PROF. DR. JÖRG NEUNER*

Das Schmerzensgeld

Der Beitrag skizziert die rechtlichen Facetten des Schmerzensgelds und bekräftigt die Forderung an den Gesetzgeber nach Einführung eines Angehörigenschmerzensgelds.

I. Einleitung

Für immaterielle Schäden, also solche, die keine Vermögensschäden sind, kann gem. § 253 I nur ausnahmsweise in den gesetzlich bestimmten Fällen eine Entschädigung in Geld verlangt werden[1]. Wird beispielsweise ein Restaurantbesuch auf Grund der mangelhaften Küche zu einem abendfüllenden Ärgernis oder versäumt der Gastwirt vertragswidrig, das separate Kaminzimmer für die angekündigte Hochzeitsgesellschaft zu reservieren, scheidet ein Schadensersatzanspruch wegen der immateriellen Beeinträchtigungen[2] aus. Gesetzlich vorgesehen ist eine Entschädigung insbesondere bei nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit nach § 651 f II, bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot der §§ 15 II, 21 II 3 AGG sowie im Hinblick auf Schmerzensgeld gem. § 253 II[3].

II. Historie

Rechtsgeschichtlich betrachtet ist die Gewährung von Schmerzensgeld keineswegs selbstverständlich[4]. Von *Gaius* (Dig. 9, 3, 7) stammt die berühmte Sentenz, dass Narben und Entstellungen nicht bewertet werden, weil der Körper eines freien Menschen einer Bewertung nicht zugänglich ist. In Teil I Titel 6 § 112 des Preußischen Allgemeinen Landrechts aus dem Jahr 1794 wurde „Personen vom Bauer- oder gemeinen Bürgerstande" zwar ein Schmerzensgeldanspruch gewährt, nicht aber „Personen höhern Standes" (§ 114 ALR), da es für Letztere unehrenhaft sei, ihre Empfindungen in Geld aufzurechnen. Die Entscheidung des BGB-Gesetzgebers zu Gunsten der Gewährung von Schmerzensgeld wurde vor allem durch die (am 1. 1. 1872 in Kraft getretene) Regelung des § 231 StGB beeinflusst, die dem Strafrichter bei der Festlegung der Buße für Körperverletzungen die Berücksichtigung immaterieller Beeinträchtigungen erlaubte und man die gleiche Befugnis auch dem Zivilrichter einräumen wollte[5]. Der neugeschaffene § 847 I BGB (a. F.) lautete schließlich: „Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist". Im Übrigen wurde ein immaterieller Schadensersatzanspruch insbesondere für Angriffe auf die Ehre dezidiert abgelehnt, weil „es der herrschenden Volksauffassung (widerstrebe), die immateriellen Lebensgüter auf gleiche Linie mit den Vermögensgütern zu stellen und einen idealen Schaden mit Geld aufzuwiegen"[6].

---

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg. – §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

1 § 253 I schränkt aber nur den Geldersatz ein und nicht den *Anspruch auf Naturalrestitution* bei Nichtvermögensschäden (z. B. den Ersatz der angefallenen Heilungskosten o. den Widerruf bei Ehrverletzungen); vgl. *Spindler*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, 3. Aufl. (2012), § 253 Rdnr. 4; *Huber*, in: NK-BGB, 2. Aufl. (2012), § 253 Rdnr. 5.

2 Zu *frustrierten Aufwendungen* gem. § 284 (z. B. für die gedruckten Tischkarten der Hochzeitsgesellschaft) s. näher *Looschelders*, SchuldR AT, 10. Aufl. (2012), Rdnrn. 676 ff.

3 Wie der Normtext u. die systemat. Stellung innerhalb d. Regelungen über Inhalt u. Umfang d. Schadensersatzes gem. §§ 249–254 belegen, begründet § 253 II *keine eigene Anspruchsgrundlage*; vgl. *Spindler*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 1), § 253 Rdnr. 7; *Oetker*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 253 Rdnrn. 15 f.

4 Ausf. *Walter*, Geschichte d. Anspr. auf Schmerzensgeld, 2004, S. 69 ff.; speziell zum 19. Jh. auch *Göthel*, AcP 205 (2005), 36.

5 Vgl. Mot. II, S. 799 f.; s. dazu auch *Steffen*, DAR 2003, 201 (202).

6 Prot. I, S. 622; s. auch Mot. II, S. 22, 750 f.

Der Anspruch auf Schmerzensgeld ist in der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts zunächst auf einige wenige Tatbestände der Gefährdungshaftung ausgeweitet worden (u. a. gem. § 29 II AtomG[7]). Außerdem wurde die „als Wettlauf mit dem Tode" kritisierte Regelung des § 847 I 2 über die Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit des Schmerzensgelds vor Anerkennung oder Rechtshängigkeit nach massiven verfassungsrechtlichen Vorhalten (Art. 1, 3, 14 GG)[8] am 1. 7. 1990 aufgehoben. Zu einer grundlegenden Neukonzeption des Ersatzes immaterieller Schäden führte schließlich im Jahr 2002 das *2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz*. Die augenfälligste Veränderung ist die Vorverlagerung der Schmerzensgeldregelung in den Allgemeinen Teil des Schuldrechts durch die Schaffung des § 253 II. Zugleich wurde das Rechtsgut „sexuelle Selbstbestimmung" geschlechtsneutral gefasst, das sich vordem gem. § 847 IIa. F. nur auf eine „Frauensperson" bezog. Neu eingeführt wurden ferner spezielle Schmerzensgeldregelungen für Gefährdungstatbestände, wie etwa § 6 S. 2 HaftPflG. Nicht eingeführt wurde hingegen eine Bagatellschwelle, da „die Rechtsprechung bereits auf der Grundlage des geltenden Rechts zu angemessenen Ergebnissen (gelangt)"[9].

III. Anwendungsbereich

Vor Inkrafttreten des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes mussten Haftungsprozesse (abgesehen von Vertragsstrafenregelungen) primär deliktsrechtlich geführt werden, um Schmerzensgeld (gem. § 847 a. F.) zu erhalten.

1. Vertrag

Das durch § 253 II neu eingeführte Schmerzensgeld bei vertraglichen Pflichtverletzungen bringt den Vorteil, dass gem. § 278 für Erfüllungsgehilfen gehaftet wird (z. B. der Reiseveranstalter für den Hotelier) und eine Exkulpationsmöglichkeit (wie z. B. nach § 831 I 2) ausscheidet. Auch die Beweislastverteilung gem. § 280 I 2 ist für den Geschädigten in der Regel günstiger. Des Weiteren kann bereits eine vorvertragliche Pflichtverletzung Schmerzensgeldansprüche begründen. Voraussetzung ist allerdings jeweils, dass die vertragliche Pflichtverletzung ein in § 253 II genanntes Rechtsgut beeinträchtigt.

Falschberatungs-Fall (*BGH*, NJW 2009, 3025): Der beklagte Rechtsanwalt erklärte dem Kl. fehlerhaft, dass die private Haftpflichtversicherung bei grob fahrlässigem Verhalten nicht einstehe, so dass Kl. davon ausging, die finanzielle Last i. H. von 600 000 Euro für den Wiederaufbau eines zerstörten Hauses tragen zu müssen. In der Folge trat beim Kl. eine psychische Belastungsstörung mit Krankheitswert auf.

Ein Schmerzensgeldanspruch gem. §§ 675 I, 280 I, 253 II scheidet in solchen Konstellationen von vornherein aus, solange Angstzustände und seelische Belastungen nicht den Grad einer Gesundheitsverletzung erreichen. Vorliegend hatte die psychische Störung des Kl. jedoch einen Krankheitscharakter, so dass das Rechtsgut „Gesundheit" i. S. von § 253 II verletzt war. Auch die äquivalente und adäquate Verursachung lagen vor, doch trat nach Ansicht des *BGH* der Schaden nicht innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm ein[10]. Ein Anwalt habe nur für solche Nachteile einzustehen, zu deren Abwendung er die aus dem Mandat folgenden Pflichten übernommen habe (z. B. wenn er eine aussichtsreiche Antragstellung unterlässt, so dass der Mandant in Untersuchungshaft genommen wird). Die Schlechterfüllung eines Anwaltsvertrags, der nicht den Schutz der Rechtsgüter des § 253 II zum Gegenstand habe, könne nicht Grundlage eines Schmerzensgeldanspruchs sein.

Diese restriktive Auffassung vermag jedoch nicht zu überzeugen, da es sich um einen klassischen Mangelfolgeschaden handelt, vergleichbar dem Fall, dass ein Schreiner ein Möbelstück mit giftigen Materialien herstellt, die zu einer Gesundheitsverletzung führen. Der Rechtsanwalt würde im Übrigen auch dann haften, wenn er dem Mandanten mittels eines schlechten Scherzes oder einer sonstigen Nebenpflichtverletzung einen Schockschaden zufügt (§§ 280 I, 241 II), und ist daher einem Schmerzensgeldanspruch erst recht ausgesetzt, wenn er als Folge einer Hauptpflichtverletzung die Gesundheit seines Mandanten schädigt.

2. Gefährdungshaftung

Ein Schmerzensgeldanspruch kommt ferner bei einer Ersatzpflicht in Betracht, die auf einer (verschuldensunabhängigen) Gefährdungshaftung beruht, wie etwa der Tierhalterhaftung gem. § 833 S. 1[11]. Vielfach gibt es auch Sonderregelungen, namentlich für die Halterhaftung gem. § 11 S. 2 StVG oder die Produkthaftung gem. § 8 S. 2 ProdHaftG, wobei jeweils die Haftungshöchstgrenzen zu beachten sind (s. etwa § 12 StVG, § 10 ProdHaftG)[12].

3. Geschäftsführung ohne Auftrag

Treten im Rahmen eines Auftragsverhältnisses risikotypische Begleitschäden an Körper oder Gesundheit auf, wird ebenfalls ein Schmerzensgeldanspruch gewährt[13]. § 670 spricht zwar von dem „Ersatz von Aufwendungen", doch zählen hierzu auch die Kosten für die Behebung von risikotypischen Körper- oder Gesundheitsschäden[14]. Das Gleiche gilt folgerichtig für den Anspruch aus GoA gem. §§ 683 S. 1, 670, zumal der Gesetzgeber § 253 II einen „umfassenden Charakter" zuspricht[15]. Springt also der Lebensretter in das kalte Wasser und zieht sich eine schwere Erkältung zu, kann er neben den Arztkosten auch ein Schmerzensgeld verlangen.

---

7 BGBl 1985 I, 1565 ff. (1578); s. vordem auch schon die Halterhaftung gem. § 29k III 1 LuftVG, RGBl 1943 I, S. 69 ff. (71); dazu ausf. *Walter* (o. Fußn. 4), S. 417, 431 m. w. Nachw.

8 S. näher *Mertens*, in: MünchKomm-BGB, 2. Aufl. (1986), § 847 Rdnrn. 48 ff. m. w. Nachw.

9 BT-Dr 14/8780, S. 21; des Weiteren wurde § 253 II terminolog. angeglichen, der nunmehr v. „Freiheit" (wie in § 823 I) u. nicht mehr „Freiheitsentziehung" (wie in § 847 Ia. F.) spricht.

10 Vgl. *BGH*, NJW 2009, 3025 (3026 f.) = JuS 2010, 69 (*Faust*); zust. *Oetker*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 3), § 253 Rdnr. 19; *Fuchs/Pauker*, Delikts- u. SchadensersatzR, 8. Aufl. (2012), S. 228.

11 Ebenso auch f. d. verschuldensunabhängige Haftung d. Vermieters gem. § 536 a I Var. 1; vgl. *Diederichsen*, VersR 2005, 433 (436).

12 Ausf. *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld, 6. Aufl. (2011), Rdnrn. 198 ff.; s. auch schon o. bei Fußn. 7.

13 Vgl. *Däubler*, JuS 2002, 625 (626); *Jauernig/Mansel*, BGB, 14. Aufl. (2011), § 670 Rdnr. 10; *Benkendorff*, Schmerzensgeld außerhalb d. SchadensersatzR, 2009, S. 9 ff.; a. A. *Fischer*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 1), § 670 Rdnr. 24.

14 Vgl. nur *BGHZ* 33, 251 (257) = NJW 1961, 359; *Medicus/Lorenz*, SchuldR II, 16. Aufl. (2012), Rdnr. 872 m. w. Nachw.

15 Vgl. BT-Dr 14/7752, S. 24; s. ferner *v. Bar*, Karlsruher Forum 2003, 2004, S. 7 ff. (10); *Oetker*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 3), § 253 Rdnr. 18.

4. Aufopferungsanspruch

Umstritten ist die Anwendbarkeit des § 253 II auf den verschuldensunabhängigen Anspruch aus § 906 II 2.

Bergbau-Phobie-Fall (*BGH*, NJW 2010, 3160): Der Bekl. betreibt einen Untertage-Steinkohlebergbau, von dem Erderschütterungen ausgehen. Auf Grund der Erschütterungen leidet der Kl. an einer Phobie sowie psychosomatischen Störungen und verlangt deshalb ein Schmerzensgeld.

§ 906 II 2 besagt, dass der duldungspflichtige Eigentümer einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen kann, sofern die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung (oder den Ertrag) des Grundstücks unzumutbar beeinträchtigt. Nach Ansicht des *BGH* gewährt diese Regelung kein Schmerzensgeld, da es sich nicht um einen Schadensersatz-, sondern um einen Ausgleichsanspruch handelt[16]. Der Gesetzgeber habe sich bewusst gegen einen vollen Schadensersatz entschieden und lediglich einen „angemessenen Ausgleich in Geld" angeordnet[17].

Demgegenüber sind zwei Aspekte zu unterscheiden: Als *conditio sine qua non* eines Schmerzensgeldanspruchs ist maßgeblich, dass das Rechtsgut „Gesundheit" von § 906 II 2 in analoger Anwendung miterfasst wird, da dieses mindestens so schutzwürdig erscheint wie das Eigentum und folglich derselbe Ähnlichkeitsschluss wie bei § 1004 I geboten ist[18]. Ob im Falle einer solchen Gesundheitsverletzung tatsächlich Schmerzensgeld zu leisten ist, bestimmt sich nach § 253 II. Rein nach dem Wortlaut der Norm ist dies zu verneinen, doch wird eine solche restriktive Auslegung weder der gesetzgeberischen Regelungsabsicht[19] noch dem Gleichheitssatz gerecht. Wer schon auf Grund einer bloßen Gefährdungshaftung Schmerzensgeld verlangen kann, muss dies erst recht können, wenn er zum Vorteil eines Dritten wesentliche Einwirkungen auf seine Gesundheit dulden musste[20].

5. Ausschluss[21]

Bei „lediglich" fahrlässig verursachten *Arbeits-, Dienst- und Wehrdienstunfällen* ist eine Haftung des Dienstherrn bzw. Unternehmers für Gesundheitsschäden gem. §§ 104 ff. SGB VII, § 46 BeamtVG, § 91 a SVG ausgeschlossen. *De lege lata* scheiden deshalb insoweit auch Schmerzensgeldansprüche aus. Diese restriktive Regelung ist rechtspolitisch stark umstritten[22], weil die dem Geschädigten stattdessen zustehenden Ansprüche gegen die Sozialversicherung typischerweise keine immateriellen Schäden erfassen. Sie stößt zudem vor allem unter dem Aspekt der Gleichbehandlung gem. Art. 3 I GG auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken[23].

IV. Voraussetzungen

Eine Entschädigung wegen immaterieller Einbußen gem. § 253 II setzt die Verletzung eines geschützten Rechtsguts sowie eine rechtsfähige Person als Geschädigten voraus.

1. Rechtsgut

Die durch § 253 II geschützten Rechtsgüter des „Körpers", der „Gesundheit" und der „Freiheit" sind ebenso zu definieren wie in § 823 I.

a) Körper

Eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität ist bei einem Eingriff in die körperliche Substanz gegeben, beispielsweise aber auch bei einer Ohrfeige[24] oder einem Anspucken[25].

Spermakonserve-Fall (*BGHZ* 124, 52): Der Kl. unterzog sich wegen eines Harnblasenkarzinoms einer Operation, von der er wusste, dass sie zu seiner Zeugungsunfähigkeit führen würde. Um sich die Option auf eigene Kinder zu erhalten, ließ er vor der Operation von ihm stammendes Sperma bei der Bekl. einlagern, die das Sperma später fahrlässig vernichtete.

Die Annahme einer bloßen Eigentumsverletzung an dem kryokonservierten Sperma würde der engen Verbindung zur Persönlichkeit nicht gerecht werden und zudem einen Schmerzensgeldanspruch ausschließen. Der *BGH* nahm stattdessen eine Körperverletzung an, weil das Sperma mit dem Körper eine funktionale Einheit bilde[26]. Hiergegen spricht indes die vollständige Abtrennung der Keimzellen vom Körper zum Zeitpunkt der Schädigung. Mit der *h. L.* ist deshalb von einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Form der Beeinträchtigung des Rechts auf Selbstbestimmung der Nachkommenschaft auszugehen[27].

---

16 *BGH*, NJW 2010, 3160; zust. *Palandt/Grüneberg*, BGB, 72. Aufl. (2013), § 253 Rdnr. 8; *Oetker*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 3), § 253 Rdnr. 18.

17 *Fritzsche*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 1), § 906 Rdnr. 77.

18 Vgl. *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, 13. Aufl. (1994), S. 663; *Staudinger/Roth*, BGB, 2009, § 906 Rdnrn. 77, 110 m. w. Nachw.; offengelassen v. *BGH*, NJW 2010, 3160.

19 Vgl. BT-Dr 14/7752, S. 24: „Im dt. Recht wird erstmals ein umfassender, d. h. vom Haftungsgrund unabhängiger Anspr. auf Schmerzensgeld bei Verletzung dieser Rechtsgüter geschaffen".

20 Für einen Schmerzensgeldanspr. auch schon *Däubler*, JuS 2002, 625 (626 f.); a. A. *Benkendorff*, (o. Fußn. 13), S. 83 ff.

21 Eine bloße Einschränkung sieht § 12 II 1 PflVG vor: Konnte das Fahrzeug, durch dessen Gebrauch der Schaden verursacht worden ist, nicht ermittelt werden, können gg. den *Entschädigungsfonds für Schäden aus Kraftfahrzeugunfällen* Ansprüche nach § 253 II nur geltend gemacht werden, wenn u. soweit die Leistung einer Entschädigung wg. der bes. Schwere d. Verletzung zur Vermeidung einer groben Unbilligkeit erforderlich ist; s. dazu ausf. *Huber*, in: NK-BGB (o. Fußn. 1), § 253 Rdnr. 11 m. w. Nachw.

22 S. *Staudinger/Schiemann*, BGB, 2005, § 253 Rdnr. 27; *Spindler*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 1), § 253 Rdnr. 11; *Katzenmeier*, JZ 2002, 1029 (1035 f.).

23 S. näher *Fuhlrott*, NZS 2007, 237 m. w. Nachw.; das *BVerfG*, NJW 1995, 1607, hat den Ausschluss d. Schmerzensgelds selbst bei Schwerstverletzungen f. verfassungskonform erachtet, allerdings noch zur Rechtslage vor 2002.

24 Vgl. *OLG München*, BeckRS 2010, 08025: 4000 Euro Schmerzensgeld, wobei der Geschädigte überdies eine Trommelfellperforation erlitt; *Larenz/Canaris* (o. Fußn. 18), S. 377.

25 Vgl. *LG Münster*, NJW-RR 2002, 1677: 250 Euro Schmerzensgeld; *Huber*, in: NK-BGB (o. Fußn. 1), § 253 Rdnr. 41; eine Beleidigung u. keine Körperverletzung annehmend *OLG Zweibrücken*, NJW 1991, 240.

26 *BGHZ* 124, 52 (55) = NJW 1994, 127, m. Anm. *Schnorbus*, JuS 1994, 830, wobei der *BGH* (im Jahr 1993) ein Schmerzensgeld von ca. 12 700 Euro zusprach.

27 Vgl. *Taupitz*, NJW 1995, 745 (748 ff.); *Staudinger/Hager*, BGB, 1999, § 823 Rdnr. B 19; *Wagner*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. (2009), § 823 Rdnr. 69 m. w. Nachw.

b) Gesundheit

Unter einer Gesundheitsverletzung ist die pathologische, behandlungsbedürftige Störung einer körperlichen, geistigen oder seelischen Funktion zu verstehen[28].

Schmerzensgeldansprüche kommen beispielsweise bei der Ansteckung mit einer Krankheit (HIV-Infektion) oder bei Beeinträchtigungen auf Grund von Mobbing oder Stalking in Betracht. Auch eine Frau, die infolge einer unkorrekt durchgeführten Sterilisation oder einer fehlerhaften ärztlichen Beratung über Verhütungsmethoden ungewollt schwanger wurde, kann nach Ansicht des *BGH* für die mit der Schwangerschaft und Geburt zusammenhängenden Belastungen Schmerzensgeld verlangen[29].

Sehr restriktiv ist die Rechtsprechung hingegen bei *Schockschäden* von mittelbar Betroffenen, die von einem Todesfall oder einer Verletzung erfahren und nur dann unter den Schutzbereich des § 823 I fallen, wenn es sich um nahe Angehörige handelt, eine übermäßig schwere Gesundheitsbeeinträchtigung eintritt[30] und für den Schock ein ausreichender Anlass bestand[31]. Müssen beispielsweise zufällige Zeugen eines von einem Geisterfahrer verursachten Verkehrsunfalls mit ansehen, wie die Insassen der beteiligten Unfallfahrzeuge verbrennen, können sie nach Ansicht des *BGH* für posttraumatische Belastungsstörungen keinen Schadensersatz und damit auch kein Schmerzensgeld verlangen („allgemeines Lebensrisiko")[32].

c) Freiheit

Eine Verletzung des Rechtsguts „Freiheit" liegt bei der Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit vor (nicht aber bei Einschränkungen der Willens- und Handlungsfreiheit).

Wichtige *Beispiele* sind die nicht indizierte Unterbringung oder Fixierung von Patienten und die unberechtigte Inhaftierung, bei der die Schmerzensgeldbeträge von 30 Euro für 18,5 Stunden Freiheitsentziehung (Abschiebehaft ohne richterliche Anordnung) bis hin zu 150 000 Euro für sechs Jahre Haft reichen (zu Unrecht verbüßt wegen eines grob fahrlässig erstellten Gutachtens im Strafprozess; vgl. § 839 a)[33].

d) Sexualität

Das Rechtsgut der „sexuellen Selbstbestimmung" wird stets verletzt, wenn es sich um eine „Bestimmung zu sexuellen Handlungen" mittels Hinterlist, Drohung oder Missbrauchs eines Abhängigkeitsverhältnisses i. S. von § 825 handelt. Der Begriff ist allerdings noch weiter und entspricht der strafrechtlichen Terminologie in der Überschrift „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung" zum 13. Abschnitt des StGB (§§ 174 ff.).

In der Literatur wird zu Recht moniert, dass die von den Gerichten bislang maximal im unteren fünfstelligen Bereich zugesprochenen Schmerzensgelder oftmals in keinem Verhältnis zu dem erlittenen Martyrium (verbunden mit psychischen Langzeitschäden) stehen[34]. Volle Zustimmung verdient daher die am 5. 2. 2013 ergangene Entscheidung des *LG Wuppertal*, in der einer 16-jährigen schwangeren Schülerin, die tagelang gefangen gehalten und mehrfach vergewaltigt worden war, ein Schmerzensgeld i. H. von 100 000 Euro zugesprochen wurde[35].

e) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Einen Sonderfall bildet das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das zunächst vom *RG* als mit dem bürgerlichen Recht unvereinbar erachtet wurde, später aber unter der Geltung des Grundgesetzes erstmals in der *Schachtbrief-Entscheidung* des *BGH* als „sonstiges Recht" i. S. von § 823 I Anerkennung fand[36]. Dieser neu etablierte Persönlichkeitsschutz ist nicht auf materielle Schadensersatz-, Unterlassungs- oder Beseitigungsansprüche beschränkt, sondern erfasst – entgegen den Vorstellungen des historischen BGB-Gesetzgebers[37] – auch Entschädigungen wegen immaterieller Einbußen.

Der *BGH* hat die Zubilligung eines Schmerzensgelds anfangs auf eine Analogie zu § 847 a. F. gestützt, dann aber unmittelbar aus Art. 2 Ii. V. mit 1 I GG hergeleitet[38]. Das *BVerfG* hat diese methodisch umstrittene Rechtsfortbildung im *Soraya-Beschluss* für verfassungskonform erklärt[39]. Eine nachträgliche demokratische Legitimation erfuhr die Rechtsentwicklung durch die gesetzgeberische Begründung zum 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, in der es heißt: „Dass Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht ausdrücklich in die Aufzählung der Schmerzensgeldansprüche auslösenden Rechtsgutverletzungen aufgenommen sind, steht auch künftig einer Geldentschädigung bei nach § 823 erheblichen Persönlichkeitsrechtsverletzungen nicht entgegen"[40].

---

28 Vgl. *BGHZ* 124, 52 (54) = NJW 1994, 127, m. Anm. *Schnorbus*, JuS 1994, 830; *Soergel/Spickhoff*, BGB, 13. Aufl. (2005), § 823 Rdnrn. 33, 38; den Nachw. eines psychischen Schadens kann i. d. R. nur ein entspr. *Facharzt* erbringen; vgl. *Jahnke/Burmann*, NZV 2012, 505 (509) m. w. Nachw.

29 Vgl. *BGH*, NJW 1981, 2002 (2003); *BGHZ* 76, 259 = NJW 1980, 1452 (1453); zust. *Staudinger/Hager* (o. Fußn. 27), § 823 Rdnr. B 15; krit. *Larenz/Canaris* (o. Fußn. 18), S. 383.

30 S. zu diesem Kriterium auch (krit.) u. bei Fußn. 61 sowie im Vergl. *AG Frankfurt a. M.*, NJW 2002, 2253, wonach eine Gesundheitsverletzung bereits dann vorliegen soll, wenn auf einer ICE-Fahrt die Toiletten f. einen längeren Zeitraum nicht benutzbar sind (402,38 Euro Schmerzensgeld).

31 *BGHZ* 56, 163 = NJW 1971, 1883; s. dazu auch näher *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 16), Vorb. § 249 Rdnr. 40; *Staudinger/Hager* (o. Fußn. 27), § 823 Rdnrn. B 30 ff. m. w. Nachw.

32 Vgl. *BGHZ* 172, 263 = NJW 2007, 2764 = JuS 2008, 375 (*Faust*); zust. *Adelmann*, VersR 2009, 449 (452 ff.); krit. hingegen *Larenz/Canaris* (o. Fußn. 18), S. 381, da der Schockgeschädigte nicht weniger schutzwürdig sei, als wenn er durch ein herumfliegendes Teil des Unfallautos verletzt würde.

33 Vgl. *OLG Bremen*, BeckRS 2007, 01417, bzw. *OLG Frankfurt a. M.*, VersR 2008, 649 (ungeachtet des Haftentschädigungsanspr. gem. § 7 III StrEG).

34 Vgl. (mit bes. brutalen Bsp. aus d. Praxis) *Foerste*, NJW 1999, 2951; *Jaeger*, VersR 2003, 1372; *Däubler*, NJW 1999, 1611 (1612): „20 000 DM für eine zerstörte Existenz?".

35 *LG Wuppertal*, BeckRS 2013, 03421.

36 *BGHZ* 13, 334 = NJW 1954, 1404; abl. *RGZ* 69, 401 (403 f.).

37 Vgl. o. Fußn. 6; s. ferner auch *RGZ* 140, 392 (395).

38 Vgl. zunächst *BGHZ* 26, 349 (356 f.) = NJW 1958, 827 (m. Anm. *Larenz*) – Herrenreiter, u. später *BGHZ* 35, 363 (367 f.) = NJW 1961, 2059; für den Sonderfall der Verletzung d. UrheberpersönlichkeitsR ist ein Entschädigungsanspr. ausdrückl. in § 97 II 4 UrhG normiert.

39 Vgl. *BVerfGE* 34, 269 = NJW 1973, 1221; zur rechtstheoret. Kontroverse näher *Staudinger/Honsell*, BGB, 2004, Einl. zum BGB Rdnr. 126 („verschleierte Contra-legem-Entscheidung"); *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995), S. 250 (bloßes „Induktionsverbot").

40 BT-Dr 14/7752, S. 24.

Wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt (z. B. durch unwahre Presseberichte, Beleidigungen oder Mobbing), setzt eine Geldentschädigung für immaterielle Schäden gem. § 823 I BGB i. V. mit Art. 1 I, 2 I GG eine *schwerwiegende* Beeinträchtigung voraus, die zudem *nicht in anderer Weise* (z. B. durch Widerruf) befriedigend ausgeglichen werden kann[41]. Von der Schmerzensgeldregelung des § 253 II unterscheidet sich eine Geldentschädigung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Weiteren dadurch, dass sie nur bei Verwirklichung eines deliktischen Tatbestands gewährt wird.

Die Zivilgerichte sprechen in diesen Fällen mitunter relativ hohe Entschädigungssummen aus, weil das Persönlichkeitsrecht anderenfalls ohne ausreichenden Schutz bliebe. So wurde beispielsweise der Moderator einer Comedy-Sendung zu einer Geldentschädigung i. H. von 70 000 Euro verurteilt, weil er eine Minderjährige auf Grund ihres Namens in die Nähe der Pornobranche rückte und dem Spott des Publikums aussetzte[42]. Auch *Caroline von Monaco* wurde bereits im Jahr 1996 für die Veröffentlichung eines erfundenen „Exklusiv"-Interviews eine Geldentschädigung von ca. 92 000 Euro zuerkannt[43]. Das *BVerfG* sieht in der Ungleichbehandlung von solchen Persönlichkeitsrechtsverletzungen, bei denen Präventionsgesichtspunkte im Vordergrund stünden, gegenüber psychischen Gesundheitsschäden keinen Verstoß gegen Art. 3 I GG[44].

2. Geschädigter

Neben der Verletzung eines geschützten Rechtsguts muss auch eine rechtsfähige Person geschädigt sein.

a) Nasciturus

Der Nasciturus ist im Hinblick auf den Schutz seiner *Integrität* bereits als (teil-)rechtsfähig zu erachten[45]. Wird beispielsweise infolge eines Autounfalls oder einer sonstigen Einwirkung ein pränataler chirurgischer Eingriff notwendig, kann der Nasciturus vom Schädiger den für die Naturalrestitution erforderlichen Geldbetrag verlangen (§ 249 II 1). Auf die spätere (Lebend-)Geburt kommt es richtigerweise nicht an.

Fraglich ist, ob der Nasciturus auch ein Schmerzensgeld verlangen kann, zumal wenn er im fortgeschrittenen Entwicklungsstadium bereits Schmerzerlebnisse wahrzunehmen vermag. Der Erwerb von *Vermögen* setzt indes die Geburt voraus, wie die Regelung über die Erbfähigkeit gem. § 1923 II paradigmatisch zeigt. Auch beispielsweise der Erwerb auf Grund eines Vertrags zu Gunsten Dritter (etwa einer Lebensversicherung) wird erst mit der Geburt voll wirksam[46]. Ein Schmerzensgeld kann daher ebenfalls erst nachgeburtlich, d. h. nach Erlangung der vollen Rechtsfähigkeit verlangt werden[47].

b) Apalliker

Nicht selten geschieht es, dass der Geschädigte sofort oder kurze Zeit nach der Verletzungshandlung ins Koma fällt und bis zu dem in naher oder ferner Zukunft eintretenden Tod das Bewusstsein nicht wiedererlangt. Die Gewährung von Schmerzensgeld ist hier insofern streitig, als dem Geschädigten die Empfindungs- und Wahrnehmungsfähigkeit fehlt.

Es wäre jedoch inadäquat, den Schutz der Persönlichkeit auf den Aspekt *„pain and suffering"* zu reduzieren[48], und zwar nicht zuletzt auch wegen Art. 3 III 2 GG, wonach niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf. Maßgeblich ist vielmehr, dass ein Geschädigter, der am apallischen Syndrom leidet, nicht mehr in herkömmlicher Weise am Leben partizipieren kann und ihm als Kompensation hierfür ein angemessenes Schmerzensgeld gebührt[49]. Auch die hedonistische Vorstellung, dass der Verletzte sich mit dem Schmerzensgeld Annehmlichkeiten soll finanzieren können[50], ist mit § 253 II und einem umfassenden Persönlichkeitsschutz nicht zu vereinbaren.

c) Verstorbener

Mit dem Tod endet die Rechtsfähigkeit. Das BGB sagt dies nicht explizit, es folgt aber vor allem daraus, dass nach dem Tod das Vermögen als Ganzes auf den Erben übergeht (§ 1922 I). Der Verstorbene kann damit zwar nicht mehr Vermögensträger sein, doch wird dessen Persönlichkeit über den Tod hinaus gem. Art. 1 I GG geschützt.

> *Marlene-Dietrich-Fall* (*BGHZ* 143, 214): Die Kl. ist Alleinerbin der verstorbenen Schauspielerin *M. D.* Die Bekl. ließ unbefugterweise u. a. Merchandising-Artikel (Tassen, T-Shirts etc.) mit einem Bildnis der *M. D.* herstellen, die sie sodann veräußerte. Die Kl. verlangte außer Unterlassung auch Auskunft und Schadensersatz.

Nach Ansicht des *BGH* ist ein Schadensersatzanspruch gegeben, wenn *kommerzielle* Bestandteile des Persönlichkeitsrechts etwa durch die unbefugte Verwendung des Bildnisses oder des Namens schuldhaft verletzt werden. Nach dem Tod des Persönlichkeitsrechtsträgers bestehen diese vermögensrechtlichen Bestandteile fort und die entsprechenden Befugnisse gehen (begrenzt auf die Dauer von zehn Jahren) auf den *Erben* über[51]. Anders als die ver-

41 Vgl. *BGHZ* 183, 227 = NJW 2010, 763 (Tz. 11) – Esra; 160, 298 (306) = NJW 2005, 215; *Larenz/Canaris* (o. Fußn. 18), S. 495; *Palandt/Sprau* (o. Fußn. 16), § 823 Rdnr. 124 m. w. Nachw.

42 *OLG Hamm*, NJW-RR 2004, 919.

43 *OLG Hamburg*, NJW 1996, 2870; s. dazu auch u. bei Fußn. 89 ff.

44 *BVerfG*, NJW 2000, 2187 (Beschwerdeführerin war eine phys. u. psych. schwerstgeschädigte Mutter, deren drei Kinder v. einem betrunkenen Autofahrer getötet wurden u. die ein Schmerzensgeld von ca. 35 000 Euro zugesprochen bekam).

45 Ausf. *Roller*, Die Rechtsfähigkeit d. Nasciturus, 2013, S. 156 ff., 177 ff.; *Wolff/Neuner*, BGB AT, 10. Aufl. (2012), § 11 Rdnr. 12 m. w. Nachw.

46 Vgl. *OLG Hamm*, VersR 1973, 810; *Gottwald*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 3), § 331 Rdnr. 13 m. w. Nachw.

47 Die Schädigung d. Leibesfrucht kann freilich zugleich die Gesundheit d. Mutter beeinträchtigen; vgl. *OLG Oldenburg*, NJW 1991, 2355 (2355); *OLG Koblenz*, NJW 1988, 2959 (2960).

48 Hierzu sowie zur obj. Kategorie *loss of amenities* (bzw. *loss of faculty*) im engl. Recht *Schramm*, Haftung f. Tötung, 2010, S. 67 ff.

49 Vgl. *BGHZ* 120, 1 (7) = NJW 1993, 784; *Egon Lorenz*, in: Festschr. f. Wiese, 1998, S. 261 ff. (268 ff.): „Lebensführungsschaden"; *Diederichsen*, VersR 2005, 433 (438); s. zusätzl. zur Wertentscheidung des Art. 1 I GG *Larenz/Canaris* (o. Fußn. 18), S. 592; lediglich f. eine „symbol. Wiedergutmachung" zunächst *BGH*, NJW 1976, 1147.

50 Vgl. *Huber*, NZV 1998, 345 (349).

51 *BGHZ* 143, 214 (220 ff.) = NJW 2000, 2195, m. Anm. *Frommeyer*, JuS 2002, 13; zur Verfassungskonformität *BVerfG*, NJW 2006, 3409; zur zeitl. Dauer *BGHZ* 169, 193 (198) = NJW 2007, 684 = JuS 2007, 776 (*Faust*), u. dazu krit. *Rixecker*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), Anh. zu § 12 Rdnr. 43.

mögenswerten Bestandteile sind die dem Schutz *ideeller* Interessen dienenden höchstpersönlichen Bestandteile nicht vererblich. Bei der Beeinträchtigung ideeller Interessen (z. B. bei posthumen Beleidigungen) stehen den *Wahrnehmungsberechtigten* (das sind der Ermächtigte bzw. nächste Familienangehörige) nur Abwehr- und keine Schadensersatzansprüche zu, da ein Verstorbener keinen durch eine Geldzahlung auszugleichenden Schaden erleiden könne[52]. Des Weiteren könne auch der Präventionsgedanke allein die Gewährung einer Geldentschädigung nach dem Tod einer Person nicht rechtfertigen. Dieser Auffassung ist prinzipiell zuzustimmen, da ideelle Rechte im Umkehrschluss zu §§ 857, 1922 I grundsätzlich nicht vererblich sind und die Verletzungshandlung *post mortem* erfolgte.

Schließt das Gesetz bei postmortalen Verletzungen des Persönlichkeitsrechts im Unterschied zu lebzeitlichen Beeinträchtigungen Schadensersatzansprüche aus, erlangt der *Todeszeitpunkt* maßgebliche Bedeutung. Die ganz h. M. stellt dabei auf den (Gesamt-)Hirntod ab[53] und verneint in der Folge beispielsweise Entschädigungsansprüche bei der unbefugten Organentnahme zu Transplantationszwecken[54]. Richtigerweise tritt der Tod im Zivilrecht (anders als die Organentnahmevoraussetzungen nach § 3 II Nr. 2 TPG) jedoch erst nach dem gemeinsamen Ausfall von Herz, Lunge und Hirn ein, da auch das Erlangen der Rechtsfähigkeit lediglich den Nachweis einer einzigen Lebensfunktion voraussetzt[55]. Zudem wäre es unbillig, etwa einer hirntoten Schwangeren, deren Herz-Kreislauffunktionen intensivmedizinisch aufrecht erhalten werden, die Rechtsfähigkeit abzusprechen, wenn sich diese in ihrer Mutterrolle noch substanziell für das Kind und die Gesellschaft einbringt. Wird daher ein bestimmtes Organ ohne Einwilligung der hirntoten Person entnommen, kommt ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Betracht. Diese potenzielle Entschädigungspflicht kann überdies das Vertrauen in die Transplantationsmedizin stärken und setzt damit womöglich sogar Anreize zur gesellschaftlich erwünschten Organspende.

V. Abgrenzungen

Ohne die Verletzung eines der in § 253 II genannten Rechtsgüter scheidet die Gewährung von Schmerzensgeld aus.

1. Eigentum

Wird ein altes Erbstück oder ein sonstiger Gegenstand mit hohem Affektionsinteresse zerstört, kann der Eigentümer vom Schädiger keine Geldentschädigung für den erlittenen Schmerz verlangen. Der Eigentümer kann auch dann kein Schmerzensgeld verlangen, wenn er infolge der Eigentumsverletzung, z. B. der Tötung seines Hundes, einen (pathologisch fassbaren) *Schockschaden* erleidet. Hierbei handelt es sich zwar tatbestandlich um eine Gesundheitsverletzung, doch lehnt der *BGH* eine Entschädigung folgerichtig ab[56], da nach der Rechtsprechung selbst bei der Tötung eines Menschen psychische Beeinträchtigungen nur im Fall eines nahen Angehörigen zugerechnet und vom Schutzbereich des § 823 I erfasst werden. Zudem hat der Gesetzgeber auch ausdrücklich betont, dass er „für einen besonderen Schmerzensgeldanspruch des Tierhalters" keinen Anlass sieht[57].

2. Leben

Für den *Verlust des Lebens* bekommt das Opfer ebenfalls kein Schmerzensgeld. Diese Regelung ist insofern evident, als der Getötete keine erstattungsfähigen Schmerzen mehr erleidet, doch wäre denkbar, ihm wegen der Verkürzung des Lebens eine Entschädigung zuzusprechen, die unmittelbar in den Nachlass fällt. *De lege lata* ist ein solcher Ersatz indes nicht vorgesehen, so dass selbst ein Mörder kein Schmerzensgeld zahlen muss, sofern es ihm gelingt, sein Opfer augenblicklich, also ohne (relevante) zeitliche Verzögerung zu töten.

Anders stellt sich die Situation dar, wenn das Opfer noch für einen *kurzen Zeitraum überlebt*. In diesem Fall liegt zunächst eine Körperverletzung vor, für die gem. § 253 II auch Schmerzensgeld zu leisten ist.

> So hat unlängst das *OLG Bremen* bei einer vorsätzlich begangenen gefährlichen Körperverletzung, die zum Tod der Geschädigten führte, ein Schmerzensgeld von 50 000 Euro für angemessen erachtet, obgleich die Geschädigte die Verletzungshandlung lediglich ca. 30 Minuten überlebte, die ihr zugefügten schweren Verletzungen und Schmerzen jedoch bewusst und in Todesangst wahrgenommen hat[58].

3. Negative Empfindungen

Des Weiteren kann man auch ohne vorangehende Körperverletzung in *Todesangst* versetzt werden, wie etwa der Flugzeugpassagier, der einen extremen Sturzflug miterleben muss. Ob der Passagier den Sturzflug überlebt oder nicht, ist dabei unter dem Aspekt der erlittenen Todesangst irrelevant, weil der Angstzustand als solcher in beiden Konstellationen keinen Schmerzensgeldanspruch gem. § 253 II begründet.

Ein Schmerzensgeldanspruch besteht erst dann, wenn die Todesangst zu einer Gesundheitsverletzung mit Krankheitswert führt. Dies kann in begründeten Einzelfällen der Fall sein, lässt sich allerdings nicht pauschal unterstellen, anderenfalls der Rechtsgüterschutz des § 253 II in methodisch unzulässiger Weise auf negative Empfindungen ausgeweitet würde.

4. Angehörigenschmerzensgeld

Der Ausschluss eines Schmerzensgelds bei sofortigem Todeseintritt ist im Vergleich zum ersatzberechtigten Apalliker

52 Vgl. auch *BGHZ* 165, 203 = NJW 2006, 605 (Tz. 11 ff.) = JuS 2006, 458 (*Emmerich*); *Rixecker*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 51), Anh. zu § 12 Rdnr. 41.

53 Vgl. nur *OLG Frankfurt a. M.*, NJW 1997, 3099 (3100 f.); *Palandt/Ellenberger* (o. Fußn. 16), § 1 Rdnr. 3; *Schmitt*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. (2012), § 1 Rdnrn. 21 f. m. w. Nachw.

54 Vgl. *Palandt/Sprau* (o. Fußn. 16), § 823 Rdnr. 90 m. w. Nachw.

55 Näher *Wolf/Neuner* (o. Fußn. 45), § 11 Rdnrn. 9 f.; ebenso *Roller* (o. Fußn. 45), S. 187 ff.

56 Vgl. *BGHZ* 193, 34 = NJW 2012, 1730 = JuS 2012, 841 (*Mäsch*).

57 BT-Dr 11/7369, S. 7 m. näherer Begr.

58 *OLG Bremen*, NJW-RR 2012, 858; restriktiver demggü. *OLG Köln*, VersR 2012, 1044, m. krit. Anm. *Jaeger*.

insofern interessenwidrig, als der *Getötete* gänzlich aus dem Leben gerissen und nicht nur in seiner Lebensführung fundamental eingeschränkt wird. Der Getötete scheidet zwar als Empfänger einer Schadensersatzleistung aus, doch entspricht es seinem mutmaßlichen Willen, dass eine potenzielle Entschädigung für den Verlust des Lebens dem Nachlass bzw. seinen nahen Angehörigen zukommt[59].

Im Hinblick auf die Person und das Verhalten des *Schädigers* gibt es ebenfalls keine Sachgründe, den sofortigen Todeseintritt haftungsrechtlich zu privilegieren[60].

Aus Sicht der *Angehörigen* ist die Rechtslage schließlich besonders bedrückend. Diese erhalten nur bei einem Schockschaden eine billige Entschädigung, wobei die Rechtsprechung überdies – schadensrechtlich schwer nachvollziehbar – verlangt, dass die medizinisch erfassbaren Auswirkungen „nach Art und Schwere deutlich über die gesundheitlichen Beeinträchtigungen hinausgehen, denen nahe Angehörige bei Todesnachrichten erfahrungsgemäß ausgesetzt sind"[61]. Berücksichtigt man, dass für den unfallbedingten kurzfristigen Ausfall des Autos eine Nutzungsausfallentschädigung zu zahlen ist, erscheint es nur recht und billig, für den unfallbedingten lebenslangen Verlust des Kindes, des Partners oder der Eltern ebenfalls eine Entschädigung in Geld zu erhalten[62].

Insgesamt sprechen somit ganz gewichtige Gründe für die Gewährung eines originären bzw. abgeleiteten Schmerzensgelds zu Gunsten der Angehörigen eines Verstorbenen[63], dessen angemessene Höhe vom jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung der objektiven und subjektiven Faktoren abhängt oder vom Gesetzgeber pauschal festgelegt werden kann. Der Einwand, dass für ein Angehörigenschmerzensgeld keine sachgerechten Bewertungsparameter zur Verfügung stünden[64], ist nicht schlüssig, da sich das Problem bei immateriellen Schäden ganz generell stellt und relevante Kriterien von der Rechtsprechung herausgearbeitet oder von der Legislative vorgegeben werden können.

Es verwundert daher nicht, dass in fast allen anderen europäischen Ländern ein Angehörigenschmerzensgeld, zum Teil mit festen Entschädigungssummen, vorgesehen ist[65]. Auch Art. VI.-2:202 (1) des *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) erachtet die immateriellen Verluste der Angehörigen als relevanten Schaden (ebenso Art. VI.-3:202 ff., 5:501).

Im nationalen Recht ist die Einführung eines Angehörigenschmerzensgelds allerdings nur durch den *Gesetzgeber* möglich. Eine richterliche Rechtsfortbildung (etwa im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) wäre eine unzulässige Kompetenzanmaßung, da frühere Gesetzgebungsinitiativen erfolglos blieben[66] und die Legislative zuletzt im Jahr 2002 in offenkundiger Kenntnis der umstrittenen Problematik eine entsprechende Regelung in das Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften nicht aufnahm[67]. Mittlerweile gibt es allerdings erneut einen Diskussionsentwurf aus Bayern[68], der richtigerweise nicht nur im Falle der Tötung, sondern auch bei Verletzungen mit schweren Dauerfolgen ein Angehörigenschmerzensgeld vorsieht, da die immateriellen Belastungen, z. B. im Falle der Pflegebedürftigkeit des Verletzten, ebenfalls ganz massiv sein können[69].

VI. Ratio

Die Zwecke, die der Gesetzgeber mit der Gewährung von Schmerzensgeld verfolgt, können sehr unterschiedlicher Natur sein.

1. Bestrafung

Die Zuerkennung von Schmerzensgeld kann ausschließlich der Bestrafung des *Schädigers* dienen, ohne dass ein Ausgleich für erlittene Schäden intendiert wird. Im Unterschied zu einer Kriminalstrafe kommt eine solche Privatstrafe primär dem Opfer und nicht dem Staat zugute. Aus zivilrechtlicher Sicht drängt sich dabei freilich sofort der Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung des Geschädigten auf[70] und man versucht deshalb seit alters her, einem pönalen Verständnis des Schmerzensgelds die Idee eines *pretium doloris* entgegenzuhalten, das den Preis widerspiegelt, zu dem der Verletzte hypothetisch bereit gewesen wäre, in eine entsprechende Verletzung einzuwilligen[71]. Auch der heutigen Rechtsordnung ist die Vorstellung einer derartigen Privatstrafe fremd[72]. Sie ist weder mit dem Normtext des § 253 II noch mit der gesetzgeberischen Regelungsabsicht zu vereinbaren[73]. Darüber hinaus geriete sie in Konflikt mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot sowie dem Verbot der Doppelbestrafung gem. Art. 103 II, III GG[74].

---

59 *Jansen*, JZ 2005, 160 (167 ff.), plädiert deshalb dafür, den Verlust d. Lebens durch einen *obj.* festgelegten Betrag auszugleichen, der in den Nachlass fällt.

60 Vgl. auch *Wagner*, JZ 2004, 319 (325): „haftungsrechtlicher Glücksfall" bzw. „Nulltarif".

61 *BGH*, NJW-RR 2007, 1395 (Tz. 6); *BGHZ* 56, 163 = NJW 1971, 1883; s. auch schon o. Fußn. 30; zu Recht krit. *Luckey*, SVR 2012, 1 (2 ff.).

62 Vgl. auch *Luckey*, SVR 2012, 1 (4); *Klinger*, NZV 2005, 290 (292); *Däubler*, NJW 1999, 1611 (1612).

63 So zuletzt auch die Forderung des 50. Dt. Verkehrsgerichtstags im Jan. 2012, SVR 2012, 77; s. ferner u. a. *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld (o. Fußn. 12), Rdnrn. 457 ff.; *Coester*, in: Festschr. f. Kaissis, 2012, S. 81 ff. (84, 87); *Pflüger*, Schmerzensgeld f. Angehörige, 2005, S. 57 ff. (speziell zur Eindämmung v. *„forum shopping"* S. 83 ff.), sowie auch schon *Odersky*, Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger, 1989, S. 19 ff.

64 So aber *Diederichsen*, DAR 2011, 122 (124); *Müller*, VersR 2006, 1289 (1290); *Katzenmeier*, JZ 2002, 1029 (1035).

65 Z. B. 11 800 Pfund in England für *damages for bereavement*; naher *Janssen*, ZRP 2003, 156; *Kadner Graziano*, IPRax 2006, 307 (308); *Huber*, NZV 2012, 5 (6) m. w. Nachw.

66 Näher *Pflüger* (o. Fußn. 63), S. 141 ff. m. w. Nachw.

67 Dies berücksichtigen nicht hinreichend *Kadner Graziano*, IPRax 2006, 307 (309); *Huber*, NZV 2012, 5 (10 f.); auch soweit *Klinger*, NZV 2005, 290 (292), m. Art. 6 I GG argumentiert, ist die Möglichkeit einer verfassungskonformen Rechtsfortbildung verschlossen u. es könnte nur das *BVerfG* wegen eines (auf Grund des weiten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums kaum darzulegenden) Verstoßes gg. das Untermaßverbot angerufen werden.

68 DiskE eines Ges. zur Verbesserung d. zivilrechtl. Stellung d. Angehörigen v. Unfallopfern, Stand 15. 2. 2012, www.justiz-bayern.de.

69 Ausf. *Pflüger* (o. Fußn. 63), S. 163 ff.

70 Vgl. *Honsell*, in: Festschr. f. Westermann, 2008, S. 315 ff. (317).

71 S. näher *Jansen*, JZ 2005, 160 (167) m. w. Nachw.

72 Vgl. *OLG Bremen*, NJW-RR 2012, 858; *BGHZ* 160, 298 = NJW 2005, 215 (216); *Egon Lorenz*, in: Festschr. f. Wiese (o. Fußn. 49), S. 261 ff. (273); *Wagner*, in: Verhandlungen des 66. Dt. Juristentages I, 2006, Gutachten A 1 (72 f.) (sowie die abl. Beschlüsse Bd. II/1 L 211 ff.); a. A. *Kern*, AcP 191 (1991), 247; *Ebert*, Pönale Elemente im dt. PrivatR, 2004, S. 466 ff.; zur Anerkennung u. Vollstreckung ausländ. *Punitive-damages*-Urteile sowie zur Anwendung ausländ. DeliktsR nach Maßgabe d. Rom II-VO *Behr*, ZJS 2010, 292.

73 Vgl. BT-Dr 14/7752, S. 14 ff.; s. ferner zu den Intentionen d. histor. Gesetzgebers v. § 847 a. F. *Göthel*, AcP 205 (2005), 36 (62 ff.).

74 Ausführlicher *Mertens*, Der Begriff d. Vermögensschadens im Bürgerl. Recht, 1967, S. 96 f. m. w. Nachw.

2. Genugtuung

Genauso wenig wie das Schmerzensgeld eine Bestrafung des Täters für sein Verhalten bezweckt, dient es umgekehrt der Genugtuung des *Geschädigten*. Die (gesamte höchstrichterliche) Rechtsprechung betont zwar, dass das Schmerzensgeld neben dem Ausgleich für die erlittenen Schäden auch dem Gedanken Rechnung tragen soll, „dass der Schädiger dem Geschädigten für das, was er ihm angetan hat, Genugtuung schuldet“[75], doch ist diese Funktionszuweisung inadäquat.

Verwendet man den Begriff der Genugtuung als Synonym für *Buße*, handelt es sich tendenziell wiederum um einen dem Privatrecht fremden Gedanken der Bestrafung des Schädigers. Versteht man unter dem Begriff der Genugtuung hingegen *Satisfaktion*, also die Befriedigung des Geschädigten für das ihm Zugestoßene, lässt sich ein solcher Zustand entweder gar nicht erreichen oder er wird bereits durch den Ausgleich der erlittenen Einbuße herbeigeführt. Der Gedanke der Genugtuung ist von vornherein hinfällig, wenn der Geschädigte (als Koma-Patient) nicht mehr wahrnehmungs- und empfindungsfähig ist[76]. Auch im Falle einer Gefährdungshaftung scheidet mangels Verschuldens des Schädigers eine Genugtuung aus[77]. Übernimmt eine Haftpflichtversicherung den Schadensausgleich, liegt der Gedanke an Genugtuung ebenfalls fern[78]. In den übrigen Konstellationen, in denen eine Genugtuung in Betracht kommt, wird diese schon durch den Schadensausgleich vollumfänglich erreicht. Folgerichtig weist die Rechtsprechung daher auch keine zwei gesonderten Schmerzensgeldbeträge für den Ausgleich und die Genugtuung aus.

Hintergrund der Annahme einer eigenständigen Genugtuungsfunktion ist das Bestreben, den Grad des Verschuldens sowie partiell die Vermögensverhältnisse bei der Bemessung der Höhe des Schmerzensgelds angemessen berücksichtigen zu können[79]. Bereits das *RG* hatte indessen beide Faktoren zur Schmerzensgeldbemessung herangezogen, ohne auf den Gedanken der Genugtuung zu rekurrieren[80]. In anderen Rechtsordnungen werden beide Faktoren sogar zur Bestimmung des Umfangs der Ersatzpflicht bei Vermögensschäden berücksichtigt[81] und auch nach Maßgabe des grundgesetzlichen Übermaßverbots wird eine Herabsetzung exorbitant hoher Schadensersatzansprüche mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse sowie den Grad der Zurechenbarkeit gem. § 242 gefordert[82]. Im Hinblick auf das Schmerzensgeld verlangt § 253 II zudem ausdrücklich eine „billige Entschädigung“, was in Übereinstimmung mit der analogen Regelung in § 829 die Berücksichtigung der „Verhältnisse der Beteiligten“ erlaubt. Gleichermaßen vermag der Grad des Verschuldens den Umfang des kompensatorischen Schadensersatzes zu beeinflussen. Erleidet jemand eine schwere Körperverletzung, wird er typischerweise den Schmerz und verbleibende Behinderungen seelisch ganz anders verarbeiten, wenn ihm das fahrlässige Verhalten des Schädigers möglicherweise auch „selbst hätte passieren können“, im Unterschied zu Verletzungen, die ihm böswillig zugefügt wurden.

Insgesamt gesehen, ist eine über die Kompensation des Schadens hinausgehende Genugtuung somit nicht indiziert[83].

3. Prävention

An Stelle der Bestrafung und Genugtuung wird die Funktion des Schmerzensgelds teilweise auch in der Abschreckung des Täters sowie der Allgemeinheit gesehen[84]. Demnach wäre etwa im Hinblick auf fahrlässiges Verhalten im Straßenverkehr oder bei vorsätzlichen Taten gegen den Körper oder die sexuelle Selbstbestimmung jeweils zu fragen, welcher Schmerzensgeldbetrag zur Vermeidung dieser Schäden festgesetzt werden sollte[85].

Als problematisch erweist sich jedoch auch hier wiederum die Instrumentalisierung des Schmerzensgelds als *Strafersatz*. Eine solche Zweckbestimmung des § 253 II gerät nicht nur in Widerstreit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 103 II GG, sondern entspricht vor allem auch nicht der Intention des Gesetzgebers[86]. Hinzu kommt, dass der Schädiger entgegen Art. 103 III GG doppelt abgeschreckt und bestraft würde, einmal durch das Straf- und einmal durch das Zivilgericht, sofern man mit dem *BGH* richtigerweise eine Gesamtbetrachtung ablehnt[87]. Besonders sachwidrig erscheint schließlich die angestrebte Rechtsfolge, dass der Geschädigte über den kompensatorischen Schadensersatz hinaus die abschreckende Strafzahlung erhalten soll. Eine solche Überkompensation wäre ein reiner Willkürakt zu Lasten der Allgemeinheit bzw. des Staatshaushalts[88].

Die Situation verkompliziert sich allerdings bei Eingriffen in das *allgemeine Persönlichkeitsrecht*, weil und sofern diese nicht strafbar sind und das Strafrecht demzufolge keine abschreckende Wirkung zu entfalten vermag.

Caroline I-Fall (*BGHZ* 128, 1): In einer Zeitschrift der Bekl. wurde u. a. ein frei erfundenes Interview mit der Kl. (*Caroline von Monaco*) veröffentlicht.

Nach Auffassung des *BGH* gebietet hier „der Gedanke der Prävention, die Gewinnerzielung als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen“, da die Verletzung des Persönlichkeitsrechts

75 *BVerfG*, NZS 2011, 895 (Tz. 51); *BVerwGE* 142, 10 = NJW 2012, 1305 (Tz. 20); *BGHZ* 123, 65 = NJW 1993, 2531 (2532); s. ferner bereits *Stoll*, in: Verhandlungen des 45. Dt. Juristentages I, 1964, Gutachten 1, S. 151 ff.

76 Vgl. nur *Nehlsen-v. Stryk*, JZ 1987, 119 (125); *Göthel*, RabelsZ 69 (2005), 255 (304).

77 Vgl. nur *Katzenmeier*, JZ 2002, 1029 (1031); *Pauker*, VersR 2004, 1391 (1392).

78 Vgl. nur *Medicus/Lorenz*, SchuldR I, 20. Aufl. (2012), Rdnr. 699; *Wagner*, JZ 2004, 319 (321).

79 Vgl. BT-Dr 14/7752, S. 15, 25; *BGHZ* 18, 149 (155 ff.).

80 Vgl. *RGZ* 63, 104; 136, 60 (62).

81 Vgl. schweiz. OR Art. 43, 99 u. dazu *Honsell*, VersR 1974, 205 (205).

82 Vgl. *Canaris*, JZ 1987, 993 (1001 f.); anders freilich die h. L., die v. Grundsatz d. Totalreparation bzw. vom „Alles-oder-nichts-Prinzip“ ausgeht; s. nur *Medicus/Lorenz* (o. Fußn. 78), Rdnr. 624 m. w. Nachw.

83 Vgl. auch *Nehlsen-v. Stryk*, JZ 1987, 119 (126); *Egon Lorenz*, in: Festschr. f. Wiese (o. Fußn. 49), S. 261 ff. (272 ff.); *Jaeger*, in: Festschr. f. Egon Lorenz, 2004, S. 377 ff. (379 ff.); *Honsell*, in: Festschr. f. Westermann (o. Fußn. 69), S. 315 ff. (319 ff.).

84 S. *Ott/Schäfer*, JZ 1990, 563; *Möller*, Das Präventionsprinzip d. SchadensR, 2006, S. 170 ff.

85 *Schäfer/Ott*, Lb. der ökonom. Analyse d. ZivilR, 4. Aufl. (2005), S. 370 ff., kommen zu dem Erg., dass hiernach das „Schmerzensgeld“ i. d. R. deutlich höher ausfallen müsste als nach herkömml. Praxis.

86 Vgl. BT-Dr 14/7752, S. 24 ff.

87 Vgl. *BGHZ* 128, 117 (121 ff.) = NJW 1995, 781.

88 Vgl. *Canaris*, in: Festschr. f. Deutsch, 1999, S. 85 ff. (107) m. w. Nachw.

vorsätzlich mit dem Ziel der Gewinnerzielung erfolgte. „Ohne eine für die Bekl. fühlbare Geldentschädigung wäre die Kl. einer solchen rücksichtslosen Zwangskommerzialisierung ihrer Persönlichkeit weitgehend schutzlos ausgeliefert“[89].

Fraglich ist indes, ob die Kl. tatsächlich schutzlos gestellt wäre. Dies ist in concreto zu verneinen, weil eine bereicherungsrechtliche Haftung auf Gewinnherausgabe gem. §§ 819 I, 818 IV i. V. mit 285 I besteht[90]. Ein schadensersatzrechtlicher Rekurs auf den Präventionsgedanken ist daher insoweit obsolet. Daneben sind freilich auch Fälle denkbar, in denen das Bereicherungsrecht keinen adäquaten Schutz zu vermitteln vermag. Selbst in diesen Konstellationen bietet das Schmerzensgeld jedoch kein dogmatisch geeignetes Mittel zur *selbstständigen* Verfolgung präventiver Ziele, zumal der Richter von seiner Funktion her in erster Linie nur den konkreten Fall zu entscheiden hat[91]. Es bleibt dann bei der durch die gesetzgeberische Passivität bedingten Rechtslage, oder das *BVerfG* ist gegebenenfalls wegen eines Verstoßes gegen das Untermaßverbot anzurufen.

4. Ausgleich

In der Gesamtschau ist festzuhalten, dass das Schmerzensgeld eine Ausgleichsfunktion entfaltet. Es dient im Recht der unerlaubten Handlungen primär der Rückgängigmachung eines zugefügten Unrechts und im Vertragsrecht der Korrektur einer Pflichtverletzung. Im Bereich der Gefährdungshaftung beruht die Legitimation in erster Linie auf den Prinzipien der Gefahrveranlassung sowie der Gefahrbeherrschung.

Inhaltlich erfasst der Ausgleich sowohl den *„inneren“* Schaden im Sinne einer gefühlten Beeinträchtigung als auch den *„äußeren“* Schaden im Sinne der Beeinträchtigung der Lebensführung[92]. Der Ausgleich innerer Schäden setzt demnach eine Wahrnehmungs- und Empfindungsfähigkeit voraus, wohingegen äußere Schäden als Differenz zwischen den Entfaltungsmöglichkeiten vor und nach der Verletzungshandlung zu identifizieren sind.

VII. Höhe

Das Gericht hat bei der Bemessung der „billigen Entschädigung“ insbesondere die Art, Dauer und Intensität der Verletzung sowie den Grad des Verschuldens zu berücksichtigen[93]. Das Alter des Opfers ist im Hinblick auf die länger zu erduldende Beeinträchtigung der Lebensführung ebenfalls zu beachten, nach der Rechtsprechung sind zum Teil auch die Vermögensverhältnisse sowie Verzögerungen bei der Schadensregulierung maßgeblich[94]. Von besonderer Bedeutung für die richterliche Bemessung der Entschädigung sind ferner *Schmerzensgeldtabellen*, die eine Orientierung an Präjudizien unschwer ermöglichen[95].

In den letzten Jahrzehnten ist die Rechtsprechung zu zunehmend höheren Schmerzensgeldbemessungen gelangt, wie etwa im Fall der Totalerblindung eines Kindes (Schmerzensgeld i. H. von ca. 250 000 Euro zuzüglich einer Rente von monatlich ca. 250 Euro) oder der Querschnittslähmung eines 32-Jährigen (Schmerzensgeld i. H. von ca. 200 000 Euro zuzüglich einer Rente von 383 Euro)[96]. Zuletzt hat das *KG* einem 4-jährigen Kind, das auf Grund eines Arztfehlers an einem apallischen Syndrom (mit erheblichen Ausfallerscheinungen der Großhirnfunktion und einer Spastik an allen vier Gliedmaßen) leidet, ein Schmerzensgeld i. H. von 500 000 Euro zuzüglich 650 Euro monatliche Rente zugesprochen[97].

VIII. Prozessuale Aspekte

Da sich das Schmerzensgeld als „billige Entschädigung“ nicht wie ein materieller Schaden berechnen lässt, bedarf es *keines* bestimmten Klageantrags gem. § 253 II Nr. 2 ZPO, sondern es genügt die Angabe eines Mindestbetrags oder einer ungefähren Größenordnung (mit dem zusätzlichen Vorteil einer Kostenprivilegierung nach § 92 II Nr. 2 ZPO)[98]. Zinsen müssen jedoch wegen § 308 I ZPO gesondert beantragt werden. Hinsichtlich immaterieller Schäden, die zukünftig eintreten können, aber weder erkennbar noch voraussehbar sind, ist eine *Feststellungsklage* gem. § 256 ZPO möglich[99]. Neben dem oder statt des Kapitalbetrags kommt bei schwersten Dauerschäden ausnahmsweise auch eine Schmerzensgeldrente in Betracht. Dabei besteht wiederum im Hinblick auf nicht vorhersehbare Verschlimmerungen oder erheblich gestiegene Lebenshaltungskosten die Möglichkeit einer *Abänderungsklage* gem. § 323 ZPO[100]. Bei Straftaten können Schmerzensgeldansprüche schließlich auch im Rahmen des sog. *Adhäsionsverfahrens* gem. §§ 403 ff. StPO geltend gemacht werden.

---

89 *BGHZ* 128, 1 (16) = NJW 1995, 861; bestätigt u. a. durch *BGHZ* 160, 298 (307) = NJW 2005, 215; vgl. auch *BVerfG*, NJW 2000, 2187.

90 S. näher *Canaris*, in: Festschr. f. Deutsch (o. Fußn. 88), S. 85 ff. (87 ff.); *Staudinger/Lorenz*, BGB, 2007, Vorb. §§ 812 ff. Rdnr. 62; stattdessen plädiert *Wagner*, VersR 2000, 1305 (1309 f.), für eine „dreifache Schadensberechnung“.

91 Vgl. auch *Staudinger/Schiemann* (o. Fußn. 22), § 253 Rdnr. 33; *Oetker*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 3), § 253 Rdnr. 14: „allenfalls eine erwünschte Nebenfolge“ bzgl. § 253 II; a. A. *Spindler*, in: *Bamberger/Roth* (o. Fußn. 1), § 253 Rdnrn. 20 f.

92 Vgl. *Egon Lorenz*, in: Festschr. f. Wiese (o. Fußn. 49), S. 261 ff. (268 f.); *Canaris*, in: Festschr. f. Deutsch (o. Fußn. 87), S. 85 ff. (103).

93 Näher *Vieweg/Lorz*, in: jurisPK-BGB, 6. Aufl. (2012), § 253 Rdnrn. 68 ff.; *Oetker*, in: MünchKomm-BGB (o. Fußn. 3), § 253 Rdnrn. 36 ff.; schmerzensgelderhöhend wirken sich allerdings nur Vorsatz o. grob fahrlässiges Verhalten aus; vgl. *OLG Saarbrücken*, NJW 2008, 1166 (1168); *Palandt/Grüneberg* (o. Fußn. 16), § 253 Rdnr. 17

94 Vgl. *OLG Hamm*, VersR 2008, 1410 (1411); *BGH*, NJW 1993, 1531 (1532).

95 S. *Hacks/Ring/Böhm*, Schmerzensgeldbeträge, 31. Aufl. (2012); *Jaeger/Luckey* (o. Fußn. 12), Teil 2; *Slizyk*, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle, 9. Aufl. (2013); zur Wirkkraft v. Präjudizien näher *Larenz/Canaris* (o. Fußn. 39), S. 252 ff.; *Wolf/Neuner* (o. Fußn. 45), § 4 Rdnrn. 9 ff.

96 Vgl. *OLG Frankfurt a. M.*, ZfS 1996, 131, bzw. *OLG München*, ZfS 2003, 176; das *LG Kiel*, VersR 2006, 279, sprach einem 3-jährigen Jungen mit einer Querschnittslähmung ab dem 1. Halswirbel ein Schmerzensgeld i. H. von 500 000 Euro plus eine Rente von 500 Euro zu; s. zur Entwicklung d. Rspr. auch *Jaeger*, VersR 2013, 134.

97 *KG*, NJW-RR 2012, 920.

98 Vgl. *BGHZ* 132, 341 (350) = NJW 1996, 2425; *Vieweg/Lorz*, in: jurisPK-BGB (o. Fußn. 92), § 253 Rdnrn. 104, 107; *Diederichsen*, VersR 2005, 433 (438 f.) m. w. Nachw.; eine *Beschwer* (bzgl. eines Rechtsmittels) liegt allerdings nur vor, wenn d. angegebene Betrag unterschritten wird; vgl. *BGH*, NJW-RR 2004, 102; *Erman/Ebert*, BGB, 13. Aufl. (2011), § 253 Rdnr. 33.

99 Zu Spätschäden näher *Huber*, in: NK-BGB (o. Fußn. 1), § 253 Rdnrn. 144 ff., sowie speziell zur Teilklage auf Schmerzensgeld *BGH*, NJW 2004, 1243; *Kannowski*, ZZP 119 (2006), 63; *Terhille*, VersR 2005, 37.

100 Vgl. *BGH*, NJW 2007, 2475: Eine Abänderung ist bei einer unter 25 % liegenden Steigerung d. Lebenshaltungskostenindexes i. d. R. nicht gerechtfertigt.