

VersR

Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht

Egon Lorenz (Hrsg.)

62

Karlsruher Forum 2016: Schmerzensgeld

Mit Vorträgen von Claudia Schubert
und Christian Rolfs und Dokumentation
der Diskussion



Versicherungsrecht

Schriftenreihe
der Zeitschrift Versicherungsrecht (VersR)

Im Einvernehmen mit
der Schriftleitung
herausgegeben von

Prof. Dr. Egon Lorenz
Universität Mannheim
Fakultät für Rechtswissenschaft
und Volkswirtschaftslehre

Band 62

Egon Lorenz (Hrsg.)

Karlsruher Forum 2016:

Schmerzensgeld

**Vorträge von
Claudia Schubert und Christian Rolfs
und
Dokumentation der Diskussion**



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zitiervorschlag:

Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2016: Schmerzensgeld
(VersR-Schriften 62), S.

© 2017 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2017 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

ISSN 1431-6463

ISBN 978-3-89952-930-2

Inhaltsverzeichnis

Einführung

Prof. Dr. Egon Lorenz, Mannheim	1
---------------------------------	---

Vorträge

Prof. Dr. Claudia Schubert, Bochum <i>Schmerzensgeld</i>	3
---	---

Prof. Dr. Christian Rolfs, Köln <i>Schmerzensgeld und Versicherung</i>	41
---	----

Aus der Diskussion

Prof. Dr. Hans-Jürgen Ahrens, Osnabrück	73
---	----

Prof. Dr. Oliver Brand, LL.M. (Cambridge), Mannheim	75
---	----

Prof. Dr. Christian Huber, Aachen	78
-----------------------------------	----

Dr. Gerda Müller, Vizepräsidentin des BGH a. D., Karlsruhe	81
--	----

Prof. Dr. Claudia Schubert, Bochum	83
------------------------------------	----

Prof. Dr. Christian Rolfs, Köln	86
---------------------------------	----

Prof. Dr. Johannes Köndgen, Bonn	88
----------------------------------	----

Prof. Dr. Ernst Karner, Wien	91
------------------------------	----

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg	94
---------------------------------------	----

Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M. (University of Chicago), Berlin	97
---	----

Prof. Dr. Claudia Schubert, Bochum	100
------------------------------------	-----

Prof. Dr. Egon Lorenz, Mannheim	102
---------------------------------	-----

Prof. Dr. Christian Rolfs, Köln	103
---------------------------------	-----

Prof. Dr. Dirk Looschelders, Düsseldorf	104
---	-----

Prof. Dr. Gottfried Schiemann, Tübingen	106
---	-----

Prof. Dr. Andreas Spickhoff, München	107
--------------------------------------	-----

Prof. Dr. Christian Armbrüster, Berlin	109
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Christian von Bar, LL.M. (Cambridge), FBA, Osnabrück	111
Prof. Dr. Barbara Grunewald, Köln	114
Prof. Dr. Nils Jansen, Münster	115
Prof. Dr. Egon Lorenz Mannheim	117
Prof. Dr. Nils Jansen, Münster	118
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Christian von Bar, LL.M. (Cambridge), FBA, Osnabrück	118
Prof. Dr. Nils Jansen, Münster	118
Prof. Dr. Johannes Hager, München	118
Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit, München	120
Dr. Emmanuela Truli, Athen	123
Prof. Dr. Torsten Iversen, Aarhus	126
Prof. Dr. Claudia Schubert, Bochum	131
Prof. Dr. Christian Rolfs, Köln	134

Einführung

Prof. Dr. Egon Lorenz, Mannheim

Zur Begrüßung

Prof. Dr. Egon Lorenz begrüßt die Teilnehmer des 58. Karlsruher Forums. Er dankt dem durch Herrn Geschäftsführer *Dr. Dirk Solte* vertretenen Verlag Versicherungswirtschaft für die Ausrichtung, Herrn Vorstandsvorsitzenden *Norbert Heinen* als Gastgeber, dass das Forum wiederum im Hause der Karlsruher Lebensversicherung AG stattfinden kann, und Frau *Dr. Margret Obladen* für die Grußworte des Gastgebers.

Die Anwesenden gedenken den langjährigen Teilnehmern des Karlsruher Forums *Prof. Dr. Werner Lorenz* († 2014) und *Prof. Dr. Dieter Medicus* († 2016), der bis 1996, über 28 Jahre hinweg, Diskussionsleiter des Forums war.

Vorträge

Prof. Dr. Claudia Schubert, Bochum

Schmerzensgeld*

I.	Einleitung	5
	1. Der Begriff des Schmerzensgeldes – gebräuchlich, aber unpassend	5
	2. Zum Stand der Rechtsentwicklung und zum Veränderungsbedarf	6
II.	Systembildung beim Ausgleich immaterieller Schäden	8
III.	Funktion des Schadensersatzes bei immateriellen Einbußen	10
	1. Von Schadensausgleich und Genugtuung zur Wiedergutmachung immaterieller Schäden	10
	2. Keine eigenständige Präventionsfunktion des Schadensersatzes	15
IV.	Umfang der Wiedergutmachung immaterieller Schäden	17
	1. Zulässige Bemessungskriterien	17
	a) Vom Entschädigungszweck getragene Bemessungskriterien	17
	b) Wirtschaftliche Belastbarkeit des Geschädigten	19
	c) Wirtschaftliche Belastbarkeit und Versicherung des Schädigers	20
	d) Verzögerte Schadensregulierung	21
	2. Vorgehen bei der Bemessung der Entschädigung	23
	a) Zur Zweckmäßigkeit von Standardisierungen und Pauschalierungen	23
	b) Kohärente Bemessung der Entschädigung – vom Nutzen der sog. Schmerzensgeldtabellen	25

* Vortrag, gehalten am 19.2.2016 in Karlsruhe.

V.	Ersatzfähige immaterielle Schäden	28
1.	Zentrale Bedeutung der Verletzung eines personenbezogenen Rechtsguts	28
2.	Erweiterung der Entschädigung immaterieller Einbußen	29
a)	Entschädigung beim Erleiden von Todesangst	29
b)	„Angehörigenschmerzensgeld“ – eine Lücke in der Rechtsordnung	30
aa)	Zur Einführung eines sog. Angehörigenschmerzensgeldes de lege ferenda	30
bb)	Haftungsgrund für die Entschädigung der Angehörigen	32
cc)	Entschädigung der Angehörigen in Todesfällen und bei schweren Verletzungen	33
dd)	Anspruchsberechtigte Angehörige	34
ee)	Bemessung der Entschädigung	37
VI.	Plädoyer für eine grundsätzliche Gleichstellung materieller und immaterieller Schäden	38

I. Einleitung

1. Der Begriff des Schmerzensgeldes – gebräuchlich, aber unpassend

Der Begriff des Schmerzensgeldes ist so gebräuchlich, weil er anschaulich ist. Seine Bildlichkeit war im 19. Jahrhundert hilfreich, als die dogmatische Einordnung des Ausgleichs immaterieller Schäden als Schadensersatz oder Privatstrafe bzw. Buße hoch umstritten war.¹ Unter dem Eindruck der Arbeit von *Waechters* wurde das Schmerzensgeld in das Haftungsrecht integriert.² Insbesondere *Windscheid* schloss sich dem an und konstatierte: „auch das ist Entschädigung, wenn die dem Verletzten verursachte schmerzliche Empfindung durch Verursachung einer angenehmen Empfindung wieder aufgewogen wird“.³ Daraus entstand die Metapher von der Verschaffung von Annehmlichkeiten.⁴ Diese und der Begriff „Schmerzensgeld“ haben mit ihrer prägenden Kraft weit in das 20. Jahrhundert hinein gewirkt und selbst die zentrale Entscheidung des Großen Senats aus dem Jahre 1955 beeinflusst.⁵

Doch das Anschauliche wird verfälschend und damit falsch, wenn die Implikationen des Sprachbildes mit der inzwischen entstandenen Dogmatik in Konflikt geraten oder wenn sie nur exemplarisch eine Facette wiedergeben. Schließlich beschränkt sich die Kompensation von Nichtvermögensschäden nicht auf die Folgen von Körperverletzungen, Gesundheitsbeschädigungen oder Sexualdelikten. Entschädigt wird der vertane Urlaub ebenso wie die Benachteiligung wegen eines personenbezogenen Merkmals nach dem AGG oder die Verletzung der ideellen Bestandteile des allgemeinen Per-

1 Zur historischen Rechtsschule, die nur Vermögensschäden als Gegenstand einer Obligation anerkannte und den Ersatz ideeller Schäden als Privatstrafe qualifizierte, *Arndts v. Arneseberg*, Lehrbuch der Pandekten 10. Aufl. 1879 S. 341 (§ 202); *Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches Bd. II 5. Aufl. 1897 S. 48 f. (§ 21); *Mommsen*, Beiträge zum Obligationenrecht 1855 S. 3, 5, 122, 133; *Puchta*, Pandekten Bd. I 1841 S. 343 f.; *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts Bd. I 1840 S. 9; dazu *Braschos*, Der Ersatz immaterieller Schäden im Vertragsrecht 1979 S. 14 ff.; *Ebert*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht 2004 S. 193; *Göthel AcP* 205 (2005), 36 (38 ff.); *Nehlsen-v. Stryck JZ* 1987, 119 (120 f.); s. auch *Walter*, Geschichte des Anspruchs auf Schmerzensgeld 2004 S. 241 ff.

2 v. *Waechter*, Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen Recht 1874 S. 72 ff.; zur historischen Bedeutung v. *Waechter* s. *Kern* in *Kern*, Zwischen Romanistik und Germanistik. Carl Georg von Waechter (1797–1880) 2000 S. 149, 152 ff.

3 *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II 4. Aufl. 1875 § 251 Fn. 3, § 455 Fn. 31; ähnlich *Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht 1889 S. 197; dazu *Braschos* aaO (Fn. 1) S. 14 ff.; *Ebert* aaO (Fn. 1) S. 448 ff.

4 BGHZ 18, 149 (156) = VersR 1955, 615.

5 BGHZ 18, 149 (154 ff.) = VersR 1955, 615; s. auch BGH VersR 1982, 880.

sönlichkeitsrechts. Dabei sind nicht in jedem Fall Schmerzen und Leiden die dominierende Einbuße. Der Kreis der ersatzfähigen ideellen Schäden ist größer geworden. Die Entschädigung immaterieller Einbußen reicht inzwischen weit über das Schmerzensgeld im historischen Sinne hinaus. Als Bezeichnung eignet sich daher besser der Ausgleich oder die Wiedergutmachung immaterieller Schäden, während sich der Begriff Schmerzensgeld auf das beschränken sollte, was er heute nur noch sein kann: Illustration.⁶

2. Zum Stand der Rechtsentwicklung und zum Veränderungsbedarf

Die kritische Betrachtung des Begriffs leitet über zu einem ersten programmatischen Ziel: Für eine konsistente Weiterentwicklung der Entschädigung ideeller Einbußen ist eine widerspruchsfreie Gestaltung der einzelnen Teilbereiche wichtig. Die isolierte Betrachtung der Entschädigung nach § 253 BGB, bei Persönlichkeitsverletzungen und nach § 15 Abs. 2 AGG leistet einer inkonsistenten Entwicklung Vorschub, die für die Stimmigkeit einer Rechtsordnung nicht wünschenswert ist. Dass ein Entwicklungsbedarf selbst im traditionellen Bereich des Schmerzensgeldes gesehen wird, belegt die Voranfrage sowie der Vorlagebeschluss des 2. Strafsenats des BGH, der die Höhe der Entschädigung entgegen der Rechtsprechung der übrigen Zivil- und Strafsenate ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Versicherung des Schädigers sowie des Geschädigten bestimmen möchte.⁷

Unabhängig davon birgt die Bemessung einer Entschädigung wegen der Inkommensurabilität des Schadens für die richterliche Praxis nach wie vor Schwierigkeiten, sodass zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit und der Gleichheit vor dem Gesetz seit langem Vergleichsbetrachtungen erfolgen.⁸ Der Nutzen von sog. Schmerzensgeldtabellen ist jüngst in die Diskussion

6 Dazu *Schubert*, Wiedergutmachung immaterieller Schäden 2013 S. 13 ff.

7 BGH vom 8.10.2014 – 2 StR 137/14, 2 StR 337/14 – NStZ-RR 2015, 382 Tz. 22 ff.; vom 14.4.2016 – 2 StR 137/14, 2 StR 337/14 – Tz. 30 ff. (juris).

8 BGH VersR 1970, 281 (282); VersR 1976, 967 (969); OLG Köln VersR 2004, 1055 (1057); OLG Köln vom 17.5.2006 – 19 U 37/06 – NZV 2007, 204 (205); OLG Celle VersR 2007, 543; OLG Saarbrücken vom 27.11.2007 – 4 U 276/07-93, 4 U 276/07 – NJW 2008, 1166 (1169); *Spindler* in Bamberger/Roth, BGB Bd. 13. Aufl. 2012 § 253 Rn. 28; *Oetker* in Münch. Komm. zum BGB 7. Aufl. 2016 § 253 Rn. 37; *Schiemann* in Staudinger, BGB 2005 § 253 Rn. 34.

geraten.⁹ Zudem zeigt die von *Schwintowski, Cordula* und *Michel Schah Sedi* vorgeschlagene pauschalierende Berechnung i. S. eines *calcul au point*¹⁰ die Notwendigkeit, erneut über die Bemessung der Entschädigung nachzudenken.

Der Rechtssetzungsbedarf in diesem Bereich des Schadensersatzrechts mag überschaubar sein.¹¹ Dauerbrenner ist und bleibt das sog. Angehörigenschmerzensgeld, dessen Regelung sich die Große Koalition für die 18. Legislaturperiode vorgenommen hat.¹² Ein Referentenentwurf liegt noch nicht offiziell vor. Die weiteren Überlegungen nehmen daher vor allem auf die Vorschläge des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz aus den Jahren 2012 und 2015¹³ Bezug. Für wie notwendig eine Ergänzung der deutschen Rechtsordnung gehalten wird, zeigt nicht nur die Vielzahl der Beiträge in der Literatur.¹⁴ Illustrierend für die empfundene Rechtsschutzlücke sei auch darauf verwiesen, dass die Lufthansa AG nach dem Absturz des Germanwings-Flugzeugs am 24.3.2015 in Frankreich den Angehörigen der getöteten Passagiere freiwillig ein Angehörigenschmerzensgeld angeboten hat und dass die deutschen Angehörigen derzeit eine Klage vor US-amerikanischen Gerichten anstreben, um vor deren Hintergrund eine höhere Entschädigung mit der Lufthansa AG zu vereinbaren.¹⁵

Darüber hinaus zeigen Schadensereignisse wie die in Panik endende Love-Parade in Duisburg im Jahre 2010 oder das Zugunglück von Bad Aiblingen

- 9 Vgl. Arbeitskreis II des 50. Verkehrsgerichtstags 2012, Arbeitskreis I (<http://www.deutscher-verkehrsgerichtstag.de/vgt/themen-empfehlungen/17-50-deutscher-verkehrsgerichtstag-2012> – Stand 3.1.2017); für die Verwendung *Luckey* SVR 2014, 125 (127); *Sliczyk* SVR 2014, 10 (12); s. auch *Höke* NZV 2014, 1 (3).
- 10 *Schwintowski* in *Schwintowski/Schah Sedi/Schah Sedi*, Handbuch Schmerzensgeld 2013 S. 42 ff.
- 11 *Wagner*, Gutachten zum 66. DJT 2006 Bd. I A 1, 65.
- 12 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 16.12.2013 S. 102 (<https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> – Stand 3.1.2017).
- 13 Gesetzentwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 15.2.2012 (https://www.justiz.bayern.de/media/gesetz-entwurf_verb_zivilrechtl_rechtstellung_unfallopfer.pdf – Stand 3.1.2017); Gesetzentwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 1.1.2015 (https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/gesetz-entwurf_angehoerigenschmerzensgeld.pdf – Stand 3.1.2017).
- 14 *Brand* in *Festschrift für Jaeger* 2014 S. 191 ff.; *Höke* NZV 2014, 1 (4); *Huber* NZV 2012, 5; *Jaeger* VRR 2012, 4; *Janssen* ZRP 2003, 156; *Kadner Graziano* RIW 2015, 549; *Katzenmeier* JZ 2002, 1029 (1034 f.); *Klinger* NZV 2005, 290; *Schwintowski/Schah Sedi* zfs 2012, 6; *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter* NZV 2012, 471; s. auch die Empfehlung des 50. Verkehrsgerichtstags 2012, Arbeitskreis I (<http://www.deutscher-verkehrsgerichtstag.de/vgt/themen-empfehlungen/17-50-deutscher-verkehrsgerichtstag-2012> – Stand 3.1.2017); vgl. weiter *Bischoff* MDR 2004, 557 (558 f.); a. A. *G. Müller* zfs 2009, 62 (64).
- 15 Vgl. FAZ vom 21.7.2015 „Hinterbliebene erhalten im Schnitt über 100.000 Euro“; MoPo vom 20.10.2015 „Flugzeugabsturz Germanwings-Opferanwalt will Entschädigung in USA erzwingen“.

im Februar 2016, dass nicht nur der Tod, sondern auch schwere Verletzungen oder Todesangst denkbare Anknüpfungspunkte für den Ersatz ideeller Schäden sein können.

Damit sind die zentralen Punkte für die Weiterentwicklung der Entschädigung von Nichtvermögensschäden umrissen: Erstens das System des Ausgleichs immaterieller Schäden, zweitens die konsistente, handhabbare und verfassungskonforme Bemessung der Entschädigung und drittens die Erweiterung des Ausgleichs immaterieller Schäden.

II. Systembildung beim Ausgleich immaterieller Schäden

Die wesentlichen Teilbereiche des Ausgleichs immaterieller Schäden – die Entschädigung nach § 253 Abs. 2 BGB, wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und nach § 15 Abs. 2 AGG – haben sich in der Vergangenheit eher isoliert entwickelt und dabei Eigenarten ausgeprägt, an deren Berechtigung zu zweifeln ist. Das Schmerzensgeld galt dem Großen Senat zwar noch als Anspruch eigener Art¹⁶, aber seit der Streichung des § 847 Abs. 1 S. 2 BGB a. F. im Jahre 1990 und spätestens mit dem Inkrafttreten des § 253 Abs. 2 BGB im Jahre 2002 war der Ausgleich ideeller Schäden Bestandteil des Schadensersatzrechts.¹⁷

Im Gegensatz dazu gilt der Anspruch auf Entschädigung wegen einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Rechtsprechung weiter als Anspruch eigener Art.¹⁸ Dies mag zunächst eine Ausflucht gewesen sein, um den Vorwurf eines Judizierens *contra legem* bei der Ableitung des Entschädigungsanspruchs zu vermeiden. Überzeugender wäre vor der Schadensersatzrechtsreform 2002 jedoch eine Analogie zu § 847 BGB a. F. gewesen.¹⁹ Sie hätte sich mit dem vorkonstitutionellen Charakter des § 847 BGB a. F.

16 BGHZ 18, 149 (1. LS) = VersR 1955, 615.

17 Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/7752 S. 14 f.

18 BGHZ 128, 1 (15) = VersR 1995, 305; bestätigend BGH VersR 1996, 339 (340).

19 *Canaris* in Festschrift für Deutsch 1999 S. 85, 86, 100; *Lange* in *Lange/Schiemann*, Schadensersatz 3. Aufl. 2003 S. 452 f.; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2 13. Aufl. 1994 S. 494 f.; *Schiemann* aaO (Fn. 8) § 253 Rn. 56; s. auch *Deutsch* ZRP 1998, 292; *Peifer* JR 1996, 420 (421 f.); *H. P. Westermann* in I. Koller u. a. (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken, Symposium zu Ehren von Claus-Wilhelm Canaris 1998 S. 125, 131.