

Die Entschädigungshöhe des Schmerzen(-s)geldes in Deutschland und Österreich im Vergleich zur Genugtuung in der Schweiz

Zugleich ergänzende rechtsvergleichende Überlegungen zum Forum «Genugtuung – wie viel ist genug?», HAVE 2015, 193 ff.

Christian Huber*

Der Beitrag vergleicht die Entschädigung für Schmerzensgeld in Deutschland und Österreich mit den Leistungen, die in der Schweiz für Genugtuung ausgerichtet werden. Dabei werden die Tatbestände untersucht, die zu einer Genugtuung führen, die Bemessungskriterien kritisch gewürdigt und auch die Leistungen für den materiellen Personenschaden in die Vergleichsbetrachtung einbezogen. Obwohl dem schweizerischen Recht eine nach Genugtuungsgründen und Umfang des Vermögensschadens (insbesondere des Haushalt- und Pflegeschadens) deutlich bessere Positionierung attestiert wird, erachtet der Autor das Entschädigungsniveau für die Genugtuung für zu gering und postuliert eine moderate Anhebung.

La contribution illustre l'indemnisation du préjudice moral en Allemagne et en Autriche à l'aune des prestations versées à ce titre en Suisse. Elle examine les états de fait qui justifient une indemnité de tort moral, procède à une appréciation critique des critères d'évaluation, englobe dans la comparaison les prestations matérielles versées en cas de dommages corporels. Bien que l'on reconnait en faveur du droit suisse une position sensiblement meilleure en ce qui concerne les motifs qui justifient le tort moral et l'ampleur des dommages patrimoniaux (en particulier en ce qui concerne le préjudice ménager et le préjudice d'assistance), l'auteur considère que le niveau d'indemnisation du tort moral est trop faible et plaide en faveur d'une augmentation modérée.

A. Einführung

Eine *Umrechnung* von «Schmerzen in Geld» ist rational kaum möglich. Auch die ökonomische Analyse ist insoweit nur begrenzt hilfreich.¹ Selbst über eine Befragung ermittelte Werte dürften an Grenzen stossen, weil kein Mensch bereit sein wird, um alle Schätze dieser Welt den Rest seines Lebens als «Krüppel» verbringen zu wollen.²

Wie viel in einer Rechtsordnung für vom Schädiger zu verantwortende immaterielle Nachteile zu zahlen sein soll, ist in den einzelnen Rechtsordnungen stark unterschiedlich. Die *romanischen* Rechtsordnungen neigen dazu, dem *Gefühl* und der *Familie* einen hohen Stellenwert einzuräumen,³ die *germa-*

nischen Rechtsordnungen,⁴ allen voran das Pinke-Pinke-Land Deutschland, sind akribischer bei der Wahrnehmung *vermögenswerter Nachteile*, wobei namentlich in Deutschland der Vermögensnachteil beim Kfz-Blech grosszügiger entschädigt wird als der Blutzoll.⁵ Die Schweiz steht – wie in so vielen Belangen – im Schnittpunkt solcher Einflüsse. Der deutschsprachigen Mehrheitsbevölkerung stehen die Minderheiten französischer, italienischer und rätoromanischer Zunge zur Seite. Kommt es dadurch zu einer «Meistbegünstigung» oder «Minimalentschädigung»? Dominiert der eine oder der

* Prof. Dr., Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der Rheinisch-westfälischen Technischen Hochschule Aachen.

¹ Zu den Versuchen OTT/SCHÄFER, Schmerzensgeld bei Körperverletzungen – Eine ökonomische Analyse, JZ 1990, 583 ff.

² Zu dieser Methode LANDOLT, Volkswirtschaftliche Betrachtungsweise – ökonomisch orientierte Festlegung des Genugtuungsbeitrags?, HAVE 2015, 204 f.

³ So WENTER (Städtiroler Anwalt in Bozen), Der Anspruch von Unfallopfern im italienischen Schadensrecht, VGT 2012, 31, 35 f. = zfs

2012, 243, 246. Instruktiv auch VISMARA, Ersatzleistung für Personenschäden in Europa im Vergleich, Phi 2013, 138 ff., woraus sich ergibt, dass der Immaterialschaden gerade in Italien im Vergleich zu Deutschland und England überproportional hoch ist.

⁴ Zum Schmerzensgeld in Deutschland umfassend JAEGER/LUCKEY, Schmerzensgeld⁷ (2014); zum österreichischen Recht DANZI/GUTIERREZ-LOBOS/MÜLLER, Das Schmerzensgeld¹⁰ (2013); diese beiden Werke sind ähnlich umfassend wie HÜTTE/LANDOLT, Genugtuungsrecht I und II (2013).

⁵ Dazu CH. HUBER, Über den Stellenwert von Blech und Blut im deutschen Schadensrecht – Akzentverschiebungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, FS-Jaeger (2014) 309 ff.

andere Einfluss oder gibt es gar eine *genuine Symbiose à la suisse*,⁶ die sich herausgebildet hat?

Die folgenden Betrachtungen bemühen sich um eine Gegenüberstellung des *Schmerzensgeldniveaus* der Schweiz mit Deutschland und Österreich. Um einen «*fairen Vergleich*» anstellen zu können, soll zuvor die Funktion der immateriellen Entschädigung – in Deutschland und Österreich als *Schmerzen(-s)geld*, in der Schweiz als *Genugtuung* bezeichnet – im Verhältnis zum *Vermögenspersonenschaden* ausgelotet werden. Untersucht wird, für welche Einbussen immaterieller Natur die Rechtsordnung eine Entschädigung vorsieht; und nach welchen Determinanten sie die Entschädigung bemisst. Betrachtet wird, wo die Höchstbeträge liegen und wo die Bagatellschwelle verläuft. Abschliessend wird eine kurze Würdigung versucht.

B. Das Verhältnis von Vermögenspersonenschaden und Schmerzensgeld bzw. Genugtuung

Wird eine Person verletzt, ist das im Regelfall auch mit *Schmerzen und Unlust* verbunden.⁷ Jedenfalls kann sie ihr Leben in dieser Phase nicht so gestalten wie ohne Verletzung. Gelingt im Rahmen der Heilung eine *vollständige Wiederherstellung*, ist mit diesem Zeitpunkt der Endpunkt der Bemessung der immateriellen Entschädigung erreicht. Bei einem *Dauerschaden verbleiben* indes Defizite, mitunter aggravieren sich diese sogar. Wenn ein Endzustand feststeht, hat entsprechend dem Prinzip der Globalbemessung die Festlegung eines Gesamtbetrags auch für die Zukunft zu erfolgen, sofern die Schadensfolgen einigermaßen vorhersehbar sind. Eine generelle Aussage wird man in diesem Zusammenhang treffen können: Je rascher und weiter gehend eine (zumindest partielle) Heilung gelingt, umso geringer sind die Schmerzen und sonstigen Unlustgefühle; umso mässiger kann das Schmerzensgeld bzw. die Genugtuung ausfallen – und vice versa.

Gelingt keine vollständige Heilung, gibt es meist immerhin Massnahmen, die zur *Schaffung einer Ersatzlage*⁸ führen, einer Annäherung an den Zustand,

wie er ohne schädigendes Ereignis bestünde.⁹ Kann der Geschädigte vom Schädiger solche Einzelmassnahmen finanziert bekommen, lebt er zwar immer noch nicht wie ein Gesunder, die durch das Schmerzensgeld bzw. die Genugtuung abzugeltende Residualgrösse kann aber geringer ausfallen. Es verhält sich so ähnlich wie bei *kommunizierenden Gefässen* mit der Modifikation, dass das betätigte Restitutions- oder Integritätsinteresse sowie das restliche Schmerzensgeld bzw. die restliche Genugtuung einen höheren Betrag ergeben als das Schmerzensgeld bzw. die Genugtuung als Globalabgeltung für alle in Betracht kommenden immateriellen Nachteile *ohne solche «Schaffung einer Ersatzlage»*.

In der Rechtsprechung besteht indes die gegenläufige Tendenz, dass die Finanzierung solcher Einzelmassnahmen wie die Errichtung eines Schwimmbades für einen Beinamputierten¹⁰ bzw. die behindertengerechte Ausgestaltung eines Motorrads für einen Querschnittgelähmten¹¹ durch den Ersatzpflichtigen abgelehnt werden, weil dieser Nachteil schon *durch das Schmerzensgeld abgegolten* sei oder dieser *spezifische Mehrbedarf nicht als solcher wahrgenommen* wird.¹² Nur ausnahmsweise wird das anders gesehen.¹³

Greift man als einen besonders bedeutsamen Mehrbedarf die *Pflegedienstleistungen* für Verrichtungen, die ein Gesunder selbst erledigt, heraus, kommt man zu dem Befund, dass solche – jedenfalls nach Ansatz des Stundenlohns – in der *Schweiz*¹⁴ und *Österreich*¹⁵ tendenziell grosszügig, in *Deutschland* aber eher engherzig bemessen werden;¹⁶ und noch

⁶ Die feinsinnige und durchaus der Transparenz dienende Unterscheidung zwischen Berechnung (Art. 42 OR) und Bemessung (Art. 43 f. OR) – dazu LANDOLT, in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht II, Rz. 488 – findet sich in dieser Präzision im deutschen und österreichischen Recht nicht. Zudem wäre die Ausmessung einer Basisgenugtuung mit Zu- und Abschlägen ebenfalls der Nachvollziehbarkeit förderlich, so auch LANDOLT, in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht II, Rz. 404.

⁷ LANDOLT, HAVE 2015, 204: Genugtuung soll nicht nur die Schmerzen abgelten, sondern auch alle anderen Formen von immateriellen Nachteilen.

⁸ So die Ausdrucksweise im österreichischen Recht. Nachweise bei CH. HUBER in Schwimann, Taschenkommentar zum ABGB³ § 1323, Rz. 4.

⁹ Zu solchen der psychosozialen Therapie WILDHABER/LUDEWIG, Werden die Bedürfnisse von Opfern durch das Recht gedeckt?, HAVE 2015, 206, 208.

¹⁰ OGH vom 10.4.1991, 2 Ob 10/91, VersR 1992, 259 und dazu CH. HUBER, Umfasst der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Errichtungskosten eines privaten Schwimmbades?, VersR 1992, 545 ff.

¹¹ BGH 20.1.2004, VI ZR 46/03 NZV 2004, 195 und dazu CH. HUBER, Behinderungsbedingter Umbau – hat es der Schlossherr besser?, NZV 2005, 620 ff.

¹² Kritisch dazu indes nun ZOLL (als BGH-Richter des VI. Senats an der BGH-Entscheidung damals beteiligt), Schadensregulierung bei vermehrten Bedürfnissen Schwerstverletzter, NJW 2014, 967, 972 f. = Homburger Tage 2013, 7, 20 f.; DERS., Probleme bei Heilbehandlungskosten und vermehrten Bedürfnissen in Abgrenzung zum Schmerzensgeld, FS-Jaeger (2014) 473, 474 ff.

¹³ OGH 20.1.2005, 2 Ob 7/05a, ZVR 2005/47, 166 (KARNER): Ersatzfähigkeit der Kosten des Facelifting für eine 1,62 m grosse 75 kg schwere Friseurin bei Kummerfalten infolge Abmagerung (auch im Gesicht) nach Trauer über die Tötung der Tochter, somit Kosten eines kosmetischen Eingriffs statt marginal höherem Schmerzensgeld.

¹⁴ Nachweise bei ZürKomm³/LANDOLT Art. 46 Rz. 366 ff.

¹⁵ OGH 14.7.2011, 2 Ob 63/11w, Zak 2011/625: € 30; zuletzt OGH 23.01.2015, 8 Ob 129/14z, Zak 2015/ 210: € 23.

¹⁶ Nachweise bei CH. HUBER, Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Bemessung von Hilfeleistungen durch Angehörige im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse einer verletzten Person, FS-Müller (2009)

viel geringer in *Spanien* und *Italien*.¹⁷ Soll der Anspruchsteller voll angemessen entschädigt werden, wäre dafür wegen der Unterdeckung bei den Pflegedienstleistungen nach *deutschem Recht* im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse ein *signifikant höheres Schmerzensgeld* erforderlich. Man kann das auch *vice versa* sehen: Das *Entschädigungsniveau* bei der Genugtuung in der *Schweiz* oder beim Schmerzensgeld in *Österreich* muss nicht die deutschen Werte erreichen, weil damit – bis zu einem gewissen Grad – eine Unterdeckung beim Personenvermögensschaden kompensiert wird.

Solche *Querbetrachtungen* sind nicht auf die *Pflegeleistungen* beschränkt. WENTER hat auf dem 50. VGT 2012¹⁸ für die Einführung eines Trauerschmerzensgeldes in Deutschland nach italienischem Vorbild unter anderem mit dem Argument geworben, dass die Witwe des getöteten Ehemanns damit in die Lage versetzt werde, die *Fertigstellung eines in Angriff genommenen Einfamilienhauses* zu finanzieren.¹⁹ Aus der Perspektive des österreichischen Rechts ist dazu anzumerken, dass im Wege des Unterhaltersatzes, der Entsprechung zum schweizerischen Versorgerschaden, der OGH solche Nachteile in gefestigter langjähriger Rechtsprechung durchaus für ersatzfähig ansieht. Erstaunlicherweise werden solche Fälle kaum an die Gerichte in der Schweiz und in Deutschland herangetragen.²⁰ Auch insoweit muss der Ersatz des ideellen Schadens nicht die italienischen Werte erreichen, weil der potenzielle Schaden anderweitig abgedeckt wird.

In der Schweiz und Deutschland wird es zu Recht als schmerzengelderhöhend angesehen, dass eine *Beeinträchtigung des äusseren Erscheinungsbildes* (Verunstaltung) für das Finden eines geeigneten Partners sowie einer Stelle im Berufsleben hinderlich ist; im österreichischen Recht hat der historische Gesetzgeber an der Wende des 18. zum 19. Jahrhundert gemeint, dass das namentlich für *Personen weiblichen Geschlechts* eine Rolle spiele. Heute im Zeitalter der Egalität wissen wir es besser: Auch *männliche Wesen* haben mit solcher Unbill zu kämpfen. Der in § 1326 ABGB normierte gesonderte Schadensposten, mag er auch als pauschaler Vermögensschaden verstanden werden, führt dazu, dass diesem Umstand im österreichischen Recht in

besonderer Weise Rechnung getragen wird. Auch insoweit wird das Schmerzensgeld entlastet.

Diese Betrachtungen erheben keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit. Sie sensibilisieren aber immerhin dafür, dass der schlichte, mechanische Vergleich von Genugtuung und Schmerzen(-s)geld zu kurz greift.²¹

C. Abgeltung der immateriellen Einbusse in welchen Konstellationen

Einigkeit besteht darüber, dass bei einer *Körperverletzung* Schmerzensgeld bzw. Genugtuung zu leisten ist. Bei *schwerster Verletzung oder Tötung eines Menschen* wird in Deutschland jeglicher Anspruch auf immaterielle Entschädigung von Angehörigen abgelehnt; selbst die Schwelle der Beeinträchtigung für die Annahme einer psychischen Erkrankung und damit die Zubilligung eines *Schockschadens* liegt hoch.²² Dazu kommt, dass die Entschädigungsbeträge überschaubar sind, um es mit kaufmännischer Zurückhaltung auszudrücken.

Im österreichischen Recht gebührt Trauerschmerzensgeld immerhin bei *schwerster Verletzung*²³ und *Tötung*, wenn auch bloss im Fall *grober Fahrlässigkeit*. Die Bedeutung dieser mutigen richterlichen Rechtsfortbildung²⁴ ist eher akademisch als praktisch. Die Schockschaden-Rechtsprechung ist etwas weniger restriktiv als in Deutschland.²⁵ In der Schweiz gebührt dem gegenüber bei jedem Zurechnungsgrund bei besonders schweren Verletzungen sowie der Tötung eine Genugtuungsentschädigung der Angehörigen. Bezüglich der von M. BERGER²⁶ gerügten unzureichenden Entschädigungshöhe von CHF 35 000 bis 40 000 bei Verlust des Ehegatten ist hinzuzufügen, dass eine solche – gravierende – Einbusse im *deutschen und österreichischen Recht* im Regelfall, nämlich ohne Nachweis einer (gravierenden) pathologischen psychischen Beeinträchtigung

35 ff. Konkret beträgt er zwischen € 8 und € 10, Nachweise bei Nomos-Komm²/Ch. HUBER §§ 842, 843, Rz. 228.

¹⁷ VISMARA, Phi 2013, 138, 142 f.

¹⁸ VGT 2012, 31 ff. = zfs 2012, 243 ff.

¹⁹ WENTER, VGT 2012, 31, 37 f. = zfs 2012, 243, 247.

²⁰ Ch. HUBER, Die Ersatzfähigkeit von Baueigenleistungen bei Verletzung und Tötung – ein in der Schweiz noch nicht entdecktes Phänomen, FS-Kuhn (2009) 259 ff.

²¹ So auch VISMARA, Phi 2013, 138, 144.

²² Dazu aktuell BGH 27.1.2015, VI ZR 548/12, r+s 2015, 151: Tötung der Ehefrau mit Motorrad, Ehemann muss unfallkausal berufliche Tätigkeit als LKW-Fahrer aufgeben und zieht wegen einer akuten Belastungsreaktion nach ICD F43.9 G aus der bisherigen Wohnung aus. Korrektur des Zuspruchs von € 4 000 nach oben, weil der Anspruchsteller den Unfall durch den Rückspiegel seines Motorrads selbst miterlebt hat. Noch restriktiver BGH 10.2.2015, VI ZR 8/14, NJW 2015, 2246: Magersucht durch Benachrichtigung von schwerer Verletzung des 4-jährigen Kindes, Zurückverweisung, weil Kausalität nicht als gegeben angenommen wurde.

²³ OGH 13.6.2012, 2 Ob 136/11f, ZVR 2012/204 (KARNER).

²⁴ So für den Fall der Tötung erstmals 2 Ob 84/01v ZVR 2001/73 (KARNER).

²⁵ Ausführlich DANZL, in: Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 163 ff.

²⁶ Was soll die Ausrichtung einer Genugtuung bewirken?, HAVE 2015, 193, 196.

bzw. ohne grobe Fahrlässigkeit, *entschädigungslos* bleibt.

Dem deutschen Recht ist völlig unbekannt und dem österreichischen Recht weitgehend fremd, dass es eine Abgeltung für immaterielle Nachteile auch im *Sozialversicherungsrecht* gibt. Das österreichische Recht kennt immerhin in § 213a ASVG bei *schwer (-st)en Verletzungen* bei einem Arbeitsunfall sowie *grober Fahrlässigkeit des Arbeitgebers* eine Integritätsentschädigung. Im deutschen Recht ist selbst in einem solch prekären Fall der Ersatz ideellen Schadens nicht vorgesehen. Das österreichische Recht ist auch insofern weiter gehend als das deutsche Recht, als zwar in § 333 Abs 1 ASVG wie im deutschen Recht gemäss §§ 104 ff SGB VII bei einem Arbeitsunfall eine Haftung ersetzend durch Leistungen der Sozialversicherung vorgesehen ist, wodurch im Ergebnis der Arbeitnehmer keinen Schmerzensgeldanspruch erlangt; das österreichische Recht kennt aber in § 333 Abs 3 ASVG immerhin – jedenfalls im wirtschaftlichen Ergebnis – einen Durchgriff auf den Arbeitgeber, wenn der Arbeitsunfall auf einem Verkehrsunfall beruht, bei dem eine Kfz-Haftpflichtversicherung einstandspflichtig ist. Das schweizerische Recht schliesst den Genugtuungsanspruch auch bei Arbeitsunfällen nicht aus.²⁷

Die Höhe der Schmerzensgelder bei *Freiheitsberaubung* und *Sexualdelikten* spielte bisher in der deutschen und österreichischen Diskussion über die Schmerzensgeldhöhe eine durchaus untergeordnete Rolle.²⁸ Die klägerischen Anwälte ebenso wie die Gerichte waren beim Zuspruch zurückhaltend, scheidet wegen des vorsätzlichen Verhaltens des Täters die Einstandspflicht einer Haftpflichtversicherung aus und gibt es doch für solche Nachteile – anders als in der Schweiz – keine öffentlich-rechtlichen Fürsorgeleistungen, was zur Folge hat, dass hohe Beträge häufig gegenüber den Tätern nicht durchsetzbar waren. Durch einen *Vorlagebeschluss eines Strafsenats des BGH* an den Grossen Senat²⁹ sind die Dinge freilich nunmehr in Bewegung geraten. Während der Grosse Senat 1955³⁰ alle Umstände des Einzelfalls für berücksichtigungsfähig hielt, fragt der Strafsenat nunmehr an, ob er dies nicht in Bezug auf die Vermögensverhältnisse des Anspruchsberechtigten sowie des Ersatzpflichtigen

aufgeben dürfe. Damit würde bei der Bemessung des Schmerzensgeldes bei (vorsätzlichen) Strafdelikten, namentlich bei Sexualdelikten, nachvollzogen, was bei Einstandspflicht eines Haftpflichtversicherers im Arzthaftungs- und Verkehrsunfallrecht längst State of the Art ist, nämlich eine Abstraktion von beiden Komponenten.³¹ Es dominiert dort der *Ausgleichsgedanke* bei der Bemessung, was eine stärkere Annäherung an das System des Schadensrechts erleichtert.³²

Meines Erachtens ist freilich zwischen der Berücksichtigung der *persönlichen Vermögensverhältnisse* und der *Kaufkraftparität* zu unterscheiden.³³ Da diese in der Schweiz besonders hoch ist, ist die Frage dementsprechend aktuell,³⁴ während sie in Deutschland und Österreich nur am Rande wahrgenommen wird. Für die Berücksichtigung – nach schweizerischem Vorbild – spricht, dass die Funktion der Genugtuung bzw. des Schmerzensgeldes dazu dienen soll, sich andere Annehmlichkeiten zu finanzieren; und in welchem Ausmass das möglich ist, hängt eben von der Kaufkraftparität durchaus ab.³⁵

D. Die Anspruchshöhe

Bei schwersten Verletzungen unterscheiden sich die Höchstwerte, wie sie durch Gerichte ausgerechnet wurden, beträchtlich: In der Schweiz liegt der Höchstanspruch ausserhalb der Militärversicherung bei CHF 221 600,³⁶ in Österreich bei nunmehr € 220 000³⁷ und in Deutschland bei € 700 000.³⁸ Die Unterschiede in der Währungsparität zwischen CHF und € sind mittlerweile so marginal, dass auf eine Umrechnung verzichtet werden kann. Wenn M. BERGER³⁹ bemerkt, dass die hohen Entschädigungssummen in Deutschland für *nahezu empfindungslose Opfer*⁴⁰ aus schweizerischer

²⁷ Dazu GEISER, Ansprüche gegen und von Arbeitgebern bei Personenschäden, Personenschadenforum 2015, 111 ff.

²⁸ FOERSTE, Schmerzensgeldbemessung bei brutalen Verbrechen, NJW 1999, 2951 f.; Plädoyer für eine dramatische Anhebung der Schmerzensgelder bei Sexualdelikten. DANZL, in: Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 338 ff., 357 f.

²⁹ BGH 8.10.2014, 2 StR 137/14, 2 StR 337/14, r+s 2015, 95.

³⁰ BGH 6.7.1955, GZ 1/55, BGHZ 18, 149.

³¹ Zum Wandel der Qualifikation des Schmerzensgeldes durch das 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetz CH. HUBER, Das neue Schadenersatzrecht (2003) § 2.

³² M. LEPA, Die Wandlung des Schmerzensgeldanspruchs und ihre Folgen, FS Müller (2009) 113 ff.

³³ Kritisch gegenüber der Berücksichtigung der Kaufkraftparität indes M. BERGER, HAVE 2015, 193, 194.

³⁴ Nachweise der Rechtsprechung bei LANDOLT, in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht II, Rz. 480.

³⁵ Für deren Berücksichtigung CH. HUBER, Höhe des Schmerzensgeldes und ausländischer Wohnsitz des Verletzten, NZV 2006, 169 ff.

³⁶ BG 8.1.20078, 4A_373/2007, BGE 134 III 97.

³⁷ OLG Linz 21.10.2014, 2 R 150/14p, ZVR 2015/94 (DANZL).

³⁸ LG Aachen 30.11.2011, 11 O 478/09, unveröffentlicht (ein Zufall?), zitiert bei JAEGER, Entwicklung der Rechtsprechung in Deutschland zu hohen Schmerzensgeldern, ZVR 2013, 112, 114 FN 30.

³⁹ HAVE 2015, 193, 194.

⁴⁰ Nachweise bei JAEGER, Entwicklung der Rechtsprechung zu hohen Schmerzensgeldern, VersR 2013, 134, 135, mit Nachweis von Entscheidungen mit über € 500 000.

Sicht bemerkenswert seien, teile ich diese Einschätzung. Die innerhalb von wenigen Wochen – soweit ersichtlich unabhängig voneinander – erfolgte Judikaturwende der Höchstgerichte in Deutschland⁴¹ und Österreich,⁴² auch empfindungsunfähigen Opfern enorm hohe Schmerzensgelder zuzusprechen, wird unter Bezugnahme auf die Ethik *Immanuel Kants*⁴³ sowie einen abstrakten Ausgleichsgedanken bei Zerstörung der Persönlichkeit⁴⁴ begründet; die genuine Funktion des Schmerzensgeldes, damit dem Opfer etwas *Gutes* zu tun, wird freilich nicht erfüllt; es profitieren die – bis dahin nicht immer trauernden – Erben.⁴⁵ Auch wenig nachvollziehbar sind die relativ hohen Schmerzensgelder, die im deutschen Recht Personen zuerkannt werden, die *nur noch eine relativ geringe Zeit nach der vom Schädiger zu verantwortenden Verletzung gelebt* haben und dann verstorben sind.⁴⁶ Möglicherweise wird im deutschen Recht hier kompensiert, dass es *kein Trauerschmerzensgeld* gibt, fließt doch das Schmerzensgeld der Verletzten den Erben zu. Dass dies wenig treffsicher ist, habe ich an anderer Stelle ausgeführt,⁴⁷ steht doch die *Leidenszeit des schlussendlich Verstorbenen* in keiner Relation zur *Trauer der Angehörigen*, ganz abgesehen davon, dass nicht alle Erben trauern – bei manchen wird die Trauer durch die Freude über die Erbschaft durchaus überlagert, sodass auch in ideeller Hinsicht ein positiver Saldo bleibt.

Aus aktuellem Anlass sei auf zwei aktuelle Entscheidungen des österreichischen OGH hingewiesen, die *ausserhalb von Querschnittlähmung und Hirnverletzung Schmerzensgelder in beträchtlicher Höhe* zugesprochen haben. In der Entscheidung vom 11.9.2014⁴⁸ hat der OGH einer 48-jährigen Verletzten bei Weichteilverletzungen im Unterbauch und Genitalbereich sowie zusätzlichen knöchernen Verletzungen € 170 000 zugesprochen, in der Entscheidung vom 22.1.2015⁴⁹ an eine 56-jährige bis dahin sportliche Klägerin die begehrten € 130 000 bei Serienrippenbrüchen, dem Erfordernis einer alsbaldigen Lebertransplantation sowie seelischer Be-

schwerden (Todesangst) zuerkannt. Österreichische Gerichte sind dabei an das Klagebegehren nach oben gebunden, während das nach deutschem Prozessrecht entgegen dem Grundsatz *ne ultra petita* gemäss § 306 ZPO bei Stellung eines unbezifferten Antrags entgegen § 253 Abs. 2 S. 2 ZPO anders ist.⁵⁰ Quintessenz beider Entscheidungen ist die Tendenz, an *Personen, die mitten im Leben* stehen, ein – gegenüber früher stark erhöhtes Schmerzensgeld zu bezahlen. Betont wird in Anknüpfung an die Entscheidung vom 24.8.2011,⁵¹ dass der *Zuspruch früherer Judikate mit dem Verbraucherpreis aufzuwerten* sei und die *Bemessung zudem nicht zu knapp* ausfallen solle. Im Klartext bedeutet dies, dass namentlich bei schweren Verletzungen das Schmerzensgeld durchaus beträchtlich über das bisherige reale Niveau ausgemessen werden darf.⁵²

Zur Streitfrage, ob für die Aufwertung abzustellen ist auf den Unfalltag oder den Tag des Urteils des Tatgerichts, das noch neue Tatsachen berücksichtigen kann,⁵³ sei aus österreichischer Perspektive erwähnt, dass für die Anknüpfung an das *Judiz einer Vorentscheidung* eigentlich der Zeitpunkt massgeblich wäre, zu dem der klägerische Anwalt im Prozess letztmalig ein Erhöhungsbegehren stellen könnte. Da dieser Termin einer veröffentlichten Entscheidung aber nicht zu entnehmen ist, wird annäherungsweise auf den Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung abgestellt.⁵⁴

Davon zu unterscheiden ist das Phänomen, dass *Verzugszinsen*, nach § 1333 ABGB jedenfalls in Höhe von 4%, aber bei einem weiter gehenden Schaden auch in höherem Ausmass, jedenfalls ab der aussergerichtlichen Geltendmachung und bei Verschulden des Ersatzpflichtigen anfallen.⁵⁵ *Vorangehende Teilzahlungen* sind ebenso aufzuwerten wie bei einer Schmerzensgeldergänzung ein erfolgter *Zuspruch*, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass massgeblich die *Kaufkraftparität im Zeitpunkt des Urteils* ist.⁵⁶ Eine *Kumulation von Aufwertung und Verzugszinsen* wird freilich nicht in Betracht kommen, weil es insoweit zu einer *Doppelliquidation* eines vergleichbaren Nachteils käme. Vielmehr wird dem *Anspruchsteller ein Wahlrecht einzuräumen* sein; bei der derzeitigen Inflationsrate wird

⁴¹ BGH 13.10.1992, VI ZR 201/91, NJW 1993, 781.

⁴² OGH 23.4.1992, 6 Ob 535/92; 6 Ob 1558/92 – bezeichnenderweise unveröffentlicht.

⁴³ LARENZ/CANARIS, Lehrbuch des Schuldrechts II/2¹³ (1994) 592 unter Bezugnahme auf das postmortale Persönlichkeitsrecht 533.

⁴⁴ M. LEPA, FS-Müller (2009) 113, 116 f.

⁴⁵ Kritisch CH. HUBER, Antithesen zum Schmerzensgeld ohne Schmerzen – Bemerkungen zur objektiv-abstrakten und subjektiv-konkreten Schadensberechnung, ZVR 2000, 218 ff.

⁴⁶ Kritisch auch JAEGER, VersR 2013, 134, 137 f.

⁴⁷ CH. HUBER, Schmerzensgeld ohne Schmerzen bei nur kurzfristigem Überleben der Verletzung im Koma – eine sachlich gerechtfertigte Transferierung von Vermögenswerten an die Erben?, NZV 1998, 345 ff.

⁴⁸ OGH 11.9.2014, 2 Ob 83/14s, Zak 2014/722.

⁴⁹ OGH 22.1.2015, 2 Ob 75/14w, Zak 2015/241.

⁵⁰ Dazu NomosKomm²/CH. HUBER § 253, Rz. 141 f.

⁵¹ OGH 24.8.2011, 3 Ob 128/11m, ZVR 2012/129 (CH. HUBER).

⁵² Anders der Befund von LÖRTSCHER, HAVE 2015, 196, 197, der den Urteilen des BG keine solche Aussage entnehmen kann.

⁵³ So LÖRTSCHER, HAVE 2015, 196, 197.

⁵⁴ OGH 24.8.2011, 3 Ob 128/11m, ZVR 2012/129 (CH. HUBER).

⁵⁵ DANZL, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht 312 ff.

⁵⁶ DANZL, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht 293 f.

die Geltendmachung von Verzugszinsen für den Geschädigten vorzugswürdig sein. Bei Geltendmachung von Verzugszinsen wäre dann doch der dem Unfallzeitpunkt meist näherliegende Zeitpunkt des Zugangs der aussergerichtlichen Geltendmachung des Begehrens an den Ersatzpflichtigen massgeblich. Nach deutschem Recht ist der Spielraum für das Gericht noch grösser, weil dieses bei der Höhe des Zuspruchs nicht an das Klagebegehren gebunden ist.

Die in der Entscheidung vom 11.9.2014⁵⁷ zuerkannten € 170 000 sind deshalb besonders hoch, weil sie lediglich den Zeitraum vom Unfall bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz betreffen, die Verletzte aber den Grossteil ihrer Lebens- und auch Leidenserwartung noch vor sich hatte. Wie in der Schweiz gibt es auch in Österreich und Deutschland keine nach Tagen bemessenen Taxen, wenngleich solche – wie von M. BERGER⁵⁸ beschrieben – einen Anhaltspunkt für die Festlegung der Schmerzensgeldhöhe bieten.⁵⁹

Die von M. BERGER⁶⁰ für das österreichische Recht beschriebene Praxis, laufend eine Summe auszubehalten, mag der Usanz des einen oder anderen (welchen?) Haftpflichtversicherers entsprechen, durch OGH-Judikatur ist eine solche Übung indes nicht gedeckt. Vielmehr gilt – wie in Deutschland – der Grundsatz der Globalbemessung, was soviel bedeutet, dass sämtliche künftigen Schmerzen beim Verlangen nach Schmerzensgeld einbezogen werden müssen. Lediglich wenn das nicht möglich sein sollte, kann eine zeitabschnittsweise Bemessung verlangt werden, wobei der Anspruchsteller freilich das Risiko trägt, bei falscher Beurteilung der Vorhersehbarkeit für solche künftigen Schmerzen keine Abgeltung zu erlangen – trotz erfolgreichen Feststellungsbegehrens und innerhalb der Verjährungsfrist.⁶¹ Dass sich daraus im österreichischen Recht ein 7-stelliges Schmerzensgeld ergeben würde,⁶² ist unzutreffend. Das galt allenfalls für die Zeit des Schillings, dessen Relation zum € und CHF allerdings bei einem Verhältnis von knapp 1:14 zu beziffern ist. Das höchste vom OGH zugesprochene

Schmerzensgeld beläuft sich auf € 218 000;⁶³ das jüngst vom OLG Linz⁶⁴ von nunmehr € 220 000 liegt bloss geringfügig darüber. Das Schmerzensgeldniveau bewegt sich in Österreich gegenüber dem von Deutschland auf 1/3 bzw 40%; und das konstant im letzten halben Jahrhundert.⁶⁵

E. Vergleichbarkeit der Entschädigungshöhe bei jeweils unterschiedlichen Eingriffen

Wenn verschiedentlich darauf verwiesen wird, dass die Zuerkennung von sehr hohen Ersatzbeträgen für *Persönlichkeitsverletzungen*, namentlich durch die Medien, in keinem Verhältnis zu den geringfügigen Beträgen bei Körperverletzungen stehen,⁶⁶ ist das zwar zutreffend, freilich werden insoweit Äpfel mit Birnen verglichen. Bei erfundenen Interviews, etwa mit Caroline von Monaco,⁶⁷ geht es um die *Disziplinierung der Presse*, weil offensichtlich das Aufsichtsrecht nicht ausreichend greift. Es geht aber der Sache nach um *Gewinnabschöpfung nach Bereicherungsrecht*; die persönliche Betroffenheit von Frau Grimaldi dürfte insbesondere vor der Verehelichung mit dem Welfen-Prinzen – mangels Deutschenkenntnissen – nicht übertrieben gross gewesen sein, ganz abgesehen davon, dass für sie und die Kreise, in denen die Monegaschen-Prinzessin verkehrt, die Regenbogenpresse, die von derartigen erfundenen Interviews profitiert, nicht zu deren Bettlektüre zählen dürfte. Nachvollziehbar ist hingegen die Bezugnahme auf die Entschädigung bei *Freiheitsentziehung*.⁶⁸ Schwer verletzt zu sein, ist gewiss beschwerlicher als – für eine gewisse Weile – der Freiheit beraubt zu sein.

F. Die Anknüpfungsmomente für die Bemessung

Alle drei Rechtsordnungen zeichnen sich dadurch aus, dass die Anspruchshöhe nicht nach mechanischen Ansatzpunkten ermittelt werden kann. Be-

⁵⁷ OGH 11.9.2014, 2 Ob 83/14s, Zak 2014/722.

⁵⁸ HAVE 2015, 193, 194.

⁵⁹ DANZL, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller (Hrsg.), Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 110: Bewertungshilfe, aber nicht Berechnungsmethode.

⁶⁰ HAVE 2015, 193, 196.

⁶¹ So zum österreichischen Recht Ch. HUBER, Globalbemessung, Teilbemessung und Teilglobalbemessung bei zukünftigen Schmerzen – richtige Gewichtung der Interessen des Geschädigten und des Ersatzpflichtigen bzw. des Gerichts – zugleich Besprechung von OGH 22.2.2007 (Az. 2 Ob 150/06g) und 23.3.2007 (Az. 2 Ob 233/06p), ÖJZ 2008, 83 ff.

⁶² So M. BERGER, HAVE 2015, 193, 194.

⁶³ OGH 18.4.2002, 2 Ob 237/01v, SZ 2002/50; aufgewertet waren das nach dem Verbraucherpreisindex in der Entscheidung 17.2.2014, 4 Ob 204/13y, Zak 2014/ 218 immerhin € 278 000, aber auch nicht mehr; in OLG Linz 21.10.2014, 2 R 150/14p, ZVR 2015/94 (DANZL) war der aufgewertete Referenzwert denn auch schon € 287 000. Die aussergerichtliche Praxis bewegt sich inzwischen in einer Grössenordnung von deutlich über € 300 000. Das Erfordernis der Indexanpassung betonend auch LANDOLT, in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht II, Rz. 340.

⁶⁴ OLG Linz 21.10.2014, 2 R 150/14p, ZVR 2015/94 (DANZL): Abweisung des Rechtsmittels des Ersatzpflichtigen. Auch wenn kein Rechtsmittel an den OGH ergriffen wurde, ist der Glosse von DANZL (Senatspräsidenten = Vorsitzender Richter des für solche Fälle zuständigen 2. Senats) zu entnehmen, dass jedenfalls diese Höhe vom OGH gebilligt worden wäre.

⁶⁵ TEPLIZTKY, NJW 1967, 672; Ch. HUBER, ZfRV 1996, 127.

⁶⁶ LANDOLT, in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht II, Rz. 346.

⁶⁷ BGH, Urteil vom 15.11.1994 – VI ZR 56/94, NJW 1995, 861 = BGHZ 128, 1.

⁶⁸ Zutreffend LANDOLT, in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht II, Rz. 348.

schworen werden die «Angemessenheit», die «Billigkeit» sowie «die Umstände des Einzelfalls». Die grossen Schmerzensgeldhandbücher⁶⁹ zählen akribisch auf, was alles berücksichtigungsfähig sein kann; die Höchstgerichte tendieren dazu, die konkrete Ausmessung den Tatgerichten zu überlassen und nur bei *eklatanter Fehlbemessung* zu korrigieren.⁷⁰ Wenn man nicht so genau weiss, *welche Kriterien in welcher Gewichtung* massgeblich sind, lässt sich freilich auch schwer prognostizieren, ob die Tatgerichte möglicherweise nicht ins Schwarze getroffen, aber immerhin den Graubereich erwischt oder weit gefehlt haben. Im Rahmen der Betrachtung des Entschädigungsniveaus ist jedenfalls zu konstatieren, dass *diese Unwägbarkeiten die Vergleichbarkeit erschweren*. Wenn auch die Tendenz bemerkbar ist, an Präjudizien anzuknüpfen,⁷¹ wäre dafür gerade erforderlich zu wissen, welche Bemessungskomponenten mit welcher Gewichtung in die Festlegung der Höhe des immateriellen Schadens einfließen.

Eine *ganz zentrale Bedeutung* hat bei einem Dauerschaden m.E. die *restliche Lebens- bzw. präziser Leidensdauer* der verletzten Person,⁷² wobei zu bedenken ist, dass solche Personen gerade wegen ihrer Verletzung mitunter eine reduzierte Lebenserwartung haben, sodass gegenüber den – auch aktuellen – Sterbetafeln ein Abschlag berechtigt sein wird. Dass dieser Umstand – irgendwie – berücksichtigungsfähig sein soll, darüber herrscht Einigkeit; umstritten ist die *Bedeutsamkeit bzw. Gewichtung dieser Dimension*. Einen enorm zurückhaltenden – an der faktischen Rechtsprechungspraxis orientierten – Ansatz vertritt KOZIOL.⁷³ Er plädiert für einen Zuschlag, aber *keinesfalls eine der Leidensdauer entsprechende proportionale Berücksichtigung*. Es trete nämlich eine gewisse Gewöhnung ein. Seine Ausführungen gipfeln in dem Satz: «...; dem Geschädigten gelingt es häufig, sein Leid zu bewältigen und mit der Beinträchtigung zu leben, so dass er nach einiger Zeit

nicht wesentlich unglücklicher ist als ein Gesunder.» Empirisch belegt ist diese Aussage indes nicht. Der Verfasser dieser Zeilen kann sich keinen Blinden, Beinamputierten oder Querschnittgelähmten vorstellen, der so kühl und kühn auf seine Verletzung reagiert. Viel eher werden die meisten mit ihrem Schicksal hadern und sich allenfalls damit abfinden, dass sie entweder gar nicht wissen, wie das Leben ohne solche Behinderung ist, so bei Kleinkindern, oder die sich damit trösten, immerhin einige gute Jahre verbracht zu haben. Immer aber wiegt die gegenwärtige Pein schwerer als der – verklärende – Blick in die Vergangenheit.

Die Gegenposition nehmen SCHWINTOWSKI/C. SCHAHSEDI/M. SCHAHSEDI⁷⁴ ein, die vom Ansatz her für eine *taggenaue Bemessung des Schmerzensgeldes* plädieren⁷⁵ und damit vor allem bei jüngeren Verletzten mit einem Dauerschaden zu wesentlich höheren Schmerzensgeldern in Deutschland gelangen. Einen ähnlichen Ansatz wählt LANDOLT,⁷⁶ der zutreffend bemerkt, dass die Genugtuungshöhen in der Schweiz beträchtlich ansteigen würden, mag man einen moderaten oder einen etwas höheren Tagessatz zugrunde legen. Die Bezugnahme auf das Durchschnittseinkommen sowie die Versicherungsprämien ist in der Schweiz noch naheliegender, gibt es doch – anders als in Deutschland und Österreich – Ersatz für immaterielle Schäden auch im – prämiertenfinanzierten – Sozialversicherungsrecht. Hält man zudem über die Ausgleichsfunktion einen Zuschlag für die Prävention für geboten,⁷⁷ erhöht sich der Ersatzbetrag nochmals. Die Diskussion auf dem VGT 2014 unter Einschluss der dort verabschiedeten Empfehlungen,⁷⁸ die auf eine Beibehaltung des Status quo hinauslaufen, sowie die kritische Besprechung von DANZL⁷⁹ haben gezeigt, dass diese Position – jedenfalls vorläufig – in Deutschland und Österreich *nicht mehrheitsfähig* ist.

Bei gegenläufigen Positionen liegt die Wahrheit häufig zwischen den Polen. Meines Erachtens ist es plausibel, dass der ersten Phase der Umgewöh-

⁶⁹ JAEGER/LUCKEY, Schmerzensgeld, Rz. 996 ff.; DANZL, in: Danz/Gutierrez-Lobos/Müller, (Hrsg.) Schmerzensgeld, 88 ff.; LANDOLT in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht II § 6 und 7; dazu auch die Checkliste bei BORN, Zweierlei Mass? – Der Einfluss von Geschlecht und Alter auf die Höhe des Schmerzensgeldes?, FS-Jaeger (2014) 207, 209 ff.

⁷⁰ So auch in der Schweiz. Dazu LANDOLT, HAVE 2015, 204; Bloss Willkürprüfung, Korrektur bloss bei Abweichung von mehr als 25 %.

⁷¹ Dazu LUCKEY, Die Berücksichtigung von Präjudizien bei der Bemessung von Schmerzensgeld – Fanfare for the Common Law?, FS-Eggert (2008) 181 ff.

⁷² Dazu demnächst CH. HUBER, Das Lebensalter des Verletzten – eine Bemessungsdeterminante beim Schmerzensgeld?, 5. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2015.

⁷³ Die Bedeutung des Zeitfaktors bei der Bemessung ideeller Schäden, FS-Hausheer (2002) 597, 599; ähnlich KARNER/KOZIOL, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, Verhandlungen des Österreichischen Juristentags 2003 II/1, 127 f.

⁷⁴ Handbuch Schmerzensgeld (2013) 13 ff.

⁷⁵ Dafür auch LANDOLT, in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht II, Rz. 337.

⁷⁶ HAVE 2015, 204, 205 f.

⁷⁷ So SCHWINTOWSKI/C. SCHAHSEDI/M. SCHAHSEDI, Handbuch Schmerzensgeld, 91.

⁷⁸ Wiedergegeben von BORN, NZV 2014, 154, 155.

⁷⁹ ZVR 2014, 35, 36: «Rechenspielerien mit einer Pseudogenauigkeit auf zwei Dezimale»; «ein spannendes Buch, das jedoch – zumindest in Österreich – wohl kaum Eingang in die gerichtliche Urteilspraxis finden wird, zu kompliziert und zu eigenwillig (um nicht zu sagen: praxisfremd) sind die Ansichten der Autoren»; «dass nur anhand ihrer taggenauen Berechnung gewährleistet sei, dass die Schmerzensgelder künftig nicht mehr weit unterhalb des menschenwürdigen Niveaus zu liegen kämen, ist wohl zumindest eine grobe Fehleinschätzung und Verkennung der (bewährten) normativen wie faktischen rechtlichen Gegebenheiten».

nung von «kerngesund» auf «marod» mit ganz enormer Unbill verbunden ist und dafür eine höhere Abgeltung geboten ist als später. Wenn es zur Konsolidierung gekommen ist, ist häufig – nicht notwendigerweise – eine emotionale Abfindung mit dem Endzustand eingetreten, sodass die dann noch bestehenden Schmerzen nahezu proportional abzugelten sind.⁸⁰ Gerade die Schweiz, die im deutschsprachigen Raum über das höchste Know-how zur Umrechnung von Kapital in Rente verfügt,⁸¹ könnte dieses Wissen für eine rationale Genugtuungsbemessung nutzen. Wenn man richtig rechnet, kommt es letztendlich nicht entscheidend darauf an, ob eine Rente oder ein Kapital gezahlt wird, wobei die – indexgesicherte – Rente den Vorzug hat, dass sie das richtige Ende in sich trägt, während jede Schätzung der Lebenserwartung mit Unwägbarkeiten verbunden ist.⁸² Die Bezugnahme auf Tagessätze hat immerhin den Vorteil, dass sich Gerichte verdeutlichen, wie massvoll die zuerkannten Beträge – bezogen auf jeden einzelnen Tag der Pein – schlussendlich sind. Und auch die Bezugnahme auf die jeweilige Entschädigung beim Vermögenspersonenschaden rückt die Größenordnung ins rechte Licht;⁸³ häufig ist ein angemessenes Schmerzensgeld jedoch von dem Zufall abhängig, ob Gerichte nur nach Aktenlage entscheiden oder sich bei einem Lokalaugenschein einen Eindruck vom Elend des Verletzten machen.⁸⁴ Der in der Schweiz gebräuchliche Alterszuschlag⁸⁵ ist insoweit sehr viel weniger genau.

G. Der Bagatellschaden

Vergleicht man die nach der Höhe von Zusprüchen geordneten Tabellen der Schmerzensgeldhandbücher in der Schweiz, in Deutschland und Österreich, fällt auf, dass von Strafdelikten abgesehen, der Entschädigungsbetrag, ab dem ein Zuspruch erfolgt, in der Schweiz beträchtlich über dem Niveau von Deutschland und Österreich liegt,⁸⁶ einher geht damit, dass die Schwere der Verletzung, die vorliegen muss, um einen solchen Zuspruch zu erlangen, wesentlich weiter gehend sein muss, frei nach der Devise: Schweizer sind weder Weicheier noch Mimosen. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass in Deutschland der Gesetzgeber mehrere Anläufe unternommen hat, um die Bagatellschwelle beim Schmerzensgeld anzuheben, diese aber letztlich im Sand verlaufen sind.⁸⁷ Bezugspunkt ist nach wie vor die richtungweisende BGH-Entscheidung,⁸⁸ wonach lediglich bei geringfügigen Kopfschmerzen und Schnupfen während eines Tages kein Schmerzensgeld verlangt werden kann, weil eine solche Beeinträchtigung auch im Alltag vorkommt. Einer der Hauptgründe für das Bestreben nach Anhebung der Bagatellschwelle war – in Deutschland – das Missverhältnis von Verfahrensaufwand zur Entschädigungshöhe bei HWS-Verletzungen ohne objektivierbare Beeinträchtigung, wobei nach Angabe von FREYMANN,⁸⁹ Präsident des LG Saarbrücken und somit Tatrichter mit Erfahrung, nur 20% der Begehren erfolgreich sind. Dass solche Probleme die österreichische Justiz nicht beschäftigen, könnte damit zusammenhängen, dass womöglich die Ostälpler eine geschmeidigere Halswirbelsäule haben, sodass sie solche Verletzungen entweder gar nicht erleiden oder jedenfalls nicht als schmerzhaft empfinden. Es gibt jedenfalls dazu keine veröffentlichten Gerichtsentscheidungen, was freilich auch damit zusammenhängen mag, dass die Streitwertgrenze, um zum Höchstgericht zu kommen, in Österreich höher als in Deutschland liegt und Entscheidungen der In-

⁸⁰ A.A. BORN, FS-Jaeger (2014) 207 ff., der die Vielzahl der Bemessungskriterien betont mit der Folge, dass die Leidensdauer bloss ein (untergeordneter oder doch besonders bedeutsamer?) Aspekt von vielen ist.

⁸¹ Grundlegend STAUFFER/SCHAETZLE/WEBER, Barwertafeln⁶ (2013).

⁸² CH. HUBER, Die Schmerzensgeldrente – bloss eine alternative Abgeltungsform?, FS-E. Lorenz (2014) 603 ff.

⁸³ Insoweit völlig zutreffend LANDOLT, HAVE 2015, 204, 206, mit seinem Verweis, dass der Erwerbsschaden in der Militärversicherung mit einer Obergrenze von 150 918 CHF durchaus massvoll entschädigt wird, sodass wenig plausibel ist, dass die 20 940 CHF pro Jahr an Integritätsentschädigung exorbitant über den entsprechenden Beträgen der Genugtuung liegen sollten. Ähnlich WILDHABER/LUDEWIG, HAVE 2015, 206, 210: Im OHG geht es um Anerkennung und Wertschätzung, bei der Genugtuung aber um vollen Ausgleich.

⁸⁴ Prototypisch LG München I 29.3.2001, 19 D 8647/00, NJW-RR 2001, 1246: Durchbrechung der «Schallmauer» von 1 Mio. DM (= € 500 000) durch Anknüpfung an den Index der Steigerung der Anschaffungskosten für Eigenheime in München seit der letzten vergleichbaren Entscheidung, wobei diese Steigerung besonders kräftig war (und ist). Dieser Massstab wurde gewählt nach Besuch des Verletzten im Krankenhaus durch die zur Entscheidung berufenen Richter im Rahmen eines Lokalaugenscheins. Zur Abstumpfung der zur Entscheidung berufenen Richter(-innen) bei einem reinen Aktenverfahren BORN, FS-Jaeger (2014) 207, 213.

⁸⁵ LANDOLT, in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht II Rz. 441: So bei Verletzten bis zum 40. Lebensjahr.

⁸⁶ LÖRTSCHER, HAVE 2015, 196, 199; zur Bemessung nach ABGB: DANZL/GUTIERREZ-LOBOS/MÜLLER, Schmerzensgeld: 403 OLG Graz 12.7.2011, 4 R 168/10y; Prellung des Brustkorbs: € 600; 436 OLG Innsbruck 14.1.2011, 1 R 268/10m; Abschürfungen an der Innenseite beider Oberschenkel: € 200; 504 OLG Linz 29.12.2011, 3 R 179/11f; HWS und Brustkorbprellung: € 500. Bemessung nach BGB: JAEGER/LUCKEY, Schmerzensgeld E. 1: OLG Saarbrücken 8.6.2010, 4 U 468/09, NJW-RR 2011, 178: Armverletzung, € 600. Dem gegenüber zum schweizerischen Recht LANDOLT, in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht II: Mit Ausnahme von E. 696 Beginn der Bagatellgenugtuung mit E. 267: Entschädigungsbetrag bei Verkehrsunfall für offenen Schienbeinbruch: CHF 4000.

⁸⁷ Zu diesen Versuchen FREYMANN, Das Schmerzensgeld bei Bagatellverletzungen – Was ist aus dem Fortentwicklungsauftrag des Gesetzgebers aus dem Jahr 2002 geworden?, FS-Jaeger (2014) 295 ff.

⁸⁸ BGH 14.1.1992, VI ZR 120/91, NJW 1992, 1043.

⁸⁹ FS-Jaeger (2014) 295.

stanzgerichte nur ausnahmsweise veröffentlicht werden.

Was offenbar in der *Schweiz gelebte Rechtswirklichkeit* ist,⁹⁰ das hat man in Deutschland versucht, hat davon aber wieder Abstand genommen, weil es vom Gesetzgeber – unmittelbar vor Wahlen – als politisch nicht opportun angesehen wurde, zwar jeden Kratzer beim Kfz zu entschädigen, aber – und seien es auch geringfügige – Schmerzen unentschädigt zu lassen.⁹¹ Ein nüchterner Befund weist insoweit die *Vorzugswürdigkeit der schweizerischen Übung* aus: Es ist in hohem Mass volkswirtschaftlich ineffizient, einen unverhältnismässigen Beweiserhebungsaufwand für Bagatellen zu treiben, der letztendlich in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle für den Anspruchsteller ergebnislos endet; zudem wird der Ersatzpflichtige selbst bei Abweisung des Begehrens mit letztlich nicht überwältbarem Regulierungsaufwand belastet. Ich vermag *keine akute Rechtsschutzlücke* auszumachen, solche *Petitessen unentschädigt* zu lassen. Bei vorsätzlichem Verhalten oder grober Fahrlässigkeit mögen Präventionsgesichtspunkte für eine andere Wertung sprechen; bei Verkehrsunfällen und der Arzthaftung sowie anderen vom Haftpflichtversicherer zu tragenden Schäden bei leichter Fahrlässigkeit oder der Kausalhaftung erscheint eine Anhebung der Bagatellschwelle in Deutschland – und auch Österreich – nach schweizerischem Vorbild – jedenfalls de lege ferenda – durchaus angezeigt.⁹² Und auch der Wertungswiderspruch zur Ersatzfähigkeit zum Kratzer beim Auto liesse sich durch einen gesetzgeberischen Federstrich beseitigen, wenn man nach dem Vorbild des Produkthaftungsgesetzes, wo es gemäss § 11 dProdHG bzw § 2 Z 2 öPHG bei Sachschäden einen Selbstbehalt von € 500.– gibt, eine Bagatellschwelle bei bloss optischen (Kfz-)Schäden einführen würde.⁹³

Abgesehen davon, dass eine derart hohe Bagatellschwelle für Deutschland und Österreich kaum akzeptabel erscheint, wäre zu hinterfragen, ob die aktuelle für die Schweiz nicht doch zu hoch angesetzt wird. Wenn man bei optischen (Kfz-)Sachschäden eine Grenze von € 500.– erwägt, sollte die Bagatellgrenze für das Schmerzensgeld bzw. die Genugtuung für Körperverletzungen nicht tiefer liegen. Das Äquivalent wären dann aber nicht Knochenbrüche, die komplikationslos verheilen; erwägenswert wäre

vielmehr eine Trennlinie bei einer Verletzung, die zu einer Arbeitsunfähigkeit bis zu maximal einer Woche führt und mit € 500.– Genugtuung zu entschädigen wäre.

H. Resümee

Ist das bei Darstellung der Bagatellschwelle schon ansatzweise erfolgt, soll eine abschliessende Würdigung versucht werden: In der Schweizer Rechtsordnung ist im Vergleich zu der von Österreich und Deutschland zu konstatieren, dass die *Tatbestände*, nach denen eine *Abgeltung für eine immaterielle Einbusse* erfolgt, *deutlich umfangreicher* sind. Zu nennen sind namentlich die Angehörigenengultuung sowie die Abgeltung immaterieller Nachteile im OHG sowie in der Militärversicherung. Der *Vermögenspersonenschaden*, insbesondere der *Haushaltsführer- und Pflegeschaden*, werden – ähnlich wie in Österreich, anders aber als in Deutschland – angemessen entschädigt; auch beim *Erwerbsschaden* sowie in Fortwirkung beim *Versorgerschaden* werden für die künftige Entwicklung realistischere, dem Anspruchsteller vorteilhafte Annahmen zugrunde gelegt. Dazu kommt, dass zwar der Zinssatz von 3,5% bei der *Kapitalisierung* schon seit geraumer Zeit nicht marktkonform ist, aber gegenüber den in Deutschland und Österreich – auch derzeit – üblichen 5% dem Ausgleichsprinzip eher entspricht. Aber selbst in Deutschland wird das Entschädigungsniveau beim Schmerzensgeld noch für ausbaufähig angesehen.⁹⁴ Zu konstatieren ist, dass dort die immer wieder geforderten Anspruchskürzungen beim Sachschaden vorgenommen werden, seien es nun die Kürzung der Stundenverrechnungssätze⁹⁵ bei der fiktiven Abrechnung der Reparaturkosten beim Kfz-Schaden, die Reduzierung der Mietwagenkosten⁹⁶ auf ein Niveau zwischen $\frac{1}{9}$ und $\frac{1}{3}$ im Vergleich zu dem vor 10 Jahren und die Verweisung auf eine *Smart Repair*;⁹⁷ eine signifikante Anhebung des Schmerzensgeldes erfolgt jedoch nur sehr zaghaf. WENTER⁹⁸ nimmt insoweit ein Nullsummenspiel für die Versicherer an; tatsächlich dürfte sich deren Gesamtbelastung in den letzten 10 Jahren – jedenfalls real – eher vermindert haben.

Gleichwohl erscheint das *Entschädigungsniveau bei der Verletztengengultuung* in der Schweiz – im Ver-

⁹⁰ Zustimmend LANDOLT, in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht II, Rz. 490: Zuspruch bedeutungsloser Beträge soll vermieden werden.

⁹¹ FREYMAN, FS-Jaeger (2014) 295, 301 ff.

⁹² Kritisch zur Bagatellschwelle in der Schweiz unter Hinweis auf das Konsumentenschutzrecht M. BERGER, HAVE 2015, 193, 195; zustimmend jedoch LÖRTSCHER, HAVE 2015, 196, 199 f.

⁹³ Dafür CH. HUBER, Gedanken zum 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetz, DAR 2000, 20, 28.

⁹⁴ So insbesondere SCHWINTOWSKI/C. SCHAHSEDI/M. SCHAHSEDI, Handbuch Schmerzensgeld, 86 ff.

⁹⁵ Die Wende einleitend BGH 20.10.2009, VI ZR 53/09, NJW 2010, 606.

⁹⁶ Abkehr von der Vorjudikatur mit BGH 12.10.2004, VI ZR 151/03, BGHZ 160, 377 = NJW 2005, 51.

⁹⁷ Dazu CH. HUBER, Smart Repair, zfs 2015, 424 ff.

⁹⁸ WENTER, VGT 2012, 31, 35 f = zfs 2012, 243, 246 f.

gleich zu Österreich und Deutschland – zu gering.⁹⁹ Die Kaufkraftparität der Eidgenossenschaft liegt deutlich über den deutschsprachigen Nachbarn; die Aufwertung des CHF hat den Unterschied noch einmal akzeleriert. Was die Schweizer Rechtsprechung gegenüber minderbemittelten Rechtsordnungen – und das sind gegenüber der Schweiz fast alle – selbst für berücksichtigungsfähig ansieht, das sollte ihr in Bezug auf ihr eigenes Entschädigungsniveau zu denken geben.¹⁰⁰ Es muss nicht unbedingt die deutschen Werte erreichen, weil in der deutschen Rechtsordnung – mitunter wenig treffsicher – mit dem Pauschalbetrag des Schmerzensgeldes dort auch andere häufig als schwer greifbar angesehenen Nachteile mitabgegolten werden. Es sollte aber entsprechend der Kaufkraftparität *deutlich über dem österreichischen Niveau* liegen. Im Fokus sollten dabei *Personen* stehen, die im Verletzungszeitpunkt *mitte im Leben stehen* und bei denen die genuine Funktion des Schmerzensgeldes bzw. der Genugtuung, dass sich der Anspruchsteller damit *Erleichterungen und Annehmlichkeiten* verschaffen kann, um zumindest eine Linderung seiner Pein zu erzielen, auch tatsächlich umsetzbar ist. Sollte ein Lamento der Haftpflichtversicherer einsetzen, dass das nicht leistbar sei bzw. dann eben die Versicherungsprämien (deutlich) in die Höhe schnellen würden,¹⁰¹ sei erwähnt, dass die Aufwendungen der deutschen Haftpflichtversicherer für das – dort deutlich höhere – Schmerzensgeld bloss 1% ihrer Gesamtaufwendungen betragen; eine Anhebung des Niveaus namentlich bei mittelschweren und schweren Verletzungen würde sich auf die Prämienkalkulation allenfalls homöopathisch auswirken.¹⁰²

⁹⁹ So auch LANDOLT, HAVE 2015, 204, 206: «... die eine oder andere gesundheitsökonomische Null fehlt noch vor dem Komma des angemessenen Tagessatzes!»; ähnlich WILDHABER/LUDEWIG, HAVE 2015, 206, 211: Plädoyer für eine Erhöhung der Genugtuungssummen, insbesondere im Bereich der PTBS.

¹⁰⁰ WILDHABER/LUDEWIG, HAVE 2015, 206, 210: Eines der tiefsten innerhalb der europäischen Staaten – jedenfalls gemessen an der Kaufkraftparität.

¹⁰¹ Dazu LANDOLT, in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht II, Rz. 373.

¹⁰² So auch die Einschätzung von WENTER, VGT 2012, 31, 37 f. = zfs 2012, 243, 247, unter Bezugnahme auf die viel höheren italienischen Werte, bei denen freilich der Vermögenspersonenschaden – jedenfalls weitgehend – mit inkludiert ist.