

Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Ulrich Berz, Bochum – Rolf Bischoff, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe – Ministerialrat Detlef Otto Bönke, Bundesministerium der Justiz, Berlin – Dr. Ludwig Gehrman, Richter am OVG, Lüneburg – Dr. Uwe Graeger, Rechtsanwalt und Notar, Vorsitzender des Rechtsausschusses im Deutschen Verkehrssicherheitsrat, Frankfurt/M. – Prof. Dr. Reinhard Greger, Erlangen-Nürnberg – Prof. Dr. med. Ulrich Heifer, Bonn – Peter Hentschel, Richter am Amtsgericht Köln – Dr. Joachim Jagow, Ministerialdirigent im Bundesministerium für Verkehr, Bonn – Horst Janiszewski, Ministerialrat a. D. im Bundesministerium der Justiz, Remagen – Dr. Gerhard Küppersbusch, Rechtsanwalt, München – Prof. Dr.-Ing. Klaus Langwieder, Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV), Leiter des Instituts für Fahrzeugsicherheit, München – Dr. Lutz Meyer-Göbner, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe – Prof. Dr. Kurt Rebmann, Generalbundesanwalt a. D., Präsident der Deutschen Akademie für Verkehrswissenschaft, Stuttgart – Wolfgang Vogt, Rechtsanwalt, München/Dresden.

in Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Schriftleitung: Professor Dr. Ulrich Berz, Fahrenheitstraße 62 a, 44879 Bochum
Professor Dr. Reinhard Greger, Schillerstr. 1, 91054 Erlangen

NZV

Hef 9
Seite 345–392
11. Jahrgang
10. September 1998

Aufsätze

Prof. Dr. Christian Huber, Aachen

Schmerzensgeld ohne Schmerzen bei nur kurzzeitigem Überleben der Verletzung im Koma – eine sachlich gerechtfertigte Transferierung von Vermögenswerten an die Erben? *

Der Verfasser unterbreitet Vorschläge, wie immaterielle Beeinträchtigungen von Angehörigen eines empfindungsunfähigen Unfallopfers unabhängig von der problematischen Bewertung dessen Leidens und unabhängig von den Zufälligkeiten der Erbfolge ausgeglichen werden können.

I. Der Anlaßfall – Schmerzensgeldbemessung bei kurzem Überleben des Unfallopfers im Koma

Der vom BGH entscheidende Fall kommt – leider – durchaus häufig vor: Eine Person wird bei einem Straßenverkehrsunfall¹ sehr schwer verletzt. Entweder fällt sie sogleich ins Koma oder sie verliert das Bewußtsein nach einigen Minuten oder Stunden. Es vergehen aber sodann noch Wochen oder Monate, bis der Hirntod eintritt, ohne daß der Geschädigte das Bewußtsein wieder erlangt hätte.

Dabei stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang der Verletzte bzw. nach seinem Tod die Erben als seine Gesamtrechtsnachfolger Schmerzensgeld verlangen können. Mit dieser Frage müssen sich die Zivilgerichte seit Beginn der 90er Jahre häufiger beschäftigen als früher.

1. Gründe für das Ansteigen der Schmerzensgeldprozesse in den letzten Jahren

a) Wegfall von § 847 I 2 BGB – Vererblichkeit des Schmerzensgeldes. Vor der Reform vom 14. 3. 1990 (BGBl I, 478), durch die § 847 I 2 BGB ersatzlos gestrichen worden ist, wurden solche Schmerzensgeldansprüche selten an die Gerichte herangetragen. Der Anspruch war höchstpersönlich und davon abhängig, daß er zu Lebzeiten des Verletzten anerkannt oder rechtshängig gemacht worden ist. Die allermeisten Angehörigen bzw. potentiellen Erben hatten während des Zeitraums, in dem der Verletzte mit dem Tod rang, anderes im Kopf, als Schmerzensgeldklagen in seinem Namen einzubringen.

Mit dem Wegfall des § 847 I 2 BGB ist der Schmerzensgeldanspruch wie jeder andere Anspruch des Verletzten vererblich. Nach Überwindung der ersten Trauer nach dem Tod des Verletz-

ten können seine Erben in aller Ruhe daran gehen, Schmerzensgeld von dem zu verlangen, der für den Tod verantwortlich war.

b) Paradigmawechsel: Von der symbolischen Entschädigung zur Annäherung an den Zustand bei bewußter Schmerzempfindung. Zeitnah zur Reform der Vererblichkeit des Schmerzensgeldes änderte der BGH² seine Rechtsprechung zum Umfang des Ersatzes beim Schmerzensgeld in Fällen der Zerstörung der Persönlichkeit, worauf unter Punkt II. noch ausführlich einzugehen sein wird. Auch wenn der Verletzte keine Schmerzen empfinden könne, so solle das ihm gebührende Schmerzensgeld nicht bloß symbolische Wiedergutmachung bewirken, sondern annäherungsweise so bemessen werden, als ob er den Schmerz bewußt erlebt und verarbeitet haben würde³. Die Zerstörung der Persönlichkeit sei als eigene Fallgruppe zu behandeln.

2. Verunsicherung der Parteien und der Tatrichter

a) Entsprechende Anwendung oder abweichende Beurteilung? Die Entscheidung BGHZ 120, 1 sowie die Folgeentscheidung VersR 1993, 585⁴ ergingen zu einem Sachverhalt, in dem der Verletzte zum Zeitpunkt der Urteilsfällung noch lebte⁵. Sowohl die Parteien als auch die Tatrichter⁶ tappen im Dunkeln, ob die Grundsätze dieser neuen Rechtsprechung anzuwenden sind oder bloß ein symbolisches Schmerzensgeld zuzusprechen ist⁷,

* Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 12. 5. 1998 – VI ZR 182/97, NZV 1998, 370 (in diesem Heft).

1) Eine zweite Hauptfallgruppe bilden ärztliche Kunstfehler.

2) BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 m. Anm. Deutsch = VersR 1993, 327 = JZ 1993, 516 m. Anm. Giesen = LM § 847 BGB Nr. 89 m. Anm. Schmidt-Salzer = r + s 1993, 56.

3) Schmidt-Salzer, Anm. zu LM § 847 BGB Nr. 89: Bemessung kommt von oben (Normalniveau), nicht von unten (symbolische Entschädigung).

4) = NJW 1993, 1531 = LM § 847 BGB Nr. 90 m. Anm. Teichmann.

5) Jaeger, MDR 1998, 450.

6) Lemcke, r + s 1996, 230 (Urteilsanm.).

7) In diesem Sinn OLG Stuttgart, NJW 1994, 3016 = VersR 1994, 736, das das Ausmaß des Ersatzes lediglich am Verschulden des Schädigers orientiert.

wenn der Verletzte den Unfall nur kurzzeitig überlebt⁸. Es wurden Beträge in ganz unterschiedlicher Höhe zuerkannt⁹. Mitunter zahlten die Haftpflichtversicherer höhere Ersatzleistungen, als das Gericht im nachhinein als berechtigt ansah – und das wohl kaum, weil sie Mitgefühl zeigen und sich vor Rührung in solchen Fällen großzügig erweisen wollten.

Zwei diametrale Gedanken stehen miteinander im Widerstreit: Nach der gesetzgeberischen Wertentscheidung ist die Zerstörung der Persönlichkeit durch den Tod entschädigungslos hinzunehmen¹⁰. Bei Tötung einer Person ist es in aller Regel so, daß der Tod nicht in der nämlichen Sekunde der Beeinträchtigung der körperlichen Integrität eintritt. Dies spricht dafür, daß jedenfalls bei einem ganz kurzen Intervall zwischen Verletzung und Tod kein Schmerzensgeld gebührt, wobei man dann darüber streiten kann, was als „ganz kurzfristig“ anzusehen ist¹¹.

Denkbar ist aber auch, mit den Worten des BGH darauf abzustellen, daß Entschädigung zu leisten ist für die Zerstörung der Persönlichkeit. Der Umstand, daß die Verletzung zu keinen Schmerzempfindungen beim Geschädigten führt, spielt auch bei der Bemessung eine untergeordnete Rolle. Steht die Zerstörung der Persönlichkeit im Mittelpunkt, verliert auch die zeitliche Komponente an Gewicht¹². Zudem hat der BGH betont, daß es sich um eine eigene Fallgruppe handle. Diese Umstände zusammen verleiten zu dem Schluß, daß auch in solchen Fällen eine Annäherung an die Obergrenze des Schmerzensgeldes bei schwersten Verletzungen vorzunehmen ist.

b) Zurückhaltung des Revisionsgerichts. Die hohe Anzahl der Schmerzensgeldprozesse in Deutschland ist unter anderem darauf zurückzuführen, daß sich der BGH bei der revisionsrechtlichen Überprüfung tatrichterlicher Entscheidung äußerster Zurückhaltung auflegt¹³. Nahezu jede angenommene Revision weist den Stehsatz auf, daß der Tatrichter bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes besonders frei sei. Das Revisionsgericht könne nur eingreifen, wenn maßgebliche Bemessungsdeterminanten nicht berücksichtigt worden seien oder ein gravierender Fehler bei der Bemessung vorliege. Auch findet sich Behauptung, daß es Sache des Tatrichters sei zu ermitteln, worin der Schaden liege¹⁴.

Diese restriktive Haltung schützt den BGH zwar einerseits vor einer Prozeßflut. Andererseits fehlen aber präzise Leitlinien für die Untergerichte und die mit der Schadensregulierung befaßten Parteien¹⁵. Die vorliegende Entscheidung fügt sich nahtlos in dieses Schema. Während das BerGer. die neuere Rechtsprechung für anwendbar hielt, hat das Erstgericht auf dem Boden einer bloß symbolischen Entschädigung den Umfang des Ersatzes bemessen. Beide Gerichte kommen aber hinsichtlich der Höhe zum gleichen Betrag, ein durchaus verblüffendes Ergebnis. Der BGH geht freilich darüber hinweg und bemerkt lediglich, daß insoweit das tatrichterliche Ermessen nicht überschritten sei. Ist das tatrichterliche Ermessen in der Tat so weit, daß es Fälle gibt, in denen es keinen Unterschied macht, ob Leitbild der Bemessung eine symbolische Entschädigung ist oder eine solche, die sich an einem Schadensbild bei bewußter Schmerzverarbeitung orientiert? Man ist geneigt, darauf zu antworten: Das kann wohl nicht sein.

Ehe im Punkt IV. auf die zu besprechende Entscheidung nochmals zurückzukommen sein wird, wird im Punkt II. die Leitentscheidung BGHZ 120, 1 einer kritischen Analyse unterzogen. Im Punkt III. ist anschließend auszuloten, ob nicht andere methodische Wege in Betracht kommen, um das durchaus legitime Grundanliegen auf effizientere Art zu verwirklichen.

II. Die Leitentscheidung BGHZ 120, 1

1. Bisherige Rechtsprechung

Um die Leitentscheidung BGHZ 120, 1 richtig einordnen zu können, ist darauf einzugehen, wie die bisherige Rechtsprechung derartige Fälle bewältigt hat:

a) *Zuspruch von Schmerzensgeld unter Berufung auf die Genugtuungsfunktion* (BGHZ 18, 145). Die Entscheidung BGHZ 7, 223 betonte, daß Ziel des Schmerzensgeldes der Ausgleich von Unlustgefühlen beim Verletzten sei. Das Schmerzensgeld solle den Verletzten in die Lage versetzen, sich Annehmlichkeiten und Erleichterungen für das ihm zugefügte Leid zu verschaffen¹⁶.

Die Entscheidung des Großen Senats BGHZ 18, 145 wies dem Ausgleichsprinzip zwar auch hohe Bedeutung zu¹⁷, schwächte aber dessen Ausschließlichkeitsanspruch ab. Die Entscheidung legte eine engere Sicht des Ausgleichsprinzips zugrunde, indem sie dafür verlangte, daß sich der Verletzte seiner Schädigung bewußt sei¹⁸. Um auch im Fall eines empfindungslosen Verletzten den Zuspruch von Schmerzensgeld begründen zu können, verwies sie auf das Erfordernis der Genugtuung. Der Begriff der Genugtuung wurde aber nicht näher definiert, so daß er in der Folge lediglich als Sammelbecken all der Gesichtspunkte diente, die dem Gericht im Einzelfall als billig erschienen¹⁹.

b) *Zuerkennung einer symbolischen Wiedergutmachung aufgrund zeichenhafter Sühne* (BGH, NJW 1976, 1147). Diese Rechtsprechung war nicht durchzuhalten. In NJW 1976, 1147²⁰ räumte der BGH ein, daß der Zuspruch von Schmerzensgeld an einen empfindungslosen Verletzten weder mit Hilfe des Ausgleichs- noch des Genugtuungsprinzips begründet werden könne. Genugtuung setze nämlich voraus, daß der Verletzte intellektuell in der Lage sei, einen Zusammenhang zwischen seinem Zustand und der Schmerzensgeldzahlung herzustellen. Daran fehle es bei empfindungslosen Verletzten per definitionem.

Der BGH bescheinigte dem Bekl., der sich gegen ein 20 000 DM übersteigendes Schmerzensgeld zur Wehr setzte, Folgerichtigkeit seiner Argumentation. Vor der letzten Konsequenz, nämlich jegliches Schmerzensgeld in solchen Fällen tatsächlich zu versagen, schreckte der BGH jedoch zurück. Es kann dabei offenbleiben, ob es Angst vor der eigenen Courage oder das sich sträubende Rechtsgefühl war, einem bemitleidenswürdigen Wesen jeglichen Ersatz immateriellen Schadens zu verwehren. Er verwies darauf, daß das Schmerzensgeld keine

8) So auch in NZV 1998, 370: Begehren: 70 000 DM für den Vater, 15 000 für die Mutter; Zuspruch 28 000 DM für den Vater bzw. 2000 DM für die Mutter, wobei der BGH andeutet, daß selbst diese Beträge zu hoch ausgefallen sind. So besonders deutlich bei der Mutter, bei der ausgesprochen wird, daß der zuerkannte Betrag selbst dann nicht zu hoch ist, wenn die Mutter kein Mitverschulden treffen sollte. Ähnlich OLG Düsseldorf, r + s 1996 m. Anm. Lemcke = MDR 1996, 915 m. Anm. Jaeger: Begehren 60 000 DM, Zuspruch 1500 DM, wobei das OLG aussprach, daß eigentlich das noch zu viel sei. OLG München, VersR 1998, 644: Begehren 221 000 DM, Zuspruch 50 000 DM.

9) Nachw. bei Jaeger, VersR 1996, 1182 ff. u. MDR 1998, 452; Stein, in: MK-BGB 3. Aufl., § 847 Rdnr. 53.

10) Jaeger, VersR 1996, 1179. Krit. dazu aus der Sicht der ökonomischen Analyse, die den Präventionsgesichtspunkt betont, Ott/Schäfer, JZ 1990, 563 ff.

11) So auch Jaeger, VersR 1996, 1182.

12) In diesem Sinn OLG Stuttgart, NJW 1994, 2016; OLG München, OLGR 1996, 111.

13) So auch Kern, AcP 191, 266.

14) Müller, VersR 1993, 910. Das ist nur insoweit zutreffend, als es um die Ermittlung der tatsächlichen Grundlagen geht. Welche Umstände bei der Schadensermittlung bedeutsam sind, ist hingegen ausschließlich eine Rechtsfrage. Vgl. dazu Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung, 2. Aufl. (1995), S. 3 f.

15) So auch Scheffen, NZV 1994, 419.

16) Treffend auch BGH, VersR 1976, 660 (661): Der Ausgleich kann nicht darin gesehen werden, daß dem Verletzten ein Bankkonto verschafft wird. Den Ausgleichsgedanken betonend auch Dressler, DAR 196, 81.

17) So auch Steffen, in: Festschr. f. Odersky, 1996, S. 735, wenngleich er in seinem Beitrag das „bunt schillernde Gewand“ des Schmerzensgeldes wortgewaltig beschreibt.

18) Krit. dazu Müller, VersR 1993, 912.

19) So Stein, in: MK-BGB (o. Fußn. 9), § 847 Rdnr. 2.

20) Ähnlich BGH, VersR 1982, 880, wobei freilich nach den Feststellungen des BerGer. der Verletzte zu Empfindungen durchaus in der Lage war.

Privatstrafe²¹ sei und verfiel auf den Kunstgriff, eine neue Schmerzensgeldfunktion zu kreieren, nämlich eine von pönalen Elementen abgehobene zeichenhafte Sühne. Es handelt sich dabei um eine äußerst sublimen Begründung, die wiederum nicht von langer Bestandskraft war.

2. Judikaturwechsel unter Berufung auf Art. 1 GG

a) *Objektivierung des Ausgleichsprinzips.* In BGHZ 120, 1 bemühte der BGH das Persönlichkeitsrecht und die Würde des Menschen (Art. 1 GG), um den Zuspruch von Schmerzensgeld zu rechtfertigen. Es wurde daran festgehalten, daß es sich bei Verletzungen, die zur Empfindungsunfähigkeit des Verletzten führen, um eine eigene Fallgruppe handle. Anerkannt wurde, daß in diesen Fällen ein Zuspruch mit dem Ausgleichs- bzw. Genugtuungsprinzip klassischer Prägung nicht in den Griff zu bekommen sei²².

Deshalb modifizierte der BGH das Ausgleichsprinzip²³. Maßgeblich soll in dieser Fallgruppe nicht mehr die Befindlichkeit des Verletzten, die von ihm wahrgenommenen und erlittenen Unlustgefühle, sein, sondern die – objektive – Schwere der Verletzung bzw. die Zerstörung der Persönlichkeit. Wie *Deutsch*²⁴ und *Kern*²⁵ zu Recht bemerken, ist dies nichts anderes als die – beim Vermögensschaden ansonsten so verpönte – objektiv-abstrakte Schadensberechnung, wie sie *Neuner*²⁶ und *Wilburg*²⁷ propagiert haben und die namentlich beim Personenschaden in den letzten Jahren immer mehr zurückgedrängt worden ist²⁸.

Der BGH hat sich darauf aber wohl bewußt nicht berufen, um kein falsches Signal in der Weise zu setzen, daß künftighin auch die Heilungskosten oder der Erwerbsschaden unabhängig von einer subjektiv-konkreten Einbuße ersatzfähig sein sollen²⁹. Auch hat der BGH bei Abkehr von der bisherigen Judikatur jedwede Auseinandersetzung mit der Literatur³⁰ oder der Rechtsprechung im Ausland³¹ vermissen lassen, ganz abgesehen davon, daß auch der Verweis auf Art. 1 GG bloß ein ganz pauschaler ist³².

b) *Bemessung.* Die Berufung auf Art. 1 GG diene der Begründung des Zuspruchs von Schmerzensgeld. Mindestens ebenso bedeutsam ist der neue Bemessungsansatz, daß nämlich unter Berufung auf ein objektiviertes Ausgleichsprinzip in solchen Fällen eine Annäherung an den Umfang zu erfolgen hat, als ob der Verletzte die Beeinträchtigung empfinden könnte. Zu betonen ist dabei, daß dieser Umfang dabei keinesfalls erreicht wird.

Mit letzter Deutlichkeit kommt dies in der Folgeentscheidung LM § 847 BGB Nr. 90 zum Ausdruck, in der ein Feststellungsbegehren mit der Begründung zugelassen wird, daß der Verletzte womöglich doch noch einmal empfindungsfähig werden könnte, was dazu führen müsse, daß sein Schmerzensgeldanspruch nach oben anzupassen sei.

3. Bewertung durch die Literatur

a) *Überwiegend positive Beurteilung.* Die rechtswissenschaftliche Literatur³³ hat die Entscheidung ganz überwiegend begrüßt, ja teilweise sogar euphorisch aufgenommen. *Giesen*³⁴ begrüßt sie uneingeschränkt. Er sieht darin den Anfang vom Ende der Genugtuungsfunktion. Die Folgeentscheidung LM § 847 BGB Nr. 90 belegt mit dem Abstellen auf den Verschuldensgrad des Schädigers allerdings, daß insoweit die Rechnung ohne den Wirt gemacht wurde³⁵.

Teichmann will bei der Kommentierung der Folgeentscheidung³⁶ noch einen Schritt weiter gehen als der BGH und auch bei der Bemessung – gerade wie der *österreich. OGH*³⁷, ohne diese Rechtsprechung freilich zu erwähnen – völlig davon absehen, ob der Verletzte Schmerzen empfindet oder nicht³⁸. Der Übergang von der subjektiv-konkreten zur objektiv-abstrakten Schadensberechnung hätte damit beim Schmerzensgeld einen Endpunkt erreicht.

Sieht man das Schmerzensgeld weiterhin als Schadensersatzanspruch³⁹ an, wäre freilich noch stärker als nach der BGH-Ju-

dikatur begründungsbedürftig, warum die Einbuße beim Schmerzensgeld bei Zerstörung der Persönlichkeit nach ganz anderen Maßstäben als beim Vermögensschaden und beim sonstigen Schmerzensgeld zu ermitteln sein soll.

*Canaris*⁴⁰ hat sich darüber hinaus um eine tiefere dogmatische Grundlage bemüht. Er verweist darauf, daß mit dem Tod der Rechtsschutz des Verstorbenen nicht notwendig ende und bemüht die Parallele zum postmortalen Persönlichkeitsrecht. Dabei übersieht er m. E. freilich einen gewichtigen Unterschied:

Der Verstorbene hat zu seinen Lebzeiten ein legitimes Interesse daran, daß auch nach dem Tod seine Angehörigen für den Schutz seiner Ehre sorgen. Demgegenüber können kaum schützenswerte Interessen ins Feld geführt werden, daß eine Person zu Lebzeiten darauf Wert legt, daß die Erben nach dem Tod Schmerzen zu Geld machen, die der Verletzte selbst niemals ermitteln hat.

Denn eines bedeutet der Judikaturwechsel allemal. Der Ersatzpflichtige, typischerweise ein Haftpflichtversicherer, hat ein betragsmäßig durchaus ins Gewicht fallendes Schmerzensgeld zu leisten, ohne daß dieses seiner eigentlichen Zweckwidmung nach den Verletzten erreichen kann⁴¹. Der Verletzte ist bloß das Vehikel, allenfalls noch das Subjekt, um einen Vermögenswert

21) So aber *Kern*, AcP 191, 272.

22) Ebenso *Kadner*, ZEuP 1996, 152.

23) *Stein*, in: MK-BGB (o. Fußn. 9), § 847 Rdnr. 27; *Müller*, VersR 1993, 912 deutet an, daß bei einem so weiten Verständnis des Ausgleichsprinzips das Genugtuungsprinzip entbehrlieh werden könnte.

24) NJW 1993, 784 (Urteilsanm.).

25) In: Festschrift für Gitter, 1995, S. 455.

26) AcP 133, 277 ff.

27) JherJB 82, 51 ff.

28) Vgl. dazu *Steffen*, VersR 1985, 605 ff.

29) Offenlassend, ob die Objektivierung des Ausgleichsprinzips auf andere Fallgruppen ausgedehnt werden könnte, *Müller*, VersR 1993, 912 und: Die Schmerzensgeldrechtsprechung des BGH, Homburger Tage 1994, 12.

30) Der Sache nach findet sich die nunmehr eingenommene Position etwa bereits bei *Krefit*, in: RGRK, 12. Aufl., § 847 Rdnr. 36 f.

31) Wenige Monate vor dem BGH (das Entscheidungsdatum von BGHZ 120, 1 war der 13. 10. 1992) vollzog der (österreich.) OGH (23. 4. 1992, 6 Ob 535, 1558/92) eine Kehrtwendung seiner Rechtsprechung in gleicher Richtung.

32) So die Kritik von *Kern*, in: Festschr. für Gitter, 1995, S. 454: „völlig nichtssagend“.

33) *Schmidt-Salzer*, Anm. zu LM § 847 BGB Nr. 89; *Stein*, in: MK-BGB (o. Fußn. 9), § 847 Rdnr. 3; *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (1993), S. 66 Fußn. 69; *Kürschner*, in: *Wussow*, Unfallpflichtrecht 14. Aufl. (1996), Rdnr. 1850. Ebenso *Kötz*, Deliktsrecht, 7. Aufl. (1996), Rdnr. 521 a unter Aufgabe der Ansicht der Vorauff. und der Berufung auf den aus der ökonomischen Analyse abgeleiteten Grundsatz des ausreichenden Anreizes zur Schadensverhütung, somit der Prävention.

34) JZ 1993, 519.

35) So *Kern* (o. Fußn. 32), 456; *Jaeger*, VersR 1996, 1181. *Teichmann* (Anm. zu LM § 847 BGB Nr. 90) schätzt die Bedeutung des Genugtuungsprinzips zwar ebenfalls gering, hält aber eine gänzliche Abkehr nur über eine Entscheidung des Großen Senats (§ 132 II GVG) für zulässig. *Müller*, VersR 1993, 914 wiederum vertritt die Ansicht, daß in den Fällen schwerster Verletzung, also bei Empfindungsunfähigkeit, das Genugtuungsprinzip keine Rolle spiele, was nicht ausschließe, das Verschuldensmaß zu berücksichtigen. M. E. ist das dann nur in der Weise möglich, daß bei einer intellektuellen Verarbeitung des Schmerzes der Verletzte um so mehr Unlust empfindet, je gravierender der Schuldvorwurf ist, weil er dann um so weniger bereit sein wird, die Verletzung als Schicksalsschlag hinzunehmen. Bemüht man sich um eine Annäherung an den Fall des bewußten Erlebens und der intellektuellen Verarbeitung des Schmerzes, erscheint es vertretbar, das Verschulden des Täters auch bei empfindungsunfähigen Verletzten zu berücksichtigen.

36) Anm. zu LM § 847 BGB Nr. 90.

37) 23. 4. 1992 – 6 Ob 535, 1558/92; 31. 8. 1992 – 8 Ob 581/92; 25. 11. 1992 – 2 Ob 60/92; ZVR 1993/150. (Diesen Hinweis verdanke ich einem Seminarreferat von *Anja Gronewald*.) Unzut. insoweit die Darstellung bei *Kadner*, ZEuP 1996, 152; richtig hingegen bei *Scheffen*, NZV 1994, 419.

38) A. A. *Müller*, Homburger Tage 1994, S. 7, 10, 14, die darauf hinweist, daß nicht nur die Verletzung zu ermitteln sei, sondern darüber hinaus die Auswirkungen auf die Lebensführung des Verletzten.

39) Zur Qualifikation und systematischen Einordnung vgl. u. 4. b).

40) *Larenz/Canaris*, Lehrb. des Schuldrechts Bd. II/2, 13. Aufl., 1994, § 83 III, S. 592.

41) Vgl. dazu *OLG Düsseldorf*, r + s 1996, 228, das danach differenziert, ob das Schmerzensgeld noch sinnvoll eingesetzt werden kann.

an die Erben zu transferieren. Es fällt auch an solche, die sich niemals um den Verletzten gekümmert haben⁴². BGH, VersR 1976, 660 (661) hat dazu noch bemerkt, daß dafür weder ein volkswirtschaftliches noch ein sittliches Bedürfnis gegeben sei⁴³. An dieser Einschätzung hat sich m. E. nichts geändert.

b) *Kritik*. Vereinzelt ist zu BGHZ 120, 1 auch kritisch Stellung genommen worden: *Deutsch*⁴⁴ sieht eine Gefahr für die Haftpflichtprämien, namentlich für solche der Geburtshelfer. *Teichmann*⁴⁵ entgegnet, daß es sich um Einzelfälle handle, die auf die Prämienhöhe nur von marginalem Einfluß seien. Davon unabhängig hat sich m. E. das Versicherungsrecht nach dem Haftpflichtrecht zu orientieren und nicht umgekehrt⁴⁶.

Am fundiertesten hat *Kern*⁴⁷ gegen BGHZ 120, 1 Stellung bezogen. Er wirft dem BGH voraussetzenden Gehorsam gegenüber der Exekutive vor⁴⁸. Er zitiert Stellungnahmen der Behindertenverbände, die knapp vor Fällung des Urteils an die Bundesregierung herangetreten seien mit dem Hinweis, daß die Schmerzensgeldzusprüche bei Schwereverletzungen ungenügend seien und die Lage dieser Personen verbessert werden solle. Mag die zeitliche Abfolge auch den Eindruck der Hörigkeit erwecken, ist demgegenüber darauf zu verweisen, daß der Judikaturwechsel in der Luft lag, hat doch etwa auch der *österreich. OGH*⁴⁹ um diese Zeit seine Judikatur geändert. *Stoll*⁵⁰ und *Giesen*⁵¹ liefern weitere rechtsvergleichende Belege, daß anderswo ganz ähnlich judiziert wird.

Zu folgen ist *Kern*⁵² freilich mit seinem Hinweis, daß in solchen Fällen dem Verletzten das Schmerzensgeld nicht mehr zugekomme, so daß insoweit zwar nicht formal, aber doch der Sache nach von dem Grundsatz abgewichen werde, daß bloß der unmittelbar Geschädigte Ersatz verlangen könne. Auch *Kern*⁵³ akzeptiert das Anliegen des BGH, den Angehörigen eine Abgeltung zu verschaffen, fordert aber zur Verwirklichung dieses Zieles keine scheinpositivistische Argumentation, sondern offene Rechtsfortbildung⁵⁴. Die bestehende Rechtsprechung geißelt *Kern* als „dogmatisch ungenügend begründete Mitleidsjudikatur“⁵⁵.

4. Eigene Stellungnahme

a) *Zuspruch von Schmerzensgeld um jeden Preis – Wertungswiderspruch, wenn Versagung von Schmerzensgeld bei schwersten Verletzungen?* Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß der BGH sich in all den Jahren mit wechselnder Begründung bemüht, empfindungsunfähigen Verletzten Schmerzensgeld zuzusprechen, obwohl die mit dem Schmerzensgeld verfolgten Ziele, mag man zum herkömmlichen Ausgleichsprinzip auch noch den Genugtuungsgedanken hinzunehmen, dieses Ergebnis nicht tragen. *Lemcke-Schmalzi/Schmalzi*⁵⁶ bescheinigen der Judikatur zur symbolischen Wiedergutmachung denn auch menschliches Verständnis, fügen aber gleichzeitig hinzu, daß sie juristisch nicht zu überzeugen vermöge.

Den BGH mag folgende Überlegung zur Zuerkennung von Schmerzensgeld veranlaßt haben, mit welcher Begründung auch immer: Es wäre paradox, daß eine leichte oder mittlere Verletzung einen Schmerzensgeldanspruch auslöst, eine allerschwerste Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, die zur Zerstörung der Persönlichkeit führt, aber entschädigungslos hinzunehmen sein soll. Solche Konstellationen sind freilich im geltenden Schadensrecht keine Seltenheit:

Wird eine Person getötet, ist der Ersatzumfang wesentlich geringer als bei einer Verletzung, die zu einem schweren Dauerschaden führt⁵⁷. Es entfallen Heilungskosten, vermehrte Bedürfnisse, und Schmerzensgeld – jedenfalls bei Sekundentod; und auch der Unterhaltersatz gem. § 844 II BGB bleibt notwendigerweise gegenüber dem Erwerbsschaden nach § 842 BGB zurück.

Auch beim Sachschaden sind derartige Phänomene zu beobachten. Ist der Ersatz bei Zerstörung eines Kfz auf dessen Wiederbeschaffungswert begrenzt, so können bei Beschädigung die

Reparaturkosten bis zu 130% des Wiederbeschaffungswertes betragen, wobei der Wrackwert noch nicht einmal zu berücksichtigen ist⁵⁸. Dazu kommt, daß die Reparatur häufig länger dauert als eine Ersatzbeschaffung, so daß auch höhere Mietwagenkosten bzw. eine höhere abstrakte Nutzungsentschädigung anfallen.

Das Schadensrecht will insoweit bloß Vermögensnachteile ausgleichen. Es eignet sich aber nicht zur Abstufung der Sanktionen nach der Schwere des Eingriffs⁵⁹. Dafür ist das Strafrecht das viel geeignetere Instrumentarium.

b) *Das Schmerzensgeld, ein Schadensersatzanspruch oder ein Anspruch eigener Art – Ausgleich der erlittenen Einbuße oder Lückenfüller für beliebige Zwecke?* Dem könnte man entgegenhalten, daß das Schmerzensgeld zwar in formaler Hinsicht ein Schadensersatzanspruch⁶⁰ sei, in mancher Hinsicht aber doch ein Eigenleben führe⁶¹. Zum Zwecke immaterieller Entschädigung werden für das Schmerzensgeld Aufgaben von der Rechtsprechung reklamiert, die jedenfalls der historischen Gesetzgeber ihm nicht zugedacht hat⁶², so insbesondere bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, bei dem das durchaus angebracht sein

42) Im schlimmsten Fall ist der Fiskus der Nutznießer. Wenn andere Erben fehlen, tritt er nach § 1936 BGB die Rechtsnachfolge an.

43) Krit. dazu wegen der psychischen Beanspruchung der Angehörigen in der Phase, in der der Verletzte mit dem Tod ringt und in der Zeit danach, *Scheffen*, NZV 1994, 419. Ist das dem Grunde nach anzuerkennen, so ist doch darauf zu verweisen, daß der von der Rechtsprechung beschrittene Weg nicht immer ins Schwarze trifft, ja mitunter nicht einmal den Graubereich erwischt. Näheres dazu unter Punkt III. 1.

44) NJW 1993, 784.

45) Anm. zu LM § 847 BGB Nr. 90.

46) Verschiedentlich wird als berücksichtigungswürdiges Monoment die Tragfähigkeit für die Versicherungsgemeinschaft angesehen. So *Müller*, VersR 1993, 915; *dies.*, *Homburger Tage* 1994, 27; *Geier*, ZfV 1996, 115; *Scheffen*, NZV 1994, 420. Wenn solche Kassandrarafer die deutschen Verhältnisse mit denen in den USA vergleichen, ist freilich entgegenzuhalten, daß insoweit ganz eklatante Unterschiede bestehen. Für die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit des Haftungsrechts *Ch. Huber* (o. Fußn. 14), S. 102 ff.

47) (O. Fußn. 32), S. 447 ff.

48) (O. Fußn. 32), S. 454.

49) 23. 4. 1992 – 6 Ob 535, 1558/92.

50) (O. Fußn. 33), S. 355 ff.

51) JZ 1993, 519.

52) (O. Fußn. 32), S. 447, 452.

53) (O. Fußn. 32), 456 f.

54) Darauf wird unter Punkt III. noch zurückzukommen sein.

55) (O. Fußn. 32), 456.

56) MDR 1985, 273.

57) So auch *Deutsch*, NJW 1993, 784; *Kern*, (o. Fußn. 32), S. 450.

58) Nachw. und Kritik zu dieser Rechtsprechung bei *Schiemann*, NZV 1996, 5 f.

59) *Ch. Huber* (o. Fußn. 14), S. 60 f. Vgl. dazu auch *Müller*, VersR 1995, 493, die darauf hinweist, daß das Schadensrecht mitunter an seine Grenzen stoßen kann. Während *Müller* das beim Angehörigenschmerzensgeld annimmt, ist dies m. E. eher gegeben bei der Zubilligung von Schmerzensgeld für Schmerzen, die der Verletzte nicht empfunden hat und dem mit Hilfe der Zuerkennung des Schmerzensgeldes auch keine Erleichterung verschafft werden kann. Erwähnt sei, daß auch nach dem hier vertretenen Ansatz eine andere Beurteilung geboten ist, wenn der Verletzte während einer bestimmten Phase bewußtlos war, in der Folge aber wieder zu Bewußtsein gelangt. Dann hat er eine bestimmte Phase seines Lebens ohne eigene Gestaltungsmöglichkeiten verbracht. Eine dafür zuerkannte Abgeltung kann vom Geschädigten widmungsgemäß, also zur Erleichterung seines Leidenszustandes, verwendet werden.

60) Die Berufung auf die schadensersatzrechtliche Qualität des Schmerzensgeldanspruchs erfolgt bei *Müller*, VersR 1995, 493, um die Zuerkennung eines Ersatzbetrags auch bei Bagatellschäden zu begründen. Vgl. *dies.*, *Homburger Tage* 1994, 9; Berufung auf die Qualität als Schadensersatzanspruch zur Begründung der Ablehnung als Privatstrafe. Ebenso *dies.*, VersR 1993, 911; Begründung der Totalreparation.

61) So BGHZ 18, 145; ebenso in jüngerer Zeit *Kern*, AcP 191, 248. Bei Bedarf wird darauf immer wieder Bezug genommen, so zuletzt in BGH LM § 887 BGB Nr. 90. Wenn *Müller*, VersR 1993, 911 darauf hinweist, daß das Schmerzensgeld ein Anspruch eigener Art sei, weil es keine Naturalrestitution gebe, so ist zu entgegnen, daß dies kein Spezifikum des Immaterialschadens ist. Auch beim Vermögensschaden kommt es vor, daß die Naturalrestitution unmöglich ist. § 251 II BGB stellt dem die Fälle gleich, daß die Naturalrestitution unwirtschaftlich ist und daher die Tragung so weitgehender Kosten dem Schädiger nicht zumutbar ist.

62) *Steffen* (o. Fußn. 17), S. 726.

mag, Beim Schmerzensgeld für Körperverletzungen oder Gesundheitsbeeinträchtigungen wäre aber erst näher zu untersuchen, ob ein unabwendbares Bedürfnis besteht, es zu einem Lückenfüller für beliebige Zwecke zu machen⁶³. Zu diesem Zweck soll in der Folge untersucht werden, ob sich angemessene Ergebnisse nicht auch auf genuin schadensrechtlicher Argumentationsbasis erzielen lassen.

c) *Restitutions- und Kompensationsinteresse*. Es ist als allgemeines schadensrechtliches Prinzip anzusehen, daß der Ersatzanspruch des Geschädigten weiter geht, wenn er sein Restitutionsinteresse betätigt. Wenn es ihm darauf ankommt, real möglichst den Zustand herzustellen, der gegeben wäre, wenn das schädigende Ereignis nicht stattgefunden hätte, kann sein Anspruch mehr ausmachen, als wenn er bloß eine globale Abgeltung seiner Einbuße verlangt:

Wer sein Auto reparieren läßt, kann bis zur Grenze der Wirtschaftlichkeit des § 251 II BGB die Reparaturkosten verlangen, während derjenige, der auf die Reparatur verzichtet, bloß seine Vermögenseinbuße ersetzt verlangen kann. Wer in seinem Unternehmen nach Beschädigung seines Fahrzeugs ein Auto anmietet oder nach Verletzung seiner Person eine Ersatzkraft einstellt, kann deren Kosten auch dann verlangen, wenn sich im nachhinein herausstellt, daß die Gewinneinbuße bei Verzicht auf eine solche Restitutionsmaßnahme geringer gewesen wäre⁶⁴. Wer sich schließlich nach einer Verletzung operieren läßt, der kann Heilungskosten verlangen und zusätzlich ein geringer bemessenes Schmerzensgeld, während derjenige, der auf den Heileingriff verzichtet, ein höher bemessenes Schmerzensgeld, dafür aber keine Heilungskosten, in Summe typischerweise erheblich weniger verlangen kann⁶⁵.

Dieses Spannungsverhältnis gilt auch für die Schadenskategorien der vermehrten Bedürfnisse und des Schmerzensgeldes. Die vermehrten Bedürfnisse sollen den Verletzten in die Lage versetzen, die private Lebensführung möglichst so zu gestalten, als ob die Verletzung nicht passiert wäre⁶⁶. Das Schmerzensgeld dient demgegenüber der restlichen Abgeltung der durch eine Naturalrestitution im weiteren Sinn⁶⁷ nicht auffangbaren Beeinträchtigungen⁶⁸. Der Verletzte soll damit in die Lage versetzt werden, sich damit andere Annehmlichkeiten finanzieren zu können⁶⁹.

Akzeptiert man diese Sicht der Dinge⁷⁰, stehen die Bemessung der vermehrten Bedürfnisse und des Schmerzensgeldes in einem Wechselverhältnis, vergleichbar den Reparaturkosten und dem merkantilen Minderwert⁷¹. Das wird schon deshalb häufig nicht erkannt, weil der Schmerzensgeldanspruch stets vom Verletzten oder allenfalls seinen Erben geltend gemacht wird, während bei den vermehrten Bedürfnissen es häufig zu einem Rechtsübergang auf einen Sozialversicherungsträger kommt.

Je umfassender die Annäherung an die bisher gewohnte Lebensführung gelingt, um so höhere vermehrte Bedürfnisse wird der Schädiger zu finanzieren haben. Um so geringer kann dann das Schmerzensgeld ausfallen. Umgekehrt wird das Schmerzensgeld höher zu bemessen sein, wenn der Verletzte keine konkreten Aufwendungen zur Annäherung an die bisherige Lebensführung tätigt, sondern bloß eine globale Abgeltung verlangt.

Es gibt dabei Fälle, in denen die Abgrenzung der beiden Bereiche durchaus heikel ist. Prototypisch dafür ist der Sachverhalt BGHZ 106, 28⁷². Ein Kleinkind wurde durch einen ärztlichen Kunstfehler schwer in Mitleidenschaft gezogen. Um den Heilungsverlauf zu fördern oder jedenfalls eine Verschlechterung des Gesundheitszustands zu vermeiden, haben die Ärzte den Eltern angeraten, jede freie Minute bei dem Kind zu verbringen, um ihm das Gefühl von Geborgenheit zu vermitteln, was auch geschah. Die Eltern verlangten in der Folge eine Abgeltung des zeitlichen Mehraufwands gegenüber der Pflege und Erziehung eines gesunden Kindes, wobei sie aber nicht in der Lage waren, nachzuweisen, daß sie ansonsten während dieser Zeit etwas verdient hätten.

Der BGH hat das Begehren in vollem Umfang abgewiesen. Grunsky⁷³ hat das gebilligt, während Schlund⁷⁴ m. E. zu Recht auf folgendes hingewiesen hat: Hätten nicht die Eltern dieser Opfer gebracht, wäre als

zweitbeste Lösung in Betracht gekommen, eine Krankenschwester, mit der das Kind schon bisher in Kontakt stand, für diese Aufgabe zu gewinnen. Das dieser zu zahlende Entgelt würde sich mit den Mitteln der Differenzhypothese ohne Schwierigkeiten als verursachter Schaden ermitteln lassen mit der Folge, daß der Schädiger insoweit Ersatz zu leisten hätte. Daß aber an die Stelle der zweitbesten Lösung die Eltern selbst treten, kann nicht dazu führen, jeglichen Ersatz zu verweigern.

Kadner⁷⁵ hat ohne Auseinandersetzung mit der Meinung der beiden Glossatoren die Ansicht vertreten, daß dieser Sachverhalt nur unter dem Blickwinkel des Ersatzes eines immateriellen Schadens adäquat zu erfassen sei. Das halte ich nicht für zutreffend⁷⁶. Vielmehr geht es um zwei unterschiedliche Aspekte: Zu den vermehrten Bedürfnissen des Kindes zählt nicht nur die sachgemäße Pflege, wie man Autos instand hält oder Blumen gießt⁷⁷. Über den Einsatz der Apparatemedizin hinaus zählt dazu selbstverständlich auch das gefühlsmäßige Umsorgen, was gerade in solchen Situationen besonders bedeutsam ist. Wird das durch permanente Anwesenheit der Eltern gewährleistet, handelt es sich insoweit um Heilungskosten bzw. vermehrte Bedürfnisse des Kindes, also einen ausgleichenden Vermögensschaden, der dazu führt, daß insoweit das Schmerzensgeld des Kindes geringer zu bemessen sein wird.

Was Kadner anspricht und jedenfalls dem Umfang nach viel weniger ausmachen wird, das ist eine Abgeltung der Eltern dafür, daß sie in solchen Situationen häufig an die Grenzen ihrer physischen und psychischen Leistungsfähigkeit gehen, dabei also Schmerz und Kummer erleiden. Insoweit steht der Ersatz eines immateriellen Schadens zur Diskussion, der aber gleichfalls um so geringer auszufallen hat, eine je umfassendere Abgeltung für die erbrachten Dienstleistungen festgesetzt worden ist. Es geht somit nicht um ein Entweder/Oder, sondern um eine gebotene Differenzierung zwischen unterschiedlichen Schadensarten.

Hätte der klägerische Anwalt in BGHZ 106, 28 sein Begehren überzeugender dargelegt, das Ergebnis wäre womöglich gegenteilig ausgefallen⁷⁸ und die Entwicklung an der Schnittstelle zwischen vermehrten Bedürfnissen und Schmerzensgeld wäre in der Folge womöglich anders verlaufen. Wenn Müller⁷⁹ darauf hinweist, daß das Schmerzensgeld bei Verletzung von Kleinstkindern gegenüber dem materiellen Schaden nicht die Hauptsache ausmache, so ist doch bemerkenswert, daß es ungleich mehr veröffentlichte Urteile zum Schmerzensgeld gibt als zu den vermehrten Bedürfnissen.

d) *Bedeutung der widmungsgemäßen Verwendung beim Körperschaden*. Der Schadensersatz wegen Heilungskosten und vermehrten Bedürfnissen einerseits und das Schmerzensgeld andererseits unterscheiden sich dadurch, daß Heilungskosten und vermehrte Bedürfnisse lediglich gebühren, wenn eine widmungsgemäße Verwendung erfolgt. Beim Schmerzensgeld kommt es dem-

63) Steffen (o. Fußn. 17), S. 723 zeichnet beeindruckend nach, in welchem schillerndem Gewand das Schmerzensgeld mitunter auftritt. Hinzuzufügen wäre, daß die Verkleidung mitunter so gelungen ist, daß man die Person dahinter gar nicht mehr erkennt.

64) So für die Anmietung eines Kfz Rixecker, in: Geigel, Der Haftpflichtprozeß, 22. Aufl. (1997), Kap. 4 Rdnr. 59, für die Kosten der Einstellung einer Ersatzkraft Kap. 4 Rdnr. 151.

65) BGHZ 97, 14 = NJW 1986, 1538 = JZ 1986, 638 m. Anm. Zeuner = VersR 1986, 550.

66) So zutr. die Qualifikation BGH, VersR 1991, 350 (352), daß die Finanzierung von Rollstuhlfahrten für einen Querschnittgelähmten zu den vermehrten Bedürfnissen zählen.

67) Im österreichischen Recht wird dafür der Begriff der Herstellung einer „Ersatzlage“ verwendet. Vgl. dazu Reischauer, in: Rummel, AGBG, 2. Aufl., § 1323 Rdnr. 2.

68) Vgl. dazu Ch. Huber, VersR 1992, 545 ff., zugleich Anm. zu OGH 10. 4. 1991, 2 Ob 10/91.

69) Skeptisch aber insoweit BGHZ 120, 1 (8); Teichmann, Anm. zu LM § 847 BGB Nr. 90.

70) Bei Steffen (o. Fußn. 17), S. 723 ist dies bloß der Ausgangspunkt.

71) Auch Jaeger, VersR 1996, 1176 bezeichnet diesen als eine Art Schmerzensgeld.

72) = NJW 1989, 766 = VersR 1989, 188 = JZ 1989, 344 m. Anm. Grunsky = JR 1989, 236 m. Anm. Schlund.

73) JZ 1989, 345 ff.

74) JR 1989, 238 f.

75) ZEuP 1996, 149.

76) So bereits Ch. Huber (o. Fußn. 14), S. 305 ff.

77) Manche behaupten, daß man selbst mit solchen reden müsse, wenn sie gedeihen sollen.

78) So auch Schlund, JR 1989, 239.

79) Homburger Tage 1994, 13.

gegenüber darauf nicht an⁸⁰. Freilich ist m. E. auch beim Schmerzensgeld eine äußerste Grenze zu beachten. Es gebührt dann nicht, wenn eine widmungsgemäße Verwendung für den Verletzten aufgrund seines Zustands nicht in Betracht kommt⁸¹. Davon ist der Fall zu unterscheiden, daß es seine Funktion, die Verschaffung von Erleichterungen wegen der erlittenen Schmerzen, nicht mehr erreichen kann, weil es nicht rechtzeitig ausbezahlt worden ist⁸².

Diesbezüglich wird freilich auch die juristische Einschätzung mit großer Behutsamkeit vorzugehen haben. Manche medizinische Vermutung geht heute schon in die Richtung, daß selbst ein Bewußtloser Schmerzen empfindet bzw. ihm durch Anwesenheit von nahen Angehörigen das Gefühl der Geborgenheit vermittelt werden kann⁸³. Zu Recht nicht gefolgt ist der BGH in VersR 1991, 350 (351) der Ansicht des OLG Stuttgart, das ein Schmerzensgeld schon mit der Begründung versagt hat, daß der Verletzte nicht anzugeben vermochte, für welche Annehmlichkeiten er das Schmerzensgeld verausgaben werde⁸⁴, ganz abgesehen davon, daß dafür auch das ihm verbleibende – unfallunabhängige – Einkommen ausreichen würde⁸⁵.

Wie der Verletzte über sein unfallunabhängiges Einkommen disponiert, geht den Schädiger gewiß nichts an. Aber auch in bezug auf die beabsichtigte Verwendung des Schmerzensgeldes ist der Geschädigte nicht darlegungspflichtig. Man kann das nur negativ formulieren: Wenn keine sinnvolle Verwendung des Schmerzensgeldes aufgrund des Gesundheitszustandes des Verletzten denkbar ist, dann soll auch die Zuerkennung von Schmerzensgeld entfallen. Freilich wird man sich diesbezüglich mit geringen Anforderungen begnügen können. Als ausreichend ist anzusehen, sich menschliche Zuwendung durch die Möglichkeit, Geldgeschenke zu machen, zu „erkaufen“ oder auch die Freude, freigebig sein zu können. Diese – beschränkten – Möglichkeiten sollten aber immerhin bei der Ausmessung des Schmerzensgeldes Beachtung finden.

Damit kann ich überleiten zum nächsten Gesichtspunkt:

e) *Bemessungsdeterminanten*. Der BGH betont in ständiger Rechtsprechung, daß der Richter sämtliche Umstände, die dem Einzelfall sein Gepräge geben, zu berücksichtigen und angemessen zu gewichten habe, ohne an starre Schemata gebunden zu sein⁸⁶. Wie sich die einzelnen Umstände aber auf das Endergebnis auswirken, bleibt richterliches Mysterium. Dies soll als „Vernebelungsprinzip“ bezeichnet werden. Viel könnte die Rechtsprechung zur besseren Nachvollziehbarkeit der richterlichen Festsetzung des zuerkannten Schmerzensgeldbetrags beitragen, wenn aus dem Urteil ersichtlich wäre, welche Überlegungen, Zuschläge und Abschläge, dafür maßgeblich waren, daß das Gericht gerade zu einem Betrag in der zuerkannten Höhe gelangt ist. Es geht – um einen Begriff von Steffen⁸⁷ zu verwenden – um die Herausarbeitung justizialer, kontrollierbarer Schadensmuster⁸⁸.

Auch die Entscheidung NZV 1998, 370 wendet sich vehement dagegen, die einzelnen Leidensphasen zu gewichten. Gleichzeitig wird aber stets betont, daß es einen Unterschied mache, ob Schmerzen bewußt erlebt würden oder dies nicht der Fall sei. Gerade Fälle, in denen der Verletzte das schädigende Ereignis nur während eines kurzen Zeitraums überlebt, würden sich hervorstechend dafür eignen, eine solche differenzierte Bewertung vorzunehmen.

So vehement manche Vertreter der Lehre⁸⁹ auch einen Abschied vom Genugtuungsprinzip fordern, der BGH hält daran dem Grunde nach fest, wenngleich er einräumt, daß das Genugtuungsprinzip geringeres Gewicht habe und nicht in jedem Fall zum Tragen kommen müsse⁹⁰. In Übereinstimmung mit Kern⁹¹ wäre es daher wünschenswert, wenn die Rechtsprechung den Anteil quantifizieren würde⁹², um den das Schmerzensgeld höher ausfällt, weil ein über die Ausgleichskomponenten hinausragender Genugtuungsaspekt in die Bewertung miteingeflossen ist.

Es ist – jedenfalls außerhalb der Fallgruppe des empfindungsunfähigen Verletzten, dessen Persönlichkeit zerstört wurde – allgemein anerkannt, daß neben der Intensität auch die Dauer

der Schmerzen die Höhe der Bemessung beeinflusst⁹³. Es stellt sich allerdings die Frage, welchen Stellenwert man diesem Kriterium zuweist. Bei manchen Darstellungen des Schmerzensgeldes ist es eines unter mehreren, wie etwa das Verschulden oder die Leistungsfähigkeit des Schädigers⁹⁴.

Nach dem hier vertretenen Ansatz ist die Dauer der Schmerzen neben der Schmerzintensität der zentrale Bemessungsfaktor⁹⁵. Je länger Schmerzen zu erdulden sind, um so höher muß – ceteris paribus – das Schmerzensgeld ausfallen. In den Schmerzensgeldtabellen müßte daher bei den Dauerschäden nicht nur die Schwere der Verletzung, sondern konsequenterweise auch das Alter oder noch besser die restliche Lebenserwartung des Verletzten ausgewiesen werden.

Das Schmerzensgeld müßte mit der Anzahl der Jahre, die der Verletzte noch vor sich hat, nahezu linear steigen. Zwar sind künftige Schmerzen abzuzinsen, weil – ähnlich wie die Entbehrung von Geld – das künftige Unlustgefühl weniger wiegt als das aktuelle. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß infolge der Geldentwertung ein nominell gleich hoher Betrag in Zukunft immer weniger ausreicht, um die dem Unlustgefühl äquivalenten Annehmlichkeiten finanzieren zu können, so daß die Abzinsung wegen der zeitlichen Ferne durch die zwischenzeitlich eintretende Inflation wieder aufgewogen wird.

Man mag einräumen, daß infolge der Gewöhnung der Schmerz im Zeitablauf als etwas weniger bedrückend empfunden werden mag; freilich kann auch das Gegenteil zutreffen, wenn mit dem unfallunabhängigen Alterungs- und Verschleißprozeß die Behinderung und die damit verbundenen Unannehmlichkeiten erst recht zum Tragen kommen. In jedem Fall geht es dabei um bloße Randkorrekturen, die an

80) Jaeger, VersR 1996, 1182. So auch Stein, in: MK-BGB (o. Fußn. 9), § 847 R.dnr. 7, die für das Schmerzensgeld – wie beim Vermögensschaden allein auf den Bedarf abstellt. Wenn man dabei den subjektiv-konkreten Bedarf des jeweiligen Verletzten meint, ist dies für das Schmerzensgeld zutreffend. Für den Vermögensschaden ist allerdings darauf hinzuweisen, daß sich diese von Zeuner (Gedanken zum Schadensproblem, Gedächtnisschrift für Dietz, 1973, S. 99 ff.; ders., AcP 163, 380 ff.) im Anschluß an § 843 BGB entwickelte These in der Folge nicht durchgesetzt hat.

81) In diesem Sinn auch BGH, VersR 1982, 880; OLG Düsseldorf, r + s 1996, 228 m. Anm. Lemcke = MDR 1996, 915 m. Anm. Jaeger.

82) Entsprechendes gilt auch im Bereich des Vermögensschadens. Vgl. dazu die Stärkungsmittelentscheidung des BGH, NJW 1958, 627 = VersR 1958, 176.

83) Insofern ist die Reduktion des Begriffs der „medizinisch notwendigen Betreuung“ auf den Einsatz der Apparatemedizin und das Verabreichen von Pillen und Infusionen zu eng. Vgl. dazu OLG Oldenburg VersR 1994, 1071.

84) Ist es ein Zufall, daß die zweitinstanzliche Entscheidung in der Schwabenmetropole gefällt wurde?

85) Wie der BGH auch Müller, Homburger Tage 1994, 26.

86) So auch Dressler, DAR 1996, 82; Scheffen, NZV 1994, 417.

87) (O. Fußn. 17), S. 723.

88) In diesem Sinne wohl Scheffen, NZV 1994, 417, die einen groben Raster nach dem Vorbild der Düsseldorf-Tabelle im Unterhaltsrecht vorschlägt. Gegenläufig wohl die Konzeption von Steffen (o. Fußn. 17), S. 723 ff., der jede Schmerzensgeldfestsetzung als Kunstwerk mit eigenem Schicksal („Kreativität des Haftungsrichters“, „Ausfüllen von Lücken mit den Mitteln des Richteramtes“, „Recht ist aufgerufen, dem Wandel Rechnung zutragen“, „Risse und Verwerfungen bei der Fortbildung des Rechts“, „Problemstau an anderen Orten“) ansieht. So sehr diese Sicht der Dinge durch die Stellung als Vorsitzender Richter des Haftpflichtsenats geprägt ist, an den schwierige Einzelfragen des jeweiligen Falles herangetragen werden, so sehr ist doch auch der Gesichtspunkt zu berücksichtigen, daß solche Entscheidungen Strahlkraft für die außergerichtliche Schadensregulierung von hunderten und tausenden ähnlich gelagerten Fällen haben.

89) So etwa Stein, in: MK-BGB (o. Fußn. 9), § 847 R.dnr. 5.

90) Dressler, DAR 1996, 82.

91) AcP 191, 268.

92) Abl. aber BGH, VersR 1961, 164; Müller, VersR 1993, 912; dies., Homburger Tage 1994, 11; Lorenz/Canaris (o. Fußn. 40), § 83 III, S. 592.

93) Stein, in: MK-BGB (o. Fußn. 9), § 847 R.dnr. 8; freilich mit dem Hinweis, daß eine Verkürzung der Lebensdauer bei der Schmerzensgeldbemessung anspruchserhöhend zu berücksichtigen sei.

94) In diesem Sinn wohl Müller, Homburger Tage 1994, 14; Scheffen, NZV 1994, 417.

95) So wohl auch Jaeger, VersR 1996, 1182 unter Hinweis auf die gegenläufige Judikatur. Wie hier aber BGH, VersR 1991, 350 (352); OLG Köln, VersR 1992, 171; OLG Oldenburg, VersR 1994, 1071.

der zentralen Bedeutung der restlichen Lebenserwartung für die Bemessung des Schmerzensgeldes nichts zu ändern vermögen.

f) *Zubilligung des Ersatzes in Form einer Rente – bloß im Interesse des Verletzten?* Würde bei den Dauerschäden anstelle eines Kapitalbetrags stets zusätzlich oder ausschließlich eine Rente zuerkannt, würde die Sensibilität für dieses Problem geschärft. Die Rente vermeidet gegenüber der Kapitalabfindung nämlich eine Unsicherheitskomponente, und zwar die Ungewißheit, wie lange der Verletzte noch leben bzw. seine Schmerzen zu erdulden haben wird. Sie trägt insoweit das mit der Schmerzensgeldbemessung angestrebte Ende in sich, als sie mit dem Tod des Verletzten wegfällt. Der Zuspruch einer Rente zwingt den Richter dazu, eine Gewichtung der pro Zeiteinheit anfallenden Schmerzen durchzuführen, während das bei einer Kapitalabfindung im billigen Ermessen leicht untergeht⁹⁶.

Bisher wurde die Zubilligung einer Rente als besonderes Privileg des Verletzten angesehen⁹⁷. In Fällen, in denen die Lebenserwartung infolge Beeinträchtigung der körperlichen Integrität herabgesetzt ist, ist erwägenswert, es dem Ersatzpflichtigen zu gestatten, sich von seiner Schmerzensgeldverpflichtung durch Zahlung einer Rente zu befreien⁹⁸. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang der Hinweis in der Entscheidung des *OLG Oldenburg*, VersR 1994, 1071, daß bei Schwerverletzten der Alterungsprozeß nach dem 20. Lebensjahr rapid zunimmt.

Würde man die veröffentlichten Schmerzensgeldurteile darauf hin untersuchen, was in einem kurzen Besprechungsaufsatz nicht zu leisten ist, so dürfte sich ergeben, daß die Schmerzensgelder bei kurzem Überleben in aller Regel zu einer Überentschädigung⁹⁹ führen, verglichen mit den Fällen, in denen der Verletzte noch eine lange Leidensphase vor sich hat. Auch insoweit¹⁰⁰ sollte eine Umverteilung stattfinden, ohne daß es dazu eines gesetzgeberischen Eingriffes bedarf. Eine solche Korrektur ergibt sich schon de lege lata aus der Beachtung der dem Schmerzensgeld innewohnenden Ziele.

III. (Vererbliches) Schmerzensgeld an empfindungslose Verletzte und Angehörigenschmerzensgeld

1. Abgeltung des seelischen Schmerzens der Angehörigen als mitverfolgtes, aber oft verfehltes Ziel

Die Rechtsprechung hat sich seit jeher wohl auch deswegen gesträubt, jegliches Schmerzensgeld an einen empfindungslosen Verletzten zu versagen, weil in vielen Fällen aufgrund des Sachverhaltes erkennbar war, wie stark die Angehörigen unter der Phase des Sterbens des Verletzten bzw. wegen seines unfallbedingten Todes gelitten haben, weshalb durch den Übergang des dem Verletzten zuerkannten Schmerzensgeldes im Erbweg wenigstens den Angehörigen etwas Gutes getan werden sollte¹⁰¹.

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz brachte im April 1988 einen Gesetzesvorschlag, der die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes zum Inhalt hatte, ein¹⁰². Nach der Reform, die zur Vererblichkeit des Schmerzensgeldes führte, hat es diesen wieder zurückgezogen, weil es meinte, daß damit ohnehin ähnliche Ergebnisse erzielt würden¹⁰³. Das ist indes nicht der Fall:

Der von der Rechtsprechung eingeschlagene Weg führt zur Bemessung der Schmerzen des Verletzten, die dieser wirklich erlitten hat oder die bei Zerstörung der Persönlichkeit annähernd so behandelt werden, als hätte er sie erlitten. Diese sind aber kein verlässlicher Gradmesser für den Schmerz der Angehörigen. Nur zufällig wächst der Schmerz der Angehörigen proportional zur Dauer des Komas des Verletzten bis zum Eintritt des Todes¹⁰⁴.

Aus einem weiteren Grund ist nicht gewährleistet, daß das Schmerzensgeld des Verletzten die Angehörigen bzw. Erben tatsächlich erreicht. Mit der Vererblichkeit des Schmerzensgel-

des ist es auch dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt. Und diese haben gegenüber den Rechten der Erben aus der Universalsukzession allemal Vorrang. Wenn die Trauer und die seelische Beeinträchtigung der Angehörigen der abzugeltdene Tatbestand ist, dann wird insoweit falsch angeknüpft. Es ist nämlich keinesfalls so, daß deren Trauer entschädigungslos bleiben soll, nur weil der Verletzte und in der Folge Verstorbene im Zeitpunkt des Ablebens überschuldet ist.

Schließlich läßt die Treffergenauigkeit auch hinsichtlich der erfaßten Personen zu wünschen übrig. In den Genuß des Schmerzensgeldes kommen die Erben, auch entfernte, die sich niemals um den Verletzten gekümmert haben. Auch solche sind Nutznießer, deren einzige gefühlsmäßige Beziehung nach dem Tod des Verletzten in der Freude besteht, Rechtsnachfolger des Schmerzensgeldanspruchs geworden zu sein. Im Extremfall wird gem. § 1936 BGB Rechtsnachfolger der Fiskus, der nicht einmal zu einer solchen Gefühlsregung in der Lage ist.

2. Ausweg durch ein Angehörigenschmerzensgeld – Minimierung weiterer Wertungswidersprüche

Eine Aufgabe der Rechtsprechung, die empfindungslosen Verletzten ein Schmerzensgeld zuspricht und anstelle dessen den Angehörigen direkt eine Abgeltung für deren immaterielle Nachteile zubilligt, würde viele Wertungswidersprüche ausräumen¹⁰⁵.

Mag der historische Gesetzgeber ein solches Trauerschmerzensgeld¹⁰⁶ auch nicht vorgesehen haben, so ist darauf zu verweisen, daß es in vielen westeuropäischen Rechtsordnungen vorgesehen ist. Auch in einer Empfehlung des Europarates aus dem Jahre 1975¹⁰⁷ ist es angesprochen. Spielt die Rechtsanglei-

96) Vgl. dazu *BGHZ* 120, 1(9), wo umgekehrt darauf hingewiesen wird, daß bei Festsetzung einer Schmerzensgeldrente, also der Umrechnung der im Regelfall geschuldeten Kapitalabfindung in eine Rente, zu berücksichtigen sei, daß der Verletzte eine verkürzte Lebenserwartung habe, die Rente somit höher auszufallen habe. *Jaeger*, VersR 1996, 1182 arbeitet sehr schön heraus, daß sich das Ausmaß des Einsatzes je nach Zugrundlegung der statistischen bzw. tatsächlichen Lebenserwartung fast um 100% unterscheidet.

97) *Müller* (Homburger Tage 1994, 27) verweist zudem darauf, daß Kapital und Rente in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen müssen, ohne näher darzulegen, welche Kriterien für die Ausgewogenheit zu beachten sind. Vgl. aber die Entscheidung *BGH*, VersR 1991, 350 (351), die darauf hinweist, daß das *BerGer.* bei der geringen Lebenserwartung des Verletzten überlegen hätte können, ob nicht zumindest in gewissem Umfang (also u. U. auch ausschließlich) die Zubilligung einer Rente angebracht gewesen wäre.

98) In diesem Sinn auch *BGH*, VersR 1991, 350 (352).

99) Es wird immer wieder darauf hingewiesen, daß eine exakte Ermittlung der Schmerzensgeldhöhe nicht möglich sei. Dies trifft insoweit zu, als die Bewertung von Schmerzen in hohem Maße dem richterlichen *Judiz* überantwortet werden muß, wozu die Wissenschaft in der Tat wenig beitragen kann. Anders verhält es sich freilich mit der relativen Richtigkeit der Festsetzung, wenn über bestimmte Bezugsgrößen Einigkeit hergestellt werden kann.

100) Einigkeit herrscht heute, daß Bagatelldschäden gar nicht oder mit geringeren Beträgen abgegolten werden sollen, die Entschädigung bei schweren Verletzungen aber entsprechend angehoben werden sollte. Vgl. dazu § 847 II BGB i. d. F. des Entwurfs eines Zweiten SchadensersatzrechtsänderungsG (BT-Dr 13/10435).

101) In diesem Sinn *Stein*, in: MK-BGB (o. Fußn. 9), § 847 Rdnr. 7. So auch die Einschätzung von *Kern* (o. Fußn. 32), S. 456. Vgl. auch *BGH*, VersR 1976, 660 (661), wo darauf hingewiesen wird, daß die Bemessung anders ausfallen könnte, wenn die Abgeltung des Schmerzes der Erben miteinbezogen werden könnte.

102) So *Hacks/Ring/Böhm*, Schmerzensgeldbeträge, 18. Aufl., (1997), S. 13.

103) Auf den Zusammenhang zwischen der Vererblichkeit des Schmerzensgeldes und der Diskussion über die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes weist auch *Lemcke* (r + s 1996), 230 hin.

104) In diesem Sinn aber *Stein*, in: MK-BGB (o. Fußn. 9), § 847 Rdnr. 53.

105) So auch *Kadner*, ZEuP 1996, 153; *Stein*, in: MK-BGB (o. Fußn. 9), § 847 Rdnr. 53.

106) So die Bezeichnung von *Dressler*, DAR 1996, 81.

107) Entschließung (75) 7 des Ministerkomitees des Europarates vom 14. 3. 1975 über den Schadensersatz im Falle von Körperverletzung und Tötung BGBl II 1976, 323.

chung im Schadensrecht auch nicht eine so zentrale Rolle wie in anderen Bereichen, so würde sich dessen Einführung doch immerhin harmonisch in die in Westeuropa üblichen Standards einfügen¹⁰⁸. Wie die rechtsvergleichenden Darstellungen und die aktuelle, vornehmlich rechtspolitische Diskussion zeigen, gibt es aber beträchtliche Auffassungsunterschiede über die konkrete Ausgestaltung.

3. Ausgestaltungsmöglichkeiten

a) *Nur bei Tötung oder auch bei schwerer Verletzung?* Während Scheffen¹⁰⁹ dafür plädiert, ein solches nur im Tötungsfall zuzubilligen, will die Mehrheit der Befürworter¹¹⁰ zusätzlich solche Fälle einbeziehen, in denen Angehörige durch die Pflege Schwerstverletzter auch immaterielle Einbußen erleiden. Wie in Punkt II.4.c dargelegt, ist eine solche Entschädigung im Verletzungsfall um so geringer zu bemessen, je angemessener die konkreten Pflegedienstleistungen abgelten werden. In diesem Zusammenhang sei darauf verwiesen, daß die Pflegedienstleistungen in Österreich von der Rechtsprechung wesentlich höher bewertet werden als in Deutschland¹¹¹.

b) *Kreis der Anspruchsberechtigten.* Was den Kreis der Anspruchsberechtigten betrifft, so herrscht Übereinstimmung darüber, daß bloß die engsten Familienangehörigen, die mit dem Verletzten bzw. Getöteten in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben¹¹², einbezogen werden sollen nicht aber auch noch die Kegelrunde. M.E. wäre überlegenswert, den Personenkreis als anspruchsberechtigt anzusehen, dem Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten zugestanden werden¹¹³.

Das würde einerseits zu einer Einbeziehung des Partners einer außerehelichen Partnerschaft und der Geschwister führen, wenn sie denn die engste Bezugsperson sind. Scheffen¹¹⁴ führt dagegen freilich zu Recht ins Treffen, daß dies solange nicht in Betracht komme, als solche Personen kein Unterhaltersatzanspruch zukomme. Im Zuge einer umfassenden Reform wäre freilich auch dies zu überdenken. Andererseits erscheint angesichts der Wohnverhältnisse in der heutigen Zeit, in der es viele Singles gibt, das Abstellen auf die häusliche Gemeinschaft m.E. als zu eng, wenngleich aus Praktikabilitätsgesichtspunkten eine derartige Formalisierung durchaus Vorzüge aufweist.

c) *Pauschale oder Bemessung im Einzelfall.* Auch besteht Uneinigkeit, ob die Trauer bzw. das seelische Leid der Angehörigen im Einzelfall bewertet oder mit einer Pauschale¹¹⁵ abgefunden werden soll. Für die Bewertung im Einzelfall sprechen sich diejenigen aus, die eine Entschädigung nur in besonders gravierenden Fällen vorsehen. Den Prinzipien des Schmerzensgeldes und dem Trend, Bagatellschäden von der Zuerkennung von Schmerzensgeld auszuklammern, entspricht es, die Zuerkennung auf besonders schwerwiegende Einzelfälle zu beschränken und individuell zu bemessen.

d) *Bewertung des Angehörigenschmerzes.* Schließlich stellt sich noch die Frage der Größenordnung der zuzubilligenden Entschädigung. Hat ein Verletzter längere Zeit im Koma dahin vegetiert, ohne daß ihm im Wege des Schmerzensgeld etwas Gutes getan werden konnte, fallen ganz erkleckliche Summen an die Erben. Demgegenüber ist m.E. zu beachten, daß der Schmerz wegen des Siechtums oder des Todes eines Angehörigen doch geringer zu veranschlagen ist als der eigene körperliche oder seelische Schmerz¹¹⁶.

4. Unterschiedliche Beurteilung

Abgesehen von diesen gewiß klärungsbedürftigen Detailfragen ist die Einschätzung des Schmerzensgeldes gespalten:

a) *Zurückhaltung bis Skepsis durch BGH-Richter.* Die Mehrheit der BGH-Richter, die sich in jüngerer Zeit¹¹⁷ in die Diskussion eingeschaltet haben, steht der Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes reserviert bis skeptisch gegenüber. Die

Schmerzensgeldbemessung führe schon bei der Körperverletzung zu erheblichen Bewertungsproblemen, so daß nicht ein weiteres dazu kommen möge¹¹⁸. Schwierigkeiten werden befürchtet bei der Sachverhaltsermittlung im Einzelfall¹¹⁹, insbesondere der Ermittlung des Grades der Wertschätzung bzw. Verbundenheit der Angehörigen gegenüber dem Getöteten¹²⁰. Auch besteht eine Abneigung gegen im Ausland übliche Pauschalbeträge¹²¹.

Manche Gegenargumente sind freilich kein Spezifikum des Trauerschmerzensgeldes. So wirft Müller¹²² die Frage auf, ob denn mit Geld sich solche Trauer überhaupt überwinden lasse. Darauf ist zu antworten: Wie beim Schmerz einer Körperverletzung oder Gesundheitsbeeinträchtigung ist ein Ausgleich im strengen Sinn nicht möglich, wohl aber kann ein solcher Geldbetrag mit dazu beitragen, daß der Angehörige aus seinem Kummer herausgerissen wird und auf andere Gedanken kommt.

Wenn Müller¹²³ darüber hinaus die Frage aufwirft, ob denn die Trauer des Reichen höher zu gewichten sei als die des Armen, so stellt sich diese Frage nicht anders als beim „gewöhnlichen“ Schmerzensgeld. Auch vermag der Vergleich nicht recht zu überzeugen, ob denn solche Trauer sich in der Tat mit dem Verlust von Gliedmaßen vergleichen lasse. Insofern ist darauf zu verweisen, daß es stets auf das tertium comparationis ankommt:

Im Vergleich zu herabsetzenden Äußerungen, für die im Weg eines Ersatzanspruchs wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in letzter Zeit nennenswerte Beträge zuerkannt worden sind¹²⁴, kann freilich die Trauer über das Siechtum oder den Tod der engsten Bezugspersonen eine sehr viel tiefergehende immaterielle Beeinträchtigung bedeuten¹²⁵. Und im übrigen ist nach dem hier vertretenen Ansatz der Schmerz über das Leiden bzw. den Tod eines Dritten erheblich geringer zu veranschlagen als eigene Schmerzen. Schließlich ist zu bedenken, daß durch die herrschende Rechtsprechung Beträge von 100 000 DM und mehr an die Erben transferiert werden, mag dafür auch der Verletzte als formaler Anknüpfungspunkt herhalten. Gegen das Postulat, daß lediglich der unmittelbar Verletzte zu entschädigen ist, wird auch derzeit schon verstoßen, wenn schon nicht der Konstruktion nach, so doch im wirtschaftlichen Ergebnis¹²⁶.

b) *Positive Beurteilung durch die rechtswissenschaftliche Literatur.* Demgegenüber gibt es eine Vielzahl an Stimmen aus der rechtswissenschaftlichen Literatur, die der Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes durchaus aufgeschlossen gegenüberstehen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien genannt Gontard¹²⁷, Hacks¹²⁸, Kadner¹²⁹, Kötz¹³⁰, Lieberwirth¹³¹, Odersky¹³²,

108) Kadner, ZEuP 1996, 153.

109) NZV 1995, 219.

110) Kern (o. Fußn. 32), S. 457; Kadner, ZEuP 1996, 150.

111) Nachw. bei Ch. Huber (o. Fußn. 14), S. 368 f.

112) Kadner, ZEuP 1996, 135, 151; Janke, ZRP 1997, 421.

113) Dazu Ch. Huber (o. Fußn. 14), S. 296 ff.

114) NZV 1995, 219.

115) In diesem Sinn Scheffen, NZV 1995, 219.

116) Anders die Einschätzung von Kadner, ZEuP 1996, 141.

117) Aufgeschlossen gegenüber einer solchen Änderung freilich noch BGH, VersR 1976, 660 (661).

118) Müller, VersR 1995, 493.

119) Dressler, DAR 1996, 81.

120) Müller, VersR 1995, 493.

121) Steffen (o. Fußn. 17), S. 731; Dressler, DAR 1996, 81; Müller, VersR 1995, 493.

122) VersR 1995, 493.

123) VersR 1995, 493.

124) Vgl. etwa BGHZ 128, 1.

125) Ebenso Kern (o. Fußn. 32), S. 457.

126) So auch Kern (o. Fußn. 32), S. 452.

127) DAR 1990, 375 ff.

128) NJW 1975, 1450 ff.

129) ZEuP 1996, 135 ff.

130) Zur Reform der Schmerzensgeldhaftung, Festschrift für von Caemmerer, 1978, S. 404.

131) DAR 1966, 179 ff.

132) Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger, 1989.

Scheffen¹³³, Stein¹³⁴, Stoll¹³⁵, Stürner¹³⁶, Vorndran¹³⁷. Es stellt sich dabei die Frage, ob die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes bloß als rechtspolitisches Vorhaben oder schon de lege lata in Betracht kommt.

5. Umsetzung

a) *De lege lata*. Während die allermeisten Autoren die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes bloß de lege ferenda befürworten, wird auch die Behauptung aufgestellt, daß ein solches schon de lege lata möglich wäre. Es bedürfte dazu gewiß eines temperamentvollen Anstoßes durch den BGH, um das Recht ein Stück vorzubringen, wie es Steffen¹³⁸ ausgedrückt hat. Der Genannte selbst war als Vorsitzender Richter des VI. Zivilsenats gerade eine solche Persönlichkeit. Er hat es aber sich und dem Haftpflichtsenat, dessen Vorsitzender er war, freilich hoch angerechnet, der Versuchung widerstanden zu haben, über das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein Angehörigenschmerzensgeld einzuführen¹³⁹.

Das häufig als sehr viel konservativer eingeschätzte BG der Schweiz hat diesbezüglich einen anderen Weg beschritten. Es hat in einer Entscheidung¹⁴⁰ einem Ehemann, dessen Lebensrhythmus durch das Erfordernis der umfassenden Pflege der schwerstverletzten Ehefrau arg in Mitleidenschaft gezogen wurde, für die ihm dadurch zugefügte Unbill gem. Art. 49 OR Ersatz wegen der immateriellen Einbuße zugebilligt¹⁴¹. Kadner¹⁴² schlägt vor, diesen Weg auch in Deutschland zu beschreiben.

Vorzugswürdig erscheint m. E. allerdings der Ansatz von Kern¹⁴³, der dafür plädiert, die Judikatur zu den Schockschäden zu lockern¹⁴⁴ und von einer pathologisch faßbaren Beeinträchtigung¹⁴⁵ abzusehen. Insoweit könnte der BGH an durchaus geläufige Strukturen anschließen¹⁴⁶. Es wäre eine behutsame Fortentwicklung auf dem Boden des geltenden Rechts möglich. Und schließlich würde dieser Ansatz ermöglichen, die Zuerkennung einer immateriellen Einbuße auf gravierende Beeinträchtigungen zu begrenzen¹⁴⁷.

b) *De lege ferenda*. Ob die Rechtsprechung den von Kern propagierten Weg einschlagen wird, ist fraglich. Hat sich der Gesetzgeber viele Jahrzehnte in bezug auf das Schadensrecht abinent gezeigt und die Fortbildung der Rechtsprechung überlassen, so ist er in jüngerer Zeit durchaus geneigt, Reformvorschläge aufzugreifen und in Gesetzesform zu gießen. Ob das langsamere Wirtschaftswachstum der 90er Jahre und die derzeit hohe Arbeitslosigkeit in der Tat gebieten, sich vom deutschen „Luxusschadensrecht“ zu verabschieden¹⁴⁸, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls eignet sich das Schadensrecht in keiner Weise, um damit Konjunkturpolitik zu betreiben! Tatsache ist aber, daß die Gesetzgebung derzeit überaus behutsam darauf achtet, die Schaffung neuer Schadensposten durch die Reduktion bei anderen zu kompensieren, um keinen Kostenschub bei den Haftpflichtversicherungsprämien auszulösen.

Insoweit sei dieser Besprechungsaufsatz auch als Appell an den Gesetzgeber verstanden, das Problem der immateriellen Entschädigung von Angehörigen eines Schwerverletzten oder Getöteten nicht durch die Streichung des § 847 I 2 BGB sowie die herrschende Judikatur als befriedigend gelöst anzusehen. Die bewußte Ausklammerung dieser Frage aus dem Entwurf eines Zweiten SchadensersatzrechtsänderungsG (BT-Dr 13/10435) dürfte insoweit auf einer Fehleinschätzung beruhen. Die bei Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes de lege lata geäußerte Befürchtung eines Damnbruchs, daß dann nämlich auch anderen mittelbar Geschädigten Ersatz gewährt werden müßte¹⁴⁹, könnte durch eine eindeutige gesetzgeberische Regelung gebannt werden.

Den Anliegen der Behindertenverbände wäre m. E. viel eher durch eine realistischere Bewertung der Pflegedienstleistungen Rechnung getragen als durch Zuerkennung von Schmerzens-

geld für Schmerzen, die der Verletzte niemals erlitten hat. Das Schmerzensgeld kann in solchen Fällen seine ureigenste Aufgabe, dem Verletzten selbst etwas Gutes zu tun, eine Erleichterung für die erlittene immaterielle Schäden zu bewirken, nicht erfüllen. Der Vorzug des hier vorgeschlagenen Weges liegt in der höheren Effizienz des Mitteleinsatzes. Er vermeidet die Abgeltung fiktiver Einbußen und führt mit höherer Treffergenauigkeit hinsichtlich Ausmaß und Erstreckung dazu, daß Ersatzbeträge an Personen fließen, die eine entsprechende Einbuße tatsächlich erlitten haben.

IV. Bewertung der konkreten Entscheidung

1. Bemessungskriterien

Der BGH mußte in der Entscheidung NZV 1998, 370 nicht abschließend zu der Frage Stellung nehmen, ob das Überleben der Verletzung um eine Stunde überhaupt als ersatzfähiger immaterieller Schaden anzusehen ist, weil gegen das Urteil des BerGer. bloß der Kl. Revision erhoben hat. Er läßt dies freilich durchblicken, indem er die kurze Zeit als Indikator dafür anspricht, daß der Verletzung gegenüber der Tötung keine eigenständige Bedeutung zukomme. Es stellt sich dann die Frage nach der kritischen Schwelle.

Dieses Abgrenzungsproblem wird entschärft, wenn man den hier vertretenen Ansatz übernimmt, daß das Schmerzensgeld in erster Linie nach der Intensität und der Dauer der Schmerzen zu bemessen ist. Selbst wenn man der Ansicht des BGH folgen sollte, daß auch ohne fühlbare Schmerzen Schmerzensgeld gewährt wird, würde die Besinnung auf die hier vertretenen Bemessungsgrundsätze dazu führen, daß an den Verletzten kein nennenswertes Schmerzensgeld mehr zuerkannt würde. Dabei könnte durchaus berücksichtigt werden, daß die Todesangst, sei sie auch nur für wenige Momenten gegeben, ein ganz besonders intensiver Schmerz ist¹⁵⁰. Und auch die Möglichkeit, in der Phase der Bewußtlosigkeit für den Verletzten noch Gutes tun zu können, sollte mit Vorsicht einbezogen werden. Je umfassender die medizinischen Kenntnisse darüber sind, um so handfestere Anhaltspunkte werden sich daraus für die Bemessung des Schmerzensgeldes ableiten lassen.

2. Problem der lebensverlängernden Maßnahmen

Als Argument gegen die Berücksichtigung der im Koma verbrachten Zeit¹⁵¹ für die Bemessung des Schmerzensgeldes ist ins Treffen geführt worden, daß kein Anreiz geschaffen werden solle, durch Einsatz der Apparatemedizin das Schmerzensgeld für die Angehörigen zu erhöhen¹⁵². Vielmehr wurde angenom-

133) NZV 1995, 219.

134) In: MK-BGB (o. Fußn. 9), § 847 Rdnr. 16.

135) Verhandlungen des 45. DJT (1964), 145 ff. und DAR 1968, 303 ff.

136) DAR 1986, 11.

137) ZRP 1988, 293 ff.

138) (o. Fußn. 17), S. 726.

139) (o. Fußn. 17), S. 731.

140) BGE 112 II 220.

141) Hinzugefügt sei freilich, daß das schweizerische Recht einerseits ein Angehörigenschmerzensgeld im Todesfall in Art. 47 OR sowie andererseits einen gesetzlich positivierten Ersatzanspruch wegen Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts in Art. 49 OR vorsieht, so daß die Voraussetzungen für eine derartige Rechtsfortbildung günstiger waren als im deutschen Recht.

142) ZEuP 1996, 153.

143) (o. Fußn. 32), S. 457.

144) Zur Auflockerung des noch viel restriktiveren Ansatzes des österr. OGH vgl. ZVR 1995, Nr. 46 sowie Karner, ZVR 1998, 182 ff.

145) Vgl. dazu BGH, VersR 1989, 853.

146) Abl. aber Müller, VersR 1995, 493.

147) So freilich auch der Ansatz von Kadner, ZEuP 1996, 151.

148) So Geier, ZfV 1996, 115.

149) Steffen (o. Fußn. 17), S. 731.

150) So auch im Sachverhalt NZV 1998, 370: Der Vater hatte Angst um sich und seine Ehefrau.

151) So der Standpunkt des Kl. in OLG Oldenburg, VersR 1996, 726.

152) So OLG Stuttgart, NJW 1994, 3016; Stein, in: MK-BGB (o. Fußn. 9), § 847 Rdnr. 53.

men, daß eine Entschädigung für die Zerstörung der Persönlichkeit als solche gebühre.

Nach dem hier vertretenen Ansatz sollte das Schmerzensgeld nach den Möglichkeiten bemessen werden, die bestehen, um für den Verletzten eine Linderung seines Leidens zu bewirken. Es ist dabei eine angemessene Relation zu den Größenordnungen bei bewußt erlebten Schmerzen herzustellen. Je weniger empfindungsfähig der Verletzte ist, um so weniger wird man durch Einsatz von Geldmitteln einen Beitrag zur Verminderung seines Leidens bewirken können.

Wenn man aber schon bei Zerstörung der Persönlichkeit Schmerzensgeld ohne Schmerzen zuerkennt, ist es m. E. sachgerecht, die Dauer des Leidens in Entsprechung zur Bemessung bei bewußt erlebten Schmerzen zu berücksichtigen¹⁵³. Die eigenständige Fallgruppe, die der BGH angesprochen hat, bezieht sich nach seinem eigenen Ausgangspunkt wohl nur auf die Gewichtung der nicht erlittenen Schmerzen, nicht aber darauf, daß eine globale Abgeltung für die Zerstörung der Persönlichkeit geleistet werden soll, unabhängig davon, wie lange die Beeinträchtigung andauert. Insoweit bezieht sich die Eigenständigkeit der Fallgruppe¹⁵⁴ nur auf einen ganz bestimmten Aspekt: Die Bemessung der nicht erlittenen Schmerzen soll fast zu dem Schmerzensgeldbetrag führen, als seien sie bewußt erlebt worden. Ansonsten soll aber auch dieser immaterielle Schaden nach den sonst üblichen Ansätzen ermittelt und abgegolten werden.

Bei Einsatz der Apparatemedizin zur Begründung oder Aufsetzung des Schmerzensgeldes der Erben ist freilich eine normative Korrektur geboten¹⁵⁵. Als letzte Bremse käme hier die Berufung auf Rechtsmißbrauch in Betracht. Diese Gefahr des Mißbrauchs soll aber nicht dazu führen, die Regel über Bord zu werfen und die Dauer der körperlichen Beeinträchtigung unberücksichtigt zu lassen.

3. Problem des künstlichen Komas

Der BGH spricht in dieser Entscheidung aus, daß die Grundsätze von BGHZ 120, 1 nicht anzuwenden seien, weil der Verletzte aufgrund einer Heilmaßnahme in ein künstliches Koma versetzt wurde, was mit der Zerstörung der Persönlichkeit nichts zu tun habe, während es in der Leitentscheidung darum ging, daß der Verletzte mit seiner Behinderung leben müsse.

Damit sollte zum einen ausgedrückt werden, daß der Schädiger ohnehin die Kosten des Heileingriffs zu tragen hat, der zu einer Reduzierung der Schmerzen geführt hat, weshalb er nicht auch noch mit einem Schmerzensgeld in einer Höhe belastet werden sollte, als ob der Verletzte die Schmerzen bei Bewußtsein erlebt hätte. Zum anderen könnte damit gemeint sein, daß in den Komafällen die Annäherung an die Bemessung des Schmerzensgeldes bei bewußtem Schmerzerlebnis nicht in Betracht komme, weil der Geschädigte dann nicht mit der Verletzungsfolge leben müsse.

Zu beachten ist freilich, daß die Versetzung in ein künstliches Koma durch den Unfall verursacht worden ist. Die weitgehende Empfindungsunfähigkeit und damit die Zerstörung der Persönlichkeit wäre wohl auch ohne das künstliche Koma eingetreten. Es erscheint daher wenig folgerichtig, derartige Sachverhalte nicht nach den in BGHZ 120, 1 genannten Bemessungsgrundsätzen zu behandeln.

V. Resümee

Die so gravierende Verletzung einer Person, daß sie ihre schwere Verletzung nur kurze Zeit überlebt, ist ungeachtet der menschlichen Tragik die Nagelprobe, an der sich die Geister scheiden. Der Annäherung an die Bemessung bei bewußt erlebten schwersten Verletzungen unter Berufung auf die Zerstörung der Persönlichkeit unabhängig von der Zeitdauer des

Überlebens steht die Gegenposition der fast vollständigen oder weitgehenden Versagung von Schmerzensgeld gegenüber.

Nach der hier vertretenen Ansicht sind diese Fälle mit den bisher anerkannten Funktionen des Schmerzensgeldes angemessen zu bewältigen, wobei das Genugtuungsprinzip, wenn überhaupt, jedenfalls im Regelfall der leicht fahrlässigen Schädigung eine untergeordnete Rolle spielt. Ein vom Gesetzgeber eingeführtes oder in Fortentwicklung der Schockschadensjudikatur begründetes Angehörigenschmerzensgeld könnte bewirken, daß die Abgeltung der immateriellen Einbuße denen zufließt, die damit etwas anfangen können.

Die striktere Berücksichtigung der zeitlichen Dimension der Schmerzen, mögen sie erlitten werden oder der Zustand ohne Schmerzwahrnehmung dem gleichgestellt sein, führt dazu, daß die Schmerzensgeldbeträge bei kurzfristigem Überleben selbst bei Übernahme der Grundsätze der neueren BGH-Judikatur auf ein viel geringeres Niveau zurückgeführt werden¹⁵⁶. Eine Denaturierung des Schmerzensgeldes durch weitere Funktionen ist überflüssig, ja sogar schädlich. Für eine Koordination beider Schmerzensgeldansprüche, der des Verletzten und der seiner Angehörigen, könnte das schweizerische Recht Vorbild sein, das eine Anrechnung nach Billigkeit vorsieht, die vornehmlich dann zu erfolgen hat, wenn das Schmerzensgeld vom Verletzten nicht widmungsgemäß verbraucht wurde¹⁵⁷.

Den Opfern schließlich, die einen längeren Zeitraum überleben, ist durch eine marktkonforme Bemessung der Pflegedienstleistungen mehr gedient als ein Schmerzensgeld, das ihnen nach seiner genuinen Intention gerade nicht gebührt. Wenige Argumente sollen dafür ohne Anspruch auf Vollständigkeit ins Treffen geführt werden: Es wird eine Doppelentschädigung durch Schadensersatz und Pflegegeld verhindert. Die Rente trägt ihr zeitliches Ende in sich. Es passiert eine Anpassung an die Inflation¹⁵⁸. Schlußendlich ist eher gewährleistet, daß der Betrag denen zufließt, die sich um die bemitleidenswürdige Kreatur gekümmert haben¹⁵⁹. Der Preis dafür ist freilich, daß von der allzu freien Stellung des Tatrichters nach § 287 ZPO, wie sei beim Immaterialschaden anerkannt ist, bei der Ermittlung des Umfangs Abstriche zu machen wären.

153) So auch Jaeger, MDR 1998, 451.

154) Eine eigene Fallgruppe ist nicht erst durch BGHZ 120, 1 geschaffen worden. Auch die Rechtsprechung zur bloß symbolhaften Entschädigung (BGH, NJW 1976, 1147) mußte einen eigenen Weg beschreiten. Was sich somit geändert hat, ist nicht die besondere Behandlung solcher Fälle an sich, sondern die Begründung und der Bemessungsansatz.

155) So auch Jaeger, VersR 1996, 1185. Ders., MDR 1998, 453 verweist darauf, daß es gelungen sei, das Leben einer hirntoten Schwangeren um 107 Tage zu verlängern. In Erinnerung gerufen sei auch, daß im ehemaligen Jugoslawien Marschall Tito beträchtliche Zeit künstlich am Leben gehalten wurde, um Zeit für politische Nachfolge zu gewinnen. Die Möglichkeiten der Apparatemedizin haben seither gewiß zugenommen.

156) Deutlich wird die Überentschädigung bei kurzfristigem Überleben etwa in der Entscheidung OLG Düsseldorf, MDR 1998, 470: Für einen Zeitraum von 5 Wochen, die der Verletzte im Koma verbracht hat, wurden 135 000 DM für angemessen gehalten, wobei freilich hinzuzufügen ist, daß das Gericht lediglich zu prüfen hatte, ob der Betrag zu niedrig sei, weil bloß die Kl. Berufung dagegen erhoben hatte. Das wurde denn auch abgelehnt. Setzt man diesen Zuspruch in Relation zur Entscheidung OLG Düsseldorf, VersR 1993, 113, in der einem 33-jährigen schwerstverletzten Mann annähernd 600 000 DM Schmerzensgeld zuerkannt worden sind, so wären bei Akzeptanz der hier vertretenen These, daß das Schmerzensgeld annähernd linear nach Dauer und Intensität der Schmerzen auszumessen ist, dort lediglich die Schmerzen für ein halbes Jahr abgedeckt, ungeachtet des Umstandes, daß es sich dabei nach meinem Kenntnisstand um den höchsten bisher zuerkannten Schmerzensgeldbetrag handelt. Selbst ein Schwerstverletzter 33-jähriger hat eine deutlich höhere Lebenserwartung! Vgl. aber Stein, in: MK-BGB (o. Fußn. 9), § 847 Rdnr. 53: Schon derzeit muß die Höhe des Schmerzensgeldes von den Angehörigen „entwürdigend niedrig“ empfunden werden.

157) Dazu Kadner, ZEuP 1996, 136.

158) Abl. gegenüber einer dynamischen Rente beim Schmerzensgeld aber Müller, Homburger Tage 1994, 27.

159) Wegen der widmungsgemäßen Verwendung wird eine Abtretung an § 399 Alt. 2 BGB und folgerichtig auch ein Zugriff durch die Gläubiger scheitern.