

# NOMOSKOMMENTAR

# BGB

# Schuldrecht

**Band 2/1: §§ 241–610**  
**3. Auflage**

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb**, Universität zu Köln, Direktorin des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Richterin am Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen | **Prof. Dr. Werner Langen**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Mönchengladbach

in Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein



**Nomos**

Deutscher **Anwalt** Verein

**Zitiervorschlag:** NK-BGB/Bearbeiter § ... Rn ...

BGB

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

ISBN 978-3-8487-1102-4

Band 2/1: §§ 241–610  
3. Auflage

Herausgegeben von

Prof. Dr. Barbara Dauter-Lieb, Universität zu Köln, Direktorin des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Richterin am Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen | Prof. Dr. Werner Langen, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Mönch, an der Ruhr

in Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

3. Auflage 2016

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2016. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

DeutscherAnwaltverein

NOMOS



zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderliche Auskunft zu erteilen.<sup>173</sup> Hat zB ein **Handelsvertreter** unter Verstoß gegen ein **Wettbewerbsverbot** für Konkurrenzunternehmen vermittelt, kann dem Unternehmer daher zur Vorbereitung des Anspruchs auf Ersatz des entgangenen Gewinns ein Anspruch gegen den Handelsvertreter auf Auskunft über die verbotswidrig für Konkurrenzunternehmen vermittelten Geschäfte zustehen.<sup>174</sup> Ein Auskunftsanspruch, der den Gläubiger in die Lage versetzen soll, die für eine Schadensschätzung erforderlichen Anhaltspunkte für einen entgangenen Gewinn darzulegen, darf grundsätzlich auch nicht mit der Begründung verneint werden, es sei unwahrscheinlich, dass der Gläubiger mithilfe der erhaltenen Angaben entgangene Umsatzgeschäfte konkret darlegen könne.<sup>175</sup>

Entgangener Gewinn, der als gleichbleibender Hundertsatz einer bestimmten Summe (Zinsen) geltend gemacht wird, ist – nach der neueren Rechtsprechung des BGH – eine **Nebenforderung** (iSd § 4 Abs. 1 Hs 2 ZPO, § 43 Abs. 1 GKG) der ebenfalls eingeklagten Hauptforderung, die den **Streitwert nicht erhöht** und bei der Bemessung der mit der **Revision geltend zu machenden Beschwerde nicht zu berücksichtigen** ist.<sup>176</sup>

46

## § 253 Immaterieller Schaden

**(1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.**

**(2) Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.**

**Literatur:** *Adelmann*, Schmerzensgeld wegen des Miterlebens der schweren Verletzung oder Tötung eines anderen im Straßenverkehr, *VersR* 2009, 449; *Auer*, Das HWS-Trauma: Kausalzusammenhang aus biomechanischer und juristischer Sicht, *NZV* 2007, 273; *Bachmeier*, Die aktuelle Entwicklung bei der HWS-Schleudertrauma-Problematik, *DAR* 2004, 421; *Bamberger/Roth*, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 35. Edition 2015; v. *Bar*, Schmerzensgeld in Europa, *FS Deutsch* (1999) S. 27; *Becker/Castro/Hein/Schimmelpfennig*, „HWS-Schleudertrauma“ 2000 – Standortbestimmung und Vorausblick, *NZV* 2000, 225; *Benecke*, „Mobbing“ im Arbeitsrecht, *NZA-RR* 2003, 225; *Benecke*, Mobbing, 2005; *Benecke*, Mobbing: Persönlichkeitsschutz und Haftung des Arbeitgebers – Zugleich: Besprechung des Urteils des BAG vom 16.5.2007 (8 AZR 709/06), *RdA* 2008, 357; *Benkendorff*, Schmerzensgeld außerhalb des Schadensersatzrechts, Eine Untersuchung zur Anwendbarkeit des § 253 Abs. 2 BGB im Rahmen einer Geschäftsführung ohne Auftrag sowie im Falle des zivilrechtlichen Aufopferungsanspruchs nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB, 2009; *Benz/Sieger*, Schmerzensgeld im Verkehrsunfallprozess, *SVR* 2007, 335; *Berg*, Teilschmerzensgeldklagen, *NZV* 2010, 63; *Berz/Burmann*, Handbuch des Straßenverkehrsrechts idF. 33. Erg.Lief. (2015); *Bieszk*, Schadensersatzansprüche gegen Arbeitskollegen bei Mobbing – zugleich Untersuchung der Frage, ob das Recht am Arbeitsplatz ein „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist, 2007; *Bischoff*, Schmerzensgeld für Angehörige von Verbrechenopfern, *MDR* 2004, 557; *ders.*, Psychische Schäden als Unfallfolgen, *zfs* 2008, 122 = 46; *VGT* (2008), S. 111; *Böhm*, Das leidige Problem der HWS-Verletzung nach einem Verkehrsunfall und die Entwicklung der Rechtsprechung nach den Urteilen des BGH im Jahr 2008, *zfs* 2011, 423, 483; *Böhme/Biela*, Kraftverkehrs-Haftpflichtschäden, 25. Auflage, 2013; *Born*, Lohnt es sich, verrückt zu werden? – Die Haftung bei psychischen Folgeschäden, *FS Eggert* (2008) S. 251; *ders.*, Der „Dachschaden“ im Verkehrsrecht: Haftungsgrundsätze beim psychischen Folgeschaden, *r+s Sonderheft FS Lemcke* (2011) S. 14; *ders.*, Zweierlei Maß? – Der Einfluss von Geschlecht und Alter auf die Höhe des Schmerzensgeldes, *FS Jaeger* (2014) 207; *Born/Rudolf/Becke*, Die Ermittlung des psychischen Folgeschadens – der „BoRuBeck-Faktor“, *NZV* 2008, 1; *Brandt*, Die Behandlung von psychischen Folgeschäden im Schadensersatzrecht, *VersR* 2005, 616; *Brüggemeier*, „Verurteilt zur Zahlung von 1 €!“ – Ist nomineller Schadensersatz eine sinnvolle Ergänzung des deutschen Schadensrechts?, *FS Heinrichs* (1998) S. 79; *Büdwig/Gehrlein*, Haftpflichtrecht nach der Reform, 2003; *Burmann/Heß*, Das „Kreuz“ mit der (Hals-) Wirbelsäule, *NZV* 2008, 481; *van Bühren/Lemcke/Jahnke*, Anwalts-Handbuch Verkehrsrecht, 2. Auflage, 2012; *Bussmann*, Die prozessuale Durchsetzung von Schmerzensgeld, *MDR* 2007, 446; *Castro*, HWS-Distorsion und Erforderlichkeit eines Sachverständigengutachtens, *SVR* 2007, 451; *Castro/Mazzotti/Becke*, Replik auf Dipl.-Phys. Dr. Ulrich Löhle, Verletzungen der Halswirbelsäule (HWS) – neuester Stand (*zfs* 2000, 524), *zfs* 2001, 152; *Castro/Mazzotti/Becke*, Wissenswerte Informationen für eine interdisziplinäre Begutachtung beim „HWS-Schleudertrauma“ – eine „Wunschliste“ aus verkehrstechnischer und orthopädischer Sicht, *NZV* 2001, 112; *Ciupka*, Gedanken zum Problem der Schmerzensgeldrente, *VersR* 1976, 226; *Claussen*, Medizinische neurootologische Wege zum Lösen von Beweisfragen beim HWS-Schleudertrauma, *DAR* 2001, 337; *Coester*, Die tödliche Verletzung im Deliktsrecht, *FS Kaissis* (2012) 81; *Coester-Waltjen*, Der Ersatz immaterieller Schäden im Deliktsrecht, *Jura* 2001, 133; *Creutz*, Mobbing: Für Anwälte ein lukratives Geschäftsfeld?, *Anwaltsreport* 2002, 14; *Dahm*, Die Behandlung von Schockschäden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung – ihre Bedeutung im allgemeinen Schadensersatzrecht und in der Haftungsbeschränkung der gesetzlichen Unfallversicherung, *NZV* 2008, 187; *Dannert*, Rechtsprobleme bei der Feststellung und Beurteilung unfallbedingter Verletzungen der Halswirbelsäule, *NZV* 1999, 453; *ders.*, Schadensersatzforderungen nach unfallbedingter Verletzung der Halswirbelsäule (HWS), *zfs* 2001, 2, 50;

173 Vgl. BGH NJW 2007, 1806, 1807; 2014, 155 f.; 381, 382.

174 Vgl. BGH NJW 1996, 2097, 2098 (Warenvertreter); 2014, 381, 382 (Versicherungsvertreter); vgl. auch BGH NJW 2014, 155 f. (Franchise-Verhältnis).

175 Vgl. BGH NJW 2007, 1806, 1808; 2014, 381, 382.

176 Vgl. BGH NJW 2012, 2446, 2447; 2013, 3100, 3101; *VersR* 2015, 912. Krit. *Junglas*, *NJOZ* 2013, 1641.

*Däubler*, Sachen und Menschen im Schadensrecht, NJW 1999, 1611; *ders.*, Die Reform des Schadensersatzrechts, JuS 2002, 625; *Deutsch*, Über die Zukunft des Schmerzensgeldes, ZRP 1998, 291; *ders.*, Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, ZRP 2001, 351; *A. Diederichsen*, Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung, in: Homburger Tage 2004, S. 7 = VersR 2005, 433; *dies.*, Angehörigenschmerzensgeld „Für und Wider“, DAR 2011, 122; *Diehl*, Aktuelle Probleme des Schmerzensgeldes im Verkehrsrecht, zfs 2007, 10; *Dörr*, Die Erstattungsfähigkeit von Schockschäden, MDR 2015, 1209; *Dressler*, Neugewichtung bei den Schadensersatzleistungen für Personen- und Sachschäden?, VGT 1996, 192 = DAR 1996, 81; *Ebbing*, Ausgleich immaterieller Schäden, ZGS 2003, 223; *Ebert*, Schuld und Sühne(funktion) – Der Einfluss des Verschuldensgrads des Schädigers auf die Schmerzensgeldhöhe, FS Jaeger (2014) 269; *Eggert*, Schmerzensgeld aktuell, VA 2004, 24; *ders.*, Schadensersatz bei psychischen Schäden, VA 2005, 207; *ders.*, Prozessuale Besonderheiten beim Schmerzensgeld, VA 2007, 64; *ders.*, Aktuelle Fragen des Sachverständigenbeweises: Teil 2: Unfallfolgen, VA 2007, 120; *ders.*, Der Vorschadeneinwand des Schädigers im Haftpflichtprozess – Teil 2 Personenschaden, VA 2010, 60; *Eilers*, Psychische Schäden als Unfallfolgen, zfs 2009, 248; *Erm*, Vorteilsausgleichung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts (2013) *Eschelbach/Geipel*, Beweis- und Zurechnungsfragen bei der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit durch Verkehrsunfälle mit Blick auf HWS-Distorsionen, NZV 2010, 481; *Fleck*, Ansprüche bei einem Verkehrsunfall aus sozialrechtlicher Sicht – Teil I und II, NJW-Spezial 2010, 521, 585; *Foerste*, Schmerzensgeldbemessung bei brutalen Verbrechen, NJW 1999, 2951; *Franke/Strnad*, Zum zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch bei sexuellem Missbrauch, FamRZ 2012, 1535; *Freymann*, Das Schmerzensgeld bei Bagatellverletzungen – Was ist aus dem Fortentwicklungsauftrag des Gesetzgebers aus dem Jahr 2002 geworden?, FS Jaeger (2014) 296; *Geigel*, Der Haftpflichtprozess, 27. Auflage 2015; v. *Gerlach*, Die prozessuale Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen, VersR 2000, 525; *Gontard*, Schmerzensgeld für Angehörige, DAR 1990, 375; *Göpfert/Siegrist*, Stalking – Nach Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auch ein Problem für Arbeitgeber?, NZA 2007, 473; *Götschalk*, Hat das Sechste Strafrechtsreformgesetz Auswirkungen auf das Schmerzensgeldniveau?, NJW 1999, 3764; *Greger/Zwickel*, Haftungsrecht des Straßenverkehrs, 5. Auflage 2014; *Griese*, Haftung und Schmerzensgeld im Arbeitsverhältnis – rechtlich und rechtspolitisch, SVR 2004, 406; *Grunewald/Nugel*, Problemfeld Schmerzensgeld, VRR 2014, 4; *Gülpen*, Schmerzensgelderhöhung bei verzögerter Schadensregulierung, SVR 2008, 134; *Hacks/Wellner/Häcker*, Schmerzensgeld-Beträge, 33. Auflage 2015; v. *Hadeln*, Das Trauma mit der HWS, NZV 2001, 457; *Halm*, Überschreitung der 1 Millionen-Schmerzensgeldgrenze, DAR 2001, 430; *Halm/Scheffler*, Schmerzensgeldrente und Abänderungsklage nach § 323 ZPO, DAR 2004, 71; *Halm/Staab*, Posttraumatische Belastungsstörungen nach einem Unfallereignis, DAR 2009, 677; *Halm/Steinmeier*, Wechselwirkungen zwischen Arbeitsrecht und Straßenverkehr, DAR 2005, 481; *Henne*, Gesamtschuldnerschaft beim Schmerzensgeldanspruch trotz ausgeschlossener Kausalität?, NJW 2001, 1472; *ders.*, Schmerzensgeldansprüche nach Sexualtaten – Anmerkungen zu den geplanten Reformen im Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, ZRP 2001, 493; *ders.*, „Gedruckt gelogen ist teurer als tatsächlich getan“ und andere aktuelle Probleme beim Schmerzensgeldanspruch nach Sexualtaten, Jura 2002, 335; *Herr*, Das Schmerzensgeld im Zugewinnausgleich, NJW 2008, 262; *Heß*, Das Schmerzensgeld, zfs 2001, 532; *ders.*, Noch einmal: Psychische Erkrankungen nach Unfallereignissen – HWS- und die posttraumatische Belastungsstörung, NZV 2001, 287; *Heß/Buller*, Der Kinderunfall und das Schmerzensgeld nach der Änderung des Schadensrechtes, zfs 2003, 218; *Heß/Burmann*, Die Ersatzfähigkeit psychischer (Folge-)schäden nach einem Verkehrsunfall, NJW-Spezial 2004, 15; *dies.*, Das Schmerzensgeld bei schweren Verletzungen, NJW-Spezial 2005, 207; *dies.*, Die Feststellungsklage im Schadensersatzprozess, NJW-Spezial 2005, 255; *dies.*, Der unbezifferte Klageantrag, NJW-Spezial 2006, 63; *dies.*, Gesamtschuldnerausgleich und Verjährung, NJW-Spezial 2010, 393; *dies.*, Die Schmerzensgeldrente, NJW-Spezial 2012, 265; *Himmelreich/Halm*, Handbuch der KFZ-Schadensregulierung 3. Aufl. (2015); *Höher/Mergner*, Keine haftungsrechtliche Bindungswirkung der im Adhäsionsverfahren ergangenen Entscheidung, NZV 2013, 373; *Höfmann/Uhrich*, Der Verkehrsunfallprozess, JURA 2011, 643; *Hohmann*, Rechtliche Voraussetzungen des Mobbingvorwurfs und gerichtlicher Prüfungsumfang, NZA 2006, 530; *Höke*, Die Schmerzensgeld Diskussion in Deutschland: Bestandaufnahme und europäischer Vergleich, NZV 2014, 1; *Hoppenstedt/Stern*, Einführung eines Anspruchs auf Angehörigenschmerzensgeld, ZRP 2015, 18; *Ch. Huber*, Schmerzensgeld ohne Schmerzen bei nur kurzzeitigem Überleben der Verletzung im Koma – eine sachlich gerechtfertigte Transferierung von Vermögenswerten an die Erben?, NZV 1998, 345; *ders.*, Das neue Schadensersatzrecht, 2003; *ders.*, Behinderungsbefreiung Umbau – hat es der Schlossherr besser?, NZV 2005, 620; *ders.*, Höhe des Schmerzensgeldes und ausländischer Wohnsitz des Verletzten, NZV 2006, 169; *ders.*, Regulierung von HWS-Schäden in Österreich und Deutschland – Anmerkung zur BGE vom 17.11.2009 (4A\_494/2009), HAVE 2010, 309; *ders.*, Neuere Entwicklungen beim Personenschaden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Deutschlands und Österreichs, Personen-Schaden-Forum 2010, 253; *ders.*, Abgrenzungen und Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Schadensposten, r+s Sonderheft 2011, 34; *ders.*, Kein Angehörigenschmerzensgeld de lege lata – Deutschland auch künftig der letzte Mohikaner in Europa oder ein Befreiungsschlag aus der Isolation, NZV 2012, 5; *ders.*, Die Schmerzensgeldrente – bloß eine alternative Abgeltungsform?, FS E. Lorenz (2014) 603; *ders.*, Über den Stellenwert von Blech und Blut im deutschen Schadensrecht – Akzentverschiebungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, FS Jaeger (2014) 309; *ders.*, Das Lebensalter des Verletzten – eine Bemessungsdeterminante beim Schmerzensgeld?, demnächst in 5. Düsseldorferverkehrsrechtsforum – Aktuelles zum Personenschadensrecht (2016) = VersR 2016 (Heft 3); *ders.*, Die Entschädigungshöhe des Schmerzensgeldes in Deutschland und Österreich im Vergleich zur Genugtuung in der Schweiz, HAVE 2015, 258; *M. Huber*, Psychische Unfallfolgen, SVR 2008, 1; *Horst/Katzenstein*, Die Bindung der Gerichte nach § 108 SGB VII, VersR 2009, 165; *Hugemann*, Der Tinnitus als Unfallfolge: Physischer oder psychischer Schaden? – Parallelen zur HWS-Rechtsprechung, NZV 2003, 406; *ders.*, Wenn nach dem Knall das Pfeifen kommt – Tinnitus nach Verkehrsunfällen, NJW-Spezial 2005, 111; *Jaeger*, Höhe des Schmerzensgeldes bei tödlichen Verletzungen im Lichte der neueren Rechtsprechung des BGH, VersR 1996, 1177; *ders.*, Klageantrag bei der Geltendmachung von Schmerzensgeld, MDR 1996, 688; *ders.*, Schmerzensgeld bei Zerstörung der Persönlichkeit und bei alsbaldigem Tod, MDR 1998, 450; *ders.*, Schockschaden, PVR 2003, 274; *ders.*, Neuregelung des Schmerzensgeldanspruchs durch das zweite Schadensrechtsänderungsgesetz, ZAP 2003, Fach 2, 383; *ders.*, Bemessung des Schmerzensgeldes bei der Haftung aus Gefährdungshaftungstatbeständen, ZGS 2004, 217; *ders.*, Schmerzensgeld – Die Genugtuungsfunktion hat ausgedient, FS E. Lorenz (2004) S. 377; *ders.*, Geltendmachung von Schmerzensgeld für Schockschäden beim Tod naher Angehöriger, VRR 2005, 10; *ders.*, Entwicklung der Rechtsprechung zum HWS-Schleudertrauma, VersR 2006, 1611; *ders.*, Neue Rechtsprechung zum HWS-Schleudertrauma, ZAP

2008, 1305; *ders.*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum HWS-Schleudertrauma, FS Eggert (2008) S. 213; *ders.*, Das HWS-Schleudertrauma als Gesundheitsverletzung, VRR 2009, 2; *ders.*, Höchstes Schmerzensgeld – ist der Gipfel erreicht?, VersR 2009, 159; *ders.*, Bemessung des Schmerzensgeldes nach den wirtschaftlichen Verhältnissen des Schädigers, VRR 2011, 404; *ders.*, Schmerzensgeld für Angehörige, VRR 2012, 4; *ders.*, Entwicklung der Rechtsprechung zu hohen Schmerzensgeldern, VersR 2013, 134; *Jaeger*, Schmerzensgeldbemessung bei Todesangst, VersR 2015, 1345; *Jaeger/Luckey*, Das neue Schadensersatzrecht, 2002; *dies.*, Das zweite Schadensrechtsänderungsgesetz – Ein Überblick über das neue Recht, MDR 2002, 1168; *dies.*, Schmerzensgeldansprüche bei Mobbing, ZAP 2004, Fach 17, 785; *dies.*, Schmerzensgeld; 7. Auflage 2014; *Jahnke*, Schadensrechtliche Aspekte der Schmerzensgeldrente – Zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG Brandenburg vom 9.2.2006 (12 U 116/05), r+s 2006, 228; *Jahnke/Burmann*, Handbuch des Personenschadensrechts (2016); *Janssen*, Das Angehörigenschmerzensgeld in Europa und dessen Entwicklung. Verpasst Deutschland den Anschluss?, ZRP 2003, 156; *ders.*, Der Ersatz von Schock- und Trauerschäden naher Angehöriger in den Niederlanden, VersR. A1 2003, 28; v. *Jeinsen*, Das Angehörigenschmerzensgeld, zfs 2008, 61; *Kadner Graziano*, Schmerzensgeld für Angehörige – Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden?, ZEuP 1996, 135; *ders.*, Angehörigenschmerzensgeld im europäischen Privatrecht – die Schere schließt sich, ZEuP 2002, 834; *ders.*, Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld – die Würfel fallen, RIW 2015, 549; *Katzenmeier*, Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgeld, JZ 2002, 1029; *ders.*, Schuldrechtsmodernisierung und Schadensrechtsänderung – Umbruch in der Arzthaftung, VersR 2002, 1066; *Keiser*, Schadensersatz und Schmerzensgeld bei Stalking, NJW 2007, 3387; *Keller*, Ein Konzept zur Umsetzung der Ausgleichsfunktion bei der Bemessung des Schmerzensgeldes (2014); *Kern*, Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes – ein pönales Element im Schadensrecht, AcP 191 (1991), 247; *ders.*, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnempfindungen?, FS Gitter (1995) S. 447; *Kilián*, Die deliktische Verantwortlichkeit Minderjähriger nach § 828 BGB n.F., ZGS 2003, 168; *ders.*, Schadensersatz bei Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung: Der reformierte § 825 BGB, JR 2004, 309; *Klingei*, Schmerzensgeld für Hinterbliebene von Verkehrsofern?, NZV 2005, 290; *Klutinius/Karwatzki*, Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Personenschäden, MDR 2006, 667; *Knoche/Biersack*, Abänderungsfragen nach § 323 ZPO auf Grund geänderter Rechtsprechung, MDR 2005, 12; *Koziol*, Die Bedeutung des Zeitfaktors bei der Bemessung ideeller Schäden, FS Hausheer (2002) 597; *Kramer*, Schockschäden mit Krankheitswert – noch offene Fragen?, FS Koziol (2010), 743; *Krumholz*, HWS-Verletzungen in der gerichtlichen Praxis, DAR 2004, 434; *Kuhn*, HWS-Verletzungen in der Schadensregulierung, DAR 2001, 344; *ders.*, Angehörigenschmerzensgeld, SVR 2012, 288; *Kuhn*, Das Angehörigenschmerzensgeld – Situation in Deutschland und anderen europäischen Ländern, FS Jaeger (2014) 345; *Kullmann*, Immaterieller Schadensersatzanspruch des Patienten bei Diagnosemitteilung des Arztes an Abrechnungsstellen, Krankenkassen und Versicherungen trotz Widerspruch des Patienten, MedR 2001, 343; *Küppersbusch*, Probleme bei der Regulierung von Personenschäden, r+s 2002, 221; *ders.*, Aktuelle Fragen beim Regress des Sozialversicherungsträgers nach § 110 SGB VII, NZV 2005, 393; *Küppersbusch/Höher*, Ersatzansprüche bei Personenschaden, 11. Auflage 2013; *Landolt*, Haftung für Schockschäden von Angehörigen aus rechtsvergleichender Sicht, FS Jaeger (2014) 355; *J. Lang*, Die Beschränkung zivilrechtlicher Haftungsansprüche nach § 106 SGB VII – eine Besprechung der höchstrichterlichen Rechtsprechung anhand von Fallbeispielen, zfs 2005, 371; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Auflage 2003; *Laschke*, Haftungsfallen im Verkehrszivilrecht, AnwBl 2007, 372; *Lehmacher*, Die Berücksichtigung des fiktiven Schmerzensgeldanspruchs des Geschädigten beim Regress des Sozialversicherungsträgers nach § 110 SGB VII, NZV 2006, 63; *Lemcke*, Das „HWS-Schleudertrauma“ aus juristischer Sicht, NZV 1996, 337; *ders.*, Schmerzensgeld für Zukunftsschäden und zeitliche Begrenzung, r+s 2000, 309; *ders.*, Unfallbedingte HWS-Beschwerden und Haftung, r+s 2003, 177; *ders.*, Die gestörte Gesamtschuld in der Personenschadensregulierung, r+s 2006, 52; *ders./Heß*, Der Regress des Sozialversicherers nach § 110 SGB VII, r+s 2007, 221; *Manfred Lepa*, Schmerzensgeld – Mitverschulden, 1990; *ders.*, Auffälligkeiten des Haftpflichtprozesses in unserer Zeit, VersR 2001, 265; *ders.*, Die Wandlung des Schmerzensgeldanspruchs und ihre Folgen, FS G. Müller (2009) S. 113; *Meike Lepa*, Haftungsbeschränkungen bei Personenschäden nach dem Unfallversicherungsrecht – Eine kritische Analyse der Neuregelung in §§ 104 ff SGB VII, 2004; *Löhle*, HWS-Problematik, zfs 1997, 441; *ders.*, Verletzungen der Halswirbelsäule (HWS) – neuester Stand, zfs 2000, 524; *Löwe*, Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht, 2000; *E. Lorenz*, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 1981; *ders.*, Schmerzensgeld für die durch eine unerlaubte Handlung wahrnehmungs- und empfindungsunfähig gewordenen Verletzten?, FS Wiese (1998) S. 261; *ders.*, Einige Bemerkungen zur Struktur des Anspruchs auf Ersatz von Schockschäden, FS G. Müller (2009) S. 147; *Luckey*, Die Haftungserleichterung und Konsequenzen für den Gesamtschuldnerregress, VersR 2002, 1213; *ders.*, Der Schmerzensgeldprozess im Verkehrsunfallrecht, VRR 2005, 44; *ders.*, Die Berücksichtigung von Präjudizien bei der Bemessung von Schmerzensgeld – Fanfare for the Common Law?, FS Eggert (2008) S. 181; *ders.*, Schmerzensgeld für HWS-Verletzungen, SVR 2010, 174; *ders.*, Talking 'bout my generation – der Einfluss des Alters des Verletzten auf die Schmerzensgeldbemessung, SVR 2011, 406; *Luckey*, He blew his mind out in a car... Ansprüche naher Angehöriger beim Unfalltod, SVR 2012, 1; *ders.*, Personenschaden (2013); *ders.*, Schmerzensgeldtabellen – Sinnhaftigkeit und Grenzen, VGT 2014; 33 = SVR 2014, 125; *Ludolph*, Die Bedeutung des ersten Verletzungserfolges für das sog. Schleudertrauma, SP 2005, 86; *ders.*, Das „Schmerzgutachten“ im Haftpflichtrecht, SP 2006, 92; *Ludovisy/Eggert/Burhoff*, Praxis des Straßenverkehrsrechts, 6. Auflage 2015; *Macke*, Aktuelle Tendenzen bei der Regulierung von Unfallschäden, DAR 2000, 505; *Mazzotti/Castro*, „Out Of Position“ ein verletzungsfördernder Faktor beim „HWS-Schleudertrauma“?, SP 2002, 9; *Mazzotti/Kandaouoff/Castro*, „Überraschungseffekt“ – ein verletzungsfördernder Faktor für die HWS bei der Heckkollision?, NZV 2004, 335; *Merk*, Angehörigenschmerzensgeld: Schließen wir endlich die Gerechtigkeitslücke im deutschen Haftungsrecht!, DRiZ 2012, 118; *Morgemroth*, Neues Schadensersatzrecht in der Praxis, 42. VGT 2004, 183; *G. Müller*, Zum Ausgleich des immateriellen Schadens nach § 847 BGB, VersR 1993, 909; *dies.*, Die Schmerzensgeldrechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Hornburger Tage 1994, S. 7; *dies.*, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozess, NJW 1997, 3049; *dies.*, Spätschäden im Haftpflichtrecht, VersR 1998, 129; *dies.*, Spielregeln für den Arzthaftungsprozess, DRiZ 2000, 259; *dies.*, Das reformierte Schadensersatzrecht, VersR 2003, 1; *dies.*, Das neue Schadensersatzrecht, DRiZ 2003, 167; *dies.*, Der HWS-Schaden – Bestandsaufnahme und Perspektiven, VersR 2003, 137; *dies.*, „HWS-Schaden und psychischer Folgeschaden im Prozess“, FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169; *S. Müller*, Überkompensatorische Schmerzensgeldbemessung? Ein Beitrag zu den Grundlagen des § 253 Abs. 2 BGB n.F. (2007); *ders.*, Zur Reichweite der Schmerzensgeldhaftung – Zugleich eine Anm. zum Urteil des BGH vom 23.7.2010 (V ZR 142/09) „Bergbau-Phobie“, ZGS 2010, 538; *ders.*, Zur Reichweite der Schmer-

zengeldhaftung, ZGS 2010, 538; Müller-Glöge/Preis/I. Schmidt, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>16</sup> (2016); Neuner, Das Schmerzensgeld, JuS 2013, 577; Nehlsen-v. Stryk, Schmerzensgeld ohne Genugtuung, JZ 1987, 119; Nixdorf, Mysterium Schmerzensgeld – Was ist das Besondere an den Ansprüchen auf Ersatz immaterieller Schäden?, NZV 1996, 89; Nothoff, Voraussetzungen der Schmerzensgeldzahlung in Form einer Geldrente, VersR 2003, 966; ders., Schmerzensgeldbemessung im Falle alsbaldigen Versterbens des Geschädigten, r+s 2003, 309; Nothoff/Ernst, Das Regulierungsverhalten des Haftpflichtversicherers – (k)ein Kriterium für eine etwaige Schmerzensgelderhöhung?!, VRR 2014, 284; Nugel, Beweisführung bei unfallbedingter Verletzung der Halswirbelsäule, NJW-Spezial 2010, 329; ders., Haftungsausschlüsse im Straßenverkehr, NZV 2011, 1; Opiel, Schmerz lass nach – altes Problem – neues Urteil, DAR 2004, 436; Ott/Schäfer, Schmerzensgeld bei Körperverletzungen – Eine ökonomische Analyse, JZ 1990, 563; Palandt, 74. Auflage 2015; Pauker, Die Berücksichtigung des Verschuldens bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, VersR 2004, 1391; Peck, § 110 SGB VII – Probleme bei der Auslegung und kein Ende?, SP 2005, 123; Pflüger, Schmerzensgeld für Angehörige (2005); Pribnow/Benjamin, Regulierungsverhalten als Genugtuungsfaktor, FS 50 Jahre Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (2010) S. 467; Prütting/Gielen, Prozessuale Probleme bei der Schmerzensgeldklage, NZV 1989, 329; Quarech, Psychische Schäden als Unfallfolge, SVR 2008, 13; Quaisser, Die Zukunft des „Schockschadens“ nach den Urteilen BGH vom 27.1.2015, Az VI ZR 548/12 und BGH 10.2.2015, Az VI ZR 8/14, NZV 2015, 465; Quirimbach, Erhöhung des Schmerzensgeldes bei inadäquater Schadensregulierung? Eine Rechtsprechungsübersicht, zfs 2013, 670; Ratajczak (Hrsg.), Risiko Aufklärung: Schmerzensgeld trotz Behandlungserfolg – wohin führt die Rechtsprechung?, 2001; Rehborn, Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht, MDR 2000, 1101; Reidel, Ansprüche näher Angehöriger von Unfallopfern, VGT 2012, 1; Richardi, Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, 1004; Rieble/Klumpp, Mobbing und die Folgen, ZIP 2002, 369; Riedmeyer, Problemfeld: Schmerzensgeld – Blick nach Europa VGT 2014, 41; Rolle, Aktuelles zum Schmerzensgeld, VRR 2010, 124; C. Schah M. Sedi/Schah Sedi, Das verkehrsrechtliche Mandat? Band 5 (2014); v. Sachsen-Gessaphe, Verbessertes Opferschutz im Straßenverkehr und beim Schmerzensgeld, Jura 2007, 481; ders., Der Tod in der Wasserrutsche: Schmerzensgeld bei konkurrierender vertraglicher und deliktischer Haftung, FS Eisenhardt (2008) S. 301; Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Auflage 2012; Schäfer/Baumann, Die neue Rechtsprechung des BGH zum Schadensersatz für psychische Folgeschäden nach Unfällen, MDR 1998, 1080; Scheffen, Aktuelle Fragen zur Höhe des Schmerzensgeldes, NZV 1994, 417; Scheffen, Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes für Verletzungen aus Verkehrsunfällen, ärztlichen Kunstfehlern und Produzentenhaftung, ZRP 1999, 189; Scheffen/Pardey, Schadensersatz bei Unfällen mit Minderjährigen, 2. Auflage 2003; Schiemann, Vorteilsausgleich beim Schmerzensgeld, FS Jaeger (2014) 411; Schirmer, Neues Schadensersatzrecht in der Praxis – Haftung, Schmerzensgeld, Sachschaden, DAR 2004, 21; R. Schmid, Neue Haftungsrisiken bei Personenschäden im Luftfahrtbereich, VersR 2002, 26; ders., Amerikanisierung des Anspruchsdenkens – am Beispiel von Luftfahrt-Großschäden, AnwBl 2003, 672; Schreier, Zögerliches Regulierungsverhalten von Versicherern – Eine Bestandsaufnahme der Schadensregulierung nach geltendem Recht, VersR 2013, 1232; Schröder, Nachweis einer unfallbedingten HWS-Distorsion, SVR 2009, 89; Schubert, Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht (2012); Schulte-Nölke, Kein Schmerzensgeld: bei bergbaubedingten Erdschütterungen? ZGS 2010, 433; Schumann/Nugel, Schadensersatz bei Personenschäden mit Vorerkrankungen oder „psychischer Vorbelastung“, VRR 2013, 244; Schwintowski, Der Anspruch auf Ersatz des Schadens durch (verzögerte) Schadensregulierung, FS Jaeger (2014) 421; Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi, Angehörigenschmerzensgeld – Überwindung eines zivilrechtlichen Dogmas, zfs 2012, 6; dies., Handbuch Schmerzensgeld (2013); Slizyk, Juxta non calculat – oder doch? SVR 2014, 10; ders., Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle<sup>12</sup> (2015); Spickhoff, Schmerzensgeld und einstweilige Verfügung, VersR 1994, 1155; ders., Folgenrechnung im Schadenersatzrecht: Gründe und Grenzen, Karlsruher Forum 2007 (39), 7; Spindler/Rieckers, Die Auswirkungen der Schuld- und Schadensrechtsreform auf die Arzthaftung, JuS 2004, 272; Staab, Psychisch vermittelte und überlagerte Schäden – Zugleich Bespr. des HWS-Urteils des BGH vom 28.1.2003 (VI ZR 139/02), VersR 2003, 474; ders., Die Entwicklung der BGH-Rechtsprechung zum HWS-Schleudertrauma seit 1996: Zugleich eine Würdigung der juristischen Weitsicht von Hermann Lemcke, r+s Sonderheft 2011, 107; Staudinger, Vom Aufbau des § 844 Abs 2 S 1 BGB, über den erleichterten Nachweis eines Schockschadens bis hin zur Angehörigenentschädigung, DAR 2012, 280; ders., § 844 Abs 2 S 1, Ersatz von Schockschäden sowie Angehörigenentschädigung de lege lata und de lege ferenda, VGT 2012, 11; Steffen, Die Aushilfeausgaben des Schmerzensgeldes, FS Odersky (1996) S. 723; ders., Die Balance zwischen „Tätern“ und „Opfern“ im Verkehrsrecht ist gefährdet, ZRP 1998, 147; ders., Das Schmerzensgeld im Wandel eines Jahrhunderts, DAR 2003, 201; ders., Von Grenzen, Lücken und Schwarzen Löchern im Verkehrsopferschutz durch Schadensersatz, FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 145; Stevens, Psychische Schäden als Unfallfolgen, 46. VGT (2008), 122; Stiegler, Schmerzensgeld für Schock- und Trauerschäden (2009); Stöber, Haftungsausschluss nach § 104 SGB VII in den Fällen der Pannen- oder Unfallhilfe, NZV 2007, 57; Stöhr, Haftungsprivileg bei einer gemeinsamen Betriebsstätte und bei Verkehrsunfällen, VersR 2004, 809; ders., Psychische Schäden als Unfallfolgen – Rechtsprechung zu psychischen Schäden, 46. VGT (2008), 122; ders., Ausgewählte Fragen zum Verschulden gegen sich selbst, Homburger Tage 2009, 7 = zfs 2010, 62; ders., Psychische Gesundheitsschäden und Regress, NZV 2009, 161; Taupitz, Der deliktische Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile, NJW 1995, 745; Terbille, Die Schmerzensgeldteilklage – anwaltliche Pflicht oder risikobehaftet?, VersR 2005, 37; Thüsing, Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch, VersR 2001, 285; Trenk-Hinterberger, Schockschäden bei Sekundäröpfen von Gewalttaten – Rechtsfortbildung in der Judikatur des 9. Senats, FS 50 Jahre BSG (2005), S. 745; Uhlenbruck, Schmerzensgeld wegen HIV-Test ohne Einwilligung des Patienten, MedR 1996, 206; Unterreitmeier, Die Restitution von Schmach und Schmerzen, JZ 2013, 425; Vatter, Der Regress der Sozialversicherungsträger gemäß § 110 SGB VII, r+s Sonderheft 2011, 122; von Mayenburg, Die Bemessung des Inkomensurablen (2012); Vise, Die Bewertung der Anknüpfungstatsachen bei HWS-Verletzungen, SP 2003, 196; Vormdran, Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei Tötung naher Angehöriger – Ein Diskussionsvorschlag, ZRP 1988, 293; Voß, Die Durchkreuzung des manifestierten Familienplanes als deliktische Integritätsverletzung, VersR 1999, 545; Vrzal, Die Entwicklung des Schmerzensgeldanspruchs anhand der neueren Rechtsprechung, VersR 2015, 284; Wagner, Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen, VersR 2000, 1305; ders., Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, NJW 2002, 2049; ders., Das neue Schadensersatzrecht, 2002; ders., Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven, JZ 2004, 319; ders., Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352; ders., Schadenersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, Karlsruher Forum 2006, 5; ders.,

Angehörigenschmerzensgeld, FS Stürner (2013) 231; *Waltermann*, Änderungen im Schadensrecht durch das neue SGB VII, NJW 1997, 3401; *Wedig*, „Harmlosigkeitsgrenze“ bei HWS-Verletzungen, DAR 2003, 393; *ders.*, HWS-Schleudertrauma und gesetzliche Unfallversicherung, DAR 2004, 441; *Wellner*, Sozialversicherungsrechtliche Haftungsaus-schlüsse im Straßenverkehr, NJW-Spezial 2009, 402; *Wenker*, Transparenz und Akzeptanz des Schmerzensgeldanspruchs, VGT 2014, 51 = NZV 2014, 251; *Wenter*, Schadensrecht, VGT 2012, 31; *Wenter/Müller*, Die Ansprache naher Angehöriger von Unfallopfern im italienischen Schadensrecht, zfs 2012, 243; *Wessels/Castro*, Ein Dauerbrenner: Das „HWS-Schleudertrauma“ – Haftungsfragen im Zusammenhang mit psychisch vermittelten Gesundheitsbeeinträchtigungen, VersR 2000, 284; *Wickler*, Ausgleich von immateriellen Schäden bei mobbingbedingten Persönlichkeits- und Gesundheitsverletzungen, ArbuR 2004, 87; *Wiedemann*, Verzögerte Schmerzensgeldzahlung durch Haftpflichtversicherung, NVersZ 2000, 14; *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, Überlegungen zur Verbesserung der zivilrechtlichen Rechtsstellung der Angehörigen von Unfallopfern, NZV 2012, 471; *Wussow*, Unfallhaftpflichtrecht, 16. Auflage 2014; *Zeytin*, Zur Problematik des Schmerzensgeldes, 2001; *Ziegert*, Die Rolle des Rechtsanwalts im Kfz-Haftpflichtfall, dargestellt am Beispiel der HWS-Verletzung, MittBl der Arge VerkR 2005, 6; *Ziegler/Ehl*, Bein ab – arm dran. Eine Lanze für höhere Schmerzensgelder in Deutschland, JR 2010, 1; *Zwickel*, Schockschaden und Angehörigenschmerzensgeld: Neues vom BGH und vom Gesetzgeber, NZV 2015, 214; *Zoll*, Vermehrte Bedürfnisse Schwerstverletzter, Homburger Tage 2013, 7; *ders.*, Schadensregulierung bei vermehrten Bedürfnissen Schwerstverletzter, NJW 2014, 967; *ders.*, Probleme bei Heilbehandlungskosten und vermehrten Bedürfnissen in Abgrenzung zum Schmerzensgeld FS Jaeger (2014) 473.

<b>A. Begriff</b> .....	1	<b>E. Die einzelnen Rechtsgüter</b> .....	41
<b>B. Regel-Ausnahme-Verhältnis</b> .....	3	<b>I. Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung, nicht aber der Tod</b> .....	41
I. Regel (Abs. 1) .....	4	1. Der Kernbereich .....	41
II. Ausnahmen (Abs. 2) .....	6	2. Sonderfälle .....	42
III. Verhältnis zum Vermögensschaden .....	9	a) HWS-Verletzungen .....	42
IV. Begrenzung oder Ausschluss des Schmerzensgeldanspruchs .....	11	aa) Beweismaß bei Primärverletzung und Folgeschaden .....	43
1. Begrenzung: Anspruch gegen den Entschädigungsfonds der Verkehrsofferhilfe (§ 12 Abs. 2 S. 1 PflVG) .....	11	bb) Mitwirkung welcher Sachverständigen .....	44
2. Ausschluss: §§ 104 ff SGB VII (Arbeitsunfall) sowie öffentlich-rechtliche Versorgungsgesetze .....	12	cc) Stellenwert anderer Beweismittel .....	45
<b>C. Die Neupositionierung des Schmerzensgeldes nach dem 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz</b> .....	15	dd) Psychische Schäden .....	46
I. Verschiebung vom Deliktsrecht in das Schadensrecht .....	15	b) Besondere Probleme bei der Zurechnung .....	47
II. Vertrag oder vorvertragliches Schuldverhältnis .....	16	aa) Überholende Kausalität oder Kürzung nach Billigkeit .....	47
III. Gefährdungshaftung .....	18	bb) Arten von Neurosen .....	48
IV. Billigkeitshaftung gem. § 829 .....	19	cc) Einfluss von Vorschäden .....	50
V. Sonstige Anspruchsgrundlagen .....	21	dd) (Auch) von einem Zweitschädiger verursachte Folgeschäden .....	51
VI. Inkrafttreten der Neuregelung .....	22	c) Ungewollte Schwangerschaft .....	53
<b>D. Der Anspruch auf Schmerzensgeld – ein Schadensersatzanspruch eigener Art</b> .....	23	d) Vernichtung einer Spermakonzerve bzw einer Eizelle .....	55
I. Die Funktionen des Schmerzensgeldes .....	23	II. Sexuelle Selbstbestimmung .....	56
1. Allgemeines .....	23	III. Mobbing .....	59
2. Ausgleichsfunktion – Sphäre des Verletzten .....	24	IV. Stalking .....	61
3. Genugtuungsfunktion – Bemessungsdeterminanten aus der Sphäre des Ersatzpflichtigen .....	27	<b>F. Ersatz bloß des unmittelbar Beeinträchtigten</b> .....	62
4. Gewichtung dieser beiden Funktionen .....	28	I. Kein Ersatz eines Drittschadens .....	62
5. Auswirkungen für die Bemessung des Umfangs .....	29	II. Schockschaden .....	64
a) Kein geringeres Schmerzensgeld nach der Gefährdungshaftung .....	29	1. Begriff .....	64
b) Genugtuungsfunktion nur noch Bedeutung bei Vorsatzdelikten und bei größter Fahrlässigkeit .....	30	2. Voraussetzung für Ersatzfähigkeit des Drittschadens .....	65
6. Präventionsfunktion .....	31	3. Ausmaß der Beeinträchtigung .....	66
II. Mitverschulden bzw Zurechnung der Betriebsgefahr .....	32	4. Personenkreis: nahe Angehörige .....	67
1. Keine Kürzung nach Haftungsquoten, sondern eine Bemessungsdeterminante unter mehreren .....	32	5. Größenordnung .....	68
2. Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2) .....	36	6. Abhängigkeit von (fiktivem) Anspruch des Getöteten – Rechtfertigungsgrund, Deliktsunfähigkeit, Mitverschulden des Getöteten oder Haftungsausschluss .....	69
3. Kürzung auch bei deliktsunfähigem Kind (§ 828) .....	37	III. Bisher kein Angehörigenschmerzensgeld .....	71
4. Gestörte Gesamtschuld .....	38	1. Kein Ersatz für bloße Trauer .....	71
III. Mehrere Schädiger .....	40	2. Initiativen für eine Änderung der Gesetzeslage .....	71a
		3. Nur bei Tötung oder auch schwer(st)er Verletzung .....	71b
		4. Systematische Platzierung .....	71c
		5. Kreis der Anspruchsberechtigten .....	71d
		6. Festsetzung der Höhe – durch Gesetzgeber oder Gericht .....	71e
		7. Berücksichtigung des Mitverschuldens des primär Anspruchsberechtigten .....	71f
		<b>G. Bemessungsdeterminanten</b> .....	72
		I. Stellung des Sachverständigen .....	72

II. Besonders freie Stellung des Tatrichters gem. § 287 ZPO	73	c) Wirtschaftliche Verhältnisse bzw. Tragung des Schadens durch eine Haftpflichtversicherung	11
III. Geringfügigkeitsschwelle	74	d) Straferichterliche Verurteilung	12
1. Allgemeines	74	e) Abwicklungsverhalten – ungebührliche Verzögerung der Regulierung durch den Haftpflichtversicherer	12
2. Körperverletzung	75	<b>H. Form der Ersatzleistung: Kapital oder Rente</b>	12
3. Freiheit	79	I. Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen den Ersatzformen Kapital und Rente	12
IV. Vergleichbarer Zuspruch bei vergleichbaren Verletzungen – Schmerzensgeldtabellen	80	II. Gleiche Gesamtbelastung durch Kapital und Rente	13
V. Umstände des Einzelfalls	84	III. Ausgewogenes Verhältnis zwischen Kapital und Rente	13
1. Familiäre Beziehung und/oder Gefälligkeitsverhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger	85	IV. Möglichkeit einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO – behauptete Unzulässigkeit einer dynamischen Rente	13
2. Person des Geschädigten	89	<b>I. Übertragbarkeit des Schmerzensgeldanspruchs</b>	13
a) Ausmaß und Intensität der Schmerzempfindungen	89	<b>J. Kein Übergang auf Sozialversicherungsträger</b>	13
b) Verlauf und Ergebnis des Heilungsprozesses	90	<b>K. Gerichtliche Geltendmachung</b>	14
c) Verletzung eines paarigen Organs	91	I. Prozessuale Möglichkeiten zur Reduzierung des Kostenrisikos	14
d) Beeinträchtigungen des Aussehens	92	II. Verzinsung	14
e) Lebensalter, insbesondere bei einem Dauerschaden	93	III. Die Berücksichtigung von Spätschäden	14
f) Geschlecht	95a	1. Grundsatz der Einheitlichkeit bzw. Globalbemessung	14
g) Vermögensverhältnisse	96	2. Drei unterschiedliche Kategorien künftiger Schäden	14
h) Aufenthaltsort des Verletzten – Einfluss unterschiedlicher Kaufkraftparitäten	97	3. Verjährung	14
i) Zustand im Zeitpunkt der Verletzung – besondere Schadensanfälligkeit	98	4. Rechtskraft eines vorangehenden Urteils bei späterer Geltendmachung zusätzlichen Schmerzensgeldes	14
j) Auswirkungen für die Lebensgestaltung des jeweils Verletzten	99	a) Vollklage: Abgeltung der für einen einschlägigen Sachverständigen vorhersehbaren künftigen Schmerzen unter Einschluss von für diesen vorhersehbaren Komplikationen	14
aa) Berufstätigkeit	100	b) Vollklage mit Risikozuschlag: Totalabgeltung auch der bloß möglichen Zukunftsschäden	15
bb) Persönliche Beziehungen	101	c) Offene oder aufgedeckte Teilklage: Ausklammerung der noch nicht absehbaren Schadensfolgen	15
cc) Freizeitverhalten	102	d) Würdigung	15
dd) Unannehmlichkeiten des Krankenhausaufenthalts	104	5. Abfindungsvergleich	15
k) Kein Einfluss des Bezugs einer Verletztenrente gem. §§ 56 ff SGB VII bzw. von Unfallausgleich gem. § 35 BeamtVG	105	IV. Überprüfung der Schmerzensgeldbemessung durch ein Rechtsmittel	15
l) Schmerzempfindung	106		
aa) Psychische Belastungen	106		
bb) Empfindungsunfähigkeit, Zerstörung der Persönlichkeit – eine eigene Fallgruppe	107		
cc) Als baldiger Tod – Verletzung keine abgrenzbare Beeinträchtigung	112		
m) Vorteilsausgleichung	116		
3. Person des Ersatzpflichtigen	117		
a) Ausprägung des Genugtuungsprinzips	117		
b) Differenzierung nach dem Ausmaß des Verschuldens	118		

## A. Begriff

- 1 Für den immateriellen Schaden ist der Begriff „Schmerzensgeld“ gebräuchlich. Der Gesetzesausdruck „immaterieller Schaden“ bzw. „Schaden, der nicht Vermögensschaden ist“ ist indes weiter und umfasst nicht nur die Abgeltung von körperlichen und/oder seelischen Schmerzen.<sup>1</sup> Nach Ansicht von *Manfred Lepa*<sup>2</sup> ist die Anordnung seiner Verpflichtung aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben die einzige mögliche Reaktion des einfachen Gesetzgebers. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das jedenfalls praeter, wer nicht contra legem entwickelt wurde, wird nicht mehr auf § 253, sondern unmittelbar auf die Art. 1 und GG gestützt. Die praktische Bedeutung des Anspruchs auf Schmerzensgeld lässt sich daraus ableiten, dass in Deutschland in ca. 1 Mio Schadensfällen pro Jahr ein Schmerzensgeldanspruch gegeben ist.<sup>3</sup> Von den ca. 400.000 bei Verkehrsunfällen Verletzten geht es um ca. 70.000 schwere Verletzungen.<sup>4</sup>

1 Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 1; MüKo/Oetker, § 253 Rn 4.

2 *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 118.

3 *Ziegler/Ehl*, JR 2010, 1, 4 mit einer Aufgliederung der wichtigsten Anwendungsfelder, nämlich Verkehrsunfallrecht und Arzthaftung sowie kriminelle Straftaten.

4 *Rolle*, VRR 2010, 124.

Der Terminus „Schmerzensgeldanspruch“ erweckt den Eindruck, es handle sich dabei um eine eigene Anspruchsgrundlage. Das ist indes unzutreffend. Vielmehr geht es nicht um den Haftungsgrund, sondern um den Umfang der Haftung.<sup>5</sup> Voraussetzung für eine Zubilligung ist somit, dass zunächst geprüft werden muss, ob eine Rechtsgutsverletzung vorliegt, bei der der Zuspruch von Schmerzensgeld in Betracht kommt. Durch die Regelung des Schmerzensgeldes im systematischen Kontext der §§ 249 ff kommt dies deutlicher zum Ausdruck als früher im Anschluss an die §§ 823 ff.<sup>6</sup>

2

Der Zuspruch soll nach „Billigkeit“ erfolgen. Das bedeutet angemessen,<sup>7</sup> aber keinesfalls, dass er kleinlich oder gering ausfallen soll.<sup>8</sup> Vielmehr wird dem Gericht ein besonders weites Ermessen eingeräumt, was nicht Willkür bedeutet,<sup>9</sup> sondern dazu führt, dass der Zuspruch umfassend zu begründen ist,<sup>10</sup> was in der Praxis nicht immer beachtet wird; häufig erfolgt ein bloßer Verweis auf Präjudizien, die aus Schmerzensgeldtabellen gewonnen werden.

2a

**B. Regel-Ausnahme-Verhältnis**

Nach wie vor gilt in Bezug auf das Schmerzensgeld ein Regel-Ausnahme-Verhältnis:

3

**I. Regel (Abs. 1)**

Immaterielle Schäden sind schwer messbar, weshalb für sie grundsätzlich kein Ersatz in Geld verlangt werden kann. Diese Einschätzung müsste folgerichtig freilich dazu führen, niemals eine Geldentschädigung zuzulassen.<sup>11</sup> Die gesetzgeberische Entscheidung der eingeschränkten Zubilligung des Ersatzes für ideelle Nachteile ist denn auch rechtspolitisch umstritten. Wegen dieser Festlegung ist es im deutschen Recht so bedeutsam, welche Einbußen noch zum Vermögensschaden gezählt werden und wo der Rubikon zum ideellen Schaden als überschritten angesehen wird.

4

Zu betonen ist, dass Abs. 1 lediglich die Abgeltung in Geld verbietet. Daraus ist abzuleiten, dass auch bei immateriellen Schäden ein Anspruch auf Naturalrestitution gegeben ist,<sup>12</sup> und zwar sowohl nach § 249 Abs. 1 (Durchführung durch den Schädiger) als auch § 249 Abs. 2 S. 1 (Selbstvornahme durch den Geschädigten und Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen), freilich mit der Besonderheit, dass insoweit eine fiktive Abrechnung abgelehnt wird.<sup>13</sup> Der wichtigste Anwendungsfall sind die Heilungskosten,<sup>14</sup> die nur bei tatsächlicher Durchführung des Heileingriffs gebühren. Darüber hinaus kommt eine Naturalrestitution noch bei ehrverletzenden Äußerungen in Betracht. Der Widerruf unter Einschluss der Aufwendungen, die der Geschädigte selbst zur Richtigstellung aufwendet, ist eine Ausprägung der Naturalrestitution.<sup>15</sup> In der Praxis spielt dieser Anspruch allerdings eine geringe Rolle, weil alternativ der vom Verschulden unabhängige Beseitigungsanspruch nach § 1004 gegeben ist.<sup>16</sup> Ein auf § 249 gestützter Widerrufsanspruch entfällt auch dann, wenn dem Geschädigten ein presserechtlicher Gegendarstellungsanspruch zusteht und dieser zum Ausgleich der Rufschädigung ausreicht.<sup>17</sup>

5

**II. Ausnahmen (Abs. 2)**

In Durchbrechung des generellen Ausschlusses von Geldersatz für immaterielle Schäden in Abs. 1 ordnet Abs. 2 an, dass bei Beeinträchtigung bestimmter Rechtsgüter ausnahmsweise gleichwohl Geldersatz geschuldet ist. Es sind dies die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität, der Freiheit und der sexuellen Selbstbestimmung. Es handelt sich um eben die Rechtsgüter, die bei deliktischer Schädigung in den §§ 823 und 825 genannt sind, weshalb die dortige Auslegung dieser Begriffe auch im Kontext des § 253 heranzuziehen ist.<sup>18</sup> Ihre Beeinträchtigung führt typischerweise nicht nur zu einem Vermögensschaden, sondern auch zu einem ideellen Schaden, für den nach Abs. 2 eine Entschädigung in Geld zu leisten ist.<sup>19</sup>

6

Zum Teil erfolgt eine Wiederholung des Regelungsinhalts des Abs. 2 in Nebengesetzen, so namentlich in den Gefährdungshaftungsnormen. Eine solche Bekräftigung ist zwar nicht erforderlich,<sup>20</sup> mag aber nach der

7

5 MüKo/Oetker, § 253 Rn 15.  
 6 MüKo/Oetker, § 253 Rn 16.  
 7 Freymann, in: FS Jaeger (2014) 295, 307.  
 8 Ch. Huber, Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum 2016 = VersR 2016 Heft 3.  
 9 Vizal, VersR 2015, 284, 286.  
 10 Schiemann, in: FS Jaeger (2014) 411, 412.  
 11 MüKo/Oetker, § 253 Rn 5.  
 12 Bamberger/Roth/Spindler, § 253 Rn 4; Jaeger/Luckey, Rn 27; MüKo/Oetker, § 253 Rn 6; Born, in: FS Jaeger (2014) 207, 208.  
 13 BGH NJW 1986, 1538 = JZ 1986, 640 (Zeuner) = JR 1986, 367 (Hohloch).  
 14 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 4.  
 15 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 4.  
 16 Palandt/Grüneberg, § 253 Rn 3; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 4.  
 17 Palandt/Grüneberg, § 253 Rn 3; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 4.  
 18 MüKo/Oetker, § 253 Rn 21.  
 19 MüKo/Oetker, § 253 Rn 10.  
 20 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn 9.

Arbeitgebers, sondern seiner – obligatorischen – Kfz-Haftpflichtversicherung bewirkt wird.<sup>53</sup> *Griese*<sup>54</sup> schlägt deshalb vor, den Verweis in den §§ 104 ff SGB VII bloß auf den Vermögensschaden zu beschränken.<sup>55</sup>

- 13 Diese Regeln gelten gem. § 106 SGB VII auch beim Zusammenwirken mehrerer Betriebe auf einer gemeinsamen Betriebsstätte, wenn Verletzter und Ersatzpflichtiger nicht dem gleichen Betrieb angehören.<sup>56</sup> Erforderlich ist freilich, dass die Maßnahmen bewusst und gewollt in einander greifen bzw eine Verständigung über ein bewusstes Nebeneinander im Arbeitsablauf besteht<sup>57</sup> und sich die Arbeitnehmer unterschiedlicher Arbeitgeber beim Betriebsablauf in die Quere kommen können.<sup>58</sup> Ein Unfall bei einer zufälligen Arbeitsberührung ist nicht ausreichend.<sup>59</sup> Zu bejahen ist eine gemeinsame Betriebsstätte darüber hinaus nur, wenn auch eine Gefahrgemeinschaft dergestalt besteht, dass jeder zum Geschädigten und Schädiger werden kann.<sup>60</sup> Das ist auch bei Berufssportlern gegeben, die bei einem Mannschaftssport den gegnerischen Spieler verletzen.<sup>61</sup>

Jedenfalls wenn der Arbeitgeber eine juristische Person ist, die für das Verhalten seiner Arbeitnehmer gegenüber dem geschädigten Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers nach § 831 einzustehen hat, kommt der Ausschlussstatbestand des § 106 SGB VII ihm gegenüber nicht zum Tragen, was zur Folge hat, dass er Schadensersatz unter Einschluss des Schmerzensgeldes leisten müsste. Insoweit kommt es freilich zu einer Korrektur durch die Regeln über die gestörte Gesamtschuld. Wenn der haftungsprivilegierte eigene Arbeitnehmer, der wegen § 106 SGB VII nicht haftet, schuldhaft gehandelt hat, würde er im Ausgangspunkt gegenüber dem Arbeitgeber, der nur wegen der Zurechnung des Fehlverhaltens des eigenen Arbeitnehmers gem. § 831 einzustehen hat, den Schaden endgültig zu tragen haben. Dies führt dazu, dass der verletzte Dritte nach den Regeln der gestörten Gesamtschuld gegen den Arbeitgeber keinen Schadensersatzanspruch hat. Die Korrektur dieser endgültigen Schadenstragung durch den Freistellungsanspruch des eigenen den Dritten schädigenden Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber bleibt dabei unberücksichtigt.<sup>62</sup>

- 13a Besondere Probleme bereitet in der Praxis die Abgrenzung zwischen einem Wegeunfall iS von § 8 Abs. 2 SGB VII, bei dem die §§ 104 ff SGB VII nicht anzuwenden sind, so dass der Schmerzensgeldanspruch aufrecht bleibt, von einem solchen auf einem Betriebsweg iSv § 8 Abs. 1 SGB VII,<sup>63</sup> bei dem es zu einem Haftungsausschluss kommt.<sup>64</sup> Unfälle auf Betriebswegen sind solche auf dem Werksgelände, auf einer Montagefahrt,<sup>65</sup> bei Mitnahme eines Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber<sup>66</sup> sowie bei Sammeltransporten,<sup>67</sup> wobei es nicht darauf ankommt, ob letzterer auf dem Werksgelände enden sollte oder beim Privatwohnsitz eines Arbeitnehmers.<sup>68</sup> Ist dafür zusätzlich ein Drittschädiger einstandspflichtig, sind die Regeln über die gestörte Gesamtschuld anzuwenden.<sup>69</sup> Das bedeutet, dass der Drittschädiger in dem Ausmaß einzustehen hat, in dem er den Schaden endgültig tragen müsste, wenn es keine Haftungsprivilegierung eines Schädigers gem. §§ 104 ff SGB VII gäbe. Um zu vermeiden, dass der Verletzte weder Leistungen von der gesetzlichen Unfallversicherung noch vom Schädiger erhält oder aber doppelt entschädigt wird, ordnet § 108 SGB VII an, dass Entscheidungen der gesetzlichen Unfallversicherung sowie der Sozialgerichte für die Zivilgerichte unter Einschluss der Arbeitsgerichte Bindungswirkung haben,<sup>70</sup> selbst wenn es sich um eine Fehlentschei-

53 *Griese*, in: FS Küttner (2006) S. 165, 172. Zur diesbezüglichen Ausnahme bei der ansonsten strukturell gleichen Rechtslage in Österreich sei verwiesen auf § 333 Abs. 3 ASVG: Kein Haftungsausschluss bei Bestehen einer Kfz-Haftpflichtversicherung und Begrenzung der Haftung auf die Deckungssumme.

54 *Griese*, in: FS Küttner (2006) S. 165, 170.

55 Ebenso; freilich nur de lege ferenda Sympathie bekundend *Steffen*, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 145, 165 ff.

56 Instruktiver Überblick bei *J. Lang*, zfs 2005, 371 ff.

57 BGHZ 152, 7 = NJW 2002, 3334; OLG Schleswig r+s 2001, 197.

58 BGHZ 145, 331 = NJW 2001, 292; BGHZ 155, 205 = NJW 2003, 2984; BGHZ 157, 213 = NJW 2004, 947; BGHZ 177, 97 = NJW 2008, 2916; NJW 2011, 3296; NJW 2013, 2031; OLG Naumburg NJW-RR 2014, 1437.

59 BGH NJW-RR 2001, 741; NJW-RR 2003, 1104; NJW 2005, 288; NJW 2011, 449; VersR 2011, 500.

60 BGHZ 148, 214 = NJW 2001, 3125; BGHZ 157, 213 = NJW 2004, 947; NJW 2008, 2116; *J. Lang*, zfs 2005, 371, 373; *Stöhr*, VersR 2004, 809, 813.

61 OLG Karlsruhe r+s 2012, 568; Eishockey.

62 BGH NJW 2004, 951; *Stöhr*, VersR 2004, 809, 814.

63 Kritisch *Griese*, in: FS Küttner (2006) S. 165, 169: Bei einem Betriebsweg liegt eine sich über den Wortlaut hinwegsetzende Interpretation der Rechtsprechung, die die gesetzgeberische Intention ins Leere laufen habe lassen, vor.

64 *Stöhr*, VersR 2004, 809, 815, 816; *Halm/Steinmeister*, DAR 2005, 481, 488; *Wellner*, NJW-Spezial 2009, 402.

65 BAG NZA 2004, 1182 = DAR 2004, 727; ebenso BGH NJW-RR 2004, 883: Mitfahrt mit einem Kollegen, der Geräte zur Arbeitsstelle transportiert.

66 OLG Düsseldorf NJOZ 2006, 587: Mitnahme der Arbeitnehmerin durch die Chefin zu einer Fortbildungsveranstaltung.

67 BAG NZS 2005, 35 = VersR 2004, 1047: Sammeltransport zur Baustelle; BGH NJW 2004, 949: Auch wenn Mitfahrt bloß freiwillig.

68 BAG AP § 104 SGB VII Nr. 4 = VersR 2005, 1439.

69 OLG Düsseldorf NJOZ 2006, 587; ebenso OLG Koblenz NJW-RR 2006, 1174: Busunfall unter Beteiligung von Schülern.

70 OLG Hamm NJW-RR 2005, 675; umfassend dazu *Hörst/Katzenstein*, VersR 2009, 165 ff.

dung handeln sollte.<sup>71</sup> Dies gilt aber nicht für die Qualifizierung als Unfall auf einem Weg gem. § 8 Abs. 2 SGB VII oder Betriebsweg gem. § 8 Abs. 1 SGB VII.<sup>72</sup> Zu dieser Wirkung kommt es freilich nur dann, wenn der Schädiger gem. § 12 Abs. 2 SGB X an dem Verfahren als Beteiligter mitwirken konnte, um dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs Rechnung zu tragen, hat doch die Entscheidung für ihn rechtsgestaltende Wirkung. Denn von dieser Entscheidung hängt seine schadenersatzrechtliche Einstandspflicht ab. Bei Bestehen eines Anspruchs gegen die gesetzliche Unfallversicherung wegen eines Unfalls auf einem Betriebsweg ist sie zu verneinen. Wurde der Schädiger nicht als Beteiligter verständigt und auf sein Recht auf Beteiligung hingewiesen, ist das Verfahren auf seinen Antrag hin zu wiederholen.<sup>73</sup> Ist noch keine Entscheidung der gesetzlichen Unfallversicherung oder des Sozialgerichts ergangen, hat das Zivilgericht das Verfahren nach § 148 ZPO bis zu einer solchen Entscheidung auszusetzen.<sup>74</sup>

Die Regelungen über die Haftungserstattung gelten kraft Verweisung auch für Unfälle in Schulen und Kindergärten,<sup>75</sup> nicht aber dann, wenn der Schullektor das Schulgelände gefälligkeitsmäßig für eine private Geburtstagsfeier zur Verfügung stellt.<sup>76</sup> Handelt es sich um einen Unfall beim Weg zur Schule oder von dieser nach Hause, greift die Haftungsprivilegierung nicht.<sup>77</sup> Gegenteiliges gilt, wenn der Transport in den Schulbereich eingegliedert ist wie etwa bei Fahrten zu einer Sportstätte, einem Museum, einer Wanderung oder Klassenfahrt. Im öffentlichen Dienstrecht bestehen für Soldaten<sup>78</sup> und Beamte<sup>79</sup> entsprechende Normen. Die Regeln über die Haftungserstattung, die für das Arbeitsverhältnis konzipiert sind, sind entsprechend anzuwenden.<sup>80</sup> Die Einstandspflicht der gesetzlichen Unfallversicherung führt aber nicht in jedem Fall zu einer Haftungserstattung.<sup>81</sup> Dem Nothelfer steht gem. § 2 Abs. 1 Nr. 13 a SGB VII ein Anspruch gegen die gesetzliche Unfallversicherung zu; gleichwohl kann er vom Schädiger Schmerzensgeld verlangen, weil einerseits die Finanzierung durch die öffentliche Hand erfolgt und andererseits das Argument des Betriebsfriedens nicht trägt. Zu beachten ist, dass gem. § 108 SGB VII die Entscheidung des Sozialgerichts gegenüber dem Zivilgericht auch darüber Bindungswirkung entfaltet, ob es sich um einen Anspruch wegen eines Unfalls aus einem Arbeitsverhältnis handelt oder als Nothelfer.<sup>82</sup> Offen ist, ob das auch für die Frage gilt, ob Unfallversicherungsschutz gegenüber der gesetzlichen Unfallversicherung des Stammbetriebs oder eines fremden Betriebs besteht, bei dem der Arbeitnehmer als „wie-Beschäftigter“ gem. § 2 Abs. 2 SGB VII tätig geworden ist.<sup>83</sup> Ein Anspruch gegen die gesetzliche Unfallversicherung mit der Folge des Haftungsausschlusses gem. den §§ 104 ff SGB VII kommt auch bei einer arbeitnehmerähnlichen Tätigkeit (wie-Beschäftigter) gem. § 2 Abs. 2 SGB VII in Betracht. Das setzt freilich voraus, dass die Tätigkeit nicht nur punktuell ist und eine Eingliederung in den Betrieb erfolgt. Bei einer – schlichten – Pannenhilfe ist das zu verneinen.<sup>84</sup>

14

## C. Die Neupositionierung des Schmerzensgeldes nach dem

### 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz

#### I. Verschiebung vom Deliktsrecht in das Schadensrecht

Nach § 253 ist wie früher nach § 847 Geldersatz nach Zufügung eines immateriellen Schadens lediglich geschuldet, wenn die körperliche Integrität, die Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung beeinträchtigt worden sind. Während nach § 847 darüber hinaus Voraussetzung war, dass der Schädiger nach Deliktsrecht einstundspflichtig war, reicht dafür nunmehr jede Anspruchsgrundlage. Welches sind aber nun die zusätzli-

15

71 So offensichtlich in BAG NZA 2007, 262: Abweisung eines Anspruchs gegen die gesetzliche Unfallversicherung nach einer Aufklärungspflichtverletzung des Arbeitgebers; ebenso BGH NJW 2008, 1877.

72 BAG AP § 104 SGB VII Nr. 4 = VersR 2005, 1439.

73 BGH VersR 2007, 1131; NJW 2008, 1877.

74 BGHZ 129, 195 = NJW 1995, 2038; BGHZ 158, 394 = NJW-RR 2004, 1093; r+s 2007, 437.

75 BGHZ 145, 311 = NJW 2001, 442 = LM § 104 SGB VII (zustimmend *Schmitt*): Von der Stadt organisierten Schülertransport.

76 OLG Celle VersR 2006, 1085: Verstoß gegen die Verkehrssicherungspflicht.

77 OLG Köln SVR 2011, 180 (*Frese*).

78 Zu § 91 a SoldVersG BGHZ 120, 176 = NJW 1993, 1529.

79 § 46 BeamtVG.

80 OLG Koblenz NJW-RR 2006, 1174: Schuberei zwischen Schülern in einem Autobus – Beurteilung wie bei einem solchen Verhalten zwischen Arbeitskollegen und damit Anwendung des § 105 SGB VII.

81 *Stöber*, NZV 2007, 57, 61.

82 BGHZ 166, 42 = NJW 2006, 1592 = JuS 2007, 693 (*Ruland*).

83 So BGH NJW-RR 2008, 1239 = r+s 2008, 308 (*Lemcke*).

84 Der Unterschied zur Nothilfe, bei der gem. § 2 Abs. 1 Nr. 13 a SGB VII ein Anspruch gegen die gesetzliche Unfallversicherung gegeben ist, liegt darin, dass es bei der Nothilfe um eine Abwendung einer Gefahr für die Allgemeinheit geht, bei der Pannenhilfe hingegen bloß um eine Hilfeleistung zugunsten des Lenkers. Dazu *Stöber*, NZV 2007, 57, 61.

chen Anspruchsgrundlagen, bei denen Schmerzensgeld gebührt und welche Besonderheiten ergeben sich dabei?

## II. Vertrag oder vorvertragliches Schuldverhältnis

- 16 Die Anordnung, dass bei Verletzung der genannten Rechtsgüter auch bei Vertragsverletzungen Schmerzensgeld geschuldet wird,<sup>85</sup> ist selbst dann konsequent, wenn man für das Schmerzensgeld wegen des Erfordernisses der Genugtuung am Verschulden festhalten wollte.<sup>86</sup> Bei Vertragsverletzungen ist nämlich Verschulden typischerweise gegeben; sieht man von punktuellen Ausnahmen ab wie der Garant haftung des Vermieters für bei Vertragsschluss gegebene Mängel nach § 536 a Abs. 1.<sup>87</sup> Dass diesbezüglich eine Beweislastumkehr nach § 280 gegeben ist, ist keine Besonderheit, kommt doch eine solche auch bei deliktischen Ansprüchen vor. Ein vertraglicher Anspruch ist aber nicht nur wegen der Beweislastumkehr nach § 280 Abs. 1 S. 2 häufig leichter beweisbar als ein solcher aus dem Deliktsrecht; in der arbeitsteiligen Welt kommt dem Umstand der strengeren Gehilfenhaftung (§ 278 anstelle von § 831) mindestens ebenso große Bedeutung zu. Dazu kommt, dass der Anspruch gegen den deliktisch haftenden Gehilfen nicht immer durchsetzbar ist.<sup>88</sup> Praktische Auswirkungen hat das namentlich bei der Arzthaftung,<sup>89</sup> bei der der verletzte Patient nun nicht bloß gegen den Arzt, sondern auch gegen den Krankenhausträger vorgehen kann. Der Verletzte hat damit nicht nur zwei Schuldner; vielmehr kann er sogleich den in Anspruch nehmen, der im Innenverhältnis den Schaden häufig letztlich zu tragen hat. Im Großen und Ganzen führt die Ersatzfähigkeit des Schmerzensgeldes um eine zusätzliche vertragliche Anspruchsgrundlage bzw. eine solche aus einer Sonderbeziehung dazu, dass sich das „gewünschte“ Ergebnis mit weniger Begründungsaufwand erzielen lässt.<sup>90</sup>
- 17 Ein Schmerzensgeldanspruch kann sich grundsätzlich auch bei einem Arbeitsvertrag nach § 618 Abs. 3 ergeben;<sup>91</sup> allerdings wird im Regelfall die Haftungsersetzung des §§ 104 SGB VII zu einem Haftungsauschluss gegenüber dem Arbeitgeber führen. Bei sonstigen Verträgen ist zu beachten, dass häufig auch Dritte in den Schutzbereich des Vertrags einbezogen sind, so Arbeitnehmer bei einem Arbeits- oder Werkvertrag<sup>92</sup> bzw. Familienangehörige beim Mietvertrag. Ob ein Verstoß gegen eine vertragliche Haupt- oder Nebenpflicht gegeben ist, ob es sich um einen Verstoß gegen vorvertragliche oder nachvertragliche Pflichten handelt, darauf kommt es nicht. Zu prüfen ist freilich, ob der Zweck der übertretenen Vertragsnorm auch den Schutz der Rechtsgüter bezweckt, wegen deren Beeinträchtigung Schmerzensgeld verlangt wird.<sup>93</sup> Es ist zu begründen, weshalb ein solcher Ersatz zu versagen sein sollte. Insofern ist jedenfalls die Versagung von Schmerzensgeld bei einer psychischen Belastungsstörung mit Krankheitswert nach Falschberatung eines dadurch psychisch erkrankten Klienten durch einen Rechtsanwalt unter Berufung auf eine einschlägige Vorentscheidung<sup>94</sup> durch den BGH<sup>95</sup> unzutreffend. Womöglich wollte der BGH solche Begehren im Keim ersticken. Oder er hat nicht erkannt, dass die Gefahr der Ausuferung von Schadensersatzansprüchen schon deshalb nicht droht, weil der Nachweis einer pathologischen psychischen Beeinträchtigung vom Anspruchsteller nachzuweisen ist, was freilich in concreto gelungen ist. Wäre ein gesundheitsbedingter Verdienstentgang eingetreten, wäre dieser wohl auch zu ersetzen gewesen. Die für den Anwaltsvertrag behauptete Eingrenzung der Einstandspflicht für immaterielle Schäden bei Freiheitsentzug eines – potenziellen – Straftäters<sup>96</sup> sowie einer Körperverletzung infolge eines Verstoßes gegen eine vertragliche Verkehrssicherungspflicht ist mE zu eng.<sup>97</sup> Das gilt entsprechend auch für andere Verträge.

85 Zur Übersicht über die einzelnen Verträge s. *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn 64 ff.; *Jaeger/Lücke*, Rn 47 ff.  
 86 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn 62.  
 87 *Palandt/Grüneberg*, § 253 Rn 8.  
 88 OLG Saarbrücken MDR 2010, 919: Einstandspflicht des Generalunternehmers für rumänische Subunternehmerfirma.  
 89 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn 78 ff.; ebenso im Reisevertragsrecht: *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2004, S. 7, 16.  
 90 *V. Sachsen Gessaphe*, in: FS Eisenhardt (2008) S. 30; *ders.*, Jura 2007, 481.  
 91 BAG NZA 2007, 262: Haftung des Arbeitgebers freilich unter Hinweis nicht nur auf die Rechtslage nach dem 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, sondern auch die Bindungswirkung an eine (Fehl-)Entscheidung des Sozialgerichts.

92 OLG Saarbrücken MDR 2010, 919: Anspruch des verletzten Arbeitnehmers des Subunternehmers gegenüber dem Generalunternehmer.  
 93 MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 19; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 10.  
 94 OLG Hamm NJW-RR 2001, 1142: Diese war gerade zur alten Rechtslage ergangen!  
 95 BGH NJW 2009, 3025 = JZ 2011, 524 (*Schiemann*) = LMK 2009, 291389 (*Podewils*): Falschberatung nach Abbrönnen des Hauses und einem Schaden von 600.000 EUR, bei der die vom Anwalt behauptete nicht gegebene Versicherungsdeckung zur Existenzvernichtung führen hätte können. Ebenso OLG Nürnberg BeckRS 2011, 04636: Falsche Vermögensberatung.  
 96 KG NJW 2005, 1284: U-Haft des Mandanten wegen schuldhafter Unterlassung eines Antrags auf Verschiebung einer Verhandlung durch seinen Anwalt: 7.000 EUR für 76 Tage Haft.  
 97 So auch *Neuner*, JuS 2013, 577, 578.

**III. Gefährdungshaftung**

Für die Einbeziehung der Gefährdungshaftung können mehrere Gründe ins Treffen geführt werden.<sup>98</sup> Es geht um eine Angleichung an die europäischen Nachbarrechtsordnungen, die jeweils auch bei der Gefährdungshaftung ein Schmerzensgeld gewähren. Die Ausgleichsfunktion hat im Laufe der Jahrzehnte, insbesondere bei Straßenverkehrsunfällen, eine immer dominantere Rolle gespielt, so dass sich der Gesetzgeber zum allerletzten Schritt veranlasst sah, nämlich einen Schmerzensgeldanspruch auch dort zu gewähren, wo kein Verschulden gegeben ist. Schließlich kann dafür das pragmatische Argument vorgebracht werden, dass der Gefährdungshaftungstatbestand leichter zu beweisen ist als ein Verschulden, so dass ein Prozess wegen des Verschuldens nun nicht mehr allein wegen des Schmerzensgeldanspruches geführt werden muss. Freilich hat der Gesetzgeber nicht dafür gesorgt, die Haftungshöchstbeträge im erforderlichen Ausmaß anzupassen, so dass bei schweren Verletzungen bzw der Verletzung mehrerer Personen die Gefahr der Überschreitung der Haftungshöchstsummen besteht.<sup>99</sup> Der Verletzte muss dabei darauf bedacht sein, dass im Urteil auch die deliktische, betraglich unbegrenzte Einstandspflicht, bei Kfz-Unfällen die des Lenkers, ausgesprochen wird, wobei genügen soll, dass sich das aus den Urteilsgründen ergibt.<sup>100</sup>

**IV. Billigkeitshaftung gem. § 829**

Bei § 829 scheidet ein Schadensersatzanspruch daran, dass trotz Verwirklichung des Tatbestands der Verschuldenshaftung ein Anspruch im Ausgangspunkt deshalb zu verneinen ist, weil mangels Deliktsfähigkeit des Täters ein Verschulden fehlt. Bei einer solchen Konstellation erfolgt eine Korrektur, wenn die Billigkeit es gebietet, dass der Täter den gesamten Schaden oder doch einen Teil – unter Einschluss des Schmerzensgeldes – gleichwohl trägt.<sup>101</sup> Beim Schmerzensgeldanspruch spielte das bisher eine Rolle, wenn den Lenker infolge eines plötzlichen Blackouts kein Verschulden traf, wobei der BGH<sup>102</sup> aussprach, dass jedenfalls eine bestehende Pflichthaftpflichtversicherung in die Billigkeitsabwägung einzubeziehen sei. Durch die Einräumung eines Schmerzensgeldanspruches auch bei der Gefährdungshaftung ist die Problematik entschärft, weil sich der Halter gegenüber nicht motorisierten Verkehrsteilnehmern, also Fußgängern, Radfahrern und Insassen, nicht mehr auf ein unabwendbares Ereignis berufen kann und ein solches Blackout nicht als höhere Gewalt gem. § 7 Abs. 2 StVG anzusehen ist.

Weiterhin bedeutsam ist das Problem bei der Kollision von zwei Fahrzeugen und einer Körperverletzung eines Halters gem. § 17 Abs. 3 StVG sowie bei einer Verletzung durch deliktsunfähige Kinder. Es gibt in der Literatur durchaus beachtliche Gründe, nicht nur eine Pflicht-, sondern auch eine freiwillige Haftpflichtversicherung im Rahmen der Billigkeitsabwägung zu berücksichtigen.<sup>103</sup> Aber selbst dann ist zu beachten, dass bei der Zubilligung des Schmerzensgeldanspruches berücksichtigt wird, ob der übrige materielle Schaden voll abgedeckt wird,<sup>104</sup> sowie dass eine Korrektur durch die Billigkeit geboten sein muss. Es werden nicht ganz so strenge Maßstäbe angelegt wie bei der Frage der Zubilligung eines Schmerzensgeldanspruches gegen den Entschädigungsfonds nach einer Fahrerflucht nach § 12 Abs. 2 S. 1 PflVG.<sup>105</sup>

**V. Sonstige Anspruchsgrundlagen**

Neben den genannten vertraglichen und deliktischen Anspruchsgrundlagen sowie denen aus der Gefährdungshaftung unter Einschluss der Amtshaftung<sup>106</sup> sind weitere denkbar.<sup>107</sup> Der Eintritt eines Körperschadens wird als Aufwendung bei der Geschäftsführung ohne Auftrag qualifiziert, mit der Folge, dass Ersatz nach § 683 in Betracht kommt. Neben Ansprüchen aus dem Sachen-, Familien- und Erbrecht<sup>108</sup> kommen auch Aufopferungsansprüche<sup>109</sup> sowie weitere Ansprüche aus dem öffentlichen Recht in Betracht.<sup>110</sup> Bei

98 Ausführlich dazu *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn 20 ff.  
 99 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn 56.  
 100 *G. Müller*, *VersR* 1998, 129, 136.  
 101 *Palandt/Grüneberg*, § 253 Rn 6.  
 102 BGHZ 127, 186 = NJW 1995, 452 = LM § 829 BGB Nr. 10 (*Schiemann*) = MDR 1995, 992 (*Lieb*).  
 103 *Schiemann*, Anm. zu BGH LM § 829 BGB Nr. 10; *Larenz/Canaris*, *Schuldrecht II/2*, 13. Aufl. (1994), S. 652; *Kilian*, *ZGS* 2003, 168, 171 f; *Heß/Buller*, *zS* 2003, 218, 220.  
 104 OLG Nürnberg r+s 1999, 23; OLG Saarbrücken *VersR* 2000, 1427.  
 105 OLG Saarbrücken *VersR* 1998, 1427; Schwere Verletzung, über ein Jahr Aufenthalt in Kliniken, Verlust der beruflichen Existenz, Erschwerung der Heiratsschancen, Kürzung des Schmerzensgeldes unter Hinweis auf § 829 von 60.000 EUR auf 40.000 EUR, somit um ein Drittel.  
 106 OLG Brandenburg MDR 2010, 809: Verstoß gegen die Streupflicht durch die Gemeinde.  
 107 Eine Übersicht findet sich bei *Neumer*, *JuS* 2013, 577, 578 f.  
 108 *Deutsch*, *ZRP* 2001, 351, 352; *MüKo/Oetker*; § 253 Rn 18.  
 109 Umfassend *Benkendorff*, Schmerzensgeld außerhalb des Schadensersatzrechts; gegen einen Anspruch auf Schmerzensgeld bei solchen sowie aus Geschäftsführung ohne Auftrag; *S. Müller*, *ZGS* 2010, 538, 540 f.  
 110 *MüKo/Oetker*; § 253 Rn 20.

einem nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch hat der BGH<sup>111</sup> einen Schmerzensgeldanspruch mit der Begründung versagt, dass es sich um einen Ausgleichsanspruch zwischen Liegenschaftseigentümern handle und nicht um einen Schadensersatzanspruch. Diese Begründung ist reichlich formal.<sup>112</sup> Wer schon Erschütterungen durch ein Bergwerksunternehmen zu dulden hat und sich dagegen nicht mit einem Unterlassungsanspruch zur Wehr setzen kann, soll wenigstens auch Ersatz für die erlittenen – auch immateriellen – Einbußen infolge Beeinträchtigung seiner körperlichen Integrität erhalten.<sup>113</sup> Psychische Schäden infolge der Aufregungen bei Vergleichsverhandlungen sind jedoch mangels eines rechtswidrigen Verhaltens nicht ersatzfähig.<sup>114</sup>

## VI. Inkrafttreten der Neuregelung

- 22 Nach Art. 229 § 8 Abs. 1 EGBGB trat die Neuregelung mit dem 1.8.2002 in Kraft. Maßgeblich ist dabei das zum Schadensersatz verpflichtende Verhalten, somit die Verletzungshandlung und nicht der Schadenseintritt.<sup>115</sup> Bedeutsam ist das vor allem in den Fällen, in denen es aufgrund eines Verhaltens vor dem 1.8.2002 zu einem Folgeschaden in der Zeit nach dem 1.8.2002 kommt. Solche Sachverhalte sind nach altem Recht zu beurteilen.<sup>116</sup>

## D. Der Anspruch auf Schmerzensgeld – ein Schadensersatzanspruch eigener Art

### I. Die Funktionen des Schmerzensgeldes

- 23 **1. Allgemeines.** Bis auf den heutigen Tag ist umstritten, ob der Schmerzensgeldanspruch möglichst wie ein auf einen Vermögensschaden gerichteter Ersatzanspruch zu behandeln sein soll<sup>117</sup> oder ob für ihn eigene Regeln gelten sollen. Kristallisationspunkt der Diskussion ist eine Entscheidung des Großen Senats aus dem Jahr 1955,<sup>118</sup> die sich bemühte, dem Tatrichter jeden nur erdenklichen Freiraum bei Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes einzuräumen, und die aus heutiger Sicht gegenüber der Vorentscheidung BGHZ 7, 223 eher ein Rück- als ein Fortschritt war.<sup>119</sup> Der Streit geht vornehmlich darum, ob das Schmerzensgeld bloß eine Ausgleichsfunktion oder auch eine Genugtuungsfunktion zu erfüllen hat und was man darunter versteht.
- 24 **2. Ausgleichsfunktion – Sphäre des Verletzten.** Bei der Ausgleichsfunktion wird ausschließlich auf die Sphäre des Verletzten geblickt. Auf den Haftungsgrund kommt es nicht an.<sup>120</sup> Nach der auf Windscheid zurückgehenden Kompensationsformel wird darauf abgestellt, dass der Verletzte sich mit dem Schmerzensgeld Annehmlichkeiten verschaffen oder einer Liebhaberei nachgehen kann, um sich von den Schmerzen abzulenken.<sup>121</sup> Es genügt dabei bereits, dass er positive Gefühle durch den Besitz einer bestimmten Geldsumme hat.<sup>122</sup> Das Schmerzensgeld soll Ausgleich für Lebenshemmungen nicht vermögensrechtlicher Art sein.<sup>123</sup> Es kommt nicht darauf an, ob und wofür der Verletzte das Geld ausgibt.<sup>124</sup>
- 25 Die Ausgleichsfunktion wurde in letzter Zeit dahin gehend erweitert, dass es nicht darauf ankommt, ob der Verletzte seine Beeinträchtigung bzw deren Erleichterung durch die Zahlung eines Geldbetrags empfinden kann.<sup>125</sup> Daher ist die Entscheidung des AG Bochum<sup>126</sup> unzutreffend, in der der Zuspruch an ein Kleinkind mit der Begründung versagt wurde, dass dieses nicht schmerzensgeldfähig sei, weil es einen unmittelbaren Bezug zwischen der Geldleistung und der dadurch nachgeholtten Lebensfreude nicht herzustellen vermag.

111 BGH NJW 2010, 3160 = LMK 2010, 309746 (Majer).

112 So auch Schulte-Noelke, ZGS 2010, 433.

113 So auch Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 § 85 II 5; Staudinger (2009)/H. Roth § 906 Rn 77, 110; aA S. Müller, ZGS 2010, 538 ff.

114 OLG Hamm NZV 2006, 37; Nervenzusammenbruch nach Mitteilung, dass statt der in Aussicht genommenen Abstandssumme von 480.000 EUR nur 30.000 EUR gezahlt werden sollen.

115 MüKo/Oetker, § 253 Rn 3; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 636, 637.

116 Wagner, NJW 2002, 2049, 2064.

117 So zu Recht Jaeger/Luckey, Rn 44; erfrischend mutig Manfred Lepa, in: FS G. Müller (2009) S. 113 ff unter Hinweis auf das seit der Entscheidung BGHZ 18, 149 veränderte Umfeld.

118 BGHZ 18, 149 = NJW 1955, 1675.

119 Zur möglichen Korrektur im Anschluss an den Vorlagebeschluss durch BGH r+s 2015, 94 = zfs 2015, 203 (Diehl), der zu einer weiteren Entscheidung des Großen Senats führen wird.

120 Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 35.

121 Nehlsen-van Stryk, JZ 1987, 119, 125; Jaeger/Luckey, Rn 997.

122 Jaeger/Luckey, Rn 997.

123 Wussow/Schmitt, Kap. 54 Rn 13.

124 BGH NJW 1991, 1544; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 46; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 24; A. Diederichsen, Homburger Tage 2004, S. 7, 10; Es wird ihm ein nicht selbst gewählter Lebensvollzug aufgedrängt.

125 Jaeger/Luckey, Rn 999.

126 AG Bochum VersR 1994, 1483; kritisch dazu Diehl, zfs 1994, 165; Küppersbusch/Höher, Rn 293, Fn 95; Wussow/Schmitt, Kap. 54 Rn 22.

Ob der Verletzte das intellektuell wahrnehmen kann, darauf kann es mE nicht ankommen. Fest steht, dass für ein Kleinkind der Betrag in der Weise widmungsgemäß verwendet werden kann, dass man ihm wegen der Unlustgefühle in einer Lebensphase (hier Schlafstörungen und Angstzustände nach Verletzungen infolge eines Aufpralls nach einem Verkehrsunfall) Annehmlichkeiten in der Folge zuteil werden lassen kann. Viel problematischer ist hingegen, wenn das nicht möglich ist, weil der Verletzte empfindungsunfähig ist und dieser Zustand sich auch nicht mehr ändert. Erleidet der Verletzte zusätzliche Schmerzen wegen eines besonders schweren Verschuldens, führt die Berücksichtigung des Verschuldens schon im Rahmen des Ausgleichsprinzips zu einem erhöhten Zuspruch.<sup>127</sup>

**3. Genugtuungsfunktion – Bemessungsdeterminanten aus der Sphäre des Ersatzpflichtigen.** Im Rahmen der Genugtuung kommt es darauf an, dass der Schädiger durch die Schmerzensgeldzahlung<sup>128</sup> eine Sühneleistung erbringt für das, was er dem Verletzten angetan hat.<sup>129</sup> Sie soll die Verbitterung des Verletzten besänftigen.<sup>130</sup> Nach diesem Konzept ist die Höhe des Schmerzensgeldes abhängig vom Verschuldensvorwurf<sup>131</sup> und der Leistungsfähigkeit des Schädigers.<sup>132</sup> Letztlich geht es um pönale Elemente, die vergleichbar sind mit denen beim staatlichen Strafanspruch. Solche pönalen Aspekte sind dem Haftungsrecht allerdings fremd, so dass die Genugtuungsfunktion immer mehr in die Kritik geraten ist.<sup>133</sup> Hinzu kommt, dass die Genugtuung ihre eigentliche Funktion schon gar nicht erfüllen kann, wenn für den Schädiger ein Haftpflichtversicherer einstandspflichtig ist, wie das typischerweise bei Straßenverkehrsunfällen<sup>134</sup> und bei der Arzthaftung der Fall ist.<sup>135</sup> Warum dieser vermögensmäßig stärker bluten soll, weil ein höherer Schuldvorwurf gegeben ist bzw der Schädiger leistungsfähiger ist, vermag beim besten Willen nicht zu überzeugen.<sup>136</sup>

**4. Gewichtung dieser beiden Funktionen.** Außer Streit steht, dass die Ausgleichsfunktion die mit Abstand wichtigere ist.<sup>137</sup> Wie hoch die Genugtuungsfunktion tatsächlich zu veranschlagen ist,<sup>138</sup> lässt sich denn auch schwer ermitteln, weil diese nicht getrennt ausgewiesen wird.<sup>139</sup> Die Rechtsprechung lässt sich nicht in die Karten blicken, sondern verschänzt sich hinter dem Vorwand, dass es sich um einen einheitlichen Anspruch handle.<sup>140</sup> Nur ausnahmsweise wird offengelegt, um wie viel das Schmerzensgeld wegen der Genugtuungskomponente höher ausfällt.<sup>141</sup> Wenig folgerichtig ist es jedoch, dass Halter und Kfz-Haftpflichtversicherer wegen des Vorsatzes des Fahrzeugführers, wofür keine Einstandspflicht besteht, auch für das insoweit erhöhte Schmerzensgeld einstehen sollen.<sup>142</sup> Je weiter die Ausgleichsfunktion gefasst wird,<sup>143</sup> umso entbehrlicher ist die Genugtuungskomponente.<sup>144</sup> Letztere kann jedenfalls keine Rolle spielen, wenn der Verletzte zu einer Wahrnehmung nicht mehr in der Lage ist bzw dem Schädiger kein Schuldvorwurf

127 Ebert, in: FS Jaeger (2014) 269, 276.

128 Vgl OLG Frankfurt/M. NJW-RR 1998, 1323: Keine Verminderung des Schmerzensgeldanspruchs, wenn der Täter nach einer vorsätzlichen Körperverletzung von Freunden des Opfers ohne dessen Beteiligung verprügelt wird.

129 BGHZ 18, 149 = NJW 1955, 1675.

130 Jaeger/Luckey, Rn 1003.

131 OLG Köln NJW-RR 2007, 174: Angriff aus nichtigem Anlass mit großer Brutalität gegenüber einem deutlich jüngeren Opfer.

132 So LG Dresden VersR 2011, 641 mit zu Recht krit. Anm. v. Teumer/Stamm: Kürzung des Schmerzensgeldanspruchs gegen einen nicht haftpflichtversicherten wenig leistungsfähigen Schädiger. Ebenso Jaeger, VRR 2011, 404 f, der zutreffend darauf hinweist, dass eine Kürzung um 75 % jedenfalls unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Tragung der Prozesskosten willkürlich sei und der wirtschaftlich überforderte Schädiger auch die Möglichkeit habe, einen Antrag auf Verbraucherinsolvenz zu stellen.

133 MüKo/Oetker, § 253 Rn 12 f; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 16.

134 OLG Brandenburg DAR 2008, 520 = jurisPR-Verkr 4/2008 Anm. 2 (Jahnke); vgl aber KG NZV 2004, 473: Zubilligung eines höheren Schmerzensgeldes als durch das LG bei einem Verkehrsunfall unter Hinweis auf die Genugtuung.

135 Jaeger/Luckey, Rn 475, Fn 1012; Neuner, JuS 2013, 577, 584; Ebert, in: FS Jaeger (2014) 269, 276; vgl auch OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 87: bei der Arzthaftung auch bei grobem Behandlungsfehler keine Genugtuungskomponente.

136 Ch. Huber, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn 40.

137 Küppersbusch/Höher, Rn 274; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 14; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 684; Manfred Lepa, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 115; Höke, NZV 2014, 1, 2; Ebert, in: FS Jaeger (2014) 269, 275; OLG Koblenz VRR 2005, 349 (Luckey).

138 Steffen, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 145, 164: Ausgleich und Genugtuung als zwei selbständig neben einander stehende Aufgaben.

139 OLG Brandenburg r+s 2012, 619: Einstandspflicht des Halters und der Kfz-Haftpflichtversicherung auch für Vorsatztat des Fahrzeugführers.

140 BGH NZV 1995, 225; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 35; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 13.

141 OLG Frankfurt/M.: zfs 2005, 597 (Diehl): Verdoppelung des Schmerzensgeldes bei einem Geisterfahrer mit 2,5 Promille Blutalkoholspiegel.

142 So aber OLG Brandenburg r+s 2012, 619.

143 Dafür nachdrücklich Jaeger, in: FS E. Lorenz (2004) S. 377 ff.

144 G. Müller, VersR 1993, 909, 913. Für deren Aufwertung jedoch Ziegler/Ehl, JR 2010, 1, 6.

gemacht werden kann. Berechtigung hat die Genugtuungsfunktion in Fällen des Vorsatzes<sup>145</sup> oder dem Vorsatz nahekommenden Fällen grober, im Klartext somit gröbster Fahrlässigkeit, was bei besonders groben Verkehrsverstößen in Kombination mit Alkoholisierung zu bejahen ist. Auf die Fallgruppe – Verkehrsunfall oder Arzthaftung – kann es jedoch nicht ankommen,<sup>146</sup> auch wenn ein grober Behandlungsfehler für sich nicht genugtuungsrelevant ist.

**29 5. Auswirkungen für die Bemessung des Umfangs. a) Kein geringeres Schmerzensgeld nach der Gefährdungshaftung.** Höchststrichterlich noch nicht geklärt ist bislang die Frage, ob das Fehlen der Genugtuungskomponente bei der Gefährdungshaftung dazu führt, dass bei vergleichbarer Verletzung ein geringeres Schmerzensgeld zuerkannt wird als in einem Fall der Verschuldenshaftung.<sup>147</sup> Dafür führt *Pardey*<sup>148</sup> ins Treffen, dass zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung nicht nur graduelle, sondern strukturelle Unterschiede bestünden. Das Fehlen der Genugtuungskomponente müsse sich notwendigerweise in einem geringeren Schmerzensgeld niederschlagen.<sup>149</sup> Eine Mittelmeinung will das lediglich für den Fall grober Fahrlässigkeit annehmen.<sup>150</sup> ME ist jegliche Differenzierung bis zur schlichten groben Fahrlässigkeit schon deshalb abzulehnen, weil der mit der Einführung eines Schmerzensgeldanspruchs intendierte Effekt der Justizentlastung ansonsten sogleich wieder verloren ginge.<sup>151</sup> Wurde bei Feststehen eines Gefährdungshaftungstatbestands früher um das Verschulden prozessiert, weil davon das Bestehen eines Schmerzensgeldanspruchs abhing, würde nunmehr das Verschulden zum Gegenstand eines Prozesses gemacht, weil davon der Umfang des Schmerzensgeldes abhinge.<sup>152</sup> Letztlich kann das auch nicht im Interesse der Haftpflichtversicherer sein, weil der Ersparnis bei der Höhe des Ersatzanspruchs eine Zunahme der Regulierungskosten gegenübersteht. Neben diesem pragmatischen Argument spricht für eine Gleichbehandlung, dass die jeweilige Betriebsgefahr ein ebenso starker Zurechnungsgrund sein kann wie das Verschulden. Lehnt man die Genugtuungsfunktion – jedenfalls außerhalb von Vorsatztaten<sup>153</sup> und gröbster Fahrlässigkeit – völlig ab,<sup>154</sup> stellt sich das Problem von vornherein nicht. Ungeachtet der unterschiedlichen dogmatischen Einschätzung kommen manche zu der rechtstatsächlichen Prognose, dass die Abschläge beim Schmerzensgeld nach der Gefährdungshaftung in der Praxis gering sein werden.<sup>155</sup>

**30 b) Genugtuungsfunktion nur noch Bedeutung bei Vorsatzdelikten und bei gröbster Fahrlässigkeit.** Während bei fahrlässigen Straßenverkehrsunfällen und bei der Arzthaftung<sup>156</sup> jegliche Bedeutung geleugnet wird, wird bei Vorsatztaten, somit auch bei bedingtem Vorsatz<sup>157</sup> und diesem nahekommender gröbster Fahrlässigkeit zugestanden,<sup>158</sup> dass auf diesem Gebiet ein legitimer Anwendungsbereich gegeben

145 OLG Zweibrücken NJW-RR 2014, 33; Tätliche Auseinandersetzung zwischen Ehegatten; OLG Bremen NJW-RR 2012, 858; Brutales Erwürgen der Ehefrau, die 30 Minuten später stirbt.

146 Born, in: FS Jaeger (2014) 207, 209 unter Hinweis auf OLG Frankfurt zfs 2005, 597; Geisterfahrer mit 2,6 Promille Alkoholisierung; OLG Naumburg NJW-RR 2008, 407; Arzthaftung; aA *Vrzal*, VersR 2015, 284, 285 f.; Niemals Berücksichtigung bei der Arzthaftung.

147 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 652; *Wagner*, JZ 2004, 319, 321.

148 Geigel/*Pardey*, Kap. 7 Rn 50.

149 Ebenso *Vrzal*, VersR 2015, 284, 286.

150 *Pauker*, VersR 2004, 1391, 1394 f.; *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2004, S. 7, 14; OLG Celle NJW 2004, 1185 = ZGS 2004, 217. (*Jaeger*); OLG Brandenburg VRR 2007, 345 (*Luckey*); zurückhaltender OLG Naumburg SP 2007, 354; Genugtuungsfunktion auch bei grober Fahrlässigkeit nur geringe Bedeutung.

151 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2: Rn 47; *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 119; Palandt/*Grüneberg*, § 253 Rn 4, anders aber Rn 17; Beachtlichkeit grober Fahrlässigkeit; *Steffen*, DAR 2003, 201, 206; ebenso jedenfalls für Straßenverkehrsunfälle Bamberger/Roth/*Spindler* (35.

Edition), § 253 Rn 16; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 652; OLG Koblenz VRR 2005, 349 (*Luckey*); Nach dem 2. SchadensersatzrechtsänderungsG tritt bei Verkehrsunfällen Genugtuungsfunktion „wohl noch weiter als bisher“ zurück.

152 *Diehl*, zfs 2007, 10.

153 In diesem Sinn *Jaeger*, in: FS E. Lorenz (2004) S. 377, 384.

154 *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 120; der Tendenz nach ebenso OLG Frankfurt/M. SP 2008, 12; Genugtuungsfunktion eingeschränkte Bedeutung, weil Verhalten zwar grob fahrlässig, aber nicht rücksichtslos war.

155 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 652; ablehnend bei der Tierhalterhaftung nach § 833 OLG Naumburg NJW-RR 2015, 346.

156 Vgl aber OLG Nürnberg NZV 2007, 301 = VRR 2007, 69 (*Schulz-Doll*): Außergewöhnliches Maß an Gleichgültigkeit des Arztes während fehlerhafter Behandlung anspruchserhöhend.

157 OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerkR 5/2008 Anm. 2 (*Jahnke*): Kraftfahrzeug als Werkzeug gegen das Unfallopfer.

158 *Vrzal*, VersR 2015, 284, 285; weitergehend OLG Saarbrücken BeckRS 2015, 06748; Minderung bei leichtem Verschulden, Zuschlag bei grobem Verschulden.

ist,<sup>159</sup> vor allem bei strafgerichtlichen Vorsatzdelikten,<sup>160</sup> wobei eine vorausgegangene Provokation sich anspruchsmindernd auswirkt.<sup>161</sup> Darüber hinaus ist es plausibel, in Anlehnung an die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht den Vorsatz ersatzerhöhend zu berücksichtigen, wenn es neben der Beeinträchtigung der physischen Integrität zu einer Persönlichkeitsverletzung kommt.<sup>162</sup>

**6. Präventionsfunktion.** Von manchen wird der beim Ersatz immateriellen Schadens bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von der Rechtsprechung<sup>163</sup> anerkannter Präventionsgedanke auf das Schmerzensgeld übertragen.<sup>164</sup> Zu betonen ist, dass es bei den Ansprüchen gegen Medienunternehmen wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Sache nach häufig um Gewinnabschöpfung im Rahmen eines Bereicherungsanspruchs geht, so dass es sich von vornherein verbietet, diesen Gedanken für den Schmerzensgeldanspruch zu übernehmen.<sup>165</sup> Gleichwohl wird darauf verwiesen, dass namentlich bei brutalen Verbrechen von entsprechend hohen Schmerzensgeldzahlungen eine abschreckende Wirkung ausgehe,<sup>166</sup> wobei zusätzlich zu bedenken sei, dass diese der Täter stets selbst aufzubringen habe, weil bei Vorsatztaten eine Einstandspflicht eines Haftpflichtversicherers nicht bestehe. Freilich lässt sich auch in solchen Fällen die erwünschte Steigerung der Schmerzensgeldbeträge mE meist auch allein mit dem Ausgleichsprinzip rechtfertigen. So unscharf das Ausgleichsprinzip beim Schmerzensgeld auch sein mag, so bietet es mE immer noch präzisere Anhaltspunkte für eine vorausberechenbare Höhe als das Präventionsprinzip.

## II. Mitverschulden bzw. Zurechnung der Betriebsgefahr

**1. Keine Kürzung nach Haftungsquoten, sondern eine Bemessungsdeterminante unter mehreren.** Im Anschluss an die Entscheidung BGHZ 18, 149 wird betont, dass in den Fällen eines Mitverschuldens (§ 254) bzw. einer dem Verletzten zurechenbaren Betriebsgefahr (zB §§ 7, 17 Abs. 3 StVG)<sup>167</sup> die Ermittlung des Ersatzbetrags anders zu erfolgen habe als bei einem Vermögensschaden.<sup>168</sup> Eine Kürzung wegen eines Mitverschuldens wird dabei auch ohne Verletzung gegen eine gesetzliche Pflicht angenommen, wenn der Verletzte etwa bei einem Motorradunfall keine Schutzkleidung getragen hat, mag er dazu gesetzlich auch nicht verpflichtet gewesen sein<sup>169</sup> oder ein Fußgänger ohne Verstoß gegen die StVO so nahe der Bordsteinkante geht, dass er sich der Gefahr des Angefahrenwerdens aussetzt.<sup>170</sup> Das gilt entsprechend bei einer Provokation des in der Folge Verletzten.<sup>171</sup> Für das Bestehen eines Mitverschuldens sowie dessen Ausmaß ist der Ersatzpflichtige beweisbelastet.<sup>172</sup> Eine Kürzung des Ersatzanspruchs kommt nur in Betracht, wenn der Schaden ohne das Mitverschulden nicht oder in geringerem Ausmaß eingetreten

159 Luckey, VRR 2005, 351 mit dem zusätzlichen Hinweis auf die zögerliche Regulierung von Haftpflichtversicherern; Palandt/Grüneberg, § 253 Rn 4; OLG Frankfurt/M. zfs 2005, 597 (Diehl): Gleichsetzung von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, die sich Vorsatz annähert, deshalb Verdopplung des Schmerzensgeldes; MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 13, freilich mit dem wenig überzeugenden Hinweis, dass die Genugtuungsfunktion dort gebraucht werde, wo mangels Schmerzens die Ausgleichsfunktion versage. Einerseits wird die Ausgleichsfunktion mittlerweile weiter verstanden, so dass es auf die Empfindung des Verletzten nicht ankommt; andererseits gibt es ohne Schaden eben auch keinen Schadensersatz, mag das Verschulden auch noch so schwerwiegend sein.

160 KG KGR 2004, 510: Verletzter wird von Unbekannten vor die einfahrende U-Bahn gestoßen – barbarisches Geschehen; Täter ist geflohen; hat Opfer hilflos zurückgelassen und jegliche Reue vermissen lassen; für eine Berücksichtigung auch bei strafgerichtlichen Fahrlässigkeitsdelikten KG VersR 2011, 274.

161 OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerkR 5/2008 Anm. 2 (Jahnke).

162 Ebert, in: FS Jaeger (2014) 269, 277.

163 BGHZ 128, 1 = NJW 1995, 861; NJW 1996, 984; BVerfG NJW 2000, 2187; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 8, 13; MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 14.

164 Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi, Handbuch Schmerzensgeld 91; dies., zfs 2012, 6, 7; Wag-

ner, in: FS Stürner (2013) 231, 242 f; skeptisch Höke, NZV 2014, 1, 3, der zu Recht in Frage stellt, ob das Schadensrecht auch eine ordnungspolitische Funktion habe, erzieherisch zu wirken bei alkoholbedingtem Fehlverhalten, technischen Mängeln an Fahrzeugen oder Geschwindigkeitsüberschreitungen.

165 AA Unterreitmeier, JZ 2013, 426, 433 mit untauglichen rechtshistorischen Argumenten, wonach Bemessungsprobleme aus der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts sich schon aus der scholastischen Restitutionslehre des Spätmittelalters lösen ließen.

166 Foerste, NJW 1999, 2951, 2952; zustimmend OLG Hamm NJW 2000, 3219; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 21.

167 Küppersbusch/Höher, Rn 284. Vgl. dazu OLG Frankfurt/M. OLGR 2006, 673: Nach der Rechtslage vor dem 1.8.2002 Kürzung des Anspruchs wegen des vermuteten Mitverschuldens nach § 18 StVG mit der Folge der Beweislast des Schädigers; Anders nunmehr, da auch die Betriebsgefahr anspruchsmindernd zu berücksichtigen ist.

168 OLG Saarbrücken NJW 2011, 933.

169 OLG Düsseldorf NZV 2006, 415; OLG Brandenburg NJW-RR 2010, 538: Jeweils Fehlen eines Beinschutzes, auch bei „kleinen Maschinen“.

170 OLG Brandenburg DAR 2008, 520 = jurisPR-VerkR 4/2008 Anm. 2 (Jahnke).

171 OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerkR 5/2008 Anm. 2 (Jahnke): Zeigen des Stinkefingers.

172 OLG Brandenburg MDR 2010, 809.

wäre.<sup>173</sup> Bei einem Vermögensschaden wird in einem ersten Schritt ermittelt, wie hoch der Ersatzbetrag ohne Verschulden wäre. In einem zweiten Schritt wird dann die Mitverschuldensquote des Geschädigten in Abzug gebracht. Beim Schmerzensgeld soll hingegen das Mitverschulden als integrales Element der Bemessung des Umfangs sogleich mit einbezogen werden.<sup>174</sup>

- 33 Diese Vorgehensweise führt zu einer zusätzlichen Ausweitung des trichterlichen Ermessens. Nicht eine mechanische Kürzung hat zu erfolgen, sondern nach den Umständen des Einzelfalls kann das Mitverschulden bzw. die Betriebsgefahr stärker oder weniger stark berücksichtigt werden. Dies hängt damit zusammen, dass die Genugtuungskomponente das Ausgleichsprinzip überlagert. Die damit erzielten Ergebnisse sind nicht stets überzeugend. So hat etwa das OLG Frankfurt<sup>175</sup> ausgesprochen, dass die Genugtuungsfunktion so stark ausgeprägt sein kann, dass trotz einer Verletzung nach einer Körperattacke gar kein Schmerzensgeld gebührt. Umgekehrt hat das OLG München<sup>176</sup> betont, dass trotz eines Mitverschuldens ein ungekürzter Schmerzensgeldbetrag zustehen kann.<sup>177</sup>
- 34 ME sollte ungeachtet des Dictums der Entscheidung des Großen Senats aus dem Jahr 1955 nachgedacht werden, ob diese Sonderbehandlung sachgerecht ist.<sup>178</sup> Die Praxis hat sich der Sache nach ohnehin darüber hinweggesetzt, indem häufig wie beim Vermögensschaden vorgegangen wird, nämlich das Schmerzensgeld ohne Mitverschulden zu ermitteln und dann um die Quote zu kürzen.<sup>179</sup> Um nicht angreifbar zu sein, wird dieser Vorgang dann aber vernebelt und das Ergebnis mit den besonderen Umständen des Einzelfalls begründet.<sup>180</sup> Insoweit wäre ein zusätzliches Maß an Transparenz wünschenswert.<sup>181</sup>
- 35 Möglich nicht ausreichend beachtet wurde bisher, dass nicht nur auf Seite des Anspruchstellers das Mitverschulden unterschiedlich stark ausgeprägt bzw. durch eine mitwirkende Betriebsgefahr verstärkt sein kann. Vielmehr hat eine Abwägung im Verhältnis zum Schädiger stattzufinden, bei dem ebenfalls mehrere Belastungselemente gegeben sein können.<sup>182</sup> Wenn sich der Verletzte einem alkoholisierten Lenker anvertraut, wird dessen Mitverschulden zwischen einem Viertel,<sup>183</sup> einem Drittel<sup>184</sup> und der Hälfte taxiert.<sup>185</sup> Das erscheint mE deshalb viel zu hoch, weil der Erkennbarkeit der Gefahrenlage durch den Verletzten die Betriebsgefahr des Fahrzeugs, der Fahrfehler und der zusätzliche Vorwurf der Alkoholisierung des Lenkers gegenüberstehen.<sup>186</sup> Umgekehrt ist bei Verletzung eines Motorradlenkers beim Ausweichen gegenüber einem Kind sowohl dessen Mitverschulden (§ 3 Abs. 2 a StVO) als auch die Betriebsgefahr seines Fahrzeugs im Verhältnis zum geringen Verschulden des Kindes in Anschlag zu bringen.<sup>187</sup>
- 36 **2. Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2).** Wie beim Vermögensschaden hat beim Schmerzensgeld eine Kürzung stattzufinden, wenn der Geschädigte nach Eintritt des Schadens eine zumutbare Schadensminderungsmaßnahme unterlässt,<sup>188</sup> sofern es sich nicht um eine typische Folge der unfallbedingten psychischen Erkrankung handelt.<sup>189</sup> Häufig geht es nach einem ärztlichen Kunstfehler um eine weitere therapeutische Maßnahme. Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht sollte aber nur in eindeutigen Fällen bejaht werden. Gerade bei der körperlichen Integrität ist zu beachten, dass Eingriffe nicht nur zu einer Besserung führen sondern häufig mit weiteren Belastungen verbunden sind. Nicht zufällig lautet der Leitspruch

173 OLG Hamm zfs 2005, 122 (*Diehl*): Das in concreto bei Fehlen des Anschlallens des Sicherheitsgurts verneint.

174 BGH NJW-RR 1990, 789; OLG München r+s 2014, 100; OLG Celle VersR 2006, 1085; Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn 25; Bamberger/Roth/*Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 61; Palandt/*Grüneberg*, § 253 Rn 20; MüKo/Oetker, § 253 Rn 46; Geigel/*Pardey*, Kap. 7 Rn 47; Jaeger/*Luckey*, Rn 615; Küppersbusch/*Höher*, Rn 283; Luckey, VRR 2005, 351.

175 OLG Frankfurt/M. NJW 2000, 1424: Der Verletzte hat Anlass gegeben zum Streit.

176 OLG München VersR 2000, 900; kritisch dazu Küppersbusch/*Höher*, Rn 283, Fn 64.

177 Ähnlich OLG Hamm NJW-RR 1995, 598: Bei Mitverantwortung der Verletzten wegen der von ihrem Hund ausgehenden Betriebsgefahr keine Kürzung des Schmerzensgeldes.

178 Kritisch auch Küppersbusch/*Höher*, Rn 283: Weder einleuchtend noch praktikabel.

179 OLG Düsseldorf VersR 1998, 1021; OLG Brandenburg MDR 2010, 809; Jaeger/*Luckey*, Rn 616; Küppersbusch/*Höher*, Rn 283; *Diehl*, zfs 2007, 10, 13.

180 So etwa OLG Brandenburg VersR 2002, 863.

181 Für eine anteilige Kürzung wie beim Vermögensschaden auch *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 121.

182 So zutreffend OLG Brandenburg DAR 2008, 520 = jurisPR-VerkR 4/2008 Anm. 2 (*Jahnke*): Betriebsgefahr und Verstoß gegen § 3 StVO; OLG Karlsruhe NZV 2010, 26: Vorwurf der Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit um 80 % so gravierend, dass Verstoß gegen die Anschallpflicht zu keiner Kürzung führt.

183 KG DAR 2006, 506.

184 OLG Koblenz OLGR 2006, 530; OLG Düsseldorf SP 2002, 267.

185 OLG Hamm OLGR 2001, 153; OLG München VersR 1986, 925.

186 OLG Koblenz OLGR 2006, 530: 1,49 Promille.

187 Zutreffend OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2004, 1167: Noch zur Rechtslage vor dem 1.8.2002; Verletzung durch ein 8-jähriges Kind.

188 MüKo/Oetker, § 253 Rn 47.

189 BGH NJW 2015, 2246 = NZV 2015, 281 (*Burmann*): Unterlassen einer Therapie bei einer Essstörung; durch Mitverschulden weniger weitreichende Begrenzung als durch Begrenzung der Zurechnung; OLG Schleswig NJW-RR 2009, 1325.

der ärztlichen Zunft: nihil nocere, es soll zumindest nicht schlechter werden. Schließlich ist zu beachten, dass in den Fällen, in denen ein ärztlicher Kunstfehler zu einer Verschlimmerung des Gesundheitszustands geführt hat, die Zumutbarkeit eines weiteren Eingriffs mit ungewissem Ausgang deutlich herabgesetzt ist.<sup>190</sup>

**3. Kürzung auch bei deliktsunfähigem Kind (§ 828).** Während nach allgemeinen Regeln die Kürzung eines Schadensersatzanspruchs Deliktsfähigkeit voraussetzt, soll ein Schmerzensgeldanspruch eines deliktsunfähigen Kindes bei dessen grob verkehrswidrigem Verhalten gleichwohl gekürzt werden können.<sup>191</sup> Auch diese Durchbrechung ist abzulehnen. Die Hinaufsetzung der sektoralen Deliktsfähigkeit von Kindern in § 828 Abs. 2 bei Straßenverkehrsunfällen mit motorisierten Fahrzeugen – in Kombination mit der Ersetzung des unabwendbaren Ereignisses durch die höhere Gewalt in § 7 Abs. 2 StVG – verfolgt die Absicht, dem verletzten Kind einen ungeschmälernten Schadensersatzanspruch zu verschaffen.<sup>192</sup>

**4. Gestörte Gesamtschuld.** Fälle der gestörten Gesamtschuld zeichnen sich dadurch aus, dass dem Geschädigten an sich mehrere Schuldner einstandspflichtig sind, einer davon aber infolge einer Haftungsprivilegierung gleichwohl nicht einzustehen hat. Es stellt sich dann die Frage, wie sich diese Haftungsprivilegierung zwischen dem Geschädigten und dem davon begünstigten Gesamtschuldner auf die Einstandspflicht des anderen Gesamtschuldners auswirkt. Es werden insoweit beim Schmerzensgeld keine anderen Grundsätze angewendet als beim Vermögensschaden:

Bei einer Haftungsprivilegierung eines Gesamtschuldners wegen eines Arbeitsunfalls (§§ 104 ff SGB VII) führt dies zur Kürzung des Schadensersatzanspruchs des Geschädigten in dem Maß, in dem der zur Verantwortung gezogene Drittschädiger Rückgriff nehmen hätte können, wenn es die Haftungsprivilegierung nicht gäbe.<sup>193</sup> Eine Haftungsprivilegierung gegenüber einem Familienangehörigen,<sup>194</sup> weil dieser bloß nach dem Haftungsmaßstab der *diligentia quam in suis rebus* einzustehen hat, was zu einer Haftungsfreistellung führen kann, geht hingegen grundsätzlich zulasten des Drittschädigers. Das bedeutet, dass dieser ungeachtet der ohne Haftungsprivilegierung bestehenden Einstandspflicht eines Familienangehörigen und der sonst bestehenden Rückgriffsmöglichkeit Schmerzensgeld in vollem Ausmaß leisten muss.<sup>195</sup> Diese Regel wird freilich dann wieder durchbrochen, wenn der einstandspflichtige Familienangehörige am Straßenverkehr teilgenommen hat,<sup>196</sup> wobei letztlich ausschlaggebend ist, dass für sein Verhalten ein Haftpflichtversicherer einstandspflichtig ist.<sup>197</sup> Mit *Luckey*<sup>198</sup> ist überlegenswert, sämtliche Fälle der gestörten Gesamtschuld einheitlich zu behandeln.

### III. Mehrere Schädiger

Sind mehrere Schädiger einstandspflichtig, kann die Höhe des von ihnen geschuldeten Schmerzensgeldes unterschiedlich hoch sein.<sup>199</sup> Einerseits kann die Abwägung von Verschulden und Mitverschulden unterschiedlich ausfallen, andererseits kann die Genugtuungskomponente – so man eine solche anerkennt – zu einer unterschiedlich hohen Einstandspflicht führen.

## E. Die einzelnen Rechtsgüter

### I. Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung, nicht aber der Tod

**1. Der Kernbereich.** Unter einer Körperverletzung ist eine Beeinträchtigung der äußerlichen Unversehrtheit des Körpers zu verstehen, selbst wenn das – wie etwa das Bespucken eines Polizisten<sup>200</sup> – zu keiner Gesundheitsstörung führt. Eine Gesundheitsbeeinträchtigung setzt indes voraus, dass körperliche oder geistige Lebensvorgänge des Menschen gestört sind, was typischerweise eine Behandlungsbedürftigkeit durch

190 OLG Brandenburg MDR 2010, 1324; Zu Recht abgelehnt bei 70 %-iger Erfolgswahrscheinlichkeit; OLG Braunschweig SVR 2004, 305 (*Luckey*):

Bejaht bei operativem Entfernen von Glassplittern aus der Hand; Geigel/*Pardey*, Kap. 7 Rn 47; strenger hingegen OLG Oldenburg OLGR 1999, 174.

191 BGH VersR 1975, 133; OLG Karlsruhe VersR 1979, 653; OLG Celle VersR 1976, 297; van Bühren/*Lemcke/Jahnke/Jahnke*, Teil 4 Rn 675; offengelassen von KG NZV 1995, 109.

192 So auch Geigel/*Pardey*, Kap. 7 Rn 47.

193 BGHZ 110, 114 = NJW 1990, 1361; NJW 1987, 2669; van Bühren/*Lemcke/Jahnke/Jahnke*, Teil 4 Rn 669; *Jaeger/Luckey*, Rn 654.

194 Ehegatten: § 1359; Lebenspartner: § 4 LPartG; Eltern: § 1664.

195 *Luckey*, PVR 2003, 302, 305.

196 *Jaeger/Luckey*, Rn 646.

197 OLG Hamm NJW-RR 1994, 415: Eine Teilnahme am Straßenverkehr wurde abgelehnt, weil die Eltern auf der Terrasse saßen und es nicht verhindert haben, dass ihr Kind auf die Straße lief und Opfer eines Straßenverkehrsunfalls wurde; ähnlich OLG Hamm NJW 1993, 542.

198 *Luckey*, VersR 2002, 1213, 1216, 1217; ebenso *Jaeger/Luckey*, Rn 655.

199 Geigel/*Pardey*, Kap. 7 Rn 53; Bamberger/Roth/*Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 61; Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn 32; van Bühren/*Lemcke/Jahnke/Jahnke*, Teil 4 Rn 672.

200 LG Münster NJW-RR 2002, 1672.

einen Arzt zur Folge hat. Auch psychische Beeinträchtigungen – wie etwa die nervliche Belastung durch andauernde Todesdrohungen<sup>201</sup> – führen zu einem Schmerzensgeldanspruch, unabhängig davon, ob für die psychischen Beschwerden organische Ursachen bestehen.<sup>202</sup> Für diese werden häufig zu geringe Beträge als Schmerzensgeld zuerkannt. Auf den Ausbruch der Krankheit kommt es nicht an, so dass bei einer Aids-Infektion schon die Infektion als solche zu einem Schmerzensgeldanspruch führt.<sup>203</sup> Entsprechend ist bei einer ungewollten Schwangerschaft diese als solche als Gesundheitsbeeinträchtigung anzusehen, nicht erst die Geburt des Kindes.<sup>204</sup> Anspruchsberechtigt ist auch der nasciturus, allerdings bloß im Fall der Lebendgeburt.<sup>205</sup> Das Leben als solches zählt allerdings nicht zu den von Abs. 2 geschützten Rechtsgütern, so dass bei Tod eines Menschen kein Schmerzensgeldanspruch besteht.<sup>206</sup> Das mag man unter Präventionsgesichtspunkten bedauern,<sup>207</sup> ist aber von der Funktion des Schmerzensgeldes, dem Verletzten einen Ausgleich für seine Unlustgefühle zu gewähren, folgerichtig.<sup>208</sup>

42 **2. Sonderfälle. a) HWS-Verletzungen.** Insbesondere nach Auffahrunfällen im Straßenverkehr stellt sich häufig die Frage eines Schmerzensgeldanspruchs wegen Distorsion der Halswirbelsäule bzw. daraus resultierender Folgeschäden.<sup>209</sup> Es sollen in Deutschland ca. 400.000 Fälle pro Jahr sein, mit einer Belastung für die Kfz-Haftpflichtversicherer in einer Größenordnung von 500 Mio EUR,<sup>210</sup> wobei nicht einmal 1/5 der auf Schmerzensgeld gerichteten Klagen erfolgreich sind.<sup>211</sup> Zu bedenken ist indes, dass auch Lackschäden bei Kfz enorme Ersatzleistungen auslösen; der Unterschied liegt freilich darin, dass diese sichtbar sind, während bei HWS-Verletzungen sowohl die Verletzung selbst als auch deren Kausalität häufig nicht – ohne Weiteres – nachweisbar sind. Insbesondere bei Verletzungen des Typs Erdmann I gibt es keinen Nachweis der Verletzung mithilfe eines bildgebenden Verfahrens.<sup>212</sup> Mitunter erfolgt die Geltendmachung eines Schmerzensgeldes routinemäßig,<sup>213</sup> quasi nach der Devise, dass dies zum guten Ton gehöre.<sup>214</sup> An der – nicht immer fachgerechten – Behandlung solcher HWS-Verletzungen verdienen viele Ärzte,<sup>215</sup> Streitigkeiten darüber tragen aber auch zum Umsatz von Anwälten und diverser Sachverständiger dabei. Der Streit, das Gutachten welches Sachverständigen geboten bzw. entbehrlich ist, muss daher auch vor diesem Hintergrund betrachtet werden. Manche Gerichte sprechen bei leichten Verletzungen ohne Einholung aller möglicher Gutachten bloß aufgrund eines ärztlichen Attests<sup>216</sup> Beträge in der Größenordnung von 400 EUR,<sup>217</sup> 500 EUR<sup>218</sup> oder 600 EUR<sup>219</sup> zu, bei der Grenze zu einer Bagatellverletzung sogar nur 200 EUR.<sup>220</sup> Das KG<sup>221</sup> hat in mehreren Entscheidungen als Anhaltspunkt für die Bemessung angenommen, dass je Monat einer Beeinträchtigung der allgemeinen Erwerbsfähigkeit von mindestens 50 % ein Schmerzensgeld von 1.000 EUR gebühre. Dagegen wird eingewendet, dass dies – negative – Auswirkungen darauf haben könne, dass der Arzt dann jedenfalls für einen bestimmten Zeitraum eine Krankschreibung vornehme; zudem sei fraglich, ob das dem Postulat der Berücksichtigung des Einzelfalles im Rahmen der Billigkeit Rechnung trage.<sup>222</sup>

43 **aa) Beweismaß bei Primärverletzung und Folgeschaden.** Für die Primärverletzung wird der Strengbeweis nach § 286 ZPO verlangt, somit keine unumstößliche Gewissheit, aber ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie gänzlich verstummen zu lassen.<sup>223</sup> Es geht nicht um eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit<sup>224</sup> bzw. eine mathematisch lückenlose Gewissheit.<sup>225</sup> Das Beweismaß ist aber deutlich strenger als das für den Folgeschaden, bei dem gem.

201 OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1402.

202 Wussow/Schmitt, Kap. 54 Rn 10; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 58.

203 BGHZ 114, 284 = NJW 1991, 1948; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 13.

204 BGH NJW 1995, 2407; MüKo/Oetker, § 253 Rn 22.

205 Widersprüchlich Neuner, JuS 2013, 577, 581.

206 Jaeger/Luckey, Rn 20, 463 ff; Jaeger, MDR 1998, 1030, 1031.

207 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 23.

208 MüKo/Oetker, § 253 Rn 28.

209 G. Miller, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169. Ein Überblick über die höchstrichterliche Judikatur findet sich bei Staab, r+s Sonderheft 2011, 107 ff.

210 Jaeger, ZAP 2008, 1305, 1306 f. Zu einer Übersicht der Judikatur der Tatgerichte Luckey, SVR 2010, 174; 175 f; Böhm, zfs 2011, 423.

211 Freymann, in: FS Jaeger (2014) 295.

212 Castro, SVR 2007, 451; aA Böhm, zfs 2011, 423, 424: Selbst kleinste strukturelle Läsionen mit Kernspintomografie leicht zu identifizieren.

213 Eschelbach/Geipel, NZV 2010, 481, 482.

214 Burmann, NZV 2003, 169.

215 Lemcke, r+s 2008, 399, 400: Für viele Ärzte eine beachtliche Einkommensquelle.

216 Luckey, SVR 2004, 275.

217 Benz/Sieger, SVR 2007, 335.

218 OLG Saarbrücken SVR 2004, 272 (Luckey): 4 Tage Arbeitsunfähigkeit; engherzig OLG Brandenburg, NJW-RR 2011, 243 = VRR 2011, 66 (Nugel): 500 EUR bei einem HWS-Schleudertrauma mit Prellung und Schürfwunden bei einer ca. 2-wöchiger Arbeitsunfähigkeit.

219 OLG Köln VersR 2004, 928: Beeinträchtigung von 2 Wochen.

220 KG NJW 2008, 2656.

221 KG VersR 2007, 1708; NJW 2009, 3040; NZV 2010, 629 = jurisPR-VerKR 9/2010 Anm. 2 (H. Lang).

222 H. Lang, jurisPR-VerKR 9/2010 Anm. 2.

223 So die Formel seit BGHZ 53, 245 = NJW 1970, 946.

224 BGH NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (Jaeger) = NZV 2003, 167 (Burmann).

225 OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171.

§ 287 ZPO eine erhebliche oder überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt.<sup>226</sup> Je geringer die Kollisionsgeschwindigkeit ist, umso mehr werden zusätzliche Indizien für den Nachweis der Kausalität verlangt.<sup>227</sup> Wegen dieses abgesenkten Beweismaßes für die Folgeschäden leisten Haftpflichtversicherer auch keine geringfügigen Abstands Zahlungen, jedenfalls nicht ohne Anerkenntnis einer Rechtspflicht, weil das als Anerkenntnis der Primärverletzung angesehen würde.<sup>228</sup> Ehe das Beweismaß eine Rolle spielt, stellt sich zunächst die Frage, was als Primärverletzung anzusehen ist. Der durch den Auffahrunfall ausgelöste Peitschenschlag ist es nicht, sondern erst die daraus resultierenden Beschwerden.<sup>229</sup> Der BGH<sup>230</sup> hat etwa anerkannt, dass die Primärverletzung darin liegen kann, dass ein verletzter Daumen nicht ruhig gestellt wurde. In den kritischen Fällen, in denen mit bildgebenden Verfahren keine Körperverletzung nachgewiesen werden kann, kann das ausnahmsweise auch eine psychische Schädigung sein.<sup>231</sup> Wenn der Sachverständige bei einer festgestellten Verletzung eine Vorschädigung als Ursache der Beschwerden des Verletzten nicht ausschließt, ist der Beweis nach § 286 ZPO nicht erbracht.<sup>232</sup> Das erscheint mir zu streng. Zu bedenken ist zudem, dass Referenzgröße nicht ein gesunder Mensch ist, sondern ein beschwerdefreier.<sup>233</sup> Das ist deshalb bedeutsam, weil der Anspruchsteller womöglich durchaus eine Vorschädigung hatte, diese aber „klinisch stumm“ war und erst das Unfallereignis zu Beschwerden geführt hat.

**bb) Mitwirkung welcher Sachverständigen.** Die Kfz-Haftpflichtversicherer haben versucht, beim Massenphänomen HWS-Distorsion durch Einschaltung technischer Sachverständiger und Erstellung eines biomechanischen Gutachtens eine Harmlosigkeitsgrenze festzuzurren.<sup>234</sup> Wenn die kollisionsbedingte Geschwindigkeit einen bestimmten Wert unterschreitet,<sup>235</sup> der bei der Heckkollision geringer ist als bei der Frontalkollision; soll eine Einstandspflicht nach der „Harmlosigkeitsschwelle“ ausgeschlossen sein. Ins Treffen geführt wird, dass beim Autoscooter, beim „Wiener Opernball“, bei Rempelen zwischen Fußgängern<sup>236</sup> oder selbst beim Niedersetzen auf einen Stuhl oder beim Niesen höhere Kräfte einwirken,<sup>237</sup> ohne dass es zu Verletzungen kommt. Auch wird auf Testversuche mit Probanden verwiesen. Der BGH<sup>238</sup> sieht das indes anders. Er hat ausgesprochen, dass es keine Harmlosigkeitsschwelle gibt.<sup>239</sup> Das biomechanische Gutachten ist bloß ein Beweismittel unter mehreren. Die von technischen Sachverständigen ermittelte kollisionsbedingte Geschwindigkeit misst auch lediglich die Einwirkung auf die Fahrgastzelle, nicht aber die auf den Fahrgast selbst.<sup>240</sup> Der BGH betont, dass auch die Sitzposition bzw. das Überraschungselement eine Rolle spiele,<sup>241</sup> wobei Letzteres im Test nicht simuliert werden könne, weil die Probanden wissen, dass mit ihnen ein Experiment ausgeführt werde. Umstritten ist seither, was als „out of position“ anzusehen sei. Bejaht wurde das beim Drehen des Kopfes, um die Ampel im Blick zu haben,<sup>242</sup> nicht aber bei einem Blick in den Innenspiegel.<sup>243</sup> Darüber hinaus spielt die Konstitution des Verletzten eine Rolle, dessen Alter, seine Körpergröße sowie bestehender Medikamenteneinfluss. Vertreter der Versicherungswirtschaft bemühen sich, dem Beweismittel des biomechanischen Gutachtens einen hohen Stellenwert, dem Attest des Durchgangs- oder Hausarztes eine untergeordnete Bedeutung beizumessen,<sup>244</sup> was aber wohl gegen das Prinzip der freien Beweiswürdigung verstößt. Die BGH-Entscheidung,<sup>245</sup> die eine apodiktische Harmlosigkeits-

44

226 KG VRR 2006, 264 (Luckey): Bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit ausreichend; OLG Saarbrücken VRR 2005, 151 (Jaeger): Bandscheibenverletzung aufgrund einer HWS-Distorsion; G. Müller, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 171; Halm/Staab, DAR 2009, 677, 680.

227 OLG Düsseldorf NJW 2011, 3043: Hier 5 km/h; Beweis bei einem 25-jährigen, für den Anprall nicht überraschend war und der keine Vorschädigung hatte, wurde hier nicht erbracht.

228 Burmann, NZV 2003, 169, 170.

229 KG NZV 2004, 460.

230 BGH NJW 2008, 1381.

231 OLG München NZV 2003, 474: Bulldozer fuhr mit herabgelassener Frontladegabel auf PKW der Klägerin zu; das war eine für Leib und Leben bedrohliche Situation, die Folge war eine psychische Reaktion mit Krankheitswert; KG NZV 2005, 311: Phobisches Phänomen mit Panikattacken sowie kognitiven Störungen; OLG Köln SVR 2006, 222 (Luckey): Somaformale Verarbeitung; Eggert, VA 2005, 207, 209; Eilers, zfs 2009, 248, 251, 252.

232 KG NZV 2005, 521.

233 Jaeger, VersR 2003, 476, 479; ders., ZAP 2008, 1305, 1313.

234 Burmann/Heß, NZV 2008, 481.

235 Zur rückläufigen Tendenz in Bezug auf diesen Wert Jaeger, ZAP 2008, 1305, 1307: Nünmehr 13 km/h.

236 Burmann, NZV 2003, 169, 170.

237 Lemcke, r+s 2008, 397: So bei einer Kollisionsgeschwindigkeit von 5 bis 6 km/h.

238 BGH NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (Jaeger) = NZV 2003, 167 (Burmann).

239 Dem BGH folgend OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171.

240 Eschelbach/Geipel, NZV 2010, 481, 482; Ch. Huber, HAVE 2010, 309, 311.

241 BGH NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (Jaeger) = NZV 2003, 167 (Burmann); NJW 2008, 2845 = r+s 2008 397 (Lemcke) = VRR 2008, 342 (Jaeger); so auch OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171: Stattgebung bei einer Kollisionsgeschwindigkeit von 6 km/h, wobei der Verletzte „out of position“ war. AA

Burmann/Heß, NZV 2008, 481, 482: Wissenschaftlich umstritten, ob das bedeutsam ist.

242 Luckey, SVR 2006, 622, 624.

243 KG NZV 2005, 470.

244 Böhm, zfs 2011, 483, 487.

245 BGH NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (Jaeger) = NZV 2003, 167 (Burmann).

grenze ablehnt, hat dazu geführt, dass sich jedenfalls die Begründungen der – abweisenden – tatrichterlichen Urteile geändert haben, nicht immer freilich die Ergebnisse.<sup>246</sup> Überwiegend wird der kollisionsbedingten Geschwindigkeit immerhin insoweit ein gewisser Beweiswert zuerkannt, als ein gesunder Erwachsener in „normaler“ Körperhaltung bei einer Kollisionsgeschwindigkeit bei einem Heckaufprall bis zu 10 km/h<sup>247</sup> und einer Frontalkollision bis zu 20 km/h<sup>248</sup> keine Körperverletzung erleiden soll; so dass der Verletzte besondere Umstände vortragen muss, warum es bei ihm gleichwohl so ist.<sup>249</sup> Der BGH<sup>250</sup> hat aber – in einem Anwaltshaftpflichtprozess – auch eine Haftung bei 6,5 km/h bejaht. Dem biomechanischen Gutachten kommt somit keine abschließende Bedeutung zu,<sup>251</sup> was auch Auswirkungen hat auf den Umsatz der solche Gutachten erstellenden technischen Sachverständigen. Letztlich kommt es auf das medizinische Gutachten an.<sup>252</sup> Je nach Beschwerden ist das eines Orthopäden,<sup>253</sup> Neurologen, Neurochirurgen, HNO-Arztens oder Psychiaters heranzuziehen. Umstritten ist die Verwertbarkeit von Erkenntnissen der Neurootologie.<sup>254</sup> Umstritten ist auch, ob prima facie anzunehmen ist, dass bei einer Kollisionsgeschwindigkeit von mindestens 15 km/h zu vermuten ist, dass es zu einer Verletzung gekommen ist.<sup>255</sup>

45 **cc) Stellenwert anderer Beweismittel.** Die Gutachten von gerichtlichen Sachverständigen haben einen höheren Stellenwert als die Atteste der behandelnden Ärzte,<sup>256</sup> selbst wenn sie auf eigenen Feststellungen beruhen<sup>257</sup> und sich nicht darin erschöpfen, die vom Patienten geschilderten Beschwerden zu wiederholen.<sup>258</sup> Die Gutachten sollen eine Verletzung sowie deren Verursachung durch einen Unfall prüfen, während die behandelnden Ärzte in erster Linie therapeutisch tätig sind.<sup>259</sup> Der BGH<sup>260</sup> hat aber in einem Fall, in dem der Ersatzpflichtige keinen Beweisantrag auf Erstellung eines medizinischen Gutachtens gestellt hat,<sup>261</sup> Schmerzensgeld auch aufgrund eines ärztlichen Attests sowie einer Zeugenaussage zuerkannt. Selbst die Parteiaussage des Verletzten selbst darf nicht als unbedeutend „marginalisiert“ werden.<sup>262</sup>

46 **dd) Psychische Schäden.** Ein ähnliches Phänomen wie beim – schwierigen – Nachweis einer Körperverletzung bei einer HWS-Distorsion stellt sich bei psychischen Schäden. Da 25 % der deutschen Bevölkerung Beschwerden haben, die eine seelische Ursache haben,<sup>263</sup> spielt dieses Phänomen auch beim Schmerzensgeld eine zunehmend große Rolle. Das Zauberwort ist die posttraumatische Belastungsstörung.<sup>264</sup> Wie bei einer Körperverletzung gilt es zwischen Primärverletzung und Folgeschäden zu unterscheiden, und zwar

246 Eggert, VA 2004, 204, 205; Jaeger, in: FS Eggert (2008) S. 213, 229; Luckey, SVR 2009, 141, 143.

247 Burmann, NZV 2003, 169; weitergehend KG NZV 2005, 470: Bis 15 km/h kein Beweis des ersten Anscheins, dass HWS-Verletzung durch Aufprall verursacht wurde.

248 Vorsichtiger Lemcke, r+s 2008, 399: 15 km/h.

249 Staab, VersR 2003, 1216, 1221; Jaeger, VRR 2008, 342, 343; Burmann/Heß, NZV 2008, 481, 482; OLG Jena r+s 2009, 170: Je geringer die Kollisionsgeschwindigkeit, umso höhere Anforderungen an den Nachweis der Unfallursächlichkeit, hier zwischen 2 und 3,5 km/h; ebenso KG NZV 2005, 521; OLG Düsseldorf NJW-Spezial 2011, 331.

250 BGH NJW 2013, 2965.

251 BGH NJW-RR 2008, 1380 = r+s 2008, 395 (Lemcke) = SVR 2009, 141 (Luckey); für dessen Entbehrlichkeit bei Nachweis einer Primärverletzung Jaeger, VRR 2008, 342, 343; für dessen Entbehrlichkeit im Regelfall Luckey, SVR 2009, 141, 143. AA Burmann/Heß, NZV 2008, 481, 483: Söwohl biomechanisches als auch medizinisches erforderlich, weil Übergehen eines Beweismittels zur Versagung des rechtlichen Gehörs führen würde.

252 BGH NJW 2008, 2845 = r+s 2008 397 (Lemcke) = VRR 2008, 342 (Jaeger): Biomechanisches Gutachten entbehrlich, denn Sachverständiger der Biomechanik hat trotz einschlägiger Promotion keine medizinische Fachkompetenz.

253 Dazu KG NZV 2005, 470: Aus orthopädischer Sicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Unfall als Ursache für die Beschwerden auszuschließen; fraglich ist freilich, ob es sich um ausschließlich orthopädische Beschwerden handelte.

254 Für deren Heranziehung Forster, NZV 2004, 314 ff; Jaeger, ZAP 2008, 1305, 1320; Eschelbach/Geipel,

NZV 2010, 481, 486; ablehnend OLG Hamm NZV 2003, 331; OLG München r+s 2006, 474; H. Lang, jurisPR-VerKR 9/2010, Anm. 2.

255 Dafür Luckey, SVR 2010, 174; dagegen Ernst, in: FS Eggert (2008) S. 195, 199.

256 BGH NJW-RR 2008, 1380 = r+s 2008, 395 (Lemcke) = SVR 2009, 141 (Luckey); aA OLG Bamberg NZV 2001, 470: Maßgeblich Äußerung des erstbehandelnden Arztes.

257 KG NZV 2005, 469: Nach Einholung eines biomechanischen und medizinischen Gutachtens, die Kausalität verneinen, ist die Vernehmung des behandelnden Arztes nur geboten, wenn vorgetragen wurde, dass er aus eigener Wahrnehmung Angaben zu Ursachen der Beschwerden machen kann.

258 Zum unterschiedlichen Gewicht im Rahmen der Beweiswürdigung Jaeger, VRR 2008, 342, 344.

259 OLG Jena r+s 2009, 170; Jaeger, ZAP 2008, 1305, 1318; Burmann/Heß, NZV 2008, 481, 482.

260 BGH NJW 2008, 2845 = r+s 2008 397 (Lemcke) = VRR 2008, 342 (Jaeger).

261 Auf diese prozessuale Besonderheit hinweisend, dass dieses Unterlassen im Revisionsverfahren nicht mehr saniert werden konnte, Lemcke, r+s 2008, 399; Nugel, NJW-Spezial 2010, 329, 330.

262 Jaeger, VRR 2008, 342, 344. Aufschlussreich OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171: Spezialsenat für Verkehrsunfallsachen entschied entgegen dem negativen Sachverständigengutachten unter Hinweis auf die Aussage der Ehefrau und das ärztliche Attest.

263 Jaeger, ZAP 2008, 1305, 1321. Vgl. auch Eggert, VA 2005, 207: zweithäufigste Krankheit; Eilers, zfs 2009, 248: 10 % der gesamten Krankheitskosten.

264 Burmann/Heß, NZV 2008, 481, 484: Eine solche wird sehr schnell diagnostiziert.

wegen des Beweismaßes, der Erheblichkeitsschwelle und der Vorhersehbarkeit. Wie bei der Körperverletzung gilt für den Nachweis der Primärschädigung das strengere Beweismaß des § 286 ZPO. Ein Zuspruch von Schmerzensgeld setzt voraus, dass es sich um eine pathologisch fassbare psychische Störung handelt.<sup>265</sup> Der Nachweis ist insoweit noch schwieriger, weil es – im Unterscheid zu einer Körperverletzung – jedenfalls keine bildgebende Methode gibt.<sup>266</sup> Die Rechtsprechung ist deshalb restriktiv.<sup>267</sup> Sofern freilich ein Primärschaden gegeben ist, ist der seelische Folgeschaden im Rahmen der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen; ohne dass es darauf ankommt, ob die seelischen Beschwerden für sich Krankheitswert haben oder bloß eine nicht ersatzfähige Befindlichkeitsstörung gegeben ist.<sup>268</sup> Bei einer Primärverletzung soll zudem Voraussetzung sein, dass diese für den Schädiger vorhersehbar war,<sup>269</sup> während es darauf im Rahmen eines Folgeschadens nicht ankommt. Warum das bei einer psychischen Störung als Primärschaden so sein soll, ist bisher noch nicht begründet worden. Generell gilt die Adäquanzformel, die freilich ein überaus grober Filter ist und wenig ausschließt. Und auch bei dieser kommt es nicht auf die Vorhersehbarkeit für den jeweiligen Schädiger an; maßgeblich ist vielmehr die Sicht eines objektiven Dritten ex ante.<sup>270</sup> Bedeutung hat eine psychische Störung mit Krankheitswert insoweit, als sich – insbesondere bei einem Kfz-Unfall – eine Körperverletzung nicht nachweisen lässt. Die psychische Fehlverarbeitung ist dann bereits vor dem Tatgericht als Primärschaden zu behaupten und zu beweisen,<sup>271</sup> ein entsprechendes Vorbringen im Revisionsverfahren ist verspätet.<sup>272</sup> Da der Verletzte – und sein Anwalt – medizinisch nicht fachkundig sind, ist es ausreichend, dass die Primärverletzung sowie die Symptome bewiesen werden; nicht erforderlich ist der Vortrag der medizinischen Ursachen für den Schaden.<sup>273</sup>

**b) Besondere Probleme bei der Zurechnung. aa) Überholende Kausalität oder Kürzung nach Billigkeit.** Mitunter führt eine relativ geringfügige Verletzung zu weitreichenden Folgen, die auf eine psychische Fehlverarbeitung des Verletzten zurückzuführen sind.<sup>274</sup> Voraussetzung ist im Schadensersatzrecht – anders als im Sozialrecht – nicht, dass es durch das schädigende Ereignis zu einer richtungweisenden Verschlechterung gekommen ist; auch eine Mitverursachung kann eine volle Haftung auslösen.<sup>275</sup> Soweit diese Folgen zu einem späteren Zeitpunkt eingetreten wären, hat der Schädiger dafür nach den Regeln der überholenden Kausalität nicht einzustehen<sup>276</sup> bzw ist der Umfang des Schmerzensgeldes zu mindern.<sup>277</sup> Sofern allerdings das schädigende Ereignis der sprichwörtliche Tropfen ist, der das Fass zum Überlaufen bringt,<sup>278</sup> ist eine volle Einstandspflicht des Schädigers grundsätzlich gegeben.<sup>279</sup> Denn der Schädiger muss den Geschädigten stets so nehmen, wie dieser ist<sup>280</sup> und kann nicht verlangen, so gestellt zu werden, als hätte er einen Gesunden verletzt.<sup>281</sup> Selbst wenn es sich um eine psychische Fehlverarbeitung handelt, bejaht die Rechtsprechung eine Einstandspflicht des Schädigers.<sup>282</sup> Davon werden nur marginale Ausnahmen zugelassen, in denen sich nicht mehr als das allgemeine Lebensrisiko realisiert.<sup>283</sup> Dass dies so ist, hat zudem der

47

265 Born/Rudolf/Becke, NZV 2008, 1, 2; Jaeger, ZAP 2008, 1305, 1321. Beispiele bei Halim/Staab, DAR 2009, 677, 679; Staab, VersR 2003, 1223 ff.

266 G. Müller, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 182; Eilers, zfs 2009, 248, 253.

267 Eggert, VA 2005, 207, 209; Strenge, oft zu strenge Anforderungen an die Darlegung.

268 Eilers, zfs 2009, 248, 249; Burmann/Heß, NZV 2008, 481, 484; OLG Karlsruhe NZV 2010, 26.

269 Stöhr, 46. VGT (2008), 122.

270 Vgl dazu OLG Köln SVR 2006, 222 (Luckey): Bejahung der subjektiven Vorhersehbarkeit für den konkreten Schädiger wegen der besonderen Konstitution der verletzten Person. Bei einem solchen Verständnis dürfte es sich mE um eine Leerformel handeln.

271 Eggert, VA 2005, 207, 209; Eilers, zfs 2009, 248, 251, 252.

272 G. Müller, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 180.

273 OLG Köln SVR 2006, 222 (Luckey); Jaeger, VRR 2008, 342.

274 Dazu ausführlich G. Müller, VersR 1998, 129, 132 ff.

275 BGH NJW-RR 2005, 897; Eilers, zfs 2009, 248, 252; Schumann/Nugel, VRR 2013, 244 mit dem zutreffenden Hinweis, dass Vorsicht geboten ist bei der Übernahme von Sachverständigengutachten aus einem sozialrechtlichen Verfahren.

276 OLG Celle SP 2007, 320; Zeitliche Begrenzung bei einer bereits vor dem Unfall angelegten schweren narzistischen Persönlichkeitsstörung, die ohne den Unfall durch die Untersuchungshaft ausgelöst worden wäre; OLG Hamm NZV 2002, 37; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 42.

277 BGH NJW 1997, 455; OLG Hamm VersR 2002, 491; OLG Schleswig OLGR 2003, 155.

278 So auch die Ausdruckweise in BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425.

279 BGHZ 123, 341 = NJW 1996, 2426; BGH NJW 1997, 455; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 42.

280 Anschaulich BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425:

„Verletzter hatte vor der Schädigung bereits acht Unfälle erlitten; der BGH spricht von einer „prämorbidem Persönlichkeit“ des Verletzten.“

281 BGH NJW 2012, 2964; NJW 2013, 2965; OLG Hamm NZV 2014, 462; OLG Köln SVR 2006, 222 (Luckey); OLG Hamm NJW-RR 2001, 1676; G. Müller, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005), S. 169, 182; Eggert, VA 2005, 207, 209; Schumann/Nugel, VRR 2013, 244.

282 BGH NZV 2005, 461; NJW 2004, 1945; NJW 1998, 813; NJW 1998, 810; BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425; OLG Frankfurt/M. OLGR 2005, 746; KG NZV 2005, 311.

283 Wussow/Schmitt, Kap. 54 Rn 11.

Schädiger zu beweisen;<sup>284</sup> den Geschädigten trifft lediglich eine sekundäre Darlegungslast.<sup>285</sup> Gleichwohl wird mitunter – zu Unrecht – eine Schadensanfälligkeit des Verletzten schmerzensgeldmindernd berücksichtigt.<sup>286</sup> Bemüht wird dafür unter Berufung auf § 287 ZPO die Billigkeit.<sup>287</sup> Es erfolgt eine Einordnung bei der Schmerzensgeldbemessung und nicht im Rahmen überholender Kausalität.<sup>288</sup> Betont wird das Erfordernis flexibler Lösungen.<sup>289</sup> Zudem wird auf die Parallele zur nicht strukturierten Erwerbsbiografie verwiesen.<sup>290</sup> Letztere Parallele ist freilich nur insoweit gegeben, als es um Unwägbarkeiten der Zukunft geht.<sup>291</sup> Während bei mechanischer Betrachtung einem im Zeitpunkt der Verletzung Arbeitslosen gar kein Ersatz zugebilligt würde, somit die Versagung von Ersatz zugunsten des Anspruchstellers normativ korrigiert wird, geht es bei der Bemessung des Schmerzensgeldes um das gerade gegenläufige Phänomen: Der Schädiger muss den Verletzten so nehmen, wie er ist. Er hat es hinzunehmen, eine vorgeschädigte Person verletzt zu haben. Und ob bzw. wann die zunächst klinisch stumme Vorschädigung auch ohne das schädigende Ereignis schlagend geworden wäre, ist eine Frage der überholenden Kausalität,<sup>292</sup> für die der Schädiger die Beweislast trägt.<sup>293</sup> Insofern werden unberechtigterweise Argumente, wie sie bei einer Summenversicherung im Privatversicherungsrecht aufgrund der dort vereinbarten AVB beachtlich sein mögen, ins Schadensrecht transferiert. Diese Ausgangslage ist jedenfalls zu berücksichtigen, wenn ohne weitere Beweisaufnahme – aus dem richterlichen Bauch heraus – unter Berufung auf eine (vermeintliche) Billigkeit pauschale Abschläge vorgenommen werden. Die Beweislast des Schädigers ist insoweit abgemildert, als den Verletzten eine sekundäre Darlegungslast trifft und dem Schädiger das geringere Beweismaß des § 287 ZPO zugutekommt.<sup>294</sup> Die verletzte Person ist – weder nach § 119 VVG noch § 242 – verpflichtet, in diesem Rahmen die private Krankenversicherung von der Schweigepflicht zu entbinden, um dem Anspruchsgegner die Kenntnis über sämtliche Vorerkrankungen und damit die Kenntnis einer Prädisposition zu vermitteln.<sup>295</sup> Fragwürdig ist die Begrenzung der Zurechnung aus dem Grund, dass auch ein anderer geringfügiger Anlass zum gleichen Ergebnis geführt hätte.<sup>296</sup> Zu bedenken ist immerhin, dass ein solches Ereignis womöglich nie stattgefunden hätte. ME drängt sich insoweit die Parallele zur klinisch stummen Vorschädigung auf.

**48 bb) Arten von Neurosen.** In jüngerer Zeit greift die Rechtsprechung<sup>297</sup> nur noch ausnahmsweise auf die Rechtsfigur der Begehrensneurose zurück.<sup>298</sup> Dabei nimmt der Geschädigte in seinem neurotischen Streben nach Versorgung und Sicherheit die unfallkausale Verletzung bloß zum Anlass, um den Schwierigkeiten und Belastungen des Erwerbslebens auszuweichen. Es genügt dabei nicht, dass diese Neigung bloß auch eine Rolle spielt; vielmehr muss das Verhalten ausschließlich darauf zurückzuführen sein oder doch prägend im Vordergrund stehen.<sup>299</sup> Ein Schaden wurde zwar verursacht, aber es widerspricht dem Sinn des Schadensausgleichs, eine neurotische Begehrenshaltung zu verfestigen, weshalb eine normative Korrektur erfolgt.<sup>300</sup> Eine Begehrensneurose wird von den Sachverständigen in jüngerer Zeit seltener bescheinigt mit der Folge, dass es kaum noch Urteile gibt, in denen der Ausschluss der Zurechenbarkeit auf eine Begehrensneurose gestützt wird. Geändert hat sich somit nicht das Verhalten der Geschädigten, sondern die Bewertung durch Sachverständige und Gerichte.<sup>301</sup> Unter dem Gesichtspunkt des Ausgleichsgedankens ist ein adäquat verursachter Schaden gegeben. Worum es allerdings geht, das ist eine normative Korrektur einer solch „mechanischen“ Betrachtung, führt doch das Nachgeben dieser Neigung zu einem immer größeren Schaden. Die Rechtsprechung laviert, indem sie einerseits eine grundsätzliche Ersatzfähigkeit bejaht,

284. KG NZV 2002, 172.

285. Schumann/Nugel, VRR 2013, 244.

286. OLG Düsseldorf, VRR 2005, 186 (kritisch Jaeger); OLG Köln SVR 2006, 222 (Luckey); OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171: 50 % Abschlag wegen Prädisposition; OLG Saarbrücken NJW-Spezial 2009, 761: Herabsetzung von 17.500 EUR auf 5.500 EUR; gegenteilig OLG Saarbrücken SP 2005, 268: Voller Zuspruch trotz vorgeschädigter Wirbelsäule, Veränderungen der Wirbelsäule waren klinisch stumm.

287. Schumann/Nugel, VRR 2013, 244, 245.

288. Bischoff, zfs 2008, 122, 124.

289. G. Müller, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 188; Eilers, zfs 2009, 248, 253: Abstufung je nach Wahrscheinlichkeit, ob die seelische Störung auch ohne den Unfall eingetreten wäre. Kritisch zur zu seltenen Anwendung einer solchen Quotenbildung Halm/Staab, DAR 2009, 677, 681.

290. Stöhr, 46. VGT (2008), 122, 127.

291. Ch. Huber, HAVE 2010, 309, 314.

292. Jaeger, VRR 2005, 187.

293. Jaeger, VersR 2003, 476, 479 unter Hinweis auf den Ausspruch eines Sachverständigen: „Bin ich ein Prophet?“, aA Grunewald/Nugel, VRR 2014, 4, 7 unter Hinweis auf OLG Frankfurt NZV 1993, 67: Kürzung gar um 80 %.

294. Ch. Huber, HAVE 2010, 309, 313.

295. OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 1440: Fehlverarbeitung einer relativ geringfügigen HWS-Verletzung durch eine Gymnasiallehrerin mit 5 Kindern.

296. Ernst, in: FS Eggert (2008) S. 195, 207; Eilers, zfs 2009, 248, 249 mit Verweis auf die Borderline-Störung.

297. BGH VersR 1979, 718; OLG Stuttgart SP 2001, 198.

298. Jaeger/Luckey, Rn 555; G. Müller, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 182.

299. BGH NJW 1998, 810; Eilers, zfs 2009, 248, 252.

300. OLG Hamm NZV 2014, 462.

301. Ch. Huber, HAVE 2010, 309, 314.

andererseits aber bei einer neurotischen Fehlverarbeitung wegen einer psychischen Prädisposition – mE zu Unrecht – den Ersatzanspruch auf einen geringen Bruchteil zusammenkürzt.<sup>302</sup>

Bei einer Konversionsneurose wird ein latenter seelischer Konflikt im Gefolge einer schadensbedingten Körperverletzung<sup>303</sup> unbewusst zum Anlass genommen, einen seelischen Konflikt in eine körperliche Störung umzuwandeln.<sup>304</sup> Eine Zurechnung findet dabei nur dann nicht statt, wenn es sich bei der Unfallverletzung um eine Bagatelle handelt, die nicht eine spezielle Schadensanlage des Geschädigten trifft.<sup>305</sup> Eine solche Bagatelle<sup>306</sup> ist nur anzunehmen, wenn für diese Primärverletzung kein Schmerzensgeld verlangt werden könnte, wie das bei vorübergehenden geringfügigen Beeinträchtigungen, die im Alltagsleben immer wieder vorkommen, der Fall ist.<sup>307</sup> Zu verneinen ist das etwa bei einer HWS-Distorsion 1. Grades,<sup>308</sup> einer Ellbogenprellung<sup>309</sup> oder einer durch die Unfallnachricht ausgelösten Magersucht.<sup>310</sup> Nur in einem solchen Fall wäre die Reaktion in einem derartigen Missverhältnis zum Anlass, dass sie schlechterdings nicht mehr verständlich wäre, weshalb eine Zurechnung ausscheidet.<sup>311</sup> Nach den Vorgaben dieser Rechtsprechung ist es äußerst selten, dass eine Zurechnung einer seelischen Fehlverarbeitung abzulehnen ist. Handelt es sich bei der Primärverletzung um eine seelische Krankheit, kann es nicht auf die Geringfügigkeit der – nicht vorhandenen – Körperverletzung ankommen; maßgeblich ist vielmehr die Geringfügigkeit des die Haftung auslösenden Unfalls.<sup>312</sup> Dafür kann auch ein „Beinahe-Unfall“ reichen, wenn die Gefährdung schwerwiegend genug war.<sup>313</sup> Ausgeschlossen kann eine Zurechnung sein bei einem Parkplatzunfall mit einem geringen Blechschaden oder einer kollisionsbedingten Geschwindigkeit unter 5 km/h.<sup>314</sup> Dafür, dass es sich um eine Bagatelle handelt, trifft den Schädiger die Beweislast.<sup>315</sup> Selbst bei einer Bagatellverletzung findet eine Zurechnung statt, wenn die besondere Schadensanlage betroffen ist.<sup>316</sup>

**cc) Einfluss von Vorschäden.** Werden beim Anspruchsteller Vorschäden festgestellt, handelt es sich um ein ambivalentes Phänomen.<sup>317</sup> Einerseits mag der Nachweis der Kausalität der Unfallverletzung deshalb schwieriger sein; andererseits mag gerade deshalb plausibel sein, dass es sich beim Unfallereignis um den sprichwörtlichen Tropfen handelt, der das Fass zum Überlaufen brachte.

**dd) (Auch) von einem Zweitschädiger verursachte Folgeschäden.** Gerade bei HWS-Verletzungen führt eine an sich harmlose Erstverletzung bei einer Fehlbehandlung durch einen Arzt zu einem beträchtlichen Folgeschaden, so namentlich bei unsachgemäßer Verordnung einer Schanz'schen Krawatte<sup>318</sup> oder Heranziehung von Psychiatern und Neurologen anstelle erfahrener Psychologen.<sup>319</sup> Der Erstschädiger haftet auch für den dadurch verursachten Folgeschaden, weil eine adäquat kausale Verursachung zu bejahen ist.<sup>320</sup> Es ist nicht unvorhersehbar, dass durch eine ärztliche Fehlbehandlung die Beschwerden des Patienten noch größer werden.<sup>321</sup> Dass der Erstschädiger einen Rückgriffsanspruch gegen den Zweitschädiger hat, ist davon zu unterscheiden.

Mitunter kommt es nach einem Erstunfall zu einem Zweitunfall; auch insoweit stellt sich die Frage der Reichweite der Einstandspflicht des Erstschädigers. Grundsätzlich haftet der Erstschädiger auch für solche

302 OLG Saarbrücken NJW-Spezial 2009, 761; Reduzierung des an sich gebührenden Schmerzensgeldes von 17.500 EUR auf 5.000 EUR.

303 Zu deren Voraussetzung G. Müller, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 179.

304 BGH NJW 1998, 810; NJW 1997, 1640; NJW 1993, 1523.

305 BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425; BGHZ 137, 142 = NJW 1998, 810.

306 Zu den strengen Anforderungen BGH NJW 1998, 810.

307 BGH NJW 1992, 1043; OLG Naumburg NJW-Spezial 2014, 458; Leichtes Wirbelsäulentrauma und nicht näher beschriebene Prellung des linken Oberarms.

308 BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2003, 123 (Schie-mann); OLG Schleswig NJW-RR 2007, 171.

309 KG NZV 2005, 311.

310 BGH NJW 2015, 2246 = NZV 2015, 281 (Bur-mann).

311 BGH NJW 1998, 813; NJW 1997, 2715; NJW 1997, 1640; OLG Hamm SP 2001, 342; Jaeger/Luckey, Rn 558; Wussow/Schmitt, Kap. 54 Rn 17; Schäfer/Baumann, MDR 1998, 1080 ff; Burmann/Heß, NZV 2008, 481, 484.

312 Eggert, VA 2005, 207; G. Müller, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 169, 186.

313 Halm/Staab, DAR 2009, 677, 681; bejaht etwa von OLG München NZV 2003, 474; Bulldozer fuhr mit herabgelassener Frontladegabel auf PKW der Klägerin zu.

314 Eilers, zfs 2009, 248, 249.

315 Eilers, zfs 2009, 248, 251; aA Halm/Staab, DAR 2009, 677, 682.

316 BGH NJW 2013, 2965; Wie ein spezifischer Schlüssel in ein vorgegebenes Schloss; Stöhr, 46. VGT (2008), 122, 123 unter Hinweis auf OLG Hamm NZV 2002, 36; Zugführer, der bereits durch vorhergehende Unfälle mit tödlichem Ausgang psychisch geschwächt war.

317 Ch. Huber, HAVE 2010, 309, 313.

318 Lemcke, r+s 2008, 399, 400.

319 Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi, zfs 2012, 6, 11; Höke, NZV 2014, 1, 2.

320 BGH NJW 2003, 1116 = VersR 2003, 474 (Jaeger) = NZV 2003, 167 (Burmann); Bischoff, zfs 2008, 122, 126 unter Hinweis auf die Parallele zum Werkstatttrisiko beim Kfz-Sachschaden.

321 Ch. Huber, HAVE 2010, 309, 313.

Folgeschäden, namentlich eine ärztliche Fehlbehandlung,<sup>322</sup> mag dem Erstschädiger gegen den Zweitschädiger insoweit ein Regressanspruch zustehen. Die Haftung des Erstschädigers ist aber dann zu verneinen, wenn die Erstverletzung bereits ausgeheilt war.<sup>323</sup> Der BGH<sup>324</sup> verneint die Zurechnung darüber hinaus dann, wenn eine bereits vorhandene Disposition zur Fehlerverarbeitung eines HWS-Schleudertraumas nur geringfügig erhöht wurde und die Erstschädigung die Schadensanfälligkeit nicht erst geschaffen habe.<sup>325</sup> *Schiemann*<sup>326</sup> verdeutlicht das in der Weise, dass darauf abzustellen sei, ob schon durch das Erstereignis ein Dauerschaden bewirkt worden sei oder es „bloß“ darum gehe, dass das zweite Ereignis wegen des ersten schlimmer erlebt werde. Diese psychische Anfälligkeit genüge nicht, weil das keine körperliche Eigenschaft sei, sondern Teil der Persönlichkeit. Diese Unterscheidung ist überaus subtil; die Grenzziehung dürfte auch für so manchen Sachverständigen nicht ganz einfach zu bewältigen sein.

- 53 **c) Ungewollte Schwangerschaft.** Wenn es infolge eines ärztlichen Kunstfehlers dazu kommt, dass eine Schwangerschaft ungewollt entstanden ist, weil eine Sterilisation der Frau selbst oder des Mannes<sup>327</sup> fehlgeschlagen ist, oder die Frau davon so spät erfährt, dass eine rechtmäßige Abtreibung nicht mehr in Betracht kommt, so wird für die Unbill, die mit dem Austragen des Kindes verbunden ist, ein Schmerzensgeld gewährt, selbst wenn die Geburt oder bei rechtzeitiger Vornahme die Abtreibung<sup>328</sup> komplikationslos verläuft. Auch wenn darin an sich keine Gesundheitsbeeinträchtigung liegt, weil es sich um einen natürlichen Vorgang handelt, wird dies schadensrechtlich doch so behandelt, weil dies ohne den freien Willensentschluss der betroffenen Frau erfolgt. Neben den in solchen Konstellationen im Vordergrund stehenden Fragen nach dem ersatzfähigen Unterhalt geht es auch um das Schmerzensgeld.
- 54 Dass bei fehlgeschlagener Sterilisation das ärztliche Fehlverhalten nicht allein ursächlich ist, sondern ein zusätzlicher Geschlechtsverkehr dazu kommen muss, schließt die Einstandspflicht nicht aus.<sup>329</sup> Bei der Ansteckung mit HIV wurde ebenso entschieden.<sup>330</sup> Hinzu kommt, dass der Eingriff gerade deshalb vorgenommen wurde, um die Zeugung von Nachkommenschaft zu verhindern, und sich damit genau das Risiko verwirklicht, das der Arzt durch den vertraglich geschuldeten Eingriff verhindern sollte. Auch wenn ein Bezug zur Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht zu leugnen ist,<sup>331</sup> qualifiziert der BGH den Eingriff als Gesundheitsbeeinträchtigung. *Jaeger/Luckey*<sup>332</sup> weisen zu Recht darauf hin, dass ansonsten der ideelle Schaden wesentlich höher liegen müsste, wofür in der Tat vieles sprechen würde.<sup>333</sup> Der BGH<sup>334</sup> nimmt eine Begrenzung mit dem Zeitpunkt der Geburt vor, weil Beschwerlichkeiten nach diesem Zeitpunkt vom Zurechnungszusammenhang nicht mehr gedeckt sind. Dem ist freilich nur insoweit zu folgen, als es um die normalen Mühen und Plagen geht, die mit der Erziehung eines Kindes verbunden sind. Leidet die Mutter nach der Geburt an einem durch die Schwangerschaft verursachten Überlastungssyndrom mit Krankheitswert, hat der Schädiger auch dafür einzustehen.<sup>335</sup>
- 55 **d) Vernichtung einer Spermakonzervate bzw. einer Eizelle.** Kommt es zu einer vom Schädiger zu vertretenden Vernichtung einer Spermakonzervate oder Eizelle, sind die Regeln über die Körperverletzung anzuwenden, weil es sich um einen ausgelagerten Körperteil handelt, der dazu bestimmt ist, entweder in den eigenen Körper zurückzukehren (so bei der Eizelle) oder eine körpertypische Funktion zu erfüllen (so bei der Samenzelle). Freilich ist ein Zusammenhang zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht zu leugnen. Der BGH<sup>336</sup> sprach den Mindestbetrag bei solchen Verletzungen zu, nämlich 12.500 EUR.

322 OLG München VRR 2014, 307 (*Luckey*): Verlängerung der Beschwerden infolge unterlassener Schmerztherapie; OLG Hamm r+s 2014, 255: Behandlungsfehlerhafte Entfernung eines Hodens nach einem Tritt.

323 BGH NJW 2002, 504; *Halm/Staab*, DAR 2009, 677, 679.

324 BGH NJW 2004, 1945 = LMK 2003, 123 (*Schiemann*).

325 BGH NJW 2002, 504.

326 LMK 2004, 1213, 124.

327 BGH NJW 1985, 671; *Jaeger/Luckey*, Rn 1258.

328 OLG Köln VersR 2011, 1325: 4.500 EUR.

329 *Jaeger/Luckey*, Rn 1259.

330 BGHZ 114, 284 = NJW 1991, 1937 (*Deutsch*) = JZ 1991, 756 (*Spickhoff*) = JR 1991, 485 (*Giesen*) = JuS 1991, 959 (*Emmerich*).

331 BGH NJW 1995, 2407.

332 *Jaeger/Luckey*, Rn 1260: Dann wären es nicht 1.000 EUR, sondern mindestens 12.500 EUR.

333 *Jaeger/Luckey*, Rn 1260, die die von den Untergerrichten zuerkannten 1.500 EUR zu Recht als indiskutabel niedrig ansehen; ob die Tarife von Mietmütern der geeignete Wertmaßstab sind (so *Jaeger/Luckey*, Rn 1274), mag bezweifelt werden; im Immaterialgüterrecht werden solche Überlegungen freilich in der Tat angestellt.

334 BGH NJW 1995, 2412; NJW 1985, 659; BGHZ 86, 240 = NJW 1983, 1371.

335 MüKo<sup>6</sup>/*Oetker*; § 253 Rn 22; *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 23; OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 235, im konkreten Fall freilich abgelehnt.

336 BGHZ 124, 52 = NJW 1994, 127 = LM § 823 (Aa) BGB Nr. 151 (*Pfeiffer*) = JZ 1994, 463 (*Rohe*) = JR 1995, 21 (*Taupitz*) = JuS 1994, 351 (*Emmerich*) = JA 1994, 177 (*Ebner*); dazu *Laufs/Reiling*, NJW 1994, 775; *Taupitz*, NJW 1995, 745; *Schnorbus*, JuS 1994, 830; *Voß*, VersR 1999, 545.

## II. Sexuelle Selbstbestimmung

In Abs. 2 geht es um die Haftungsausfüllung des Tatbestands der Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung. § 825 ist nunmehr nicht nur zeitgemäß,<sup>337</sup> sondern auch geschlechtsneutral formuliert.<sup>338</sup> Nicht nur sexuelle Beeinträchtigungen von Frauen, sondern auch solche von Männern und Kindern werden erfasst. Da damit aber nicht alle regelungsbedürftigen Sachverhalte erfasst sind, sind ergänzend die §§ 174 ff StGB – in Kombination mit § 823 Abs. 2 – heranzuziehen.<sup>339</sup> Umstritten ist, ob daneben auch noch auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurückzugreifen ist<sup>340</sup> oder durch § 825 sowie die §§ 174 ff StGB eine Spezialregel gegeben ist.<sup>341</sup> Einig ist man sich, dass die Höhe der für die diesbezüglichen immateriellen Schäden zuerkennenden Beträge in der Vergangenheit zu gering war,<sup>342</sup> sich die Rechtsprechung aber zu wandeln beginnt.<sup>343</sup>

Ansatzpunkt sollte der immaterielle Schaden bei jeder einzelnen Vergewaltigung sein, was damit zu begründen ist, dass ein Täter, der mehrere Personen vergewaltigt, ebenfalls mit einer Kumulierung der Schmerzensgelder belastet wird.<sup>344</sup> Wenn zusätzliche Momente wie Folter und besondere Gewalt dazu kommen, muss sich das Schmerzensgelderhöhend auswirken. Zu bedenken sind die psychischen Langzeitfolgen bei den Opfern.<sup>345</sup> Bewegen sich die Schmerzensgelder bei Vergewaltigung von Frauen in besonders gravierenden Fällen in einer Größenordnung von 20.000 EUR<sup>346</sup> bis 50.000 EUR,<sup>347</sup> so schlägt *Foerste*<sup>348</sup> vor, die Beträge bis 300.000 EUR anzuheben.<sup>349</sup> Auch wenn die Rechtsprechung zu einem solchen Quantensprung nicht – sogleich – bereit sein wird,<sup>350</sup> ist doch eine stark steigende Tendenz zu beobachten.<sup>351</sup> So hat es etwa der BGH<sup>352</sup> nicht gebilligt, als das OLG Düsseldorf ein Schmerzensgeld von 30.000 EUR auf 12.500 EUR reduziert hat. Zur Begründung der Anhebung dieser Schmerzensgeldbeträge wird sowohl die Genugtuungskomponente<sup>353</sup> als auch das Präventionsprinzip bemüht. ME ist aber das Ausgleichsprinzip völlig ausreichend, um eine drastische Anhebung stützen zu können.<sup>354</sup> Trotz der ganz fürchterlichen Folgen sind solche Beeinträchtigungen aber doch nicht mit einer Querschnittslähmung vergleichbar.<sup>355</sup>

Bei Vergewaltigung eines Mannes hat das OLG Bamberg<sup>356</sup> 15.000 EUR zugesprochen, nachdem 35.000 EUR gefordert worden waren. Die Schmerzensgeldbeträge bei Kindern sind demgegenüber auffallend niedrig und bewegen sich zwischen 10.000 und 15.000 EUR.<sup>357</sup> In all diesen Fällen sind die Opfer mit der Einklagung hoher Beträge zurückhaltend, weil für Vorsatztaten keine Haftpflichtversicherung einstandspflichtig ist und fraglich ist, ob so hohe Beträge letztendlich einbringlich sind.<sup>358</sup> Zu bedenken ist freilich, dass durch Geltendmachung eines Mindestbetrags ohne Begrenzung nach oben das Prozessrisiko gering gehalten werden kann. Dazu kommt, dass ein solcher Anspruch nach einem rechtskräftigen Urteil 30 Jahre lang durchgesetzt werden kann, nicht alle Täter (Zuhälter!) arm sind, manche im Laufe der Zeit etwas erben und es schließlich bei solchen Verbindlichkeiten, weil es sich um Vorsatztaten handelt, auch keine Restschuldbefreiung im Rahmen einer Verbraucherinsolvenz gibt. Zudem haftet mitunter eine (durchaus vermögende) juristische Person, wenn sie sich das Fehlverhalten ihrer Gehilfen zurechnen lassen muss. Zu denken ist namentlich an Schulträger und Kirchen.

Soweit es um sexuellen Missbrauch in der Kindheit geht, weiß das Opfer zwar um die Vorfälle Bescheid; nicht immer kann es aber die Kausalität zu Beeinträchtigungen im Erwachsenenleben herstellen oder es ist infolge einer anhaltenden posttraumatischen Belastungsstörung daran gehindert, den Anspruch zu erheben.

337 *G. Müller*, VersR 2003, 1, 7; Abkehr von einer biblischen Ausdrucksweise: „Beiwohnung“, „Frauensperson“.

338 MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 23.

339 MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 25.

340 MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 26.

341 Palandt/*Grüneberg*, § 253 Rn 13.

342 *Neuner*, JuS 2013, 577, 580; *Born*, in: FS Jaeger (2014) 207, 219: „Erschütternd niedrig“; eine Übersicht findet sich bei *Jaeger/Luckey*, Rn 331 ff.

343 *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 57.

344 *Jaeger/Luckey*, Rn 336.

345 *Jaeger/Luckey*, Rn 337 f; *Born*, in: FS Jaeger (2014) 207, 221.

346 OLG Koblenz NJW 1999, 1639.

347 LG Frankfurt/M. NJW 1998, 2294; vgl auch OLG Stuttgart NJW-RR 1998, 534: 35.000 EUR bei einer zusätzlichen schweren lebenslänglichen Körperverletzung.

348 *Foerste*, NJW 1999, 2951, 2952; ähnlich *Däubler*, NJW 1999, 1611.

349 Für eine drastische Anhebung auch bei sexuellem Missbrauch *Franke/Strnad*, FamRZ 2012, 1535, 1538.

350 *Jaeger/Luckey*, Rn 341.

351 LG Wuppertal BeckRS 2013, 03421 = VersR 2013, 51 (*Jaeger*); 100.000 EUR; *Born*, in: FS Jaeger (2014) 207, 220 f: Der Endpunkt ist noch nicht erreicht unter Hinweis darauf, die langfristigen psychischen Beeinträchtigungen stärker zu berücksichtigen und vermehrt einen Arzt bzw Psychologen bei der Folgenabschätzung heranzuziehen.

352 BGH NJW 1996, 1591.

353 *Jaeger/Luckey*, Rn 338, 340.

354 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn 145.

355 *Vrzal*, VersR 2015, 284, 292.

356 OLG Bamberg NJW 1999, 1640.

357 *Jaeger/Luckey*, Rn 352 ff; OLG Schleswig NJOZ 2013, 1227: Emotional auf Sparflamme, Unfähigkeit, Körperlichkeit und Sexualität normal zu erleben.

358 *Jaeger/Luckey*, Rn 349.

Es wird dann eine Ablaufhemmung wegen höherer Gewalt angenommen, die sich nicht nur auf die kenntnisabhängige 3-jährige, sondern auch die lange 30-jährige Frist erstrecken soll.<sup>359</sup>

### III. Mobbing<sup>360</sup>

- 59 Das faktische Phänomen, durch über einen längeren Zeitraum andauernde gezielte schikanöse Maßnahmen Kollegen bzw Kolleginnen am Arbeitsplatz psychologisch fertig zu machen, das systematische Anfeinden, Schikanieren und Diskriminieren von Arbeitnehmern<sup>361</sup> gibt es schon lange. Wegen der in letzter Zeit zu beobachtenden Verbreitung<sup>362</sup> haben sich damit unter dem Begriff „Mobbing“<sup>363</sup> nunmehr gehäuft die Arbeitsgerichte zu befassen.<sup>364</sup> Bei entsprechenden Phänomenen im beamtenrechtlichen Bereich besteht ein Amtshaftungsanspruch gegen den Rechtsträger.<sup>365</sup> Passivlegitimiert ist der Vorgesetzte, der das Mobbingverhalten gesetzt hat, aber auch der zumeist verklagte Arbeitgeber, den ein eigenes Organisationsverschulden trifft oder dem das Verhalten des Täters zugerechnet wird. Durch Einführung des AGG hat die Problematik eine weitere Akzentuierung erfahren: Bezug genommen wird auf die Umschreibung des Begriffs der Belästigung in § 3 Abs. 3 AGG.<sup>366</sup> Charakteristisch ist, dass es nicht um ein einzelnes Verhalten geht, das für sich oft keine rechtliche Bedeutung hätte,<sup>367</sup> sondern um einen Prozess kontinuierlicher<sup>368</sup> schleichender Vergiftung durch im Einzelnen unschädliche Dosen.<sup>369</sup> Soweit das Verhalten des Schädigers dazu führt, dass beim Betroffenen eine Verletzung von dessen allgemeinem Persönlichkeitsrecht gegeben ist, ist ein Anspruch gem. den Art. 1 und 2 GG gegeben; wenn psychische und psychosomatische Erkrankungen eintreten, kommt auch ein Schmerzensgeldanspruch gem. § 253 Abs. 2 in Betracht.<sup>370</sup> Die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist leichter nachzuweisen, weil beim Schmerzensgeld zusätzlich die Kausalität der Gesundheitsbeeinträchtigung nachzuweisen ist.<sup>371</sup> Abgesehen davon, dass bei engem zeitlichem Zusammenhang zwischen der missbilligten Verhaltensweise und dem Ausbruch der Krankheit eine Indizwirkung in Bezug auf die Verursachung anzunehmen ist,<sup>372</sup> gibt es für das Opfer keine besonderen Beweiserleichterungen.<sup>373</sup>
- 60 Die Bemessungsdeterminanten sind dabei unterschiedlich.<sup>374</sup> Bei einem Anspruch wegen Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stehen Abschreckung und Prävention im Vordergrund. Die Genugtuungskomponente spielt eine zentrale Rolle, somit der Grad der Vorwerfbarkeit<sup>375</sup> sowie die finanzielle Leistungsfähigkeit des Mobbers, nicht aber die finanzielle Leistungsfähigkeit des Opfers.<sup>376</sup> Voraussetzung ist eine schwerwiegende Verletzung, bei der eine Abhilfe lediglich durch eine Geldentschädigung möglich ist. Als Anhaltspunkt der Bemessung nennt *Wickler*<sup>377</sup> 20.000 EUR pro Jahr der Mobbingattacken. Der Schmerzensgeldanspruch ist entsprechend dem Ausgleichsprinzip stärker nach der beim Opfer verursachten Beeinträchtigung zu bemessen. Der Anspruchsteller hat zudem eine Gesundheitsbeeinträchtigung nachzuweisen, was nicht immer einfach ist, sind doch die Grenzen zwischen Befindlichkeitsstörung und psychischer Erkrankung fließend. Bei Heranziehung von Schmerzensgeldtabellen ist zu berücksichtigen, dass diese psychische Beeinträchtigungen meist bloß als Folge einer primären Körperverletzung erfassen, während beim Mobbing psychische Beeinträchtigungen typischerweise isoliert auftreten.<sup>378</sup> Es handelt sich um einen einheitlichen Anspruch,<sup>379</sup> bei dem es wegen des Verbots der Doppelliquidation aber nicht zu einer

359 OLG Schleswig NJOZ 2013, 1227.

360 *Benecke*, Mobbing.

361 BAG NZA 1997, 781.

362 Rechtsstatsächliche Angaben bei *Benecke*, NZA-RR 2003, 225; *Hohmann*, NZA 2006, 530, 531.

363 Zum Staffing, der systematischen Untergrabung von Vorgesetzten durch Mitarbeiter im öffentlichen Dienst *Hohmann*, NZA 2006, 530, 531.

364 BAG NJOZ 2002, 1929; NZA 2007, 1155 mit Besprechungsaufsatz *Benecke*, RdA 2008, 357 ff; NZA 2008, 223; NJW 2009, 251.

365 BGH NJW 2002, 3172: Abweisung einer Klage gegen den bediensteten Polizisten wegen der Einstandspflicht des Rechtsträgers, wobei ein Regressanspruch bei vorsätzlichem Verhalten in Betracht kommt.

366 BAG NZA 2008, 223; *Küttner/Poeche*, Personalhandbuch, 22. Aufl. 2015, Mobbing Rn 2.

367 BAG NZA 2007, 1154; NZA 2008, 223.

368 BAG NZA 2007, 1154: Kein Mobbing, wenn zwischen den einzelnen Verhaltensweisen längere Zwischenräume liegen.

369 *Benecke*, NZA-RR 2003, 225, 228.

370 *Jaeger/Luckey*, Rn 356; umfassend *Jaeger/Luckey*, ZAP 2004, Fach 17, 785 ff.

371 *Benecke*, NZA-RR 2003, 225, 230.

372 BAG NZA 2007, 1154.

373 *Benecke*, RdA 2008, 357, 362.

374 *Wickler*, AuR 2004, 87 ff.

375 *Wickler*, AuR 2004, 87, 90: Mobbingintensität und Belastungsfrequenz.

376 *Benecke*, NZA-RR 2003, 225, 230 f: Mobbing einer Verkäuferin darf nicht „billiger“ sein als die eines Vorstandsmitglieds. AA *Küttner/Poeche*, Personalhandbuch, 18. Aufl. 2015, Mobbing Rn 4: Wegen der Vergleichbarkeit mit § 1 AGG Orientierung am Bruttoverdienst des Arbeitnehmers.

377 *Wickler*, AuR 2004, 87, 91.

378 *Wickler*, AuR 2004, 87, 92.

379 Daher kritisch gegenüber der Ausweisung von 2 Teilbeträgen durch das ArbG Dresden BeckRS 2003, 30939098 *Jaeger/Luckey*, ZAP 2004, Fach 17, 785, 786.

mechanischen Addierung beider Anspruchsteile kommen darf.<sup>380</sup> Zwar führt § 104 Abs. 1 SGB VII dazu, dass ein Schmerzensgeldanspruch bei Schädigungen durch den Arbeitgeber bzw. Arbeitskollegen bei Herbeiführung eines Versicherungsfalles gem. § 7 Abs. 1 SGB VII gerade ausgeschlossen ist; beim Mobbing handelt es sich aber weder um eine Berufskrankheit noch um einen Arbeitsunfall.<sup>381</sup> Bedeutsam ist auch eine Zurechnung eines derartigen Verhaltens an den Arbeitgeber qua § 31 oder § 278, ist doch nunmehr Schmerzensgeld auch bei einer Vertragsverletzung zu leisten. Bei § 278 ist die Zurechnung freilich insoweit begrenzt, als ein innerer Zusammenhang zwischen der schuldhaften Handlung mit der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung des Erfüllungsgehilfen gegeben sein muss, was zu bejahen ist, wenn der Erfüllungsgehilfe die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers konkretisiert und diesem gegenüber dem Verletzten ein Weisungsrecht zusteht.<sup>382</sup> § 253 Abs. 2 ordnet für das Schmerzensgeld eine Einstandspflicht bei vertraglicher Haftung an; Entsprechendes muss freilich auch für Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. den Art. 1 und 2 GG gelten. Gerade beim Anspruch auf Ersatz des ideellen Schadens wegen Mobbing kommt es auf eine umfassende Darlegung des Verletzungstatbestands an, so dass insoweit die Führung eines Mobbingtagebuchs angezeigt sein kann.<sup>383</sup>

#### IV. Stalking

Gewisse Parallelen bestehen zwischen Mobbung und Stalking: Beim Stalking geht es darum, dass der Täter dem Opfer nachstellt und es durch (anonyme) Anrufe, Briefsendungen und Verfolgung bis zur Privatsphäre über einen längeren Zeitraum gegen dessen Willen belästigt. Durch Erlass des Gewaltschutzgesetzes sowie der Einführung von § 238 StGB hat der Gesetzgeber Abwehrmöglichkeiten geschaffen. Aus diesem Grund wird zwar bei Nachweis der adäquaten Verursachung einer psychischen Erkrankung die Ersatzfähigkeit eines Schmerzensgeldes gem. § 253 Abs. 2 bejaht, aber ein Anspruch wegen Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wegen des Bestehens von Abhilfemöglichkeiten verneint.<sup>384</sup> Mitunter kommt es zu einer Überlappung der Tatbestände des AGG sowie des Mobbing.<sup>385</sup>

61

#### F. Ersatz bloß des unmittelbar Beeinträchtigten

##### I. Kein Ersatz eines Drittschadens

Im Rahmen des Schmerzensgeldes ist grundsätzlich bloß der immaterielle Schaden des unmittelbar Verletzten abzugelten, nicht aber von Personen, die bloß mittelbar betroffen sind.<sup>386</sup> Keinen Schmerzensgeldanspruch haben die Eltern, wenn das Kind leidet<sup>387</sup> bzw. die Mutter eines neugeborenen Kindes, wenn dieses wegen eines Diagnosefehlers leiden muss und die Mutter mitleidet.<sup>388</sup> Auch die Ehefrau hat keinen Anspruch auf Schmerzensgeld, wenn aufgrund eines ärztlichen Kunstfehlers eine erektile Dysfunktion des Ehemanns die Folge ist.<sup>389</sup> Auch ist der immaterielle Schaden, den die Ehefrau durch Tötung des Ehemannes dadurch erleidet, dass sie nach Tötung des Ehemannes nicht mehr an dessen Seite an Empfängen und gehobenen Veranstaltungen teilnehmen kann, nicht ersatzfähig.<sup>390</sup> Als eine Krankenschwester im Zuge eines Strafverfahrens wahrheitswidrig behauptet hat, dass sie den Ehemann der Ehefrau getötet habe, wobei diese Nachricht bei der Witwe zu gesundheitlichen Beschwerden geführt hat, wurde dieser ein Anspruch auf Schmerzensgeld versagt.<sup>391</sup> Denn die – auch wahrheitswidrige – Verteidigung in einem Strafverfahren müsse ohne sanktionierende Einstandspflicht für eine solche Aussage möglich sein, sofern solche Behauptungen nicht bewusst aufgestellt werden, um einen Dritten zu schädigen, was in concreto nicht nachgewiesen werden konnte.

62

Bedenklich ist mE freilich eine Entscheidung des OLG Frankfurt/M.,<sup>392</sup> in der es darum ging, dass die Eltern eines aufgrund eines ärztlichen Kunstfehlers erheblich behinderten Kindes dieses des Öfteren ins Krankenhaus begleiten mussten. Auch wegen des für die Eltern gestörten Familienlebens wurde ein Schmerzensgeld gewährt, nachdem ein diesbezüglicher Vermögensschaden abgelehnt wurde. Dabei zeigt

63

380 Wickler, AuR 2004, 87, 93.

381 BAG NJOZ 2002, 1929; NZA 2008, 223.

382 BAG NZA 2007, 1154; NZA 2008, 223; Benecke, RdA 2008, 357, 360.

383 Jaeger/Luckey, ZAP 2004, Fach 17, 785, 788.

384 Keiser, NJW 2007, 3387, 3391.

385 Göpfert/Stiegrist, NZA 2007, 473 ff.

386 Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 16.

387 KG VersR 2011, 274.

388 OLG Naumburg NJW-RR 2009, 1402.

389 LG Frankenthal MedR 1998, 130; MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 35; aA mit beachtlichen Gründen Ziegler/

Rektorschek, VersR 2009, 181, wobei die Größenordnung (VersR 2009, 186) anhand der durchschnittlichen Frequenz des ehelichen Geschlechtsverkehrs und den Kosten der außerhäuslichen Befriedigung ermittelt wird, woraus sich Beträge von deutlich über 100.000 EUR ergeben.

390 OLG Celle VersR 1976, 594 (LS).

391 OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 159.

392 OLG Frankfurt/M. VersR 2000, 607; diese Entscheidung bloß referierend Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 37; Küppersbusch/Höher, Rn 278.

sich deutlich, dass nicht jegliche Versagung eines Vermögensschadens automatisch im Rahmen des immateriellen Schadens aufgefangen wird. Den Eltern steht kein Ersatz für einen immateriellen Schaden zu, weil sie nicht unmittelbar geschädigt worden sind. Sachgerecht wäre es indes gewesen, den Arbeitskrachteinsatz der Eltern im Rahmen der Heilungskosten oder des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse nach den Marktkosten einer Begleitperson abzugelten. Es handelt sich dabei jeweils um einen Anspruch des Kindes. Darüber hinaus mag es vertretbar sein, die Störung des Familienlebens, freilich allein aus der Sphäre des Kindes, bei der Bemessung des Schmerzensgeldes des Kindes zu berücksichtigen, aber nicht die Unbill der Eltern.

## II. Schockschaden

- 64 **1. Begriff.** Der Begriff Schockschaden ist mehrdeutig.<sup>393</sup> Möglich ist, dass ein Unfallopfer – meist durch eine physische Einwirkung, aber unter Umständen ohne solche – neben einer Körperverletzung einen Schock und damit einhergehend eine psychische Beeinträchtigung erleidet.<sup>394</sup> Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen eine schwere Verletzung oder der Tod des Erstgeschädigten eine – zumeist psychische – Beeinträchtigung bei einem Zweitgeschädigten auslöst. Der Zweitgeschädigte kann in den Unfall involviert sein oder im Anschluss an diesen eingreifen, etwa als Feuerwehrmann, Arzt, Polizist<sup>395</sup> oder Notdienst bzw. Nothelfer, oder als Angehöriger durch die Überbringung der Nachricht einen Schock erleiden.<sup>396</sup> Synonym wird für diese letzteren Fallgruppen der Begriff „Fernwirkungsschaden“ verwendet.<sup>397</sup> Charakteristisch ist das Fehlen einer physischen Einwirkung des Schädigers auf den Zweitgeschädigten.<sup>398</sup> Es stellt sich die Frage, ob der Schädiger für solche Folgeschäden, die sich meist in Form von psychischen oder auch psychosomatischen Beschwerden äußern, einzustehen hat.<sup>399</sup> Nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen wird dafür auch Schmerzensgeld zugebilligt.<sup>400</sup> Bei Miterleben sind die Anforderungen etwas geringer als bei bloßer Überbringung der Nachricht.<sup>401</sup>
- 65 **2. Voraussetzung für Ersatzfähigkeit des Drittschadens.** Erleidet das Verkehrsunfallopfer selbst einen Schock, sind die Hürden für eine Ersatzfähigkeit geringer als bei einem bloß psychisch vermittelten Schock eines Dritten.<sup>402</sup> Wird dem Dritten die Unfallfolge wegen dessen Beteiligung am Unfall aufgezwungen, kommt es auf eine personale Nahebeziehung – Angehörigeneigenschaft – zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten nicht an. Voraussetzung ist eine besonders schwere Verletzung des Erstgeschädigten<sup>403</sup> oder dessen Tod. Umstritten ist, ob auch andere Schadensereignisse zu einem ersatzfähigen Schockschaden führen, etwa eine rechtswidrige Verhaftung eines nahen Angehörigen<sup>404</sup> oder die Tötung eines Haustieres<sup>405</sup> oder der Verlust eines Kunstwerkes.<sup>406</sup>

393 Zu den einzelnen Fallgruppen *E. Lorenz*, in: FS G. Müller (2009) S. 147 ff; *Kramer*, in: FS Koziol (2010) S. 743, 746 ff.

394 Zum Begriff *Ländolt*, in: FS Jaeger (2014) 355, 356.

395 Zu einem solchen Fall BGHZ 172, 263 = NJW 2007, 2764 (*Elsner*) = JZ 2007, 1156 (*Teichmann*) = zfs 2007, 626 (*Diehl*) = jurisPR-BGHZivilR 29/2007 Anm. 1 (*Ebert*), bei dem der BGH die Haftung freilich verneint hat. Offen lassend, ob bei einem Einschreiten als Helfer die Entscheidung gegenteilig ausgefallen wäre, *Stöhr*; 46. VGT (2008), 122, 126.

396 OLG Bamberg NJW-RR 2015, 404: Ersatz eines Schockschadens gemäß § 36 LuftVG.

397 So bereits RGZ 133, 270; RGZ 157, 11; zur eingeschränkten Ersatzfähigkeit gegenüber dem Miterleben BGH NJW 2015, 1451 (*Thora*) = DAR 2015, 200 (*Watzlawik*) = BOLMK 2015, 367675 (*Schiemann*).

398 *Adelmann*, VersR 2009, 449.

399 Zur Ersatzfähigkeit im Sozialrecht *Trenk-Hinterberger*, in: FS 50 Jahre BSG (2005) S. 745 ff.

400 *Jaeger/Luckey*, Rn 903 ff; rechtsvergleichend *Janssen*, ZRP 2003, 156 ff; *Luckey*, SVR 2008, 22: Europaweit restriktivste Praxis im Gegensatz zum großzügigsten Ersatz bei Kfz-Schäden.

401 BGH NJW 2015, 1451 (*Thora*) = DAR 2015, 200 (*Watzlawik*) = BOLMK 2015, 367675 (*Schiemann*); *Zwickel*, NZV 2015, 214, 215; vgl auch *Quaisser*, NZV 2015, 465 ff; *Dörr*, MDR 2015, 1209 ff.

402 Prototypisch BGH NJW 2015, 1451 (*Thora*) = DAR 2015, 200 (*Watzlawik*) = BOLMK 2015, 367675 (*Schiemann*): Zuspruch nach Tötung der Ehefrau, weil Täter am Ehemann selbst nur um Haaresbreite vorbeigeschrammt und Ehemann Unfall aus Rückspiegel miterlebt hat.

403 Abgelehnt von OLG Nürnberg r+s 2006, 395: Hüftgelenksprellung sowie Kahnbeinfraktur der Tochter bei Motorradunfall und Schlaganfall des Vaters bei Anblick der Tochter nach dem Unfall.

404 Bejahend *Kramer*, in: FS Koziol (2010) S. 743, 751.

405 Verneinend BGH NJW 2012, 1730 = BOLMK 2012, 336116 (*Ch. Huber*) = VRR 2012, 220 (*Luckey*); *Eilers*, zfs 2009, 248.

406 Ablehnend beim Haustier und Kunstwerk *E. Lorenz*, in: FS G. Müller (2009) S. 147, 148; ebenso in Bezug auf das Haustier LG Frankfurt/M. NJW-RR 2001, 17; aA insoweit *Kramer*, in: FS Koziol (2010) S. 743, 752; *Spickhoff*, Karlsruher Forum 2007, 7, 56.

**3. Ausmaß der Beeinträchtigung.** Die Schwelle, ab der eine Ersatzfähigkeit bejaht wird, ist außerordentlich hoch.<sup>407</sup> Nach Ansicht des BGH geht es um wenig akzeptable Härtefälle.<sup>408</sup> Es muss sich um einen „echten“ Schockschaden handeln.<sup>409</sup> Meist geht es nicht um körperlich nachweisbare Schäden wie eine Verschlimmerung des Herzleidens oder einen Schlaganfall.<sup>410</sup> Im Vordergrund stehen psychische Beschwerden.<sup>411</sup> Soweit diese Folgen bloß in Trauer und Schmerz bestehen, gebührt kein Ersatz,<sup>412</sup> auch wenn es sich um Begleiterscheinungen einer diagnostizierten Gesundheitsbeeinträchtigung handelt.<sup>413</sup> Eine ausgeprägte depressive Stimmungslage ist nicht ausreichend.<sup>414</sup> Verlangt werden traumatische Auswirkungen von einiger Dauer.<sup>415</sup> Ansonsten verwirklicht sich das allgemeine Lebensrisiko. Ausgangspunkt der hohen Hürde für die Ersatzfähigkeit ist das Vorverständnis, dass eine solche seelische Erkrankung Ausdruck mangelnder Selbstbeherrschung ist.<sup>416</sup> Das steht somit im Gegensatz dazu, dass ein Ersatz nur gebilligt wird, wenn eine solche Reaktion auch bei einem durchschnittlich empfindenden Menschen ausgelöst wird. Da ein solcher aber nicht seelisch erkranken würde, ist Voraussetzung eine besondere Schadensanfälligkeit. Psychosomatische Beschwerden, die sich im Rahmen der Erlebnisverarbeitung halten, sind nicht ersatzfähig, weil sich insoweit das allgemeine Lebensrisiko verwirklichte.<sup>417</sup> Jeglicher Ersatz wurde versagt, wenn es bei einer Ehefrau nach Benachrichtigung vom Tod des Ehemannes zu Schweißausbrüchen, beschleunigtem Puls und zitternden Beinen kam<sup>418</sup> bzw. wenn nach Ertrinken des neunjährigen Kindes bei den Eltern eine schwere reaktiv-depressive Verstimmung eintrat, die durch Zittern, Schlaflosigkeit, Kopfschmerzen und schwere Träume bzw. ein depressives Syndrom mit multiplen physischen und somatischen Störungen gekennzeichnet war.<sup>419</sup> Auch wurde es als Begehren ohne ausreichende Substanz betrachtet, wenn die Mutter einen Nervenzusammenbruch erlitt und ein Vierteljahr arbeitsunfähig war.<sup>420</sup> Voraussetzung ist eine medizinisch fassbare pathologische Veränderung<sup>421</sup> von einiger Dauer<sup>422</sup> und erheblichen Ausmaßes.<sup>423</sup> Einen solchen Nachweis kann der betroffene Angehörige umso eher führen, wenn er sich in ärztliche Behandlung begeben hat<sup>424</sup> bzw. eine Beeinträchtigung im Berufsleben nachweisbar ist.<sup>425</sup> Auch insoweit ist folgendes Dilemma zu konstatieren: Aus psychiatrischer Sicht sind Depressionen 6 Monate nach dem Tod als normale Trauer anzusehen; *Jaeger*<sup>426</sup> verweist zutreffend darauf, dass bis in die Zeit nach dem 2. Weltkrieg sogar ein Trauerjahr üblich war. Wenn freilich der Zweitgeschädigte sich nicht im unmittelbaren zeitlichen Naheverhältnis zum Unfallereignis in (fach-)ärztliche bzw. sogar stationäre Behandlung begibt, wird ihm der Nachweis eines ersatzfähigen psychischen Schadens schwerfallen. Der Hausarzt wird dabei häufig als Beweismittel von den Gerichten nicht akzeptiert.<sup>427</sup> Je häufiger er freilich zeitnah zum Unfallereignis zum Arzt oder Psy-

407 *Steffen*, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 145, 150: Mehr als medizinische Qualifizierung, vielmehr nachhaltige traumatische Schädigung.

408 *A. Diederichsen*, DAR 2011, 122, 123.

409 *Luckey*, SVR 2012, 1, 2.

410 So in BGHZ 56, 163 = NJW 1971, 1883.

411 OLG Karlsruhe NZV 2012, 41 = VRR 2012, 27 (*Luckey*): Hinweis auf Kulturraum des Anspruchstellers sowie schlichte Persönlichkeit ohne andere psychische Kompensationsmöglichkeiten.

412 BGH NJW 1989, 2317; *Jaeger/Luckey*, Rn 911; *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 16.

413 BGH NJW 2015, 2246 = NZV 2015, 281 (*Birmann*): Ausklammerung von Schlaflosigkeit, Kopfschmerzen und Schmerzen im Bereich der Halswirbelsäule bei einer Magersucht, weil solche Folgen für sich bei Schockschaden nicht ersatzfähig wären. Keine Frage der Bemessung, sondern vorgelagerte Frage der Ersatzfähigkeit.

414 OLG Hamm r+s 2004, 80.

415 *A. Diederichsen*, DAR 2011, 122, 123.

416 *Staudinger/Schiemann* (2005) § 249 Rn 46; *Jaeger*, VRR 2005, 10, 11; *Kramer*, in: FS Koziol (2010) S. 743, 756.

417 OLG Hamm VersR 1998, 730; *Bamberger/Roth/Spindler*, § 253 Rn 12; *Wussow/Schmitt*, Kap. 54 Rn 11.

418 OLG Hamm OLGR 2002, 169.

419 OLG Koblenz NJW-RR 2001, 318.

420 OLG Celle OLGR 2007, 548.

421 *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 16.

422 OLG Frankfurt/M. VersR 1979, 578; AG Saarlouis SP 1997, 460; *Küppersbusch/Höher*, Rn 304.

423 OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 214: Verneint bei Depressionen, Verzweiflung und andauernder Leistungsminderung; kritisch zu diesen strengen Anforderungen *Däubler* NJW 1999, 1611, 1612; *Jaeger/Luckey*, Rn 906, 911.

424 *Jaeger/Luckey*, Rn 932; *Luckey*, SVR 2012, 1, 3; OLG Oldenburg NJW-RR 1999, 820: Stationärer Krankenhausaufenthalt wegen akuter Suizidgefahr nach Tötung der 17-jährigen Adoptivtochter, der einzigen Bezugsperson im Haushalt nach Vorversterben der Ehefrau; abgelehnt hingegen von OLG Karlsruhe NZV 2012, 41 = VRR 2012, 27 (*Luckey*): Tochter begab sich nur zu Beratungsgespräch zum Caritas Verband und zur Diakonie; OLG Hamm VersR 1998, 730: Ehefrau wurde diesbezüglich nicht besonders ärztlich behandelt; ähnlich LG Freiburg VersR 1997, 504.

425 OLG Oldenburg NJW-RR 1999, 820: Versetzung eines Bauführers der deutschen Telekom in den Innendienst; instruktiv BGH NJW 2015, 1451 (*Thöra*) = DAR 2015, 200 (*Watzlawik*) = BOLMK 2015, 367675 (*Schiemann*): Abweisung durch die Tatgerichte, weil sich der Ehemann der getöteten Ehefrau nicht in psychiatrische Behandlung begab; Aufgabe des bisherigen Berufs und Verlassen der Ehwohnung wurde von Tatgerichten als normale Trauerreaktion qualifiziert – aA (erfreulicherweise) der BGH.

426 VRR 2005, 10, 12.

427 OLG Naumburg NJW-RR 2005, 900 = VRR 2005, 268; kritisch zu Recht *Jaeger*, VRR 2005, 269.

chiater pilgert<sup>428</sup> und je mehr Psychopharmaka er schluckt, umso eher wird eine Beweisführung in Bezug auf den ersatzfähigen Schockschaden gelingen.<sup>429</sup> Viel liegt dabei an der Verwendung bestimmter Schlüsselwörter durch den medizinischen Sachverständigen. Es dürfte so sein, dass ein und dasselbe Phänomen als Unbill bzw. Unbehagen oder posttraumatische Belastungsstörung, vulgo Psychose oder Neurose,<sup>430</sup> sich umschreiben lässt. Auf der Strecke bleibt dabei häufig der Geschädigte aus der Unterschicht,<sup>431</sup> der bei solchen Schicksalsschlägen alle Hände damit zu tun hat, dafür zu sorgen, dass das Leben weitergeht,<sup>432</sup> während der aus der Oberschicht sich in seinen seelischen Leiden weidet und das mithilfe aller möglichen seelischen Wellnessseinrichtungen auch noch zelebriert.<sup>433</sup> Die Ersatzfähigkeit daran auszurichten, erscheint von überschaubarer materieller Gerechtigkeit.

**67 4. Personenkreis: nahe Angehörige.** Verlangt wird eine personale Sonderbeziehung zwischen Erst- und Zweitgeschädigten.<sup>434</sup> Jedenfalls einbezogen ist auch die Leibesfrucht der Zweitgeschädigten.<sup>435</sup> Die Grenzen der ersatzberechtigten Angehörigen sind aber nicht exakt abgesteckt. Ein Anhaltspunkt könnten me die Maßstäbe sein, die bei den Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten sowie beim Haftungsprivileg von Familienangehörigen gegenüber Regressansprüchen des Privatversicherers (§ 86 Abs. 3 VVG) bzw. Sozialversicherungsträgers (§ 116 Abs. 6 SGB X) gelten.<sup>436</sup> Es muss sich somit um enge Bezugspersonen im Rahmen einer familiären Nähebeziehung handeln.<sup>437</sup> Einbezogen sind der Ehegatte,<sup>438</sup> der (die) gleichgeschlechtliche Lebenspartner(in); die Kinder, die Geschwister,<sup>439</sup> aber auch der (die) Verlobte<sup>440</sup> bzw. nicht-eheliche Lebensabschnittsbegleiter(in) gleich- oder verschiedengeschlechtlicher Art, ausnahmsweise auch die Enkel bzw. die Großeltern,<sup>441</sup> allenfalls die Mitglieder einer Kommune oder Klosterbruderschaft sowie bei Fehlen solcher Personen me die engste Bezugsperson. Auf das Bestehen einer Hausgemeinschaft kommt es nicht zusätzlich an,<sup>442</sup> deren Bestehen ist freilich als Indiz dafür anzusehen, dass eine besondere persönliche Verbundenheit gegeben ist. Die Begründung, dass ansonsten die Vorhersehbarkeit der Gesundheitsbeeinträchtigung nicht gegeben wäre,<sup>443</sup> überzeugt freilich nicht. Und je weiter der engste Freundeskreis reicht, umso eher könnten derartige Folgen bei Nichtfamilienmitgliedern eintreten. Die Begrenzung ist gleichwohl aus normativen Gründen plausibel, um eine uferlose Haftungsausweitung zu vermeiden.

**68 5. Größenordnung.** Sofern die hohen Hürden für die Zuerkennung eines Ersatzanspruchs von mittelbar Geschädigten überhaupt genommen wurden, verfolgt die Rechtsprechung auch beim Umfang des Ersatzes eine durchaus restriktive Linie.<sup>444</sup> Im Regelfall bewegt sich der Ersatz in einer Größenordnung zwischen 500 und 3.000 EUR.<sup>445</sup> Nur bei besonders qualifizierten Umständen geht der Ersatzumfang darüber

428 Prototypisch OLG Köln OLGR 2007, 363; Kaum eine mögliche in Betracht kommende Behandlungsmöglichkeit ausgelassen.

429 Angemessen hingegen OLG Koblenz NJW-RR 2005, 677; Behauptung einer posttraumatischen Belastungsstörung, ausreichend, wenn Richtsymptome für psychische Erkrankung vorgetragen werden.

430 *Klinger*, NZV 2005, 290; noch eloquenter die Ausdruckweise in OLG Köln OLGR 2007, 363: „Dekomensation und Depression mit psychotischen Symptomen“.

431 OLG Naumburg NJW-RR 2005, 900 = VRR 2005, 268 (*Jaeger*): Sohn wurde durch Rechtsradikale zusammengeschlagen; er hat sich bis zur Mutter geschleppt und ist wenig später im Krankenhaus „verendet“; keine pathologisch fassbare Gesundheitsbeeinträchtigung bei der Mutter feststellbar, bloß Zeugnis des Hausarztes; Fehlen der Darlegung der Symptome sowie des Ausmaßes einer etwaigen Behandlung nebst Medikation.

432 OLG Naumburg NJW-RR 2005, 900 = VRR 2005, 268 (*Jaeger*): Begehren, mit dem Prozesskostenhilfe begehrt wird.

433 OLG Köln OLGR 2007, 363; Anspruch der Witwe gegen Reiseveranstalter, weil betrunkenen Ehemann über die unzureichend dimensionierte Brüstung des Balkons in die Tiefe gestürzt ist und das nicht überlebt hat.

434 *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 16.

435 BGHZ 93, 351 = NJW 1985, 1390.

436 Möglicherweise enger *Steffen*, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 145, 150; Vergleichbarkeit mit Kind-Eltern- oder Eltern-Kind-Beziehung.

437 Weiter insoweit *Jaeger/Luckey*, Rn 934; auch eine sonstige Bezugsperson; *Jaeger*, VRR 2005, 10, 12.

438 OLG Karlsruhe NZV 2012, 41 = VRR 2012, 27 (*Luckey*): Auch bei monatelangem Getrenntleben, wenn der überlebende Ehegatte weiterhin an Fortbestand der Ehe glaubt.

439 OLG Köln VersR 2006, 416; OLG Koblenz NJW-RR 2001, 318.

440 LG Frankfurt/M. NJW 1969, 2286.

441 *Adelmann*, VersR 2009, 449, 452.

442 *Adelmann*, VersR 2009, 449, 451.

443 *Adelmann*, VersR 2009, 449, 451.

444 *Jaeger*, VRR 2005, 10, 15; *Wussow/Schmitt*, Kap. 54 Rn 10.

445 *Küppersbusch/Höher*, Rn 304 FN 135. Großzügiger aber BGH NJW 2006, 3268; Billigung des Zuspruchs von jeweils 20.000 EUR an Geschwister und Eltern durch das OLG; OLG Köln OLGR 2007, 363: 6.500 EUR; ungeachtet des Umstands, dass die Witwe schon vorher in psychiatrischer Behandlung war; jeweils Anspruch gegen einen Reiseveranstalter.

hinaus<sup>446</sup> – so, wenn es sich um das einzige Kind gehandelt hat<sup>447</sup> oder Familienangehörige mit ansehen mussten, wie ein Kind<sup>448</sup> bzw. Elternteil<sup>449</sup> durch ein Kapitalverbrechen getötet worden ist. In einem an Tragik kaum zu überbietenden Sachverhalt haben Eltern bei einem Verkehrsunfall alle drei Kinder auf einmal verloren; nachdem die Haftpflichtversicherung für den Schockschaden jeweils 5.000 EUR an den aufgrund der seelischen Erschütterung arbeitslos gewordenen Vater und die Mutter gezahlt hat, sprach das OLG Nürnberg<sup>450</sup> weitere 35.000 EUR an den Vater bzw. 15.000 EUR an die Mutter zu, wodurch die Obergrenze des Schmerzensgeldes bei einem Schockschaden markiert sein dürfte. Der BGH hat die Revision nicht angenommen; das BVerfG<sup>451</sup> hat auch eine dagegen eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht angenommen und dabei ausgesprochen, dass die Zubilligung nicht verfassungswidrig sei. In der Literatur<sup>452</sup> wird dagegen eingewendet, dass die Größenordnung in einem eklatanten Wertungswiderspruch zu Beeinträchtigungen von allgemeinen Persönlichkeitsverletzungen bei Mediendelikten stehe. Das trifft zwar zu, hängt aber damit zusammen, dass es dort eigentlich nicht um einen immateriellen Schaden des Betroffenen geht, sondern um eine Gewinnabschöpfung nach Bereicherungsrecht zur Abstellung von Auswüchsen in der Medienberichterstattung.<sup>453</sup> Wenn der psychisch Geschädigte selbst – körperlich – verletzt worden und die psychische Beeinträchtigung Folge dieser Körperverletzung ist, kommt es auf die hohe Erheblichkeitsschwelle nicht an; und auch der Zuspruch ist großzügiger.<sup>454</sup> Folgerichtig wäre es, den Ersatzumfang beim Schockschaden generell an diesen Kriterien auszurichten.

**6. Abhängigkeit von (fiktivem) Anspruch des Getöteten – Rechtfertigungsgrund, Deliktsunfähigkeit, Mitverschulden des Getöteten oder Haftungsausschluss.** Auch wenn es sich um einen originären Anspruch des Angehörigen handelt, wirken sich Umstände, die zu einer Kürzung des Anspruchs des Erstgeschädigten (schwer Verletzten oder Getöteten) geführt haben bzw. hätten, auf den auf einen Schockschaden gestützten Schmerzensgeldanspruch des Zweitgeschädigten aus.<sup>455</sup> Wäre kein Anspruch des Erstgeschädigten gegeben, wäre nicht einzusehen, weshalb dem Zweitgeschädigten ein solcher zustehen sollte, so wenn der Schädiger gegenüber dem Erstgeschädigten einen Rechtfertigungsgrund hatte, etwa Notwehr, oder der Schädiger deliktsunfähig war.<sup>456</sup> Wenn Schädiger und Erstgeschädigter ein und dieselbe Person sind, entfällt ebenfalls ein Anspruch.<sup>457</sup> Was für den Grund des Anspruchs gilt, muss deshalb folgerichtig auch für den Umfang gelten. Das gilt namentlich für eine Kürzung des Anspruchs wegen eines Mitverschuldens oder einer Betriebsgefahr,<sup>458</sup> wobei die entsprechende Anwendung von § 846 oder die über § 242 begründete Heranziehung von § 254 eher eine akademische Streitfrage sein dürfte. Die besondere Anfälligkeit des Zweitgeschädigten darf nicht besonders in Anschlag gebracht werden, sofern nicht die Voraussetzungen der überholenden Kausalität gegeben sind, für deren Voraussetzungen freilich der Ersatzpflichtige die Beweislast trägt.<sup>459</sup> Der Schädiger kann nicht verlangen, so gestellt zu werden, als habe er einen gesunden Menschen verletzt.<sup>460</sup> Denn einerseits ist ein solcher Anspruch nur bei einem sensiblen Zweitgeschädigten gegeben; bei einem seelisch robusten Menschen würde es zu einem solchen Schaden gerade nicht kommen.<sup>461</sup> Andererseits hat der Schädiger den Geschädigten so zu nehmen, wie er ist.<sup>462</sup> Das gilt auch für den Fall, dass das schädigende Ereignis nur noch der sprichwörtliche Tropfen ist, der das Fass zum

446 BGH NJW 2015, 1451 (*Thorä*) = DAR 2015, 200 (*Watzlawik*) = BOLMK 2015, 367675 (*Schiemann*): Außergerichtliche Zahlung von 4.000 EUR, weiteres Begehren von 8.000 EUR bei Mitansetzen der Tötung der Ehefrau durch alkoholisierten Raser; Zurückverweisung durch den BGH nach Abweisung durch das BerG. Großzügiger OLG Frankfurt NJW-RR 2013, 140 = VRR 2012, 466 (*Luckey*): 15.000 EUR.

447 OLG Oldenburg NJW-RR 1999, 820: 10.000 EUR; LG Freiburg VersR 1997, 504: 4.500 EUR bei einem Mitverschulden des getöteten Kindes von einem Drittel.

448 LG Heilbronn VersR 1994, 443: Miterleben der Tötung der 17-jährigen Tochter durch abgewiesenen Verehrer; 2.500 EUR.

449 OLG Nürnberg NJW 1998, 2293: Miterleben der Tötung der Mutter durch die beiden 12- und 15-jährigen Kinder; 5.000 EUR.

450 OLG Nürnberg zfs 1995, 370.

451 BVerfG NJW 2000, 2187.

452 *Wagner*, VersR 2000, 1305 ff; *Jaeger/Luckey*, Rn 923.

453 Zur unterschiedlichen Zielrichtung *G. Müller*, VersR 2003, 1, 5.

454 So OLG Hamm OLG 1998, 225: Anhebung des Schmerzensgeldes von 1.250 EUR um weitere 10.000 EUR, weil bei dem Unfall die daneben sitzende beste Freundin ums Leben gekommen ist; diese Entscheidung bloß referierend *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 37; *Jaeger/Luckey*, Rn 444.

455 AA *Luckey*, SVR 2012, 1, 4.

456 *E. Lorenz*, in: FS G. Müller (2009) S. 147, 152 ff.

457 *E. Lorenz*, in: FS G. Müller (2009) S. 147, 154.

458 BGH VersR 1971, 905; KG NZV 1999, 329; *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 16; *Küppersbusch/Höher*, Rn 306; aA *Jaeger*, VRR 2005, 10, 14: Keine Sippenhaftung.

459 AA *Jaeger*, VRR 2005, 10, 14 unter Hinweis auf die bestehende Rechtsprechungspraxis. Den Schmerzensgeldanspruch mindernd auch OLG Köln OLG 2007, 363.

460 *Kramer*, in: FS Koziol (2010) S. 743, 749.

461 *Jaeger*, VRR 2005, 10, 11; *ders.*, VRR 2012, 4, 6.

462 *Dahm*, NZV 2008, 187; *A. Diederichsen*, DAR 2011, 122, 123.

- Überlaufen bringt.<sup>463</sup> Da ohnehin eine (sehr) schwere Verletzung<sup>464</sup> oder der Tod des Erstgeschädigten für einen Ersatzanspruch des Zweitgeschädigten verlangt wird, kann eine Überempfindlichkeit des Zweitgeschädigten oder für diesen gegebene Vermeidbarkeit nicht zu einer Versagung des Anspruchs führen.<sup>465</sup>
- 70 Sofern es um den Haftungsausschluss gem. §§ 104 ff SGB VII gegenüber dem Erstgeschädigten geht, entscheidet der BGH gegenteilig und räumt dem Zweitgeschädigten einen Anspruch ein.<sup>466</sup> Er begründet dies damit, dass es sich um einen originären Anspruch handle, die gesetzliche Unfallversicherung gegenüber dem Zweitgeschädigten jedenfalls in Bezug auf den immateriellen Schaden keine Leistungen vorsehe und dieser auch nicht Versicherter der gesetzlichen Unfallversicherung sei. Zudem trage weder das Argument des Betriebsfriedens, weil ein schwer verletzter Erstgeschädigter selten im Betrieb verbleibe, noch das Finanzierungsargument. Nicht alle Argumente vermögen zu überzeugen. Auch der Erstgeschädigte selbst hat gegenüber der gesetzlichen Unfallversicherung niemals einen Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens; und der Zweitgeschädigte ist zwar nicht Versicherungsnehmer der gesetzlichen Unfallversicherung, wohl stehen ihm als mitversichertem Familienangehörigen typischerweise Leistungen nach den §§ 63 ff SGB VII zu. Im Vergleich zu den in Rn 69 behandelten Versagungsgründen aus der Sphäre des Erstgeschädigten kommt es zu einem Systembruch. Der tragende Grund für das abweichende Judiz dürfte darin liegen, dass die Versagung des Schmerzensgeldanspruchs bei einem Haftungsausschluss gem. den §§ 104 ff SGB VII von der Literatur schon im Kernbereich für bedenklich angesehen wird (dazu Rn 12). Womöglich hat der BGH beim Schockschaden, wo er durch eine Vorjudikatur noch nicht festgelegt war, hier eine erste Bresche geschlagen; auch wenn die Entscheidung sich um eine Abgrenzung zum Erstgeschädigten bemüht. Wenn dem Zweitgeschädigten freilich bei einem Haftungsausschluss gegenüber dem Erstgeschädigten nach den §§ 104 ff SGB VII ein Schmerzensgeldanspruch zugebilligt wird, muss Entsprechendes auch für § 91 a SVG sowie § 46 BeamtG gelten.<sup>467</sup> Ansonsten gilt: Sofern ein Schmerzensgeldanspruch zu bejahen ist, ist auch der Vermögenspersonenschaden ersatzfähig.<sup>468</sup>

### III. Bisher kein Angehörigenschmerzensgeld

- 71 **1. Kein Ersatz für bloße Trauer.** In Deutschland gibt es im Gegensatz zu vielen anderen europäischen Staaten kein Angehörigenschmerzensgeld,<sup>469</sup> bei dem ohne Nachweis einer pathologischen Folge allein für Trauer und Schmerz bei dem vom Schädiger zu verantwortenden Tod naher Angehöriger ein Schmerzensgeld gezahlt wird.<sup>470</sup> Landolt<sup>471</sup> bezeichnet dies plastisch als „Ohnehintrauer“. Auch im Rahmen des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes hat der Gesetzgeber die in der Literatur<sup>472</sup> verschiedentlich geforderte Einführung unterlassen, namentlich, weil die Mitglieder des VI. BGH-Senats skeptisch gegenüber einer solchen neuen Kategorie sind.<sup>473</sup> So manches Abgrenzungsproblem, ob eine ausreichende pathologische Schwelle von erheblicher Dauer überschritten worden ist, würde dadurch freilich erheblich entschärft.<sup>474</sup> Das gegen die Einführung vorgebrachte Argument der – unlösbaren – Bemessungsprobleme<sup>475</sup> stellt sich bei allen seelischen Beschwerden; außerdem ist zu konstatieren, dass alle anderen europäischen Rechtsordnungen das bewältigen. Mitunter ist die Vererbung des Schmerzensgeldes des schlussendlich Verstorbenen eine Krücke.<sup>476</sup> Das führt nicht nur zu einem Erbsenzählen in Bezug auf die Dauer des Überlebens,<sup>477</sup> vor allem aber dann zu keinem Ersatz, wenn der Tod sogleich eintritt oder der Nachlass überschuldet ist. Zudem ist ein anderer Personenkreis begünstigt: Nicht jeder trauernde Familienangehörige ist Erbe; Erbe ist aber auch der, der gar nicht trauert, in letzter Konsequenz der Fiskus. Da der Gesetzgeber nicht

463 Jaeger, VRR 2005, 10, 14 unter Hinweis auf OLG Hamm NZV 2002, 36: Lok-Führer, der durch mehrere Vorunfälle bereits seelisch geschwächt war.

464 Verneint von OLG Nürnberg r+s 2006, 395: Hüftgelenksprellung sowie Kahnbeinfraktur.

465 AA Adelman, VersR 2009, 449, 453, 454.

466 BGH NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 (Luckey). Dafür schon zuvor Halm/Steinmeister, DAR 2005, 481, 486 unter Hinweis auf das arbeitsrechtliche Schrifttum in Fn 63.

467 AA OLG Celle OLGR 2007, 548 unter Hinweis auf BGH NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 (Luckey) sowie die eindeutige gesetzliche Regelung.

468 OLG Frankfurt NJW-RR 2013, 140: Anspruch auf Verdienstentgang.

469 Geigel/Pardéj, Kap. 7 Rn 16; rechtsvergleichend Janssen, VersRAI 2003, 28, 30. Für die Einführung eines solchen G. Wagner, JZ 2004, 319, 325; Kadner-Graziano, IPrax 2006, 307, 308.

470 OLG Celle-OLGR 2007, 548; OLG Naumburg NJW-RR 2009, 1402; OLG Frankfurt NJOZ 2009, 4715.

471 Landolt, in: FS Jaeger (2014) 355, 358.

472 Schöffen, ZRP 1999, 189, 193; Ch. Huber, NZV 1998, 345, 351 ff; Vörndran, ZRP 1988, 293 ff; so auch seither G. Wagner, JZ 2004, 319, 325; Kadner-Graziano, IPrax 2006, 307, 308.

473 A. Diederichsen, DAR 2011, 122 ff; G. Müller, DRiZ 2003, 167, 168; dies., VersR 2003, 1, 4 f; Steffen, in: FS Odersky (1996) S. 723, 730 f; ders., in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 145, 150, 155; Dressler, DAR 1996, 81.

474 Bamberger/Roth/Spindler, § 253 Rn 12; Klinger, NZV 2005, 290.

475 Adelman, VersR 2009, 449, 454; A. Diederichsen, DAR 2011, 122, 124.

476 Klinger, NZV 2005, 290.

477 Prototypisch OLG Frankfurt/M. NJOZ 2009, 4715: Für zwei Stunden Überleben 6.000 EUR.

eingreift, gibt es Bemühungen, den BGH schon de lege lata – nach dem Vorbild des österreichischen OGH<sup>478</sup> – zu einer (mutigen) Rechtsfortbildung zu bewegen. Als Argumente werden genannt der grundrechtliche Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Familie<sup>479</sup>, sowie die Genugtuungsfunktion.<sup>480</sup> Aus Wertungsgesichtspunkten ist es in der Tat bestürzend, dass die Entbehrung eines Fahrzeugs vom ersten Tag an zu einem Ersatzanspruch führt, während die kaputte Lebensqualität, weil ein Familienmitglied aus dem Leben gerissen worden ist, entschädigungslos bleibt.<sup>481</sup> Vorzugswürdig wäre mE eine Anknüpfung an das Ausgleichsprinzip; durch die Bezugnahme auf das in seiner Bedeutung abnehmenden Genugtuungsprinzip<sup>482</sup> würden nämlich neue Wertungswidersprüche in die Qualifikation des Schmerzensgeldes hineingetragen. Wie beim Schmerzensgeld sollte das Verschulden – von Vorsatz abgesehen – grundsätzlich keine Bedeutung haben.<sup>483</sup> Wenn nahezu unüberwindliche Bemessungsschwierigkeiten ins Treffen geführt werden, sei darauf verwiesen, dass mit der Zubilligung eines Mindestersatzes, also eines Betrages, der den Angehörigen in die Lage versetzt, durch das Unternehmen einer größeren Reise auf andere Gedanken zu kommen, das Kompensationsziel zwar nicht einzelfallgenau erfasst, aber immer noch angemessener bewältigt wird als unter Hinweis auf Bemessungsprobleme jeglichen Ersatz zu versagen. Für den Gerechtigkeitsgehalt eines solchen Angehörigenschmerzensgeldes würde jedenfalls sprechen, dass sich Angehörige der „Oberschicht“ in seelische Wellnessrichtungen begeben und ihren Schmerz – auf Kosten des Schädigers – zelebrieren, während Angehörige der „Unterschicht“ allein damit beschäftigt sind, wie das Leben weitergeht.<sup>484</sup> Dass die seelische Beeinträchtigung da bzw. dort unterschiedlich ist, ist kaum anzunehmen. Durch eine bloße Lockerung der Anspruchsvoraussetzungen beim Schockschaden<sup>485</sup> dürfte diese – sachwidrige – Differenzierung kaum zu beseitigen sein.<sup>486</sup> Sehr viel weitreichender ist der Vorschlag von *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*,<sup>487</sup> die eine Verschmelzung von Opfer und enger Bezugsperson – als natürliche psychisch-soziale Einheit bezeichnet – annehmen und so die Hürde des mittelbaren Schadens des Angehörigen überwinden, was auf ein Rechtsgut der Familienbande hinausläuft – nach italienischem Vorbild.

**2. Initiativen für eine Änderung der Gesetzeslage.** Die Anzahl der Befürworter<sup>488</sup> nimmt zu.<sup>489</sup> Sowohl das Koalitionsübereinkommen vom 16.12.2013,<sup>490</sup> eine erste Initiative vom 15.2.2012<sup>491</sup> und eine sodann überarbeitete Initiative des Ministeriums für Justiz und Verbraucherschutz des Freistaats Bayern vom 2.2.2015<sup>492</sup> als auch eine Initiative von Bündnis90/Grüne vom 10.6.2015<sup>493</sup> sehen eine solche Einführung vor. Der Germanwings-Absturz vom 24.3.2015 könnte – wie die Katastrophe in Kaprun in Österreich – letzter Auslöser sein für ein Einschreiten des Gesetzgebers, wobei zu betonen ist, dass das Leid und die Trauer des einzelnen Angehörigen völlig unabhängig davon sind, ob es sich um einen einzelnen Verkehrsunfall handelt oder ein Unglück, bei dem eine Vielzahl von Personen sterben. Am ausführlichsten hat sich *Kadner Graziano*<sup>494</sup> – auch rechtsvergleichend – mit der Problematik befasst; dem die Erläuterung im Aufbau folgt.<sup>495</sup> *Kadner Graziano*<sup>496</sup> verweist zutreffend darauf, dass die Zuerkennung eines Angehörigen-

71a

478 OGH-NZV 2002, 26.

479 *Klinger*, NZV 2005, 290 ff; aA *Adelmann*, VersR 2009, 449, 451.

480 *V. Jeinsen*, zfs 2008, 61.

481 Auf diesen Wertungswiderspruch zu Recht hinweisend *Jaeger*, VRR 2005, 10; *Klinger*, NZV 2005, 290, 292; *Luckey*, SVR 2008, 22.

482 So aber *A. Diederichsen*, DAR 2011, 122, 124; *Hoppenstedt/Stern*, ZRP 2015, 18, 21.

483 *Kadner Graziano*, RIW 2015, 549, 551, 558; aA *Zwickel*, NZV 2015, 214, 217; *Hoppenstedt/Stern*, ZRP 2015, 18, 21.

484 So auch der Befund von *Hoppenstedt/Stern*, ZRP 2015, 18, 20.

485 So das Plädoyer von *A. Diederichsen*, DAR 2011, 122, 124.

486 *Hoppenstedt/Stern*, ZRP 2015, 18.

487 *Zfs* 2012, 6, 7.

488 *Ch. Huber*, NZV 2012, 5; *Jaeger*, VRR 2012, 4; *Luckey*, SVR 2012, 1; *Staudinger*, VGT 2012, 11; *Merk*, DRiZ 2012, 118; *Coester*, FS Kaissis (2012) 81; *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, zfs 2012, 6; *Wiedemann/Spelsberg-Korospeter*, NZV 2012, 471; *Wenter*, VGT 2012, 31; *Kuhn*, SVR 2012, 288; *Wagner*, FS Stürmer (2013) 231; *Neuner*, JuS 2013, 577, 582 f; *Höke*, NZV 2014, 1, 4; *Kuhn*, in: FS Jaeger (2014) 345; *Hoppenstedt/Stern*, ZRP

2015, 18; *Zwickel*, NZV 2015, 214; *Kadner Graziano*, RIW 2015, 549.

489 Ablehnend in letzter Zeit allein *Reidel* (Swiss Re), VGT 2012, 1 ff unter Hinweis auf formale dogmatische Bedenken.

490 Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode 102.

491 [www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stnj\\_internet/ministerium/ministerium/gesetzgebung/gesetzentwurf\\_verb\\_zivilrecht\\_rechtsstellung\\_unfallopfer.pdf](http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stnj_internet/ministerium/ministerium/gesetzgebung/gesetzentwurf_verb_zivilrecht_rechtsstellung_unfallopfer.pdf) Abruf am 1.12.2015.

492 [www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/gesetzentwurf\\_angehoerigenschmerzensgeld.pdf](http://www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/gesetzentwurf_angehoerigenschmerzensgeld.pdf) Abruf am 1.12.2015. Zur Bedeutung der Religion für den Approach zu dieser Frage *Ch. Huber*, NZV 2012, 5, 6 f.

493 BT-Drucks. 18/5099 vom 10.6.2015: Gesetzliche Grundlage für ein Angehörigenschmerzensgeld schaffen.

494 RIW 2015, 549 ff.

495 Ähnlich umfassend *Wagner*, FS Stürmer (2013) 231, der freilich primär anhand von – nicht immer überzeugenden – Petita der ökonomischen Analyse des Rechts argumentiert; das Leben ist häufig eben anders als das mikroökonomische Modell.

496 RIW 2015, 549, 553 ff.

schmerzensgeldes unabhängig vom Nachweis einer pathologischen Störung den Vorteil besitze, dass das Leid des Angehörigen ernst genommen wird, dieser sein Engagement nicht in den Nachweis einer Krankheit investieren muss, was der Regulierungsatmosphäre förderlich ist, und der Angehörige schließlich auch als Partner bei der Betreuung von Schwerstverletzten zur Verfügung steht. Dass Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ein Trauerschmerzensgeld gebieten und die Rechtslage in Deutschland ohne solche Einführung in den Augen anderer Rechtsordnungen; zum Beispiel Italiens, als *ordre public*-widrig angesehen werde, sind zusätzliche Argumente. Sein Plädoyer gipfelt darin, dass man sich die rechtsvergleichenden Beobachtungen zunutze machen solle, um eine Lösung aus einem Guss zu schaffen, bei der Nachbesserungen nach Möglichkeit vermieden werden können. Ein Anspruch wegen Bestehens eines – schweren – Schockschadens kann dann betragsmäßig darüber hinausgehen; die Tatbestandsvoraussetzungen sollten aber – vom Nachweis einer pathologischen Störung abgesehen – identisch sein.<sup>497</sup>

71b

**3. Nur bei Tötung oder auch schwer(st)er Verletzung.** Der neuere Vorschlag des Ministeriums der Justiz und des Verbraucherschutzes des Freistaats Bayern sieht Ersatz nur im Fall der Tötung vor. Vorzugswürdig ist aber die Einbeziehung von Fällen schwer(st)er Verletzungen; in der Schweiz hat die Rechtsprechung eine solche Ausdehnung unter Berufung auf Art. 49 OR vorgenommen, nachdem Art. 47 OR ein Angehörigenschmerzensgeld nur für den Fall der Tötung vorsah.<sup>498</sup> Für die Erstreckung spricht, dass die Angehörigen bei solchen Verletzungen stärker belastet sind als bei Tötung, bei der nach einer gewissen Zeit eine Neuorientierung möglich ist.<sup>499</sup> Ob die Verletzung lebensbedrohlich ist, sollte mE nicht entscheidend sein; vielmehr kommt es darauf an, dass die Angehörigen entweder lebenslang oder doch sehr lange dadurch maßgeblich beeinträchtigt sind. In den (mitunter als bieder wahrgenommenen) Alpenrepubliken Schweiz und Österreich zählen dazu auch Potenzstörungen des Mannes.<sup>500</sup> Dagegen wird eingewendet, dass die administrativen Kosten (zu) hoch und die Angehörigen bei Verletzung auch sonst nicht aktivlegitimiert seien.<sup>501</sup> Letzteres trifft in Bezug auf die Besuchskosten allerdings nicht zu. Die geringsten administrativen Kosten sind gegeben, wenn man jeglichen Anspruch versagt. Dass die Abgrenzung der schwer(st)en Verletzung zu Abgrenzungsproblemen führen mag,<sup>502</sup> ist zuzugestehen; aber wo hat man in der Juristerei nicht mit solchen zu kämpfen? Erwägenswert wäre mE, bei schwersten Fällen den Kreis der Anspruchsberechtigten auf die Haushaltsangehörigen oder allenfalls (noch enger) die Pflegepersonen zu begrenzen, wiewohl auch ein Kind seelisch in Mitleidenschaft gezogen wird, wenn sich die Mütter nur noch um den zum Krüppel gewordenen pflegebedürftigen Vater kümmert und seine Erziehung notgedrungen vernachlässigt. In solchen Fällen wäre eine (dynamische) Rente die passende Ersatzform. Eine Einbeziehung solcher Fälle ist namentlich im deutschen Recht geboten, da anders als in der Schweiz und Österreich die Abgeltung der Pflegeleistungen der Angehörigen sehr engherzig bemessen wird. Das Angehörigenschmerzensgeld könnte die pflegenden Familienmitglieder in die Lage versetzen, eine Auszeit zu nehmen und in dieser einen Urlaub zu konsumieren, was weiterlaufende Kosten für die Pflege aber auch Mehrkosten gegenüber dem Leben zu Hause verursacht.

71c

**4. Systematische Platzierung.** Fraglich ist, an welcher Stelle die Neuregelung erfolgen soll. Das ist nicht bloß eine Frage der systematischen Reinheit; davon hängt vielmehr ab, welche Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein müssen. Manche<sup>503</sup> plädieren für einen neuen § 844 a, andere<sup>504</sup> schlagen eine Regelung im Kontext des § 253 vor. Wie die Umpositionierung des Schmerzensgeldes von § 847 zu § 253 bewirkt hat, dass Ersatz nicht nur bei deliktischer Schädigung gebührt, muss Entsprechendes auch in diesem Kontext gelten. Zu bedenken ist, dass es nicht nur um Fälle der Gefährdungshaftung geht,<sup>505</sup> sondern auch um solche der Vertragshaftung, was bei der Arzthaftung noch bedeutsamer ist als im Verkehrsrecht.<sup>506</sup> Deutlich würde dadurch zusätzlich, dass die Ausgleichsdimension im Vordergrund steht; ein Aufwärmen der über-

497 Zu den möglichen Unterschieden beim Personenkreis sowie der Verletzung aber *Zwikel*, NZV 2015, 214, 216.

498 Zutreffend *Kadner Graziano*, RIW 2015, 549, 551; ungenau insofern *Wagner*, FS Stürmer (2013) 231, 236.

499 *Ch. Huber*, NZV 2012, 5, 8; *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, NZV 2012, 471; *Zwikel*, NZV 2015, 214, 217; so auch die Einschätzung in der Schweiz; dazu *Landolt*, in: FS Jaeger (2014) 355, 360.

500 *Landolt*, in: FS Jaeger (2014) 355, 361, 362; aA freilich OGH Zak 2014/511.

501 *Wagner*, FS Stürmer (2013) 231, 248; beachte aber 249: Berücksichtigung dieses Umstands beim Schmerzensgeld des Verletzten – dann geht es aber nur noch um eine Modalität der Geltendmachung.

502 Deshalb für eine Begrenzung auf den Fall der Tötung *Kuhn*, SVR 2012, 288, 290; *ders.*, in: FS Jaeger (2014) 345, 353; *Hoppenstedt/Stern*, ZRP 2015, 18, 20.

503 *Staudinger*, VGT 2012, 11, 24; *Kuhn*, in: FS Jaeger (2014) 345, 353.

504 *Ch. Huber*, NZV 2012, 5, 10; *Kadner Graziano*, RIW 2015, 549, 551, 564; so der Sache nach auch *Wagner*, FS Stürmer (2013) 231, 235 – inkonsequent dann freilich 253: Gesetzesvorschlag zu § 844 Abs. 3 BGB.

505 Darauf hinweisend *Zwikel*, NZV 2015, 214, 217.

506 Zur Erstreckung der deliktischen Haftung nach Art. 47 OR über die Verweisungsnorm des Art. 9 Abs. 3 OR im schweizerischen Recht *Landolt*, in: FS Jaeger (2014) 355, 357 Fn 12.

kommenen Genugtuung sollte vermieden werden. Das Verschulden des Ersatzpflichtigen sollte allenfalls bei Vorsatzdelikten sowie größter Fahrlässigkeit eine Rolle spielen.<sup>507</sup>

**5. Kreis der Anspruchsberechtigten.** Die Anknüpfung an § 844<sup>508</sup> wie im Entwurf des Freistaats Bayern führt dazu, dass lediglich die gesetzlich Unterhaltspflichtigen oder auch noch Gläubiger vertraglicher Unterhaltsansprüche Ersatz verlangen könnten.<sup>509</sup> Das ist indes zu weit und zu eng. Warum sollte ein Ehegatte, der dauernd getrennt lebt oder dessen Ehe geschieden ist,<sup>510</sup> anspruchsberechtigt sein? Umgekehrt sind mE auch Partner einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft oder Verlobte mit einzubeziehen.<sup>511</sup> Entsprechendes gilt für nicht Verwandte in einer Patchwork-Familie. Ein sachgerechter Ansatz könnte sein, Personen in gerade Linie im 1. Grad (Eltern und Kinder) sowie Ehegatten und Lebensabschnittsbegleiter grundsätzlich als anspruchsberechtigt anzusehen, bei sonstigen Personen müsste eine enge Gefühlsgemeinschaft jeweils bewiesen werden, was freilich bei Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft zu vermuten wäre.<sup>512</sup> Praktisch bedeutsam ist das namentlich bei Geschwistern, allenfalls noch bei Großeltern.<sup>513</sup> Manche plädieren darüber hinaus noch für enge Freunde oder Kameraden.<sup>514</sup>

**6. Festsetzung der Höhe – durch Gesetzgeber oder Gericht.** Die Fixierung durch den Gesetzgeber hat den Vorzug, das Gericht von Bemessungsfragen zu entlasten, auch davor, dass „schmutzige Wäsche“, präziser besonders saubere gewaschen wird, um eine möglichst intensive Nahebeziehung vor Gericht zu belegen. Wenn ein Höchstbetrag dann auch noch von den Angehörigen – nach englischem Vorbild – geteilt werden soll,<sup>515</sup> spätestens dann entfernt man sich von der subjektiv-konkreten Schadensberechnung eines Individuums. ME sollte die Höhe nicht vom Gesetzgeber vorgegeben werden, vielmehr sollte eine Festsetzung durch das Gericht erfolgen, um die Umstände des Einzelfalles berücksichtigen zu können.<sup>516</sup> Je nach Beziehung (Ehegatten, Eltern-Kind, Kind-Eltern) sowie dem Todeszeitpunkt (wäre der Tod auch sonst als bald eingetreten oder hätte ihn der Anspruchsberechtigte nicht erlebt, so bei Eltern gegenüber einem Kind) haben in der Schweiz und Österreich die Gerichte Abstufungen entwickelt. Als Größenordnung habe ich als Anhaltspunkt einen Betrag von 15.000 EUR vorgeschlagen.<sup>517</sup> Kadner Graziano<sup>518</sup> plädiert für eine Anknüpfung an das Niveau westeuropäischer Rechtsordnungen, was zu deutlich höheren Beträgen (30.000 EUR bis 40.000 EUR, höchstens aber 50.000 EUR), wenn auch nicht zu 6-stelligen Beträgen führen würde.<sup>519</sup> Das derzeitige deutsche Niveau selbst bei Schockschäden ist im europäischen Durchschnitt beängstigend gering.<sup>520</sup> Wagner<sup>521</sup> taxiert es bei durchschnittlich 5.000 EUR, Zwickel<sup>522</sup> bei 10.000 EUR.<sup>523</sup> Während in Österreich – schon wegen der Begrenzung auf Fälle grober Fahrlässigkeit – eine Abstufung zwischen einem Mindestersatz bei reiner Trauer und einem höheren Schmerzensgeld bei Vorliegen eines pathologischen Zustands zu konstatieren ist, hat die Angehörigen Genugtuung in der Schweiz den Schockschaden fast völlig verdrängt. Das schweizerische Modell hat den Vorzug der Einfachheit der Regulierung. Jedenfalls in Fällen, in denen eine pathologische Störung schwer nachweisbar ist,<sup>524</sup> sollte das Angehörigen Schmerzensgeld eine abschließende Ersatzleistung darstellen.<sup>525</sup> Ist eine pathologische Beeinträchtigung gegeben, sind die „Schmerzen“ ebenso zu taxieren wie beim „normalen“ Schmerzensgeld.<sup>526</sup>

- 507 AA Wiedemann/Spelsberg-Korspeter, NZV 2012, 471, 473.  
 508 Dafür Staudinger, VGT 2012, 11, 24.  
 509 Dafür Wiedemann/Spelsberg-Korspeter, NZV 2012, 471, 473; Hoppenstedt/Stern, ZRP 2015, 18, 20.  
 510 Einen Schockschaden für einen solchen Fall erwägend Zwickel, NZV 2015, 214, 216.  
 511 Staudinger, VGT 2012, 11, 25; Kadner Graziano, RIW 2015, 549, 551, 558 f.  
 512 Ch. Huber, NZV 2012, 5, 9.  
 513 Ähnlich Wagner, FS Stürmer (2013) 231, 251.  
 514 Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi, zfs 2012, 6, 7: Einbeziehung auch von engsten Bezugspersonen, namentlich eines soldatischen Kameraden.  
 515 Dafür Wagner, FS Stürmer (2013) 231, 251, 253.  
 516 Ch. Huber, NZV 2012, 5, 9; Kuhn, SVR 2012, 288, 290; Wiedemann/Spelsberg-Korspeter, NZV 2012, 471, 473; Staudinger, VGT 2012, 11, 25; Kadner Graziano, RIW 2015, 549, 551, 561.  
 517 Ch. Huber, NZV 2012, 5, 7; zustimmend Kuhn, SVR 2012, 288, 290; Wagner, FS Stürmer (2013) 231, 250; Höke, NZV 2014, 1, 4; Hoppenstedt/Stern, ZRP 2015, 18 21: 5.000 EUR bis 15.000 EUR.

- 518 RIW 2015, 549, 563.  
 519 So aber Wenter, VGT 2012, 31, 39: mindestens 100.000 EUR, „andernfalls sollte man die Einführung eines Schmerzensgeldes für nahe Angehörige von Unfallopfern besser sein lassen.“  
 520 Kritisch auch Jaeger, VRR 2012, 4, 10.  
 521 FS Stürmer (2013) 231, 245.  
 522 NZV 2015, 214, 216.  
 523 Zur Größenordnung in Österreich zwischen 7.000 EUR und 50.000 EUR Landolt, in: FS Jaeger (2014) 355, 359.  
 524 Zu den Grenzfällen, in denen die Konstatierung einer hinreichenden pathologischen Beeinträchtigung in hohem Maße von der Artikulationsfähigkeit des Anspruchstellers abhängig ist, Ch. Huber, NZV 2012, 5, 8; Kadner Graziano, RIW 2015, 549, 551, 553.  
 525 Zwickel, NZV 2015, 214, 216.  
 526 Missverständlich insoweit OLG Frankfurt NJW-RR 2013, 140: Zuspruch von 15.000 EUR, weil es „bloß“ darum geht, „eine angenehme Ablenkung zu verschaffen.“

- 71f **7. Berücksichtigung des Mitverschuldens des primär Anspruchsberechtigten.** Unterschiedlich beurteilt wird, ob der Angehörige sich ein Mitverschulden des Getöteten oder Verletzten anspruchsmindernd anrechnen lassen muss. Gegen eine solche Anrechnung wird ins Treffen geführt, dass es keine Sippenhaftung gebe und es sich um einen originären Anspruch des Angehörigen handle.<sup>527</sup> Dagegen spricht mE aber, dass es einen solchen Anspruch überhaupt nur gibt, wenn der Täter gegenüber dem Getöteten oder schwer Verletzten rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat; der Anspruch gegenüber dem Täter besteht eben im Ausgangspunkt nur in dem Maß, in dem er nicht durch Umstände in der Sphäre des Getöteten oder schwer Verletzten zu kürzen wäre. Insofern sprechen mE die besseren Argumente dafür, diese Umstände auch beim Angehörigenschmerzensgeld zu berücksichtigen.<sup>528</sup> Wenn bei einem Arbeitsunfall ungeachtet der §§ 104 ff SGB VII Familienangehörigen ein Schockschaden zugebilligt wird (dazu oben Rn 70), muss diese Wertung freilich auch auf das Angehörigenschmerzensgeld übertragen werden.

## G. Bemessungsdeterminanten

### I. Stellung des Sachverständigen

- 72 Gerade beim Schmerzensgeldbegehren kommt dem Sachverständigengutachten zentrale Bedeutung zu. Legt der Geschädigte ein davon abweichendes Privatgutachten vor, kann sich das Tatgericht nicht mit dem Hinweis begnügen, dass es dem Gerichtsgutachten folge. Vielmehr muss der Gerichtsgutachter die Argumente des Privatgutachtens entkräften oder das Gericht muss ein weiteres Gutachten einholen.<sup>529</sup>

### II. Besonders freie Stellung des Tatrichters gem. § 287 ZPO

- 73 Gerade für die Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes gilt, dass der Tatrichter, ein besonders weit reichendes Ermessen im Rahmen des § 287 ZPO hat.<sup>530</sup> Es gibt nicht die an sich angemessene Entschädigung für immaterielle Schäden. Eine Beanstandung durch die Rechtsmittelinstanz findet nicht schon dann statt, wenn das Schmerzensgeld zu dürftig oder zu reichlich bemessen worden ist,<sup>531</sup> sondern wenn der Ermessensrahmen überschritten worden ist, im Klartext der Tatrichter weit daneben gegriffen<sup>532</sup> und sich in der Größenordnung vertan hat.<sup>533</sup> Verlangt wird immerhin, dass sich der Tatrichter ausreichend mit dem Sachverhalt auseinandergesetzt und die Besonderheiten des Einzelfalls berücksichtigt hat, also die Bemessungsgrundlagen nachvollziehbar im Urteil dargelegt hat.<sup>534</sup> Das Berufungsgericht hingegen hat nicht bloß zu prüfen, ob die Ermessensausübung vertretbar war; vielmehr hat es aufgrund der vom Erstgericht festgestellten Tatsachen die nach seiner Beurteilung richtige Entscheidung zu treffen.

### III. Geringfügigkeitsschwelle

- 74 **1. Allgemeines.** Wie geringfügig eine Beeinträchtigung auch sein mag, ein realer Schaden ist gleichwohl gegeben.<sup>535</sup> Unter Berufung auf die Billigkeit wird aber für ganz geringfügige Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität und der Freiheit kein Schmerzensgeld zuerkannt.<sup>536</sup>
- 75 **2. Körperverletzung.** In der Leitentscheidung NJW 1982, 1043 hat der BGH ausgesprochen, unter welchen Voraussetzungen trotz einer Beeinträchtigung der körperlichen Integrität kein Schmerzensgeld gebührt. Nach einer unzulässigen Emission einer nahe gelegenen Fabrik hatte ein Anwohner vorübergehend Kopfschmerzen und Schnupfen. Er reagierte darauf mit dem Einbau einer gasdichten Türe, deren Kosten er vom Schädiger ersetzt verlangte, und beehrte zugleich Schmerzensgeld. Der BGH wollte plakativ zum Ausdruck bringen, dass man keine Mimosen züchten solle und sprach aus, dass in einem solchen Fall ausnahmsweise kein Schmerzensgeld gebühre. Es handle sich um eine vorübergehende Beeinträchtigung, wie sie auch ohne Einwirkung eines Schädigers im Alltagsleben gelegentlich vorkomme. Die Beeinträchtigung sei nicht wesentlich. Zudem sei die Primärverletzung sowohl von der Art als auch der Intensität geringfügig.

527 Staudinger, VGT 2012, 11, 27; Jaeger, VRR 2012, 4, 10.

528 So auch Kuhn, in: FS Jaeger (2014) 345, 352; Zwickel, NZV 2015, 214, 216.

529 BGH NJW-Spezial 2009, 441.

530 BGH NJW 1991, 1544; NJW 1976, 1147.

531 Jaeger/Luckey, Rn 1046.

532 Jaeger/Luckey, Rn 855, 1268.

533 So etwa BGH zfs 1996, 132: 12.500 EUR statt 30.000 EUR bei ungewollter Schwangerschaft nach einer Vergewaltigung.

534 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 65.

535 AA BayObLG DAR 2002, 38; MtiKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 30; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 706, die schon das Bestehen eines Schadens leugnen.

536 Wussow/Schmitt, Kap. 54 Rn 17.

Die Untergerichte tun sich nicht immer leicht, diesen Vorgaben bei den von ihnen zu beurteilenden Sachverhalten zu genügen. Zu betonen ist, dass nicht bloß auf die Art und Schwere der Verletzung abzustellen ist, sondern auch auf weitere Umstände. Bejaht wurde etwa eine Bagatellverletzung bei drei Ohrfeigen, die ein Lehrer einem Schüler gegeben hatte, weil der Lehrer sich nachher beim Schüler entschuldigt hatte.<sup>537</sup> Das Bespucken eines Polizisten wurde demgegenüber mit einem Schmerzensgeld von 250 EUR sanktioniert.<sup>538</sup> Zu billigen ist, dass bei einem Sturz eines Kleinkindes bei einem tief fliegenden Militärflugzeug, wodurch es sich eine geringfügige Beule am Kopf zugezogen hat, jegliches Schmerzensgeld versagt wird, weil Kinder in einem Alter, in dem sie erst gehen lernen, auch sonst schon einmal hinfallen. Bedenklich ist mE demgegenüber, jegliches Schmerzensgeld zu versagen, wenn nach einem Autounfall ein Verletzter einen ganzen Tag von Übelkeit geplagt wird und mehrmals erbrechen muss,<sup>539</sup> bzw ein betagter Herr nach einem Hundebiss eine Wunde an der Hand erleidet, was diesen in besonderem Maß aufgeregt hat, so dass es in der Folge zur Harninkontinenz kam.<sup>540</sup> Der Umstand, dass ein Fahrgast zwei Stunden lang während einer Bahnfahrt die Toilette nicht benutzen konnte, wurde mit einem Schmerzensgeld von etwas über 400 EUR sanktioniert,<sup>541</sup> was mit den davon ausgehenden präventiven Wirkungen zulasten eines Großunternehmens zu erklären sein dürfte. Bei einer Einlagerung von giftigen Chemikalien in den Haaren des Verletzten wurde zutreffend derzeit ein Schmerzensgeld versagt, weil eine unmittelbare Gesundheitsbeeinträchtigung nicht nachgewiesen werden konnte, aber dem Feststellungsbegehren wegen des Ausbruchs künftiger Krankheiten wurde stattgegeben.<sup>542</sup> Bei einer allergischen Reaktion wegen der Ausdünstungen von Erfrischungstüchern auf einem Flug wurden 2.000 EUR für angemessen angesehen.<sup>543</sup>

Im Zuge des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes wurde erst im allerletzten Moment eine vom Gesetzgeber vorgesehene Bagatellschwelle mit der Begründung gestrichen, dass es eines Eingreifens des Gesetzgebers nicht bedürfe und es der Rechtsprechung überantwortet werden solle, die Erheblichkeitsschwelle bei Bedarf anzupassen.<sup>544</sup> Manche haben in der vom Gesetzgeber vorgesehenen und letztendlich nicht realisierten Erheblichkeitsschwelle nichts anderes gesehen als eine Kodifizierung der bestehenden Rechtsprechung.<sup>545</sup> Beabsichtigt war indes eine Anhebung über die bisherige Rechtsprechung hinaus.<sup>546</sup> De lege lata wird aber eine Möglichkeit zur Anhebung verneint.<sup>547</sup>

Auch wenn der BGH<sup>548</sup> betont, dass er durch den Gesetzeswortlaut gehindert sei, weiterzugehen als in der Entscheidung NJW 1992, 1043, so ist darauf zu verweisen, dass der Begriff der Billigkeit der Rechtsprechung soviel Ermessensfreiraum verschafft, dass es auch nach dem derzeitigen Gesetzeswortlaut zu einer Anhebung kommen wird, wenn der entsprechende Wille vorhanden ist.<sup>549</sup> Mit der vom Gesetzgeber des 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes ursprünglich vorgesehenen und erst im letzten Moment durch den Rechtsausschuss gestrichenen Bagatellschwelle haben die Haftpflichtversicherer darüber hinaus die Hoffnung verknüpft, dass auf diese Weise bei nicht objektivierbaren HWS-Verletzungen ersten Grades ein Ersatz stets zu versagen gewesen wäre.<sup>550</sup> Das wäre bei Kodifizierung einer Erheblichkeitsschwelle problematisch gewesen und ist es ohne solche gesetzliche Fixierung umso mehr. Solche häufig vorkommenden Verletzungen<sup>551</sup> zeichnen sich dadurch aus, dass in vielen Fällen ungewiss ist, ob es durch den Unfall tatsächlich zu einer Gesundheitsbeeinträchtigung gekommen ist oder ob das nicht der Fall ist.<sup>552</sup> Für Simulanten ist der häufig zuerkannte Betrag von 500 EUR zu viel, und für solche, die wirklich eine Gesundheitsbeeinträchtigung erlitten haben, ist er zu gering. Es bleibt in diesen Fällen nichts anderes übrig, als nach dem richterlichen Judiz zu entscheiden, ob der Anspruchsteller zur einen oder anderen Gruppe gehört.<sup>553</sup>

**3. Freiheit.** Ähnliche Abgrenzungsprobleme ergeben sich bei Beeinträchtigung der Freiheit. Bagatellen sollen auch hier nicht mit einem Schmerzensgeld geahndet werden,<sup>554</sup> freilich steht die Maßregelung derjenigen, die rechtswidrig die Freiheit, ein Rechtsgut von besonders hohem Rang, beeinträchtigt haben, so sehr im Vordergrund, dass auch ganz geringfügige Beträge schon wegen der plakativen Wirkung des Verurteilten zugesprochen werden, so etwa 100 EUR wegen eines zweistündigen Einsperrens nach einer Razzia<sup>555</sup>

537. LG Hanau NJW 1991, 2028.

538. LG Münster NJW-RR 2002, 1672.

539. OLG Hamm SP 2001, 14.

540. OLG Köln VersR 1999, 115.

541. AG Frankfurt/M. NJW 2002, 2253.

542. KG VersR 1991, 826.

543. OLG Frankfurt NJW-RR 2014, 824.

544. Palandt/*Grüneberg*, § 253 Rn 14.

545. Bamberger/*Röth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 48.

546. *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2

Rn 103 ff; *Steffen*, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 145, 163.

547. Ausführlich *Freymann*, in: FS Jaeger (2014) 295 ff mit dem Fazit auf S. 308: „De lege lata erscheint die Ausweitung der Bagatellgrenze ausgeschlossen.“

548. BGH NJW 1992, 1043; NJW 1993, 2173; *G. Müller*, VersR 1993, 909, 910.

549. *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn 117.

550. *Küppersbusch/Höher*, Rn 285.

551. *Dannert*, NZV 1999, 453, 460: 400.000 pro Jahr, davon 200.000 solche ersten Grades.

552. *G. Müller*, VersR 2003, 1, 4.

553. Dazu ausführlich *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 2 Rn 103 ff.

554. *Jaeger/Luckey*, Rn 308; *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 14, 71; OLG Koblenz NJW 2000, 962.

555. LG Göttingen NJW 1991, 236.

oder 50 EUR wegen eines unberechtigten kurzfristigen Festhaltens eines vermeintlichen Ladendiebs.<sup>556</sup> Entsprechendes gilt für unwürdige Haftbedingungen. Bei einem kurzen Zeitraum – 2 Tage<sup>557</sup> – wird die Feststellung von Rechtswidrigkeit und Verschulden für die Genüftung des Verletzten für ausreichend angesehen,<sup>558</sup> bei längerer Dauer wird eine Geldentschädigung zugebilligt, die mitunter bloß symbolischen Charakter hat.<sup>559</sup> Mitunter ist der Anspruch davon abhängig, dass der Betroffene ein Abhilfebegehren geäußert hat.<sup>560</sup> Der Tagessatz bewegt sich in Anlehnung an § 7 Abs. 3 StEG von 11 EUR bzw 20 EUR pro Tag.<sup>561</sup>

#### IV. Vergleichbarer Zuspruch bei vergleichbaren Verletzungen – Schmerzensgeldtabellen

- 80 Die Schmerzensgeldbemessung steht im Spannungsverhältnis zwischen einer gleichförmigen Festsetzung des Ersatzbetrags für vergleichbare Verletzungen<sup>562</sup> und der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Die Schmerzensgeldtabellen haben gegenüber der Orientierung am eigenen (OLG-)Sprengel den Vorzug der Herausbildung eines bundeseinheitlichen Niveaus.<sup>563</sup> Schmerzensgeldtabellen, insbesondere in elektronisch aufbereiteter Form,<sup>564</sup> sind ein vorzügliches Hilfsmittel, ein Präjudiz aufzufinden,<sup>565</sup> einen Orientierungsrahmen zu haben,<sup>566</sup> ein Mittel mit informativem Charakter, aber ohne Bindung auch nur eines Rahmens nach unten und oben,<sup>567</sup> sowie auszuloten, in welchem Rahmen sich ein Zuspruch bewegen kann.<sup>568</sup> Mitunter erfolgt der Hinweis, dass ein Zuspruch über einem bestimmten Betrag für gravierendere Verletzungen vorbehalten ist.<sup>569</sup> Zu beachten ist, ob sich der ausgeurteilte Betrag in das Gesamtsystem der von den Gerichten entwickelten Schmerzensgeldjudikatur einfügt.<sup>570</sup> Bedeutsam ist dabei die umfassende Herausarbeitung der Fallähnlichkeit.<sup>571</sup> Den genau gleichgelagerten Fall gibt es nicht.<sup>572</sup> Von den über 400.000 Personen, die pro Jahr aus Verkehrsunfällen Schmerzensgeldansprüche haben, kommen jährlich ca. 300 Gerichtsentscheidungen in die Datenbanken hinzu.<sup>573</sup> Eine „Präzision auf Heller und Pfennig“ ist dabei freilich nicht möglich.<sup>574</sup> Aus den Tabellen geht insbesondere nicht hervor, wie umfassend der Geschädigtenanwalt vorgetragen hat, was einen beträchtlichen Einfluss auf den Umfang des Zuspruchs hat.<sup>575</sup> Auch wird nicht immer offengelegt, welche Partei ein Rechtsmittel eingelegt hat, so dass ein höherer oder geringerer Betrag zugesprochen worden wäre, dem Gericht aber die Hände gebunden sind.<sup>576</sup> Ein Präjudiz ist aber nicht mehr als ein Anhaltspunkt.<sup>577</sup> Insbesondere gibt es keine Gliedertaxen.<sup>578</sup> Eine mechanische Anwendung hat zu unterbleiben. Insbesondere dürfen einzelne Verletzungsfolgen nicht jeweils gesondert betrachtet und die dafür gebührenden Schmerzensgelder aufaddiert werden.<sup>579</sup> Es hat eine Orientierung an der schwersten Verletzung zu erfolgen, zu der es dann Zuschläge gibt.<sup>580</sup> Die Anknüpfung an ein Judiz setzt Übereinstimmung in möglichst vielen Sachverhaltselementen voraus, wofür die Sensibilität – wegen der

556 AG Regensburg NJW-RR 1999, 1402; kritisch dazu Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 49.

557 BGH NJW 2005, 58.

558 BGH NJW 2004, 1241.

559 So wohl OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 1267.

2.000 EUR für 157 Tage in einer 9 m<sup>2</sup> großen Zelle ohne gesondert entlüfteter Toilette mit einem Mitgefängenen; Verurteilung und damit öffentliche Anprangerung der Verhältnisse für Genüftung des Anspruchstellers im Vordergrund.

560 OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 1267.

561 KG NJW-RR 2005, 1478; sehr viel großzügiger allerdings OLG Celle NJW 2003, 2463; 100 EUR pro Tag.

562 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 26; MüKo/Oetker, § 253 Rn 37.

563 Luckey, SVR 2014, 125, 127; Slizyk, SVR 2014, 10, 13.

564 Aktuell: Jaeger/Luckey, Schmerzensgeld, 7. Aufl. 2014; Hacks/Wellner/Häcker, Schmerzensgeld-Beträge, 33. Aufl. 2015; Schwintowski/C. Shah Sedi/M. Shah Sedi, Handbuch Schmerzensgeld (2013); Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle, 10. Aufl. 2014; ADAJUR.

565 Wussow/Schmitt, Kap. 54 Rn 44.

566 Slizyk, SVR 2014, 10, 12.

567 Born, in: FS Jaeger (2014) 207, 212.

568 OLG Nürnberg, NJOZ 2006, 1674: 80.000 EUR angemessen; 120.000 EUR ist außerhalb des vertretenen Rahmens.

569 ZB OLG Saarbrücken NJW 2011, 3169; OLG Naumburg VersR 2011, 1273.

570 OLG Hamm NJW-RR 2014, 281.

571 OLG München SP 2015, 44: Erfordernis der Bezugnahme auf 15 Variablen.

572 OLG Naumburg NZV 2015, 141: Zuspruch von 12.000 EUR; 6.000 EUR ließen sich unter Bezugnahme auf Schmerzensgeldtabellen auch begründen.

573 Rolle, VRR 2010, 124.

574 KG VersR 2011, 275; Slizyk, SVR 2014, 10, 11.

575 Höke, NZV 2014, 1, 3.

576 Luckey, SVR 2014, 125, 128.

577 OLG Karlsruhe VersR 2001, 1175; Geigél/Pardey, Kap. 7 Rn 54.

578 Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang darauf, dass eine Arbeitsgruppe des europäischen Parlaments ein Barème ausgearbeitet hat, wonach zumindest die Determinanten der sachverständigen Beurteilung von Verletzungen im Hinblick auf die erlittenen Schmerzen im Rahmen der EU vereinheitlicht werden sollen; diese Vorschläge wurden und werden auf den Europäischen Verkehrsrechtstagen diskutiert – und eines Tages wohl in eine Richtlinie münden.

579 OLG Saarbrücken NJW-RR 2006, 1165; SP 2006, 205; Luckey, in: FS Eggert (2008) S. 181, 192.

580 Wenker, NZV 2014, 241, 242; OLG Hamm BeckRS 2015, 06907: 300.000 EUR bei Tetraplegie mit weiteren Krankheitsbildern.

Bindung eines solchen Judizes – im common law stärker ausgeprägt ist als im deutschen Recht.<sup>581</sup> Nicht immer wird darauf geachtet, dass die prägende Verletzung deutlich zum Ausdruck kommt.<sup>582</sup> Der Richter kann vom bisherigen Schema abweichen,<sup>583</sup> freilich muss er das dann besonders begründen.<sup>584</sup> Ansonsten käme es zu einer unerwünschten Zementierung des Status quo.<sup>585</sup> Häufig erfolgt bei Zubilligung besonders hoher Beträge ein Hinweis, dass sich der Zuspruch noch im üblichen Rahmen der in Deutschland zugesprochenen Schmerzensgelder bewege, somit vergleichsweise moderat sei<sup>586</sup> bzw. keine Ausreißerentscheidung vorliege.<sup>587</sup> Dem Bedenken, dass solche Beträge der Versichertengemeinschaft nicht zumutbar seien,<sup>588</sup> wird entgegengehalten, dass darauf abzustellen sei, was redlich denkende und fühlende Menschen als angemessen ansehen.<sup>589</sup> Das eine wie das andere ist eine Leerformel, die in der Sache nicht weiterhilft. Nicht immer wird die Höhe des Schmerzensgeldes – ausführlich – begründet.<sup>590</sup>

Besonderes Augenmerk ist darauf zu richten, dass die in den Schmerzensgeldtabellen verwerteten Tabellen einen Sachverhalt erfassen, der sich in der Vergangenheit abgespielt hat. Solche Entscheidungen sind daher aufzuwerten,<sup>591</sup> was bei der zunehmend zu beobachtenden ausdrücklichen Bezugnahme auf Vorentscheidungen im Regelfall unterbleibt.<sup>592</sup> Einerseits ist zu bedenken, dass eine Anpassung an Inflation und Wirtschaftswachstum zu erfolgen hat,<sup>593</sup> die Aufwertung um den Verbraucherpreisindex wäre daher zu gering.<sup>594</sup> Andererseits ist eine Tendenz in der Rechtsprechung nachzuweisen, eine stärkere Anhebung vorzunehmen,<sup>595</sup> insbesondere bei schweren Verletzungen,<sup>596</sup> während bei leichten und mittleren Verletzungen eine Stagnation auf mäßigem Niveau festzustellen ist.<sup>597</sup> Mitunter erfolgt auch bloß ein pauschaler Verweis auf die in der Zwischenzeit eingetretene Geldwertverdünnung.<sup>598</sup> Eine Aufwertung unter expliziter Bezugnahme auf den Verbraucherpreisindex liefert dem gegenüber eine präzisere Ausgangsgröße.<sup>599</sup> Das OLG Frankfurt/M.<sup>600</sup> führt zusätzlich ins Treffen, dass einerseits die Dauer des Krankenhausaufenthalts als Indikator für die Schwere der Verletzung herangezogen wird, andererseits aber die Behandlungsmethoden zunehmend einen kürzeren Spitalaufenthalt ermöglichen. Die Schwere der Verletzung bleibt aber gleich, was bei der Schmerzensgeldbemessung zu berücksichtigen ist. Das LG München I<sup>601</sup> hat deshalb als Ansatzpunkt bei der Festsetzung der Schmerzensgeldhöhe in einem besonders tragischen Fall angeknüpft an die Entwicklung der Immobilienpreise – aufgrund der Zuständigkeit des Gerichts ist das zu vermuten – im Großraum München und ist dabei gegenüber einer damals 15 Jahre alten Vorentscheidung zu einer Steigerungsrate von über 100 % gekommen. Zu betonen ist dabei, dass auf diese Weise zwei Gesichtspunkte vermengt wurden, die besser getrennt werden sollten, nämlich die Anpassung an Inflation und Wirtschafts-

81

581 Überaus anschaulich *Luckey*, in: FS Eggert (2008) S. 181, 185 f. unter zutreffendem Hinweis darauf, dass die Sachverhaltsschilderung im englischen Recht wesentlich präziser ist als im deutschen Recht.

582 *Luckey*, SVR 2014, 125, 126.

583 OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031: Bezugnahme auf OLG Frankfurt/M. VersR 1996, 1509 unter Hinweis darauf, dass es sich dabei um eine „Ausreißerentscheidung“ – nach oben – gehandelt habe.

584 *G. Müller*, VersR 1993, 909, 916.

585 *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 28.

586 KG NJOZ 2005, 4637: 500.000 EUR.

587 OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241.

588 So apodiktisch mahndend BGH VersR 1976, 967; darauf bezugnehmend und zur Restriktion mahndend *A. Diederichsen*, VersR 2005, 433, 438; zum Sinken des Anteils des Schmerzensgeldes am Gesamtschaden bei schweren und schwersten Verletzungen trotz signifikanter Anhebung der Schmerzensgelder sowie dessen relativ geringer Bedeutung an den Aufwendungen der Haftpflichtversicherer *Jaeger*, VersR 2009, 159, 162.

589 KG KGR 2004, 510; NZV 2004, 473; OLG München OLGR 2006, 92; OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241.

590 Prototypisch OLG Hamm NZV 2013, 190: „Die Höhe des ausgeteilten Schmerzensgeldes steht auch im Einklang mit der Vergleichsrechtsprechung.“; OLG Karlsruhe NZV 2012, 41 = VRR 2012, 27 (*Luckey*): „Der Betrag entspricht dem, was allgemein an Schmerzensgeld für derartige Beeinträchtigungen zugesprochen wird.“

591 OLG Nürnberg NJOZ 2006, 1674: Vorbildlich unter ausdrücklicher Bezugnahme auf eine Indexanpassung; OLG Frankfurt/M. NZV 2011, 39; OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 1468.

592 OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 602.

593 Zum Tempo der Anhebung der Höchstbeträge *Jaeger*, VersR 2009, 159 f.

594 Kritisch zur Anknüpfung an den Verbraucherpreisindex *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 55.

595 Zu den beträchtlichen Sprüngen im Lauf der Zeit bei schwersten Verletzungen *Luckey*, SVR 2014, 125, 127; OLG München SP 2010, 396; OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2009, 1684 = jurisPR-VerkR 24/2009 Anm. 4 (*Krämer*); OLG Brandenburg VersR 2005, 953; OLG Köln NJW-RR 2002, 962; OLG Köln VersR 1995, 549.

596 OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241; OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 18736: Beinamputation. *Kippersbusch/Höher*, Rn 281, Fn 58 unter Hinweis auf eine Entschließung auf dem VGT 1977, das Schmerzensgeld bei Bagatellverletzungen ganz entfallen zu lassen, bei mittleren Verletzungen die Steigerungsrate zu drosseln und bei schwersten Verletzungen eine Aufstockung vorzunehmen.

597 *Ziegler/Ehl*, JR 2010, 1, 2.

598 OLG Hamm NJW-RR 2014, 1238; OLG Naumburg NZV 2014, 471; OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 18736.

599 So OLG Koblenz MDR 2014, 220.

600 OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2009, 1684 = jurisPR-VerkR 24/2009 Anm. 4 (*Krämer*).

601 LG München I NJW-RR 2001, 1246.

wachstum einerseits und die überproportionale Anhebung der Schmerzensgelder für Schwerstverletzte andererseits.<sup>602</sup>

- 82 *Jaeger*<sup>603</sup> hat völlig zutreffend darauf hingewiesen, dass die Indexierung unzureichend ist, wenn man jeweils bloß auf das Entscheidungsdatum abstellt.<sup>604</sup> Vielmehr ist zu bedenken, dass der Sachverhalt sich wesentlich früher ereignet hat und der Geschädigte allenfalls bis zum Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz in der Lage war, sein Schmerzensgeldbegehren der seit der Verletzung eingetretenen Entwicklung, nämlich der allgemeinen Anhebung des Niveaus der Schmerzensgeldzusprüche, anzupassen. Selbst der Anwalt wird dem Begehren die Werte zugrunde legen, die er der rechtswissenschaftlichen Literatur entnimmt; und auch diese hinkt notwendigerweise hinterher, weil sie bloß Rechtsprechung der Vergangenheit berücksichtigen kann. Hinzu kam in der Vergangenheit, dass in den Urteilen bloß die Beträge zuerkannt wurden, die der Geschädigte begehrt hat, mögen sie auch hinter dem angemessenen Schmerzensgeld zurückgeblieben sein.<sup>605</sup> Durch die Änderung der Rechtsprechung, wonach das Gericht bei einem auf einen Mindestbetrag gerichteten Begehren ein nach oben offenes Schmerzensgeld zusprechen kann, ist dieser Störfaktor mittlerweile beseitigt. Verwiesen wird darauf, dass im Rahmen der außergerichtlichen Regulierung häufig höhere Schmerzensgelder gezahlt werden, was die Repräsentativität der in den Tabellen abgebildeten Beträge beeinträchtigt.<sup>606</sup>
- 83 Schmerzensgelder ab 100.000 EUR werden zuerkannt bei kognitiven Beeinträchtigungen nach schweren Hirntraumen oder der Amputation der unteren Gliedmaßen bzw der Angewiesenen auf einen Rollstuhl.<sup>607</sup> An Spitzenwerten beim Schmerzensgeld seien genannt die Entscheidungen, in denen 500.000 EUR zuerkannt worden sind.<sup>608</sup> Die neueste Rechtsprechung hat diese Schallmauer freilich durchbrochen.<sup>609</sup> Schmerzensgelderhöhend wirkt sich aus, wenn die verletzte Person noch ein (wenn auch nur partielles) Erinnerungsvermögen an den Zustand vor dem schädigenden Ereignis hatte, weshalb in solchen Fällen noch höhere Schmerzensgelder gebühren als in den Geburtsschadensfällen.<sup>610</sup> Diese Spitzenbeträge, die in der außergerichtlichen Schadensregulierung häufig noch übertroffen werden, wirken sich auf die Belastung der Haftpflichtversicherungswirtschaft und damit auf die Haftpflichtversicherungsprämien der Versicherungsnehmer nur ganz marginal aus, weil es sich um Einzelfälle handelt.<sup>611</sup> Zudem gab es in den letzten Jahren beträchtliche Einsparungspotenziale beim Kfz-Sachschaden, namentlich bei den Mietwagenkosten und den Stundenverrechnungssätzen der Werkstätten bei der fiktiven Abrechnung älterer Kfz.<sup>612</sup> ME besteht die Tendenz, das Schmerzensgeld allein nach der Schwere der Verletzung abzustufen. Wenn die Richter den erbärmlichen Zustand der verletzten Person in einem Lokalaugenschein wahrnehmen, sind sie emotional meist so betroffen, dass sich das förderlich auf die Höhe des Schmerzensgeldes auswirkt.<sup>613</sup> ME angemessener wäre, den Umstand stärker zu betonen, wie belastend der Verletzte die Beeinträchtigung empfindet.<sup>614</sup> Wer das intellektuell verarbeiten muss, ist stärker beeinträchtigt als eine empfindungslose menschliche

602 Auf beide Phänomene hinweisend *Kippersbusch/Höher*, Rn 281.

603 *Jaeger*, VersR 1999, 1019.

604 Ebenso *Diehl*, zfs 2007, 10, 11.

605 *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 28.

606 *Born*, in: FS *Jaeger* (2014) 207, 212 f.

607 OLG Celle BeckRS 2014, 02432; Zu besonders hohen Schmerzensgeldern sei verwiesen auf den seit November 2015 von *Wellner* herausgegebenen Infobrief Spezial Hohe Schmerzensgeldbeträge.

608 LG München I NJW-RR 2001, 1246; KG NJOZ 2005, 4637; OLG Köln VersR 2007, 219; OLG Stuttgart NJW-RR 2009, 3986.

609 LG Aachen BeckRS 2012, 02052: 700.000 EUR; KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (*Jaeger*): 653.000 EUR; LG Kiel VersR 2006, 279:

615.000 EUR, 500.000 EUR Kapital und eine Schmerzensgeldrente, deren Kapitalwert ca. 115.000 EUR beträgt; OLG Zweibrücken MedR 2009, 89 (*Jaeger*) = NJOZ 2009, 3241: 500.000 EUR Kapital und 500 EUR monatliche Rente, was einem Barwert von ca. 119.000 EUR entspricht. Deutlich zurückhaltender aber OLG Braunschweig VersR 2004, 924: 350.000 EUR ausrei-

chend, 500.000 EUR überhöht. Zu der unterschiedlichen Spruchpraxis der einzelnen OLG mit beeindruckenden Nachweisen der Unterschiede der jeweiligen Rechtsprechung *Jaeger*, VersR 2009, 159, 161.

610 KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (*Jaeger*): 4 ½-jähriges Kind; LG Aachen BeckRS 2012, 02052: 2 ½-jähriges Kind.

611 Kritisch hingegen, auf die Gefahr der Aufblähung des Schmerzensgeldvolumens hinweisend *Halm*, DAR 2001, 430; *A. Diederichsen*, Homburger Tage 2004, S. 7, 24.

612 *Ch. Huber*, in: FS *Jaeger* (2014) 309, 318 ff; *Höke*, NZV 2014, 1, 2.

613 LG München I NJW-RR 2001, 1246: Augenschein des Verletzten durch zwei Mitglieder der Kammer zum Untersuchungstermin im Pflegeheim; OLG Stuttgart NJW-RR 2009, 3986: Miterleben eines epileptischen Anfalls in der mündlichen Verhandlung.

614 Vorbildlich insoweit OLG Frankfurt/M. NZV 2011, 39: 32-jähriger EDV-Techniker, der mitten aus dem Leben gerissen wurde. Bei Beeinträchtigung der Stoffwechselorgane und trotz Fehlens einer Querschnittlähmung Anspruch von 250.000 EUR.

Hülle; wer die Freuden des Lebens niemals empfunden hat, weiß nicht in dem Maße, was ihm entgeht, während einer, der mitten aus dem Leben gerissen wurde, insoweit mehr mit seinem Schicksal hadern wird.<sup>615</sup>

## V. Umstände des Einzelfalls

Bei den Umständen des Einzelfalls lässt sich eine Einteilung vornehmen in solche, die den Verletzten als auch den Schädiger betreffen, sowie solche, die lediglich der Sphäre des einen bzw. anderen zuzurechnen sind. Bedeutsam ist dabei insbesondere der Vortrag des klägerischen Anwalts, der bewirken soll, dass sich die Gegenseite und namentlich das Gericht in die Lage des Opfers und dessen Empfindungen hineinversetzen können,<sup>616</sup> um auf diese Weise dem „Abstumpfungseffekt“ entgegenzuwirken.<sup>617</sup> Es ist wohl kein Zufall, dass die Anhebung des Schmerzensgeldes durch das LG München I<sup>618</sup> besonders hoch ausgefallen ist, nachdem die Richter nach einem „Lokalausgesehen“, wohl auch emotional ergriffen waren von der erbärmlichen Lage des Anspruchstellers.

**1. Familiäre Beziehung und/oder Gefälligkeitsverhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger.** Umstritten ist, ob der Umstand, dass zwischen dem Verletzten und dem Schädiger eine familiäre Beziehung<sup>619</sup> besteht bzw. sich die Schadenszufügung während einer Gefälligkeit<sup>620</sup> oder einer gemeinschaftlichen Vergütung<sup>621</sup> ereignet hat, zu einer Verminderung der Höhe des Schmerzensgeldes führt.<sup>622</sup> Häufig sind beide Umstände gegeben. Sollte dies grundsätzlich der Fall sein, wäre weiter zu prüfen, ob sich das stets auswirken soll<sup>623</sup> oder dann nicht, wenn hinter dem Schädiger eine Haftpflichtversicherung steht.<sup>624</sup> Eine unterschiedliche Bemessung würde freilich gegen das Trennungsprinzip verstoßen, wonach die Deckung der Haftung folgt, die Einstandspflicht des Haftpflichtversicherers sich nämlich ausschließlich danach bemisst, in welchem Ausmaß der Schädiger Ersatz leisten müsste, wenn kein Haftpflichtversicherer für ihn einstandspflichtig wäre.

Die Bedeutsamkeit dieser Umstände hängt davon ab, welchen Stellenwert man der Genugtuungskomponente einräumt. Bei Straßenverkehrsunfällen und ärztlichen Kunstfehlern tritt diese zunehmend in den Hintergrund. Bei Straßenverkehrsunfällen wird darüber hinaus darauf verwiesen, dass die im Verkehr geschuldete Sorgfalt unteilbar<sup>625</sup> und somit auch gegenüber Familienangehörigen geschuldet sei, so dass der familiäre Schädiger sich nicht auf die Haftungsprivilegierung der *diligentia quam in suis rebus* (gegenüber dem Ehegatten: § 1359; gegenüber dem Lebenspartner: § 4 LPartG; gegenüber den Kindern: § 1664) berufen kann.<sup>626</sup> ME sollte man auf die Genugtuungskomponente ganz verzichten. Jedenfalls bei fahrlässigem Verhalten sowie dann, wenn ein Haftpflichtversicherer einstandspflichtig ist, sollte keinerlei Kürzung vorgenommen werden.<sup>627</sup> Selbst wenn man daran festhalten sollte, ist penibel darauf zu achten, dass lediglich der

615 Ebenso nachdrücklich *Jaeger*, *VersR* 2009, 159, 164; gegenteilig OLG Frankfurt/M. SP 2008, 12, das bei einer 39-jährigen Verletzten einen geringeren Zuspruch gegenüber einem 3 1/2-jährigen Kind bei vergleichbarer Verletzung damit begründet hat, dass bei einer 39-Jährigen eine Anknüpfung an das vor dem Unfall geführte Leben wenigstens zum Teil möglich ist.

616 *Slizyk*, SVR 2014, 10, 11; *Jaeger*, *VersR* 2013, 134, 137; Mitunter Erfordernis eines minutiösen Vortrags.

617 *Born*, in: FS *Jaeger* (2014) 207, 213.

618 LG München I NJW-RR 2001, 1246.

619 Für eine solche Berücksichtigung OLG Düsseldorf SP 2008, 255; OLG Hamm *VersR* 1998, 1392 (LS); *VersR* 1995, 1062; *VersR* 1995, 454; OLG Schleswig *VersR* 1992, 462; aA OLG München *VersR* 1989, 1056; ähnlich *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 40; van *Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke*, Teil 4 Rn 711; Palandt/*Grüneberg*, § 253 Rn 18; Nur ausnahmsweise zu berücksichtigen.

620 Für eine anspruchsmindernde Berücksichtigung OLG Koblenz OLGR 2006, 530; OLG Köln zfs 1989, 77; *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 49; Teil 4 Rn 728; aA OLG Hamm NJW-RR 1998, 1179.

621 So *MüKo/Oetker*, § 253 Rn 53; OLG Brandenburg *jurisPR-VerkR* 2008/4 Anm. 2 (*Jahnke*): Spritztour;

OLG Frankfurt/M. *VersR* 1975, 1053; Jagdausübung; OLG Karlsruhe *VersR* 1977, 936; *Zechtour*; aA OLG Brandenburg VRR 2007, 345 (*Luckey*): Keine Gefälligkeit bei Fahrgemeinschaft, bei der abwechselnd gefahren wird.

622 Gegen eine Kürzung des Schmerzensgeldes aus diesem Grund *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 126.

623 So OLG Hamm *VersR* 1998, 1392; *Jaeger/Luckey*, Rn 1231.

624 BGH NJW 1974, 2124; Palandt/*Grüneberg*, § 253 Rn 18; *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 49; *MüKo/Oetker*, § 253 Rn 54.

625 Anders freilich in einem Ausnahmefall BGH NJW 2009, 1482: Rechtsfahren in Südafrika wegen des Linksfahrgebots an sich grob fahrlässig, nicht aber bei deutscher Lenkerin gegenüber deutscher Insassin, mit der eine Fahrgemeinschaft besteht.

626 So BGH NJW 2009, 1875 = NZV 2009, 382 (*Figgenner*) = r+s 2009, 257 (*Lemcke*) = *jurisPR-VerkR* 13/2009 Anm. 3 (*Jahnke*): Unfall beim Wasserskifahren zwischen Eheleuten.

627 Ähnlich *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 41, freilich eine Differenzierung nach dem Präventionsprinzip erwägend.

- die Genugtuungskomponente betreffende Anteil geringer ausfallen mag, nicht aber der sich aus dem Ausgleichsprinzip ergebende Ersatzbetrag, was nicht immer beachtet wird.<sup>628</sup>
- 87 Den Umständen des Einzelfalls könnte auch in der Weise Rechnung getragen werden, dass ein ungekürztes Schmerzensgeld zuerkannt wird, sich aus dem jeweiligen Innenverhältnis aber Rücksichtnahmepflichten ergeben können, dieses nicht in vollem Umfang bzw nicht sogleich durchzusetzen.<sup>629</sup> Dadurch würde der Schädiger zwar nicht in den wirtschaftlichen Ruin getrieben, eine Einschränkung gegenüber dem einstandspflichtigen Haftpflichtversicherer ergäbe sich jedoch nicht. Nicht maßgeblich sollte sein, ob der Haftpflichtversicherer wie bei der Kfz-Haftpflichtversicherung im Wege der action directe persönlich belangt werden kann oder der Verletzte lediglich auf den Deckungsanspruch des Schädigers zugreifen kann. Dieser Lösungsansatz ist jedenfalls vorzuzugswürdig gegenüber dem, dass der Schädiger und der Haftpflichtversicherer unterschiedlich hohe Beträge schulden.<sup>630</sup> Ein solches Auseinanderfallen der Einstandspflicht ist jedenfalls dann zu vermeiden, wenn der Haftpflichtversicherer selbst kein schuldhaftes Verhalten gesetzt hat.
- 88 Noch nicht abschließend geklärt ist, ob der Umstand, dass der Geschädigte sich die Verletzung bei einer gefährlichen Sportart<sup>631</sup> zugezogen hat, berücksichtigt werden soll. ME sprechen gute Gründe für eine solche anspruchsmindernde Berücksichtigung, muss sich doch auch der Halter eines Fahrzeugs die Betriebsgefahr anspruchsmindernd entgegenhalten lassen.<sup>632</sup>
- 89 **2. Person des Geschädigten. a) Ausmaß und Intensität der Schmerzempfindungen.** Eine zentrale Dimension nehmen das Ausmaß und die Intensität der Schmerzen ein. Dabei ist zu beachten, dass diese bei Dauerschäden in der allerersten Phase als besonders belastend empfunden werden. Sie verschwinden zwar keinesfalls, gleichwohl tritt ein gewisser Gewöhnungseffekt ein, weshalb es mE gerechtfertigt ist, bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes für die erste Phase ein besonders hohes Äquivalent anzusetzen.<sup>633</sup> Ein Ansatzpunkt ist dabei die Minderung der Erwerbsfähigkeit.
- 90 **b) Verlauf und Ergebnis des Heilungsprozesses.** Die Art des Heilungsverlaufes, namentlich die Anzahl und Dauer der Krankenhausaufenthalte, ist eine Determinante für die Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes.<sup>634</sup> *Jaeger/Luckey*<sup>635</sup> schildern anschaulich, wie beschwerlich es sein kann, auf die Krankenhauskost angewiesen zu sein. Darüber hinaus verweisen sie darauf, dass der Verletzte in seiner privaten Lebensgestaltung verschiedensten Einschränkungen ausgesetzt ist, so etwa einem Verzicht auf Alkohol, Nikotin, Sex, Sport,<sup>636</sup> Tanz u.a., wobei darauf hinzuweisen ist, dass manche dieser nicht ausübbar Lustbarkeiten Folge der Erkrankung und nicht allein des Krankenhausaufenthalts sind. *Jaeger/Luckey* schlagen vor, diese Beschwerden in einer Größenordnung abzugelten, wie sie für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit beim Pauschalreisevertrag nach § 651 f Abs. 2 anerkannt ist. Dieser Ansatz würde gewiss zu einem dramatischen Ansteigen der Beträge führen, wobei dann zu fragen ist, ob diese Molestes in einem vertretbaren Verhältnis zu den anderen Unannehmlichkeiten stehen, die der Verletzte ebenfalls hinzunehmen hat. Von der Phase der Heilung ist das Ergebnis nach Abschluss des Prozesses zu unterscheiden. Nicht immer lässt sich der Zustand wie ohne schädigendes Ereignis wiederherstellen.<sup>637</sup> Wie bei einem reparierten Fahrzeug besteht die Gefahr, dass nicht alle Gebrechen entdeckt bzw die entdeckten nicht fachgerecht behoben worden sind. Während beim Kfz-Sachschaden dafür ein merkantiler Minderwert gebührt, ist eine Berücksichtigung solcher Unwägbarkeiten bei Verletzung einer Person bloß im Weg des Schmerzensgeldes möglich.<sup>638</sup>
- 91 **c) Verletzung eines paarigen Organs.** Wird ein paariges Organ beeinträchtigt, ist die Funktionsfähigkeit der betreffenden Person idR nur in geringem Ausmaß beeinträchtigt. Bei der Bemessung ist freilich zu

628 OLG Düsseldorf SP 2008, 255: Geringere Bemessung des Schmerzensgeldes bei Verletzung eines Kindes durch die Mutter bei einem Verkehrsunfall. OLG Koblenz OLGR 2006, 530: 40.677 EUR an einen Asylanten bei inkompletter Querschnittlähmung und 1/3 Mitverschulden wegen erkennbarer Alkoholisierung des Lenkers; mE exorbitant geringer Zuspuch.

629 In diesem Sinn OLG München VersR 1989, 1056; gegen einen konkludenten Verzicht bei einer gefälligkeitshalber übernommenen Beaufsichtigung eines Kleinkindes, das dann in einen Teich gestürzt ist und einen schweren Hirnschaden davongetragen hat, BGH NJW 1993, 1531.

630 OLG München VersR 1989, 1056.

631 Zum Fallschirmspringen OLG Nürnberg VersR 1994, 735 = SpuRt 1995, 274 (*Scheffen*); zum Fußballspielen OLG Hamm OLGR 1998, 154: Notbremse, Hineingrätschen von hinten.

632 Ähnlich *Jaeger/Luckey*, Rn 1322.

633 AA *Jaeger/Luckey*, Rn 1087, 1117, die diese Argumentation als zynisch ansehen.

634 *Vizal*, VersR 2015, 284, 287; *Nixdorf*, NZV 1996, 89, 90; *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 37.

635 *Jaeger/Luckey*, Rn 1135 ff.

636 OLG Stuttgart NJOZ 2010, 1374: Joggen und Skifahren; OLG Brandenburg NJW-RR 2010, 538: Beeinträchtigung bei altersgerechter Sportausübung eines 17-jährigen; OLG München OLGR Süd 47/2010 Anm. 6: bei 46-Jähriger Vereitelung von Tennis spielen, Rad fahren, Reiten.

637 OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 1468: Sterilisation kann bei einer Frau nicht rückgängig gemacht werden.

638 OLG Saarbrücken SVR 2006, 179 (*Luckey*); *Steffen*, in: FS Odersky (1996) S. 723.

berücksichtigen, dass die eminente Gefahr besteht, dass bei Verletzung des anderen paarigen Organs die jeweilige Funktion völlig ausfällt.<sup>639</sup> Es gilt nicht der Satz: Unter Blinden ist der Einäugige König; vielmehr sind bestimmte Aufgaben, etwa die Tiefenschärfe beim Sehen, nur dann in vollem Umfang gegeben, wenn beide paarige Organe intakt sind. Bei vorhandener Vorschädigung eines paarigen Organs<sup>640</sup> oder Schädigung beider paariger Organe ist zu beachten, dass das Schmerzensgeld wesentlich höher ausfallen muss als der doppelte Betrag bei Schädigung eines paarigen Organs.<sup>641</sup> Denn der Verlust beider Arme oder die Erblindung auf beiden Augen ist eine ungleich weitergehende Beeinträchtigung als das Doppelte bei Verlust eines Armes bzw der Sehfähigkeit eines Auges.

**d) Beeinträchtigungen des Aussehens.** Bei Entstellungen und Narben hat das Schmerzensgeld höher auszufallen.<sup>642</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass es Verletzungen gibt, wie etwa eine Beinamputation, mit der notwendigerweise eine Narbe verbunden ist und bei der der Funktionsverlust so schwer wiegt, dass dieser Narbe keine maßgebliche zusätzliche Bedeutung mehr zukommt.<sup>643</sup> Darüber hinaus findet sich der Hinweis, dass eine Narbe oder Entstellung insbesondere bei Mädchen oder jungen Frauen ins Gewicht fällt, weil dadurch die Partnersuche erschwert wird.<sup>644</sup> *Jaeger/Luckey*<sup>645</sup> weisen demgegenüber darauf hin, dass jedermann bzw jede Frau unabhängig vom Alter das Recht habe, für derartige Entstellungen angemessen entschädigt zu werden.<sup>646</sup> Im Ausgangspunkt ist das zutreffend. Freilich werden die Auswirkungen unterschiedlich weitreichend sein, ob es sich um einen jüngeren Menschen handelt, der noch einen Partner für das Leben oder doch einen Lebensabschnitt sucht, oder eine ältere Person, die einen solchen schon gefunden hat oder nicht mehr sucht. Hinzu kommt, dass Entstellungen für viele auch für das berufliche Fortkommen hinderlich sind, was bei Personen, die nicht mehr im Berufsleben stehen, naturgemäß nicht den gleichen Stellenwert hat. Zutreffend ist freilich uneingeschränkt, dass für eine Beeinträchtigung des Aussehens eine Entschädigung unabhängig vom Geschlecht gebührt.<sup>647</sup> Eine Narbe wirkt sich in unterschiedlichem Ausmaß auf die Höhe des Schmerzensgeldes aus, je nach dem, ob sie in unbedecktem Zustand sichtbar ist oder nicht.<sup>648</sup> Soweit Entstellungen bei missglückten kosmetischen Operationen zurückbleiben, war die Rechtsprechung bei der Bemessung eines Schmerzensgeldes bisher zurückhaltend.<sup>649</sup> Als Beeinträchtigung des äußeren Erscheinungsbildes ist auch der Verlust des Gesichtsnervs (Facialis) anzusehen, wodurch die Mimik beeinträchtigt ist.<sup>650</sup>

**e) Lebensalter, insbesondere bei einem Dauerschaden.** Welche Bedeutung das Lebensalter für die Bemessung des Schmerzensgeldes bei einem Dauerschaden hat, wird völlig konträr beurteilt. Einerseits wird vertreten, dass diesem Umstand keine nennenswerte eigenständige Bedeutung zukomme;<sup>651</sup> andererseits wird postuliert, dass das Schmerzensgeld nach Maßgabe von Tagessätzen proportional zur Leidensdauer zu bemessen sei<sup>652</sup> und bei einem jungen Menschen notwendigerweise um ein Mehrfaches höher sein müsse als bei einem älteren Menschen.<sup>653</sup> Manche verweisen darauf, dass eine Berücksichtigung des Lebensalters zumindest dann zu erfolgen habe, wenn der Verletzte sehr jung sei.<sup>654</sup> Schließlich wird ins

639 OLG Koblenz NJW-RR 2004, 1025: Verlust eines Auges; OLG Brandenburg MDR 2010, 1324: Funktionsuntüchtigkeit eines Hodens; OLG Frankfurt/M. NZV 2011, 39: Ausfall einer Niere.

640 So in OLG Nürnberg NJOZ 2006, 1674: Verlust der Sehfähigkeit auf einem Auge ohne Verantwortlichkeit des Schädigers.

641 OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031: Verantwortlichkeit des Schädigers für Verlust der letzten 30 % der Sehkraft eines Auges nach Verlust der Sehkraft des anderen Auges.

642 *Jaeger/Luckey*, Rn 1173 ff.

643 *Jaeger/Luckey*, Rn 1175; *Born*, in: FS *Jaeger* (2014) 207, 223.

644 OLG Frankfurt/M. DAR 1994, 119; KG VersR 1992, 974; OLG Köln VersR 1990, 434; *Küppersbusch/Höher*, Rn 277; *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 30.

645 *Jaeger/Luckey*, Rn 1186.

646 Zustimmend *Born*, in: FS *Jaeger* (2014) 207; 222 f.

647 In diesem Sinn wohl auch *MüKo/Oetker*, § 253 Rn 40.

648 OLG Saarbrücken SVR 2006, 179 (*Luckey*): 25.000EUR, mittlerer bis oberer Rückenbereich, selbst im unbedeckten Zustand im Schwimmbad nicht besonders auffällig; insoweit engherzig OLG München NJW-RR 2013, 396: 9.000 EUR für nicht

entstellende Narbe im Gesicht verbunden mit Beschwerden infolge Wetterfühligkeit.

649 Kritisch *Jaeger*, VersR 2006, 1509, 1510.

650 OLG München BeckRS 2012, 04398: Seelische Auswirkungen sowie Beeinträchtigung bei der zwischenmenschlichen Kommunikation und auch beim Essen, Sprechen und Trinken – Zuspruch von 60.000EUR.

651 *Koziol*, in: FS *Hausheer* (2002) 597, 599; *Küppersbusch/Höher*, Rn 293: Wenig Anhaltspunkte in der Rechtsprechung; *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 31: Ältere Menschen sollen kein geringeres Schmerzensgeld erhalten.

652 *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, Handbuch Schmerzensgeld 13 ff.

653 *Jaeger/Luckey*, Rn 1108; so im Ansatz BGH NJW 1991, 1544: 73 Jahre alter Verletzter; OLG Frankfurt/M. VersR 1996, 1509: 3-jähriges Kind; KG KGR 2004, 510: 22-jähriger Verletzter; OLG Köln NJW-RR 2007, 174: 9-jähriger Kläger.

654 *MüKo/Oetker*, § 253 Rn 43; *Virzal*, VersR 2015, 284, 288; OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031: Verweis auf die weitere statistische Lebensdauer von 70 Jahren; OLG Frankfurt/M. NZV 2011, 39: 32-jähriger EDV-Systemtechniker; OLG Köln NJOZ 2014, 169: 22-jähriger.

Treffen geführt, dass jüngere Menschen zwar eine längere Leidensperiode vor sich haben, ältere Menschen aber größere Probleme bei der Anpassung an eine neue Situation hätten,<sup>655</sup> was aber auch bei besonders jungen Menschen der Fall sein könne.<sup>656</sup> Luckey<sup>657</sup> verweist zutreffend auf die Konstellationen bei Kleinkindern,<sup>658</sup> hingewiesen wird auch auf den besonderen Bewegungsdrang von Kindern und Jugendlichen.<sup>659</sup> Es gibt aber auch Umstände, die bei Menschen im fortgeschrittenen Alter besonders ins Gewicht fallen, namentlich die Furcht, wieder ganz gesund zu werden und in die vertraute Atmosphäre zurückkehren zu können.<sup>660</sup> Unausgesprochen kommt zum Ausdruck, dass das eine wie das andere beschwerlich sei, so dass auf die Schwere der Verletzung per se, aber nicht auf das Lebensalter bzw die Schmerzdauer bis zur restlichen Lebenserwartung abzustellen sei.<sup>661</sup> Mitunter erfolgt auch eine „Verrechnung“ mit Faktoren, die mit dem Lebensalter nichts zu tun haben,<sup>662</sup> was unterbleiben sollte. Allein bei Zerstörung der Persönlichkeit besteht Einigkeit, dass die Dauer des Überlebens eine ganz bedeutsame Determinante für das Ausmaß des Schmerzensgeldes ist.<sup>663</sup>

94 ME führt die Vielzahl der Umstände des Einzelfalls dazu, dass der Tatrichter mitunter den Wald vor lauter Bäumen nicht mehr erkennt, jedenfalls große Bäume nicht von Stauden und Sträuchern zu unterscheiden vermag. Die restliche Schmerzdauer ist mE die zentrale Bemessungsdeterminante.<sup>664</sup> Bei Abstellen auf Tagessätze als Grundlage der Bemessung – so der Vorschlag von Ziegler/Ehl<sup>665</sup> sowie Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi<sup>666</sup> – würde diesem Prinzip zum Durchbruch verholfen. Bei der Zuerkennung einer Rente wird das schon durch die Form des Ersatzes berücksichtigt, ist doch der Ersatzumfang von der (Über-)Lebensdauer des Geschädigten abhängig.<sup>667</sup> Weshalb bei der Kapitalabfindung etwas grundsätzlich Anderes gelten sollte, wäre überhaupt nicht einzusehen. Vielmehr müsste eine rationale Bemessung des Schmerzensgeldes anknüpfen an die Summe der vom Geschädigten zu erduldenen Schmerzen. Und diese Summe ist naturgemäß umso höher, je länger das Leiden ist, das der Verletzte noch vor sich hat. Warum ein solcher Umstand nur bei einem besonders jungen Menschen berücksichtigungswürdig sein soll,<sup>668</sup> aber ein Mensch in der Lebensmitte und einer im fortgeschrittenen Alter gleichbehandelt werden sollen, ist mE in keiner Weise einzusehen. Anstelle auf approximative Werte wie „besonders jung“ oder „besonders alt“ abzustellen,<sup>669</sup> sollte wie bei der Ermittlung einer Kapitalabfindung bei einem Vermögensschaden die restliche Lebenserwartung zugrunde gelegt werden, wobei Anhaltspunkt die Lebenserwartung jeweils nach der aktuellen Sterbetafel ist, sofern sich aus individuellen Umständen – krankheitsbedingte Verkürzung oder höhere Lebenserwartung wegen guter Gene und gesunder Lebensweise – ein anderer Wert ergibt.<sup>670</sup> Gegen die Orientierung an Tagessätzen wird eingewendet, dass auf diese Weise die Entscheidungskompetenz vom Gericht auf den medizinischen Sachverständigen verlagert werde und die Gefahr einer mathematischen Scheingenauigkeit bestehe.<sup>671</sup> Beide Bedenken sind unbegründet, solange der sich daraus ergebende Wert nicht mehr ist als eine erste Bezugsgröße und die Feinjustierung dem Gericht vorbehalten bleibt. Die Ermittlung auf solche Weise ist gleichwohl von heuristischem Wert, weil sich daraus die Größenordnung ergibt, in der das Schmerzensgeld zu bemessen ist.

655 Küppersbusch/Höher, Rn 293; OLG Frankfurt/M. SP 2008, 12: Argument, dass Erwachsener an bisheriges Sozialleben anknüpfen könne, daher kein Zuschlag erforderlich.

656 Luckey, in: FS Eggert (2008) S. 181, 191: Ein 3-jähriges Kind kann nicht ermessen, wie lange 4 Wochen sind, weshalb ein solcher Krankenhausaufenthalt besonders belastend und das Schmerzensgeld besonders hoch sein muss; S. 193: Ein 16-Jähriger muss sich selbst bei Hygienemaßnahmen jeder Art helfen lassen, was gerade in einem solchen Alter als besonders unangenehm empfunden wird; ähnlich OLG Brandenburg MDR 2010, 1324.

657 SVR 2011, 406 f.

658 Ähnlich Born, in: FS Jaeger (2014) 207, 215.

659 OLG Köln NJOZ 2014, 169.

660 Born, in: FS Jaeger (2014) 207, 217 f.

661 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 697.

662 OLG Naumburg NJW 2015, 261. = VRR 2014, 425

(Luckey) = Wenker, jurisPR-VerkR. 25/2014 Anm. 3: Aufrechterhalten des Zuspruchs von 150.000 EUR an eine 66-jährige, weil in den Referenzentscheidungen zwar jüngere Verletzte betroffen waren, aber der

Haftpflichtversicherer bei der Regulierung sich ungebührlich verhalten habe.

663 OLG München VersR 1998, 644; Küppersbusch/Höher, Rn 289.

664 Ch. Huber, Düsseldorf Verkehrsrechtsforum 2015; ders., HAVE 2015, 258, 264; ebenso Manfred Lepa, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 126; gerade gegenständig Born, in: FS Jaeger (2014) 207, 218, der die jeweiligen individuellen Umstände als zentral ansieht.

665 Ziegler/Ehl, JR 2010, 1, 5.

666 Handbuch Schmerzensgeld 64 ff; kritisch Slizyk, SVR 2014, 10, 13: Unvereinbar mit geltendem Recht.

667 MüKo/Oetker, § 253 Rn 43.

668 OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031; OLG Köln NJW-RR 2007, 174: Bei Dauerschäden höheres Schmerzensgeld bei Kindern und Jugendlichen.

669 So Luckey, VRR 2011, 406, 407.

670 Ch. Huber, Düsseldorf Verkehrsrechtsforum 2015.

671 Grunewald/Nugel, VRR 2014, 4, 6; Wenker, NZV 2014, 241, 242: Suggestieren von Transparenz und Genauigkeit, die es im Bereich immaterieller Ansprüche nicht geben kann.

Folgerichtig wäre es daher, das Schmerzensgeld nach Perioden zu bemessen,<sup>672</sup> wie etwa die vermehrten Bedürfnisse oder den Erwerbsschaden nach Monaten oder Quartalen. Dabei wäre durchaus in Anschlag zu bringen, dass es Phasen gibt mit größerer und solche mit womöglich geringerer Schmerzintensität. Berücksichtigungsfähig wäre dabei, in welchen Lebensetappen sich welche immateriellen Unwägbarkeiten ergeben – im Beruf und in der Freizeit, im Familienleben und bei der Partnersuche, bei der sportlichen und sexuellen Betätigung<sup>673</sup> –, wobei sich nicht in jeder Lebensetappe Einbußen auf allen Gebieten ergeben werden.<sup>674</sup> Bei einem solchen Ansatz würde der als Kapital geschuldete Betrag – jedenfalls gedanklich – ebenso zu ermitteln sein wie eine Kapitalabfindung bei einem Erwerbsschaden, bei dem dann die künftigen Beträge entsprechend abgezinst werden müssen.<sup>675</sup> Wenn diese Grundaussage feststeht, könnte als ein Korrekturfaktor – aber auch nicht mehr<sup>676</sup> – berücksichtigt werden, in welcher Weise der Verletzte Anpassungsprobleme an die neue Situation hat, wobei größere Unbill sowohl bei sehr jungen als auch besonders betagten Menschen festzustellen sein kann. Als Konsequenz müssten die Schmerzensgeldtabellen deshalb bei Dauerschäden nicht nur den Schweregrad der Verletzung, sondern auch das Alter bzw. die Lebenserwartung, somit die geschätzte Schmerzdauer angeben. Noch eine Spur transparenter würde die Bemessung beim Schmerzensgeld bei einem Dauerschaden ausfallen, wenn im Rahmen der Festsetzung des Gesamtbetrages getrennt ausgewiesen würde, welcher Betrag für die Abgeltung der Schmerzen der Eingewöhnung an die neue Situation zuerkannt wird und welcher für die restliche Phase danach.

**f) Geschlecht.** Das Geschlecht sollte auf den Umfang des Schmerzensgeldes keinen Einfluss haben. Rechtstatsächlich ist freilich zu beobachten, dass etwa bei der Beeinträchtigung von Geschlechtsorganen ein Mann einen deutlich höheren Schmerzensgeldbetrag zuerkannt bekommen hat als eine Frau,<sup>677</sup> während Beeinträchtigungen des Aussehens bei einer (jüngeren) Frau zu einem höheren Zuspruch führen.<sup>678</sup> Möglicherweise führt die Offenlegung dieses Umstands künftig zu dessen Korrektur.

**g) Vermögensverhältnisse.** Nach ganz überwiegender Ansicht<sup>679</sup> sollen die Vermögensverhältnisse des Verletzten keinen Einfluss auf die Höhe des Schmerzensgeldes haben. Würde man sie berücksichtigen, würde dies dazu führen, dass ein reicher Verletzter einen höheren Betrag benötigen würde als ein armer bzw. dass ein außerordentlich reicher Verletzter überhaupt keinen Anspruch hätte, weil auch ein noch so hoher Betrag ihm weder Ausgleich noch Genugtuung verschaffen kann.<sup>680</sup> Von den Vermögensverhältnissen zu unterscheiden ist hingegen, in welchen Lebensfeldern sich eine Verletzung in der immateriellen Sphäre auswirkt. Dieser Umstand ist durchaus zu berücksichtigen.<sup>681</sup>

**h) Aufenthaltsort des Verletzten – Einfluss unterschiedlicher Kaufkraftparitäten.** Von den Vermögensverhältnissen des Verletzten zu unterscheiden ist die unterschiedliche Kaufkraftparität der Gegend, in der er sich aufhält.<sup>682</sup> Das kann gegenüber dem durchschnittlichen deutschen Lebensstandard eine Abweichung nach unten oder oben nach sich ziehen.<sup>683</sup> Ein geringeres Schmerzensgeld wurde einem in Polen lebenden Verletzten zugebilligt,<sup>684</sup> während eine Anhebung des immateriellen Schadens nach § 338 Abs. 3 ZGB-DDR erfolgte, um den gestiegenen Lebenshaltungskosten nach dem Beitritt Rechnung zu tragen.<sup>685</sup>

672 In diesem Sinn bereits *Ch. Huber*, NZV 1998, 345 ff; ebenso *Jaeger*, VersR 2008, 416, der für eine Kontrollrechnung nach Monaten plädiert.

673 OLG Brandenburg SP 2007, 140: Verletzungsbedingt keine sexuellen Kontakte zum Ehemann.

674 OLG Brandenburg MDR 2010, 1324: Verlust eines Hodens bei einem 19-Jährigen; besonders bedeutsam wegen der vor ihm liegenden Lebens- und Familienplanung. Vgl. aber KG KGR 2004, 510: 22-jähriger, der beide Beine verloren hat; OLG Frankfurt/M. NZV 2011, 39: 32-jähriger EDV-Techniker; jeweils Einbußen auf all diesen Gebieten.

675 *Ch. Huber*, NZV 1998, 345, 350.

676 AA *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 31: Probleme bei der Anpassung können Schmerzdauer mehr als kompensieren.

677 *Luckey*, SVR 2014, 125, 127 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; ähnlich der Befund von *Born*, in: FS *Jaeger* (2014) 207, 225; OLG Naumburg NJW-RR 2015, 20: 25.000 EUR Schmerzensgeld bei Sexualfunktionsstörung wegen Verletzung des Penis unter Hinweis auf Fehlen von Gerichtsentscheidungen in den Schmerzensgeldtabellen.

678 *Born*, in: FS *Jaeger* (2014) 207, 218.

679 OLG Schleswig NJW-RR 1990, 470; *Palandt/Grüneberg*, § 253 Rn 16; *Wussow/Schmitt*, Kap. 54 Rn 24;

*Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 42; *MüKo/Oetker*, § 253 Rn 38; aA freilich *Ziegler/Ehl*, JR 2010, 1; *Rolle*, VRR 2010, 124; *Born*, in: FS *Jaeger* (2014) 207, 210.

680 *Jaeger*, VersR 2013, 134, 137; *dérs./Luckey*, Rn 1375.

681 *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 39.

682 Für eine solche Berücksichtigung unter Bezugnahme auf die Rechtslage in der Schweiz *Ch. Huber*, NZV 2006, 169 ff; möglicherweise berücksichtigt in OLG Koblenz OLG 2006, 530: Geringer Zuspruch bei einer Querschnittslähmung an einen Asylanten, womöglich weil nicht sicher ist, wie lange dieser sich in Deutschland aufhält. Skeptisch *Born*, in: FS *Jaeger* (2014) 207, 210.

683 *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 39; kritisch *Wussow/Schmitt*, Kap. 54 Rn 24.

684 OLG Köln zfs 1994, 47.

685 BGH NJW 1993, 2531; OLG Brandenburg VersR 1998, 593; vgl. auch OLG Frankfurt/M. OLG 1994, 29: Lebenshaltungskosten im Großraum Frankfurt/M.; LG München I NJW-RR 2001, 1246: Orientierung des Zuspruchs an den Kosten eines Einfamilienhauses in der Gegend.

Davon zu unterscheiden ist, dass amerikanische Staatsbürger die nach deutschem Recht zuerkannten Schmerzensgelder als völlig unzureichend empfinden.<sup>686</sup> Darauf kommt es aber nicht an. Wenn der Verletzte in Deutschland lebt,<sup>687</sup> ist er wegen seiner amerikanischen Staatsbürgerschaft nicht anders zu behandeln. Wenn in einer Entscheidung des KG<sup>688</sup> der Verletzte hingegen geltend macht, dass er nicht mehr Auto fahren könne, weshalb diese Beeinträchtigung in einem US-amerikanischen Flächenstaat sich stärker auswirke als in Deutschland, weil es dort praktisch keinen öffentlichen Nahverkehr gebe, so wäre dieser Umstand mE sehr wohl beachtlich gewesen. Allerdings wäre der Verletzte gut beraten gewesen, für dieses Defizit die Kosten einer konkreten Abhilfe im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse, etwa der Inanspruchnahme einer Taxe, in Rechnung zu stellen.

- 92 **i) Zustand im Zeitpunkt der Verletzung – besondere Schadensanfälligkeit.** Der Schädiger muss den Geschädigten so nehmen, wie er ist. Litt der Geschädigte unter Vorschäden, war er aber beschwerdefrei und das schädigende Ereignis der sprichwörtliche Tropfen, der das Fass zum Überlaufen brachte, dann ist der Schädiger in vollem Umfang einstandspflichtig.<sup>689</sup> Denn er kann eben nicht verlangen, so behandelt zu werden, als habe er eine gesunde Person verletzt.<sup>690</sup> Umgekehrt soll auch nur der durch das schädigende Ereignis verursachte Schaden ersetzt werden. Wenn der Vorschaden unabhängig vom schädigenden Ereignis zu bestimmten Beschwerden geführt hätte, ist für diese nach den Regeln der überholenden Kausalität der dafür beweisbelastete Schädiger<sup>691</sup> einstandspflichtig, so dass der Vorschaden bei der Bemessung des Schmerzensgeldes mindernd zu berücksichtigen ist.<sup>692</sup> Ersatz gebührt nur für die Schäden, die bis zu dem Zeitpunkt zu erdulden sind; zu dem sie auch ohne das Schädigerverhalten eingetreten wären.<sup>693</sup> Allerdings trifft den Verletzten eine sekundäre Darlegungslast, welche Vorschäden er hat, sowie die Beweislast, dass die Vorschädigung vor dem schädigenden Ereignis symptomlos war und das schädigende Ereignis kausal für die Aktivierung war.<sup>694</sup>
- 99 **j) Auswirkungen für die Lebensgestaltung des jeweils Verletzten.** Die Verletzung hat unterschiedliche Auswirkungen für den jeweils Verletzten, je nach dem, in welcher Lebensstufe er sich befindet und wie er sein Leben gestaltet.
- 100 **aa) Berufstätigkeit.** Die materiellen Einbußen wegen Behinderungen in der Berufsausübung werden im Rahmen des Erwerbsschadens gem. § 842 abgegolten. Soweit der Verletzte seinen Beruf nicht bloß als Mittel zum Zweck, nämlich dem des Geldverdienens, empfunden, sondern er darin auch Entfaltung und Selbstverwirklichung gefunden hat, was über die soziale Anerkennung<sup>695</sup> hinausgehen kann, führt die Einschränkung der Berufsausübung auch zu einer immateriellen Einbuße, die im Rahmen des Schmerzensgeldes anspruchserhöhend zu berücksichtigen ist. Das betrifft die Fälle, in denen eine Erkrankung während einer Prüfungsphase passiert<sup>696</sup> oder der künftig angestrebte Traumberuf nicht ausgeübt werden kann,<sup>697</sup> aber auch solche, in denen der bis dahin ausgeübte Beruf aufgegeben werden muss.<sup>698</sup> Auch der Abbruch bzw. Wechsel einer Schule oder eines Studiums als berufsvorbereitende Maßnahme fällt in diese Kategorie.<sup>699</sup> Mitunter schlägt sich das in einem Gefühl der Nutzlosigkeit nieder, insbesondere wenn der (die) Verletzte noch jung ist.<sup>700</sup> Je schwerer die Verletzung bzw. je spezifischer die verletzungsbedingte Behinderung aus-

686 KG VersR 2002, 1567; OLG Koblenz NJW-RR 2002, 1030.

687 So im Sachverhalt OLG Koblenz NJW-RR 2002, 1030.

688 VersR 2002, 1567.

689 OLG Hamm SP 2000, 377; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 770.

690 BGHZ 123, 341 = NJW 1996, 2426; Jaeger/Luckey, Rn 597.

691 Diese Beweislastverteilung wird nicht immer beachtet; mitunter erfolgen unzutreffenderweise Anleihen im Sozial- oder Privatversicherungsrecht; Nachweise bei *Vrzal*, VersR 2015, 284; 288 f.; das Schmerzensgeld wegen eines Vorschadens pauschal kürzend OLG Celle BeckRS 2011, 03335.

692 BGH NJW 1997, 455; OLG Köln NJW-RR 2002, 1182; OLG Hamm NZV 1998, 413; Bamberg/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 36; MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 39.

693 Sehr vage *Wenker*, NZV 2014, 241, 242: Es kann im Einzelfall geboten sein, das zu berücksichtigen.

694 OLG Köln NJW-Spezial 2013, 617.

695 Für die Berücksichtigung dieser Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 34.

696 *Luckey*, in: FS Eggert (2008) S. 181, 191: Verletzung einer Studentin während der Examensarbeit.

697 OLG Köln VersR 1992, 714; Hubschrauberpilot; LG Amberg NJW-RR 1986, 1357; Journalistin; *Küppersbusch/Höher*, Rn 277; Geigel/*Pardey*, Kap. 7 Rn 37. Zur erhöhten Darlegungslast, wenn dieser noch nicht spezifiziert war, OLG Brandenburg VRR 2007, 345 (*Luckey*).

698 OLG München OLGR Süd 47/2010, Anm. 6: Übergabe des Hofes an den Sohn durch 49-Jährigen, eigener Verdienst nur noch durch Zeitungsaustragen; OLG Naumburg SVR 2004, 315 (*Luckey*): erheblicher Einschnitt in die berufliche Planung des 33-jährigen Verletzten; OLG Frankfurt/M. VersR 1987, 1140: Koch wegen Entfalls des Geschmackssinns; OLG München VersR 1985, 868: Kosmetikerin wegen entstellender Narben.

699 MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 41.

700 LG Berlin VersR 2002, 1029; LG Amberg NJW-RR 1986, 1357.

geprägt ist, umso geringer ist die Befürchtung, dass es sich um bloße Behauptungen handelt, um das Schmerzensgeld aufzufütten.<sup>701</sup>

**bb) Persönliche Beziehungen.** Eine Verletzung kann sich nachhaltig auf die persönlichen Beziehungen des Verletzten zu seinen näheren oder weiteren Bezugspersonen<sup>702</sup> auswirken. Mitunter kommt es zum Zerbrechen einer Ehe<sup>703</sup> oder einer Lebensgemeinschaft.<sup>704</sup> Allerdings ist darauf zu achten, dass dies in der Tat auf die Verletzung zurückzuführen ist.<sup>705</sup> Je gravierender die Verletzung ist und je länger sie andauert, umso eher ist dies anzunehmen.<sup>706</sup> ME ist auch eine Belastung der Beziehung,<sup>707</sup> nicht bloß deren Zerbrechen schmerzensgelderhöhend zu berücksichtigen.<sup>708</sup> Darüber hinaus sind Störungen des Familienlebens in Anschlag zu bringen, wenn etwa ein älterer Mensch seinen Lebensmittelpunkt durch die vom Schädiger zu verantwortende Krankheit nicht mehr zu seinem Kind verlagern kann, weil ihm deshalb kein Einreisevisum in das betreffende Land ausgestellt wird.<sup>709</sup> Die bloße Trennung der Familie<sup>710</sup> ist demgegenüber durch den Umstand eines Krankenhausaufenthalts bereits abgegolten und darf nicht doppelt in Ansatz gebracht werden. Auch können die sexuellen Aktivitäten beeinträchtigt sein. *Jaeger/Luckey*<sup>711</sup> verweisen darauf, dass bei solchen Störungen das Schmerzensgeld kaum niedrig ausfällt, bei Frauen indes deutlich geringer als bei Männern.<sup>712</sup>

**cc) Freizeitverhalten.** Im Rahmen des Freizeitverhaltens geht es häufig darum, dass vor allem bei jüngeren Menschen die sportlichen Betätigungsmöglichkeiten<sup>713</sup> verletzungsbedingt eingeschränkt sind.<sup>714</sup> Eine Erhöhung des Schmerzensgeldes kommt selbstverständlich dann in Betracht, wenn es sich um einen Hochleistungssportler handelt, für den die Sportausübung – jedenfalls in diesem Lebensabschnitt – zum Lebensinhalt geworden ist;<sup>715</sup> eine Berücksichtigung wurde aber selbst dann bejaht, wenn die betreffende Person bisher noch gar keinen (Lauf-)Sport betrieben hat.<sup>716</sup> Hingewiesen wurde darauf, dass damit auch eine künftige Ausübung vereitelt worden sei.<sup>717</sup> ME sollten sich derartige Erhöhungsansätze möglichst konkret an der jeweiligen Lebensgestaltung orientieren,<sup>718</sup> was nichts mit einer Hoch- oder Geringschätzung des Verletzten zu tun hat.<sup>719</sup> Wie beim Vermögensschaden erfordert das Postulat der konkreten Schadensberechnung, darauf zu achten, bei welchen Betätigungen Beeinträchtigungen eintreten;<sup>720</sup> nur diese sind schmerzensgelderhöhend in Anschlag zu bringen, nicht aber bloß vorstellbare Beeinträchtigungen, wobei bezüglich der künftigen Entwicklung – wie beim Vermögensschaden – zugunsten des (namentlich jungen) Verletzten ein herabgesetztes Beweismaß zugrunde zu legen ist. Neben sportlichen Aktivitäten kommen auch weitere ideelle Nachteile in Betracht, zum Beispiel Kfz- und Haushaltsreparaturen nicht mehr durchführen zu können<sup>721</sup> oder Hobbies wie Tauchen und Motorradfahren nicht mehr nachgehen zu können.<sup>722</sup> Ist eine Person noch sehr jung, hat sie meist noch kein „strukturiertes Freizeitverhalten“; deshalb hat die Vereitelung von Aktivitäten auf diesem Gebiet durch einen Pauschalbetrag zu erfolgen.

701 Zur Gefahr von Manipulationsmöglichkeiten Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 34.

702 LG Amberg NJW-RR 1986, 1357: Freundeskreis des Studiums hat sich verflüchtigt, neuer ist schwer zu finden.

703 OLG Köln NJW-RR 1996, 986; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 37.

704 LG Arnsberg NJW-RR 1986, 1357; MütKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 42.

705 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 38.

706 Zu Recht abgelehnt von OLG Köln NJW-RR 1996, 986: Fünfwochige Krankenhausbehandlung.

707 OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 1468: Zuspruch von 45.000 EUR für eine ohne Einwilligung vorgenommene Sterilisation einer Frau jesidischen Glaubens, die noch keinen Sohn zur Welt gebracht hat, was für diese besonders belastend war, obwohl der Ersatzpflichtige die Kosten einer – vergeblichen – künstlichen Befruchtung übernommen hatte.

708 AA MütKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 42.

709 OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2001, 90: Versagung eines Visums für die Einreise in die USA wegen einer Hepatitis C-Erkrankung infolge eines groben ärztlichen Kunstfehlers; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 39.

710 Für eine gesonderte Berücksichtigung Palandt/Grüneberg, § 253 Rn 16.

711 *Jaeger/Luckey*, Rn 1148.

712 *Jaeger/Luckey*, Rn 1154.

713 OLG Düsseldorf NJOZ 2014, 645: 24-jähriger; OLG Saarbrücken SVR 2006, 179 (*Luckey*): Tragen eines Korsetts und Benutzen von Gehhilfen während des Krankenhausaufenthalts; OLG Hamm VersR 1996, 243: Verzicht auf jegliche sportliche Betätigungsmöglichkeit bei einer 22-jährigen Frau; ebenso LG Arnsberg NJW-RR 1986, 1357: Publizistik-Studentin mit umfangreichen sportlichen Aktivitäten bis dahin.

714 *Born*, in: FS Jaeger (2014) 207, 216.

715 OLG Jena NJW-RR 2000, 103: Langstreckengeher, der realistische Chancen hatte, sich für die Olympischen Spiele zu qualifizieren.

716 Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 37; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 39.

717 OLG Hamm NJW-RR 1998, 1179; NJWE-VHR 1996, 61; OLG Köln VersR 1992, 975.

718 Sehr vage *Wenker*, NZV 2014, 241, 242: „Kann zu berücksichtigen sein.“

719 So aber tendenziell Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 27.

720 Zum Erfordernis der Darlegung der jeweiligen Beeinträchtigungen KG NZV 2007, 308.

721 OLG München VersR 2005, 657: Maschinenbauingenieur als Freizeitbastler.

722 OLG Naumburg SVR 2004, 315 (*Luckey*).

- 103 Zu beachten ist, dass sich punktuelle Ereignisse auch nur marginal auswirken können. Bei Vereitelung eines runden Geburtstages<sup>723</sup> mag das noch ins Gewicht fallen; aber kaum bei einer einmaligen Absage oder Verschiebung einer Urlaubsreise. In der Entscheidung BGHZ 86, 212<sup>724</sup> ging es dem BGH primär darum, bei Nichtantritt des Urlaubs die Judikatur zur nutzlos aufgewendeten Freizeit nicht auf das Deliktsrecht zu übertragen und einen Vermögensschaden abzuwehren. Bloß als Ausflucht hat er darauf hingewiesen, dass sich eine Berücksichtigung beim Schmerzensgeld niederschlagen könne, ohne dass er zum Einfluss dieses Umstands in der konkreten Entscheidung Stellung genommen hat.
- 104 **dd) Unannehmlichkeiten des Krankenhausaufenthalts.** Der stationäre Aufenthalt in einem Krankenhaus ist zumeist mit besonderen Unannehmlichkeiten verbunden. Die Kost ist häufig eintönig sowie mittelmäßig bis miserabel; das Verbringen in einem Raum mit einem oder mehreren weiteren Personen gebietet eine stärkere Rücksichtnahme als zu Hause. Ein entsprechend substanzierter Vortrag<sup>725</sup> kann zu einer Erhöhung des Schmerzensgeldes führen.<sup>726</sup> Empfohlen wird mitunter die Führung eines Schmerztagebuchs.<sup>727</sup> Was aber an Unannehmlichkeiten mit jedem Krankenhausaufenthalt verbunden ist, sollte nicht nochmals zusätzlich blumig dargelegt werden müssen. Freilich zeigt sich auch in diesem Zusammenhang, dass sich bei hochwertiger Restitution bei Unterbringung in einem Einzelzimmer der gehobenen Gebührenklasse eines (Luxus-)Sanatoriums mit Gourmetverpflegung die Molestes verringern, was bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen ist, hat der Ersatzpflichtige doch auch für die höheren Kosten des Krankenhauses im Rahmen der Heilungskosten aufzukommen.
- 105 **k) Kein Einfluss des Bezugs einer Verletztenrente gem. §§ 56 ff SGB VII bzw von Unfallausgleich gem. § 35 BeamtVG.** Der Umstand, dass der Verletzte eine Verletztenrente gem. §§ 56 ff SGB VII oder einen Unfallausgleich nach § 35 BeamtVG erhält, wirkt sich auf die Schmerzensgeldbemessung selbst dann nicht aus, wenn ein konkreter Erwerbsschaden nicht eingetreten ist. Das ist der Fall, wenn zwar eine abstrakte Erwerbsminderung, aber keine konkrete Erwerbseinbuße gegeben ist. Zwar wurde der Ausschluss eines Schmerzensgeldanspruchs durch die §§ 104 ff SGB VII unter anderem damit begründet, dass bei leichten und geringen Verletzungen eine solche Konstellation häufig gegeben sei, so dass die Verletztenrente dazu führe, dass implizit auch der ideelle Schaden abgegolten sei; das ändere aber nichts daran, dass die Verletztenrente nur zum Erwerbsschaden sachlich kongruent sei.<sup>728</sup>
- 106 **l) Schmerzempfindung. aa) Psychische Belastungen.** Während körperliche Schmerzen häufig durch ärztliche Gutachten dokumentiert sind, setzen psychische Beeinträchtigungen einen entsprechend substanziierten Parteivortrag voraus,<sup>729</sup> an dem es häufig fehlt. Der klägerische Anwalt darf sich nicht auf die Informationen verlassen, sondern muss sich um zusätzliche Aufklärung bemühen, wenn die Bedeutung von Umständen für den Verletzten nicht ohne Weiteres erkennbar ist.<sup>730</sup>

Alle negativen Einflüsse auf die Psyche des Patienten führen tendenziell zu einer Schmerzensgelderhöhung, sei dies nun die Sorge wegen der Unübersehbarkeit des Heilungsverlaufs oder der endgültigen Heilung.<sup>731</sup> Die Verkürzung der Lebenserwartung, sei sie auch durch das vom Schädiger zu verantwortende Verhalten verursacht, führt nach der hier vertretenen Ansicht zu einer Verminderung des Umfangs des Schmerzensgeldes.<sup>732</sup> Freilich sind diesbezügliche Ängste mit einem Zuschlag zu berücksichtigen,<sup>733</sup> wobei diese qualitative Dimension sich nicht so stark auswirken wird wie die quantitative der Dauer der Schmerzerdungung.

723 LG Itzehoe zfs 1983, 261: Ausfall der Feier zum 80. Geburtstag.

724 BGH NJW 1983, 1107; dazu MüKo/Oetker, § 253 Rn 44; Bamberger/Röth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 39; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 37; Palandt/Grüneberg, § 253 Rn 16.

725 OLG Naumburg NJW-RR 2008, 407 = VersR 2008, 415 (kritisch Jaeger): Keine Berücksichtigung infolge eines Vorbringens ohne Substanz: „Einbußen im privaten, intimen und sozialen Bereich“; anders OLG Hamm BeckRS 2014, 00223: Berücksichtigung der Erforderlichkeit mehrerer Krankenhausaufenthalte.

726 OLG Saarbrücken SVR 2006, 179 (Luckey).

727 Höke, NZV 2014, 1, 3.

728 BGHZ 153, 13 = NJW 2003, 1871 zu §§ 56 ff SGB VII; OLG Hamm VersR 1994, 1356 zu § 35 BeamtVG; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 41; van Büren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 767.

729 Vrzal, VersR 2015, 284, 288; OLG Brandenburg DAR 2008, 520 = jurisPR-VerKR 4/2008 Anm. 2

(Jahnke); OLG Saarbrücken NJW-Spezial 2009, 761: Nachweis subjektiv empfundener Beschwerden durch ein Sachverständigengutachten; OLG Koblenz NJW-RR 2005, 677; Vortrag von Richtsymptomen für psychische Erkrankung. Vgl aber OLG Köln VersR 2006, 416: Unruhezustand eines 3-Jährigen so auf der Hand liegend, dass kein weiterer Beweis erforderlich ist.

730 BGH NJW 2013, 2965.

731 OLG München VersR 1995, 1499: Gesteigerte Angst vor Metastasen infolge schuldhaft verspäteter Krebserkennung; Palandt/Grüneberg, § 253 Rn 16; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 37.

732 So auch BGHZ 138, 388 = NJW 1998, 2741 = LM BGB § 847 Nr. 102 (Schiemann) = VersR 1998, 1034 = NZV 1998, 370 = MDR 1998, 1029 (Jaeger); dazu Ch. Huber, NZV 1998, 345 ff; OLG Bremen OLGR 2002, 231.

733 OLG Düsseldorf VersR 1995, 1449.

**bb) Empfindungsunfähigkeit, Zerstörung der Persönlichkeit – eine eigene Fallgruppe.** Es gibt Fälle, in denen eine Person so schwer verletzt wird, dass sie lediglich noch eine menschliche Hülle ist.<sup>734</sup> Sie ist kaum noch zu Wahrnehmungen in der Lage. Keinesfalls vermag sie einen Zusammenhang herzustellen zwischen dem, was ihr der Schädiger angetan hat, und der Höhe des geleisteten Schmerzensgeldes. Eine Genugtuungsfunktion scheidet in solchen Konstellationen aus. Aber auch das Ausgleichsprinzip im herkömmlichen Sinn ist nicht verwirklicht, setzt dieses doch voraus, dass das Schmerzensgeld dazu dienen soll, dass der Verletzte sich damit Annehmlichkeiten verschaffen können soll. Dabei handelt es sich allerdings um zwei unterschiedliche Aspekte.

107

Bei solchen Konstellationen ist der BGH in der Leitentscheidung BGHZ 120, 1<sup>735</sup> von seiner bisherigen Rechtsprechung<sup>736</sup> abgerückt, wonach in solchen Fällen bloß ein symbolisches Schmerzensgeld zuerkannt werden soll.<sup>737</sup> Vielmehr hat er unter Berufung auf die Art. 1 und 2 GG ausgesprochen, dass es sich bei Zerstörung der Persönlichkeit um eine eigenständige Fallgruppe handle, weil weder nach dem Ausgleichs- noch nach dem Genugtuungsprinzip ein Zuspruch von Schmerzensgeld begründet werden könne.<sup>738</sup> Er hat auch in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass die Festsetzung der Höhe Sache des Tatrichters sei. Freilich hat er immerhin eine Leitlinie für die Bemessung gegeben, indem er ausgesprochen hat, dass jedenfalls wesentlich mehr als ein symbolisches Schmerzensgeld zuzusprechen sei. Gleichzeitig hat er eingeräumt, dass die fehlende Wahrnehmungsfähigkeit im Rahmen der Bemessung in der Weise zu berücksichtigen sei, dass insoweit ein – geringfügiger – Abschlag vorgenommen werden dürfe. Begründet wurde das Ergebnis in der Entscheidung BGHZ 120, 1 mit einem objektiv verstandenen Ausgleichsprinzip.<sup>739</sup> Die Rechtsgutsverletzung als solche stellt dabei schon einen auszugleichenden immateriellen Schaden dar.<sup>740</sup> Bei schwer(st) hirngeschädigten Kleinkindern, namentlich nach medizinischen Kunstfehlern, häufig bei der Geburt, hat sich eine Größenordnung von 500.000 EUR herausgebildet.<sup>741</sup>

108

In der Folgeentscheidung NJW 1993, 1531 bekräftigte der BGH diese eingeschlagene Linie, präziserte sie aber in der Weise, dass weiterhin die Leistungsfähigkeit des Schädigers bzw. das Bestehen einer Haftpflichtversicherung sowie das Ausmaß des Verschuldens bei der Höhe des Schmerzensgeldes berücksichtigungsfähig sind. Diese Elemente waren bisher Bestandteil der Genugtuungsfunktion, setzten also voraus, dass der Verletzte einen Zusammenhang zwischen der eingetretenen Verletzung und der Höhe des Schmerzensgeldes geistig herstellen konnte. Der BGH hat die Eigenständigkeit der Fallgruppe des Schmerzensgeldes bei Zerstörung der Persönlichkeit insoweit fortgebildet, als ungeachtet der Empfindungsunfähigkeit des Verletzten auch diese Elemente bei der Abstufung des Ersatzes zu berücksichtigen sind.<sup>742</sup> In der inzwischen reichhaltigen Judikatur der Tatgerichte<sup>743</sup> wurde zum Teil berücksichtigt, dass das Schmerzensgeld geringer auszufallen hat, wenn es an der Empfindungsfähigkeit des Verletzten fehlt<sup>744</sup> bzw. die Leidensdauer zeitlich begrenzt ist,<sup>745</sup> zum Teil wurde unter Hinweis auf die Schwere der Verletzung ein gegenüber den Fällen schwerer Querschnittslähmung ungekürztes Schmerzensgeld zugebilligt.<sup>746</sup> ME ist ein Abschlag gerechtfertigt. Die Zerstörung der Persönlichkeit ist fürchterlich; noch viel beklemmender ist es freilich, wenn ein Mensch mitten aus einem erfüllten Leben gerissen wird und ihm bewusst ist, was er entbehren muss und ihm unwiederbringlich verloren gegangen ist.<sup>747</sup>

109

734 BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*) = LM BGB § 847 Nr. 89 (*Schmidt-Salzer*) = VersR 1993, 893 (*Geisbauer*) = JZ 1993, 516 (*Gliesen*); *Küppersbusch/Höher*, Rn 286.

735 = NJW 1993, 781; dazu auch *A. Diederichsen*, *Homburger Tage* 2004, S. 7, 10; Entschädigung für persönlichkeitszerstörende Schwerstschäden.

736 BGH NJW 1976, 1147; NJW 1982, 2123.

737 Zustimmung Palandt/*Grüneberg*, § 253 Rn 19; Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn 18; *Schmidt-Salzer*, Anm. zu BGH LM § 847 Nr. 89; *Gliesen*, JZ 1993, 519 ff; *Teichmann*, Anm. zu BGH LM § 847 Nr. 90; *Jaeger*, VersR 1996, 1177 ff; kritisch *Kern*, in: FS Gitter (1995) S. 454 ff; *Ch. Huber*, NZV 1998, 345, 348 ff.

738 *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 43.

739 *Steffen*, DAR 2003, 201, 203; *Jaeger/Luckey*, Rn 999.

740 *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 122.

741 *Jaeger*, VersR 2013, 134, 135.

742 *Jaeger*, VersR 1996, 1177.

743 OLG Naumburg VersR 2011, 1273; 400.000 EUR; OLG Düsseldorf VersR 2008, 534; 300.000 EUR

sowie Rente von 300 EUR pro Monat; OLG Braunschweig VersR 2004, 924; 350.000 EUR.

744 OLG Braunschweig VersR 2004, 924; 350.000 EUR an ein empfindungsunfähiges Kind; OLG Düsseldorf VersR 2001, 1384; OLG Nürnberg VersR 1994, 735; *Küppersbusch/Höher*, Rn 287; *Jaeger*, VersR 2009, 159, 164.

745 OLG Düsseldorf SP 2009, 396; 60.000 EUR bei bewusstem Schmerzerleben im Ausmaß von 2 Monaten und einem – physischen – Überleben um 2 Jahre.

746 OLG Stuttgart NJW-RR 2009, 3986; 500.000 EUR unter Hinweis auf die grob fehlerhafte Behandlung; OLG Hamm NJW-RR 2002, 1604; 500.000 EUR; OLG Naumburg NJW-RR 2002, 672; mehr als 320.000 EUR; *Teichmann*, Anm. zu BGH LM § 847 Nr. 90; eine Tendenz zunehmend höherer Schmerzensgeldbeträge konstatierend *A. Diederichsen*, *Homburger Tage* 2004, S. 7, 23.

747 So auch *Jaeger*, VersR 2013, 134, 137 unter Hinweis auf den Sachverhalt von LG Bochum NJW-Spezial 2012, 11; Junge begüterte Frau wird mitten aus dem Leben gerissen.

- 110 Die Rechtsprechung stellt eine grundsätzliche Kehrtwendung dar und ist als Dictum hinzunehmen. Freilich ist zu bedenken, dass der Verletzte nicht nur keine Wahrnehmung in Bezug auf den empfangenen Betrag hat, sondern derart hohe Schmerzensgeldsummen auch nicht annähernd widmungsgemäß zugunsten des Verletzten verwendet werden können. Im wirtschaftlichen Ergebnis fließen sie den Erben zu, solchen, die sich um den Verletzten gekümmert haben<sup>748</sup> und von seinem Schicksal tief betroffen sind, aber auch jenen, denen der Verletzte gleichgültig ist und die lediglich hab- und raffgierig seinen Tod herbeisehnen, um an die nicht unbeträchtliche Schmerzensgeldsumme zu kommen.<sup>749</sup> Wollte man mit der Zuerkennung von Schmerzensgeld das Leid der Angehörigen abgelten,<sup>750</sup> so wäre die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes, das sich am Leid und der Trauer der Angehörigen orientiert, gewiss vorzuziehen. Da die Richter des VI. BGH-Senats dem skeptisch bis ablehnend gegenüberstehen<sup>751</sup> und der Gesetzgeber den Mut zur Einführung bisher nicht aufgebracht hat, bleibt es – vorläufig – dabei, dass die Angehörigen je nach der Leidensdauer des Verletzten ein mehr oder weniger hohes finanzielles Trostpflaster auf transitorischem Weg erhalten. Ist der Nachlass überschuldet, gehen die Ansprüche der Gläubiger vor (Näheres dazu bereits in Rn 71 ff).
- 111 Eine gewisse Abmilderung der Überkompensation könnte über die Zuerkennung einer Rente anstelle eines Kapitalbetrags in solchen Fällen in Betracht kommen, die sich an der Zeitdauer des Leidens orientieren würde. Aber selbst diesbezüglich sind die Möglichkeiten begrenzt. Einerseits kann eine Rente nicht gegen den Willen des Betroffenen zugesprochen werden; andererseits hat der BGH<sup>752</sup> betont, dass bei der Bemessung zu berücksichtigen sei, dass die Lebenserwartung solcher Verletzter herabgesetzt sei, so dass die Rentenbeträge entsprechend höher auszufallen haben.<sup>753</sup> Rational wäre mE gerade die umgekehrte Vorgangsweise, dass das Schmerzensgeld generell nach der zeitlichen Dauer der Leiden bemessen wird mit der Folge, dass bei der Rente eine Unwägbarkeit der Prognose wegfällt, während bei der Kapitalabfindung eine solche vorgenommen werden muss.<sup>754</sup> In der Praxis dürfte grundsätzlich die gegenteilige Vorgehensweise gebräuchlich sein, dass die Schwere der Verletzung als solche das prägende Element ist und die restliche Leidensdauer demgegenüber eine untergeordnete Bedeutung spielt.<sup>755</sup>
- 112 **cc) Alsbaldiger Tod – Verletzung keine abgrenzbare Beeinträchtigung.** Mitunter liegt zwischen der Zufügung der Verletzung und dem Tod lediglich ein kurzer Zeitraum, in dem der Verletzte entweder gar keine Schmerzen verspürt oder nach einem ersten Schockerlebnis ins Koma fällt oder in ein solches versetzt wird. Es stellt sich dabei die Frage, ob die Rechtsprechung zur Zerstörung der Persönlichkeit auch für solche Konstellationen anzuwenden ist und in welcher Größenordnung ein Schmerzensgeld gebührt. Ältere Judikatur dazu gibt es nur vereinzelt, weil dieses Problem vor Streichung des § 847 Abs. 1 S. 2 selten akut wurde, war doch der Schmerzensgeldanspruch von der Willensbetätigung des Verletzten bzw der Rechtsfähigkeit abhängig.<sup>756</sup> Zu Ersterem war der Verletzte häufig nicht mehr in der Lage, an Letzteres haben mitfühlende Angehörige nicht sogleich gedacht; und ehe solche Gedanken aufkamen, war der Verletzte meist schon verstorben. Seit der uneingeschränkten Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs ist die Geltendmachung durch die Erben nicht mehr an solche Einschränkungen gebunden. Die Rechtsprechung, dass auch ein Empfindungsunfähiger Schmerzensgeld verlangen kann, hat einen weiteren Schub an Klagen der Erben ausgelöst. Auch wenn Details nach wie vor umstritten sind, hat sich folgende Hauptströmung herausgebildet:
- 113 Wenn zwischen der Verletzung und dem Tod ein ganz kurzer Zeitraum liegt, wenige Sekunden oder auch einige Minuten, in denen der Verletzte keine bewusste Wahrnehmung hat, dann hat die Verletzung gegenüber der Tötung keinen eigenen Unrechtsgehalt mit der Folge, dass kein Schmerzensgeld gebührt.<sup>757</sup> Anders ist zu verfahren, wenn der Zeitraum länger ist, einige Tage, Wochen oder Monate. Selbst wenn der Tod Folge des schädigenden Ereignisses ist, kommt der Zeitdauer des Überlebens bei der Bemessung maßgebliche Bedeutung zu. Es hat – jedenfalls in diesen Fällen – eine Abstufung nach der Dauer des Leidens

748 Zutreffend *Przal*, VersR 2015, 284, 291: Angehörigenschmerzensgeld „durch die Hintertür“.

749 Zur grundsätzlichen Belanglosigkeit des Umstands, dass das Schmerzensgeld den Erben zugutekommt, OLG Köln VersR 1992, 197; Geigel/*Pardey*, Kap. 7 Rn 38.

750 Zum Zusammenhang mit dem Angehörigenschmerzensgeld *Lemcke*, r+s 1996, 230; *Kern*, in: FS Gitter (1995), S. 447, 454 ff; *Ch. Huber*, NZV 1998, 345, 351.

751 *G. Müller*, VersR 1995, 493; *Dressler*, DAR 1996, 81; *Steffen*, in: FS Odersky (1996) S. 723, 731; *A. Diederichsen*, DAR 2011, 122 ff.

752 BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*) = LM BGB § 847 Nr. 89 (*Schmidt-Salzer*) = VersR 1993, 893 (*Geisbauer*) = JZ 1993, 516 (*Giesen*).

753 So auch Geigel/*Pardey*, Kap. 7 Rn 43.

754 So zu Recht OLG Köln OLGR 2003, 25.

755 *Jaeger*, VersR 1996, 1177.

756 *Jaeger/Luckey*, Rn 862.

757 OLG Karlsruhe VersR 2001, 1123; *Lemcke* r+s 1996, 228, 230; *Heß/Burmänn*, NJW-Spezial 2005, 207; *Jaeger/Luckey*, Rn 766; Geigel/*Pardéy*, Kap. 7 Rn 64.

sowie der Qualität des Schmerzerlebens zu erfolgen.<sup>758</sup> Das OLG Saarbrücken<sup>759</sup> hat bei einem Autounfall, bei dem der Verletzte in einem brennenden Auto eingeklemmt war, aus dem er sich nicht befreien konnte und bis zum Tod bei vollem Bewusstsein war, für einen Zeitraum von neun Minuten 7.500 EUR zuerkannt. Dem Umstand, dass der Verletzte Todesangst verspürt hat, kam dabei zentrale Bedeutung zu.<sup>760</sup> Das OLG Frankfurt/M.<sup>761</sup> hat bei einem Überlebenden, bei dem der Verletzte nicht gleich bewusstlos war, für zwei Stunden 6.000 EUR zuerkannt. Bei fehlendem Bewusstsein ist hingegen selbst bei mehreren Stunden jeglicher Ersatz zu versagen.<sup>762</sup> Der BGH hat in einer grundlegenden Entscheidung<sup>763</sup> ausgesprochen, dass die zuerkannten 1.500 EUR für einen Zeitraum von einer Stunde sowie von 14.000 EUR für einen Zeitraum von zehn Tagen nicht zu gering seien.<sup>764</sup> Zu betonen ist, dass lediglich der Kläger Revision eingelegt hatte. Die zuerkannten Beträge sind mE zu hoch.<sup>765</sup> Ob der Umstand, dass der Verletzte ins künstliche Koma versetzt wird, bei der Bemessung des Schmerzensgeldes anspruchsmindernd zu berücksichtigen ist, ist umstritten. ME ist das zu bejahen, weil es ansonsten um die Abgeltung fiktiver Schmerzen ginge.<sup>766</sup>

Ein instruktiver Judikaturüberblick findet sich bei *Jaeger*<sup>767</sup> bzw. *Jaeger/Luckey*.<sup>768</sup> Die Spannbreite lässt sich exemplarisch wie folgt umschreiben: Bei fünf bis acht Tagen wurden 5.000 EUR zuerkannt,<sup>769</sup> bei 32 Tagen 15.000 EUR.<sup>770</sup> Es fällt dabei auf, dass jedenfalls in diesem Zusammenhang anerkannt wird, dass neben der Schwere der Verletzung und der Wahrnehmungs- oder Empfindungslosigkeit die Zeitdauer eine ganz maßgebliche Determinante für die Höhe des Schmerzensgeldes darstellt.<sup>771</sup> Durch die Bank wird das Schmerzensgeld geringer bemessen als bei Zerstörung der Persönlichkeit des Verletzten, womit der Geschädigte längere Zeit leben muss.

Daraus, dass der BGH in der Leitentscheidung BGHZ 138, 388 zwischen den einzelnen Phasen nicht ausdrücklich differenziert, ist kein gegenteiliger Schluss zu ziehen, weil das Schmerzensgeld stets als einheitliche Größe im Rahmen der Globalbemessung ausgeworfen wird, ohne dass nachvollziehbar wäre, für welchen Zeitraum welcher Betrag gebühren würde. Setzt man freilich die zuerkannten Beträge bei kurzfristigem Überleben zu denen in Relation, die bei längerem Überleben gewährt werden, sind die bei kurzfristigem Überleben überproportional hoch.<sup>772</sup> Bei solchen Verletzten findet keine Eingewöhnung in eine neue Lebensphase statt, was der Grund ist, dass bei sonstigen Verletzungen für diese Phase ein höherer Betrag zu veranschlagen ist.<sup>773</sup> Die Rechtsprechung zur Zerstörung der Persönlichkeit hat sich bei bloß kurzfristigem Überleben zwar auch im Sinn einer signifikanten Anhebung der Schmerzensgelder ausgewirkt, freilich gebremst durch den Zeitfaktor des Überlebens. Würde man Schmerzensgeld allerdings proportional zur Dauer des Leidens zuerkennen, würde die Abgrenzungsfrage zwischen dem Tod und einer davon abgrenzbaren Verletzung deutlich entschärft. Noch immer wäre freilich zu beachten, dass die potenziellen Erben den Schmerzensgeldanspruch nicht dadurch vergrößern können sollen, dass sie lebensverlängernde Maßnahmen nicht um des Verletzten willen veranlassen, sondern zur Maximierung des im Erbweg ihnen zufallenden Schmerzensgeldanspruchs.<sup>774</sup> Völlig andere Maßstäbe werden angelegt bei vorsätzlichen Straftaten, wobei auch hier eine Rolle spielen dürfte, dass es sich um ein verkapptes Angehörigenschmerzensgeld handelt.<sup>775</sup> Für einen Verletzten, der rund 5 Monate mit dem Tod ringt, während er ohne ärztlichen Kunstfehler gesundet wäre und ein im Wesentlichen beschwerdefreies Leben hätte führen können, wurde ein Schmerzensgeld von 40.000 EUR für angemessen angesehen.<sup>776</sup>

758 OLG München VersR 1998, 645; OLG Schleswig NJW-RR 1998, 1404; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 33.

759 OLG Saarbrücken zitiert bei *Hacks/Wellner/Häcker*, lfd. Nr. 2417.

760 Zur Erhöhung des Schmerzensgeldes wegen Todesangst OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1402; OLG Koblenz OLGR 2008, 225; OLG Düsseldorf SP 2009, 396; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 37; *Ch. Huber*, NZV 1998, 345, 353; *Wussow/Schmitt*, Kap. 54 Rn 19 sowie *Jaeger*, VersR 2015, 1345 ff.

761 OLG Frankfurt/M. NJOZ 2009, 4715.

762 OLG Naumburg VersR 2014, 591: Rechtswidrige Unterlassung lebensverlängernder Maßnahmen bei einem Komapatienten, keine Abgrenzbarkeit von Leiden gegenüber der Grunderkrankung. Offenbar ging es „nur“ um die unterlassene Verlängerung des Lebens bzw Leidens.

763 BGHZ 138, 388 = NJW 1998, 2741.

764 OLG Koblenz NJW-RR 2005, 1111: 20.000 EUR für 10 Tage, wobei der Patient bei Bewusstsein war.

765 So auch *Jaeger*, VersR 2013, 134, 138.

766 AA *Jaeger/Luckey*, Rn 861, die die Gegenansicht als selbstverständlich ansehen.

767 *Jaeger*, VersR 2015, 1345 ff; *ders.*, MDR 1998, 450 ff; *ders.*, VersR 1996, 1177 ff.

768 *Jaeger/Luckey*, Rn 869.

769 OLG Schleswig NJW-RR 1998, 1404.

770 OLG Hamm OLGR 2000, 226.

771 OLG Naumburg BeckRS 2015, 10441: Herabsetzung des Schmerzensgeldes gegenüber dem Zuspruch des LG von 80.000 EUR auf 60.000 EUR.

772 *Ch. Huber*, NZV 1998, 345, 354, Fn 156.

773 *Ch. Huber*, Düsseldorfer Verkehrsrechts-Forum 2015.

774 *MüKo/Oetker*, § 253 Rn 31.

775 OLG Bremen NJW-RR 2012, 858: Zuspruch von 50.000 EUR.

776 OLG Köln VersR 2012, 1044 (*Jaeger*): Korrektur des Zuspruchs von 100.000 EUR durch das LG auf 40.000 EUR durch das OLG, was in der Anmerkung kritisiert wird.

- 116 **m) Vorteilsausgleichung.** Beim Schmerzensgeld findet eine Vorteilsausgleichung nur unter eingeschränkten Voraussetzungen statt.<sup>777</sup> Jedenfalls nicht zu berücksichtigen sind Vermögensvorteile<sup>778</sup> sowie der Umstand, dass der Geschädigte verletzungsbedingt über mehr Freizeit verfügt.<sup>779</sup> Wenn auch keine rechnerische Saldierung,<sup>780</sup> so kommt immerhin eine Berücksichtigung in Betracht, wenn schadensunabhängige Leiden behoben oder gemildert worden sind oder durch ersparte Operationen auch Leiden nicht angefallen sind.<sup>781</sup>
- 117 **3. Person des Ersatzpflichtigen. a) Ausprägung des Genugtuungsprinzips.** Soweit die Höhe des Schmerzensgeldes von Umständen aus der Sphäre des Ersatzpflichtigen abhängig ist, handelt es sich im Regelfall um eine Ausprägung des Genugtuungsprinzips. Je nach dem, wie bedeutsam man dieses einschätzt, wirkt es sich stark, gering oder gar nicht auf die Höhe des Schmerzensgeldes aus.
- 118 **b) Differenzierung nach dem Ausmaß des Verschuldens.** Bei Straßenverkehrsunfällen und bei der Arzthaftung<sup>782</sup> wird der Genugtuungskomponente geringes Gewicht beigemessen. Gleichwohl findet sich in Entscheidungen vereinzelt der Hinweis, dass sich ein besonders schweres Verschulden,<sup>783</sup> insbesondere Alkoholisierung,<sup>784</sup> anspruchserhöhend auswirke.<sup>785</sup> Weitgehend Einigkeit besteht darüber, dass vorsätzliches Verhalten zu einem höheren Schmerzensgeld führen soll.<sup>786</sup> Wenn vertreten wird, dass bei der Vertragshaftung das Schmerzensgeld geringer auszufallen habe als bei deliktischer Haftung, ist dies für die Vertragshaftung schon im Ausgangspunkt unzutreffend, weil bei dieser typischerweise Verschulden gegeben ist.<sup>787</sup> Dass es gem. § 280 Abs. 1 S. 2 zu einer Beweislastumkehr kommt, ist keine Besonderheit, weisen doch auch zahlreiche Deliktstatbestände eine Beweislastumkehr in Bezug auf das Verschulden auf. Nur ganz ausnahmsweise kommt es bei Vertragsverletzungen zu einer verschuldensunabhängigen Einstandspflicht, so etwa bei der Haftung des Vermieters für Schäden infolge anfänglicher Mängel gem. § 536 a Abs. 1.
- 119 **c) Wirtschaftliche Verhältnisse bzw Tragung des Schadens durch eine Haftpflichtversicherung.** Umstritten ist, ob die Vermögensverhältnisse des Schädigers bzw das Bestehen einer Haftpflichtversicherung<sup>788</sup> Auswirkungen auf die Höhe des Schmerzensgeldes haben.<sup>789</sup> Bei einer Strafe ist die dem Täter auferlegte Buße in der Tat von dessen Leistungsfähigkeit abhängig; allein das Schmerzensgeld ist keine Privatstrafe, sondern eine Ausprägung des Schadensersatzes. Deshalb hat der Strafsenat des BGH<sup>790</sup> einen Vorlagebeschluss gefasst, ob ein Abgehen von der Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse, wie es durch die Entscheidung des Großen Senats<sup>791</sup> noch geboten war, nicht doch angemessen sei, was der Meinung des Strafsenats entspreche. Die wirtschaftlichen Verhältnisse sollten grundsätzlich ebenso wenig eine Rolle spielen wie das Bestehen einer Haftpflichtversicherung.<sup>792</sup> Die Rechtsprechung sieht das mitunter anders. Als Argument für ein geringes Schmerzensgeld wird mitunter die Belastung der Versichertengemeinschaft bzw das „nach allgemeinen volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten für den Schädiger wirtschaftlich Zumutbare“<sup>793</sup> verwiesen. So hat das OLG Köln<sup>794</sup> darauf verwiesen, dass selbst bei einer Vorsatztat ohne Berücksichtigung der geringen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Täters das Schmerzensgeld noch höher hätte ausfallen müssen.<sup>795</sup> Ebenfalls hat das OLG Köln<sup>796</sup> ausgesprochen, dass beim Schmerzensgeld zu berücksichtigen sei, dass der Täter beträchtlichen Regressforderungen des Krankenversicherers

777 Umfassend *Erm*, Vorteilsanrechnung beim Schmerzensgeld – ein Beitrag zur Fortentwicklung des Schadens(ersatz)rechts (2013); *Schiemann*, FS Jaeger (2014) 411 ff.

778 KG KGR 2004, 510; Keine Anrechnung von Spenden; Geigel/*Pardey*, Kap. 7 Rn 37; MüKo/Oetker, § 253 Rn 55.

779 Bamberger/Roth/*Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 62.

780 MüKo/Oetker, § 253 Rn 55.

781 *Jaeger/Luckey*, Rn 696.

782 OLG Oldenburg NJW-RR 2007, 1468; vgl aber OLG Koblenz NJW-RR 2005, 815; Geringes Verschulden des Arztes anspruchsmindernd.

783 OLG Köln VersR 2000, 899; OLG Nürnberg VersR 1997, 502.

784 OLG Frankfurt/M. zfs 2005, 597 (*Diehl*); Verdoppelung des Schmerzensgeldes; OLG Hamm OLGR 2001, 240.

785 So auch MüKo/Oetker, § 253 Rn 48.

786 OLG Düsseldorf VersR 2001, 251; OLG Hamm OLGR 2000, 230; *G. Müller*, VersR 1993, 909, 914; aA *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009), S. 113, 124; *S. Müller*, Überkompensatorische Schmerzensgeldbemessung, S. 360.

787 Zum differenzierten Verschuldensmaßstab bei vertraglicher und deliktischer Haftung von Ärzten *Jaeger/Luckey*; Rn 1202 ff.

788 Gegen eine Berücksichtigung unter Hinweis auf das Trennungsprinzip, dass die Deckung der Haftung folge, *Jaeger/Luckey*, Rn 1364, 1388; für eine solche Berücksichtigung OLG Karlsruhe VersR 2005, 420.

789 Keinesfalls bei Vorsatztaten *Jaeger/Luckey*, Rn 1371. Vorsichtiger *Born*, in: FS Jaeger (2014) 207, 210; Zumindest keine Reduktion auf Null oder bis zu einem bloß symbolischen Zuspruch.

790 BGH r+s 2015, 94 = zfs 2015, 203 (*Diehl*).

791 BGHZ 18, 149.

792 *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 123 f.

793 OLG Naumburg SP 2007, 354; *Heß/Burmann*, NJW-Spezial 2005, 207.

794 OLG Köln VersR 2002, 65; ebenso OLG Koblenz VersR 2010, 1323 (zu Recht kritisch *Jaeger*).

795 So auch OLG Köln VersR 1994, 1248; Geigel/*Pardey*, Kap. 7 Rn 52; gegen eine Berücksichtigung der geringen Leistungsfähigkeit des Täters bei einer Vorsatztat zu Recht KG KGR 2004, 51.

796 OLG Köln VersR 1992, 330.

ausgesetzt sei. ME sollte in diesem Fall vielmehr beim Regress des Krankenversicherers gem. § 116 SGB X bedacht werden, dass der Täter ansonsten in den wirtschaftlichen Ruin gerät. Im Übrigen wird zutreffenderweise darauf hingewiesen, dass die Bewahrung des Schädigers vor dem Ruin durch die Normen des Zwangsvollstreckungsrechts zu gewährleisten sei.<sup>797</sup> Mögen schlechte wirtschaftliche Verhältnisse auch eine maßvolle Reduzierung des Schmerzensgeldes rechtfertigen, darf das namentlich bei Vorsatztaten nicht dazu führen, bloß ein „symbolisches Schmerzensgeld“ zuzusprechen.<sup>798</sup> Eine Ausnahme vom Prinzip, dass das Bestehen einer Haftpflichtversicherung sich nicht anspruchserhöhend auswirken soll,<sup>799</sup> ist mE lediglich bei einer Billigkeitshaftung nach § 829 anzuerkennen, weil insoweit schon der Tatbestand auf die jeweiligen Vermögensverhältnisse abstellt.<sup>800</sup>

**d) Strafergerichtliche Verurteilung.** Die strafgerichtliche Verurteilung spielt für die Höhe des Schmerzensgeldes grundsätzlich keine Rolle.<sup>801</sup> Das wird damit begründet, dass der Geschädigte zwar Genügtung über die strafgerichtliche Verurteilung des Täters empfinden mag, es bei der Strafverfolgung aber um das Interesse der Allgemeinheit geht und nicht das des Verletzten.<sup>802</sup> Dafür kann auch ein ganz pragmatisches Argument ins Treffen geführt werden: Entweder wäre die Berücksichtigung davon abhängig, ob das Strafverfahren vor dem Zivilverfahren beendet wird, oder aber es müsste zu einer – gleichfalls wenig wünschenswerten – Aussetzung des Zivilverfahrens bis zur Beendigung des Strafverfahrens kommen. Eine im Strafverfahren dem Täter gem. § 153 a StPO auferlegte Geldbuße<sup>803</sup> ist nur dann auf das Schmerzensgeld anzurechnen, wenn der Täter diese an den Verletzten zu entrichten hat.<sup>804</sup> Ein diesbezüglicher Anspruch des Täters auf Erstattung gegen den Haftpflichtversicherer besteht nach Ansicht von *Jahnke*<sup>805</sup> nicht. Das spricht freilich dafür, auch insoweit keine Anrechnung vorzunehmen, würde doch ansonsten die Kumulierung mit dem Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer oder dessen Entlastung davon abhängig sein, ob die strafrechtliche Verpflichtung dazu vor oder nach der abschließenden Regulierung des Schmerzensgeldes erfolgt, oder aber, ein Rückgriffsanspruch des Täters gegen den Haftpflichtversicherer lässt sich doch begründen. Soweit für Vorsatztaten kein Versicherungsschutz besteht, stellt sich das Problem nicht; bei einem Kfz-Unfall ist freilich gem. § 12 Abs. 1 Nr. 3 PflVG die Verkehrsofferhilfe einstandspflichtig.

**e) Abwicklungsverhalten – ungebührliche Verzögerung der Regulierung durch den Haftpflichtversicherer.** In der Rechtsprechung der Tatgerichte<sup>806</sup> wird es als schmerzensgelderhöhend angesehen, wenn nach Geltendmachung realistischer Forderungen der Haftpflichtversicherer<sup>807</sup> im Rahmen der außergerichtlichen Schadensregulierung als auch des Haftpflichtprozesses die geschuldete Zahlung verweigert, indem er trotz eindeutiger Rechtslage entweder nicht einmal Vorschüsse<sup>808</sup> oder lange Zeit<sup>809</sup> gar keine oder exorbitant geringe Zahlungen leistet<sup>810</sup> oder Maßnahmen wie zB aussichtslose Rechtsmittel ergreift, die zu einer Verzögerung führen.<sup>811</sup> Das gilt auch bei Bestreiten durch den Ersatzpflichtigen wider besseres Wis-

797 OLG Köln VersR 2002, 65.

798 OLG Bremen NJW-RR 2012, 858: Brutales Würgen, das zum Tod führte.

799 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 43.

800 *Kilian*, ZGS 2003, 168, 172; *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht, § 3 Rn 76.

801 So deutlich BGHZ 128, 117 = NJW 1995, 781; bestätigt wenn auch mit dem Hinweis „grundsätzlich“ BGH NJW 1996, 1591 = VersR 1996, 382; OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerkR 5/2008 Anm. 2 (*Jahnke*); Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 15.

802 *MüKo/Oetker*, § 253 Rn 50; aA OLG Hamm r+s 2014, 101 (*Lemcke*).

803 Ebenso bei Bewährungsauflagen gem. § 56 b Abs. 2 Nr. 1 StGB *MüKo/Oetker*, § 253 Rn 50.

804 OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerkR 5/2008 Anm. 2 (*Jahnke*); OLG Köln VersR 2000, 899; OLG Düsseldorf NJW 1997, 1643. Vgl dazu KG NJOZ 2005, 4637: Keine Anrechnung, weil die im Strafverfahren verhängte Buße nicht an das verletzte Kind, sondern an dessen Eltern zu zahlen war.

805 *Van Bühren/Lemcke/Jahnke*, Teil 4 Rn 761; so auch *Wenker*, NZV 2014, 241, 242.

806 Offen gelassen von BGH NJW 2006, 1271.

807 OLG Naumburg SP 2007, 354: Wenn der Schädiger den Schaden selbst tragen muss, weniger strenge Maßstäbe.

808 Zweifelnd, ob eine Vorschusspflicht besteht, *Wenker*, NZV 2014, 241, 244; *Schreier*, VersR 2013, 1232, 1233; eine solche bejahend indes *Schwintowski*, in: FS Jaeger (2014) 421, 425.

809 OLG Köln NJOZ 2014, 169: Trotz Anerkenntnis dem Grunde nach Zahlung von Schmerzensgeld erst nach 19 Jahren; OLG Naumburg NJW-RR 2008, 693: 4 ½ Jahre nach dem Grundurteil noch keinerlei Ausgleichsleistungen; OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031: Trotz klarer Gutachten 4 Jahre lang keine Bereitschaft zur Regulierung.

810 OLG Brandenburg VRR 2007, 345 (*Lückey*): Zahlung von 7.000 EUR nach ½ bzw 1 Jahr, Zubilligung von 22.000 EUR; OLG Schleswig NJW-RR 2009, 1325: Trotz Vorliegens eines Gutachtens über posttraumatische Belastungsstörung bloß 2.750 EUR gezahlt, letztendlich Zuspruch von 30.000 EUR; OLG München NJW-Spezial 2010, 617: Zahlung von 35.000 EUR bei einer Verurteilung durch das Gericht von 100.000 EUR.

811 OLG Hamm OLGR 2003, 167; OLG Naumburg NJW-RR 2002, 672; OLG Düsseldorf NVersZ 2000, 40; OLG Nürnberg r+s 1999, 23 (*Lemcke*); OLG Nürnberg VersR 1998, 731; VersR 1997, 1108; VersR 1997, 502. Kritisch zur Berücksichtigung ohne Auswirkungen beim Geschädigten *Manfred Lepa*, in: FS G. Müller (2009) S. 113, 125.

120

121

sen,<sup>812</sup> namentlich bei grundlosen Verdächtigungen, um Leistungen zu erschleichen und besonders langer Dauer.<sup>813</sup> Es geht um „kreative Versuche, den Geschädigten um sein Schmerzensgeld zu bringen.“<sup>814</sup> Zum Teil werden solche Verhaltensweisen angesichts von 300.000 zum großen Teil außergerichtlich regulierten Personenschäden pro Jahr als Groteskfälle abgetan;<sup>815</sup> die Rechtsprechungsübersicht bei *Quirmbach*<sup>816</sup> zeigt indes, dass ein solches Verhalten so selten doch nicht sein dürfte, ganz abgesehen davon, dass viele Unfallopfer bei dem angeprangerten Verhalten nicht selten kapitulieren und sich mit einem für sie nachteiligen Vergleichsangebot zufriedener geben nach der Devise: Lieber der Spatz in der Hand als die Taube auf dem Dach. Ein Zuschlag wegen ungebührlichen Regulierungsverhaltens beim Schmerzensgeld wird mitunter neben Ausgleich und Prävention als eigenständige Funktion des Schmerzensgeldes bezeichnet – Tripelfunktion des Schmerzensgeldes.<sup>817</sup> Das OLG Nürnberg<sup>818</sup> nimmt bei einem Haftpflichtversicherer an, dass er von sich aus die Schadensregulierung zu fördern hat; wenn dieser bei einer Quote von schlussendlich 70 % nur 30 % zugesteht, bloß 2.000 EUR anbietet, schlussendlich aber 33.000 EUR zuerkannt werden, ist ein solches als eine „gegen Treu und Glauben verstößende Zermürbungstaktik“ anzusehen, die im Rahmen der Genugtuung einen Zuschlag rechtfertigt.<sup>819</sup> Das OLG Naumburg<sup>820</sup> bejaht eine treuwidrige, ungebührliche Verzögerung, wenn bloß 55.000 EUR Schmerzensgeld anstelle der schlussendlich zuerkannten 150.000 EUR angeboten worden sind. Denkbar wäre mE, wie bei der Überklagung gemäß § 92 Abs. 2 S. 2 ZPO dem Kläger ein gewisser Prozentsatz kostenmäßig nicht zum Nachteil gereicht, dem Ersatzpflichtigen eine solche Marge bei seinem Regulierungsangebot zuzubilligen. Das OLG Saarbrücken<sup>821</sup> prangert an, dass der Ersatzpflichtige auf die schmerzensgelderhöhenden Hinweise im OLG-Beschluss, der zur Zurückweisung geführt hat, nicht reagiert hat und die Regulierung sehr lange gedauert hat. Besonders strenge Maßstäbe werden an einen Haftpflichtversicherer bei der Pflichthaftpflichtversicherung angelegt.<sup>822</sup> Es geht nicht um Fälle, in denen sich der Haftpflichtversicherer prozessual – wie jeder andere Beklagte – wehren darf<sup>823</sup> und sich auf Umstände stützt, die er letztendlich nicht beweisen kann.<sup>824</sup> Ein solches Verhalten nach Tod des Verletzten soll generell auch außer Betracht bleiben.<sup>825</sup> ME ist dabei zwischen zwei Phänomenen zu unterscheiden, die nicht immer ausreichend auseinander gehalten werden.<sup>826</sup> Durch die zögerliche bzw. kleinliche Regulierung kann es zu einem zusätzlichen immateriellen Schaden beim Verletzten kommen.<sup>827</sup> Dieser fühlt sich besonders gekränkt und/oder lächerlich gemacht<sup>828</sup> bzw. seine Beschwerden nehmen zu.<sup>829</sup> Solche Folgeschäden sind unabhängig von einem Verschulden des Haftpflichtversicherers zu ersetzen, soweit es sich um adäquate Folgeschäden handelt.<sup>830</sup> Zu beachten ist dabei, dass der Ersatzpflichtige auch für Schäden einzustehen hat, die aus einer Fehlerverarbeitung resultieren. Das lässt sich aber allein mit dem Ausgleichsprinzip begründen.<sup>831</sup>

122 Unabhängig von einem konkreten Folgeschaden des Verletzten wird im Rahmen der Genugtuungskomponente ein besonders schweres Verschulden generell als schmerzensgelderhöhend angesehen.<sup>832</sup> Anerkennt man dieses Prinzip, ist es folgerichtig, nicht nur ein Verhalten des Schädigers bei der Schadenszufügung zu berücksichtigen, sondern auch des einstandspflichtigen Haftpflichtversicherers bei der Regulierung. Dies ist

- 812 OLG Schleswig VRR 2013, 66 (*Luckey*): Bestreiten der Gefährlichkeit des Bodens trotz Dokumentation im Bordbuch der Fähre, Zuschlag 10 %.
- 813 OLG Köln zfs 2011, 259 (*Diehl*): 8 Jahre; OLG Saarbrücken BeckRS 2015, 06748: 7 ½ Jahre.
- 814 *Diehl*, zfs 2007, 10, 12.
- 815 *Wenker*, NZV 2014, 241, 244.
- 816 Zfs 2013, 670 ff.
- 817 *Jaeger*, VersR 2006.1510, 1511; zur über 50-jährigen einschlägigen Rechtsprechung *Pribnow/Benjamin*, in: FS 50 Jahre Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (2010) 467, 469 ff; weiters *Gülpen*, SVR 2008, 134 ff.
- 818 OLG Nürnberg NZV 2007, 301 = VRR 2007, 69 (*Schulz-Döll*): Hier gleich hohes Schmerzensgeld ungeachtet der Reduzierung der Einstandspflicht gegenüber der Entscheidung des LG von 80 auf 70 %.
- 819 Ähnlich OLG Köln VersR 2013, 113: Nach Verwechslung von Wundmittel mit Flächendesinfektionsmittels 5.000 EUR statt der angebotenen 500 EUR.
- 820 OLG Naumburg SVR 2004, 315 (*Luckey*).
- 821 OLG Saarbrücken BeckRS 2015, 06748.
- 822 OLG Naumburg SVR 2004, 315 (*Luckey*).

- 823 *Luckey*, VRR 2007, 345; OLG Saarbrücken, NJW 2011, 933: Kein Zuschlag, wenn berechtigte Zweifel bestanden, ob ein Anspruch dem Grunde nach gegeben ist, weil beträchtliches Mitverschulden vorlag.
- 824 OLG Brandenburg zfs 2010, 141.
- 825 OLG Koblenz OLGR 2008, 225.
- 826 Kritisch zu OLG Naumburg NJW-RR 2002, 672: *Küppersbusch/Höher*, Rn 278, Fn 35 mit dem Hinweis, dass ein zusätzlicher Schaden nachgewiesen werden muss.
- 827 OLG Naumburg NJW 2015, 261 = VRR 2014, 425 (*Luckey*) = *Wenker*, jurisPR-VerkR 25/2014 Anm. 3: Annahme eines weiteren Schadens nach der Lebenserfahrung.
- 828 OLG Naumburg VersR 2004, 1423 = SVR 2004, 315 (*Luckey*): Objektiv herabwürdigendes Verhalten des Haftpflichtversicherers; OLG Schleswig NJW-RR 2009, 1325: Darstellung der Klägerin als Simulant.
- 829 OLG Nürnberg r+s 1999, 23 (*Lemcke*); *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 51; *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 44.
- 830 Darauf hinweisend auch *Jaeger*, in: FS E. Lorenz (2004) S. 377, 382.
- 831 *Luckey*, SVR 2004, 316.
- 832 OLG Nürnberg VersR 1997, 502: Kleinliches Regulierungsverhalten, wie es der Senat bisher nicht erlebt hat.

quasi das Gegenstück zur Schadensminderungspflicht des Geschädigten auf Seite des Ersatzpflichtigen. Voraussetzung für diesen Zuschlag ist freilich, dass in der Tat ein schuldhaftes Verhalten gegeben sein muss. Ein solches liegt nicht vor, wenn der Ersatzpflichtige legitimerweise ex ante Zweifel haben durfte, ob der erhobene Anspruch dem Grunde und der Höhe nach in diesem Ausmaß besteht.<sup>833</sup> In Bezug auf die Höhe wird zu berücksichtigen sein, dass Haftpflichtversicherer mit solchen Causen tagtäglich befasst sind und über ausreichende Kenntnisse verfügen (sollten), um jedenfalls die Größenordnung ihrer Einstandspflicht abschätzen zu können. Ob eine Verdopplung des Schmerzensgeldes<sup>834</sup> nicht über das Ziel schießt, also eine unverhältnismäßige Berücksichtigung eines schweren Verschuldens darstellt, steht auf einem anderen Blatt.<sup>835</sup> In Anlehnung an die Caroline von Monaco-Rechtsprechung des BGH<sup>836</sup> zur „Disziplinierung der Presse“ schlägt *Gülpen*<sup>837</sup> vor, dass die durch die verspätete Zahlung erfolgte Ersparnis unter Einschluss der Steuerersparnis durch Bildung einer Rückstellung abgeschöpft werden soll und dazu noch – nach spanischem Vorbild – ein Zuschlag von 50 %. *Notthoff/Ernst*<sup>838</sup> sprechen sich jedoch ohne Nachweis eines zusätzlichen Schadens gegen jeglichen Zuschlag aus, weil ein solches Verhalten auch bei anderen Schadenersatzprozessen vorkomme und nicht sanktioniert werde, oder nur über das Kostenrecht – was bei Obsiegen des Klägers zu keiner Sanktion führt – oder die Verzugszinsenregeln.<sup>839</sup> Das trifft zwar zu; allerdings bietet die Billigkeit beim Schmerzensgeld eben eine solche zusätzliche Möglichkeit.<sup>840</sup>

Dem Schädiger wird das Verhalten seines Haftpflichtversicherers zugerechnet.<sup>841</sup> Überlegenswert wäre, wenn bei der Kfz-Haftpflichtversicherung auch der Haftpflichtversicherer im Weg der action directe belangt werden kann, lediglich ihn für den aus der ungebührlichen Verzögerung entstehenden zusätzlichen Schaden eintreten zu lassen. Das entspricht dem allgemeinen Prinzip, dass mehrere Schädiger beim Schmerzensgeld je nach ihrem Verschulden in unterschiedlichem Maß einstandspflichtig sind. Außerhalb der Kfz-Haftpflichtversicherung ist dieser Weg nicht gangbar, weil nur der Schädiger selbst passivlegitimiert ist. Sollte die Versicherungssumme überschritten werden und der Schädiger deshalb in höherem Maß in Anspruch genommen werden, weil der Haftpflichtversicherer die Regulierung schuldhaft verschleppt hat, kommt ein Schadenersatzanspruch des Schädigers gegen den Haftpflichtversicherer aus dem Innenverhältnis in Betracht. Das betrifft freilich nicht mehr die Höhe des Schmerzensgeldes.

123

## H. Form der Ersatzleistung: Kapital oder Rente

### I. Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen den Ersatzformen Kapital und Rente

Das Schmerzensgeld ist grundsätzlich in Form eines Kapitalbetrags zu leisten.<sup>842</sup> Nur ausnahmsweise steht dem Verletzten das Wahlrecht zu, anstelle eines Kapitalbetrags eine Kombination aus Kapital und Rente zu verlangen.<sup>843</sup> Maßgeblich ist dann, dass die bis zur letzten mündlichen Verhandlung eingetretenen Schmerzen durch den Kapitalbetrag und die künftigen Schmerzen durch eine Rente abgegolten werden sollen.<sup>844</sup>

124

Einigkeit besteht darin, dass der Ersatzpflichtige dem Verletzten eine Schmerzensgeldrente nicht aufdrängen darf. Wenn dieser ausdrücklich bloß einen Kapitalbetrag verlangt, kann sich der Ersatzpflichtige nicht durch eine Rente von seiner Schuld befreien, selbst wenn die Voraussetzungen dafür gegeben wären und deren Höhe angemessen wäre.<sup>845</sup> Die Rente ist gegenüber dem Kapital ein aliud.<sup>846</sup> Umstritten ist, ob die Zubilligung einer Rente einen diesbezüglichen Antrag des Verletzten voraussetzt<sup>847</sup> oder das Gericht eine Rente auch dann zusprechen kann, wenn der Kläger sich dazu nicht geäußert hat, sondern unspezifiziert bloß Schmerzensgeld verlangt hat, dessen Höhe er womöglich zusätzlich in das Ermessen des Gerichts gestellt hat.<sup>848</sup> Auch wenn der BGH<sup>849</sup> dazu nicht abschließend Stellung genommen hat, hat er seine Position deutlich zu erkennen gegeben, indem er ausgesprochen hat, „wofür viel spricht“, dass eine Schmer-

125

833 OLG Hamm NJWE-VHR 1997, 226; MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 52.

834 OLG Düsseldorf NVersZ 2000, 40.

835 Kritisch dazu *Wiedemann*, NVersZ 2000, 14; Geigel/*Pardey*, Kap. 7 Rn 51; *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 44 unter Hinweis darauf, dass punitive damages dem deutschen Recht fremd seien.

836 BGHZ 128, 1 = NJW 1995, 1861.

837 *Gülpen*, SVR 2008, 134, 135.

838 VRR 2014, 284 ff.

839 So auch *Schreier*, VersR 2013, 1232, 1234, *Wenker*, NZV 2014, 241, 245.

840 Zustimmung *Grünwald/Nugel*, VRR 2014, 4, 6; *Quirnbach*, zfs 2013, 670, 675.

841 Kritisch *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 44 unter Hinweis darauf, dass der Schädiger keinen Einfluss auf das Verhalten seines Versi-

cherers habe.

842 *Jaeger/Luckey*, Rn 128; *Küppersbusch/Höher*, Rn 298; *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 66.

843 Umfassend *Ch. Huber*, FS E. Lorenz (2014) 603 ff.

844

MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 59.

845 *Jaeger/Luckey*, Rn 1511; van Bühren/Lemcke/*Jahnke/Jahnke*, Teil 4 Rn 774.

846 MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 57; *A. Diederichsen*, Hamburger Tage 2004, S. 7, 33.

847 So OLG Brandenburg r+s 2006, 260 mit Besprechungsaufsatz *Jahnke*, r+s 2006, 228 ff.

848 Dafür MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 58.

849 BGH NJW 1998, 3411.

- zensgeldrente einen diesbezüglichen Antrag voraussetzt,<sup>850</sup> was durch Bezugnahme auf § 308 ZPO begründet wird.<sup>851</sup> ME hat letztere Auffassung gute Gründe für sich, wobei erwägenswert wäre, das Gericht nach § 139 ZPO zu verpflichten, den Verletzten über die Wahlmöglichkeit aufzuklären.
- 126 *Nothoff*<sup>852</sup> hat es unternommen, die bisherige Judikatur in Fallgruppen zusammenzufassen, bei denen der Zuspruch einer Schmerzensgeldrente erfolgte. Im Vordergrund stehen besonders schwere Dauerschäden,<sup>853</sup> wie insbesondere der Verlust eines der fünf Sinne,<sup>854</sup> Verlust oder Lähmung von Gliedmaßen,<sup>855</sup> Hirnschädigungen,<sup>856</sup> schwere Entstellungen, Harninkontinenz und/oder Impotenz.<sup>857</sup> Eine geringere Rolle spielen demgegenüber die Konstellationen der Nichtabsehbarkeit der Entwicklung von Dauerschäden<sup>858</sup> sowie schlechte wirtschaftliche Verhältnisse des Schädigers.
- 127 *Halm/Scheffler*<sup>859</sup> haben demgegenüber herausgearbeitet, wann die Voraussetzungen für eine Schmerzensgeldrente gerade nicht gegeben sind: Neben der Schwere der Verletzung<sup>860</sup> soll es die fehlende Genugtuung bei empfindungsunfähigen Verletzten sein.<sup>861</sup> Das wird damit begründet, dass in solchen Fällen der Geschädigte seine Verletzung nicht immer wieder als schmerzlich empfinde. Diese häufig wiederkehrende Standardphrase<sup>862</sup> ist indes wenig überzeugend. Es handelt sich dabei mE deshalb um eine Leerformel, weil die stets aufs Neue schmerzliche Empfindung bei jedem Dauerschaden gegeben sein wird. Die allgemeine Befürchtung, dass bei einem minderjährigen Verletzten die Eltern das Schmerzensgeld nicht widmungsgemäß verwenden würden,<sup>863</sup> sowie die Gefahr einer Entwertung durch Inflation werden nicht als aner kennenswerte Gründe für die Zubilligung einer Schmerzensgeldrente anerkannt.
- 128 In der Praxis haben sich bestimmte Eckpunkte herausgebildet, bei denen von der Zuerkennung einer Schmerzensgeldrente Abstand genommen wird. Wenn das Schmerzensgeld in Kapitalform weniger als 100.000 EUR beträgt bzw die allgemeine Erwerbsminderung weniger als 40 % ausmacht, sind das Indizien dafür, dass kein schwerer Dauerschaden gegeben ist.<sup>864</sup> Desgleichen soll die monatliche Schmerzensgeldrente nicht weniger als 25 EUR,<sup>865</sup> 50 EUR<sup>866</sup> oder 100 EUR<sup>867</sup> betragen, weil der Verletzte nur dann den Rentenbetrag für die Finanzierung von Annehmlichkeiten und Erleichterungen als ins Gewicht fallend empfinden kann.<sup>868</sup> Dies führt dazu, dass die Zubilligung einer Schmerzensgeldrente bei älteren Verletzten eher nicht in Betracht kommt.<sup>869</sup>

850 So ausdrücklich OLG Karlsruhe NJOZ 2014, 1463; OLG Koblenz VersR 2010, 1452.

851 OLG Schleswig VersR 1992, 462; Palandt/*Grüneberg*, § 253 Rn 24; Bamberger/Roth/*Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 67; van Büren/Lemcke/*Jahnke*, Teil 4 Rn 787.

852 *Nothoff*, VersR 2003, 966, 968 f.

853 BGH NJWE-VHR 1999, 141; NJW 1994, 1592; OLG Brandenburg DAR 2008, 520 = jurisPR-VerKR 4/2008 Anm. 2 (*Jahnke*); *Küppersbusch/Höher*, Rn 298; *Jaeger/Luckey*, Rn 129; einschränkend OLG Düsseldorf SP 2001, 200: Sofern sich der Verletzte nicht daran gewöhnt hat; zu Recht kritisch dazu *Jaeger/Luckey*, Rn 134.

854 OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031; OLG Frankfurt/M. SP 2008, 12; OLG Jena zfs 1999, 419; OLG Hamm VersR 1996, 756: Erblindung; OLG Köln VersR 1980, 434: Taubwerden; BGH VersR 1976, 967: Verlust des Geruchs- und Geschmackssinns; hingewiesen hat der BGH darauf, dass die im Unfallzeitpunkt 15-jährige Verletzte deshalb niemals eine perfekte Hausfrau werden könne; was man heutzutage wohl als weniger gravierend einstufen würde; kritisch dazu *Jaeger/Luckey*, Rn 130; auch wenn im Laufe der Entscheidung nur noch vom Geruchs- und Geschmackssinn die Rede ist, erlitt die Verletzte im konkreten Fall zusätzlich eine dauerhafte erhebliche Beeinträchtigung der Gehirnfunktion.

855 OLG Köln VersR 1999, 624: Lähmung der Beine; OLG Frankfurt/M. VersR 1995, 505: Amputation beider Unterschenkel.

856 BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*) = LM BGB § 847 Nr. 89 (*Schmidt-Salzer*) = VersR 1993, 893 (*Gaisbauer*) = JZ 1993, 516 (*Giesen*); OLG

Hamm zfs 2005, 122 (*Diehl*); OLG München VersR 1992, 508.

857 OLG Hamm VersR 1988, 1181.

858 OLG Hamburg NJW 1990, 2322: Ansteckung mit HIV, noch kein Ausbruch der Krankheit; Unabsehbarkeit, wie lange ein Leben zwar in Furcht vor dem Ausbruch, aber ohne nennenswerte Beschwerden möglich sein wird; vgl auch OLG Hamm SP 2001, 267: Ablehnung einer Schmerzensgeldrente, weil die Verletzte im Unfallzeitpunkt bereits 70 Jahre alt und der Heilungsverlauf weitgehend abgeschlossen war.

859 *Halm/Scheffler*, DAR 2004, 71, 73 f.

860 OLG Jena BeckRS 2012, 11583: Unbrauchbarkeit des Schultergelenks nicht ausreichend, wenn Armbewegungen noch möglich sind.

861 OLG Bremen OLGR 1995, 50; MüKo<sup>6</sup>/*Oetker*, § 253 Rn 58.

862 BGH NJWE-VHR 1996, 141; OLG Brandenburg r+s 2006, 260; OLG Köln NJW-RR 2002, 1039; MüKo<sup>6</sup>/*Oetker*, § 253 Rn 58.

863 So aber Wussow/*Schmitt*, Kap. 54 Rn 35.

864 Geigel/*Pardey*, Kap. 7 Rn 20; weitergehend *Heß/Burmann*, NJW-Spezial 2012, 265: 200.000 EUR Kapital.

865 *Heß/Burmann*, NJW-Spezial 2012, 265.

866 *Grunewald/Nugel*, VRR 2014, 4, 6; vorsichtiger *Heß/Burmann*, NJW-Spezial 2005, 207: 25–50 EUR; *Diehl*, zfs 2007, 10, 13: Deutlich mehr als 50 EUR.

867 *Wenker*, NZV 2014, 241, 244.

868 Geigel/*Pardey*, Kap. 7 Rn 20; OLG Brandenburg r+s 2006, 260; OLG Düsseldorf VersR 1997, 65; für eine Anhebung auf 100 EUR *Jahnke*, r+s 2006, 228, freilich ohne sachliche Begründung; maßgeblich sei, dass es um einen 3-stelligen Betrag gehe.

869 OLG Thüringen zfs 1999, 419.

ME sollten die strengen Voraussetzungen für die Zubilligung einer Schmerzensgeldrente bei Vorhandensein von Dauerschäden gelockert werden.<sup>870</sup> Dagegen spricht allein der Umstand, dass der Ersatzpflichtige, typischerweise ein Haftpflichtversicherer, den Akt nicht schließen kann, was aber wegen der häufig ebenfalls zu regulierenden materiellen Schäden (Erwerbsschaden, Mehrbedarf) ohnehin nicht möglich ist. Plausibel ist immerhin, dass keine geringfügigen Beträge als monatliche Rente zuerkannt werden sollen. Dafür kann man zusätzlich ins Treffen führen, dass der Verwaltungsaufwand in keiner sinnvollen Relation zum Nutzen steht. Die Zuerkennung einer Rente hat aber den Vorzug, dass keine mit Unwägbarkeiten verbundene Prognose über die Dauer der Leiden angestellt werden muss. Vielmehr trägt die Rente ihr Ende in sich. Hinzu kommt der Umstand, dass bei Zuerkennung einer Rente eine höhere Gewähr gegeben ist, dass bei minderjährigen und pflegebedürftigen Verletzten das Schmerzensgeld widmungsgemäß verwendet wird.<sup>871</sup> Je länger der Verletzte lebt, umso höher ist das Schmerzensgeld, so dass ein Anreiz zu fürsorglicher Pflege gegeben ist.<sup>872</sup> Bei einem Kapitalbetrag besteht demgegenüber die Gefahr, dass die gesetzlichen Vertreter das Schmerzensgeld für sich und nicht für den Verletzten verwenden.<sup>873</sup>

129

Gegen die Zubilligung einer Schmerzensgeldrente werden folgende Argumente vorgebracht:<sup>874</sup> Der Verletzte müsse sich bei einer Anpassung mit dem Ersatzpflichtigen auseinandersetzen, was mit Streit und Ärger verbunden sei. Er werde durch die Schmerzensgeldzahlung stets aufs Neue an seine Behinderung erinnert.<sup>875</sup> Mitunter ist er an einem einmaligen Betrag, mit dem er sogleich etwas anfangen könne, stärker interessiert als an fortlaufenden Rentenzahlungen. All dies wiegt mE wenig schwer, weil es ja beim Verletzten liegt, ob er sich für einen Kapitalbetrag oder eine Rente entscheidet.<sup>876</sup> Besonders bei jungen Verletzten und „einfach strukturierten Eltern“ sprechen Gründe der Gewissheit der Durchleitung an den Verletzten für eine Rente – auch gegen den Willen seiner gesetzlichen Vertreter. Zusätzlich gebietet das Ausgleichsprinzip eine Dynamisierung der Rente,<sup>877</sup> der sich der BGH<sup>878</sup> bisher aus wenig überzeugenden formalen Gründen verschlossen hat.<sup>879</sup> Die Begründung, dass eine dynamische Rente die Funktion als billigen Ausgleich in Geld nicht zu gewähren vermag,<sup>880</sup> ist eine *petitio principii* und zudem unzutreffend. Auch im deutschen Recht ist eine Indexbindung möglich; das Erfordernis der Bestimmtheit des Zwangsvollstreckungstitels steht dem nicht entgegen.<sup>881</sup> Der Verbraucherpreisindex mag nicht der ideale Index sein; im Vergleich zu einem Verzicht auf jegliche Indexbindung ist er freilich die deutlich vorzugswürdigere Variante.

130

## II. Gleiche Gesamtbelastung durch Kapital und Rente

Ob eine Rente oder eine Kapitalentschädigung geleistet wird, soll ex ante für den Ersatzpflichtigen zu keiner unterschiedlich hohen Belastung führen.<sup>882</sup> Dass diese Rechnung im konkreten Fall nicht stets aufgehen wird, steht auf einem anderen Blatt. Bei einer Rente wird diese gewährt, solange die Schmerzen bestehen, somit im Regelfall bis zum Lebensende. Bei einer Kapitalabfindung muss demgegenüber eine Prognose über die restliche Schmerzdauer, zumeist also die Lebenserwartung des jeweiligen Verletzten angestellt werden.<sup>883</sup> Stirbt der Verletzte zu einem anderen Zeitpunkt, als es der angenommenen Lebenserwartung entspricht, ergibt sich bei Rente und Kapitalabfindung eine unterschiedliche Belastung. Beherzigt man diesen Grundsatz, ist die Aussage, dass eine Rente vor allem für einen jungen Verletzten vorteilhaft sei,<sup>884</sup> unzutreffend. Anders ist dies freilich, wenn die Höhe des Schmerzensgeldes hauptsächlich von der Schwere der

131

870 Ch. Huber, FS E. Lorenz (2014) 603, 621; gerade gegenteilig *Küppersbusch/Höher*, Rn 298; Bedenken gegen einen zu leichtfertigen Zuspruch einer Rente.

871 Ch. Huber, NZV 1998, 345, 351; *Jaeger*, VersR 2009, 159, 164; *Jaeger/Luckey*, Rn 164; *Küppersbusch/Höher*, Rn 299.

872 *Diehl*, zfs 2007, 10, 13; Rentenzahlung geradezu als „Lebensversicherung“.

873 Gerade gegenteilig die wenig nachvollziehbare Meinung von *Wenker*, NZV 2014, 241, 244.

874 *Ciupka*, VersR 1976, 226 ff.

875 Zu Recht kritisch dagegen *Jaeger/Luckey*, Rn 162.

876 Kritisch auch *Halm/Scheffler*, DAR 2004, 71, 73 mit dem Hinweis, dass dies nicht für eine Kombination von Kapital und Rente gelte.

877 Gegen jegliche inflationsbedingte Anpassung jedoch *Jahnke*, r+s 2006, 228, 230.

878 BGH NJW 1973, 1653.

879 So überzeugend *Jaeger*, VersR 2009, 159, 164 unter Hinweis auf anschauliche Beispiele.

880 So *Wenker*, NZV 2014, 241, 244.

881 *Lackmann*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>10</sup> (2013) Rn 56 f.

882 *Küppersbusch/Höher*, Rn 300; *Jaeger/Luckey*, Rn 1510; Ch. Huber, FS E. Lorenz (2014) 603, 611; BGH VersR 1986, 59; VersR 1976, 967; OLG Düsseldorf SP 2001, 200; OLG Thüringen zfs 1999, 419; OLG Düsseldorf VersR 1997, 65.

883 Trotz verletzungsbedingt herabgesetzter Lebenserwartung auf die statistische abstellend OLG Hamm OLGR 2003, 167; zu Recht kritisch *Jaeger/Luckey*, Rn E 2172.

884 *Jaeger/Luckey*, Rn 137, freilich unter Hinweis auf die Möglichkeit einer Abänderungsklage.

Verletzung abhängig ist, ohne dass das Alter berücksichtigt würde.<sup>885</sup> Zutreffend ist aber mE, vom Ausmaß der Schmerzen auszugehen mit der Folge, dass das Schmerzensgeld umso höher ausfallen muss, je länger der Verletzte Schmerzen zu erdulden hat<sup>886</sup> bzw. umgekehrt die monatlichen Rentenzahlungen bei einer verkürzten Lebenserwartung nicht zu erhöhen sind.<sup>887</sup> Im Regelfall wird bei der Umrechnung des Barwerts der Rente zu einer entsprechenden Kapitalabfindung von einer Lebenserwartung nach der allgemeinen Sterbetafel ausgegangen,<sup>888</sup> ohne zu berücksichtigen, dass bei sehr schweren Verletzungen auch die Lebenserwartung herabgesetzt ist. Zudem ist nicht jedes Gericht mit der Umrechnung von Kapital in Rente vertraut.<sup>889</sup> Eine individuell oder verletzungsbedingt geringere Lebenserwartung ist mE ebenso zu berücksichtigen wie eine gegenüber den Sterbetafeln höhere Lebenserwartung wegen der gesunden Lebensführung oder entsprechender Gene,<sup>890</sup> wobei die Lebenserwartung von Verwandten einen Anhaltspunkt bieten könnte.

- 132 Zur Vergleichbarkeit von Kapital und Rente ist die Rente zu kapitalisieren,<sup>891</sup> wobei wie beim Vermögensschaden ein Abzinsungsfaktor von 5<sup>892</sup> bis 5,5 % zugrunde gelegt wird.<sup>893</sup> Wie beim Erwerbs- und Unterhaltersatzanspruch ist dieser Zinssatz viel zu hoch, weil beim derzeitigen Zinsniveau niemand in der Lage ist, bei langfristiger mündelsicherer Veranlagung einen Zinssatz von 5 bis 5,5 % zu erzielen; ganz zu schweigen davon, dass die Zinseinkünfte noch jeweils der Zinsabschlagsteuer zu unterwerfen sind. Bei der Umrechnung einer Rente in eine Kapitalzahlung ist das für den Anspruchsteller nachteilig, bei der Umrechnung von Kapital in eine Rente für den Ersatzpflichtigen. Während bei einer Erwerbsschadensrente sowohl die Kapitalabfindung als auch die fortlaufend gezahlte Schadensrente der Einkommensteuer unterliegt, verschiebt sich die Relation beim Schmerzensgeld. Während bei einer Kapitalabfindung der Verletzte die Veranlagung selbst vornehmen und die Zinseinkünfte versteuern muss, erhält er die Schmerzensgeldrente brutto für netto. Das wird unter Hinweis auf die Steuerfreiheit der Mehrbedarfsrente<sup>894</sup> aus einem Größen- bzw. Analogieschluss abgeleitet.<sup>895</sup> Zugrunde zu legen ist für einen Vergleich zwischen Kapitalabfindung und Rente mE die jeweils konkrete Lebenserwartung, wenn es dafür Anhaltspunkte gibt, etwa eine verkürzte aufgrund der Verletzung,<sup>896</sup> nicht aber die durchschnittliche der Sterbetafel.<sup>897</sup> Schließlich wird als Vorzug der Rente ins Treffen geführt, dass bei dieser für den Verletzten eine Anpassung an geänderte Verhältnisse nach § 323 ZPO möglich ist. Einerseits besteht eine solche Möglichkeit auch für den Ersatzpflichtigen, andererseits werden – wie noch darzustellen sein wird – die Anforderungen für eine solche Anpassung überaus restriktiv gehandhabt.<sup>898</sup> Die Rente gebührt ab Rechtshängigkeit,<sup>899</sup> bei entsprechendem Begehren mE jedoch bereits ab Verzug nach außergerichtlicher Geltendmachung, was Auswirkungen auf das Gesamtschmerzensgeld sowie den Lauf der Verzugszinsen hat.

### III. Ausgewogenes Verhältnis zwischen Kapital und Rente

- 133 Der Geschädigte hat das Wahlrecht, sich für einen Kapitalbetrag oder eine Kombination aus Kapital und Rente zu entscheiden. Die Rechtsprechung verlangt, dass Kapital und Rente in einem „ausgewogenen Verhältnis“ stehen müssen.<sup>900</sup> Damit könnte gemeint sein, dass die Aufteilung so zu erfolgen hat, dass durch die Kapitalabfindung der Zeitraum bis zur Geltendmachung bzw. zum Ende der mündlichen Verhandlung abgegolten werden soll, während die Rente ein Äquivalent für die künftig anfallenden Schmerzen sein soll.

885 In diesem Sinn wohl BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (Deutsch) = LM BGB § 847 Nr. 89 (Schmidt-Salzer) = VersR 1993, 327 = VersR 1993, 893 (Gaisbauer) = JZ 1993, 516 (Giesen); der BGH weist darauf hin, dass die monatlichen Rentenbeträge höher auszufallen hätten, weil der Geschädigte eine geringere Lebenserwartung habe; zutreffenderweise müsste sich dieser Umstand aber schon bei der Bemessung des Kapitalbetrags auswirken.

886 In diesem Sinn OLG Hamm VersR 2003, 780.

887 Palandt/Grüneberg, § 253 Rn 21.

888 OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241; OLG Brandenburg r+s 2006, 260.

889 KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (Jaeger): LG hat Rente, die Barwert von 153.660 EUR ergibt, mit 400.000 EUR angenommen – nicht nur knapp daneben!

890 Luckey, VRR 2011, 406, 408.

891 OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 21; Heß/Burmann, NJW-Spezial 2012, 265. Vgl. aber OLG Brandenburg NJW-RR 2010, 538: Keine Rente bei Narben am Bein, anders bei ständig sichtbaren Entstellungen im Gesicht; einer

monatlichen Rente von 250 EUR würde aufgrund des Alters (17 Jahre) ein Kapitalbetrag von 180.000 EUR entsprechen; hier wurde offensichtlich die Abzinsung nicht bedacht!

892 KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (Jaeger).

893 Van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 778; Jahnke, Anm. 2 zu OLG Brandenburg, jurisPR-Verkr 4/2008; OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241; OLG Celle VersR 2006, 1085; OLG Hamm zfs 2005, 122 (Diehl); OLG Thüringen zfs 1999, 419; 5 %; OLG Frankfurt/M. VersR 1992, 329; 5,5 %; realistischer jedoch OLG Frankfurt/M. SP 2008, 12; 3 %.

894 BFH NJW 1995, 1238.

895 780 Heß/Burmann, NJW-Spezial 2012, 265; vorsichtiger Heß, zfs 2001, 532, 534.

896 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 67; MüKoB/Oetker, § 253 Rn 63.

897 So aber Küppersbusch/Höher, Rn 300.

898 Nothoff, VersR 2003, 966, 971.

899 KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (Jaeger).

900 OLG Zweibrücken NJOZ 2009, 3241.

Das OLG Köln<sup>901</sup> hat dafür als Faustformel ein Verhältnis zwischen Kapital und Rente von 1:2 angenommen. Es verbieten sich aber diesbezüglich alle jegliche Schematisierungen. Das OLG Düsseldorf<sup>902</sup> hat eine Relation von nahezu 1:1 angenommen, das OLG Thüringen<sup>903</sup> hat eine Bemessung vorgenommen, bei der sich der Kapitalbetrag zur kapitalisierten Rente im Verhältnis von 4:1 zu verhalten hat, das OLG Karlsruhe<sup>904</sup> von 5:1. Zu beachten ist, dass die Relation nicht nur von der Lebenserwartung des Verletzten, sondern auch davon abhängt, welcher Zeitraum von der Zufügung der Verletzung bis zur gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs bzw zum Ende der mündlichen Verhandlung verstrichen ist. Zu bedenken ist darüber hinaus, dass in der ersten Phase nach der Verletzung die abzugelenden Unlustgefühle typischerweise am allergrößten sind. Der Verletzte muss stationäre Krankenhausaufenthalte über sich ergehen lassen, er muss sich seelisch erst mit der neuen Lebenssituation abfinden und die Verletzungsfolgen sind noch nicht durch ärztliche Heilmaßnahmen abgemildert.<sup>905</sup> Sofern der Verletzte während des Verfahrens stirbt, verbietet sich der Zuspruch einer Rente, weil diese dazu dienen soll, dem Verletzten eine gewisse Abhilfe zu verschaffen, der stets aufs Neue seine Verletzung schmerzlich empfindet, was nicht mehr möglich ist, wenn er tot ist. Die zustehende Abgeltung ist dann im Rahmen eines Kapitalbetrags zu berücksichtigen.<sup>906</sup>

#### IV. Möglichkeit einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO – behauptete Unzulässigkeit einer dynamischen Rente

Eine Anpassung der Rente ist möglich, wenn sich eine nicht vorhersehbare Verschlimmerung des Leidens ergibt.<sup>907</sup> In einem solchen Fall kann aber auch bei einer Kapitalabfindung ein zusätzliches Schmerzensgeld begehrt werden. Entsprechendes gilt dann, wenn beim Verletzten unvorhergesehener Weise seine Empfindungsunfähigkeit endet und er wahrnimmt, in welcher Situation er sich befindet.<sup>908</sup> Anders als bei einer Kapitalabfindung kann aber auch der Ersatzpflichtige eine Herabsetzung oder Einstellung der Rentenzahlungen erreichen, wenn es – etwa aufgrund des technischen Fortschritts – zu einer nicht vorhersehbaren Heilung kommt.<sup>909</sup>

Als Vorzug der Schmerzensgeldrente wird erwähnt, dass eine Anpassung an die Inflation möglich sein soll.<sup>910</sup> In den bisherigen Entscheidungen wurde dem Verletzten jedoch jeweils bescheinigt, dass er zu früh oder zu spät komme. Das OLG Nürnberg<sup>911</sup> hat ausgesprochen, dass eine Veränderung des Lebenshaltungskostenindex um 10 % anders als bei Unterhaltsansprüchen noch keine wesentliche Änderung darstelle; obiter dictum wird eine Änderung von 25 % für ausreichend erachtet.<sup>912</sup> Das LG Hannover<sup>913</sup> hat bei einer Änderung des Lebenshaltungskostenindex um 300 % ein Anpassungsbegehren mit der Begründung abgewiesen, dass die Summe der Rentenzahlungen den Kapitalbetrag bereits erreicht habe, so dass eine Anpassung ausscheide. Der BGH<sup>914</sup> hat nun ausgesprochen, dass unterhalb von 25 % eine Anpassung grundsätzlich nicht in Betracht komme.

ME ist vom Ausgangspunkt her nicht einzusehen, weshalb die Schmerzensgeldrente nicht als dynamische Rente ausgestaltet werden soll.<sup>915</sup> Wenn ins Treffen geführt wird, dass das Schmerzensgeld nicht an den Verbraucherpreisindex gekoppelt werden könne, weil es andere Ziele verfolge, ist darauf zu verweisen, dass es womöglich präzisere Indices geben mag. Anzuerkennen ist jedoch, dass das Schmerzensgeld die Funktion hat, dem Verletzten Erleichterungen und Annehmlichkeiten zu verschaffen, die Geld kosten. Sowohl bei der allgemeinen Kaufkraftparität ausländischer Verletzter als auch bei der Steigerung der Schmerzensgelder bei schwersten Verletzungen hat man diesen Umstand berücksichtigt. Es ist deshalb nicht einzusehen, davor die Augen zu verschließen; und solange kein tauglicherer Indikator zur Verfügung steht,<sup>916</sup> ist

901 OLG Köln VersR 1998, 244 (LS) unter Hinweis auf eine einschlägige Vorentscheidung des gleichen Gerichts.

902 OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 18736.

903 OLG Thüringen zfs 1999, 419.

904 OLG Karlsruhe NJOZ 2014, 1463.

905 OLG Thüringen zfs 1999, 419; Abgeltung der ersten 2,5 Jahre; für eine Abstufung der Rente wegen der Gewöhnung.

906 OLG Köln NJW-RR 2003, 308; Jaeger/Luckey, Rn 133; Geigel/Parday, Kap. 7 Rn 19.

907 Jaeger/Luckey, Rn 137; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 781; Heß/Burmann, NJW-Spezial 2012, 265, 266.

908 BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (Deutsch), wö deshalb ein Feststellungsantrag für zulässig angesehen worden ist.

909 MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 62.

910 BGH NJW 1976, 1147.

911 OLG Nürnberg VersR 1992, 623.

912 Noch restriktiver Nothoff, VersR 2003, 966, 970.

913 LG Hannover NJW-RR 2002, 1253 = zfs 2002, 430 (Diehl).

914 BGH NJW 2007, 2475 (Teichmann) = VRR 2007, 342 (Luckey).

915 So aber BGH NJW 1973, 1653; Heß/Burmann, NJW-Spezial 2012, 265, 266; Nothoff, VersR 2003, 966, 970; Beschränkung auf extreme Ausnahmefälle.

916 Untauglich jedenfalls der Vorschlag von OLG Düsseldorf zfs 1986, 6: Abwägung zwischen dem Ausgleichsbedürfnis des Verletzten und dem für den Schädiger Zumutbaren; das ist nicht justizabel; der Verletzte hat nicht einmal einen ungefähren Anhaltspunkt, ab wann er eine Anpassung verlangen können soll.

eine Anknüpfung an den Verbraucherpreisindex durchaus angemessen.<sup>917</sup> Jedenfalls muss mE eine Anpassung an die Inflation in Betracht kommen. Es ist *Teichmann*<sup>918</sup> zu folgen, dass die Anknüpfung an das Unterhaltsrecht und eine Schwelle von 10 % angebracht wäre. Zu bedenken ist, dass der Verletzte dann immer noch für die bis dahin akkumulierten inflationsbedingten Wertverluste unentschädigt bleibt, was dem Ausgleichsprinzip widerspricht. Akzeptiert man diese Überlegungen, hat das Rückwirkungen auf die Bemessung der Kapitalentschädigung, bei der der Umstand der Geldentwertung mit ins Kalkül gezogen werden muss. Dass die einzelnen Rentenbeträge den fiktiven Kapitalwert des Schmerzensgeldes erreichen, ist von vornherein ein ungeeignetes Ausschlusskriterium.<sup>919</sup> Dabei wird nämlich nicht berücksichtigt, dass der Verletzte die Rentenbeträge später erhält, somit eine Abzinsung zu berücksichtigen ist. Hinzu kommt, dass es das Wesen einer Rente ist, dass deren Laufzeit länger oder kürzer sein kann als der ursprünglich veranschlagte Durchschnittswert. Dass das Urteil den geschuldeten Betrag endgültig festlegt,<sup>920</sup> ist somit bei einer Rente niemals zu erreichen.

- 137 Eine Anpassung soll nach verbreiteter Meinung<sup>921</sup> dann möglich sein, wenn sich zwischenzeitlich die Bemessungsdeterminanten in der Judikatur für die Zuerkennung von Schmerzensgeld verändert haben.<sup>922</sup> Einigermassen justiziabel ist das wohl nur dann, wenn es zu einem qualitativen Sprung in der Rechtsprechung kommt, wie das etwa bei der Zuerkennung eines nicht bloß symbolischen Schmerzensgeldes für empfindungsunfähige Verletzte der Fall ist. Die allgemeine Anhebung der Schmerzensgelder, namentlich bei schweren und schwersten Verletzungen, ist mE ein viel zu unbestimmter Maßstab, bei dem es außerordentlich schwer fiel, einen Punkt festzumachen, ab dem die Wesentlichkeitsschwelle erfüllt ist. Darüber hinaus bestehen dagegen mE Bedenken wegen der bestehenden Rechtskraft.

### I. Übertragbarkeit des Schmerzensgeldanspruchs

- 138 Der Schmerzensgeldanspruch ist übertragbar wie jeder andere Anspruch.<sup>923</sup> Er kann abgetreten und verpfändet sowie gepfändet werden,<sup>924</sup> und er fällt auch in die Insolvenzmasse<sup>925</sup> und in den Zugewinnausgleich.<sup>926</sup> Gegen eine Einbeziehung in den Zugewinnausgleich hat *Herr*<sup>927</sup> überzeugende Argumente vorgebracht. Am plausibelsten ist, dass der Schmerzensgeldanspruch dem Verletzungsoffer für die Linderung seiner Leiden zur Verfügung stehen soll, weshalb eine normative Korrektur des Vermögensbegriffs des Zugewinnausgleichs vorgenommen werden sollte. Der Entwurf des Bayerischen Staatsministeriums<sup>928</sup> sieht eine Ausklammerung nun vor. Auf dieser Linie liegt, dass er bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit des Antragstellers auf Gewährung von Prozesskostenhilfe nach § 120a ZPO nicht zu berücksichtigen ist.<sup>929</sup> Darüber hinaus ist der Schmerzensgeldanspruch vererblich.<sup>930</sup>

### J. Kein Übergang auf Sozialversicherungsträger

- 139 Es gibt keine in Bezug auf das Schmerzensgeld sachlich kongruenten Sozialversicherungsleistungen.<sup>931</sup> Das gilt insbesondere für die Verletztenrente des Unfallversicherers gem. § 56 Abs. 1 S. 1 SGB VII<sup>932</sup> – auch nicht beim Zusammentreffen mit einer Erwerbsunfähigkeitsrente nach § 93 SGB VI<sup>933</sup> – sowie einem

917 AA OLG Düsseldorf zfs 1986, 5; *Küppersbusch/Höher*, Rn 301.

918 NJW 2007, 2477.

919 So aber LG Hannover NJW-RR 2002, 1253 = zfs 2002, 430 (*Diehl*); *Nothoff*, VersR 2003, 966, 970; ebenso BGH NJW 2007, 2475 (*Teichmann*) = VRR 2007, 342 (*Luckey*).

920 So LG Hannover NJW-RR 2002, 1253 = zfs 2002, 430 (*Diehl*); *Nothoff*, VersR 966, 970.

921 Dem vorsichtig zustimmend *Küppersbusch/Höher*, Rn 301; *Diehl*, zfs 2002, 431; *Jaeger/Luckey*, Rn 137.

922 Für eine solche Anpassung bei exorbitanter Veränderung *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 22; beim Schmerzensgeld kommt es aber auf die Umstände des Einzelfalls an, so dass schon Probleme bei der Vergleichbarkeit gegeben sind; dazu ausführlich *Knoche/Biersack*, MDR 2005, 12 ff unter Bezugnahme auf die zum nachehelichen Unterhalt ergangene Entscheidung BGHZ 153, 372 = NJW 2003, 1796.

923 Palandt/*Grüneberg*, § 253 Rn 22; *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 63; *Wüssow/Schmitt*, Kap. 54 Rn 33.

924 Anders der Anspruch wegen Verletzung der Menschenwürde bei einer Vernehmung OLG Frankfurt NJW 2013, 75.

925 *MüKo/Oetker*, § 253 Rn 66; *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 3; anders aber ein Anspruch nach Art. 41 EMRK NJW 2011, 2296.

926 BGHZ 80, 384 = NJW 1981, 1836; *Jaeger/Luckey*, Rn 224; *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 9.

927 NJW 2008, 262 ff.

928 [www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/gesetzentwurf\\_angehoerigenschmerzensgeld.pdf](http://www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetze/gesetzentwurf_angehoerigenschmerzensgeld.pdf) Abruf am 1.12.2015.

929 OLG Saarbrücken FamRZ 2014, 1725.

930 BGH NJW 1995, 783; *Küppersbusch/Höher*, Rn 308.

931 *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 4; *MüKo/Oetker*, § 253 Rn 66.

932 *Küppersbusch/Höher*, Rn 273.

933 BGH NJW 2003, 1871.

Anspruch auf Unfallausgleich nach § 35 BeamtVG.<sup>934</sup> Deshalb ist ein Regressanspruch nach § 116 SGB X bzw § 81 a BVG zu verneinen.<sup>935</sup>

Davon zu unterscheiden ist der originäre Rückgriffsanspruch der gesetzlichen Unfallversicherung gegen den Arbeitgeber bei grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Schädigung nach § 110 SGB VII. Schädigt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, führt die ausschließliche Finanzierung der gesetzlichen Unfallversicherung zu einer schadenersatzrechtlichen Haftungsfreistellung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer. Dieser hat lediglich Ansprüche gegen die gesetzliche Unfallversicherung. Um aber eine ausreichende Schadensprävention sicherzustellen, räumt der Gesetzgeber der gesetzlichen Unfallversicherung bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit einen originären Rückgriffsanspruch im Ausmaß der getätigten Aufwendungen ein, freilich umfänglich begrenzt mit dem Schadensersatzanspruch, den der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber ohne die Haftungsprivilegierung hätte. Die Beweislast dafür trifft den Sozialversicherungsträger.<sup>936</sup> Bei grober Fahrlässigkeit bzw Vorsatz muss der Schuldvorwurf nicht in Bezug auf den konkreten Erfolg gegeben sein.<sup>937</sup> Der BGH<sup>938</sup> hat nun zu Recht ausgesprochen, dass es beim originären Regressanspruch gem. § 110 SGB VII anders als beim Regressanspruch nach § 116 SGB X auf die sachliche Kongruenz nicht ankommt und auch das Schmerzensgeld bei der Ermittlung der Obergrenze zu berücksichtigen ist; er hat damit eine Kontroverse in der Literatur<sup>939</sup> beendet. Während nach der Vorgängernorm des § 640 RVO der Arbeitgeber die Aufwendungen der gesetzlichen Unfallversicherung ohne betragliche Obergrenze zu ersetzen hatte, will § 110 SGB VII bewirken, dass der Arbeitgeber nicht stärker belastet wird als ohne Haftungsprivilegierung. Dass der Arbeitnehmer – auch während eines aufrechten Arbeitsverhältnisses – zur Berechtigung des Anspruchs Stellung zu nehmen hat, wird in Kauf genommen. Das gilt freilich für Vermögensschaden und Schmerzensgeld in gleicher Weise. Bedeutsam ist das – wie in der BGH-Entscheidung – namentlich dann, wenn der – fiktive – Schadensersatzanspruch wegen Mitverschuldens des Arbeitnehmers nicht in vollem Umfang besteht. Entsprechendes gilt für die Kürzung wegen einer mitwirkenden Betriebsgefahr oder einem Haftungsausschluss wegen des Familienangehörigenprivilegs.<sup>940</sup> Es ist denkbar, dass Regressansprüche mehrerer Sozialversicherungsträger miteinander konkurrieren, wenn sowohl die gesetzliche Rentenversicherung als auch die gesetzliche Unfallversicherung Renten an den Verletzten zahlen. In einem solchen Fall ist § 117 SGB X analog anzuwenden, so dass die Leistung an einen Sozialversicherungsträger auch schuldbefreiende Wirkung gegenüber dem anderen hat; und es Sache der Sozialversicherungsträger ist, eine Aufteilung im Innenverhältnis vorzunehmen.<sup>941</sup> Anders als bei § 843 Abs. 3, wo eine Kapitalabfindung einer Rente nur bei wichtigem Grund verlangt werden kann, kann gem. § 110 Abs. 1 S. 2 SGB VII der Regressberechtigte anstelle der Rente einen Kapitalbetrag fordern, was die Gerichte in die Lage versetzt, bei solchen Klagebegehren auch die Angemessenheit des Kapitalisierungszinssatzes zu überprüfen.<sup>942</sup> Wenn eine Person bei einem Unfall verletzt wird, bei dem ein Schädiger nach § 823 Abs. 1 oder § 7 bzw § 18 StVG haftet, die Einstandspflicht eines zweiten aber wegen der §§ 104 ff SGB VII ausgeschlossen ist, sind die Regeln der gestörten Gesamtschuld zu beachten.<sup>943</sup> Das bedeutet, der Verletzte kann einen Anspruch gegen den ersatzpflichtigen Schädiger nur durchsetzen, soweit dieser Schädiger auch ohne Haftungsprivilegierung des anderen Schädigers den Schaden letztlich hätte tragen müssen. Das hat auch Auswirkungen auf den Schmerzensgeldanspruch.<sup>944</sup>

140

## K. Gerichtliche Geltendmachung

### I. Prozessuale Möglichkeiten zur Reduzierung des Kostenrisikos

Beim Schmerzensgeld spielt das richterliche Ermessen eine besonders große Rolle. Für den Anwalt des Verletzten ist es trotz aller Tabellenwerke deshalb häufig schwierig, ex ante die Größenordnung des Betrags abzuschätzen, den das Gericht zusprechen wird. Um das Kostenrisiko des Klägers abzumildern, hat er die Möglichkeit, sich bei Überklagung auf § 92 Abs. 2 S. 2 ZPO zu berufen.<sup>945</sup> Diese Norm bewirkt, dass er keinen Abschlag bei der Überwälzung der Prozesskosten hinnehmen muss, wenn die Überklagung infolge der abweichenden Ermessensaübung im Rahmen des § 287 ZPO geringfügig war und der Zuspruch vom richterlichen Ermessen abhing. Bei Schmerzensgeldbegehren wird bis zu einem Betrag von 5.000 EUR eine

141

934 OLG Hamm NJW-RR 1994, 991; *Küppersbusch/Höher*, Rn 280; *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 47.  
 935 *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition), § 253 Rn 63.  
 936 BGH NJW 2008, 2033.  
 937 BGH NJW 2009, 681.  
 938 BGH NJW 2006, 3563 = SVR 2006, 431 (*J. Lang*) = VRR 2007, 26 (*Luckey*).

939 *Peck*, SP 2005, 123 ff; *Küppersbusch*, NZV 2005, 393 ff; *Lehmacher*, NZV 2006, 63 ff.

940 *Lemcke/Hess*, r+s 2007, 221, 228.

941 *Vatter*, r+s Sonderheft 2011, 122, 123.

942 *Küppersbusch*, r+s Sonderheft 2011, 60, 62.

943 *Lemcke*, r+s 2006, 52 ff.

944 *Lemcke*, r+s 2006, 52.

945 *Jaeger/Luckey*, Rn 1553.

Überklagung um 10 %, über 5.000 EUR um 20 % als geringfügig angesehen.<sup>946</sup> Bei (Teil-)Abweisung des Begehrens wegen eines Mitverschuldens bzw mangels Nachweises der Kausalität hilft § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO allerdings nicht weiter.<sup>947</sup>

- 142 Bedeutsamer ist aber in Durchbrechung des § 253 Abs. 2 S. 2 ZPO die Möglichkeit der Stellung eines unbezifferten Begehrens.<sup>948</sup> Auch bei diesem muss der Kläger eine Größenordnung<sup>949</sup> oder einen Mindestbetrag angeben, weil nur so eine Festsetzung des Streitwertes<sup>950</sup> sowie die Bestimmung der Zuständigkeit des Gerichts erfolgen können.<sup>951</sup> Zu beachten ist, dass das Gericht den Streitwert unter Bedachtnahme auf den Tatsachenvortrag des Klägers festsetzt, nicht aber unter den vom Kläger begehrten Mindestbetrag.<sup>952</sup> Führt das zur Zuständigkeit des LG anstelle des AG, muss der Kläger gem. § 281 ZPO einen Überweisungsantrag stellen, sofern sich der Beklagte nicht rügelos gem. § 39 ZPO in das Verfahren vor dem AG einlässt. Das Gericht ist dann ohne Verletzung des Grundsatzes *ne ultra petita* (§ 308 ZPO) in der Lage, dem Kläger einen nach oben offenen Betrag zuzuerkennen, den es für angemessen hält,<sup>953</sup> auch einen wesentlich höheren Betrag,<sup>954</sup> ja sogar ein Vielfaches des Begehrens.<sup>955</sup> Wählt der Kläger einen zu geringen Mindestbetrag, führt das dazu, dass er bei Zuspruch dieses Betrags durch das Gericht nicht beschwert ist,<sup>956</sup> selbst bei Annahme eines Mitverschuldens in der Rechtsmittelinstanz, wenn deshalb der begehrte Mindestbetrag nicht unterschritten wird,<sup>957</sup> so dass er gegen einen solchen Zuspruch kein Rechtsmittel ergreifen kann. Vor allem für den klägerischen Rechtsanwalt können sich daraus erhebliche Haftungsrisiken gegenüber dem eigenen Klienten ergeben.<sup>958</sup> Der klägerische Anwalt begeht einen Kunstfehler, wenn er einen bestimmten Betrag abschließend gerichtlich geltend macht und das Gericht infolge dieses eingeschränkten Begehrens vom Zuspruch eines höheren Betrags absieht.<sup>959</sup> Wenn er keinen Mindestbetrag nennt, sondern nur eine Vorstellung, trägt er kein Kostenrisiko, weil die Streitwertfestsetzung dann durch das Gericht erfolgt.<sup>960</sup>

## II. Verzinsung

- 143 Eine Pflicht zur Verzinsung des Schmerzensgeldbegehrens in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz ergibt sich aus dem Gesichtspunkt der Rechtshängigkeit sowie des Verzugs; und zwar auch gegenüber dem Erben.<sup>961</sup> Auch bei einem unbezifferten Klagebegehren sind Zinsen für den letztendlich zuerkannten Schmerzensgeldbetrag geschuldet,<sup>962</sup> freilich nur bei entsprechendem Begehren.<sup>963</sup> Umstritten ist, ob das Gericht eine Hinweispflicht nach § 139 ZPO trifft.<sup>964</sup> Bei außergerichtlicher Geltendmachung laufen die Verzugszinsen lediglich im Fall der Bezifferung, und auch nur dann, wenn der begehrte Schmerzensgeldbetrag realistisch und nicht erheblich überzogen erscheint.<sup>965</sup> Bei einer Zahlung durch den Ersatzpflichtigen ohne Zweckwidmung bei mehreren offenen Schadensposten laufen die Verzugszinsen für das Schmerzensgeld weiter.<sup>966</sup>

946 Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 25; Hofmann/Uhrich, JURA 2011, 643, 644.

947 Eggert, VA 2007, 64, 68.

948 Jaeger/Luckey, Rn 1484 ff; Küppersbusch/Höher, Rn 312 ff.

949 BGH NJW 2002, 3769; MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 67; Palandt/Grüneberg, § 253 Rn 24; Angabe der Größenordnung genügt, die Angabe eines Mindestbetrags ist nicht erforderlich.

950 Zur Maßgeblichkeit des Klagebegehrens und nicht der Schlüssigkeitsprüfung durch das Tatgericht KG VRR 2008, 282.

951 Hofmann/Uhrich, JURA 2011, 643.

952 Jaeger/Luckey, Rn 1539; Musielak/Voith, ZPO<sup>12</sup>, § 3 Rn 34.

953 BGHZ 132, 341 = NJW 1996, 2425 = JZ 1996, 1080 (Schlosser) = r+s 1996, 303 (Lemcke) = MDR 1996, 886 (Jaeger) = EWIR 1996, 681 (Schiemann); dazu Frahm, VersR 1996, 1212; MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 68; Palandt/Grüneberg, § 253 Rn 24; Küppersbusch/Höher, Rn 312; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 25.

954 OLG Hamm NJOZ 2014, 1334; Zuspruch von 40.000 EUR nach einem Mindestbegehren von 20.000 EUR.

955 BGH NJW 1996, 2425; NJW 2002, 3769; OLG Naumburg NZV 2015, 141; OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerkR 5/2008 Anm. 2 (Jahnke); Begehren weit über 10.000 EUR; Zuspruch 25.000 EUR.

956 BGHZ 140, 335 = NJW 1999, 1339 = LM ZPO § 253 Nr. 129 (Wax) = NZV 1999, 204 (Boin) = JR 2000, 152 (Probst) = JuS 1999, 1237 (K. Schmidt) = EWIR 1999, 331 (Grunsky) = SP 1999, 161 (Born) = zfs 1999, 193 (Diehl); NJW-RR 2004, 863 = SVR 2004, 301 (Jaeger); zfs 2004, 354; VersR 2004, 219; VersR 2002, 1521; OLG Hamm OLGR 1999, 327; Jaeger/Luckey, Rn 1493 ff.

957 BGH NJW 2002, 212 = JA 2002, 361 (Krauss) = EWIR 2002, 405 (Barnert); Jaeger/Luckey, Rn 1495; Küppersbusch/Höher, Rn 314; von Gerlach, VersR 2000, 525, 527.

958 Born, NZV 1999, 205.

959 Jaeger, VersR 2008, 366.

960 OLG Naumburg NJOZ 2014, 52.

961 OLG Köln NJW 1997, 3099.

962 BGH NJW 1995, 733; MüKo<sup>6</sup>/Oetker, § 253 Rn 67.

963 BGH NJW 1965, 531; Küppersbusch/Höher, Rn 318; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 70.

964 Dafür Jaeger/Luckey, Rn 229; aA Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 28; van Bühren/Lemcke/Jahnke/Jahnke, Teil 4 Rn 788.

965 Jaeger/Luckey, Rn 227; KG NJW-RR 2012, 920 = MedR 2012, 596 (Jaeger); Daran hat es gefehlt, was mE einen anwaltlichen Kunstfehler darstellt.

966 OLG München BeckRS 2013, 07721.

### III. Die Berücksichtigung von Spätschäden

**1. Grundsatz der Einheitlichkeit bzw Globalbemessung.** Besondere Schwierigkeiten bereiten Verletzungen, die zum Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz noch nicht ausgeheilt sind und die zu Spätfolgen führen können. Bei der Festlegung des Umfangs des Schmerzensgeldes gilt der Grundsatz der Einheitlichkeit<sup>967</sup> bzw Globalbemessung.<sup>968</sup> Das bedeutet, dass nicht nur die bereits eingetretenen Schadensfolgen in die Bemessung bei erstmaliger Festsetzung des Schmerzensgeldes einzubeziehen sind, sondern auch solche, die künftig eintreten werden und mit ausreichender Wahrscheinlichkeit vorhergesehen werden können.<sup>969</sup> Abzustellen ist dabei nicht auf die subjektive Kenntnis des Verletzten oder seines Anwalts, auch nicht auf den Kenntnisstand des Sachverständigen, dessen Gutachten das Gericht zugrunde legt, sondern darauf, was nach dem Wissensstand eines qualifizierten Sachverständigen zum Ende der mündlichen Verhandlung ermittelbar war.<sup>970</sup> Ein späterer Nachschlag für die beim Erstprozess nach diesen Maßstäben berücksichtigungsfähigen Schmerzen kommt dann nicht in Betracht.<sup>971</sup>

144

Ob ein Vorbringen im Prozess erfolgt ist, künftige Schmerzen nicht abschätzen zu können, darauf kommt es bei einer späteren Geltendmachung ebenso wenig an wie darauf, ob das Gericht solche Umstände in seinem Urteil berücksichtigt hat. Lediglich die Schmerzen, die damals objektiv nicht erkennbar waren, bleiben unberücksichtigt. Vom Grundsatz der Globalbemessung gibt es ausnahmsweise eine Durchbrechung, wenn die künftige Entwicklung sich objektiv überhaupt nicht abschätzen lässt.<sup>972</sup> Zielsetzung der Globalbemessung, also der Verhinderung der abschnittswisen Geltendmachung des Schmerzensgeldes, ist einerseits eine Justizentlastung, dass sich das Gericht möglichst nur einmal mit der Schmerzensgeldbemessung beschäftigen muss; andererseits soll aber verhindert werden, dass der Verletzte durch wiederholte Begehren in Summe mehr erhält als bei einmaliger Geltendmachung. Soweit er nach erstmaligem Zuspruch von Schmerzensgeld in einem weiteren Begehren einen Nachschlag begehrt, ist zu unterscheiden zwischen Hinderungsgründen eines Zuspruchs auf Ebene der Verjährung und der Rechtskraft.

145

**2. Drei unterschiedliche Kategorien künftiger Schäden.** Bei den künftigen Schäden sind drei Kategorien zu unterscheiden, nämlich mit ausreichender Wahrscheinlichkeit objektiv vorhersehbare, immerhin mögliche und nicht ausschließbare, sowie schließlich solche, an die ex ante in keiner Weise gedacht werden konnte, die sich aber ex post doch verwirklichen. Maßgeblich ist dabei weder die subjektive Erkennbarkeit für den Anspruchsteller noch die konkrete Geltendmachung im Prozess, sondern die Erkennbarkeit für einen einschlägigen Sachverständigen.<sup>973</sup> Diese Unterscheidung ist bedeutsam, weil sich daran unterschiedliche Rechtsfolgen in Bezug auf Verjährung, Zulässigkeit bzw Begründetheit einer Feststellungsklage und Rechtskraft ergeben. Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung 1. Instanz.<sup>974</sup> Die sicher vorhersehbaren sind bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen,<sup>975</sup> somit durch das Leistungsbegehren abgedeckt und spielen – jedenfalls im Regelfall – keine Rolle mehr. Die bloß möglichen künftigen Schäden werden typischerweise vom Leistungsbegehren nicht erfasst, was freilich klargestellt werden sollte. Insoweit ist eine Feststellungsklage zulässig, wofür ausreichend ist, dass künftige Schäden nicht auszuschließen sind.<sup>976</sup> Naturgemäß kann ungeachtet der Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs ein Erbe keine Feststellungsklage erheben, weil der Sachverhalt mit dem Tod des Verletzten abgeschlossen ist.<sup>977</sup> In Bezug auf vorhersehbare künftige Schäden läuft die Verjährungsfrist ab

146

967 OLG Koblenz NJW-RR 2013, 1433.

968 BGH VersR 2001, 876; BGHZ 128, 117 = NJW 1995, 781 = LM BGB § 847 Nr. 94 (Marly) = r+s 1995, 99 (Lemcke).

969 OLG Naumburg NJW 2015, 261 = VRR 2014, 425 (Luckey) = Wenker, jurisPR-VerKR 25/2014 Anm. 3; OLG München SP 2010, 396; OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 890; MüKo/Oetker, § 253 Rn 60.

970 BGH VersR 1982, 703; OLG Köln NJOZ 2014, 169; OLG München MDR 2013, 844; OLG Celle VA 2008, 183; OLG Köln zfs 1992, 82; OLG Frankfurt/M. zfs 1992, 325; OLG München VersR 1983, 735; Wenker, NZV 2014, 241, 242.

971 BGH NJW 1995, 1614 = LM § 847 BGB Nr. 95 (Grunsky); OLG Hamm NJWE-VHR 1996, 164; OLG Stuttgart MDR 1999, 1508; OLG Köln NJW-Spezial 2012, 681 = VRR 2013, 105 (Luckey); Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 33.

972 Palandt/Grüneberg, § 253 Rn 25; von Gerlach, VersR 2000, 525, 530; BGH NJW 2004, 1243 = r+s 2004, 216 (Lemcke) = BGHR 2004, 683 (Jaeger);

dazu Terbille, VersR 2005, 37; OLG Stuttgart NJW-RR 2003, 969; OLG Schleswig SP 2000, 196; Befristung auf zwei Jahre wegen Kopfschmerzen, deren Dauer in der Zukunft nicht überschaubar ist; selbst diesbezüglich kritisch Küppersbusch/Höher, Rn 302.

973 BGH NJW-RR 2007, 712 = r+s 2006, 257 (Lemcke) = VRR 2006, 223 (Burkard); OLG Düsseldorf SP 2008, 255.

974 OLG Hamburg MDR 2005, 451; OLG Schleswig OLGR 2005, 131.

975 BGH NJW-RR 2006, 712 = r+s 2006, 257 (Lemcke) = VRR 2006, 223 (Burkard); OLG Düsseldorf SP 2008, 255; OLG Stuttgart NJOZ 2010, 1374; von Gerlach, VersR 2000, 525, 530.

976 BGH NJW-RR 2007, 601 = SVR 2007, 294 (Benz); KG NZV 2006, 254; Zu den maßvollen Anforderungen im Rahmen der Darlegungslast sowie einer Pflicht des Gerichts zu einem Hinweis nach § 139 ZPO, wenn der Kläger diesen nicht genügt.

977 OLG Koblenz NJOZ 2012, 2063.

Kenntnis von Schaden und Schädiger in Bezug auf den Primärschaden. Für die Zukunftsschäden, die von einem Sachverständigen ex ante nicht als möglich angesehen wurden, läuft keine Verjährungsfrist, solange ihr Eintritt nicht als möglich erkannt wird. Sie sind auch bei der Bemessung nicht berücksichtigt worden.<sup>978</sup> Ein diesbezügliches Feststellungsurteil ist auch in solchen Fällen bedeutsam, weil der Anspruch dem Grunde nach rechtskräftig festgestellt worden ist.

- 147 **3. Verjährung.** Wegen des Grundsatzes der Schadenseinheit läuft die Verjährungsfrist nach Eintritt eines Primärschadens auch für alle von einem Sachverständigen zu diesem Zeitpunkt als bloß möglich vorhergesehenen Zukunftsschäden.<sup>979</sup> Um die Verjährung eines Anspruchs für solche Schäden zu vermeiden, muss der Verletzte einen Feststellungsantrag nach § 256 ZPO stellen.<sup>980</sup> Die Zulässigkeit eines solchen ist immer dann gegeben, wenn ein künftiger Schadenseintritt nicht auszuschließen ist.<sup>981</sup> Das wird bei so gut wie jedem Dauerschaden gegeben sein. Ausgeschlossen ist das Feststellungsinteresse somit nur, wenn überhaupt kein vernünftiger Grund gegeben ist, dass es zu Spätschäden kommen könnte.<sup>982</sup> Für objektiv nicht vorhersehbare Folgeschäden bedarf es zur Abwendung der Verjährung keiner Feststellungsklage, weil die diesbezügliche Verjährung erst mit dem Ende des Jahres zu laufen beginnt, in dem beim Verletzten die Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen dieses Teils des Schmerzensgeldanspruchs gegeben ist.<sup>983</sup> Kommt es bei einem Sachverständigen erst nach Ablieferung seines Gutachtens zur Erkenntnis über das Bestehen eines Ursachenzusammenhangs zwischen dem schädigenden Ereignis und den Beschwerden, muss sich der Verletzte ein solches Wissen nicht zurechnen lassen, vielmehr ist der Zeitpunkt seiner Kenntniserlangung vom Ursachenzusammenhang maßgeblich.<sup>984</sup>
- 148 Wird ex ante ein Folgeschaden auch nicht als möglich angesehen, führt ein stattgebendes Feststellungsurteil doch dazu, dass bei unvorhergesehenem Eintritt eines solchen Schadens der Verletzte sich mit dem Schädiger dann nicht mehr herumstreiten muss, ob der Anspruch in vollem Umfang oder wegen eines Mitverschuldens nur in gekürztem Ausmaß besteht. Auf außergerichtlichem Weg kann das gleiche Ergebnis erzielt werden, indem der Ersatzpflichtige, häufig ein Haftpflichtversicherer, gegenüber dem Verletzten erklärt, dass er ein Anerkenntnis für künftige Schäden abgibt, das die gleichen Rechtsfolgen wie ein Feststellungsurteil habe. Eine solche Klarstellung ist insoweit empfehlenswert, um sicherzustellen, dass damit nicht bloß ein Neubeginn der Verjährungsfrist nach § 212 Abs. 1 S. 1 eintritt, sondern wie bei einem Urteil eine 30-jährige Verjährungsfrist.<sup>985</sup>

- 149 **4. Rechtskraft eines vorangehenden Urteils bei späterer Geltendmachung zusätzlichen Schmerzensgeldes. a) Vollklage: Abgeltung der für einen einschlägigen Sachverständigen vorhersehbaren künftigen Schmerzen unter Einschluss von für diesen vorhersehbaren Komplikationen.** Von der Rechtskraft eines Urteils umfasst sind die künftigen Schmerzen, auf die sich der Kläger in seinem Begehren ausdrücklich bezogen hat, sowie diejenigen, deren Eintritt nach dem objektiven Kenntnisstand eines einschlägigen Sachverständigen zum Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz hinreichend wahrscheinlich ist.<sup>986</sup> Auch wenn sich die Gerichte nicht abschließend festlegen, ist dafür schon eine Wahrscheinlichkeit von 30 %<sup>987</sup> bis 40 %<sup>988</sup> ausreichend. Es kommt nicht darauf an, ob das Gericht diese in seinem Urteil berücksichtigt hat.<sup>989</sup> Ausgeklammert bleiben jedoch diejenigen, deren Eintritt bloß möglich, aber nicht – in der Bandbreite von 30 bis 40 % – wahrscheinlich ist.<sup>990</sup> Dies wird mitunter negativ ausgedrückt, dass nur solche Schmerzen ausgeklammert bleiben, die objektiv nicht vorhersehbar waren bzw mit denen ernstlich nicht zu rechnen war.<sup>991</sup> Diesbezüglich bedarf es von allen Beteiligten einer präzisen

978 OLG Köln VRR 2010, 187 (Luckey).

979 Busmann, MDR 2007, 446.

980 Zum inneren Zusammenhang von Feststellungsinteresse und Verjährung G. Müller, VersR 1998, 129, 136.

981 BGH NJW 2001, 3414; NJW 1998, 160; OLG Karlsruhe NJOZ 2008, 2031; OLG Brandenburg DAR 2008, 520 = jurisPR-VcrR 4/2008 Anm. 2 (Jahnke); MüKo/Oetker, § 253 Rn 71; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 27; Jaeger/Luckey, Rn 280, 1408; Heß/Burmann, NJW-Spezial 2005, 255, 256; Hofmann/Uhrich, JURA 2011, 643, 644.

982 BGH VersR 1991, 320; OLG Düsseldorf BeckRS 2014, 01262; OLG Brandenburg NJW-RR 2013, 1493; NZV 1989, 432; Wussow/Schmitt, Kap. 54 Rn 41; Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 68; Jaeger/Luckey, Rn 1527.

983 BGH NJW 2000, 861; Terbille, VersR 2005, 37, 40.

984 BGH NJW 1997, 2448.

985 Jaeger/Luckey, Rn 1523 ff; Küppersbusch, r+s 2002, 221, 225 unter Hinweis auf BGH VersR 1986, 684; VersR 1985, 62.

986 OLG Köln NJW-Spezial 2012, 681 = VRR 2013, 105 (Luckey); Schwächung des Immunsystems vorhersehbare Folge bei Milzverlust; OLG Koblenz OLGR 2005, 120; OLG Schleswig MDR 2002, 1068; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 33; Küppersbusch/Höher, Rn 316; A. Diederichsen, Homburger Tage 2004, S. 7, 27.

987 OLG München NJW-Spezial 2013, 266; Eggert, VA 2007, 64, 66; eine Nuance anders Terbille, VersR 2005, 37, 39; Busmann, MDR 2007, 446; jeweils 35 %.

988 BGH NJW 1988, 2300: 30 bis 40 %.

989 BGH NJW 1995, 1614 = LM § 847 BGB Nr. 95 (Grunsky); OLG München NJW-Spezial 2013, 266; SP 2002, 304; Küppersbusch/Höher, Rn 316.

990 BGH NJW 1995, 1614 = LM § 847 BGB Nr. 95 (Grunsky).

991 Terbille, VersR 2005, 37, 38.

Beschreibung der tatsächlichen Phänomene: Der Sachverständige muss sich klar äußern und Wahrscheinlichkeitskalküle angeben. Der klägerische Anwalt sollte ein klares Begehren verfassen. Sollte das für den klägerischen Anwalt nicht klar abschätzbar sein, sollte er zur Teilklage als Primärbegehren ein Eventualbegehren stellen, das auch Schmerzen einbezieht, von denen er im Primärbegehren behauptet, dass sie seiner Meinung (noch) nicht abschätzbar sind;<sup>992</sup> dann sollte aber jedenfalls zusätzlich ein Feststellungsbegehren erhoben werden, um sich gegen die Einrede der Verjährung zu wappnen. Das Gericht sollte das Urteil, aus dem sich die Rechtskraft ergibt, präzise formulieren.<sup>993</sup> Da nicht jeder der Beteiligten immer mit der gebotenen Sorgfalt vorgeht, kommt es nach einem erstmaligen Zuspruch von Schmerzensgeld und nachfolgend auftretenden weiteren Schmerzen zu einer Vielzahl von Folgeprozessen bzw Enttäuschungen des Verletzten, dass ein „Nachschlag“ nicht mehr in Betracht kommt. Mitunter wiegt sich der Geschädigte wegen eines Feststellungsurteils zu Unrecht in Sicherheit. Dieses nützt ihm nur etwas bezüglich der nicht mit einer Wahrscheinlichkeit von 30 bis 40 % vorhersehbaren Folgen, wobei zu erwähnen ist, dass es wegen dieser zur Abwendung der Verjährung eines Feststellungsbegehrens nicht bedurft hätte; immerhin muss deswegen bezüglich des Grunds des Anspruchs nicht mehr gestritten werden. Bezüglich der vorhersehbaren Folgen schließt die Rechtskraft des Leistungsurteils eine Nachforderung aus,<sup>994</sup> so dass sich auch das Feststellungsurteil nicht auf diese Schmerzen bezieht.<sup>995</sup> Um Komplikationen möglichst zu vermeiden, gibt es folgende Abhilfemöglichkeit:

Bezüglich der nicht vorhersehbaren Folgen steht dem Verletzten eine Nachklage zu. Auch wenn er die Erstklage nicht als Teilklage bezeichnet hat, stellt sich der im Erstprozess zuerkannte Betrag – ex post – als Teilschmerzensgeld dar.<sup>996</sup> Entsprechende Regeln müssen bei Zuspruch einer Rente gelten, ohne dass es auf die Voraussetzungen des § 323 ZPO (Wesentlichkeit, bloß für die Zukunft) ankommt.<sup>997</sup>

**b) Vollklage mit Risikozuschlag: Totalabgeltung auch der bloß möglichen Zukunftsschäden.** Der Verletzte kann sich nach einer Entscheidung des OLG Köln,<sup>998</sup> die vom BGH-Richter *von Gerlach*<sup>999</sup> ausdrücklich gebilligt wurde, dafür entscheiden, auch die bloß möglichen Zukunftsschäden mit in die Bemessung einzubeziehen. Dabei ist freilich zu beachten, dass bei diesen eine Kürzung nach dem Wahrscheinlichkeitsprozensatz zu erfolgen hat. Das OLG Köln<sup>1000</sup> hat pauschal 25 % angenommen;<sup>1001</sup> *von Gerlach*<sup>1002</sup> hält aber auch 5 oder 10 % je nach Sachlage für möglich. *Lemcke*<sup>1003</sup> widerspricht dem mit dem Argument, dass dann auch die Wahrscheinlichkeit berücksichtigt werden müsse, dass es zu einer möglichen Heilung komme. Der Vorteil für den Ersatzpflichtigen liegt darin, dass damit – jedenfalls im Regelfall – der Akt geschlossen werden kann. Der Verletzte erspart sich einen möglichen weiteren Prozess. Für ihn ist ein solches Vorgehen aber nicht ohne Risiko: Verwirklicht sich bei ihm nämlich tatsächlich das Risiko, ist das ausgerichtete Schmerzensgeld dafür viel zu gering. Dem steht freilich die Chance gegenüber, dass sich das Risiko nicht verwirklicht und er eine – geringfügige – Abgeltung für etwas erhält, was er nicht erleidet. Dazu kommt ein weiterer Aspekt: Auch in einem solchen Fall bedarf es der präzisen Umschreibung, von welchem Heilungsverlauf bzw welchen möglichen Komplikationen ausgegangen wird. In Bezug auf solche, die auch für einen Sachverständigen nicht als möglich vorhersehbar eintreten, muss dann eine Nachforderung immer noch möglich bleiben. Das hat der BGH auch in einem Fall angenommen, in dem es trotz eines abweisenden rechtskräftigen Feststellungsurteils zu nachfolgenden nicht vorhersehbaren Schmerzen gekommen ist.<sup>1004</sup> Er hat den Zuspruch damit begründet, dass das Klagebegehren und damit auch die Rechtskraft des Feststellungsurteils sich nicht darauf erstreckt hätten. Somit bedarf es auch bei Erhebung einer Feststellungsklage einer präzisen Umschreibung, welches Rechtsverhältnis, in concreto die Folgen welcher Verletzung, festgestellt werden sollte.<sup>1005</sup>

**c) Offene oder aufgedeckte Teilklage: Ausklammerung der noch nicht absehbaren Schadensfolgen.** Sofern die künftige Entwicklung noch nicht abzuschätzen ist, kommt auch die Möglichkeit einer Teilklage in Betracht.<sup>1006</sup> Eine offene Teilklage ist gegeben, wenn der Verletzte ausdrücklich<sup>1007</sup> bekundet, dass

992 So im Sachverhalt von OLG Naumburg NJW 2015, 261 = VRR 2014, 425 (*Luckey*) = *Wenker*, jurisPR-VerkR 25/2014 Anm. 3.

993 *Eggert*, VA 2007, 64, 67; zutreffend OLG Hamm NJW-RR 2014, 1444: Ausklammerung der Schmerzen einer mit großer Wahrscheinlichkeit erforderlichen künftigen Operation, Hinweis auf Absicherung durch Feststellungsurteil.

994 *Eggert*, VA 2007, 64, 66.

995 OLG Hamm NJW-RR 2014, 281.

996 *Berg*, NZV 2010, 63.

997 AA *Terbille*, VersR 2005, 37, 41.

998 OLG Köln VersR 1992, 975.

999 *Von Gerlach*, VersR 2000, 525, 530; so auch *Wussow/Schmitt*, Kap. 54 Rn 34.

1000 OLG Köln VersR 1992, 975.

1001 So auch *Geigel/Pardey*, Kap. 7 Rn 36.

1002 *Von Gerlach*, VersR 2000, 525, 530.

1003 *Lemcke*, r+s 2000, 309.

1004 BGH NJW-RR 2006, 712 = r+s 2006, 257 (*Lemcke*) = VRR 2006, 223 (*Burkard*). AA zu Unrecht OLG Koblenz NJOZ 2005, 2043.

1005 So eindringlich *Lemcke*, r+s 2006, 260.

1006 OLG Frankfurt VRR 2010, 122; OLG Brandenburg VRR 2007, 468 (*Luckey*).

1007 Auf die Ausdrücklichkeit abstellend *Terbille*, VersR 2005, 37, 38.

er Schmerzensgeld nicht für sämtliche Schmerzen verlange, sondern bloß für einen Ausschnitt.<sup>1008</sup> Üblich ist dafür der Ausdruck „immaterieller Vorbehalt“.<sup>1009</sup> Eine verdeckte Teilklage ist gegeben, wenn er das zwar nicht offen legt, dies aber aus der Stellung eines entsprechend formulierten Feststellungsantrags<sup>1010</sup> geschlossen werden kann. Das ist freilich mit Unwägbarkeiten verbunden,<sup>1011</sup> weil ein Feststellungsbegehren auch für nicht vorhersehbare, aber auch nicht ausschließbare künftige Nachteile zulässig und sinnvoll ist, etwa um den Grund des Anspruchs, namentlich den Ausschluss eines Mitverschuldenseinwands, grundsätzlich zu klären. Das Begehren ist dann insoweit zweideutig, als offen sein kann, ob durch das Leistungsbegehren bloß Schmerzensgeld unter Ausklammerung von solchen möglichen künftigen Nachteilen begehrt wird oder auch diese – womöglich gar nicht eintretenden künftigen – Nachteile abschließend abgegolten werden sollten.<sup>1012</sup> Maßgeblich ist mE nicht allein das Klagebegehren, sondern der Tenor und die Begründung des Urteils.

- 153 Ein Teilschmerzensgeldbegehren ist nur beschränkt zulässig. Unzulässig ist etwa eine Beschränkung auf in der Vergangenheit eingetretene Schmerzen<sup>1013</sup> oder auf solche für bestimmte Körperteile,<sup>1014</sup> aber durchaus eine nach Schadensarten<sup>1015</sup> und Zeitabschnitten nach dem Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz.<sup>1016</sup> Letzteres ist etwa plausibel, wenn der Sachverständige bei Verletzung eines Kleinkindes bloß die Auswirkungen bis zum 10. Lebensjahr vorhersehen kann, aber nicht darüber hinaus. Die Zäsur zwischen Vergangenheit und Zukunft ist in der Regel der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.<sup>1017</sup> Hintergrund der restriktiven Handhabung ist der Gedanke, dass weder das Gericht noch der Ersatzpflichtige wiederholt mit dem gleichen Sachverhalt behelligt werden sollen. Die Instanzgerichte tendieren dazu, den Kläger über die grundsätzliche Unzulässigkeit aufzuklären. Stellt der Kläger sein Begehren aber nicht um, sprechen sie Ersatz zu, als ob keine Teilklage erhoben worden wäre,<sup>1018</sup> also unter Einschluss der künftigen Schmerzen, die hinreichend wahrscheinlich sind, oder sie weisen das Begehren – wegen Unzulässigkeit – zur Gänze ab.<sup>1019</sup> Der BGH<sup>1020</sup> hat ausgesprochen, dass bei Unabsehbarkeit der künftigen Folgen eine Teilklage für die bis zum Ende der mündlichen Verhandlung eingetretenen Schmerzen möglich ist. Das ist insoweit eine Abkehr von der bisherigen Linie, als für die mit ausreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehbaren künftigen Schmerzen eine Teilklage gerade nicht zulässig war.<sup>1021</sup> Wegen der Unwägbarkeiten bezüglich des Ausmaßes der künftigen Schmerzen ist eine Ausklammerung auch bloß solcher möglich, die über das jedenfalls eintretende Mindestmaß eintreten werden, nicht aber solcher, die mit einer bestimmten Verletzung notwendigerweise verbunden sind.<sup>1022</sup> Das gilt auch für den Fall, dass der Verletzte bloß Ersatz für die Schmerzen bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz begehrt. Die Berücksichtigung der vorhersehbaren Schmerzen wird mit der Prozessökonomie begründet; das Gericht muss sich dann kein weiteres Mal betreffen, wenn künftige mögliche Schmerzen doch nicht eintreten.<sup>1023</sup>
- 154 Bei einer offenen Teilklage ist penibel darauf zu achten, dass diese mit einem Feststellungsbegehren verbunden wird. Diese hat Einfluss auf die Verjährung künftiger Schäden, wobei für die Beurteilung, was als künftiger Schaden anzusehen ist, der Zeitpunkt der Einreichung der Klage bei Gericht maßgeblich ist.<sup>1024</sup> Aus Sicht des Geschädigten ist es daher ratsam, eine solche Klage möglichst früh einzubringen, was auch

1008 OLG Celle OLGR Celle 2009, 948.

1009 Bamberger/Roth/Spindler (35. Edition), § 253 Rn 68; zur Teilklage ausführlich A. Diederichsen, Homburger Tage 2004, S. 7, 29; OLG Köln NJOZ 2015, 807: Schmerzensgeld bei Einbau eines Herzschrittmachers ohne Einwilligung; immaterieller Vorbehalt für mögliche Komplikationen bei Austausch.

1010 Eggert, VA 2007, 64, 66; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 36; OLG Oldenburg VersR 1997, 1109; aA OLG Oldenburg VersR 1998, 595.

1011 Eggert, VA 2007, 64, 67: Zweitbeste Lösung, größeres Risiko der Rechtskrafterstreckung.

1012 OLG Düsseldorf SP 2008, 255: Prozessvortrag lässt erkennen, dass der Kläger die gesamte künftige Entwicklung einbezogen wissen wollte.

1013 OLG Hamm zfs 2000, 247.

1014 Luckey, VRR 2005, 44, 46; Eggert, VA 2007, 64, 65.

1015 BGH NJW 2004, 1243 = r+s 2004, 216 (Lemcke) = BGHR 2004, 683 (Jaeger): Nekrose und Arthrose; mE Abgrenzung gegenüber bestimmten Körperteilen durchaus diffizil.

1016 Eggert, VA 2007, 64, 65 unter Hinweis auf BGH VersR 1966, 144; NJW 1975, 1463. Weitergehend

Berg, NZV 2010, 63: Zulässigkeit einer Klage auf einen erstrangigen Teilbetrag.

1017 Luckey, VRR 2005, 44, 46.

1018 OLG Karlsruhe OLGR 1998, 213; OLG Hamm VersR 1985, 844; Wussow/Schmitt, Kap. 54 Rn 34.

1019 So OLG Stuttgart in der Entscheidung BGH NJW 2004, 1243 = r+s 2004, 216 (Lemcke) = BGHR 2004, 683 (Jaeger).

1020 BGH NJW 2004, 1243 = r+s 2004, 216 (Lemcke) = BGHR 2004, 683 (Jaeger).

1021 So weiterhin OLG Celle OLGR Celle 2009, 948: Was an künftigen Schmerzen ausreichend vorhersehbar ist, kann nicht mit einem „Stichtagsschmerzensgeld“ abgesondert begehrt werden.

1022 Instruktiv das Beispiel bei Eggert, VA 2007, 64, 67: Nicht die künftigen Schmerzen wegen der Amputation eines Fußes, wohl aber die wegen der Gefahr einer Nachamputation bzw solche wegen des Risikos einer Entzündung.

1023 OLG Saarbrücken NJW 2011, 3169.

1024 BGH NJW 2000, 3287; Eggert, VA 2007, 64, 68; Heß/Burmann, NJW-Spezial 2005, 255, 256.

im Wege eines Adhäsionsverfahrens im Strafprozess<sup>1025</sup> möglich ist, dessen Entscheidung wie ein Zivilurteil wirkt,<sup>1026</sup> freilich mit dem Nachteil der fehlenden Bindungswirkung gegenüber dem Haftpflichtversicherer.<sup>1027</sup> Soweit ein künftiger Schaden wegen der Unwägbarkeit seines Eintritts bzw seines Umfangs ausgeklammert wird, er als solcher aber von einem einschlägigen Sachverständigen<sup>1028</sup> mit wenigstens 30 %iger Wahrscheinlichkeit vorhergesehen werden kann, läuft die Verjährungsfrist ab dem Ende des Jahres, in dem der Primärschaden eingetreten und ein entsprechender Kenntnisstand gegeben ist, wobei die grob fahrlässige Unkenntnis der Kenntnis gleichsteht. Trotz Ausklammerung läuft für diesen Anspruchsteil somit die Verjährungsfrist. Die Teilklage als solche hat für den Lauf der Verjährung des Restanspruchs keinen Einfluss. Die Unterlassung einer solchen Feststellungsklage stellt einen anwaltlichen Kunstfehler dar.<sup>1029</sup>

**d) Würdigung.** Die Einbeziehung bloß möglicher Zukunftsschäden in die Bemessung (Vollklage mit Risikozuschlag) ist für den Verletzten ein Vabanquespiel, weil bei Realisierung des Risikos das Schmerzensgeld völlig ungenügend sein kann. Dass sich das Risiko bei anderen solchen Verletzten nicht realisiert, ist für den konkret Betroffenen kein Trost; nur für den Haftpflichtversicherer stimmt die Bilanz, weil er insgesamt nicht zu viel und nicht zu wenig bezahlt. Eine Nachforderung kommt in einem solchen Fall grundsätzlich nicht in Betracht. Bei einer normalen Vollklage ist zu klären, welche Verschlimmerungen abgegolten sind und welche nicht, woraus sich ergibt, dass diejenigen, die sich schlussendlich realisieren, davon nicht erfasst sind. Jedenfalls sollte bei jedem Dauerschaden ein Feststellungsantrag gestellt werden, um zu vermeiden, dass einer weiteren Nachforderung zwar nicht die Rechtskraft des Vorurteils im Weg steht, der diesbezügliche Anspruch aber inzwischen verjährt ist. Der Klarheit halber soll zum Ausdruck gebracht werden, dass dieser sich auch auf immaterielle Nachteile bezieht, selbst wenn das im Zweifel anzunehmen ist.<sup>1030</sup> Mitunter heißt es, dass geltend zu machen ist, was dem Verletzten mindestens zustehe.<sup>1031</sup> Fraglich ist, ob damit bei Unwägbarkeit der künftigen Entwicklung sämtliche Zukunftsschäden ausgeklammert werden können oder nur die, die über das wahrscheinlich vorhersehbare Mindestmaß hinausgehen.<sup>1032</sup> Der Verletzte ist auf der sicheren Seite, wenn er sich für letztere Variante entscheidet. Eine Nachforderung kann bei einer Vollklage und einer Teilklage für solche Schmerzen geltend gemacht werden, bei denen auch ein einschlägiger Sachverständiger nicht mit der Möglichkeit des Eintritts rechnen musste, sowie für solche, für die wegen ihrer fehlenden Ausschließbarkeit ein Feststellungsantrag gestellt wurde und die bei Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz vom Sachverständigen zwar als möglich, aber nicht als wahrscheinlich eingestuft worden sind. Denkbar ist, dass eine Nachforderung deshalb nicht durchsetzbar ist, weil der Sachverständige im ersten Prozess die Wahrscheinlichkeit des Eintritts nicht erkannt hat. Dieser hat dann als Folge seines Kunstfehlers für die Nichtdurchsetzbarkeit dieses Teils der Schmerzensgeldforderung einzustehen.

155

**5. Abfindungsvergleich.** Erfolgt die Regulierung des Schmerzensgeldanspruchs im Wege eines Abfindungsvergleichs, bestehen für den Verletzten mindestens ebenso große Gefahren wie bei einem Urteil, dass Spätschäden unberücksichtigt bleiben.<sup>1033</sup> Das gilt insbesondere dann, wenn – wie nicht selten – die Formulierung des Abfindungsvergleichs durch den Ersatzpflichtigen, im Regelfall einen Haftpflichtversicherer, erfolgt, wo sich häufig folgende Formel findet: „ein für allemal abgefunden wegen aller Schadensersatzansprüche“.<sup>1034</sup> Auch wenn diesbezüglich die Regeln über die Rechtskraft eines Urteils nicht anzuwenden sind, sondern maßgeblich die rechtsgeschäftlichen Grundsätze der Auslegung sind, ist zu beachten, dass durch den Vergleich selbst bei einem immateriellen Vorbehalt sämtliche als objektiv wahrscheinlich anzusehenden Zukunftsschäden mitabgegolten sind,<sup>1035</sup> weil der Grundsatz der Globalbemessung auch bei einem

156

1025 Zu den Nachteilen der Durchsetzung eines Schmerzensgeldanspruchs im Adhäsionsverfahren *Luckey*, VRR 2005, 44 f. Geringe Kenntnisse des Strafgerichts von der Rechtsprechung zum Schmerzensgeld, ausgeprägtes Abstellen auf Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Schädigers wie im Strafrecht.

1026 BGH NJW 2015, 1252; OLG Karlsruhe NJOZ 2012, 81: Bei Grundurteil Bindung des Zivilgerichts im Betragsverfahren, dass kein Mitverschulden gegeben ist.

1027 BGH NJW 2013, 373; dazu *Höher/Mergner*, NZV 2013, 373.

1028 *Terbille*, VersR 2005, 37: Wissen des Facharztes des jeweiligen Sachgebiets.

1029 *Eggert*, VA 2007, 64, 66.

1030 BGH NJW 1985, 2022; *Bamberger/Roth/Spindler* (35. Edition) § 253 Rn 68.

1031 OLG Brandenburg VRR 2007, 468 (*Luckey*).

1032 So OLG Hamm VersR 2006, 1511: Schmerzen einer nicht erfolgreichen Operation der Bruststraffung und Vergrößerung unter Einschluss der künftigen Berührungsunempfindlichkeit, aber Ausklammerung der Entwicklung nach der Korrekturoperation nach voraussichtlich 5 Jahren.

1033 So auch die eindringliche Warnung von *Jaeger/Luckey*, Rn 298.

1034 OLG Saarbrücken SVR 2006, 179 (*Luckey*): In AGB keine überraschende und unangemessen benachteiligende Klausel.

1035 So in OLG Jena NJW-RR 2007, 605 = zfs 2007, 27 (*Diehl*): Nicht ausreichend war die Formulierung „Vorbehalten bleiben weitere immaterielle Ansprüche für den Fall einer Verschlechterung der Beschwerden“, da der Haftpflichtversicherer nachweisen konnte, dass es sich um vorhersehbare Beschwerden handelte.

Vergleich gilt.<sup>1036</sup> Welche-Zukunftsschäden vom Vergleich nicht erfasst sind, bedarf der präzisen Formulierung im Anschluss an das Gutachten des Sachverständigen; aus dem sich ergibt, welche Zukunftsschäden dieser für sicher bzw wahrscheinlich und welche er für bloß möglich erachtet. Häufig tappt der Geschädigte bzw sein Anwalt in die Falle, weil er sich nicht ausreichend bewusst macht, dass nicht nur die nach dem gewöhnlichen Verlauf zu erwartende Verschlimmerung des Leidens eine Nachforderung ausschließt, sondern dies schon dann der Fall sein soll, wenn das von der Warte eines medizinischen Sachverständigen „irgendwie vorhersehbar“; in concreto „nicht völlig absurd“ war.<sup>1037</sup> Das OLG München<sup>1038</sup> lässt dafür eine Komplikationsrate von 30 % mit der Gefahr von weitergehenden Schmerzen von 20 % genügen. Zudem ist zu beachten, dass ein später entstehender Mehrbedarf ersatzfähig bleibt und nicht durch die Globalbemessung des Schmerzensgeldes erfasst ist.<sup>1039</sup> Die Zulassung einer Anpassung des Schmerzensgeldes wird deutlich zurückhaltender gehandhabt als die Bejahung der Ersatzpflicht wegen einer konkret gewünschten Maßnahme.<sup>1040</sup>

- 157 Von einer endgültigen Abfindungserklärung, die auch unvorhersehbare künftige Schäden mit einschließt und die einem Blankoscheck gleichkommt, ist dem Verletzten grundsätzlich abzuraten. Ein zusätzliches Schmerzensgeld kann nach den Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 bei einem unvorhersehbaren Zukunftsschaden nur verlangt werden, wenn ein krasses Missverhältnis zwischen der Abfindungssumme und dem ohne Abfindungsvergleich gebührenden Schmerzensgeld besteht, wofür die Rechtsprechung ein enormes Auseinanderklaffen verlangt.<sup>1041</sup> Das wird nur dann angenommen, wenn das Festhalten des Ersatzpflichtigen gegen Treu und Glauben (§ 242) verstößt.<sup>1042</sup> Sollte eine solche Vereinbarung gleichwohl geschlossen werden, empfiehlt es sich festzuhalten, welcher Teil der Abfindungssumme als Risikoabschlag auf den Verzicht für unvorhersehbare Zukunftsschäden entfällt.<sup>1043</sup>

#### IV. Überprüfung der Schmerzensgeldbemessung durch ein Rechtsmittel

- 158 Die richterliche Schadensschätzung gem. § 287 ZPO ist nur in eingeschränktem Maße überprüfbar, und zwar nur in Bezug auf einen Verstoß gegen Rechtssätze, Denkgesetze oder Erfahrungssätze.<sup>1044</sup> Bei der Überprüfung erstinstanzlicher Entscheidungen durch das Berufungsgericht hat dieses nicht nur das Ermessen des Erstgerichts zu überprüfen,<sup>1045</sup> sondern eine richtige Entscheidung unter Anlegung seines eigenen Ermessens zu treffen.<sup>1046</sup>

### § 254 Mitverschulden

(1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.

(2) <sup>1</sup>Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen müsste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. <sup>2</sup>Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.

**Literatur:** *Armbrüster*, Auswirkungen von Versicherungsschutz auf die Haftung, NJW 2009, 187; *Berg*, Teilschmerzensgeldklagen, NZV 2010, 63; *Brüseken/Krumbholz/Thiermann*, Münchener Quotentabelle, NZV 2000, 441; *Bursch/Jordan*, Hamburger Quotentabelle, VersR 1985, 512; *Grüneberg*, Haftungsquoten bei Verkehrsunfällen, 14. Auflage 2015; *Henke*, Mitverursachung und Mitverschulden – Wer den Schaden herausfordert, muss den Schädiger schonen, JuS 1988, 753;

1036 OLG Hamm r+s 2001, 505.

1037 So in OLG Jena NJW-RR 2007, 605 = zfs 2007, 27 (Diehl).

1038 OLG München NJW-Spezial 2013, 266: Einsetzen eines künstlichen Knies nach Vergleichsschluss, Ablehnung jeglichen zusätzlichen Schmerzensgeldes.

1039 *Zoll*, in: FS Jaeger (2014) 473, 483.

1040 *Zoll*, NJW 2014, 967, 973.

1041 OLG Frankfurt/M. zfs 2004, 16; OLG Oldenburg zfs 2003, 590; OLGR Celle 2003, 264; OLG Hamm VersR 1998, 631; OLG Köln NJW-RR 1988, 924; Geigel/Pardey, Kap. 7 Rn 33; Jaeger/Luckey, Rn 1605.

1042 BGH VersR 1990, 984; *G. Müller*, VersR 1998, 129, 137.

1043 Daran hat es im Sachverhalt der Entscheidung OLG Köln NJW-RR 1988, 924 gefehlt.

1044 BGH NJW 1998, 2741.

1045 AA zu Unrecht OLG Koblenz MDR 2014, 220: Korrektur nur bei Fehlgriff in der Oktave.

1046 BGH NJW 2006, 1589; OLG Saarbrücken BeckRS 2015, 06748; OLG Düsseldorf NJOZ 2014, 645; OLG Naumburg VersR 2012, 118; OLG Köln VersR 2008, 364 (*Jaeger*); OLG Saarbrücken NJW 2008, 1166 = jurisPR VerKR 5/2008 Anm. 2 (*Jahnke*); OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2009, 1684 = jurisPR-VerKR 24/2009 Anm. 4 (*Krämer*).