

---

**René Schaffhauser** (Hrsg.)

---

# **Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht**

---

**2016**

---



Stämpfli Verlag

---

# **Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2016**

Redaktion

Prof. em. Dr. Dr. h.c. René Schaffhauser  
(Vorsitz, Herausgeber)

Dr. phil. Jacqueline Bächli-Biétry  
RA lic. iur. Manfred Dähler  
Prof. Dr. iur. Hardy Landolt, LL.M.  
Dr. med. Bruno Liniger  
Dipl. Ing. FH Erich Peter



Stämpfli Verlag

---

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.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2016

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter [www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com) erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-3228-2  
ISBN Judocu 978-3-0354-1370-0  
ISBN E-Book 978-3-7272-5963-0

---

# Brennpunkte der Schmerzensgeldbemessung

Prof. Dr. iur. CHRISTIAN HUBER, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht, RWTH Aachen

## Inhaltsübersicht

Abstract .....	98
1. Vorbemerkung .....	98
2. Eine vorgelagerte Frage: Sind rationale Aussagen zur Höhe des Schmerzensgeldes überhaupt möglich? .....	99
3. Die erste grundsätzliche Frage: Rang und Funktion des Schmerzensgeldes .....	100
3.1 Ist das Schmerzensgeld ein besonders wichtiger oder bloß ein subsidiärer Schadensposten? .....	100
3.2 Schmerzensgeld im Verhältnis von Restitution und Kompensation .....	101
3.2.1 Die grundsätzliche Einordnung .....	101
3.2.2 Verdeutlichung anhand von Beispielen .....	103
4. Die zweite grundsätzliche Frage: Das Schmerzensgeldniveau .....	105
4.1 Vergleich Österreich, Deutschland und Schweiz .....	105
4.2 Noch größere Spannbreite bei Blick nach Osten und Westen .....	107
5. Die dritte grundsätzliche Frage: Spannungsverhältnis zwischen möglichst klarer Berechenbarkeit versus möglichst großem richterlichen Freiraum im Rahmen der Einzelfallentscheidung .....	107
6. Erste Einzelfrage: Vermögensverhältnisse und Kaufkraftparität am Wohnort des Verletzten .....	108
7. Zweite Einzelfrage: Alter des Verletzten und Schmerzdauer .....	110
8. Dritte Einzelfrage: Bessere Geeignetheit einer Schmerzensgeldrente zur Umsetzung dieses Bewertungsansatzes .....	111
9. Vierte Einzelfrage: Zuspruch von mehr als bloß symbolischem Schmerzensgeld an eine empfindungsunfähige Person .....	113
10. Fünfte Einzelfrage: Geltendmachung des Schmerzensgeldes bei nicht oder schwer vorhersehbaren Folgen .....	114
11. Sechste Einzelfrage: Schmerzensgeldbemessung bei Privatbeteiligtenanschluss (Adhäsionsverfahren) .....	118
12. Siebte Einzelfrage: Trauerschmerzensgeld und Schockschaden .....	119
13. Abschließende Frage: Bedeutung von Schmerzensgeldtabellen .....	122
14. Resümee und Fazit .....	123

## Abstract<sup>1,2</sup>

*Der Anspruch auf Schmerzensgeld bzw. Genugtuung (in Österreich als Schmerzensgeld bezeichnet) aufgrund eines Verkehrsunfalls spielt in Österreich, Deutschland und der Schweiz eine bedeutende Rolle. Der vorliegende Beitrag basiert auf Vorträgen, die der Autor am 8.3. bzw. 12.5.2016 in Österreich gehalten hat. Er beleuchtet darin die Thematik anhand von grundsätzlichen Fragen und verschiedenen Einzelfragen, welche in den Rechtsordnungen der drei Länder gleichermaßen von Bedeutung sind. Erörtert werden Rang und Funktion des Schmerzen(s)geldes im Rahmen der Schadenersatzordnung, das allgemeine Niveau und die Bestimmung der Höhe des Schmerzensgeldes im Einzelfall (Bemessungsfaktoren, Bedeutung von Schmerzensgeldtabellen), Fragen der Ausrichtungsform (einmalige pauschale Zahlung und/oder Rente), der Zusprache an eine empfindungsunfähige Person, der Geltendmachung (bei nicht oder schwer vorhersehbaren Folgen; Adhäsionsverfahren) sowie Schockschaden und Trauerschmerzensgeld. Am Schluss des Beitrags erfolgt eine Zusammenfassung in 12 Sätzen.*

## 1. Vorbemerkung

Bei Personenschäden nach Verkehrsunfällen spielt der Schmerzensgeldanspruch, in der Schweiz als Genugtuung bezeichnet, deshalb für den Anspruchsteller eine ganz besonders große Rolle, weil diesem im österreichischen und deutschen Recht keine sachlich kongruenten Sozialversicherungsleistungen gegenüberstehen<sup>3</sup>, sodass der Anspruchsteller diesen Schadensposten allein behalten kann, ihn allerdings auch allein durchsetzen muss. In der Folge werden behandelt eine vorgelagerte Frage, drei grundlegende Fragen sowie sieben Einzelfragen. Abschließend werden die Auswirkungen der hier vertretenen Thesen auf die Schmerzensgeldtabellen untersucht und ein Resümee gezogen.

Eine besondere Brisanz des Themas ergibt sich wegen der großen Spannweite des Begehrens des Anspruchstellers und des Angebots des Ersatzpflichtigen. Nicht immer hat die Ausdehnung eines Schmerzensgeldbegeh-

---

<sup>1</sup> Das Manuskript beruht auf einem Vortrag vor der Oberösterreichischen Juristischen Gesellschaft in Linz am 8.3.2016 und in einer erweiterten Form auf der Fortbildungsveranstaltung der Richter/innen des OLG Linz in Bad Hofgastein am 12.5.2016.

<sup>2</sup> Im Folgenden stehen LG für Landgericht bzw. Landesgericht, OLG für Oberlandesgericht (jeweils in Deutschland und Österreich), BGH für den deutschen Bundesgerichtshof, OGH für den österreichischen Obersten Gerichtshof und BG für das Schweizerische Bundesgericht.

<sup>3</sup> Eine Ausnahme stellt im österreichischen Recht die Integritätsabgeltung nach § 213a ASVG dar; sie gebührt bei einem Arbeitsunfall bei grob fahrlässigem Verhalten des Arbeitgebers und hat zur Voraussetzung, dass die verletzte Person bei einem Dauerschaden Anspruch auf eine Versehrtenrente hat.

rens experimentellen Charakter. In einer jüngeren OGH-Entscheidung<sup>4</sup> hat der klägerische Anwalt das Schmerzensgeldbegehren auf 1 Mio € ausgedehnt. Das ist mehr als der 4-fache Betrag des bisherigen Höchstzuspruchs. Entweder wollte der Kläger bzw. sein Anwalt ausreizen, was möglich ist; oder er war mit den österreichischen Verhältnissen unzureichend vertraut. Wenn auch der OGH immer wieder betont, dass namentlich bei schwer(st)en Verletzungen das Schmerzensgeld nicht zu knapp bemessen werden soll und eine Anhebung gegenüber einer einschlägigen Vorentscheidung über die Inflationsrate hinaus vorzunehmen ist, so war eine Steigerung auf 400 % des bisherigen Höchstzuspruchs völlig unrealistisch.

Jenseits des Auseinanderklaffens zwischen dem Begehren des Anspruchstellers und dem Angebot des Ersatzpflichtigen, zumeist eines Haftpflichtversicherers, ist die Bandbreite des Zuspruchs durch die Instanzgerichte und den OGH noch immer beträchtlich. Der OGH greift in die Bemessung durch die Instanzgerichte zwar nur in krassen Fällen ein<sup>5</sup>; das ist freilich gar nicht so selten. Verwiesen sei auf die OGH-Entscheidung vom 22.1.2015<sup>6</sup>, in der der Haftpflichtversicherer 30.000.- € angeboten hat, der OGH aber schlussendlich 130.000.- € zugesprochen hat. Das ist indes keine Einbahnstraße, wie die OGH-Entscheidung vom 9.9.2015<sup>7</sup> belegt, in der die Instanzgerichte 45.000.- € zuerkannten, der OGH aber den Zuspruch auf 20.000.- € reduziert hat.

## 2. Eine vorgelagerte Frage: Sind rationale Aussagen zur Höhe des Schmerzensgeldes überhaupt möglich?

Die Rechtsprechung betont bei jeder sich bietenden Gelegenheit bei der Schmerzensgeldbemessung die Umstände des Einzelfalles. Angesichts solcher Einzelfallbezogenheit stellt sich die Frage: Kann die Wissenschaft zur rationalen Bemessung überhaupt etwas beitragen oder muss sie sich mit der Referierung von Einzelfallentscheidungen begnügen?

Wie bei so vielem in der Rechtsordnung ist auch in diesem Zusammenhang eine Ausgangsprämisse erforderlich. Diese lautet nach § 1325 ABGB in ähnlicher Weise wie für § 253 BGB und Art 47 OR: Für Schmerzen soll es eine Abgeltung in Geld geben. Wie hoch die Abgeltung für bestimmte Schmerzen aber sein soll, das ist der – jeweiligen – Rechtsordnung allerdings nicht zu entnehmen. Immerhin sind Aussagen zur relativen Gerechtig-

---

<sup>4</sup> OGH 17.10.2012, 3 Ob 183/12a, ZVR 2013/159 (Ch. Huber).

<sup>5</sup> Ähnlich die Rechtslage in der Schweiz; dazu Landolt in Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht II (2013) Rn 363: BG ist bei Annahme von Ermessensfehlern zurückhaltend.

<sup>6</sup> 2 Ob 175/14w, Zak 2015/241.

<sup>7</sup> 2 Ob 108/15v, Zak 2015/660.

keit möglich: Wer länger leidet, soll eine höhere Abgeltung erhalten als der, der kürzer leidet. Wer intensiver leidet, soll mehr bekommen als der, den das weniger schmerzt. Das sind komparative Aussagen. Aber gibt es ein Maß, um das Mehr oder Weniger präziser zu bestimmen?

Auch zwischen unterschiedlichen Beeinträchtigungen lässt sich eine Relation herstellen: 1 Tag Freiheitsbeeinträchtigung ist meist weniger gravierend als 1 Tag qualvolle Schmerzen<sup>8</sup>. Wovon soll die Bemessung des Schmerzensgeldes bei Körperverletzung aber abhängen? Nach dem Ausgleichsprinzip nur von den Verhältnissen des Anspruchstellers; oder sollte es darüber hinaus auch um Spezial- und/oder Generalprävention oder gar um Sanktionierung bzw. Abschreckung gehen<sup>9</sup>? Dann wäre auch auf die Umstände beim Täter abzustellen. Mein Plädoyer lautet: Das Schmerzensgeld ist ein zivilrechtlicher Schadensposten. Auszugleichen ist das Minus beim Anspruchsteller – auch in der ideellen Sphäre. Daher ist grundsätzlich allein abzustellen auf die Umstände in der Sphäre des Anspruchstellers.

### **3. Die erste grundsätzliche Frage: Rang und Funktion des Schmerzensgeldes**

#### **3.1 Ist das Schmerzensgeld ein besonders wichtiger oder bloß ein subsidiärer Schadensposten?**

Von vielen wird bei der Regulierung des Personenschadens der Fokus auf die Höhe des Schmerzensgeldes gerichtet, weil insoweit im deutschen und österreichischen Recht keine Konkurrenz zu Leistungen des Sozialversicherungsträgers besteht<sup>10</sup>. Je schwerer die Verletzung ist, umso mehr tritt das Schmerzensgeld in den Hintergrund; wirtschaftlich viel bedeutsamer sind dann der Erwerbsschaden und die Pflegeleistungen im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse. Die Ausgaben der Kfz.-Haftpflichtversicherer für das Schmerzensgeld betragen in Österreich immerhin 8 % der Gesamtaufwendungen bei Kfz.-Unfällen<sup>11</sup>. Wenn die Deckungssumme der Haftpflichtversicherung nicht ausreichend ist, ordnet § 336 S 2 ASVG an, dass ein «gerichtlich festgestellter Schmerzensgeldanspruch» den Ersatzansprüchen der Versicherer im Rang vorgeht. Diese Norm spricht für

---

<sup>8</sup> Zutreffend *Landolt in Hütte/Landolt*, Genugtuungsrecht II (2013) Rn 348. Dazu OLG Karlsruhe 12.11.2015, 9 U 78/11, VersR 2016, 254: Unterbringung in Psychiatrie belastender als Haft.

<sup>9</sup> So etwa *Schwintowski/C. Shah Sedi/M. Shah Sedi*, Handbuch Schmerzensgeld (2013) § 2 Rn 91.

<sup>10</sup> Auf die marginale Ausnahme des § 213a ASVG wurde in FN 3 hingewiesen.

<sup>11</sup> So die Auskunft des österreichischen Versicherungsverbands. In Deutschland vermag der GDV (Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.) auf Anfrage darauf keine Antwort zu geben, weil er es – nach eigener Behauptung – selbst nicht weiß.

die hohe Bedeutsamkeit, die die österreichische Rechtsordnung dem Schmerzensgeld beimisst. Es gibt indes auch andere Anordnungen, aus denen der Eindruck entsteht, dass das Schmerzensgeld im Rahmen des Personenschadens jener Schadensposten ist, der am ehesten verzichtbar ist. Gemäß § 106 KfG führt ein Verstoß gegen die Helmtragepflicht beim Motorrad und der Anschnallpflicht mit einem Sicherheitsgurt bei einem PKW durch den Geschädigten allein beim Schmerzensgeld im Rahmen des Mitverschuldens zu einer Kürzung des Anspruchs, während alle anderen Schadenersatzansprüche ungekürzt bleiben. In jüngerer Zeit erfolgte eine konsequente Erstreckung dieser – durchaus fragwürdigen – gesetzgeberischen Wertung auf den sportlich ambitionierte Radfahrer<sup>12</sup> sowie auf den Motorradfahrer ohne Schutzkleidung<sup>13</sup>.

## 3.2 Schmerzensgeld im Verhältnis von Restitution und Kompensation

### 3.2.1 Die grundsätzliche Einordnung

Durch die Monografie von *Apathy*<sup>14</sup> erfolgte eine Sensibilisierung für die Abstufung des Ersatzes, je nachdem, ob der Geschädigte sein Integritäts- oder Restitutionsinteresse geltend macht oder bloß Ersatz im Rahmen der Kompensation verlangt. Es kam zu einer *Kopernikanischen Wende*. *Apathy* hat diese Unterscheidung zwar nicht erfunden, aber herausgearbeitet, dass sie viel bedeutsamer ist als die bis dahin betonte Akzentuierung zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung. Der Fokus der Ausführungen bei *Apathy* lag bei der Abrechnung von Kfz.-Sachschäden. Seine Zentralthese bestand in der Ablehnung des Zuspruchs fiktiver Reparaturkosten, die bis dahin unter Bezugnahme auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung gebilligt wurden und zu einer Aufblähung des Schadensumfangs geführt hatten<sup>15</sup>. Der von *Apathy* gewählte Ansatz kann auch fruchtbar gemacht werden für die Auslotung des Verhältnisses zwischen Vermögensschaden und Schmerzensgeld.

Auf einen Kfz.-Schaden kann der Geschädigte in unterschiedlicher Weise reagieren, wobei das Ausmaß des Ersatzes von seiner jeweiligen Reaktion abhängig ist. Soweit es durch eine Reparatur nicht zu einer vollständigen Restitution kommt, gebührt dem Geschädigten zusätzlich noch ein merkanti-

---

<sup>12</sup> OGH 27.8.2014, 2 Ob 99/14v, ZVR 2014/218 (*Karner*).

<sup>13</sup> OGH 12.10.2015, 2 Ob 119/15m, ZVR 2016/10 (*Ch. Huber*); in diesem Sinn bereits *Ch. Huber*, Das Unterlassen der Benutzung von Sicherheitseinrichtungen (Gurt, Helm, Schutzkleidung) – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda aus Anlass von OGH 27.8.2014, 2 Ob 99/14v, ÖJZ 2015/37, ÖJZ 2016, 53 ff.

<sup>14</sup> Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979).

<sup>15</sup> Grundlegend OGH 10.4.1984, 2 Ob 13/84, JBl 1985, 41 (*Apathy*); in dieser Entscheidung hat der OGH das Gedankengebäude von *Apathy* übernommen.

ler Minderwert als Ausprägung des restlichen Kompensationsinteresses<sup>16</sup>. Der merkantile Minderwert ist dabei umso höher, je geringwertiger die Reparatur ist und umgekehrt. Der Ersatzbetrag ist dabei am höchsten, wenn die Reparatur besonders sorgfältig ausgeführt wird. Als Belegstelle sei eine Entscheidung des OLG Jena<sup>17</sup> genannt: Es ging um die Reparatur eines Ferrari F 50; diese erfolgte im Werk in Maranello an 206 Tagen unter Produktionsbedingungen. Die dafür anfallenden Kosten von 223.000.- € wurden anstandslos bezahlt. Wegen der sehr sorgfältigen Reparatur wurden vom sodann begehrten merkantilen Minderwert von 128.000.- € gerade einmal 56.000.- € zugesprochen.

Zum Sachschaden gibt es durchaus Entsprechungen beim Personenschaden: Vor allem bei einem schweren Dauerschaden gelingt häufig keine 100%ige Naturalrestitution. Ein Beinamputierter kann auch mit einer Prothese nicht so schnell laufen wie ohne Unfallverletzung. Das war nur bei *Oscar Pistorius* ausnahmsweise anders. Worum es typischerweise allein geht, das ist die Schaffung einer Ersatzlage. Bei dieser sind Abstufungen denkbar, zum Teil in der beruflichen Sphäre, jedenfalls aber in der privaten Lebensführung. Folgende Relation erscheint m.E. plausibel: Je stärker eine Annäherung an die Lebensführung ohne schädigendes Ereignis erfolgt, umso geringer kann das (restliche) Schmerzensgeld ausfallen. Je weniger das gelingt oder gewollt ist, umso höher muss das Schmerzensgeld bemessen werden. Es drängt sich ein Vergleich mit kommunizierenden Gefäßen auf, freilich mit der Modifikation, dass der Gesamtbetrag für den Geschädigten dann am höchsten ist, wenn eine möglichst umfassende Restitution erfolgt und das Schmerzensgeld «bloß» die restlichen Unlustgefühle abgelten soll.

Insoweit besteht eine Parallele zu den Reparaturkosten und zum merkantilen Minderwert. Wenn die Abdeckung eines konkreten verletzungsbedingten Mehrbedarfs erfolgt, namentlich bei Wohnsitz oder Fahrzeug, handelt es sich um ein vermehrtes Bedürfnis; das ist eine Ausprägung der Restitution. Soweit das nicht erfolgt oder restliche Defizite verbleiben, sind diese Unlustgefühle in Form des Schmerzensgeldes pauschal abzugelten; insoweit ist ein Fall der Kompensation gegeben. Durch diesen Pauschalbetrag soll der Verletzte in die Lage versetzt werden, sich andere Annehmlichkeiten zu finanzieren, um auf diese Weise eine Abmilderung seiner Leiden zu erfahren; das ist der Sinn und Zweck des Schmerzensgeldes.

---

<sup>16</sup> Zur Wechselwirkung zwischen Reparaturkosten und merkantilem Minderwert *Ch. Huber*, Der merkantile Minderwert beim Kfz.-Schaden – ein vernachlässigbarer oder vernachlässigter Schadensposten, FS-Welser (2004) 303 ff.

<sup>17</sup> OLG Jena 28.4.2004, 3 U 221/03, NZV 2004, 476.

### 3.2.2 Verdeutlichung anhand von Beispielen

In der Schwimmbad-Entscheidung des OGH<sup>18</sup> musste einem 14-Jährigen nach einem vom Schädiger zu verantwortenden Verkehrsunfall der rechte Oberschenkel und der linke Unterschenkel amputiert werden. Der bis dahin sportliche Jugendliche wollte weiterhin schwimmen, was auch seiner Gesundheit angesichts der erlittenen Verletzung besonders zuträglich war, wollte aber seine Stumpfe nicht in der Öffentlichkeit zur Schau stellen. Ihm wurden 50.000.- € an Schmerzensgeld zuerkannt. Abgewiesen wurde indes das weitere Begehren der Errichtungskosten eines privaten Schwimmbads auf dem Grundstück seines Großvaters in Höhe von 18.000.- €. Diese Sichtweise ist m.E. zu wenig differenziert.

In der Motorrad-Entscheidung des BGH<sup>19</sup> verlangte ein Querschnittgelähmter die Kosten des behindertengerechten Aufbaus für sein Motorrad. Der BGH wies ab, weil der Kfz.-Haftpflichtversicherer ohnehin für die Kosten eines behindertengerechten Kfz. aufgekommen sei und damit die Mobilität des Verletzten sichergestellt habe. Der Umstand, nicht mehr mit dem Motorrad fahren zu können, sei schon durch das Schmerzensgeld abgegolten. In dem mit der Entscheidung befassten VI. Senat des BGH befanden sich unter den mit der Entscheidung befassten Richtern offenbar keine Harley-Davidson-Fahrer. Sonst hätten sie ermessen können, dass sich die Fortbewegung in einem VW-Polo und das Dahinbrausen mit einer Harley – nicht nur durch die Prärie – signifikant unterscheidet. Es geht nicht bloß um Fortbewegung, sondern um Lebensgenuss!

Ich habe diese Entscheidung deshalb kritisiert, noch dazu, weil wenig später einer Schlossfrau die behindertengerechte Adaptierung ihres Zweitwohnsitzes ohne mit der Wimper zu zucken zugebilligt wurde, wobei fiktiv abgerechnet wurde, somit noch nicht einmal der Nachweis erbracht wurde, dass die begehrten Investitionen denn auch wirklich getätigt wurden oder würden. Es ist eine Sternstunde für einen akademischen Lehrer, wenn ein an der Entscheidung beteiligter BGH-Richter<sup>20</sup> sich in der Folge literarisch geoutet und kundgetan hat, dass er das heute im Lichte meiner Ausführungen gegenständig beurteilen würde.

---

<sup>18</sup> OGH 10.4.1991, 2 Ob 10/91, VersR 1992, 545, mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, Umfasst der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Errichtungskosten eines privaten Schwimmbades? – zugleich Anmerkung zur Entscheidung des OGH vom 10.4.1991 (Az. 2 Ob 10/91), VersR 1992, 545 ff.

<sup>19</sup> BGH 12.7.2005, VI ZR 83/04, NZV 2005, 629, mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, Behindernsbedingter Umbau – hat es der Schlossherr besser?, Besprechung von BGH 12.7.2005, VI ZR 83/04, NZV 2005, 629, NZV 2005, 620 ff.

<sup>20</sup> *Zoll*, Schadensregulierung bei vermehrten Bedürfnissen Schwerstverletzter, NJW 2014, 967, 972 f; *ders.*, Probleme bei Heilbehandlungskosten und vermehrten Bedürfnissen in Abgrenzung zum Schmerzensgeld, FS-Jaeger (2014) 473, 474.

In der Reitsattel-Entscheidung des OLG Koblenz<sup>21</sup> beehrte eine ca. 40-jährige Verletzte die Kosten eines behindertengerechten Reitsattels zur Ausübung des Reitsports nach einer Unterschenkelamputation. Das OLG wies das Begehren ab, weil die Verletzte seit ihrer Kindheit 25 Jahre nicht geritten sei. Es gehe daher nicht um die Aufrechterhaltung des bisherigen Lebensstils – das wäre als vermehrtes Bedürfnis ersatzfähig –, sondern um die bloße Beeinträchtigung der Freizeitgestaltung, welche bereits durch das Schmerzgeld abgegolten sei. Mit *Luckey* bin ich der Meinung, dass es darauf nicht ankommen kann. Maßgeblich ist allein, welche Aufwendungen erforderlich sind, um eine bestimmte Lebensphase möglichst so wie ohne Verletzung zu verbringen<sup>22</sup>.

In der Facelifting-Entscheidung des OGH<sup>23</sup> erlitt eine 45-jährige 1,62 m große und 72 kg schwere Friseurin aus Wien-Donaustadt als Folge des Todes ihrer Tochter eine seelische Erkrankung sowie einen Gewichtsverlust von 15 kg. Die Kunden im Friseurladen haben sich ihr gegenüber so geäußert, dass sie infolge der Gewichtsabnahme nun viele Falten im Gesicht habe. Daraufhin hat sie sich zu einem Facelifting entschlossen. Der OGH hat die dafür angefallenen Operationskosten von 9.000.- € zuerkannt sowie weitere 3.000.- € für die durch die Operation erlittenen Schmerzen; und das zusätzlich zum Schmerzgeld von 22.000.- € für die posttraumatische Belastungsstörung. Nach dem hier vertretenen Konzept ist die Entscheidung durchaus zutreffend. Eine mögliche Vorteilsausgleichung des erfreulicheren Erscheinungsbildes bei der Taille und den Oberschenkeln, hat sich doch die Gewichtsabnahme auch auf diese Körperstellen ausgewirkt, wurde in diesem Verfahren nicht angewendet.

In der Kapellenentscheidung des OLG Wien<sup>24</sup> war der Sohn der Mutter an einem Hirntumor erkrankt. Mutter und Tochter beschlossen für den Fall seines Todes, zu seinem Gedenken eine Kapelle zu errichten. Der Sohn ist in der Folge gesundet, die (studierende) Tochter ist aber bei einem Verkehrsunfall getötet worden. Die Mutter, deren langjährige Lebensabschnittsgemeinschaft in der Folge zerbrochen ist, hat eine posttraumatische Belastungsstörung erlitten und dafür Schmerzgeld wegen des Schockschadens erhalten. In dieser Situation hat sie zur Bewältigung der Trauerarbeit die Kapelle, die für den Fall des Ablebens des Sohnes geplant war, errichtet und die Kosten von ca. 22.000.- € vom Schädiger ersetzt verlangt. Das OLG Wien hat das Begehren abgewiesen, weil in medizinischer bzw. therapeutischer Hinsicht keine Notwendigkeit zur Errichtung einer solchen Kapelle

---

<sup>21</sup> OLG Koblenz 7.11.2011, 12 U 480/10, VersR 2013, 725 (*Luckey*).

<sup>22</sup> NomosKomm BGB<sup>3</sup>/Ch. Huber § 253 Rn 9.

<sup>23</sup> OGH 20.1.2005, 2 Ob 7/05a, ZVR 2005/47 (*Karner*).

<sup>24</sup> OLG Wien 21.5.2015, 15 R 67/15f, ZVR 2016/82 (*Ch. Huber*).

bestanden habe und eine tatsächliche Besserung nicht nachgewiesen worden sei.

Zu bedenken ist m.E. indes, dass auch Besuchskosten erstattet werden, ohne dass deren therapeutische Notwendigkeit bzw. deren Erfolg nachgewiesen werden muss. Dem Grunde nach ist ein solches Begehren m.E. durchaus gerechtfertigt; freilich – wie bei den Besuchskosten – nur in engen Grenzen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit; in Betracht käme ein Zuspruch bis zur Verhältnismäßigkeitsgrenze<sup>25</sup>. Zu bedenken ist, dass Sitzungen beim Psychotherapeuten und das Schlucken von Psychopharmaka auch etwas kosten und deren Erfolg in vielen Fällen mit beträchtlichen Unwägbarkeiten verbunden ist.

Aus den angeführten Beispielen lässt sich folgendes Zwischenfazit ziehen: Erforderlich ist eine Gesamtbetrachtung, nämlich eine Zusammenschau von Vermögensschaden und Schmerzensgeld. Je passgenauer die Restitution gelingt, umso geringer kann das restliche Schmerzensgeld ausfallen, weil ihm bloß Ergänzungsfunktion zukommt. Wenn der Vermögensschaden trotz aller Konzessionen an § 273 ZPO (im deutschen Recht § 287 ZPO, im schweizerischen Recht Art. 42 Abs. 2 OR) präzise berechenbar ist, dann sollte das auch beim Schmerzensgeld einigermaßen möglich sein.

## **4. Die zweite grundsätzliche Frage: Das Schmerzensgeldniveau**

### **4.1 Vergleich Österreich, Deutschland und Schweiz**

Ein Ansatzpunkt für den Vergleich des Schmerzensgeldniveaus ist der jeweils höchste Schmerzensgeldzuspruch. In Deutschland<sup>26</sup> sind das 700.000.- €, in der Schweiz<sup>27</sup> 221.600.- SFR und in Österreich<sup>28</sup> 220.000.- €. Diese (nackten) Zahlen bedürfen einer ersten Korrektur, indem ältere Entscheidungen mit dem Verbraucherpreisindex aufzuwerten sind. Dazu kommt, dass in der Schweiz wegen der deutlich höheren Lebenshaltungskosten das Schmerzensgeldniveau viel höher sein müsste<sup>29</sup>. Es darf aber auch insoweit nicht allein auf die Höhe des Schmerzensgeldes abgestellt werden.

---

<sup>25</sup> So OGH 23.4.2015, 2 Ob 132/14x, ZVR 2016/81 (*Ch. Huber*): Deckungskauf für einen teureren Maispflücker.

<sup>26</sup> LG Aachen 30.11.2011, 11 O 478/09, BeckRS 2012, 02052.

<sup>27</sup> BG 8.1.2008, 4A\_373/2007, BGE 134 III 97.

<sup>28</sup> OLG Linz 21.10.2014, 2 R 150/14p, ZVR 2015/94 (*Danzl*).

<sup>29</sup> So auch *Landolt in Hütte/Landolt*, Genugtuungsrecht II (2013) Rn 345.

Bei schweren und schwersten Verletzungen sind typischerweise auch Haushalts- und Pflegeleistungen abzugelten. Diese werden jedenfalls bei Erbringung durch Angehörige in Deutschland wesentlich geringer bemessen als in der Schweiz und Österreich. Beim Stundensatz erfolgt in Deutschland eine Annäherung an den Mindestlohn; der Haushaltsstundenlohn liegt derzeit zwischen 8.50 € und 10.- €. Demgegenüber wird beim Stundenlohn in der Schweiz und Österreich auf die Arbeitskraftkosten abgestellt. Man kommt dabei auf Werte, die um die 20.- € liegen. Die Arbeitskraftkosten legen den Bruttolohn samt Lohnnebenkosten zugrunde und beachten, dass es in Österreich 14 Monatsbezüge für 10 Monate Arbeit gibt. Die Annahme einer jährlichen Arbeitsleistung von 10 Monaten ist für Österreich eine durchaus großzügige Schätzung, wenn man Urlaub, Krankenstand und die im barocken Österreich nicht zu geringe Anzahl an gesetzlichen Feiertagen einbezieht. Zudem werden bei Pflegeleistungen in der Schweiz und Österreich Bereitschaftszeiten in großzügigerem Ausmaß als in Deutschland anerkannt. Dazu kommt, dass in der Schweiz durch die Bezugnahme auf die Schweizer Arbeitskräfteerhebung (SAKE) zur Ermittlung des Zeitaufwands für die Haushaltsführung die Beweishürden für den Nachweis des Stundenausmaßes geringer sind als in Deutschland und Österreich. Dadurch wird das absolut deutlich geringere Schmerzensgeld in der Schweiz und Österreich gegenüber Deutschland womöglich mehr als kompensiert.

Bei einem Blick in die romanischen Rechtsordnungen, namentlich die von Italien und Frankreich, fällt auf, dass Gefühle dort sehr viel differenzierter erfasst werden als im deutschsprachigen Rechtskreis. Mitunter werden in diesen Rechtsordnungen Einbußen über den Ersatz ideeller Schäden abgegolten, für die anderswo eine Erfassung im Rahmen des Vermögensschadens erfolgt. Als Beispiel möge der Hinweis des Südtiroler Anwalts *Wenter*<sup>30</sup> dienen, der das hohe italienische Angehörigenschmerzensgeld unter anderem damit rechtfertigt, dass damit nach Tötung des Ehemanns die Witwe in die Lage versetzt werde, das vom Ehemann in Angriff genommene in Eigenregie errichtete Einfamilienhaus fertig zu bauen; dafür bedürfte es im österreichischen Recht keines Angehörigenschmerzensgeldes, sieht doch die insoweit überaus einfühlsame höchstrichterliche Rechtsprechung vor, dass solche Aufwendungen als Unterhaltsleistungen nach § 1327 ABGB, der Entsprechung zu § 844 Abs 2 BGB und Art. 45/46 OR, ersatzfähig sind<sup>31</sup>. In Deutschland wurde wegen der gesetzlichen Anordnung, dass nach § 253 Abs 1 BGB für ideelle Schäden grundsätzlich keine Abgeltung in Geld erfolgt, eine beachtliche Kreativität und Sensibilität entwickelt, was alles ein Vermögensschaden sein kann.

---

<sup>30</sup> Schadensrecht, VGT 2012, 31 ff.

<sup>31</sup> *Ch. Huber*, Die Ersatzfähigkeit von Baueigenleistungen bei Verletzung und Tötung – ein in der Schweiz noch nicht entdecktes Phänomen, FS-M. Kuhn (2009), 259 ff.

## 4.2 Noch größere Spannbreite bei Blick nach Osten und Westen

An einer geradezu prototypischen OGH-Entscheidung<sup>32</sup> sei die Spannbreite des Ersatzes eines ideellen Schadens erläutert: Eine US-Amerikanerin, die ihren Wohnsitz in der Tschechischen Republik hatte, weil sie dort mit einem Einheimischen verheiratet war, wurde bei einem Verkehrsunfall in der Tschechischen Republik von einem österreichischen Lenker verletzt. Sie verklagte die österreichische Kfz.-Haftpflichtversicherung vor einem österreichischen Gericht, sodass der OGH schlussendlich Gelegenheit hatte, sich zur Höhe des Schmerzensgeldes zu äußern. Erbittert gerungen wurde um die Anwendung österreichischen oder tschechischen Rechts<sup>33</sup>, war doch das Schmerzensgeldniveau in Österreich (jedenfalls damals) 60-mal so hoch wie in der Tschechischen Republik. Wie groß die Divergenz zu den Größenordnungen ist, an welche die US-Amerikanerin gewöhnt war, verdeutlicht eine Entscheidung des (Berliner) KG<sup>34</sup>, in der eine verletzte US-Amerikanerin aussprach, dass das Schmerzensgeldniveau in den USA 20-mal so hoch sei wie in Deutschland.

Nach einer simplen Milchmädchenrechnung ergibt sich folgender Befund: Das Schmerzensgeldniveau Deutschlands beläuft sich seit mehr als einem halben Jahrhundert stets auf ca. das 3-fache der österreichischen Werte. Die Relation des Schmerzensgeldniveaus der Tschechischen Republik zu den USA ergibt sich somit aus einer simplen Multiplikation, nämlich Tschechischer Republik : Österreich, Österreich : Deutschland und Deutschland : USA oder  $60 \times 3 \times 20$ . Das ergibt 3.600. Um es auf den Punkt zu bringen: Wenn sie nach tschechischem Recht 1.- € erhält, sind es nach US-amerikanischem Recht 3.600.- €. Dass die verletzte US-Amerikanerin den zuerkannten Betrag als Almosen empfinden musste und jedenfalls keinesfalls als faire Entschädigung, kann man gut nachvollziehen.

## 5. Die dritte grundsätzliche Frage: Spannungsverhältnis zwischen möglichst klarer Berechenbarkeit versus möglichst großem richterlichen Freiraum im Rahmen der Einzelfallentscheidung

Die Schmerzensgeldbemessung im Rahmen des § 273 ZPO ist durch ein Rechtsmittel an den OGH nur begrenzt überprüfbar. Der OGH greift nur bei einer krassen Fehlbemessung ein. Wie weit die Instanzgerichte mitunter das

---

<sup>32</sup> OGH 4.11.2004, 2 Ob 237/04y, ZVR 2005/46 (*Ch. Huber*).

<sup>33</sup> Nach dem Haager Straßenverkehrsabkommen war der Unfallort maßgeblich, sodass die Schmerzensgeldhöhe nach tschechischem Recht zu beurteilen war.

<sup>34</sup> KG 23.4.2001, 12 U 971/00, VersR 2002, 1567.

Ziel verfehlen, belegt eine jüngere OGH-Entscheidung<sup>35</sup>: Nach Amputation der zweiten Zehe sprach das BerG 31.000.- € zu, nachdem der Kläger 45.500.- € begehrt hatte. Der OGH begrenzte den Zuspruch auf 21.500.- €, weil das BerG als Referenzentscheidung eine solche bei Amputation des Mittelfingers herangezogen hatte, während es in concreto um eine Zehe ging. Zudem hatte das Gericht öS und € verwechselt; jedenfalls beides zusammen war gewiss krass.

Umstritten ist, welche Bedeutung Tagessätze für die Bemessung haben. Widerstand gegen eine (zu) enge Bindung an Tagessätze kommt vor allem von den Zivilsenaten des OLG Linz. Eine vermittelnde Position nimmt *Danzl*<sup>36</sup>, der Senats-Präsident des für Verkehrsunfallsachen zuständigen 2. Senats beim OGH, ein, der diese als Bemessungshilfe, keinesfalls aber Berechnungsmethode bezeichnet. Was verbirgt sich dahinter auch noch? Es geht dabei um die Trennlinie zwischen Rechts- und Tatfrage, was Auswirkungen für die Überprüfung einer Entscheidung durch Rechtsmittel hat, namentlich an den OGH. Zudem geht es darum, ob die Festsetzung der Höhe primär durch den Richter erfolgt oder einen (medizinischen) Sachverständigen. Zu beobachten ist eine unbändige Lust der Gerichte, die Umstände des Einzelfalles berücksichtigen zu können. Das will man sich nicht aus der Hand nehmen lassen.

## **6. Erste Einzelfrage: Vermögensverhältnisse und Kaufkraftparität am Wohnort des Verletzten**

Die Mobilität der Bürger nimmt zu. Und wo gehobelt wird, da fliegen auch Späne. Beim Urlaub im Ausland erfahren die Touristen nicht immer nur Erholung und Genuss; mitunter kommt es auch zu Verkehrsunfällen, bei denen sie beträchtliche Verletzungen erleiden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Verletzten sind grundsätzlich ohne Einfluss auf die Schmerzengeldbemessung. Das ist eine normative Konzession an die Egalität: Der Schmerz des Armen ist nicht weniger wert als der des Reichen.

Selbstverständlich ist das nicht. Bei den vermehrten Bedürfnissen findet dieser Umstand durchaus Berücksichtigung. Die behindertengerechte Ausgestaltung von Wohnsitz und Kfz. ist davon abhängig, wie Wohnsitz und Kfz. beschaffen sind; davon profitiert grundsätzlich der Reiche: Je weitläufiger der Wohnsitz und je großzügiger das Kfz., umso höher wird die behindertengerechte Ausgestaltung ausfallen. Wer indes ohne Verletzung kein Auto hatte, der kann vom Ersatzpflichtigen die vollen Anschaffungskosten

---

<sup>35</sup> OGH 9.4.2015, 2 Ob 214/14f, ZVR 2015/201 (*Ch. Huber*).

<sup>36</sup> in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzengeld<sup>10</sup> (2013) 110.

abzüglich der Kosten für öffentliche Verkehrsmittel verlangen – davon profitiert der Arme oder auch der Grünbewegte, der ohne Verletzung nur mit öffentlichen Verkehrsmitteln unterwegs war.

Eine davon zu unterscheidende Frage ist, ob die Höhe des Schmerzensgeldes abhängig ist von der Kaufkraftparität am Wohnsitz des Verletzten. Das wurde in Deutschland und Österreich – anders als in der Schweiz – erst ansatzweise reflektiert. Dazu gibt es dort einen Dreiklang an BG-Entscheidungen innerhalb weniger Jahre. Womöglich stellte sich das Problem in der Schweiz deshalb häufiger, weil das Wohlstandsgefälle der Schweiz zu nahezu allen anderen Rechtsordnungen (besonders) groß ist. Das Anschauungsmaterial ist dort auch deshalb so reichhaltig, weil selbst für immaterielle Schäden Leistungen des Staates – ähnlich wie in Österreich beim Unterhaltsvorschuss an minderjährige Kinder – vorgesehen sind.

In der Ausgangsentscheidung<sup>37</sup> erwischte der Ehemann den kosovarischen Nebenbuhler im Bett seiner Ehefrau. Er machte – im wahrsten Sinn des Wortes – kurzen Prozess und liquidierte den Täter am Ort des Ehebruchs mit einer Schrotflinte. Die Bemessung der Genugtuung der Angehörigen erfolgte nach den Verhältnissen in der Schweiz, weil das – wie das BG ausführte – nicht anders sein könne. In der Folgeentscheidung<sup>38</sup> war die Ehe eines Schweizerers mit einer Chinesin unglücklich. Der Schweizer liquidierte seine Ehefrau, zerstückelte die Leiche und entsorgte sie in gelben Säcken. Da sich die Kaufkraftparität in China im Verhältnis zur Schweiz (jedenfalls damals) wie 1:20 verhielt, fand das BG das Ergebnis stoßend, wenn an Hinterbliebenen in China ein gleich hoher Ersatz wie in der Schweiz geleistet würde. Für die Hinterbliebenen wäre die Herbeiführung eines finanziellen Wohlstands ein unverdienter Glücksfall.

Den Schlusspunkt bildete eine Entscheidung<sup>39</sup>, in der die Mutter im Bett erdrosselt aufgefunden und der Täter nicht ermittelt werden konnte. Es ging um die Ansprüche der 7- und 9-jährigen Kinder in der Vojvodina. Verwiesen wurde darauf, dass ein Wohlstandsgefälle zur Schweiz auch in diesem Fall bestehe. Allerdings wurde erläutert, dass die Divergenz nicht durch einen Vergleich der Nettolöhne ermittelt werden könne, weil in der Vojvodina – anders als in der Schweiz – nicht jedes Einkommen der Einkommenssteuer und Sozialversicherung unterworfen werde. Zudem gab es eine schweizerische Großmutter und es wurde als entscheidungserheblich angesehen, dass die Kinder eines Tages womöglich in die Schweiz zurückkommen (könnten). Es erfolgte daher ein Zuspruch in Höhe von 50 % des

---

<sup>37</sup> BG 14.7.1995, BGE 121 III 252.

<sup>38</sup> BG 10.1.1997, BGE 123 III 10.

<sup>39</sup> BG 6.12.1999, BGE 125 II 554.

Betrags, der für einen in der Schweiz wohnhaften Geschädigten angemessen gewesen wäre.

Für die Bemessung des Schmerzensgeldes ist das grundsätzlich der zutreffende Ansatz<sup>40</sup>. Auch beim Vermögensschaden würde das eine Rolle spielen, etwa bei der Bemessung der Pflegeleistungen nach der Kaufkraftparität an dem Ort, wo diese erbracht werden. Beim Angehörigenschmerzensgeld in der zuletzt referierten BG-Entscheidung ist es m.E. freilich ohne Bedeutung, ob die Kinder eines Tages vielleicht von der Vojvodina in die Schweiz zurückkommen oder eine schweizerische Großmutter haben, denn es geht um die Abgeltung des Schmerzes unmittelbar nach der Tat; und in dieser Phase halten sie sich in der Vojvodina auf. Zu betonen ist schließlich, dass maßgeblich der Aufenthaltsort ist und nicht die Staatsbürgerschaft.

## 7. Zweite Einzelfrage: Alter des Verletzten und Schmerzdauer

Bei der Schmerzensgeldbemessung wird stets betont, dass es auf alle Umstände des Einzelfalles ankomme. Ist das Alter bzw. die bei einem Dauerschaden damit korrelierende Schmerzdauer eine Determinante unter mehreren oder die zentrale Bemessungsgröße? Insoweit werden in der Literatur gegenläufige Positionen vertreten. Mit Bezug auf einen Beinverlust und eine Querschnittslähmung findet sich bei *Koziol*<sup>41</sup> folgender Satz: «... 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.» Empirisch abgesichert dürfte diese Behauptung nicht sein. Bei Befragung solcher Menschen wird das nach meiner Einschätzung nur eine Minderheit bestätigen. Die Gegenposition in Deutschland vertreten *Schwintowski/C. Shah Sedi/M. Shah Sedi*<sup>42</sup>: Je länger eine Person leiden muss, umso höher muss das Schmerzensgeld sein, eigentlich im proportionalen Verhältnis.

Schon *Hegel* hat im Rahmen der Dialektik aus These und Antithese eine Synthese gewonnen. Plausibel erscheint an sich der Ansatz von *Schwintowski/C. Shah Sedi/M. Shah Sedi*. Ein Korrekturfaktor zur rein proportionalen Bemessung ist aber m.E. insoweit geboten, als für den Verletzten die erste Phase bis zum Finden eines neuen Gleichgewichts besonders schwerlich ist. Zu Beginn wird er mit seinem Schicksal hadern, wenn er

---

<sup>40</sup> *Ch. Huber*, Höhe des Schmerzensgeldes und ausländischer Wohnsitz des Verletzten, NZV 2006, 169 ff.

<sup>41</sup> Die Bedeutung des Zeitfaktors bei der Bemessung ideeller Schäden, FS-Hausheer (2002) 597, 600.

<sup>42</sup> Handbuch Schmerzensgeld (2013) 13 ff.

verletzungsbedingt mitten aus dem Leben gerissen wird und schmerzlich zur Kenntnis nehmen muss, was bisher möglich war und künftig nicht mehr möglich sein wird. Irgendwann wird bzw. muss er sich jedoch damit abfinden. Es kommt zu einem Ablösen durch das Gefühl, dass das Leben noch immer das eine oder andere an Annehmlichkeiten und Erfreulichem bietet. Für die erste Phase ist daher eine höhere Abgeltung geboten als für die Folgephase, in der die Schmerzen proportional zur Dauer des Leidens abzugelten sind.

Die zentrale Botschaft aber lautet: Von all den für möglich und geboten gehaltenen Bemessungsfaktoren beim Schmerzensgeld ist bei einem Dauerschaden einer besonders zentral, nämlich das Lebensalter. Das ist insoweit zu präzisieren, als es um die Leidensdauer geht, die typischerweise mit dem Lebensalter korreliert. Wer länger leidet, soll mehr Schmerzensgeld bekommen. Die Auswirkungen dieser These sind beträchtlich, wurde nämlich bisher primär auf die Verletzung als solche abgestellt. Nach meinem Vorschlag kommt es aber v.a. auf die Leidensdauer an. Die Folge ist eine Umverteilung des Schmerzensgeldkuchens von den Alten zu den Jungen<sup>43</sup>.

## **8. Dritte Einzelfrage: Bessere Geeignetheit einer Schmerzensgeldrente zur Umsetzung dieses Bewertungsansatzes**

Ganz überwiegend wird Ersatz für eine immaterielle Beeinträchtigung in Kapital geleistet. Ausnahmsweise kann der Verletzte ergänzend zum Kapital auch eine Rente verlangen. Die Voraussetzungen für eine Schmerzensgeldrente sind in Österreich noch restriktiver als in Deutschland. Ein positives Plädoyer für eine solche findet sich aber etwa bei *Danzl*<sup>44</sup>. Wie ist der prototypische Fall gelagert? Bei einer schweren Verletzung, einer Querschnittlähmung oder dem Verlust einer Gliedmaße, ist nie genau abzuschätzen, wie alt eine solche Person wird. Wenn es zutrifft, dass das Schmerzensgeld mit dem Alter des Verletzten und dessen Leidensdauer korreliert, dann ist bei Zuerkennung eines Kapitalbetrags eine Prognose über die restliche Lebensdauer erforderlich. Wegen der Abweichung des Einzelfalles von der Statistik sind insoweit Unwägbarkeiten gegeben. Wenn demgegenüber statt der Kapitalabfindung eine Rente zugesprochen wird, dann ist diese Unschärfe der Prognose beseitigt. Die Rente trägt das richtige Ende stets in sich, wenn die verletzte Person entweder gesundet, was bei Dauerschäden wenig wahrscheinlich ist, oder stirbt.

---

<sup>43</sup> Näheres dazu bei *Ch. Huber*, Das Lebensalter des Verletzten – eine Bemessungsdeterminante beim Schmerzensgeld?, *VersR* 2016, 73 ff.

<sup>44</sup> in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, *Schmerzensgeld*<sup>10</sup> (2013) 283.

Welche Feinjustierungen sind dabei zu beachten? Durch die Rente erfolgt eine Abgeltung künftiger Beeinträchtigungen – wie beim Erwerbsschaden, den vermehrten Bedürfnissen und dem Unterhaltersatz nach Tötung. Die erste Phase bis zur Konsolidierung der Verletzungsfolgen ist für den Anspruchsteller besonders belastend; für diese Phase ist ein Kapitalbetrag passend. Nach Erreichen eines seelischen Gleichgewichts und der damit einhergehenden Erkenntnis des Verletzten, dass das Leben trotz Behinderung noch das eine oder andere an Annehmlichkeiten zu bieten hat, ist eine Rente sinnvoll und geboten. Sie soll ein Geldäquivalent sein, damit sich die verletzte Person je Zeitintervall (Monat) andere Annehmlichkeiten und Erleichterungen leisten kann. Da es im Zeitverlauf ein gewisses Maß an Inflation gibt, sich die verletzte Person aber jeweils real ein gleich hohes Äquivalent leisten können soll, ist eine indexgebundene Rente folgerichtig.

In Deutschland wird als Argument für eine Einschränkung angeführt, dass eine Rente nur gebührt, wenn vom Geschädigten die Verletzung immer wieder aufs Neue schmerzlich empfunden wird. Ist das aber nicht bei jedem Dauerschaden so? Der OGH ist noch restriktiver und lehnt eine Rente selbst bei einer Beinamputation<sup>45</sup> oder einer schweren Darmverletzung<sup>46</sup> ab. Was m.E. allein plausibel sein kann, ist der Umstand, dass eine (monatliche) Rente einen gewissen Mindestbetrag unterschreitet, weil dann der Regulierungsaufwand übertrieben hoch ist. In Deutschland wird dafür ein Betrag von 50.- € genannt<sup>47</sup>. Aber auch das ist dann kein Argument, wenn der Erwerbsschaden und/oder die vermehrten Bedürfnisse in Form einer Rente zu bezahlen sind. Kurzum, die Voraussetzungen für den Zuspruch einer Schmerzensgeldrente sollten m.E. gelockert werden.

Was bringt die hier vorgeschlagene Betrachtungsweise<sup>48</sup>? Ob Schmerzensgeld in Form eines Kapitalbetrags oder einer Rente zuerkannt wird, darf ex ante betrachtet keinen Unterschied machen; darüber ist man sich einig. Ein ausschließlicher Kapitalbetrag oder die Zuerkennung eines Teilkapitals samt Rente bzw. deren Barwert müssen gleich hoch sein. Beim Barwert der Rente ergeben sich folgende Bemessungsfragen: Es ist das Lebensalter zu schätzen, wobei einerseits möglichst aktuelle Sterbetafeln zugrunde zu legen sind, andererseits aber zu berücksichtigen ist, ob in concreto eine individuelle, vielleicht auch verletzungsbedingte Verkürzung der Lebenserwartung gegeben ist. Es ist der richtige Kapitalisierungszinssatz zu wählen. Die derzeit in Österreich üblichen 5 % begünstigen insoweit den Geschädigten; selbst die

---

<sup>45</sup> OGH 26.6.1984, 2 Ob 22/84, ZVR 1985/39.

<sup>46</sup> OGH 10.9.1985, 2 Ob 37/85, ZVR 1986/50.

<sup>47</sup> NomosKomm<sup>3</sup>/Ch. Huber § 253 Rn 128.

<sup>48</sup> Näheres dazu bei Ch. Huber, Die Schmerzensgeldrente – bloß eine alternative Abgeltungsform?, FS-E. Lorenz (2014) 603 ff.

in der Schweiz seit Jahrzehnten und vom BG<sup>49</sup> bestätigten 3,5 % sind zu hoch. Im Moment eher angemessen sind 1 % oder weniger; unter Berücksichtigung der Inflation wäre sogar ein negativer Zinssatz geboten.

Mein zentrales Anliegen ist das folgende: Ob der Anspruchsteller ausschließlich Kapital oder eine Kombination von Kapital und Rente verlangt, liegt beim Anspruchsteller. Eine Kontrollrechnung führt aber zur Sensibilisierung für die richtige Höhe des Schmerzensgeldes. Wieviel käme bei Kapital oder bei Teilkapital und Rente heraus? Das muss nicht auf Heller und Pfennig exakt derselbe Betrag sein, aber man bekäme ein Gefühl für die (richtige) Größenordnung. Die Bemessung je Zeitintervall schärft das Rechtsgefühl, was angemessen ist. Bei einem Kapitalbetrag jedoch besteht – auch beim Schmerzensgeld, nicht nur bei Erwerbsschaden, Pflegeleistungen oder Unterhaltersatz – häufig die Gefahr, dass das Unfallopfer – und womöglich auch das Gericht – durch die relative Höhe geblendet werden.

Für die Rente spricht schließlich noch, dass das Risiko, dass der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Verletzten das diesem zustehende Schmerzensgeld widmungswidrig z.B. für den eigenen Alkoholkonsum verwendet, bei der Rente abgemildert ist. Dazu kommt der höhere Anreiz für die pflegenden Angehörigen, sich um den Verletzten zu kümmern. Je länger dieser lebt, umso mehr profitieren sie vom Schmerzensgeld, wird die verletzte Person dieses doch in vielen Fällen (auch) dafür verwenden, sich gegenüber den pflegenden Angehörigen erkenntlich zu zeigen. Beim Zuspruch von Kapital ist es gerade umgekehrt. Es soll Angehörige geben, die ein Interesse haben, möglichst rasch Erben des Schmerzensgeldes zu werden, das unter Umständen einen beträchtlichen Teil der Erbmasse ausmacht.

## **9. Vierte Einzelfrage: Zuspruch von mehr als bloß symbolischem Schmerzensgeld an eine empfindungsunfähige Person**

Zu dieser Frage erfolgte sowohl in Österreich<sup>50</sup> als auch in Deutschland<sup>51</sup> innerhalb weniger Wochen unabhängig voneinander eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die gemeinsame Aussage der beiden Entscheidungen kann so zusammengefasst werden: Auch wenn ein Mensch durch eine Unfallverletzung oder einen ärztlichen Kunstfehler empfindungsunfähig geworden ist, steht ihm wegen der Zerstörung seiner Persönlichkeit nicht nur ein Anspruch auf ein symbolisches Schmerzensgeld zu.

---

<sup>49</sup> BG 8.9.2014, 4A\_260/2014 – dazu *Ch. Huber*, ZVR 2016/123.

<sup>50</sup> OGH 23.4.1992, 6 Ob 535, 1558/92.

<sup>51</sup> BGH 13.10.1992, VI ZR 201/91, BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*).

Es kommt seither zu einem Zuspruch von Schmerzensgeld in beachtlicher Höhe. In der Literatur ist der Wechsel der Judikatur überwiegend begrüßt worden; ich habe Bedenken angemeldet<sup>52</sup>, weil das Schmerzensgeld seine genuine Aufgabe nicht mehr erfüllen kann, nämlich dem Verletzten Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen. So ist das jedenfalls bei einem Wachkomapatienten, der nicht mehr aufwacht. Im wirtschaftlichen Ergebnis findet ein Vermögenstransfer an die Erben statt; und, wenn solche nicht vorhanden sind, in letzter Konsequenz an den Fiskus.

Da die Rechtsprechung eine ständige geworden und der Zuspruch lediglich normativ zu begründen ist, sollen wie beim Erleben von Todesangst<sup>53</sup> im Rahmen der Bemessung folgende Umstände beachtet werden: Es muss für die Höhe des Schmerzensgeldes einen Unterschied machen, ob der Schmerz aktiv erlebt wird oder nicht. Zudem ist die restliche Lebensdauer bei solchen Personen typischerweise gering. Dazu kommt, dass keine Eingewöhnung in ein neues Gleichgewicht erfolgt, weil es diese Phase gerade nicht gibt. All dies spricht dafür, nicht übertriebene Großzügigkeit walten zu lassen.

## **10. Fünfte Einzelfrage: Geltendmachung des Schmerzensgeldes bei nicht oder schwer vorhersehbaren Folgen**

Die Ausführungen zur Rente gingen von der Annahme eines konstanten Verletzungsbildes des Verletzten jedenfalls während der Auszahlung der Rente aus. Die Fälle der Praxis sind aber zum Teil eine Spur komplexer. Die Unfallverletzung führt zur Beeinträchtigung mehrerer Teile des Körpers. Ob bei diesen jeweils eine Heilung, Verbesserung, Stabilisierung oder Verschlechterung eintreten wird, ist für den Verletzten als medizinischem Laien nicht ohne weiteres erkennbar. So mancher Geschädigtenanwalt klagt in einem solchen Fall Schmerzensgeld für die Phase bis zur Klageeinbringung ein und verbindet das mit einer Feststellungsklage. Er wähnt sich damit in Sicherheit, dass nach einem stattgebenden Urteil die Verjährung abgewendet und damit jederzeit eine Ausdehnung möglich ist.

Dem ist freilich nicht so. Es geht nämlich nicht nur um die Abwendung der Verjährung. Vielmehr gilt der Grundsatz der Globalbemessung. Das Gericht soll sich mit der Bemessung des Schmerzensgeldes möglichst nur einmal befassen müssen. Als Reflex wird auch der Regulierungsaufwand für den Ersatzpflichtigen, meist eine Haftpflichtversicherung, eingedämmt. Für den

---

<sup>52</sup> *Ch. Huber*, Schmerzensgeld ohne Schmerzen bei nur kurzfristigem Überleben der Verletzung im Koma – eine sachlich gerechtfertigte Transferierung von Vermögenswerten an die Erben?, NZV 1998, 345 ff; *ders.*, Antithesen zum Schmerzensgeld ohne Schmerzen – Bemerkungen zur objektiv-abstrakten und subjektiv-konkreten Schadensberechnung, ZVR 2000, 218 ff.

<sup>53</sup> Dazu jüngst *L. Jaeger*, Schmerzensgeldbemessung bei Todesangst, VersR 2015, 1345 ff.

Verletzten hat das zur Folge, dass er eine Abgeltung für sämtliche künftigen Schmerzen verlangen muss, wenn diese für ihn vorhersehbar sind. Verlangt er somit bloß eine Abgeltung der Schmerzen bis zum Zeitpunkt der Klags- einbringung oder auch bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz, kommt es für die Abgeltung der vorhersehbaren künftigen Schmerzen zur Präklusion. Das bedeutet, dass insoweit dann keine Nachklage wegen der künftigen Schmerzen mehr möglich ist.

Der Teufel steckt insoweit häufig im Detail. Aber worin liegt der Teufel eigentlich? Das Schmerzensgeldbegehren wird häufig nach Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens erhoben bzw. es erfolgt eine Ausdehnung nach Vorliegen eines im Prozess eingeholten medizinischen Sachverständigengutachtens. Die Äußerung des medizinischen Sachverständigen bezüglich künftiger Schmerzen ist mitunter sybillinisch. Es besteht die Gefahr einer unterschiedlichen Interpretation von Geschädigtem und Gericht bezüglich der Vorhersehbarkeit künftiger Schmerzen<sup>54</sup>. Folgende zwei Varianten sind zu unterscheiden:

Bei Variante 1 meint der Geschädigte, dass laut Sachverständigengutachten die Schmerzen vorhersehbar seien, weshalb ihm schon jetzt ein Anspruch auf Abgeltung aller künftigen Schmerzen zustehe. Das Gericht beurteilt das gegenteilig, dass nämlich nicht alle künftigen Schmerzen – mit ausreichender Sicherheit – vorhersehbar seien. Die Folge ist ein Teilzuspruch bloß für die nach Ansicht des Gerichts vorhersehbaren Schmerzen. Das hat lediglich Kostenfolgen wegen der Teilabweisung. Eine spätere Nachklage ist möglich, weil sich die Rechtskraft des Urteils nicht auf künftige Schmerzen erstreckt.

Bei Variante 2 meint jedoch der Geschädigte, dass die Schmerzen nicht vorhersehbar seien und erhebt daher bloß eine Teilklage. Das Gericht beurteilt das jedoch gegenteilig und meint, alle künftigen Schmerzen seien vorhersehbar. Da nach österreichischem Recht der Zuspruch durch das Gericht nie höher als begehrt ausfallen kann<sup>55</sup>, sind von der Rechtskraft des stattgebenden Urteils sämtliche künftigen Schmerzen erfasst. Eine Nachklage ist dann unzulässig. Der Geschädigte wird so um einen Teil seines berechtigten Schadenersatzes gebracht.

---

<sup>54</sup> Näheres dazu bei *Ch. Huber*, Globalbemessung, Teilbemessung und Teilglobalbemessung bei zukünftigen Schmerzen – richtige Gewichtung der Interessen des Geschädigten und des Ersatzpflichtigen bzw. des Gerichts – zugleich Besprechung von OGH 22.2.2007 (Az. 2 Ob 150/06g) und 23.3.2007 (Az. 2 Ob 233/06p), ÖJZ 2008, 83 ff.

<sup>55</sup> Anders nach deutschem Recht, wo der Geschädigte ein Mindestbegehren, den Zuspruch aber in das Ermessen des Gerichts stellen kann, das dann einen nach oben offenen Betrag zuerkennen kann. Dazu *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld<sup>8</sup> (2016) Rn 1484 ff.

Was kann der Instanzrichter dazu beitragen, dass sich diese Risiken nicht verwirklichen? Abhilfe ist in einer ausreichenden Anleitung des Sachverständigen zu sehen, welche Aussagen vom Gericht mit welcher Sicherheit, also welchem Beweismaß, benötigt werden. Bei Verstoß dagegen bedarf es einer Nachbesserung des Gerichtsgutachtens. Zudem sind die Parteien über die jeweiligen Rechtsfolgen aufzuklären.

Ein besonderer Fall liegt dann vor, wenn künftige Schmerzen dem Grunde nach vorhersehbar sind, aber sowohl Zeitpunkt und Ausmaß unwägbar sind. Der Geschädigte hat dann folgende Alternativen: Er kann eine Bemessung bis zu dem Zeitpunkt verlangen, bis zu dem künftige Schmerzen dem Umfang nach eindeutig vorhersehbar sind. Darüber hinaus kann er aber die Abgeltung für künftige Schmerzen jedenfalls in dem zusätzlichen Ausmaß verlangen, in dem sie ausreichend sicher vorhersehbar sind. Dann hat der Geschädigte ein Minimum, das ihm jedenfalls zusteht. Wenn Schmerzen dann zu einem früheren Zeitpunkt und/oder intensiver ausfallen, ist ein Nachschlag möglich. In solchen Fällen kommt es ganz genau darauf an, dass aus den Urteilsgründen klar hervorgeht, welche Schmerzen durch den erstmaligen Zuspruch abgegolten worden sind und für welche die künftige Entwicklung abzuwarten ist.

An dieser Stelle soll ein Hinweis zu gerichtlichen und außergerichtlichen Vergleichen erfolgen. Diese werden häufig vom Haftpflichtversicherer vorgeformuliert in der Weise, dass eine abschließende Regulierung auch für künftige Schmerzen erfolgt, mögen sie vorhersehbar oder unvorhersehbar sein. Wenn der Geschädigte sich damit einverstanden erklärt, unterschreibt er einen Blankoscheck. Und ein solcher ist besonders gefahrenträchtig! Rechtswirksam ist eine solche Vereinbarung nämlich bis zur Grenze des krassen Missverhältnisses zwischen Schmerzensgeld und erlittener Verletzung unter Einschluss der nicht vorhersehbaren Folgen<sup>56</sup>.

Für einen solchen Verzicht, der für unvorhersehbare Folgen bei einem Gerichtsurteil nicht gegeben wäre, müsste fairerweise eine Abgeltung in Form eines Zuschlags bezahlt werden. In der Praxis erfolgt das kaum jemals, weil sich jedenfalls der Verletzte und womöglich auch sein Anwalt der Tragweite der Verzichtserklärung nicht bewusst sind. Jedenfalls wenn keine Abgeltung dafür angesetzt wird, dann ist eine solche Vereinbarung für den Geschädigten nur nachteilig. Aber nicht einmal mit einem angemessenen Zuschlag ist dem Geschädigten zu einer solchen Vereinbarung zu raten. Spekulationsgeschäfte sind an sich bedenklich; jedenfalls sollte der Geschädigte nicht mit der eigenen Gesundheit dergestalt spekulieren, dass sich bei ihm das Risiko

---

<sup>56</sup> So zuletzt OGH 16.12.2015, 2 Ob 36/15f.

unvorhersehbarer Schmerzen tatsächlich nicht verwirklichen wird; das kann im Einzelfall teuer zu stehen kommen.

Schließlich stellt sich die Frage, welche Auswirkungen es auf die Bemessung hat, dass es sich um eine Teilklage handelt. Es gilt der Grundsatz, dass das Gesamtschmerzensgeld gleich hoch ausfallen muss, unabhängig davon, ob die Verletzungsfolgen vorhersehbar und mit einer Klage geltend zu machen sind oder ob sie erst im Laufe der Zeit erkennbar sind, sodass eine oder mehrere Nachklagen erforderlich sind. Verlangt wird sogar eine Aufwertung des Erstzuspruchs, damit ein gleicher Nenner für die Bemessung erfolgt. Insoweit gilt der gleiche Grundsatz wie bei Kapital und Rente, nur geht es dort darum, dass kein unterschiedlich hoher Ersatz in Abhängigkeit von der Modalität der Ersatzleistung herauskommen darf.

Bei Unterstellung der hier vertretenen Prämisse, dass das Schmerzensgeld nicht allein von der Schwere der Verletzung abhängig ist, sondern von Dauer und Intensität der Schmerzen, und das Schmerzensgeld umso höher ausfallen muss, je länger und intensiver jemand leidet, ist eine relativ neue OGH-Entscheidung<sup>57</sup> damit kaum vereinbar: Eine 48-jährige verheiratete Klägerin erlitt bei einem Verkehrsunfall Verletzungen, wobei sie 2 Monate auf der Intensivstation, davon 2 Wochen in künstlichem Tiefschlaf verbrachte. Sie musste sich in 2 Monaten 22 Operationen unterziehen, hatte kein Gefühl mehr im Unterleib, auch nicht für einen Geschlechtsverkehr. Sie hatte ständig Schmerzen trotz Einnahme von Morphin. Laut Sachverständigengutachten war der Schmerzverlauf für die nächsten 10 Jahre vorhersehbar, weshalb ein Begehren für diesen Zeitraum gestellt wurde.

Der OGH bestätigte dabei den Zuspruch von 170.000.- €. Er führte zudem aus: Auch wenn der Sachverständige die Schmerzen bis zum 60. Lebensjahr für vorhersehbar ansieht, ist die Begrenzung des Zuspruchs bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz durch das BerG zu billigen. Der Unfall war im Jahr 2010, das Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz war am 30.10.2013. Es ging somit um einen Zeitraum von weniger als 3 Jahren. Der OGH meinte – sehr pauschal –, dass der Zuspruch nicht überhöht sei, weil das Schmerzensgeld generell nicht zu knapp zu bemessen sei.

Wenn für den Geschädigten laut Sachverständigengutachten die Schmerzen für einen Zeitraum von 10 Jahren vorhersehbar sind, ist m.E. nicht einzusehen, warum dann eine Begrenzung bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz, hier weniger als 3 Jahre, erfolgen soll. Wenn aber schon eine Begrenzung des Zuspruchs auf weniger als 3 Jahre erfolgt, dann sind die zuerkannten 170.000.- € viel zu viel. Das fällt m.E. durchaus aus dem

---

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

Rahmen<sup>58</sup>. Es handelte sich bei der kritisierten Entscheidung um eine außerordentliche Revision – womöglich wurde dem Zeitpunkt nicht genug Aufmerksamkeit geschenkt.

## **11. Sechste Einzelfrage: Schmerzensgeldbemessung bei Privatbeteiligtenanschluss (Adhäsionsverfahren)**

Mitunter erfolgt die Erhebung eines Schmerzensgeldanspruchs im Strafverfahren. Der Vorteil liegt darin, dass die Beweiserhebung nicht auf Kosten des Klägers, sondern des Staates erfolgt. Und wenn im Adhäsionsverfahren das Begehren erledigt ist, dann bedarf es keines zusätzlichen Zivilprozesses mehr. Häufig wird im Strafverfahren aber nur ein symbolischer Betrag geltend gemacht. Dazu kommt, dass die Strafgerichte nicht immer mit den zivilrechtlichen «Finessen» vertraut sind. Nicht auszuschließen ist, dass die eigene Begriffswelt der Strafrichter in die Bemessung des Schmerzensgeldes einfließt. So sind etwa im Strafrecht bei Ausmessung einer Geldstrafe die Tagessätze nach der finanziellen Leistungsfähigkeit des Täters zu bemessen; im Zivilrecht ist jedoch allein auf die Verhältnisse beim Verletzten abzustellen.

Vorsichtshalber sollte jedenfalls ein Vorbehalt erklärt werden, weitere Ansprüche auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen, weil die jüngere OGH-Judikatur uneinheitlich ist. Mitunter erfolgt nämlich eine Abweisung eines zusätzlich geltend gemachten Schmerzensgeldes nach Zuspruch des begehrten Betrags als Privatbeteiligter unter Hinweis auf *res iudicata*<sup>59</sup>; mitunter wird der Zuspruch unter Hinweis darauf begründet, dass die Folgen nicht vorhersehbar waren<sup>60</sup>; oder es wird ausgesprochen, dass unabhängig von einem erklärten Vorbehalt im Adhäsionsverfahren ein zusätzliches Schmerzensgeld im Zivilprozess ohne weiteres verlangt werden kann, weil insoweit eine Ausnahme vom sonst geltenden Grundsatz der Globalbemessung besteht<sup>61</sup>. Letztere Ansicht ist zutreffend.

---

<sup>58</sup> Zum Vergleich OGH 22.01.2015, 2 Ob 175/14w, Zak 2015, 137 Nr. 241: Auch sehr schwere Verletzungen einer 56-jährigen mitten im Leben stehenden Ehefrau: 130.000.- € Globalabfindung – für den Rest ihres Lebens!

<sup>59</sup> OGH 18.2.2015, 7 Ob 8/15z, Zak 2015/401.

<sup>60</sup> OGH 21.4.2015, 3 Ob 28/15m, Zak 2015/440.

<sup>61</sup> OGH 28.4.2015, 8 Ob 15/15m, RZ 2015,239 EÜ150; a.A. BGH 20.1.2015, VI ZR 27/14, NJW 2015, 1252.

## 12. Siebte Einzelfrage: Trauerschmerzensgeld und Schockschaden

Nach derzeitiger österreichischer Rechtslage gebührt Ersatz für bloße Trauer der nahen Angehörigen erst bei grober Fahrlässigkeit des Schädigers. Erst wenn eine seelische Krankheit, insbesondere eine posttraumatische Belastungsstörung, nachgewiesen wird, ist ein solcher Schockschaden bei jedem Zurechnungsgrund ersatzfähig. Grobe Fahrlässigkeit ist selten, jedenfalls selten nachweisbar. Die Hauptanwendungsfälle im Straßenverkehr sind Alkoholisierung des Lenkers und Vorrangverletzungen.

Die Rechtsprechung führt typischerweise zu einer Begünstigung gutbürgerlicher Kreise, vice versa somit zu einer Benachteiligung der Unterschicht. Die Rechtslage in Deutschland ist mit jener in Österreich vergleichbar, weshalb es statthaft sein mag, zwei prototypische deutsche Entscheidungen zu referieren: In der ersten<sup>62</sup> hat sich der Ehemann der Klägerin, ein baumlangener Kerl, beim Urlaub in der Türkei mit Alkohol volllaufen lassen. Schlussendlich hat er mit einem Weinglas den Balkon betreten. Als er dabei zusätzlich eine Zigarette geraucht hat und sich über das Geländer gebeugt hat, ist er in die Tiefe gestürzt. Das Balkongitter war für kleinwüchsig(er)e Türken konzipiert. Dass davor nicht gewarnt wurde, hat man dem (deutschen) Reiseveranstalter zum Vorwurf gemacht. Die Witwe ist dann durch alle vorstellbaren seelischen Wellnesseinrichtungen getingelt. Zusätzlich hat sie Psychopharmaka in beträchtlicher Menge geschluckt. Der Facharzt hat diagnostiziert: Dekompensation und Depression mit psychotischen Symptomen. Die Folge war: Es wurden die Kosten für die seelische Wellness bezahlt und dazu noch eine Schippe Schmerzensgeld.

In der zweiten Entscheidung<sup>63</sup> wurde der Sohn einer Mutter durch Rechtsradikale mit einem Baseballschläger niedergeprügelt. Er hat sich bis zur Mutter geschleppt und ist vor dieser blutüberströmt zusammengebrochen. Wenig später ist er im Krankenhaus «verendet». Der dafür gestellte Antrag auf Verfahrenshilfe, bei dem nicht meritorisch zu entscheiden, sondern lediglich zu prüfen ist, ob ein Anspruch in Betracht kommen könnte, wurde abgewiesen, weil bei der Mutter keine pathologisch fassbare Gesundheitsbeeinträchtigung festzustellen gewesen sei. Diese konnte bloß ein Zeugnis des Hausarztes vorlegen. Das Gericht stelle lapidar fest: Es fehlt eine Darlegung der Symptome sowie des Ausmaßes einer etwaigen Behandlung nebst Medikation.

Eine einfühlsame Beurteilung kommt beim Vergleich beider Entscheidungen zu dem Schluss, dass der Schmerz dieser Mutter nicht geringer als der

---

<sup>62</sup> OLG Köln 18.2.2006, 16 U 14/06, OLGR 2007, 363.

<sup>63</sup> OLG Naumburg 7.3.2005, 12 W 118/04, NJW-RR 2005, 900.

der Ehefrau ist. Worin liegt der Unterschied? Die eine zelebriert ihr Leiden; für die andere muss das Leben weitergehen. Zudem drücken sich die jeweils konsultierten Ärzte unterschiedlich gewählt aus. Das kann aber für die Rechtsordnung kaum das tragende Unterscheidungskriterium sein! Der österreichische Gesetzgeber sollte daher möglichst rasch bei jedem Zurechnungsgrund ein Trauerschmerzensgeld zubilligen und die Differenzierung nach grober Fahrlässigkeit und sonstigen Zurechnungsgründen aufgeben. Darüber besteht auch Konsens zwischen den Schadenersatzreformgruppen sowie der Versicherungswirtschaft.

Dass es zwischen reiner Trauer und seelischer Krankheit fließende Übergänge gibt, belegt auch eine neuere OGH-Entscheidung<sup>64</sup>: Die Eltern haben nach Tötung des Sohnes zunächst Trauerschmerzensgeld begehrt. Es erfolgte eine Zahlung von Trauerschmerzensgeld an Vater und Mutter von je 15.000.- €. Die Zahlung hat der Haftpflichtversicherer mit der (einseitigen) Erklärung verbunden, dass darüber hinaus kein Anspruch auf Schmerzensgeld bestehe. Sodann haben die Anspruchsteller eine Ausdehnung um 20.000.- € bzw. 30.000.- € vorgenommen, weil nicht bloß Trauer vorlag, sondern eine post-traumatische Belastungsstörung. Ein Streitpunkt lag in der Behauptung des Haftpflichtversicherers, dass durch den «Vergleich» alles abgegolten sei. Hier wurde aber kein Vergleich geschlossen; es lag bloß eine einseitige Erklärung des Haftpflichtversicherers vor. Eine solche bewirkt nicht die Unzulässigkeit eines Nachschlags.

Ein zweiter Streitpunkt lag in der Behauptung der Anspruchsteller, dass das Trauerschmerzensgeld und der Schockschaden zwei verschiedene Anspruchsarten seien, die nichts miteinander zu tun hätten. Nach der Zahlung von Trauerschmerzensgeld könnten die Eltern nunmehr gesondert die volle Abgeltung der Schmerzen für ihre seelische Krankheit ohne Anrechnung des Trauerschmerzensgeldes verlangen. Dem ist der OGH zu Recht entgegengetreten und hat betont, dass die Übergänge fließend sind, weshalb das Trauerschmerzensgeld auf den Schockschaden anzurechnen ist. Es erfolgte schlussendlich ein Zuspruch von insgesamt 30.000.- € und 25.000.- €.

Da in Deutschland Trauerschmerzensgeld nicht einmal bei grober Fahrlässigkeit gebührt, findet dort eine erbitterte Auseinandersetzung statt, ob eine seelische Krankheit vorliegt – oder nicht. In der Schweiz ist der Trauerschaden, dort Angehörigengenußgenannt, in Art 47 OR geregelt. Probleme des Schockschadens stellen sich kaum jemals, weil eine pauschale Abgeltung der Trauer erfolgt. Ich halte viel von dem pragmatischen Vorgehen in der Schweiz.

---

<sup>64</sup> OGH 9.9.2015, 2 Ob 143/15s, ZVR 2015/214 (*Kathrein*) = ÖJZ 2016/39 (*Ch. Huber*).

In Österreich ist umstritten, ob der Ersatz eines Angehörigenschmerzensgeldes nur bei Tötung oder auch bei Verletzung gebührt. Bei Tötung ist allein ein Kapitalbetrag angemessen. Die Zielsetzung liegt darin, dass der Anspruchsteller auf andere Gedanken kommen soll; er soll etwa eine große Reise unternehmen können. Nach einer gewissen Phase wird er die Trauer überwinden und zum Normalleben zurückkehren. Bei Verletzung käme m.E. aber auch eine Rente in Betracht. Es geht um eine dauernde Beeinträchtigung, die permanent gegeben ist und auch nicht nachlässt.

Womöglich ist folgender Vergleich hilfreich: Bei der Bemessung der Kosten der Ersatzkraft für die Pflege im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse sind auch die Kosten für eine Urlaubsvertretung zu inkludieren, damit auch die Pflegeperson einmal auf Urlaub gehen kann. Das Angehörigenschmerzensgeld zugunsten von pflegenden Angehörigen soll hingegeben dazu dienen, dass sich die Pflegeperson im Urlaub auch Annehmlichkeiten finanzieren kann, ist doch das Leben im Urlaub typischerweise teurer als das Leben zu Hause. Auch sehen manche Kollektivverträge bei der Entlohnung von Arbeitnehmern nicht nur eine Fortzahlung des Entgelts während des Urlaubs vor, sondern ein zusätzliches Urlaubsgeld.

Bisher wurde ein Angehörigenschmerzensgeld in Österreich nur bei schwersten Verletzungen, die zu Siechtum und dauernder Pflegebedürftigkeit führen, zuerkannt. Umstritten ist freilich, ob die Beeinträchtigung bzw. Vernichtung der Beischlaffähigkeit des Ehepartners im Rahmen des Angehörigenschmerzensgeldes abzugelten ist. Nach dem Verständnis in Österreich, Deutschland und der Schweiz ist die Ehe eine Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft. Nach Aussage von *Landolt*<sup>65</sup>, dem Schadenersatzrechtspapst der Schweiz, sind die südlichen (deutschsprachigen) Rechtsordnungen lustbetonter als die deutsche. Er verweist auf die ablehnende Entscheidung des LG Augsburg<sup>66</sup>, die stattgebende Entscheidung des OLG Wien<sup>67</sup> sowie die stattgebende Entscheidung des BG<sup>68</sup>. Die allerneueste OGH-Entscheidung<sup>69</sup> konnte freilich von *Landolt* noch nicht berücksichtigt werden, weil sie nach Verlassen seines Beitrags erging: Eine 52-jährige Klägerin begehrte 16.000.- € Schmerzensgeld nach Verletzung ihres 58-jährigen Ehemanns, bei dem sich durch einen Verkehrsunfall eine erektile

---

<sup>65</sup> Haftung für Schockschäden von Angehörigen aus rechtsvergleichender Sicht, FS-Jaeger (2014) 355, 362.

<sup>66</sup> LG Augsburg 10.1.1967, 3 O 221/66, NJW 1967, 1513; ablehnend jüngst auch OLG Köln 22.12.2015, 5 U 135/15, VersR 2016, 796.

<sup>67</sup> OLG Wien 7.12.2004, 15 R 213/04k: 20.000.- € an die Ehefrau bei erektiler Dysfunktion und Impotenz des Ehemanns.

<sup>68</sup> BG 22.4.1986, BGE 112 II 226 E 3a: Zuspruch von 40.000.- SFR an den Ehemann nach Verletzung der Ehefrau.

<sup>69</sup> OGH 22.5.2014, 2 Ob 70/14d, Zak 2014/511.

Dysfunktion ergab. Die Höhe wurde bemessen nach den Kosten für einen außerhäuslichen Geschlechtsverkehr von jeweils 60.- €.

Der OGH wies mit der Begründung ab, dass die Ausweitung des Schadenersatzes für mittelbar Geschädigte auf schwerste Verletzungen zu begrenzen sei, weil es sonst zu einer unzumutbaren Ausweitung der Haftung komme. Zuzugeben ist, dass es sich insoweit nicht um eine schwerste Verletzung handelt. Welchen Stellenwert die Sexualität hat, ist aber auch davon abhängig, wie lustbetont (Höchst-)Richter/innen selbst sind. Insoweit ist zu konstatieren, Österreicher/-innen bzw. deren Höchstrichter/-innen sind doch nicht so lustbetont, wie *Landolt* das wahrgenommen hat. Zudem hat der OGH darauf hingewiesen, dass die Anspruchstellerin nicht einmal einen Arzt aufgesucht habe.

Was hätte ihr dieser aber auch raten können nach Schilderung des Beschwerdebildes, dass der eheliche Sexualpartner abhanden gekommen sei? Einmal mehr teile ich die Einfühlsamkeit des schweizerischen Höchstgerichts. Den Bemessungsansatz der Kosten eines Bordellbesuchs kann man indes als fragwürdig ansehen, wiewohl dafür gewiss Marktparameter vorhanden sind. Das kommt nämlich in die Nähe fiktiver Reparaturkosten beim Sachschaden, die der OGH gerade ablehnt. Aber nach meinem Judiz ist es keineswegs zu billigen, dass der mittelbar betroffene Partner das entschädigungslos hinzunehmen hat.

### **13. Abschließende Frage: Bedeutung von Schmerzengeldtabellen**

Das Auffinden einer möglichst passenden Vorentscheidung für die Auslotung der Höhe des Schmerzengeldes in der konkreten Causa ist stets wertvoll<sup>70</sup>. Welche Präzisierungen sind aber geboten bei Adaptierung auf den konkreten Sachverhalt bzw. welche zusätzlichen Informationen müssten Schmerzengeldtabellen in Bezug auf die wiedergegebenen Schmerzengeldentscheidungen aufweisen? Relativ einfach ist eine Indexanpassung nach dem Verbraucherpreisindex zum Zeitpunkt der Entscheidung 1. Instanz<sup>71</sup>. Das stellt eine Annäherung an den Schluss der mündlichen Hauptverhandlung 1. Instanz dar. Je schwerer die Verletzung ist, umso eher gebührt noch ein Zuschlag zu diesem Wert, da Schmerzengelder für schwer(st)e Verletzungen im Laufe der Jahre stärker steigen als die Summe aus Inflation und Wirtschaftswachstum. Zudem sollten Alter und Lebenser-

---

<sup>70</sup> Zur Präjudizienvergleichsmethode in der Schweiz *Landolt* in *Hütte/Landolt*, Genugtuungsrecht II (2013) Rn 365 ff.

<sup>71</sup> Vorbildhaft OGH 24.8.2011, 3 Ob 128/11m, ZVR 2012/129 (*Ch. Huber*).

wartung bzw. Leidensdauer des Verletzten ersichtlich sein. Daher sollte in jeder Entscheidung bei einem Dauerschaden das Lebensalter benannt werden; nach Möglichkeit auch zusätzlich, ob die Lebenserwartung beim Anspruchsteller – womöglich auch verletzungsbedingt – geringer ist als der Durchschnitt.

Bedeutsam ist darüber hinaus, ob besondere Aufwendungen zur Restitution geleistet bzw. zuerkannt worden sind. Schließlich ist bedeutsam, ob es sich um eine Globalbemessung oder eine Teilbemessung bis zu welchem Datum handelt. Das wären präzisere Referenzen als lediglich der Zuspruch bei einer vergleichbaren Verletzung. Ob durch eine instanzrechtliche Entscheidung der Rahmen gesprengt wird, kann nur nach einem solchen viel facettenreicheren Koordinatensystem beurteilt werden. Dass die Schmerzensgeldtabellen nach diesen Vorgaben zu adaptieren wären, was mit Mühe und Aufwand verbunden ist, steht auf einem anderen Blatt.

#### **14. Resümee und Fazit**

Versucht wird eine Zusammenfassung (Fazit) in 12 Sätzen:

1. Das Schmerzensgeld ist ein gleichwertiger Anspruch gegenüber Vermögenspersonenschäden, insbesondere dem Erwerbsschaden und den vermehrten Bedürfnissen.
2. Die Höhe steht in Wechselbeziehung zum Ausmaß der Restitution beim Vermögenspersonenschaden.
3. Auch Schmerzensgeld sollte möglichst präzise berechenbar sein und berechnet werden.
4. Die dortige Kaufkraftparität bei einem im Ausland lebenden Verletzten ist ein berücksichtigungswürdiger Faktor.
5. Das Lebensalter bzw. die Schmerzdauer ist die zentrale Bemessungsdeterminante, nicht bloß eine unter mehreren.
6. Der Anwendungsbereich einer Schmerzensgeldrente sollte erweitert werden; die Kontrollrechnung erhöht die Sensibilität für die Angemessenheit des zuerkannten Betrags.
7. Das Fehlen der widmungsgemäßen Verwendbarkeit für das Opfer ist zumindest als Dämpfungsfaktor bei der Bemessung zu berücksichtigen.
8. Bei schwer vorhersehbaren Schmerzen bedarf es einer präzisen Fragestellung des Instanzgerichts an den medizinischen Sachverständigen und einer präzisen Antwort desselben bezüglich der Wahrscheinlichkeit künftiger Schmerzen.

9. Bei Trauerschmerzensgeld und Schockschaden gibt es fließende Übergänge.
10. Bei Störung des Sexuallebens ist auch ein Schmerzensgeldanspruch des (Ehe-)Partners zu befürworten.
11. Bei Schmerzensgeldtabellen ist durch Valorisierung und Bezugnahme auf das Lebensalter eine präzisere Anknüpfung für Folgeentscheidungen möglich.
12. Manchmal ist für einen österreichischen Haftpflichtjuristen der Blick in die Schweiz mindestens ebenso lohnend wie jener nach Deutschland.