersR 1999, S. 261

Gelhaar, Wolfgang	Die Bemessung des Schmerzensgeldes; BB 1966, S. 1317
Gernhuber, Joachim	Die Integrierte Billigkeit; in: Tradition und Fortschritt im Recht, S. 193; Tübingen 1977
Gierke, Otto v.	Deutsches Privatrecht – Dritter Band, Schuldrecht ; München; Leipzig 1917
Giesen, Dieter	Anmerkung zu BGHZ 120,1; JZ 1993, S. 519
Giesen, Dieter	Schadenbegriff und Menschenwürde; JZ 1994, S. 286
Gontard, Alexander	Schmerzensgeld für Angehörige; DAR 1990, S. 375
Gotthardt, Peter	Wandlungen schadensrechtlicher Wiedergutmachung; Kehl; Straßburg; Arlington 1996
Gottschalk, Eckart	Hat das Sechste Strafrechtsreformgesetz Auswirkungen auf das Schmerzensgeldniveau; NJW 1999, S. 3764
Grabitz, Eberhard	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; AöR 1973, 568
Grossfeld, Bernhard	Die Privatstrafe; Frankfurt; Berlin 1961
Grunsky, Wolfgang	Erstattungsfähigkeit von Kosten für Krankenbesuche – BGH, NJW 1991, 2340; JuS 1991, S. 907
Hacks, Susanne	Schmerzensgeld bei leichten und bei schwersten Verletzungen; in: Kuntz, Schmerzensgeld, Loseblatt- Ausgabe, Teil I – Entschließung des 15. Verkehrsgerichtstages 1977 zur Reform des Schmerzensgeldanspruchs nebst Materialien, S. 27

Hacks, Susanne	Schmerzensgeld bei schweren und tödlichen Verletzungen; NJW 1975, 1450
Hacks, Susanne/Ring, Ameli/Böhm, Peter	ADAC Schmerzensgeld Beträge; München 19. Aufl. 1999
Hager, Johannes	Grundrechte im Privatrecht; JZ 1994, 373
Hammen, Horst	Zur geplanten Streichung von § 847 Abs. 1 S. 2 BGB; VersR 1989, S. 1121
Hellmer, Joachim	Zur Bedeutung der neuen Schmerzensgeldrechtsprechung für das Strafrecht; in: Festschrift für Hellmuth Mayer; Berlin 1965
Henf, Frieder	Billigkeit und zivilrichterliche Argumentation; Kiel 1978
Henke, Horst-Eberhard	Die Schmerzensgeldtabelle; München 1969
Herkner, Walther	Anmerkung zu BGH VersR 1971, 905; VersR 1971, 1140
Hermes, Georg	Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage? NJW 1990, 1764
Herrmann, Elke	Die Abschlussfreiheit – ein gefährdetes Prinzip; ZfA 1996, S. 19
Hertel, Wolfgang	Reform des Schmerzensgeldanspruchs? in: Kuntz, Schmerzensgeld, Loseblatt-Ausgabe, Teil I – Entschließung des 15. Verkehrsgerichtstages 1977 zur Reform des Schmerzensgeldanspruchs nebst Materialien, S.4
Hesse, Konrad	Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit; in: Festschrift für Peter Lerche, S. 121; München 1993

- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland; Heidelberg 20. Aufl. 1999
- Heun, Werner Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Konsequenzen; JZ 1996, S. 213
- Hilgendorf, Eric Moralphilosophie und juristisches Denken; in: 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung, S. 276; Tübingen 1990
- Hinrichs, Reimer Der Todesmythos im psychoanalytischen Heilungsprozess; Zeitschrift für Psychosomatische Medizin und Psychoanalyse 1996, S. 297
- Hippel, Eike v. Haftung für Schockschäden Dritter; NJW 1965, S. 1890
- Hirsch, Hans Joachim Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht; in: Festschrift für Karl Engisch, S. 304; Frankfurt 1969
- Honsell, Heinrich Die Funktion des Schmerzensgeldes; VersR 1974, 205
- Honsell, Heinrich Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht; JuS 1985, 161
- Horn, Norbert Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts; AcP 1976, S. 307
- Huber, Christian Gedanken zum 2. Schadensrechtsänderungsgesetz; DAR 2000, S. 20
- Huber, Christian Schmerzensgeld ohne Schmerzen bei nur kurzfristigem Überleben der Verletzung im Koma – eine sachlich gerechtfertigte Transferierung von Vermögenswerten an die Erben? NZV 1998, S. 345
- Hupfer, Heinz Schmerzensgeld bei Verkehrsunfallopfern; JZ 1977; 781

- Isensee, Josef / Kirchhof, Paul Handbuch des Staatsrechts der
Bundesrepublik Deutschland;
Band 6, Freiheitsrechte;
Heidelberg 2. Aufl. 2001
- Jaeger, Lothar Höhe des Schmerzensgeldes bei tödlichen
Verletzungen im Lichte der neueren
Rechtsprechung des BGH;
VersR 1996, S. 1177
- Jaeger, Lothar Schmerzensgeldbemessung bei Zerstörung
der Persönlichkeit und bei alsbaldigem Tod;
MDR 1998, S. 450
- Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner Die Beratung des Bürgerlichen
Gesetzbuchs in systematischer
Zusammenstellung der unveröffentlichten
Quellen;
Recht der Schuldverhältnisse III, §§ 652 –
853
Berlin 1983
- Janker, Helmut Möglichkeiten und Grenzen einer
Neugewichtung der
Schadensersatzleistungen bei
Verkehrsunfällen;
ZRP 1997, 416
- Jarosch, Klaus / Müller, Otto / Piegler, Josef Das Schmerzensgeld in medizinischer
und juristischer Sicht;
Wien 4. Aufl. 1980
- Kadner, Thomas Schmerzensgeld für Angehörige –
Angemessener Ausgleich Immaterieller
Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz
mittelbarer Schäden?
ZEuP 1996, S. 135
- Karczewski, Christoph Der Referentenentwurf eines Zweiten
Gesetzes zur Änderung
schadensersatzrechtlicher Vorschriften;
VersR 2001, S. 1070
- Karczewski, Christoph Die Haftung für Schockschäden;
Hamburg 1991
- Karakatsanes, Johannes Zur Zweckgebundenheit des Anspruchs aus
§ 249 S. 2 BGB bei noch nicht
durchgeführter Herstellung;
AcP 1989, S. 19

Katz, Alfred	Staatsrecht, Grundkurs im öffentlichen Recht; Heidelberg 14. Aufl. 1999
Kaufmann, Ekkehard	Dogmatische und rechtspolitische Grundlagen des § 253 BGB; AcP 1963, S. 421
Kegel, Gerhard	Haftung für Zufügung seelischer Schmerzen; Opladen 1983
Kern, Bernd Rüdiger	Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes - ein pönales Element im Schadensrecht? AcP 1991, 247
Kern, Bernd Rüdiger	Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnesempfindungen; in : Festschrift für Wolfgang Gitter, S. 447; Wiesbaden 1995
Kirchgässner, Gebhard	Führt der homo oeconomicus das Recht in die Irre? JZ 1991, S. 104
Knöpfel, Gottfried	Billigkeit und Schmerzensgeld; AcP 1956, S. 135
Köndgen, Johannes	Haftplichtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung; Berlin 1976
Köndgen, Johannes	Ökonomische Aspekte des Schadensproblems; AcP 1977, S. 1
Körner, Marita	Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente; NJW 2000, S. 241
Kötz, Hein	Deliktsrecht; Neuwied; Kriftel; Berlin 9. Aufl. 2001
Kötz, Hein	Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung? VersR 1982, S. 624

Kötz, Hein	Zur Reform der Schmerzensgeldhaftung; in: Festschrift für Ernst v. Caemmerer, S. 398; Tübingen 1978
Küppersbusch, Gerhard	Ersatzansprüche bei Personenschäden; München 7. Aufl. 2000
Kürschner, Wolfgang	Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung? NZV 1995, S. 6
Lange, Heinrich / Kuchinke, Kurt	Lehrbuch des Erbrechts; München 4. Aufl. 1995
Lange, Heinrich	Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang; AcP 1957, S. 114
Lange, Hermann	Schadensersatz; Handbuch des Schuldrechts; Band 1 Tübingen, 2. Aufl. 1990
Lange, Hermann	Schadensersatz – Richterrecht oder Gesetzesreform? in: 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung, S. 143; Tübingen 1990
Lange, Hermann / Hagen, Horst	Wandlungen des Schadensersatzrechts; Heidelberg 1987
Lange, Knut Werner	Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch zivilrechtliche Prävention? VersR 1999, S. 274
Langerhans, Paul	Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Anspruchs auf Schmerzensgeld; ZRP 1977, S.132
Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm	Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil II / 2; München 13. Aufl. 1994
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil ; München 14.Aufl. 1987
Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm	Methodenlehre der Rechtswissenschaft; Berlin Heidelberg 3. Aufl. 1995

- Laufs, Adolf Ein Jahrhundert wird besichtigt –
Rechtsentwicklungen in Deutschland: 1900
bis 1999
JuS 2000, S. 1
- Lemcke-Schmalzl, Ursula / Schmalzl, Max Tendenzen und Entwicklungen in der
neueren Schmerzensgeldrechtsprechung;
MDR 1982, S. 617
- Lemcke-Schmalzl, Ursula / Schmalzl, Max Tendenzen und Entwicklungen in der
neueren Schmerzensgeldrechtsprechung;
MDR 1985, S. 272 und 358
- Leonhard, Franz Besonderes Schuldrecht des BGB, 2. Band;
München; Leipzig 1931
- Leuze, Dieter Schmerzensgeld für seelische Unlustgefühle;
VersR 1961, 779
- Lieberwirth, Ralf Das Schmerzensgeld - ein dringendes
Reformproblem;
DAR 1966, S. 179
- Lieberwirth, Ralf Das Schmerzensgeld;
Heidelberg, 3. Aufl. 1965
- Lindenmaier-Möhring Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs;
München
- Liszt, Franz v. Die Deliktobligationen im System des
Bürgerlichen Gesetzbuchs: kritische und
dogmatische Randbemerkungen;
Berlin 1898
- Löffler, Martin Die Grenzen richterlicher Rechtsfindung
beim immateriellen Schadensersatz;
NJW 1962, 225
- Lorenz, Egon Grundsatz und Grenzen der
Folgenrechnung im Schadensersatzrecht;
in : Festschrift für Erwin Deutsch, S. 251;
Köln 1999
- Lorenz, Egon Immaterieller Schaden und „billige
Entschädigung in Geld“;
Berlin 1981
- Lorenz, Egon Schmerzensgeld für die durch eine
unerlaubte Handlung wahrnehmungsunfähig
gewordenen Verletzten?;
in: Festschrift für Günther Wiese, S. 261;
Neuwied; Kriftel 1998

Macke, Peter	Aktuelle Tendenzen bei der Regulierung von Unfallschäden; DAR 2000, S. 506
Mädrich, Mathias	Das allgemeine Lebensrisiko; Berlin 1980
Marotzke, Wolfgang	Die logische Sekunde – ein Nullum mit Dauerwirkung? AcP 1991, 177
Medicus, Dieter	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht; AcP 1992, S. 35
Merten, Detlef	Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung; DVBl 1975, S. 677
Mincke, Wolfgang	Der Ersatz des immateriellen Schadens bei Persönlichkeitsverletzungen; JZ 1980, S. 86
Motsch, Richard	Schadenersatz als Erziehungsmittel; JZ 1984, 211
Müller, Gerda	Besonderheiten der Gefährdungshaftung nach dem StVG; VersR 1995, S. 489
Müller, Gerda	Möglichkeiten und Grenzen des Persönlichkeitsrechts; VersR 2000, S. 797
Müller; Gerda	Zum Ausgleich des immateriellen Schadens nach § 847 BGB; VersR 1993, S. 909
Müller, K.	Anmerkung zu BGH JR 1990, 198; JR 1990, S. 200
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band 2 – Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241- 432; München 4. Aufl. 2001 (zit.: MüKo/Bearbeiter)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band 5 – Schuldrecht Besonderer Teil III, §§ 705 - 853; München 3. Aufl. 1997 (zit.: MüKo/Bearbeiter)
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch	Band 3 – Schuldrecht Besonderer Teil 2. Halbband, §§ 652- 853; München 2. Aufl. 1984 (zit.: MüKo/Bearbeiter, 2. Aufl.)
Münzel, Karl	Schmerzensgeld für seelische Unlustgefühle; NJW 1960, S. 2025
Münzel, Karl	Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Schmerzensgeldanspruchs; NJW 1961, S. 1558
Mugdan, Bernhard	Die gesamten Materialien zum BGB; Band II, Recht der Schuldverhältnisse; Berlin 1899 (zit.: Mot./Prot. Mugdan II)
Musielak, Hans J.	Zur gerichtlichen Praxis bei der Bemessung des Schmerzensgeldes; VersR 1982, 613
Nehlsen-v. Stryk, Karin	Schmerzensgeld ohne Genugtuung; JZ 1987, S. 119
Niemeyer, Jürgen	Anmerkung zu BGH NJW 1976, 1147; NJW 1976, S. 1792
Nixdorf, Wolfgang	Mysterium Schmerzensgeld; NZV 1996, S. 89
Nörr, Dieter	Zum Ersatz des Immateriellen Schadens nach geltendem Recht; AcP 1959 / 1960, S. 1
Odersky, Walter	Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger; München, 1989
Oetker, Hartmut	Anmerkung zu EuGH ZIP 1997, 798; ZIP 1997, S. 802
Oswald, Franz	Schmerzensgeld bei drohender Todesgefahr; JR 1963, 14

Ott, Claus / Schäfer, Hans-Bernd	Schmerzensgeld bei Körperverletzungen; JZ 1990, 563
Palandt, Otto	Kurzkommentar Bürgerliches Gesetzbuch; München 60. Aufl. 2001
Pecher, Hans Peter	Der Anspruch auf Genugtuung als Vermögenswert; AcP 1971, S. 44
Pecher, Hans Peter	Literaturbesprechung zu E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“; AcP 1985, S. 383
Pecher, Hans Peter	Zur Vererblichkeit des Anspruchs auf Schmerzensgeld; MDR 1977, S. 191
Peters, Frank	Der Begriff der Rechtshängigkeit in § 847 I 2 BGB; VersR 1976, S. 1005
Pietzcker, Jost	Drittwirkung – Schutzpflicht – Eingriff; in: Festschrift für Günter Dürig; München 1990
Rauscher, Thomas	Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs in der Rechtsprechung des BGH; NJW 1985, S. 596
Remé, Thomas	Die Aufgaben des Schmerzensgeldes im Persönlichkeitsschutz; Frankfurt; Berlin 1962
Rennert, Klaus	Die Verfassungswidrigkeit falscher Gerichtsentscheidungen; NJW 1991, S. 12
Riedmeyer, Oskar	Der 38. Deutsche Verkehrsgerichtstag 2000 in Goslar; ZfS 2000, 137
Rohmann, Gerhard	Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches; Frankfurt; Berlin 1968
Rosengarten, Joachim	Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht; NJW 1996, S. 1935

Sachs, Michael	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; München 1996
Scheffen, Erika	Aktuelle Fragen zur Höhe des Schmerzensgeldes; NZV 1994, 417
Scheffen, Erika	Umdenken im Haftungsrecht; NZV 1995, 218
Schiemann, Gottfried	Anmerkung zu BGHZ 138, 388; BGH LM § 847 Nr.102
Schiemann, Gottfried	Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts; München 1981
Schiemann, Gottfried	Das allgemeine Schädigungsverbot: „alterum non laedere“ JuS 1989, S. 345
Schiemann, Gottfried Verkehrsunfallschäden;	Perspektiven des Rechts der NZV 1996, S. 1
Schiemann, Gottfried	Schmerzensgeld für fehlgeschlagene Sterilisation – OLG Braunschweig, NJW 1980, 643; JuS 1980, S. 709
Schilcher, Bernd	Theorie der sozialen Schadensverteilung; Berlin 1977
Schloen, Manfred	Regulierung von Personenschäden; Köln; Berlin; Bonn; München 1978
Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz	Kommentar zum Grundgesetz; Neuwied; Kriftel 9. Auflage 19909
Schmidt, Eike	Nutzungsentgang und äquivalentlose Aufwendungen – BGHZ 71, 234; JuS 1980, S. 636
Schmidt, Eike	Schockschäden Dritter und adäquate Kausalität; MDR 1971, S. 538
Schmidt-Salzer, Joachim	Anmerkung zu BGHZ 120,1; BGH LM § 847 Nr. 89

Schmitz, Georg	Ersatz immaterieller Schäden nach Vertragsrecht; Freiburg 1980
Schneider, Herbert	Der Schmerzensgeldanspruch bei nachträglichem Tod des Verletzten; DR 1940, S. 1340
Schneider, Herbert	Über Fehlbemessungen des Schmerzensgeldes; JZ 1962, 277
Schneider, Egon / Biebrach, Jutta	Schmerzensgeld : Grundlagen, Rechtsprechung, medizinische Begriffe, Mustertexte; Berlin 1994
Schönke, Adolf / Schröder, Horst	Kommentar zum Strafgesetzbuch; München 26. Auflage 2001
Schulte, Werner	Schadensersatz in Geld für Entbehrungen; Berlin 1978
Schulze, Reiner	Nutzungsausfallentschädigung – Zu Funktion und Grenzen des § 253 BGB; NJW 1997, S. 3337
Schünemann, Wolfgang B.	„Mitwirkendes Verschulden“ als Haftungsgrund bei Fernwirkungsschäden; VersR 1978, S. 116
Schwabe, Jürgen	Bundesverfassungsgericht und „Drittwirkung“ der Grundrechte; AöR 1975, S. 442
Schwerdtner, Peter	Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz; JuS 1978, S. 289
Seifert, Fedor	Postmortaler Schutz des Persönlichkeitsrechts und Schadensersatz – Zugleich ein Streifzug durch die Geschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; NJW 1999, S. 1889
Selb, Walter	Anmerkung zu BGH JZ 1972, 122 JZ 1972, 124
Sengler, Helmut / Schmidt, Angelika	Organentnahme bei Hirntoten als „noch Lebenden“; MedR 1997, S. 241

Stoll, Hans	Empfiehl sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?; Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag; München/Berlin 1964 (zit.: DJT-Gutachten)
Stoll, Hans	Ersatz für immaterielle Schäden im Verkehrsrecht; DAR 1968, S. 303
Strömer, Tobias	Schmerzensgeld für Angehörige; ZRP 1988, 440
Stürner, Rolf	Der Unfall im Straßenverkehr und der Umfang des Schadensersatzes unter besonderer Berücksichtigung des Nichtvermögensschadens; DAR 1986, S. 7
Taupitz, Jochen	Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz; AcP 1996, S. 114
Thüsing, Gregor	Das Schadensrecht zwischen Beständigkeit und Wandel; ZRP 2001, S. 126
Thun und Hohenstein, Peter Reichsgraf v.	Der Begriff „offenbar unbillig“ in § 319 I 1 BGB; Hamburg 1988
Teplitzky, Otto	Die unzureichende Schmerzensgeldbemessung; NJW 1966, S. 388
Vehslage, Thorsten	Das neue Fernabsatzgesetz; ZAP 2000, S. 891 (=Fach 3, S. 169)
Vorndran, Wilhelm	Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei Tötung naher Angehöriger; ZRP 1988, S. 293
Voß, Ulrich	Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Schmerzensgeldanspruchs; VersR 1990, S. 821
Wagner, Gerhard	Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen; VersR 2000, 1305

Weber, Ralph	Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen; AcP 1992, S. 516
Weimar, Wilhelm	Die Bemessung des Schmerzensgeldes beim Ableben des Verkehrsopfers; MDR 1960, S. 816
Weimar, Wilhelm	Wann haftet ein Schadensstifter für Schockschäden Dritter? MDR 1970, S. 565
Weyer, Friedhelm	Anmerkung zu LG Tübingen, NJW 1968, 1187; NJW 1969, 558
Wieacker, Franz	Über strenge und unstrenge Verfahren der Rechtsfindung in: Festschrift für Werner Weber; Berlin 1974
Wiese, Günther	Der Ersatz des immateriellen Schadens; Tübingen 1964
Wussow, Werner	Unfallhaftpflichtrecht; München 14. Aufl. 1996

1. Einleitung

Im April 1989 wurde durch die Regierungsfractionen ein Gesetzesentwurf vorgelegt, wonach § 847 I 2¹ gestrichen werden sollte². Durch das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und anderer Gesetze vom 14. 03. 1990 mit Wirkung zum 01. 07. 1990 wurden § 847 I 2 und die gleichlautenden Vorschriften der §§ 53 III 2 LuftVG, 34 I Nr.2 S. 2 Halbs. 2 BGSg und 29 II 2 AtomG aufgehoben³. Nach diesen Vorschriften war ein Schmerzensgeldanspruch nur nach vertraglichem Anerkenntnis oder Rechtshängigkeit übertragbar und vererblich.

Die Vorschrift des § 847 I 2 war, insbesondere weil sie zu einem als makaber angesehenen „Wettlauf mit dem Tode“ führen konnte, schon seit längerem auf heftige Kritik gestoßen. Immer wieder waren Reformvorschläge gemacht worden bzw. war die Abschaffung der Vorschrift gefordert worden⁴. Schon beim 15. Deutschen Verkehrsgerichtstag 1977 wurde die Empfehlung ausgesprochen, den Schmerzensgeldanspruch aus § 847 BGB jedenfalls insoweit frei vererblich zu gestalten, als er nächsten Angehörigen des Verletzten zufällt⁵. Überwiegend wurde die Gesetzesänderung als längst überfälliger Schritt zur Verbesserung der Rechtsstellung der Angehörigen des tödlich Verletzten begrüßt⁶.

Mit der nunmehr erfolgten ersatzlosen Streichung des § 847 I 2 sind aber auch neue Probleme entstanden: Nach alter Rechtslage musste der Verletzte zwingend eine gewisse Zeitspanne überleben, um den Schmerzensgeldanspruch rechtshängig machen zu können oder ein vertragliches

¹ §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB

² Aus damaliger Sicht Hammen, VersR 1989, 1121

³ BGBl. I, 478

⁴ Cramer/Kindermann, DAR 1980, 35; Deutsch, JuS 1969, 200; Ebel, VersR 1978, 204 ff; Erman/Schiemann, 8. Aufl. § 847 Rn 17 m.w.N.; Kötz, Zur Reform der Schmerzensgeldhaftung, 404 f; Langerhans, ZRP 1977, 132; Lieberwirth, DAR 1966, 179 ff; Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 228 ff; Pecher, AcP 1971, 44 ff; Stoll, DAR 1968, 306; zu früher Kritik vgl. etwa Franz von Liszt, Die Deliktsobligationen, 66

⁵ 15. VGT 1977, 9

⁶ Gontard, DAR 1990, 375 ff; Steffen, Die Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, 723 ff; zu den Gründen der langen Untätigkeit des Gesetzgebers vgl. Cramer/Kindermann, DAR 1980, 37 f; für eine teilweise Wiedereinführung der Unvererblichkeit jedoch Kern, AcP 1991, 268 ff

Anerkenntnis erlangen zu können. Fälle, in denen der Verletzte nach sehr kurzer Zeit an den Folgen seiner Verletzung verstarb, waren deshalb bis dahin nicht praxisrelevant⁷. Nach der Abschaffung des § 847 I 2 kommt grundsätzlich auch bei sehr kurzer Überlebensdauer ein Schmerzensgeldanspruch in Betracht. Dabei stellt sich die Frage, wie lange und in welchem Bewusstseinszustand der Geschädigte überleben muss, damit in seiner Person ein Schmerzensgeldanspruch entstehen kann, der im Wege der Erbfolge auf seine Erben übergehen kann⁸. Würde man eine gegen Null gehende Überlebenszeit genügen lassen, könnte dies einem eigenen Schmerzensgeldanspruch der Hinterbliebenen gleichkommen⁹. Ein eigener Anspruch der Hinterbliebenen ist im deutschen Recht, im Gegensatz etwa zum schweizerischen Recht¹⁰, jedoch nicht vorgesehen. Der BGH hatte bereits mehrfach Gelegenheit, zum Schmerzensgeld bei alsbaldigem Tod des Verletzten Stellung zu nehmen¹¹. Bisher hat er jedoch nicht konkret entschieden, wie lange der Verletzte überleben muss, damit ihm ein Schmerzensgeldanspruch zukommt. In seiner insoweit neuesten Entscheidung vom 12.05.1998¹² konnte er auf Grund einer vorbehaltlosen vorprozessualen Zahlung darauf verzichten, zu entscheiden, ob der Verstorbenen bei einer Überlebenszeit von ca. einer Stunde ohne Bewusstsein ein Schmerzensgeldanspruch zukommt oder nicht. Mit nur knapper Begründung stellt der BGH in einem obiter dictum lediglich fest, dass ein Anspruch auf Schmerzensgeld zu verneinen sein kann, „wenn die Körperverletzung nach den Umständen des Falles gegenüber dem alsbald eintretenden Tod keine abgrenzbare immaterielle Beeinträchtigung darstellt, die aus Billigkeitsgesichtspunkten einen Ausgleich in Geld erforderlich macht“¹³.

⁷ Ebenso Voß, VersR 1990, 821

⁸ MüKo/Stein, § 847 Rn 53; Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 46

⁹ Ähnlich Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 46

¹⁰ Vgl. Art. 47 des schweizerischen Obligationenrechts

¹¹ Insbesondere BGHZ 120, 1; BGH NJW 1995, 783; BGHZ 138, 388

¹² BGHZ 138, 388 = BGH LM § 847 Nr. 102 mit Anmerkung Schiemann

¹³ BGHZ 138, 388, 2. LS

Nicht geklärt wurde vom BGH auch die Frage, wie bei nur kurzer Überlebensdauer, mit oder ohne Bewußtsein, das den Erben zufallende Schmerzensgeld zu bemessen ist. Die Bemessung des Schmerzensgeldes erweist sich in den Fällen des alsbaldigen Todes insbesondere deshalb als schwierig, weil die herkömmlichen Funktionen des Schmerzensgeldes, jedenfalls in einem auf die Person des Verletzten bezogenen, subjektiven Verständnis, hier keine Lösung bieten, da der bereits verstorbene Verletzte weder Ausgleich noch Genugtuung verspüren kann¹⁴.

Die seit der Abschaffung des § 847 I 2 ergangenen Entscheidungen der Instanzgerichte weichen hinsichtlich der aufgeworfenen Fragen und der Bemessung des Schmerzensgeldes noch erheblich voneinander ab¹⁵. Die Entscheidungen des BGH konnten bisher nicht die zu wünschende Klarheit schaffen. Auch nach der insoweit zuletzt ergangenen Entscheidung des BGH bietet die Abschaffung des § 847 I 2 noch erheblichen Anlass zur Diskussion¹⁶.

Insbesondere im Bereich des Straßenverkehrs kommen Fälle, in denen der Verletzte alsbald an seinen Verletzungen verstirbt, häufig vor. Rechtssicherheit in diesem Bereich ist deshalb besonders wünschenswert. Diese Arbeit will Lösungen für die sich aus der Abschaffung des § 847 I 2 ergebenden Probleme anbieten. Abschließend sollen die gefundenen Lösungen mit der vom Gesetzgeber erwogenen Alternative, den Erben einen eigenen Anspruch auf Schmerzensgeld zu gewähren verglichen werden.

Die Aufgabenstellung der Arbeit deckt sich in Teilbereichen mit den Problemen, die das Schmerzensgeld in den Fällen der Empfindungslosigkeit des Verletzten aufwirft. Der Verlust der Wahrnehmungsfähigkeit des Verletzten schließt ebenso wie der Tod diejenigen Funktionen des Schmerzensgeldes aus, die

¹⁴ In diesem Sinne auch BGH NJW 1976, 1147; 1993, 1531; Giesen, JZ 1993, 519; Hammen, VersR 1989, 1121; Jaeger, VersR 1996, 1177; MüKo/Stein, § 847 Rn 53; Müller, VersR 1993, 912; Schmidt-Salzer in Anmerkung zu BGH LM § 847 Nr. 89

¹⁵ Vgl. die Nachweise bei Huber, NZV 1998, 346; Jaeger, VersR 1996, 1179; Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 87, FN 65; Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 46

¹⁶ Siehe seither etwa Huber, NZV 1998, 345; Jaeger, MDR 1998, 450

darauf gerichtet sind, eine positive psychische Reaktion des Geschädigten etwa durch die Gewährung von Daseinsfreude zu erreichen. Auch für diesen Bereich des Schmerzensgeldes, in dem noch vieles ungeklärt ist¹⁷, will die Arbeit Lösungsansätze anbieten. Soweit dies für die Aufgabenstellung förderlich ist, soll auch auf die allgemeinen Probleme des Schmerzensgeldes eingegangen werden. Die nunmehr vom Gesetzgeber geplanten Änderungen im Bereich des Schadensrechts werden, soweit sie für das Thema relevant sind, ebenfalls dargestellt.

¹⁷ Eylmann, MDR 1961, 728; Huber, NZV 1998, 345 ff; Kern, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnesempfindungen, 456 bezeichnet die Rechtsprechung zu dieser Frage als „dogmatisch ungenügend begründete Mitleidsjudikatur“

2. Geschichtliche Entwicklung des Anspruchs auf Schmerzensgeld

Angemessene und zeitgemäße Lösungen der angesprochenen Probleme lassen sich nur erzielen, wenn die an der abgeschafften Regelung geübte Kritik bei der Problemerkörterung berücksichtigt wird. Akzeptable Lösungen müssen der bisherigen Kritik und den Motiven des Gesetzgebers Rechnung tragen. Ebenso sollten allgemeine Tendenzen des Schadensrechts und speziell des Ersatzes immaterieller Schäden berücksichtigt werden¹. Nicht nur um einen Überblick über die Thematik zu erhalten, soll deshalb im Folgenden auf die geschichtliche Entwicklung des Schmerzensgeldanspruchs eingegangen werden:

Im klassischen römischen Recht war der Ersatz immaterieller Schäden nicht vorgesehen. Bei vorsätzlichen Taten hatte der Verletzte jedoch die Möglichkeit, einen gewissen Ausgleich mit der Strafklage, der *actio iniuriarum*, zu erlangen. Die Art 20, 21 der *Constitutio Criminalis Carolina* aus dem Jahr 1532 enthielten einen Anspruch auf Schmerzensgeld wegen unzulässiger Folter. In den Partikularrechten war teilweise ebenfalls ein Anspruch auf Schmerzensgeld vorgesehen. Die §§ 112 ff ALR I 6 beschränkten den Schmerzensgeldanspruch auf Personen aus dem Bauern- oder gemeinen Bürgerstande. Für die Aufnahme des Schmerzensgeldanspruchs in das BGB war ausschlaggebend, dass, wenn es schon dem Strafrichter gestattet war, bei Körperverletzungen eine an den Verletzten zu zahlende Buße zu verhängen (§ 231 StGB a.F.) auch der Zivilrichter dazu befugt sein sollte².

Für die Aufgabenstellung ist die Entwicklung des Schmerzensgeldanspruchs von seiner Aufnahme in das BGB bis zur Abschaffung des § 847 1 2 von besonderer Bedeutung. Darauf soll deshalb im folgenden näher eingegangen werden. Im Übrigen kann auf die zahlreichen

¹ Allgemein dazu Kötz, Deliktsrecht, 7

und teilweise sehr ausführlichen Darstellungen der geschichtlichen Entwicklung in der Literatur verwiesen werden³.

2.1. Motive des historischen Gesetzgebers für die Einschränkung hinsichtlich Vererbbarkeit und Übertragbarkeit

Der BGB-Gesetzgeber und auch die damalige Literatur waren gegenüber dem Ersatz von Nichtvermögensschäden sehr reserviert eingestellt. Nach damaliger Ansicht widersprach es der „herrschenden Volksauffassung“, einen ideellen Schaden in Geld aufzuwiegen⁴.

Ausgehend von der restriktiven Grundhaltung gegenüber dem Ersatz immaterieller Schäden sollte die Geltendmachung des Schmerzensgeldanspruchs allein dem Willen des Verletzten selbst unterstellt werden. Der Gesetzgeber sah es als anstößig an, den Erben des Verletzten die Geltendmachung eines Anspruchs zu gestatten, auf den der Verletzte vielleicht verzichtet hätte, weil er beispielsweise keinen Schmerz empfunden hat oder weil er aus persönlichen Gründen Rücksichtnahme gegenüber dem Schädiger üben wollte⁵. Man war der Ansicht, mit dem Verletzten sterbe auch der von ihm erduldeten Schmerz⁶.

Der Schmerzensgeldanspruch sollte nur dann den Erben zufallen, wenn dies dem Willen des Verletzten entsprach. Um Streitigkeiten über das Vorliegen eines entsprechenden Willens zu vermeiden und eine klare Abgrenzung zu erreichen, wurde in Anlehnung an das historische Vorbild, § 1490 des sächsischen BGB, darauf abgestellt, ob der

² Mot. Mugdan II, 447

³ Vgl. etwa die Darstellungen bei E. Kaufmann, AcP 1963, 421 ff; Köndgen, Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden, 45 ff; Münzel, NJW 1961, 1558 ff; Nehlsen-v. Stryk, JZ 1987, 119 ff; Zur Geschichte auch unter dem Gesichtspunkt der Vererblichkeit: Rohmann, Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches, 18 ff; Stoll, DJT-Gutachten, 51 ff

⁴ Prot. I, 622; vgl. auch Leuze, VersR 1961, 779; Pecher, AcP 1971, 44 ff; Stoll, DJT-Gutachten, 51 ff

⁵ Mot. Mugdan II, 448

⁶ Mot. Mugdan II, 448

Anspruch vertraglich anerkannt oder bereits rechtshängig war⁷. Die Bindung des Anspruchs an den Willen des Verletzten wurde somit höher bewertet als das allgemeine Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach freier Verfügbarkeit über den in dem Anspruch verkörperten Vermögenswert⁸. Diese enge Verknüpfung mit der Person des Verletzten stellte zumindest einen Aspekt dar, der zur Einordnung des Schmerzensgeldanspruchs als höchstpersönlichen Anspruch führte⁹.

2.2. Probleme und Kritik hinsichtlich der eingeschränkten Vererbbarkeit des Anspruchs nach der früheren Regelung

2.2.1 Makaberer Wettlauf mit dem Tod

Neben der Sorge um den tödlich Verletzten wurde den Angehörigen nach der alten Rechtslage zusätzlich zugemutet, sich um die rechtlichen Belange zu kümmern, indem sie den Anspruch rechtshängig machen mussten oder versuchen mussten, ein Anerkenntnis zu erlangen. Wollten die Erben sich den Schmerzensgeldanspruch des Verletzten erhalten, waren sie zur Eile gezwungen. Zudem mussten sie damit rechnen, dass ihnen ein im wesentlichen finanzielles Interesse am Fortleben des Verletzten nachgesagt wurde¹⁰. Der dadurch entstandene Wettlauf mit der Zeit wurde vielfach als makaber, die Vorschrift des § 847 I 2 als rechtspolitisch verfehlt angesehen¹¹. Den unwürdigen Wettlauf mit der Zeit zu beenden war schließlich auch das Hauptargument für die Gesetzesänderung¹².

⁷ Mot. Mugdan II, 448; vgl. auch Münzel, NJW 1961, 1558 ff

⁸ Staudinger/Kaduk, § 399 Rn 52 m.w.N.

⁹ BGH LM, § 847 Nr. 3; Behr, VersR 1976, 1112; Staudinger/Schäfer, § 847 Rn 105

¹⁰ Ebel, VersR 1978, 206

¹¹ Behr, VersR 1976, 1006 ; Erman/Schiemann, 8.Aufl., § 847 Rn 17; Langerhans, ZRP 1977, 133; Stöll, DAR 1968, 306

¹² BT-Dr. 11/4415, 4

2.2.2. Übergang des Anspruchs auf die Erben ist vom Zufall abhängig

Zusätzlich zu dem als makaber angesehenen Wettlauf mit der Zeit wurde es als ungerecht empfunden, den Anspruchsübergang vom Zufall der Überlebensdauer des Verletzten abhängig zu machen. Es wurde bemängelt, dass nur eine geringe Zeitspanne darüber entscheiden sollte, ob der Schmerzensgeldanspruch auf die Erben übergeht oder ob der Schädiger (bzw. dessen Versicherung) kein Schmerzensgeld zu erbringen hatte und damit zum lachenden Dritten wurde¹³. Makaber war die Regelung des § 847 I 2 auch, weil zu befürchten war, dass lebenserhaltende Maßnahmen der modernen Gerätemedizin nur aufrecht erhalten wurden, um einen Übergang des Schmerzensgeldes bewirken zu können¹⁴.

2.2.3. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Einschränkung der Übertragbarkeit und Vererbbarkeit

Teilweise wurde in der Einschränkung der Übertragbarkeit und Vererbbarkeit des Anspruchs auf Schmerzensgeld ein Verstoß gegen das durch Art. 14 GG gewährleistete Erbrecht gesehen. Die Regelung wurde deshalb als verfassungswidrig kritisiert¹⁵.

2.2.4. Kriterium der Rechtshängigkeit taugt nur bedingt, als klares Abgrenzungskriterium

Der Kritik an der eingeschränkten Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Schmerzensgeldes wurde vielfach durch eine weite Auslegung des Begriffs der Rechtshängigkeit Rechnung getragen. Darüber, wie der Begriff der Rechtshängigkeit auszulegen war, ist viel gestritten worden.

¹³ Behr, VersR 1976, 1006 ff; Cramer/Kindermann, DAR 1980, 33 m.w.N.; Ebel, VersR 78, 206; Hacks, NJW 1975, 1452; Jaeger, VersR 1996, 1179; Langerhans, ZRP 1977, 133

¹⁴ Vgl. rückblickend etwa OLG Stuttgart, NJW 1994, 3016 m.w.N.

¹⁵ MüKo/Mertens, 2. Aufl., § 847 Rn 54; bei einer engen Auslegung des Rechtshängigkeitsbegriffs ebenso Rauscher, NJW 1985, 596

Eine einheitliche Meinung hat sich bis zuletzt nicht herausbilden können¹⁶. Schon wegen den Unklarheiten darüber, wann der Anspruch als rechtshängig anzusehen war, taugte das Kriterium der Rechtshängigkeit nur bedingt als Abgrenzungskriterium.

2.2.5. Änderung der Verhältnisse seit der Schaffung des BGB

Die gesellschaftlichen Verhältnisse und Anschauungen haben sich seit der Schaffung des BGB grundlegend geändert¹⁷. Die angeführte Kritik an der eingeschränkten Vererblichkeit des Anspruchs auf Schmerzensgeld ist zu einem großen Teil auf diese gewandelten Verhältnisse zurückzuführen¹⁸.

2.2.5.1. Es widerspricht heute nicht mehr der Moral immaterielle Schäden durch Geld zu ersetzen

Zur Begründung der nur eingeschränkten Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden führte der Gesetzgeber unter anderem an, es widerspräche dem modernen deutschen Rechts- und Sittlichkeitsbewusstsein und den zumal in besseren Volkskreisen vertretenen Anschauungen, einen immateriellen Schaden mit Geld zu entschädigen¹⁹. Die damalige Einstellung des Gesetzgebers ist darauf zurückzuführen, dass es innerhalb der höheren Stände als unehrenhaft galt, für die Schädigung einer Person aus dem selben Stand Geld zu verlangen oder anzunehmen. Eine ähnliche Anschauung lag auch der Regelung des § 112 I 6 ALR zu Grunde, nach der nur Personen vom Bauern- oder gemeinen Bürgerstande

¹⁶ Ebel, VersR 1978, 208; Langerhans, ZRP 1977, 133; Müller, JR 1990, 200 f; Oswald, JR 1963, 14; Pecher, MDR 1977, 191 ff; Peters, VersR 1976, 1005 ff; Rohmann, Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches, 36 ff; zusammenfassend: Voß, VersR 1990, 821 ff

¹⁷ Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes Coing, JZ 1958, 558; zur Geschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Seifert, NJW 1999, 1889 ff; allgemein zur geschichtlichen Entwicklung des BGB Laufs, JuS 2000, 1 ff

¹⁸ Cramer/Kindermann, DAR 1980, 33 m.w.N.; Pecher, AcP 1971, 44 ff; Rohmann, Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches, 32 ff;

¹⁹ Prot. Mugdan II, 517

einen Anspruch auf billiges Schmerzensgeld hatten. Der Adel dagegen konnte kein Schmerzensgeld fordern, ihm blieb nur das zweifelhafte Vorrecht auf Duell. Nachdem im 19. Jahrhundert Art. 4 der preußischen Verfassung bestimmte, dass „Standesunterschiede nicht stattfinden“, war die Vorschrift verstärkt auf Kritik gestoßen²⁰. Spätestens seit der Geltung des Grundgesetzes ist es dem Gesetzgeber untersagt, Unterscheidungen allein auf Grund der Standeszugehörigkeit vorzunehmen.

Zunehmend setzte sich die Erkenntnis durch, dass Gesundheit und Wohlbefinden das höchste Gut des modernen Menschen darstellen und entsprechend geschätzt werden müssen. Gemäß der hohen Einordnung der immateriellen Rechtsgüter wird es heute nicht mehr als moralisch anstößig angesehen, wenn diese Rechtsgüter einer Entschädigung zugänglich gemacht werden²¹. Treffend führt Brehm²² aus: „Man kann nicht so tun, als seien unsere Autofahrer preußische Offiziere, die eine Körperverletzung als Angriff auf ihre persönliche Integrität empfinden, und dafür kein Geld, sondern allenfalls Satisfaktion mit der Waffe verlangen.“

2.2.5.2. Geltendmachung des Anspruchs auf Schmerzensgeld wurde zur Regel

Neben den allgemeinen moralischen Bedenken gegen die Abgeltung immaterieller Schäden mittels Geld war die Einschränkung der freien Vererbbarkeit des Schmerzensgeldanspruchs zur Zeit der Schaffung des BGB vor allem auch damit begründet worden, dass es anstößig sei, wenn die Erben den Anspruch gegen oder ohne den Willen des Verletzten geltend machen könnten²³.

²⁰ Vgl. dazu Ebel, VersR 1978, 209 f

²¹ Nörr, AcP 158, 3; Pecher, AcP 1971, 58; Stoll, DJT-Gutachten, 143; Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, 15

²² Brehm, JZ 1978, 191 ff

²³ Mot. Mugdan II, 448

Zur Zeit der BGB-Gesetzgebung waren Unfälle, die zu Schmerzensgeldansprüchen führen konnten, eher selten. Sie ereigneten sich häufig in Bereichen, in denen Geschädigter und Schädiger in persönlichen Beziehungen zueinander standen²⁴. Gegenüber einem Verwandten, Nachbarn oder sonstigen Bekannten erschien die Geltendmachung des Schmerzensgeldanspruchs durch den Verletzten ungewiss. Auf einen generellen Willen Schmerzensgeldansprüche geltend machen zu wollen konnte nicht geschlossen werden. In den heutigen Hauptanwendungsgebieten des Schmerzensgeldes, dem Straßenverkehr und dem Arzthaftungsrecht, bestehen persönliche Beziehungen zwischen Schädiger und Geschädigtem meistens nicht. Da heute zudem häufig eine Versicherung für den Schädiger eintritt, dieser also nicht mit dem Anspruch belastet wird, kann in den allermeisten Fällen davon ausgegangen werden, dass die Geltendmachung des Anspruchs dem Willen des Verletzten entspricht²⁵. Das Argument, es sei anstößig, wenn die Erben einen Anspruch geltend machen könnten, auf den der Verletzte aus persönlichen Gründen vielleicht verzichtet hätte, hat somit erheblich an Bedeutung verloren²⁶.

2.2.5.3. Bedenken gegen richterliches Ermessen bestehen nicht mehr in dem Maße wie früher

Immaterielle Schäden sind nur begrenzt in Geld umrechenbar, die Bemessung einer Entschädigung hierfür bedingt deshalb notwendigerweise eine Ermessensentscheidung desjenigen, der die Höhe der Entschädigung festzulegen hat²⁷. Der BGB- Gesetzgeber sah in einer Ermessensfreiheit des Richters aber einen Widerspruch zur deutschen Rechtstradition. Dem Richter sollte bei der Entscheidungsfindung möglichst wenig

²⁴ Behr, VersR 1976, 1112; Lieberwirth, DAR 1966, 180; Staudinger/Schäfer, § 847 Rn 105

²⁵ BGH NJW 1967, 2304; 1984, 2348; Cramer/Kindermann, DAR 1980, 34

²⁶ Behr, VersR 1976, 1112; Lieberwirth, DAR 1966, 180; Pecher, AcP 1971, 47 m.w.N.; Rohmann, Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches, 33

²⁷ Stoll, DJT-Gutachten, 149; vgl. auch unten 4.2

Ermessensspielraum verbleiben²⁸. Damit war das bei der Bemessung des Schmerzensgeldes notwendig weite Ermessen und dessen schlechte Überprüfbarkeit durch den Revisionsrichter nicht zu vereinbaren.

Heute wird den Gerichten ein wesentlich weiterer Entscheidungsspielraum zugestanden²⁹. Da immaterielle Güter in zunehmendem Maße einer Entschädigung zugänglich sind und, wie sich etwa in der Einführung der §§ 651 f und 611 a BGB zeigt, auch der Gesetzgeber vermehrt bereit ist die Festlegung einer Entschädigung für immaterielle Schäden dem richterlichen Ermessen zu überlassen, ist die im Ermessen liegende Souveränität des Richters heute nicht mehr als dem deutschen Recht fremd anzusehen³⁰.

Die Bedenken gegen ein richterliches Ermessen können somit nicht mehr zum Anlass genommen werden, den Ersatz für immaterielle Schäden allzu weit einzuschränken. Dies, zumal die Gerichte sich bei der Ausübung ihres Ermessens an gesetzliche Wertungen und Prinzipien zu halten haben³¹.

2.2.5.4. Strafrechtliche Buße und Vertragsstrafe bieten keinen ausreichenden Schutz

In den Motiven zu § 847 wurde darauf verwiesen, es bestünde bereits durch die Möglichkeit der strafrechtlichen Buße und der Vertragsstrafe hinreichender Schutz gegenüber der Verletzung immaterieller Rechtsgüter³².

Nach den §§ 188, 231 StGB alter Fassung konnte der Strafrichter dem Geschädigten Geldersatz zusprechen. Durch das EGStGB vom 02.03.1974 wurden diese Vorschriften über die Buße bei Körperverletzungen jedoch aufgehoben. Nach dem StGB ist es somit nicht mehr möglich Geldersatz für immaterielle Schäden zuzusprechen. Der

²⁸ Mot. Mugdan II, 12; BGHZ 98, 212, 222

²⁹ Gotthardt, Wandlungen schadensrechtlicher Wiedergutmachung, 4; Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, 13

³⁰ Nörr, AcP 158, 2; Soergel/Mertens, Vor § 249 Rn 71

³¹ Soergel/Mertens, § 253 Rn 1

³² Mot. Mugdan II, 12

strafrechtliche Schutz geht mithin nicht mehr so weit, wie zur Zeit der Schaffung des BGB³³.

Für die Verletzung immaterieller Rechtsgüter eine Vertragsstrafe zu vereinbaren ist außerdem praktisch nur schwer möglich³⁴. Medicus bezeichnet die Verweisung auf diese Möglichkeit deshalb als „geradezu naiv“³⁵.

2.2.5.5. Zunehmende Bedeutung des Ersatzes für immaterielle Schäden

Zur Zeit der BGB-Gesetzgebung waren Unfälle, die zu Schmerzensgeldansprüchen führen konnten, relativ selten³⁶. Durch die drastische Ausweitung des Straßenverkehrs, den medizinischen Fortschritt und nicht zuletzt durch die Ausweitung der durch das Schmerzensgeld geschützten Rechtsgüter hat die Zahl der schmerzensgeldrelevanten Fälle erheblich zugenommen³⁷. Gleichzeitig ist die Höhe der Schmerzensgelder stark angestiegen.

Die Änderung der Verhältnisse und der Anschauungen seit der Schaffung des BGB hat dazu geführt, dass Schäden, die früher als immateriell eingestuft wurden und wegen § 253 BGB einem Ersatz nicht zugänglich waren, vermehrt als ersatzfähig angesehen werden. Die Frage, ob und in welcher Höhe in einem konkreten Fall Schmerzensgeld zu zahlen ist, ist vor dem Hintergrund der viel offeneren Haltung gegenüber dem Ersatz für immaterielle Schäden zu sehen. Die Ausweitung, die der Ersatz immaterieller Schäden seit der Schaffung des BGB erfahren hat, sei im folgenden kurz dargestellt³⁸:

³³ Niemeyer, NJW 1976, 1792 m.w.N.

³⁴ Stoll, DJT-Gutachten, 46; Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, 11

³⁵ Staudinger/Medicus, 12. Aufl., § 253 Rn 2

³⁶ Behr, VersR 1976, 1112; Staudinger/Schäfer, § 847 Rn 105

³⁷ Donaldson, AcP 1966, 462 m.w.N.; Schilcher, Theorie der sozialen Schadensverteilung, 17 spricht in Bezug auf die Verkehrsunfälle davon, dass diese in allen Ländern „nahezu seuchenhafte Ausmaße“ angenommen hätten

³⁸ Zu den allgemeinen Tendenzen einer Haftungserweiterung im Schadensrecht vgl. Honsell, JuS 1985, 161 ff

2.2.5.5.1. Schmerzensgeld auch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Zu einer erheblichen Ausweitung des Anspruchs auf Schmerzensgeld hat die analoge Anwendung des § 847 auf die Fälle der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geführt³⁹. Die Schutzwürdigkeit der Persönlichkeitssphäre als solche war zum Teil schon um die Jahrhundertwende anerkannt⁴⁰. Entgegen der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts⁴¹ hat der BGH mit seiner Schachtbriefentscheidung von 1954 das allgemeine Persönlichkeitsrecht erstmals als sonstiges Recht im Sinne des § 823 anerkannt⁴². In dieser Entscheidung brauchte über eine Geldentschädigung jedoch nicht entschieden zu werden, weil der Kläger lediglich die Berichtigung eines Zeitungsartikels verlangte. Noch 1956 hielt es der BGH für unzulässig die Vorschrift des § 253 durch die Zubilligung von Schmerzensgeld für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu umgehen⁴³. Nachdem in der Lehre darauf hingewiesen worden war, dass § 253 BGB durch die Art. 1, 2 GG überholt sei und daher einem Schmerzensgeld für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht entgegenstünde⁴⁴, billigte der BGH in seiner Herrenreiterentscheidung von 1958 in analoger Anwendung des § 847 erstmals ein Schmerzensgeld für die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu⁴⁵. In seiner Ginseng–Wurzel–Entscheidung von 1961 setzte sich der BGH ausdrücklich über die Regelung des § 253 hinweg und gewährte, ohne § 847 analog anzuwenden, ein Schmerzensgeld für die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁴⁶. Die Rechtsprechung des BGH ist

³⁹ Zur Geschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vgl. Schwerdtner, JuS 1978, 289; Seifert, NJW 1999, 1889

⁴⁰ Seifert, NJW 1999, 1889 ff

⁴¹ Grundlegend RGZ 69, 401, 403 f; RGZ 113, 413; RGZ 123, 312, 320

⁴² BGHZ 13, 334

⁴³ BGHZ 20, 345 ff

⁴⁴ Vgl. dazu Coing, JZ 1958, 650; Kaufmann, AcP 1963, 421; Lieberwirth, Das Schmerzensgeld, 45; ferner die Nachweise bei Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, 37 f

⁴⁵ BGHZ 26, 349

⁴⁶ BGHZ 35, 363

zunächst auf Kritik in der Literatur⁴⁷ und auch auf den Widerstand einiger Oberlandesgerichte gestoßen, die bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zunächst weiterhin kein Schmerzensgeld zusprachen⁴⁸. Seit das Bundesverfassungsgericht in seinem Sorayabeschluss⁴⁹ die Vereinbarkeit der Rechtsprechung des BGH mit dem GG festgestellt hat, ist die Gewährung von Schmerzensgeld in den Fällen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts allgemein anerkannt⁵⁰. Heute ist von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung des Schmerzensgeldanspruchs bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auszugehen⁵¹. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht besitzt somit Rechtsnormcharakter im Sinne von Art. 2 EGBGB; es ist Gesetz im Sinne des § 253. Die Frage nach einer Umgehung des § 253 stellt sich für das allgemeine Persönlichkeitsrecht mithin nicht mehr. Dementsprechend sah sich der Gesetzgeber in dem nunmehr vorliegenden Entwurf des zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften nicht veranlasst, das allgemeine Persönlichkeitsrecht in die geschützten Rechtsgüter des geplanten § 253 II BGB aufzunehmen. Änderungen im Bereich der §§ 253, 847 wirken sich nach Ansicht des Gesetzgebers nicht auf das Schmerzensgeld bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus⁵².

⁴⁷ Bötticher, AcP 1959/1960, 400; Lieberwirth, Das Schmerzensgeld, 52; Löffler, NJW 1962, 225; Merten, DVBl 1975, 678 m.w.N.; Münzel, NJW 1960, 2028

⁴⁸ OLG Frankfurt, NJW 1962, 2062; OLG Karlsruhe, NJW 1962, 2062; OLG München, VersR 1963, 1086; OLG Schleswig-Holstein JZ 1961, 573

⁴⁹ BVerfGE 34, 269

⁵⁰ Vgl. aus neuerer Zeit BGH NJW 2000, 2197 ff

⁵¹ Lange, Schadensersatz – Richterrecht oder Gesetzesreform?, 146; Merten, DVBl 1975, 683; MüKo/Rixecker, § 12 Rn 1 f; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 6; kritisch, aber im wesentlichen bejahend Esser/Weyers, Schuldrecht II 2, 248

2.2.5.5.2. Verschiebung der Grenze zwischen Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden zugunsten des Vermögensschadens

Neben der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als von § 823 geschütztes Rechtsgut hat auch die Verschiebung der Grenze zwischen Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden zugunsten des Vermögensschadens⁵³ dazu geführt, dass vermehrt auch Schäden, die früher als immateriell eingestuft wurden, und bei denen deshalb wegen der Regelung des § 253 kein Schadensersatz zugebilligt wurde, als ersatzfähige materielle Schäden eingestuft werden⁵⁴.

Qualifiziert man einen Schaden als Vermögensschaden, steht § 253 einem Ersatz nicht im Wege, da sich diese Vorschrift ausdrücklich nur auf Nichtvermögensschäden bezieht⁵⁵. Auch Schäden, bei denen sich unter Anwendung der Differenzhypothese keine Vermögensminderung feststellen lässt, werden dem Geldersatz zugänglich, wenn man den Gedanken von Frustration und Kommerzialisierung folgend, bestimmte Möglichkeiten der Persönlichkeitsentfaltung als Vermögensschaden qualifiziert⁵⁶.

Nach der Kommerzialisierungsthese gehören zum Vermögen im Sinne des Schadensersatzrechts alle Lebensgüter die kommerzialisieren sind, das heißt diejenigen, die im wirtschaftlichen Verkehr durch Geld erworben werden können⁵⁷. Dagegen sollen nach der Frustrationsthese auch Aufwendungen des Geschädigten, die infolge des

⁵² S. 33 der Begründung zum Referentenentwurf vom 19.02.2001 = S. 58 des Regierungsentwurfs vom 24.09.2001, jeweils veröffentlicht im Internet unter www.bmj.bund.de

⁵³ Zu den Bedenken gegen eine Verwischung der Grenze zwischen immateriellem Schaden und Vermögensschaden Böhmer, MDR 1964, 453 f; kritisch und für eine offene Einordnung als Nichtvermögensschäden Schulze, NJW 1997, S. 3337 ff

⁵⁴ Brinker, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, 17 ff; Gotthardt, Wandlungen schadensrechtlicher Wiedergutmachung, 24 ff; Odersky, Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger, 13; Schmitz, Ersatz immaterieller Schäden nach Vertragsrecht, 1 ff; Schulze, NJW 1997, 3337 ff

⁵⁵ Brinker, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, 21; Erman/Kuckuk, § 253 Rn 6; MüKo/Oetker, § 253 Rn 3

⁵⁶ Zum Kommerzialisierungs- und Frustrationsgedanken Busl, JuS 1987, 108 ff; Schulte, Schadensersatz in Geld für Entbehrungen, 73

⁵⁷ MüKo/Oetker, § 249 Rn 37; Schulte, Schadensersatz in Geld für Entbehrungen, 45 ff

schädigenden Ereignisses fehlgeschlagen, das heißt frustriert sind, als Vermögensschaden zu qualifizieren sein⁵⁸. Während die Kommerzialisierungsthese also darauf abstellt, ob für eine erkaufbare Annehmlichkeit ein Markt vorhanden ist, richtet sich die Einordnung eines Schadens nach Frustrierungsthese danach, ob vor dem Schadensereignis Aufwendungen für Annehmlichkeiten gemacht wurden, auf deren Genuss der Geschädigte auf Grund des Schadensereignisses nunmehr verzichten muss.

Nach der Frustrierungsthese können somit auch bloße Gebrauchs- und Handlungsmöglichkeiten als Vermögensschaden einzuordnen sein. Die praktischen Konsequenzen der Frustrierungsthese sind jedoch kaum nachzuvollziehen. Der auf Grund der Verletzung ans Bett gefesselte Geschädigte könnte etwa Ersatz für sämtliche Güter, die er dadurch nicht benutzen kann, verlangen. Bei einem reichen Verletzten, der beispielsweise eine Segeljacht, ein Flugzeug, eine teure Villa usw. unterhält, können sich so kaum mehr verständliche Schadenspositionen ergeben. Da die Frustrierungsthese zu einer weitgehenden Aushöhlung des § 253 führen kann und zudem keine Stütze im Gesetz findet, wird sie von herrschender Meinung und Rechtsprechung abgelehnt⁵⁹.

Die Kommerzialisierungsthese hat demgegenüber in Rechtsprechung und Schrifttum Zustimmung erfahren⁶⁰. In einer Wirtschaftsordnung, in der sehr viele Möglichkeiten der Lebensgestaltung durch Geld erkaufbar sind, kann aber auch die Kommerzialisierungsthese zu einer sehr weitgehenden Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 253 führen⁶¹. Um den Bedenken, gegen eine zu weitreichende Einschränkung des § 253 zu begegnen, wird die Kommerzialisierungsthese zumeist nicht konsequent

⁵⁸ So etwa Köndgen, AcP 1977, 26; E. Schmidt, JuS 1980, 641; Schulte Schadensersatz in Geld für Entbehrungen, 41 ff

⁵⁹ BGHZ 55, 151; 65, 174; 99, 195; Lange, Schadensersatz, 254 ff; MüKo/Oetker, § 249 Rn 43; Soergel/Mertens, § 49 Rn 95 ff; Staudinger/Schiemann, § 249 Rn 125

⁶⁰ Vgl. BGHZ 40, 345; 45, 215; 86, 121; MüKo/Oetker, § 249 Rn 37 ff; Wiese, der Ersatz des immateriellen Schadens, 21

⁶¹ Vgl. Lange, Schadensersatz, 55 ff; Soergel/Mertens, Vor § 249 Rn 109

angewandt. Nach der Rechtsprechung des BGH kann daher nicht jeder Eingriff in ein kommerzialisiertes Lebensgut einen Vermögensschaden begründen. Korrekturen der Differenzhypothese sind nur zulässig, wenn eine wertende, normative und wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigende Abwägung dies ausnahmsweise rechtfertigt⁶². Nicht ersetzt werden danach etwa die entgangenen Nutzungsmöglichkeiten eines Pelzmantels⁶³, eines Motorbootes⁶⁴, eines Wohnwagens⁶⁵ sowie vertane Freizeit⁶⁶. Ersatzfähig sind dagegen die entgangenen Gebrauchsvorteile von Gütern, deren ständige Verfügbarkeit für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung von zentraler Bedeutung ist⁶⁷. Dies ist etwa bei Kraftfahrzeugen⁶⁸, Privatflugzeugen⁶⁹, Wohnungen⁷⁰, Wohnmobilen⁷¹ sowie bei nutzlos aufgewandter Urlaubszeit⁷² anerkannt worden.

Durch die 1979 eingeführte Vorschrift des § 651 f II wurde ein Entschädigungsanspruch für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit vom Gesetzgeber verbindlich festgelegt⁷³. Soweit diese Vorschrift eingreift, bedarf es zur Begründung einer Entschädigung für nutzlos aufgewandte Urlaubszeit daher nicht mehr der Kommerzialisierungsthese. Ob es sich bei dem Anspruch aus § 651 f II um die Entschädigung für Vermögens- oder immaterielle Schäden handeln soll lässt sich dem Gesetz nicht ausdrücklich entnehmen, nach h.M. handelt es sich aber um eine Entschädigung immaterieller Schäden⁷⁴. Entsprechendes gilt für die später eingeführte

⁶² BGHZ 98, 212

⁶³ BGHZ 63, 393

⁶⁴ BGHZ 89, 60 ff

⁶⁵ BGHZ 86, 128

⁶⁶ BAG, NJW 1968, 222; vgl. dazu auch Schulte, Schadensersatz in Geld für Entbehrungen, 78 ff mit zahlreichen Nachweisen;

⁶⁷ BGHZ 98, 212

⁶⁸ Grundlegend BGHZ 40, 345; vgl. dazu ausführlich Schulte, Schadensersatz in Geld für Entbehrungen

⁶⁹ OLG Karlsruhe, MDR 1983, 575

⁷⁰ BGHZ 98, 212

⁷¹ OLG Düsseldorf, DAR 2001, 214

⁷² BGH NJW 1956, 1234; BGHZ 63, 98 ff; BGHZ 85, 301

⁷³ Eingefügt durch das Reisevertragsgesetz vom 04.05.1979 (BGBl. I 509), neu gefasst durch Gesetz vom 24.06.1994 (BGBl. I, 1322)

⁷⁴ Vgl. Bentert, Das pönale Element, 101 m.w.N.; Lange, Schadensersatz – Richterrecht oder Gesetzesreform, 149; Palandt/Sprau, § 651 f Rn 5; offen gelassen von BGH NJW 1992, 3160

Regelung des § 611 a II⁷⁵, wonach bei einer Verletzung des arbeitsrechtlichen Benachteiligungsverbots eine Entschädigung zu leisten ist⁷⁶.

Unabhängig davon, ob man in den genannten Vorschriften eine Anspruchsgrundlage für den Ersatz materiellen oder immateriellen Schadens sieht, zeigt sich in deren Einführung jedenfalls der Wille des Gesetzgebers, in diesen Fällen eine Entschädigung zu gewähren. Insgesamt lässt sich deutlich die Tendenz erkennen, bei Schäden die unter Anwendung der Differenzhypothese einem Ersatz nicht bzw. nur beschränkt zugänglich gewesen wären, vermehrt eine Entschädigung zu gewähren.

2.2.5.5.3. Ausweitung der Naturalrestitution

Eine weitere Einschränkung der Regelung des § 253 erfolgte durch die Ausweitung der Naturalrestitution bei immateriellen Schäden⁷⁷. Durch § 253 ist lediglich der Geldersatz für immaterielle Schäden ausgeschlossen. Soweit der Ersatz als Naturalrestitution qualifiziert wird, wird er durch § 253 nicht berührt⁷⁸. Ohne dass es auf die Unterscheidung zwischen Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden ankommt bleibt dann der Ersatz in den beiden Alternativen des § 249 möglich⁷⁹. Eine Kompensation nach § 251 ist dagegen nicht möglich, da diese stets auf einen Ersatz in Geld gerichtet ist⁸⁰.

Naturalrestitution im strengen Sinn einer Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes lässt sich nur in den wenigsten Fällen erreichen. Nach allgemeiner Meinung genügt deshalb

⁷⁵ Eingefügt durch das Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz vom 13.08.1980, BGBl. I 1308, geändert durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 24.06.1994, BGBl. I 1406

⁷⁶ Oetker, ZIP 1997, 803 geht etwa von einem Ersatzanspruch für immaterielle Schäden aus, während Herrmann, ZfA 1996, 32 von einem Ersatzanspruch für materielle Schäden ausgeht.

⁷⁷ Ausführlich Brinker, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, 20 ff

⁷⁸ Lange/Hagen, Wandlungen des Schadensersatzrechts, 61; MüKo/Oetker, § 253 Rn 3; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 2; Stoll, DJT-Gutachten, 11

⁷⁹ MüKo/Oetker, § 249 Rn 22, 308; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 2

⁸⁰ Erman/Kuckuk, § 253 Rn 5; Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, 8

die Herstellung eines vergleichbaren Zustandes⁸¹. Die Einordnung einer Ersatzleistung als Naturalrestitution hängt mithin davon ab, welche Anforderungen man an die Vergleichbarkeit des ursprünglichen Zustandes mit dem durch die Ersatzleistung erreichbaren Zustand stellt.

Werden Körper oder Gesundheit verletzt, besteht die Naturalrestitution in der Heilbehandlung. Der Anspruch erstreckt sich dabei jedenfalls auf Arzt- Krankenhaus- und Arzneimittelkosten⁸². Welche Heilungsmaßnahmen und Heilungsversuche im übrigen von der Naturalrestitution erfasst werden, richtet sich grundsätzlich danach, wie erfolgversprechend die konkrete Heilbehandlung erscheint und ob sie medizinisch geboten ist⁸³. An die Erfolgsaussichten und die medizinische Gebotenheit der Heilbehandlung werden dabei nur geringe Anforderungen gestellt⁸⁴.

Auch solche Maßnahmen, die lediglich eine Linderung des Leidens bewirken oder das Leiden erträglicher machen können, werden der Naturalrestitution zugeordnet⁸⁵. Weiterhin werden von der Naturalrestitution auch solche Kosten erfasst, die der weiteren Gesundung oder der Verbesserung des Zustandes dienlich sind. Hierunter fallen etwa die Kosten für einen Erholungsaufenthalt, für bessere Ernährung, für die krankheitsbedingte Anschaffung eines Fernsehgerätes, für einen Pfleger sowie für Besuche naher Angehöriger im Krankenhaus, soweit diese der Genesung förderlich sind⁸⁶. Auch nutzlose Aufwendungen hierfür sind zu ersetzen, wenn sie zunächst erfolgversprechend waren⁸⁷. Ob der Geschädigte die Behandlung auch dann durchgeführt

⁸¹ Gotthardt, Wandlungen schadensrechtlicher Wiedergutmachung, 36 ff; Lange, Schadensersatz, 217; MüKo/Oetker, § 249 Rn 312; Soergel/Mertens, § 249 Rn 6; Staudinger/Schiemann, § 249 Rn 182

⁸² Lange; Schadensersatz, 308; MüKo/Oetker, § 249 Rn 323; Palandt/Heinrichs, § 249 Rn 10

⁸³ MüKo/Oetker, § 249 Rn 325

⁸⁴ Kötz, Deliktsrecht, 200 f; MüKo/Oetker, § 249 Rn 325; Palandt/Heinrichs, § 249 Rn 10; Soergel/Mertens, § 249 Rn 5; Stoll, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, 8 f

⁸⁵ Erman/Kuckuk, § 249 Rn 40; MüKo/Oetker, § 249 Rn 327

⁸⁶ BGH, NJW 1991, 2340 m.w.N.; für die Ersatzfähigkeit von Besuchskosten auch bei Nichtangehörigen, Grunsky, JuS 1991, 907

⁸⁷ Lange, Schadensersatz, 308; MüKo/Oetker, § 249 Rn 323; Palandt/Heinrichs, § 249 Rn 10

hätte, wenn er die Kosten dafür hätte selbst tragen müssen, ist unerheblich⁸⁸.

Der im Wege der Naturalrestitution ersetzbare Herstellungsaufwand ist bei den Nichtvermögensschäden somit sehr weit gefasst. Erst wenn er als übertrieben anzusehen ist, wird er nicht mehr als Naturalrestitution qualifiziert⁸⁹. Als übertrieben wurde es beispielsweise angesehen, wenn das Opfer eines leichten Verkehrsunfalls vom Hausarzt eine Kur in Meran und anschließend eine weitere Kur in Arosa verschrieben erhält⁹⁰.

Auf Grund der zunehmenden Bereitschaft, eine Entschädigungsleistung als Naturalrestitution einzuordnen, ist die Vorschrift des § 253 vermehrt nicht anwendbar und eine Entschädigung deshalb möglich.

2.2.5.5.4. Vermehrte Bereitschaft, Ansprüche gerichtlich geltend zu machen

Einen weiteren Beitrag zur Ausweitung des Ersatzes immaterieller Schäden dürfte auch der Umstand leisten, dass mit zunehmender Aufklärung der Rechtssuchenden durch die Medien der Gang zum Rechtsanwalt heute vielfach leichter fällt als früher. Zudem kommen in vielen Fällen Rechtsschutzversicherungen für die anfallenden Anwalts- und Gerichtskosten auf.

2.2.5.5.5. Änderungen des § 847

Nicht zuletzt steigt die Zahl der Schmerzensgeldfälle auch auf Grund der Abschaffung des § 847 I 2. Vermehrt ergibt sich nun auch für die Erben des Verstorbenen die Möglichkeit, dessen Schmerzensgeldansprüche geltend zu machen⁹¹

⁸⁸ MüKo/Oetker, § 249 Rn 326

⁸⁹ Soergel/Mertens, § 249 Rn 5

⁹⁰ LG Düsseldorf, VersR 1966, 95

⁹¹ Huber, NZV 1998, 345

Auch die nunmehr geplante Ausweitung des Schmerzensgeldes auf die Gefährdungs- und Vertragshaftung führt dazu, dass Sachverhalte vermehrt schmerzensgeldrelevant sein können⁹².

2.2.5.5.6. Tendenz zu höheren Schmerzensgeldbeträgen

Nicht nur auf Grund der steigenden Zahl der Schmerzensgeldfälle, auch wegen der stetig steigenden Beträge, die für immaterielle Schäden von den Gerichten zugesprochen werden, hat das Schmerzensgeld an Bedeutung gewonnen.

Die in Deutschland gewährten Schmerzensgelder sind früher vielfach als zu niedrig angesehen worden und auf Kritik gestoßen⁹³. Vor allem bei schweren Verletzungen ist schon seit längerem eine Tendenz zu höheren Schmerzensgeldbeträgen festzustellen⁹⁴. Der 34. deutsche Verkehrsgerichtstag von 1996⁹⁵ wie auch weite Teile der Literatur⁹⁶ haben diese Tendenz grundsätzlich befürwortet.

Begründet werden die höheren Schmerzensgelder hauptsächlich mit dem hohen Stellenwert, den das Grundgesetz der körperlichen Unversehrtheit einräumt. Wenn bei schweren Verletzungen nur relativ niedrige Schmerzensgelder gewährt würden, stelle dies eine unverständliche Wertungsdiskrepanz im Vergleich zu den häufig hoch bewerteten Sach- und Vermögensschäden dar⁹⁷. Im Bereich des Strafrechts hat der Gesetzgeber dieser Wertungsdiskrepanz Rechnung getragen. Durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 wurden u.a. die Regelstrafrahmen bei den Körperverletzungsdelikten

⁹² Vgl. dazu unten 2.3

⁹³ Gelhaar, BB 1966, 1317; Teplitzky, NJW 1966, 390; aus neuerer Zeit Rosengarten, NJW 1996, 1936

⁹⁴ Dressler, DAR 1996, 82; Hacks, NJW 1975, 1450; Scheffen, NZV 1994, 417; kritisch Lieberwirth, Das Schmerzensgeld, 42

⁹⁵ Vgl. dazu Janker, ZRP 1997, 416

⁹⁶ Dressler, DAR 1996, 85; Hacks, NJW 1975, 1450; Scheffen, NZV 1994, 417

⁹⁷ Vgl. Hupfer, JZ 1977, 783 f

wesentlich angehoben, um so eine Harmonisierung mit den Vermögensdelikten zu erreichen.

Auch die im Bereich der Persönlichkeitsverletzungen gewährten hohen Beträge dürften zur Erhöhung der für Körperverletzungen gewährten Schmerzensgelder beigetragen haben⁹⁸. Nach Ansicht einiger Autoren sei es nicht verständlich, wenn für schwere Körperverletzungen weniger bezahlt würde als für Persönlichkeitsverletzungen, so dass auch in diesem Bereich eine Anpassung stattfinden müsse⁹⁹. Das BVerfG hat in diesem Zusammenhang jüngst entschieden, dass die Ungleichbehandlung psychischer Gesundheitsschäden gegenüber Persönlichkeitsverletzungen in verfassungsrechtlicher Hinsicht nicht gegen Art. 3 GG verstößt¹⁰⁰. Das Gericht überließ es den Instanzgerichten, bzw. dem Gesetzgeber, das mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Missverhältnis zu beseitigen¹⁰¹.

Heute werden von den deutschen Gerichten Schmerzensgelder in einer Höhe zuerkannt, die als angemessen bezeichnet werden kann und auf dem Niveau der im europäischen Ausland zugesprochenen Schmerzensgeldbeträge liegt¹⁰². Schmerzensgeldbeträge in mehrfacher Millionenhöhe, wie sie in den USA gewährt werden, sind allerdings nicht zu erwarten¹⁰³.

Beispielsweise hat Prinzessin Caroline im Jahre 1995 für die Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts durch ein in einer Illustrierten abgedrucktes, erfundenes Interview 180.000 DM zugebilligt bekommen¹⁰⁴. Bis dahin lag die Höchstgrenze der Schmerzensgelder für Persönlichkeitsverletzungen im Bereich von 50.000 DM.

Bei sehr schweren Körperverletzungen erreicht das Schmerzensgeld heute Beträge von nahezu einer Million

⁹⁸ Ott/Schäfer, JZ 1990, 564

⁹⁹ Däubler, NJW 1999, 16 f; Gelhaar, BB 1966, 1318 m.w.N.; Kötz, Deliktsrecht, 248; Schneider, JZ 1962, 277; Macke, DAR 2000, 512; Teplitzky, NJW 1966, 388; Wiese, der Ersatz des immateriellen Schadens, 58

¹⁰⁰ BVerfG-Beschl. NJW 2000, 2187

¹⁰¹ BVerfG-Beschl. NJW 2000, 2188; im Ergebnis zustimmend Wagner, VersR 2000, 1305 ff

¹⁰² Lemcke-Schmalzel, MDR 1985, 274

¹⁰³ Vgl Steffen, ZRP 1996, 366; v. Bar, Schmerzensgeld in Europa, 43

¹⁰⁴ BGH NJW 1995, 861

DM¹⁰⁵, während noch bis 1965 50.000 DM als „Schallmauer“ galten¹⁰⁶.

Auch im Bereich der mittelschweren Verletzungen steigen die Schmerzensgeldbeträge stetig. Beispielsweise war für den Verlust eines Auges 1952 noch ein Betrag von 2000,00 DM für angemessen erachtet worden, während heute Beträge zwischen 40.000 und 45.000 DM zugesprochen werden¹⁰⁷. Die Erhöhungen gehen über einen Ausgleich des Geldwertverlustes weit hinaus¹⁰⁸. Bei leichteren Verletzungen ist eine Tendenz der Rechtsprechung zu höheren Schmerzensgeldbeträgen dagegen nicht ersichtlich¹⁰⁹. In der Literatur wird die aufgezeigte Tendenz der Rechtsprechung zu höheren Schmerzensgeldern bei schweren Verletzungen überwiegend begrüßt¹¹⁰.

2.3 Zusammenfassung und Ausblick

Seit der Schaffung des BGB haben sich die Verhältnisse und Anschauungen grundlegend geändert. Die Bedenken, die den BGB-Gesetzgeber dazu bewogen haben, Schadensersatz für die Verletzung immaterieller Schäden nur sehr eingeschränkt zu gewähren, sind heute weitgehend als zeitbedingt und überholt anzusehen¹¹¹. Die geänderten Verhältnisse haben zu zunehmender Kritik gegen die nach § 253 nur eingeschränkte Ersatzfähigkeit immaterieller Rechtsgüter geführt¹¹². Es wurde gefordert, die als missglückt angesehene Regelung des § 253 zu ändern¹¹³ beziehungsweise sie im Wege der teleologischen Reduktion nur noch eingeschränkt anzuwenden¹¹⁴. Der BGB-

¹⁰⁵ Etwa OLG Koblenz, 12 W 461/95 (700.000 DM zuzüglich 750 DM Monatsrente); LG Flensburg, 3 O 73/93 (500.000 DM zuzüglich 500 DM Monatsrente)

¹⁰⁶ Vgl. die Nachweise bei Hacks, NJW 1975, 1450

¹⁰⁷ Vgl. etwa die Rechtsprechungsnachweise bei Ott/Schäfer, JZ 1990, 563 und bei Scheffen, NZV 1994, 417

¹⁰⁸ Ott/Schäfer, JZ 1990, 563

¹⁰⁹ Jaeger, VersR 1996, 1178 m.w.N.

¹¹⁰ Etwa Dressler, DAR 1996, 83; Scheffen, NZV 1994, 417; Stürmer, DAR 1986, 10

¹¹¹ Soergel/Mertens, § 253 Rn 1; Staudinger/Schiemann, § 253 Rn 2

¹¹² Vgl. MüKo/Oetker, § 253 Rn 2; Lange, Schadensersatz, 423 ff

¹¹³ Stoll, DJT-Gutachten, 126

¹¹⁴ Schulze, NJW 1997, 3340 m.w.N.

Gesetzgeber hat jedoch darauf hingewiesen, dass der Ersatz für immaterielle Schäden eingeschränkt werden muss, um einer Ausuferung des Ersatzes und einer allzu großen Begehrlichkeit entgegenzuwirken¹¹⁵. Diese Bedenken wurden schon lange vor der Schaffung des BGB geäußert¹¹⁶ und sind auch heute nicht völlig außer Acht zu lassen¹¹⁷. Die Vorschrift des § 253 ist danach als geltendes Recht zwar anzuwenden, durch eine restriktive Auslegung hat sie jedoch erhebliche Einschränkungen erfahren¹¹⁸.

Die schmerzensgeldrelevanten Sachverhalte haben in einem Maß zugenommen, das für den BGB-Gesetzgeber nicht vorhersehbar war. Gleichzeitig haben die Schmerzensgeldbeträge eine Erhöhung erfahren, die weit über einen Ausgleich des Geldwertverlustes hinausgeht. Seit seiner Aufnahme in das BGB hat das Schmerzensgeld erheblich an Bedeutung gewonnen.

Die derzeit zugesprochenen Beträge werden allerdings vielfach immer noch als zu gering angesehen. Vor allem für schwere Verletzungen wird weiterhin eine Anhebung der Schmerzensgeldbeträge gefordert¹¹⁹. Die Forderungen nach einem vollständigerem Schutz der Persönlichkeit nehmen zu¹²⁰. Zunehmend wird gefordert, Schmerzensgeld auch in den Fällen der Gefährdungshaftung außerhalb des BGB und des § 53 III LuftVG sowie im Rahmen der Vertragshaftung¹²¹ zu gewähren¹²². Der Arbeitskreis VI des 33. Deutschen Verkehrsgerichtstages von 1995 hat dem Gesetzgeber empfohlen zu prüfen, ob im Rahmen der Haftung nach dem Straßenverkehrsgesetz ein Ausgleich für immaterielle

¹¹⁵ Prot. Mugdan II, 1247

¹¹⁶ Vgl. hierzu den Nachweis auf eine Schrift aus dem Jahr 1732 bei Kaufmann, AcP 1963, 439

¹¹⁷ Nörr, AcP 158, 4; Soergel/Mertens, § 253 Rn 1; Staudinger/Schiemann, § 253 Rn 2

¹¹⁸ Vgl. etwa MüKo/Oetker, § 253 Rn 2

¹¹⁹ Foerste, NJW 1999, 2951 f; Gottschalk, NJW 1999, 3764; Kegel, Haftung für Zufügung seelischer Schmerzen, 51 f; MüKo/Stein, § 847 Rn 9; Ott/Schäfer, JZ 1990, 571 ff; Rosengarten, NJW 1996, 1935 f; früher schon Gelhaar, BB 1966, 1317 ff und Teplitzky, NJW 1966, 388 f

¹²⁰ Vgl. etwa Däubler, NJW 1999, 16 f; Coing, JZ 1958, 560; Stoll, DJT-Gutachten, 37 ff; Stoll, Begriff und Grenzen des Vermögensschadens, 36

¹²¹ Vgl. dazu ausführlich Braschos, Der Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht

¹²² Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn 704; Dürr, Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung, 41 ff; Huber, DAR 2000, 30; Kötz, VersR 1982, 624; Leonhard, Besonderes Schuldrecht, 636; Müller, VersR 1995, 493 f; Stoll, DAR 1968, 303 ff; Stoll, DJT-Gutachten, 37 ff, 145; ablehnend Kürschner, NZV 1995, 6

Schäden, also ein Schmerzensgeld, vorgesehen werden kann¹²³. Auch der Arbeitskreis III des 38. Deutschen Verkehrsgerichtstages hat die Empfehlung ausgesprochen, ein Schmerzensgeld bei der Gefährdungshaftung im Straßenverkehr einzuführen¹²⁴.

In seinem nunmehr vorliegenden Entwurf des zweiten Gesetzes zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften¹²⁵ hat sich der Gesetzgeber für die Einführung eines allgemeinen Anspruchs auf Schmerzensgeld, der auch die Gefährdungshaftung und die Vertragshaftung mit einbezieht, ausgesprochen. Gleichzeitig soll der Schmerzensgeldanspruch – mit Ausnahme der Vorsatzhaftung – auf Schäden, die unter Berücksichtigung ihrer Art und Dauer nicht unerheblich sind begrenzt werden. Im Übrigen soll es dabei bleiben, dass immaterielle Schäden nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zu ersetzen sind. Hierzu soll die Vorschrift des § 847 BGB entfallen. Statt dessen soll § 253 einen neuen Absatz 2 erhalten, der wie folgt lauten soll: „Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden, wenn 1. die Verletzung vorsätzlich herbeigeführt wurde oder 2. der Schaden unter Berücksichtigung seiner Art und Dauer nicht unerheblich ist.“

2.4 Reaktion der Rechtsprechung auf die Kritik an §847 I 2

Sowohl von der Rechtsprechung¹²⁶ als auch dem Schrifttum¹²⁷ wurde vielfach gefordert, den Problemen, die §

¹²³ VGT 1995, 12 = NZV 1995, 99, 101; dazu Scheffen, NZV 1995, 218 f.

¹²⁴ Vgl. dazu Riedmeyer, ZfS 2000, 137, 139

¹²⁵ Veröffentlicht im Internet unter www.bmj.bund.de (Referentenentwurf vom 19.01.2001; Regierungsentwurf vom 24.09.2001); vgl. dazu Deutsch, ZRP 2001, 354; Freise, VersR 2001, 539; Karczewski, VersR 2001, 1070; Macke, DAR 2000, 506; zu dem bereits 1998 geplanten, ähnlichen Gesetzesvorhaben vgl. Huber, DAR 2000, 20

¹²⁶ Vgl. die Nachweise bei Behr, VersR 1976, 1107

¹²⁷ Behr, VersR 1976, 1106 m.w.N.; Cramer/Kindermann, DAR 1980, 38; Ebel, VersR 1978, 208

847 I 2 auf Grund der veränderten Verhältnisse aufwarf, durch eine offene Handhabung der Vorschrift entgegenzuwirken. Dem hätte der BGH grundsätzlich Rechnung tragen können, indem er im Wege der Rechtsfortbildung die Beschränkungen des § 847 I 2 entweder nicht mehr angewandt, oder zumindest großzügig ausgelegt hätte.

Von der ersten Möglichkeit hat der BGH u.a. keinen Gebrauch gemacht, weil der Gesetzgeber durch die Übernahme der in § 847 I 2 enthaltenen eingeschränkten Übertragbarkeit und Vererblichkeit in neuere Vorschriften seinen Willen, Schmerzensgeldansprüche nur eingeschränkt verkehrsfähig zu gestalten, bestätigt habe¹²⁸ (vgl. z.B. §§ 53 III 2 LuftVG, 29 II 2 AtomG). Gegen diese Begründung wurde unter Verweis auf die Materialien zu diesen Gesetzen vorgebracht, der Gesetzgeber habe bei den neuen Gesetzen lediglich die Regelung des § 847 I 2 abgeschrieben, ohne sich mit der Frage der Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Anspruchs zu beschäftigen¹²⁹. Der Gesetzgeber hat, wenn man dieser Argumentation folgt, zwar den Regelungsinhalt des § 847 I 2 nicht durch einen neuen legislatorischen Willensakt bestätigt; dennoch war der Rechtsprechung des BGH zuzustimmen, da eine bestehende gesetzliche Regelung allgemein nicht leichtfertig beiseite geschoben werden sollte¹³⁰.

Aber auch von der zweiten Möglichkeit den veränderten Verhältnissen zu begegnen, einer weiten Auslegung der Vorschrift, insbesondere des Begriffs der Rechtshängigkeit, hat der BGH keinen Gebrauch gemacht. Der BGH verstand den Begriff der Rechtshängigkeit in § 847 I 2 in einem streng verfahrensrechtlichen Sinn¹³¹. Die strenge Wortlautauslegung rechtfertigte der BGH mit ansonsten entstehenden Abgrenzungsschwierigkeiten, die zu Rechtsunsicherheit führen könnten. Die Regelung des § 847 I 2 sei als

¹²⁸ BGH LM § 847 Nr. 60; Hammen, VersR 1989, 1121

¹²⁹ Ebel, VersR 1978, 207f

¹³⁰ Ebel, VersR 1978, 208

¹³¹ BGH LM § 847 BGB Nr. 17; BGH NJW 1976, 1890; 1986, 1039

Ausnahmetatbestand zudem eng auszulegen¹³². Nach der Rechtsprechung des BGH genügte deshalb zur Begründung der Rechtshängigkeit nicht bereits die Einreichung der Klageschrift bei Gericht¹³³, der Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides¹³⁴ oder die Stellung eines Prozesskostenhilfeantrages¹³⁵.

Zudem stellte der BGH strenge Anforderungen an den Willen des Geschädigten, den Anspruch geltend machen zu wollen. Ursprünglich genügte dem BGH das Vorliegen des mutmaßlichen Willens. In der Entscheidung aus dem Jahr 1967 erachtete er es noch für ausreichend, wenn der Anspruch zunächst durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht geltend gemacht und anschließend von den Erben genehmigt wurde¹³⁶. Diese Entscheidung fand breite Zustimmung im Schrifttum¹³⁷ und wurde vom BVerfG gebilligt¹³⁸. In einer zehn Jahre später ergangenen Entscheidung hat der BGH seine Rechtsprechung überraschenderweise dennoch explizit wieder aufgegeben. Nach der neueren Entscheidung war der ausdrückliche Wille des Verstorbenen erforderlich, damit der Anspruch auf Schmerzensgeld auf dessen Erben übergehen konnte¹³⁹. Eine vor der Verletzung erteilte Vollmacht genügte dem BGH ebenfalls nicht, um den Anspruch vererben zu können¹⁴⁰. Auch sollte nach der Rechtsprechung der Verzicht auf die Einrede der Rechtshängigkeit kein Anerkenntnis im Sinne der Regelung sein¹⁴¹.

Die Kritiker des BGH argumentierten vorwiegend, der Begriff der Rechtshängigkeit in § 847 I 2 stimme nicht mit dem

¹³² BGH LM § 847 BGB Nr. 17

¹³³ BGH LM § 847 BGB Nr. 17

¹³⁴ BGH NJW 1977, 1148

¹³⁵ BGH NJW 1974, 493

¹³⁶ BGH NJW 1967, 2305

¹³⁷ Böhmer, JZ 1968, 136; Cramer/Kindermann, DAR 1980, 34; Lieberwirth, Das Schmerzensgeld, 103

¹³⁸ BVerfG JZ 1973, 662 mit Anmerkung Kübler

¹³⁹ BGH NJW 1978, 214; ablehnend dazu Brehm, JZ 1978, 191 f sowie Cramer/Kindermann, DAR 1980, 33 ff

¹⁴⁰ BGH NJW 1984, 2348

¹⁴¹ OLG Stuttgart 31.03.1980, 11 U 187/79; anders BGH JR 1990, 198 mit zustimmender Anmerkung Müller

prozessualen Begriff der Rechtshängigkeit überein. Sie beriefen sich hauptsächlich auf eine historisch-teleologische Auslegung des Begriffs der Rechtshängigkeit in § 847 I 2. Ursprünglich sollte die Einschränkung der Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs durch das Kriterium der Rechtshängigkeit lediglich dazu dienen, gesichert festzustellen, dass die Geltendmachung des Schmerzensgeldanspruchs dem wirklichen Willen des Verletzten entsprach. Auf Grund der geänderten Verhältnisse sei heute davon auszugehen, dass der Verletzte seinen Schmerzensgeldanspruch zumindest gegenüber ihm fremden Schädigern zugunsten seiner Erben geltend machen wolle¹⁴². Durch eine weite Auslegung des § 847 I 2, insbesondere durch eine teleologische Reduktion des Begriffs der Rechtshängigkeit, hätte der BGH den unwürdigen Wettlauf mit dem Tod zwar nicht völlig vermeiden können¹⁴³, er hätte aber wesentlich zu einer Verbesserung der unerfreulichen Situation beitragen können.

2.5. Reaktion des Gesetzgebers auf die Kritik an § 847 I 2

Bereits früh wurden Forderungen nach einem Einschreiten des Gesetzgebers zur Verbesserung der Situation laut¹⁴⁴. Mit einer Gesetzesänderung wurde damals jedoch nicht ernsthaft gerechnet. Angesichts der zunehmenden Kritik gegen die eingeschränkte Vererbbarkeit und Übertragbarkeit des Anspruchs auf Schmerzensgeld sah sich der Gesetzgeber schließlich doch zum Eingreifen gezwungen. Er begründete sein Einschreiten mit dem als makaber angesehenen Wettlauf mit der Zeit sowie der engen Auslegung der Regelung des §847 I 2 durch den BGH¹⁴⁵. Der Gesetzgeber hat zur Beseitigung der als unerfreulich angesehenen

¹⁴² Vgl. Behr, VersR 1976, 1007 ff m.w.N.; Rauscher, NJW 1985, 596 ff

¹⁴³ Langerhans, ZRP 77, 133; Rohmann, Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches, 154 f;

¹⁴⁴ Cramer/Kindermann, DAR 1980, 37 m.w.N.; Rohmann, Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches, 154 f; Bedenken gegen eine freie Vererbbarkeit äußerte jedoch Eylmann, MDR 1961, 728

¹⁴⁵ BT-Dr 11/4415, 4

Situation sowohl in Erwägung gezogen, den Angehörigen einen eigenen Anspruch auf Schmerzensgeld zu gewähren, als auch den Anspruch frei vererbbar zu gestalten. Er hat sich für die zweite Alternative entschieden, um an den ursprünglichen Anspruch des Verletzten anknüpfen zu können¹⁴⁶.

Nach der Abschaffung des § 847 I 2 ist der Anspruch auf Schmerzensgeld frei vererbbar. Von der Rechtsprechung werden keine besonderen Anforderungen an die Vererblichkeit des Anspruchs mehr gestellt. Insbesondere ist die Vererbbarkeit nicht mehr an eine Willensbekundung des Erblassers zu seinen Lebzeiten gebunden¹⁴⁷.

¹⁴⁶ BT-Dr 11/4415, 2

¹⁴⁷ BGH NJW 1995, 783

3. Voraussetzungen des Anspruchs auf Schmerzensgeld nach der Vorschrift des § 847

3.1. Verletzung eines der in § 847 genannten Rechtsgüter

Voraussetzung für den Anspruch auf Schmerzensgeld ist zunächst die (im Sinne des § 823 rechtswidrige und schuldhaft) Verletzung eines der in § 847 aufgeführten Rechtsgüter. Im Rahmen dieser Arbeit stellt sich insbesondere die Frage, ob eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit im Sinne der Vorschrift auch dann in Betracht kommt, wenn der Verletzte unmittelbar an seinen Verletzungen stirbt.

Als Argument dafür, dass die Fälle mit nur kurzer Überlebensdauer bereits vom Schutzbereich des § 847 nicht umfasst seien, wird vorgebracht, das Leben sei im Gegensatz zu § 823 in § 847 nicht als geschütztes Rechtsgut aufgeführt. Bei nur kurzer Überlebensdauer liege deshalb keine Verletzung von Körper oder Gesundheit im Sinne des § 847 vor¹.

Dieses aus der Gesetzessystematik hergeleitete Argument ist insbesondere nach der Gesetzesänderung nur noch sehr eingeschränkt tragfähig: Wie dargestellt war der historische BGB-Gesetzgeber gegenüber dem Ersatz immaterieller Schäden sehr zurückhaltend². Der Schmerzensgeldanspruch sollte nach seinem Willen grundsätzlich nur dem Geschädigten selbst zukommen. Nur unter der besonderen Voraussetzung des Anerkenntnisses oder der Rechtshängigkeit sollte der Anspruch auf Dritte übergehen können. Voraussetzung für den Übergang des Schmerzensgeldanspruchs auf die Erben war damit stets, dass der Verletzte eine längere Zeitspanne überlebte. Auf Grund des Erfordernisses einer längeren Überlebensdauer lag in sämtlichen Fällen, in denen der Schmerzensgeldanspruch überhaupt von den Erben geltend gemacht werden konnte, unzweifelhaft auch eine Körper- oder Gesundheitsverletzung vor. Für den historischen Gesetzgeber stellte sich mithin nicht die Frage, ob das Leben als gesondertes Rechtsgut in § 847 aufgenommen werden sollte.

¹ Vgl. OLG Düsseldorf, MDR 1996, 916; Eylmann, MDR 1961, 729; Jaeger, VersR 1996, 1182 m.w.N.

Vielmehr brauchte er sich über diese Frage keine Gedanken zu machen, da in den Fällen, in denen der Schmerzensgeldanspruch auf die Erben übergehen konnte, unzweifelhaft eine Verletzung von Körper oder Gesundheit vorlag. Allein dass das Leben in § 847 nicht explizit als geschütztes Rechtsgut aufgeführt ist, rechtfertigt somit nicht die Annahme, es solle nach dem Willen des Gesetzgebers nicht vom Schutz der Vorschrift umfasst sein. Ein bestimmter Wille des historischen Gesetzgebers lässt sich insoweit nicht feststellen.

Auch aus den Materialien zur Abschaffung des § 847 I 2 lässt sich ein Wille des Gesetzgebers, wonach eine Körper- oder Gesundheitsverletzung im Sinne des § 847 nur bei längerer Überlebensdauer vorliegen soll, nicht entnehmen: Eine Erörterung darüber, ob das Leben als geschütztes Rechtsgut in § 847 aufgenommen werden sollte, fand nicht statt. Auch in dem nunmehr vorliegenden Entwurf des zweiten Gesetzes zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften, der die Übernahme der Regelung des § 847 in einen neuen § 253 II vorsieht, findet sich keine Diskussion darüber, ob das Leben explizit als geschütztes Rechtsgut aufgeführt werden soll oder nicht³.

Als Alternative zur Abschaffung des § 847 I 2 hatte der Gesetzgeber erwogen, den Erben des tödlich Verletzten einen eigenen Anspruch auf Schmerzensgeld zu gewähren⁴. Hätte der Gesetzgeber dieser Alternative den Vorzug gegeben, hätten die Erben unabhängig von der Überlebensdauer des körperlich Geschädigten bei jeder rechtswidrigen und schuldhaften Tötung einen Anspruch auf Schmerzensgeld erhalten. Der Gesetzgeber hat der erwogenen Alternative nur deshalb die Abschaffung des § 847 I 2 vorgezogen, weil er an den ursprünglichen Anspruch des Geschädigten anknüpfen wollte⁵. Die in Erwägung gezogene Alternative spricht dafür, dass der Gesetzgeber den Erben auch in den Fällen des

² Vgl. oben 2.1.

³ Vgl. den Referentenentwurf vom 19.02.2001 nebst Begründung sowie den Regierungsentwurf vom 24.09.2001, jeweils veröffentlicht im Internet unter www.bmj.bund.de

⁴ BT-Dr 11/4415, 2

⁵ BT-DR 11/4415, 2

alsbaldigen Todes einen Schmerzensgeldanspruch zukommen lassen wollte. Die Entscheidung des Gesetzgebers lässt nicht darauf schließen, dass in den Fällen von nur kurzer Überlebensdauer keine Verletzung von Körper oder Gesundheit im Sinne des § 847 vorliegen soll.

Ein Ausschluss der Fälle von nur kurzer Überlebensdauer aus dem Schutzbereich des § 847 widerspräche dem mit der Gesetzesreform verfolgten Ziel, den unwürdigen Wettlauf mit dem Tod zu beseitigen. Würden diese Fälle nicht in den Schutzbereich des § 847 einbezogen, stünde auch nach der Gesetzesänderung zu befürchten, dass lebenserhaltende Maßnahmen nur durchgeführt werden, um zumindest die Voraussetzungen für einen Schmerzensgeldanspruch zu schaffen. Zudem müsste schon auf der Tatbestandsebene eine nur schwer zu begründende Abgrenzung hinsichtlich der Frage vorgenommen werden, wann der Verlauf der Verletzung als bloßer Sterbevorgang zu bewerten ist und wann eine Verletzung von Körper oder Gesundheit hinzutritt. Der unwürdige Wettlauf mit dem Tod würde letztlich durch ein ebenso unwürdiges Auszählen der Überlebenszeit ersetzt⁶.

Naturwissenschaftlich kann nicht geleugnet werden, dass dem durch äußere Einwirkung verursachten Tod denknotwendig stets eine Körper- oder Gesundheitsverletzung vorausgeht⁷. Dies auch dann, wenn der Tod auf Grund der Körper- oder Gesundheitsverletzung bereits nach einer sehr kurzen Zeitspanne eintritt. Im Strafrecht ist deshalb anerkannt, dass der Körperverletzungsvorsatz im Tötungsvorsatz enthalten ist⁸. In den Fällen mit nur kurzer Überlebensdauer scheidet ein Schmerzensgeldanspruch danach nicht bereits deshalb aus, weil das Leben in § 847 nicht explizit als geschütztes Rechtsgut aufgeführt ist. Zu klären bleibt jedoch die Frage, ob in den Fällen von nur kurzer Überlebensdauer überhaupt ein immaterieller Schaden im Sinne von § 847 vorliegt.

⁶ Ebenso OLG Stuttgart, VersR 94, 736 f

⁷ OLG Düsseldorf, MDR 1996, 916

⁸ BGHSt 16, 122; 21, 265; 22, 248; Schönke/Schröder/Eser, StGB § 212 Rn 17 m.w.N.

3.2. Vorliegen eines immateriellen Schadens

Neben der Verletzung eines der in § 847 genannten Rechtsgüter ist weitere Voraussetzung des Schmerzensgeldanspruchs das Vorliegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eines immateriellen Schadens⁹.

Nach deutschem Recht ist theoretisch streng zwischen materiellem und immateriellem Schaden zu unterscheiden¹⁰. Die Unterscheidung ist jedoch nicht zwingend, in anderen Rechtsordnungen, wie etwa Frankreich oder England wird die Trennung nicht so streng durchgeführt¹¹.

Das Gesetz definiert den Begriff des immateriellen Schadens nicht positiv, es bezeichnet ihn lediglich als Schaden, der nicht Vermögensschaden ist. Rechtsprechung und Lehre sind daher in der Abgrenzung zwischen Vermögensschaden und immateriellem Schaden relativ frei¹². Dementsprechend gibt es zahlreiche Unsicherheiten bei der Abgrenzung zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschaden. Infolge der Kommerzialisierung ideeller Werte wurde die Abgrenzung zusätzlich erschwert¹³. Zudem lässt sich feststellen, dass bei der Bemessung des Schmerzensgeldes teilweise auch nicht bezifferte materielle Schäden Berücksichtigung finden¹⁴. Das Schmerzensgeld hat dadurch teilweise eine Auffangstellung gegenüber dem Ersatz für materielle Schäden übernommen¹⁵.

Trotz zahlreicher Bemühungen ist eine exakte und auf breite Akzeptanz stoßende Abgrenzung zwischen Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden bis heute nicht gefunden worden¹⁶. Die Aufgabenstellung der vorliegenden Arbeit erfordert eine solche exakte Abgrenzung

⁹ Stoll, DJT-Gutachten, 127

¹⁰ BGH VersR 1958, 302 f.; Deutsch, Haftungsrecht, 566; Deutsch, JuS 1969, 198 m.w.N.; Köndgen, AcP 1977, 8 f; Müller, VersR 2000, 799

¹¹ Zur Abgrenzung in Frankreich, Italien und der Schweiz Busnelli, VersR 1987, 954 ff; allgemein zum immateriellen Schaden auch aus rechtsvergleichender Sicht Brusini, Zum Problem des immateriellen Schadens; auch aus historischer Sicht Schulze, NJW 1997, S. 3337

¹² Lange, Schadensersatz – Richterrecht oder Gesetzesreform ?, 144

¹³ Siehe dazu oben 2.2.5.5.2

¹⁴ Deutsch, JuS 1969, 198 m.w.N.

¹⁵ Deutsch, Unerlaubte Handlungen, 239; Steffen, Die Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, 723; Macke, DAR 2000, 512 f

¹⁶ Vgl etwa die Nachweise bei Deutsch, Haftungsrecht, 563

allerdings auch nicht¹⁷. Definiert man, entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes, den immateriellen Schaden in Abgrenzung zum materiellen Schaden, so liegt ein immaterieller Schaden jedenfalls immer dann vor, wenn ein Lebensgut der Bewertung in Geld, also einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise entzogen ist. Als Nichtvermögensschaden kommt somit jeder Verlust an personaler Qualität in Betracht¹⁸. Hiernach sind zumindest Beeinträchtigungen des Körpers und seiner Funktionen, des körperlichen Wohlfühlens, des seelischen Gleichgewichts und jedenfalls auch der Verlust des Lebens an sich in Abgrenzung zu den materiellen Schäden als immaterielle Schäden einzuordnen. Problematisch ist vorliegend mithin nicht die Abgrenzung des immateriellen Schadens zum materiellen Schaden, sondern vielmehr die Frage, ob der durch den Verlust des Lebens entstandene immaterielle Schaden ersatzfähig ist. Soweit neuerdings angenommen wird, reine Gefühlsschäden seien keine immateriellen Schäden¹⁹, ist dies wohl nicht so aufzufassen, dass diese Schäden nicht dem immateriellen Bereich zuzuordnen wären, sondern vielmehr nur so, dass diesen Schäden die Ersatzfähigkeit abgesprochen wird.

3.2.1. Verlust des Lebens als ersatzfähiger immaterieller Schaden

Wohl mangels praktischer Bedeutung ist bisher kaum über die Frage diskutiert worden, ob dem Verletzten für den bloßen Verlust des Lebens und damit den Tod ein Schmerzensgeldanspruch zukommt. Soweit diese Frage bejaht wird, wird bereits der Tod an sich als ersatzfähiger immaterieller Schaden eingeordnet²⁰.

Diese Argumentation übersieht jedoch, dass der Anspruch auf Schmerzensgeld, wie jedes andere subjektive Recht, die Existenz eines rechtsfähigen Subjekts als Träger des Rechts

¹⁷ Ähnlich Pecher, AcP 1985, 385

¹⁸ BGHZ 120 1, 7; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 24

¹⁹ E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 51 ff

²⁰ Vgl. dazu Eylmann, MDR 1961, 728 m.w.N.

voraussetzt. Da die Rechtsfähigkeit des Menschen mit seinem Tod endet²¹, kann für den reinen Lebensverlust in der Person des Getöteten mangels Rechtssubjektivität kein Schmerzensgeldanspruch mehr entstehen. Dem Getöteten steht für den Verlust seines Lebens somit grundsätzlich kein Anspruch auf Schmerzensgeld zu, der im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf seine Erben übergehen könnte.

Der Tod wurde in der Rechtswissenschaft lange als naturwissenschaftliches Ereignis angesehen, das keiner weiteren Auslegung bedarf²². Erst durch den Einsatz der modernen Medizin wurde eine genauere Festlegung des Todeszeitpunktes erforderlich. In der Praxis ist der Hirntod, als vollständiger und unumkehrbarer Ausfall aller Hirnfunktionen, als Kriterium zur Bestimmung des Todeszeitpunktes anerkannt²³. Zwischen der äußeren Einwirkung auf den Körper des Getöteten und dem so definierten Todeszeitpunkt vergeht in jedem Fall eine gewisse Zeitspanne²⁴. Selbst wenn man den Todeszeitpunkt dem Zeitpunkt der äußeren Einwirkung auf den Körper gleichsetzen wollte, wäre der Verletzte zumindest während einer juristischen Sekunde bis zum Todeseintritt immer noch als Rechtssubjekt anzusehen, dem ein Schmerzensgeldanspruch zukommen kann²⁵. Der mit dem Tod verbundene Verlust der Rechtsfähigkeit schließt somit nicht den Ersatz für die immateriellen Beeinträchtigungen aus, die bis zum Eintritt des Todes entstanden sind.

Die Feststellung, dass auch in der Person des sogleich verstorbenen Verletzten grundsätzlich ein Schmerzensgeldanspruch entstehen kann, wäre allerdings gegenstandslos und nur von dogmatischer Bedeutung, wenn die Höhe des Anspruchs bei nur sehr kurzer Überlebensdauer gegen Null ginge²⁶. Entscheidend ist somit die Frage, wie die

²¹ Palandt/Heinrichs, § 1 Rn 3

²² Heun, JZ 1996, 213 m.w.N.

²³ Brüggemeier, Deliktsrecht, 133 f; Lange, Lehrbuch des Erbrechts, 73; Palandt/Heinrichs, § 1 Rn 3 Sengler/Schmidt, MedR 1997, 241; kritisch zum Hirntodkriterium Heun, JZ 1996, 213

²⁴ Ähnlich Eylmann, MDR 1961, 729; Lemcke, r+s 1996, 230

²⁵ Ebenso Lemcke, r+s 1996, 230; Zum Begriff der juristischen Sekunde Marotzke, AcP 1991, 177

²⁶ Ähnlich Kern, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnesempfindungen?, 449

Entschädigung für immaterielle Schäden zu bemessen ist. Insbesondere wie die Schadensbemessung in den Fällen des alsbaldigen Todes zu erfolgen hat.

4. Bemessung des Ersatzes für immaterielle Schäden

4.1. Bemessung des Schmerzensgeldes nach der Rechtsprechung des BGH

In seiner Entscheidung vom 29.09.1952 vertrat der BGH die Ansicht, die Bemessung des Schmerzensgeldes sei allein anhand des Ausgleichszwecks des Schadensersatzes vorzunehmen. Ziel des Schmerzensgeldes sei der Ausgleich von Unlustgefühlen beim Verletzten. Das Schmerzensgeld solle ihn in die Lage versetzen, sich Annehmlichkeiten und Erleichterungen für das ihm zugefügte Leid zu verschaffen¹.

Seit dem grundlegenden Beschluss des Großen Senats vom 6. 7. 1955 geht der BGH von einer Doppelfunktion des Schmerzensgeldes aus. Danach soll dem Verletzten durch das Schmerzensgeld nicht nur ein Ausgleich für die entgangene Lebensfreude gegeben werden; es soll ihm daneben auch noch Genugtuung für das, was ihm angetan wurde, verschafft werden².

Der BGH hat den Inhalt der Begriffe Ausgleich und Genugtuung nicht hinreichend genau beschrieben. Obwohl immer wieder versucht wurde, die Begriffe Ausgleich und Genugtuung inhaltlich zu definieren, ist es bis heute nicht gelungen, eine exakte und auf breite Zustimmung stoßende Begriffsdefinition zu finden³.

Dass eine hinreichend exakte Definition der Begriffe Ausgleich und Genugtuung fehlt, ist zu großen Teilen der unglücklichen Begriffswahl des BGH zuzuschreiben. Mit den Begriffen Ausgleich und Genugtuung lässt sich auch in der Alltagssprache ein Inhalt verbinden. Daher liegt die Gefahr nahe, dass die Begriffe unreflektiert mit dem subjektiven

¹ BGHZ 7, 223

² BGHZ 18, 149; ähnlich schon im Jahr 1917 Gierke, Deutsches Privatrecht III, 971 f, der ebenfalls den Begriff der Genugtuung neben dem des Ausgleichs verwendet; Zu den Funktionen des Schmerzensgeldes aus rechtsvergleichender Sicht vgl. Remé, Die Aufgaben des Schmerzensgeldes im Persönlichkeitsschutz

³ Kern, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnesempfindungen, 447; Körner, NJW 2000, 242; Lorenz, Schmerzensgeld für die durch eine unerlaubte Handlung wahrnehmungunfähig gewordenen Verletzten?, 270 ff; Ott/Schäfer, JZ 1990, 564 m.w.N.

Verständnis desjenigen, der die Begriffe gebraucht, belegt werden⁴. Des Weiteren werden die Begriffe Ausgleich und Genugtuung vom BGH nicht in dem ihrer Herkunft entsprechenden Sinn verwendet⁵. Der Begriff des Ausgleichs wird herangezogen, obwohl sich der BGH bewusst ist, dass immaterielle Schäden per se einem Ausgleich im strengen Sinne gar nicht zugänglich sind⁶. Der Begriff Genugtuung stammt aus dem schweizerischen Recht und wurde vom BGH, ohne sich mit seinem Inhalt zu beschäftigen, übernommen⁷. Im schweizerischen Recht wird der Begriff der Genugtuung aber ähnlich wie bei uns der Begriff des Schmerzensgeldes als Synonym für die Entschädigung immaterieller Rechtsgüter verwandt; er wird in der Schweiz inhaltlich ähnlich unserer Ausgleichsfunktion beschrieben: „Die Genugtuung bezweckt ausschließlich eine Abgeltung für erlittene Unbill, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder dessen Beeinträchtigung anderweitig erträglicher gemacht wird. Ob und in welcher Höhe Genugtuung zuzusprechen ist, hängt neben der Schwere der Unbill von der Aussicht ab, dass die Zahlung eines Geldbetrages den körperlichen oder seelischen Schmerz spürbar lindern wird.“⁸

Zwar mögen unklare Begriffe dazu beitragen, vor unliebsamer Kritik zu schützen, weil man dem Kritiker stets vorhalten kann, er habe das Kritisierte nicht richtig verstanden. Eine fruchtbare Problembehandlung wird dadurch aber nahezu unmöglich gemacht⁹. Aufgabe des BGH als oberstes Gericht des Bundes im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit wäre es gewesen, sich nicht auf die vagen Begriffe Ausgleich und Genugtuung zu stützen, sondern deren genauen Inhalt offenzulegen und den Gerichten praktikable Kriterien für die Bemessung des Schmerzensgeldes an die Hand zu geben. Mit einer klaren Begriffsdefinition hätte der BGH dem rechtsstaatlichen Gebot

⁴ Allgemein zu diesem Problem Hilgendorf, *Moralphilosophie und juristisches Denken*, 276 ff

⁵ Nehlsen-v. Stryk, *JZ* 1987, 125

⁶ BGHZ 7, 223, 229; 18, 149, 156; vgl. auch Kern, *AcP* 1991, 248 m.w.N.; Peters, *VersR* 1976, 1008

⁷ Bentert, *das pönale Element*, 84 f m.w.N.

⁸ BGE 115 II 158 E 2

⁹ Ebenso Hilgendorf, *Moralphilosophie und juristisches Denken*, 291

der Rechtssicherheit Rechnung tragen können. Gleichzeitig hätte er dadurch seine Rechtsprechung zur offenen Diskussion durch das Schrifttum gestellt¹⁰. Besonders deutlich treten die Probleme im Umgang mit der Doppelfunktion im Rahmen der Genugtuungsfunktion hervor. Mangels inhaltlicher Klarheit dient die Genugtuungsfunktion oftmals als „Sammelbecken“ verschiedener Umstände, die dem zur Entscheidung berufenen Gericht im Einzelfall als billig erscheinen und von diesem nicht der Ausgleichsfunktion zugeordnet werden können¹¹. Der BGH selbst führt aus, die Genugtuungsfunktion gebiete aus der Natur der Sache heraus bei der Bestimmung der Leistung die Berücksichtigung aller Umstände des Falles¹².

Die Unsicherheiten bei der Bemessung des Schmerzensgeldes anhand der Doppelfunktion sind dem BGH offensichtlich bewusst. Bei der Überprüfung der Höhe der zugesprochenen Schmerzensgelder ist er deshalb besonders zurückhaltend. Die eigentliche Bemessung unterstellt er dem tatrichterlichen Ermessen¹³. In nahezu jeder seiner Entscheidungen weist er darauf hin, der Tatrichter sei bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes besonders frei. Die Revisionsinstanz könne nur nachprüfen, ob das Urteil über die Höhe des zuerkannten Betrages die Bemühung um eine angemessene Beziehung der Entschädigung zu Art und Dauer der Verletzung unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände erkennen lässt und nicht gegen Rechtssätze, Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoße¹⁴.

Die Zurückhaltung des BGH bei der eigentlichen Fallentscheidung schützt diesen zwar vor einer Prozessflut, den Untergerichten sowie den an dem Schadensfall beteiligten Parteien fehlen aber präzise Anhaltspunkte, an denen sie die Bemessung des Schmerzensgeldes ausrichten können¹⁵. Die

¹⁰ Donaldson, AcP 1966, 468 spricht insoweit von einer Verschleierung durch den BGH

¹¹ So auch G. Müller, VersR 1993, 909, 912; MüKo/Stein, § 847 Rn 2; Stoll, DJT-Gutachten, 41 forderte sogar, eine Vorschrift nach dem Vorbild des § 42 II OR zu schaffen, um offen sämtliche Umstände in den Abwägungsvorgang einbeziehen zu können

¹² BGHZ 18, 149

¹³ Vgl. Huber, NZV 1998, 346; Kern, AcP 1991, 266

¹⁴ Vgl. etwa BGH LM, § 847 Nr. 4; Nr. 6; Nr. 56; Nr. 77; Nr. 102

¹⁵ Huber, NZV 1998, 346; Scheffen, NZV 1994, 419

daraus entstehenden Unsicherheiten führen wiederum zu einer großen Anzahl von Schmerzensgeldprozessen in Deutschland¹⁶. Wegen der knappen und generalklauselartigen gesetzlichen Regelung über den Ersatz immaterieller Schäden und der vielfältigen ungeklärten Fragen in diesem Gebiet mag sich der BGH entschuldigt sehen¹⁷. Dennoch verdient der gegen die Doppelfunktion erhobene Vorwurf, sie stifte mehr Verwirrung, als dass sie nutze¹⁸, volle Zustimmung¹⁹.

Zwar werden die Begriffe Ausgleich und Genugtuung im allgemeinen auch von der Literatur und den Instanzgerichten zur Bemessung des Schmerzensgeldes herangezogen. Dennoch ist die Kritik an der Rechtsprechung des BGH zahlreich. Immer wieder werden neue Konzepte zum Ersatz von immateriellen Schäden vorgeschlagen.

Hauptsächlich wendet sich die Kritik gegen die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes, die als zu wenig bestimmt angesehen wird²⁰ und der pönale Tendenzen vorgeworfen werden, welche nach Meinung der Kritiker innerhalb eines zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs allenfalls als Reflex, nicht aber als direkte Zielsetzung vorhanden sein dürfen²¹. Andere Autoren dagegen halten die Genugtuungsfunktion für überflüssig, weil sie bereits in der Ausgleichsfunktion enthalten sei²². Auch der BGH hält die Genugtuungsfunktion neuerdings nur noch bei vorsätzlichen Rechtsgutsverletzungen für unbedenklich²³.

Die Diskussion um die Funktionen des Schmerzensgeldes leidet maßgeblich unter dem Fehlen einer auch nur annähernd

¹⁶ Huber, NZV 1998, 346; Kern, AcP 1991, 266; Pecher, AcP 1971, 77 ff

¹⁷ Lange, Schadensersatz – Richterrecht oder Gesetzesreform ?, 155

¹⁸ Marly in Anm. zu BGH LM, § 847 Nr. 94

¹⁹ Cramer/Kindermann, DAR 1980, 36 f

²⁰ E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 104, 115; Mincke, JZ 1980, 86 ff

²¹ Bötticher, AcP 158, 394 ff; Donaldson, AcP 1966, 462; Esser/Weyers, Schuldrecht II 2, 245; Hupfer, JZ 1977, 785; Köndgen, Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden, 83 ff; Kötz, Zur Reform der Schmerzensgeldhaftung, 392 f; E. Lorenz, Schmerzensgeld für die durch eine unerlaubte Handlung wahrnehmungsunfähig gewordenen Verletzten?, 272 ff; Niemeyer, NJW 1976, 1792; Pecher, AcP 1971, 66; Schiemann, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, 306

²² Esser/Weyers, Schuldrecht II 2, 246; Honsell, VersR 1974, 205; MüKo/Stein, § 847 Rn 5; Nehlsen-v. Stryk, JZ 1987, 119 ff; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 14; Wiese, der Ersatz des immateriellen Schadens, 55 f; nach Giesen, JZ 1993, 520 sieht dies der BGH für die Fälle der Wahrnehmungsunfähigkeit ebenso

einheitlichen und exakten Definition der Funktionen des Schmerzensgeldes²⁴. Die Begriffe Ausgleich und Genugtuung werden von den verschiedenen Diskussionsteilnehmern mit jeweils anderen Inhalten verbunden. Weil sich große Teile der Literatur wie auch der Rechtsprechung in der Diskussion nicht darüber versichern, mit welchem Inhalt die Begriffe von den jeweiligen Diskussionsteilnehmern versehen werden, laufen viele Argumentationen in der Sache aneinander vorbei²⁵. Andere Diskussionsbeiträge bleiben rein begrifflich und sind schon deshalb nicht in der Lage, in die Tiefe der Probleme einzudringen²⁶.

Insgesamt scheint sich in der Diskussion um die Funktionen des Schmerzensgeldes eine rund 2500 Jahre alte Einsicht des Konfuzius zu bestätigen, wonach der Gebrauch von genau definierten Begriffen eine Grundvoraussetzung jeglicher fruchtbaren Kommunikation ist: „Zuerst müssen die Begriffe richtig definiert werden. Wenn die Begriffe nicht richtig bestimmt sind, stimmen die Aussagen nicht mit den Tatsachen überein; wenn die Aussagen nicht mit den Tatsachen übereinstimmen, sind die Geschäfte schlecht zu führen, gedeiht keine Ordnung und Harmonie; wenn keine Ordnung und Harmonie gedeiht, wird Gerechtigkeit zur Willkür; wenn Gerechtigkeit zur Willkür wird, weiß das Volk nicht, wohin Hand und Fuß setzen“.

Nach dem Gesagten ist es wenig verwunderlich, dass die Doppelfunktion gerade in Grenzbereichen keine Antwort darauf geben kann, wie das Schmerzensgeld zu bemessen ist. So versagt eine Doppelfunktion, die voraussetzt, dass der Geschädigte einen Ausgleich oder eine Genugtuung, welchen Inhalts auch immer, wahrnehmen kann, gerade in den schwierigen Grenzfällen, in denen der Geschädigte seiner Wahrnehmungsfähigkeit beraubt oder bereits verstorben ist²⁷.

Um auch in den Fällen einen Schmerzensgeldanspruch nicht versagen zu müssen, in denen der Verletzte keiner

²³ BGH ZfS 1995, 128; vgl. auch Müller, VersR 1993, 913

²⁴ Esser/Weyers, Schuldrecht II 2, 7. Aufl., 619

²⁵ Brinker, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, 23

²⁶ In diesem Sinne auch Pecher, AcP 1971, 77 ff; ders., AcP 1985, 386

²⁷ So ausdrücklich für die Fälle der Wahrnehmungsunfähigkeit BGH NJW 1993, 1531

Wahrnehmung mehr fähig ist, hat der BGH zunächst auf Grund eines „nicht notwendig pönalen, verfeinerten Sühnegedankens im Sinne der gesetzlichen Regelung“, den er in einem Bereich ansiedelte, „in dem sich Ausgleich und Genugtuung überschneiden“, das Erfordernis gesehen, dass eine schwere Beeinträchtigung nicht ohne wenigstens zeichenhafte Wiedergutmachung bleibt²⁸. Nach dieser sogenannten zeichenhaften Sühnefunktion sollte den Schädiger ein fühlbares Opfer treffen, ohne dass sich die zugesprochenen Beträge an denen orientieren müssen, die bei Empfindungsfähigkeit zugesprochen werden.

Wie schon die wenigen Zitate andeuten, konnte mit der zeichenhaften Sühnefunktion, die nach dem BGH irgendwo zwischen Ausgleich und Genugtuung angesiedelt ist, wenig zu einer Verdeutlichung des Inhaltes der Schmerzensgeldfunktionen beigetragen werden. Was genau mit der Formulierung gemeint ist, ist bei heute das Geheimnis des BGH geblieben²⁹. Schwer verständlich ist die Einordnung der zeichenhaften Sühnefunktion irgendwo zwischen Ausgleich und Genugtuung durch den BGH auch schon deshalb, weil der Ausgleichsgedanke nach dem BGH in den Fällen der Wahrnehmungsunfähigkeit gar nicht zum Tragen kommt³⁰.

Mittels der zeichenhaften Sühnefunktion hätte wohl auch in den Fällen, in denen der Geschädigte alsbald an seiner Verletzung stirbt, eine Entschädigung zugesprochen werden können. In neuerer Zeit hat der BGH seine Rechtsprechung jedoch ausdrücklich revidiert. Nach der jetzigen Rechtsprechung des BGH verstößt eine lediglich symbolhafte Entschädigung gegen den in Art 1, 2 GG zum Ausdruck gebrachten hohen Wert des Menschen³¹. Der BGH entschädigt in den Fällen, in denen der Geschädigte einer Wahrnehmung nicht mehr fähig, ist daher nunmehr auf Grund einer neuen Funktion, der „Würdefunktion³²“ des Schmerzensgeldes.

²⁸ BGH NJW 1976, 1147

²⁹ Bentert, das pönale Element, 74 m.w.N.; Ebel, VersR 1978, 205

³⁰ Ebenso Niemeyer, NJW 1976, 1792

³¹ BGHZ 120, 1

³² Begriff von Deutsch, NJW 1993, 784

In den Fällen des Verlustes der Wahrnehmungsfähigkeit sieht der BGH eine eigenständige Fallgruppe³³. Die Übernahme der nur für die Fälle der Wahrnehmungsunfähigkeit entwickelten Würdefunktion auf die Fälle, in denen das Schmerzensgeld wegen des Todes des Geschädigten dessen Erben zukommt, wäre daher fragwürdig. Dies, zumal dem bereits verstorbenen Verletzten der Schutz aus Art. 1, 2 GG nur noch sehr eingeschränkt zugute kommt³⁴.

Die auf der Würde des Menschen basierende Begründung für den Ersatz immaterieller Schäden ist abzulehnen³⁵. Die Würde des Menschen erfordert gerade nicht, dass eine schwere körperliche Schädigung in einem bestimmten Geldbetrag ausgedrückt wird. Vielmehr verbietet die Würde des Menschen eine direkte Bewertung der dem Menschen zukommenden immateriellen Werte in Geld, so dass jede Entschädigung für diese Werte letztlich nur symbolhaft sein kann.

Auch ist die Entscheidung des BGH vor dem Hintergrund der massiven Kritik gegen die bisherige Rechtsprechung durch die Behindertenverbände zu sehen. Diese wandten sich gegen eine lediglich symbolhafte Entschädigung für wahrnehmungsunfähige Geschädigte³⁶. Die auf Grund der Würdefunktion gewährten Beträge sind keineswegs höher als die auf Grund der symbolhaften Sühnefunktion gewährten. Der BGH selbst weist in seiner Entscheidung darauf hin, dass der in der Vorinstanz symbolhaft zugesprochene Betrag nicht zu beanstanden ist³⁷. Es drängt sich der Eindruck auf, dass der BGH, um der Kritik der Behindertenverbände gerecht zu werden, lediglich Begriffskosmetik betrieben hat, eine Erhöhung der Schmerzensgeldbeträge aber nicht für erforderlich hält.

Ausgleichsfunktion, Genugtuungsfunktion sowie die später hinzugekommenen Begriffe zeichenhafte Sühnefunktion und Würdefunktion sind mithin inhaltlich zu unklar und deshalb

³³ BGHZ 120, 1

³⁴ Sachs-Höfling, Art. 1 GG, Rn 53 ff m.w.N.

³⁵ Vgl. auch unten 4.5.1.4

³⁶ Vgl. dazu den Hinweis auf die Äußerungen des Parlamentarischen Staatssekretärs Göhner in Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.10.1991, S. 2 bei Kern, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnesempfindungen, 452

³⁷ BGHZ 120, 1, 9

ungeeignet, um zu bestimmen, wie die Bemessung des Schmerzensgeldes in den Fällen des alsbaldigen Todes vorzunehmen ist³⁸. Zur Lösung der gestellten Aufgabe ist es erforderlich, losgelöst von den vom BGH verwandten Begriffen nach Kriterien zu suchen, an denen sich die Bemessung des Schmerzensgeldes ausrichten kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass auf die Rechtsprechung des BGH im folgenden nicht weiter einzugehen wäre. Vielmehr soll versucht werden, die Argumente des BGH von der bloßen Begrifflichkeit abzutrennen, um sie besser nachvollziehen und kritisch überprüfen zu können.

4.2. Entschädigungsfähigkeit immaterieller Schäden mittels Geld

Will man erörtern, wie der Ersatz immaterieller Schäden in Geld zu bemessen ist, stellt sich zunächst die Frage, ob immaterielle Schäden überhaupt einer Entschädigung in Geld zugänglich sind. Die Entschädigungsfähigkeit immaterieller Güter mittels Geld erscheint zweifelhaft, weil Geld und immaterielle Güter einem Vergleich allenfalls sehr eingeschränkt zugänglich sind³⁹. Geld ist als wirtschaftliche Werteinheit das vom Gesetzgeber mit Annahmewang ausgestattete, gesetzliche Zahlungsmittel. Es erfüllt Funktionen als Zahlungs- oder Tauschmittel, Wertspeicherungs- und allgemeines Verrechnungsmittel. Ursprünglich wurden die Funktionen des Geldes durch Güter mit allgemeinem Gebrauchswert wie beispielsweise Vieh oder Getreide wahrgenommen. Zur Vereinfachung des Handels wurden die Funktionen des Geldes mit fortschreitender Entwicklung von geprägten Metallstücken, bedruckten Papierscheinen und zuletzt auch durch Buch- oder Giralgeld, welches jeglicher stofflichen Substanz entbehrt, wahrgenommen⁴⁰.

³⁸ Huber, NZV 1998, 346; Pecher, AcP 1971, 77 ff; ähnlich Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 46

³⁹ Kern, AcP 1991, 248 m.w.N.; Larenz/Canaris BT II 2, 590 f; Schneider, Schmerzensgeld, 27

⁴⁰ Escherle/Kaplaner, Neues Lexikon der Wirtschaft, 126

Da Geld letztlich nur einen Sachwert auszudrücken vermag (z.B. 1000 DM entsprechen einem Stück Vieh oder 50 DM entsprechen einem Zentner Getreide), müsste jede Bewertung eines Menschen in Geld auch diesen als Sachwert behandeln und auf diese Weise etwa den Wert eines Menschen dem einer gewissen Menge an Getreide gleichsetzen. Eine derartige Gleichstellung der dem Menschen zukommenden und durch ihn verkörperten immateriellen Werte mit Sachwerten verbietet sich auf Grund der durch Art. 1 GG bedingungslos geschützten Würde des Menschen. Die dem Menschen zukommenden immateriellen Güter sind mithin jeglicher Bewertung durch den Markt entzogen, sie sind kein veräußerbares Wirtschaftsgut⁴¹. Umgekehrt können immaterielle Güter wie Leben oder Gesundheit auch nicht durch Geld erkaufte werden. Man mag angesichts der zunehmenden Bedeutung materieller Werte zwar Zweifel an der alten Volksweisheit hegen, wonach Glück nicht käuflich ist. Bei genauer Betrachtung können durch Geld aber allenfalls die äußeren Umstände, die zu einem Glücksgefühl führen können, erkaufte werden. Gefühle an sich wie etwa das Glück selbst können ebensowenig erkaufte werden wie Leben oder Gesundheit.

Bereits im 18 Jh. hat Immanuel Kant in seinem berühmten Satz, wonach der Mensch eine „Würde“ hat und kraft ihrer „über allen Preis erhaben ist“, ähnliches zum Ausdruck gebracht⁴². Sehr anschaulich kommt die Unvergleichbarkeit von immateriellen Gütern und Geld auch in dem zu Beginn des 20. Jahrhunderts gebildeten Beispiel des spanischen Philosophen Miguel de Unamuno y Jugo zum Ausdruck⁴³: „Wenn bei einem Vergleich zwischen zwei Körpern, von denen einer eine Temperatur von zwei Grad Celsius, der andere nur ein Grad Celsius anzeigt, jemand sagen würde, dass der erste im Verhältnis zum zweiten die doppelte Wärme hat, würde er einen großen Fehler begehen, nämlich den Fehler, als absoluten Vergleichswert den Nullpunkt auf der Thermometerskala zu nehmen“. Wenn man

⁴¹ Busnelli, VersR 1987, 957 m.w.N; Donaldson, AcP 1966, 464

⁴² Zitat nach Larenz/Canaris BT II 2, 417

⁴³ Zitiert nach Busnelli, VersR 1987, 958 f

den absoluten Nullpunkt (als jenen in der Realität nicht wahrnehmbaren Punkt, an dem alle thermische Bewegung aufhört – fixiert bei 272 Grad unter Null des Celsius-Thermometers) mit Präzision bestimmt und als Vergleichspunkt nimmt, resultiert daraus, dass die Körper von jeweils ein und zwei Grad sich (in Wirklichkeit) 273 bzw. 274 Grad oberhalb des absoluten Nullpunkts befinden. Nach Unamuno würde man einen ähnlichen Fehler begehen, wenn man den Wert eines Menschen und seiner Persönlichkeit vom Nullpunkt unserer sozialen Skala aus bestimmen würde. Er folgert daraus, dass sich die Bewertung des Personenschadens sowohl der Heranziehung der Produktivität wie auch des Trugbildes des Konsums enthalten sollte. Sie müsse vielmehr „auf den festen Grund unseres Seins, auf das, was wir alle haben, das „Menschsein“ zurückgreifen.

Wenngleich sich auf Grund der Würde des Menschen eine Bewertung der ihm zukommenden immateriellen Werte in Geld verbietet, folgt daraus nicht, dass bereits eingetretene Verletzungen von immateriellen Rechtsgütern einer Entschädigung in Geld nicht zugänglich sind. Eine Entschädigung in Geld muss nicht zwingend die dem Menschen zukommenden immateriellen Werte an sich in Geld bewerten⁴⁴. Die Entschädigung kann vielmehr anderen sinnvollen Zwecksetzungen dienen⁴⁵. Ähnliche Erwägungen liegen auch der Rechtsprechung des BGH⁴⁶ zu den Fällen misslungener Abtreibungsversuche zu Grunde. Danach verbietet es sich zwar, die Geburt eines Menschen als Schaden anzusehen (so wie es sich generell verbietet, einen Menschen mit Geld zu bewerten). Gleichwohl kann aber Ersatz für die ungewollte, durch die planwidrige Geburt ausgelöste Belastung mit einer Unterhaltspflicht beansprucht werden⁴⁷ (ebenso, wie bei einer bereits eingetretenen Verletzung eine Geldentschädigung zulässig ist).

⁴⁴ Stoll, DJT-Gutachten, 143

⁴⁵ Pecher, AcP 1971, 44 ff; Rohmann, Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches, 132 f; Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, 14

⁴⁶ BGHZ 124, 129; dazu Giesen, JZ 1994, 286 ff

⁴⁷ Im Ergebnis ebenso BVerfGE 96, 375;

Der Gesetzgeber des BGB hat durch die Vorschrift des § 253 BGB zwar Bedenken gegen den Ersatz immaterieller Güter durch Geld zum Ausdruck gebracht, sich letztlich aber mit der Vorschrift des § 847 der Möglichkeit nicht verschlossen, immaterielle Schäden einer Entschädigung in Geld zugänglich zu machen. Das Gesetz fordert weder bei materiellen, noch bei immateriellen Schäden, dass diese einer direkten Bewertung in Geld zugänglich sein müssen. Für materielle Schäden ordnet § 251 einen Ersatz in Geld auch in den Fällen an, in denen das geschädigte Rechtsgut am Markt nicht beschafft werden kann, einer direkten Bewertung in Geld also nicht zugänglich ist. Der Hinweis auf die Unmöglichkeit der Wiederherstellung des früheren Zustandes ist mithin nicht geeignet, um den Geldersatz für immaterielle Schäden abzulehnen⁴⁸.

Der Ersatz immaterieller Rechtsgüter durch Geld ist somit nicht nur möglich, sondern vom Gesetzgeber, etwa unter den Voraussetzungen des § 847, zwingend vorgeschrieben. Da eine andere Möglichkeit der Entschädigung als die in Geld nicht zur Verfügung steht⁴⁹, ist die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung zu begrüßen. Zumal sich ein großes Bedürfnis gezeigt hat, immaterielle Rechtsgüter einer Entschädigung zugänglich zu machen. Auch in anderen Rechtsgebieten wie etwa dem Sozialrecht werden immaterielle Rechtsgüter durch Geld ersetzt. Sowohl nach europäischem Recht als auch nach den Rechtsordnungen der meisten anderen Rechtsstaaten werden immaterielle Schäden durch Geld entschädigt⁵⁰. Auch erschiene es paradox, einen Ersatzanspruch mit dem Argument zu versagen, der Geldersatz könne den hohen Schaden gar nie decken⁵¹.

⁴⁸ Gontard, DAR 1990, 376 m.w.N.; ähnlich auch E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 118 f

⁴⁹ Ebenso BGHZ 7, 226; Kötz, Deliktsrecht, 202; Schwerdtner, JuS 1978, 295

⁵⁰ Vgl. v. Bar, Schmerzensgeld in Europa, 27

⁵¹ Nörr, AcP 158, 2

4.3. Das Kriterium der Billigkeit zur Bemessung des immateriellen Schadens

Hinsichtlich der Schadensbemessung zwingt die Unvergleichbarkeit von Geld und immateriellen Rechtsgütern von herkömmlichen schadensrechtlichen Prinzipien Abstand zu nehmen und nach anderen Möglichkeiten der Bewertung von Schäden als die der Orientierung am Marktpreis eines Gutes zu suchen. Dies mag der Grund sein, weshalb bedeutende Autoren die Bewertung von Personenschäden als das schwierigste Problem im Bereich der zivilrechtlichen Wertung überhaupt ansehen⁵². Die Schwierigkeiten bei der Bewertung von immateriellen Schäden lassen sich zudem daran ablesen, dass die Diskussion um das Schmerzensgeld noch immer nicht zur Ruhe gekommen ist.

Mangels der Vergleichbarkeit von Geld und immateriellen Gütern hatte der Gesetzgeber die Möglichkeit, entweder feste Schmerzensgeldbeträge vorzugeben oder die Bemessung dem zur Entscheidung berufenen Gericht zu überlassen. Die Einführung von Gliedertaxen wie sie etwa im Sachsenspiegel zu finden waren lehnte der Gesetzgeber ab. Zudem wäre es dem Gesetzgeber kaum möglich gewesen, für sämtliche schmerzensgeldrelevanten Tatbestände besonders Vorsorge zu treffen⁵³. Eine gesetzliche Regelung kann daher nur die grundlegenden Maßstäbe vorgeben⁵⁴. Die Bemessung des Schmerzensgeldes im Einzelfall wurde infolgedessen der Rechtsprechung überlassen.

Gemäß § 847 muss die Höhe der Entschädigung der Billigkeit entsprechen. Weitere Anhaltspunkte für die Bemessung gibt § 847 nicht. Dem Begriff der Billigkeit wurden im Laufe der Zeit, innerhalb und außerhalb des Rechts, verschiedene Bedeutungen beigelegt⁵⁵.

⁵² Busnelli, VersR 1987, 952 m.w.N.; Stoll, DJT-Gutachten, 126; E. Lorenz, Grundsatz und Grenzen der Folgenzurechnung im Schadensersatzrecht, 251 führt allgemein aus, die Diskussion im Schadensrecht sei heute subtil und kompliziert geworden

⁵³ Diederichsen, AcP 1993, 419

⁵⁴ Diederichsen, AcP 1993, 419

⁵⁵ Erler/Kaufmann, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 413 ff; Gernhuber, Die Integrierte Billigkeit, 195 m.w.N.; ausführlich Henf, Billigkeit und zivilrichterliche Argumentation; Knöpfel, AcP 1956, 136 f; Thun und Hohenstein, Der Begriff „offenbar unbillig“ in § 319 I 1 BGB, 218 ff

Wie genau das zur Entscheidung berufene Gericht die Bemessung des Schmerzensgeldes anhand der Billigkeit vorzunehmen hat, ist durch Gesetzesauslegung zu ermitteln. Hierfür stehen verschiedene Auslegungsmethoden zur Verfügung. Zunächst soll im Wege einer historisch-teleologischen Auslegung untersucht werden, welchen Inhalt der BGB-Gesetzgeber dem Begriff der Billigkeit im Sinne des § 847 beigemessen hat. Das Verständnis des BGB-Gesetzgebers lässt sich am ehesten aus den parlamentarischen Erörterungen zu § 847 entnehmen; diese werden daher im folgenden kurz dargestellt:

Zunächst wollte die erste Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend Art. 1009 S.2 des Dresdener Entwurfs die Entscheidung darüber, ob und in welcher Höhe Ersatz für immaterielle Schäden zu leisten ist, den Landesgesetzen vorbehalten⁵⁶.

Infolge eines auf Planck zurückgehenden Antrages⁵⁷ entschloss sich die Kommission dann aber doch dazu, eine eigenständige Regelung über die Entschädigung für immaterielle Schäden in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen. Nach dem Willen der Kommission sollte für Körper- und Gesundheitsschäden „eine vom Richter nach freiem Ermessen zu bestimmende Entschädigung in Gelde“ gewährt werden⁵⁸. In der Begründung zu diesem Beschluss wird diese nach freiem Ermessen zu bestimmende Geldentschädigung nochmals als „eine vom Richter nach den Umständen des Falls zu bestimmende Geldentschädigung“ beschrieben⁵⁹.

Die Entschädigung für aus einer Freiheitsentziehung entstandene immaterielle Schäden sollte vorerst in einer separaten Vorschrift geregelt werden. Für Schädigungen wegen Freiheitsentziehung sollte nach dem Willen der ersten Kommission „nach freiem Ermessen eine billige Geldentschädigung“ gewährt werden⁶⁰. In der Begründung dazu

⁵⁶ Prot I 2792 (Jakobs/Schubert III, 1029)

⁵⁷ Prot I 2829 (Jakobs/Schubert III, 1046)

⁵⁸ Prot I 2834 (Jakobs/Schubert III, 1049)

⁵⁹ Prot I 2835 (Jakobs/Schubert III, 1049)

⁶⁰ Prot I 2841 (Jakobs/Schubert III, 1051)

wird diese Geldentschädigung als völlig gleich mit der Entschädigung für Körper- und Gesundheitsschäden angesehen und wiederholend als „angemessene, der freien richterlichen Beurteilung unterliegende Geldentschädigung“ beschrieben⁶¹.

In der Redaktionsvorlage wurden die Entschädigungen für immaterielle Schäden aus Verletzungen von Körper, Gesundheit sowie der Freiheit in einer Regelung zusammengefasst; danach sollte eine vom Gericht „nach freiem Ermessen zu ermittelnde Geldentschädigung“ zugesprochen werden⁶². Diese Regelung wurde als § 728 in den ersten Entwurf des BGB übernommen. Nach der Formulierung des ersten Entwurfs sollte „nach freiem Ermessen eine billige Geldentschädigung“ gewährt werden.

Die Vorkommission des Reichsjustizamtes änderte die Formulierung dahingehend, dass für die aufgeführten immateriellen Schäden eine „billige Geldentschädigung“ entrichtet werden sollte⁶³.

Diese Fassung wurde in die vorläufige Zusammenstellung der Beschlüsse der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs übernommen⁶⁴.

In der späteren Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktionskommission fand sich schließlich in § 714o die heute in § 847 BGB verwendete Formulierung, wonach bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen eine „billige Entschädigung in Geld“ verlangt werden kann⁶⁵.

Die Formulierungsänderungen sollten, wie sich aus den dargestellten Gesetzgebungsmaterialien entnehmen lässt, lediglich redaktionellen Charakter haben⁶⁶. Abweichungen in der Formulierung wurden offensichtlich für so unbedeutend gehalten, dass Erörterungen darüber kaum stattfanden⁶⁷.

⁶¹ Prot I 2842 (Jakobs/Schubert III, 1052)

⁶² Kommissionsentwurf zu § 722 (Jakobs/Schubert III, 1056)

⁶³ E I – RJA § 728 (Jakobs/Schubert III, 1067)

⁶⁴ E I – VorlZust § 728 (Jakobs/Schubert III, 1075)

⁶⁵ E I – ZustRedKom § 714 o (Jakobs/Schubert III, 1077)

⁶⁶ Jakobs/Schubert III, 1073; Mugdan II, 1119

⁶⁷ Vgl etwa den unter Änderung der Formulierung von Dziembowski gestellten Antrag (Jakobs/Schubert, 1078)

Billigkeit im Sinne von § 847 BGB ist nach dem Willen des Gesetzgebers folglich inhaltlich gleichzusetzen mit dem freien Ermessen des Gerichts⁶⁸, einer nach den Umständen des Falles zu bestimmenden Geldentschädigung, einer angemessenen, freien richterlichen Beurteilung.

Der Gesetzgeber versteht den Begriff der Billigkeit demnach im Gegensatz zum strengen Recht. Billig im Sinne des § 847 bedeutet nach dem Willen des Gesetzgebers, dass dem Richter in seiner Entscheidungsfindung ein gewisser Spielraum eingeräumt ist⁶⁹. Wie weit der den Gerichten eingeräumte Spielraum geht, soll Gegenstand der folgenden Erörterungen sein.

4.4. Inhalt des Ermessens bei der Bemessung des Schmerzensgeldes

Insbesondere der vom Gesetzgeber im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens synonym zur Billigkeit verwandte Begriff des freien Ermessens legt es nahe, die Bemessung des Schmerzensgeldes dem nicht weiter überprüfbareren Rechtsgefühl des Richters zu überlassen⁷⁰. Da das Rechtsgefühl des einen Richters aber nicht dem Rechtsgefühl des anderen Richters zu entsprechen braucht, wären bei einer Schmerzensgeldbemessung mittels des richterlichen Rechtsgefühls die unterschiedlichsten Entscheidungen zu erwarten. Dies, zumal in einer so schwer zu beantwortenden Frage wie der nach der Höhe des Schmerzensgeldes die jeweiligen Anschauungen sehr unterschiedlich sein können.

Bei erheblich voneinander abweichenden Entscheidungen müsste sich aber derjenige, zu dessen Lasten das Rechtsempfinden des jeweiligen Richters geht, als zufälliges Opfer der individuellen Wertentscheidung seines Richters vorkommen⁷¹. Eine dem freien Ermessen des Richters unterliegende Bemessung des Schmerzensgeldes würde nicht

⁶⁸ Vgl. dazu auch Nehlsen-v. Stryk, JZ 1987, 124

⁶⁹ Ebenso in anderen europäischen Rechtsordnungen, dazu Busnelli, VersR 1987, 954 f

⁷⁰ So wohl Honsell, VersR 1974, 205 ff

⁷¹ Vgl. BGH LM, § 847 Nr. 77 Bl. 2

nur wenig Akzeptanz in der Bevölkerung finden, sie würde zudem gegen grundlegende Verfassungsprinzipien verstoßen: Gemäß Art 20 III GG ist die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden. Letztendlich willkürliche Entscheidungen, weil vom jeweiligen Rechtsgefühl des Richters abhängig, sind damit nicht zu vereinbaren. Die Gerichte würden sich aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben. Sich also objektiv betrachtet der Bindung an Recht und Gesetz entziehen⁷². Des Weiteren verstoßen Gerichtsentscheidungen, die bei gleichem Sachverhalt und ohne sachlichen Grund Schmerzensgelder in ungleicher Höhe zusprechen, gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 GG⁷³.

Das Rechtsgefühl des Richters kann mithin allenfalls dazu dienen, einen Erkenntnisprozess in Gang zu setzen, indem es dazu veranlasst, nach den Gründen zu fragen, weshalb das auf dem Rechtsgefühl basierende Ergebnis als richtig angesehen wird. Keinesfalls kann das Rechtsgefühl des Richters die Richtigkeit eines Urteils begründen⁷⁴.

Um den Anforderungen des Grundgesetzes zu genügen, müssen willkürliche Entscheidungen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ausgeschlossen sein⁷⁵. Die Gerichte haben dementsprechend das ihnen bei der Schmerzensgeldbemessung eingeräumte Ermessen entsprechend den von der Rechtsgemeinschaft verbindlich vorgegebenen Wertungen auszuüben. Es hat mithin eine wertende Gesetzesauslegung entsprechend den grundlegenden Erkenntnissen der modernen Methodenlehre stattzufinden⁷⁶.

In seinem Beschluss vom 12.11.97 hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass die Vorschrift des § 847 dem Richter schon von jeher zur Entscheidung von

⁷² BVerfG, MDR 1998, 216 ff m.w.N.

⁷³ Siehe dazu unten 4.5.2.5

⁷⁴ Im Ergebnis wie hier, Donaldson, AcP 1966, 465 ff; Wieacker, Über strenge und unstrenge Verfahren der Rechtsfindung, 421 ff

⁷⁵ Ebenso schon BGH, LM § 847 Nr. 4; Merten, DVwBl 1975, 677 ff

⁷⁶ Rennert, NJW 1991, 16 m.w.N.; Schmidt-Salzer in Anmerkung zu BGH LM § 847, Nr. 89; Larenz/Canaris, Methodenlehre, 109 ff

Haftungsfragen gedient habe und deshalb als ausreichend bestimmt anzusehen sei⁷⁷. Auf die Vorgaben, die an das in § 847 eingeräumte Ermessen zu stellen sind, ist das Bundesverfassungsgericht allerdings nicht eingegangen. Es hat sich vielmehr auf den Hinweis beschränkt, die Auslegung des einfachen Gesetzesrechts einschließlich der Wahl der hierbei anzuwendenden Methode sei Sache der Fachgerichte und vom BVerfG nicht auf ihre Richtigkeit zu untersuchen. Das Bundesverfassungsgericht habe nur zu gewährleisten, dass bei der Auslegung die Anforderungen des GG eingehalten werden. Um die Aufgabenstellung dieser Arbeit bewältigen zu können, genügt aber der Hinweis, § 847 habe schon von jeher der Bemessung des Schmerzensgeldes gedient, nicht. Vielmehr ist erforderlich, die Ermessensvorgaben, d.h. die Kriterien, nach denen sich die Gerichte bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu richten haben, im einzelnen herauszuarbeiten⁷⁸.

Die Vorschrift des § 847 selbst gibt, anders als etwa die Vorschriften des BGB zur Bemessung von Unterhaltsansprüchen, keine Bemessungskriterien vor. Allgemeine Vorschriften bezüglich der Ermessensausübung, wie sie etwa in den §§ 46 ff StGB für das richterliche Ermessen bei der Strafzumessung zu finden sind, fehlen im Zivilrecht. Im Gegensatz zum Verwaltungsrecht haben sich im Zivilrecht auch keine allgemein anerkannten Vorgaben zur Ermessensausübung herausgebildet.

Fehlende gesetzliche oder dogmatische Vorgaben für die Ausübung von Ermessen im Zivilrecht mögen ein Grund für die großen Schwierigkeiten, die die Schmerzensgeldbemessung bereitet, sein. Dass, soweit ersichtlich, weder Lehre noch Rechtsprechung in allgemeiner Weise zu den Problemen der Ermessensausübung im Zivilrecht Stellung genommen haben, könnte daran liegen, dass in den wenigen zivilrechtlichen Ermessensvorschriften zumeist direkt Kriterien für die Ausübung des Ermessens vorgegeben sind. Beispielsweise ist

⁷⁷ BVerfG, MDR 1998, 216 ff, bestätigt durch BVerfG Beschluss vom 08.03.2000, NJW 2000, 2187

⁷⁸ Ähnlich Peters, VersR 1976, 1005, 1007

die Verteilung des Hausrats nach billigem Ermessen gemäß § 2 der HausratsVO in den §§ 3 – 10 HausratsVO näher geregelt. Für die Bemessung des Unterhalts nach der Scheidung geben die §§ 1569 ff mehrere Kriterien vor. Gleiches gilt für den Verwandtenunterhalt nach den §§ 1601 ff.

Zu den Problemen bei der Ermessensausübung kommt hinzu, dass das Zivilrecht Vorschriften, die eine wertende Entscheidung des Richters erfordern, reserviert gegenübersteht. Deutlich wird dies an der zahlreichen Kritik gegenüber Generalklauseln⁷⁹, die im Gegensatz zum Ermessen die Rechtsfolge zwar nicht ausdrücklich der Wertung des Richters überlassen, aber in ihrem Tatbestand Begriffe verwenden, die auf so hohem Abstraktionsniveau angesiedelt sind, dass ein eindeutig fassbarer Begriffskern nicht mehr vorhanden ist und daher nur eine wertende Entscheidung erfolgen kann⁸⁰.

Die durch verschiedene Vorschriften eingeräumte Möglichkeit zu einer wertenden Entscheidung wird kritisiert als ein Stück offengelassener Gesetzgebung, die zu einer Knochenerweichung des Gesetzes- und Rechtsbegriffs und deshalb zu willkürlichen Entscheidungen führen könne⁸¹. Der Kritik kann hinsichtlich der Bemessung des Schmerzensgeldes begegnet werden, indem dem Richter feste Kriterien, an denen er sein Ermessen ausrichten kann, zur Verfügung gestellt werden.

Da die Kriterien zur Bemessung des Schmerzensgeldes in § 847 nicht direkt zum Ausdruck kommen, muss bei der Auslegung auf die übrige Rechtsordnung sowie auf die Prinzipien, die dieser zu Grunde liegen, zurückgegriffen werden⁸². Die Auslegung des § 847 hat sich mithin harmonisch in die Rechtsordnung einzufügen. Bei der Ausübung seines Ermessens darf der Richter keine Erwägungen anstellen, die im Widerspruch zu der übrigen Rechtsordnung stehen. Bei der Ermessensausübung sind die Wertungen des allgemeinen

⁷⁹ Vgl. dazu Bueckling, ZRP 1983, 190 m.w.N.

⁸⁰ Allgemein zur Verwendung von Generalklauseln Weber, AcP 1992, 516 ff

⁸¹ Bueckling, ZRP 1983, 190 f mw.N.

⁸² Zur Anwendung von Prinzipien im heutigen Schadensrecht Schiemann, NZV 1996, 2

Schadensrechts und des übrigen Zivilrechts zu beachten. Den Prinzipien und Wertentscheidungen, die in den Grundrechten ihren Ausdruck gefunden haben, kommt wegen des Vorrangs der Verfassung eine gesteigerte Bedeutung zu. Es ist anerkannt, dass diese Prinzipien und Wertentscheidungen auch bei der Auslegung der einfachen Gesetze und bei der Konkretisierung von Generalklauseln zu beachten sind⁸³. Vor allem ein so wenig präzisiertes Ermessen, wie es § 847 einräumt, erfordert, dass die Ergebnisse der Auslegung mit dem Grundgesetz in Einklang stehen (verfassungskonforme Auslegung)⁸⁴. Insbesondere können vorliegend die Art. 1, 2, 3 und 14 GG sowie das Gebot der Verhältnismäßigkeit Anhaltspunkte für die Bemessung der billigen Entschädigung in Geld geben.

Bei der Suche nach den relevanten Kriterien für die Bemessung immaterieller Schäden scheint eine teleologische Auslegung besonders erfolgversprechend zu sein⁸⁵. Auch BGH und Schrifttum bedienen sich dieser Auslegungsmethode, wenn sie bei der Bemessung maßgeblich auf die Funktionen, also den Sinn und Zweck des Schmerzensgeldes abstellen⁸⁶.

Grundsätzlich sind im Rahmen der Billigkeit alle Umstände des Einzelfalles und sämtliche nachvollziehbaren Zwecksetzungen zu berücksichtigen⁸⁷. Grenzen ergeben sich sowohl in tatsächlicher, als auch in rechtlicher Hinsicht: Im tatsächlichen Bereich erfahren die zu berücksichtigenden Umstände eine Einschränkung, weil zum einen der Sachverhalt, den der Richter zur Grundlage seiner Entscheidung macht, bereits eine durch Vorverständnisse gefilterte Verkürzung des tatsächlichen Geschehensablaufs darstellt. Zum anderen sind einer sinnvollen Differenzierung im Rahmen der Billigkeit Grenzen gesetzt, weil es utopisch wäre, wollte man wirklich sämtliche Einzelumstände des zur Entscheidung anstehenden Falles in die Bewertung einbeziehen. Beispielsweise kann daher keine

⁸³ Larenz/Canaris, Methodenlehre, 159 ff, vgl. auch unten 4.5.1.4

⁸⁴ Vgl. dazu grundlegend BVerfGE 2, 266;

⁸⁵ Ott/Schäfer, JZ 1990, 565

⁸⁶ So ausdrücklich etwa BGHZ 7, 224

⁸⁷ BGHZ 18, 149; BGH NJW 1995, 781; Müller, VersR 1993, 915; Nixdorf, NZV 1996, 89

Berücksichtigung finden, dass das Schadensereignis statt an einem Montag an einem Dienstag geschah, weil sich daraus kein messbarer Einfluss auf das Schadensbild ergibt⁸⁸.

In rechtlicher Hinsicht ist vor allem das Willkürverbot zu beachten⁸⁹. Das heißt ein Umstand darf nur dann aus den ermessensrelevanten Kriterien ausgeschlossen werden, wenn sich anhand der Rechtsordnung begründen lässt, weshalb ein bestimmter Umstand keinen Eingang in das gerichtliche Ermessen finden darf. Umgekehrt darf ein Kriterium, dessen Beachtung die Rechtsordnung zwingend fordert, nicht aus dem Ermessen ausgeschlossen werden. Im Folgenden wird daher untersucht, welche Vorgaben die Rechtsordnung bezüglich der Bemessungskriterien für das Schmerzensgeld macht, um anschließend einzelne Umstände daraufhin zu überprüfen, ob sie im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigen sind.

Nach der Rechtsprechung des BGH handelt es sich beim Schmerzensgeld um einen einheitlichen Anspruch, dessen einzelne Funktionen (nach dem BGH Ausgleich und Genugtuung) nicht für sich gesondert festgesetzt und dann zusammengezogen werden dürfen⁹⁰. Wegen der Einheitlichkeit des Anspruchs auf Schmerzensgeld erschien es manchen Autoren zweifelhaft, ob die einzelnen Bemessungskriterien überhaupt einer gesonderten Betrachtung und Erörterung zugänglich sind⁹¹.

Für die wissenschaftliche Erörterung der billigen Entschädigung in Geld ist eine Auftrennung des Schmerzensgeldes in seine einzelnen Billigkeitselemente unerlässlich und mithin auch zulässig⁹². Nur so kann dem rechtsstaatlichen Gebot der Vorhersehbarkeit von Gerichtsentscheidungen und dem Bedürfnis nach deren Nachvollziehbarkeit Rechnung getragen werden⁹³. Dürften die der Bemessung des Schmerzensgeldes

⁸⁸ Knöpfel, AcP 1956, 137

⁸⁹ Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 3 GG Rn 2 ff

⁹⁰ BGH VersR 1961, 165; NJW 1995, 781

⁹¹ Vgl. dazu Kern, AcP 1991, 268; Lorenz, Schmerzensgeld für die durch eine unerlaubte Handlung wahrnehmungsunfähig gewordenen Verletzten?, 262

⁹² Für eine getrennte Betrachtung der Funktionen des Schmerzensgeldes etwa auch Cramer/Kindermann, DAR 1980, 36; Deutsch, Haftungsrecht, 574 f; Deutsch, JuS 1969, 197; Kern, AcP 1991, 247

⁹³ Vgl. Huber, NZV 1998, 350

zugrundeliegenden Kriterien nicht offen dargestellt werden, bliebe das Ergebnis des richterlichen Ermessens ein Mysterium⁹⁴. Die Rechtsprechung des BGH wurde teilweise zu Recht als „Vernebelungsprinzip“⁹⁵ bezeichnet, das zu einer Verschleierung des Gewichts der verschiedenen Bemessungskriterien geführt habe⁹⁶.

Bei dem Anspruch auf Schmerzensgeld handelt es sich mithin nur insoweit um einen einheitlichen Anspruch, als eine separate Festsetzung des Schmerzensgeldes auf Grund einzelner Ermessenskriterien und die anschließende Addition der sich daraus ergebenden Beträge abzulehnen ist⁹⁷. Sicherlich können angesichts der vielen möglichen Fallkonstellationen der Billigkeit entsprechende Entscheidungen nicht dadurch gefunden werden, dass für jedes erfüllte Ermessenskriterium eine gewisser Geldbetrag angenommen wird und die Summe daraus als der Billigkeit entsprechend angesehen wird. Die einzelnen Bemessungskriterien können je nach den konkreten Umständen eine unterschiedliche Bewertung erfordern. Auch stehen sie nicht beziehungslos nebeneinander, sondern in einem Wechselspiel⁹⁸.

4.5. Einzelne Kriterien der gerichtlichen Ermessensausübung bei der Bemessung des Ersatzes für immaterielle Schäden

4.5.1. Auf den Verletzten bezogene Bemessungskriterien

4.5.1.1. Verschaffung von angenehmen Empfindungen mittels durch Geld erkaufbarer Annehmlichkeiten

Immaterielle Rechtsgüter, also auch Empfindungen, können nicht durch Geld erkaufte werden; Schmerzen und Leiden

⁹⁴ Begriff verwandt von Huber, NZV 1998, 350; siehe auch Nehlsen-v. Stryk, JZ 1987, 125; Nixdorf, NZV 1996, 89

⁹⁵ Begriff verwandt von Huber, NZV 1998, 350

⁹⁶ So Donaldson, AcP 1966, 467

⁹⁷ Ähnlich Rohmann, die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches, 147 f; Stoll, DJT-Gutachten, 129

⁹⁸ Ähnlich BGHZ 18, 149, 167 f; Stoll, DJT-Gutachten, 129

können nicht rückgängig gemacht werden⁹⁹. Ein direkter Vergleich zwischen Gefühlen und Geld ist weder möglich noch zulässig¹⁰⁰. Bereits Otto v. Gierke¹⁰¹ hat aber darauf aufmerksam gemacht, dass Geld auch den Schlüssel für ideelle Genüsse bilde; es sei deshalb geeignet, das durch die Verletzung hervorgerufene Unlustgefühl durch ein Lustgefühl zu kompensieren¹⁰². Der Satz des russischen Dichters Fjodor Dostojewski „Geld ist geprägte Freiheit“ bringt dies auf den Punkt. Durch die Zwischenschaltung eines dritten Maßstabes, nämlich den erkaufbarer äußerer Umstände, die geeignet sind, um beim Verletzten angenehme Empfindungen zu erzeugen, lassen sich Gefühle danach zumindest mittelbar in Geld ausdrücken. Um angenehme Empfindungen in Geld ausdrücken zu können, bedarf es mithin eines dritten Maßstabes („tertium comparationis“) als Hilfsgröße¹⁰³. Die Höhe des Schmerzensgeldes ergibt sich dann aus dem Geldaufwand, der zur Schaffung der äußeren Umstände erforderlich ist, die geeignet sind, um beim Verletzten positive Gefühle in einem Maß auszulösen, das nach Art und Umfang den durch die Verletzung hervorgerufenen negativen Gefühlen entspricht. Als dritter Maßstab dienen mithin die auf dem Markt erkaufbaren Güter und Dienstleistungen. Diese sollen die durch die Verletzung hervorgerufenen negativen Gefühle kompensieren, indem sie dazu beitragen, die Lebensfreude des Verletzten zu steigern. Der Marktpreis der dazu erforderlichen Güter und Dienstleistungen dient dann mittelbar zur Bemessung der Entschädigung.

Eine derartige Bemessung des Schmerzensgeldes sieht sich verschiedenen Bedenken ausgesetzt. Menschliche Empfindungen sind äußerst komplex und wenig berechenbar; sie können individuell sehr unterschiedlich sein. Dies gilt zum

⁹⁹ Donaldson, AcP 1966, 468

¹⁰⁰ BGH NJW 1991, 1544; Brusiin, Zum Problem des immateriellen Schadens, 23 ff; vgl. auch oben 4.2

¹⁰¹ v. Gierke, Deutsches Privatrecht III, 93

¹⁰² Ausführlich auch Pecher, AcP 1971, 58 ff; Köndgen, Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden, 80 spricht insoweit von einer „Art Naturalrestitution zweiten Grades“

¹⁰³ Beier, MDR 1954, 591 f; Brinker, Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, 329; Ott/Schäfer, JZ 1990, 566

einen für die Entstehung und zum anderen für die Intensität eines positiven oder negativen Gefühls. So mag etwa die Fahrt in einer Achterbahn bei dem einen zu einem Glücksgefühl führen, während sie bei dem andern Angstgefühle hervorruft. Von dem einen Geschädigten mag eine bestimmte Verletzung als außerordentlich schmerzhaft empfunden werden, während sie von dem anderen nur als leicht unangenehm empfunden wird. Auch ist die Verarbeitung von Gefühlen individuell sehr unterschiedlich. Während der eine Geschädigte schnell über eine bestimmte Verletzung hinwegkommt, leidet der andere sehr lange unter ihr. Der objektive Befund muss also nicht mit dem Schmerzempfinden korrespondieren¹⁰⁴.

All diese subjektiv beeinflussten Faktoren, die, soweit ihre Erforschung im Rahmen des gerichtlichen Beweises überhaupt zulässig ist, schwer oder überhaupt nicht feststellbar sind, führen zu erheblichen Unsicherheiten bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nach dem hier zu erörternden Bemessungskriterium¹⁰⁵. Im Einzelfall lässt sich mittels des Kriteriums keine exakte Aussage darüber treffen, welches Ausmaß die durch das Schadensereignis hervorgerufenen negativen Empfindungen haben. Zudem lässt sich nicht genau bestimmen, welche erkaufbaren Annehmlichkeiten geeignet sind, um zu einer Kompensation der negativen Empfindungen mittels positiver Empfindungen zu gelangen. Auf Grund derselben Verletzung müssten, je nachdem auf welche Art dem jeweiligen Geschädigten Annehmlichkeiten in dem Maß der von ihm erlittenen negativen Gefühle verschafft werden können, Schmerzensgeldbeträge in unterschiedlichster Höhe zugesprochen werden. So ist etwa vorstellbar, dass die negativen Empfindungen auf Grund eines gebrochenen Beines bei dem einen durch eine kleine und kostengünstige Reise kompensiert werden können, während bei dem anderen dazu eine sehr teure Luxuskreuzfahrt erforderlich ist. Bei dauernden Beeinträchtigungen kann die Möglichkeit einer dauerhaften

¹⁰⁴ Bloemertz, Die Schmerzensgeldbegutachtung, 18 ff; Burmann, zfs 1994, 433 m.w.N.; Düben, Allgemeine Kriterien für die Bemessung des Schmerzensgeldes aus medizinischer Sicht; Jarosch/Müller/Piegler, Das Schmerzensgeld in medizinischer und Juristischer Sicht, 19

¹⁰⁵ Donaldson, AcP 1966, 468

Verschaffung von Lebensfreude mittels Geld in Frage gestellt werden. Unmöglich ist die Verschaffung von angenehmen Empfindungen mittels Geld in den Fällen, in denen der Verletzte finanziell so gestellt ist, dass ihm durch Geld keine weiteren Annehmlichkeiten mehr verschafft werden können, oder wenn der Verletzte keine Freude an materiellen Dingen hat. Ebenso wenn er zu angenehmen Empfindungen nicht mehr in der Lage ist.

Wegen den dargestellten Bedenken will eine Mindermeinung in der Literatur für Gefühlsschäden keine Entschädigung gewähren¹⁰⁶. Gefühle und Empfindungen sind danach keine ersatzfähigen immateriellen Schäden.

Trotz der Schwierigkeiten, menschliche Gefühle zu erfassen und in obiger Weise mittelbar in Geld auszudrücken, bietet das hier zu erörternde Kriterium eine, wenn auch ungenaue, Möglichkeit, immaterielle Schäden überhaupt einem Ausgleich zugänglich zu machen und in Geld auszudrücken. Das Recht der unerlaubten Handlungen, dem auch der Anspruch auf Schmerzensgeld zugehört, dient als eine Erscheinungsform der ausgleichenden Gerechtigkeit, der *iustitia commutativa*, in erster Linie der Funktion des Ausgleichs entstandener Schäden¹⁰⁷. Es stehen keine Kriterien zur Verfügung, anhand derer der Geldbedarf zur Kompensation der auf Grund des Schadensereignisses eingetretenen negativen Empfindungen genauer ermittelt werden könnte. Anhand des Geldbedarfs für die Verschaffung von angenehmen Empfindungen kann zumindest eine grobe Aussage über die Höhe des zur Kompensation erforderlichen Geldbetrages getroffen werden¹⁰⁸. Da die Bemessung des Ersatzes für immaterielle Schäden insgesamt schwer greifbar ist und nie absolut präzise erfolgen kann, sollte allein wegen der genannten Bedenken nicht auf dieses Bemessungskriterium verzichtet werden¹⁰⁹.

Der BGH hat sich ebenfalls gegen die Vorstellung gewandt, man könne einfach die Schmerzen mit den Freuden

¹⁰⁶ So E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“ 92, 116 ff

¹⁰⁷ Lange, VersR 1999, 276

¹⁰⁸ In diesem Sinne auch Esser/Weyers, Schuldrecht II 2, 250 f

¹⁰⁹ Schwerdtner, JuS 78, 295

saldieren¹¹⁰. Dennoch hält auch er Gefühlsschäden für ersatzfähige immaterielle Schäden. Er bestimmt die Höhe der zu leistenden Entschädigung vorrangig anhand des Geldbedarfs, der für die Verschaffung von Annehmlichkeiten erforderlich ist¹¹¹. Unter dem Begriff der Ausgleichsfunktion hat der BGH dieses Kriterium zunächst sogar als einzige Möglichkeit zur Bemessung des Geldersatzes für immaterielle Schäden angesehen: „Ein Maßstab für die Höhe des Schmerzensgeldes kann nur in dem Geldbedarf gefunden werden, der erforderlich ist, um dem Verletzten für die erlittenen Unlustgefühle und die entgangene Lebensfreude einen Ausgleich durch Gewährung von Daseinsfreude in einer den Umständen nach noch möglichen, anderen Form zu verschaffen“¹¹². Als tertium comparationis hat die Rechtsprechung beispielsweise den Marktpreis von Reisen, Theaterbesuchen, Kraftfahrzeugen¹¹³ oder auch nur der Möglichkeit, Geschenke machen zu können¹¹⁴, herangezogen. Worin der Verletzte dabei für seine Person im einzelnen den Sinn des Schmerzensgeldes als Ausgleich für die Einbußen an Lebensfreude sieht, muss er nicht darlegen; es genügt, dass ihm solche Möglichkeiten eröffnet werden¹¹⁵.

Die Literatur hat sich der Rechtsprechung weitgehend angeschlossen. Erwägenswert erscheint der Vorschlag, dem Geschädigten als Schmerzensgeld einen Betrag zuzusprechen, der normalerweise ausreicht, um dem Geschädigten, der eine bestimmte Verletzung erlitten hat, die gewöhnlich zur Kompensation ausreichenden Annehmlichkeiten zu verschaffen¹¹⁶. Mittels einer solchen Verobjektivierung des Abwägungsvorganges könnte den Unsicherheiten der Schadensbemessung auf Grund der in der Person des Geschädigten liegenden individuellen Besonderheiten begegnet

¹¹⁰ BGHZ 18, 156

¹¹¹ BGHZ 18, 149

¹¹² BGH LM, § 847 Nr. 4

¹¹³ BGH LM, § 847 Nr. 4

¹¹⁴ BGH NJW 1991, 1544

¹¹⁵ BGH NJW 1991, 1544

¹¹⁶ Henke, Die Schmerzensgeldtabelle, 7 ff; Hupfer, JZ 1977, 783; Knöpfel, AcP 1956, 135 ff, E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 51 ff

und dem allgemeinen Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung getragen werden.

Dem steht entgegen, dass auch sonst im Schadensrecht vom Schädiger in vollem Umfang Ersatz zu leisten ist, wenn individuelle Besonderheiten beim Verletzten zu einem besonders hohen Schaden geführt haben¹¹⁷. Wer einen gesundheitlich geschwächten Menschen verletzt, hat nach ständiger Rechtsprechung des BGH grundsätzlich kein Recht so gestellt zu werden, als habe er einen gesunden Menschen verletzt¹¹⁸. Größtmögliche Einzelfallgerechtigkeit lässt sich nur erzielen, wenn den jeweiligen Besonderheiten auch in der Person des Geschädigten soweit als möglich Rechnung getragen wird¹¹⁹.

Im Interesse einer einheitlichen Beantwortung der Frage nach der Berücksichtigungsfähigkeit von individuellen Besonderheiten beim Verletzten sowie einer möglichst großen Einzelfallgerechtigkeit ist eine vollständige Verobjektivierung der Bemessung des Geldersatzes für immaterielle Schäden mithin abzulehnen. Zumal dadurch letztlich Gliedertaxen eingeführt würden, die der Gesetzgeber mit der Aufhebung der §§ 113, 118 I b Preuß. ALR und des § 1497 Sächs. BGB gerade abschaffen wollte. Extreme individuelle Besonderheiten werden sich zudem zumeist nicht mehr im Rahmen adäquat kausaler Schadensverursachung bewegen und beeinflussen bereits deshalb die Schadensbemessung nicht.

Eine objektivierete Schadensbemessung kann aus diesen Gründen nur insoweit befürwortet werden, als die besonderen individuellen Umstände in der Person des Verletzten tatsächlich nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden können oder auf Grund überwiegender Interessen des Verletzten am Schutz seiner Privatsphäre nicht erörtert werden dürfen¹²⁰. In der Praxis kann dem Rechnung getragen werden, indem prima facie von einem objektivierten Sachverhalt mit normalen

¹¹⁷ BGH NJW 1996, 2426; Bentert, Das pönale Element, 80 ff; H. Lange, Schadensersatz, 129 ff; Schilcher, Theorie der sozialen Schadensverteilung, 25

¹¹⁸ BGH NJW 1974, 1510, m.w.N; Staudinger/Schiemann, § 249 Rn 32 ff.

¹¹⁹ Bentert, Das pönale Element, 80 ff

¹²⁰ Vgl. dazu E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 51 ff

Reaktionen des Verletzten ausgegangen wird. Nur wenn der Geschädigte besondere Umstände vorträgt und gegebenenfalls unter Beweis stellt, sind diese bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen¹²¹.

Soweit die Verschaffung von irgendwie gearteten Annehmlichkeiten noch möglich ist, kann der hierfür erforderliche Geldaufwand somit grundsätzlich zur Bemessung des Schmerzensgeldes herangezogen werden¹²².

Erkaufbare Annehmlichkeiten können jedoch nur dann positive Gefühle beim Geschädigten auslösen, wenn dieser fähig ist, Gefühle wahrzunehmen. In den im Rahmen dieser Arbeit zu erörternden Fallgruppen des alsbaldigen Todes sowie der Empfindungsunfähigkeit des Verletzten können positive Empfindungen allenfalls noch in der Zeitspanne bis zum Eintritt des Todes oder der Wahrnehmungsunfähigkeit verschafft werden. Die Bemessung des Schmerzensgeldes anhand des Geldaufwandes für erkaufbare Annehmlichkeiten scheidet daher in den hier zu erörternden Fällen zumeist aus.

Allenfalls könnte daran gedacht werden, dem Verletzten das Sterben dadurch zu erleichtern, dass ihm die Gewissheit gegeben wird, dass der Schädiger gegenüber den Erben des Verletzten einen Schmerzensgeldbetrag zu leisten hat. Dem Geschädigten mag es leichter fallen zu sterben, wenn er weiß, dass sich seine Erben an einem nicht unerheblichen Geldbetrag erfreuen können, oder dass derjenige, der für seinen Tod verantwortlich ist, mit einer Geldleistungspflicht belastet wird.

Der Versuch, auf diese Weise eine zumindest teilweise Kompensation der Leiden des Geschädigten zu erreichen, stößt aber auf durchgreifende Bedenken: Eine Linderung der Leiden anhand des Gefühls, dass auch dem Schädiger ein Übel zugefügt wird, verstößt, wie noch darzulegen ist¹²³, gegen Grundprinzipien des deutschen Rechts und ist daher unzulässig. Eine Leidensminderung des Geschädigten durch

¹²¹ So etwa auch BGH LM, § 847 Nr. 20

¹²² Huber, NZV 1998, 350 m.w.N.

¹²³ Siehe unten 4.5.1.3

das Bewusstsein, dass seine Erben einen Geldbetrag erhalten werden, ist zwar grundsätzlich möglich; eine Bemessung des Geldersatzes anhand dieser Überlegung ist aber mit derartigen Unsicherheiten belastet, dass schon eine grobe Eingrenzung des Betrages unmöglich erscheint. In den meisten Fällen wird ein tödlich Verletzter sich keine Gedanken um das finanzielle Wohlergehen seiner Erben machen. Ob und durch welche Geldsumme dem Geschädigten der Sterbevorgang erleichtert wird, wird sich zudem nur in den seltensten Fällen feststellen lassen. Durch die Vorschrift des § 844 ist die finanzielle Versorgung der gegenüber dem Getöteten unterhaltsberechtigten Personen sichergestellt. Da eine derartige Schadensbemessung mithin nur zu Unsicherheiten führt und auch nicht zu einer groben Festlegung eines bestimmten Betrages als Geldersatz für die Schädigung taugt, ist sie abzulehnen.

Grundsätzlich hat sich die Bemessung des Geldersatzes für immaterielle Schäden somit (auch) an dem Geldbedarf zu orientieren, der für die Verschaffung von Annehmlichkeiten zur Kompensation der negativen Empfindungen erforderlich ist. In den Fällen des alsbaldigen Todes des Verletzten kann dieses Kriterium zur Bemessung des Geldersatzes jedoch nicht mehr herangezogen werden.

4.5.1.2. Besänftigung des gekränkten Rechtsempfindens des Verletzten durch Erhalt einer Geldsumme unabhängig von der Belastung des Schädigers mit der Zahlung

Wie oben dargestellt können die bei dem Geschädigten durch das Schadensereignis ausgelösten negativen Empfindungen in gewissem Umfang kompensiert werden, indem diesem der Geldbedarf für die Verschaffung von erkaufbaren Annehmlichkeiten als Geldentschädigung gewährt wird. Eine Kompensation negativer Empfindungen kann auch bereits stattfinden, indem die Verletzung von der Rechtsordnung als so erheblich angesehen wird, dass sie nicht ersatzlos hingenommen werden muss. Vielfach wird der Geschädigte

eine Verletzung leichter ertragen und sich mit dieser eher abfinden, wenn ihm von der Rechtsordnung eine Entschädigung zuerkannt wird, die über den Ersatz des materiellen Schadens hinausgeht.

In Literatur und Rechtsprechung ist die Bemessung des Geldersatzes anhand dieses Kriteriums weitgehend anerkannt. Während Teile der Literatur dieses Kriterium, wohl wegen seiner Kompensationswirkung, als Teil einer „richtig verstandenen Ausgleichsfunktion“ ansehen¹²⁴, wird es vom BGH als Teil der Genugtuungsfunktion behandelt. Er führt aus, das Schmerzensgeld habe neben der Ausgleichsfunktion in zweiter Linie den Zweck, dem Geschädigten eine Genugtuung für das Unrecht zu bieten, das ihm der Täter schuldhaft zugefügt hat. Dabei komme es auf diese Wirkung in der Person des Verletzten an, und es sei unerheblich, ob die Zahlung des Schmerzensgeldes den Schädiger selbst fühlbar treffe. Denn dieses habe nicht den Charakter einer Strafe¹²⁵. Soll das Schmerzensgeld mithin dem Geschädigten das Gefühl der Verletzung nehmen, ohne dass es der Ausgleichsfunktion unterfällt, die nach dem BGH zumindest den Inhalt der Kompensation von negativen Empfindungen mittels erkaufbarer Annehmlichkeiten hat, und soll dieses Gefühl auch nicht dadurch hervorgerufen werden, dass der Geschädigte sieht, dass auch den Schädiger ein Übel trifft, dieser also bestraft wird, so kann es sich bei dieser Umschreibung der Genugtuungsfunktion nur um die Bemessung des Geldersatzes anhand des hier zu erörternden Kriteriums handeln. Unabhängig von seiner Zuordnung zu einer bestimmten Schmerzensgeldfunktion ist jedenfalls weitgehend anerkannt, dass sich die Bemessung des Geldersatzes daran ausrichten kann, inwieweit beim Geschädigten mittels des Geldersatzes das Gefühl der Verletzung gemildert werden kann¹²⁶.

¹²⁴ Honsell, VersR 1974, 206; Knöpfel, AcP 1956, 150; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 14; Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens, 55 f

¹²⁵ BGHZ 18, 155 f, BGH LM § 847 Nr. 94 Bl. 3, in diesem Sinne auch OLG Schleswig, MDR 1966, 926 f

¹²⁶ Vgl. oben 4.5.1.1

Gegenüber dem Kriterium der Verschaffung von positiven Gefühlen durch die Verschaffung von erkaufbaren Annehmlichkeiten kann anhand des hier zu erörternden Kriteriums auch in den Fällen, in denen der Geschädigte materiell so gestellt ist, dass ihm durch Geld keine zusätzlichen Annehmlichkeiten verschafft werden können, eine Schadensbemessung stattfinden. Im übrigen bestehen keine Unterschiede zu dem zuvor erörterten Bemessungskriterium. Die dort gemachten Ausführungen gelten entsprechend.

Die Bemessung des Geldersatzes hat sich mithin auch an den Summen auszurichten, die erforderlich sind, um beim Geschädigten das Gefühl der Verletzung zu mildern. In den Fällen des alsbaldigen Todes und des Verlusts der Wahrnehmungsfähigkeit kommt eine Bemessung anhand des erörterten Kriteriums jedoch nur noch in der Zeitspanne bis zum Eintritt des Todes oder der Wahrnehmungsunfähigkeit in Betracht.

4.5.1.3. Besänftigung des gekränkten Rechtsempfindens des Verletzten durch Belastung des Schädigers mit einer Geldleistungspflicht

Bei den beiden zuvor erörterten Bemessungskriterien sollen positive Gefühlsreaktionen des Geschädigten hervorgerufen werden, indem ihm erkaufbare Annehmlichkeiten verschafft werden, bzw. auch schon dadurch, dass seine Verletzung von der Rechtsordnung anerkannt wird und ihm eine Geldentschädigung nicht versagt bleibt. Eine positive Gefühlsreaktion kann auch durch die Befriedigung eines eventuell vorhandenen Rachebedürfnisses gegenüber dem Schädiger erfolgen. Das Bedürfnis nach Rache kann befriedigt werden, indem auch dem Schädiger ein Übel auferlegt wird¹²⁷. Die Verpflichtung zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in nicht unerheblicher Höhe kann für den Schädiger ein Übel darstellen. Sicherlich können eventuelle Rachegefühle des Geschädigten

¹²⁷ In diesem Sinne versteht etwa Stoll, DJT-Gutachten, 152 die Genugtuungsfunktion; vgl. auch die Nachweise bei Deutsch, Haftungsrecht, 571

durch das Bewusstsein befriedigt werden, dass den Schädiger eine nicht unerhebliche Zahlungspflicht trifft. Der Geschädigte mag in der Befriedigung seines Rachegefühls Trost finden und sich leichter mit seiner Verletzung abfinden. Fraglich ist jedoch bereits, ob die Befriedigung des Rachebedürfnisses des Geschädigten als legitime Zwecksetzung des Schadensrechts anzuerkennen ist.

Der BGH erkennt die Befriedigung des Rachebedürfnisses wohl als Zwecksetzung innerhalb des Begriffs der Genugtuungsfunktion an¹²⁸. Wenn der BGH die Genugtuung so umschreibt, dass in ihr noch etwas vom Charakter der Buße mitschwingt, weshalb den Schädiger ein fühlbares Opfer treffen solle¹²⁹, und er weiter ausführt, dass die Genugtuung wesentlich davon beeinflusst sei, dass beim Geschädigten subjektiv das Gefühl der Genugtuung hervorgerufen wird¹³⁰, dann ist damit wohl die Befriedigung eines Rachebedürfnisses des Geschädigten gemeint.

Teile der Literatur halten die Befriedigung des Rachebedürfnisses des Geschädigten ebenfalls für eine legitime Zwecksetzung des Zivilrechts und wollen dies durch eine Wiederbelebung des Privatstrafgedankens rechtfertigen¹³¹. Demgegenüber sehen große Teile der Literatur die Befriedigung des Rachebedürfnisses des Geschädigten dadurch, dass dem Schädiger ein Übel auferlegt wird, als unzulässig an, vor allem weil dadurch die Grenze zur öffentlich-rechtlichen Strafe überschritten sei¹³². Wohl um diesem Vorwurf zu begegnen, betont der BGH in seiner neueren Rechtsprechung dass es sich bei der Genugtuung um einen Teil des Schadensausgleichs handle¹³³. Die Einordnung des Kriteriums unter den Begriff des Ausgleichs bzw. der

¹²⁸ Ähnlich sehen Cramer/Kindermann, DAR 1980, 34

¹²⁹ BGHZ 18, 155

¹³⁰ BGH NJW 1976, 1147

¹³¹ Bentert, Das pönale Element, 88 ff m.w.N.; Grossfeld, Die Privatstrafe, 75 ff, 102 ff; Kern, AcP 1991, 262 ff

¹³² Köndgen, Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaten, 150; Kötz, Zur Reform der Schmerzensgeldhaftung, 392 f; MüKo/Stein, §847 Rn 3; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 14

¹³³ BGH LM § 847 Nr. 99

Genugtuung ist jedoch auf die Begrifflichkeit begrenzt und kann eine abweichende Bewertung nicht rechtfertigen.

Obwohl der BGH stets bemüht ist zu betonen, dass die Bemessung des Schmerzensgeldes anhand der Genugtuungsfunktion keine Strafe darstellen soll¹³⁴, lässt sich zumindest eine bedenkliche Nähe zur Kriminalstrafe nicht von der Hand weisen. Ob dadurch die Grenze zum Strafrecht überschritten wird und ob, wie vielfach vertreten, damit Art 103 GG verletzt ist¹³⁵, kann aber dahinstehen, wenn die Befriedigung eines Rachebedürfnisses bereits aus anderen Gründen nicht zur Bemessung des Schmerzensgeldes herangezogen werden darf.

In der Befriedigung des Rachebedürfnisses ist bereits deshalb eine unzulässige Strafe zu sehen, weil Rache selbst im Strafrecht kein zulässiger Strafgrund ist. Nach modernem Strafrechtsverständnis ist das Rachebedürfnis des Geschädigten kein Gesichtspunkt, der Einfluss auf die Bemessung der Strafe haben darf¹³⁶. Zudem darf die Befriedigung eines Rachegefühls in einer von christlichen Gedanken geprägten Rechtsordnung, die Rache sogar als niedrigen Beweggrund im Sinne des § 211 StGB ansieht¹³⁷, nicht als Motiv für eine gesetzliche Regelung herangezogen werden.

Das Schmerzensgeld kann mithin nicht isoliert an der Höhe einer Zahlungsverpflichtung ausgerichtet werden, die den Schädiger derart belastet, dass sie von ihm als Übel empfunden wird.

4.5.1.4. Der hohe Stellenwert der Würde des Menschen als Bemessungskriterium

Die Würde des Menschen ist oberster Wert des Grundgesetzes und tragendes Konstitutionsprinzip¹³⁸. Sie wird in Art 1 I GG für

¹³⁴ Etwa BGH LM § 847 Nr. 94 Bl. 3 m.w.N.

¹³⁵ Vgl. dazu unten 4.5.2.1

¹³⁶ Dreher/Tröndle/Fischer, StGB § 46 Rn 3a; Schönke/Schröder/Stree, StGB Vorbem §§ 38 ff Rn 18a

¹³⁷ BGH NJW 1958, 189

¹³⁸ Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art.1 GG Rn 1 m.w.N.

unantastbar erklärt und von der Ewigkeitsgarantie des Art. 79 III GG abgesichert. Im Hinblick auf die Bemessung des Schmerzensgeldes stellt sich daher die Frage ob dieser hohe Stellenwert, der dem menschlichen Dasein einzuräumen ist, direkten Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes hat und ob etwa bestimmte Mindestbeträge als Schmerzensgeld zu gewähren sind, um dem Achtungsanspruch des Menschen Rechnung zu tragen.

Voraussetzung hierfür wäre, dass die Grundrechte überhaupt Einfluss auf die Bemessung eines zivilrechtlichen Anspruches nehmen können. Gegen einen Einfluss der Grundrechte auf einen zivilrechtlichen Anspruch spricht, dass die Grundrechte als subjektive Rechte primär Abwehrrechte gegen die staatlichen Gewalten sind. Eine Mindermeinung in der Literatur vertritt deshalb die Auffassung, die Grundrechte hätten keinen Einfluss auf das Privatrecht¹³⁹. Nach dem eindeutigen Wortlaut des Art 1 III GG sind jedoch auch der Privatrechtsgesetzgeber und die Privatrechtsrechtsprechung an die Grundrechte gebunden¹⁴⁰. Insbesondere kann vorliegend einer Drittwirkung der Grundrechte nicht die Privatautonomie mit dem Argument, der Betroffene habe sich mit einer etwa eintretenden Grundrechtsbeeinträchtigung einverstanden erklärt¹⁴¹, entgegengehalten werden. Beim Schmerzensgeldanspruch handelt es sich nämlich um einen deliktischen Anspruch, bei dem der Verletzte gerade nicht in den Eingriff eingewilligt hat. Zu Recht betont das BVerfG¹⁴² in ständiger Rechtsprechung, dass das Privatrecht, soweit es Spielräume belässt, im „Lichte der Grundrechte“ auszulegen sei. Die Grundrechte erlangen auf diese Weise mittelbare Bedeutung bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln¹⁴³. Diese mittelbare Drittwirkung der Grundrechte wird vom BGH¹⁴⁴ und

¹³⁹ Zu den versch. Positionen Katz, Staatsrecht, 294; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Vor Art 1 GG Rn 7

¹⁴⁰ Canaris, AcP 1984, 212; Hager, JZ 1994, 374; Merten, DVwBl 1975, 677 ff

¹⁴¹ Zu diesem Argument BVerfGE 81, 242, 253

¹⁴² BVerfGE 84, 192, 194 f; BVerfGE 73, 261, 269; grundlegend BVerfGE 7, 198, 205 ff

¹⁴³ Vgl. Canaris, AcP 1984, 222 ff sowie die Hinweise bei Hager, JZ 1994, 374; Pietzcker, Drittwirkung, Schutzpflicht, Eingriff, 345 ff; Ausführlich zur Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Schwabe AöR 1975, 442 ff

¹⁴⁴ BGH NJW 1986, 2944;

der ganz herrschenden Meinung in der Literatur¹⁴⁵ anerkannt. Teilweise wird auch eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte angenommen, weil die Grundrechte als objektive Wertordnung auch im Privatrecht direkt anzuwenden seien¹⁴⁶. Selbst wenn man mit der Rechtsprechung und der ganz h.M. von einer nur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht ausgeht, werden die Grundrechte im Rahmen unbestimmter Begriffe oder Generalklauseln für die Interpretation im Einzelfall bedeutsam¹⁴⁷. Im Rahmen der Auslegung des Begriffs der Billigkeit sind die Grundrechte mithin zu beachten. Die Auslegung des Begriffs der Billigkeit darf nicht im Widerspruch zum objektiven Gehalt der Grundrechte stehen.

Um in den im Rahmen dieser Arbeit relevanten Fällen des alsbaldigen Todes des Verletzten noch Beachtung finden zu können, muss die Menschenwürde auch solchen Geschädigten zukommen, die nach einer nur kurzen Zeitspanne versterben oder die Verletzung nicht oder nur eingeschränkt wahrnehmen können. Heute dürfte selbstverständlich sein, dass auch dem in seiner Wahrnehmung eingeschränkten wie auch dem wahrnehmungsunfähigen Menschen in vollem Umfang Menschenwürde zukommt¹⁴⁸. Unabhängig von religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen, über die dem Staat ein Urteil ohnehin nicht zusteht, gilt dies in jeder Phase bis zum Tod des Verletzten. Jedem Rest des Menschseins kommt mithin Menschenwürde zu¹⁴⁹. Auch über den Tod hinaus wirkt der Wert- und Achtungsanspruch des Menschen fort¹⁵⁰. Er ist dann jedoch nicht mehr unantastbar, sondern kann im Rahmen

¹⁴⁵ Canaris, AcP 1984, 210 ff; Canaris, JZ 1987, 993; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 156 ff; Medicus, AcP 1992, 43 ff; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Vor Art 1 GG Rn 10; zur Mindermeinung vgl. die Nachweise bei Canaris AcP 1984, 203

¹⁴⁶ So etwa (noch) BAG JZ 1973, 376; Hager, JZ 1994, 373 ff

¹⁴⁷ Grundlegend BVerfGE 7, 198, 206; Medicus, AcP 1992, 43

¹⁴⁸ BVerfGE 39, 1, 41; vgl. auch Kern, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistige Fähigkeiten und Sinnesempfindungen, 455

¹⁴⁹ Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 1 GG Rn 1a

¹⁵⁰ BGH JZ 1990, 37 mit Anm. Schack; Buschmann, NJW 1970, 2082 f m.w.N.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 1 GG Rn 17c

einer Güter- und Interessenabwägung eine Einschränkung erfahren¹⁵¹.

Grundsätzlich ist Art. 1 GG somit bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, auch in den im Rahmen dieser Arbeit zu erörternden Fällen, zu beachten. Ob Art.1 GG allerdings verletzt ist, wenn ein zu geringes oder gar überhaupt kein Schmerzensgeld gewährt wird, ist fraglich.

Art. 1 GG könnte verletzt sein, wenn die Würde des Menschen eine Entschädigung in bestimmter Höhe erfordert. Aus dem hohen Stellenwert, der der Menschenwürde in unserer Rechtsordnung zukommt, lässt sich jedoch nicht der Schluss ziehen, dass eine Verletzung derselben durch einen Geldbetrag in bestimmter Höhe abzugelten wäre¹⁵². Demgegenüber kann die Würde des Menschen aber verletzt sein, wenn das menschliche Dasein kommerzialisiert wird, indem ihm ein bestimmter Geldwert zugeordnet wird. Eine Kommerzialisierung liegt dabei unabhängig davon vor, wie hoch dieser Geldbetrag ist. Eine ähnliche Sichtweise mag auch der BGB-Gesetzgeber gehabt haben, wenn er seine Zurückhaltung gegenüber dem Ersatz immaterieller Werte unter anderem damit begründete, dass es der herrschenden Volksauffassung widerstrebe materielle und immaterielle Güter auf die gleiche Stufe zu stellen¹⁵³. Immaterielle Werte sollten sicher nicht deshalb nur eingeschränkt ersatzfähig sein, weil sie eines Ersatzes nicht für würdig befunden wurden, sondern gerade deshalb, weil den immateriellen Werten ein so hoher Stellenwert eingeräumt wurde, dass sich der Ersatz durch materielle Güter als Missachtung der immateriellen Werte darstellen müsste¹⁵⁴. Auch schon vor Inkrafttreten des Grundgesetzes war die Würde des Menschen als selbstverständlich anerkannt¹⁵⁵. Im Grundgesetz wurde die Menschenwürde lediglich schriftlich fixiert. Auch unter der Geltung des Grundgesetzes hätte der

¹⁵¹ Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 96 ff m.w.N.

¹⁵² Lange, Schadensersatz – Richterrecht oder Gesetzesreform ?, 146; vgl. auch oben 4.2

¹⁵³ Vgl. Prot. Mugdan II, 517

¹⁵⁴ Lange, Schadensersatz – Richterrecht oder Gesetzesreform ?, 144; Lange, Schadensersatz, 450 f

¹⁵⁵ Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 1 GG Rn 3

BGB-Gesetzgeber sich mithin nicht für die Ersatzfähigkeit immaterieller Werte entscheiden müssen¹⁵⁶.

Art. 1 GG kann jedoch insoweit Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes haben, als die daraus herzuleitende Schutzpflicht¹⁵⁷ des Staates gegenüber Persönlichkeitswerten ein Schmerzensgeld in bestimmter Höhe erfordert, um das gebotene Minimum an Schutz zu gewähren. Bemessungskriterium wäre dann aber nicht die Würde des Menschen selbst sondern der zur Prävention von Eingriffen in die Menschenwürde erforderliche Geldbetrag. Ob der Schutzauftrag aber gerade durch das Zivilrecht zu erfüllen ist, unterliegt der Disposition des Gesetzgebers¹⁵⁸. Allenfalls wenn andere Möglichkeiten für den erforderlichen Schutz der Menschenwürde nicht zur Verfügung stünden, wäre das Zivilrecht zwingend als Mittel zum Schutz der Menschenwürde einzusetzen¹⁵⁹. Da dem Gesetzgeber mit dem Strafrecht jedoch wesentlich schärfere Sanktionen als die bloße Auferlegung einer Geldleistungspflicht zur Verfügung stehen und sich damit ein wirkungsvollerer Schutz erreichen lässt, ist dies nicht der Fall.

Gegen eine Heranziehung des Art. 1 GG zur Bemessung des Schmerzensgeldes spricht zudem, dass der Menschenwürdebegriff zu unscharf ist, als dass aus ihm eindeutige Ergebnisse hergeleitet werden könnten¹⁶⁰. Die direkte Heranziehung der Menschenwürde als Kriterium für die Bemessung immaterieller Schäden ist mithin abzulehnen.

Der BGH scheint in Art. 1 GG ein taugliches Kriterium zur Bemessung des Schmerzensgeldes zu sehen. In den Fällen der Wahrnehmungsunfähigkeit kommen weder die Ausgleichs- noch die Genugtuungsfunktion des BGH zum Tragen. Zunächst aus der Erwägung heraus, dass dem Verletzten wenigstens eine symbolische Wiedergutmachung zugebilligt werden

¹⁵⁶ Ebenso Kern, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistige Fähigkeiten und Sinnesempfindungen, 455

¹⁵⁷ Vgl. zur Schutzgebotsfunktion der Grundrechte BVerfG 39,1,42 ff; Canaris, AcP 184, 225 ff m.w.N.; Canaris, JuS 1989, 163 f; Hager, JZ 1994, 378; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Vor Art 1 GG Rn 2e

¹⁵⁸ Canaris, AcP 184, 231 f m.w.N.

¹⁵⁹ Hager, JZ 1994, 378

¹⁶⁰ Hilgendorf, Moralphilosophie und juristisches Denken, 280 ff; ähnlich Mincke, JZ 1980, 88

müsse, hat der BGH in den Fällen der Wahrnehmungsunfähigkeit gleichwohl die Zahlung eines Schmerzensgeldes für notwendig erachtet¹⁶¹. Nach neuerer Rechtsprechung lehnt der BGH in den Fällen des Verlustes der Empfindungsfähigkeit eine lediglich symbolhafte Bemessung des immateriellen Schadens ab¹⁶². Danach verbiete die Wertentscheidung des Art. 1 GG eine lediglich symbolhafte Bewertung derart schwerer Schäden. Die Einbuße der Persönlichkeit, der Verlust an personaler Qualität infolge schwerer Hirnschädigung stelle schon für sich, unabhängig davon, ob der Betroffene die Beeinträchtigung empfinde, einen auszugleichenden immateriellen Schaden dar. Mit dem hohen Wert, den das Grundgesetz der Persönlichkeit und Würde des Menschen beimisst, stehe es in unauflösbarem Widerspruch, wenn die weitgehende Zerstörung der Grundlagen für die Wahrnehmungs- und Empfindungsfähigkeit als Umstand angesehen würde, der das Schmerzensgeld mindern müsse¹⁶³. Ob der BGH nunmehr tatsächlich die Menschenwürde zur Bemessung des Schmerzensgeldes heranzieht, kann trotz seiner Ausführungen angezweifelt werden. Es ist die Vermutung geäußert worden, der BGH habe mit der Änderung seiner Rechtsprechung lediglich auf die Kritik der Behindertenverbände an einer nur symbolischen Entschädigung für Personen, die nicht mehr wahrnehmungsfähig sind, reagiert. Er habe ohne eine inhaltliche Änderung des Schmerzensgeldanspruchs lediglich Begriffskosmetik betrieben¹⁶⁴. Hierfür spricht vor allem, dass der BGH den in der angegriffenen OLG-Entscheidung zugesprochenen Schmerzensgeldbetrag, der sich mit 30.000,00 DM im Rahmen der üblichen Beträge hielt, die als symbolische Entschädigung zugesprochen wurden, nicht als rechtsfehlerhaft beurteilte. Die auf Grund der Würdefunktion

¹⁶¹ BGH NJW 1976, 1147

¹⁶² BGH NJW 1993, 782

¹⁶³ BGH NJW 1993, 782

¹⁶⁴ Kern, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistige Fähigkeiten und Sinnesempfindungen, 452

zugesprochenen Beträge entsprechen insgesamt etwa denen, die früher als symbolische Entschädigung zuerkannt wurden¹⁶⁵. Anzuzweifeln ist auch das Argument des BGH, wonach es ein nicht auflösbarer Widerspruch in sich sei, die Zerstörung der Grundlagen für die Wahrnehmungs- und Empfindungsfähigkeit als Umstand anzusehen, der das Schmerzensgeld mindern müsse¹⁶⁶. Insbesondere dann, wenn wegen des Verlustes der Wahrnehmungsfähigkeit bestimmte Funktionen des Schmerzensgeldes nicht mehr erfüllt werden können, kann es gerechtfertigt sein, geringere Schmerzensgeldbeträge zuzusprechen.

Zudem argumentiert der BGH, dass ein auf Grund der Wahrnehmungsunfähigkeit herabgesetztes Schmerzensgeld als nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung anzusehen sei¹⁶⁷. Daraus lässt sich jedoch keine Verletzung des Art. 1 GG sondern allenfalls des in Art. 3 niedergelegten Gleichheitssatzes herleiten¹⁶⁸. Der Gleichheitsgrundsatz lässt sich zwar aus der Menschenwürde ableiten, ist jedoch als spezielleres Grundrecht vorrangig zu prüfen.

4.5.1.5. Beachtung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes

Das Prinzip der Gleichbehandlung aller ist in einer Demokratie, in der jedem Menschen gleichermaßen Menschenwürde und Freiheit zukommt, ein selbstverständliches Postulat¹⁶⁹. An den Gleichheitssatz ist gemäß Art.1 III GG neben Gesetzgebung und vollziehender Gewalt auch die Rechtsprechung gebunden¹⁷⁰. Dementsprechend haben die Gerichte bei der Bemessung der Geldentschädigung für immaterielle Schäden nach Billigkeits Gesichtspunkten, also auch bei der Auslegung

¹⁶⁵ Vgl. dazu die Nachweise bei Huber, NZV 1998, 346

¹⁶⁶ Deutsch, NJW 1993, 784

¹⁶⁷ BGH NJW 1993, 782

¹⁶⁸ Ähnlich wie hier Kern, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistige Fähigkeiten und Sinnesempfindungen, 455

¹⁶⁹ BVerfGE 5, 205

¹⁷⁰ Hesse, Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Rechtsetzungsgleichheit, 121 m.w.N.; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art 1 GG Rn 19a

dessen, was billig im Sinne des § 847 bedeutet, den Gleichheitssatz des Art. 3 GG zu beachten. Grundsätzlich kommt mithin eine Verletzung des Art. 3 GG in Betracht, wenn Geschädigten, die einen Eingriff in ihre immateriellen Rechtsgüter erleiden mussten, Entschädigungssummen in unterschiedlicher Höhe zugesprochen werden.

Da es vollkommen identische Sachverhalte nicht gibt, sondern immer verschiedene Sachverhalte zur Beurteilung stehen, die unter einem oder mehreren Gesichtspunkten vergleichbar sein können, stellt sich die Frage, wann zwei unterschiedliche Sachverhalte sich so ähnlich sind, dass das Gebot der Gleichbehandlung eine unterschiedliche Behandlung dieser Sachverhalte verbietet, bzw. wann zwei Sachverhalte derart unterschiedlich sind, dass sie auch in rechtlicher Hinsicht unterschiedlich zu behandeln sind.

Ursprünglich hat das BVerfG diese Frage nach der sogenannten Willkürformel beantwortet. Der Gleichheitssatz ist danach erst dann verletzt, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt“¹⁷¹.

Später fand die Willkürformel eine Ergänzung durch die sog. neue Formel des Ersten Senats des BVerfG. Danach ist der Gleichheitssatz „vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und von solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten“¹⁷². Da eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes danach anhand von Verhältnismäßigkeitserwägungen zu überprüfen ist, wollen Teile der neueren Literatur ganz auf das Willkürverbot verzichten und es durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ersetzen¹⁷³.

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsanwendungsgleichheit unterliegen Gerichtsentscheidungen im Rahmen des

¹⁷¹ BVerfGE 1, 14, 52

¹⁷² BVerfGE 65, 104, 112; 75, 108, 157 ff

¹⁷³ Hesse, Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Rechtsetzungsgleichheit, 129 m.w.N.

Gleichheitssatzes jedoch auch weiterhin nur der Willkürkontrolle. Eine Verletzung des Art. 3 GG ist dabei erst dann gegeben, wenn die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mehr verständlich ist, es sich also um eine krasse Fehlentscheidung handelt¹⁷⁴. Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG liegt deshalb nicht schon dann vor, wenn Schmerzensgeldbeträge auf Grund veränderter Rechtsprechung oder verschiedener Auslegung und Anwendung des Begriffs der Billigkeit durch die verschiedenen Gerichte jeweils unterschiedlich hoch bemessen werden¹⁷⁵.

Eine Verletzung des Art.3 GG kommt nach der neuen Rechtsprechung des BVerfG jedoch auch dann in Betracht, wenn ein Gericht im Wege der Auslegung gesetzlicher Vorschriften zu einer dem Gesetzgeber verwehrt Differenzierung gelangt¹⁷⁶. Die einzelnen Differenzierungskriterien unterliegen daher, wenn sie im Wege der Auslegung durch die Gerichte gefunden werden, nicht nur der Willkürkontrolle sondern auch der Verhältnismäßigkeitskontrolle entsprechend der neuen Formel des BVerfG.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt eine angemessene Relation zwischen der Art und dem Gewicht der jeweiligen Unterschiede und Übereinstimmungen und der Art und dem Gewicht der Gründe, welche zu ihrer Gleich- bzw. Ungleichbehandlung geführt haben¹⁷⁷. Da die Anwendung eines bestimmten Kriteriums zur Bemessung des Schmerzensgeldes immer zu einer unterschiedlichen Behandlung führt, bedürfen die Bemessungskriterien mithin eines sachlichen Grundes, um nicht gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG zu verstoßen¹⁷⁸. Ein sachlicher Grund liegt dann vor, wenn die Ungleichbehandlung einen legitimen Zweck verfolgt und zur

¹⁷⁴ BVerfG, NJW 1993, 996 f

¹⁷⁵ BVerfG-Beschluss, NJW 2000, 2187

¹⁷⁶ BVerfGE 58, 369, 373 f; BVerfG-Beschluss, NJW 2000, 2187

¹⁷⁷ Vgl. Hesse, Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Rechtsetzungsgleichheit, 122

¹⁷⁸ BVerfGE 108, 157

Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig (i.e.S.) ist. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist insoweit nicht selbst Kriterium zur Bemessung des Schmerzensgeldes. Er ist jedoch im Rahmen der einzelnen Bemessungskriterien zwingend zu beachten¹⁷⁹.

4.5.2. Auf den Schädiger bezogene Bemessungskriterien

4.5.2.1. Bestrafung des Schädigers durch die Auferlegung eines diesen belastenden Vermögensopfers

Der Schädiger, der einen schmerzensgeldrelevanten Tatbestand erfüllt, begeht von der Rechtsordnung missbilligtes und oftmals auch strafrechtlich relevantes Unrecht. Es liegt deshalb nahe, der Missbilligung des Schädigerverhaltens dadurch Ausdruck zu verleihen, dass dem Schädiger eine Sühneleistung auferlegt wird, die von ihm als Übel empfunden wird und ihm so das Unrecht seines Verhaltens vor Augen führt. Neben anderen Möglichkeiten, dem Schädiger ein Übel zuzufügen, kann auch die Belastung mit einer Geldleistungspflicht vom Schädiger als Übel empfunden werden. Die Höhe des Geldbetrages, der erforderlich ist, um den Schädiger mit einem entsprechenden Übel zu belasten, könnte dann herangezogen werden, um die Höhe der Geldentschädigung für den immateriellen Schaden zu bestimmen. Eine Bemessung des Schmerzensgeldes anhand dieses Kriteriums wäre unabhängig davon, ob der Geschädigte noch wahrnehmungsfähig oder gar bereits verstorben ist. Zudem könnten etwa durch eine Bemessung der Strafe nach Tagessätzen, wie im Strafrecht, relativ genaue Beträge ermittelt werden. Ob ein Bemessungskriterium eines zivilrechtlichen Anspruchs jedoch den isolierten Zweck verfolgen darf, dem Schädiger ein Übel aufzuerlegen, ist zweifelhaft.

Wenn der BGH auch in den Fällen des Verlustes der Wahrnehmungsfähigkeit eine Geldentschädigung zuspricht und

¹⁷⁹ Vgl. auch unten 4.5.2.6

dies damit begründet, dass im Schmerzensgeldanspruch noch etwas vom Charakter der Buße mitschwingt und dass den Schädiger ein fühlbares Opfer treffen solle¹⁸⁰, so liegt darin zunächst eine Bestrafung des Schädigers. Ob Bemessungskriterium jedoch allein das dem Schädiger zuzufügende Übel ist, oder ob die Zufügung des Übels nur notwendiges Mittel zur Erreichung anderer Zwecke ist, kann dem noch nicht entnommen werden.

Gegen die Annahme eines isolierten Strafzweckes durch den BGH spricht, dass er ausdrücklich darauf verweist, dass das Schmerzensgeld keine Strafe sei¹⁸¹. Der BGH lehnt deshalb auch die Berücksichtigung einer erfolgten oder zu erwartenden strafrechtlichen Verurteilung bei der Bemessung des Schmerzensgeldes grundsätzlich ab¹⁸². Durch den zu leistenden Schmerzensgeldbetrag solle in den Fällen des Verlustes der Wahrnehmungsfähigkeit eine symbolische Wiedergutmachung bzw. nach neuerer Rechtsprechung ein Ausgleich für den Verlust an personaler Qualität in Folge schwerer Hirnschädigung erreicht werden. Hinter den Begriffen der symbolischen Wiedergutmachung bzw. des Ausgleichs könnte man eigenständige Bemessungskriterien sehen, wenn ein Ausgleich oder eine symbolische Wiedergutmachung in den Fällen der Wahrnehmungsfähigkeit noch irgendwie zu erreichen wären. Wiedergutmachung bzw. Schadensausgleich sind jedoch zumindest im Sinne der Verschaffung von Annehmlichkeiten bei einem Empfindungsunfähigen nicht mehr möglich. Da auch nach der Rechtsprechung des BGH es zum Schadensausgleich nicht genügt dem Geschädigten lediglich ein Bankkonto zu verschaffen¹⁸³, ist weder in der zeichenhaften Sühnefunktion noch der Würdefunktion ein über die Bestrafung des Schädigers hinausgehender Zweck enthalten. Andere Möglichkeiten des Schadensausgleichs oder einer auch nur symbolischen Wiedergutmachung sind nicht ersichtlich.

¹⁸⁰ BGH NJW 1976, 1147

¹⁸¹ BGHZ 118, 312, 338

¹⁸² BGH NJW 1995, 781; einschränkend BGH LM, § 847 Nr. 99

¹⁸³ BGH NJW 1976, 1147

In den Fällen der Wahrnehmungsunfähigkeit bemisst der BGH das Schmerzensgeld letztlich allein über das Kriterium der Übelzufügung beim Schädiger¹⁸⁴. Soweit dies in der Literatur erkannt wird, wird teilweise gefordert den Gedanken der Strafe offen anzuerkennen¹⁸⁵, überwiegend wird jedoch starke Kritik an einem Strafzweck des Schmerzensgeldes geübt¹⁸⁶.

Teile der Literatur wollen die Unzulässigkeit eines isolierten Strafzwecks mit einem Verstoß gegen den in Art. 103 III GG niedergelegten Grundsatz „ne bis in idem“ begründen¹⁸⁷. Das Verbot mehrfacher Bestrafung in Art. 103 GG bezieht sich jedoch ausdrücklich nur auf eine doppelte Bestrafung auf Grund der allgemeinen Strafgesetze. Bei der Vorschrift des § 847 handelt es sich nicht um ein allgemeines Strafgesetz, sondern um einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch. Im Verfassungsrecht ist daher allgemein anerkannt, dass Art. 103 III GG Schadensersatzverfahren, ebenso wie etwa Dienststrafverfahren, Ehrengerichtsverfahren, arbeitsgerichtliche Verfahren u.a. nach erfolgter „krimineller“ Bestrafung nicht ausschließt¹⁸⁸. Auch ist beispielsweise die Verhängung eines Bußgeldes neben der Kriminalstrafe zulässig¹⁸⁹. Ein Verstoß gegen Art. 103 III läge auch bei Anerkennung eines reinen Strafzweckes des Schmerzensgeldes somit nicht vor.

Ein weiterer Teil der Kritiker lehnt einen Strafzweck des Schmerzensgeldes ab, weil es dadurch zu einer unzulässigen Vermischung mit spezifisch strafrechtlichen Zwecksetzungen komme¹⁹⁰. Weshalb es unzulässig sein soll, wenn das Schmerzensgeld Strafcharakter erhält, und welche Zwecksetzungen dem Strafrecht überlassen werden sollten, lässt sich dem jedoch nicht entnehmen. Zudem stellt sich die Frage, ob die Grundvoraussetzung, von der diese Kritik

¹⁸⁴ Im Ergebnis wie hier Kern, AcP 1991, 255

¹⁸⁵ Kern, AcP 1991, 252 m.w.N.

¹⁸⁶ MüKo/Stein, § 847 Rn 3; Nehlsen-v. Stryk, JZ 1987, 119 ff; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 14; Thüsing, ZRP 2001, 127

¹⁸⁷ Böttcher, MDR 1963, 359 f; Hirsch, Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, 306

¹⁸⁸ BVerfGE 21, 378, 388; speziell für das Schmerzensgeld BVerfGE 34, 269, 293; Bentert, das pönale Element, 9 f m.w.N.; kritisch Fliedner, AÖR 1974, 242 ff

¹⁸⁹ Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art 103 GG Rn 11

¹⁹⁰ Hirsch, Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, 306

ausgeht, nämlich dass das Strafrecht die Belastung des Täters mit einem Übel als Strafzweck anerkennt, überhaupt richtig ist. Zur Rechtfertigung von Strafe stehen sich im Strafrecht „relative“ und „absolute“ Straftheorien gegenüber¹⁹¹. Als „relativ“ werden die Straftheorien bezeichnet, nach denen die Strafe in Beziehung zu ihrer Wirkung steht („poena est relativa ad effectum“). Danach ist die Strafe durch ihre Wirkung auf den Delinquenten (Spezialprävention) und auf die Allgemeinheit (Generalprävention) gerechtfertigt. Im Gegensatz dazu stehen die „absoluten“ Straftheorien, wonach die Strafe unabhängig von ihrer Wirkung ist („poena est absoluta ab effectu“) und ihre Rechtfertigung ohne Rücksicht auf irgendwelche Wirkungen beim Delinquenten oder der Allgemeinheit allein in dem Strafzweck einer wie auch immer gedeuteten Vergeltung findet. Nach der Vereinigungstheorie, die sich im modernen Strafrecht durchgesetzt hat, können nur die präventiven Wirkungen die Strafe begründen. Die Schuld des Täters dagegen kann die Strafe nur begrenzen. Eine Bestrafung des Täters als Selbstzweck ist mithin nach modernem Strafrechtsverständnis unzulässig¹⁹².

Hinter dieser Sichtweise des Strafrechts steht die gleichermaßen im Zivilrecht geltende Abwägung, wonach der in der Strafe liegende Eingriff in die Grund- und Menschenrechte des Täters einer Rechtfertigung bedarf und die Strafe als Selbstzweck einen solchen Eingriff nicht rechtfertigen kann¹⁹³. Demgegenüber kann das Interesse am Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Unrechtstaten im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung ergeben, dass zu diesem Zweck in die Rechte des Schädigers eingegriffen werden darf, dass der Eingriff mithin gerechtfertigt und verhältnismäßig ist. Im Strafrecht erhält der Täter durch das in Art 103 II GG und in § 1 StGB niedergelegte Bestimmtheitsgebot zusätzlichen Schutz vor willkürlicher staatlicher Strafgewalt. Es gelten die Grundsätze „nulla poena sine lege“ und „ne bis in idem“. Einen

¹⁹¹ Vgl hierzu Bock, JuS 1994, 89 ff

¹⁹² Dreher/Tröndle/Fischer, § 46 StGB Rn 3a; Bock, JuS 1994, 95

¹⁹³ Schöke/Schröder/Stree, Vor § 38 Rn 1

vergleichbaren Schutz enthält das Zivilrecht nicht. Im Gegensatz zum Strafrecht ist es im Zivilrecht beispielsweise möglich, Vorschriften auch zu Lasten einer Partei analog anzuwenden.

Da es schon im Strafrecht unzulässig ist, dem Schädiger zum alleinigen Zweck der Bestrafung ein Übel aufzuerlegen, gilt dies erst recht im Zivilrecht.

Gegen die Zulässigkeit eines reinen Strafzwecks als Bemessungskriterium für das Schmerzensgeld spricht zudem der Wille des Gesetzgebers, wonach „moralische und strafrechtliche Erwägungen“ im Bereich des Schadensrechts abzulehnen sind¹⁹⁴. Der Anspruch auf Schmerzensgeld wurde unter anderem zwar deshalb in das BGB aufgenommen, weil dem Zivilrichter ebenso wie dem Strafrichter (nach den mittlerweile abgeschafften Vorschriften über die Buße) die Befugnis eingeräumt werden sollte, einen Entschädigungsanspruch für immaterielle Schäden zuzusprechen¹⁹⁵. Auf eine Qualifizierung des Anspruchs als Privatstrafe wurde jedoch bewusst verzichtet¹⁹⁶. Die Bemessung des Schmerzensgeldes kann somit nicht anhand eines reinen Vergeltungszweckes vorgenommen werden.

4.5.2.2. Einwirkung auf den Schädiger zur Verhinderung weiterer Unrechtshandlungen (Spezialprävention)

Wenn einem Schädiger eine von ihm als Übel empfundene Zahlungsverpflichtung auferlegt wird, kann damit bewirkt werden, dass sich der Schädiger in Zukunft der Rechtsordnung gemäß verhält, um weiteren Zahlungsverpflichtungen zu entgehen. Generell ist eine zivilrechtliche Zahlungsverpflichtung also geeignet, um einen Schädiger von weiteren Unrechtshandlungen abzuhalten, um also präventiv auf ihn einzuwirken¹⁹⁷. Die Höhe des hierzu erforderlichen

¹⁹⁴ Mot. Mugdan II, 12

¹⁹⁵ Mot. Mugdan II, 447

¹⁹⁶ Mot. Mugdan II, 448; vgl. auch Bentert, Das pönale Element, 16 f

¹⁹⁷ Zum Begriff der Prävention im Zivilrecht Lange, VersR 1999, 274 f

Geldbetrages könnte somit als Bemessungskriterium für den Ersatz immaterieller Schäden im Rahmen des § 847 dienen.

Da die Bemessung des Schmerzensgeldes anhand dieses Kriteriums auf eine Wirkung beim Schädiger abzielt, ist insoweit ohne Einfluss, ob der Geschädigte noch zu Empfindungen fähig ist oder gar bereits verstorben ist.

Dagegen ist eine spezialpräventive Wirkung des Schmerzensgeldes in den Fällen nicht möglich, in denen die Zahlungsverpflichtung entweder vom Schädiger nicht als Übel empfunden wird oder in denen dieses Übel nicht geeignet ist, um das künftige Verhalten des Schädigers zu beeinflussen. Eine Zahlungsverpflichtung stellt etwa kein Übel für den Schädiger dar, wenn in vollem Umfang eine Versicherung für ihn eintritt¹⁹⁸ oder wenn ihm auf Grund anderweitiger Verpflichtungen ohnehin nur noch der Pfändung nicht unterliegende Geldbeträge verbleiben. Zur Prävention ungeeignet ist eine Zahlungsverpflichtung ebenso dann, wenn eine Einwirkung auf den Täter nicht mehr notwendig ist, weil auch ohne die zivilrechtliche Zahlungsverpflichtung zu erwarten ist, dass sich der Schädiger künftig so verhält, dass weitere Schädigungen anderer auszuschließen sind. Vor allem bei einer Haftung auf Grund leichter Fahrlässigkeit, an die von den Gerichten insbesondere im Bereich des Straßenverkehrs nur geringe Anforderungen gestellt werden, wird der Schädiger vielfach schon allein auf Grund des Schadenseintritts sein künftiges Verhalten entsprechend ändern. Vielfach wird auch eine gleichzeitig verwirkte Kriminalstrafe ausreichen, um den Schädiger von weiteren Unrechtshandlungen abzuhalten.

In vielen Fällen kann mittels des Schmerzensgeldes also nicht oder nur eingeschränkt präventiv auf den Schädiger eingewirkt werden. Dieser Umstand alleine macht die Spezialprävention jedoch nicht generell zu einem untauglichen Kriterium für die Bemessung des Schmerzensgeldes. Insbesondere können die Versicherungen durch die Verwendung von Prämien- oder Rabattsystemen einen Teil des Schadens an den Schädiger

¹⁹⁸ Hupfer, JZ 1977, 784; siehe dazu auch unten 4.6.10

weitergeben und so dazu beitragen, dass das Schmerzensgeld eine spezialpräventive Wirkung entfalten kann¹⁹⁹. Die präventive Funktion wird durch einen bestehenden Versicherungsschutz lediglich eingeengt, nicht jedoch aufgehoben²⁰⁰.

Bedenken gegen die Spezialprävention als eigenständiges Kriterium zur Bemessung des Ersatzes bei immateriellen Schäden könnten sich ergeben, weil die Spezialprävention auch im Strafrecht als Strafzweck anerkannt ist und zur Bestimmung der Kriminalstrafe herangezogen wird. Wie ausgeführt, verstößt die Verfolgung von (auch) strafrechtlichen Zwecken mit den Mitteln des Zivilrechts jedoch auch dann nicht gegen Art. 103 GG, wenn wegen der gleichen Tat zusätzlich eine Kriminalstrafe verhängt wird²⁰¹. Eine eindeutige Funktionsteilung zwischen Straf- und Zivilrecht gibt es insoweit nicht; Überschneidungen sind möglich²⁰².

Dafür, dass Präventionszwecke nicht dem Strafrecht vorzubehalten sind, spricht auch die Überlegung, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, die in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Werte und Rechtsgüter auch gegenüber Verletzungen anderer Bürger zu schützen²⁰³. In der Wahl, mit welchen Mitteln er einen ausreichenden Schutz bewirken will, kommt dem Gesetzgeber ein sehr weiter Gestaltungs- und Konkretisierungsspielraum zu²⁰⁴. Der Gesetzgeber ist mithin nicht verpflichtet das verfassungsrechtlich gebotene Minimum an Schutz gerade über das Strafrecht zu gewähren; andererseits steht es ihm frei, seiner Schutzaufgabe mit den Mitteln des Zivilrechts nachzukommen. Das Strafrecht ist dabei nicht das primäre Mittel rechtlichen Schutzes, vielmehr lässt sich das gebotene Maß an Schutz in vielen Fällen auch und

¹⁹⁹ Motsch, JZ 1984, 218 f

²⁰⁰ Ebenso Bentert, Das pönale Element, 90 f; Kötz, Deliktsrecht, 54; Lange, Schadensersatz, 10; vgl. auch unten 4.6.10

²⁰¹ Vgl. oben 4.5.2.1

²⁰² Kern, AcP 1991, 264; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Vor Art 1 GG Rn 2e m.w.N.

²⁰³ Hermes, NJW 1990, 1765

²⁰⁴ BVerfGE 72, 155, 174; Medicus, AcP 1992, 55 ff

nicht zuletzt mit den mildereren Mitteln des Privatrechts bewirken²⁰⁵.

Auf Grund der genannten Bedenken gegen eine rein präventive Zwecksetzung des Schadensrechts wird ein Präventionszweck des Schmerzensgeldes teilweise nur subsidär, als erwünschtes Nebenprodukt des Ausgleichszwecks, anerkannt. Eine eigenständige Bedeutung wird ihm nicht zuerkannt²⁰⁶. Der BGH scheint sich dieser Ansicht angeschlossen zu haben²⁰⁷. Präventive Gesichtspunkte setzen Vermeidbarkeit für denjenigen voraus, auf den die Schmerzensgeldzahlung präventiv einwirken soll. Prävention ist mithin an das Verschulden des Schädigers gebunden. Da der BGH das Verschulden des Schädigers nunmehr nur noch in Fällen der Wahrnehmungsfähigkeit des Geschädigten berücksichtigt²⁰⁸, lehnt er, zumindest mittelbar, eine rein präventive Wirkungsweise des Schmerzensgeldes ab. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1992 hat der 11. ZS des BGH ein US-amerikanisches Urteil auf Strafschadensersatz wegen Verstoß gegen den *ordre public* sogar für nicht vollstreckbar erklärt²⁰⁹.

Zu Recht räumen dagegen zahlreiche Autoren dem Gedanken der Prävention eine wesentliche und legitime Rolle im Schadensersatzrecht ein²¹⁰. Ein eigenständiger Präventionszweck entspricht der Aufgabe, die die Verfasser des BGB dem Schadensrecht zugewiesen haben. Das Deliktsrecht soll „die Rechtskreise der Einzelnen, innerhalb deren sie ihre individuelle Freiheit entfalten und ihre Interessen verfolgen dürfen, voneinander abgrenzen“²¹¹. Die in den Rechtskreis des Einzelnen fallenden Rechtsgüter sollen mithin geschützt, Verletzungen soll präventiv vorgebeugt werden. Sieht man das

²⁰⁵ Hellmer, Zur Bedeutung der neuen Schmerzensgeldrechtsprechung für das Strafrecht, 665 ff; Hermes, NJW 1990, 1765

²⁰⁶ Lange, Schadensersatz, 9; Larenz, Schuldrecht I, 423 f; MüKo/Oetker, § 249 Rn 9

²⁰⁷ Steffen, ZRP 1996, 367

²⁰⁸ BGH NJW 1993, 782; vgl. dazu unten 4.6.8

²⁰⁹ BGH NJW 1992, 3096

²¹⁰ Bentert, Das pönale Element; Brüggemeier, Judizielle Schutzpolitik de lege lata 12 ff; Deutsch, JuS 1969, 200 ff; Deutsch, JZ 1970, 549; Diederichsen, AcP 182, 111 ff; Körner, NJW 2000, 241 ff; Kötz, Deliktsrecht, 49 ff; Lange, VersR 1999, 280 f; Motsch JZ 1984, 211 ff; Pecher, AcP 1971, 65; Rosengarten, NJW 1996, 1935; Thüsing, ZRP 2001, 127 f; Wagner, VersR 2000, 1307

Schadensrecht aus ökonomischer Sicht, so legitimiert es sich gerade aus seiner Präventivfunktion²¹².

Demgemäß steht der Präventionszweck auch in anderen Bereichen des Zivilrechts und speziell des Schadensrechts im Vordergrund²¹³: Im Zivilgesetzbuch der DDR hatte die vorbeugende Funktion sogar Vorrang vor der ausgleichenden²¹⁴. Die Rechtsprechung zur Auferlegung von Fangprämien an den Schädiger²¹⁵ lebt vom Gedanken der Prävention. In der Gema- Rechtsprechung des BGH²¹⁶ ist tragendes Element die Prävention. Die Rechtsprechung, wonach verzögerte Zahlungen zu einer Erhöhung des Schmerzensgeldes führen, verfolgt gegenüber den Versicherungen eindeutig präventive Zwecke²¹⁷. Ebenso steht bei der Vertragsstrafe die Prävention gegenüber vertragswidrigem Verhalten im Vordergrund²¹⁸. Das Benachteiligungsverbot des § 611 a enthält in Abs. 2 einen Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens, der vor allem auch der Prävention dienen soll²¹⁹. Entsprechendes gilt für den Ausschluss des Finderlohns wegen Unredlichkeit des Finders gem. § 971 II. Das auf Grund einer Richtlinie des Europäischen Parlaments am 30.06.2000 in Kraft getretene Fernabsatzgesetz verfolgt vor allem das Ziel, den Verbraucher vor irreführenden und aggressiven Verkaufsmethoden zu schützen und dient mithin der Prävention²²⁰. Im Bereich der Persönlichkeitsrechtsverletzungen ist die Präventivfunktion des Schmerzensgeldes allgemein anerkannt. Der Gedanke der Prävention steht dort absolut im Vordergrund²²¹. Die bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen zugesprochenen hohen

²¹¹ Mot. Mugdan II, 1073; vgl. dazu auch Nixdorf, NZV 1996, 89 m.w.N.

²¹² Taupitz, AcP 1996, 138 ff; speziell zum Schmerzensgeld aus ökonomischer Sicht und zur Präventivfunktion Ott/Schäfer, JZ 1990, 566; siehe auch unten 4.5.3.2

²¹³ Rosengarten, NJW 1996, 1936; Bentert, Das pönale Element, 58 ff

²¹⁴ Motsch JZ 1984, 211 ff m.w.N.; Nixdorf, NZV 1996, 89

²¹⁵ BGHZ 75, 238

²¹⁶ BGH NJW 1973, 96

²¹⁷ Rosengarten, NJW 1996, 1936

²¹⁸ Bentert, Das pönale Element, 114 ff

²¹⁹ EuGH NZA 1997, 645; Rosengarten, NJW 1996, 1937

²²⁰ Vehslage, ZAP 2000, 891 ff

²²¹ BGH NJW 1995, 865; Körner, NJW 2000, 241 ff; Lange, VersR 1999, 274; Ott/Schäfer, JZ 1990, 565; Steffen, Die Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, 723 ff; Stoll, DJT-Gutachten, 6

Schmerzensgeldbeträge lassen sich nur aus dem Gesichtspunkt der Prävention erklären²²². Der ehemalige Vorsitzende Richter am BGH Steffen bringt dies auf den Punkt. Er führt aus, das Schmerzensgeld solle ruhig schmerzen, nur so könne ansonsten zu befürchtenden, weiteren Persönlichkeitsrechtsverletzungen vorgebeugt werden²²³.

Der BGH begründet die präventive Funktion des Schmerzensgeldes bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte. Das von Art. 1, 2 GG gebotene Minimum an Schutz erfordere, Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts präventiv vorzubeugen. Da die Grundrechte allgemein gelten und nicht nur dem Bereich der Persönlichkeitsrechtsverletzungen vorzubehalten sind, kann die Argumentation des BGH auch für das Schmerzensgeld im allgemeinen herangezogen werden. Die körperliche Unversehrtheit und das Leben eines Menschen verdienen mindestens den gleichen Schutz wie das ihm zukommende allgemeine Persönlichkeitsrecht²²⁴.

Präventive Zwecksetzungen werden in den oben genannten Bereichen des Schadensrechts, insbesondere auch beim Schmerzensgeld für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, nahezu einhellig anerkannt. Nicht zuletzt, um der Bemessung des Schmerzensgeldes einheitliche Kriterien zu Grunde legen zu können, sollte der Präventionszweck bei der Bemessung des Schmerzensgeldes allgemein anerkannt werden²²⁵. Soweit möglich sind spezialpräventive Gesichtspunkte mithin zur Bemessung immaterieller Schäden heranzuziehen²²⁶.

²²² Kern, AcP 1991, 252

²²³ Steffen, ZRP 1996, 366 f

²²⁴ Ebenso etwa Lange, VersR 1999, 274

²²⁵ Diederichsen, AcP 1982, 112; Lange, VersR 1999, 280 f; Nixdorf, NZV 1996, 89

²²⁶ Im Ergebnis ebenso Kadner, ZEuP, 152; Körner, NJW 2000, 241 ff

4.5.2.3. Schutz des Schädigers vor existenzvernichtenden Geldleistungspflichten aus Art. 14 GG

In der Verpflichtung zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in nicht unerheblicher Höhe könnte ein Eingriff in den durch Art. 14 GG gewährleisteten Schutz des Eigentums liegen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²²⁷ wird das Vermögen als solches jedoch nicht durch Art. 14 GG geschützt; die Eigentumsgarantie erfasst nur einzelne Vermögensrechte, so dass die Eigentumsgarantie durch die Auferlegung von Geldleistungspflichten grundsätzlich nicht beeinträchtigt wird. Der Schutzbereich des Art. 14 GG wird durch die Auferlegung von Geldleistungspflichten mithin grundsätzlich nicht berührt²²⁸.

Eine Beeinträchtigung der Eigentumsgarantie durch die Auferlegung von Geldleistungspflichten anerkennt das Gericht erst, wenn die Geldleistungspflichten den Pflichtigen „übermäßig belasten“²²⁹. Hinter dieser Formel verbirgt sich nichts anderes als die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im engeren Sinn. Art. 14 GG ist mithin erst dann verletzt, wenn die Auferlegung der Geldleistungspflicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt. Eigentliches Bemessungskriterium ist dann jedoch nicht Art. 14 GG sondern der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit²³⁰.

4.5.2.4. Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG durch die Auferlegung von Geldleistungspflichten

Auch wenn die Auferlegung von Zahlungspflichten grundsätzlich nicht gegen Art 14 GG verstößt, so könnte darin doch ein Verstoß gegen die in Art. 2 I GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit liegen. Dieses Grundrecht ist allerdings nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung

²²⁷ BVerfGE 84, 212, 232 m.w.N.

²²⁸ Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 1071 f; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 14 GG Rn 3c

²²⁹ BVerfGE 23, 315; Canaris, JZ 1987, 996; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 14 GG Rn 4b

²³⁰ Vgl. zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unten 4.5.2.6

gewährleistet²³¹. Dazu zählen alle Rechtsnormen, die formell und materiell mit dem GG vereinbar sind, also auch § 847, solange seine Auslegung nicht gegen höherrangiges Verfassungsrecht verstößt. Ähnlich wie Art. 14 GG kann mithin auch Art. 2 I GG kein eigenständiges Kriterium zur Bemessung immaterieller Schäden entnommen werden, das über die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinaus geht.

4.5.2.5. Beachtung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes

Ebenso wie beim Geschädigten kann auch auf Seiten des Schädigers an einen Verstoß gegen Art. 3 GG gedacht werden, wenn verschiedene Schädiger Schmerzensgeld in unterschiedlicher Höhe zu bezahlen haben. Insoweit kann auf die Ausführungen zum Gleichheitssatz im Rahmen der auf den Geschädigten bezogenen Bemessungskriterien verwiesen werden²³². Eine Verletzung des Gleichheitssatzes auf Seiten des Schädigers liegt demnach erst dann vor, wenn die Höhe des Schmerzensgeldes im Einzelfall zu einer Ungleichbehandlung führt, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund vorliegt. Mithin dann, wenn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt ist.

4.5.2.6. Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besagt, dass das angewendete Mittel nicht stärker sein und der Eingriff nicht weiter gehen darf, als der damit verfolgte Zweck es rechtfertigt²³³. Er stellt sich mithin als Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee in ihrer Ausprägung des Prinzips des Maßvollen und Maßstabsgerechten dar²³⁴. Dementsprechend wird er vom Bundesverfassungsgericht aus dem in Art. 20 GG

²³¹ BVerfG MDR 1998, 218 m.w.N.

²³² Vgl. oben 4.5.1.5

²³³ Vgl. ausführlich zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Grabitz, AöR 1973, 568 ff; Stern, Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots

²³⁴ Larenz, Methodenlehre, 309 f

verankerten Rechtsstaatsprinzip abgeleitet und mit Verfassungsrang ausgestattet²³⁵. Seit dem Apothekenurteil²³⁶ wurde er zum festen Bestandteil der Überprüfung staatlichen Handelns im Hinblick auf dessen Verfassungsmäßigkeit. Im Verwaltungsrecht ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wiederkehrender Bestandteil von Rechtsnormen und bewirkt eine Bindung des Verwaltungsermessens. Wenn die Verwaltung rechtssetzend tätig wird oder auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung einen Einzelfall durch Verwaltungsakt regelt, hat sie stets den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten²³⁷.

Besonders intensive Eingriffe in die Grundrechte des Betroffenen können im Bereich des Strafrechts stattfinden. Das Strafrecht ist deshalb in besonderer Weise vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geprägt. So muss etwa der Strafrichter den ihm durch den Strafrahmen gegebenen Ermessensspielraum so ausfüllen, dass die verhängte Strafe in angemessenem Verhältnis zur Schwere der Tat und zur Schuld des Täters steht (§§ 46 ff StGB). Maßregeln der Besserung und Sicherung müssen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen (§ 62 StGB). Untersuchungshaft darf nicht angeordnet und muss aufgehoben werden, wenn sie zur Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht (§§ 112, 120 StPO). Schon mehrfach hatte das Bundesverfassungsgericht zu beurteilen, ob die Verhängung einer Strafe im Einzelfall dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt²³⁸. Das Strafverfahrensrecht wertet das Gericht als angewandtes Verfassungsrecht, weshalb der Strafrichter von den ihm durch die Strafprozeßordnung erteilten Ermächtigungen, Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Gebrauch machen dürfe²³⁹. Insoweit ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im

²³⁵ Vgl. etwa BVerfGE 20, 49 f

²³⁶ BVerfGE 7, 377

²³⁷ Grabitz, AöR 1973, 613 m.w.N.

²³⁸ BVerfGE 28, 50; 29, 316; 45, 187

²³⁹ BVerfGE 32, 383

gesamten Strafrecht als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu beachten²⁴⁰.

Ist sowohl im Strafrecht als auch in den übrigen Bereichen des öffentlichen Rechts der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit allgemein anerkannt, so findet er im Zivilrecht vergleichsweise wenig Beachtung. Nur selten wird gefordert, die Interessen des Schädigers im Einzelfall gegenüber denen des Geschädigten und der Allgemeinheit abzuwägen und ihnen damit größere Beachtung zu schenken²⁴¹.

Wenngleich vor allem im Bereich des § 242 häufig Verhältnismäßigkeitserwägungen angestellt werden, wird von bedeutenden Kommentaren darauf verwiesen, dass es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz gebe, wonach die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung in einem angemessenen Verhältnis zu deren Schwere stehen müssen²⁴². Insbesondere im Schadensrecht wird, ohne dass Verhältnismäßigkeitserwägungen angestellt würden, weitgehend hingenommen, dass selbst geringfügige Fahrlässigkeit zu Schadensersatzpflichten in existenzvernichtender Höhe führen kann (Grundsatz der Totalreparation)²⁴³.

Auch der Privatrechtsgesetzgeber ist jedoch an die Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip gebunden. Er hat mithin im Rahmen der Gesetzgebung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Gleiches gilt auch für den Richter, der die Normen des Privatrechts verfassungskonform auszulegen hat²⁴⁴. Im Ergebnis ist es nahezu gleichgültig, ob sich der Eingriff in die Rechte des Betroffenen auf eine Norm des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts stützt²⁴⁵. Zudem wird die Beachtung von Verhältnismäßigkeitserwägungen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes auch von den Art. 3

²⁴⁰ Schönke/Schröder/Stree, StGB Vorbem §§ 38 ff Rn 3

²⁴¹ Vgl. aber Canaris, JZ 1987, 1001; OLG Celle, JZ 1990, 294

²⁴² Palandt/Heinrichs, § 242 Rn 54 m.w.N.

²⁴³ Macke, DAR 2000, 507; Palandt/Heinrichs, Vor § 249 Rn 6; Soergel/Mertens, § 249 Rn 17;

Staudinger/Schiemann, § 249 Rn 1 ff; kritisch Schilcher, Theorie der sozialen Schadensverteilung, 21

²⁴⁴ Canaris, JZ 1987, 994 m.w.N.; Canaris, JuS 1989, 167 ff

²⁴⁵ Canaris, JZ 1987, 993

und 14 GG gefordert²⁴⁶. Das BVerfG sieht in der Begründung zivilrechtlicher Zahlungspflichten einen Eingriff in Art. 2 I GG und misst diese am Verhältnismäßigkeitsprinzip²⁴⁷. Auch das Bundesarbeitsgericht lässt sich von Verhältnismäßigkeitserwägungen leiten, wenn es den Verschuldensmaßstab des § 276 hinsichtlich der Haftung des Arbeitnehmers auf die Fälle der groben Fahrlässigkeit beschränkt und im Übrigen eine Haftungsmilderung entsprechend § 254 vornimmt²⁴⁸. Die im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmende Interessenabwägung entspricht zudem der Aufgabe des Deliktsrechts, die Rechtskreise der Rechtssubjekte voneinander abzugrenzen²⁴⁹.

Auch der BGH stellt in seiner Rechtsprechung zu § 847 Verhältnismäßigkeitserwägungen an, wenn er etwa den Grad des Verschuldens nicht nur im Hinblick auf die Reaktion des Verletzten schmerzensgelderhöhend berücksichtigt²⁵⁰, also die dem Schädiger auf Grund seines Verschuldens zumutbare Belastung durch die Geldleistungspflicht in den Bemessungsvorgang einbezieht. Der BGH verlangt explizit, dass der Schädiger durch die Schmerzensgeldzahlung nicht in schwere und nachhaltige Not gebracht wird bzw. dass ihm keine Leistung zugemutet wird, die seine wirtschaftliche Vernichtung zur Folge haben würde²⁵¹.

Nicht zuletzt sollte auf Verhältnismäßigkeitserwägungen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes auch deshalb nicht verzichtet werden, weil die Belastungen für den Schädiger auf Grund stetig ansteigender Schmerzensgeldbeträge immer größer werden können.

Soweit anerkannt wird, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch im Zivilrecht zu beachten ist, stellt sich die Frage, ob er wie im öffentlichen Recht als ungeschriebenes

²⁴⁶ Vgl. oben 4.5.1.5; 4.5.2.3

²⁴⁷ BVerfGE 57, 361, 378, 380; BVerfGE 63, 88, 109, 115

²⁴⁸ Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BAG VersR 1998, 895

²⁴⁹ Mot. Mugdan II, 1073

²⁵⁰ So schon BGHZ 18, 149, 158

²⁵¹ BGHZ 18, 149, 159; BGH LM, § 847 Nr. 56; ähnlich OLG Köln, VersR 1992, 330

Tatbestandsmerkmal sämtlichen Normen immanent ist, oder ob er lediglich über Generalklauseln und die Auslegung normativer Rechtsbegriffe Eingang in das Zivilrecht findet²⁵². Diese Frage kann hier offen bleiben, da Verhältnismäßigkeitserwägungen danach zumindest bei der Auslegung des Begriffs der Billigkeit als normativem Rechtsbegriff zu beachten sind.

Dem Schutz des Schuldners vor unverhältnismäßigen Belastungen dienen auch die allgemeinen Regeln über die Verjährung und den Vollstreckungsschutz²⁵³ sowie das neue Insolvenzrecht mit der Möglichkeit der Restschuldbefreiung²⁵⁴. Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist allein damit jedoch noch nicht genüge getan, denn diese Vorschriften bieten nur das in jedem Fall gebotene Minimum an Schutz und entbinden deshalb nicht davon, die konkret betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen²⁵⁵. Offensichtlich würde ein Schmerzensgeld in Höhe von 100.000 DM für eine leichte Verletzung nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen; dennoch greift der Vollstreckungsschutz hier nur dann ein, wenn der Schädiger durch die Höhe des Betrages in eine existenzbedrohende finanzielle Not geriete.

Verhältnismäßig ist ein Eingriff in die Rechte des Schädigers nur dann, wenn er zur Erreichung des damit verfolgten Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinn) ist²⁵⁶.

Geeignet ist ein Mittel, „wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann“²⁵⁷. Eine Schmerzensgeldzahlung entspricht mithin nur dann dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn die legitime Zwecksetzung eines bestimmten Bemessungskriteriums durch die Geldleistung zumindest gefördert werden kann. Kann der Zweck, der mit einem bestimmten Bemessungskriterium verfolgt werden soll,

²⁵² Canaris, JZ 1987, 1002; vgl. dazu auch oben.4.5.1.4

²⁵³ Knöpfel, AcP 1956, 151; Medicus, AcP 1992, 66

²⁵⁴ Macke, DAR 2000, 507

²⁵⁵ BGHZ 7, 223, 228 hält den Vollstreckungsschutz zum Schutz des Schuldners dagegen wohl für ausreichend

²⁵⁶ Vgl. etwa BVerfGE 28, 280; 30, 316

²⁵⁷ BVerfGE 33, 187

mittels Geld nicht oder nicht mehr erreicht werden, so ist das Schmerzensgeld insoweit ungeeignet und damit nicht verhältnismäßig.

Erforderlich ist das eingesetzte Mittel, wenn „nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel“ zur Verfügung steht²⁵⁸. Im Hinblick auf die verschiedenen Zwecksetzungen des Schmerzensgeldes ist ein milderer Mittel als die Auferlegung einer Geldleistungspflicht jedoch nicht ersichtlich.

Angemessen ist ein Mittel, wenn es den Betroffenen „nicht übermäßig belastet“ und für ihn „nicht unzumutbar“ ist²⁵⁹. Dabei kommt es auf einen Vergleich zwischen Zweck und Mittel an, die in ihrer Bedeutung gegeneinander abzuwägen sind und nicht außer Verhältnis zueinander stehen dürfen²⁶⁰. Im Rahmen des Schmerzensgeldes sind mithin die Interessen des Schädigers gegen die des Geschädigten und der Allgemeinheit abzuwägen. Verhältnismäßigkeitserwägungen allein können aber die Höhe des Schmerzensgeldes nicht festlegen, sie können nur zur Überprüfung dienen, ob der anhand der übrigen Bemessungskriterien gefundene Betrag im konkreten Fall nicht gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit verstößt²⁶¹.

Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ist sonach abzuwägen zwischen der Belastung für den Schädiger und dem Zweck, den das Schmerzensgeld erfüllen soll. Soweit der Geschädigte auf die Ersatzleistung nicht angewiesen ist oder die Ersatzleistung den Geschädigten nicht mehr erreicht, weil dieser bereits verstorben ist, sind vermehrt die Auswirkungen auf den Schädiger zu berücksichtigen²⁶².

²⁵⁸ BVerfGE 30, 316

²⁵⁹ BVerfGE 29, 235

²⁶⁰ Grabitz, AöR 1973, 575 m.w.N.

²⁶¹ Im Ergebnis ähnlich Kern, AcP 1991, 254

²⁶² In diesem Sinne auch Canaris, JZ 1987, 1001

4.5.3. Auf die Rechtsgemeinschaft bezogene Bemessungskriterien

4.5.3.1. Schutz der Rechtsgemeinschaft vor weiteren Schädigungen durch Abschreckung potentieller Schädiger (Generalprävention)

Ähnlich wie die Spezialprävention setzt auch die Generalprävention voraus, dass sich potentielle Schädiger durch das drohende Übel einer Geldleistungspflicht davon abhalten lassen Unrechtshandlungen zu begehen bzw. dazu angehalten werden, Schädigungen anderer zu vermeiden. Im Unterschied zur Spezialprävention ist Generalprävention jedoch auch dann möglich, wenn bei dem konkreten Schädiger eine präventive Wirkung durch das Schmerzensgeld nicht zu erreichen ist. Auch wenn auf den Schädiger selbst mittels des Schmerzensgeldes nicht eingewirkt werden kann, so kann durch die Zahlungsverpflichtung dennoch erreicht werden, dass sich andere dadurch abschrecken lassen. Im übrigen gelten hinsichtlich Zulässigkeit und Tauglichkeit der Generalprävention als Bemessungskriterium für das Schmerzensgeld die im Rahmen der Spezialprävention gemachten Ausführungen entsprechend²⁶³.

Durch die Verwendung von Prämien- oder Rabattsystemen können die Versicherungen dazu beitragen, dass sich die generalpräventive Zwecksetzung des Schmerzensgeldes auch dann verwirklichen lässt, wenn der Schädiger versichert ist²⁶⁴. Verzichten die Versicherungen auf die Verwendung solcher Beteiligungssysteme, so tragen sie damit dazu bei, dass die Präventionswirkung des Schmerzensgeldes in der Person des (potentiellen) Schädigers nicht erfüllt werden kann.

Kann auf Grund der Versicherung, die kein Prämien- oder Rabattsystem beinhaltet, auf den (potentiellen) Schädiger nicht direkt präventiv eingewirkt werden, sollte dieser Umstand der Versicherungsgesellschaft nicht in der Weise zugute kommen, dass der Präventionszweck nicht mehr zur Bemessung des

²⁶³ Vgl. oben 4.5.2.2

²⁶⁴ Vgl. unten 4.6.10

Schmerzensgeldes herangezogen wird. Auch in den Fällen, in denen die Versicherungen keine Beteiligung des Schädigers an der Entschädigungsleistung vorsehen, entfällt der Präventionszweck deshalb nicht; er richtet sich in diesen Fällen jedoch nicht gegen den Schädiger selbst, sondern gegen die Versicherung, indem er dazu veranlassen soll, ein solches System einzuführen²⁶⁵.

Zudem führen Zahlungen der Versicherungen letztlich zu höheren Haftpflichtprämien. Derjenige, der überlegt, sich ein Fahrzeug anzuschaffen, wird auch die Kosten der Versicherung in seine Erwägungen einbeziehen. Je höher die Versicherungsbeiträge sind, desto eher wird er auf die Anschaffung verzichten. Auch durch die Nichtanschaffung eines Fahrzeuges können Schäden vermieden werden, sodass letztlich jede Zahlung einer Versicherung zur Prävention von Schäden beiträgt²⁶⁶. Selbst wenn eine Versicherung in vollem Umfang den Schaden übernimmt, kann das Schmerzensgeld mithin noch präventive Wirkung entfalten²⁶⁷.

4.5.3.2. ökonomische Gesichtspunkte als Kriterium zur Bemessung des Schmerzensgeldes

Vor allem von der aus den USA übernommenen ökonomischen Analyse des Rechts werden ökonomische Gesichtspunkte bei der Gesetzesauslegung in den Vordergrund gestellt²⁶⁸. Nach dieser Theorie ist die ökonomisch effizienteste Lösung auch die rechtlich richtige. Dem ist insoweit zuzustimmen, als ökonomische Rationalität und Effizienz einen legitimen Aspekt wertender Gesetzesauslegung darstellen²⁶⁹. Ein absoluter Vorrang ökonomischer Aspekte ist jedoch abzulehnen und wird auch von den Anhängern der ökonomischen Analyse kaum noch befürwortet²⁷⁰. Bei der Bemessung des

²⁶⁵ Vgl. unten 4.6.10

²⁶⁶ Kötz, Deliktsrecht, 54

²⁶⁷ Im Ergebnis ebenso Bentert, Das pönale Element, 90 f; Kötz, Deliktsrecht, 54; Lange, Schadensersatz, 10

²⁶⁸ Zum Stand der Diskussion über die ökonomische Analyse des Rechts in Deutschland Eidenmüller, AcP 1997, 80 ff.; Horn, AcP 1976, 306 ff; Taupitz, AcP 1996, 114 ff

²⁶⁹ Ähnlich Taupitz, AcP 1996, 135 f

²⁷⁰ Taupitz, AcP 1996, 126 f m.w.N.; zu weitergehender Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts Kirchgässner, JZ 1991, 104 ff

Schmerzensgeldes sind ökonomische Gesichtspunkte mithin zu berücksichtigen, jedoch nicht allein maßgeblich. Soweit nicht andere Gesichtspunkte entgegenstehen, ist das Schmerzensgeld also so zu bemessen, dass möglichst geringe volkswirtschaftliche Kosten entstehen. Es ist deshalb auf eine volkswirtschaftlich richtige Verteilung der Kosten sowie auf eine möglichst hohe Präventionswirkung des Schmerzensgeldes zu achten, denn wo Schäden vermieden werden, werden zugleich Kosten dafür gespart²⁷¹.

Neben der präventiven Wirkung des Schmerzensgeldes finden sich in der Diskussion um das Schmerzensgeld ökonomische Erwägungen vor allem in der Diskussion um den Schutz der Rechtsgemeinschaft vor überhöhten Versicherungsbeiträgen. Schon 1976 hat der BGH die Befürchtung geäußert, ein zu reichlich bemessenes Schmerzensgeld könne zu einer Aufblähung des allgemeinen Schmerzensgeldgefüges führen, die der Versichertengemeinschaft nicht zugemutet werden dürfe²⁷². Die vermehrte Zubilligung von Schmerzensgeld sowie die Erhöhung der Schmerzensgeldbeträge führen, soweit Versicherungen für den Schädiger eintreten, zwangsläufig zur Erhöhung der Beiträge zu diesen Versicherungen. Insbesondere bei den Pflichtversicherungen der Fahrzeughalter und der Ärzte, die in vielen Fällen für Schmerzensgeldforderungen einzutreten haben, wäre eine Erhöhung der Beiträge und damit eine negative Auswirkung auf die Gesamtwirtschaft zu fürchten. Um bei schweren Verletzungen höhere Schmerzensgeldbeträge gewähren zu können, ohne damit die Gemeinschaft der Versicherten zu belasten, wurde vorgeschlagen die innerhalb Europas²⁷³ in Deutschland mit ca. 3.800 DM pro Sachschaden höchsten Aufwendungen für Sachschäden bei Straßenverkehrsunfällen zu kürzen²⁷⁴. Konkret wurde vorgeschlagen zugunsten höherer Schmerzensgeldbeträge für Schwerstverletzte die Versicherungsleistungen für den Ersatz von fiktiven

²⁷¹ Horn, AcP 1976, 324 ff; Ott/Schäfer, JZ 1990, 563 ff; Taupitz, AcP 1996, 138 ff

²⁷² BGH VersR 1976, 967, 968; ebenso BGH VersR 1986, 1973, 1974

²⁷³ Zur Regulierungspraxis in anderen EU-Ländern Janker ZRP 1997, 419 m.w.N.

²⁷⁴ Gas, VersR 1999, 261; Honsell, JuS 1985, 161 ff; Scheffen, NZV 1995, 218, 220

Reparaturkosten²⁷⁵, von Mietwagenkosten²⁷⁶, Nutzungsausfall²⁷⁷, Gutachterkosten, Wertminderung sowie Auslagenpauschale zu kürzen bzw. ganz zu streichen²⁷⁸. Weiter wurde vorgeschlagen, bei Bagatelverletzungen nach dem Vorbild anderer Staaten der EU völlig auf das Schmerzensgeld zu verzichten²⁷⁹. Beachtenswert ist vor allem der Vorschlag aus neuerer Zeit, die Reparaturkosten entgegen der 130% Rechtsprechung des BGH²⁸⁰ auf den Brutto-Wiederbeschaffungswert zu begrenzen²⁸¹.

Da Körper und Gesundheit moralisch und rechtlich höher angesiedelt sind als Eigentum und Nutzungsrechte, mag es rechtspolitisch sinnvoll sein, den Ersatz für Sachschäden und leichte Verletzungen zugunsten schwerer Verletzungen einzuschränken²⁸². Mit der derzeit noch bestehenden Gesetzeslage lassen sich die vorgeschlagenen Einschränkungen des Schadensersatzes, mit Ausnahme des letztgenannten Vorschlages, jedoch nur schwer in Einklang bringen²⁸³. Allenfalls bei sehr geringfügigen Verletzungen hält sich der Tatrichter derzeit im Rahmen seines Ermessens, wenn er ein Schmerzensgeld völlig versagt²⁸⁴.

Der Gesetzgeber hat die Anregungen aus der Literatur nunmehr aufgegriffen. Er ist ebenfalls der Ansicht, dass die Aufwendungen der Haftpflichtversicherungen für Sachschäden überproportional hoch sind und bei schweren Verletzungen einer Person der Schadensausgleich verbessert werden muss²⁸⁵. Im Entwurf des zweiten Gesetzes zur Änderung

²⁷⁵ Scheffen, NZV 1995, 220; ebenso die Empfehlungen des Arbeitskreises V des VGT 1996, 11; vgl. dazu Schiemann, NZV 1996, 1 ff

²⁷⁶ Scheffen, NZV 1995, 220; vgl. auch die Empfehlungen des Arbeitskreises V des VGT 1996, 11

²⁷⁷ Scheffen, NZV 1995, 220; Köndgen, AcP 1977, 4 bezeichnet den Nutzungsausfall im Hinblick darauf, dass es sich beim Ersatz dafür nicht um den Ersatz eines tatsächlich eingetretenen Vermögensschadens handelt als „Schmerzensgeld des kleinen Mannes“

²⁷⁸ Dressler, DAR 1996, 85; Gas, VersR 1999, 262; Hacks, Schmerzensgeld bei leichten und bei schwersten Verletzungen, 27 ff; Janker, ZRP 1997, 416 ff

²⁷⁹ Dressler, DAR 1996, 83; Gas, VersR 1999, 263; ; Lemcke-Schmalzl, MDR 1982, 617 ff; ebenso die Empfehlungen des Arbeitskreises V des VGT 1996, 11 sowie des Arbeitskreis III des 38 Deutschen Verkehrsgerichtstages 2000 in ZfS 2000, 139

²⁸⁰ BGHZ 115, 364

²⁸¹ Schiemann, NZV 1996, 1 ff

²⁸² Huber, DAR 2000, 21

²⁸³ Müller, VersR 1993, 909 ff; Schiemann, NZV 1996, 1 ff

²⁸⁴ BGH NJW 1992, 1043; BGH NJW 1998, 810; Müller, VersR 1995, 493

²⁸⁵ S. 13 der Begründung Referentenentwurfs = S. 36 des Regierungsentwurfs

schadensersatzrechtlicher Vorschriften²⁸⁶ ist dazu vorgesehen, ein Schmerzensgeld nur noch zu gewähren, wenn „der Schaden unter Berücksichtigung seiner Art und Dauer nicht unerheblich ist“ (§ 253 II Nr. 2 des Entwurfs). Bei den Sachschäden ist ein Ausschluss des Ersatzes fiktiver Umsatzsteuer vorgesehen; die Umsatzsteuer ist danach nur noch zu erstatten, „wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist“ (§ 249 II 2 des Entwurfs)²⁸⁷.

Auch nach der vorgesehenen Gesetzesänderung bleibt aber zu bedenken, dass speziell die Risiken des Straßenverkehrs von der Gesellschaft bewusst in Kauf genommen werden. Der Straßenverkehr ist als wesentlicher Faktor der Wirtschaft und der individuellen Freiheit zugelassen, obwohl man sich des Risikos von Sach- und Personenschäden bewusst ist. Es scheint daher gerechter, dass dann, wenn sich die in Kauf genommenen Risiken realisieren, diese von der Gemeinschaft getragen werden, die insgesamt von der Zulassung des Straßenverkehrs profitiert. Dies sind im wesentlichen die Fahrzeughalter und damit die Haftpflichtversicherten. Demjenigen, der im Straßenverkehr einen Schaden an seinen materiellen oder immateriellen Gütern erlitten hat, sollte dagegen eine möglichst vollständiger Ersatz gewährt werden²⁸⁸. Wenn hierfür von der Versichertengemeinschaft letztlich höhere Leistungen erbracht werden müssen, ist dies hinzunehmen und im Sinne der Prävention von Schäden letztlich sogar erwünscht²⁸⁹. Dies zumal die Kosten der Haftpflichtversicherung gegenüber den sonstigen mit der Anschaffung und dem Unterhalt eines Kraftfahrzeuges verbundenen Kosten nicht wesentlich ins Gewicht fallen²⁹⁰. Mit einem starken Anstieg der Versicherungsprämien wäre ohnehin nicht zu rechnen, da die Schmerzensgelder lediglich ca. 5% der von den Versicherungen zu ersetzenden Schadenspositionen

²⁸⁶ Siehe oben, 2.3

²⁸⁷ Kritisch dazu Macke, DAR 2000, 509 ff

²⁸⁸ In diesem Sinne auch Hacks, Schmerzensgeld bei leichten und bei schwersten Verletzungen 27 ff; Hupfer, JZ 1977, 784 m.w.N.; Stoll, DAR 1968, 305

²⁸⁹ Vgl oben 4.5.3.1

²⁹⁰ Schiemann, NZV 1996, 6

ausmachen²⁹¹. Wollte man dem Geschädigten ein Sonderopfer zugunsten der Versichertengemeinschaft abverlangen, stände dies im Widerspruch zu dem sozialen Grundgedanken der Haftpflichtversicherung²⁹². Zudem hat sich das Versicherungsrecht nach dem Haftpflichtrecht zu richten und nicht umgekehrt²⁹³.

Ökonomische Überlegungen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes führen mithin dazu, dass Schäden vorrangig zu vermeiden sind. Ist ein Schaden eingetreten, so dürfen ökonomische Erwägungen nicht so weit gehen, dass der Verletzte zugunsten der Versichertengemeinschaft seinen Schaden selbst zu tragen hat.

Ott/Schäfer²⁹⁴ wollen unter Zugrundelegung einer ökonomischen Sichtweise des Schadensrechts das Schmerzensgeld direkt an dem „Schadensvermeidungsaufwand bemessen, den die Mitglieder einer Risikogruppe in dem Sinne für richtig halten, dass sie selbst diesen Aufwand tätigen würden, könnten sie den Schaden beeinflussen“. Sie versuchen auf Grund empirischer Untersuchungen den Geldwert zu benennen, den das Individuum bereit ist zu bezahlen, um sein Überleben wahrscheinlicher zu machen. Die Ergebnisse der Untersuchung weisen als Wert des Lebens das 11- bis 809-fache des jährlichen Bruttonettoprodukts pro Kopf aus. Die Schwankung der ermittelten Werte um das knapp 80-fache belegt, dass diese Methode allenfalls bedingt tauglich ist, um das Schmerzensgeld zu bemessen. Ott/Schäfer räumen selbst ein, dass sich angesichts der großen Spannweite der Ergebnisse der empirischen Untersuchung die Frage stellt, ob damit zur Lösung praktischer Fragen überhaupt beigetragen werden kann²⁹⁵. Der empirisch erfasste Wert des (Über-) Lebens sollte mithin allenfalls als Anhaltspunkt zur Bestimmung eines allgemeinen Niveaus der Schmerzensgelder dienen. Für

²⁹¹ Gottschalk, NJW 1999, 3764 m.w.N.; vgl. auch die Übersicht zu den Leistungen der Kfz-Haftpflichtversicherer aus dem Jahr 1999 bei Kötz, Deliktsrecht, 199

²⁹² Vgl dazu unten 4.6.10

²⁹³ Huber, NZV 1998, 348

²⁹⁴ Ott/Schäfer, JZ 1990, 563 ff

²⁹⁵ Ott/Schäfer, JZ 1990, 571, 573

die Bemessung des Schmerzensgeldes im Einzelfall ist die Methode wegen ihrer Ungenauigkeit untauglich.

4.5.3.3. Praktikabilität, Prozessökonomie und Rechtssicherheit

Keine Rechtsordnung kann die praktischen Widerstände ignorieren, auf die sie bei der Durchsetzung ihrer Normen stößt. Auch Praktikabilität und Prozessökonomie verkörpern daher Rechtswerte, die bei der Auslegung von Gesetzen grundsätzlich zu beachten sind²⁹⁶. Voraussetzung einer funktionierenden Rechtsordnung ist weiter ein gewisses Maß an Rechtssicherheit. Nur wenn der einzelne weiß, welche rechtlichen Folgen ein bestimmtes Verhalten nach sich zieht, ist es ihm möglich, dieses entsprechend der Rechtsordnung auszurichten. Die Vorhersehbarkeit von Gerichtsentscheidungen dürfte außerdem dem Rechtsstaatsprinzip zuzuordnen sein und damit Verfassungsrang genießen²⁹⁷.

Die Gerichte haben mithin dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung zu tragen. Einheitliche Schmerzensgeldentscheidungen setzen jedoch voraus, dass die Gerichte bei ihrer Entscheidung auf einheitliche Bemessungsgrundsätze zurückgreifen können. Gleichzeitig kann dadurch zur Vermeidung von Prozessen beigetragen werden. Nur wenn sich die potentiellen Prozeßbeteiligten eine ungefähre Vorstellung von der Summe des zu zahlenden Schmerzensgeldes machen können, kann auf eine gütliche Einigung zwischen ihnen gehofft werden²⁹⁸. Auch wird eher auf die Einlegung von Rechtsmitteln verzichtet, wenn der Betrag des Schmerzensgeldes sich relativ genau eingrenzen lässt.

Die Praxis versucht dem Bedürfnis nach Praktikabilität, Prozessökonomie und Rechtssicherheit durch die Orientierung der Schmerzensgeldbeträge an Tabellen, die die in früheren

²⁹⁶ Gernhuber, Die integrierte Billigkeit, 208

²⁹⁷ Medicus, AcP 1992, 60 m.w.N.

²⁹⁸ Gelhaar, BB 1966, 1317 f

Fällen zugesprochenen Schmerzensgeldbeträge enthalten, Rechnung zu tragen²⁹⁹. Die ersten Versuche einer Tabellisierung des Schmerzensgeldes aus § 847 liegen schon bald 70 Jahre zurück³⁰⁰.

Die Orientierung an Tabellen kann sicherlich zu einer leichter zu handhabenden Bemessung des Schmerzensgeldes verhelfen. Auch lässt sich ein gewisses Maß an Rechtssicherheit erzielen³⁰¹. Jedoch zeigen sich in der Praxis auch erhebliche Schwierigkeiten bei der Bemessung anhand von Schmerzensgeldtabellen. Während etwa bei den Straßenverkehrsunfällen die vermögensrechtlichen Ansprüche häufig ohne Schwierigkeiten außergerichtlich geregelt werden können, lässt sich über die Höhe des Schmerzensgeldes oft keine Einigung erzielen. Die Vorstellungen der Beteiligten und auch den zur Entscheidung berufenen Gerichten über die Höhe des Betrages weichen oftmals erheblich voneinander ab³⁰².

Problematisch bei der Bemessung des Schmerzensgeldes anhand von Tabellen ist, dass es schwer, wenn nicht unmöglich ist, darin alle erheblichen Elemente eines Sachverhalts sowie ihr Zusammenwirken festzuhalten³⁰³. Selbst wenn eine Einigung darüber zu erzielen wäre, welche Elemente eines Sachverhalts für die Entscheidung erheblich sind und wie ihr Zusammenwirken zu beurteilen ist, wird es nahezu nie identische Schmerzensgeldfälle geben. Zudem bewirken die Unsicherheiten auf dem Gebiet des Schmerzensgeldes, dass die Ansichten des zur Entscheidung berufenen Gerichts nicht mit denen des Gerichts der früheren Entscheidung, die Eingang in die Schmerzensgeldtabellen gefunden hat, übereinstimmen müssen.

Solange die Schmerzensgeldtabellen von den Gerichten jedoch nicht im strengen Sinne von Gliedertaxen, die der Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt hat, verwendet werden, können sie

²⁹⁹ Vgl. etwa die Schmerzensgeldtabellen von Hacks/Ring/Böhm, Slizyk und Schneider/Biebrach, die vermehrt auch auf CD-ROM angeboten werden; Zur Anwendung der Schmerzensgeldtabellen in der Praxis vgl. Musielak, VersR 1982, 613 ff

³⁰⁰ Vgl. die Nachweise bei Hupfer, JZ 1977, 783

³⁰¹ Hupfer, JZ 1977, 783

³⁰² Donaldson, AcP 1966, 462 m.w.N.; Scheffen, NZV 1994, 419 m.w.N.

³⁰³ Schneider/Biebrach, Schmerzensgeld, 5

dennoch eine wertvolle und legitime Orientierung bei der Entscheidungsfindung bieten³⁰⁴. Bei der Anwendung von Schmerzensgeldtabellen ist zumindest darauf zu achten, dass sich die Rechtsprechung sowie das allgemeine Niveau der Schmerzensgelder verändern können und auch eine ständige Geldentwertung stattfindet³⁰⁵. Der Tatrichter ist bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht daran gehindert, von den Tabellenbeträgen abzuweichen. Nach der Rechtsprechung des BGH sind Abweichungen jedoch zu begründen³⁰⁶.

4.5.4. Zusammenfassung

Auf Grund der dem Menschen zukommenden Würde verbietet sich seine Gleichstellung mit Sachwerten und damit auch seine Bewertung in Geld. Ist eine Verletzung immaterieller Rechtsgüter jedoch bereits eingetreten, ist dafür in den vom Gesetz vorgesehen Fällen eine Entschädigung in Geld zu leisten. Die Entschädigung führt nicht zu einer Gleichstellung des Menschen mit Geld, sie verfolgt vielmehr andere, sinnvolle Zwecke.

Die Bemessung der Entschädigung in Geld nach § 847 obliegt dem Ermessen des Gerichts. Dieses ist an die Rechtsordnung gebunden und hat bei der Ausübung des Ermessens die von der Rechtsordnung vorgegebenen Wertungen zu beachten.

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass es insbesondere nicht zulässig ist, das Schmerzensgeld nach dem Geldbetrag zu bestimmen, der zur Belastung des Schädigers mit einem Übel erforderlich ist, wenn damit nur ein eventuelles Rachebedürfnisses des Geschädigten befriedigt werden soll.

Allein eine zu hohe oder zu niedrige Bemessung des Schmerzensgeldes verletzt grundsätzlich nicht die Würde des

³⁰⁴ BGH VersR 1970, 281; Deutsch, Unerlaubte Handlungen, 241 f; Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 77; Lange, Schadensersatz, 19; E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 171 f; Scheffen, NZV 1994, 419; Schloen, Regulierung von Personenschäden, 413 hält es gar für unmöglich, ohne die Schmerzensgeldtabellen ein angemessenes Schmerzensgeld zu finden.

³⁰⁵ BGH VersR 1976, 967; Hupfer, JZ 1977, 783; Jaeger, VersR 1996, 1177 m.w.N.; Schneider/Biberach, Schmerzensgeld, 22 f

³⁰⁶ BGH MDR 1976, 1012; BGH VersR 1976, 967; BGH VersR 1986, 59

Menschen, den Gleichheitsgrundsatz, den Schutz des Eigentums oder die allgemeine Handlungsfreiheit. Diese Verfassungswerte haben nur indirekt, über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes.

Demgegenüber hat sich die Bemessung an dem Geldbedarf auszurichten, der auf eine Kompensation der vom Geschädigten erlittenen Leiden abzielt, indem dem Geschädigten ein bestimmter Geldbetrag zur Verfügung gestellt wird, der ihm zu angenehmen Empfindungen verhelfen kann. Auch sind die Schmerzensgeldbeträge danach zu bemessen, inwieweit sie der Vorbeugung von weiteren Schädigungen dienen können. Dabei sind sowohl spezial- als auch generalpräventive Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Aus Gründen der Praktikabilität, Prozeßökonomie und Rechtssicherheit ist eine Orientierung der Schmerzensgeldbeträge an den in den Schmerzensgeldtabellen zusammengefassten früheren Entscheidungen sinnvoll, aber nicht zwingend. Das Schmerzensgeld ist jeweils daraufhin zu überprüfen, ob es dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt.

In welcher Höhe ein Nichtvermögensschaden zu bewerten ist, lässt sich jedoch nicht exakt bestimmen; die einzelnen Bemessungskriterien können lediglich Anhaltspunkte dafür liefern, in welchem Rahmen sich ein Schmerzensgeld zu bewegen hat. Insoweit verbleibt den Gerichten bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ein nicht überprüfbarer Ermessensspielraum³⁰⁷.

Nach dem Tod des Verletzten ist eine Kompensation von negativen Gefühlen nicht mehr möglich, weshalb in diesem Fall zur Bemessung des Ersatzes nur noch die übrigen Kriterien, insbesondere das der Prävention von Schäden, zur Verfügung stehen.

Die herausgearbeiteten Kriterien zur Bemessung des Schmerzensgeldes rechtfertigen eine unterschiedliche

³⁰⁷ Ähnlich Donaldson, AcP 1966, 472

Behandlung der Fälle der (vollständigen) Wahrnehmungsunfähigkeit und des alsbaldigen Todes nicht³⁰⁸. Nach der hier vertretenen Auffassung hat die Bemessung des Schmerzensgeldes in beiden Fällen anhand derselben Kriterien zu erfolgen. Die Gewährung und die Bemessung des Schmerzensgeldes ist in den Fällen des alsbaldigen Todes unabhängig von der Überlebensdauer. Auch dann, wenn der Verletzte nach nur sehr kurzer Überlebensdauer verstirbt, entsteht in seiner Person ein Schmerzensgeldanspruch, der auf seine Erben übergeht.

4.6. Berücksichtigungsfähige Einzelumstände

Im folgenden sollen einzelne Umstände, denen häufig Einfluss auf die Höhe des Schmerzensgeldes eingeräumt wird, daraufhin untersucht werden, ob sie auch nach der hier vertretenen Auffassung und insbesondere in den Fällen des alsbaldigen Todes Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes haben.

4.6.1. Schwere der Verletzung

Verletzungen, die unter den Tatbestand des § 847 fallen, können sowohl im Hinblick auf ihre Intensität als auch auf ihre zeitliche Dauer von unterschiedlichster Ausprägung sein. Diesem Umstand wird sowohl von der Rechtsprechung als auch der Literatur dadurch Rechnung getragen, dass Größe, Heftigkeit und Dauer der Schmerzen, Leiden und Entstellungen als Faktoren angesehen werden, die von wesentlichem Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes sind³⁰⁹. Je schwerer die Verletzung des Geschädigten ist, desto höher wird das Schmerzensgeld bemessen. Die Resolution des europäischen Ministerrats vom 15.03.1975, die dem Thema des Ausgleichs physischer Schäden bei Verletzung einer Person

³⁰⁸ Ähnlich Kötz, Deliktsrecht, Rn 541

³⁰⁹ Zuletzt BGH LM, Nr. 102 m.w.N.; Erman/Schiemann, § 847 Rn 6; Huber, NZV 1998, 350; E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 82 ff; MüKo/Stein, § 847 Rn 18; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 27; Staudinger/Schäfer, § 847, Rn 54

gewidmet war, stellt das Prinzip auf, dass die physischen und psychischen Verletzungen nach Maßgabe ihrer Schwere und Dauer entschädigt werden sollen³¹⁰. Der nunmehr vom Gesetzgeber geplante § 253 II Nr. 2 trägt dem ebenfalls Rechnung, indem eine Erheblichkeitsschwelle nach Art und Dauer der Verletzung eingeführt werden soll³¹¹.

Dem ist im Hinblick auf die Bemessungskriterien des Schmerzensgeldes zuzustimmen: Bemisst man das Schmerzensgeld anhand des Geldbedarfs, der zur Kompensation der Leiden durch erkaufbare Annehmlichkeiten oder auch nur der allgemeinen Steigerung der Lebensfreude erforderlich ist, sind zur Kompensation einer schweren Verletzung mehr angenehme Empfindungen erforderlich als zur Kompensation einer leichteren Verletzung. Dementsprechend ist auch der Geldbetrag, der zur Verschaffung von angenehmen Empfindungen erforderlich ist, bei einer schwereren Verletzung grundsätzlich höher zu bemessen.

Im Hinblick auf schwerere Verletzungen besteht zudem ein höherer Bedarf an Prävention. Insbesondere schwere Eingriffe in die Rechtsgüter des Geschädigten sind vom Schutzauftrag des Gesetzgebers aus Art. 1, 2 GG umfasst. Da von einer höheren Geldverpflichtung auch eine höhere Abschreckungswirkung zu erwarten ist, sind somit auch im Hinblick auf präventive Gesichtspunkte die Schmerzensgeldbeträge bei schwereren Verletzungen höher zu bemessen als bei leichteren Verletzungen.

Des Weiteren verlieren die Interessen des Schädigers proportional zur Schwere der Verletzung an Gewicht, weshalb Verhältnismäßigkeitserwägungen bei schwereren Verletzungen grundsätzlich eine größere Belastung des Schädigers und damit einen höheren Schmerzensgeldbetrag zulassen.

Die Schwere der Verletzung ist mithin bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen. Nach dem Tod des Verletzten ist jedoch eine Kompensation der Leiden und Schmerzen nicht mehr möglich. Die dem Tod vorausgegangene

³¹⁰ Vgl. die Nachweise bei Busnelli, VersR. 1987, 953

³¹¹ Vgl. oben 2.3

schwere Verletzung wirkt sich nur noch insoweit schmerzensgelderhöhend aus, als solchen Verletzungen in besonderem Maße präventiv entgegengewirkt werden muss und Verhältnismäßigkeitserwägungen auf Seiten des Schädigers dementsprechend zurückzutreten haben.

4.6.2. Verlust der Wahrnehmungsfähigkeit des Verletzten

Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion versagen in den Fällen, in denen der Verletzte zu Empfindungen nicht mehr in der Lage ist³¹². Da der BGH in diesen Fällen jedoch nicht auf eine Entschädigung verzichten wollte, sah er sich gezwungen, nach anderen Funktionen des Schmerzensgeldes zu suchen. Zunächst behalf er sich mit einer zeichenhaften Sühnefunktion³¹³. In seiner neueren Rechtsprechung hat der BGH von der Sühnefunktion Abstand genommen. Seine frühere Rechtsprechung begründete er nochmals damit, auch in den Fällen der Wahrnehmungsunfähigkeit dem Verletzten als zeichenhafte Sühne wenigstens eine symbolische Wiedergutmachung zubilligen zu müssen³¹⁴.

Nunmehr begründet der BGH das Schmerzensgeld in den Fällen der Wahrnehmungsunfähigkeit mit der in Art. 1 GG verankerten Würde des Menschen³¹⁵. Er führt aus: „Vielmehr stellt die Einbuße der Persönlichkeit, der Verlust an personaler Qualität infolge schwerer Hirnschädigung schon für sich einen auszugleichenden immateriellen Schaden dar, unabhängig davon, ob der Betroffene die Beeinträchtigung empfindet“³¹⁶. Der BGH stellt damit lediglich fest, dass der Verlust der Wahrnehmungsfähigkeit einen auszugleichenden immateriellen Schaden darstellt. Welcher Zweck mit dem Schmerzensgeld verfolgt werden soll, gibt der BGH jedoch nicht an. Eine Entschädigung, die ohne einen konkreten Zweck zu verfolgen

³¹² So auch BGH NJW 1976, 1147; BGH NJW 1982, 2123; Kern, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnesempfindungen, 447 ff; Lemcke-Schmalzl, MDR 1985, 273

³¹³ BGH NJW 1976, 1147

³¹⁴ BGH NJW 1993, 782 mit zustimmender Anmerkung Giesen, JZ 1993, 519 f

³¹⁵ Siehe dazu oben 4.5.1.4

³¹⁶ BGH NJW 1993, 781; zustimmend Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 25

den Schädiger mit einer Geldleistungspflicht belastet, ist im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht zulässig³¹⁷. Auch nach der neuen Sichtweise des BGH hat die bereits früher geäußerte Ansicht, die Rechtsprechung des BGH in den Fällen der Wahrnehmungsunfähigkeit wecke weit mehr menschliches Verständnis, als dass sie juristisch zu überzeugen vermöge³¹⁸, nichts an Aktualität eingebüßt.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist es unzulässig, den Verlust der Empfindungsfähigkeit schmerzensgeldmindernd zu berücksichtigen³¹⁹. Zulässig ist es aber, je nach dem Grad der dem Geschädigten verbliebenen Erlebnis- und Empfindungsfähigkeit Abstufungen vorzunehmen³²⁰. Er führt aus, dass die Fälle, in denen der Verletzte durch den weitgehenden Verlust der Sinne in der Wurzel seiner Persönlichkeit getroffen ist, einer eigenständige Bewertung bedürfen³²¹. Dies ist insoweit selbstverständlich, als immer eine möglichst gerechte Einzelfallentscheidung zu treffen ist.

Zwar vermag die Begründung des BGH nicht in allen Punkten zu überzeugen, dennoch ist ihm, im Hinblick auf die herausgearbeiteten Bemessungskriterien im Ergebnis zuzustimmen.

Führt eine Schädigung zum Verlust der Wahrnehmungsfähigkeit³²² des Verletzten, so trifft sie ihn in der Wurzel seiner Persönlichkeit. Die Verletzung ist mithin als besonders schwer einzustufen. Im Hinblick auf die Schwere der Verletzung wäre das Schmerzensgeld daher besonders hoch zu bemessen³²³.

Andererseits ist sich der Geschädigte subjektiv seiner Verletzung und der damit verbundenen negativen Gefühle nicht bewusst, so dass diese keiner Entschädigung bedürfen. Auch können dem Empfindungsunfähigen keine angenehmen

³¹⁷ Vgl. oben 4.5.2.6

³¹⁸ Lemcke-Schmalzl, MDR 1985, 273

³¹⁹ BGH NJW 1993, 781; anders noch BGH LM, § 847 Nr. 67: „... so ist der weitgehende Wegfall der Funktionen des Schmerzensgeldes bei der Bemessung seiner Höhe mindernd zu berücksichtigen.“

³²⁰ BGHZ 69, 323

³²¹ BGH NJW 1993, 782,

³²² Zum Zustand der Wahrnehmungsunfähigkeit aus medizinischer Sicht Dörner, ZRP 1996, 93 ff

³²³ Vgl. oben 4.6.1

Empfindungen mehr verschafft werden. Eine Kompensation der Verletzung ist insoweit ausgeschlossen.

Der Verlust der Wahrnehmungsfähigkeit wirkt sich mithin einerseits schmerzensgelderhöhend, andererseits jedoch schmerzensgeldmindernd aus. Der höhere Schaden, der im Verlust der Wahrnehmungsfähigkeit besteht, erfordert dementsprechend nicht unbedingt einen höheren Schmerzensgeldbetrag als eine leichtere Verletzung, bei der der Verletzte noch zu Empfindungen in der Lage ist.

Ist der Verletzte nur noch eingeschränkt wahrnehmungsfähig, ist die Verletzung zwar nicht so schwer wie bei völliger Wahrnehmungsunfähigkeit, jedoch ist es dann möglich, die verletzungsbedingten negativen Gefühle, zumindest eingeschränkt, durch angenehme Gefühle auszugleichen. Bei der Schmerzensgeldbemessung ist somit auch der Grad der verbleibenden Empfindungsfähigkeit zu berücksichtigen. Es sind mithin, je nach dem Grad der dem Geschädigten verbliebenen Erlebnis- und Empfindungsfähigkeit, Abstufungen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes vorzunehmen.

In den Fällen des völligen Verlustes der Wahrnehmungsfähigkeit kann sich die Bemessung des Schmerzensgeldes nicht mehr an dem Geldbetrag orientieren, der für die Verschaffung von angenehmen Empfindungen erforderlich wäre. Die Bemessung hat sich bei völliger Wahrnehmungsunfähigkeit also maßgeblich an den Kriterien der Prävention und der Verhältnismäßigkeit auszurichten.

4.6.3. Tod des Verletzten

Die Frage, wie sich der Tod auf die Bemessung des Anspruchs auf Schmerzensgeld auswirkt, wird uneinheitlich beantwortet. Nach der in der neueren Literatur überwiegenden Ansicht³²⁴ sowie der Rechtsprechung³²⁵ soll nach der gesetzgeberischen Wertentscheidung die Zerstörung der Persönlichkeit durch den

³²⁴ Huber, NZV 1998, 346; Jaeger, VersR 1996, 1182 ff; kritisch Ott/Schäfer, JZ 1990, 563 ff

³²⁵ Zuletzt BGH LM, § 847 Nr. 102

Tod entschädigungslos hinzunehmen sein³²⁶. Verletzungsfolge bei alsbaldigem Tod des Verletzten sei nicht die Zerstörung der Persönlichkeit als Durchgangsstadium bis zum Tod, sondern nur der Tod selbst³²⁷. Ein entsprechender Wille des Gesetzgebers lasse sich aus den unterschiedlichen Fassungen der §§ 823 und 847 entnehmen³²⁸. Dieses Argument ist wie bereits ausgeführt aus mehreren Gründen nicht stichhaltig³²⁹.

Als weiteres Argument gegen ein Schmerzensgeld bei alsbaldigem Tod des Verletzten wird vorgebracht, eine Kompensation durch die Gewährung von Daseinsfreude sei nach dem Tod nicht mehr möglich³³⁰. Dem ist entgegenzutreten, denn auch in den Fällen des (gänzlichen) Verlustes der Wahrnehmungsunfähigkeit ist die Verschaffung von Daseinsfreude nicht mehr möglich; dennoch verzichten h.M. in der Literatur und Rechtsprechung in diesen Fällen, vollkommen zurecht, nicht auf die Zubilligung eines Schmerzensgeldes³³¹.

Das Argument, der Tod sei entschädigungslos hinzunehmen, weil bereits für die Verkürzung der Lebenserwartung von § 847 keine Entschädigung vorgesehen sei³³², ist ebenfalls nicht stichhaltig. Eine Verkürzung der Lebenserwartung kann sich durchaus negativ auf das psychische Befinden des Verletzten auswirken und kann schon deshalb schmerzensgelderhöhend wirken. Kämpft beispielsweise ein Schwerverletzter in dem Bewusstsein seines möglichen Todes um sein Überleben, so liegt gerade darin eine erhebliche Minderung seiner Lebensqualität, die bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht vernachlässigt werden darf³³³. Eine Verletzung, die zu einer Verkürzung der Lebenserwartung führt, wird zudem objektiv schwerer einzustufen sein als eine Verletzung, die die

³²⁶ Anderer Ansicht etwa E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 229

³²⁷ Jaeger, VersR 1996, 1179; Jaeger, MDR 1998, 450

³²⁸ Jaeger, VersR 1996, 1182

³²⁹ Vgl. oben 3.2.1

³³⁰ Eylmann, MDR 1961, 728

³³¹ Vgl. oben 4.6.2

³³² BGH LM, § 847 Nr. 102

³³³ Deutsch, Unerlaubte Handlungen, 253 f; Erman/Schiemann, § 847 Rn 8; Lange, Schadensersatz, 439 m.w.N.; Schiemann in Anm. zu BGH LM § 847; Nr. 102

Lebenserwartung nicht verkürzt, sodass auch im Hinblick darauf ein erhöhtes Schmerzensgeld zu leisten ist³³⁴.

Im Ergebnis ist der h.M. jedoch darin zuzustimmen dass für den Tod an sich kein Schmerzensgeld zu leisten ist. Der Grund hierfür liegt, wie bereits ausgeführt, darin, dass der Verstorbene nicht mehr Träger des Anspruchs auf Schmerzensgeld sein kann³³⁵. Schmerzensgeld kann daher grundsätzlich nur für die bis zum Todeseintritt bereits erfolgten immateriellen Beeinträchtigungen gewährt werden.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist auch für die dem Tod vorausgegangene Körperverletzung kein Schmerzensgeld zu leisten, wenn die Körperverletzung nach den Umständen des Falles gegenüber dem nachfolgenden Tod keine abgrenzbare immaterielle Beeinträchtigung darstellt, die aus Billigkeitsgesichtspunkten einen Ausgleich in Geld erforderlich macht³³⁶. Die Abgrenzung, ob die Körperverletzung selbständig zu bewerten ist, und ob hierfür ein Schmerzensgeld zu leisten ist, nimmt der BGH nach den konkreten Umständen des Falles, insbesondere der Zeitspanne zwischen Verletzung und Tod, sowie danach, ob der Tod „nach dem Ablauf des Sterbevorgangs derart im Vordergrund steht, dass eine immaterielle Beeinträchtigung durch die Körperverletzung als solche nicht fassbar ist“, vor³³⁷.

Zentrales Problem ist dann, welche Zeitspanne als so gering anzusehen ist, dass sie einem sofortigen Todeseintritt gleichzusetzen ist³³⁸. Ist im konkreten Fall eine Überlebensdauer von mehreren Tagen, Stunden, Minuten oder nur Sekunden erforderlich? Die Frage, wie lange und in welchem Bewusstseinszustand ein Verletzter überleben muss, damit ihm, bzw. seinen Erben als dessen Rechtsnachfolger ein Schmerzensgeldanspruch zukommen kann, wird uneinheitlich beantwortet³³⁹. Will man an einer Mindestüberlebenszeit

³³⁴ Weimar, MDR 1960, 816 f

³³⁵ Vgl. oben 3.2.1

³³⁶ BGH LM, § 847 Nr. 102

³³⁷ BGH LM, § 847 Nr. 102, Bl. 3

³³⁸ Huber, NZV 1998, 346; Jaeger, VersR 1996, 1182

³³⁹ Vgl. etwa die bei Jaeger, VersR 1996, 1182 ff dargestellten Gerichtsentscheidungen

festhalten, wird sich eine eindeutige und auf breite Zustimmung stoßende Antwort wohl nicht finden lassen. Hinsichtlich der erforderlichen Mindestüberlebenszeit wird immer Rechtsunsicherheit bestehen.

Nicht nur wegen des praktischen Bedürfnisses nach Rechtssicherheit erscheint es fraglich, ob es gerechtfertigt ist, die Entstehung des Schmerzensgeldanspruchs in der Person des Verletzten von der Zeitspanne abhängig zu machen, die er bis zum Todeseintritt überlebt.

Die Berücksichtigung der Überlebensdauer würde dem mit der Gesetzesänderung verfolgten Zweck, nämlich den unwürdigen Wettlauf mit dem Tod abzuschaffen, entgegenstehen. Würde man die Höhe des Schmerzensgelds von der Überlebensdauer des tödlich Verletzten abhängig machen, so würde der unwürdige Wettlauf mit der Zeit nur durch ein nicht weniger unwürdiges Auszählen der bis zum Eintritt des Todes verstrichenen Zeit abgelöst. Da der Todeseintritt mit den Möglichkeiten der modernen Medizin nicht unwesentlich hinausgezögert werden kann, wäre gar zu befürchten, dass der Geschädigte nur am Leben erhalten wird, um ein Schmerzensgeld zu erhalten oder den Schmerzensgeldbetrag zu erhöhen³⁴⁰.

In den Fällen, in denen der Verletzte unmittelbar nach der Verletzung ins Koma fällt und ohne daraus zu erwachen nach einer längeren Zeitdauer verstirbt, wird von der h.M. und der Rechtsprechung ein Schmerzensgeld nicht versagt³⁴¹. Der im Koma liegende Verletzte lebt zwar im medizinischen Sinne weiter, hat aber kein Zeitempfinden mehr. Selbst ein über Jahre andauerndes Koma wird von einem Bewusstlosen nicht unbedingt wahrgenommen. Dagegen kann schon in der Schrecksekunde vor der Verletzung das ganze Leben des Verletzten vor dessen innerem Auge ablaufen³⁴². Es ist mithin nicht gerechtfertigt diese Fälle nur wegen des Zeitelementes anders zu behandeln als die Fälle des alsbaldigen Todes. In

³⁴⁰ OLG Stuttgart, NJW 1994, 3016; MüKo/Stein, § 847 Rn 53

³⁴¹ Vgl die Rechtsprechungsnachweise bei Jaeger, MDR 1998, 451,

³⁴² Bloemertz, Die Schmerzensgeldbegutachtung, 35 ff

beiden Fällen kommen subjektive Empfindungen des Verletzten nicht mehr zum tragen. Bemessungskriterien, die an Empfindungen des Verletzten anknüpfen, können somit eine unterschiedliche Bemessung des Schmerzensgeldes nicht rechtfertigen³⁴³.

In objektiver Hinsicht steht in beiden Fällen die Zerstörung der Persönlichkeit im Vordergrund, die unabhängig von der Überlebensdauer ist und anhand der selben Bemessungskriterien zu bewerten ist. In beiden Fällen hatte die Verletzung für den Geschädigten subjektiv die selbe Auswirkung und wurde – worüber gesicherte Aussagen wohl nicht zu treffen sind³⁴⁴ – von beiden ähnlich empfunden³⁴⁵. Hinsichtlich des objektiven Verletzungserfolges, dem Verlust an Lebensmöglichkeiten durch einen frühzeitig eingetreten Tod, sind beide Fälle gleich. Das Zeitelement rechtfertigt mithin eine unterschiedliche Behandlung der Fälle längerer Bewusstlosigkeit gegenüber denen des alsbaldigen Todes nicht. Für die Entstehung des Schmerzensgeldanspruchs genügt bereits die geringe Zeitspanne, die in jedem Fall zwischen der Verletzung und dem Todeseintritt liegt³⁴⁶.

Die Bemessung des Schmerzensgeldes hat in den Fällen des alsbaldigen Todes mithin anhand der selben Kriterien zu erfolgen wie in den Fällen der völligen Wahrnehmungsunfähigkeit. Auf die dort gemachten Ausführungen kann insoweit verwiesen werden. Die Fälle des alsbaldigen Todes unterscheiden sich von den Fällen der Wahrnehmungsunfähigkeit nur dadurch, dass mit dem Tod der für die Bemessung relevante Sachverhalt endgültig abgeschlossen ist³⁴⁷.

Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ist danach zu berücksichtigen, dass es sich beim Tod um den objektiv wohl

³⁴³ Ähnlich OLG Stuttgart, NJW 1994, 2016; OLG München, OLGR 1996, 111; Weimar, MDR 1960, 816 f

³⁴⁴ Hinrichs, Der Todesmythos im psychoanalytischen Heilungsprozess, 297 ff

³⁴⁵ Das OLG Düsseldorf, r+s 96, 228 benutzte das selbe Argument umgekehrt, um in einem Fall mit dreistündiger Überlebensdauer ein Schmerzensgeld mit der Begründung zu versagen, es liege ein Fall des sofortigen Todes vor.

³⁴⁶ Vgl. oben 3.2.1

³⁴⁷ Hertel, Reform des Schmerzensgeldanspruchs? 16; ähnlich auch schon Schneider, DR 1940, 1340

größtmöglichen immateriellen Schaden handelt³⁴⁸, dem getöteten aber keine angenehmen Empfindungen mehr verschafft werden können³⁴⁹.

4.6.4. Erschwerung oder Vereitelung von Zukunftsplänen

Durch eine Verletzung kann die Lebensplanung des Geschädigten wesentlich beeinträchtigt oder gar unmöglich gemacht werden. Derartige Einschnitte in die Lebensplanung können eine schwere seelische Belastung bedeuten. Der Immaterielle Schaden nimmt deshalb in den Fällen, die einen Einschnitt in die Lebensplanung zur Folge haben, an Schwere zu. Die Entschädigung ist folglich entsprechend höher zu bemessen. Im Hinblick auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit steht den Gerichten aber kein Urteil über den ethischen oder moralischen Wert von Zukunftsplänen zu. Solange die Zukunftspläne daher nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen, sind sie von den Gerichten zu akzeptieren und insoweit gleich zu behandeln.

In Bezug auf Einschnitte in die Lebensplanung hat in Literatur und Rechtsprechung insbesondere die Frage der Verringerung der Heiratsaussichten einer Frau Beachtung gefunden³⁵⁰. Diese werden zu Recht als ein die Verletzung erschwerender Faktor angesehen. Die Begründung hierfür liegt jedoch nicht etwa schon darin, dass die Heirat der Frau ihr die Möglichkeit eröffnet, ihre natürliche Erfüllung als Gattin und Mutter zu finden³⁵¹, sondern darin, dass der Frau ein Teil ihrer der freien Entfaltung der Persönlichkeit unterliegenden Lebensplanung erschwert worden ist. Der immaterielle Schaden ist daher nur dann höher zu bewerten, wenn eine Heirat in der Lebensplanung der betroffenen Frau nicht völlig ausgeschlossen war. Da die Heirat in der heutigen Gesellschaft nicht mehr die selbe Bedeutung hat wie früher und auch die klassische Rollenverteilung zwischen Mann und Frau heute

³⁴⁸ E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 83

³⁴⁹ Im Ergebnis ähnlich E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 229

³⁵⁰ Vgl. etwa BGH LM, § 847 Nr. 14; Kötz, Deliktsrecht, 204 f m.w.N.; MüKo/Stein, § 847 Rn 24 m.w.N.

³⁵¹ So aber BGH LM, § 847 Nr. 14

immer mehr zurückgedrängt wird, gilt ähnliches wie bei der Verringerung der Heiratsaussichten einer Frau auch bezüglich der Heiratsaussichten eines Mannes oder der Möglichkeit eine nichteheleiche Lebensgemeinschaft einzugehen.

Ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Erschwerung oder Vereitelung von Zukunftsplänen sind die Fälle zu behandeln, in denen der angestrebte oder ausgeübte Beruf auf Grund der Verletzung nicht mehr ausgeübt werden kann³⁵². Denn die Ausübung eines bestimmten Berufes kann wesentlicher Teil der Zukunftsplanung sein und im Falle der Vereitelung zu seelischen Beeinträchtigungen führen³⁵³. Gleiches hat auch für andere Eingriffe in die Lebensplanung zu gelten. Wenn Möglichkeiten der Freizeitgestaltung wie beispielsweise Sport oder Reisen auf Grund der Verletzung nicht mehr ausgeübt werden können, führt dies gleichfalls zu einer Erhöhung des immateriellen Schadens und der dafür zu zahlenden Entschädigung³⁵⁴.

4.6.5. Dauer des Überlebens bei tödlichen Verletzungen

Soweit der Verletzte eine gewisse Zeitdauer überlebt hat und die Gerichte ein Schmerzensgeld gewähren, neigen sie mit dem BGH dazu, das Schmerzensgeld bei längerer Überlebensdauer höher zu bemessen als bei kürzerer Überlebensdauer³⁵⁵. Nach der Resolution des europäischen Ministerrats vom 15.03.1975 sollte die Dauer der Leiden ebenfalls Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes haben³⁵⁶.

Verständlich ist dies insoweit, als sich der immaterielle Schaden bei längerer Überlebensdauer und fortbestehender Empfindungsfähigkeit des Verletzten um die Leiden und negativen Empfindungen erhöht, die er in der Zeitspanne bis zu

³⁵² Vgl. dazu BGH VersR 1976, 976

³⁵³ Kötz, Deliktsrecht, Rn 525; Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 8

³⁵⁴ BGH, VersR 1992, 618, 620; Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 8 f m.w.N.; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 24; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, 878

³⁵⁵ BGH LM § 847 Nr. 102; vgl. die zu den unterschiedlichen Beträgen, die hier von der Rechtsprechung zugesprochen werden Hacks/Ring/Böhm, Schmerzensgeldbeträge, 12 f; Jaeger, MDR 98, 452

³⁵⁶ Vgl den Nachweis bei Busnelli, VersR 1987, 953

seinem Tod erleiden musste. Insbesondere können negative Empfindungen auch dadurch entstehen, dass sich der Verletzte der Schwere seiner Verletzung und seines baldigen Todes bewusst ist. Umgekehrt wird der Schmerzensgeldanspruch jedenfalls dadurch eingeschränkt, dass die Leiden nur über eine kurze Zeitdauer ertragen werden müssen³⁵⁷.

Ist der Verletzte bis zu seinem Tod bewusstlos und nimmt er seine Verletzung nicht wahr, so erhöht sich der immaterielle Schaden insoweit nicht. Die Gerichte sprechen in diesen Fällen folgerichtig zumeist deutlich geringere Schmerzensgelder zu, als wenn der Verletzte bei Bewusstsein war³⁵⁸.

Die Erhöhung des Schmerzensgeldes könnte sich in den Fällen längerer Überlebensdauer aus dem Bemessungskriterium der Kompensation negativer Empfindungen durch positive Empfindungen rechtfertigen. Soweit der Verletzte nur noch eingeschränkt wahrnehmungsfähig ist und Annehmlichkeiten, die über eine angemessene medizinische Versorgung hinausgehen, nicht mehr verspüren kann, scheidet dieses Bemessungskriterium jedoch aus. Gleiches gilt in den Fällen, in denen der Verletzte zu dem Zeitpunkt der Bemessung des Schmerzensgeldes bereits verstorben ist. Die Dauer des Überlebens kann unter dem Kriterium der Verschaffung von positiven Empfindungen zur Kompensation negativer Empfindungen mithin nur dann Berücksichtigung finden, wenn der Verletzte zum Zeitpunkt der Bemessung des Schmerzensgeldes bei Bewusstsein und noch am Leben ist. In den hier zu erörternden Fällen des alsbaldigen Todes des Verletzten kommt eine Erhöhung des Schmerzensgeldes auf Grund des oben genannten Kriteriums deshalb nicht in Betracht.

Eine Erhöhung des Schmerzensgeldes bei längerer Überlebensdauer könnte sich jedoch auch auf Grund des Bemessungskriteriums der Prävention von Schäden rechtfertigen. Da bei längerer Überlebensdauer regelmäßig mehr negative Empfindungen zu erdulden sind als bei kürzerer

³⁵⁷ Jaeger, MDR 1998, 451

³⁵⁸ Vgl dazu die Rechtsprechungsnachweise bei Jaeger, MDR 1998, 451, FN 16-21

Überlebensdauer, der immaterielle Schaden also grundsätzlich größer ist, ist auch das Interesse an der Prävention solcher Schäden regelmäßig höher zu bewerten.

Grundvoraussetzung der Prävention von Schäden durch die abschreckende Wirkung eines höheren Schmerzensgeldes ist, dass der potentielle Schädiger überhaupt Einfluss auf den Erfolg, der verhindert werden soll, hat, und dass auf sein diesbezügliches Verhalten mit den Mitteln der Prävention eingewirkt werden kann und darf. Dies ist sicherlich bei den Sachverhalten der Fall, bei denen der Schädiger bewusst tötet und zumindest in Kauf nimmt, dass der Getötete bis zum Todeseintritt Leiden und Qualen empfindet. Im Hauptanwendungsgebiet des Schmerzensgeldes, nämlich den Fahrlässigkeitsdelikten, vor allem im Bereich des Straßenverkehrs, ist dies jedoch nicht der Fall. Durch das Schmerzensgeld können potentielle Schädiger dazu angehalten werden, sich so zu verhalten, dass tödliche Verletzungen anderer vermieden werden. Hat die Abschreckungswirkung jedoch versagt und wurde jemand tödlich verletzt, so kann der konkrete Verlauf der Verletzung bis hin zum Tod vom Schädiger nicht mehr beeinflusst werden. Eine präventive Einwirkung auf ihn ist insoweit nicht möglich.

Die Dauer des Überlebens eines tödlich Verletzten kann mithin nur in den vergleichsweise seltenen Fällen der Vorsatzdelikte die Bemessung des Schmerzensgeldes beeinflussen. Im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte hat die Überlebensdauer dagegen keinen Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes.

4.6.6. Lebensalter des Verletzten

Die germanischen Volksrechte machten die Höhe des Schmerzensgeldes vielfach vom Alter des Verletzten abhängig. Nach der Lex Wisigothorum erhielten Männer und Frauen mittleren Alters (20 – 25 bzw. 15 – 40) ein höheres Wergeld als vorher und nachher. Nach fränkischem Recht erhielt eine Frau

in gebärfähigem Alter dreifaches, nach sächsischem Recht doppeltes Wergeld³⁵⁹.

Das Lebensalter des Verletzten wird bei Dauerschäden auch heute noch als ein die Bemessung des Schmerzensgeldes beeinflussender Umstand angesehen. Regelmäßig wird ein geringeres Lebensalter als Umstand angesehen, der sich erhöhend auf das Schmerzensgeld auswirkt. Hauptargument hierfür ist, dass das Schmerzensgeld über die gesamte Lebensdauer eine Entschädigung für die erlittenen immateriellen Schäden bieten müsse und ein jüngerer Mensch, der noch eine längere Lebenserwartung hat, unter einer dauernden Beeinträchtigung länger zu leiden habe, als ein Verletzter, der bereits den größten Teil seines Lebens hinter sich hat³⁶⁰. Weiter wird vorgebracht, dass ältere Menschen in Bezug auf ihre volle Gesundheit bescheidener und nicht so schmerzempfindlich seien wie jüngere Menschen, für die es zudem besonders bitter sei, sich im Falle von schwersten Verletzungen mit dem Gedanken des Todes auseinanderzusetzen. Auch könne ein jüngerer Verletzter in einer Reihe von Lebensbereichen betroffen sein, die in höherem Alter bereits durchlebt seien, wie Heiratschancen, Familienplanung oder beruflicher Aufstieg³⁶¹.

Umgekehrt wird ein geringeres Lebensalter als Umstand angesehen, der sich mindernd auf das Schmerzensgeld auswirken kann, weil es einem jüngeren Menschen leichter falle, sich an ein Hilfsmittel für eine Behinderung, etwa eine Prothese, zu gewöhnen³⁶².

Die dargestellten Argumente zur Berücksichtigung des Lebensalters bei der Bemessung des Schmerzensgeldes stützen sich darauf, dass das Lebensalter ein Umstand ist, der Einfluss auf die Schwere der Schädigung sowohl hinsichtlich ihrer Intensität als auch hinsichtlich ihrer Dauer haben kann. Da die Schwere der Verletzung ein Umstand ist, der die Bemessung des Schmerzensgeldes wesentlich beeinflusst, ist

³⁵⁹ Erler/Kaufmann, Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 134 f

³⁶⁰ BGH LM § 847 Nr. 4; BGH LM § 847 Nr. 83

³⁶¹ Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 7

³⁶² Lieberwirth, das Schmerzensgeld, 70

es insoweit folgerichtig auch das Lebensalter als Umstand anzusehen, der die Bemessung des Schmerzensgeldes beeinflusst.

Prima facie mag das Lebensalter des Geschädigten durchaus eine Aussage über Dauer und Intensität der Leiden des Geschädigten zulassen; jedoch sind auch Fälle denkbar, in denen allgemeine Erwägungen, die eine Beziehung zwischen der Schwere der Verletzung und dem Lebensalter des Geschädigten herstellen, offensichtlich nicht zutreffen. Beispielsweise kann ein jüngerer Mensch gerade etwa auf Grund der Schädigung tatsächlich eine geringere Lebenserwartung haben als ein älterer Mensch. Ob eine bestimmte Verletzung von dem einen Verletzten besser oder schlechter verarbeitet werden kann als von dem anderen, lässt sich nicht pauschal am Lebensalter des Geschädigten festmachen, denn die Verarbeitung der Verletzung durch den Geschädigten wird von sehr vielen Faktoren beeinflusst, die nicht notwendig mit dem Lebensalter korrespondieren müssen³⁶³. Beispielsweise kann es einem jüngeren Menschen unter Umständen leichter fallen, sich mit dem Gedanken seines alsbaldigen Todes zu beschäftigen als einem älteren Menschen.

Das Lebensalter des Geschädigten selbst hat mithin keinen Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes; es kann jedoch im Einzelfall einen Anhaltspunkt für die Schwere der Verletzung geben. Insbesondere in den Fällen des alsbaldigen Todes des Verletzten wird man, soweit sich nicht auf Grund anderer Umstände, wie etwa dem bisherigen Gesundheitszustand des Verstorbenen, etwas anderes ergibt, davon ausgehen können, dass ein jüngerer Mensch noch einen größeren Teil seines Lebens vor sich hatte als ein älterer Mensch. Regelmäßig verliert ein jüngerer Mensch, der auf Grund der Schädigung stirbt, also mehr Lebenszeit als ein älterer. Der immaterielle Schaden ist mithin bei einem jüngeren Menschen regelmäßig höher.

³⁶³ Jarosch/Müller/Piegler, Das Schmerzensgeld in medizinischer und Juristischer Sicht, 160; Staudinger/Schäfer, § 847, Rn 68

Für die Fälle des alsbaldigen Todes des Geschädigten ist jedoch zu beachten, dass die Bemessung des immateriellen Schadens auch anhand des Kriteriums der Prävention von Schäden zu erfolgen hat. Wie ausgeführt, setzt Prävention voraus, dass der Schaden für den Schädiger vorhersehbar war³⁶⁴. Das Lebensalter des Geschädigten ist bei der Bemessung des Schmerzensgeldes anhand des Bemessungskriteriums der Prävention mithin nur soweit zu berücksichtigen, als es für den Schädiger vorhersehbar war. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Autofahrer mit unverminderter Geschwindigkeit an einer Gruppe von spielenden Kindern vorbeifährt, nicht jedoch bei einem fahrlässig verursachten Zusammenstoß mit einem anderen Fahrzeug.

4.6.7. Wirtschaftliche Verhältnisse des Geschädigten

Nach der Rechtsprechung des BGH können die wirtschaftlichen Verhältnisse „möglicherweise“ Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes haben³⁶⁵. Dagegen sind nach der Resolution des europäischen Ministerrats vom 15.03.1975 und einem großen Teil der Literatur die wirtschaftlichen Verhältnisse des Geschädigten nicht zu berücksichtigen³⁶⁶.

Die Uneinigkeit in dieser Frage deutet bereits darauf hin, dass eine eindeutiges Ergebnis hier nur schwer zu erzielen ist. Stellt man bei der Beantwortung zunächst auf das Ausmaß der Verletzung ab, so wird diese von den wirtschaftlichen Verhältnissen des Geschädigten nicht beeinflusst, da der reiche Geschädigte unter einer bestimmten Verletzung grundsätzlich in gleichem Maße zu leiden hat wie ein armer Geschädigter.

Die Bemessung des immateriellen Schadens hat sich jedoch an den hierfür zur Verfügung stehenden Bemessungskriterien

³⁶⁴ Vgl. oben 4.6.5

³⁶⁵ BGHZ 18, 149

³⁶⁶ Vgl. den Nachweis bei Busnelli, VersR. 87, 953; Erman/Schiemann, § 847 Rn 9; Hupfer, JZ 1977, 781, 785; Knöpfel, AcP 1956, 135; E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 74 ff, 145 ff ; MüKo/Stein, § 847 Rn 20

auszurichten. Die Bemessung hängt daher nicht nur von dem Ausmaß des immateriellen Schadens selbst ab.

Unter dem Kriterium der Kompensation negativer Empfindungen durch positive Empfindungen ist durchaus von Bedeutung, welchen Lebensstandard der Verletzte hat, denn danach richtet sich der Geldbedarf, der erforderlich ist, um bei dem Geschädigten angenehme Empfindungen hervorzurufen. Beispielsweise mag ein bestimmtes Maß an positiven Empfindungen bei dem armen Verletzten durch eine kleine Reise in den Süden, bei dem reichen jedoch erst durch eine Luxuskreuzfahrt hervorgerufen werden. Unter dem Kriterium der Kompensation sind die Vermögensverhältnisse des Geschädigten bei der Bemessung des Schmerzensgeldes demnach zu berücksichtigen³⁶⁷.

Diesem Ergebnis widerstrebt ein Rechtsempfinden, das bei der Anwendung von Recht nicht danach unterscheiden will, ob eine Partei reich oder arm ist³⁶⁸. Teilweise wird gar eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes angenommen³⁶⁹. Es ist jedoch zu bedenken, dass der Unterschied zwischen arm und reich auch da besteht wo etwa das Luxusauto des Reichen bzw. das alte Fahrrad des Armen beschädigt wird. Gleiches gilt etwa hinsichtlich des Verdienstaufalles. Auch sonst ist dem Recht die Unterscheidung zwischen Arm und Reich nicht fremd, so bemisst sich etwa der Unterhalt des geschiedenen Ehegatten nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 S.1).

Soweit die Vermögensverhältnisse des Geschädigten nach den herausgearbeiteten Bemessungskriterien Einfluss auf die Höhe des Schmerzensgeldes haben können, sind die daraus resultierenden Unterschiede zwischen arm und reich hinzunehmen. „An was für eine Art von Geschädigten der Schädiger gerät, bedeutet für ihn in den Grenzen der Adäquanz Glück oder Unglück“³⁷⁰.

³⁶⁷ OLG Köln VersR 1992, 330; OLG Köln zfs 1994, 47; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 30;

Staudinger/Schäfer, § 847, Rn 57

³⁶⁸ Erman/Schiemann, § 847 Rn 9; Hacks/Ring/Böhm, Schmerzensgeldbeträge, 12; Hupfer, JZ 1977 785; MüKo/Stein, § 847 Rn 20 m.w.N.

³⁶⁹ Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, 878

³⁷⁰ Medicus, VersR 1981, 600 f

Nach seinem Tod können dem Geschädigten jedoch keine angenehmen Empfindungen mehr verschafft werden. Auch nach dem dann noch in Frage kommenden Bemessungskriterium der Prävention von Schäden spielt die Vermögenslage des Geschädigten keine Rolle; denn der Arme verdient den gleichen Schutz vor Eingriffen in seine Rechte wie der Reiche³⁷¹.

4.6.8. Verschulden des Schädigers

Der Grad des Verschuldens des Schädigers war nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu berücksichtigen³⁷². Der BGH ließ diese Frage zunächst offen³⁷³. Seit der grundlegenden Entscheidung von 1955 wurde der Grad des Verschuldens dann zu einem festen Bestandteil bei der Bemessung des immateriellen Schadens³⁷⁴. In neuerer Zeit verhält sich der BGH gegenüber der Berücksichtigung des Verschuldens reservierter, indem er sie nur noch bei vorsätzlichen Rechtsgutverletzungen für unbedenklich hält. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH ist der Grad des Verschuldens im Hinblick auf die Genugtuungsfunktion nur zu berücksichtigen, wenn der Verletzte noch zu Empfindungen fähig ist. Er führt aus: „Ohne Erfolg beanstandet die Revision hingegen, dass sich das Berufungsgericht im Hinblick auf die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes nicht zu der Frage geäußert hat, ob der Behandlungsfehler als grob zu bewerten ist. Zu einer Erörterung der Frage besteht keine Notwendigkeit, wenn in Fällen der vorliegenden Art bei dem Verletzten ein Empfinden der Genugtuung durch eine Schmerzensgeldzahlung für das die Bewertung des Behandlungsfehlers als grob eine Rolle spielen könnte, nicht vorhanden ist“³⁷⁵.

³⁷¹ Im Ergebnis ähnlich Erman/Schiemann, § 847 Rn 9; MüKo/Stein, § 847 Rn 20

³⁷² RGZ 136, 60

³⁷³ BGHZ 7, 226

³⁷⁴ BGHZ 18, 149; zuletzt BGH LM § 847 Nr. 102

³⁷⁵ BGH NJW 1993, 782

Schon im preußischen Allgemeinen Landrecht wurde die Höhe des Ersatzes vom Grad des Verschuldens abhängig gemacht³⁷⁶. Demgegenüber gilt im Schadensrecht des BGB grundsätzlich das Alles-oder-Nichts-Prinzip, welches durch die Berücksichtigung des Verschuldensgrades durchbrochen sein könnte. Jedoch kann allein daraus nicht geschlossen werden, dass der Grad des Verschuldens bei der Bemessung des Schmerzensgeldes außer Acht zu lassen wäre. Auch etwa in den Fällen der §§ 254, 702, 829 ist das nicht unumstrittene³⁷⁷ Alles-oder-Nichts-Prinzip durchbrochen. Des Weiteren gibt es im Rahmen der Bemessung des Schmerzensgeldes nach Ermessenskriterien keinen festen Betrag, der gemindert werden könnte. Der Betrag des Schmerzensgeldes muss anhand der zur Verfügung stehenden Kriterien vielmehr erst ermittelt werden.

Grobes Verschulden des Schädigers kann sich verbitternd auf den Geschädigten auswirken. Die durch die Verletzung hervorgerufenen negativen Empfindungen können mithin stärker sein und sind unter dem Gesichtspunkt der Kompensation durch Verschaffung von angenehmen Empfindungen schmerzensgelderhöhend zu berücksichtigen³⁷⁸. Teile der Literatur halten das Verschulden dagegen im Rahmen der ausgleichenden Funktion des Schmerzensgeldes nicht für berücksichtigungsfähig³⁷⁹.

Unter dem auch noch nach dem Tod des Geschädigten relevanten Bemessungskriterium der Prävention ist der Grad des Verschuldens ebenfalls zu berücksichtigen: In dem Maße wie das Verschulden steigt auch die Vermeidbarkeit des Schadens. Je eher ein Schaden für den potentiellen Schädiger vermeidbar ist, desto mehr Gedanken kann er sich auch über die Folgen seines Handelns machen. Treffen ihn diese Folgen besonders hart, so wird er sein Verhalten eher überdenken und

³⁷⁶ Lange, Schadensersatz – Richterrecht oder Gesetzesreform?, 157

³⁷⁷ Vgl. dazu Lange, Schadensersatz – Richterrecht oder Gesetzesreform ?, 156 f; Lange, Schadensersatz, 19

³⁷⁸ Erman/Schiemann, § 847 Rn 10; MüKo/Stein, § 847 Rn 34; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 27

³⁷⁹ Ott/Schäfer, JZ 1990, 565; Deutsch, JuS 1969, 201; Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 72 f, 134 ff

so ausrichten, dass Schäden vermieden werden. Beispielsweise wird derjenige, der im Vertrauen darauf, dass schon nichts passieren werde, mit 100 km/h durch eine geschlossene Ortschaft rast, sich eher damit beschäftigen, welche Folgen sein Handeln für ihn haben könnte, als derjenige, der, weil er nicht auf den Tacho achtet, mit 60 km/h fährt.

Zudem verlieren Verhältnismäßigkeitserwägungen bei höherem Verschulden an Gewicht: Wem ein besonders hoher Grad an Verschulden vorwerfbar ist, der ist im Hinblick auf Eingriffe in seine Rechtssphäre nicht in dem Maße schutzwürdig wie derjenige, der nur leicht fahrlässig gehandelt hat.

Nach dem Tod des Verletzten beeinflusst das Verschulden mithin sowohl unter dem Bemessungskriterium der Prävention als auch der Verhältnismäßigkeit die Höhe des Schmerzensgeldes.

4.6.9. Wirtschaftliche Verhältnisse des Schädigers

Während das RG die Vermögensverhältnisse des Schädigers bei der Bemessung des Schmerzensgeldes berücksichtigte³⁸⁰, lehnte der III ZS des BGH deren Berücksichtigung ab³⁸¹. Knapp zwei Jahre später sprach sich der VI ZS des BGH wieder für die Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des Schädigers aus³⁸². Seit der grundlegenden Entscheidung von 1955 finden die Vermögensverhältnisse des Schädigers bei der Bemessung des Schmerzensgeldes grundsätzlich Berücksichtigung³⁸³.

Bemisst man das Schmerzensgeld anhand des Kriteriums der Prävention von Schäden, soll durch das Schmerzensgeld auf potentielle Schädiger eingewirkt werden. Eine solche Einwirkung setzt jedoch voraus, dass der Betrag des Schmerzensgeldes so hoch ist, dass sich ein potentieller

³⁸⁰ RGZ 63, 104; 76, 104

³⁸¹ BGHZ 7, 223

³⁸² BGH LM § 847 Nr. 6

³⁸³ BGHZ 18, 149; BGH MDR 1976, 1012; BGH VersR 1993, 585; zustimmend etwa Erman/Schiemann, § 847 Rn 12; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 30; Staudinger/Schäfer, § 847 Rn 56; ablehnend Hupfer, JZ 1977, 784 und E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 74, 145 ff

Schädiger dadurch von einem schädlichen Verhalten abhalten lässt. Dementsprechend ist zur Einwirkung auf einen vermögenden Schädiger ein höherer Geldbetrag erforderlich als zur Einwirkung auf einen armen Schädiger.

Ebenso spielt die Vermögenslage des Schädigers im Rahmen von Verhältnismäßigkeitserwägungen eine Rolle, denn dem vermögenden Schädiger kann die Zahlung eines höheren Betrages zugemutet werden als dem, dessen Existenzgrundlage durch die Verpflichtung zur Zahlung des Schmerzensgeldes gefährdet ist³⁸⁴.

4.6.10. Eintreten einer Versicherung für den Schädiger

In den Hauptanwendungsgebieten des Schmerzensgeldes treten zumeist Versicherungen für den Schädiger ein. Dies gilt sowohl für die Bereiche des Straßenverkehrs³⁸⁵ als auch der Arzthaftung³⁸⁶, in denen Versicherungspflicht besteht. Die Frage nach dem Einfluss der Eintrittspflicht einer Haftpflichtversicherung für den Geschädigten ist deshalb von großer praktischer Bedeutung.

Im Hinblick auf die oben herausgearbeiteten Bemessungskriterien wäre der Umstand, dass eine Versicherung für den Schädiger eintritt, grundsätzlich zu beachten: Tritt eine Versicherung für den Schädiger ein, wird dieser nicht mit einer Zahlungspflicht belastet. Es kann weder auf ihn selbst noch auf andere potentielle Schädiger, die eine Haftpflichtversicherung unterhalten, im Sinne der Vermeidung von Schäden unmittelbar eingewirkt werden³⁸⁷. Des Weiteren erübrigen sich Erwägungen, die dem Schutz des Schädigers vor unzumutbar hohen und deshalb verfassungsrechtlich unzulässigen Zahlungsverpflichtungen dienen, weil der verfassungsrechtliche Übermaßschutz lediglich zur Wahrung der Entfaltung der Persönlichkeit des Schädigers, nicht aber zur

³⁸⁴ BGH LM § 847 Nr. 6; OLG Köln, VersR 1992, 330

³⁸⁵ § 1 PflVG

³⁸⁶ § 12 Musterberufsordnung

³⁸⁷ Bauer, Einige Bemerkungen zum Stand des Schadensausgleichsrechts, 123; siehe jedoch auch oben, 4.5.3.1

Entlastung seiner Versicherung geboten ist³⁸⁸. Tritt somit eine Versicherung für den Schädiger ein, wäre grundsätzlich der Anspruch herabzusetzen, weil die präventiven Zwecksetzungen des Schmerzensgeldes nicht mehr in vollem Umfang erreicht werden können; andererseits könnte das Schmerzensgeld nicht auf Grund von Verhältnismäßigkeitserwägungen begrenzt werden.

Hat der Versicherungsnehmer auf Grund eines von der Versicherung verwandten Prämien- oder Rabattsystems einen Teil der Belastung selbst zu tragen, gilt dies nur eingeschränkt. Der potentielle Schädiger fürchtet dann nicht die Schadensersatzleistung als solche, sondern die Erhöhung des Versicherungsbeitrages³⁸⁹. Ähnliches gilt, wenn der Versicherte befürchten muss, seinen Versicherungsschutz, etwa nach den §§ 61, 152 VVG wegen vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles, zu verlieren.

Soweit der Schädiger durch seine Versicherung aber wirtschaftlich entlastet wird, wäre dem bei der Bemessung des Schmerzensgeldes entsprechend den oben gemachten Ausführungen grundsätzlich Rechnung zu tragen. Ähnliches bringt der BGH zum Ausdruck, wenn er ausführt, dass sich der Anspruch auf Versicherungsschutz als Vermögenswert darstelle und er deshalb im Rahmen der Vermögensverhältnisse des Schädigers zu berücksichtigen sei³⁹⁰.

Der Berücksichtigung einer Versicherung des Schädigers im Rahmen der allgemeinen Kriterien zur Bemessung des Schmerzensgeldes könnten aber Grundsätze des Versicherungsrechts entgegenstehen. Grundsätzlich gilt im Versicherungsrecht das Trennungsprinzip, wonach die Höhe des zu leistenden Ersatzes unabhängig vom Bestehen einer Versicherung zu bestimmen ist. Begründet ist dieses Prinzip in der Überlegung, dass eine Versicherung vom potentiellen Schädiger nur deshalb abgeschlossen wird, um ihn vor dem

³⁸⁸ Canaris, JZ 1987, 1002

³⁸⁹ Bauer, Einige Bemerkungen zum Stand des Schadensausgleichsrechts, 123

³⁹⁰ BGH LM, § 847 Nr. 6; BGHZ 18, 149; anders noch RGZ 136/60; BGHZ 7, 223

Risiko einer Haftung zu bewahren, und nicht, um den Geschädigten besser oder schlechter zu stellen³⁹¹.

Soweit es sich bei der Versicherung jedoch um eine Pflichtversicherung handelt, trifft diese Überlegung nicht zu. Wie sich aus der, im folgenden zusammengefassten, Entwicklung der Pflichtversicherungen zeigt, dienen diese nach dem Willen des Gesetzgebers vor allem dem Schutz des Geschädigten und damit seiner Besserstellung:

Bedeutung erlangten die Haftpflichtversicherungen mit dem Inkrafttreten des Gesetzes betreffend der Verbindlichkeiten zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken usw. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen vom 7.6.1871³⁹². Gegen das Risiko der Haftung nach dem sogenannten Reichshaftpflichtgesetz konnten sich die Betreiber der genannten Betriebe alsbald versichern. Die Versicherungen dienten zunächst allein den Unternehmern, indem sie ihnen ihre Haftpflicht für Betriebsunfälle abnahmen. Schon bald kam man zu der Erkenntnis, dass der Versicherungsschutz nicht nur dem Versicherungsnehmer günstig war, sondern auch dem geschädigten Dritten diene, indem er ihm das Insolvenzrisiko des Versicherungsnehmers abnahm³⁹³. Diese Erkenntnis fand Eingang in das Versicherungsvertragsgesetz vom 30.5.1908 dessen § 157 dem Geschädigten ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Anspruch gegenüber der Versicherung im Falle des Konkurses des Versicherten einräumte³⁹⁴.

Später wurde zum Schutz der Geschädigten in manchen Bereichen eine gesetzliche Pflicht zum Abschluss einer Versicherung normiert. Im Bereich der Straßenverkehrsunfälle wurde nach dem Vorbild des § 29 LuftVG vom 01.08.1922 erstmals mit Gesetz vom 7.11.1939 eine gesetzliche Pflicht zum Abschluss einer Versicherung normiert. Die Begründung für diese Pflichtversicherung lautete: „Die fortschreitende

³⁹¹ Fuchs, AcP 1991, 326 ff

³⁹² Vgl. zur Geschichte der Haftpflichtversicherungen in Deutschland v. Bar, AcP 181, 296 ff m.w.N.; Kötz, Deliktsrecht, 134 ff

³⁹³ v. Bar, AcP 181, 303 ff

³⁹⁴ Anders noch die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts, vgl. etwa RGZ 71, 363

Motorisierung“ erfordere nunmehr „nach dem Willen des Führers einen erweiterten Schutz der Verkehrsoffer“³⁹⁵. Unterstrichen wurde die Funktion der Pflichtversicherungen als Instrument zum Schutz der Geschädigten durch die gleichzeitig eingeführten §§ 158 b ff VVG, wonach die Versicherung an den Geschädigten auch dann leisten muss, wenn sie gegenüber dem Versicherten von der Leistungspflicht frei geworden ist. Durch die 1965 erfolgte Einführung des § 3 Nr. 1 PflVG, der dem Geschädigten einen Direktanspruch gegenüber dem Versicherer einräumt, ist die Pflichtversicherung zumindest im wichtigen Bereich des Straßenverkehrs endgültig zu einer Versicherung geworden, die vor allem dazu dient, sicherzustellen, dass der Geschädigt Ersatz erhält³⁹⁶. Deutlich wird dies nochmals an der Einrichtung von Entschädigungsfonds nach den §§ 12 ff PflVG, die eine Entschädigung auch dann sicherstellen sollen, wenn eine Haftpflichtversicherung des Schädigers aus den dort genannten Gründen nicht herangezogen werden kann.

Mit dem Zweck der Pflichtversicherung, dem Schutz des Geschädigten zu dienen, ist es aber nicht vereinbar, wenn das Eintreten einer Versicherung als Argument zur Kürzung des Anspruchs auf Schmerzensgeld verwandt wird³⁹⁷. Das zumindest teilweise Versagen von präventiven Zwecksetzungen des Schmerzensgeldes darf somit nicht zu einer Herabsetzung des Schmerzensgeldes führen. Vielmehr obliegt es den Versicherungsgesellschaften, durch die Verwendung von Prämien- oder Rabattsystemen dazu beizutragen, dass das Schmerzensgeld präventiv Wirkung entfalten kann. Der Anspruch darf auch nicht auf Grund von Verhältnismäßigkeitserwägungen, die beim Fehlen einer Versicherung zugunsten des Schädigers anzustellen wären, gekürzt werden.

Die Rechtsprechung³⁹⁸ und Teile des Schrifttums³⁹⁹ wollen dieses Ergebnis auch auf die Bereiche der freiwilligen

³⁹⁵ DJ 1939, 1771

³⁹⁶ BGH r+s 1995, 53, 54, v. Bar, AcP 181, 306 ff m.w.N.

³⁹⁷ So schon RG, DR 44, 290; zustimmend BGH LM § 847 Nr. 6

³⁹⁸ BGHZ 18, 165 f.; OLG Stuttgart VersR 1989, 1151

Versicherung übertragen, weil die „undurchdachten Zufälligkeiten zwischen gesetzlicher Pflichtversicherung und anderen Haftpflichtversicherungen“ nicht in das Haftungsrecht verlängert werden sollten.

Würde man dem folgen, würde das versicherungsrechtliche Trennungsprinzip, zumindest für den Bereich des Schmerzensgeldes, völlig aufgegeben. Ein Wille des Gesetzgebers, auch in den Fällen des freiwilligen Abschlusses einer Versicherung den Geschädigten zu begünstigen, lässt sich nicht feststellen⁴⁰⁰. Der freiwillig Versicherte schließt die Versicherung ausschließlich ab, um sich vor dem Risiko einer Haftung zu bewahren. Wenn dies auch wünschenswert wäre, so liegt es jedenfalls nicht im Interesse des freiwillig Versicherten, dem Geschädigten mehr zukommen zu lassen, als diesem gegen ihn selbst zustünde. Mehrleistungen der Versicherungen in diesem Bereich müssten letztlich von der Gemeinschaft der freiwillig Versicherten getragen werden. Soweit sich der Schädiger freiwillig versichert hat, ist somit am Trennungsprinzip festzuhalten.

Tritt dagegen eine Pflichtversicherung für den Schädiger ein, dürfen Verhältnismäßigkeitserwägungen, die auf Seiten des Schädigers grundsätzlich anzustellen wären, nicht berücksichtigt werden. Ein teilweises Versagen der Präventivfunktion des Schmerzensgeldes darf ebenfalls nicht zum Anlass genommen werden, das Schmerzensgeld geringer zu bemessen.

4.6.11. Erfolgte oder zu erwartende strafrechtliche Verurteilung

Hinsichtlich der Frage, ob und in welcher Weise die Bemessung des Schmerzensgeldes von einer bereits erfolgten oder

³⁹⁹ v. Bar, AcP 181, 326; Fuchs, AcP 1991, 338

⁴⁰⁰ Vgl. für den Bereich der Billigkeitshaftung aus § 829 BGB E. Lorenz, VersR 1980, 700 f; anders E. Lorenz, Grundsatz und Grenzen der Folgenrechnung im Schadensersatzrecht, 267

zumindest zu erwartenden strafrechtlichen Verurteilung beeinflusst wird, herrscht Uneinigkeit⁴⁰¹.

Noch in seinem Urteil vom 29.11.1994 hat der BGH ausgeführt, eine strafrechtliche Verurteilung habe keinerlei Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes. Bei der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes handle es sich um etwas völlig anderes als bei der Kriminalstrafe⁴⁰². Dieses Urteil hat er in einer weiteren Entscheidung vom 16.1.1996 bestätigt, dort jedoch eingeräumt, dass es besondere Fallgestaltungen geben kann, in denen die strafrechtliche Verurteilung auch Auswirkungen auf ein angemessenes Schmerzensgeld haben kann⁴⁰³. Der BGH lässt in der Entscheidung jedoch offen, welche Fälle dies sein können.

Eine strafrechtliche Verurteilung ist dazu geeignet, potentielle Schädiger dazu anzuhalten, sich so zu verhalten, dass andere Personen nicht geschädigt werden. Dementsprechend kann das Bemessungskriterium der Prävention bei der Bemessung des Schmerzensgeldes in den Hintergrund treten, wenn bereits auf Grund der strafrechtlichen Verurteilung zu erwarten ist, dass sowohl der Schädiger als auch andere potentielle Schädiger die Verurteilung als derart abschreckend empfinden, dass sie künftig die Verletzung anderer Personen möglichst verhindern wollen und ihr Verhalten danach ausrichten.

Ebenso kann sich eine strafrechtliche Verurteilung als zusätzliche Belastung für den Schädiger darstellen. Im Hinblick darauf kann ein Schmerzensgeld bei einer zusätzlichen strafrechtlichen Verurteilung eher als unangemessen hoch und nicht mehr der Verhältnismäßigkeit entsprechend zu bewerten sein.

Sowohl unter dem Bemessungskriterium der Prävention als auch unter dem der Verhältnismäßigkeit kann eine

⁴⁰¹ Vgl. die zahlreichen Hinweise auf die unterschiedlichen Ansichten in Literatur und Rechtsprechung bei BGH NJW 1995, 781 und bei Müller, VersR 1993, 914

⁴⁰² BGH NJW 1995, 781

⁴⁰³ BGH LM, § 847 Nr. 99

strafrechtliche Verurteilung mithin bei der Bemessung des Schmerzensgeldes mindernd zu berücksichtigen sein⁴⁰⁴.

4.6.12. Hinauszögerung des Schadensausgleichs

Ist der Geschädigte genötigt, in langwierigen, gar prozessualen Auseinandersetzungen seinen Anspruch geltend zu machen, kann dies zu einer zusätzlichen Verbitterung über die Schädigung und somit zu einer Erhöhung des immateriellen Schadens führen. Wird der Schadensausgleich hinausgezögert, kann sich mithin der Betrag, der zur Kompensation der durch das Schadensereignis ausgelösten negativen Empfindungen durch positive Empfindungen erforderlich ist, erhöhen⁴⁰⁵.

Da nach dem Kriterium der Prävention das Schmerzensgeld so zu bemessen ist, dass Schäden verhindert bzw. möglichst gering gehalten werden, ist auch nach diesem Kriterium das Schmerzensgeld höher zu bemessen. Wird der Ausgleich des Schadens vom Schädiger bzw. von dessen Versicherung also verzögert, ist dies schmerzensgelderhöhend zu berücksichtigen.

Ein anderer Fall liegt vor, wenn der Schadensausgleich in Fällen, in denen der Tod des Geschädigten erwartet wird, hinausgezögert wird. Wird die Schmerzensgeldzahlung bis zum Tod des Geschädigten hinausgezögert, weil nach dem Tod die Verschaffung von angenehmen Empfindungen nicht mehr möglich ist und das Schmerzensgeld dementsprechend geringer zu bemessen wäre, greifen die oben angestellten Erwägungen allenfalls bedingt ein. Ein solches Verhalten stellt sich jedoch als ein Fall der unzulässigen Rechtsausübung dar, denn wer sich unrecht verhält, soll sich später nicht zu seinem Vorteil darauf berufen dürfen⁴⁰⁶. Zögert der Schädiger bzw.

⁴⁰⁴ Im Ergebnis ebenso OLG Celle, JZ 1970, 548 mit zustimmender Anmerkung Deutsch; Bentert, Das pönale Element, 92 f; Deutsch, Haftungsrecht, 575 f Kern, AcP 1991, 270 ff; im Ergebnis ablehnend Erman/Schiemann, § 847 Rn 11; E. Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 76; Staudinger/Schäfer, § 847 Rn 75

⁴⁰⁵ Im Ergebnis ebenso BGH VersR 1960, 401; BGH VersR 1961, 703; BGH VersR 1970, 134 f; OLG Oldenburg VersR 1994, 1071; Hupfer, JZ 1977, 782; Müller, VersR 1993, 916; MüKo/Stein, § 847 Rn 37; Rosengarten, NJW 1996, 1936; Staudinger/Schäfer, § 847 Rn 72

⁴⁰⁶ Palandt/Heinrichs, § 162 Rn 6 m.w.N.

dessen Versicherung den Schadensausgleich hinaus, um später den Tod des Verletzten schmerzensgeldmindernd geltend zu machen, ist es ihnen mithin verwehrt, sich darauf zu berufen⁴⁰⁷. Dies, zumal dadurch in künftigen Fällen Verzögerungen beim Schadensausgleich vermieden werden können und so dem Bemessungskriterium der Prävention von Schäden Rechnung getragen werden kann⁴⁰⁸.

4.6.13. Zusammenfassung

Die untersuchten Einzelumstände können im Hinblick auf die bei der Bestimmung des Schmerzensgeldes anzuwendenden Bemessungskriterien alle eine Rolle spielen. Zumeist wirken sie sich jedoch nicht generell erhöhend oder vermindern auf das Schmerzensgeld aus. Vielmehr ist im Einzelfall zu untersuchen, ob sie auf Grund der anzuwendenden Bemessungskriterien das Schmerzensgeld beeinflussen. Speziell nach dem Tod des Geschädigten können das Verschulden des Schädigers, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers, das Eintreten einer Pflichtversicherung für den Schädiger, eine erfolgte oder zu erwartende strafrechtliche Verurteilung des Schädigers, die Hinauszögerung des Schadensausgleichs noch zu Lebzeiten des Geschädigten und soweit dies für den Schädiger vorhersehbar war, die erlittenen Schmerzen des Geschädigten bis zu seinem Tod sowie dessen Lebensalter Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes haben.

4.7. Das Rangverhältnis der einzelnen Wirkungsweisen

Die Festlegung bestimmter Kriterien und Einzelumstände zur Bemessung des Schmerzensgeldes dient dazu, die Bemessung des Schmerzensgeldes nicht nur dem Rechtsgefühl des Richters zu überlassen, und somit zur Vermeidung von letztlich willkürlichen Entscheidungen⁴⁰⁹. Allein die Festlegung der

⁴⁰⁷ Peters, VersR 1976, 1011

⁴⁰⁸ Ähnlich Pecher, AcP 1971, 70

⁴⁰⁹ Vgl. oben 4.4

Bemessungskriterien wäre zur Vermeidung von willkürlichen Entscheidungen jedoch nur eingeschränkt geeignet, wenn es dem Richter völlig frei stünde, zu entscheiden, welches Gewicht er den einzelnen Bemessungskriterien einräumen will. Es ist deshalb erforderlich, die einzelnen Bemessungskriterien entsprechend zu gewichten, also eine Rangfolge zwischen ihnen zu ermitteln. Auch wenn teilweise darauf verwiesen wird, dass sich eine derartige Rangfolge nicht finden lasse⁴¹⁰, so gibt doch auch der BGH innerhalb der Doppelfunktion ein Rangverhältnis der Funktionen, die durch das Schmerzensgeld erfüllt werden sollen, vor. Die Ausgleichsfunktion soll danach Vorrang vor der Genugtuungsfunktion haben⁴¹¹. Die früher als symbolische Wiedergutmachung bezeichnete Entschädigung soll hinter den sonst üblichen Beträgen zurückbleiben⁴¹².

Bezüglich des Bemessungskriteriums der Verhältnismäßigkeit ergibt sich dessen Rang bereits aus dem Kriterium selbst. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat Verfassungsrang und ist deshalb auf Grund des Vorrangs der Verfassung immer zu berücksichtigen⁴¹³. Da im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eine Abwägung zwischen den Interessen des Schädigers und den Zwecken, die von den verschiedenen Bemessungskriterien erreicht werden sollen, stattzufinden hat, ist das Kriterium jedoch insoweit nachrangig, als es erst nach der Bemessung anhand der anderen Kriterien zum Zuge kommt.

Der Rang der anderen Bemessungskriterien lässt sich auf diese Weise nicht bestimmen. Es ist mithin nach Wertungen innerhalb der Rechtsordnung und insbesondere des allgemeinen Schadensrechts zu suchen, die es ermöglichen ein Rangverhältnis festzulegen.

Auch wenn zur Bemessung der Geldentschädigung nach § 847 auf besondere Bemessungskriterien zurückzugreifen ist und der Geldersatz für immaterielle Schäden gemäß § 253 nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen zulässig ist, so gelten die §§ 249 ff dennoch auch für den Ersatz von

⁴¹⁰ Kern, AcP 1991, 250

⁴¹¹ BGHZ 18, 149

⁴¹² BGH NJW 1982, 2123

⁴¹³ Vgl. oben 4.5.2.6

Nichtvermögensschäden⁴¹⁴. Der Ansicht, dass es sich beim Anspruch auf Schmerzensgeld nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern um einen Anspruch eigener Art handle, wurde von der h.M zu Recht schon frühzeitig widersprochen⁴¹⁵.

Gemäß § 249 hat der zum Schadensersatz Verpflichtete den Zustand herzustellen, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde⁴¹⁶. Dieser Anspruch auf Naturalrestitution tritt gemäß § 251 erst dann zurück, wenn eine Wiederherstellung nicht mehr möglich ist oder der Schaden durch die Wiederherstellung nicht voll ausgeglichen werden kann, ferner dann, wenn eine Wiederherstellung zwar möglich, aber nur mit unverhältnismäßig großen Aufwendungen durchführbar ist.

Aus dem Vorrang der Naturalrestitution gegenüber der Kompensation lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber mit dem Schadensersatz erreichen will, dass mittels des Ersatzes ein Zustand geschaffen wird, der dem, wie er ohne das schädigende Ereignis bestünde, möglichst nahe kommt⁴¹⁷. Zwar dient das Schmerzensgeld immer nur der Kompensation und nicht der Restitution; dennoch lässt sich durch die Bemessungskriterien, die dem Geschädigten angenehme Empfindungen verschaffen sollen, eine, wenn auch unvollständige, Annäherung an den Zustand, wie er ohne das Schadensereignis bestünde, erreichen. Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes ist mithin vorrangig zu berücksichtigen, in welcher Weise dem Geschädigten noch angenehme Empfindungen verschafft werden können, um so die verletzungsbedingten negativen Empfindungen möglichst auszugleichen. Die übrigen Bemessungskriterien sind dementsprechend nachrangig zu berücksichtigen.

⁴¹⁴ MüKo/Oetker, § 253 Rn 3; Soergel/Mertens, § 253 Rn. 4; Staudinger/Schäfer, § 847 Rn 2

⁴¹⁵ Vgl. dazu Lieberwirth, Das Schmerzensgeld, 18 m.w.N.

⁴¹⁶ Ausführlich Karakatsanes, AcP 1989, 19 ff

⁴¹⁷ Deutsch ZRP 2001, 351; Lange, Schadensersatz, 214 ff; Thüsing, ZRP 2001, 127 f

4.8. Das Schmerzensgeld als frei vererblicher Anspruch

Nach der abgeschafften Regelung des § 847 I S. 2 war ein Schmerzensgeldanspruch nur eingeschränkt übertragbar und vererblich. Mit der Abschaffung hat der Gesetzgeber den gewandelten Verhältnissen und der zahlreich geübten Kritik gegen die Regelung Rechnung getragen. Auch nach der Abschaffung dieser Sonderregelung bezüglich der Vererblichkeit könnten einem uneingeschränkten Übergang des Anspruchs auf die Erben aber noch Bedenken entgegenstehen. Gemäß § 399 ist die Übertragung einer Forderung ausgeschlossen, wenn sich dadurch ihr Inhalt verändert. Zwar gilt § 399 nicht direkt für die Vererbung von Ansprüchen, doch kann nach dem darin enthaltenen Rechtsgedanken auch die Vererblichkeit eines Anspruchs ausgeschlossen sein, wenn er höchstpersönlichen⁴¹⁸ Zwecken oder individuellen Bedürfnissen gerade des Erblassers dient oder aus sonstigen Gründen untrennbar mit seiner Person verknüpft ist⁴¹⁹. Das Schmerzensgeld wäre mithin auch nach Abschaffung des § 847 I S.2 insoweit nicht vererblich, als es höchstpersönlichen Charakter aufweist.

Höchstpersönlichkeit des Anspruchs ist insoweit anzunehmen, als dem Geschädigten durch das Schmerzensgeld angenehme Empfindungen zur Kompensation der erlittenen negativen Empfindungen verschafft werden sollen. Weil nur der Geschädigte selbst unter der Schädigung zu leiden hatte, können die Leiden auch nur bei ihm selbst kompensiert werden. Nach dem Tod des Geschädigten trägt dieses Kriterium jedoch nicht mehr zur Bemessung des Schmerzensgeldes bei und kann diesem daher auch keinen höchstpersönlichen Charakter mehr verleihen. In den Fällen des alsbaldigen Todes ist es zumeist nicht mehr möglich, dem Verletzten durch das Schmerzensgeld angenehme Empfindungen zu verschaffen⁴²⁰. In diesen Fällen erfährt die Vererbbarkeit des

⁴¹⁸ Zum Begriff der Höchstpersönlichkeit Ebel, VersR 1978, 205

⁴¹⁹ Larenz, Schuldrecht I, 583; Palandt/Edenhofer, § 1922 Rn 40

⁴²⁰ Vgl. auch oben 4.6.12

Schmerzensgeldanspruchs somit keine Einschränkung durch dessen teilweise höchstpersönliche Ausgestaltung.

Wird das Schmerzensgeld im übrigen anhand von Präventions-, Verhältnismäßigkeits- sowie Rechtssicherheitskriterien bemessen, so sind diese Kriterien unabhängig von der Person des Geschädigten und weisen keinen höchstpersönlichen Charakter auf, der die Vererblichkeit einschränken könnte.

Bereits der BGB Gesetzgeber hat festgestellt, dass der Schmerzensgeldanspruch in Ermangelung einer besonderen Bestimmung auf den Erben übergehen würde⁴²¹. Auch in Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass das Schmerzensgeld nach der Abschaffung des § 847 I 2 uneingeschränkt vererbbar ist⁴²². Insbesondere hat der BGH entschieden, dass die Übertragbarkeit des Schmerzensgeldanspruchs nach der Neuregelung keine Willensbekundung des Verletzten mehr voraussetzt⁴²³. Er begründet dies zu Recht damit, dass es dem Zweck der Neuregelung, den makaberen Wettlauf mit dem Tod zu unterbinden, zuwiderlaufen würde wenn man die Geltendmachung des Anspruchs vom Willen des Verletzten abhängig machen wollte.

4.9. Rechtfertigung des Übergangs von Schmerzensgeld auf die Erben

Wie gezeigt wurde, kann das Schmerzensgeld auch in den Fällen des alsbaldigen Todes des Verletzten noch sinnvolle Zwecke erfüllen⁴²⁴. Dennoch stellt sich die Frage, ob es gerechtfertigt ist, dass das in der Person des Verletzten entstandene Schmerzensgeld den Erben des Verstorbenen zugute kommt.

Der BGH hatte noch in seiner Entscheidung vom 16.12.75 ausgeführt, dass weder ein volkswirtschaftliches, noch ein

⁴²¹ Mot. Mugdan II, 448

⁴²² Erman/Schiemann, § 847 Rn 17; Hacks/Ring/Böhm, Schmerzensgeldbeträge, 17; Palandt/Thomas, § 847 Rn 13; siehe auch schon Rohmann, Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches, 129 ff;

⁴²³ BGH NJW 1995, 783

⁴²⁴ Anders wohl OLG Düsseldorf, r+s 1996, 228

sittliches Bedürfnis dafür gegeben sei, den Erben ein Schmerzensgeld zukommen zu lassen⁴²⁵. Insbesondere in den Fällen, in denen zwischen dem Verstorbenen und den Erben schützenswerte persönliche Beziehungen nicht bestanden haben, mag man geneigt sein dem BGH zuzustimmen.

Mit der Gesetzesänderung hat der Gesetzgeber jedoch eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass das Schmerzensgeld des Verstorbenen (unter welchen weiteren Voraussetzungen auch immer) auf dessen Erben übergehen soll. Der Gesetzgeber verweist damit pauschal auf die Regeln des Erbrechts; weitere volkswirtschaftliche oder sittliche Erwägungen stellt er nicht an. Entscheidend für die Frage, ob der Übergang des Schmerzensgeldes auf die Erben gerechtfertigt ist, ist damit das Erbrecht. Im Erbrecht finden sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass Ersatzleistungen für immaterielle Schäden nicht zu den Vermögensbestandteilen gehören sollen, die nach erbrechtlichen Regeln auf die Erben übergehen können⁴²⁶.

⁴²⁵ BGH NJW 1976, 1147; zustimmend Huber, NZV 1998, 348

⁴²⁶ Rohmann, Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches, 140 ff; zur Geschichte und zum Inhalt des Erbrechts vgl. Hattenhauer, Jura 1983, 9 ff

5. Eigener Anspruch der Hinterbliebenen als Alternative zur Gesetzesänderung

Mit der Abschaffung des § 847 I S.2 wollte der Gesetzgeber vor allem verhindern, dass es in den Fällen schwerster Verletzungen mit der Folge der Bewusstlosigkeit des Verletzten und akuter Lebensgefahr zu einem als makaber angesehenen Wettrennen mit der Zeit kommt¹. Als Alternative zu der erfolgten Gesetzesänderung hat der Gesetzgeber in Erwägung gezogen den Hinterbliebenen des tödlich Verletzten einen selbständigen Anspruch auf Schmerzensgeld ohne den Nachweis einer eigenen Gesundheitsverletzung zu gewähren².

Bereits im April 1988 hatte das bayerische Staatsministerium der Justiz einen Gesetzesvorschlag in den Bundesrat eingebracht, der ein solches „Angehörigenschmerzensgeld“ vorsah. Nach der Abschaffung der eingeschränkten Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Schmerzensgeldes wurde der Gesetzentwurf zurückgezogen, weil das Staatsministerium meinte, dass damit ohnehin ähnliche Ergebnisse erzielt würden³. Tatsächlich hätte sich der Wettlauf mit der Zeit auch dadurch verhindern lassen, dass an die Stelle des eingeschränkt vererblichen Schmerzensgeldanspruchs des tödlich Verletzten nach dessen Tod ein eigener Anspruch der Hinterbliebenen getreten wäre. Um an den ursprünglichen Anspruch des Verletzten anknüpfen zu können, hat der Gesetzgeber es jedoch vorgezogen, den Schmerzensgeldanspruch des Getöteten frei vererbbar zu gestalten⁴.

Auf Grund der Verschiedenheit der Ansprüche sowohl hinsichtlich der Anspruchsberechtigten als auch der Anspruchsvoraussetzungen folgt aus der gesetzgeberischen Entscheidung nicht, dass die Diskussion um einen eigenen

¹ BT Dr. 11/4415, 1

² BT Dr. 11/4415, 2

³ Vgl. die Nachweise bei Huber, NZV 1998, 351; Vorndran, ZRP 1988, 293 ff

⁴ BT Dr. 11/4415, 2

Anspruch der Hinterbliebenen hinfällig geworden wäre⁵. Vielmehr stellt sich auch nach der Gesetzesänderung noch die Frage, welche Anforderungen an einen Schmerzensgeldanspruch auf Grund einer Beeinträchtigung, die durch die Verletzung oder Tötung eines Anderen vermittelt wurde, zu stellen sind⁶. Der Arbeitskreis VI des 33. Verkehrsgerichtstages von 1995 hat mit deutlicher Mehrheit einen weiteren Diskussionsbedarf in dieser Frage bejaht⁷.

Insbesondere unter dem Stichwort des Ersatzes von Schockschäden besteht noch immer Uneinigkeit hinsichtlich der Voraussetzungen, die an die Ersatzfähigkeit solcher Schäden zu stellen sind. Stellt man nur geringe Anforderungen an die Ersatzfähigkeit dieser Schäden, könnte dies im Ergebnis einem eigenen Anspruch der Hinterbliebenen nahe kommen. In diesem Fall würde der ererbte Anspruch mit einem eigenen Anspruch der Hinterbliebenen zusammentreffen, und es wäre zu klären, ob und wie sich die Ansprüche gegenseitig beeinflussen.

Ob ein eigener Anspruch der Hinterbliebenen sinnvoll wäre, ist sehr umstritten. Die Gegner eines eigenen Anspruchs für die Hinterbliebenen argumentieren, ein solcher Anspruch leiste der weiteren Kommerzialisierung von Gefühlen Vorschub und führe zu einer volkswirtschaftlich unerwünschten Erhöhung der Versicherungsbeiträge⁸. Weiterhin sei, würde man den Hinterbliebenen einen eigenen Anspruch gewähren, die Gefahr des Missbrauchs und der Ausuferung des Ersatzes immaterieller Schäden besonders groß. Zudem würden die Gerichte hinsichtlich der Bemessung dieses Anspruchs vor neue Probleme gestellt; auch sei eine Prozesslawine zu befürchten⁹.

Demgegenüber haben sich namhafte Autoren mit guten Gründen für einen eigenen Anspruch der Hinterbliebenen

⁵ Odersky, Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger, 15 f

⁶ Gontard, DAR 1990, 375; Voß, VersR 1990, 826

⁷ Vgl. den Tagungsbericht in NZV 1995, 99, 101; dazu Scheffen, NZV 1995, 218

⁸ Aldag, ZRP 1989, 312; Der zusätzliche Aufwand für ein Schmerzensgeld zugunsten naher Angehöriger wird von der Versicherungswirtschaft auf ca. 300 Mio. DM pro Jahr geschätzt, vgl. dazu die Nachweise bei Gontard, DAR 1990, 379

⁹ Kötz, Zur Reform der Schmerzensgeldhaftung, 407; Müller, VersR 1995, 494

ausgesprochen¹⁰. Ein wesentliches Argument für einen eigenen Anspruch der Hinterbliebenen ist, dass es im Widerspruch zu der zunehmenden Ersatzfähigkeit immaterieller Werte steht, wenn für die Zerstörung elementarer menschlicher Grundbeziehungen und den dadurch bedingten Verlust an Zuwendung oder Betreuung – abgesehen vom Unterhaltsanspruch nach § 844 II - keine Entschädigung zu leisten ist. Der Unfalltod einer geliebten Person kann zu weit stärkeren Beeinträchtigungen führen als körperlicher Schmerz oder die Verletzung des Persönlichkeitsrechts¹¹. Da auch in diesen Fällen ein Schmerzensgeld zu zahlen ist, haben die Bedenken, die hinter dem Schlagwort der Kommerzialisierung stehen, zurückzutreten¹². Gewährt man den Hinterbliebenen einen eigenen Schmerzensgeldanspruch, so führt dies zu einem vollkommeneren Schutz der Persönlichkeit und zu einer Harmonisierung mit den übrigen Schmerzensgeldfällen, insbesondere den Fällen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts¹³.

Ein eigener Anspruch der Hinterbliebenen hätte gegenüber einem ererbten Anspruch zudem den Vorteil, dass sich der an die Erben zu zahlende Schmerzensgeldbetrag auch an dem vorrangigen Bemessungskriterium, der Kompensation negativer Empfindungen, orientieren könnte¹⁴. Ein solcher Anspruch könnte sich auf das nicht so sehr umstrittene Bemessungskriterium einer wie auch immer verstandenen Ausgleichsfunktion zurückziehen und würde zumindest im Hinblick auf die Bemessung auf weniger Probleme stoßen. Dies, zumal es, wenn das Schmerzensgeld letztendlich ohnehin den Erben zugute kommt, gerechter erscheint, diesen Betrag

¹⁰ Gontard, DAR 1990, 375 ff; Hacks, NJW 1975, 1450 ff; Huber, NZV 1998, 351 ff; Kadner, ZEuP 1996, 135 ff; Kern, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnesempfindungen, 447; Lieberwirth, DAR 1966, 179 ff; MüKo/Stein, § 847 Rn 16; Odersky, Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger; Scheffen, NZV 1995, 219; Stoll, DJT-Gutachten, 145 ff; Stürner, DAR 1986, 11; v. Bar, Schmerzensgeld in Europa, 27; Vorndran, ZRP 1988, 293 ff

¹¹ Huber, NZV 1998, 351; Wiese, der Ersatz des immateriellen Schadens, 60 f

¹² Gontard, DAR 1990, 376

¹³ Kern, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnesempfindungen, 455

¹⁴ Vorndran, ZRP 1988, 295

am tatsächlichen Maß der Trauer der Erben zu orientieren¹⁵. Das Schmerzensgeld, das dem Geschädigten selbst zusteht, muss auch nicht mit den Leiden der Angehörigen korrespondieren¹⁶. Zudem können Gläubiger des Verstorbenen auf dessen Schmerzensgeld zugreifen, so dass die Hinterbliebenen in diesem Fall für die von ihnen erlittene Trauer nicht entschädigt werden¹⁷.

Da in den meisten anderen Mitgliedsstaaten der EU den Hinterbliebenen ein eigener Anspruch auf Schmerzensgeld zugestanden wird¹⁸, würde es zu einer Harmonisierung des Schadensrechts in Europa beitragen, wenn auch in Deutschland ein solcher Anspruch gewährt würde¹⁹. Dementsprechend wurde die deutsche Regelung von Gerichten anderer Mitgliedsstaaten der EU, die nach deutschem Recht zu entscheiden hatten, bemängelt oder unter Hinweis auf einen Verstoß gegen den *ordre public* gar überhaupt nicht angewandt²⁰.

Soweit gegen einen eigenen Anspruch der Hinterbliebenen vorgebracht wird, er stelle die Gerichte vor Schwierigkeiten bei der Bemessung und führe zu einer Erhöhung der Versicherungsbeiträge, rechtfertigt sich daraus nicht, auf einen solchen Anspruch zu verzichten. Schwierigkeiten bei der Berechnung bestehen auch in den übrigen Schmerzensgeldfällen²¹. Die deutschen Gerichte sind auch nicht überfordert, wenn sie nach ausländischem Recht ein Schmerzensgeld für den Verlust von Angehörigen festzusetzen haben²². Eventuelle Kostensteigerungen bei den Versicherungen sind im Hinblick darauf, dass es den Geschädigten nicht zugemutet werden sollte, ein Sonderopfer zugunsten der Versichertengemeinschaft zu erbringen,

¹⁵ Hacks, NJW 1975, 1452; Huber, NZV 1998, 351; Kern, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnesempfindungen, 459

¹⁶ Huber, NZV 1998, 351

¹⁷ Huber, NZV 1998, 351

¹⁸ Janker, ZRP 1997, 420 m.w.N.; Kadner, ZEuP, 135; Karczewski, Die Haftung für Schockschäden, 324 ff; Scheffen, NZV 1995, 219; Vorndran, ZRP 1988, 294

¹⁹ Gontard, DAR 1990, 378; Odersky, Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger, 19 f

²⁰ Vgl. die Nachweise bei Vorndran, ZRP 1988, 294

²¹ Scheffen, NZV 1995, 219

²² Vorndran, ZRP 1988, 294 m.w.N.

hinzunehmen²³. Einer Erhöhung der Versicherungsbeiträge könnte auch entgegengetreten werden, indem die Ersatzleistungen in anderen Bereichen sinnvoll gekürzt werden²⁴. In anderen Ländern, in denen ein Ersatzanspruch gewährt wird hat sich gezeigt, dass die dort üblichen Summen die Versicherungen nicht vor unlösbare Probleme gestellt hat²⁵. Den Gegnern eines eigenen Anspruchs für die Hinterbliebenen ist jedoch einzuräumen, dass der Anspruch auf Schmerzensgeld nicht derart ausgeweitet werden darf, dass letztlich Gefühle wie Trauer und Leid allgemein durch ein Schmerzensgeld entschädigt werden. Eine solche Ausweitung würde die Vorschrift des § 253 nahezu leerlaufen lassen und so zu einem „Dambruch“ bezüglich der Ersatzfähigkeit immaterieller Güter führen. Zu beachten bleibt dagegen, dass es allgemein gerechter erscheint, den Schädiger mit einer Haftung zu belegen, als den Geschädigten entschädigungslos auf seinem Schaden sitzen zu lassen²⁶.

Aus den genannten Gründen wäre ein eigener Anspruch der Hinterbliebenen rechtspolitisch wünschenswert²⁷. Ein eigenes Schmerzensgeld für die Hinterbliebenen würde die oben genannten Wertungswidersprüche ausräumen²⁸. Mit einem eigenen Anspruch für die Hinterbliebenen könnte dem Vorwurf begegnet werden, die Rechtsprechung gewähre den Angehörigen entgegen dem Verbot des § 253 einen eignen Anspruch auf Schmerzensgeld, wenn es in den Fällen der völligen Wahrnehmungsunfähigkeit ein Schmerzensgeld zuspreche²⁹. Der eigentliche Zweck, der mit dem Schmerzensgeld in den Fällen des völligen Verlustes der Wahrnehmungsfähigkeit verfolgt werde, sei, den Angehörigen einen eigenen Anspruch zu gewähren. Bei der Rechtsprechung des BGH handle es sich um eine ungenügend begründete

²³ Vgl. oben 4.5.3.2

²⁴ Hacks, NJW 1975, 1450; Hacks, DAR 1977, 181; Vorndran, ZRP 1988, 295; vgl. dazu auch oben 4.5.3.2

²⁵ v. Bar, Schmerzensgeld in Europa, 43

²⁶ Ähnlich Deubner, JuS 1971, 624; E. Schmidt, MDR 1971, 539

²⁷ Skeptisch, Dressler, DAR 1996, 81

²⁸ Huber, NZV 1998, 351

²⁹ Kern, AcP 1991, 269

Mitleidsjudikatur³⁰. Auch ist die Vermutung, dass die Gerichte in Fällen des alsbaldigen Todes oftmals nur deshalb ein Schmerzensgeld zubilligen, weil ihnen das Leid der Angehörigen bewusst sei und sie ihnen wenigstens im Wege der Erbfolge noch etwas gutes tun wollten, nicht von der Hand zu weisen³¹

5.1. Die derzeitige Entschädigung für die Hinterbliebenen

5.1.1. Ersatzfähigkeit von Drittschäden

Früher wurde teilweise vertreten, dass es sich bei körperlichen und seelischen Reaktionen auf Grund der Verletzung oder Tötung eines Anderen um mittelbare Schäden handle und dass der Gesetzgeber den Ersatz für solche Schäden nur in den Grenzen der §§ 844, 845 zulassen wollte. Die sogenannten Schockschäden seien schon deshalb nicht ersatzfähig³².

Heute besteht Einigkeit darüber, dass derjenige, der eine Schädigung in einem von § 823 geschützten, ausschließlichen Recht hinnehmen musste, nicht nur mittelbar sondern unmittelbar Geschädigter ist. Eine Verletzung der durch § 823 geschützten Rechtsgüter kann danach nicht nur physisch bewirkt, sondern auch psychisch vermittelt werden³³. Soweit Reaktionen auf den Tod oder die Verletzung einer nahestehenden Person mithin als Gesundheitsverletzung im Sinne des § 823 zu qualifizieren sind, ist deren Ersatzfähigkeit nicht ausgeschlossen.

Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre gehen deshalb von der grundsätzlichen Ersatzfähigkeit von Schockschäden Dritter aus³⁴. Im Übrigen sind die genaue dogmatische

³⁰ Kern, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnesempfindungen, 456

³¹ Huber, NZV 1998, 351

³² v. Hippel, NJW 1965, 1890; Lange, AcP 1957, 127; Lieberwirth, Das Schmerzensgeld, 30 ff; ähnlich auch noch Herkner, VersR 1971, 1140

³³ Grundlegend BGH NJW 1971, 1883; v. Caemmerer, DAR 1970, 291; Lemcke-Schmalzl, MDR 1985, 358; MüKo/Mertens, § 823 Rn 74 f; Palandt/Heinrichs, Vor § 249 Rn 71; Schmidt, MDR 1971, 538; Staudinger/Schiemann, § 249 Rn 44

³⁴ Karczewski, Die Haftung für Schockschäden, 49 m.w.N.; Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 29 m.w.N.; siehe auch vorhergehende Fußnote

Einordnung der Schockschäden und die Voraussetzungen, die an den Anspruch zu stellen sind noch immer heftig umstritten³⁵.

5.1.2. Begriff der Gesundheitsverletzung

Im Sinne des § 823 ist eine Gesundheitsverletzung gegeben, wenn ein von den normalen körperlichen Funktionen nachteilig abweichender Zustand - auch ohne Schmerzen oder tiefgreifende Veränderung der Befindlichkeit - hervorgerufen oder gesteigert wird³⁶.

Auch im Strafrecht wird eine Gesundheitsverletzung im Sinne des § 223 StGB schon dann angenommen, wenn ein krankhafter Zustand körperlicher oder psychischer Art hervorgerufen oder gesteigert wird³⁷. Eine strafrechtlich relevante Gesundheitsverletzung wurde etwa bereits angenommen bei massiver Lärmeinwirkung³⁸, bei der Erregung von Ekel durch Anspeien³⁹ oder bei wiederholten nächtlichen Störanrufen⁴⁰.

Seit seiner Grundsatzentscheidung von 1971 geht der BGH in den Fällen, in denen eine Gesundheitsverletzung nur auf Grund der Reaktion auf die Verletzung eines anderen in Betracht kommt, von einem eingeschränkten Begriff des Gesundheitsschadens aus⁴¹. Nach diesem „Gesundheitsbegriff kraft Verkehrsanschauung“ sollen psychische Beeinträchtigungen wie Trauer und Schmerz auf Grund der Verletzung anderer, mögen sie auch für die körperliche Befindlichkeit medizinisch relevant sein, nur dann als Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 823 I angesehen werden, wenn sie pathologisch fassbar sind und über die normalen Leiden in solchen Fällen hinausgehen⁴².

³⁵ Karczewski, Die Haftung für Schockschäden, 9 ff m.w.N.

³⁶ BGH NJW 1991, 1948; MüKo/Mertens, § 823 Rn 74 m.w.N.

³⁷ BGH NJW 1960, 2253

³⁸ OLG Koblenz ZMR 65, 223

³⁹ RGSt 58, 184

⁴⁰ LG Hamburg, MDR 1954, 630

⁴¹ BGH NJW 1971, 1883

⁴² BGH NJW 1971, 1883

Wann genau dies der Fall sein soll, hat der BGH nicht hinreichend präzisiert, vielmehr hat er auf die Stärke der pathologischen Beeinträchtigung abgestellt. Die Beeinträchtigung müsse so stark sein, dass sie nach der allgemeinen Verkehrsauffassung als Verletzung des Körpers oder der Gesundheit angesehen werde. Dies sei etwa nicht der Fall bei einem Schock, der lediglich zu einer akuten Kreislaufstörung führe, die ihrer Natur nach vorübergehend sei. Bei bleibenden organischen Schäden, aber auch bei Neurosen oder Psychosen liege dagegen eine Gesundheitsverletzung vor⁴³. Der frühere Präsident des BGH, Odersky, hat dies dahingehend präzisiert, dass Depressionen, Schlafstörungen, Seelenschmerz, Weinkrämpfe und vorübergehende Kreislaufstörungen, die ohne nachhaltige Auswirkung bleiben, vom Gesundheitsbegriff kraft Verkehrsanschauung nicht erfasst würden⁴⁴.

Als Begründung für eine enge Auslegung des Gesundheitsbegriffs in den Schockschadensfällen wird angeführt, dass wenn auch bei geringen seelischen Verletzungen, die die körperlichen Funktionen nur leicht beeinträchtigen, der Ersatz zugelassen würde, die Gefahr der Schaffung einer allgemeinen deliktischen Generalklausel⁴⁵ bestehe und die Haftung für solche Schäden unabsehbar werden könne⁴⁶. Teile der Literatur halten zwar mit dem BGH eine Einschränkung des Begriffs der Gesundheitsverletzung für erforderlich, lehnen jedoch den Gesundheitsbegriff kraft Verkehrsanschauung wegen seiner Konturenlosigkeit ab⁴⁷. Statt dessen solle etwa auf das Erfordernis ärztlicher Behandlung abgestellt werden⁴⁸.

Da, wie noch zu zeigen ist, die Haftung bereits durch die Kriterien der Gesundheitsverletzung, der Kausalität und des

⁴³ BGH NJW 1989, 2317

⁴⁴ Odersky, Schmerzensgeldansprüche bei Tötung naher Angehöriger, 17

⁴⁵ Der BGB-Gesetzgeber hat sich jedoch bewusst gegen eine deliktische Generalklausel entschieden, vgl. Schiemann, JuS 1989, 345 ff

⁴⁶ v. Hippel, Haftung für Schockschäden Dritter?, NJW 1965, 1891 ff; Odersky, Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger, 18, 28

⁴⁷ Karczewski, Die Haftung für Schockschäden, 340 ff m.w.N.

⁴⁸ Karczewski, Die Haftung für Schockschäden, 350

Schutzzwecks der Norm hinreichend eingegrenzt werden kann, führt die Anwendung des allgemeinen Gesundheitsbegriffs nicht notwendig zu einer unüberschaubaren Haftung für Gesundheitsschäden Dritter.

Gegen eine engere Auslegung des Gesundheitsbegriffs in den Schockschadensfällen spricht auch, dass die Bereitschaft zum Ersatz immaterieller Schäden seit der Schaffung des BGB erheblich zugenommen hat. Es ist nicht mehr nachvollziehbar, wenn der starke psychische Schmerz auf Grund des Todes einer nahestehenden Person entschädigungslos bleibt, während bereits für leichtere Körperverletzungen Schmerzensgeld zu zahlen ist. Auch lässt sich durch den Gesundheitsbegriff kraft Verkehrsanschauung nicht eindeutig bestimmen, wann eine Verletzung pathologisch fassbar ist und damit einen Anspruch auf Schmerzensgeld begründet. Die Abgrenzung ist vielmehr fließend und führt zu Rechtsunsicherheit⁴⁹.

Nicht zuletzt auch im Interesse einer einheitlichen Auslegung ist der Gesundheitsbegriff kraft Verkehrsanschauung abzulehnen. Den Schockschadensfällen sollte der gleiche Gesundheitsbegriff wie auch den übrigen Fällen des § 823 BGB zu Grunde gelegt werden⁵⁰.

5.1.3. Ersatzberechtigter Personenkreis

Nach der Rechtsprechung⁵¹ wie auch nach großen Teilen der Literatur⁵² soll die Haftung für Schockschäden durch eine Einengung des zum Ersatz berechtigten Personenkreises (zusätzlich) eingeschränkt werden.

Während teilweise vorgeschlagen wird, Ersatz nur nahen Angehörigen zu gewähren, die mit dem primär Verletzten in

⁴⁹ Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 29

⁵⁰ Im Ergebnis ebenso Hacks, Schmerzensgeld bei leichten und bei schwersten Verletzungen, 35; MüKo/Oetker, Vor § 249 Rn 534 m.w.N.; Staudinger/Schiemann, § 249 Rn 46 m.w.N.

⁵¹ BGH NJW 1971, 1883, OLG Stuttgart, NJW-RR 1989, 478

⁵² Karczewski, Die Haftung für Schockschäden, 353 ff; Vorndran, ZRP 1988, 293; Wiese, der Ersatz des immateriellen Schadens, 60 f

häuslicher Gemeinschaft lebten⁵³, verzichten andere auf das Kriterium der häuslichen Gemeinschaft, weil es nichts über die persönliche Nähe aussage. So sei es nicht gerechtfertigt einen Ersatz nur deshalb zu versagen, weil etwa das Kind, zu dem eine enge Beziehung bestehe, an einem entfernten Studienort wohne⁵⁴. Andere billigen auch Dritten, die mit dem primär Verletzten in enger persönlicher Bindung stehen, sowie Lebenspartnern einen eigenen Anspruch auf Schmerzensgeld zu⁵⁵. Solchen zwischenmenschlichen Beziehungen könne nicht die Innigkeit abgesprochen werden, nur weil kein verwandtschaftliches Verhältnis bestehe. Nach einer weiteren Ansicht sollen auch Personen, die zu dem primär Verletzten nicht in einer persönlichen Beziehung stehen, Schmerzensgeld erhalten, wenn es sich um unmittelbare Unfallzeugen handelt, die ein schreckliches Ereignis persönlich mitansehen mussten⁵⁶. Begründet wird dies damit, dass etwa jemand, der aus Angst, weil er in eine unerlaubte Schießerei gerät, einen Herzinfarkt erleidet, nicht weniger schutzwürdig sei, wie wenn er von einem Querschläger getroffen wird. Eine Einschränkung solle jedoch gelten für Unfallzeugen, die aus Neugierde hinzukommen, soweit es sich nicht um Helfer oder Retter handelt⁵⁷. Es erscheint bereits fraglich, ob tatsächlich nur dem jeweils dafür als bevorzugt angesehenen Personenkreis zuzugestehen ist, durch die Anteilnahme an der Verletzung und dem Leid eines anderen eine Gesundheitsverletzung zu erleiden⁵⁸.

Die Einengung des Kreises der zum Ersatz berechtigten Personen wird allgemein damit begründet, dass eine solche Einschränkung notwendig sei, um den Anspruch nicht ausufern zu lassen und einem Dambruch vorzubeugen⁵⁹. Diejenigen, die eine Einschränkung des zum Ersatz berechtigten

⁵³ Janker, ZRP 1997, 421; Kadner, ZEuP 1996, 151; Odersky, Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger, 22; Scheffen, NZV 1995, 219; Vorndran, ZRP 1988, 293

⁵⁴ Gontard, DAR 1990, 378

⁵⁵ Karczewski, Die Haftung für Schockschäden, 353 ff; Selb, JZ 1972, 125

⁵⁶ Deubner, JuS 1971, 624; Deutsch, JuS 1969, 199; E. Schmidt, MDR 1971, 540; Weyer, NJW 1969, 558

⁵⁷ Deutsch, JuS 1969, 200; v. Caemmerer, DAR 1970, 291

⁵⁸ Deutsch, JuS 1969, 199

⁵⁹ Gontard, DAR 1990, 378; Karczewski, Die Haftung für Schockschäden, 353 ff m.w.N.

Personenkreises für erforderlich halten, verweisen teilweise darauf, dass es bei fehlender persönlicher oder räumlicher Beziehung zur primären Schädigung bereits an der Adäquanz beziehungsweise am Verschulden fehle⁶⁰. Neuere Stimmen stellen zumeist auf den Schutzzweck der Norm oder das allgemeine Lebensrisiko ab⁶¹. Wenn sich jedoch bereits auf Grund der allgemeinen Kriterien zur Haftungsbeschränkung eine Einschränkung des zum Ersatz berechtigten Personenkreises ergibt, bedarf es nicht einer gesonderten Beschränkung. Dies zumal ein auf breite Akzeptanz stoßendes Abgrenzungskriterium nicht vorhanden ist. Es sollte daher darauf verzichtet werden, den Kreis der Ersatzberechtigten zu einem eigenständigen Kriterium der Haftungsbeschränkung zu erheben⁶². Ein derartiges Vorgehen verlässt nicht nur den Bereich der üblichen Dogmatik, sondern führt, wie die stark unterschiedlichen Ansichten zeigen, auch zu Gefühlsentscheidungen und damit zu Rechtsunsicherheit.

5.1.4. Anforderungen an die Verletzung des Erstgeschädigten

Die Ausführungen, die hinsichtlich der Einschränkung des zum Ersatz berechtigten Personenkreises gemacht wurden, gelten entsprechend auch hinsichtlich der Anforderungen, die teilweise an die Verletzung des primär Geschädigten gestellt werden. Auch hier reichen die allgemeinen Kriterien zur Haftungsbeschränkung aus. Einer weiteren Einschränkung durch das Erfordernis einer bestimmten Schwere der Verletzung des Erstverletzten bedarf es nicht⁶³.

Auf die verschiedenen Ansichten und die dazu vorgetragenen Argumente soll, um das Bild zu vervollständigen, dennoch kurz eingegangen werden:

⁶⁰ Weimar, MDR 1970, 565 f

⁶¹ Vgl. etwa Palandt/Heinrichs, Vor § 249 Rn 71

⁶² Im Ergebnis wie hier Deutsch, JuS 1969, 200; Staudinger/Schiemann, § 249 Rn 46

⁶³ Staudinger/Schiemann, § 249 Rn 46

Eine Mindermeinung fordert, den Ersatz ausschließlich beim Tod des Erstgeschädigten zuzulassen⁶⁴. Der Anspruch verliere ansonsten seine (scharfen) Konturen. Weiter stehe dem Erstgeschädigten, der nur verletzt wird, in der Regel ein nicht unerheblicher Schmerzensgeldbetrag zu; Schäden Dritter bedürften deshalb keines weiteren Ersatzes mehr⁶⁵.

Das Argument, der Erstgeschädigte erhalte, wenn er nur verletzt wird, in der Regel ein nicht unerhebliches Schmerzensgeld, ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil es sich bei dem sekundär Verletzten um einen völlig anderen Anspruchsberechtigten handelt.

Die Befürchtung, der Anspruch könnte für den Fall, dass er auch gewährt wird, wenn der Erstgeschädigte nur verletzt wird, seine (scharfen) Konturen verlieren, ist nicht einleuchtend: Da es sich bei der Entschädigung um einen eigenen Anspruch handelt, haben die Gerichte die Bemessung des Schmerzensgeldes an der Gesundheitsverletzung des Zweitgeschädigten auszurichten. Für die Bemessung des Schmerzensgeldes ist es mithin unerheblich, ob der Erstgeschädigte noch am Leben oder bereits verstorben ist.

Gegen eine Beschränkung des Ersatzes auf die Fälle des Todes spricht weiter, dass das zu ertragende Leid bei einer Verletzung ebenfalls so stark sein kann, dass daraus eine Gesundheitsverletzung resultieren kann⁶⁶. Insbesondere kann auch die Pflege eines schwerstgeschädigten Angehörigen zu einer Belastung mit Krankheitswert führen. Zudem ist im Augenblick des Schocks häufig unklar, ob der Erstgeschädigte tot oder nur verletzt ist.

Während nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts⁶⁷ an die Verletzung des Erstgeschädigten keine besonderen Anforderungen zu stellen waren, ist nach der Rechtsprechung des BGH⁶⁸ sowie der wohl h.M. in der Literatur⁶⁹ Voraussetzung

⁶⁴ Scheffen, NZV 1995, 219; Vorndran, ZRP 1988, 293

⁶⁵ Vorndran, ZRP 1988, 295

⁶⁶ Strömer, ZRP 1988, 440; MüKo/Oetker, § 249 Rn 147

⁶⁷ RGZ 85, 335

⁶⁸ BGHZ 56, 163; 93, 351

⁶⁹ Kötz, Zur Reform der Schmerzensgeldhaftung, 407; Weimar, MDR 1964, 987, 988

des Ersatzes, dass es sich bei der Verletzung des Erstgeschädigten um eine schwere Gesundheitsverletzung handelt. Es ist einzuräumen, dass es bei leichten Verletzungen oftmals außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegt, dass ein Dritter einen Schock erleidet. Jedoch sind auch Fälle leichter Verletzungen denkbar, in denen wegen des Anlasses oder anderer äußerer Umstände beim Drittgeschädigten eine Gesundheitsverletzung nicht außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegt. Beispielsweise ist es nicht unwahrscheinlich, dass die Mutter eines Kindes, das auf Grund eines Sexualdelikts nur leicht oder auch gar nicht körperlich verletzt wurde, eine Gefühlsreaktion, die zu einem Gesundheitsschaden führt, erleidet.

Zu Recht halten deshalb einige Autoren bereits die Gefährdung von Gesundheit oder Leben eines anderen für ausreichend⁷⁰. Im Augenblick des Geschehens ist nämlich gar nicht absehbar, ob tatsächlich eine Verletzung eintritt oder nicht.

5.1.5. Kausalität der Erstschädigung für die Gesundheitsverletzung des Zweitgeschädigten

Voraussetzung jeder gesetzlichen Schadensersatzpflicht ist, dass das schädigende Ereignis den Schaden kausal verursacht hat. In den Schockschadensfällen wird deshalb zu Recht auf das Erfordernis der Kausalität hingewiesen. Teilweise wird die Kausalität als wesentliches Kriterium für die erforderliche Haftungsbegrenzung angesehen⁷¹. Während im Strafrecht weitgehend von der Äquivalenztheorie ausgegangen wird, wonach Kausalität bereits dann gegeben ist, wenn die Handlung nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass damit zugleich der Erfolg entfiere (*conditio sine qua non*)⁷², gilt nach herrschender Meinung im Zivilrecht die Adäquanztheorie⁷³. Danach ist ein Verhalten dann als kausal für den Schaden

⁷⁰ Karczewski, Die Haftung für Schockschäden, 376 f; MüKo/Oetker, Vor § 249 Rn 147

⁷¹ Deubner, NJW 1985, 1392; Deutsch, JuS 1969, 197, 200; Weimar, MDR 1970, 565; Schönemann, VersR 1978, 116, 117

⁷² Dreher/Tröndle/Fischer, StGB, Vor § 13 Rn 16 m.w.N

⁷³ Palandt/Heinrichs, Vor § 249, Rn 58 ff. m.w.N.; Staudinger/Schiemann, § 249 Rn 12 ff m.w.N.

anzusehen, wenn das Verhalten des Schädigers im allgemeinen und nicht nur unter ganz besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen⁷⁴. Maßgebend für die Feststellung der Adäquanz ist dabei der Horizont eines optimalen Betrachters⁷⁵. Danach entfällt etwa die Haftung, wenn jemand einen Schock erleidet, weil er beispielsweise aus der Zeitung von einer leichten Verletzung einer ihm fremden Person erfährt. Zu weit geht jedoch die Ansicht, wonach es nicht mehr adäquat kausal sei, wenn ein Nichtangehöriger als Unfallzeuge einen Schock erleide⁷⁶. Allein auf Grund des Erfordernisses adäquater Schadensverursachung lässt sich die Haftung jedoch nur unzureichend einschränken; so ist es durchaus denkbar und objektiv vorhersehbar, dass tausende Fernsehzuschauer bei Berichten über besonders tragische Ereignisse einen Schock erleiden.

5.1.6. Schutzzweck der Norm und allgemeines Lebensrisiko

Im Schadensrecht hat sich zur weiteren Begrenzung der Haftung die Schutzzwecklehre durchgesetzt. Danach ist ein Schaden nur dann zu ersetzen, wenn er nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt⁷⁷. Dementsprechend greifen Teile der Literatur auf die Schutzzwecklehre als Instrument für eine angemessene Beschränkung der Haftung für Schockschäden zurück⁷⁸. Wendet man die Schutzzwecklehre auf die in Frage stehenden Fälle an, so ist im Wege teleologischer Auslegung festzustellen, ob der Schädiger auch gegenüber dem in seiner Gesundheit verletzten Dritten eine Verkehrspflicht verletzt hat. Für

⁷⁴ BGH NJW 1995, 127; 1998, 140

⁷⁵ Grundlegend BGHZ 3, 267

⁷⁶ Weimar, MDR 1970, 565

⁷⁷ BGHZ 27, 137; BGH NJW 1999, 3203; Staudinger/Schiemann, § 249 Rn 27 ff m.w.N.

⁷⁸ v. Hippel, NJW 1965, 1891; Deutsch, JuS 1969, 200; Karczewski, Die Haftung für Schockschäden, 14 ff; Kötz, Deliktsrecht, 67 f m.w.N.

Personen, die dem Erstgeschädigten persönlich nahestehen oder ein besonders tragisches Unfallereignis unmittelbar miterleben mussten, ist dies grundsätzlich zu bejahen, denn die Pflicht zur Schonung von Leib und Leben anderer besteht angesichts des hohen Stellenwertes dieser Güter für sämtliche Personen, die in räumlichem oder persönlichem Zusammenhang mit dem schädigenden Ereignis stehen.

Eine weitere Begrenzung der Haftung ergibt sich, wenn Schäden, die sich als Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos darstellen, nicht ersetzt werden. Während zum Teil das allgemeine Lebensrisiko als eigenständiges Haftungskorrektiv neben dem Schutzzweck der Norm angesehen wird⁷⁹, geht die wohl herrschende Meinung davon aus, dass das allgemeine Lebensrisiko dogmatisch als Teil der Schutzzwecklehre zu behandeln ist⁸⁰. Unabhängig von der dogmatischen Einordnung ist das allgemeine Lebensrisiko heute als Kriterium zur Haftungsbegrenzung anerkannt; auch der BGH bedient sich zunehmend des allgemeinen Lebensrisikos zur Haftungsbeschränkung⁸¹.

In einer Gesellschaft, in der viele Menschen auf engem Raum zusammenleben, finden zahlreiche, potentiell schadensträchtige Aktivitäten statt. Der Mensch, der in einer solchen Gesellschaft lebt wird üblicherweise mit seelischen Eindrücken belastet. Schadensträchtige Aktivitäten deshalb insgesamt zu verbieten läge weder im Interesse der Allgemeinheit, noch des Einzelnen. Als Teil einer Massengesellschaft muss sich der einzelne Mensch daher auf die normalen Wechselfälle des Lebens einrichten, die zwangsläufig mit dem Zusammenleben von Menschen verbunden sind.

Wann ein Schaden dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen ist, bedarf einer wertenden Beurteilung. Insbesondere in den Fällen, in denen Dritte einen Gesundheitsschaden erleiden, weil sie die Verletzung oder Tötung eines anderen miterleben

⁷⁹ Mädrich, Das allgemeine Lebensrisiko, 89 ff

⁸⁰ MüKo/Oetker, § 249 Rn 187; Palandt/Heinrichs, Vor § 249 Rn 88

⁸¹ Vgl. etwa BHGZ 93, 351, 356; BGH NJW 1986, 777, 778

mussten oder davon auf anderem Wege erfahren haben, ist deshalb umstritten, wann diese Gesundheitsverletzung dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen ist und wann nicht⁸².

Tragische Ereignisse kommen in der modernen Massengesellschaft täglich vor. Die Berichterstattung über solche Ereignisse wird durch Art 5 I GG gewährleistet. Sie ist mit eine Grundlage des politischen und öffentlichen Meinungsbildungsprozesses. Man wird deshalb solche Schädigungen als Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos anzusehen haben, die wegen Berichterstattungen der Medien über tragische Ereignisse entstanden sind, ohne dass eine persönliche Verbindung zu dem Opfer der Erstverletzung bestanden hat. Auch dass jemand Zeuge eines leichteren Unfalls wird oder etwa als Verkehrsteilnehmer eine Unfallstelle passieren muss, wird man dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen haben.

Zu weit geht es jedoch, besonders tragische Ereignisse, zu denen der Drittgeschädigte in räumlichem oder persönlichem Bezug steht, dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuschreiben. Beispielsweise hat es mit den Zufälligkeiten des Lebens nichts zu tun, wenn jemand wegen des Unfalltodes einer ihm nahestehenden Person einen Kreislaufkollaps erleidet oder wenn jemand, der einen besonders schweren und tragischen Unfall direkt miterleben muss, einen Schock erleidet. Derartige Schädigungen stellen sich vielmehr als Sonderopfer des Geschädigten dar, denn nicht jeder, der in einer Massengesellschaft lebt, muss sich darauf einstellen, dass eine ihm nahestehende Person bei einem Unfall schwerst verletzt oder getötet wird oder dass er einen besonders tragischen Unfall direkt miterleben muss⁸³.

⁸² Vgl. dazu Karczewski, Die Haftung für Schockschäden, 68 ff.

⁸³ Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II, 382

5.1.7. Verschulden und Mitverschulden

Neben den genannten Kriterien zur Einschränkung der Haftung für Schockschäden kann die Haftung zudem durch die an das Verschulden des Schädigers zu stellenden Anforderungen beschränkt werden⁸⁴. Insbesondere muss für den Schädiger Voraussehbar gewesen sein, dass der Dritte einen Schaden erleiden wird. Auch ist ein Mitverschulden des Drittgeschädigten anzurechnen⁸⁵. Insbesondere wenn jemand aus Neugierde zu einem tragischen Geschehen hinzukommt, wird man seinen Mitverschuldensanteil bei nahezu hundert Prozent ansetzen müssen. Ebenso wird man es meist dem Drittgeschädigten selbst anzulasten haben, wenn er etwa wegen des Verlustes eines Angehörigen dem Alkoholismus oder einer anderen Sucht verfällt⁸⁶.

Auch ein Mitverschulden des primär Geschädigten kann dem Drittgeschädigten entgegengehalten werden⁸⁷. In dogmatischer Hinsicht wird hierzu teilweise die analoge Anwendung des § 846 vorgeschlagen⁸⁸.

5.1.8. Zwischenergebnis

Auch wenn man den Ersatz für Schockschäden nur durch die allgemeinen Kriterien zur Haftungsbeschränkung eingrenzt, ist eine übermäßige Ausuferung der Ansprüche nicht zu erwarten. Da nach der hier vertretenen Auffassung am klassischen Begriff der Gesundheitsverletzung festzuhalten ist, tritt der Anspruch nur dann in Konkurrenz zu dem ererbten Schmerzensgeldanspruch des Erstgeschädigten, wenn das schädigende Ereignis bei dem Erben medizinisch feststellbare Auswirkungen hatte und auch die weiteren Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. Auch die starke Trauer

⁸⁴ Schmidt, MDR 1971, 538, 540; Weyer, NJW 1969, 558, 559

⁸⁵ Deutsch, JuS 1969, 197, 200; v. Hippel, NJW 1965, 1890, 1893

⁸⁶ Im Ergebnis ebenso BGH NJW 1984, 1405

⁸⁷ BGHZ 93, 351 f; Deutsch, Haftungsrecht, 579; Karczewski, Die Haftung für Schockschäden, 90 ff m.w.N.

⁸⁸ RGZ 157, 12 ff; v. Caemmerer, DAR 1970, 293; v. Hippel, NJW 1965, 1893; gegen eine analoge Anwendung des § 846 etwa Deutsch, Haftungsrecht, 579; Schmidt, MDR 1971, 538, 540; Selb, JZ 1972, 125

oder der ohne weitere Auswirkungen bleibende schwere seelische Schmerz geben dem Erben nach derzeit geltendem Recht jedoch keinen eigenen Anspruch auf Schmerzensgeld⁸⁹.

5.2. Schmerzensgeld wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Im Anschluss an die Rechtslage in der Schweiz wollen Teile der Literatur für Trauer und seelische Belastungen einen Anspruch wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewähren⁹⁰. In der Schweiz wird den Hinterbliebenen beim Tod eines Angehörigen gemäß Art. 47 OR ein eigener Anspruch auf Schmerzensgeld gewährt. Demgegenüber ist ein solcher Anspruch dann nicht vorgesehen, wenn der Angehörige lediglich schwer verletzt wurde. Um auch in diesen Fällen den Angehörigen ein Schmerzensgeld gewähren zu können, hat das schweizerische Bundesgericht bei schweren Verletzungen Angehöriger eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 49 OR angenommen⁹¹. In der Grundsatzentscheidung wurde einem Mann, dessen Frau bei einem Verkehrsunfall schwerste Verletzungen und Behinderungen erlitten hatte, ein Anspruch auf Schmerzensgeld gewährt⁹². Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass durch die schwere Behinderung der Frau, die in ihrem Bewusstsein beeinträchtigt und stark pflegebedürftig war, die bisherigen Lebensverhältnisse des Klägers geradezu umgestürzt seien. Die eheliche Gemeinschaft sei weitgehend zerstört. Der Mann verbringe praktisch seine gesamte freie Zeit mit der Pflege der Frau. Durch diese Veränderungen seiner Lebensverhältnisse sei er in seinen persönlichen Verhältnissen widerrechtlich verletzt. Da nach der Rechtsfortbildung des BGH auch in Deutschland das allgemeine Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht im

⁸⁹ Gontard, DAR 1990, 377; Weimar, MDR 1966, 296; Staudinger/Schiemann, § 253 Rn 15

⁹⁰ Kadner, ZEuP 1996, 149 ff

⁹¹ BGE 112 II, 220; BGE 118 II, 404 mit Anmerkung Kadner in ZEuP, 135

⁹² BGE 112 II 220

Sinne des § 823 I anerkannt ist⁹³, scheint es zumindest erwägenswert entsprechend der Argumentation des schweizer Bundesgerichts auch in Deutschland einen Anspruch wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu gewähren. Die Argumentation könnte dabei auch auf die Fälle ausgedehnt werden, in denen der Angehörige verstirbt, denn der Tod einer nahestehenden Person bedeutet oft einen noch tieferen Einschnitt in die bisherigen Lebensverhältnisse als die bloße Verletzung.

Die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht im Sinne des § 823 ist im wesentlichen darin begründet, dass dem vom Grundgesetz geforderten Minimum an Schutz gegenüber Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch deliktsrechtlich Rechnung zu tragen ist und man ansonsten „auf das wirksamste und oft einzige Mittel“ zum Schutze der Persönlichkeit verzichten würde⁹⁴. Abgeleitet wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus den Art. 1, 2 GG⁹⁵.

Ob die Belastung auf Grund der Pflege eines Anderen oder die Trauer um den Verlust einer nahestehenden Person das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt, hängt also davon ab, ob diese Belastungen in den Schutzbereich der Art. 1, 2 GG fallen; ob also der Mensch einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat, von Leid und Trauer verschont zu bleiben.

Die Art. 1, 2 GG dienen der Abgrenzung und der Garantie individueller und gesellschaftlicher Freiheitsräume⁹⁶. Gefühle wie Trauer und Leid verletzen aber nicht die Stellung oder Achtung der Persönlichkeit in der Gesellschaft, sie sind im Gegenteil die Persönlichkeit prägende Erfahrungen und somit Teil der Würde des Menschen⁹⁷. Die Verletzung von Gefühlen

⁹³ Vgl. dazu oben 2.2.5.5.1

⁹⁴ BGHZ 35, 368

⁹⁵ Zuletzt BGH NJW 2000, 2195

⁹⁶ Katz, Staatsrecht, 326; Sachs/Höfling, Art. 1 GG, Rn 28 ff; Ehmann, JuS 1997, 195 f;

MüKo/Rixecker, § 12 Rn 2

⁹⁷ Ähnlich Gontard, DAR 1990, 377

gehört dementsprechend nicht zu den anerkannten Schutzbereichen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁹⁸. Durch den Tod oder die schwere Verletzung einer nahestehenden Person werden also nicht Persönlichkeitswerte verletzt, „sondern Gefühle angesprochen, das - vermeintliche – Recht auf Glück beeinträchtigt“⁹⁹. Allein die Trauer und die Belastung wegen des Todes oder der schweren Verletzung einer nahestehenden Person sind unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach geltendem Recht somit nicht ersatzfähig.

5.3. Schmerzensgeld wegen Eingriffs in den geschützten Bereich der Familie aus Art. 6 GG

Soweit durch die Verletzung einer Person in den durch Art. 6 GG geschützten Bereich der Familie eingegriffen wird, indem das Zusammenleben innerhalb der Familie nachhaltig gestört wird, wird angeregt diesen Grundrechtseingriff, ähnlich dem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, zivilrechtlich zu sanktionieren¹⁰⁰. Für Eingriffe in Art. 6 GG bestehe ebenso wie für Eingriffe in das durch die Art. 1, 2 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht ein allgemeiner Schutzauftrag des Staates. Wenn für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine Entschädigung zu leisten sei, müsse deshalb das selbe auch für Eingriffe in den grundrechtlich geschützten Bereich von Ehe und Familie gelten.

Dieser Argumentation kann eine gewisse Folgerichtigkeit nicht abgesprochen werden. Dem Gesetzgeber steht es jedoch frei, mit welchen Mitteln er seiner Schutzaufgabe aus Art. 6 GG nachkommt¹⁰¹. Mit der Vorschrift des § 844 hat er eine abschließende und grundsätzlich eng auszulegende Regelung hinsichtlich der zivilrechtlichen Ansprüche der Angehörigen

⁹⁸ Vgl. zu den verschiedenen Schutzbereichen die das Allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst Ehmann, JuS 1997, 193 ff; Esser/Weyers, Schuldrecht II 2, 157 f

⁹⁹ Gontard, DAR 1990, 377

¹⁰⁰ Gontard, DAR 1990, 377; offen gelassen von BVerfG NJW 2000, 2187

¹⁰¹ BVerfGE 72, 155, 174; Medicus, AcP 1992, 55 ff

geschaffen¹⁰². Dass der geschützte Bereich der Familie eines über die Vorschriften des Strafrechts und des § 844 hinausgehenden Schutzes bedürfte, lässt sich nicht erkennen. Eine Schutzlücke, die eine analoge Anwendung des § 847 auch bei Eingriffen in Art. 6 GG rechtfertigen würde, ist mithin nicht anzunehmen.

Die in diesem Falle eintretende Ausweitung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wäre zudem problematisch, weil damit der weiteren Kommerzialisierung der Persönlichkeit Vorschub geleistet würde¹⁰³. Auch die Geburt eines schwerstgeschädigten Kindes, die einen vergleichbaren Eingriff in den geschützten Bereich der Familie darstellt, begründet keinen Anspruch auf Schmerzensgeld. Die Geldentschädigung bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann mithin nicht auf die Fälle eines Eingriffs in das „Recht auf Familienplanung“ ausgedehnt werden¹⁰⁴. Die Entscheidung darüber, ob bei Eingriffen in den geschützten Bereich der Familie den Angehörigen ein eigenes Schmerzensgeld zuzubilligen ist, sollte vielmehr dem Gesetzgeber überlassen werden.

Zudem käme eine Entschädigung wegen Eingriffs in den geschützten Bereich der Familie (als Erweiterung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) ohnehin nur dann in Betracht, wenn es sich um einen schweren Eingriff handelt und der Geschädigte nicht auf andere Weise geschützt werden kann¹⁰⁵. Im praktisch wichtigsten Bereich der Straßenverkehrsunfälle würde eine Ersatzpflicht deshalb in den meisten Fällen ohnehin ausscheiden.

¹⁰² MüKo/Stein, § 844 Rn 3

¹⁰³ Schack, AcP 1995, 594 f; Sachs, Art. 2 GG Rn 67

¹⁰⁴ BGHZ 86, 249; Schiemann, JuS 1980, 711 ff

¹⁰⁵ BGH NJW 1971, 698; 1996, 985 m.w.N.; Müller, VersR 2000, 800; Soergel/Zeuner, § 847 Rn 21

5.4. Verhältnis zum ererbten Anspruch

Folgt man der hier vertretenen Ansicht hinsichtlich eines Schmerzensgeldes für die Hinterbliebenen, so fällt der ererbte Anspruch auf Schmerzensgeld nicht zwingend mit einem eigenen Schmerzensgeldanspruch der Erben zusammen. Ein Zusammentreffen des ererbten Anspruchs mit dem eigenen Anspruch ist jedoch möglich. Es stellt sich dann die Frage, ob dieser Umstand Einfluss auf die Bemessung der Ansprüche hat. Ob das ererbte Schmerzensgeld auf den eigenen Anspruch des Hinterbliebenen anzurechnen ist, ist umstritten¹⁰⁶.

Der eigene Anspruch ist nicht mit dem ererbten Anspruch identisch. Die Ansprüche sind deshalb grundsätzlich sowohl nach ihren Voraussetzungen als auch nach ihrer Höhe getrennt voneinander festzulegen¹⁰⁷. Der jeweilige Anspruch ist anhand der oben herausgearbeiteten Kriterien zu bemessen. Dies bedeutet, dass unter anderem auch Präventions- und Verhältnismäßigkeitserwägungen die Höhe der Ansprüche beeinflussen.

Im Rahmen der Prävention wird dabei zu beachten sein, dass sich die Abschreckungswirkung der verschiedenen Ansprüche ergänzt, weshalb nicht jeder einzelne Anspruch das volle Maß der erforderlichen Abschreckung erreichen muss. Unverhältnismäßige Belastungen können eher entstehen, wenn der Schädiger nicht nur einen, sondern mehrere Ansprüche zu befriedigen hat. Soweit also eine Kumulierung des ererbten Schmerzensgeldanspruchs mit eigenen Ansprüchen der Hinterbliebenen stattfindet, sind die Ansprüche entsprechend zu kürzen¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Für eine Anrechnung etwa Deutsch, Haftungsrecht, 578 f; gegen eine Anrechnung etwa MüKo/Oetker, § 249 Rn 143

¹⁰⁷ Karczewski, Die Haftung für Schockschäden, 86 f; MüKo/Oetker, § 249 Rn 143

¹⁰⁸ BGE 118, 404 mit zustimmender Anmerkung Kadner, ZEuP, 135; Deutsch, Haftungsrecht, 578 f

6. Zusammenfassung und Ergebnis

Die Untersuchung hat zunächst gezeigt, dass in der Person desjenigen, der alsbald an seiner Verletzung verstirbt, grundsätzlich ein Schmerzensgeldanspruch entstehen kann. Zumindest während der kurzen Zeitspanne zwischen der äußeren Einwirkung auf den Körper bis zum Eintritt des Hirntodes ist der Verletzte nämlich noch Rechtssubjekt im Sinne des Zivilrechts.

Auch in den Fällen des alsbaldigen Todes liegt eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit im Sinne des § 847 vor. Allein der Umstand, dass das Leben in § 847 im Gegensatz zu § 823 nicht explizit aufgeführt ist ändert daran nichts, denn der durch eine Einwirkung von außen herbeigeführte Tod einer Person setzt immer auch eine Körperverletzung voraus. Da nach der ursprünglichen Regelung immer eine gewisse Überlebensdauer erforderlich war, um einen Schmerzensgeldanspruch zu erhalten, brauchte sich der Gesetzgeber keine Gedanken darüber zu machen, ob das Leben als besonders geschütztes Rechtsgut in § 847 aufzunehmen ist. Nach dem Wegfall des § 847 I 2 fanden Erörterungen, ob nun zusätzlich auch das Leben als geschütztes Rechtsgut aufzunehmen wäre, nicht statt. Die Gesetzessystematik lässt also nicht darauf schließen, dass Körperverletzungen, die zum alsbaldigen Tod des Verletzten führen, nicht vom Schutzbereich des § 847 umfasst sein sollen.

Die Frage, ob und in welchem Umfang dem tödlich Verletzten jedoch ein Schmerzensgeldanspruch zusteht, konnte allein mit obiger Feststellung noch nicht beantwortet werden. Es war deshalb zu klären, wie der Schmerzensgeldanspruch in den Fällen des alsbaldigen Todes zu bemessen ist.

Die Frage, unter welchen weiteren Voraussetzungen und in welchem Umfang dem tödlich Verletzten ein Schmerzensgeldanspruch zukommt, lässt sich anhand der herkömmlicherweise dem Schmerzensgeld beigelegten Funktionen nicht beantworten. Ausgleichs- und

Genugtuungsfunktion versagen in diesen Fällen zumindest insoweit, als sie auf eine Gefühlsreaktion des Geschädigten gerichtet sind. Die Begriffe Ausgleich und Genugtuung sind inhaltlich nicht genau definiert. Der Begriff des Ausgleichs wird herangezogen, obwohl sich der BGH bewusst ist, dass bei immateriellen Schäden ein Ausgleich im strengen Sinn gar nicht möglich ist. Der Begriff der Genugtuung wurde unreflektiert aus dem schweizer Recht übernommen, ohne sich näher mit seinem Inhalt zu beschäftigen.

Nahezu ein halbes Jahrhundert nach der insoweit grundlegenden Entscheidung des BGH besteht noch immer keine hinreichend exakte Definition der Begriffe. Insbesondere stößt die, wie auch immer definierte Genugtuungsfunktion auf sehr starke Kritik.

Der BGH musste selber eingestehen, dass sich die Fälle, in denen der Verletzte zu Empfindungen nicht mehr in der Lage ist, mittels der Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion nicht bewältigen lassen. Er entwickelte deshalb zunächst die sogenannte „zeichenhafte Sühnefunktion“ die er später durch die sogenannte „Würdefunktion“ des Schmerzensgeldes ersetzte. Da sich hinter diesen Begriffen letztlich eine reine Straffunktion, die schon nach modernem Strafrechtsverständnis unzulässig ist, verbirgt, waren sie jedoch abzulehnen. Außerdem sind diese Funktionen auf die Fallgruppe der Wahrnehmungsunfähigkeit des Verletzten beschränkt und führen eher zu mehr Verwirrung als zu einer inhaltlichen Präzisierung des Anspruches auf Schmerzensgeld.

Da eine Lösung des zur Aufgabe gestellten Problems Klarheit über Inhalt und Zweck des Anspruches auf Schmerzensgeld voraussetzt, war es erforderlich, sich von den herkömmlichen, letztlich undurchschaubaren Begriffen zu trennen. Es war notwendig, sich der historischen Leitvorstellungen der nur knappen gesetzlichen Regelung zu besinnen. Neben den allgemeinen Wertungen des Schadensrechts war auch zu berücksichtigen, dass sich die Ersatzfähigkeit von

Persönlichkeitswerten seit der Schaffung des BGB erheblich ausgeweitet hat.

Nach der gesetzlichen Regelung kann der Verletzte eine „billige Entschädigung in Geld“ verlangen. Die Untersuchung hat gezeigt, dass Billigkeit im Sinne von § 847 nach dem Willen des Gesetzgebers gleichbedeutend ist mit einem richterlichen Ermessen. Da willkürliche Gerichtsentscheidungen jedoch gegen das Grundgesetz verstoßen würden, muss sich der Richter bei der Ausübung seines Ermessens an die vom Gesetz vorgegebenen Wertungen halten. Es war daher erforderlich, anhand der gesetzlichen Wertungen die einzelnen Bemessungskriterien des Schmerzensgeldes zu bestimmen. Allgemein konnte dabei zwischen Bemessungskriterien, die sich auf Person des Verletzten, des Schädigers oder die Rechtsgemeinschaft beziehen, unterschieden werden.

Schadensersatz will in erster Linie erreichen, dass ein Zustand hergestellt wird, der dem, wie er ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, möglichst nahe kommt. Vorrangig hat sich die Bemessung des Schmerzensgeldes daher an dem Geldaufwand zu orientieren, der erforderlich ist, um dem Verletzten angenehme Empfindungen in einem Maß zu verschaffen, das geeignet ist, die durch die Verletzung hervorgerufenen negativen Empfindungen möglichst zu kompensieren.

Dieses vorrangige Bemessungskriterium setzt jedoch voraus, dass es noch möglich ist, dem Verletzten angenehme Empfindungen zu verschaffen. In den Fällen, in denen der Verletzte bereits verstorben bzw. zu Empfindungen nicht mehr in der Lage ist, kann das Schmerzensgeld daher nicht mehr an dem Geldbedarf zur Verschaffung angenehmer Empfindungen bemessen werden. Insoweit besteht kein Unterschied zwischen den Fällen des alsbaldigen Todes und der Wahrnehmungsunfähigkeit. In beiden Fällen stehen jedoch noch weitere Bemessungskriterien zur Verfügung, die unabhängig von einer Wirkung beim Verletzten sind.

Insbesondere konnte gezeigt werden, dass das Schmerzensgeld auch der Prävention von Schäden dient. Zurecht ist der Präventionszweck in zahlreichen Bereichen des Zivilrechts anerkannt. Der Präventionszweck wird nicht dadurch unzulässig, dass er auch im Strafrecht Anwendung findet. Die staatliche Pflicht zum Schutz der Persönlichkeitswerte kann und darf auch mit den insoweit mildereren Mitteln des Zivilrechts erfüllt werden. Soweit etwa für die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Schmerzensgeld zu leisten ist, steht der Präventionszweck absolut im Vordergrund. Eine einleuchtende Begründung dafür, weshalb andere Rechtsgüter eines stärkeren Schutzes bedürfen als die körperliche Unversehrtheit, konnte nicht gefunden werden, so dass der Präventionszweck auch für den (normalen) Schmerzensgeldanspruch anzuerkennen ist.

Der Präventionszweck verliert auch in den Fällen, in denen eine Versicherung für den Schädiger eintritt, nicht seine Wirkung, sondern entfaltet sie lediglich auf andere Weise, indem der Schädiger entweder Rabattverluste befürchtet oder die Versicherungen dazu angehalten werden, solche Systeme einzuführen. Speziell im Bereich des Straßenverkehrs können Prämien erhöhungen auf Grund von Versicherungsleistungen zusätzlich zur Prävention beitragen, indem der potentielle Schädiger sich eher überlegen wird, ob er den finanziellen Aufwand für die potentiell schadensträchtige Teilnahme am Straßenverkehr auf sich nehmen will.

Wesentlichen Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes hat auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird unter anderem durch die Art. 1, 2, 3 und 14 GG vorgeschrieben. Diese Grundrechte sind im Rahmen der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes der Billigkeit zu beachten; sie entfalten insoweit eine zumindest mittelbare Drittwirkung.

Unter Anwendung der herausgearbeiteten Bemessungskriterien war es sodann möglich, zu untersuchen, welche Einzelumstände die Bemessung des Schmerzensgeldes beeinflussen.

Entgegen der derzeitigen Praxis der Gerichte hat nach der hier vertretenen Auffassung die Dauer des Überlebens in den Fällen des alsbaldigen Todes und der Empfindungsunfähigkeit regelmäßig keinen Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes. Unabhängig von der Überlebensdauer steht jeweils der Verlust an Lebensmöglichkeiten durch den frühzeitig eingetretenen Tod absolut im Vordergrund. Weshalb etwa derjenige, der ohne Empfindungen nach einem mehrtägigen Koma verstirbt ein Schmerzensgeld erhalten soll, nicht aber derjenige, der nach einem relativ kurzen Überlebenskampf verstirbt, leuchtet nicht ein. Wollte man den Schmerzensgeldanspruch weiterhin von der Dauer des Überlebens abhängig machen, würde der unwürdige Wettlauf mit der Zeit, der für die Abschaffung des § 847 I 2 ausschlaggebend war, nur durch ein ebenso unwürdiges Auszählen der Zeit bis zum Tod ersetzt. Da es nicht möglich ist, eine auf breite Akzeptanz treffende Mindestüberlebensdauer exakt festzulegen, führt die Berücksichtigung dieses Umstandes lediglich zu Rechtsunsicherheit.

Die weiteren, von Rechtsprechung und Literatur teilweise herangezogenen Einzelkriterien wie etwa die Schwere der Verletzung, der Grad der verbliebenen Empfindungsfähigkeit, die Erschwerung oder Vereitelung von Zukunftsplänen, das Verschulden des Schädigers, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten, das Eintreten einer Versicherung für den Geschädigten, eine gleichzeitig verwirkte strafrechtliche Verurteilung sowie die Hinauszögerung des Schadensausgleichs können in den meisten Fällen Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes haben. Die Einzelkriterien sind jedoch jeweils anhand der ihnen zu Grunde liegenden Bemessungskriterien zu bewerten.

Nach dem Tod des Verletzten können diejenigen Kriterien, die sich auf die Person des Verstorbenen beziehen, nicht mehr zur Bemessung herangezogen werden. Da der so bemessene Schmerzensgeldanspruch keinen höchstpersönlichen Charakter aufweist, geht er ohne weitere Voraussetzungen auf die Erben des Verstorbenen über.

Die Höhe des zu zahlenden Schmerzensgeldes lässt sich jedoch auch in den Fällen des alsbaldigen Todes nicht mit technischer Präzision ermitteln, so dass dem zur Entscheidung berufenen Gericht letztlich immer ein nicht überprüfbarer Ermessensspielraum verbleibt. Durch die Orientierung an den bisher entschiedenen Fällen der Wahrnehmungsunfähigkeit und einer Abstufung daran, inwieweit die herausgearbeiteten Bemessungskriterien erfüllt werden können, lässt sich aber zumindest ein Rahmen für die jeweiligen Schmerzensgelder bestimmen.

Dieses Ergebnis löst insoweit Unbehagen aus, als den Erben zwar das Schmerzensgeld des Verstorbenen zufällt, aber deren tatsächliches Leid und deren Trauer bei der Bemessung des Anspruchs nicht berücksichtigt werden. Es war deshalb weiter zu fragen, ob nicht auch den Hinterbliebenen, unabhängig von ihrer Erbenstellung, ein eigener Anspruch auf Schmerzensgeld zusteht. Zumal der Gesetzgeber als Alternative zu der erfolgten Gesetzesänderung zunächst erwogen hatte, den Hinterbliebenen einen eigenen Schmerzensgeldanspruch zu gewähren, und er von dieser Alternative nur Abstand genommen hatte, um an den ursprünglichen Anspruch des Verletzten anknüpfen zu können.

Für einen eigenen Anspruch spricht, dass wegen der zunehmenden Ersatzfähigkeit immaterieller Rechtsgüter auch der Eingriff in elementare menschliche Grundbeziehungen ersatzfähig sein sollte. Der Unfalltod oder die schwere körperliche Verletzung einer nahestehenden Person kann zu weit stärkeren Beeinträchtigungen führen, als etwa die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Ein eigener

Anspruch hätte den Vorteil, dass er sich auch an dem vorrangigen und leichter zu handhabenden Bemessungskriterium der Kompensation negativer Empfindungen orientieren könnte. Auch in anderen Mitgliedstaaten der EU ist ein eigener Anspruch der Angehörigen anerkannt. Ein eigener Anspruch der Hinterbliebenen wäre deshalb rechtspolitisch wünschenswert. Da jedoch die derzeitige Reform schadenersatzrechtlicher Vorschriften nahezu abgeschlossen ist und die Einführung eines eigenen Schmerzensgeldanspruchs der Hinterbliebenen dabei nicht diskutiert wurde, ist mit einem Eingreifen des Gesetzgebers in absehbarer Zeit nicht zu rechnen.

In Anlehnung an die Schockschadensfälle konnte herausgearbeitet werden, dass den Hinterbliebenen derzeit grundsätzlich ein eigener Anspruch auf Schmerzensgeld zusteht. Voraussetzung für den Anspruch ist, dass sie selber eine Gesundheitsverletzung im Sinne des § 823 erlitten haben. Insbesondere die Rechtsprechung verlangt in den Schockschadensfällen zusätzlich, dass die Gesundheitsverletzung den Rahmen der üblichen Beeinträchtigungen, die durch die Verarbeitung der Verletzung eines Dritten auftreten können, überschreitet, dass bei dem Erstgeschädigten eine schwere Gesundheitsverletzung vorliegt und es sich bei dem Drittgeschädigten um einen nahen Angehörigen des Verstorbenen handelt. Diese Ansicht verkennt jedoch, dass es für die Begründung der Haftung aus § 823 allein darauf ankommt, ob die psychisch vermittelte Beeinträchtigung Krankheitswert hat oder nicht. Einer Ausuferung des derzeitigen, eigenen Anspruches der Hinterbliebenen kann hinreichend entgegengewirkt werden, indem man auf die allgemeinen Kriterien zur Haftungsbegrenzung, speziell auch den Schutzzweck der Norm, zurückgreift.

Allein die seelische Belastung der Hinterbliebenen mit der schweren Verletzung oder dem Tod einer nahestehenden

Person löst, solange sie keinen Krankheitswert erreicht, jedoch keinen Anspruch auf Schmerzensgeld aus. Um das seelische Leid der Hinterbliebenen nicht ohne eine Geldentschädigung zu belassen war weiter zu überlegen, ob ihnen nicht, ähnlich wie in der Schweiz, ein Anspruch wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu gewähren ist. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird aus den Art. 1, 2 GG abgeleitet. Diese schützen aber lediglich die Stellung und die Achtung der Person in der Gesellschaft, nicht jedoch davor, vor Gefühlen wie Trauer oder Leid verschont zu bleiben. Eine Geldentschädigung wegen einer Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist den Hinterbliebenen somit nicht zu gewähren.

Weiter war zu erwägen, ob sich aus Art. 6 GG ein Anspruch auf Geldentschädigung für die Angehörigen des Verstorbenen ergibt. Ähnlich wie bei dem Anspruch bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts besteht auch eine Schutzpflicht des Staates vor Eingriffen in den geschützten Bereich der Familie. Dem Gesetzgeber steht es aber frei, wie er seinem Schutzauftrag nachkommt. Bei der Verletzung oder Tötung einer Person ist der Schutzpflicht des Staates durch die Vorschriften des Strafrechts und des § 844 bereits in genügendem Umfang Rechnung getragen. Eine Schutzlücke, die eine Umgehung des § 253 rechtfertigen würde, konnte mithin nicht festgestellt werden.

Soweit eine nahestehende Person eine eigene Gesundheitsverletzung hinnehmen musste, kommt ihr nach der hier vertretenen Auffassung ein eigener Anspruch auf Schmerzensgeld zu. Daneben besteht der Anspruch des schwerst Verletzten oder Verstorbenen, der im letzteren Fall auf die Erben übergeht. In diesen Fällen stellt sich dann die Frage, wie sich die Kumulierung der Ansprüche auf deren Bemessung auswirkt.

Bei dem eigenen Anspruch der Hinterbliebenen handelt es sich sowohl, was den Anspruchsberechtigten als auch die zur

Anwendung kommenden Bemessungskriterien anbelangt, um verschiedene Ansprüche. Bei der Bemessung ist nach den herausgearbeiteten Bemessungskriterien aber zu berücksichtigen, dass sich die finanzielle Belastung des Schädigers gegenüber den Fällen, in denen er nur einen Geschädigten zu befriedigen hat, erhöht. Die Erhöhung der finanziellen Belastung ist sowohl im Rahmen der Prävention als auch der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Die Summe der Ansprüche erfährt dadurch einen gewissen Abschlag gegenüber den Fällen, in denen nur einem Geschädigten ein Schmerzensgeld zu bezahlen ist.