

Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht

Herausgegeben von Ministerialrat *Detlef Otto Bönke*, Bundesministerium der Justiz, Berlin – *Dr. Winfried Born*, Rechtsanwalt, Dortmund – *Prof. Dr. med. Wolfgang Eisenmenger*, München – *Dr. Ludwig Gehrmann*, Richter am Oberverwaltungsgericht a. D., Lüneburg – *Dr. Uwe Graeger*, Rechtsanwalt und Notar, Vorsitzender des Rechtsausschusses im Deutschen Verkehrssicherheitsrat, Frankfurt/M. – *Prof. Dr. Reinhard Greger*, Erlangen-Nürnberg – *Peter Hentschel*, Rechtsanwalt, Köln – *Dr. Joachim Jagow*, Ministerialdirigent a. D. im Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Meckenheim – *Horst Janiszewski*, Ministerialrat a. D. im Bundesministerium der Justiz, Remagen – *Jürgen Karl*, Ltd. Polizeidirektor, Schweinfurt – *Dr. Gerhard Küppersbusch*, Rechtsanwalt, München – *Prof. Dr.-Ing. Klaus Langwieder*, Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV), Leiter des Instituts für Fahrzeugsicherheit, München – *Kurt Rüdiger Maatz*, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe – *Prof. Dr. Lutz Meyer-Göfner*, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe – *Wolfgang Vogt*, Rechtsanwalt, Dresden – *Christian Weibrecht*, Regierungsdirektor im Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Bonn – *Wolfgang Wellner*, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe.

NZV

in Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Schriftleitung: *Dr. Winfried Born*, Rechtsanwalt
Saarlandstraße 23, 44139 Dortmund

Heft **4**
Seite 169–224
19. Jahrgang
12. April 2006

Aufsätze

Prof. Dr. Christian Huber, Aachen

Höhe des Schmerzensgeldes und ausländischer Wohnsitz des Verletzten*

A. Einleitung

Es ist mir eine ganz besondere Ehre, auf dem VI. Europäischen Verkehrsrechtstag zu Ihnen sprechen zu dürfen, noch dazu als aller erster. Ich will mein Referat beginnen mit dem Satz: „Fast überall auf der Welt sind wir Ausländer.“ Und im Unterschied zu früheren Jahrhunderten bewegen wir uns auch dorthin.

Die allermeisten von Ihnen kommen von einem anderen Land als Deutschland. Ich freue mich, dass Sie wohlbehalten hier eingetroffen sind. Ich wünsche Ihnen von Herzen, dass Sie auch wieder gesund nach Hause zurückkehren und möglichst viele Impulse von hier mitnehmen mögen. Aber sollte Ihnen, die Sie aus einem anderen Land als Deutschland gekommen sind, bei der Rückreise auf deutschem Hoheitsgebiet bei einem Verkehrsunfall etwas zustoßen, dann sind wir mitten in meinem Thema.

Ganz ausdrücklich möchte ich darauf hinweisen, dass ich hoffe, dass dies nicht zutreffen möge. Nicht alles, worüber man spricht, muss man auch selbst über sich ergehen haben lassen. Das mag nur in der Medizin anders sein. So haben die beiden australischen Mediziner *Barry Marshall* und *Robin Warren* sich zunächst mit dem *Helicobacter*-Virus infiziert, um anschließend nachweisen zu können, dass dieses auch mit einem von ihnen entwickelten Antibiotikum heilbar ist. Vor 10 Tagen wurde ihnen dafür der Nobelpreis verliehen.

Im Privatrecht kann man zwar keinen Nobelpreis erlangen. Dafür ist diese Disziplin eine viel angenehmere Wissenschaft. Wir müssen nicht selbst durch die Hölle gehen und uns eine schwere Körperverletzung zufügen, um über das Ausmaß des Schmerzensgeldes eine Aussage treffen zu können. Es genügt, dass wir uns vorstellen, wie es anderen dabei ergeht, wenn sie Schmerzen erleiden.

Von der einleitenden Metapher will ich aber nun zum konkreten Geschehen überleiten. Mehr denn je unternimmt man heutzutage mit dem eigenen Gefährt Fahrten ins Ausland; und wo gehobelt wird, da fliegen auch Späne. Mit der zunehmenden Mobilität wächst die Zahl der Verkehrsunfälle, bei denen Personen verletzt werden, die nicht im Staat des Unfalls ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort haben¹. Und in vielen Fällen hat für die Folgen ein Schädiger und die hinter ihm stehende Haftpflichtversicherung einzustehen.

Soweit das Haager Straßenverkehrsabkommen anzuwenden ist, gilt grundsätzlich die *lex loci*. Nach deutschem Recht, wo das Haager Straßenverkehrsabkommen nicht ratifiziert wurde, gilt nach Art. 40 EGBGB ebenfalls das Recht des Deliktsorts, sofern nicht Geschädigter und Schädiger ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem gemeinsamen Staat haben². Im Rahmen der Diskussionen über ein Rom-II-Abkommen wird zur Zeit heftig darüber diskutiert, welche Anknüpfung am sachgerechtesten ist³.

* Um Fußnoten ergänzter Vortrag, den der Verf. am 12. 10. 2005 auf dem Europäischen Verkehrsrechtstag in Trier gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

1) Noch vor der EU-Osterweiterung wurden pro Jahr 500 000 EU-Bürger außerhalb ihres Heimatstaates verletzt. So *Sieghöfner*, Internationales Verkehrsunfallrecht (2002) 2; *Splitter*, Besserer Schutz des Verkehrsopters im Inland nach Auslandsunfall, VGT 1998, 131, 132; *Hirsch*, Verkehrsrecht in Europa, DAR 2000, 500, 504. Seither ist ihre Zahl gewiss nicht geringer geworden.

2) BGHZ 93, 214; BGHZ 119, 137.

3) *Leible/Engel*, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung, EuZW 2004, 7 ff.

Darüber wird nach mir Herr Prof. *Staudinger* (Universität Bielefeld) und am Freitag auch noch Frau *Wallis* (Abgeordnete des Europäischen Parlaments) sprechen⁴.

B. Bedeutsamkeit des untersuchten Problems

Solange es kein vereinheitlichtes Schadenersatzrecht gibt und der Schmerzensgeldanspruch nach unterschiedlichen Rechtsordnungen zu beurteilen ist, wird schon um die kollisionsrechtliche Anknüpfung heftig gekämpft, weil ein Anspruch auf Schmerzensgeld in den einzelnen Rechtsordnungen in ganz unterschiedlicher Höhe gegeben ist⁵. Wie stark das Schmerzensgeld von der jeweils nationalen Rechtsordnung abhängig ist, mag ein jüngst vom österreichischen OGH⁶ entschiedener Fall verdeutlichen.

Die mit einem Tschechen verheiratete und in der tschechischen Republik lebende US-Amerikanerin wurde auf tschechischem Hoheitsgebiet bei einem Verkehrsunfall verletzt. Ersatzpflichtig war der gegnerische Lenker, ein Österreicher und die hinter ihm stehende österreichische Kfz-Haftpflichtversicherung. Der Fall war gemäß der *lex loci* nach tschechischem Recht zu beurteilen. Wäre österreichisches Recht anzuwenden gewesen, hätte die Verletzte mehr als 60 × soviel erhalten, nämlich 50 000 bis 60 000 Euro anstelle von tatsächlich nur 900 Euro.

Um die maßgeblichen Relationen ins rechte Licht zu rücken, sei Folgendes ergänzt. Für besonders schwere Verletzungen wird in Deutschland im Vergleich zu Österreich zumindest ein doppelt so hohes Schmerzensgeld zuerkannt. Schließlich gilt es zu bedenken, dass das deutsche Schmerzensgeld lediglich 5 % von dem ausmacht, was die US-Amerikanerin in ihrem Heimatland erhalten hätte⁷. Errechnet man nun die Relation aus zwischen den USA, Deutschland, Österreich und der tschechischen Republik, dann kommt man zu dem Ergebnis, dass die US-Amerikanerin gerade einmal 0,04 % von dem bekommen hat, was sie in ihrer Heimat erhalten hätte. Dass die US-Amerikanerin das eher als Almosen denn als faire Entschädigung empfinden musste⁸, kann man ihr nachempfinden.

Wenn das OLG Wien in einer ganz aktuellen Entscheidung⁹ ausgesprochen hat, dass die Höhe der Schmerzensgeldsätze sich nach dem Reichtum oder der Armut einer Volkswirtschaft richtet, ist das nur ein Teil der Wahrheit. Die Kaufkraftparitäten in den USA und in der tschechischen Republik sind unterschiedlich, aber nicht 2400:1. Hier kommt eine weitere Determinante ins Spiel, nämlich der Stellenwert, der dem Ersatz des ideellen Schadens in der jeweiligen Rechtsordnung beigemessen wird.

Die unterschiedliche Rechtskultur einerseits und die besonders freie Rolle des Tatrichters bei der Bemessung des immateriellen Schadens¹⁰ andererseits werden – nach meiner Prognose – dazu führen, dass selbst lange nach Inkrafttreten eines europäischen Zivilgesetzbuches oder der Schaffung eines angeglichenen europäischen Rechts darum gerungen wird, von welchen Bemessungsdeterminanten die Höhe des Schmerzensgeldes abhängig sein soll. Die Bemühungen des Europäischen Verkehrsrechtstages um eine Vereinheitlichung des Schmerzensgeldes sind dabei eine außerordentlich bedeutsame Initiative, aber eben nur eine Etappe auf dem Weg zu diesem Ziel.

Noch haben wir unterschiedliche Ansätze für die Erfassung der Schmerzen. Aber selbst wenn wir auf diesem Gebiet eine Vereinheitlichung erreicht haben werden, stellt sich – unter anderem – die Frage: Soll für den Umfang des Ersatzes die Kaufkraftparität am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten eine Rolle spielen oder nicht? Insofern ist mein heutiger Vortrag eine Fortsetzung der auf dem 1. Europäischen Verkehrsrechtstag in Angriff genommenen Bemühungen um eine Angleichung des Schmerzensgeldes bei identen Verletzungen. Meine Überlegungen sind kein Gegensatz zum Barème, sondern setzen dort an, wo mit dem Barème nicht mehr das Auslangen gefunden werden kann.

Die Bemühungen um eine Vereinheitlichung des Schmerzensgeldes müssen auch nicht notwendigerweise in einem

nominell gleich hohen Schmerzensgeld münden. Welche Rolle die unterschiedliche Kaufkraftparität für die Höhe des Schmerzensgeldes spielt, soll hier rechtsvergleichend anhand des deutschen, österreichischen und schweizerischen Rechts untersucht werden. Mein Etappenziel ist die Gewinnung einer Aussage, die auch für andere Rechtsordnungen akzeptabel sein könnte. Würde das gelingen, wäre damit ein weiterer Beitrag geleistet, um zu einer zumindest partiell stärkeren Angleichung der Ansätze für die Bemessung des Schmerzensgeldes zu gelangen.

C. Das Schmerzensgeld – etwas Besonderes oder ein Schadensposten im Gesamtgefüge

Der Umstand, dass Personen auch in unseren Tagen im Regelfall bei Straßenverkehrsunfällen – von drittverantwortlichen Schädigern – auf dem Territorium verletzt werden, wo sie ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort haben, ließ dieses Problem bisher als ein peripheres erscheinen. Mit der zunehmenden Mobilität werden sich aber die Sachverhalte häufen, bei denen der Verletzte seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Staat des Unfallortes hat. Es stellt sich dann die Frage, ob die unterschiedliche Kaufkraftparität am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten eine Rolle spielen soll.

Das hängt davon ab, ob das Schmerzensgeld ein geduldeter Fremdkörper, eine exzeptionelle Besonderheit, im Rahmen des schadensrechtlichen Gebäudes darstellt und sich der Umfang nach mehr oder weniger standardisierten Taxen richtet, oder ob sich der Schadensposten Schmerzensgeld harmonisch in das sonstige System des Schadensrechts einfügt.

I. Das Schmerzensgeld als Fremdkörper

Im BGB war bei dessen Inkrafttreten die Skepsis gegenüber der Zuerkennung von Schmerzensgeld weit verbreitet¹¹. Einerseits soll man sich seine Ehre nicht für Geld abkaufen lassen, was ehemals insbesondere die feinen Kreise als unschicklich angesehen haben; andererseits wurde es als gefährlich angesehen, wenn der Richter Beträge zuerkennt, für dessen Bemessung es nur wenig greifbare Anhaltspunkte gibt. Was in Deutschland gedacht und wie dort gefühlt wird, das hat meist auch Auswirkungen auf Österreich und die Schweiz¹². Es führt jedenfalls zu einem Nachdenken, ohne die in der deutschen Rechtsordnung getroffenen Ergebnisse stets mit der sprichwörtlichen „deutschen Gründlichkeit“ zu übernehmen.

4) Zum Inhalt der gesamten Tagung sei verwiesen auf den Bericht auf der Homepage der Europäischen Rechtsakademie unter www.eu-verkehrsrecht.org; unter „Tagungen und Trier VI“ ist der Bericht abgelegt.

5) Für das Schmerzensgeld gilt dies in besonderer Weise, weil dieses dem Verletzten in aller Regel zur Gänze verbleibt, während bei anderen Schadensposten ein Dritter, meist der Arbeitgeber oder ein Sozialversicherungsträger, in Vorlage tritt, sodass der unmittelbar Verletzte gegenüber dem Ersatzpflichtigen nur den durch die Drittleistung nicht gedeckten Teil selbst geltend macht.

6) ZVR 2005/46, 160 (Ch. Huber).

7) So in KG, VersR 2002, 1567.

8) So das Vorbringen der Klin. in der Entscheidung KG, VersR 2002, 1567, die die Höhe des Schmerzensgeldes als Ausdruck einer rückständigen Rechtsordnung, nämlich der deutschen, geißelte, womit sie freilich keine Sympathiewerte einheimste und das deutsche Gericht nicht zu einem höheren Zuspruch bewegen konnte.

9) ZVR 2005/38, 133.

10) So im deutschen Recht die Festsetzung der Höhe nach Billigkeit gemäß § 253 BGB und das dabei bestehende weite tatrichterliche Ermessen bei der Schätzung nach § 287 ZPO. In Österreich finden sich ganz ähnliche Formulierungen unter Bezugnahme auf § 1325 ABGB sowie § 273 ZPO. In der Schweiz hat der Richter durch die Art. 43 und 44 OR bei jeder Art der Festsetzung des Schadensumfangs ein besonders hohes Ausmaß an diskretionärer Gewalt.

11) Dazu umfassend *Walter*, Geschichte des Anspruchs auf Schmerzensgeld – bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches (2004).

12) Dazu nun umfassend, *Büchler*, Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern – Zur Dialektik von Ich und Mein – Vortrag auf der Zivilrechtslehrertagung in Basel am 27. 9. 2005, demnächst in AcP.

Auch in Deutschland hat namentlich nach dem 2. Weltkrieg ein Umdenken stattgefunden. Heute bestehen kaum noch Skrupel, für Ehrverletzungen eine Abgeltung in Geld zu verlangen, im Gegenteil: Die allerfeinsten Kreise haben einen maßgeblichen Beitrag dazu geleistet, dass entgegen dem Wortlaut des § 253 BGB der Ehrenschutz massiv ausgebaut worden ist¹³. Galionsfiguren sind *Soraya*¹⁴, die verstoßene Frau des Schahs von Persien, sowie Frau *Grimaldi*, die nun mit dem Welfenprinzen verheiratete *Caroline von Monaco*¹⁵. Darüber hinaus hat man erkannt, dass der Richter weit mehr ist als ein bloßer Subsumptionsautomat und die Justiz auch anderswo Freiräume für sich in Anspruch nimmt, die sich der historische Gesetzgeber nicht einmal in seinen Alpträumen vorstellen hätte können.

Dennoch bleibt der Schmerzensgeldanspruch im deutschen Recht, mag er nach dem 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz gemäß § 253 II BGB auch bei Vertragsverletzungen und nach der Gefährdungshaftung zustehen, eine isolierte Größe. Sein Umfang orientiert sich dabei in erster Linie nach der Schwere der Verletzung. Alle möglichen sonstigen Umstände können – nach Maßgabe der Billigkeit – auch noch eine Rolle spielen; aber weil es so viele sind, besteht häufig die Gefahr, dass vor lauter Bäumen der Wald nicht mehr gesehen wird¹⁶. Für Österreich ergibt sich ein ähnlicher Befund.

II. Das Schmerzensgeld als Ausprägung des restlichen Kompensationsinteresses des Verletzten

Das Schmerzensgeld lässt sich freilich auch innerhalb der bestehenden Schadensdogmatik sinnvoll systematisch einordnen. Der Geschädigte hat stets ein unterschiedlich weit reichendes Interesse. Entweder geht es ihm darum, dass der reale Zustand, wie er ohne schädigendes Ereignis bestanden hat, nach Möglichkeit wiederhergestellt wird, wobei es für die hier untersuchte Frage gleichgültig ist, ob er sich darum selbst kümmert oder dies – um ein Schlagwort bzw. für manche ein Reizwort zu gebrauchen – im Wege eines Schadensmanagements durch den einstandspflichtigen Haftpflichtversicherer besorgt wird. Oder aber er will im Rahmen des Vermögensschadens bloß die Auffüllung der durch das schädigende Ereignis gerissenen Vermögenslücke bzw. bei einem immateriellen Schaden eine Abgeltung dafür, was man ihm angetan hat.

Bei der Herstellung des realen Zustands geht es um das Restitutions- oder Integritätsinteresse, bei der Auffüllung der Vermögenslücke oder einer Abgeltung von Unlustgefühlen um das Kompensationsinteresse. Beide Schadensposten stehen nicht isoliert nebeneinander. Je stärker der reale Zustand, wie er ohne das schädigende Ereignis bestanden hat, wieder hergestellt und so dem Restitutionsinteresse Rechnung getragen wird, umso geringere Bedeutung hat das Kompensationsinteresse; und umgekehrt: Wenn es nicht zur Restitution kommt, weil diese nicht möglich ist oder der Geschädigte darauf keinen Wert legt, muss das Kompensationsinteresse eine höhere Wertigkeit erlangen. Es ist so ähnlich wie in kommunizierenden Gefäßen.

Da mit der Restitution auch das Vermögensinteresse mit abgegolten wird, ist das Gesamtausmaß dann am höchsten, wenn eine weitgehende Restitution möglich ist und der Geschädigte sich auch für diese entscheidet. Diese Abstufung muss ebenso gelten, wenn es sich um einen Vermögensschaden einerseits und den verbleibenden immateriellen Schaden andererseits handelt. Das Gesamtausmaß des Ersatzes ist hingegen am geringsten, wenn es zu keiner Restitution kommt. Das mag seinen Grund darin haben, dass der Verletzte eine solche nicht will, oder eine solche nicht möglich ist. Dann erreicht zwar die Kompensation den höchsten Wert. Die Gesamtsumme verbleibt aber auf einem Minimum.

Diese Zusammenhänge sind mehr als ein akademisches Glasperlenspiel. Der merkantile Minderwert beim Kfz-Sachschaden und seine Bemessung können auf diese Weise rational erklärt werden¹⁷. Und auch das Schmerzensgeld steht dann nicht isoliert da als ein Fremdkörper im System, sondern als Ausprägung des restlichen Kompensationsinteresses, dessen Höhe nicht isoliert betrachtet wer-

den darf, sondern in Abhängigkeit vom Grad der erreichten Restitution¹⁸.

Diese Sichtweise spricht dafür, das Schmerzensgeld nicht nach ganz eigenen Regeln zu betrachten, sondern dieses so zu behandeln wie einen sonstigen Schadenersatzanspruch¹⁹. Das hat im deutschen Recht folgende Auswirkungen: Auch der Schmerzensgeldanspruch wäre wegen Mitverschuldens linear zu kürzen; die Höhe des Anspruchs wäre nicht vom Grad des Verschuldens des Täters abhängig. Auswirkungen hätte das dann auch auf die hier zu untersuchende Bemessung des Schmerzensgeldes in Abhängigkeit von der Kaufkraftparität am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten.

III. Die Grenzziehung zwischen Restitution und Kompensation

Bei der Frage des Zusammenhangs zwischen einer möglichen Restitution und dem Schmerzensgeld als Ausprägung der restlichen Kompensation ist festzustellen, dass die Bereitschaft der einzelnen Rechtsordnungen, Aufwendungen für eine Restitution zuzubilligen, unterschiedlich weitreichend ausgestaltet ist. An zwei jüngeren Entscheidungen aus Deutschland und Österreich sei das prototypisch dargestellt:

Zunächst zur engherzigen Position des deutschen BGH, prototypisch dargestellt anhand einer vor kurzem ergangenen Entscheidung²⁰: Es kam zu einer Querschnittslähmung durch einen Unfall. Der Verletzte erhielt Schmerzensgeld und darüber hinaus auch die Kosten für die behindertengerechte Adaptierung seines Autos. Jahre später war es möglich, dass ein Motorrad ebenfalls so adaptiert werden konnte, dass der querschnittgelähmte Verletzte damit fahren hätte können. Der Geschädigte, der vor dem Unfall zu seinem Vergnügen mit dem Motorrad gefahren war und das nun trotz seiner schweren Verletzung tun wollte, verlangte die Kosten der entsprechenden Umrüstung. Der BGH versagte sie unter Hinweis darauf, dass seine Mobilität schon durch die Umrüstung des Autos wieder hergestellt und für die Abgeltung bloßer Unlust ihm bereits ein Schmerzensgeld gewährt worden sei.

In einem Fall, den vor kurzem der österreichische OGH²¹ zu beurteilen hatte, ging es um einen Sachverhalt, der mit dem des BGH auf den ersten Blick wenig zu tun haben scheint. Eine 45-jährige Frau war 1,62 m groß und wog 75 kg. Infolge der Trauer über das Ableben ihrer Tochter verlor sie innerhalb eines Jahres – unfreiwillig – 15 kg. Nichts ist im Leben freilich ohne Preis. Nicht nur hatte das eine vorteilhaftere Figur im Mini-Bikini zur Folge. Vielmehr führte das nun nicht mehr so aufgebläse Gesicht dazu, dass Falten zutage traten.

Die Dame war Friseurin, die täglich öfters berufsbedingt in den Spiegel schauen musste. Und da die Kunden sie ständig darauf ansprachen, wie schlecht sie nun aussehe, führte das zu psychischen Beschwerden. Diese nahmen ein derartiges Ausmaß an, dass sie sich zu einer Facelifting-Operation entschloss, deren Kosten sie vom Schädiger ersetzt verlangte. Manche mögen einwenden, dass eine solche Idee eher aus den Fernsehserien „Sex in the City“ oder „Desperate Housewives“ stammen möge und besser nach New York oder San Francisco passen würde. Es hatte sich aber der OGH in Wien damit zu befassen, der diesen

13) Pars pro toto seien genannt BGHZ 26, 349 (Herrenreiter), BVerfG, 34, 269 (Soraya); BGHZ 128, 1 = NJW 1996, 984 (Caroline von Monaco).

14) BVerfG, NJW 1973, 1221.

15) BGH, NJW 1996, 984.

16) AnwKomm/Ch. Huber § 253 Rn 79.

17) Ch. Huber, Der merkantile Minderwert beim Kfz-Sachschaden – ein vernachlässigbarer oder vernachlässigter Schadensposten, FS Weiser (2004) 303, 321 ff.; ders., Der merkantile Minderwert – das Ausmaß des Ersatzes im österreichischen und deutschen Recht, ZVR Sonderheft 2006 (im Druck).

18) Dazu OGH, VersR 1992, 259 sowie den Besprechungsaufsatz Ch. Huber, Umfasst der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Errichtungskosten eines privaten Schwimmbades? VersR 1992, 545 ff.

19) AnwKomm/Ch. Huber § 253 Rn 22.

20) BGH, NZV 2004, 195 = NJW-RR 2004, 671; gegenteilig freilich NJW 2005, 629; s. dazu Ch. Huber, NZV 2005, 620.

21) ZVR 2005/47, 166 (Karner).

Schadensposten unter Verweis auf die Herstellung einer Ersatzlage auch zusprach. Der deutsche BGH hätte in einem solchen Fall wohl eher von Unlustgefühlen gesprochen, die mit dem Schmerzensgeld abgegolten seien.

Ausdruck dieses unterschiedlichen Problemzugangs ist es, dass die Höchstwerte beim Schmerzensgeld in Deutschland deutlich mehr als in Österreich ausmachen²², während bei den Pflegeleistungen im Rahmen vermehrter Bedürfnisse nach der Rechtsprechung des österreichischen OGH²³ viel mehr herauskommt als nach der deutschen Rechtsprechung²⁴. Das ist darauf zurückzuführen, dass der OGH auch manche Bereitschaftszeiten abgilt und eine Abrechnung inklusive aller Steuern und Sozialversicherungsabgaben anerkennt, während der BGH nur die konkreten Verrichtungen entschädigt und ohne Einstellung einer Ersatzkraft den Ersatz auf den Nettobetrag begrenzt.

Das dargestellte beispielhafte Gegensatzpaar zeigt indes deutlich, dass das isolierte Abstellen auf das Schmerzensgeld nicht immer eine brauchbare Antwort gibt, ob eine Rechtsordnung bestimmte Nachteile angemessen entschädigt. Mitunter ist es von Zufälligkeiten, häufiger aber von der Tradition und vom Temperament der Richterinnen und Richter abhängig, innerhalb welcher Anspruchskategorie ein Nachteil abgegolten wird. Strebt man eine Angleichung des Ersatzumfangs an, spricht dies dafür, das Schmerzensgeld möglichst so zu behandeln wie andere Schadensposten auch, bei denen die Kaufkraftparität am Ort des Verletzten Auswirkungen hat auf die Höhe des Ersatzanspruchs, so etwa die Kosten des Facelifting bei einem plastischen Chirurgen in Wien.

D. Worum geht es und worum nicht?

Während die zivilrechtliche Literatur die Bemessung des Schmerzensgeldanspruchs in Abhängigkeit von der Kaufkraftparität am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten – noch – nicht als erörterungsbedürftiges Problem entdeckt hat, mussten sich deutsche, schweizerische und österreichische Gerichte bereits ab und an mit dieser Frage befassen. In allen Entscheidungen ging es letztlich um eine Fragestellung: Soll sich der Umstand auf die Höhe des Schmerzensgeldes auswirken, dass der Verletzte an dem Ort, an dem er im Ausland lebt, mit dem einem Inländer zustehenden Schmerzensgeldbetrag viel mehr – oder viel weniger – anfangen kann als eine Person mit Wohnsitz im Inland?

Dabei ist die Frage der Kaufkraftparität streng zu unterscheiden von der der individuellen Vermögensverhältnisse des Verletzten. Beim Vermögensschaden steht außer Diskussion, dass es einen erheblichen Unterschied macht, ob ein „Armer“ oder ein „Reicher“ verletzt wird. Beim „Reichen“ sind die Heilungskosten der gehobenen Pflegeklasse ersatzfähig, während der „Arme“ auf der Normalstation zum Sozialversicherungstarif behandelt wird. Der „Reiche“ kann sich bei Dauerschäden auf Kosten des Schädigers in ein Sanatorium begeben, während der „Arme“ im Pflegeheim womöglich nur artgerecht gehalten und bloß verhindert wird, dass er abstirbt. Wenn der Verletzte als Zweitwohnsitz ein Schloss hat, dann kostet die behindertengerechte Ausgestaltung um einiges mehr als bei dem, der in einer Mietwohnung sein Dasein fristet²⁵. Der Erwerbsschaden richtet sich von vorneherein nach dem verteilten Einkommen; und das ist naturgemäß bei einem „reichen“ Bankdirektor um einiges höher als bei einem „armen“ Fabrikarbeiter.

Lediglich beim Schmerzensgeld sollen alle gleich sein. Begründet wird dies damit, dass einem „Reichen“ gar nicht genug gezahlt werden könnte, als dass er dies als Kompensation für das zugefügte Leid empfinden könnte, während beim „Armen“ relativ rasch diese Schwelle erreicht sei. Der Schmerz des „Armen“ soll gerade so viel wert sein wie der des Reichen²⁶. Diese Wertung ist eine Sache. Eine davon zu unterscheidende ist, ob man auch

von der Umgebung abstrahieren soll, in der das Schmerzensgeld verausgabt wird oder jedenfalls verausgabt werden könnte. Das ist davon abhängig, welche Funktion man dem Schmerzensgeld beimisst.

E. Die Funktion des Schmerzensgeldes

Völlig außer Streit stehen sollte, dass es sich beim Schmerzensgeld um einen Nachteil in der Sphäre des Verletzten handelt. Überlegungen, dessen Höhe danach auszurichten, welcher Betrag erforderlich ist, um für den Schädiger einen hinreichenden Anreiz zu einem entsprechend sorgfältigen Verhalten zu bieten²⁷, sind abzulehnen. Abgesehen davon, dass man solche Aussagen lediglich im mikroökonomischen Modell – wenn überhaupt – mit der notwendigen Präzision treffen kann, ist der Umfang des Ersatzes nach den Verhältnissen des Geschädigten zu bemessen. Die Präventionsfunktion der Schadenersatzpflicht²⁸ ist ein Reflex der Ausgleichsfunktion, hat aber m. E. grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung. Das muss auch für die Bemessung des Schmerzensgeldes gelten, jedenfalls dann, wenn man dieses grundsätzlich so wie einen sonstigen Schadensposten behandelt.

Im Grunde genommen soll das Schmerzensgeld den Verletzten in die Lage versetzen, dass er sich Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschaffen kann, um auf andere Gedanken zu kommen und sich abzulenken, um nicht wegen der erlittenen Verletzung in Trübsal und Depression zu verfallen. Dass es dabei zu keiner simplen mechanischen Verrechnung von Annehmlichkeit und Schmerz kommt, wie Windscheid sich das einst vorgestellt hat, ist eine Sache. Dieser Bewertungsansatz kann aber eine Hilfe bieten, welche Größenordnung erforderlich ist, dieses Ziel zu erreichen; und zwar sowohl in absoluten Zahlen als auch in der Relation zu den bei anderen Verletzungen zuerkannten Beträgen.

Bei dem hier vertretenen Verständnis ist das Schmerzensgeld der neben den Restitutionsaufwendungen für die Wiederherstellung der körperlichen Integrität erforderliche zusätzliche Betrag, um eine angemessene Abgeltung für die Leiden und Unannehmlichkeiten zu bewirken, die trotz unternommener Heilungsbemühungen und neben den vermehrten Bedürfnissen verbleiben. Der Verletzte kann ja das Leben nicht mehr wie ohne das schädigende Ereignis führen. Er muss sich beruflich neu orientieren und auch seine private Lebensführung umstellen.

Es kann sein, dass er sich umschulen lassen muss und im neuen Beruf nicht nur weniger verdient, sondern damit auch ein geringeres Maß an Selbstverwirklichung verbunden ist. Auch mag er

22) Danzl, Schmerzensgeld im Wandel, Neues zu den Voraussetzungen und zur Höhe des Schmerzensgeldanspruchs, Der Sachverständige 2002, 73, 75 unter Hinweis auf den Höchstzuspruch in Deutschland und Österreich: LG München I, NZV 2001, 263 = NJW-RR 2001, 1246; 1 Mio DM, somit ca. 500 000 Euro; in Österreich LG Linz 23. 1. 2001, 4 Cg 79/99 a: 4 Mio öS, somit ca. 291 000 Euro.

23) OGH, JBl 1999, 121 = ZVR 1999/47; ZVR 2003/79; OLG Linz, ZVR 2001/27. Verwiesen sei darauf, dass der OGH in der neueren E JBl 2005, 120 sogar gegenüber dem Sozialversicherungsträger eine Rente wegen erforderlicher Pflegedienstleistungen von 25 000 Euro pro Monat für angemessen erachtet hat.

24) OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 90; OLG Bremen, NJW-RR 1999, 1115.

25) So jüngst BGH, Urt. v. 12. 7. 2005, VI ZR 83/04, NZV 2005, 629; s. dazu Ch. Huber, NZV 2005, 620.

26) Jaeger/Luckey, Schmerzensgeld² (2005) Rn 913; MüKo⁴/Oetker § 253 Rn 38; Staudinger¹²/Schäfer § 847 Rn 57.

27) So Ott/Schäfer, Schmerzensgeld bei Körperverletzungen, JZ 1990, 563 ff.

28) Dazu nun beeindruckend umfassend Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? Vortrag auf der Zivilrechtslehrertagung in Basel am 27. 9. 2005, demnächst in AcP.

nach einer Beinamputation vermehrt ins Theater und Konzert gehen, weil er das Bergsteigen und Fahrradfahren nicht mehr ausüben kann. Oder sein Zustand ist so, dass er weder beruflich aktiv sein noch Hobbies ausüben kann. Das Schmerzensgeld ermöglicht es ihm womöglich bloß, aber immerhin, dass er Freude daran hat, zusätzliche Geldbeträge seinen Enkelkindern zuzuwenden, die ihn – deshalb – häufiger besuchen und ihm menschliche Zuneigung und Wärme spüren lassen oder auch nur seine Einsamkeit abmildern. Für die Finanzierung solcher Aktivitäten soll das Schmerzensgeld dienen. Die Kosten solcher Alternativbetätigungen, worin immer sie liegen mögen²⁹, hängen in hohem Maße von der Kaufkraftparität am Ort des Verletzten ab.

In vielen Fällen ging es in Deutschland, der Schweiz und Österreich um Verletzungen von Personen aus Staaten mit einem deutlich geringeren Kaufkraftniveau. Würde man solchen Verletzten ein Schmerzensgeld in Höhe von Personen mit einem Wohnsitz im Inland zubilligen, würde man bewirken, dass nicht nur die erlittene Einbuße ausgeglichen, sondern im Extremfall jeweils die gesamte Sippe für Jahrzehnte miternährt wird. Das Schmerzensgeld wäre ein Geschenk des Himmels und ein – insoweit – unverdienter Glücksfall. Umgekehrt wäre der Betrag unzureichend, wenn es sich um einen Verletzten aus einem Staat handelt, dessen Kaufkraftparität bedeutend über der von Deutschland, der Schweiz und Österreich liegt. Derzeit werden dafür nicht allzu viele Staaten in Betracht kommen.

F. Die Rechtsprechung in der Schweiz, Deutschlands und Österreichs

Wie ist die Rechtsprechung in den deutschsprachigen Staaten mit dieser Frage umgegangen? Und wie ist diese Vorgehensweise in der Literatur bewertet worden?

I. Deutschland

Zur hier interessierenden Frage hat sich explizit nur das OLG Köln³⁰ geäußert: Ein in Polen lebender Geschädigter, der sich zu Besuch bei einem Landsmann in Deutschland befand, wurde bei einem Verkehrsunfall in Deutschland verletzt. Sein Schmerzensgeldanspruch wurde von 20 000 DM (ca. 10 000 Euro), die einem in Deutschland lebenden Bürger zustünden, auf 15 000 DM (ca. 7500 Euro) reduziert, weil das Kaufkraftniveau in Polen geringer sei. Damit werde schon dem Umstand Rechnung getragen, dass es manche Güter gebe, die in Deutschland billiger als in Polen seien. Ein weiterer Ansatzpunkt waren die Einkommensverhältnisse, wobei – freilich nur in einem ersten Schritt – darauf abgestellt wurde, welche Relation zwischen den Nettolöhnen von Bauarbeitern bestünde, wobei noch darauf hingewiesen wurde, dass der Verletzte in den letzten 7 Jahren als Direktor einer staatlichen Baufirma mittlerer Größe tätig war.

Bei einem Schmerzensgeldanspruch eines in Deutschland lebenden US-Amerikaners hat das OLG Koblenz³¹ darauf hingewiesen, dass der Verletzte seinen Mittelpunkt in Deutschland habe, weshalb die „hiesigen Wirtschafts- und Kaufkraftverhältnisse“ maßgeblich seien. Daraus könnte man immerhin den Schluss ziehen, dass das Gericht es für maßgeblich angesehen hätte, wenn der Verletzte seinen Wohnsitz anderswo, etwa in den USA, gehabt hätte.

Einen Anklang in diese Richtung ergibt sich auch aus einer Entscheidung des OLG Frankfurt³², das den Betrag von 400 000 DM, also ca. 200 000 Euro, an Schmerzensgeld bei einer 24-jährigen Verletzten unter anderem mit dem – hohen – Preisniveau im Raum Frankfurt absicherte. Das LG München I³³ hat in ähnlicher Weise mit den Immobilienpreisen im Großraum München argumentiert.

Schließlich hatten deutsche Gerichte³⁴ nach der Wende 1989 Schmerzensgeldansprüche bei Sachverhalten, die sich vor der Inkraftsetzung des BGB in den neuen Bundesländern ereignet hatten, nach § 338 III ZGB-DDR zu beurteilen. Die nach DDR-Recht dafür gebührenden Beträge wurden zwar grundsätzlich beibehalten; freilich wurde eine moderate Anhebung vorgenommen unter Hinweis darauf, dass damit den gestiegenen Lebenshaltungskosten im Beitrittsgebiet Rechnung zu tragen sei.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, dass besonders gute Einkommens- oder Vermögensverhältnisse bei der Bemessung des Schmerzensgeldes sich nicht anspruchserhöhend auswirken. Das hat bereits das RG³⁵ ausgesprochen; und in letzter Zeit ist das

auch vom OLG Schleswig³⁶ bestätigt worden, das dafür auf die gleiche Würde eines jeden Menschen und dem für alle gleichen Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit verwiesen hat³⁷.

In der Literatur finden diese Entscheidungen eine unterschiedliche Beurteilung. Der Umstand, dass der „reiche“ Verletzte auch nicht mehr bekommt als der „arme“, wird vereinzelt³⁸ für unzutreffend gehalten, weil 1000 Euro Genugtuung für einen Reichen nicht ins Gewicht fielen, während sie für den Armen ein kleines Vermögen seien. Die Genugtuungskomponente spielt aber eine zunehmend geringere Rolle, sodass jedenfalls dieses Argument m. E. wenig überzeugungskräftig ist³⁹.

Manche Autoren⁴⁰ differenzieren nicht zwischen den individuellen Vermögensverhältnissen des Verletzten und der Kaufkraftparität seiner Umgebung und lehnen jegliche Berücksichtigung pauschal ab; andere begnügen sich mit der Wiedergabe der Rechtsprechung⁴¹.

II. Österreich

Für das österreichische Recht ergibt sich ein ähnlicher Befund. Um gegen den Vorwurf der Klassenjustiz gefeit zu sein, lehnt es die Judikatur ab, die individuellen Vermögensverhältnisse als Bemessungsfaktor für die Höhe des Schmerzensgeldes anzusehen⁴². In jüngerer Zeit wurde diese Rechtsprechung beim Ersatz des immateriellen Schadens bei Freiheitsverletzungen bekräftigt und ausgesprochen, dass bei diesen nichts anderes gelte als bei Körperverletzungen und Gesundheitsbeeinträchtigungen⁴³.

Die einzige OGH-Entscheidung⁴⁴, in der der Umstand der Kaufkraftparität eine Rolle gespielt hat, hat bei Verletzung eines deutschen Staatsbürgers zudem ausgesprochen, dass es auf die gegenüber Österreich unterschiedlich hohe Kaufkraftparität in Deutschland nicht ankomme. Auch wenn Danzl⁴⁵ letzteren Aspekt explizit nicht anspricht, bemüht er sich, die herrschende Rechtsprechung unter Hinweis auf Empfehlungen des Europarats, und zwar dessen Entschließung (75) 7 vom 14. 3. 1975, abzusichern. Danach soll das Schmerzensgeld ohne Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse des Verletzten zu bemessen sein und dieses ungeachtet der wirtschaftlichen Lage des Geschädigten gleich hoch ausfallen.

Die österreichische Literatur hat das Problem entweder noch nicht wahrgenommen oder bezieht die Gegenposition. Reischauer⁴⁶, der von einem prononciert subjektiven Schadens-

29) Zu Recht skeptisch in Bezug auf die Bindung des Schmerzensgeldes an die Anschaffung bestimmter Gebrauchsgüter Geigel/Pardey, Der Haftpflichtprozess²⁴ (2004) Kap. 7 Rn 39. Fragwürdig insoweit auch LG München I, NZV 2001, 263 = NJW-RR 2001, 1246, das die Anhebung des Schmerzensgeldes auf den bisherigen Höchstanspruch von 1 Mio DM (ca. 500 000 Euro) damit begründete, dass dies der Wertsteigerung eines Einfamilienhauses im Großraum München seit der letzten einschlägigen Entscheidung entspreche.

30) OLG Köln, zfs 1994, 47.

31) OLG Koblenz, NJW-RR 2002, 1030.

32) OLG Frankfurt, OLGR 1994, 29.

33) NZV 2001, 263 = NJW-RR 2001, 1246 hat sogar noch konkreter auf die Preise eines Einfamilienhauses im Großraum München abgestellt.

34) BGH, NJW 1993, 2531; OLG Brandenburg, VersR 1998, 593.

35) RG JW 1925, 2599 (v. Blume).

36) OLG Schleswig, NJW-RR 1990, 470.

37) Zustimmend Geigel/Pardey, Der Haftpflichtprozess Kap. 7 Rn 39.

38) E. Schneider, Berichte über juristische Neuerscheinungen auf dem Büchermarkt aus der Sicht des anwaltlichen Praktikers, ZAP 2004, Beilage zu ZAP 2004, 7.

39) Kritisch auch Jaeger/Luckey, Schmerzensgeld Rn 915.

40) Jaeger/Luckey, Schmerzensgeld Rn 922; Wussow/Kürschner, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵ (2002) Kap. 54 Rn 25.

41) Geigel/Pardey, Der Haftpflichtprozess Kap. 7 Rn 39; Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden⁸ (2004) Rn 467; Jahnke, in: van Bühren (Hrsg.), Anwaltshandbuch Verkehrsrecht (2003) Teil 4 Rn 219.

42) Danzl, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld⁸ (2003) 83 mit Nachweisen aus der Judikatur.

43) OGH, JBl 1988, 46; SZ 62/176; SZ 63/223 = JBl 1992, 49; Harter in Schwimann, ABGB² § 1329 Rn 7; Danzl, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld 253.

44) OGH, SZ 44/186 = EvBl 1972/172 = ZVR 1973/36.

45) Danzl, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld 83 f.

46) Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1325 Rn 47.

begriff ausgeht, postuliert folgerichtig, dass es entgegen der OGH-Entscheidung SZ 44/186 auf die Kaufkraft der ausländischen Währung sehr wohl ankomme. Selbst *Kozio*⁴⁷, ein Verfechter einer objektiv-abstrakten Schadensberechnung, plädiert für die Berücksichtigung subjektiver Elemente⁴⁸. Dass das Schmerzensgeld für Arm und Reich gleich bemessen werden müsse, hält er für wenig überzeugend. Die gleiche Bemessung lasse sich lediglich mit der fehlenden Messbarkeit begründen. Darüber hinaus weist er bei Auslotung der Harmonisierungsmöglichkeiten in Europa darauf hin, dass dabei die unterschiedliche Kauf- und Wirtschaftskraft der einzelnen EU-Länder zu berücksichtigen sei⁴⁹.

*Danzl*⁵⁰ erwähnt, dass bei der Bemessung der Tagessätze im Rahmen des Schmerzensgeldes einst eine unterschiedliche Rechtsprechung bei den einzelnen Oberlandesgerichten geherrscht habe. Seit die Russen 1955 das Land verlassen haben, ist aber die Enns⁵¹ keine Wohlstandsgrenze mehr, weshalb diese Rechtsprechung heute obsolet ist.

III. Schweiz

Die größte Sensibilität für das hier untersuchte Problem besteht – wegen des größten Wohlstands? – in der Schweiz. Dort hat die Rechtsprechung ausgesprochen, dass das Schmerzensgeld grundsätzlich nach dem am Gerichtsstand geltenden Recht zu bemessen ist. Und wenn Juristen grundsätzlich sagen, sind zumeist die Ausnahmen das Interessante. Dabei hat die Rechtsprechung eine 180-gradige Kehrtwendung innerhalb eines Zeitraum von 18 Monaten vollzogen. Während in der Entscheidung vom 14. 7. 1995⁵² dieser Grundsatz noch lupenrein angewendet wurde, verfuhr das schweizerische BG in den Entscheidungen vom 10. 1. 1997⁵³ und vom 6. 12. 1999⁵⁴ gerade gegenteilig.

Jeweils ging es um kriminelle Straftaten, in dessen Gefolge Schmerzensgeldansprüche zu beurteilen waren. Dass es dabei um Ansprüche der Hinterbliebenen nach einer Tötung ging, denen im deutschen Recht kein Anspruch und im österreichischen Recht ein solcher nur bei grober Fahrlässigkeit des Täters zusteht⁵⁵, wobei in der jüngsten Entscheidung nach dem insoweit beeindruckend weit ausgebauten Sozialsystem sogar die öffentliche Hand für den Schmerzensgeldanspruch gegen den flüchtigen Täter in Vorlage zu treten hatte, spielt für das hier untersuchte Problem keine Rolle.

In der Entscheidung vom 14. 7. 1995⁵⁶ hat der Ehemann den Nebenbuhler in flagranti erwischt und – ohne lange zu fackeln – mit einem Schuss in die ewigen Jagdgründe befördert. Dass die Angehörigen des Getöteten im Kosovo lebten, wo die Lebenshaltungskosten wesentlich geringer sind als in der Schweiz, wurde ausdrücklich für unbeachtlich angesehen. Denn sonst müsste man ja auch zwischen Stadt und Land differenzieren. Auch wenn das so nicht ausgesprochen wurde, klingt der Satz durch: Wo kämen wir denn da hin? Auch die Niederlassungsfreiheit würde dadurch beeinträchtigt! Gemeint ist, dass der Verletzte Gefahr lief, einen Teil des Schadenersatzes zu verlieren, wenn er sich außerhalb der Schweiz in einem Land mit niedrigerer Kaufkraftparität niederließe. Womöglich müsse er dann einen Teil der Genugtuung – so die Bezeichnung des ideellen Schadens in der Schweiz –, den ein in der Schweiz wohnhafter Bürger verlangen könne, zurückzahlen oder er müsse von vorneherein eine Kürzung hinnehmen.

In der Entscheidung vom 10. 1. 1997⁵⁷ tötete der Ehemann seine chinesische Ehefrau, zersstückelte den Leichnam und entsorgte die Teile in Abfallsäcken. Die Eltern der Getöteten lebten in China, wo sich die Kaufkraftparität zu der der Schweiz wie 1:20 verhält. Ermittelt wurde das Verhältnis durch Vergleich des Monatslohns eines Angestellten in einer gut gehenden Fabrik. Das Festhalten am Bemessungsansatz der Schweiz in einem solchen Fall, in dem die Anspruchsberechtigten niemals Schweizer Boden betreten und sich hier auch weder jemals aufgehalten hatten noch solches beabsichtigen, wurde als „stoßendes Ergebnis“ angesehen. Der Zweck sei es, dass der Anspruchsberechtigte sich mit dem Schmerzensgeld etwas leisten könne, was ihn erfreue, womit er vielleicht den erlittenen Schmerz vergessen können, nicht jedoch, für die Hinterbliebenen eine unverhoffte Herbeiführung eines finanziellen Wohlstandes zu bewirken.

Die Entscheidung vom 6. 12. 1999⁵⁸ gab dem schweizerischen BG die Möglichkeit, die in der Vorentscheidung eingenommene

Position zu bestätigen, diese aber doch in gewisser Weise abzumildern. Wiederum ging es um einen Mord und das Angehörigenschmerzensgeld von Hinterbliebenen, die ihren ständigen Aufenthalt in der Vojvodina (im ehemaligen Jugoslawien) hatten. Es entspann sich ein Streit, welche Kaufkraftunterschiede zwischen dem Ort in der Vojvodina, in dem die Hinterbliebenen lebten, und der Schweiz bestehen. Einerseits wurde auf den Durchschnittslohn einer unqualifizierten Arbeitskraft abgestellt, andererseits wurde darauf hingewiesen, dass es in der Vojvodina – anders als in der Schweiz – Verdienstmöglichkeiten außerhalb des der Lohnsteuer- und Sozialversicherungspflicht unterliegenden Erwerbseinkommens gebe. Außerdem wurde ins Treffen geführt, dass die Kinder in der Schweiz bis zum 7. bzw. 9. Lebensjahr aufgewachsen seien, womöglich später einmal zur Ausbildung in die Schweiz kommen könnten und auch deren Großmutter in der Schweiz lebe. Das schweizerische BG ließ sich auf keine Rechenoperationen ein, sondern machte halbe, halbe. Es kürzte den Anspruch, der einem Schweizer in Höhe von 35 000 Franken (ca. 24 000 Euro) zugestanden wäre, auf 17 500 Franken (12 000 Euro).

Während *Schwyder*⁵⁹ die neuere Rechtsprechung im Jahr 2003 noch nicht wahrgenommen hat und unter Berufung auf BGE 121 III 252, 255 und ohne Zitierung der neueren gegenteiligen Rechtsprechung ausführt, dass für die Bemessung der Genugtuung nicht auf die konkreten Lebenshaltungskosten der berechtigten Person abzustellen sei, unabhängig davon, ob sie im Inland oder Ausland lebe, billigt *Roberto*⁶⁰ die Rechtsprechungsänderung und stellt die – m. E. berechnete – Frage, warum nicht auch eine 3- bis 4-fach tiefere Kaufkraftparität beachtlich sein sollte⁶¹.

G. Eine davon zu unterscheidende Frage: Gefühl des Verletzten, in unzureichendem Maße entschädigt worden zu sein

Von der Frage der Kaufkraftparität zu unterscheiden⁶² ist das Unbehagen bestimmter ausländischer Verletzter, durch die Schmerzensgeldzahlung nach den Standards der Rechtsordnung, die der Geschädigte entsprechend seiner Staatsbürgerschaft als Maßstab nimmt, unzureichend entschädigt worden zu sein. Solche Phänomene treten prototypisch bei Unfallverletzungen von US-Amerikanern auf, die ihren Wohnsitz im deutschsprachigen Raum haben. Diese empfinden die Schmerzensgeldhöhe als bloßes „Almosen“⁶³.

In einer Entscheidung des KG⁶⁴ hat die Kl. darauf verwiesen, dass sie als Minimum 150 000 DM (75 000 Euro) verlange, was gerade einmal 5% des Betrags ausmache, der ihr nach der Rechtsprechung der USA zustehe. Ganz ähnlich argumentierte der Kl. in der Entscheidung des OLG Koblenz⁶⁵. Er verlangte eine Erhöhung des Schmerzensgeldes, damit ihm das Gefühl erspart bleibe, durch ein

47) Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) 11/22, S. 361.

48) So schon *Kozio*, Haftpflichtrecht II² (1984) 140 unter Einbeziehung der wirtschaftlichen Verhältnisse.

49) *Karner/Kozio*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, Verhandlungen des 15. Österreichischen Juristentags (2003) 137.

50) *Danzl*, in: *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld 90; dazu im einzelnen *Brüller*, Wohlstandsgefälle bei der Schmerzensgeldbemessung, Verkehrsjurist des ARBÖ 1972/5, 11, 12.

51) Dieser Fluss trennte die russische von der amerikanischen Besatzungszone.

52) Schweizerisches BG, BGE 121 III 252.

53) Schweizerisches BG, BGE 123 III 10.

54) Schweizerisches BG, BGE 125 II 554.

55) OGH, ZVR 2001/73 (*Karner*).

56) Schweizerisches BG, BGE 121 III 252.

57) Schweizerisches BG, BGE 123 III 10.

58) Schweizerisches BG, BGE 125 II 554.

59) In Baseler Kommentar I³ (2003) Art. 47 Rn. 22.

60) Schweizerisches Haftpflichtrecht (2002) Rn 925, S. 267.

61) Noch weitergehend *BernerKomm²/Brehm* Art 47 Rn 11 b.

62) Diese Problematik aber in einem Atemzug behandelnd *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld Rn 920 f.

63) So wörtlich die Kl. in der Entscheidung KG, VersR 2002, 1567.

64) KG, VersR 2002, 1567.

65) OLG Koblenz, NJW-RR 2002, 1030.

„rückständiges Rechtssystem“ benachteiligt zu werden. In dieser Entscheidung hat das OLG aber m. E. völlig zutreffend darauf hingewiesen, dass es darauf nicht ankomme. Darüber hinaus sei ins Kalkül zu ziehen, dass letztlich nur bedeutsam sei, was dem Verletzten „netto“ verbleibe. Zu berücksichtigen sei nämlich, dass nach US-amerikanischem Recht ein beträchtlicher Teil des erstritten Betrags als Honorar an den klägerischen Anwalt weitergeleitet werde, während nach deutschem Recht die Anwaltskosten bei einem Obsiegen im Prozess zusätzlich verlangt werden könnten, sodass der zuerkannte Betrag dem Verletzten zur Gänze verbleibe.

H. Schlussfolgerungen

Es ist zwischen den individuellen Vermögensverhältnissen und der Kaufkraftparität am gewöhnlichen Wohnsitz des Verletzten zu unterscheiden. Selbst wenn man die Vermögensverhältnisse des Verletzten für unbeachtlich hält, gilt für die Kaufkraftparität etwas anderes. Mögen für die Objektivierung der Überwindung von Schmerzen auch keine zureichend objektiven Anhaltspunkte gegeben sein, die unterschiedliche Kaufkraftparität lässt sich durchaus messen. Jedenfalls, wenn diese von der des Inlands ganz gravierend abweicht, hat eine Korrektur – nach unten wie auch nach oben – zu erfolgen⁶⁶.

Entsprechend dem Charakter des Schmerzensgeldes als eines Schadenspostens, der die anderen auf Ausgleich des Vermögensschadens gerichteten Ansprüche ergänzt, bei denen die Vermögensverhältnisse des Verletzten häufig eine wichtige Rolle spielen, ist dies m. E. nicht erst dann der Fall, wenn die Kaufkraftparitäten um einige 100% auseinanderklaffen⁶⁷. Nach den Vorgaben des subjektiven Schadensbegriffs sollte dafür schon eine viel geringere Schwelle genügen. Auch signifikante Unterschiede zwischen den Lebensverhältnissen in einer Großstadt oder auf dem Land oder zwischen einzelnen Regionen – Wohlstandinseln und Notstandsgebiete⁶⁸ – wären m. E. wie auch beim Vermögensschaden berücksichtigungswürdig⁶⁹. Jedenfalls bei einer Relation von 1:2 sollte eine Korrektur vorgenommen werden. Für diese frei gegriffene Grenze könnte man immerhin ins Treffen führen, dass schon die alten Römer einen Vertrag wegen *laesio enormis* für unwirksam hielten, wenn Leistung und Gegenleistung um mehr als 1:2 auseinanderklaffen.

Es ist freilich einzuräumen, dass sich bei Berücksichtigung dieses Umstands die Frage des Wertmaßstabes stellt. Das Durchschnittseinkommen ist dabei ein erster grober Anhaltspunkt, wobei freilich zu bedenken ist, dass in hoch entwickelten Staaten fast jedes Erwerbseinkommen von der Einkommens- bzw. Lohnsteuer- und Sozialversicherungspflicht erfasst ist, ohne dass die Schattenwirtschaft⁷⁰ unterschätzt werden soll, während in anderen Staaten für das Erwerbseinkommen auch andere Möglichkeiten bestehen und der Anteil der Eigenversorgung eine viel bedeutendere Rolle spielt. Ein passenderer Indikator als das Durchschnittseinkommen ist aber ohnehin die Kaufkraftparität, also mit welchem Betrag der Lebensunterhalt bestritten werden kann.

Urlaubsländer werden etwa häufig danach beurteilt, was man sich für einen bestimmten Betrag wo leisten kann. Man ermittelt Indices, die gegenüber dem Inland über oder unter 1,0 liegen. Dass Waschmaschinen, Kraftfahrzeuge und Computer in unterentwickelten Staaten mehr kosten als in Industrieländern, spielt dabei m. E. – entgegen der Ansicht des OLG Köln⁷¹ – keine Rolle, weil das typischerweise nicht die Güter sind, die der Verletzte für die Kompensation seiner Unlustgefühle in Anspruch nimmt. Auch das alleinige Abstellen auf die Wert-(steigerung) bei Immobilien⁷² ist keine angemessene Bezugnahme.

Die Berücksichtigung der Kaufkraftparität bringt es mit sich, dass sich die Frage stellt, ob bei der Bemessung darauf Bedacht zu nehmen ist, dass der Verletzte womöglich später seinen Wohnsitz wechselt, wodurch eine Änderung der Bemessungsgrundlage eintreten könnte. In der Entscheidung BGE 125 II 554 hat das

schweizerische BG das für maßgeblich erachtet. In diesem Fall hätte eine solche Einbeziehung m. E. freilich unterbleiben können, weil das Trauerschmerzensgeld dazu dient, den Kummer der jugendlichen Kinder über den Tod der Mutter in relativ kurzer Zeit zu überwinden und wieder auf andere Gedanken zu kommen. In dieser Phase lebten die Kinder aber in der Vojvodina, sodass es nicht maßgeblich war, dass sie bis zu ihrem 7. bzw. 9. Jahr in der Schweiz aufgewachsen sind oder ob sie später einmal womöglich in der Schweiz studieren bzw. arbeiten; und noch weniger, dass ihre Großmutter in der Schweiz lebt.

Bei einer Körperverletzung, die zu einem Dauerschaden des Anspruchsberechtigten geführt hat, ist indes eine andere Wertung geboten. Zu bedenken ist allerdings, dass das als Kapitalbetrag gezahlte Schmerzensgeld eine endgültige Abfindung darstellt. Bei einer Schmerzensgeldrente könnte demgegenüber nach deutschem Recht nach § 323 ZPO eine Anpassung bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse begehrt werden. Die (deutsche) Rechtsprechung ist diesbezüglich aber außerordentlich zurückhaltend⁷³. Eine solche Änderung des Wohnsitzes und der damit verbundenen Kaufkraftparität könnte aber gerade bedeutsam sein, um bei einer Änderung die Schwelle der Wesentlichkeit zu erreichen. Das ganz entsprechende Problem stellt sich bei jedem Vermögensschaden, seien es nun die Heilungskosten, die vermehrten Bedürfnisse oder der Erwerbsschaden⁷⁴.

Nach der hier vertretenen Ansicht soll das Schmerzensgeld nicht ein Fremdkörper im schadensrechtlichen Gebäude sein, sondern ein notwendiger Bestandteil. Bei Einbeziehung der Kaufkraftparität, wie sie am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten gegeben ist, in die Schmerzensgeldbemessung wird der Unterschied zu den vermehrten Bedürfnissen vermindert, weil der Umstand, mit welchen Kosten ein bestimmter Bedarf zu decken ist, dort selbstverständlich zu berücksichtigen ist. Die hier getroffenen Aussagen gelten für die Rechtsordnungen von Deutschland, Österreich und der Schweiz. Sie sollten aber verallgemeinerungsfähig auch für all die Rechtsordnungen sein, in denen das Schmerzensgeld ein eigener Schadensposten ist und ihm eine vergleichbare Funktion zukommt.

Damit bleibt unangetastet die nationalstaatlich unterschiedliche Erfassung eines Nachteils bei der einen oder anderen Schadenskategorie ebenso wie die jeweils absolute Schadenshöhe für eine Einbuße. Desgleichen die Prämisse, dass der Schmerz des besser Verdienenden der Rechtsordnung nicht mehr wert sein soll als der des Armen. Es geht allein um die Adjustierung des Schmerzensgeldes nach der Kaufkraftparität am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten. Dies führt dazu, dass das Schmerzensgeld seine genuine Aufgabe jeweils besser wahrnehmen kann. Darin besteht mein Plädoyer, aber auch nicht mehr.

66) So das schweizerische BG, BGE 123 III 10.

67) Zurückhaltend insofern noch Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht Rn 925, S. 267, der freilich schon weiter geht als der schweizerische BGH.

68) So z. B. in Deutschland die auch heute noch bestehenden Unterschiede zwischen den alten und neuen Bundesländern, in Österreich das Ost-West-Gefälle.

69) Ebenso BernerKomm/Brehm Art. 47 Rn 11 b.

70) Diese umfasst legale Aktivitäten wie Haushaltsdienstleistungen, Do-it-yourself-Aktivitäten und echte Nachbarschaftshilfe ebenso wie Schwarzarbeit.

71) OLG Köln, zfs 1994, 47.

72) So LG München I, NZV 2001, 263 = NJW-RR 2001, 1246.

73) OLG Nürnberg, VersR 1992, 623; LG Hannover, NJW-RR 2002, 1253 = zfs 2002, 430 (Diehl); kritisch dazu AnwKomm/Ch. Huber § 253 Rn 120.

74) Zu einem solchen BGHZ 74, 221 = NJW 1979, 1403: Prognose, ob ein Gasterbeiter ohne Verletzung in sein Heimatland zurückgekehrt oder in Deutschland geblieben wäre. Dazu ausführlich Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden Rn 464 ff.