

# HAFTUNGS- UND VERSICHERUNGSRECHT

Rechtliche Probleme der vertraglichen  
und außervertraglichen Haftung  
sowie des Versicherungsrechts

12

---

Mareike Keller

Ein Konzept zur Umsetzung  
der Ausgleichsfunktion  
bei der Bemessung  
des Schmerzensgeldes

# Einleitung

„Überhaupt aber beruhen 9/10 unsers Glückes allein auf der Gesundheit. Mit ihr wird alles eine Quelle des Genusses: hingegen ist ohne sie kein äußeres Gut, welcher Art es auch sei, genießbar, und selbst die übrigen subjektiven Güter, die Eigenschaften des Geistes, Gemüthes, Temperaments, werden durch Kränklichkeit herabgestimmt und sehr verkümmert.“<sup>1</sup>

## A. Ausgangspunkt

Was Arthur Schopenhauer Mitte des 19. Jahrhunderts in seinen Aphorismen zur Lebensweisheit niederschrieb, bestimmt heute unser gesellschaftliches Bewusstsein stärker denn je.<sup>2</sup> Maßgebend für das Wohlbefinden des Menschen ist vor allem seine Gesundheit.<sup>3</sup> Diese allgemeine Wertschätzung fand frühen Eingang in unsere Rechtsordnung. Das BGB sieht seit seinem Inkrafttreten am 1. Januar 1900 neben der Geldentschädigung wegen des materiellen auch eine Geldentschädigung wegen des immateriellen Körper- und Gesundheitsschadens vor.<sup>4</sup> Die Väter des Grundgesetzes stellten 1949 das Recht auf körperliche Unversehrtheit in Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG an die Spitze der Grundrechte<sup>5</sup> und in Europa genießt

---

1 *Schopenhauer*, Aphorismen zur Lebensweisheit, S. 23.

2 Der BGH deutete diese Wertung bereits zu Beginn seiner Rechtsprechung an, vgl. BGHZ 7, 223 (227) und BGHZ 18, 149 (154); so auch *Lieberwirth* in den sechziger Jahren, der auf die Bedeutung der Gesundheit vor dem Hintergrund der Vergänglichkeit wirtschaftlicher Werte hinweist, *Lieberwirth*, Das Schmerzensgeld, 1965, S. 15 und 173; *Schneider*, JZ 1962, 277; *Dressler*, DAR 1996, 81 (81); *Schirmer*, FS für Baumann, 1999, 293 (304).

3 Daneben spielen „Geselligkeit, gesellschaftliche Verzahnung und Geld“ eine Rolle, *Brönstrup*, Der Tagesspiegel v. 21.09.2011, S. 15.

4 Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.08.1896, Reichsgesetzblatt Nr. 21 vom 24.08.1896, S. 195–603. *Unterreitmeier* weist darauf hin, dass bereits in der spanischen Spätscholastik darüber gestritten wurde, ob Geldersatz und immaterieller Schaden nicht verschiedenen Ordnungen angehören, die miteinander unvereinbar sind. Der Geldersatz für immaterielle Schäden setzte sich aber im Ergebnis durch, *Unterreitmeier*, Der öffentlich-rechtliche Schmerzensgeldanspruch, S. 238 ff. und 253.

5 Das Recht auf Leben und das Recht auf körperliche Unversehrtheit wurden erstmals formuliert in Art. 3 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948, vgl.

es herausgehobenen Status durch Verankerung in Art. 3 Abs. 1 der Grundrechtscharta.<sup>6</sup> Der Gesundheit als immaterielles Gut immanent ist ihre Inkommensurabilität.<sup>7</sup> Die Gerichte begegnen den durch die Inkommensurabilität verursachten erheblichen praktischen Problemen bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes mit der Heranziehung ausgeurteilter Schmerzensgeldentscheidungen. Eine geeignete Methode zur Bemessung des immateriellen Körper- und Gesundheitsschadens existiert hingegen bislang nicht.

## B. Der Begriff des Schmerzensgeldes

Der Begriff „Schmerzensgeld“ ist fester Bestandteil des Sprachschatzes in Rechtsprechung<sup>8</sup> und Schrifttum<sup>9</sup>, obwohl das BGB in § 253 Abs. 2 BGB wegen der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit eine „billige Entschädigung in Geld“

---

v. Mangoldt/Klein-*Starck*, GG, Art. 2 Rn. 189; siehe weiterführend den kurzen Überblick zur Entstehungsgeschichte bei *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 190 ff. und *Müller-Terpitz*, Handbuch des Staatsrechts, § 147 S. 4 ff.

- 6 Meyer/*Borowsky*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Artikel 3 Rn. 39. Gemäß Art. 3 Abs. 1 der Charta ist die körperliche und geistige Unversehrtheit geschützt. Der Schutz der Charta ist damit substantiell weiterreichend als der des Grundgesetzes. Maßgeblich erscheint ein vertieftes „Verständnis des Menschen als einer Einheit von Leib, Seele und Geist“, das die Wechselwirkungen zwischen psychischen und physischen Gesundheitsstörungen in den Blick nimmt; vgl. Meyer/*Borowsky*, aaO, Rn. 36; siehe auch BVerfGE 56, 54 (74 f.).
- 7 Ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. BGHZ 7, 223 (226); BGHZ 18, 149 (156); BGH VersR 1959, 458 (459); BGH VersR 1970, 134; VersR 1970, 443; VersR 1973, 1067; VersR 1976, 967 (968) und herrschende Ansicht in der Literatur, vgl. *Walter*, JW 1936, 2773 (2773); *Geigel*, NJW 1954, 706 (707); *Kiessling*, Das Problem der sicheren Bemessung des Schmerzensgeldes, S. 146, nach dem das Recht hier an seine Grenzen stoße; *Donaldson*, AcP 166, 462 (469, 472); für den immateriellen Schaden allgemein jüngst *Schubert*, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht, S. 4; *Bydlinski*, Liber Amicorum Pierre Widmer, S. 27 (27); für Österreich siehe *Danzl*, DAR 2004, 181 (181).
- 8 Vgl. bereits RGZ 140, 392 (395); BGHZ 18, 149 (157); BVerfGE 34, 269. Der Große Zivilsenat des BGH setzte im Jahr 1955 das „Schmerzensgeld“ teilweise noch in Anführungszeichen, das Bundesverfassungsgericht sprach 1973 in der Soraya-Entscheidung noch vom „sog. Schmerzensgeld“.
- 9 Siehe u.a. *G. Müller*, VersR 1993, 909 (909); *Bloemertz*, Die Schmerzensgeldbegutachtung, S. 7; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, Rn. 699; NK-BGB/*Huber*, § 253 Rn. 1; *Degenhart*, Die Genugtuungsfunktion, S. 8 m.w.N.

anordnet ohne den Begriff des Schmerzensgeldes zu beinhalten.<sup>10</sup> Da der Begriff des Schmerzensgeldes als Synonym zur billigen Entschädigung in Geld im Sinne des § 253 Abs. 2 BGB durchgängig verwendet wird und gleichermaßen etabliert ist,<sup>11</sup> soll dieser Diktion auch im Rahmen der vorliegenden Arbeit gefolgt werden.

## C. Gegenstand der Untersuchung

Das Schmerzensgeld war in der Vergangenheit vielfach Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion.<sup>12</sup> Die Frage, *wie* das Schmerzensgeld konkret zu bemessen ist, wurde dabei bisher nur mit größter Zurückhaltung angegangen,<sup>13</sup> meist sogar „resignativ als nicht weiter hinterfragbares Problem des richterlichen Innenlebens ausgeklammert“<sup>14</sup>. Diese Zurückhaltung verwundert, ist doch das Schmerzensgeld alltäglicher Gegenstand gerichtlicher und außergerichtlicher Auseinandersetzung.<sup>15</sup>

---

10 § 847 BGB a.F. hatte vom 01.1.2002 bis 31.07.2002 die Überschrift „*Schmerzensgeld*“, vgl. Art. 1 Abs. 2 S. 3 des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 i.V.m. der Anlage zu Art. 1 Abs. 2, BGBl. I Nr. 61 vom 29.11.2001, S. 3138. Am 01.08.2002 trat das 2. SchadÄndG in Kraft und § 847 BGB a.F. fiel weg, Art. 2 Nr. 7 des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002, BGBl. I Nr. 50 vom 25.07.2002, S. 2674. Davon abgesehen hatte der Begriff Schmerzensgeld bisher keine Grundlage im BGB; insoweit ungenau *Schramm*, nach der der Begriff „Schmerzensgeld“ inzwischen Gesetz geworden ist, *Schramm*, Haftung für Tötung, S. 39, und ebenfalls ungenau *Degenhart*, nach dem der Begriff „Schmerzensgeld“ nie gesetzlich festgehalten war, *Degenhart*, aaO, S. 7.

11 So auch jüngst *Schubert*, aaO, S. 13; siehe auch *Göbel*, Geldentschädigung und Schmerzensgeld, S. 9. Zum Begriff des Schmerzensgeldes siehe zudem die vertiefende Darstellung in § 8 dieser Untersuchung.

12 Vgl. u.a. zu den historischen Grundlagen des Schmerzensgeldes, *Walter*, Geschichte des Anspruchs auf Schmerzensgeld, und *Hofstetter*, Zur Geschichte des Schmerzensgeldes; zum Sonderfall der Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, *Beuthien*, Persönlichkeitsschutz, und *Göbel*, aaO, sowie jüngst die Habilitationsschrift *Schuberts*, die den Ersatz von Nichtvermögensschäden umfassend untersucht, vgl. *Schubert*, aaO.

13 Aus dem Jahr 1960 stammt eine Untersuchung der Bemessung von *Kiessling*, vgl. *Kiessling*, Das Problem der Bemessung des Schmerzensgeldes, 1960; siehe dazu ebenfalls die jüngst erschienene Monografie *Von Mayenburgs*, vgl. v. *Mayenburg*, Die Bemessung des Inkommensurablen; siehe eingehend dazu unter § 3 der vorliegenden Arbeit.

14 *V. Mayenburg*, aaO, S. 14.

15 So schon *Lieberwirth* Mitte der sechziger Jahre, vgl. *Lieberwirth*, aaO, 1965, S. 15 und 170.

Die vorliegende Untersuchung möchte dieses Defizit überwinden und widmet sich daher ausschließlich der *Methode* der Schmerzensgeldbemessung. Dabei konzentriert sie sich auf die Umsetzung der Ausgleichsfunktion. Der Ausgleich stellt nicht nur die wesentliche Funktion des Schadensersatzes dar und bildet damit auch den Kern jeder Schmerzensgeldbemessung, sondern ist heute vor dem Hintergrund der Einbeziehung der Gefährdungshaftung in § 253 Abs. 2 BGB auch die praktisch relevantere Funktion.<sup>16</sup> Die Genugtuungsfunktion als zweite Funktion des Schmerzensgeldes kann nicht gänzlich aus der Untersuchung ausgeschlossen werden, sodass sie an allen relevanten Stellen ergänzend in die Untersuchung einfließen soll ohne dabei einen unmittelbaren Gegenstand der Untersuchung zu bilden. Insbesondere soll nicht auf ihre in der Literatur heftig umstrittene und bereits vielfach diskutierte Existenzberechtigung eingegangen werden.<sup>17</sup> Die Untersuchung konzentriert sich auf die Methode der Bemessung solcher immaterieller Schäden, die an Körper und/oder Gesundheit des Geschädigten entstanden sind. Verletzungen der Freiheit, der sexuellen Selbstbestimmung<sup>18</sup> sowie des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>19</sup> sollen bei der Untersuchung insgesamt außer Betracht bleiben, da

---

16 Insbesondere vor dem Hintergrund der in der Praxis häufigen Ansprüche auf Schmerzensgeld aus Gefährdungshaftung bildet die Ausgleichsfunktion heute mehr denn je den Schwerpunkt der Bemessung, wohingegen die Genugtuungsfunktion an Bedeutung verloren hat; siehe dazu auch *Huber*, DAR 2000, 20 (29).

17 Siehe jüngst die Untersuchung *Degenharts* zur Existenzberechtigung der Genugtuungsfunktion nach dem Inkrafttreten des Schadensrechtsänderungsgesetzes im Jahr 2002, *Degenhart*, aaO.

18 Für einen Überblick über die Geldentschädigung wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung siehe *Foerste*, NJW 1999, 2951.

19 Der Ersatz des immateriellen Schadens bei Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts wird seit der sog. *Ginseng*-Entscheidung des BGH direkt aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet, vgl. BGHZ 35, 363 (367 f.). Das Bundesverfassungsgericht hat diese Rechtsprechung bestätigt durch Beschluss vom 14.02.1973, vgl. BVerfGE 34, 269 (*Soraya*) unter Hinweis auf die Aufgabe und die Befugnis des Richters zu „schöpferischer Rechtsfindung“. Die Verwendung des Begriffs der *Geldentschädigung* bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen verdeutliche den Unterschied zum Schmerzensgeld nach § 253 Abs. 2 BGB; so das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich in BVerfG NJW 2000, 2187 (2187); weitere Entscheidungen des BGH vgl. BGH NJW 1996, 984 (985) und NJW 1996, 985 (987), bestätigt vom Bundesverfassungsgericht durch Beschluss vom 08.03.2000, BVerfG NJW 2000, 2187 (2187); siehe auch *Göbel*, aaO, S. 9 ff. zur Geschichte der Geldentschädigung; *Unterreitmeier*, aaO, S. 303 m.w.N.

sie wegen ihrer grundlegend unterschiedlichen Anforderungen an die Bemessung einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben müssen.

## D. Ziel der Untersuchung

Ziel der Arbeit ist ein Beitrag zur Verbesserung der Schmerzensgeldbemessung. Dieser Beitrag soll sich nicht in der akademischen Aufbereitung der gegenwärtigen Bemessungspraxis der Gerichte erschöpfen, sondern eine Bemessungsmethode vorstellen, die zur Bemessung des immateriellen Körper- und Gesundheitsschadens unmittelbar anwendbar ist. Zur Erreichung dieses Ziels bedarf es in einem ersten Schritt der Auflösung der gegenwärtig bestehenden Bemessungsdogmen. Im zweiten Schritt soll sodann das jüngst vorgestellte „System der taggenauen Bemessung des Schmerzensgeldes“<sup>20</sup> als neuartiges und alternatives Bemessungssystem vorgestellt und im Hinblick auf seine methodischen Kernelemente untersucht werden. Die Untersuchung wird ergeben, dass dieses System den entscheidenden Beitrag zur Verbesserung der Bemessung des Schmerzensgeldes leisten kann. Insgesamt soll die Arbeit das System der taggenauen Bemessung des Schmerzensgeldes als neues System zur Umsetzung der Ausgleichsfunktion bei der Bemessung des Schmerzensgeldes etablieren.

## E. Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in zwei Hauptteile. Der erste Teil widmet sich der gegenwärtigen Bemessungspraxis der Gerichte. Nach der Überprüfung des Beschlusses des Großen Zivilsenats auf Vorgaben zur Bemessungsmethode (§ 1), sollen die beiden dominierenden Dogmen der gegenwärtigen Bemessungspraxis Gegenstand der Untersuchung sein. Zunächst sind die Ursachen des *einheitlichen Schmerzensgeldes* herauszuarbeiten, damit die Festsetzung des Entschädigungsbetrages in einem einzigen undifferenzierten Bemessungsschritt überprüft werden kann (§ 2). Vor diesem Hintergrund gilt es, die von den Gerichten unisono praktizierte Heranziehung *vergleichbarer Fälle* zur Festsetzung des Schmerzensgeldes zu untersuchen (§ 3). Nach einer exemplarischen Darstellung der rechtstat-sächlichen Auswirkungen beider Bemessungsdogmen (§ 4), ist die gegenwärtige

---

20 Schwintowski/Schah Sedi-Schwintowski, Handbuch des Schmerzensgeldes S. 13 ff (86 ff.).

Bemessungspraxis verfassungsrechtlich zu analysieren (§ 5). Angesichts der verfassungsrechtlichen Mängel und der zusätzlich bestehenden Systemwidersprüche der gegenwärtigen Bemessungspraxis soll im zweiten Teil der Arbeit das System der taggenauen Bemessung des Schmerzensgeldes als alternative Bemessungsmethode vorgestellt werden. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob es zur Beseitigung der Mängel der gegenwärtigen Bemessungspraxis geeignet ist (§ 7). Zudem gilt es, die methodischen Ansätze des Systems auf seine Vereinbarkeit mit den *lex lata* der §§ 249 ff. BGB zu untersuchen, um seine Anwendbarkeit *de lege lata* feststellen zu können (§ 8). Am Ende der Untersuchung soll ein Überblick über die Bemessungsmethoden ausgesuchter europäischer Rechtsordnungen ergänzend die methodischen Ansätze dieser Rechtsordnungen darstellen und die Charakteristika ihrer Bemessung zum Zwecke des Vergleichs mit dem System der taggenauen Bemessung zusammenfassen, um das System zuletzt vor dem Hintergrund der europäischen Rechtslage im Hinblick auf die Bemessung des immateriellen Körper- und Gesundheitsschadens erneut einzuordnen (§ 9).