

## *Intermezzo*

*Auch CHRISTIAN HUBER und PAUL SCHULTESS bemängeln die Praxis zum immateriellen Schaden, klagen aber auf höherem Niveau. Das gilt jedenfalls für die Körperschäden in Deutschland, wo weit höhere Summen als Schmerzensgeld ausbezahlt und auch Bagatellverletzungen zugelassen werden. Anders präsentiert sich das Bild allerdings bei der Angehörigen- und Hinterbliebenengenugtuung, die überhaupt nicht oder erst seit Kurzem und mit tieferen Beträgen dotiert wird. Die Autoren stellen die Vermutung in den Raum, dass in der restriktiven Genugtuungspraxis die calvinistische Ethik nachwirken könnte. Wie auch immer, die dürren Beträge sind der eine, die Intransparenz des Bemessungsvorgangs der andere Kritikpunkt. Man getraut sich nicht einmal, von Berechnung zu sprechen, weil ohne klare Bemessungskriterien gearbeitet wird und damit gar keine Kalkulation möglich ist. Das Bundesgericht warnt vor jeglicher Schematik, im Zentrum steht stets nur der konkrete Einzelfall für den aus den Urteilsammlungen ein vergleichbarer Sachverhalt herausgepfückt werden soll, der aber wiederum keine Berechnungskriterien aufweisen wird. Dem treten die beiden Autoren entgegen und vergleichen die heutige Praxis mit dem Orakel von Delphi. «(Behauptete) Stärken» der Präjudizienmethode werden mit einem Zweizeiler abgehandelt, während sich «(Tatsächliche) Schwächen» auf über zwei Seiten erstrecken. Dabei lässt schon das erste Argument die Problematik erkennen, nämlich den Umstand, dass die Vorentscheidung falsch sein kann und sich so bis in alle Ewigkeit fortschreibt und für neue Differenzierungen und Gewichtungen nicht zugänglich ist. Die massgebenden Bemessungsfaktoren müssen offengelegt werden und es muss begründet werden, warum sie eine Rolle spielen und wie stark sie ins Gewicht fallen. In diese Richtung bewegen sich nun auch deutsche Urteile mit der sog. taggenauen Bemessung, die sich an der Art und Dauer der Beeinträchtigung orientiert. HUBER und SCHULTESS greifen diese Idee in ihrem Beitrag auf und plädieren für einen Paradigmenwechsel hin zu rational nachvollziehbaren Berechnungen. Dem kann ich mich uneingeschränkt anschliessen, insbesondere auch der Forderung, dabei die Lebenserwartung zu berücksichtigen, was ohne weiteres durch die Kapitalisierung einer Genugtuungsrente umgesetzt werden kann. Bringt man dabei die Tagessätze in eine vernünftige Relation zur Schwere der Verletzung und auch, wie von ALEXANDRE GUYAZ gefordert, zu den Haftentschädigungen, so wäre viel gewonnen. Dass jüngere Geschädigte bei diesem Vorgehen besonders profitieren, ist erwünscht. Tendenziell werden jüngere Personen auch beim materiellen Schaden eher benachteiligt, vor allem, wenn die Einkommensentwicklung nur ungenügend berücksichtigt wird, was nach wie vor zu bemängeln ist. Ob mit dem Methodenwechsel gleich auch die Genugtuung vervielfacht werden soll, scheint mir angesichts der materiellen Schadenposten nicht zwingend, denn hier schneidet die Entschädigungspraxis bei Personenschäden im Rechtsvergleich gut ab. Eine deutliche Erhöhung der Genugtuungsbeträge ist aber unumgänglich. Damit eine schnelle Abwicklung möglich ist, sollte auch die Kongruenz zur Integritätsentschädigung aufgehoben werden, das würde zu einer weiteren Vereinfachung und zusätzlichen Aufstockung des immateriellen (Direkt-)Schadens führen.*

# Bemessung oder (ein bisschen mehr) Berechnung von immateriellen Schäden – was wäre möglich?

Christian Huber/Paul Schultess

## Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	247
II.	Zwei Kristallisationspunkte	249
	1. BGer, 4A_6/2019, 19.9.2019, in: HAVE 2019, 394 (LANDOLT) = ZVR 2020/127 (HUBER CH.)	249
	2. OLG Frankfurt, 22 U 97/16, 18.10.2018, in: NJW 2019, 442 = DAR 2019, 37 (ENGELBRECHT) = zfs 2019, 83 (ZARGES) = NZV 2019, 351 (SLIZYK) = MedR 2019, 885 (JAEGER L.) = EWiR 2019, 143 (KORCH)	249
III.	Das Schmerzensgeldniveau	250
	1. Bagatellverletzungen	250
	2. Schwerste Verletzungen	250
	3. Schockschäden sowie Angehörigen- und Hinterbliebenengenugtuung	251
	4. (Keine) Korrelation zur Kaufkraftparität	251
	5. Restriktiver Ansatz in der Schweiz: Ausfluss der calvinistischen Ethik	252
IV.	Bemessung versus Berechnung	252
	1. Vorgelagerte Wertungsfrage versus Zugänglichkeit für rationale Argumente	252
	1.1 Vorgelagerte Wertungsfrage	252
	1.2 Zugänglichkeit für rationale Argumente	253
	2. Primat der Berechnung beim Vermögenspersonenschaden – richterliche Schadensschätzung bloss subsidiär	254
	2.1 Vermögenspersonenschaden	254
	2.2 Immaterieller Schaden	254
	3. Wahrnehmung der Unwägbarkeiten durch den (deutschen und österreichischen) Gesetzgeber	255
V.	Stärken und Schwächen der Präjudizienmethode	256
	1. (Behauptete) Stärken	256
	2. (Tatsächliche) Schwächen	256
VI.	Zustimmung und Kritik zu OLG Frankfurt, 22 U 97/16, 18.10.2018, in: NJW 2019, 442 = DAR 2019, 37 (ENGELBRECHT) = zfs 2019, 83 (ZARGES) = NZV 2019, 351 (SLIZYK) = MedR 2019, 885 (JAEGER L.) = EWiR 2019, 143 (KORCH)	258
	1. Zustimmung und Ablehnung von welchen Autorengruppen?	258
	2. Die inhaltlichen Kritikpunkte	259
	2.1 Tagessatz nach dem Durchschnittseinkommen des Bruttoinlandsprodukts	259
	2.2 Abstufung nach Phasen wenig überzeugend	260
	2.3 Wegen der Einzelfallabwägung auch nicht bessere Vorhersehbarkeit	260
VII.	Petita nach der Bestandaufnahme	260
VIII.	Möglichkeit der Berechnung des immateriellen Schadens	261
	1. Wenige zentrale Parameter	261
	2. Hilfsmittel für eine rationale Bemessung	262
IX.	Die massgeblichen Stellschrauben bei einem (schweren) Dauerschaden in Gestalt einer Modellrechnung	263

X. Auswirkungen des hier vorgeschlagenen Bemessungsansatzes	265
XI. Schlussbemerkung	267

## Literaturverzeichnis

ARNTZ THOMAS, Das Schmerzensgeld im Lichte der empirischen Glücksforschung, NJW 2017 3329 ff.; BAMBERGER HEINZ GEORG/ROTH HERBERT/HAU WOLFGANG/POSECK ROMAN (Hrsg.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 (54. Edition), München 2020 (zit. AUTOR/IN, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck BGB); BENSALAH STEPHAN/HASSEL JANA, Kritische Aspekte zur taggenauen Schmerzensgeldbemessung, NJW 2019 403 ff.; DANZL KARL-HEINZ, Handbuch Schmerzensgeld, Wien 2019; DAUNER-LIEB BARBARA/LANGEN WERNER (Hrsg.) Nomos Kommentar zum BGB, Band 2 – Schuldrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2020 (zit. AUTOR/IN, in: Nomos Kommentar BGB); DRESSLER WOLF-DIETER, Neugewichtung bei den Schadensersatzleistungen für Personen- und Sachschäden?, in: Verkehrsgerichtstag 1996, 192 ff.; ENGELBRECHT ANDREAS, Anmerkung zu OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 18.10.2018 – 22 U 97/16, DAR 2019 44 ff.; ERNST HANS-GÜNTER/LANG HERBERT, Schmerzensgeld und Haushaltsführungsschaden – Sind die Schätzungsgrundlagen noch aktuell?, VersR 2019 1122 ff.; FREY BRUNO/ULBRICH CHRISTIAN, Zur Bedeutung der empirischen Lebenszufriedenheitsforschung für die Rechtswissenschaft, AcP 2018 32 ff.; HARTL FRANZ, Schmerzensgeldsätze in Österreich, Sachverständiger 2019 116 ff.; HÖHER HEINZ OTTO, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.3.2019 – 1 U 66/18, VersR 2019 1165 ff.; HUBER CHRISTIAN, Antithesen zum Schmerzensgeld ohne Schmerzen – Bemerkungen zur objektiv-abstrakten und subjektiv-konkreten Schadensberechnung, ZVR 2000 218 ff. (zit. HUBER, Antithesen); DERS., Behinderungsbedingter Umbau – hat es der Schlossherr besser? – Besprechung von BGH, Urt. v. 12.7.2005 – VI ZR 83/04, NZV 2005 629, NZV 2005 620 ff. (zit. HUBER, Umbau.); DERS., Das Lebensalter des Verletzten – eine Bemessungsdeterminante beim Schmerzensgeld?, VersR 2016 73 ff. (zit. HUBER, Lebensalter); DERS., Der «richtige» Kapitalisierungszinsfuß sowie die Wechselwirkung von Direktschaden und Regressanspruch, HAVE 2018 283 ff. (zit. HUBER, Kapitalisierungszinsfuß); DERS., Die Entschädigungshöhe des Schmerzens(-s)geldes in Deutschland und Österreich im Vergleich zur Genugtuung in der Schweiz, HAVE 2015 258 ff. (zit. HUBER, Entschädigungshöhe); DERS., Die Ersatzfähigkeit von Baueigenleistungen bei Verletzung und Tötung – ein in der Schweiz noch nicht entdecktes Phänomen, in: Dörig Rolf/Fellmann Walter/Giger Hans/Lendi Martin/Deidl Edith/Stämpfli Rudolf/Tschirky Hugo (Hrsg.), Festschrift für Moritz Kuhn, Bern 2009, 261 ff. (zit. HUBER, Ersatzfähigkeit); DERS., Die Schmerzensgeldrente – bloß eine alternative Abgeltungsform?, in: Wandt Manfred/Reiff Peter/Looschelders Dirk/Bayer Walter (Hrsg.), Festschrift für E. Lorenz, Karlsruhe 2014, 603 ff. (zit. HUBER, Schmerzensgeldrente); DERS., Fragen der Schadensberechnung, 2. Aufl., Wien 1995; DERS., Gedanken zum 2. Schadensrechtsänderungsgesetz, DAR 2000 20 ff. (zit. HUBER, 2. Schadensrechtsänderungsgesetz); DERS., Höhe des Schmerzensgeldes und ausländischer Wohnsitz des Verletzten, NZV 2006 169 ff. (zit. HUBER, Höhe); DERS., Kapital oder Rente – Erfordernis eines gesetzlichen Abfindungsanspruchs, NZV 2019 321 ff. (zit. HUBER, Abfindungsanspruch); DERS., Rechtsprechung zu Fragen des Umfangs des Personenschadens, in: Huber Christian/Kornes Roland/Mathis Melanie/Thoenneßen Axel A. (Hrsg.), Fachtagung Personenschaden 2020/I, Baden-Baden 2020, 181 ff.; DERS., Rechtsvergleichende Betrachtung zur Bemessung von Hilfeleistungen durch Angehörige im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse einer verletzten Person – der Teufel steckt immer im Detail, in: Spickhoff Andreas/Gross Norbert/Nehm Kay/Greiner Hans-Peter (Hrsg.), Festschrift für Gerda Müller, Köln 2009, 35 ff. (zit. HUBER, Hilfeleistungen); DERS., Schmerzensgeld ohne Schmerzen bei nur kurzzeitigem Überleben der Verletzung im Koma – eine sachlich gerechtfertigte Transferierung von Vermögenswerten an die Erben?, NZV 1998 345 ff. (zit. HUBER, Schmerzensgeld); DERS., Umfasst der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Errichtungskosten eines privaten Schwimmbades? – Zugleich Anmerkung zum Urteil des OGH vom 10.4.1991 (2 Ob 10/91), VersR 92 259, VersR 1992 545 ff. (zit. HUBER, Errichtungskosten); HUBER CHRISTIAN/KADNER GRAZIANO THOMAS/LUCKEY JAN (Hrsg.), Hinterbliebenengeld, Baden-Baden 2018 (zit. AUTOR/IN, in: Huber/Kadner Graziano/Luckey); HÜTTE KLAUS/LANDOLT HARDY, Genugtuungsrecht Band II, Genugtuung bei Körperverletzung, Zürich/St. Gallen 2013; JAEGER LOTHAR,

Anmerkung zu LG Aurich, Urteil vom 23.11.2018 – 2 O 165/12, VersR 2019 887 ff. (zit. JAEGER, Anmerkung); DERS., Einfluss der Niedrigzinsphase auf die Bemessung des Schmerzensgeldes, VersR 2019 577 ff. (zit. JAEGER, Niedrigzinsphase); DERS., Gesetz zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld, VersR 2017 1041 ff. (zit. JAEGER, Hinterbliebenengeld); KIESER UELI/LANDOLT HARDY, Unfall – Haftung – Versicherung, Zürich/St. Gallen 2012; KORCH STEFAN, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 18.10.2018 – 22 U 97/16, EWiR 2019 143 ff. (zit. KORCH, Anmerkung); DERS., Schmerzensgeldbemessung und Glücksforschung, JZ 2019 491 ff. (zit. KORCH, Schmerzensgeldbemessung); KOSSAK WOLFGANG, Schmerzensgeld nach Tagessätzen, ZVR 2001 227 ff.; KOZIOL HELMUT, Die Bedeutung des Zeitfaktors bei der Bemessung ideeller Schäden, in: Geiser Thomas/Koller Thomas/Reusser Ruth/Walter Hans Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Heinz Hausheer, Bern 2002, 597 ff.; LANDOLT HARDY, Der normative Schaden im schweizerischen Recht, in: Huber Christian/Neumayr Matthias/Reisinger Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Karl-Heinz Danzl, Wien 2017, 139 ff. (zit. LANDOLT, Schaden); DERS., Kommentierung der Art. 45–49 OR, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V1c, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. LANDOLT, in: Zürcher Kommentar OR); DERS., Querschnittgelähmt, aber nicht pflegebedürftig, HAVE 2019 394 ff. (zit. LANDOLT, Querschnittgelähmt); LANG HERBERT, Anmerkung zu OLG Frankfurt, Urteil vom 18.10.2018 – 22 U 97/16, jurisPR-VerkR 5/2019 Anm. 1; LEMCKE HERMANN, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.6.1995 – VI ZR 165/94, r + s 1995 383 ff.; LEPA MANFRED, Die Wandlungen des Schmerzensgeldanspruches und ihre Folgen, in: Spickhoff Andreas/Gross Norbert/Nehm Kay/Greiner Hans-Peter (Hrsg.), Festschrift für Gerda Müller, Köln 2009, 113 ff.; LUCKEY JAN, Aktuelles zur Schmerzensgeldklage – zwischen «tag-» und «scheingenu», NJW 2019 3361 ff. (zit. LUCKEY, Schmerzensgeldklage); DERS., Die Berücksichtigung von Präjudizien bei der Bemessung von Schmerzensgeld – Fanfare for the Common Law, in: Ernst Hans-Günter/Huber Christian/Krücker Rolf/Reinking Kurt (Hrsg.), Festschrift für Christoph Eggert, Köln 2008, 181 ff. (zit. LUCKEY, Präjudizien); DERS., Schmerzensgeldbemessung – ist Billigkeit berechenbar?, JR 2019 311 ff. (zit. LUCKEY, Schmerzensgeldbemessung); LÜTTRINGHAUS JAN/KORCH STEFAN, Schmerzensgeldbemessung, VersR 2019 973 ff.; MÜLLER GERDA, Zum Ausgleich des immateriellen Schadens nach § 847 BGB, VersR 1993 909 ff.; MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BGB, Band 2, 8. Aufl., München 2019 (zit. AUTOR/IN, in: Münchener Kommentar BGB); PARDEY FRANK, Der Haushaltsführungsschaden, 9. Aufl., Karlsruhe 2019; PRIBNOW VOLKER/BENJAMIN ELIANE, Regulierungsverhalten als Genugtuungsfaktor, in: Fuhrer Stephan (Hrsg.), Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, 467 ff.; RECHBERGER WALTER H./KLIČKA THOMAS (Hrsg.), ZPO Zivilprozessordnung, 5. Aufl., Wien 2019 (zit. AUTOR/IN, in: Rechberger/Klička öZPO); RUSCH ARNOLD, Will das Recht, dass man klagt?, in: Breitschmid Peter/Jent-Sørensen Ingrid/Sogo Miguel/Schmid Hans (Hrsg.), Festschrift für Isaak Meier, Zürich 2015, 569 ff.; SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, Kapitalisieren, 5. Aufl., Zürich 2001; SCHOLTEN HANS-JOSEPH, Ersatz von Mietwagenkosten – (k)ein Ende der Diskussion in Sicht?, DAR 2014 72 ff.; SCHUBERT CLAUDIA, Schmerzensgeld, in: Lorenz Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2016, 3 ff.; SCHULTE MARINA/RÜDIGER ALEXANDER, Schmerzensgeld: Ausgleich für Behandlungsfehler noch angemessen?, GesR 2020 14 ff.; SCHWIMANN MICHAEL/KODEK GEORG E. (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar, Band 6, 4. Aufl., Wien 2016 (zit. AUTOR/IN, in: Praxkomm ABGB); SCHWINTOWSKI HANS-PETER/SCHAH SEDI CORDULA/SCHAH SEDI MICHAEL, Handbuch Schmerzensgeld, Köln 2013; SLIZYK ANDREAS, Anmerkung zu OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 18.10.2018 – 22 U 97/16, NZV 2019 351 ff.; TEPLITZKY OTTO, Rezension von Piegler, Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 2. Aufl., NJW 1967 672; THORA CORNELIUS MARIA, Bemessung des Schmerzensgeldanspruches nach Tagessätzen, MedR 2019 861; WEBER STEFAN/VOSS ROLAND, Unterschiede, die es nicht geben sollte – Kapitalisierung in Deutschland und der Schweiz, in: Danzl Karl-Heinz/Dauner-Lieb Barbara/Wittwer Alexander (Hrsg.), Festschrift für Christian Huber, München 2020, 531 ff.; WELLNER WOLFGANG, Anmerkung zu OLG Brandenburg, Urteil vom 16.4.2019 – 3 U 8/18, DAR 2020 25 ff.; WENTER MARKUS, Ansprüche naher Angehöriger von Unfallopfern – Schadensrecht, in: Verkehrsgerichtstag 2012, 31 ff.; ZARGES ROLAND, Anmerkung zu OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 18.10.2018 – 22 U 97/16, zfs 2019 83 ff.; ZOLL KARL-HERMANN, Probleme bei Heilbehandlungskosten und vermehrten Bedürfnissen in Abgrenzung zum Schmerzensgeld, in: Huber Christian/Jaeger Dominique/

Luckey Jan (Hrsg.), Festschrift für Lothar Jaeger, Köln 2014, 473 ff. (zit. ZOLL, Probleme); DERS., Schadensregulierung bei vermehrten Bedürfnissen Schwerstverletzter, NJW 2014 967 ff. (zit. ZOLL, Schadensregulierung).

## I. Einleitung

STEPHAN FUHRER, UELI KIESER und STEPHAN WEBER sind Ikonen des schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrechts, die man auch in den deutschsprachigen Nachbarrechtsordnungen kennt. Jeder von ihnen hat seine Domäne, nämlich das Privatversicherungsrecht, das Sozialversicherungsrecht und das Haftpflichtrecht, über Jahrzehnte nachhaltig geprägt. Sie haben durch ihre Beiträge aber nicht nur die Rechtslage in der Schweiz beeinflusst und fortentwickelt; vielmehr waren sie immer auch am Blick über den Tellerrand interessiert und für Impulse von den «deutschsprachigen» Nachbarn offen. Ich schätze mich glücklich, mit allen dreien eine viele Jahre währende herzliche fachliche und persönliche Verbundenheit zu pflegen. Es ist mir daher nicht nur eine hohe Ehre, sondern auch eine riesengrosse Freude, zu diesem Werk einen Beitrag liefern zu dürfen. Mein Mitarbeiter PAUL SCHULTESS hat – wie ich – entdeckt, wie viel man auf diesen Gebieten von der Schweiz für die deutsche und die österreichische Rechtsordnung lernen kann – ein Umstand, der in der Fachwelt dieser Länder noch steigerungsfähig ist. Der folgende Beitrag ist im Diskurs zwischen uns entstanden.

Bei der Themensuche stand das Bemühen im Vordergrund, möglichst einen Bezug zu allen drei Herausgebern zu finden. Die Ermittlung der Höhe der immateriellen Entschädigung im Haftpflichtfall<sup>1</sup> ist es schliesslich geworden. Schon seit dem römischen Recht zählt das Rechnen nicht zur Kernkompetenz des Juristen. Von dort ist überliefert: «Iudex non calculat»; und was für das Thema am Rande auch bedeutsam sein wird: «Minima non curat praetor.» Viel hat sich daran in den letzten zwei Jahrtausenden nicht geändert. Auch heute noch wird das Jura-Studium mitunter deshalb gewählt, um mit Mathematik künftig nichts mehr zu tun zu haben. Und die Höchststrichter – als Crème de la Crème der Juristenzunft – betonen, wenn auch gestützt auf die eine oder andere Norm, dass bei der Festsetzung des Umfangs das Tatgericht ein sehr weitreichendes Ermessen habe und das Höchstgericht nur ausnahmsweise korrigierend eingreife.<sup>2</sup>

Wenn ein Höchstgericht freilich ausnahmsweise «Ambitionen» hat, die Anspruchshöhe im Einzelfall auf Punkt und Komma, quasi bis zu zwei Dezimalstellen nach dem Komma, festzulegen, hat es keine Skrupel, Rechtsmittel zu- und sich in die Sache einzulassen, wie das die Rechtsprechung des BGH zur Ersatzfähigkeit von Mietwagenkosten eindrucksvoll belegt:<sup>3</sup> Jeder Versuch, vom präzise vorgegebenen «Pfad der Tugend» auch nur eine Fussbreite abzu-

---

<sup>1</sup> Was in der Schweiz als *Genugtuung* bezeichnet wird, dafür ist in Deutschland die Bezeichnung *Schmerzensgeld*, in Österreich *Schmerzensgeld* gebräuchlich.

<sup>2</sup> BGHZ 138, 388, in: NJW 1998, 2741 (2742); BGH, VI ZR 195/84, 1.10.1985, in: VersR 1986, 59; OGH, 5 Ob 110/17p, 20.7.2017, in: ZfG 2017, 94; 2 Ob 214/14f, 9.4.2015, in: ZVR 2015/201 (HUBER CH.); BGE 122 III 219 E. 3b.

<sup>3</sup> Seit der Leitentscheidung BGHZ 132, 373, in: NJW 1996, 1958, gibt es dazu mehr als 50 höchstrichterliche (!) Folgeentscheidungen, die letzte BGH, VI ZR 141/18, 12.2.2019, in: NJW 2019, 2538.

weichen, wurde im Keim erstickt.<sup>4</sup> Demgegenüber ist die Bereitschaft, sich in die Ermittlung der Höhe des Personenschadens einzulassen, jedenfalls beim zuständigen VI. Senat des BGH deutlich geringer ausgeprägt.<sup>5</sup> Für das Schmerzensgeld gilt das allemal.<sup>6</sup>

Ist also bei sehr vielen Juristen ein massvolles Interesse für Fragen nach dem Umfang des Ersatzes festzustellen, ist STEPHAN WEBER hingegen geradezu der Gegenentwurf eines Juristen, der Berührungängste vor den Zahlen hat; durch sein Hauptwerk<sup>7</sup> und zahlreiche Beiträge<sup>8</sup> hat er massgeblich dazu beigetragen, dass viel Licht ins Dunkel bei der Ermittlung der Schadenshöhe des Personenschadens gedrungen ist, namentlich bei der Kapitalisierung von Renten.<sup>9</sup>

STEPHAN FUHRER «muss» der Umfang des Ersatzes (auch von immateriellen Schäden) schon deshalb interessieren, weil stets behauptet wird, dass in der Haftpflichtversicherung die Prämie vom Schadensbedarf abhängt;<sup>10</sup> zudem ist er ein ökonomisch so einfühlsamer Fachmann, der beim Ausmass der finanziellen Belastung des Haftpflichtversicherers sehr wohl auch die Kosten der Regulierung durch Mitarbeiter seines Unternehmens im Auge hat. Wenn es gelingt, die Unwägbarkeiten bei der Ermittlung der Höhe des immateriellen Schadens (besser) in den Griff zu bekommen, könnte der Haftpflichtversicherer Kosten sparen, die entweder seinen Gewinn steigern oder die für den – gebotenen – Ausgleich der Einbusse des Geschädigten verwendet werden könnten, partiell womöglich für das eine und das andere.

Der Bezug zu UELI KIESER mag womöglich weniger ausgeprägt sein; immerhin sieht das – im Vergleich zu Deutschland und Österreich – sehr viel umfassendere schweizerische Sozialversicherungsrecht in höherem Mass Ersatzleistungen für immaterielle Beeinträchtigungen vor,<sup>11</sup> so die Integritätsentschädigung gemäss Art. 24 UVG, sodass das im Folgenden untersuchte Thema auch auf sein Interesse stossen könnte, schon wegen des Regresses gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. e ATSG, sind doch Integritätsentschädigung und Genugtuung zueinander sachlich kongruent.

Anliegen der folgenden Gedankensplitter ist es, aus der Sicht des deutschen und des österreichischen Rechts unter Bezugnahme auf das schweizerische Recht Ansatzpunkte für eine

<sup>4</sup> Prototypisch BGH, VI ZR 163/06, 26.6.2007, in: NJW 2007, 2916: Ablehnung des um Vereinfachung gemühten Ansatzes des LG Freiburg, die ersatzfähigen Mietwagenkosten in Anlehnung an die pauschalierte Nutzungsentschädigung zu ermitteln.

<sup>5</sup> Zu den Pflegeleistungen bei vermehrten Bedürfnissen HUBER, Hilfeleistungen, 35 ff.

<sup>6</sup> Höchststrichterliche Entscheidungen sind etwa so häufig wie die sprichwörtliche Stecknadel im Heuhaufen.

<sup>7</sup> SCHAETZLE/WEBER.

<sup>8</sup> Pars pro toto: WEBER STEPHAN, Wer versorgt wen womit – Vorschläge für neue Berechnungsmethoden und Hilfsmittel beim Schaden infolge Tötung, in: Weber Stephan (Hrsg.), Personenschaden-Forum 2019, 185 ff.; DERS., Neue Berechnungsmethoden und Kalkulationshilfen für den Personenschaden, HAVE 2018 360 ff.

<sup>9</sup> Jüngst WEBER/VOSS, 531 ff.

<sup>10</sup> Womöglich spielen andere Umstände in der Praxis eine mindestens ebenso bedeutsame Rolle, die Wettbewerbssituation eines Versicherers, das Bemühen, über eine preisgünstige Kfz-Haftpflichtversicherungsprämie einen Erstkontakt zu einem Kunden herzustellen, bei dem dann gewinnträchtige andere Versicherungsprodukte platziert werden können, die Veranlagungserlöse von Rücklagen und Rückstellungen u.dgl.

<sup>11</sup> Das deutsche Sozialversicherungsrecht kennt keine Ersatzleistung für die Abgeltung immaterieller Nachteile, im österreichischen Sozialversicherungsrecht gibt es – immerhin – die Integritätsabgeltung bei grober Fahrlässigkeit des Arbeitgebers bei einem Arbeitsunfall nach § 213a ASVG.

rationale(re) Ermittlung der Höhe des immateriellen Schadens zu finden. Das könnte deshalb erfolgversprechend sein, weil die gesetzlichen Vorgaben in den jeweiligen Rechtsordnungen ähnlich (vage) sind<sup>12</sup> und das faktische Phänomen, infolge einer Beeinträchtigung der körperlichen Integrität vom jeweiligen Haftpflichtigen Ersatz für die auszugleichenden immateriellen Nachteile zu erhalten, in allen drei Rechtsordnungen kaum unterschiedlich sein kann.

## II. Zwei Kristallisationspunkte

Auslöser für die Befassung mit dem untersuchten Thema waren die folgenden beiden Entscheidungen:

### 1. **BGer, 4A\_6/2019, 19.9.2019, in: HAVE 2019, 394 (LANDOLT) = ZVR 2020/127 (HUBER CH.)**

In dieser Entscheidung hat das BGer eine vom Handelsgericht des Kantons Zürich vorgenommene grosszügige Bemessung der Genugtuung missbilligt. Die Verdreifachung der Integritätsentschädigung von CHF 87'480 und der Zuspruch von CHF 265'000 wurden nicht als «massvolle Weiterentwicklung der Praxis» angesehen, weil der Betrag gut um die Hälfte über der Vorentscheidung BGE 134 III 97 gelegen habe. Auch vermochte das BGer keinen Wandel der Rechtsanschauungen i.S. des Zuspruchs höherer Genugtuungssummen zu erkennen.<sup>13</sup> Angemessen wäre allein eine Anpassung an die Teuerung gewesen, zumal die Genugtuungssumme ohnehin mit 5 % ab dem schädigenden Ereignis zu verzinsen war.

### 2. **OLG Frankfurt, 22 U 97/16, 18.10.2018, in: NJW 2019, 442 = DAR 2019, 37 (ENGELBRECHT) = zfs 2019, 83 (ZARGES) = NZV 2019, 351 (SLIZYK) = MedR 2019, 885 (JAEGER L.) = EWIR 2019, 143 (KORCH)**

Zu einem wenig spektakulären Sachverhalt hat das OLG Frankfurt sich den von SCHWINTOWSKI/SCHAH SEDI/SCHAH SEDI<sup>14</sup> entwickelten «taggenauen» Bemessungsansatz zu eigen gemacht. Dieser verwirft die herkömmliche Präjudizienmethode und bemüht sich um eine – von dieser unabhängigen – rationale Ermittlung der Höhe des Schmerzensgeldes. Im konkreten Sachverhalt ist dabei ziemlich genau der Betrag herausgekommen, der sich auch nach der «Präjudizienmethode» ergeben hätte. Allein der Umstand, dass – immerhin – ein OLG sich diesen Bemessungsansatz zu eigen gemacht hat, hat zu einer intensiven Diskussion in der Lite-

<sup>12</sup> § 253 Abs. 2 BGB: billige Entschädigung in Geld; § 1325 ABGB: ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld; Art. 47 OR: angemessene Geldsumme.

<sup>13</sup> Derartiges wird in deutschen und österreichischen Entscheidungen allerdings ständig betont (etwa OLG München, 10 U 1748/07, 21.5.2010, in: BeckRS 2010, 14159; schon OLG Saarbrücken, 7 U 83/73, 17.12.1974, in: NJW 1975, 1467, 1468; OGH, 2 Ob 105/09v, 18.12.2009, in: ZVR 2011/67 [KATHREIN]; 3 Ob 571/86, 28.10.1987, in: JBl 1988, 113, 114), wenn das Gericht geneigt ist, einen grosszügig bemessenen Betrag zuzusprechen. Das BGer wollte das freilich in concreto gerade nicht.

<sup>14</sup> SCHWINTOWSKI/SCHAH SEDI/SCHAH SEDI, § 2.

ratur<sup>15</sup> und auch – zumeist ablehnenden – Stellungnahmen in anderen OLG-Entscheidungen<sup>16</sup> geführt. Die Sprengkraft dieses Ansatzes zeigt sich vor allem bei jungen Verletzten mit erheblichen Verletzungsfolgen; die taggenaue Bemessung würde insoweit nämlich zu deutlich höheren Zusprüchen führen.<sup>17</sup>

### III. Das Schmerzensgeldniveau

#### 1. Bagatellverletzungen

Zu beobachten ist, dass die Schwelle für die Zubilligung einer Genugtuung in der Schweiz<sup>18</sup> ungleich höher liegt als in Deutschland<sup>19</sup> und Österreich.<sup>20</sup> Schweizer sind eben keine «Weicheier»; diese halten offenbar deutlich mehr aus, ohne dass ein Bedürfnis für die Abgeltung auch solcher «Wehwehchen» besteht.

#### 2. Schwerste Verletzungen

Dass bei schweren und schwersten Verletzungen eine Genugtuung bzw. ein Schmerzensgeld gebührt, steht ausser Diskussion. Das «Schmerzensgeldniveau» liegt in Deutschland für schwerstverletzten beträchtlich über dem der Schweiz und von Österreich. Während in der Schweiz und Österreich ein «Heranpirschen an die magische Schwelle» von CHF 300'000 bzw.

---

<sup>15</sup> Befürwortend SCHULTE/RÜDIGER, 14 ff.; ENGELBRECHT, 45; ZARGES, 90 f.; kritisch, aber grundsätzlich zustimmend BENSALAH/HASSEL, 405 f.; KORCH, Anmerkung, 144; LÜTTRINGHAUS/KORCH, 973 ff.; ablehnend LANG, Anm. 1; ERNST/LANG, 1123 f.; SLIZYK, 358; LUCKEY, Schmerzensgeldbemessung, 319; HÖHER, 1167; THORA, 863 ff.; eine Übersicht über den aktuellen Streitstand bietet HUBER CH., in: Nomos Kommentar BGB, § 253 N 83g f.; SPINDLER, in: Bamberger/Roth/Hau/Pauseck BGB, § 253 N 53a ff.

<sup>16</sup> Chronologisch und auf die ablehnenden Vorentscheide verweisend OLG Düsseldorf, 1 U 66/18, 28.3.2019, in: NJW 2019, 2700, 2701 (KORCH); OLG Brandenburg, 3 U 8/18, 16.4.2019, in: DAR 2020, 25 (WELLNER); OLG Celle, 14 U 154/18, 26.6.2019, in: VersR 2019, 1157, 1164; KG, 22 U 35/18, 9.9.2019, in: BeckRS 2019, 30230; OLG München, 10 U 3171/18, 25.10.2019, in: zfs 2020, 200 (DIEHL); OLG München, 1 U 2237/17, 23.1.2020, in: VersR 2020, 1191 (JAEGER) = Fachtagung Personenschaden 2020/I, 198 (HUBER CH.); OLG Oldenburg, 5 U 196/18, 18.3.2020, in: MDR 2020, 673; KG, 20 U 170/19, 14.5.2020, in: NJW-RR 2020, 1408.

<sup>17</sup> Zur Diskussion bereits DRESSLER, 192 ff.

<sup>18</sup> LANDOLT, in: Zürcher Kommentar OR, Art. 47 N 7; KIESER/LANDOLT, N 1739: bei einfachen Knochenbrüchen noch keine Genugtuung.

<sup>19</sup> BGH, VI ZR 120/91, 14.1.1992, in: NJW 1992, 1043: kein Schmerzensgeld für Schnupfen und Kopfschmerzen; OETKER, in: Münchener Kommentar BGB, § 253 N 30.

<sup>20</sup> HARRER/WAGNER, in: PraxKomm ABGB, § 1325 N 83; zum Vergleich der unterschiedlich hoch angesetzten Erheblichkeitsschwellen in Deutschland, Österreich und der Schweiz bereits HUBER, Entschädigungshöhe, 265.



EUR 300'000<sup>21</sup> zu beobachten ist,<sup>22</sup> liegt diese in Deutschland mittlerweile bei EUR 800'000<sup>23</sup> bzw. – seit jüngstem – sogar bei EUR 1'000'000.<sup>24</sup>

### 3. Schockschäden sowie Angehörigen- und Hinterbliebenengenguttung

Es verwundert, dass es sich bei Schockschäden und der Abgeltung von Trauer für Familienangehörige gerade gegenteilig verhält. Es gilt die Devise: Ein strammer Deutscher lässt sich dadurch nicht aus der Bahn werfen. In Österreich, dem Land *Sigmund Freuds*, herrscht diesbezüglich – seit ca. 2 Jahrzehnten<sup>25</sup> – mehr Empathie; die Werte liegen immerhin bei ca. 50 % der schweizerischen Werte.<sup>26</sup> Hat man in Deutschland ein der Hinterbliebenengenguttung entsprechendes Hinterbliebenengeld erst 2017 eingeführt, hat der Gesetzgeber aus Ängstlichkeit vor Abgrenzungsproblemen<sup>27</sup> – wo gibt es solche im Privatrecht nicht? – gegen die Einführung einer Verletztengenguttung entschieden.<sup>28</sup> Schockschäden werden in Deutschland äusserst restriktiv bemessen;<sup>29</sup> die ersten Entscheidungen zum Hinterbliebenengeld bewegen sich ebenfalls auf überschaubarem Niveau.<sup>30</sup>

### 4. (Keine) Korrelation zur Kaufkraftparität

Das gegenüber Deutschland überaus bescheidene Niveau bei der Genguttung in der Schweiz überrascht umso mehr, als es gemessen an der Kaufkraftparität eher beim Doppelten oder Dreifachen der deutschen Werte liegen müsste. Hat sich ein Besucher in der Schweiz früher darauf eingestellt, dass alles doppelt so teuer ist, abgesehen von Benzin und *Toblerone* bzw. *Lindt*-Schokolade, macht er zwischenzeitig die Erfahrung, dass realistischerweise der

<sup>21</sup> OLG Linz, 2 R 150/14p, 21.10.2014, in: ZVR 2015/94 (DANZL), aufgewertet mit dem Verbraucherpreisindex somit derzeit EUR 235'000; LANDOLT, Schaden, 153.

<sup>22</sup> Zum «beschämend geringen Schmerzensgeldniveau» in Österreich, das einer Kulturation nicht würdig sei, bereits TEPLITZKY, 672; an der Relation von 3:1 hat sich in den folgenden Jahrzehnten kaum etwas geändert.

<sup>23</sup> OLG Oldenburg, 5 U 196/18, 18.3.2020, in: MDR 2020, 673; LG Gießen, 5 O 376/18, 6.11.2019, in: VersR 2020, 630 (JAEGER L.).

<sup>24</sup> LG Limburg, 1 O 45/15, 28.6.2021, in: BeckRS 2021, 16550, nicht rechtskräftig.

<sup>25</sup> OGH, 2 Ob 45/93, 16.6.1994, in: ZVR 1995/46; im Anschluss auch erstmals den Ersatz eines Fernwirkungsschadens bejahend OGH, 2 Ob 79/00g, 22.2.2001, in: ZVR 2001/52 (KARNER).

<sup>26</sup> Nachweise bei HUBER, in: Huber/Kadner Graziano/Luckey, 154 ff.; KADNER GRAZIANO, in: Huber/Kadner Graziano/Luckey, 194 ff.

<sup>27</sup> Kritisch dazu JAEGER, Hinterbliebenengeld, 1050.

<sup>28</sup> Mutig insoweit BGE 112 II 220 E. 3, das die gesetzgeberische Wertentscheidung nach einem Jahrhundert fortentwickelt hat.

<sup>29</sup> Bezeichnend BGH, VI ZR 548/12, 27.1.2015, in: NJW 2015, 1451 (THORA), in der das OLG Hamm (9 U 179/11, 23.11.2012, in: FamFR 2013, 103) jeglichen Ersatz versagt hätte, der BGH aber einen Ersatzanspruch in der Grössenordnung von EUR 8000 immerhin dem Grunde nach annahm, nachdem der Ehepartner als Reaktion auf den Unfalltod seiner Frau und Folge der psychischen Fehlverarbeitung aus dem ehemals gemeinsamen Haus ausgezogen war und seinen Beruf aufgegeben hatte.

<sup>30</sup> LG Tübingen, 3 O 108/18, 17.5.2019, in: NZV 2019, 626 (HUBER CH.) = Fachtagung Personenschaden 2019, 237 (HUBER CH.): EUR 12'000 € bis EUR 5000; LG München II, 12 O 4540/18, 17.5.2019, in: Fachtagung Personenschaden 2020/I, 212 (HUBER CH.): EUR 5000 bis EUR 3000.

Faktor 3 anzusetzen ist. Die Höchstwerte bei der Genugtuung müssten daher eher deutlich über CHF 2 Mio. liegen, wenn man den Euro und den Schweizer Franken annäherungsweise mit 1:1 ansetzt. Dass die Kaufkraftparität ein durchaus bedeutsamer Faktor ist, hat gerade das BGer<sup>31</sup> zur Hinterbliebenengenugtung ausgesprochen, wo es als «stossend» angesehen wurde, wenn einem Angehörigen in China oder in Serbien ein ebenso hoher Betrag zuerkannt würde wie einem in der Schweiz Lebenden.<sup>32</sup>

## 5. Restriktiver Ansatz in der Schweiz: Ausfluss der calvinistischen Ethik

Womöglich ist die höhere Bagatellschwelle sowie das überaus moderate Niveau bei der Genugtuung Ausfluss der calvinistischen Ethik. Schon das protestantisch beeinflusste All-gemeine Landrecht Preussens hatte es für die feinen Leute als unschicklich angesehen, dass diese sich ihre Schmerzen in Geld abgelten liessen.<sup>33</sup> Womöglich gilt das nach dem Calvinismus erst recht. Das passt freilich nicht zu den höheren Zusprüchen bei der Angehörigen- und Hinterbliebenengenugtung; eine Erklärung könnte sein, dass sich hier der welsche Einfluss durchgesetzt hat.

## IV. Bemessung versus Berechnung

### 1. Vorgelagerte Wertungsfrage versus Zugänglichkeit für rationale Argumente

#### 1.1 Vorgelagerte Wertungsfrage

Ob in einer Rechtsordnung eine Abgeltung für eine immaterielle Einbusse erfolgt, ist eine vorgelagerte Wertungsfrage. In vielen Rechtsordnungen Osteuropas war vor der Wende der Jahre 1989/90 keine Abgeltung ideeller Schäden vorgesehen. Der OGH<sup>34</sup> hat das als nicht gegen den ordre public verstossend angesehen. Auch die Entscheidung, ob für geringfügige Verletzungen Ersatz einer immateriellen Entschädigung gebühren soll, ist unseres Erachtens noch dazuzurechnen. In Deutschland wurde im Zuge des 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetzes er-wogen, eine Bagatellschwelle beim Schmerzensgeld einzuführen.<sup>35</sup> Die Intention war, HWS-Verletzungen ersten Grades entschädigungslos zu stellen.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> BGE 125 II 554 E. 3a; 123 III 10 E. 4a.

<sup>32</sup> Dazu HUBER, Höhe, 169.

<sup>33</sup> Ein Verweis auf die Schadenersatzansprüche «feiner Leute», von *Soraya* (BVerfGE 34, 269, in: NJW 1973, 1221) bis *Caroline von Monaco* (BGHZ 128, 1, in: NJW 1995, 861), zeigt indes, dass diese heutzutage keine Skrupel mehr haben, kräftig zuzulangen, soweit die Rechtsprechung diese Möglichkeit eröffnet. Die Sitten und Gebräuche haben sich gewandelt, sogar sehr.

<sup>34</sup> OGH, 2 Ob 237/04y, 4.11.2004, in: ZVR 2005/46 (HUBER CH.).

<sup>35</sup> Zustimmend HUBER, 2. Schadenersatzänderungsgesetz, 28, unter Hinweis darauf, dass der Geschädigte auch nach § 11 ProdHG beim Sachschaden einen Selbstbehalt von EUR 500 hinzunehmen hat.

<sup>36</sup> Bezeichnend ist, dass sich das Problem im österreichischen Recht nicht oder kaum stellt; jedenfalls gibt es dazu keine OGH-Entscheidungen, was freilich an der hohen Streitwertgrenze liegen könnte, während es eine solche für die Anrufung des BGH nicht gibt.

Ob man die Abgeltung für eine immaterielle Einbusse hoch oder gering gewichtet, auch das ist – mit Einschränkungen – eine für jede Rechtsordnung zu treffende, vorgelagerte Wertungsfrage. Immerhin erscheint insoweit ein Ansatzpunkt möglich, ob der Abgeltungsbetrag einen fairen Ausgleich für die jeweilige Einbusse darstellt. Dazu kommt, dass solcher Ersatz mitunter nach internationalen Regelwerken gebührt, in Deutschland und Österreich häufig nach dem umgesetzten EU-Richtlinienrecht, sodass die nationale Souveränität nicht uneingeschränkt ist. Die Rechtsprechung des EGMR ist freilich auch in der Schweiz beachtlich. Zusprüche nach solchen Vorgaben sollten sich dann aber stimmig in das Gefüge der jeweils nationalen Rechtsordnung einfügen, ganz abgesehen davon, dass bei einem künftigen Europäischen Zivilgesetzbuch der deutschsprachige Rechtskreis mit mehr Beachtung rechnen kann, wenn er möglichst einheitlich daherkommt.

## 1.2 Zugänglichkeit für rationale Argumente

Ist in einer Rechtsordnung aber die Entscheidung für die Zuerkennung von Ersatz für immaterielle Einbussen gefallen, hat diese im Rahmen des Gesamtsystems stimmig zu erfolgen. Wer mehr und wer weniger Ersatz für den jeweiligen immateriellen Schaden erhalten soll, darüber sind rationale komparative Aussagen durchaus möglich – und auch geboten: Was sind die massgeblichen Parameter für die Ermittlung der Höhe? Welche kommen überhaupt in Betracht? In welcher quantitativen Dimension wirken sie aus? Wie verhält sich das Entschädigungsniveau von Verletzung und Freiheitsentzug?

Zu beobachten ist allerdings, dass in manchen Rechtsordnungen der Vermögensschaden, in anderen der immaterielle Schaden differenzierter ausgestaltet ist. In den romanischen Rechtsordnungen wie Frankreich und Italien gibt es verschiedene Facetten des immateriellen Schadens, während der Vermögensschaden einen summarischen Restposten darstellt. Im Pinke-Pinke-Land Deutschland dominiert der Vermögensschaden: Ersatzfähig ist, was nach Heller und Pfennig als Minus belegbar ist. Der immaterielle Schaden fristet demgegenüber ein Schattendasein.

Erwähnt sei an dieser Stelle, dass so manche ersatzfähige Einbussen auf diesem oder jenem Weg abgegolten wird. WENTER<sup>37</sup> hat sich für eine angemessene Hinterbliebenengütung in Deutschland nach italienischem Vorbild stark gemacht – und als Argument dafür ins Treffen geführt, dass die Witwe damit in die Lage versetzt werde, das vom getöteten Ehemann im Wege von Eigenleistungen in Angriff genommene Einfamilienhaus fertigzustellen. Das wird im deutschsprachigen Rechtskreis über den Versorgerschaden abgedeckt, mag die Rechtstradition auch unterschiedlich weitreichend sein; während es dazu in Österreich eine reichhaltige und gefestigte Rechtsprechung gibt, sind die Beweishürden in Deutschland sehr viel höher; in der Schweiz ist dieses Phänomen, das es wohl auch geben muss, in der Rechtsprechung bisher nicht aufgetaucht.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> WENTER, 38.

<sup>38</sup> HUBER, Ersatzfähigkeit, 261 ff.

## 2. Primat der Berechnung beim Vermögenspersonenschaden – richterliche Schadensschätzung bloss subsidiär

### 2.1 Vermögenspersonenschaden

Beim Vermögenspersonenschaden gilt der Primat der «Berechnung».<sup>39</sup> Eine Schadensschätzung darf das (Tat-)Gericht erst vornehmen, wenn eine exakte Ermittlung nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich ist. Zu beobachten ist freilich, dass mitunter ein (übersteigertes) Selbstbewusstsein so manchen Gerichts, alles aufgrund von eigener Erfahrung und vorhandenem Rechtsgefühl richtig entscheiden zu können, zu Schätzungen führt, wo eine präzisere Ermittlung – und sei es unter Bezugnahme auf Tabellen – durchaus möglich wäre. So hat das OLG Celle<sup>40</sup> die Bezugnahme auf Tabellen verworfen und anstelle dessen den Zeitaufwand in einem 4- bzw. 5-Personen-Haushalt auf 35 bzw. 40 Stunden geschätzt.

Womöglich war das – tatsächliche – Ausmass der verletzungsbedingt vereitelten Haushaltsleistungen in einer türkischstämmigen Familie auch abhängig von den Kochgewohnheiten: Verwertung von frischem Obst und Gemüse statt in der Mikrowelle aufgetaute Fertigm pizzas und sonstige Konserven. Bei solchen über den Daumen gepeilten Schätzungen besteht die Gefahr, dass der mit der Entscheidung befasste Spruchkörper des Gerichts oder der jeweilige Einzelrichter die Massstäbe seines eigenen Haushalts zugrunde legt, was nicht immer angemessen ist. Die Behauptung, die in Deutschland bislang verwendeten Tabellen von PARDEY<sup>41</sup> seien veraltet und die Haushaltsführung mittlerweile weniger zeitaufwendig, wird durch die in der Schweiz verwendeten und jeweils sehr wohl aktuellen SAKE-Tabellen nicht bestätigt. Vielmehr ist der Zeitaufwand im Haushalt über die Jahrzehnte konstant geblieben. Was allein abgenommen haben dürfte, ist die körperliche Beschwerlichkeit. Erwähnt sei an dieser Stelle, dass sich auch in der Schweiz ein Anspruchsteller mit der Darlegung seines Haushaltsführungsschadens sehr schwertut, wenn das BGer seinen Lebenszuschnitt als nicht durch eine SAKE-Tabelle abgebildet ansieht.<sup>42</sup>

### 2.2 Immaterieller Schaden

Eine solch «präzise» Ermittlung wie beim Vermögenspersonenschaden kommt bei immateriellen Beeinträchtigungen nicht in Betracht, weshalb sich insoweit der Begriff «Bemessung» eingebürgert hat. Behauptet wird, dass eine exakte Messung von Schmerzen unmöglich oder jedenfalls schwierig sei. Eine Abstufung wird dabei vorzunehmen sein für körperliche Schmerzen, seelische Schmerzen und Trauer.<sup>43</sup> In Österreich wird im Rahmen der aussergerichtlichen – und auch der gerichtlichen? – Festlegung der Schmerzensgeldhöhe mit Tagessätzen operiert, die eine Abstufung nach leichten, mittleren und schweren Schmer-

---

<sup>39</sup> So auch der Titel der Habilitationsschrift von HUBER CH., Fragen der Schadensberechnung, ohne dass mir damals die Tragweite der Unterscheidung bewusst gewesen ist.

<sup>40</sup> OLG Celle, 14 U 154/18, 26.6.2019, VersR 2019, 1157 = jurisPR-VerkR 16/2019 Anm. 3 (Wenker) = Fachtagung, Personenschaden 2019, 215 (HUBER CH.).

<sup>41</sup> PARDEY.

<sup>42</sup> BGer, 4A\_481/2019, 27.2.2020, in: ZVR 2020/127 (HUBER CH.): nach Scheidung der Ehe Umzug mit der erwachsenen Tochter nach Kroatien.

<sup>43</sup> HUBER, in: Huber/Kadner Graziano/Luckey, 72 f.

zen vorsehen, die mit EUR 110, EUR 220 und EUR 330 festgelegt werden,<sup>44</sup> wobei DANZL<sup>45</sup> betont, dass es sich um eine Bewertungshilfe, aber keine Berechnungsmethode handle. Die namentlich vom OLG Linz formulierte ablehnende Position<sup>46</sup> verweist darauf, dass für die Schmerzensgeldhöhe eine Vielzahl von Umständen des Einzelfalles bedeutsam sei. Darin kommt die unbändige Lust des Gerichts zum Ausdruck, dem jeweiligen Einzelfall in all seinen Facetten gerecht zu werden.

Es erfolgt freilich durch das jeweilige Gericht keine Offenlegung, wie sich welcher Umstand auf die Höhe ausgewirkt hat. Das bleibt Richter- oder Senatsgeheimnis; und womöglich wissen es die Richter oft selbst nicht. Vergleichbar ist das mit dem *Orakel von Delphi*. Mitunter hat dieses ins Schwarze getroffen, mitunter lag es aber auch meilenweit daneben. Wenn die Oberpriester die Unwägbarkeit der Aussagen der Pythia erkannt haben, haben sie sich einer sibyllinischen Ausdrucksweise bedient.

### 3. Wahrnehmung der Unwägbarkeiten durch den (deutschen und österreichischen) Gesetzgeber

Immerhin haben der deutsche und der österreichische Gesetzgeber wahrgenommen, dass sich der Geschädigte bei der Abschätzung der Höhe des Schmerzensgeldes besonders schwertut. Daher steht ihm bei dessen Einklagung die Möglichkeit offen, in Durchbrechung des § 253 Abs. 2 S. 2 dZPO einen Mindestbetrag zu fordern, was zur Folge hat, dass die Gerichte einen nach oben offenen Betrag zusprechen können. Darüber hinaus hat eine Überklagung bis zu 20 % gemäss § 92 Abs. 2 Nr. 2 dZPO regelmässig keine nachteiligen Kostenfolgen.<sup>47</sup> In § 43 Abs. 2 öZPO gibt es eine ähnliche Regelung, die dazu führt, dass selbst bei einer 100%-igen Überklagung keine nachteiligen Kostenfolgen für den Kläger eintreten.<sup>48</sup> Die insoweit grosszügigere Handhabung im österreichischen Recht ist sachgerecht, besteht doch keine Möglichkeit, ein Mindestbegehren zu stellen. In der Schweiz gibt es in Art. 107 Abs. 1 lit. a chZPO eine vergleichbare Regelung, die freilich restriktiver verstanden wird, was für den nicht rechtsschutzversicherten Geschädigten zu einem erheblichen Kostenrisiko führt.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> Zuletzt HARTL, 116.

<sup>45</sup> DANZL, Kap. 3 N 6.

<sup>46</sup> OLG Linz, 4 R 232/01t, 11.1.2002, in: ZVR 2002/68; KOSSAK, 227 ff.

<sup>47</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, 22 W 28/94, 22.6.1994, in: NJW-RR 1995, 955.

<sup>48</sup> Hierzu FUCIK, in: Rechberger/Klicka öZPO, § 43 N 11; den § 43 Abs. 2 öZPO im Schmerzensgeldprozess anwendend OGH, 2 Ob 261/04b, 3.2.2005, in: ZVR 2005/118 (DANZL); 2 Ob 155/05s, 1.9.2005, in: Zak 2005/92; abseits des Schmerzensgeldes besonders grosszügig etwa LG Eisenstadt Zak 2007/244; zur Bedeutung von Berechnung (von Pflegeleistungen) und Bemessung (von Schmerzensgeld) im österreichischen Verjährungsrecht OGH, 2 Ob 33/09f, 25.6.2009, in: ZVR 2010/200 (HUBER CH.): Die Differenzierung ist insoweit kritikwürdig ist, als es vergleichbare richterliche Ermessensspielräume gibt.

<sup>49</sup> Art. 107 Abs. 1 lit. a chZPO räumt dem Richter bei der Kostenverteilung zwar ebenso dann einen Spielraum ein, wenn die Bestimmung der konkreten Forderungshöhe im gerichtlichen Ermessen liegt; anders als in Deutschland und Österreich soll die besondere Kostenverteilung bei Überklagung nach schweizerischem Recht aber erst bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der genauen Bezifferung zum Zuge kommen, LANDOLT, in: Hütte/Landolt, § 6 N 790; KIESER/LANDOLT, N 2206 ff.; mit dem Hinweis auf die den Kläger plagende Ungewissheit, ob das Gericht die restriktive Kannvorschrift des Art. 107 Abs. 1 lit. a chZPO auch anwendet, RUSCH, 573 f.; im Kontext des Haushalts-

## V. Stärken und Schwächen der Präjudizienmethode

In allen drei deutschsprachigen Rechtsordnungen wird die Höhe der gebührenden immateriellen Entschädigung mithilfe der Präjudizienmethode ermittelt. Es ist im Heuhaufen die sprichwörtliche Nadel zu finden, die es ermöglicht, Begehren und Zuspruch unter Bezug darauf abzustützen.

### 1. (Behauptete) Stärken

Diese Methode sorgt für Kontinuität und (vermeintliche) Rechtssicherheit: Im Zeitverlauf kommt es zu einem (real?) gleich hohen Zuspruch bei vergleichbaren Verletzungen.

### 2. (Tatsächliche) Schwächen

Den behaupteten Vorzügen stehen freilich viele Nachteile gegenüber: Die Vorentscheidung kann falsch sein; dann besteht die Gefahr, dass das unzutreffende Judiz bis in alle Ewigkeit fortgeschrieben wird. Als (unbefangener) Leser ist man ein ums andere Mal beeindruckt, welche Umstände alle eine Rolle spielen können. Man fragt sich: Besteht da nicht die Gefahr, vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr zu sehen? Mitunter ist der Bezug darauf nicht mehr als ein zierendes Beiwerk, das die Aura materieller Gerechtigkeit erahnen lässt; massgeblich ist letztlich das Auffinden der passenden Vorentscheidung. Wie sklavisch hier der Blick auf diese erfolgt, belegt eine OGH-Entscheidung,<sup>50</sup> in der beiden Tatgerichten, die den Betrag aus der Vorentscheidung übernommen hatten, nicht aufgefallen war, dass es mittlerweile zu einer Umstellung von österreichischem Schilling auf Euro gekommen ist, mit der Folge, dass der Zuspruch bloss auf der Basis von 1/14 erfolgte; erfreulicherweise hat der OGH dann korrigierend eingegriffen.

Im deutschen Recht gilt der Grundsatz, dass das Tatgericht einen höheren Betrag zusprechen darf, dies aber dann begründen muss.<sup>51</sup> Bezieht sich das auf den nominellen oder den aufgewerteten Betrag? Und welcher Zeitpunkt ist die Bezugsgrösse? Insoweit ist die Handhabung in Österreich vorbildhaft. Mittlerweile ist es Standard, dass eine Aufwertung mit dem Verbraucherpreisindex zu erfolgen hat;<sup>52</sup> und zwar ab dem Zeitpunkt des Datums der Erstentscheidung; Letzteres stellt eine Annäherung an den Zeitpunkt des Endes der mündlichen Verhandlung dar, zu dem der Kläger letztmalig eine Anpassung seines Klagebegehrens vornehmen könnte. In dem umfassenden Werk von DANZL<sup>53</sup> bietet dieser in der Online-Version ein Tool an, mit dem mit wenigen Klicks eine solche Aufwertung bewerkstelligt werden kann. Das setzt naturgemäss voraus, dass das Datum der Entscheidung erster Instanz leicht zu ermitteln ist,

---

schadens jüngst BGer, 4A\_430/2019, 9.12.2019, E. 3: immerhin jeweils hälftige Kostentragungspflicht trotz Obsiegen nur mit einem Drittel der Forderung.

<sup>50</sup> OGH, 2 Ob 214/14f, 9.4.2015, in: ZVR 2015/201 (HUBER CH.).

<sup>51</sup> BGH, VI ZR 159/87, 24.5.1988, in: NJW 1989, 773, 774; HUBER CH., in: Nomos Kommentar BGB, § 253 N 80; MÜLLER, 916.

<sup>52</sup> OGH, 2 Ob 214/14f, 9.4.2015, in: ZVR 2015/201 (HUBER CH.); 2 Ob 83/14s, 11.9.2014, in: Zak 2014/722; 3 Ob 128/11m, 24.8.2011, in: ZVR 2012/129 (HUBER CH.).

<sup>53</sup> DANZL; besprochen von HUBER CH., HAVE 2019 247 ff.

wie das bei den im Internet abrufbaren OGH-Entscheidungen der Fall ist. Womöglich wäre das in Deutschland und der Schweiz nicht immer so leicht zu ermitteln.

Bei der Aufwertung könnte man anmerken, dass es womöglich einen noch geeigneteren Index gebe. Der Verbraucherpreisindex fällt insofern moderat aus, als sich darin auch technische Geräte befinden, die im Zeitverlauf immer billiger werden. Ein Anspruchsteller des Schmerzensgeldes wird aber namentlich bei schweren und schwersten Verletzungen solche Güter kaum nachfragen. Der «Pensionistenindex», also der Warenkorb für Menschen in der Phase, in der sie eine Altersrente beziehen, könnte insoweit passgenauer sein. Dazu kommt, dass nicht einzusehen ist, warum das Wirtschaftswachstum ausgeblendet werden soll. Es ist ein Indikator für den zunehmenden Wohlstand. Warum ein Anspruchsteller einer immateriellen Entschädigung daran nicht teilhaben sollte, wäre nicht einzusehen. Ein solches war in den letzten 75 Jahren stets gegeben, mal mehr, mal weniger.<sup>54</sup> Das ist freilich keine Einbahnstrasse. Die Coronapandemie hat im Jahr 2020 und in den ersten beiden Quartalen des Jahres 2021 zu einem signifikanten Minus geführt. Allerdings wird dieser Rückschlag – nach den Prognosen der Wirtschaftsforscher – in den nächsten zwei Jahren wieder aufgeholt werden. Die Erholung der Aktienmärkte, namentlich des SMI und des DAX, sind ein Indikator dafür, dass die Menschen für die Zukunft nicht nur schwarzsehen. Verwiesen sei darauf, dass es Plagen in der Geschichte der Menschheit immer gegeben hat, aber selbst im Alten Testament diese ein vorübergehendes Phänomen waren. Nach den mageren Jahren kamen stets auch die fetten.

Da die massgeblichen Bemessungsdeterminanten nicht offengelegt werden, ist nur mit Unwägbarkeiten ermittelbar, welche Umstände in welchem Ausmass für die Höhe massgeblich waren. In den Schmerzensgeldtabellen werden mitunter das Alter der verletzten Person und deren voraussichtliche Leidensdauer nicht mitgeteilt. Relativ konkret beschrieben wird vielmehr allein die jeweilige Verletzung. Unter Bezugnahme auf diese wird dann ein bestimmter Betrag zuerkannt und in den Tabellen ausgewiesen. Auch für die Basisgenugtuung und die Integritätsentschädigung im schweizerischen Recht ist – nach unserer Wahrnehmung – die Verletzung als solche die massgebliche Bemessungsdeterminante.<sup>55</sup> Als weitere Unwägbarkeit kommt hinzu, dass der gerichtliche Zuspruch nicht immer die gesamte Leidensdauer erfasst, sondern nur die bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, wenn die weitere Entwicklung noch nicht abschätzbar ist. Bei alleinigem Abstellen auf die Verletzung als solche kommt es dann zu einer «relativen» Überentschädigung. Bei einer offenen Teilklage wäre das erkennbar, bei einer verdeckten jedoch nicht.

Insbesondere LUCKEY<sup>56</sup> hat unter Bezugnahme auf das englische und das US-amerikanische Recht darauf hingewiesen, dass die Herausarbeitung der massgeblichen Sachverhaltselemente in diesen Rechtsordnungen mit deutlich mehr Sorgfalt erfolge. Als einleuchtenden Grund gibt er an, dass Gerichtsentscheidungen dort die gleiche Verbindlichkeit haben wie Gesetze, sodass jeder Partei – je nach Standpunkt – daran gelegen sein muss, die Identität oder eben auch die Unterschiede zu einer in Bezug genommenen Vorentscheidung herauszuarbeiten. Diese Beobachtung wird durchaus zutreffend sein. Der Appell sollte für den deutschsprachigen Rechts-

<sup>54</sup> LANDOLT, Querschnittgelähmt, 396 f.

<sup>55</sup> Ausführlich LANDOLT, in: Hütte/Landolt, § 6 N 377 ff.: Von der konkreten Verletzung wird auf die in Prozent ausgedrückte Schwere der Integritätsbeeinträchtigung geschlossen.

<sup>56</sup> LUCKEY, Schmerzensgeldbemessung, 314 ff.; DERS., Präjudizien, 181 ff.

kreis auch beherzigt werden. Zu beachten ist freilich, dass das mit deutlich mehr Rechercheaufwand verbunden ist, was sich in gegenüber dem deutschsprachigen Rechtskreis sehr viel höheren Anwaltshonoraren niederschlägt. Sofern dieser erhöhte Aufwand nicht ersatzfähig sein sollte, führt das zu einer Klassenjustiz, die man kaum gutheissen kann; oder aber diese vertieften «Suchkosten» sind auf den Haftpflichtversicherer überwälzbar, was namentlich bei diesem nicht auf übertriebene Begeisterung stossen wird. Nach unserer Wahrnehmung verfügen in Deutschland selbst mittelständische Kanzleien, die auf Geschädigtenmandate spezialisiert sind, nicht über gängige Datenbankmodule; in Österreich gibt es zudem nicht einmal Fachanwälte. Wie angesichts solcher elementarer Defizite in Ausstattung und/oder Aus- bzw. Fortbildung eine solche Feinarbeit, wie sie LUCKEY vorschwebt, geleistet werden kann, ist schwer vorstellbar. Eine alternative Methode zur verlässlichen Ermittlung des ersatzfähigen immateriellen Schadens nach rationalen Kriterien ist daher weiterhin geboten.

## **VI. Zustimmung und Kritik zu OLG Frankfurt, 22 U 97/16, 18.10.2018, in: NJW 2019, 442 = DAR 2019, 37 (ENGELBRECHT) = zfs 2019, 83 (ZARGES) = NZV 2019, 351 (SLIZYK) = MedR 2019, 885 (JAEGER L.) = EWIR 2019, 143 (KORCH)**

### **1. Zustimmung und Ablehnung von welchen Autorengruppen?**

Die als Pauenschlag-Urteil bezeichnete Entscheidung habe wie eine Bombe eingeschlagen.<sup>57</sup> Geschädigtenanwälte,<sup>58</sup> Prozessfinanzierer<sup>59</sup> sowie Wissenschaftler<sup>60</sup> haben das Urteil positiv aufgenommen, weil es höhere Beträge für Schwer- und Schwerstverletzte bringe und zu einem höheren Mass an Vorausberechenbarkeit mit weniger Aufwand führe. Die bisherigen Tagessätze oszillieren immerhin je nach Wahrnehmung zwischen EUR 0.37<sup>61</sup> und EUR 13.69 bzw. EUR 0.10 und EUR 20.<sup>62</sup> Hervorgehoben wird vor allem die Sensibilisierung für die Grössenordnung durch die Bezugnahme auf Tagessätze. Die Ausweisung von Kapital und Rente ermöglicht auch beim Vermögenspersonenschaden eine bessere wirtschaftliche Einschätzung.

Abgelehnt wird der alternative Bemessungsansatz sowie die Übernahme durch das OLG Frankfurt durch die Haftpflichtversicherer<sup>63</sup> und die in deren Sold stehenden Defensivkanzleien.<sup>64</sup> Bleiben die Bemessungsdeterminanten im Dunklen, verbessert das deren Verhandlungsposition für eine Globalabfindung, bei der sich sowohl der Verletzte als auch dessen Anwalt von der Höhe der Einmalzahlung, Letzterer auch von der zu verdienenden Vergleichsgebühr, blenden lassen. Zudem befürchten die Ersatzpflichtigen – durchaus zu Recht – eine

---

<sup>57</sup> LUCKEY, Schmerzensgeldklage.

<sup>58</sup> ENGELBRECHT, 45; ZARGES, 90 f.; SCHULTE/RÜDIGER, 14 ff.

<sup>59</sup> BENSALAH/HASSEL, 403 ff.

<sup>60</sup> SCHUBERT, 24; LÜTTRINGHAUS/KORCH.

<sup>61</sup> SLIZYK, 357.

<sup>62</sup> ERNST/LANG, 1122.

<sup>63</sup> LANG, Anm. 1.

<sup>64</sup> THORA, 861 ff.; HÖHER, 1167: Berechnungsmethode nach Tagessätzen ist «falsch».



massive Anhebung der Schmerzensgelder für (junge) Schwerverletzte. Viele OLGs haben sich ebenfalls ablehnend geäußert. Eine Abkehr von bisher Gewohntem stösst generell auf Skepsis. Weder wollen sich Gerichte gern in die Karten blicken lassen noch möchten sie etwas von der gewöhnten Souveränität abgeben. Mitunter erfolgt ein Zuspruch nach paternalistischer Gutsherrenart und der bei *Bayern München* gepflogenen Devise «Mia san mia», so etwa durch das OLG München, das sich primär an der eigenen Vorjudikatur orientiert und zum Ausdruck bringt: Wir wissen schon, was richtig ist; in concreto nämlich, dass der Zuspruch von EUR 500'000 gerade so richtig oder falsch ist wie der von EUR 800'000.<sup>65</sup> Eine solche Selbstgefälligkeit birgt die Gefahr regionaler Zersplitterung, die umso grösser ist, als es kaum angenommene Revisionen des BGH gibt; und zudem noch die Abhängigkeit, welcher Richter bzw. welche Kammer in erster Instanz bzw. welcher Rechtsmittelsenat gerade zuständig ist.<sup>66</sup>

Ablehnung kommt schliesslich – zufällig? – von den Verfassern von Präjudizienwerken zum Schmerzensgeld.<sup>67</sup> Würde sich der alternative Ansatz durchsetzen, würden diese, die Präjudizien mitsamt den Erläuterungswerken, naturgemäss an Bedeutung einbüßen.

## 2. Die inhaltlichen Kritikpunkte

### 2.1 Tagessatz nach dem Durchschnittseinkommen des Bruttoinlandsprodukts

Kritisiert wird, dass die Bezugnahme auf das Bruttoinlandsprodukt frei gegriffen sei und die Tagessätze geringer anzusetzen seien.<sup>68</sup> Das ist gewiss diskutabel.<sup>69</sup> Zu verweisen ist allerdings darauf, dass auch derzeit das Gericht einen Anhalt bei Vermögensgütern benötigt. Das LG München I<sup>70</sup> hat beim Schmerzensgeld erstmals die Schwelle von DM 1 Mio., somit ca. EUR 500'000, erreicht. Ursache dürfte gewesen sein, dass die Richter nach einem Lokalaugenschein beim Verletzten von dessen jämmerlichem Zustand emotional elektrisiert, bedrückt und überwältigt waren. Sie haben dann für die Aufwertung gegenüber der letzten vergleichbaren Entscheidung ihrer Kammer die Steigerung der Immobilienpreise in München herangezogen. Man braucht nicht viel Phantasie, um zu erahnen, dass die Steigerung sehr beträchtlich ausgefallen ist. In ländlichen Regionen könnte das freilich «nach hinten losgehen». Bei

<sup>65</sup> OLG München, 1 U 2237/17, 23.1.2020, in: VersR 2020, 1191 (JAEGER) = Fachtagung Personenschaden 2020/I, 198 (HUBER CH.).

<sup>66</sup> So jedenfalls in Deutschland bei den ersatzfähigen Mietwagenkosten; eindrucksvoll dazu SCHOLTEN, 72 ff.

<sup>67</sup> SLIZYK, 357 ff.: untaugliches Mittel; LUCKEY, Schmerzensgeldklage, 3361 f.: Reiz einer präzisen Berechnung relativiert sich schnell; WELLNER, 26.

<sup>68</sup> OLG Düsseldorf, 1 U 66/18, 28.3.2019, in: NJW 2019, 2700, 2701; LUCKEY, Schmerzensgeldklage, 3362; HÖHER, 1168; vgl. selbst auch OLG Frankfurt, 22 U 97/16, 18.10.2018, in: NJW 2019, 442, 449 f.: Prozentsätze keinesfalls zwingend.

<sup>69</sup> Das OLG Frankfurt greift dies in seinen Folgeentscheiden auf und setzt nun pauschale Tagessätze an, kann aber auch deren Überzeugungskraft nicht empirisch belegen, OLG Frankfurt, 22 U 34/19, 4.6.2020, in: NJW-Spezial 2020, 523; 22 U 244/19, 4.6.2020, in: VersR 2021, 127, 130; 22 U 128/19, 29.6.2020, in: VersR 2020, 1387, 1388 f. (HÖHER); 22 U 205/19, 16.7.2020, in: NJW 2020, 3325, 3326 f. (SLIZYK).

<sup>70</sup> LG München I, 19 O 8647/00, 29.3.2001, in: NJW-RR 2001, 1246.

der vorgeschlagenen Bezugnahme auf einen Mittelklassewagen<sup>71</sup> liegt die Dämpfung auf der Hand; solche Erzeugnisse werden tendenziell, jedenfalls real immer billiger. Die Orientierung am Durchschnittseinkommen nach dem Bruttoinlandsprodukt erscheint demgegenüber eine durchaus sachgerechte Anknüpfung.

## 2.2 Abstufung nach Phasen wenig überzeugend

Die Methode von SCHWINTOWSKI/SCHAH SEDI/SCHAH SEDI<sup>72</sup> nimmt eine Abstufung des Ersatzes vor nach der Unterbringung in einer Intensivstation (15 %) und mit Abstufung nach Normalstation (10 %), Rehabilitationseinrichtung (9 %) und ambulanter Krankenpflege (8 %) sowie verbleibenden Dauerschäden (7 %). Das mag man kritisieren. Bei (jungen) Schwer(st)verletzten wird es freilich so sein, dass die Gewichtung der einzelnen Phasen mit etwas höheren oder geringeren Prozentsätzen gar nicht so entscheidend ist; ins Gewicht fallend wird hingegen die zeitliche Dimension sein, somit die Dauer. Zu erwähnen ist, dass BENSALAH/HASSEL<sup>73</sup> ein verfeinertes Modell vorgeschlagen haben, freilich um den Preis höherer Komplexität.

## 2.3 Wegen der Einzelfallabwägung auch nicht bessere Vorhersehbarkeit

Da nach dem Ansatz von SCHWINTOWSKI/SCHAH SEDI/SCHAH SEDI nach der Grobermittlung eine Einzelfallabwägung vorgesehen ist, wird vorgebracht, dass damit der Vorzug besserer Vorhersehbarkeit wieder beseitigt werde. Dagegen ist einzuwenden, dass immerhin die Grössenordnung feststeht. Darüber hinaus ist nach unserer Meinung Skepsis angebracht, ob alle vorgeschlagenen Elemente der Feinjustierung – wie etwa ein Präventionszuschlag bei besonders schwerem Verschulden – geboten sind.

# VII. Petita nach der Bestandaufnahme

In den Kommentierungen zu § 253 BGB bzw. § 1325 ABGB – und wohl auch zu Art. 47 OR – finden sich enorm viele Umstände des Einzelfalls, die jeweils beachtlich sein sollen. Ist die Berücksichtigung all dieser – auch nach der Billigkeit – geboten; und in welcher Grössenordnung sollen sich diese auf das Ausmass der Entschädigung auswirken? Herausgegriffen werden soll die Bedeutung der Genugtuungskomponente im deutschen Recht. Damit soll bewirkt werden, dass in Abhängigkeit von der Schwere des Schuldvorwurfs der Schädiger eine Sühneleistung für das Erbringen soll, was er dem Schädiger angetan hat. Da ein Anspruch nach der Gefährdungshaftung unabhängig vom Verschulden gebührt, kann der Genugtuungsgedanke dort keine Rolle spielen. Auch im Verkehrsunfall- und Arzthaftungsrecht soll die Genugtuung jedenfalls bei leichter Fahrlässigkeit zu Recht keine Rolle spielen. Aber selbst ein Zuschlag bei grober Fahrlässigkeit ist unseres Erachtens fragwürdig, wenn ein Haftpflichtversicherer Deckung gewähren muss. Formal lässt sich das Ergebnis unter Bezugnahme auf das Trennungsprinzip durchaus begründen. Bei lebensnaher Betrachtung leuchtet es indes kaum

---

<sup>71</sup> LUCKEY, Schmerzensgeldbemessung, 319.

<sup>72</sup> SCHWINTOWSKI/SCHAH SEDI/SCHAH SEDI, § 2 N 157 ff.

<sup>73</sup> BENSALAH/HASSEL, 405 f.

ein, warum der Haftpflichtversicherer finanziell stärker bluten soll, weil ein grösserer Schuldvorwurf gegenüber dem Täter, seinem Versicherungsnehmer, gegeben ist.

Stimmig ist ein solcher Zuschlag allenfalls in den – seltenen – Fällen des Vorsatzes, in denen ein Deckungsausschluss in der Haftpflichtversicherung gegeben ist, sodass die finanzielle Belastung des Schädigers auch bei diesem spürbar ist und er dadurch Sühne üben kann. Von solchen Fällen abgesehen wäre es folgerichtig, allein auf die Ausgleichskomponente abzustellen, bei der die besondere Betroffenheit des Verletzten wegen des schweren Verschuldens des Schädigers durchaus erfassbar ist. Das würde auch der Tendenz entsprechen, den Schmerzensgeldanspruch möglichst wie einen sonstigen Schadenersatzanspruch zu behandeln; das würde im deutschen Recht jedenfalls gut zur neuen Platzierung des Ersatzes für immaterielle Einbussen im Kontext der §§ 249 ff. BGB durch das 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetz passen.<sup>74</sup> Eine Zurückdrängung der Vielzahl der Umstände des Einzelfalles würde jedenfalls die aussergerichtliche Regulierung und den Blick für das Wesentliche, die an sich geschuldete Grössenordnung, erleichtern.

## VIII. Möglichkeit der Berechnung des immateriellen Schadens

### 1. Wenige zentrale Parameter

Kann der Umfang eines um die Umstände des Einzelfalles bereinigten Schmerzensgeldes ähnlich präzise ermittelt werden wie der Vermögenspersonenschaden? Bedeutsam ist insoweit jedenfalls die Ermittlung des archimedischen Punktes. Unseres Erachtens ist dieser nicht die Verletzung als solche, sondern die Leidensdauer und die Intensität der während dieser zu erduldenen Beeinträchtigungen.<sup>75</sup> Einigkeit sollte darüber bestehen, dass derjenige, der länger leidet, eine signifikant höhere Entschädigung erhalten soll. Die Einzelmeinung,<sup>76</sup> dass ein Querschnittgelähmter nach einiger Zeit gerade so glücklich sei wie ohne solche Verletzung, ist nicht nur zynisch und menschenverachtend; selbst die Autoren der Glücksforschung<sup>77</sup> räumen ein, dass ein solches Ergebnis, so ein solches ermittelt wurde, von der Art der Fragestellung abhängt. Schliesslich ist darauf zu verweisen, dass Privatrecht mehr ist als angewandte Ökonomie. Im mikroökonomischen Modell lässt sich durchaus schlüssig begründen, dass für den «Armen» ein geringerer Betrag zur Kompensation oder Linderung seiner Schmerzen ausreicht als für einen «Reichen». Diese Schlussfolgerung ist aber bisher aus normativen Gründen – zu Recht – nicht gezogen worden.

Das von SCHWINTOWSKI/SCHAH SEDI/SCHAH SEDI vorgeschlagene Mehrphasenmodell lässt sich womöglich in der Weise vereinfachen, dass nur noch zwischen zwei Phasen zu unterscheiden ist, nämlich der Phase bis zur Herstellung eines Endzustands und der Folgephase; innerhalb dieser könnte nach österreichischem Vorbild eine Differenzierung zwischen leicht-

<sup>74</sup> So überzeugend LEPA, 117 f.

<sup>75</sup> HUBER, Lebensalter, 76.

<sup>76</sup> KOZIOL, 599.

<sup>77</sup> Vgl. LÜTTRINGHAUS/KORCH, 980; KORCH, Schmerzensgeldbemessung, 494; ARNTZ, 3331 f.; den empirischen Befragungsansatz der Glücksforschung aber gutheissend FREY/ULBRICH, 42 ff.

ten, mittleren und schweren Schmerzen angemessen sein. Bedeutsam ist, dass die Phase bis zur Eingewöhnung in das neue Gleichgewicht besonders schmerzlich ist,<sup>78</sup> bis sich die verletzte Person damit abfindet, was ohne die Verletzung möglich gewesen wäre und fortan nicht mehr möglich ist, und sich die Einsicht durchsetzt, was künftig trotz des eingeschränkten Aktionsradius immerhin noch in Betracht kommt. Beachtlich muss dabei sein, ob eine bewusste Wahrnehmung stattfindet oder ein «blosses» Dahindämmern im Koma zu konstatieren ist. In letzterem Fall, in dem sich diese Phase nach einem Unfall einstellt und einige Zeit fortbesteht, findet weder eine Eingewöhnung in ein neues Gleichgewicht statt noch kommt es zu einer bewussten Schmerzwahrnehmung, ganz abgesehen davon, dass das Schmerzensgeld in solchen Fällen seine genuine Aufgabe, dem Verletzten Erleichterungen zu verschaffen, nicht erfüllen kann.<sup>79</sup>

Wie auch sonst beim Vermögensschaden ist die Wechselwirkung zwischen Restitution und Kompensation bedeutsam. In je höherem Ausmass eine reale Ersatzlage gegenüber dem Zustand ohne schädigendes Ereignis geschaffen wird, sei es durch ein privates Schwimmbad,<sup>80</sup> die behindertengerechte Ausgestaltung des Zweitwohnsitzes (in der Schweiz)<sup>81</sup> oder den behindertengerechten Umbau eines Motorrads,<sup>82</sup> damit auch ein Querschnittgelähmter wieder seinem Hobby frönen kann, umso eher sind Abstriche beim Schmerzensgeld vorzunehmen.

## 2. Hilfsmittel für eine rationale Bemessung

Bei schweren Verletzungen ist es im deutschen und im österreichischen Recht anerkannt, dass der Verletzte jedenfalls für den Zukunftsschaden statt eines Kapitalbetrags eine Rente verlangen kann.<sup>83</sup> Ausser Streit steht, dass die Höhe des Ersatzes von der Modalität der Ersatzleistung als Kapital oder Rente nicht abhängen soll.<sup>84</sup> Die Gegenüberstellung beider Grössen schärft die Sensibilität für den gebotenen Umfang der Ersatzleistung. Während der Kapitalbetrag mitunter als – ohnehin – hoch erscheint, macht die (monatliche) Rente besser deutlich, wie hoch diese jedenfalls ausfallen sollte, um eine signifikante Linderung pro Zeiteinheit zu bewirken.

Ob schliesslich Ersatz in Form eines Kapitalbetrags oder einer Rente gewährt wird, ist durchaus sekundär. Im Vordergrund steht, dass die Rente korrekt ermittelt und der Barwert zutreffend errechnet wird. Wenn im deutschen Recht als Voraussetzung für die Zubilligung einer Rente ein monatlicher Betrag von EUR 100 genannt wird, vermag das insoweit zu überzeugen,

<sup>78</sup> Ganz in diesem Sinne KG, 20 U 157/10, 16.2.2012, in: MedR 2012, 596 (JAEGER L.): Erhöhtes Schmerzensgeld, da nicht auszuschliessen ist, dass die viereinhalbjährige Dauergeschädigte sich an ihre frühere Unversehrtheit erinnert und ihr daher die Beschränktheit und Ausweglosigkeit der jetzigen Situation bewusst ist.

<sup>79</sup> Kritisch zum Zuspruch sechsstelliger Beträge in solchen Fällen bereits HUBER, Schmerzensgeld; DERS., Antithesen.

<sup>80</sup> OGH, 2 Ob 10/91, 10.4.1991, VersR 1992, 259; dazu HUBER, Errichtungskosten.

<sup>81</sup> Bejahend BGHZ 163, 351, in: NZV 2005, 629; dazu HUBER, Umbau.

<sup>82</sup> Verneinend BGH, VI ZR 46/03, 20.1.2004, in: NZV 2004, 195; gegenteilig aber ZOLL, Schadensregulierung, 972; DERS., Probleme, 475.

<sup>83</sup> Sich darüber hinwegsetzend freilich OLG München, 1 U 2237/17, 23.1.2020, in: VersR 2020, 1191 (JAEGER) = Fachtagung Personenschaden 2020/I, 198 (HUBER CH.): Rente ist nicht im Interesse des Verletzten, daher Zuspruch eines Kapitalbetrags.

<sup>84</sup> Zur Schmerzensgeldrente HUBER, Schmerzensgeldrente, 603 ff.

als bei geringfügigeren Beträgen der Regulierungsaufwand ungebührlich hoch sein mag. Bei Veranlassung eines Dauerauftrags ist freilich nicht zu erkennen, worin hier enorme Kosten anfallen. Eher wird bei Zubilligung einer Rente mitunter deutlich, dass die Entschädigung viel zu tief ist. Die Rente hat zwar den Nachteil, dass der Haftpflichtversicherer die Akte nicht schliessen kann; sie hat aber den Vorzug, dass eine Abschätzung der Leidensdauer entbehrlich ist. Mit dem Tod wird der Verletzte von seinen Leiden befreit – und verliert auch den Anspruch auf die Abgeltung der dann nicht mehr gegebenen immateriellen Nachteile.

Das häufig beschworene Postulat der Quergerechtigkeit wird nicht immer beachtet. So werden im deutschen Recht für eine Freiheitsentziehung deutlich höhere Tagessätze zugebilligt als für eine Schwerstverletzung.<sup>85</sup> Im österreichischen Recht ist die Relation insoweit passender.<sup>86</sup> Mag eine Freiheitsentziehung auch kein Honigschlecken sein; manches Hobby lässt sich während der Haft immerhin fortführen und mancher hat den Aufenthalt im Gefängnis dazu benutzt, mehr oder weniger gehaltvolle Bücher zu schreiben – für manche verletzungsbedingt Querschnittsgelähmten ist so etwas allerdings nicht mehr möglich. Jedenfalls ist nach dem Ende der Haft wieder ein weitgehend ungestörtes Leben möglich, mag es in sozialer und psychischer Hinsicht auch Nachwirkungen geben. Wer eine schwere oder schwerste Verletzung erleidet, ist für immer von einem Grossteil der Lustbarkeiten, die das Leben bietet, ausgeschlossen.

## IX. Die massgeblichen Stellschrauben bei einem (schweren) Dauerschaden in Gestalt einer Modellrechnung

Ein Modell darf nicht zu komplex sein, weil es ansonsten für die Orientierung nicht tauglich ist. Es muss sich auf das Wesentliche konzentrieren – wie eine Landkarte. Selbst wenn man an der herkömmlichen Präjudizienmethode festhalten sollte, wäre eine Kontrollrechnung nach der hier vorgeschlagenen Methode angezeigt, schon um eine Plausibilitätskontrolle zu ermöglichen. Zudem ist niemals auszuschliessen, dass ein früheres Judiz auch falsch gewesen sein mag; und das nicht nur bei Währungsumstellungen, ein Problem, das die Schweiz nicht hatte. Auch bei der Zubilligung einer Schmerzengeldrente verlangt die Rechtsprechung eine «Kontrollrechnung».<sup>87</sup>

Zur absoluten Höhe der Tagessätze sind keine präzisen rationalen Aussagen möglich. Die in Österreich verwendeten Beträge von EUR 110, EUR 220 und EUR 330 für leichte, mittlere und schwere Schmerzen könnten ein Anhaltspunkt sein, wobei diese wegen der höheren Kaufkraft in der Schweiz mindestens zu verdoppeln, eher zu verdreifachen wären. Für die erste Phase erscheint unseres Erachtens ein Zuschlag angemessen, für Phasen ohne Schmerzempfindung ein Abschlag. Denkbar wären jeweils 50 %.

Ob man sich auf Tagessätze kapriziert oder sich mit Monatsbeträgen begnügt, ist eine Detailfrage. Der Tagessatz hat den Vorzug, dass er besonders plastisch zum Ausdruck bringt, welches

<sup>85</sup> Nachweise der Rechtsprechung bei JAEGER, Anmerkung, 892 f.

<sup>86</sup> Nachweise bei DANZL, Kap. 10 N 6 ff.

<sup>87</sup> Beispielhaft OLG Oldenburg, 5 U 196/18, 18.3.2020, in: MDR 2020, 673.

Äquivalent für welche Beeinträchtigung derzeit für ausreichend erachtet wird. Mit Monatsbeträgen wird man – wie bei sonstigen Renten beim Vermögenspersonenschaden – leichter rechnen können.

Herzstück der hier vorgeschlagenen Modellrechnung ist die Ermittlung des für die Abgeltung des immateriellen Schadens gebührenden Ersatzes nach der gleichen Methode, die für die Ermittlung des Barwerts für Renten beim Vermögenspersonenschaden angewendet wird, also den Erwerbs-, Pflege-, Haushaltsführer- und Versorgerschaden.

Den künftigen Schmerzen ist je Monat in der Zukunft ein Äquivalent zuzuordnen. Aus Vereinfachungsgründen mag das für alle Monate des betreffenden künftigen Jahres gleich hoch sein. Verschlimmerungen des Leidens sind dabei freilich zu berücksichtigen, soweit sie zu einer Intensivierung der Schmerzen führen, etwa von leichten zu mittleren oder mittleren zu schweren.

Diese Äquivalente sind mit der voraussichtlichen durchschnittlichen Inflation und dem voraussichtlichen durchschnittlichen Wirtschaftswachstum zu gewichten. Die derzeitige Coronapandemie wird dazu führen, dass das Wirtschaftswachstum für die nächsten 5 Jahre moderater auszumessen ist als bisher, ehe dann wieder von der in der Vor-Corona-Zeit gegebenen Dynamik auszugehen ist. Es ist nicht einzusehen, warum der Massstab, der für die Vergleichbarkeit von älteren Präjudizien anerkannt ist, nicht für die Extrapolation in die Zukunft gelten sollte.

Zu beachten ist dabei eine realistische Lebenserwartung, mit anderen Worten eine solche, die für den jeweils Verletzten die höchste Wahrscheinlichkeit aufweist. Die aktuellen Sterbetafeln sind dabei gewiss der Ausgangspunkt; die Beweislast für die Dauer des Anspruchs liegt aber unseres Erachtens beim Anspruchsteller.<sup>88</sup> Sollte die Lebenserwartung aufgrund der vom Schädiger zu verantwortenden Verletzung reduziert sein, führt das folgerichtig auch zu einer Kürzung des Ersatzes des immateriellen Schadens. Das klingt zunächst menschenverachtend und pietätlos. Zu bedenken ist indes, dass bei einer Schmerzensgeldrente gerade das die Konsequenz ist. Hält man den Gleichlauf der Höhe der Entschädigung unabhängig von der Modalität des Ersatzes für berechtigt, kann man insoweit nicht gegenteilig entscheiden. Wer A sagt, muss auch B sagen.

Für die Abzinsung ist ein realistischer Zinssatz im Zeitpunkt der Erhebung des Begehrens zugrunde zu legen. Dass sich die Zinsen später ändern (können), hat grundsätzlich ausser Betracht zu bleiben; allenfalls mag man den Durchschnittzinssatz der letzten 5 oder 10 Jahre wählen. Zu bedenken ist, dass der Verletzte im Zeitpunkt des Empfangs vor der Veranlagungsentscheidung steht – und nicht 5 oder 10 Jahre später. Warum insoweit aus Gründen der Rechtssicherheit in der Schweiz an dem – nach den gegenwärtigen Marktverhältnissen viel zu hohen – Zinssatz von 3,5 % festzuhalten sein sollte, wie das BGer<sup>89</sup> meint, vermag nicht zu überzeugen. Es geht im Regelfall um deliktische Schadenersatzansprüche; und im Deliktsrecht spielt ein wie immer geartetes Vertrauen auf ein bestehendes Zinsniveau keine Rolle. Zudem hat der Haftpflichtversicherer zu leisten, was der Schädiger schulden würde, auch wenn Letzterer nicht haftpflichtversichert wäre.

---

<sup>88</sup> So auch für den Erwerbsschaden HUBER CH., in: Nomos Kommentar BGB, §§ 842, 843 N 87, 90; a.A. LEMCKE, 384; jüngst OLG Brandenburg, 3 U 49/17, 10.9.2019, in: BeckRS 2019, 28411 = Fachtagung Personenschaden 2020/I, 181, 207 (HUBER CH.).

<sup>89</sup> BGer, 4A\_254/2017, 9.4.2018, E. 3 ff.; dazu HUBER, Kapitalisierungszinsfuss; BGE 125 III 312 E. 7.

Selbst wenn man die Interessen der Haftpflichtversicherer als bedeutsam ansehen sollte, vermögen gerade diese über einen längeren Zeithorizont einen angemessenen Ausgleich infolge schwankender Zinsen zu erreichen. Die Anknüpfung an den Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank, wie das bei den Verzugszinsen nach § 288 BGB erfolgt, würde das aktuelle Zinsniveau ausreichend präzise abbilden,<sup>90</sup> mag die Anknüpfung an Werte von Institutionen der EU in der Schweiz auch nicht immer populär sein. Welchen Einfluss niedrige Zinsen spielen, hat jüngst JAEGER<sup>91</sup> dargelegt. In der Entscheidung des LG Aurich<sup>92</sup> müsste infolge der derzeitigen Niedrigzinsphase das Schmerzensgeld nicht bei EUR 800'000, sondern bei EUR 2,4 Mio. liegen. Während JAEGER das derzeitige Niedrigzinsniveau als Besonderheit des Augenblicks beschreibt, ist es ein Vorzug des hier vorgestellten Modells, dass die Abzinsung nach dem jeweils aktuellen Zinssatz auch für alle Zukunft Bestand hat, in welche Richtung auch immer sich das Zinsniveau bewegen mag. Bildet man einen Saldo zwischen Inflation inklusive Wirtschaftswachstum einerseits und Verzinsung andererseits, ist selbst unter Beachtung der Restriktionen der Corona-Pandemie eher eine Auf- als eine Abzinsung vorzunehmen.

Wer als Jurist nur mit dem kleinen Einmaleins vertraut ist, dem wird das schon als höhere Mathematik vorkommen. Gerade für die Schweiz ist freilich darauf zu verweisen, dass eine Berechnung mit einem der von STEPHAN WEBER im Rahmen von *Leonardo* bereitgestellten Tools im Handumdrehen gelingen wird. Womöglich wäre es angezeigt, dass die Gerichte ihre unbändige Lust an der Ausbalancierung des Ersatzes für immaterielle Schäden nach den Umständen des Einzelfalles auf eine Bandbreite von 15 bis 20 % des nach der hier vorgeschlagenen Modellrechnung sich ergebenden Wertes beschränken. Der Niederschlag sollte dann aber unter Bezugnahme auf den jeweiligen Umstand, etwa ein ungebührliches Regulierungsverhalten des Haftpflichtversicherers,<sup>93</sup> qualitativ und quantitativ ausgewiesen werden.

## X. Auswirkungen des hier vorgeschlagenen Bemessungsansatzes

Folgt man dem hier vorgeschlagenen Lösungsansatz, würde das zu einer Umverteilung des Genugtuungskuchens zu den (jungen) Schwer(st)verletzten zulasten älterer Schwerverletzter führen. Komapatienten bekämen tendenziell weniger, weil bei diesen die Phase der Eingewöhnung in eine neue Lebensetappe fehlt und zudem ein Abschlag wegen fehlender Schmerzverarbeitung vorzunehmen ist; dass sie typischerweise eine geringere Lebenserwartung haben, kommt noch hinzu. Auch bei geringeren Verletzungen würde tendenziell ein geringerer Ersatz herauskommen. Letzteres liegt ganz auf der Linie der schweizerischen Rechtsprechung, die eine deutlich höhere Erheblichkeitsschwelle ansetzt als die deutsche und österreichische Judikatur. Und die Umverteilung zu den jüngeren Schwer- und Schwerstverletzten ist eine langjährige Forderung des Verkehrsgerichtstages,<sup>94</sup> die bis heute ein frommer,

<sup>90</sup> HUBER, Abfindungsanspruch, 329.

<sup>91</sup> JAEGER, Niedrigzinsphase.

<sup>92</sup> LG Aurich, 2 O 165/12, 23.11.2018, VersR 2019, 887 (JAEGER); bestätigt durch OLG Oldenburg, 5 U 196/18, 18.3.2020, in: MDR 2020, 673.

<sup>93</sup> Dazu PRIBNOW/BENJAMIN, 467 ff.

<sup>94</sup> Empfehlung des Arbeitskreises V des VGT 1996, 11.

aber unerfüllter Wunsch geblieben ist. Das formulierte Modell liefert eine dogmatische Fundierung für die Umsetzung.

Bei Zuerkennung von Schmerzensgeldern ist in Deutschland noch mehr als in Österreich eine grosszügige Rundung zu beobachten. Es soll an dieser Stelle nicht für das Feilschen um Bagatellen plädiert werden; aber die Rundung sollte nicht bereits im sechsstelligen Bereich beginnen unter Hinweis auf eine ominöse Schallgrenze, die bei EUR 600'000 liegen soll.<sup>95</sup> Und auch eine Aussage wie die des OLG München,<sup>96</sup> dass EUR 800'000 gerade so gut vertretbar wären wie EUR 500'000, sollten dann der Vergangenheit angehören. Ein rationaler Bemessungsansatz reduziert auch die Abhängigkeit vom Zufall einer zeitnahen Vorentscheidung des jeweils angerufenen Gerichts. Die restriktivere Interpretation des Art. 107 Abs. 1 lit. a chZPO im Vergleich zu § 92 Abs. 2 S. 2 dZPO und § 43 Abs. 2 öZPO, was in der Schweiz bezüglich des Risikos der richtigen Abschätzung der Höhe der Genugtuung zu einem beträchtlichen Kostenrisiko für den nicht rechtsschutzversicherten Verletzten führt, würde sich bei Beachtung des hier vorgeschlagenen Ansatzes weniger stark auswirken.

Es wird häufig als ein Gebot des Rechtsstaates angesehen, dass für den Bürger Rechtsfolgen berechenbar sind. In besonderer – ja wortwörtlicher – Weise gilt das für Opfer von Unfällen und ärztlichen Kunstfehlern, deren Leben von heute auf morgen auf den Kopf gestellt wurde. Je einfacher die Höhe prognostizierbar ist, umso rascher besteht die Aussicht auf die ihnen gebührende Ersatzleistung. Gerade bei ärztlichen Kunstfehlern dauert – jedenfalls in Deutschland – der Streit um den Grund des Anspruchs mitunter viele Jahre. Der Anspruchsberechtigte ist dann erschöpft und glücklich über das Obsiegen dem Grunde nach, sodass er sich bei Unwägbarkeiten über die Höhe häufig mit dem Spatz in der Hand anstelle der Taube auf dem Dach zufriedengibt. Selbst beim Höchstgericht ist zu beobachten, dass bei schwierigen Fragen zum Grund des Anspruchs die Konzentration bei Fragen zur Höhe des Ersatzes nachlässt.<sup>97</sup>

Was hier vorgeschlagen wird, ist nicht weniger als ein Plädoyer für einen Paradigmenwechsel; und wo sonst, wenn nicht in einem solch prominent herausgegebenen Werk, wo es um den «grossen Wurf» gehen soll, ist so etwas zu platzieren. Es wird die mutige, wenngleich umfassend begründete Behauptung aufgestellt, dass sich dieser Bemessungsansatz auf rationale Argumente stützen kann, mag man sie im Detail vollkommen oder auch nur teilweise gutheissen. Das Präjudiz hat demgegenüber die geringere Legitimationswirkung, dass früher ein Gericht einen so ähnlichen Fall so entschieden hat, wobei sogar offenbleibt, ob das vorangegangene Judiz ein Fehlurteil war und in welchen Aspekten die massgeblichen Umstände überhaupt deckungsgleich sind, wird deren quantitativer Einfluss doch nur ausnahmsweise offengelegt. Abschliessend soll die im Thema aufgeworfene Frage «Bemessung oder (ein bisschen mehr) Berechnung von immateriellen Schäden – was wäre möglich?» beantwortet wer-

<sup>95</sup> OLG Köln, 3 U 49/18, 6.12.2018, in: NJW-RR 2019, 595; 5 U 24/18, 5.12.2018, in: VersR 2019, 697; 5 U 75/14, 10.12.2014, in: MedR 2015, 737 (JAEGER L.); OLG Hamm, 26 U 9/16, 4.12.2018, in: MedR 2019, 609 (BERGMANN/WEVER) unter Bezugnahme auf Entscheidungen, die deutlich älter als 10 Jahre sind, u.a. OLG Hamm, 3 U 156/00, 16.1.2002, in: VersR 2002, 1163.

<sup>96</sup> OLG München, 1 U 2237/17, 23.1.2020, in: VersR 2020, 1191 (JAEGER) = Fachtagung Personenschaden 2020/I, 198 (HUBER CH.).

<sup>97</sup> So prototypisch BGHZ 163, 351, in: NZV 2005, 629: Zuspruch fiktiver Kosten für die behindertengerechte Ausgestaltung des Zweitwohnsitzes in der Schweiz, immerhin in einem Umfang von EUR 378'885.62.



den: Bei Ermittlung der Höhe des immateriellen Schadens ist nicht nur ein bisschen, sondern viel mehr Berechnung möglich.

## **XI. Schlussbemerkung**

Letztlich handelt es sich bloss um eine Handreichung für eine rational nachvollziehbare Entscheidungsfindung, die selbst dann nützlich sein könnte, wenn man an der Präjudizienmethode festhalten wollte. Selbst als Kontroll- oder Plausibilitätsrechnung vermag sie ein Vorjudiz zu bestätigen oder in Frage zu stellen – und damit Quelle für tiefer greifende Überlegungen zu sein. Ob so ketzerische Thesen dem schweizerischen BG gefallen (werden), ist skeptisch zu beurteilen. Der Beitrag wendet sich aber primär an die Herausgeber; und da ist die Hoffnung deutlich grösser, ihnen ein wenig Stoff zum Nachdenken, wenn nicht gar zum Schmunzeln bereitet zu haben. Sollten diese Gedanken wider Erwarten auf fruchtbaren Boden fallen, würde sich hier ein weiterer Anwendungsfall für das Berechnungsprogramm *Leonardo* eröffnen, was kein Kollateralschaden wäre, sondern eine von den Verfassern durchaus erwünschte Nebenfolge.

