

5. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum

Aktuelles zum
Personenschadensrecht

IVR

Düsseldorfer Schriften zum Versicherungsrecht

Veröffentlichungen des Instituts für Versicherungsrecht
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Band 29

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

5. Düsseldorfer Verkehrsrechtsforum

Aktuelles zum Personenschadensrecht



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2016 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2016 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

ISSN 1867-870X

ISBN 978-3-89952-929-6

Das Lebensalter des Verletzten – eine Bemessungs- determinante beim Schmerzensgeld?

Prof. Dr. Christian Huber *

Übersicht

I.	Bis heute keine überzeugende Formel gefunden, Schmerzen in Geld umzurechnen.....	1
II.	Unmögliche und mögliche rationale Aussagen.....	3
III.	Was sind die Vorgaben des BGH und wie verfährt die Praxis bei der Ermittlung der Schmerzensgeldhöhe?.....	6
IV.	Was ist die passende Vorentscheidung?.....	7
V.	Welche Rolle sollte das Lebensalter bei der Bemessung des Schmerzensgeldes spielen?	8
VI.	Wirtschaftliche Auswirkungen der hier vertretenen Ansicht	12
VII.	Konsequenzen für die Schmerzensgeldtabellen	14
VIII.	Resümee	16

I. Bis heute keine überzeugende Formel gefunden, Schmerzen in Geld umzurechnen

Wie man weder den Stein des Weisen noch eine Zauberformel für die Herstellung von Gold gefunden hat, ist es bisher auch nicht gelungen, eine überzeugende Formel für die Umrechnung von Schmerzen in Geld zu entwickeln. Dass es für erlittene Schmerzen eine Abgeltung geben soll, darüber herrscht Einigkeit. Wie viel genau geschuldet ist und wofür dann im Einzelnen, das ist umstritten. Billig soll die Entschädigung sein nach § 253 II BGB; das bedeutet angemessen, nicht aber knickrig oder gering. Die

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen. Dieser Beitrag ist eine Wiedergabe des Vortrages vom 19. Juni 2015. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten.

Höhe der Abgeltung für Schmerzen ist von verschiedenen Komponenten abhängig:

Eine Komponente ist, ob das Mitgefühl in einer Gesellschaft positiv besetzt ist oder man sich für seine Schmerzen eher schämen soll. Im protestantischen Norden trägt man den Schmerz nicht zur Schau. Im allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 hieß es noch: Die feinen Leute lassen sich ihre Schmerzen nicht in Geld abkaufen. Im barocken katholischen Süden zelebriert man selbst noch die Leiden – man denke nur an die schöne Leiche und den anschließenden Leichenschmaus.¹ Düsseldorf ist eine relativ weit nördlich gelegene deutsche Stadt, allerdings mit rheinländischer Festkultur – man denke nur an den Karneval. Das bedeutet, dass es jedenfalls an diesem *genius loci* Anknüpfungspunkte für das eine und das andere gäbe.

Eine zweite Komponente liegt darin, mit welchem Instrumentarium in der Vermögenssphäre aufgespürt wird, ob eine Einbuße nicht doch bei Betrachtung des Geldbeutels messbar ist – mit freiem Auge oder dem Elektronenmikroskop. Das Instrumentarium zum Aufspüren von Vermögenseinbußen ist im Pinke-Pinke-Land selbst sowie im restlichen deutschsprachigen Rechtskreis hoch entwickelt. Das Bemühen, beim Vermögensschaden möglichst genau zu rechnen, entspricht zudem deutscher Gründlichkeit. Dazu kommt das Leitbild des BGB, den Richter möglichst eng an das Gesetz zu binden. Idealbild ist der Subsumtionsautomat. Was nicht als Vermögensschaden identifizierbar ist, das ist eine pauschale Restgröße, die zudem nur in den im Gesetz ausdrücklich aufgezählten Fällen ersatzfähig ist, so § 253 I BGB.²

Im romanischen Rechtskreis liegt der Akzent der Wahrnehmung mehr bei den Gefühlen und weniger bei den Vermögenseinbußen. Beeindruckend ist, welchen Facettenreichtum das französische Recht bei den jeweils beeinträchtigten Gefühlen entwickelt hat. Demgegenüber wird beim Vermögensschaden eine globale Betrachtung angestellt.³ Dazu kommt der hohe Stellenwert der Souveränität des jeweiligen Gerichts bei Festlegung eines Pauschalbetrags.

¹ Ch. Huber NZV 2012, 5 (6 f.).

² Zu den – heute überholten – Beweggründen des historischen Gesetzgebers zu einem solch restriktiven Ansatz Schiemann in Staudinger, BGB 2005, § 253 Rn. 1 f.

³ Ch. Huber ZVR 2014, 49 ff.

II. Unmögliche und mögliche rationale Aussagen

Ob die Abgeltung der Gefühle oder der Vermögenseinbußen dominieren soll, das ist eine Frage der jeweiligen nationalen Rechtskultur.⁴ Darüber ist kaum eine rationale Aussage möglich. Ob das eine oder das andere überzeugender ist, dafür wurde der Stein des Weisen auch noch nicht gefunden. Sehr wohl ist aber eine rationale Aussage darüber möglich, welchem Verletzten im Vergleich zu einem anderen Verletzten mehr oder weniger zustehen soll. Die Antwort darauf ist auch abhängig davon, welches Verhältnis zwischen Vermögensschaden und Schmerzensgeld besteht.

Soweit eine Restitution möglich ist und durchgeführt wird, gebührt Ersatz den jeweiligen Aufwendungen. Das hat der BGH⁵ ausgesprochen, als eine Schlossfrau um mehrere 100.000 € ihren Zweitwohnsitz in der Schweiz behindertengerecht adaptieren ließ, wobei sie die Durchführung der Maßnahme nicht einmal in Angriff genommen, sondern bloß einen solchen verletzungsbedingten Bedarf behauptet hat. Bei der behindertengerechten Ausgestaltung eines Motorrads für einen Querschnittgelähmten hatte er kurz davor⁶ noch gegenteilig entschieden. Bemerkenswert und zugleich mutig ist, dass der damals an der Motorrad-Entscheidung beteiligte BGH-Richter *Zoll*⁷ dieses Judiz heute kritisch sieht. Es kommt nicht gar so häufig vor, dass ein BGH-Richter – in der Pension – den Wandel der Überzeugung durch sachliche Argumente öffentlich kundtut und sich von einer Entscheidung distanziert, die er selbst mitgetragen hat.

Berichtenswert ist in diesem Zusammenhang auch eine Entscheidung des OLG Koblenz,⁸ in der die Geschädigte nach einer Unterschenkelamputation die Kosten eines passgenauen Sattels zum Reiten 25 Jahre nach dem Unfall verlangt hatte. Das OLG Koblenz hat das auf vermehrte Bedürfnisse gestützte Begehren abgelehnt, weil „die Ausübung des Reitsports für ihr Leben vor dem Unfall (nicht) von so prägender Bedeutung war, dass sich die Wiederaufnahme des Reitsports als Ausdruck der Aufrechterhaltung eines erreichten Lebensstandards darstellt. (...) Insoweit liegt eine immaterielle Beeinträchtigung der Lebensfreude vor, deren Ausgleich unter dem Gesichtspunkt der Bemessung des Schmerzensgeldes zu erfolgen hat.“

⁴ *Vismara* PHI 2013, 138 ff.

⁵ BGH VersR 2005, 1559 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber* NZV 2005, 620 ff.

⁶ BGH VersR 2004, 482.

⁷ *Zoll* NJW 2014, 967 (972 f.) sowie *ders.* in Festschrift für Lothar Jaeger 2014, S. 473 (474 ff.).

⁸ OLG Koblenz VersR 2013, 725 ff. mit Anmerkung *Luckey*.

Die Kritik von *Luckey*⁹ und *Zoll*¹⁰ daran ist berechtigt. Bei den vermehrten Bedürfnissen kommt es nicht darauf an, bloß den Lebenszuschnitt im Unfallzeitpunkt wiederherzustellen oder zumindest anzunähern, sondern den im Vergleich zu einem Gesunden im weiteren Leben. Darüber hinaus sollen die vermehrten Bedürfnisse gerade eine Annäherung des Standards der privaten Lebensführung bewirken, wobei die Aufwendungen für konkrete Maßnahmen sehr viel mehr ausmachen als die Berücksichtigung im Rahmen des Schmerzensgeldes. Sollte durch das Schmerzensgeld auch eine solche konkrete Unbill abgegolten (worden) sein, was aber ein entsprechendes Vorbringen durch die Anspruchstellerin voraussetzt, woran es häufig fehlen wird,¹¹ wäre erwägenswert, beim Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse den anteiligen Schmerzensgeldanspruch in Abzug zu bringen. Das Interesse des Ersatzpflichtigen, typischerweise des Haftpflichtversicherers, den Akt möglichst rasch schließen zu können, muss insoweit gegenüber dem berechtigten Restitutionsinteresse des Geschädigten zurücktreten.¹²

Generell kann man folgende Aussage treffen: Soweit eine Annäherung an den Zustand wie ohne Schädigung nicht möglich ist¹³ oder keine entsprechende Maßnahme ergriffen wird, erfolgt die Abgeltung einer solchen (restlichen) immateriellen Einbuße durch das Schmerzensgeld. Ansonsten verhalten sich vermehrte Bedürfnisse und Schmerzensgeld ähnlich wie kommunizierende Gefäße: Der Ersatz ist am höchsten, wenn es zu einer möglichst weitgehenden Restitution kommt, also der Geschädigte viele konkrete Maßnahmen zur Herstellung einer Ersatzlage ergreift mit der Folge, dass das restliche Schmerzensgeld mäßig ausfällt. Der Ersatz ist demgegenüber am geringsten, wenn überhaupt keine Restitution stattfindet und bloß eine pauschale Abgeltung durch das Schmerzensgeld erfolgt, das dann zwar für sich höher ausfällt; aber der zuerkannte Gesamtbetrag ist geringer, weil keine weiteren Aufwendungen als vermehrte Bedürfnisse geschuldet sind.

Das Schmerzensgeld ist nunmehr im Kontext der §§ 249 ff. BGB geregelt. Das ist mehr als eine bloße Standortverlegung, sondern hat auch inhaltliche

⁹ OLG Koblenz VersR 2013, 725 (726 f.) mit Anmerkung *Luckey*.

¹⁰ *Zoll* NJW 2014, 967 (972); *ders.* in Festschrift für Lothar Jaeger 2014, S. 473 (478 ff).

¹¹ *Ch. Huber* in Nomos-Kommentar, BGB, 3. Aufl. 2015, §§ 842, 843 Rn. 212a.

¹² *Zoll* in Festschrift für Lothar Jaeger 2014, S. 473 (480).

¹³ Das österreichische Recht verwendet dafür den Begriff der Schaffung einer Ersatzlage. Dazu *Ch. Huber* in Schwimann (Hrsg.), Taschenkommentar zum ABGB, 3. Aufl. 2015, § 1323 Rn. 4.

Auswirkungen.¹⁴ Damit einher geht eine möglichst große Genauigkeit bei der Ermittlung des Umfangs – wie beim Vermögensschaden.¹⁵ Abzustellen ist auf subjektiv-konkrete Umstände, soweit das bei Schmerzen möglich ist. *Slizyk*¹⁶ plädiert gar für das Führen eines Schmerztagebuchs. Das halte ich für übertrieben und zudem unpraktikabel; schon beim Haushaltsführerschaden ist das schwer zu handhaben.¹⁷ Eine möglichst präzise Erfassung des Umfangs des Schmerzensgeldes entspricht aber dem Bemühen um Stimmigkeit mit dem Schadenskonzept des BGB. Dies dient auch der Vorhersehbarkeit der Rechtsfolge und damit der Bändigung von Eigenmächtigkeiten des jeweiligen Gerichts, wodurch eine Annäherung an einen Subsumtionsautomaten erreicht wird.

Auch die Funktion des Schmerzensgeldes sollte bedacht werden: Es geht um die Verschaffung von Erleichterungen und Annehmlichkeiten als Ausgleich für Schmerzen und Unbill. Das Schmerzensgeld muss dafür verwendet werden können, dem Verletzten etwas Gutes zu tun, auch wenn kein Verwendungsnachweis verlangt wird.¹⁸ Es ist eine Ausprägung der Kompensation und unterscheidet sich insofern von den Heilungskosten und den vermehrten Bedürfnissen, deren Ersatz von der widmungsgemäßen Verwendung abhängig ist. Zu beachten ist dabei: Je gravierender die Verletzung ist, umso weniger ist eine (vollständige) Kompensation für den zugefügten Schmerz zu erreichen. Geradezu den Endpunkt – dieser Fahnenstange – bildet die eigene Fallgruppe des empfindungsunfähigen Verletzten,¹⁹ der prototypischerweise jahrelang im Koma dahindämmert. Bei ihm sowie dem Verletzten, der die körperliche Beeinträchtigung um nur wenige Wochen oder Monate bis zum Tod überlebt, ist der Zuspruch von Schmerzensgeld mit dem herkömmlichen Ausgleichskonzept nicht zu begründen. Der Zuspruch erfolgt dabei durch eine normative Korrektur unter Bezugnahme auf die Zerstörung der Persönlichkeit.²⁰

¹⁴ So nachdrücklich *Lepa* in Festschrift für Gerda Müller 2009, S. 113 ff.

¹⁵ A.A. KG Berlin VersR 2011, 274: Das Schmerzensgeld ist nicht auf Heller und Pfennig bestimmbar und für jedermann begründbar.

¹⁶ *Slizyk*, IMM-DAT, 10. Aufl. 2014, Rn. 25.

¹⁷ Zu den Schwierigkeiten bei Darlegung des Haushaltsführerschadens *Ch. Huber* aaO (Fn. 11) §§ 842, 843 Rn. 173.

¹⁸ So BGH VersR 1991, 350.

¹⁹ BGHZ 120, 1 = VersR 1993, 327.

²⁰ Zur nahezu zeitgleichen Wende in der Judikatur in Österreich OGH, Urteil vom 23. April 1992, 6 Ob 535, 1558/92 (unveröffentlicht).

III. Was sind die Vorgaben des BGH und wie verfährt die Praxis bei der Ermittlung der Schmerzensgeldhöhe?

Um rationale Bemessungsdeterminanten ausfindig zu machen, ist es geboten, solche aus der Judikatur des BGH zu ermitteln, nachdem der Wortlaut der Norm – § 253 II BGB – keine näheren Angaben macht, abgesehen davon, dass der Ersatz „billig“ sein soll. Folgende Stehsätze finden sich: Der Ersatzbetrag muss „in einem angemessenen Verhältnis zu Art und Dauer der Verletzung unter Berücksichtigung aller für die Höhe maßgebenden Umstände stehen“.²¹ Wie groß der trichterliche Freiraum ist, belegt die Aussage, dass (bloß) „keine Willkür vorliegen“ darf sowie „das Bemühen um eine dem Schadensfall gerecht werdende Entschädigung erkennbar“ sein muss.²² Das ist ein besonders „weiches“ Kriterium; dagegen wird meines Erachtens kaum eine Bemessung verstoßen. Wann liegt schon Willkür vor! Zudem genügt das erkennbare Bemühen – auf einen Erfolg soll es nicht ankommen.²³ Gleichartige Verletzungen müssen immerhin annähernd gleiche Schmerzensgelder zur Folge haben.²⁴ Die Frage ist dann aber: Woran misst man die Gleichartigkeit der Verletzung?

Die Folge ist, dass von den Tatgerichten vorgenommene Bemessungen kaum jemals korrigiert werden. Wenn doch, dann zumeist bei Schwerstverletzungen wie Querschnittlähmung und schwersten Hirnschäden. Die Praxis orientiert sich an Schmerzensgeldtabellen.²⁵ De facto handelt es sich um Präjudizienrecht. Es geht um das Auffinden einer möglichst passenden Vorentscheidung. Allenfalls wird Bezug genommen auf die Geldentwertung unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Steigerung der Ersatzbeträge bei Schwerstverletzungen in den letzten Jahren stärker ausgefallen ist als die Inflation.²⁶ Die Begründung zur Schmerzensgeldhöhe fällt ansonsten dürftig aus.²⁷

²¹ BGH VersR 1988, 943.

²² BGH VersR 1976, 967.

²³ Ähnlich BGH NJW 1955, 1675: Betonung eines großen trichterlichen Freiraums.

²⁴ BGH VersR 1970, 281 (282).

²⁵ *Hacks/Wellner/Häcker*, SchmerzensgeldBeträge, 33. Aufl. 2015; *Slizyk*, Beck'schen Schmerzensgeldtabelle 2015, 11. Aufl. 2014; *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld, 7. Aufl. 2014; *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, Handbuch Schmerzensgeld, 2013.

²⁶ Mustergültig deutlich OGH ZVR 2012, 254 ff. mit Anmerkung *Ch. Huber*.

²⁷ *Luckey* SVR 2014, 125 (126).

IV. Was ist die passende Vorentscheidung?

Zumeist erfolgt ein isoliertes Abstellen auf das Verletzungsbild. Das Alter als Bemessungskomponente kommt entweder gar nicht vor;²⁸ oder Alter und Leidensdauer bei Dauerschäden sind eine Komponente unter anderen.²⁹ Zu berücksichtigen sei das allenfalls bei sehr jungen oder sehr alten Verletzten.³⁰ Aber wer ist schon (sehr) jung³¹ oder (sehr) alt? Und ist das richtig? Es drängt sich der Vergleich mit einem Wald auf. Jeder einzelne Baum hat seine Eigenart; gleichwohl ist folgende Einteilung bekannt: Es gibt Laub- und Nadelwälder. Bei einem Nadelwald gibt es Tannen und Fichten sowie Föhren und Lärchen. Selbst wenn ein Holunderstrauch und Brombeeren in einem Fichtenwald wachsen und eine vereinzelt Esche, dann wird er trotzdem als Fichtenwald bezeichnet, weil diese Bäume das Gepräge geben.

Bei der Schmerzensgeldbemessung gibt es außerordentlich viele berücksichtigungsfähige Determinanten, ähnlich wie es viele Pflanzen im Wald gibt. Es besteht aber die Gefahr, dass man vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr sieht. Die Wahrnehmung jeder einzelnen Pflanze birgt sogar die Gefahr, dass das Bewusstsein verloren geht, dass man sich im Wald befindet bzw. – wie einst *Hänsel* und *Gretel* – vom Pfad der Tugend abkommt und sich verirrt. Daher gilt es, nach einem prägenden Bemessungsansatz Ausschau zu halten, der die Leitlinie vorgibt. Das Lebensalter des Verletzten könnte ein solcher Ansatz sein. Das mag nicht der Stein des Weisen sein, aber ein Beitrag zu mehr Rationalität. Als man in Sachsen versucht hat, Gold herzustellen, ist man zwar daran gescheitert; immerhin hat man das Porzellan entdeckt.

²⁸ So bei *Wussow/Schmitt*, Unfallhaftpflichtrecht, 16. Aufl. 2014, Kap 54.

²⁹ So bereits RGZ 136, 60 (61): Erblindung eines älteren Menschen.

³⁰ BGH VersR 1978, 36 (38): 88-Jährige; VersR 1991, 350: 73-Jähriger hat keinen so langen Leidensweg wie ein jüngerer Mensch; ebenso *Oetker* in MünchKomm, BGB Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 253 Rn. 43; ähnlich *Vieweg/Lorz* in Juris-PK, BGB, 6. Aufl. 2012, § 253 Rn. 72: Alter ist bei Bemessung mit einzubeziehen.

³¹ Ähnlich die Rechtslage in der Schweiz durch Zubilligung eines Zuschlags; dazu *Landolt* in Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht, Bd. II 2013, Rn. 441: So bei Verletzten bis zum 40. Lebensjahr.

V. Welche Rolle sollte das Lebensalter bei der Bemessung des Schmerzensgeldes spielen?

Meine Ausführungen beschränken sich in der Folge auf Verletzungen mit Dauerschäden. Bei solchen Verletzungen sind zwei Dimensionen zu unterscheiden: Vom Lebensalter ist typischerweise die restliche Schmerzdauer abhängig. Davon zu unterscheiden ist, dass eine Verletzung in einem bestimmten Lebensalter besonders beschwerlich empfunden wird. Die meines Erachtens zentrale Bemessungskomponente beim Schmerzensgeld ist neben der Schmerzintensität die restliche Leidensdauer. Dazu gibt es in der Literatur indes diametral gegenläufigen Positionen:

Nach der einen ist das Schmerzensgeld (nahezu) ausschließlich nach der Schwere der Verletzung zu bemessen. Bei *Koziol*³² findet sich mit Bezug auf einen Beinverlust und eine Querschnittlähmung folgendes wörtliche Zitat: „(...) dem Geschädigten gelingt es häufig, sein Leid zu bewältigen und mit seiner Beeinträchtigung zu leben, so dass er nach einiger Zeit nicht wesentlich unglücklicher ist als ein Gesunder.“ Die gerade gegenteilige Position nehmen ein *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*:³³ Je länger eine Person leiden muss, umso höher muss das Schmerzensgeld sein, eigentlich im proportionalen Verhältnis.

Bei gegenläufigen Meinungen liegt die Wahrheit häufig zwischen den Extrempositionen, wenn auch nicht immer genau in der Mitte. Es ist das Wesen der Dialektik, dass man aus These und Antithese eine Synthese gewinnt. Die Aussage „jeder Verletzte fühlt sich nach einiger Zeit auch nicht viel schlechter als ein Gesunder“ ist jedenfalls nicht empirisch abgesichert. Nach meiner Einschätzung würden dieser Aussage die wenigsten Querschnittgelähmten zustimmen. Sie werden eine solche Äußerung als zynisch und menschenverachtend empfinden.³⁴ Worin könnte aber wenigstens ein Funken Wahrheit liegen?

Die allererste Phase von kerngesund zu beträchtlich malträtiiert wird von jedem auf Dauer Verletzten als besonders beschwerlich empfunden. Eine besondere Niedergeschlagenheit ist in diesem Lebensabschnitt zu beobachten, ehe der Verletzte ein neues Lebensgleichgewicht (emp-)findet und sich

³² *Koziol* in Festschrift für Heinz Hausheer 2002, S. 597 (600).

³³ *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi* aaO (Fn. 25) S. 13 ff.

³⁴ So auch *Slizyk* aaO (Fn. 16) Rn. 28.

von dem verabschiedet, was möglich war bzw. ohne Verletzung möglich gewesen wäre und sich auf den geringeren Aktionsradius einrichtet, der noch verblieben ist. Für diese erste Phase gebührt daher ein besonderer Zuschlag in Abhängigkeit davon, wie lange diese Phase gedauert hat oder dauern wird. Häufig ist das der Zeitraum, bis zu dem ein Endzustand eingetreten ist und keine weitere Heilung mehr möglich ist. Nach den Postulaten der subjektiv-konkreten Schadensberechnung ist das Ausmaß des ersatzfähigen immateriellen Schadens zudem abhängig von der Lebensführung und dem Lebensplan der verletzten Person.³⁵

Davon abgesehen ist aber die Leidensdauer der zentrale Ansatzpunkt für die Bemessung. Wenn Schmerzintensität und Gewöhnung daran zu einer konstanten Beeinträchtigung geworden sind, ist im Ausgangspunkt für die restliche Phase eine proportionale Berücksichtigung geboten. Der Anspruch einer die Geldentwertung berücksichtigenden Rente wäre dafür das angemessene Äquivalent.³⁶ Auch im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht besteht die Möglichkeit der Indexbindung an den Verbraucherpreisindex.³⁷ Allein, bisher wurde so etwas nicht begehrt. In Deutschland ist beim Schmerzensgeld der Anspruch einer Rente gegenüber der Kapitalentschädigung zudem bloß die Ausnahme von der Regel. Eine Rente gebührt nur bei besonders schwerer Beeinträchtigung, die der Verletzte jeweils aufs Neue als schmerzlich empfindet. Ist das aber nicht bei jedem Dauerschaden so? Bei welchem ist das anders? Womöglich ist diese Einschränkung jedenfalls mit diesem Argument rational nicht begründbar und auf lange Sicht gar nicht haltbar.³⁸ In absehbarer Zeit wird es eine große Senatsentscheidung zum Schmerzensgeld geben.³⁹ Womöglich führt diese dann zu neuen Leitlinien.

Schon derzeit besteht aber Konsens darüber, dass durch den Teilanspruch einer Rente neben dem Kapital keine unterschiedliche Belastung des Ersatzpflichtigen gegenüber der Zahlung eines ausschließlichen Kapitalbetrags erfolgen darf.⁴⁰ Wenn das so ist, dann sind der Anspruch von Kapital und zusätzlicher Rente oder eines ausschließlichen Kapitals bloße Modali-

³⁵ So zutreffend für die Sportausübung *Ebert* in Erman, BGB, 14. Aufl. 2014, § 253 Rn. 16; a.A. *Spindler* in Beck-OK, BGB Edition 35, § 253 Rn. 39.

³⁶ *Ch. Huber* in Festschrift für Egon Lorenz 2014, S. 603 (629 ff.).

³⁷ *Lackmann*, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 2013, Rn. 56 ff.

³⁸ *Ch. Huber* aaO (Fn. 36) S. 621.

³⁹ BGH r+s 2015, 94.

⁴⁰ OLG München VersR 1989, 1203.

täten der Ersatzleistung. Dabei ist zu beachten, dass der Vorzug der Rente darin liegt, dass diese die passende Befristung in sich trägt, nämlich durch das jeweilige Ableben des Verletzten.⁴¹

Vice versa liegt der Nachteil des Kapitalbetrags darin, dass für die Zeitdauer der noch zu erduldenen Schmerzen eine Prognose erforderlich ist, die naturgemäß mit Unwägbarkeiten belastet ist. Ausgangspunkt ist eine möglichst aktuelle Sterbetafel für durchschnittlich gesunde Menschen. Nach den Geboten der subjektiv-konkreten Schadensberechnung sind Abschläge zu machen wegen der anlage- oder verletzungsbedingt herabgesetzten Lebenserwartung des Anspruchstellers. Dass der verletzte Anspruchsteller wegen seiner besonders robusten Gesundheit eine höhere als die durchschnittliche Lebenserwartung hat, mag vorkommen, wird aber – schon wegen seiner Verletzung – die Ausnahme sein. In einem solchen Fall wäre ein Zuschlag geboten.

Dazu kommt das Problem des Kapitalisierungszinssatzes. Dieser liegt wegen des historisch tiefen Zinsniveaus im Moment meines Erachtens unter 1 %. Unter Berücksichtigung der Inflation müsste er sogar negativ sein. Das ist für den Ersatzpflichtigen bei der Schmerzensgeldrente vorteilhaft – in allen anderen Fällen, in denen die Rente der Regelfall ist, verhält es sich indes gegenteilig. Eine Abzinsung ist aber aus Gründen der Vergleichbarkeit wie beim Vermögenspersonenschaden jedenfalls geboten. Zu wenig sachgerechten Ergebnissen eine Ignorierung dieses Erfordernisses führt, zeigt eine Entscheidung des LG Saarbrücken,⁴² das 1984 (damals!) bei Erblindung an einen Verletzten „vor der Mitte des Lebens“ (ungekürzt) 150.000 € zugesprochen hat mit der Begründung, dass schon für einen Armbruch mit einer Leidensdauer von einem Monat 1.000 € gebühren und nicht einzusehen sei, dass für so viele Jahre mit einer gravierenderen Verletzung pro Zeiteinheit eine geringere Entschädigung gebühren soll. Die Ausgangsüberlegung ist meines Erachtens durchaus zu billigen, die Ausklammerung der Abzinsung – bei einem damals ganz anderen Zinsniveau – jedoch nicht.

Abschließend soll darauf eingegangen werden, dass manche Verletzungen in einem bestimmten Lebensalter entweder besonders beschwerlich sind

⁴¹ BGH VersR 1991, 350: Gerade bei älterem Verletzten – hier 73 Jahre – ist die Rente die angemessene Art der Entschädigung.

⁴² LG Saarbrücken DAR 1984, 323.

oder umgekehrt auch eine geringere Rolle spielen können. Zutreffend ist die Beobachtung einer Sondersituation für Kinder⁴³ und betagte Menschen. Bei einem 16-Jährigen ist die durch die Beinamputation erfolgende Beeinträchtigung bei der Sportausübung besonders schmerzlich.⁴⁴ Bei einem 4 ½-jährigen Kind gebührt ein Zuschlag gegenüber einem bei einem Geburtsschaden verletzten Kind, weil das 4 ½-jährige Kind noch eine rudimentäre Erinnerung an „das frühere Leben“ hat.⁴⁵ Demgegenüber ist zu beachten, dass Jugendliche oder Menschen in der Mitte des Lebens sich auf eine neue Situation besser einstellen können, weshalb älteren Menschen ein besonderer Zuschlag gebührt.

Von der quantitativen Dimension ist das aber viel geringer zu gewichten als die Dimension der Leidensdauer.⁴⁶ Das eine kann man mit dem anderen aber nicht pauschal verrechnen.⁴⁷ Auch in anderem Zusammenhang werden mitunter Äpfel mit Birnen verrechnet. Das OLG Naumburg⁴⁸ entgegnet dem Einwand des Beklagten, dass das Schmerzensgeld von 150.000 € zu hoch sei, weil der Verletzte bereits 66 Jahre alt sei, mit dem Argument, dass es beim Zuspruch in dieser Höhe bleibe, weil dem Haftpflichtversicherer ein zögerliches Regulierungsverhalten vorzuwerfen sei. Mein Anliegen lautet (auch) in diesem Zusammenhang: Bei der quantitativen Bestimmung der einzelnen Einflussgrößen sind diese nach Möglichkeit zu trennen und jeweils zu gewichten; vorzugehen ist mit dem Skalpell und nicht mit der Axt!

Bedacht werden sollte, dass infolge des Alters auch Abschlüge denkbar sind. Eine Potenzstörung bei einem 80-Jährigen hat nicht die gleiche Wertigkeit wie bei einem 35-Jährigen, sofern es sich nicht um jemanden wie Silvio Berlusconi handelt. Eine Narbe im Gesicht bei einer 80-Jährigen wird weniger starke Unbill auslösen als bei einer 25-Jährigen, wobei unter Verweis auf Jane Fonda auch da Ausnahmen denkbar sein mögen. Was indes keinesfalls überzeugt, das ist eine Aussage des KG⁴⁹ zum Schmerzensgeldanspruch eines 22-jährigen Verletzten, dass das körperliche Wohlbefinden bei einem jungen Menschen von größerer Bedeutung sei als

⁴³ Ausführlich dazu *Luckey* in Festschrift für Christoph Eggert 2008, S. 181 (191).

⁴⁴ OLG München BeckRS 2010, 23467.

⁴⁵ KG Berlin VersR 2012, 766.

⁴⁶ A.A. *Spindler* aaO (Fn. 35) § 253 Rn. 31.

⁴⁷ So aber *Küppersbusch/Höher*, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 11. Aufl. 2013, Rn. 293.

⁴⁸ OLG Naumburg VersR 2015, 505.

⁴⁹ KG Berlin KGR 2004, 510.

bei einem alten Menschen. Das sehe ich anders: Jeder fühlt sich gerne wohl, gleichgültig, ob jung oder alt.⁵⁰

VI. Wirtschaftliche Auswirkungen der hier vertretenen Ansicht

Anliegen dieses Vortrags ist nicht ein Plädoyer für die Anhebung oder Absenkung des Schmerzensgeldniveaus. Wenn ich mich dazu gleichwohl am Rande äußere, will ich offenlegen, dass ich kein Anhänger immer noch höherer Schmerzensgelder bin. Die Schallmauer von 700.000 € wurde vor kurzem durch eine Entscheidung des LG Aachen⁵¹ durchbrochen; allerdings erfolgte eine Rücknahme der Klage nach Hinweis der Abweisung des Begehrens über 500.000 € durch das OLG Köln.⁵² Besonders hohe Beträge machen insbesondere bei Verletzten keinen Sinn, denen man mit dem zuerkannten Schmerzensgeld nichts Gutes (mehr) tun kann, die wie Komapatienten (häufig) keine Schmerzempfindung mehr haben. Mitunter fließen beträchtliche Geldbeträge raffgierigen Erben zu, die sich womöglich niemals um den pflegebedürftigen Schwerverletzten gekümmert haben, schlimmstenfalls in Ermangelung von Erben sogar dem Fiskus.⁵³

Angemessener wäre insoweit ein Trauerschmerzensgeld⁵⁴ zugunsten wirklich trauernder Erben, vor allem aber eine angemessene Abgeltung der Pflegeleistungen, die meist von Angehörigen erbracht werden. Hier liegt vieles im Argen. Der in Deutschland ersatzfähige Stundenlohn liegt bei der Erbringung von Pflegeleistungen durch Angehörige bei ca. einem Drittel von Österreich, und das bei vergleichbarer Kaufkraftparität.⁵⁵ Vom Ansatz her sind auch die schweizerischen Werte auf österreichischem Niveau, nominell wegen der höheren Kaufkraftparität naturgemäß beträchtlich hö-

⁵⁰ So auch Luckey VRR 2011, 406.

⁵¹ LG Aachen BeckRS 2012, 02052: Schwerster Schaden eines 2 ½-Jährigen.

⁵² Dazu Jaeger VersR 2013, 134 (136 Fn. 27).

⁵³ Kritisch dazu Ch. Huber NZV 1998, 345 (351).

⁵⁴ Zum aktuellen Entwurf des Freistaats Bayern <http://www.justiz.bayern.de/presse-und-medien/pressemitteilungen/archiv/2015/16.php> samt Thesenpapier <http://www.justiz.bayern.de/presse-und-medien/pressemitteilungen/archiv/2012/19.php> (jeweils zuletzt besucht am 24.09.2015); dazu Zwickel NZV 2015, 214 ff; Hoppenstedt/Stern ZRP 2015, 18 ff; Kadner Graziano, RIW 2015, 549 ff.

⁵⁵ Dazu Ch. Huber aaO (Fn. 13) § 1325 Rn. 44 ff.; ders. aaO (Fn. 11) §§ 842, 843 Rn. 226 ff.

her.⁵⁶ Insofern ist die Intention von *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*⁵⁷ weitergehend. Sie fordern nicht nur eine taggenaue Bemessung, sondern auch eine Reduzierung der Billigkeit im Rahmen der Beurteilung des Einzelfalles. Die Festlegung von (abgestuften) Tagessätzen würde im wirtschaftlichen Ergebnis zu einer beträchtlichen Anhebung der Schmerzensgelder führen. Die Berechtigung soll an dieser Stelle dahingestellt bleiben.

Nach der Negativaussage und der Abgrenzung zu anderen Autoren will ich abschließend eine Botschaft verkünden, die Anliegen dieses Vortrags ist: Bei Akzeptanz des hier vorgeschlagenen Bemessungsansatzes käme es zu einer Umverteilung von den Alten zu den Jungen oder jedenfalls zu denen, die mitten im Leben stehen. Maßgeblich sollte die restliche Leidensdauer sein, die auch bei einem jungen Menschen gering sein kann.⁵⁸ Manche treten für das Lebensalter als zentrale Bemessungsdeterminante ein, ziehen daraus aber nur halbherzige Konsequenzen. *Luckey*⁵⁹ benennt – wie hier vertreten – das Alter als zentrale Bemessungskomponente, verweist aber darauf, dass das Schmerzensgeld bei alten Menschen nicht um die Abschreibungsquote sinken dürfe. Ähnlich äußern sich andere,⁶⁰ dass das Schmerzensgeld bei Jungen steigen, bei Alten aber auf dem bisherigen Niveau bleiben müsse.

Meine Position ist demgegenüber: Wer A sagt, muss auch B sagen. Ob die Alten gegenüber dem Status quo weniger bekommen sollen oder die Jungen mehr, das ist eine Frage des richtigen Schmerzensgeldniveaus. Das ist aber nicht mein Thema. Jedenfalls sollte es einen geringeren Ersatz für solche Verletzte geben, die bloß wenige Tage oder Wochen nach der Verletzung sterben, ohne das Bewusstsein erlangt zu haben.⁶¹ Bei diesen gebührt auch kein Zuschlag für die Eingewöhnung in eine neue Lebenssituation, die bei diesen nämlich gerade nicht stattfindet.

Bei der Bindung der Schmerzensgeldbemessung primär an die Leidensdauer des Verletzten ist eine präzisere Festsetzung der Schmerzensgeldhö-

⁵⁶ *Landolt* in *ZürchKomm*, OR, 3. Aufl. 2007, Art. 46 Rn. 375 f.

⁵⁷ *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi* aaO (Fn. 25) S. 13 ff.

⁵⁸ OLG Köln VersR 2003, 602: Zuspruch von 150.000 € (damals!) für Leiden eines 6-Jährigen für einen Zeitraum von 4 Jahren.

⁵⁹ *Luckey* VRR 2011, 406 (407).

⁶⁰ *Jaeger/Luckey* aaO (Fn. 25) Rn. 1106; *Spindler* aaO (Fn. 35) § 253 Rn. 31; *Slizyk* aaO (Fn. 16) Rn. 35.

⁶¹ So auch *Jaeger* VersR 2013, 134 (139).

he möglich. Es erfolgt ein Abgehen von der Tendenzaussage „anders bei besonders jungen oder besonders alten Verletzten“. Das ist viel zu unscharf, weil man darüber, wer besonders jung oder besonders alt ist, unterschiedlicher Meinung sein kann, ganz abgesehen davon, dass sich dieses Kriterium präziser quantitativ abstufen lässt. Schmerzensgeld sollte nicht pauschal nach der Schwere der Verletzung zuerkannt werden, sondern gewichtet nach dem Lebensalter bzw. präziser nach der restlicher Leidensdauer.

Das Argument ist simpel und hoffentlich deshalb bestechend: Es sollen die mehr erhalten, die eine noch längere Leidensdauer vor sich haben. Soweit eine Restitution im Weg der vermehrten Bedürfnisse möglich ist, wird die Zeitdauer ganz selbstverständlich berücksichtigt, so bei den Pflegeleistungen, aber auch beim Behindertenfahrzeug in Gestalt von Sprit und Reinvestition, aber auch anderen Sachinvestitionen oder Vermögensfolgeschäden.⁶² Die Neupositionierung des Schmerzensgeldes im Kontext der §§ 249 ff. BGB spricht zusätzlich dafür, die zeitliche Dimension bei Schmerzensgeld und substitutiven Ansprüchen wie denen von vermehrten Bedürfnissen, die eine Ausprägung des § 249 BGB sind, nicht gänzlich unterschiedlich zu behandeln.

VII. Konsequenzen für die Schmerzensgeldtabellen

Akzeptiert man den hier für sachgerecht beschriebenen Bemessungsansatz, hat das Auswirkungen für die Schmerzensgeldtabellen. Sie müssten zwar nicht neu, aber doch (um-)geschrieben werden. Die bisherigen Tabellen stellen allein auf die Art der Verletzung ab. Um eine möglichst präzise Anpassung an die Inflation zu ermöglichen, ist die Angabe des Entscheidungsdatums der ersten Instanz erforderlich. Das ist eine Annäherung an den Zeitpunkt der Einbringung der Klage;⁶³ dieser Zeitpunkt ist – im Gegensatz zum Datum der Entscheidung erster Instanz – einer veröffentlichten Entscheidung ebenso wenig zu entnehmen wie der Schluss der mündlichen Streitverhandlung, zu dem der klägerische Anwalt letztmalig eine Anpassung an die Inflation vornehmen könnte. Daher hat eine annähe-

⁶² Zu den Ausprägungen möglicher vermehrter Bedürfnisse *Ch. Huber* aaO (Fn. 11) §§ 842, 843 Rn. 204.

⁶³ *Ch. Huber* HAVE 2015, 258 (262).

rungsweise Aufwertung einer früheren Vergleichsentscheidung ab diesem Zeitpunkt mit dem Verbraucherpreisindex zu erfolgen, bei schwer(st)en Verletzungen mit einem weiteren Aufschlag.⁶⁴

Nach meinem Vorschlag wären zusätzlich aufzunehmen das Alter des Anspruchstellers im Zeitpunkt der Verletzung und dessen voraussichtliche Leidensdauer – jedenfalls bei einem Dauerschaden. Das kann nie offengelassen werden.⁶⁵ Anzugeben sind die angenommene normale Lebenserwartung sowie anlage- oder verletzungsbedingte Abschlüsse oder wegen der bis dahin robusten Gesundheit oder genetischer Faktoren in der Familie auch Zuschläge. Nach Möglichkeit sollten auch die Kriterien aufgenommen werden, die im Rahmen der Billigkeit zu einer Feinjustierung geführt haben. Das gilt jedenfalls für den Zuschlag für die Phase bis zur Erreichung eines neuen Gleichgewichts, allerdings nur dort, wo eine solche Eingewöhnung auch wirklich stattfindet.

Darüber hinaus sollte ausgewiesen werden, warum bei einem bestimmten Alter die Verletzung als besonders beschwerlich empfunden wird und deshalb ein höheres Schmerzensgeld gebührt, wobei aber auch eine allfällige zeitliche Begrenzung zu beachten ist. Ein Verletzter ist nicht ein ganzes Leben besonders jung! Zudem wäre es der Transparenz förderlich, wenn weitere Zu- und Abschlüsse für die Berücksichtigung bestimmter Umstände des Einzelfalles zumindest erwähnt würden, wenn schon eine Offenlegung der quantitativen Auswirkung auf die Höhe des Schmerzensgeldes unterbleibt.

Bei Akzeptanz des hier vertretenen Bemessungsansatzes kommt es zu einer Verschiebung des archimedischen Punktes: Es erfolgt dann nicht eine Anknüpfung an die Verletzung als solche, sondern an das Lebensalter bzw. die restliche Leidensdauer, präziser an das Produkt von Schmerzintensität und Schmerzdauer. Es entfällt dann ein Begründungsbedarf, warum bei einer bestimmten Verletzung einem jüngeren oder älteren Menschen ein höheres oder geringeres Schmerzensgeld zugesprochen werden soll. Durch

⁶⁴ So ausdrücklich und völlig zutreffend OGH ZVR 2012, 254 ff. mit Anmerkung *Ch. Huber*.

⁶⁵ So aber OLG Köln VersR 2003, 602: 10-Jährige, die bis zum Tode ca. 4 Jahre zu leiden hatte; ebenso *Slizyk* aaO (Fn. 16) Rn. 35: Alter als Bemessungsdeterminante unter Umständen verzichtbar. Diametral entgegengesetzt zum hier vertretenen Standpunkt *Born* in Festschrift für Lothar Jaeger 2014, S. 207 (219): Alter nur in den seltensten Fällen als vollkommen eigenständiger Umstand zu gewichten.

diese Präzisierung ist vielmehr erst der Bezugspunkt im Koordinatensystem definiert.

Dadurch lässt sich die Bandbreite des Zuspruchs auch präziser vorhersagen. Gravierende Fehlentscheidungen wie die folgenden⁶⁶ sind eher vermeidbar: Das OLG Hamm⁶⁷ hat für die Oberschenkelamputation eines Säuglings 125.000 € zugesprochen; demgegenüber hat das OLG Düsseldorf⁶⁸ für die gleiche Verletzung einer 11-Jährigen 220.000 € zuerkannt. Das OLG Bremen⁶⁹ hat einem Säugling bei Blindheit und Hirnschaden 100.000 € zugesprochen, das OLG Hamm⁷⁰ an eine 54-Jährige bei Beinlähmung sowie Harn- und Stuhlinkontinenz ebenfalls 100.000 €. Solche Ungereimtheiten würden bei Schmerzensgeldtabellen nach der hier vorgeschlagenen Struktur – hoffentlich – leichter auffallen.

VIII. Resümee

Wegen der stärkeren Berücksichtigung der Zeitkomponente würde das Schmerzensgeld wie der Personenvermögensschaden ein Stück weit genauer berechenbar. Es käme zu einem Plus an Rationalität bei der Bemessung und damit der Vorhersehbarkeit der Höhe des Zuspruchs. Ausgangsgröße für das Präjudiz, an das angeknüpft wird, wäre nicht bloß die Art der Verletzung und die damit verbundene Schmerzintensität, sondern auch das Lebensalter und die Lebenserwartung, kurzum das Produkt aus Schmerzintensität und Schmerzdauer. Bei Festlegung einer indexgebundenen Rente entfielen die Prognose der Leidensdauer sowie der Streit um den richtigen Kapitalisierungszinssatz. Die Folge wäre eine Umverteilung des Schmerzensgeldkuchens von den Alten zu den Jungen, präziser von den kurz Leidenden zu den lange Leidenden.

In jeder Oper wird das Publikum mit einer Schlussarie verabschiedet, möglichst einem Ohrwurm, der in Erinnerung bleibt. Da ich nicht singen kann, wähle ich als *second best* eine Metapher in Form eines Bildes, das autobiografisch geprägt ist. Ich lebe seit mehr als einem Vierteljahrhundert in

⁶⁶ So auch die Beurteilung von *Slizyk* SVR 2014, 10 (13).

⁶⁷ OLG Hamm VersR 2004, 200.

⁶⁸ OLG Düsseldorf Schaden-Praxis 2014, 121 ff.

⁶⁹ OLG Bremen BeckRS 2011, 16440.

⁷⁰ OLG Hamm BeckRS 2007, 65496.

Deutschland, die längste Zeit in Aachen. Aber dem Herkommen nach bin ich Äpler aus Österreich (geblieben). Trotz aller neuen Technologien von „TomTom“ über GPS bis Navi ist man dort in den Bergen bei Fußmärschen mit einer Wanderkarte unterwegs. Diese zeigt Entfernungen, Höhen und Tiefen, Berge und Seen sowie Wälder und Dörfer; kurzum das Wesentliche, um sich zu orientieren. Der Wanderkarte kann man aber nicht entnehmen, ob es sich um eine romanische, gotische oder barocke Kirche handelt, eine schicke Neubauvilla oder eine abrisssreife Bude.

Solche Orientierungspunkte benötigt man auch bei der Schmerzensgeldbemessung.⁷¹ Neben der Art der Verletzung und der damit verbundenen Schmerzintensität ist die Schmerzdauer die zentrale Bemessungsgröße. Diese gibt das Gepräge wie die Fichten dem Fichtenwald. Alle weiteren Umstände sind Beiwerk – vergleichbar mit den Brombeeren und dem Hohlendornbusch sowie einer Esche im Fichtenwald. Mein Thema lautete: Das Lebensalter des Verletzten – eine Bemessungsdeterminante beim Schmerzensgeld? Beim Titel muss das Wort „eine“ hervorgehoben werden bzw. der Untertitel akzentuiert werden im Sinne von „eine ganz maßgebliche Bemessungsdeterminante“; zudem sollte als Ergebnis am Ende nicht ein Fragezeichen, sondern ein Ausrufezeichen stehen. Damit ist sicher nicht der Stein des Weisen gefunden, aber ich hege die Hoffnung, wenn schon nicht Gold, so immerhin Porzellan präsentiert zu haben.

⁷¹ Slizyk aaO (Fn. 16) Rn. 21, 23: Grobraster, Kern-Bemessungskriterien.