

Dominik Erm

**Vorteilsanrechnung beim
Schmerzensgeld – ein Beitrag
zur Fortentwicklung des
Schadens(ersatz)rechts**

Dr. Dominik Erm

Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld

– ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts

IVR

Düsseldorfer Schriften zum Versicherungsrecht

Veröffentlichungen des Instituts für Versicherungsrecht
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Band 15

Herausgeber: Prof. Dr. Dirk Looschelders
Prof. Dr. Lothar Michael

Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts

Dr. Dominik Erm



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.

– zugl. Dissertation der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf, 2013 –

Erstgutachter: Prof. Dr. Dirk Looschelders
Zweitgutachter: Prof. Dr. Nicola Preuß
Tag der mündlichen Prüfung: 25. Februar 2013

D 61

© 2013 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:

© 2013 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.

Herstellung printsystem GmbH Heimsheim

ISSN 1867-870X

ISBN 978-3-89952-725-4

Meiner Familie

Vorwort des Autors

Die Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf hat die vorliegende Abhandlung im Sommersemester 2012 als Dissertation angenommen. Bei der Aktualisierung konnten Rechtsprechung und Literatur bis Ende Februar 2013 berücksichtigt werden.

Herzlich danken möchte ich zunächst meinem Doktorvater, Prof. Dr. *Dirk Looschelders*, für die engagierten Denkanstöße bei der Themenfindung, die fortwährende Betreuung meiner Dissertation sowie die überaus angenehme und lehrreiche Zeit sowohl als studentischer als auch als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl. Besonders bedanken möchte ich mich für sein Verständnis, mir großzügig Freiräume zu gewähren, um an dem dogmatischen Thema wissenschaftlich forschen zu können. Zu Dank bin ich ihm darüber hinaus verpflichtet, da er mich schon seit Beginn meines Studiums in vielfältigster Weise gefördert hat. Die Gespräche mit ihm empfinde ich stets als eine persönliche Bereicherung.

Prof. Dr. *Nicola Preuß* danke ich sehr für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Für ihre hilfreichen Korrekturarbeiten möchte ich mich herzlichst bei *Nora Henrich* bedanken. Besonderen Dank hat ferner Dr. *Jens Heinig*, LL.B. für seinen fachlichen Rat und seine Unterstützung verdient. Hervorzuheben ist darüber hinaus die Förderung durch das Institut für Versicherungsrecht als Teil der Düsseldorf Law School sowie durch den Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e.V. Bei den Herausgebern der „Düsseldorfer Reihe“ bedanke ich mich sehr für die freundliche Aufnahme meiner Arbeit.

Mein besonderer Dank gebührt meinen Eltern für ihre verständnisvolle Unterstützung während meiner gesamten Ausbildung. Ihres Rückhalts konnte ich mir immer sicher sein.

Düsseldorf, im April 2013

Dominik Erm

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Einleitung	1
A. Problemstellung	1
B. Ziel der Untersuchung	6
C. Gang der Untersuchung	8
D. Terminologie	11
1. Kapitel: Rechtshistorische Grundlagen	13
A. Einleitung	13
B. Entwicklungen des Schmerzensgeldanspruchs	14
C. Erkenntnisse für die Untersuchung	26
2. Kapitel: Immaterielles Schadensrecht	27
A. Einführung	27
B. Immaterielle Nachteilswerte	29
C. Immaterielle Vorteilswerte	66
D. Erkenntnisse des ersten Grundlagenteils	96
3. Kapitel: Immaterielles Schadensersatzrecht	99
A. Einführung	99
B. Ausgleichsprinzip	103
C. Präventionsfunktion	113
D. Genugtuungsfunktion	121
E. Rechtsfortsetzung und Rechtsverfolgung	161
F. Versorgungsfunktion	164
G. Konsumschutzprinzip	169
H. Ökonomische Analyse des Rechts	171
I. Erkenntnisse des zweiten Grundlagenteils	175
J. Ausblick auf die beiden Hauptteile	177

4. Kapitel: Vorteilsanrechnung	179
A. Dogmatische Grundlagen.....	179
B. Dogmatische Einordnung	198
5. Kapitel: Immaterielle Vorteilswerte	201
A. Einführung	201
B. Fallbeispiele	204
C. Meinungsstand	231
D. Parallele: Mitverantwortlichkeit des Verletzten.....	245
E. Ökonomische Analyse des Rechts	250
F. Rechtliche Würdigung	253
6. Kapitel: Materielle Vorteilswerte.....	313
A. Einführung	313
B. Fallbeispiele	318
C. Meinungsstand	323
D. Parallele: Materieller Ersatzanspruch.....	329
E. Rechtliche Würdigung	340
7. Kapitel: Erkenntnisse für die Fallgruppen.....	391
A. Übertragung der Anrechnungskriterien.....	391
B. Immaterielle Vorteilswerte.....	395
C. Materielle Vorteilswerte	414
D. Parallele: Materieller Ersatzanspruch.....	420
E. Sanktionierung als Ausnahme.....	424
8. Kapitel: Zusammenfassung	425
Literaturverzeichnis	441

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXIX
Einleitung	1
A. Problemstellung	1
B. Ziel der Untersuchung.....	6
C. Gang der Untersuchung	8
D. Terminologie.....	11
1. Kapitel: Rechtshistorische Grundlagen	13
A. Einleitung.....	13
B. Entwicklungen des Schmerzensgeldanspruchs	14
I. Römisches Recht	14
II. Germanisches Recht	15
III. Deutscher Rechtskreis	15
1. Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden	15
2. Rechtsnatur des Schmerzensgeldes	17
IV. Bürgerliches Gesetzbuch.....	19
1. Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden	19
a) Rechts- und Sittlichkeitsbedenken.....	20
b) Messbarkeit und richterliche Einschätzung	20
c) Strafrechtliche Bußvorschriften.....	21
d) Ausschluss der „actio injuriarum aestimatoria“	21
2. Rechtsnatur des Schmerzensgeldes	22
V. Erste Schadensersatzrechtsreform (1990).....	22
VI. Zweite Schadensersatzrechtsreform (2002).....	23
1. Gesetzssystematische Veränderungen	23
2. Gesetzesentwürfe zur Reform.....	24
C. Erkenntnisse für die Untersuchung	26
2. Kapitel: Immaterielles Schadensrecht	27
A. Einführung	27
B. Immaterielle Nachteilswerte	29
I. Grundlagen	29
1. Billige Entschädigung in Geld (§ 253 Abs. 2 BGB).....	31
2. Kommerzialisierungsgedanke	32

a) Unbilligkeiten der Grenzverschiebung	33
b) Untauglichkeit des Abgrenzungskriteriums.....	33
3. Schadensmessbarkeit.....	34
a) Konkrete Schadensmessbarkeit	34
b) Alternative: Abstrakte Schadensmessbarkeit.....	35
c) Zwischenfazit.....	36
4. Schadenshöchstpersönlichkeit	36
a) Fehlannahmen zur Schadensart	37
b) Höchstpersönliche Schadensnatur	37
5. Zusammenfassende Erkenntnisse	38
II. Positive Bestimmung immaterieller Nachteilsformen.....	39
1. Physisch wirkende Rechtsgutsverletzungen	39
a) Physische Schmerzen	39
b) Psychische Schmerzerlebnisse.....	40
c) Ausmaß einer Gesundheitsverletzung	41
aa) Grundsatz des <i>de minimis non curat praetor</i>	41
bb) Vermeidung von Rechtsmissbrauch durch Beweisbarkeit	42
d) Gleichrangigkeit der Schmerzen und Schmerzerlebnisse	43
2. Psychisch wirkende Rechtsgutsverletzungen	44
a) Unmittelbare psychische Schmerzen	44
b) Mittelbare psychische Schmerzen	45
3. Unbeachtlichkeit von verhaltensbezogenen Einbußen	45
4. Alternative Ansätze in der Rechtsliteratur	46
a) Persönlichkeitsminderung im weitesten Sinne (Reinecke).....	46
b) Potentieller Vermögensschaden (Schwerdtner).....	47
c) Verhaltensorientierter Ansatz (Mincke)	47
d) Zusammenfassende Stellungnahme	48
5. Unbeachtlichkeit von Affektionsinteressen.....	48
6. Ökonomische Analyse des Rechts.....	49
a) Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts	49
b) Feststellbarkeit immaterieller Schäden	50
c) Immaterielle Schadensformen	50
7. Zusammenfassende Stellungnahme.....	51
III. Bewertung immaterieller Nachteile.....	52
1. Subjektive Nachteilsbewertung	53
a) Unbilligkeiten einer subjektiven Bewertung	53
b) Individuelle Gefühlsreaktionen als konstruktiver Kern	54

2.	Objektive Nachteilsbewertung	55
a)	Rechtsprechung zu Schwerstgeschädigten	55
b)	Meinungsstand in der Rechtsliteratur	56
aa)	Deutsche Rechtsliteratur	56
bb)	Äußerer Verletzungs(folge)schaden (Egon Lorenz)	57
cc)	Österreichische Rechtsliteratur	57
3.	Rechtliche Würdigung	59
a)	Europäische Rechtsordnungen	59
b)	Europäische Reformbestrebungen	60
c)	Zweite Schadensersatzrechtsreform (2002)	61
d)	Zusammenfassende Stellungnahme	62
aa)	Außerachtlassung des Genugtuungsbedürfnisses	62
bb)	Objektivierung der immateriellen Nachteilsformen	63
cc)	Komplexität und Differenziertheit der Nachteilsformen	64
C.	Immaterielle Vorteilswerte	66
I.	Grundlagen	66
II.	Positive Bestimmung immaterieller Vorteilsformen	67
1.	Schadensrecht	67
a)	Ansätze in der Rechtsliteratur zur Vorteilsermittlung	68
b)	Praktisch relevante Fallkonstellationen	70
2.	Bereicherungsrecht	70
a)	Spiegelsymmetrische Struktur	70
b)	Gegenständlicher Vorteilsbegriff	71
3.	Medizinisch-psychologischer Ansatz	72
a)	Einführung	72
b)	Grundlegende Konzeptionen	74
aa)	Affektive Konzeptionen	74
bb)	Persönlichkeitspsychologische Konzeptionen	75
cc)	Ergänzende Konzeptionen	75
c)	Grundlegende Emotionsfaktoren	76
aa)	Genetische und persönlichkeitspsychologische Faktoren	77
bb)	Biologische Faktoren	77
cc)	Soziodemografische Faktoren	78
4.	Zusammenfassende Stellungnahme	79
III.	Bewertung immaterieller Vorteile	81
1.	Unbewertbarkeit von Nichtvermögensvorteilen	81
a)	Argumentation von Thüsing	81
b)	Ablehnung einer Unbewertbarkeit	82

2. Subjektive Bewertbarkeit	83
a) Ausgleichsgedanke	83
aa) Aufdrängungsschutz im Schadensersatzrecht	84
bb) Aufdrängungsschutz im Bereicherungsrecht	84
(a) Subjektive Bewertung	85
(b) Objektive Bewertung	86
(c) Schlussfolgerungen	87
b) Präventionsgedanke	87
3. Objektive Bewertbarkeit	88
a) Unbilligkeiten einer subjektiven Vorteilsbewertung	88
b) Ausgleichsgedanke	89
aa) Gleichbehandlung der Vor- und Nachteilswerte	89
bb) Einbeziehung der Individualität	90
cc) Ablehnung einer Aufdrängungssituation	91
c) Präventionsgedanke	93
aa) Auswirkungen auf den Schädiger	93
bb) Auswirkungen auf den Geschädigten	94
d) Trennung von Schadens- und Haftungsumfang	94
4. Zusammenfassende Würdigung	95
D. Erkenntnisse des ersten Grundlagenteils	96
3. Kapitel: Immaterielles Schadensersatzrecht	99
A. Einführung	99
I. Wertungsentscheidungen	99
II. Schmerzensgeld als Haftungsfolge	100
B. Ausgleichsprinzip	103
I. Schadensrestitution	103
II. Schadenskompensation	105
1. Problem der Inkommensurabilität	105
2. Entscheidung des Bundesgerichtshofs (1952)	106
3. Überwindungsfunktion	107
III. Grundsatz des Bereicherungsverbots	108
IV. Gewinnabschöpfungsfunktion	109
V. Kritik am Ausgleichsprinzip	110
VI. Rechtliche Würdigung	110
C. Präventionsfunktion	113
I. Präventionswirkungen der Schadensersatzpflicht	113

II.	Verhältnis zum Ausgleichsprinzip.....	114
1.	Pönale Präventionsfunktion.....	115
a)	Einführung.....	115
b)	Anwendungsbereich des Strafzuschlags.....	116
2.	Unselbstständige Präventionsfunktion.....	117
III.	Bedenken hinsichtlich der Präventionswirkung.....	118
IV.	Rechtliche Würdigung.....	119
D.	Genugtuungsfunktion.....	121
I.	Grundlagen des Genugtuungsgedankens.....	121
1.	Rechtshistorische Grundlagen.....	122
a)	19. Jahrhundert.....	122
b)	20. Jahrhundert.....	123
c)	Entscheidung des Bundesgerichtshofs (1955).....	123
aa)	Entschädigung nach billigem Ermessen.....	124
bb)	Doppelfunktion des Schmerzensgeldes.....	124
cc)	Rechtshistorische Erwägungen.....	125
d)	Unklarheiten bei der Genugtuungsfunktion.....	125
2.	Besänftigung von Rachegefühlen.....	126
a)	Literaturansatz von Andreas von Thur.....	126
b)	Ergänzung durch sozialwissenschaftliche Erkenntnisse.....	126
c)	Unzulänglichkeiten dieses Ansatzes.....	128
3.	Satisfactionsfunktion (Rudolf von Ihering).....	128
4.	Kombinierter Ansatz.....	128
a)	Verbindung von Genugtuungsmittel und Genugtuungsziel..	128
b)	Zufluss des Vermögensvorteils an den Geschädigten.....	129
c)	Umschreibung einer Privatstrafe.....	130
5.	Zusammenfassung.....	132
II.	Verfassungsrechtliche Bedenken.....	133
1.	Einführung.....	133
2.	Verfassungsrechtliche Garantien des Art. 103 GG.....	133
a)	Entscheidung des BVerfG (1973).....	133
b)	Auswirkungen der EMRK.....	134
c)	Formelle und materielle Unterschiede.....	135
3.	Individueller Schuldvorwurf.....	136
a)	Einführung.....	136
b)	Objektivierter Schuldvorwurf im Zivilrecht.....	136
c)	Differenzierende Bestimmung.....	137

4.	Zusammenfassung	138
III.	Entwicklungen der Genugtuungsfunktion	139
1.	Strafrechtliche Verurteilungen	139
2.	Fallgruppe der Schwerstgeschädigten	140
3.	Zweite Schadensersatzrechtsreform (2002).....	141
4.	Gegenwärtiger Meinungsstand	141
IV.	Materieller Schadensersatz	143
1.	Einführung.....	143
2.	Anerkennung eines Genugtuungsbedürfnisses	144
3.	Sonderbehandlung des Schmerzensgeldes.....	145
a)	Billige Entschädigung in Geld (§ 253 Abs. 2 BGB).....	145
b)	Gefahr des Rechtsmissbrauchs	146
c)	Alternative: Gleichbehandlung	146
V.	Rechtliche Würdigung.....	147
1.	Ausgangssituation.....	147
2.	Höchstpersönlichkeit des Genugtuungsmittels	149
a)	Genugtuungswirkung durch das zivilrechtliche Urteil	149
b)	Leistungserbringung durch einen Versicherer	149
c)	Leistungserbringung durch Dritte	150
d)	Öffentliche Geldstrafen	150
e)	Übereinstimmungen von öffentlichen und privaten Strafen ..	151
3.	Bestimmbarkeit des Genugtuungsbedürfnisses	152
a)	Unbilligkeiten bei der Bestimmung	152
b)	Vergleich zum Mitverschulden.....	153
c)	Überschneidungen mit öffentlichen Strafen	154
4.	Auswirkungen der Vermögensverhältnisse	155
a)	Vermögenssituation des Geschädigten	155
b)	Vermögenssituation des Schädigers	155
c)	Ablehnung der Einflussmöglichkeiten.....	156
5.	Anerkennenswertes Genugtuungsfunktionsverständnis	156
VI.	Konsequenzen für die Pönale Präventionsfunktion	159
E.	Rechtsfortsetzung und Rechtsverfolgung.....	161
I.	Rechtsfortsetzungsfunktion/Garantiefunktion	161
II.	Rechtsverfolgungsfunktion.....	162
III.	Vermeintliche Bedeutungslosigkeit der Funktionen.....	163
IV.	Bestandteile des Ausgleichsgedankens	163
F.	Versorgungsfunktion.....	164

I.	Einführung.....	164
1.	Direkter Ersatzanspruch gegen den Schädiger	164
2.	Einschränkungen des direkten Ersatzanspruchs	165
II.	Entstehung des Versorgungsgedankens.....	166
1.	Historischer Gesetzgeber des BGB	166
2.	Bedarfsschadenstheorie (Zeuner)	166
3.	Versorgungsfunktion (Schiemann).....	167
III.	Vermeintliche Bedeutungslosigkeit der Funktion	167
IV.	Bestandteil des Ausgleichsgedankens	168
G.	Konsumschutzprinzip	169
I.	Kommerzialisierungsgedanke	169
II.	Bestandteil des (materiellen) Ausgleichsgedankens.....	170
H.	Ökonomische Analyse des Rechts	171
I.	Einführung.....	171
II.	Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden	171
III.	Schadensersatzrechtliche Funktionen.....	172
IV.	Ersatzbemessung bei Nichtvermögensschäden	173
V.	Rechtliche Würdigung.....	174
I.	Erkenntnisse des zweiten Grundlagenteils.....	175
J.	Ausblick auf die beiden Hauptteile	177
4.	Kapitel: Vorteilsanrechnung	179
A.	Dogmatische Grundlagen.....	179
I.	Ansatz am Schadensbegriff (Differenzhypothese)	182
II.	Kausal- und Zurechnungszusammenhang	183
III.	Tendenz zur Gewinnabwehr.....	184
IV.	Gedanke der Rechtsförderung (Cantzler)	185
V.	Gedanke der Rechnungseinheit (Thiele)	185
VI.	Gedanke der Glücksteilhabe (Rudloff).....	187
VII.	Ansätze von Thüsing, Wendehorst und Büdenbender.....	187
VIII.	Ansatz am Normzweck.....	188
1.	Repressive Sanktionsgedanken.....	190
a)	Ältere Rechtsliteratur (1890-1972).....	191
b)	Teilhabe am Glück (Rudloff).....	193
c)	Rechtsprechung	194
d)	Zusammenfassung	195
2.	Präventive Sanktionsgedanken	195
a)	Einwirkungstendenz (Heck)	195

b) Gegenwärtiger Meinungsstand	195
IX. Stellungnahme zum Schmerzensgeldanspruch.....	196
B. Dogmatische Einordnung.....	198
5. Kapitel: Immaterielle Vorteilswerte	201
A. Einführung	201
B. Fallbeispiele.....	204
I. Deutsche Rechtsprechung	204
1. OLG Karlsruhe – Urteil vom 22. Dezember 1914.....	204
2. Reichsgericht – Urteil vom 16. Januar 1934.....	205
3. LG Nürnberg-Fürth – Urteil vom 4. November 1953.....	206
4. BGH – Urteil vom 10. April 1954	206
5. LG Stade – Urteil vom 3. Februar 1955	207
6. LG Heidelberg – Urteil vom 23. Mai 1957	208
7. OLG Schleswig – Urteil vom 25. Mai 1957.....	208
8. BGH – Urteil vom 1. Juli 1958.....	209
9. BGH – Urteil vom 3. April 1962.....	210
10. BGH – Urteil vom 13. Februar 1964	210
11. OLG Karlsruhe – Urteil vom 26. März 1965.....	211
12. OLG Frankfurt am Main – Urteil vom 17. März 1966.....	212
13. OLG Oldenburg – Urteil vom 6. April 1966	212
14. BGH – Urteil vom 3. Februar 1967	213
15. OLG Frankfurt am Main – Urteil vom 28. Januar 1971	214
16. OLG Karlsruhe – Urteil vom 19. Oktober 1978.....	214
17. BGH – Urteil vom 18. Januar 1983	214
18. BGH – Urteil vom 30. Mai 1995	215
19. OLG Köln – Beschluss vom 1. Dezember 2008.....	216
II. Deutsche Rechtsliteratur.....	217
1. Bergbauernfall.....	217
2. Wiedererlangung der Sprache.....	218
3. Liebe zu einer Krankenschwester	218
4. Wanderfreudiger Beinamputierter	219
5. Gelähmte Dame	219
6. Freude an einem Kind	220
a) Ärztliches (haftungsbegründendes) Fehlverhalten.....	220
b) Ersatzfähige Schäden.....	220
III. Österreichische Rechtsprechung.....	221
1. OGH 6Ob558/91 – Entscheidung vom 4. Juli 1991	221

2.	OGH 10Ob209/02m – Entscheidung vom 18. Juli 2002	222
3.	OGH 5Ob242/03d – Entscheidung vom 13. Januar 2004.....	223
4.	OGH 6Ob54/04s – Entscheidung vom 27. Mai 2004	223
5.	OGH 7Ob129/06f – Entscheidung vom 21. Juni 2006	224
6.	OGH 4Ob78/08m – Entscheidung vom 10. Juli 2008	224
IV.	Rechtliche Erkenntnisse aus den Fallkonstellationen.....	225
1.	Systematische Divergenzen	226
2.	Auswirkungen der Genugtuungsfunktion (1955)	227
3.	Anerkennenswertes Vorteilsausmaß.....	228
4.	Praktisch relevante Fallgruppen	228
a)	Ersparnis haftungsunabhängiger Nachteile.....	229
b)	Ersparnis haftungsunabhängiger Heilbehandlungseingriffe .	229
c)	Haftungsabhängige Vorteile	230
d)	Ersatzabhängige Vorteile.....	230
C.	Meinungsstand	231
I.	Ablehnung einer Vorteilseinbeziehung	231
1.	Unbewertbarkeit immaterieller Vorteile.....	231
a)	Römische Rechtsquellen.....	232
b)	Gemeinrechtliche Judikatur	232
c)	Gefahr einer Unterkompensation des Geschädigten	234
2.	Sanktionserwägungen des Schmerzensgeldes	234
3.	Immaterielles Schadensverständnis	235
4.	Generelle Ablehnung einer Vorteilseinbeziehung	236
5.	Zusammenfassung	236
II.	Befürwortung einer Vorteilseinbeziehung.....	237
1.	Grundlegende Erwägungen	237
a)	Bewertbarkeit immaterieller Vorteile	237
b)	Sanktionserwägungen des Schmerzensgeldes	238
c)	Zusammenfassung	238
2.	Billige Entschädigung in Geld.....	239
a)	Bemessung des Haftungsumfangs	239
b)	Bemessung des Schadensumfangs (Hüffer).....	240
3.	Grundsätze einer Vorteilsanrechnung.....	241
III.	Differenzen zwischen Rechtsprechung und Literatur.....	242
1.	Rechtsprechung	242
2.	Rechtswissenschaft	243
3.	Wertungswidersprüche	243
D.	Parallele: Mitverantwortlichkeit des Verletzten.....	245

I.	Berücksichtigung eines Mitverschuldens (§ 254 BGB)	245
II.	Übereinstimmungen mit der Vorteilsbeziehung	245
III.	Mitverschulden beim Schmerzensgeld	246
1.	Billige Entschädigung in Geld (§ 253 Abs. 2 BGB)	247
2.	Heranziehung des § 254 BGB	247
3.	Zivilprozessuale Auswirkungen des Meinungsstreits	248
IV.	Zusammenfassende Stellungnahme	249
E.	Ökonomische Analyse des Rechts	250
I.	Literaturansatz von Thüsing	250
1.	Festsetzung der immateriellen Vorteilswerte	250
2.	Gefahr einer Unterkompensation des Geschädigten	250
3.	Ineffizienz einer Überkompensation	251
II.	Zusammenfassende Stellungnahme	252
F.	Rechtliche Würdigung	253
I.	Ausgangssituation nach der Bestandsaufnahme	253
1.	Parallelen zum Genugtuungsbedürfnis	254
2.	Schadensbezogene Billigkeit	254
II.	Erheblichkeit des dogmatischen Meinungsstreits	255
1.	Fehlannahmen in der Rechtsliteratur	255
2.	Unbilligkeiten in der Rechtsprechung	256
3.	Bedeutung der Rechtssicherheit	257
a)	Grundlagen	257
b)	Konsequenzen für den Schmerzensgeldanspruch	259
III.	Schadensbezogene Billigkeit	260
1.	Gesetzesmaterialien	260
a)	Bürgerliches Gesetzbuch (1900)	260
b)	Zweite Schadensersatzrechtsreform (2002)	261
c)	Untauglichkeit der Gesetzesmaterialien	261
2.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs	262
a)	Beschluss des Bundesgerichtshofs (1955)	262
b)	Beschluss des Bundesgerichtshofs (1952)	262
c)	Einflussnahme der Genugtuungsfunktion	262
3.	Grundlagen der Billigkeit	263
a)	Einzelfallgerechtigkeit nach Aristoteles	263
b)	Verwendung des Billigkeitsbegriffs im BGB	264
c)	Billigkeitsverständnis in der Rechtsliteratur	264
4.	Rechtliche Würdigung	266

a)	Billiger Schadensumfang.....	266
b)	Alternative: Billiger Haftungsumfang	268
c)	Schlussfolgerungen für die Sanktionserwägungen	268
IV.	Immaterielles Schadensverständnis.....	269
1.	Schadenshöchstpersönlichkeit	269
a)	Einschränkungen durch Schadensobjektivierung	270
aa)	Grundlagen.....	270
bb)	Verzicht auf eine „Formale“ Schadenssubjektivität.....	270
b)	Höherwertigkeit immaterieller Interessen.....	271
aa)	Grundlagen.....	271
bb)	„Materielle“ Schadenssubjektivität.....	272
c)	Zusammenfassung	273
2.	Natur des immateriellen Schadens.....	273
a)	Grundlagen der Sachnatur	273
b)	Naturrechtliche Literaturansätze.....	275
c)	Kritik an der Naturrechtslehre	276
d)	Immaterielle Schadensnatur.....	277
3.	Problem der Inkommensurabilität	279
a)	Begriff der „Inkommensurabilität“	279
b)	Bewertbarkeit immaterieller Nachteile	280
c)	Konsequenzen für die Vorteilseinbeziehung	281
aa)	Gleichbehandlung von immateriellen Vor- u. Nachteilen .	281
bb)	Objektive Bewertung der immateriellen Vorteile	281
cc)	Gefahr einer Fehlbewertung.....	281
dd)	Ablehnung einer Emotionsverrechnung (Pletzer)	282
ee)	Zusammenfassung.....	283
4.	Beschränkte Anrechnungsfähigkeit.....	283
a)	Gedanke der Rechtssicherheit.....	283
b)	Ablehnung einer Anrechnungsbeschränkung	285
5.	Erkenntnisse zum immateriellen Schadensverständnis	285
V.	Grundprinzipien des Schadensersatzrechts.....	286
1.	Ausgleichs- und Präventionsgedanken	286
2.	Sanktionserwägungen.....	288
a)	Materielle Vorteilsanrechnung	289
aa)	Einführung	289
bb)	Rechtsprechung.....	289
c)	Schlussfolgerungen für die immateriellen Vorteilswerte	291

b) Materieller Schadensersatz im Allgemeinen	293
aa) Rechtsprechung.....	293
bb) Rechtsliteratur	294
cc) Schlussfolgerungen für die immateriellen Vorteilswerte	294
c) Vermeidung von Wertungswidersprüchen durch ein „zweistufiges“ Sanktionsverfahren.....	295
d) Vorzüge einer Überkompensation	295
aa) Keine Umgehung von Bewertungsschwierigkeiten	295
bb) Vorteilhafte Präventionswirkungen.....	297
cc) Vorteilhafte Repressionswirkungen	298
dd) Begehung qualifizierten Unrechts.....	298
e) Gleichbehandlung materieller und immaterieller Schäden ...	299
aa) Internationales UN-Kaufrecht	300
bb) Internationale Rechtsvereinheitlichungsvorhaben	300
cc) Europäische Rechtsvereinheitlichungsvorhaben	301
dd) Zweite Schadensersatzrechtsreform (2002)	302
ee) Grundsatz der Gleichbehandlung.....	303
ff) Sanktionierung als Ausnahme.....	304
gg) Ökonomische Bedeutung für die Versicherbarkeit	305
3. Rechtsfortsetzungsgedanke	306
a) Einführung	306
b) Einschränkungen der Vorteilsanrechnung (Wilburg/Larenz)	306
c) Förderung des Wohlbefindenszustands	307
4. Rechtsverfolgungsgedanke.....	308
5. Versorgungsfunktion	308
a) Einführung	308
b) Soziabilitätsschranke (Schiemann/Mertens).....	309
c) Abnahme des Versorgungsbedürfnisses	309
6. Konsumschutzprinzip	310
a) Einführung	310
b) Keine Förderung der Konsumstärke	310
VI. Zusammenfassung	311

6. Kapitel: Materielle Vorteilswerte.....	313
A. Einführung	313
I. Glücks- und Arzthaftungsfälle	313
II. Versicherungs- und Sozialleistungen	314
1. Materieller Schadensersatzanspruch.....	314

2.	Immaterieller Schadensersatzanspruch.....	315
a)	Leistungen wegen materieller Schäden	317
b)	Leistungen wegen immaterieller Schäden	317
B.	Fallbeispiele	318
I.	Deutsche Rechtsprechung	318
1.	RG – Urteil vom 9. Juli 1908	318
2.	RG – Urteil vom 15. Februar 1913	318
3.	RG – Urteil vom 14. Juni 1934.....	319
4.	RG – Urteil vom 24. September 1942	319
5.	KG Berlin – Urteil vom 18. März 1968.....	319
6.	BGH – Urteil vom 9. März 1982	320
7.	LG Bonn – Urteil vom 3. November 1994	320
8.	LAG Köln – Urteil vom 13. Januar 2005	321
II.	Österreichische Rechtsprechung.....	321
III.	Rechtliche Erkenntnisse aus den Fallkonstellationen.....	322
C.	Meinungsstand	323
I.	Ablehnung einer Vorteilseinbeziehung	323
1.	Problem der Inkommensurabilität zwischen Materiellem und Immateriellem.....	323
2.	Inkongruenz zwischen Materiellem und Immateriellem	324
3.	Trennung von Materiellem und Immateriellem.....	324
4.	Sanktionserwägungen.....	326
II.	Einzelfallbezogene Ausnahmen	326
1.	Unbestimmte Ausnahmen.....	326
2.	Wechselwirkungen und Überschneidungen.....	327
III.	Übereinstimmungen mit der Rechtsprechung	328
D.	Parallele: Materieller Ersatzanspruch.....	329
I.	Fallbeispiele	329
1.	Rechtsprechung	329
a)	RG – Urteil vom 27. Februar 1919	329
b)	RG – Urteil vom 30. März 1920	329
c)	BGH – Urteil vom 22. September 1967.....	330
d)	OLG Celle – Urteil vom 8. Mai 1978.....	331
e)	OLG Karlsruhe – Urteil vom 19. Oktober 1978	331
f)	BGH – Urteil vom 19. Juni 1984.....	332
g)	BGH – Urteil vom 10. Dezember 1985	332
h)	LG Düsseldorf – Urteil vom 2. Dezember 1993	333
i)	OLG Hamm – Urteil vom 10. Oktober 2005	333

2. Rechtsliteratur.....	334
a) Freude am Vermögensschaden	334
b) Damaskuserlebnisse.....	334
aa) Ausschluss des Zurechnungszusammenhangs	335
bb) Vorteilsanrechnung (Koziol/Steininger/Kletečka)	336
3. Rechtliche Erkenntnisse aus den Fallkonstellationen	337
II. Meinungsstand	337
1. Ablehnung einer Vorteilseinbeziehung	337
2. Auswirkungen immaterieller Vorteilswerte.....	338
a) Anerkennung von Einflussmöglichkeiten.....	338
b) Unterstützung des materiellen Schadensersatzes (Steffen)...	338
3. Auswirkungen immaterieller Nachteilswerte	339
E. Rechtliche Würdigung	340
I. Ausgangssituation nach der Bestandsaufnahme	340
II. Problem der Inkommensurabilität	340
1. Interdisziplinäre Ansätze des Begriffsverständnisses.....	341
a) Christliche Theologie	341
b) Metaphysik	342
c) Moderne Wissenschaftstheorie	342
d) Naturwissenschaften.....	344
2. Rechtswissenschaftliches Begriffsverständnis	344
a) Rechnerische Differenzhypothese (Mommsen).....	346
b) Konkretes Schadensverständnis (Walsmann/Oertmann).....	346
c) Zwischenfazit.....	347
3. Rechtliche Würdigung.....	348
a) Ablehnung einer unmodifizierten Differenzhypothese.....	348
aa) Inkommensurabilität von Nichtvermögenswerten	348
bb) Inkommensurabilität von Vermögenswerten	348
cc) Schlussfolgerungen für die Differenzrechnung.....	349
b) Ablehnung eines konkreten Zustandsvergleichs.....	349
c) „Formale“ Kommensurabilität.....	350
aa) Umrechnung immaterieller Nachteile	350
bb) Literaturansatz für das österreichische Recht (Koziol) ...	351
cc) Übertragung auf das deutsche Recht.....	351
d) „Materielle“ Kommensurabilität.....	352
III. Inkongruenz zwischen Materiellem und Immateriellem	353
1. Grundlagen des Kongruenzkriteriums.....	353

2.	Bestimmung eines besonderen inneren Zusammenhangs.....	354
a)	Literaturansätze von Cantzler/Thiele/Henke	354
b)	Verbundenheit durch rechtliche Wertungen	355
3.	Untauglichkeit des Kongruenzkriteriums	357
a)	„Materielle“ Kongruenz.....	357
b)	„Formale“ Kongruenz.....	359
c)	Schlussfolgerungen für die Vorteilseinbeziehung	359
IV.	Kausal- und Zurechnungszusammenhang	360
1.	Äquivalenz.....	360
a)	Entscheidung des OLG Karlsruhe	361
b)	Äquivalenter Kausalzusammenhang.....	362
c)	Verrechnung von Materiellem mit Immateriellem	362
2.	Adäquanz.....	362
a)	Adäquater Zurechnungszusammenhang.....	362
b)	Verrechnung von Materiellem mit Immateriellem	363
3.	Schutzzweck der Norm.....	365
V.	Immaterielles Schadensverständnis.....	366
1.	Einführung.....	366
2.	Schadenshöchstpersönlichkeit	367
a)	„Formale“ Schadenssubjektivität.....	367
b)	„Materielle“ Schadenssubjektivität.....	368
3.	Zwischenfazit	368
VI.	Grundprinzipien des Schadensersatzrechts.....	369
1.	Ausgleichs- und Präventionsgedanken	369
a)	Schmerzüberwindung	369
b)	Bewertungsschwierigkeiten (§ 253 Abs. 1 BGB).....	369
c)	Trennung von Materiellem und Immateriellem.....	370
d)	Vermeidung von willkürlichen Entscheidungen.....	371
e)	Zivilprozessuale Bedenken	371
f)	Zwischenfazit.....	372
2.	Sanktionserwägungen.....	372
a)	Wertungswidersprüche zwischen Vorteilsanrechnung und Einbeziehung von Vermögensverhältnissen	373
aa)	Einbeziehung von Vermögensverhältnissen	375
(a)	Wirtschaftliche Verhältnisse des Geschädigten	375
(b)	Wirtschaftliche Verhältnisse des Schädigers.....	376
bb)	Anrechnung von Vermögensvorteilen Dritter.....	377

(a) Rechtsprechung.....	377
(b) Wertungsgedanken.....	378
b) Auflösung dieser Wertungswidersprüche.....	378
3. Rechtsfortsetzungsgedanke.....	380
a) Einführung.....	380
b) Literaturansätze (Cantzler/Rudloff/Thiele/Henke).....	380
c) Schlussfolgerungen für die Vorteilsbeziehung.....	382
4. Rechtsverfolgungsgedanke.....	382
5. Versorgungsfunktion.....	382
a) Einführung.....	382
b) Casum sentit dominus-Grundsatz.....	383
c) Schlussfolgerungen für die Vorteilsbeziehung.....	384
6. Konsumschutzprinzip.....	384
VII. Zusammenfassung.....	385
7. Kapitel: Erkenntnisse für die Fallgruppen.....	391
A. Übertragung der Anrechnungskriterien.....	391
I. Kausal- und Zurechnungszusammenhang.....	391
II. Besonderheiten bei immateriellen Werten.....	392
1. Grundannahmen.....	392
2. Zurückweisung der einschränkenden Literaturansätze.....	393
B. Immaterielle Vorteilswerte.....	395
I. Ersparnis haftungsunabhängiger Nachteile.....	395
1. Hypothetische Kausalität.....	396
2. Objektschäden.....	397
3. Schlussfolgerungen für Nichtvermögensvorteile.....	398
II. Ersparnis haftungsunabhängiger Eingriffe.....	400
III. Haftungsabhängige Vorteile.....	401
1. Behandlungserfolg.....	401
a) Anrechnung des Behandlungserfolgs (Pletzer).....	402
b) Ablehnende Stellungnahme.....	402
2. Ersparnis immaterieller Nachteile.....	403
a) Durchführung einer Heilbehandlung.....	403
b) Unterlassen einer Heilbehandlung.....	404
aa) Ansatz in der Rechtsliteratur (Pletzer).....	404
bb) Abweichende Stellungnahme.....	404
3. Freude an einem Kind.....	406

4. Einzelne Fallkonstellationen.....	408
IV. Ersatzabhängige Vorteile.....	409
1. Überkompensatorische Naturalrestitution	409
2. Eintritt von Positivemotionen	410
a) Ersatz materieller Schäden	411
b) Ersatz immaterieller Schäden	412
c) Schlussfolgerungen.....	413
V. Zusammenfassung	413
C. Materielle Vorteilswerte	414
I. Haftungsabhängige Vorteile.....	414
1. Glück im Unglück	414
2. Ersparnis materieller Nachteile.....	415
3. Steigerung der Leistungsfähigkeit.....	416
II. Ersatzabhängige Vorteile.....	417
1. Überkompensatorischer Ersatz materieller Schäden	417
2. Versicherungs- und Sozialleistungen	418
III. Zusammenfassung	419
D. Parallele: Materieller Ersatzanspruch.....	420
I. Ersparnis immaterieller Nachteile	420
II. Freude über den Vermögensschaden	421
III. Damaskuserlebnisse	421
IV. Willkürliche Emotionsentscheidungen.....	422
E. Sanktionierung als Ausnahme.....	424
8. Kapitel: Zusammenfassung	425
Literaturverzeichnis	441

Abkürzungsverzeichnis

2. SchadRÄndG	Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 19. 7. 2002 (BGBl I, S. 2674)
a. F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AbR	Archiv für bürgerliches Recht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Amtsgericht
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten gültig ab 1. 6. 1794
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AuR	Agrar- und Umweltrecht
BauGB	Baugesetzbuch in der Bekanntmachung v. 23. 9. 2004 (BGBl I, S. 2414)
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Bekanntmachung v. 2. 1. 2002 (BGBl, S. 42)
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Straf- sachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivil- sachen
BT	Besonderer Teil
BT-Drucksache	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

bzw.	beziehungsweise
CCC	Constitutio Criminalis Carolina
CESL	Common European Sales Law
CESL-VO	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Common European Sales Law
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
cm	Zentimeter
comp.	compensatio
CPO	Civil Prozeß Ordnung
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	Derselbe
d. h.	das heißt
dies.	Dieselbe/Dieselben
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRW	Deutsches Recht – Wochenausgabe
ecolex	ecolex – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGMR	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch v. 2. 3. 1974 (BGBl I, S. 469; BGBl 1975 I, S. 1916)
Einl	Einleitung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4. 11. 1950 (BGBl 1952 II, S. 685)
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Inhalt der ÖJZ)
f., ff.	folgend(e)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote

FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23. 5. 1949 (BGBl, S. 1)
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GRGA	Gustav Radbruch Gesamtausgabe
GS	Gedächtnisschrift
HGB	Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 (RGBl, S. 219)
HK-BGB	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
HKK	Historisch-Kritischer Kommentar
hM	herrschende Meinung
i.V.m.	in Verbindung mit
insb	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter
JETL	Journal of European Tort Law
JhbRsRt	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
JhJb	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
jur.	juristische
jurisPK	Juris-PraxisKommentar
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kammergericht
KGR	Kammergericht-Report Berlin
KritVjSchr	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
Lkw	Lastkraftwagen

LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MS	Multiple Sklerose
MüHand-Arb	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MüKo-BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MüKo-ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
n. Chr.	nach Christus
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NJW-Spezial	NJW spezial: Die wichtigsten Informationen zu speziellen Rechtsgebieten
NK-BGB	NomosKommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
NK-StGB	NomosKommentar zum Strafgesetzbuch
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NSZ	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Rechtsprechungs-Report
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OLG-NL	OLG Rechtsprechung Neue Länder
PEL Liab. Dam.	Principles of European Law – Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another
PETL	Principles of European Tort Law
PG	Prütting/Gehrlein
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
Pkw	Personenkraftwagen

PWW	Prütting/Wegen/Weinreich
r+s	Recht und Schaden
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
ROHG-E	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RuP	Recht und Politik
RZ	Österreichische Richterzeitung
S.	Satz, Seite
SGB X	Sozialgesetzbuch Buch X. Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz in der Bekanntmachung v. 18. 1. 2001 (BGBl I, S. 130)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Sp.	Spalte
SSP	Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner
StGB	Strafgesetzbuch in der Bekanntmachung v. 13. 11. 1998 (BGBl I, S. 3322)
StPO	Strafprozessordnung in der Bekanntmachung v. 7. 4. 1987 (BGBl I, S. 1074)
u.	und
u.a.	und andere
UHR	Unfallhaftpflichtrecht
UN	United Nations
v.	von, vom
v. Chr.	vor Christus
VersR	Versicherungsrecht
VersRundschau	Versicherungsrundschau
VersWirt	Versicherungswirtschaft
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkungen
VR	Österreichische Verwaltungsrundschau

VVG	Versicherungsvertragsgesetz – Kommentar, Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 23. 11. 2007 (BGBl I, S. 2631)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung in der Bekanntmachung v. 19. 3. 1991 (BGBl I, S. 686)
WM	Wertpapier-Mitteilungen, T. 4: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Z.	Ziffer
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung in der Bekanntmachung v. 5. 12. 2005 (BGBl I, S. 3202)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVergRWiss	Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Einleitung

A. Problemstellung

Im Jahr 2005 stellte *Köndgen*¹ unter Bezugnahme auf die Zweite Schadensersatzrechtsreform (2002) fest: „Im Moment haben wir noch ein äußerst schlecht koordiniertes Nebeneinander von Vermögensschadensersatz, Immaterialschadensersatz (als so genannte Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes), Genugtuung und Vorteilsausgleich, und dies jeweils noch mit unklaren Abgrenzungen in den tatbestandlichen Voraussetzungen wie in den Sanktionsinstrumenten“. Zu dieser Erkenntnis kam auch *Magnus* in seiner Habilitationsschrift (1987)², denn „begrenzte Probleme wie beispielsweise die Vorteilsausgleichung (sind) Brennpunkte eigener Diskussion geworden. Der Zusammenhang mit einem generellen Schadensbegriff oder -konzept spielt meist keine Rolle mehr“.

Durch die Außerachtlassung der grundlegenden Prinzipien des Schadens- bzw. Schadensersatzrechts entsteht eine erhebliche Diskrepanz zwischen abstrakter Dogmatik und konkreter Kasuistik³. Diese zieht in der Praxis einen unübersichtlichen, „chaotischen Zustand“⁴ nach sich. „Unbilligkeiten“ beim Schmerzensgeldanspruch und der Vorteilseinbeziehung⁵ beruhen vor allem darauf, dass weder das römische⁶ noch das gemeine⁷ Recht eine „Vorteilsausgleichung“ anerkannt hatten. Auch in der Entstehungszeit des BGB vertrat *Rümelin* (1904), welcher sich auf *Oertmann* (1901) stützte, die Ansicht, „daß sich keinerlei positive Sätze und Begrenzungen aufstellen lassen, daß (beim Schmerzensgeldanspruch) lediglich auf das billige Ermessen des Richters verwiesen werden muß“⁸. Diese Sichtweise hat sich

¹ *Köndgen*, Karlsruher Forum 2005, S. 192 f.

² *Magnus*, Schaden und Ersatz, S. 4; vgl. auch *Lange/Hagen*, Wandlungen des Schadensersatzrechts, S. 32: „Einiges hat sich stabilisiert, einiges ist offen geblieben.“

³ *HKK/Jansen*, §§ 249–253, 255 Rn. 5; vgl. *Wagner*, Gutachten, A 5, 11: „Das Schadensersatzrecht der §§ 249 ff. BGB regelt die anstehenden Sachfragen lediglich mit groben Strichen und auf hohem Abstraktionsniveau.“

⁴ *Schiemann*, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 259; *Magnus*, Schaden und Ersatz, S. 1; *Schlechtriem*, ZEuP 1997, 232: „Jedermann weiß, was Schaden ist – nur die Juristen offenbar nicht.“ Ausführlich unten 5.Kap.F.II.

⁶ *Paulus*, libro quinto quaestionum, § 5 D. de praescriptis verbis et in factum actionibus (19,5), zitiert nach *Behrends/Knützel/Kupisch/Seiler*, Corpus Iuris Civilis III (Digesten 11–20), S. 596 ff.

⁷ RGZ 13, 258 (Urteil vom 9. April 1885); ROHG-E 1 (1873), 2. Auflage, 32 (Nr. 6, Urteil vom 26. September 1870); OLG Hamburg Hanseatische Gerichtszeitung 1889 (Hauptblatt, Nr. 12), 30 ff.

⁸ *Rümelin*, KritVjSchr 45 (1904), S. 189, 193; *Oertmann*, Vorteilsausgleichung, S. 8.

bis heute kaum verändert, obschon das Schmerzensgeld in der Praxis den Schwerpunkt bei den Personenschäden darstellt, mithin dessen Bedeutung kontinuierlich zugenommen hat⁹. Nach *Brüggemeier* (2006)¹⁰ sind „die Grenzen der Vorteilsausgleichung (...) erreicht, sobald es um „billige“ Entschädigungen von Nicht-Vermögensschäden geht. Auch das Konzept der Vorteilsausgleichung bleibt eingebunden in den Funktionskreis von Differenzhypothese und Ausgleich von Vermögensschäden“. Etwas zurückhaltender formuliert *Thüsing* in seiner Habilitationsschrift zur „Wertenden Schadensberechnung“ (2001)¹¹. Gleichwohl sah er keine Notwendigkeit, eine Vorteilseinbeziehung beim Schmerzensgeld zu erörtern. Das Ergebnis, eine Kürzung des Ersatzanspruchs, wäre unbestritten. Indessen ließ er die Frage offen, „wie diese (vorteilhaften sowie nachteilhaften) Umstände gewichtet werden (sollen), insbesondere bei gänzlich unvergleichbaren positiven und negativen Folgen“. Auch im österreichischen Recht wurde eine „Vorteilsausgleichung beim Schmerzensgeld“ erstmals von *Pletzer* (2007) und *Koziol* (2010)¹² in Ansätzen untersucht.

Die herrschende Auffassung beruft sich letztlich auf die „Billigkeit“ der Geldentschädigung – eine „elegante Formulierung“¹³ – und fordert eine „freie Entscheidungsbefugnis für freie Richter“¹⁴. Dadurch anerkennt sie „eine – der Transparenz der Bemessung wenig dienliche – pauschale Billigkeitsentscheidung“¹⁵. Demnach sind die dogmatischen Grundlagen eines Schmerzensgeldes überraschend unsicher geblieben, ungeachtet der enormen praktischen Bedeutung. Wennschon für Vermögensschäden ein ausdifferenziertes System von Vorteilsanrechnungskriterien¹⁶ entwickelt worden ist, sind die Grundsätze beim Schmerzensgeld überaus ungeklärt. Dieser Kontrast ist umso erstaunlicher, als der Gesetzgeber im Jahr 2002 – durch die Zweite Schadensersatzrechtsreform¹⁷ – materielle und immaterielle Schäden weithin gleich behandeln wollte, mithin deren strukturellen

⁹ Staudinger/*Schiemann*, Vor § 249 Rn. 33.

¹⁰ *Brüggemeier*, Haftungsrecht, S. 560.

¹¹ *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 37: „Fragen, die von unserem Ausgangspunkt eigentlich zur Vorteilsausgleichung gehören“.

¹² *Pletzer*, JBl 2007, 409 ff.; *Koziol/Steininger*, RZ 2008, 138, 147; *Koziol*, Schadensersatzrecht, S. 129 f.

¹³ v. *Caemmerer*, FS 100 Jahre DJT II, S. 49, 66 f.

¹⁴ *Schiemann*, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 259, 260.

¹⁵ *Köndgen*, Haftpflichtfunktionen, S. 57.

¹⁶ Stellvertretend *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 II (S. 488 ff.).

¹⁷ BGBl I, S. 2674: Zweites Gesetz zur Änderung schadensrechtlicher Vorschriften vom 19. 7. 2002.

Parallelen herausstellte, um Rechtssicherheit und eine Vorhersehbarkeit der Gerichtsentscheidungen zu gewährleisten.

In Anbetracht der immer noch bestehenden „Sonderbehandlung“ eines Schmerzensgeldes ist zu analysieren, auf welchen Ursachen diese beruht. Denn die ausgleichende Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*) als Grundlage des gesamten Schadensersatzrechts hatte schon *Aristoteles*¹⁸ konstatiert. Sie deutet darauf hin, Nichtvermögenswerte auszugleichen und eine Vorteilsanrechnung durchzuführen¹⁹. Gleichwohl wird die Einbeziehung von Vorteilen beim Schmerzensgeld auf die reine Billigkeit gestützt oder vollständig abgelehnt, um – was noch zu beweisen sein wird – den Schädiger zu bestrafen²⁰. Pönalkriterien sollen eine entscheidende Bedeutung entfalten, da der Große Senat des BGH in Zivilsachen im Jahr 1955 allein beim Schmerzensgeld das Bestehen einer Genugtuungsfunktion²¹ anerkannt hatte. Heute wird von diversen Literaturstimmen – vor allem nach der Zweiten Schadensersatzrechtsreform (2002) – ein Zurücktreten der Genugtuungsfunktion gefordert, da die „Strafe, Sühne und Prävention zu einem Amalgam archaisch-irrationaler Zwecksetzung vermengt worden“ sind²². Obschon die meisten Literaturstimmen eine Genugtuungsfunktion zurückdrängen, soll die Vorteilsberücksichtigung dennoch von bestrafenden Bemessungskriterien bestimmt werden. Dieser Wertungswiderspruch ist dermaßen eklatant, dass es notwendig erscheint, „das System der Haftungsfolgen, soweit sie nicht schlichter Vermögensschadensersatz sind, endgültig zu bereinigen und zu begradigen“²³.

Ein solches Vorhaben erweist sich durchaus als ambitioniert, denn „wer heute etwas zum Wesen des Schadens und des Schadensausgleichs sagen

¹⁸ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1133b: „Die Gerechtigkeit ist also eine Mitte, freilich nicht auf dieselbe Art wie die übrigen Tugenden, sondern weil sie die Mitte schafft. Die Ungerechtigkeit dagegen schafft die Extreme.“; vgl. *Wagner*, Gutachten, A 5, 23: „Die vollständige Kompensation sämtlicher Schäden ist somit nicht nur ein Gebot der ausgleichenden Gerechtigkeit, sondern das Rückgrat der Steuerungsfunktion des Haftungs- und Schadensersatzrechts.“

¹⁹ *Schiemann*, FS Picker, S. 695, 697 stützt sich zudem auf die Parömie *casum sentit dominus*, welche eine Vorteilsanrechnung begründen soll.

²⁰ *Schiemann*, FS Picker, S. 695, 698; allgemein zur Sanktionierung bei der Vorteilsanrechnung *Rother*, Haftungsbeschränkung, S. 242 ff.

²¹ BGHZ 18, 149; stellvertretend *E. Lorenz*, Immaterieller Schaden, S. 93 ff.

²² *Wagner*, Gutachten, A 5, 11, 67; vgl. auch *Köndgen*, Karlsruher Forum 2005, S. 193: „Mit diesem Schritt hätten wir auch die versicherungspraktische und justizielle Administrierbarkeit des Schmerzensgeldes als Schadensersatzposten nachhaltig verbessert.“

²³ *Köndgen*, Karlsruher Forum 2005, S. 192 f.; vgl. auch *Magnus*, Schaden und Ersatz, S. 1: „Hauptmißstand des gegenwärtigen Schadensrechts ist das Fehlen eines geschlossenen Systems, eines durchgängigen Wertungsgerüsts.“

möchte, hat sich mit mehr als hundert Jahren wissenschaftlicher Diskussion auseinandersetzen, die meist zu leeren Formeln verhärtet ist²⁴. Alenthalben wird in dem Zusammenhang außer Betracht gelassen, dass sich seit der Entstehungszeit des BGB (1900) die gesellschaftlichen Einstellungen gegenüber immateriellen Werten erheblich verändert haben²⁵. Zum einen beruht diese Einsicht auf den Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus. Als eine Reaktion auf das menschenverachtende Verhalten wurden die Persönlichkeitsrechte des Einzelnen im Grundgesetz abgesichert. Zum anderen hat sich in der sozialen Wirklichkeit die Auffassung durchgesetzt, dass Nichtvermögenswerte eine weitgehende Käuflichkeit erlangt haben sowie für viele Menschen „die nicht rein materiellen Werte ein wichtiges Potential an „Vermögen“ (in einem weiten Sinn)²⁶ bilden. Diese gesellschaftlichen Veränderungen wurden zumeist nur in einzelnen Fallkonstellationen reflektiert, ohne das systematische Verständnis des Schadensersatzrechts offen zu verändern bzw. weiterzuentwickeln²⁷.

Neben der *dogmatischen* und *praktischen* Bedeutung der Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld ist nicht zu verkennen, dass die Schmerzensgeldansprüche einen enormen *ökonomischen* Wert darstellen. Nach einer Studie des Versicherungsverbandes „Insurance Europe“²⁸ (früher: CEA – Comité Européen des Assurances) erlitten im Jahr 2003 0,5% aller Einwohner in Deutschland (424.000 Einwohner) einen Personenschaden materieller oder immaterieller Form aufgrund eines Kfz-Unfalls. Mithin traten in 10,7% der rund vier Millionen Kfz-Schadensfälle im Jahr 2003 Perso-

²⁴ Wendehorst, Anspruch und Ausgleich, S. 100; vgl. auch Schiemann, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 259; Wiedemann, FS Friauf, S. 135: „Karl Larenz äußerte einmal halb scherzhaft, das Faszinierende der Geisteswissenschaften bestehe darin, daß man sich mit den grundlegenden Problemen ein Leben lang immer erneut auseinandersetzen könne und müsse.“; Meder, Enttäuschungsverarbeitung, S. 32: „Von Friedrich Mommsen verwendete sprachliche Umschreibungen wie ‚Objekt‘ des Schadensersatzanspruchs, ‚Objekt‘ des Vermögens, ‚nachteilige‘ Auswirkungen auf das Vermögen, ‚Vermögensschaden‘, ‚materieller Schaden‘, ‚Kommensurabilität‘ mit Geld, erweisen sich als Elemente eines diskursiven Felds, auf welchem auch die Entgegensetzungen wie etwa Vermögenssubjekt, immaterieller Schaden, Nichtvermögensschaden, Inkommensurabilität mit Geld etc. ohne nähere Erklärung angesiedelt werden können. Die Grenzlinie zwischen materiellem und immateriellem Schaden verläuft entlang der Grenze einer Vielzahl von begrifflichen Entgegensetzungen, die insgesamt ein dual strukturiertes Aussagesystem konstituieren, welches dem Recht vorgegeben ist und das von der klassischen Schadenslehre nicht eigens definiert werden muß.“.

²⁵ Magnus, Schaden und Ersatz, S. 2 f.; Meder, Enttäuschungsverarbeitung, S. 69 ff.

²⁶ Magnus, Schaden und Ersatz, S. 3.

²⁷ Vgl. Staudinger/Vieweg, Eckpfeiler des Zivilrechts, J Rn. 2; Lange/Schiemann, Schadensersatz, Einl VII (S. 22).

²⁸ Siehe <http://www.insuranceeurope.eu/publications/329/67/Minor-Cervical-Trauma-Claims> (zuletzt abgerufen am 1. 3. 2013); vgl. Danzl, FS Koziol, S. 529, 533 f.; Lemcke, r+s 2006, 477; zu Straßenverkehrsunfällen Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Juli 2010, S. 628 ff.; vgl. auch Danzl, FS Dittrich, S. 687, 690 f.

nenschäden ein. Die Schadensersatzleistungen allein für diese Personenschäden betragen mehr als 5,34 Milliarden Euro²⁹, wovon mehr als 1 Milliarde Euro (etwa 20%) auf Schmerzensgelder entfielen. Diese Zahlen beweisen letztlich, dass die potentiellen Haftungsrisiken für die Versicherer von vornherein prognostizierbar sein müssen, um adäquate Prämien zu kalkulieren³⁰.

²⁹ Vgl. zur Situation im Jahr 1994 *Geier*, ZfS 1996, 321; zur österreichischen Situation *Danzl*, FS Koziol, S. 529, 531: „Beim ÄKVÖ-Symposium (...) am 12. 10. 2006 in Wien wurde von einem Vertreter der Versicherungswirtschaft der jährliche Gesamtaufwand der österr Versicherer für Personenschäden insgesamt (Schmerzensgeld, Verdienstentgang, Unterhalt, Heilkosten, Sozialversicherungsregresse etc) mit 330 Mio €, davon 136 Mio € für Schmerzensgeld, beziffert.“

³⁰ Vgl. *Grigg/Troiss*, VR 2006, 196 ff.

B. Ziel der Untersuchung

Ziel der anschließenden Ausführungen ist, die strukturellen Probleme der Vorteilsberücksichtigung beim Schmerzensgeld herauszuarbeiten und die dogmatischen Grundlagen für die Lösung dieser Probleme zu klären. Die Vorteilseinbeziehung wird erstmals umfassend in einen Bezug zu den Prinzipien des Schadensrechts (2. Kapitel) und des Schadensersatzrechts (3. Kapitel) gesetzt, um die dahinterstehenden Wertungen offen zu legen und daraus eine *gesamteinheitliche Schadensersatzkonzeption* zu entwickeln³¹. In diesem Zusammenhang soll freilich nicht ein weiterer Ansatz entworfen werden, welcher die bestehenden Ansätze ausbaut. Stattdessen sind auf einer höheren, abstrakten Ebene die dogmatischen Grundannahmen der §§ 249 ff. BGB an die tatsächlichen Bedürfnisse der heutigen Zeit anzupassen bzw. die gesetzessystematischen Veränderungen des Schmerzensgeldes durch die Zweite Schadensersatzrechtsreform (2002) konsequent umzusetzen. Das Ziel soll demnach eine *teleologische Modifikation*³² der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Rechtsliteratur sein. In Anbetracht einer solchen umfassenden Korrektur kann sicher nicht mehr von einem bloßen „Streit um Worte“ bzw. einer „Frage von untergeordneter Bedeutung“³³ ausgegangen werden.

Die Untersuchung konzentriert sich insbesondere auf die folgenden Problemkomplexe³⁴: (1) Es sind die anrechnungsfähigen Nichtvermögensvorteile zu bestimmen, wobei herauszuarbeiten ist, inwiefern sie einer subjektiven oder einer objektiven Bewertung unterfallen. (2) Es ist zu klären, ob beim Schmerzensgeldanspruch tatsächlich eine Genugtuungsfunktion anerkannt werden sollte. Denn kann sich das Genugtuungsbedürfnis des Geschädigten allein in einem eingeschränkten Ausmaße entfalten, dann er-

³¹ Vgl. *Schlechtriem*, ZEuP 1997, 232, 254.

³² Zu der „teleologischen Modifikation“ von Normen: *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik, S. 260 f., 272 f.: „Umgekehrt kann aber auch eine Einschränkung der Rechtsfolgenanordnung erforderlich werden, um der Wertentscheidung des Gesetzgebers Rechnung zu tragen.“; *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I/1, S. 322 Fn. 2; *Zippelius*, Methodenlehre, § 11 II.

³³ *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 141; *Staudinger*¹²/*Schäfer*, § 847 Rn. 77; *MüKo-BGB/Oetker*, § 249 Rn. 239; *Thüsing*, Schadensberechnung, S. 37.

³⁴ Nach den Materialien zur Zweiten Schadensersatzrechtsreform im Jahr 2002 sollen die Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht in den Tatbestand des § 253 Abs. 2 BGB einzubeziehen sein, so dass dem konzeptionellen Ansatz der höchstrichterlichen Rechtsprechung über Art. 1 i.V.m. Art. 2 GG zu folgen ist. In dieser Abhandlung werden die Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts daher außer Betracht gelassen, vgl. BT-Drucksache 14/7752, S. 24 f.; *MüKo-BGB/Oetker*, § 253 Rn. 27; *NK-BGB/C. Huber*, § 253 Rn. 1.

scheint es inkonsequent, Sanktionskriterien bei einer Vorteilseinbeziehung umfassend „aufleben“ zu lassen. Eine umfangreiche – dogmatische – Untersuchung der ersatzrechtlichen Genugtuungsfunktion ist demnach unerlässlich. (3) Ferner ist noch zu entscheiden, ob Nichtvermögensvorteile einen Schmerzensgeldanspruch mindern können. Wird die Möglichkeit der Vorteilseinbeziehung anerkannt, so ist letztlich im Hinblick auf die dogmatische Einordnung weder im Grundsatz noch im Detail hinreichend geklärt, ob die Vorteilsberücksichtigung eine reine Billigkeitsfrage darstellt oder auf der Gewichtung derjenigen Kriterien beruht, welche sich bei Vermögensschäden durchaus als ausschlaggebend erwiesen haben. Schwerpunkt dieser Untersuchung ist, die relevanten Anrechnungskriterien herauszustellen, um die Durchführung der Vorteilseinbeziehung in den einzelnen (in der Praxis auftretenden) Fallkonstellationen umfassend zu analysieren. (4) Sodann ist zu untersuchen, inwiefern ein Ansatz von *Helmut Koziol* (2010)³⁵ weiterentwickelt und für das deutsche Recht fruchtbar gemacht werden sollte. Seinem dogmatischen Ansatz zufolge sind verschiedenartige (materielle und immaterielle) Interessen miteinander zu verrechnen, ohne dass eine starre Differenzierung zwischen Materiellem und Immateriellem aufrechterhalten bleibt. Bei dieser Annahme werden gemeinhin anerkannte Grenzen des Schadensersatzrechts weithin „aufgebrochen“, was sich durchaus als vorteilhaft erweisen könnte. Denn schon *Karl Larenz* stellte fest³⁶, „der Frage, was ein „Vermögensschaden“ im Sinne unserer Rechtsordnung ist, (kommt) nicht nur theoretische, sondern auch eine eminent praktische Bedeutung (zu)“.

³⁵ *Koziol*, Schadensersatzrecht, S. 129 f.

³⁶ *K. Larenz*, Schuldrecht I, § 28 III (S. 478 f.).

C. Gang der Untersuchung

Eine fundierte Stellungnahme zur Anrechnung immaterieller und letztlich auch materieller Vorteilswerte auf einen Schmerzensgeldanspruch ist nur vor dem Hintergrund des bisherigen Meinungsstandes in der Rechtsprechung und Rechtsliteratur möglich. Eine Bestandsaufnahme (5. Kap.C./6. Kap.C.) dient nicht zuletzt dem Zweck, die Struktur des Problems und die Vielfalt der einzelnen Lösungsmöglichkeiten zu verdeutlichen. Bevor alsdann eine Bestandsaufnahme stattfindet, werden im *ersten Kapitel* der Abhandlung die rechtshistorischen Grundlagen eines Schmerzensgeldanspruchs dargestellt. Neben der problematischen Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden wird insbesondere auf die Rechtsnatur eines Schmerzensgeldanspruchs und die gesetzessystematischen Veränderungen – nach der Zweiten Schadensersatzrechtsreform (2002) – Bezug zu nehmen sein.

Fragen einer Vorteilsanrechnung werden sich indessen nicht lösen lassen, ohne dass im *zweiten Kapitel* – erster Grundlagenteil – zunächst zu klären ist, in welcher Form immaterielle Nachteile (2. Kap.B.I.-II.) und immaterielle Vorteile (2. Kap.C.I.-II.) entstehen können bzw. in welcher Weise diese Nachteile und Vorteile zu bewerten sind (2. Kap.B.III./2. Kap.C.III.). Die herrschende Auffassung grenzt die materiellen und immateriellen Werte anhand der Kriterien der Messbarkeit und der Höchstpersönlichkeit ab; mitunter stützt sie sich auf den Kommerzialisierungsgedanken. Diese Ansätze erweisen sich letztlich als unbrauchbar, so dass sich eine medizinisch-psychologische Herangehensweise anbietet. Mit deren Hilfe sind die immateriellen Vorteilswerte zu bestimmen, welche in den dogmatischen Abhandlungen bisher kaum Beachtung gefunden haben. In der neueren Rechtsliteratur wird eine Unbewertbarkeit immaterieller Vorteilswerte bzw. deren subjektive Bewertung angenommen. Dadurch entstehen zahlreiche Wertungswidersprüche zu den Nichtvermögensnachteilen, welche aufzulösen sind.

Im *dritten Kapitel* – zweiter Grundlagenteil – sollen die schadensersatzrechtlichen Prinzipien untersucht werden, welche bei der Haftungsausfüllung eine maßgebliche Bedeutung erlangen und die Grundlagen einer Vorteilsanrechnung darstellen. Neben der Primärfunktion eines Schadensausgleichs (3. Kap.B.) soll sich beim Schmerzensgeldanspruch eine Genugtuungsfunktion entfalten. Diese beinhaltet Pönalkriterien, welche die Bemess-

sung eines Ersatzumfangs beeinflussen und – nach herrschender Ansicht – die Vorteilseinbeziehung einschränken. Die Heranziehung von – präventiven (3. Kap.C.) und auch repressiven (3. Kap.D.) – Sanktionsgedanken im zivilrechtlichen Schadensersatzrecht bildet einen Kern der anschließenden Untersuchung. Im Vordergrund wird dabei stehen, inwiefern auch bei materiellen Schäden ein Genugtuungsbedürfnis besteht (3. Kap.D.IV.) und weshalb dieses bei materiellen Schadensersatzansprüchen zumeist nicht beachtet wird. Auch werden die Funktionen der Rechtsfortsetzung und der Rechtsverfolgung (3. Kap.E.), der Versorgungsgedanke (3. Kap.F.) und ein Konsumschutzprinzip (3. Kap.G.) in die Erörterung der schadensersatzrechtlichen Prinzipien eingebunden. Die ökonomische Analyse des Rechts (3. Kap.H.) darf hierbei freilich nicht außer Betracht bleiben.

Die beiden Grundlagenteile und die dort auftretenden Fragen sind für das Verständnis des Schmerzensgeldes – für die Problematik der Anrechnung materieller oder immaterieller Vorteilswerte – von zentraler Bedeutung.

Nachdem diese Grundlagen für eine Vorteilsanrechnung herausgearbeitet wurden, sollen im *vierten Kapitel* die dogmatischen „Anrechnungskriterien“, welche bei den Vermögenswerten gemeinhin anerkannt sind, zusammengestellt werden. Ein Schwerpunkt wird indes bei den repressiven und präventiven Sanktionskriterien auszumachen sein (4. Kap.A.VIII.). Denn diese Faktoren werden in dem Zusammenhang mit einer Vorteilsanrechnung zumeist nicht erwähnt oder durch den Billigkeitsbegriff verschleiert. Auch die neuere Rechtsliteratur nimmt allenthalben an, die Vorteilsanrechnung sehe keine Sanktionierung vor, obwohl diese bis vor etwa 40 Jahren weithin anerkannt war.

In dem *fünften Kapitel* – erster Hauptteil – erfolgt nunmehr die Bestandsaufnahme zur immateriellen Vorteilsanrechnung, mithin zur Anrechnung immaterieller Vorteile auf einen immateriellen Nachteil. Dazu sind die einzelnen Konstellationen in Rechtsprechung und Rechtsliteratur herauszuarbeiten (5. Kap.B.). Zudem ist die österreichische Rechtslage in einem Rechtsvergleich in die dogmatische Untersuchung einzubeziehen. Im Anschluss an eine Erörterung des gegenwärtigen Meinungsstands (5. Kap.C.) wird in einem weiteren Vergleich (5. Kap.D.) eine Kürzung des Schmerzensgeldanspruchs aufgrund eines Mitverschuldens des Verletzten dargestellt. Sodann ist im Rahmen einer ausführlichen rechtlichen Würdigung (5. Kap.F.) auf die Billigkeit, die formale bzw. materielle Schadenssubjek-

tivität, die Schadensnatur, das Problem einer Inkommensurabilität sowie die schadensersatzrechtlichen Prinzipien und Wertungen Bezug zu nehmen.

Im *sechsten Kapitel* – zweiter Hauptteil – findet alsdann eine Bestandsaufnahme zu den Wechselwirkungen und Überschneidungen zwischen materiellen und immateriellen Werten statt (6. Kap.A.-C.). Während eine Verrechnung materieller Vorteile mit immateriellen Nachteilen im Vordergrund der Betrachtung steht, werden in einem weiteren Vergleich die materiellen Ersatzansprüche untersucht, mithin eine Anrechnung immaterieller Vorteile auf einen materiellen Nachteil (6. Kap.D.). Bei der eigenen Stellungnahme sind insbesondere die (In-)kommensurabilität sowie (In-)kongruenz zu berücksichtigen. Ferner entfalten sowohl der immaterielle Schadensbegriff als auch die Prinzipien des Schadensersatzrechts eine maßgebliche Bedeutung (6. Kap.D.).

Im Anschluss an diese abstrakten Ausführungen fließen die Erkenntnisse aus den beiden vorangegangenen Hauptteilen in eine Untersuchung der in der Praxis relevanten Fallkonstellationen ein (*siebentes Kapitel*). Zunächst ist zu klären, inwiefern die für Vermögenswerte anerkannten Anrechnungskriterien auf die ideellen Werte zu übertragen sind (7. Kap.A.). Sodann wird sich in den Fallkonstellationen damit zu befassen sein, welche rechtlichen Wertungen sich in den Einzelfällen als entscheidend erweisen (7. Kap.B.-C.). Durch eine Heranziehung der abstrakten Ergebnisse – aus dem fünften und sechsten Kapitel – werden diese wiederum auf ihre Schlüssigkeit hin untersucht und dadurch untermauert.

Die Arbeit endet im *achten Kapitel* mit einer Schlussbetrachtung, in welcher die wesentlichen Erkenntnisse zusammengefasst werden.

D. Terminologie

Zuletzt ist bei einer Untersuchung der Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld zu bedenken, dass schon in terminologischer Hinsicht durchaus ein „unsicheres Terrain“ besteht. Um der Gefahr von Missverständnissen vorzubeugen ist es erforderlich, die Bedeutung mancher Begrifflichkeiten – so wie sie zumindest in dieser Abhandlung zu verstehen sein sollen – klarzustellen. Als Ausgangspunkt ist die Unterscheidung zwischen einer Rechtsgutsverletzung sowie einem Schaden zu beachten. Die Verletzung einer Person stellt dabei eine „*immaterielle*“ bzw. eine „*ideelle*“ Einbuße dar, mithin eine „*nichtvermögenswerte*“ Einbuße. Diese Verletzung kann sowohl einen *Vermögensschaden* als auch einen *Nichtvermögensschaden* nach sich ziehen. Gleichbedeutend wird von dem „*materiellen*“ (vermögensrechtlichen) bzw. dem „*immateriellen*“ (nichtvermögensrechtlichen) Schaden die Rede sein, ohne in diesem Zusammenhang freilich die Abgrenzung zur immateriellen Rechtsgutsverletzung zu verkennen. Mitunter wird in der Literatur dafür plädiert, den Begriff des „*immateriellen Schadens*“ durch den des „*ideellen Schadens*“ zu ersetzen, da die mutmaßliche Immaterialität des Schadens zu Fehlinterpretationen führen würde³⁷, sofern eine organische Verletzung eingetreten ist. Dennoch sollen die Begrifflichkeiten eines *Nichtvermögensschadens*, „*immateriellen Schadens*“ bzw. „*ideellen Schadens*“ gleichbedeutend verwendet werden. Denn aus Gründen einer besseren Nachvollziehbarkeit der anschließenden Ausführungen wird hier der herrschenden Terminologie³⁸ gefolgt.

Zudem ist zwischen dem materiellen und dem immateriellen Schadensersatz zu differenzieren. Damit wird nicht auf die Materialität oder die Immaterialität der Ersatzleistung bzw. die Differenzierung zwischen Schadenskompensation und -restitution abgezielt. Stattdessen bezieht sich die Materialität bzw. Immaterialität auf die Art eines entstandenen Schadens. „*Materieller Schadensersatz*“ ist letztlich der Ersatz für einen materiellen Schaden, während „*immaterieller Schadensersatz*“ einen immateriellen Schaden ausgleichen soll.

³⁷ Stoll, Gutachten, S. 1, 127; Brusini, Zum Problem des immateriellen Schadens, S. 9; vgl. auch Reinecke, Schaden und Interesseinbuße, S. 84 f., der auch den Begriff des „ideellen Schadens“ ablehnt, da sich dadurch bloße Einbußen nicht von wirklichen Nichtvermögensschäden abgrenzen ließen.

³⁸ Stellvertretend Staudinger/Schiemann, § 253 Rn. 3 ff.

Schließlich wird zwischen einer materiellen und einer immateriellen Vorteilsanrechnung zu unterscheiden sein. Zunächst ist festzuhalten, dass die Begriffe eines „*nichtvermögenswerten*“, eines „*immateriellen*“ und eines „*ideellen*“ Vorteilswerts durchaus als Synonyme zu verstehen sind. Eine „*materielle Vorteilsanrechnung*“ umfasst nunmehr die Anrechnung eines materiellen Vorteilswerts auf einen materiellen Nachteilswert. Indessen werden bei einer „*immateriellen Vorteilsanrechnung*“ immaterielle Vorteilswerte mit einem immateriellen Nachteilswert verrechnet. Die Ausnahmefälle, in denen materielle Vorteile mit einem immateriellen Nachteil bzw. immaterielle Vorteile mit einem materiellen Nachteil in Ansatz gebracht werden sollen, erhalten keine Sonderbezeichnungen. Folglich werden diese Sonderkonstellationen durchgehend ausdrücklich genannt.

1. Kapitel: Rechtshistorische Grundlagen

A. Einleitung

Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Schmerzensgeldes ist im deutschen Schrifttum schon mehrfach ausführlich dargestellt worden³⁹; daher muss sie an dieser Stelle nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden. Für das Verständnis der geltenden Rechtslage – mithin für die Ermittlung der ausgleichsfähigen, immateriellen Vor- und Nachteilswerte (2. Kap.) bzw. für die Ermittlung der schadensersatzrechtlichen Prinzipien (3. Kap.) – ist es allerdings unerlässlich, die Ausgangspunkte der Diskussion zu skizzieren: nämlich die Entwicklung des Schmerzensgeldanspruches in der Zeit bis zum Inkrafttreten des BGB am 1. Januar 1900 einerseits (B.I. – B.III.) sowie die Beweggründe des historischen Gesetzgebers des BGB andererseits (B.IV.). Sodann ist für die Bedeutung der Genugtuungsfunktion und für die Vorteilsanrechnung – der Einbeziehung materieller und immaterieller Vorteile auf den Schmerzensgeldanspruch – festzuhalten, inwiefern die Reformen in den Jahren 1990 und 2002 eine entscheidende Wirkung entfalten konnten (B.V. – B.VI.). Der Schmerzensgeldanspruch – in seiner heutigen Form – ist letztlich in Auseinandersetzung mit diesen Entwicklungen entstanden. Folglich sind sie für die geschichtliche Interpretation der zu beantwortenden Fragestellungen von hohem Interesse.

³⁹ Vgl. vor allem m.w.N.: *Hofstetter*, Zur Geschichte des Schmerzensgeldes (1961); *Walter*, Geschichte des Anspruchs auf Schmerzensgeld (2004); *Bucher*, *Annuario di Diritto Comparato* 35 (1961), S. 5, 19 ff.; *Nehlsen-v. Stryk*, *JZ* 1987, 119, 120 ff.

B. Entwicklungen des Schmerzensgeldanspruchs

I. Römisches Recht

Das frühe römische Recht knüpfte wie schon das altarabische Recht und auch das Alte Testament an die Vorstellungen an, dass im Fall einer Verletzung von Körper und Gesundheit eine vergeltende Reaktion notwendig erscheine. Darauf aufbauend gewährte die römischrechtliche *actio legis Aquiliae* Schadensersatz, sofern ein fremder Sklave oder ein fremdes vierfüßiges Herdentier infolge einer unmittelbaren Einwirkung getötet wurden⁴⁰. Auch waren die (Vermögens-)Schäden, welche durch unrechtmäßiges Brennen, Brechen oder Verstümmeln entstanden sind, zu ersetzen. Vornehmlich in der klassischen Zeit wurde der Anwendungsbereich dieser Privatstrafklage auf alle Fälle der Verletzung eines Unfreien oder eines Tieres ausgedehnt. Durchgängig kam es dabei auf das Vorliegen eines Vermögensschadens – insbesondere Heilbehandlungskosten oder Verdienstausfall – an. Denn nach dem Grundsatz *liberum corpus nullam recipit aestimationem* bestand im römischen Recht keine Möglichkeit, den Wert des Körpers oder der Gesundheit – freier Menschen – festzusetzen. Ausnahmen wurden nur bei Scheinsklaven oder bei freien Haussöhnen anerkannt.

Ferner ermöglichte die *actio injuriarum aestimatoria*⁴¹, welche sich neben der *actio legis Aquiliae* entwickelt hatte, eine Sühnung von verbalen oder körperlichen Ehrkränkungen (Verbal- bzw. Realinjurien). Die Privatstrafklage gewährte demnach einen Ausgleich für jegliche bewussten Missachtungen der fremden Persönlichkeit. Konnte eine solche Missachtung indessen nicht festgestellt werden, sah das römische Recht keinen weiteren Entschädigungsanspruch (für immaterielle Schäden) vor.

⁴⁰ Kaser/Knütel, Römische Privatrecht, § 51 Rn. 10 ff. (S. 277 ff.); Jörs/Kunkel, Römische Privatrecht, § 158 (S. 256 ff.); Honsell, Römische Recht, § 60 (S. 167 ff.); Ebert, Pönale Elemente, S. 35 f.; Stoll, Gutachten, S. 1, 51; HKK/Jansen, §§ 249–253, 255 Rn. 10 f.; Besecke, Schadensersatzpflicht, S. 17; Lange, Schadensersatz und Privatstrafe, S. 58 ff.; Nehlsen-v. Stryk, JZ 1987, 119, 120.

⁴¹ Jörs/Kunkel, Römische Privatrecht, § 159 (S. 259 f.); Kaser/Knütel, Römische Privatrecht, § 35 Rn. 2 (S. 189), § 51 Rn. 19 ff. (S. 280 f.); Honsell, Römische Recht, § 61 (S. 174); Ebert, Pönale Elemente, S. 37 ff.; Stoll, Gutachten, S. 1, 52.

II. Germanisches Recht

Im germanischen Recht führten Nichtvermögensschäden wie physische Schmerzen, Entstellungen oder Behinderungen zu Bußleistungen an den zuständigen Fürsten⁴². Ferner musste der Schädiger ein Wergeld⁴³ an den Geschädigten oder (im Fall einer Tötung) an dessen Angehörige bzw. an die gesamte Sippe leisten, um den immateriellen Schaden auszugleichen und den Rachegefühlen Genüge zu tun (privatstrafrechtliche Funktion).

III. Deutscher Rechtskreis

1. Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden

Im frühmittelalterlichen Kompositionensystem⁴⁴ ermöglichte die Zahlung eines Sühnegeldes an den Geschädigten, dessen Familie oder die gesamte Gemeinschaft eine Sühnung der begangenen Tat. Dabei richtete sich die *compositio* nach der Tatschwere sowie der sozialen Stellung des Geschädigten, so dass nicht der eingetretene Schaden, sondern das erfolgte Unrecht für die Bemessung der *compositio* maßgeblich war. Demnach wurden ein zivil- und ein strafrechtliches Verfahren miteinander verbunden.

Ende des 12. Jahrhunderts entwickelte sich im deutschen Rechtskreis mit der fortwährenden Trennung zwischen Zivilklagen und öffentlichen Strafen ein umfassendes (zivilrechtliches) Schadensersatzrecht⁴⁵. Während in den allermeisten Rechtsordnungen nur ein Ersatz von Vermögensschäden vorgesehen war⁴⁶, gewährten einige oberdeutsche Stadtrechte schon im 13. Jahrhundert – der deutschrechtlichen Tradition eines germanischen Wergeldes entsprechend – ein Schmerzensgeld. Erst nachdem privatstraf-

⁴² HKK/Jansen, §§ 249–253, 255 Rn. 15.

⁴³ Niemeyer, Genugtuung, S. 12 ff., 18 f.; Großfeld, Privatstrafe, S. 90 f.; Köndgen, Haftpflichtfunktionen, S. 117; Lange, Schadensersatz und Privatstrafe, S. 111 ff., 129 ff.; Klumpp, Privatstrafe, S. 37 ff.; Jansen, Haftungsrecht, S. 297 ff.

⁴⁴ Ebert, Pönale Elemente, S. 32; Frehsee, Schadenswiedergutmachung, S. 18 f.

⁴⁵ Vgl. Schmidt, Die Grundsätze über den Schadensersatz in den Volksrechten (1885); HKK/Jansen, §§ 249–253, 255 Rn. 7 f.; Eisenhardt, Rechtsgeschichte, Rn. 86; Hofstetter, Geschichte, S. 1 f., 8 ff.; Walter, Geschichte, S. 82; Ebert, Pönale Elemente, S. 32; Schaffstein, Symposium Schaffstein, S. 9, 22; Gotthardt, Wiedergutmachung, S. 17; v. Liszt, Deliktsobligationen, S. 5; Großfeld, Privatstrafe, S. 75; Binding, Normen I, S. 270 ff., 284 ff., 445, 458; Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse, S. 18 ff.; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, S. 61.

⁴⁶ Fischer, Der Schaden, S. 277 f.; Brusiin, Zum Problem des immateriellen Schaden, S. 8; v. Beauvais, Verhältnis, S. 20; Leuze, Persönlichkeitsrecht, S. 67; Hofstetter, Geschichte, S. 15 ff.; Bucher, Annuario di Diritto Comparato 35 (1961), S. 5, 34.

rechtliche Institute des römischen Rechts (*actio legis Aquiliae* bzw. *actio injuriarum aestimatoria*) im 14. und 15. Jahrhundert durchgängig Einzug in den deutschen Rechtskreis gehalten hatten⁴⁷, fand der Schmerzensgeldanspruch im allgemeinen Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1532 – *Constitutio Criminalis Carolina* – eine erste gesetzliche Ausprägung. Hierbei blieben die Regelungen in den Artikeln 20, 21 CCC zunächst weit hinter dem Persönlichkeitsschutz im römischen Recht zurück. Denn sie gewährten allein demjenigen, der durch unrechtmäßige Folter geschädigt wurde, einen Schadensersatzanspruch für die verursachten Schmerzen⁴⁸. Erst in den folgenden Jahrhunderten weitete die Praxis den Ersatzanspruch aus, so dass dem Geschädigten ein Schmerzensgeld bei physischen Einbußen, Entstellungen („Verunstaltungsentschädigung“) und bei seelischer Trauer über eine Tötung naher Angehöriger („Trostgeld“) zugesprochen werden konnte⁴⁹. Die deutschrechtliche Ausprägung der pönalen *actio injuriarum aestimatoria* wurde im Laufe der Jahrhunderte auf den verbalen Beleidigungstatbestand reduziert⁵⁰. Neben den pönalen Regelungen in der *Constitutio Criminalis Carolina* und der Privatstrafklage der *actio injuriarum aestimatoria* bestanden bis ins 18. Jahrhundert hinein allein in Sachsen partikularrechtliche Regeln zur Entschädigung immaterieller Einbußen.⁵¹

In den Partikularrechten des 19. Jahrhunderts wurde der Ersatzanspruch für immaterielle Schäden unterschiedlich kodifiziert. Während das *bayerische*, *badische* sowie *württembergische* Recht ein Schmerzensgeld aus moralischen Gründen ablehnten⁵², konnte in den übrigen Rechtsordnungen von einer grundsätzlichen Anerkennung ausgegangen werden⁵³.

⁴⁷ Ebert, Pönale Elemente, S. 33 f.; Eisenhardt, Rechtsgeschichte, Rn. 140 ff.; Jansen, Haftungsrecht, S. 187, 202 ff., 281 f.; Nehlsen-v. Stryk, JZ 1987, 119, 120.

⁴⁸ Leuze, Persönlichkeitsrecht, S. 72 ff.; Besecke, Schadensersatzpflicht, S. 20 f.; Hofstetter, Geschichte, S. 13 ff.; Scheyhing, AcP 158 (1959/1960), S. 503, 505 ff.

⁴⁹ v. Wächter, Busse, S. 72 ff.; Besecke, Schadensersatzpflicht, S. 20 f.; Walter, Geschichte, S. 52, 83; Stoll, Haftungsfolgen, S. 345; Ebert, Pönale Elemente, S. 82 ff.

⁵⁰ Mainzer, Injurienklage (1908); Ebert, Pönale Elemente, S. 175 f.; Seitz, Schmerzensgeldklage, S. 108 ff.; Leuze, Persönlichkeitsrecht, S. 72 ff.; Stoll, Gutachten, S. 1, 53; Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts III, § 199 Nr. 2 (S. 372 ff.); Seng, AbR 5 (1891), S. 336, 367 ff.; E. Kaufmann, AcP 162 (1963), S. 421, 424 ff.; Kern, FS Mezger, S. 407, 408; Coing, JZ 1958, 558; Nehlsen-v. Stryk, JZ 1987, 119, 120.

⁵¹ Aus dem Gewohnheitsrecht und dem kanonischen Recht entwickelte sich eine Deflorationsklage, nach der der Verführer einer Jungfrau oder einer Witwe diese zu heiraten oder durch die Leistung eines angemessenen Betrages zu entschädigen hatte, vgl. Besecke, Schadensersatzpflicht, S. 21; Seng, AbR 5 (1891), S. 336, 338.

⁵² Walter, Geschichte, S. 186, 319 f., 325; E. Kaufmann, AcP 162 (1963), S. 421, 433.

⁵³ Ebert, Pönale Elemente, S. 192, 196 f.; Walter, Geschichte, S. 54, 335 ff.; Hofstetter, Geschichte, S. 53 ff., 58 ff.; Nehlsen-v. Stryk, JZ 1987, 119, 120.

Schon das *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* (1794) gewährte dem Geschädigten aus dem Bauern- oder Bürgerstand in den Fällen einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Körperverletzung einen billigen Ersatzanspruch für die verursachten Schmerzen⁵⁴. Das zugesprochene Schmerzensgeld orientierte sich an den Heilbehandlungskosten. Ferner konzidierte das *Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch*⁵⁵ einen Ausgleich der immateriellen Einbußen, welche auf einer vorsätzlichen Körper- oder Freiheitsverletzung beruhten. Im Rheinland sah Art. 1382 *Code Civil* gleichermaßen einen sehr weitgehenden Ersatz ideeller Einbußen vor⁵⁶. Ende des 19. Jahrhunderts hatte sich damit die Auffassung durchgesetzt, Schäden immerhin dann zu ersetzen, sofern sich diese auf eine körperliche Rechtsverletzung stützen ließen.

2. Rechtsnatur des Schmerzensgeldes

Da der deutschrechtliche Schmerzensgeldanspruch auf der römischrechtlichen (pönalen) *actio lex Aquilia* beruhte, stellte sich letztlich die Frage, ob das Schmerzensgeld eine zivilrechtliche oder eine privatstrafrechtliche Rechtsnatur besitzen sollte⁵⁷. Im 17. Jahrhundert war es *Struve* und *Stryk* zu verdanken gewesen, dass sich die Ansicht einer rein zivilrechtlichen Rechtsnatur immer weiter durchgesetzt hatte. Sodann verdrängte der Genugtuungsgedanke den Begriff einer „Privatstrafe“ gänzlich⁵⁸, so dass der Schmerzensgeldanspruch weitestgehend entpönalisiert schien.

In der Rechtsliteratur beschäftigte sich schließlich *Gensler* (1818) eingehend mit den Konkurrenzverhältnissen zwischen der deutschrechtlichen Schmerzensgeldklage, der deutschen Ausprägung einer *actio injuriarum aestimatoria* sowie den verschiedenen römischrechtlichen Klagearten. Er vertrat in dem Zusammenhang die Anfang des 19. Jahrhunderts weit verbreitete Auffassung, zivilrechtliche Ersatzansprüche würden einen Vermö-

⁵⁴ *Besecke*, Schadensersatzpflicht, S. 22; *Stoll*, Gutachten, S. 1, 56 f.; *Hofstetter*, Geschichte, S. 34 ff.; *Walter*, Geschichte, S. 155 ff., 172, 210.

⁵⁵ *Ebert*, Pönale Elemente, S. 167 ff.; *Hofstetter*, Geschichte, S. 39 ff.; *Walter*, Geschichte, S. 327 ff., 333 f.

⁵⁶ *E. Kaufmann*, AcP 162 (1963), S. 421, 433; *Coing*, JZ 1958, 558.

⁵⁷ *Ebert*, Pönale Elemente, S. 51, 62, 83 f.; *Bohn*, Sanktionsgedanke, S. 62; *Kern*, AcP 191 (1991), S. 247, 256; *Göthel*, AcP 205 (2005), S. 36 ff.; *Nehlsen-v. Stryk*, JZ 1987, 119, 121 m.w.N.; *Wagner*, ZEuP 2000, 200, 204.

⁵⁸ *H. Kaufmann*, Rezeption und Usus modernus der actio legis Aquiliae, S. 29 ff.; vgl. zum Genugtuungsgedanken unten 3.Kap.D.I.

genusschaden voraussetzen⁵⁹. Demnach sollte der Schmerzensgeldanspruch einen privatstrafrechtlichen Charakter aufweisen. Einige Literaturstimmen folgten dieser Auffassung, was in der prägnanten Aussage *Windscheids* (1865) gipfelte⁶⁰: „Schmerzen und Geldleistung (sind) absolut unvergleichbare Größen (...) das Schmerzensgeld ist also eben nicht Ersatz, und wenn es nicht Ersatz ist, so muß es Strafe sein“.

Ende des 19. Jahrhunderts gelangten nunmehr *v. Wächter* – ebenso wie in einer neueren wissenschaftlichen Arbeit auch *Windscheid* – zu der Erkenntnis, der Schmerzensgeldanspruch sei eine zivilrechtliche Ersatzklage und keine Privatstrafklage⁶¹. Auch das Reichsgericht entschied im Jahr 1882⁶² den Meinungsstreit um die Rechtsnatur des immateriellen Schadensersatzes in diesem Sinne. In den letzten Jahren vor dem Inkrafttreten des BGB sprachen sich demnach die ganz überwiegenden Stimmen sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur für eine ausgleichende und keine privatstrafrechtliche Rechtsnatur des Schmerzensgeldes aus⁶³. Dennoch wiesen *v. Ihering*, *Gierke* und *Kohler* darauf hin, den Haftungsumfang mit dem Verschuldensgrad des Schädigers zu verknüpfen; sie befürworteten demnach eine (Re-)Pönalisierung⁶⁴.

⁵⁹ *Gensler*, AcP 1 (1818), S. 143 ff.; vgl. *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, S. 1542 f. m.w.N.; *E. Kaufmann*, AcP 162 (1963), S. 421, 428 m.w.N.; *Göthel*, AcP 205 (2005), S. 36, 45 ff.

⁶⁰ *Windscheid*, Pandektenrecht II, § 455 Fn. 31 (S. 980); vgl. *Ortloff*, Grundzüge, S. 513 ff.; *Phillips*, Grundsätze, S. 564; *Beseler*, System des gemeinen deutschen Privatrechts I, S. 538; *Gengler*, Lehrbuch des Deutschen Privatrechts, S. 774 f.

⁶¹ *v. Wächter*, Busse (1874); *Windscheid*, Pandektenrecht II, § 455 Fn. 31 (S. 980).

⁶² RGZ 8, 117; abweichend noch RGZ 7, 295.

⁶³ Vgl. *Ebert*, Pönale Elemente, S. 197; *Klumpp*, Privatstrafe, S. 147.

⁶⁴ *v. Ihering*, Schuldmoment, S. 54 ff.; *Gierke*, Entwurf, S. 198, 266 f.; *ders.*, Deutsches Privatrecht, S. 970 ff.; *Kohler*, AbR 5 (1891), S. 161, 256 f.

IV. Bürgerliches Gesetzbuch

1. Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden

Obschon der historische Gesetzgeber des BGB die diversen – bisweilen weitestgehend ungelösten – Schwierigkeiten⁶⁵ bei der Abgrenzung zwischen materiellen und immateriellen Schäden erkannt hatte, entschied er sich dennoch gegen eine grundsätzliche Kompensationsfähigkeit ideeller Einbußen⁶⁶. Damit schloss er sich einer Entwicklung in den süddeutschen Partikularrechten an und stützte seine Auffassung auf die gegen Ende des 19. Jahrhunderts aufkommenden Bedenken gegen alle Arten von privatrechtlichen Instituten, die eine Kompensation von Nichtvermögensschäden vorsahen. Seine ablehnende Haltung wurde durch die Schriften von *v. Ihering* und *Kohler*, die sich gegen einen rein materiellen Schadensbegriff ausgesprochen hatten, sowie durch eine beträchtliche Kritik an den ersten Entwürfen des BGB, welche eine Entschädigung für immaterielle Schäden schlechthin nicht vorgesehen hatten, verstärkt.⁶⁷ Eine Ausnahme zur Kompensationsfähigkeit bildeten aber die §§ 847, 1300 BGB a. F.⁶⁸.

⁶⁵ Es sind Zwischen- und Mischformen denkbar, bei welchen eine genaue Einordnung zum materiellen oder immateriellen Schadensbereich schlicht unmöglich ist. Zum Beispiel stellt die Beeinträchtigung des persönlichen Ansehens im sozialen Umfeld vordergründig einen Nichtvermögensschaden dar, wenn sie sich zu einer psychischen Gesundheitsverletzung verfestigt. Freilich kann sie auch zu einer Minderung der Erwerbsmöglichkeiten führen, ohne dass sich diese genau bestimmen lässt und als Vermögensschaden geltend gemacht werden könnte. Vgl. insb *Mugdan*, Protokolle II, S. 2846: „Dabei werde aber in den Motiven anerkannt, dass nicht selten die Grenze zwischen diesem Vermögensschaden und einem nicht dem Gebiete des Vermögens angehörenden Schaden sich verwische.“; *ders.*, Motive II, S. 801 f.; *Stoll*, Haftungsfolgen, S. 176 f., 291.

⁶⁶ *Mugdan*, Motive II, S. 22; *ders.*, Protokolle II, S. 597: „Man hielt es für zweckmäßig, den Rechtssatz, dass für immateriellen Schaden eine Geldentschädigung nicht gewährt werde, im Gesetze auszusprechen, da gegenwärtig eine lebhaftere Strömung zu Gunsten einer solchen Entschädigung bestehe“; vgl. RGRK/*Kreft*, § 847 Rn. 3; HKK/*Jansen*, §§ 249–253, 255 Rn. 52 ff.; *Stoll*, Haftungsfolgen, S. 174; *Bloemertz*, Schmerzensgeldbegutachtung, S. 8 ff.

⁶⁷ *v. Ihering*, JhJb 18 (1880), S. 1, 60 ff., 78 f.; *Kohler*, AbR 5 (1891), S. 161, 255 f.; *Kohler*, Deutsches Patentrecht, S. 639 ff.; *v. Wächter*, Busse, S. 72 ff.; vgl. *Stoll*, Gutachten, S. 1, 18; *ders.*, Haftungsfolgen, S. 174; *K. Larenz*, Schuldrecht I, § 28 III (S. 475); *Baur*, Entwicklung und Reform, S. 29 ff.; *Meder*, Enttäuschungsverarbeitung, S. 35.

⁶⁸ § 847 BGB a. F.: „Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt wird.“; vgl. ferner *Mugdan*, Motive II, S. 22: „Anlangend aber den Fall deliktischer Zufügung eines anderen als eines Vermögensschadens, so müssen freilich an sich auch die sog. idealen Rechte gegen widerrechtliche Verletzung gesichert, und es kann dieser Schutz nicht ausschließlich in das Strafrecht verlegt werden.“; *ders.*, Protokolle II, S. 1245: „Der Übelstand, dass ideale Schäden durch Geld vergolten würden, müsste hingenommen werden, da sich ein anderes geeignetes Ersatzmittel nicht bietet.“

Im Folgenden sollen nunmehr die Beweggründe des historischen Gesetzgebers zur eingeschränkten Kompensationsfähigkeit immaterieller Schäden (§ 253 Abs. 1 BGB n. F.)⁶⁹ dargestellt werden, die schon während der Entstehungszeit des BGB – aufgrund einer Verkennung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes⁷⁰ – kritisiert worden waren.

a) Rechts- und Sittlichkeitsbedenken

Einen Haupteinwand gegen die Kompensation von Nichtvermögensschäden stellte das bürgerliche Rechts- und Sittlichkeitsbewusstsein, die herrschende Auffassung in den besseren, deutschen Volkskreisen, dar. Denn bei der Geldentschädigung wegen eines immateriellen Schadens „würden nur die schlechteren Elemente Vortheil ziehen, Gewinnsucht, Eigennutz und Begehrlichkeit würden gesteigert und aus unlauteren Motiven zahlreiche, schikanöse Prozesse angestrengt werden“⁷¹. Die Kompensation eines Nichtvermögensschadens wäre indessen anstößig und unmoralisch. Ferner würde die Geltendmachung unberechtigter Schadensersatzforderungen zu einer Entwertung ideeller Güter führen⁷².

b) Messbarkeit und richterliche Einschätzung

Auch werde „die Höhe des Schadens in das billige Ermessen des erkennenden Richters gestellt (...), ohne dass man ihm einen geeigneten objektiven Inhalt geben könnte“⁷³. Damit würde dem Richter „jene dem deut-

⁶⁹ Vgl. dazu *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 7 II 1 (S. 426 f.); *RGRK/Kreft*, § 847 Rn. 3 ff.; *Schwerdtner*, Das Persönlichkeitsrecht, S. 260 f.; *Hofstetter*, Geschichte, S. 65 ff.; *Walter*, Geschichte, S. 359 ff.

⁷⁰ *RGRK/Kreft*, § 847 Rn. 4; *Staudinger/Schiemann*, § 253 Rn. 2; *Stoll*, Gutachten, S. 1, 61; *ders.*, Begriff und Grenzen, S. 23; *Schwerdtner*, Das Persönlichkeitsrecht, S. 261; *Wiese*, Der Ersatz, S. 12 f. m.w.N.; *E. Kaufmann*, AcP 162 (1963), S. 421, 422; v. *Caemmerer*, FS v. Hippel, S. 27, 37; *Reinicke*, MDR 1947, 220; *Coing*, JZ 1958, 558, 559; *Schlechtriem*, ZEuP 1997, 232, 244 f.

⁷¹ *Mugdan*, Motive II, S. 22; *ders.*, Protokolle II, S. 1241 ff., 1247; vgl. ferner *Hartmann*, AcP 73 (1888), S. 309, 364: „Es ist dem tieferen deutschen Sinn widerstrebend, die heiligsten Gefühle in schnödem Mammon abzumessen und jede schuldhafte Kränkung derselben durch eine Geldleistung aufwägen zu lassen.“; *Wolff*, Privatrecht I, § 168 Fn. 141; *Fischer*, Der Schaden, S. 267; *Stoll*, Gutachten, S. 1, 35 f., 50; *Ströfer*, Schadensersatz, S. 30.

⁷² So noch *K. Larenz*, Schuldrecht I, § 28 III (S. 477 f.); *Wiese*, Der Ersatz, S. 59; abweichend: *Ady*, Ersatzansprüche, S. 67: Gefahr von Rechtsschutzlücken, Privilegierung des Schädigers; *Staudinger/Schiemann*, § 253 Rn. 2; *Pecher*, AcP 171 (1971), S. 44, 58: grundrechtliche Bedenken, da nur die „besseren Volkskreise“ beachtet wurden; *Stoll*, Gutachten, S. 1, 143: „Die im älteren Schrifttum beliebte Wendung, speziell das „deutsche“ Rechtsgefühl rebelliere gegen die Annahme von Geld für immateriellen Schaden, ist nicht der Diskussion wert. Es ist eine Anmaßung, zu behaupten, daß das deutsche Rechtsgefühl (...) ganz anders reagiere als das Rechtsgefühl der anderen Völker des westlichen Kulturkreises.“

⁷³ *Mugdan*, Protokolle II, S. 1248.

schen Rechte fremde Souveränität seiner Stellung gegenüber dem Streitverhältnisse beigelegt, welche erst bei der Beratung der CPO nach reiflicher Prüfung als bedenklich erfunden und deshalb verworfen wurde⁷⁴.

c) Strafrechtliche Bußvorschriften

Den strafrechtlichen Bußvorschriften der §§ 188, 231 StGB a. F.⁷⁵ zufolge konnte der Strafrichter dem Geschädigten eine Geldentschädigung für physische Schmerzen zukommen lassen. Da dem Zivilrichter eine solche Möglichkeit nach § 253 BGB a. F.⁷⁶ nicht zustand, sollte er mit den Strafrichtern gleichgestellt werden. Daher führte der historische Gesetzgeber Ausnahmen von dem soeben statuierten Grundsatz ein (vgl. §§ 847, 1300 BGB a. F.)⁷⁷, bei deren Vorliegen dieser die Kompensationsfähigkeit immaterieller Einbußen anerkannte.

d) Ausschluss der „actio injuriarum aestimatoria“

Gründe der Rechtssicherheit und Rechtseinheit sollten zudem darauf hindeuten, in den Fällen einer Ehrverletzung keine Schadenskompensation vorzunehmen. Denn nach der Auffassung des historischen Gesetzgebers besaß „die von der Reichsgesetzgebung beseitigte, gemeinrechtliche actio injuriarum aestimatoria“⁷⁸ einen rein strafrechtlichen Charakter. Mithin sollte der „Ausgleich“ bei den Ehrverletzungen nicht über das private Schadensersatzrecht erfolgen, sondern über das öffentliche Strafrecht.

⁷⁴ *Mugdan*, Motive II, S. 22; abweichend: *Staudinger/Schiemann*, § 253 Rn. 2; *Stoll*, Gutachten, S. 1, 55; *Wiese*, Der Ersatz, S. 13; v. *Beauvais*, Verhältnis, S. 103 f.: Die auf die Rechtssicherheit bezogenen Bedenken des historischen Gesetzgebers lassen sich letzten Endes entkräften, wenn man die Erfahrungen mit den strafrechtlichen Bußvorschriften, die Einführungen zivilprozessualer Vorschriften, die wachsende Bedeutung zivilrechtlicher Generalklauseln, die anerkannte Bindung des Zivilrichters an die Grundrechte sowie Erfahrungen aus dem europäischen und internationalen Ausland mit in die Erwägungen einbezieht. In vielen Fällen stehen dem Richter heutzutage weitgehende Freiheiten zu, welche freilich von einer höheren gerichtlichen Instanz überprüft werden können.

⁷⁵ §§ 188, 231 StGB a. F. wurden durch das EGStGB zum 1.1.1975 aufgehoben; vgl. dazu *Ebert*, Pönale Elemente, S. 534 ff.

⁷⁶ § 253 BGB a. F.: „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.“

⁷⁷ *Mugdan*, Motive II, S. 23, 800: „Nur dann, wenn auch dem Zivilrichter die Befugnis beigelegt wird, nach seinem freien Ermessen dem Verletzten wegen eines anderen als einen Vermögensschadens eine billige Geldentschädigung zuzusprechen, wird die erforderliche Harmonie in der Gesetzgebung gewonnen und zugleich einem fühlbar gewordenen Bedürfnisse, sowie den Anforderungen der Rechtsordnung genügt.“; vgl. ferner *Stoll*, Gutachten, S. 1, 28.

⁷⁸ *Mugdan*, Protokolle II, S. 2847, 2855; vgl. *ders.*, Motive II, S. 750 f.; *Fischer*, Der Schaden, S. 276 f.; *Stoll*, Gutachten, S. 1, 13, 50, 53 f.; *Helle*, Persönlichkeit, S. 48; *E. Kaufmann*, AcP 162 (1963), S. 421, 425 ff.

2. Rechtsnatur des Schmerzensgeldes

Auch bei den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch wurde nunmehr die Streitfrage angesprochen⁷⁹, welche Rechtsnatur der Schmerzensgeldanspruch besitzen sollte. Während die *Erste Kommission*⁸⁰ einen Privatstrafcharakter des Schmerzensgeldes angenommen hatte, widersprach die *Zweite Kommission*⁸¹ dieser Ansicht. Die *Erste Kommission* stellte vor allem die Möglichkeit des Strafrichters heraus, den Schädiger nach § 231 StGB a. F. zu einer Bußleistung zu verurteilen. Da man durch das BGB eine Angleichung der Stellung des Zivilrichters beabsichtigt hatte, sollte das Schmerzensgeld gleichermaßen privatstrafrechtlich ausgerichtet sein.

Letztlich nahm die *Zweite Kommission* dazu Stellung, dass der Schmerzensgeldanspruch nicht auf die Fälle der (pönalen) *actio injuriarum aestimatoria* ausgedehnt werden sollte. Demnach lehnte sie zumindest indirekt einen Strafcharakter des Schmerzensgeldes ab⁸². Auch ist den Vorarbeiten zum BGB zu entnehmen, dass der subjektive Verschuldensgrad des Schädigers bei der Haftungsausfüllung keine besondere Berücksichtigung finden sollte – ebenso wie andere strafrechtliche und moralisierende Erwägungen⁸³ –, um eine hervorgehobene autoritative Stellung des Zivilrichters zu vermeiden.

V. Erste Schadensersatzrechtsreform (1990)

Nachdem mehrere Reformbestrebungen einstweilen gescheitert waren⁸⁴, erfuhr der Schmerzensgeldanspruch im Jahr 1990⁸⁵ eine erste gesetzliche Änderung seit seinem Inkrafttreten. Bis anhin konnte der Anspruch auf Schmerzensgeld nach der Gesetzesfassung des § 847 Abs. 1 S. 2 BGB

⁷⁹ *Mugdan*, Materialien II, S. 802.

⁸⁰ *Mugdan*, Materialien II, S. 799 ff.

⁸¹ *Mugdan*, Materialien II, S. 2854 f.

⁸² *Frehsee*, Schadenswiedergutmachung, S. 41; *Wachs*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen, S. 40 f.; *Kern*, AcP 191 (1991), S. 247, 258 f.; *Göthel*, AcP 205 (2005), S. 36, 65; *G. Müller*, VersR 1993, 909.

⁸³ *Mugdan*, Materialien II, S. 17 f.; vgl. *Degenkolb*, AcP 76 (1890), S. 1, 79; *Pecher*, AcP 171 (1971), S. 44, 45; *Hellmer*, FS Mayer, S. 665, 673; *Bührke*, NJW 1959, 1858; *Bötticher*, MDR 1963, 353, 360.

⁸⁴ Vgl. zu Arbeiten am Volksgesetzbuch (1938/1939, 1941) *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht Bd. III/5, S. 284 ff., Bd. III/8, S. 854 ff.; zum Referentenentwurf zu einem Gesetz zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften (1967): *Lange/Schiemann*, Einl VIII 1 (S. 22); *Deutsch*, JZ 1968, 721, 725; vgl. auch *Staudinger/Schiemann*, Vor §§ 249 ff. Rn. 26 ff.; *MüKo-BGB/Oetker*, § 249 Rn. 546 ff.

⁸⁵ BGBl I, S. 478: Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und anderer Gesetze vom 14.3.1990.