

# Entscheidungen zum deutschen Schadenersatzrecht 2017/1

## Billigkeitshaftung bei einem Suizidwilligen; Tierhalterhaftung für eine entlaufene trüchtige Stute; Erwerbsschaden bei Ergebnisbeteiligung des Arbeitnehmers; Berücksichtigung wirtschaftlicher Verhältnisse beim Schmerzensgeld

Eine freiwillige Haftpflichtversicherung ist im Rahmen der Billigkeitshaftung einer deliktsunfähigen Person nicht zu berücksichtigen. Die Haftungsprivilegierung des Tierhalters nach § 833 Satz 2 BGB, für ein der Erwerbstätigkeit dienendes Tier nur nach Maßgabe der objektiv erforderlichen Verwahrung zu haften, gilt nur bei einer auf Gewinnerzielung angelegten Tätigkeit, bei der dieses Ziel mittelfristig erreicht werden kann. Für eine Ergebnisbeteiligung des Arbeitnehmers steht bei dessen von einem Schädiger zu verantwortender Verletzung dem Arbeitgeber ein nach der Zeitdauer der Verletzung bemessener anteiliger Regress unabhängig davon zu, ob durch die Ergebnisbeteiligung die vergangene oder die künftige Betriebstreue belohnt werden soll. Bei der Schmerzensgeldbemessung kann es auch auf die wirtschaftlichen Verhältnisse von verletzter Person und Schädiger ankommen; freilich nur ausnahmsweise, wenn diese fallprägend sind. Aber auch dann steht das Ausmaß der Beeinträchtigung im Vordergrund.

Von Christian Huber

### → Billigkeitshaftung

#### § 829 BGB

#### ZVR 2017/114

Keine Berücksichtigung einer freiwilligen Haftpflichtversicherung im Rahmen der Billigkeitshaftung eines Unzurechnungsfähigen

Der ernsthaft psychisch erkrankte und drogenabhängige Bekl sprang am 24. 12. 2011 am Bahnhof in Suizidabsicht unvermittelt auf das Gleis. Nur durch eine geistesgegenwärtige Vollbremsung des im Anfahren befindlichen ICE konnte der Kl als Lokführer eine Kollision und damit eine schwere Verletzung des Bekl vermeiden. Der seit 1990 als Lokführer tätige Kl ist häufig mit solchen Situationen konfrontiert; durch dieses Ereignis erlitt er eine posttraumatische Belastungsstörung, durch die er bis Ende Juli 2012 krankgeschrieben war. Nachdem sein Begehren auf Schmerzensgeld gegen die Mutter als Betreuerin wegen Verletzung der Aufsichtspflicht abgewiesen worden war, verlangt er vom Bekl, der eine Ausbildung zum Groß- und Außenhandelskaufmann absolviert, mindestens € 6.000,- Schmerzensgeld aus Billigkeitsgründen nach §§ 829, 253 Abs 2 BGB.

ErstG und BerG haben das Begehren abgewiesen. Der BGH wies die Rev des Kl ab.

Eine Haftung nach § 829 BGB ist nicht schon dann zu bejahen, wenn es die Billigkeit erlaubt, sondern erst, wenn die gesamten Umstände eine Haftung des schuldlosen Schädigers aus Billigkeitsgründen geradezu erfordern. Wegen dieses Ausnahmecharakters ist die Schwelle hoch anzusetzen. Abzustellen ist auf die Verhältnisse der Beteiligten. Maßgeblich sind die Verhältnisse zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung. Als Vermögen des Ersatzpflichtigen ist in Durchbrechung des Trennungsprinzips lediglich eine Pflichtversicherung zu berücksichtigen, nicht aber eine freiwillige Haftpflichtversicherung, die allein dem Schutz des Ersatzpflichtigen und nicht dem des Geschädigten dient und bei der auch keine Direktklage gegen den Haftpflichtversicherer besteht. So ist das jedenfalls für das „Ob“ des Anspruchs. Das gilt erst recht, wenn die anderweitigen wirtschaftl Verhältnisse der Beteiligten eine Haftung nach § 829 BGB nicht rechtfertigen. Allein das Bestehen eines Versicherungsschutzes vermag für sich die Billigkeitshaftung nicht auszulösen.

Zu berücksichtigen sind aber sämtliche Umstände des Falls wie Anlass, Hergang und Folgen der Tat. Das Abstellen auf die wirtschaftl Verhältnisse der Beteiligten gilt nicht nur für den wirtschaftl Schaden, sondern auch das Schmerzensgeld. Auch der Gesichtspunkt der Selbstaufopferung führt zu keiner gegenteiligen Beurteilung.

Dieser kann nicht nur im Rahmen der GoA, sondern auch bei der Billigkeitshaftung nach § 829 BGB bedeutsam sein. Voraussetzung dafür ist aber, dass es zu einer Selbstschädigung durch eine Rettungshandlung gekommen ist. Die Beeinträchtigung der Gesundheit erfolgte hier aber bereits dadurch, dass der Bekl auf das Gleis gesprungen ist, nicht erst durch den Bremsvorgang. Dass der Kl den Bekl dadurch vor einer schweren Verletzung bewahrt und ihm womöglich sogar das Leben gerettet hat, ist eine anerkennenswerte Leistung, aber kein Umstand, der eine Billigkeitshaftung erfordert. Es fehlt an einem wirtschaftl Gefälle zu Lasten des Bekl.

BGH 29. 11. 2016, VI ZR 606/15 VersR 2017, 296 = LMK 2017, 387394 (Oechsler)

**Anmerkung:** Der BGH spricht dem Verletzten in Bezug auf sein durchaus moderates Begehren – Schmerzensgeld von € 6.000,- für eine Psychose mit einer mehr als halbjährigen Erwerbsunfähigkeit – Anerkennung aus, verwehrt ihm aber jeglichen Ersatz; er gibt ihm Steine statt Brot. Das ist mE fragwürdig: Es geht um eine Billigkeitshaftung. Womöglich war nicht mehr zu prüfen, ob die Einnahme von Drogen ohne Verschulden erfolgte; sollte das nicht so gewesen sein, wäre eine Haftung nach § 827 Satz 2 BGB zu bejahen gewesen. Hingewiesen wird auf alle Umstände des Einzelfalls. Ist aber eine Person, die eine Ausbildung zum Groß- und Außenhandelskaufmann absolviert, wirklich ganz und gar schuldunfähig? Dieser Umstand lässt – anders als das Kriterium der Schwangerschaft, bei dem es nur ja oder nein gibt – Abstufungen zu.

Knackpunkt der Entscheidung ist aber die Frage der Berücksichtigung einer freiwilligen Haftpflichtversicherung als Vermögen des Ersatzpflichtigen. Der BGH differenziert danach, ob es sich um eine Pflicht- oder eine freiwillige Haftpflichtversicherung handelt. Der Hinweis auf die Direktklage ist indes deplatziert, weil es eine solche – in jedem Fall – nach § 115 VVG infolge europ Vorgaben nur bei der Kfz-Haftpflichtversicherung gibt, nicht aber bei anderen Pflichtversicherungen. Auf diese Modalität der Anspruchsdurchsetzung kann es aber keinesfalls ankommen. Fraglich ist, ob die Zielrichtung der Pflichtversicherung, primär dem Geschädigtenschutz zu dienen, eine Differenzierung dergestalt rechtfertigt, dass eine freiwillige Haftpflichtversicherung, die allein den Schutz des Ersatzpflichtigen bezweckt, bei der Haftungsbegründung gänzlich auszuklammern ist.

Einzuräumen ist, dass das Trennungsprinzip, das freilich auch für die Pflichtversicherung und den Umfang des Ersatzes gilt, bei mechanischer Betrachtung dafür spricht. Vorzugswürdig ist dem gegenüber mE die – bei gleichbarem Wortlaut des § 1310 ABGB

– vom OGH eingenommene Gegenposition, der bei den Vermögensverhältnissen der Beteiligten die Deckungssummen der beim Geschädigten und potenziell Ersatzpflichtigen bestehenden Schadensversicherungssummen gegenüberstellt und dabei zu Recht noch zusätzlich auf das Kriterium der sachlichen Kongruenz abstellt (Nachw bei *Ch. Huber* in *Schwimann*, TaKomm<sup>4</sup> § 1310 Rz 7 ff). Die Beobachtung, dass die psychische Beeinträchtigung nicht erst durch die geistesgegenwärtige Rettungshandlung des Lokführers, sondern bereits dadurch ausgelöst wurde, dass der Bekl in Suizidabsicht auf das Gleis gesprungen ist, ist durchaus rabulistisch – wenn im Ergebnis auch zutr. Im Rahmen der Billigkeitshaftung hätte der Verletzte nach österr. Judikatur nicht nur anerkennende Worte des Höchstgerichts, sondern vielmehr den – angestrebten – Ersatzbetrag bekommen, was in der Tat – jedenfalls bei Bestehen einer Haftpflichtversicherung – „billig“ erscheint.

### → Tierhalterhaftung für ein Pferd

#### § 833 BGB

ZVR 2017/115

Haftungsprivilegierung des Tierhalters nach § 833 Satz 2 BGB nur bei einer auf Gewinnerzielung angelegten Tätigkeit

Um 5 Uhr 50 früh konnte der Lenker eines Kleinbusses eine Kollision mit einer auf seiner Fahrbahn stehenden trächtigen Stute nicht mehr verhindern, wodurch der Beifahrer verletzt und das Fahrzeug beschädigt wurde. Infolge der Kollision verendete das Pferd. Das Pferd war auf einer 300 m von der Unfallstelle entfernten Koppel untergebracht, die durch an Holzpfosten befestigte Elektrobänder gesichert war. Der Bekl arbeitete hauptberuflich in einer Molkerei. Im Unfallzeitpunkt hielt er zwei trächtige Stuten, einen Hengst und einen Wallach. Der Bekl berief sich darauf, eine Pferdezucht im Nebengewerbe zu betreiben. Der Kl verlangte Ersatz.

ErstG und BerG haben das Begehren abgewiesen. Der BGH gab der Rev des Kl statt und verwies an das BerG zurück.

Der Halter haftet nach § 833 Satz 1 BGB, wenn sich die typische Tiergefahr verwirklicht. Das ist gegeben, wenn das Tier von der Weide entkommt und sich auf die Fahrbahn einer Landstraße begibt. § 833 Satz 2 BGB räumt dem Tierhalter den Entlastungsbeweis der objektiv erforderlichen Verwahrung ein, wenn es sich um ein Nutztier handelt, das dem Beruf, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalt des Tierhalters zu dienen bestimmt ist, somit einem wirtschaftl. Zweck. Unter einer Erwerbstätigkeit ist jede auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit zu verstehen. Die bloße Gewinnerzielungsabsicht genügt dafür aber nicht. Es muss vielmehr eine realistische Möglichkeit bestehen, dass der Tierhalter, uU nach einer Anlaufzeit, auf Dauer gesehen mit seiner Tätigkeit Gewinne tatsächlich erwirtschaftet. Dass er den Lebensunterhalt zu einem erheblichen Anteil aus der Tierhaltung bestreitet, ist allerdings nicht erforderlich. Der Bekl konnte diesen Beweis nicht erbringen, hat er doch nach den von ihm vorgelegten Unterlagen mit der Haltung der Pferde bisher nur Verluste erwirtschaftet. Der Umstand, dass der Bekl einen landwirtschaftl. Betrieb angemeldet hat, lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass er eine auf Erwerbszwecke gerichtete Pferdezucht betreibt.

Wenn es auch für den Grund des Anspruchs darauf nicht ankommt, so ist bei der Abwägung der beiderseitigen Verursachungsbeiträge darauf abzustellen, dass der bekl. Halter auch die an ihn zu stellenden Sorgfaltsanforderungen nicht beachtet hat. Da das Entweichen von Pferden zu schweren Unfällen führen kann, sind hohe Anforderungen zu stellen. Der Bekl hat hier gegen die Empfehlungen des Bayer Landwirtschaftsministeriums verstoßen, dass bei Weidegebieten im Risikobereich 2 (Weidegebiete bei mäßig befahrenen Straßen) eine feste Umzäunung mit Elektrobänder-Unterstützung empfohlen wird; hier war aber eine nicht nur unterstützende Elekt-

robänder-Einzäunung gegeben, ganz abgesehen davon, dass der Zaunpfahl nach dem Unfall aus nicht geklärten Gründen umgeknickt war. BGH 14. 2. 2017, VI ZR 434/15

**Anmerkung:** Wenn Pferde mit Fahrzeugen kollidieren, kommt es meist zu erheblichen Schäden – für beide Beteiligte. Im deutschen Recht ist eine strenge Gefährdungshaftung für den Tierhalter in § 833 Satz 1 BGB vorgesehen, es sei denn, es handelt sich um ein Nutztier. Das ist eine durchaus nachvollziehbare Wertung. Insb. bei Inkrafttreten des BGB stand folgender Gedanke Pate: Wer ökonomisch tätig ist, soll weniger streng haften. Immerhin hat auch ein solcher Tierhalter Ersatz zu leisten, es sei denn, er kann nachweisen, dass er für die objektiv erforderliche Verwahrung gesorgt hat, wie das auch § 1320 Satz 2 ABGB für sämtliche Tierhalter vorsieht. Die Qualifikation als Nutztier wurde im konkreten Fall abgelehnt, weil der Halter eine auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit nicht nachweisen konnte. In concreto trifft das zu, war es doch wohl „überzogen“, bei insgesamt vier Tieren eine „Pferdezucht“ zu behaupten. Womöglich hat das den BGH aber zu überschießenden Ausführungen herausgefordert. Ist es – heutzutage – in der Landwirtschaft nicht häufig so, dass diese – jedenfalls unter Berücksichtigung des Unternehmerlohns des Betreibers – verlustträchtig ist? Soll das Haftungsprivileg des § 833 Satz 2 BGB nur dem „erfolgreichen“ Unternehmer zugestanden werden? Weitergehend könnte man nach den Vorgaben der aktuellen BGH-Entscheidung fragen, ob die Tierhaltung selbst einen positiven Ertrag abwerfen muss oder auf den gesamten Betrieb abzustellen ist. Womöglich wäre der Prozess anders ausgefallen, wenn der Bekl sich nicht auf eine „Pferdezucht“, sondern einen landwirtschaftlichen Nebenerwerb gestützt hätte.

Abweichend von den Tatgerichten, die dem SV gefolgt sind, hat der BGH zu Recht auch die erforderliche Verwahrung verneint, was lediglich im Rahmen der Verursachungsbeiträge bedeutsam war. Kommt der BGH in concreto für die Frage nach dem Grund der Haftung aufgrund des Gesetzeswortlauts des § 833 Satz 1 BGB zu einer strengen Gefährdungshaftung, hat der OGH in einer jüngeren E (25. 5. 2016, 2 Ob 70/16 g JBl 2016, 723) im Ergebnis eine ebenso strenge (Gefährdungs-)Haftung angenommen und den Gegenbeweis der Halterin als unmaßgeblich angesehen, dass selbst das Führen am Zaumzeug den Unfall nicht verhindert hätte (krit. dazu *Ch. Huber* in *Schwimann*, TaKomm ABGB<sup>4</sup> § 1320 Rz 12 a). Die Wertung des BGB ist billigenwert, weil Tiere, namentlich Pferde, gefährlich sind; und wer ein solches Tier – zu Luxuszwecken – hält, soll grundsätzlich haften, wenn sich eine aus der Haltung eines solchen resultierende Gefahr verwirklicht. Ungeachtet des unterschiedlichen Gesetzeswortlauts kommen das deutsche und das österr. Höchstgericht jedenfalls bei einem Pferd zu einer ähnlich strengen (Gefährdungs-)Haftung.

### → Ersatzfähigkeit einer Ergebnisbeteiligung eines Arbeitnehmers

#### §§ 842 f BGB; § 6 Abs 1 EFZG

ZVR 2017/116

Unmaßgeblichkeit für Ersatzfähigkeit einer Sonderprämie, ob diese vergangene oder künftige Betriebstreue belohnen will

Ein Arbeitnehmer wurde bei einem Verkehrsunfall verletzt, für dessen Folgen die bekl. Kfz-Haftpflichtversicherung aufkommen muss. Der verletzte Arbeitnehmer war im Jahr 2013 an 63 Tagen arbeitsunfähig. Im April 2014 zahlte ihm sein Arbeitgeber dessen ungeachtet eine Ergebnisbeteiligung von € 2.541,- sowie € 500,- Sonderbonus aus. Schon im Dezember hatte der verletzte Arbeitnehmer an den in der Folge kl. Arbeitgeber seine Ansprüche gegen den Schädiger „wegen und in Höhe der gesetzlichen, tariflichen und

betrieblichen Verpflichtung bereits geleisteten oder zukünftig noch zu leistender Zahlungen durch die Kl“ abgetreten. Der kl Arbeitgeber begehrt anteilig € 707,46.

ErstG und BerG haben das Begehren abgewiesen. Der BGH gab der Rev des Kl statt und verwies zur Berechnung des Umfangs des Ersatzes an das BerG zurück.

Darauf, ob ein Anspruchsübergang nach § 6 EFZG zu bejahen ist, kommt es nicht an, weil der Verletzte seinen Anspruch an den Kl abgetreten hat. Maßgeblich ist allein, ob dem Verletzten ein Schaden entstanden ist. Das ist zu bejahen. Das ergibt sich zwar nicht aus der Differenzhypothese, wohl aber aus den zur normativen Schadenserstattung entwickelten Grundsätzen. Die Differenzrechnung ist zu korrigieren, wenn die Differenzbilanz die Schadenserwicklung für den Normzweck der Haftung nicht hinreichend erfasst. Maßgeblich ist, ob die Leistungen des Dritten den Schädiger entlasten sollen. Das ist hier zu verneinen. Der Verletzte erhielt eine Vergütung, obwohl er seine Arbeitsleistung zeitweise nicht erbringen konnte. Darauf, ob durch diese Leistung zusätzlich die vergangene oder die künftige Betriebstreue abgegolten werden soll, kommt es für die schadenersatzrechtliche Ersatzfähigkeit nicht an. Maßgeblich ist allein, dass nicht die Treue als solche abgegolten wird, sondern nur im Hinblick auf die für das Unternehmen der Kl geleistete Arbeit. Das ergibt sich schon daraus, dass die volle Prämie nur demjenigen Arbeitnehmer zusteht, der im gesamten Geschäftsjahr 2013 in einem aktiven Vollzeit-Arbeitsverhältnis tätig war. Bei der Zurückverweisung ist zu beachten, dass die vom Kl für maßgeblich angesehene Formel heranzuziehen ist: Prämie x Krankheitstage : (365 Kalendertage – Urlaubstage), jeweils brutto.

BGH 22. 11. 2016, VI ZR 40/16 VersR 2017, 304 = LMK 2017, 388008 (Walker)

**Anmerkung:** Die Wahrnehmung eines normativen (Personen-) Schadens stößt häufig auf Schwierigkeiten. Die beiden Instanzgerichte waren dazu nicht in Lage, der BGH hat dann – erfreulicherweise – das richtige Judiz getroffen. Die Kernfrage lautet: Welche Leistungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer stehen im Synallagma? Das sind die erbrachte Arbeitsleistung des Arbeitnehmers einerseits und nicht bloß der monatlich häufig gleich bleibende – oder um eine Inflationsanpassung und allenfalls die Teilhabe am Wirtschaftswachstum bzw um eine im Tarifvertrag vorgesehene Steigerung angepasste – Lohn, sondern auch alle weiteren Entgeltbestandteile von der Beteiligung am Jahresergebnis bis zu allen möglichen fringe benefits (betriebliche Altersversorgung, Dienstwagen, Dienstwohnung udgl) andererseits. Dass eine Extraprämie mitunter an zusätzliche Bedingungen geknüpft wird, etwa den Verbleib im Betrieb bis zum 31. 3. oder 30. 6. des Folgejahrs und in concreto die Beschäftigung während des gesamten Jahrs ohne verhaltensbedingte Kündigung, nimmt der Gegenleistung des Arbeitgebers nicht die Entgeltqualität, wie der BGH zutr ausgesprochen hat.

Für die schadenersatzrechtl Beurteilung kommt es auch nicht darauf an, wie weit die Legalzession des § 6 EFZG reicht. Für die dort erfassten Entgeltbestandteile ist auch die Modalität der Legalzession festgelegt; die grundsätzliche schadenersatzrechtl Wertung, dass der Schädiger für sämtliche im Synallagma stehende Gegenleistungen des Arbeitgebers Ersatz leisten muss, ist indes davon unabhängig. In concreto hatte sich der regressierende Arbeitgeber den – normativen – Schadenersatzanspruch des verletzten Arbeitnehmers vorsichtshalber abtreten lassen. Letztendlich kann die Einstandspflicht des Ersatzpflichtigen davon aber nicht abhängig sein.

Die vom Kl als maßgeblich angesehene Formel wird vom BGH gebilligt, schöpft aber nicht das volle Ausmaß dessen aus, was an Ersatz gebührt. Maßgeblich ist, welches Entgelt je erbrachtem Arbeitstag zu leisten ist. Deshalb ist auf die Arbeitstage und nicht die Kalen-

dertage abzustellen. Dabei ist auszuklammern, dass ein durchschnittlicher Arbeitnehmer unabhängig von der Unfallverletzung auch sonst ein bis zwei Wochen im Jahr krank ist. Dazu kommt, dass es je nach Bundesland zwischen zehn und 14 offizielle Feiertage gibt, was die Kosten des einzelnen Arbeitstags weiter erhöht. Insoweit geht es nicht um höhere Mathematik, sondern eine Anwendung von ganz simplen Prinzipien der Lohnverrechnung und betriebswirtschaftl Kostenrechnung. Dass sich damit Anwälte und Richter gelegentlich schwer-tun, weil das nicht Gegenstand ihrer Ausbildung war, wird in solchen Verfahren deutlich (ausführlich zur Berechnung des Regressanspruchs des Arbeitgebers Ch. Huber, Die Wende beim Lohnfortzahlungsschaden – Analyse und Ausblick, in FS-Dittrich [2000] 411 ff).

## → Bemessung des Schmerzensgeldes

### § 253 BGB

#### ZVR 2017/117

Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten und deren Gewichtung bei der Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes

Auf Vorlage des 2. Strafsenats des BGH mussten die Vereinigten Großen Senate der Zivil- und Strafsenate des BGH folgende Vorlagefragen beantworten: Dürfen bei der Bemessung der billigen Entschädigung in Geld (§ 253 Abs 2 BGB) die wirtschaftl Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten berücksichtigt werden? Wenn ja, nach welchem Maßstab können sie berücksichtigt werden? Der 2. Strafsenat war der Meinung, dass es darauf nicht ankomme; da er insoweit von der Entscheidung des Großen Senats des BGH (BGHZ 18, 149) abgewichen wäre, hat er diese Frage vorgelegt.

Die 1. Vorlagefrage wird dahingehend beantwortet, dass alle Umstände des Falls berücksichtigt werden können, wobei die wirtschaftl Verhältnisse von Geschädigtem und Schädiger nicht von vorneherein ausgeschlossen werden dürfen. Die Billigkeit sperrt sich gegen jede Generalisierung. Die Vorstellung, bestimmte Umstände des Einzelfalls von vorneherein aus abstrakt generellen Erwägungen der Berücksichtigung des Tatrichters zu entziehen, steht in unauflösbarem Widerspruch zur Funktion des Billigkeitsgedankens. Ganz im Vordergrund stehen freilich Höhe und Maß der Lebensbeeinträchtigung. Daneben können auch alle anderen Umstände berücksichtigt werden wie etwa der Grad des Verschuldens, aber auch die wirtschaftl Verhältnisse des Geschädigten und des Schädigers. Wenn man die Vermögenslage von Schädiger und Geschädigtem nicht einbeziehen würde, hätte das zur Folge, dass die Genugtuungsfunktion unausgesprochen negiert würde. Die Verletzung einer „armen“ Partei durch einen „vermögenden“ Schädiger kann bei einem außergewöhnlichen „wirtschaftlichen Gefälle“ ein bei der Gesamtbetrachtung des Einzelfalls mit zu berücksichtigender Umstand sein.

Die 2. Vorlagefrage zur Gewichtung der Vermögensverhältnisse wurde dahin beantwortet, dass es bei der billigen Entschädigung nicht um eine isolierte Schau auf einzelne Umstände des Falls geht, sondern eine Gesamtbetrachtung. Der Tatrichter hat die fallprägenden Umstände zu bestimmen und diese im Verhältnis zueinander zu gewichten. In erster Linie sind aber Höhe und Maß der entstandenen Lebensbeeinträchtigung zu berücksichtigen; hier liegt das Schwergewicht. Feststellungen zu den wirtschaftl Verhältnissen sind daher nur geboten, wenn diese dem Einzelfall ein besonderes Gepräge geben und deshalb bei der Entscheidung ausnahmsweise berücksichtigt werden mussten.

BGH, Vereinigte Große Senate, B 16. 9. 2016, VGS 1/16 VersR 2017, 180 = NZV 2017, 179 (Almeroth) = LMK 2017, 386787 (Schiemann)<sup>1)</sup>

1) Dazu L. Jaeger, Adhäsionsverfahren – Ist schnelles Recht auch gutes Recht? Überlegungen zur bisherigen und künftigen Rechtsprechung der Strafsenate des BGH, VersR 2017, 449.

**Anmerkung:** Dem Unfallopfer eines Strafdelikts steht es offen, sich als Privatbeteiligter dem Strafprozess anzuschließen und seine zivilrechtl Ansprüche im Adhäsionsverfahren geltend zu machen. Soweit durch ein Strafdelikt eine Körperverletzung begangen worden ist, geht es um den Ersatz des Personenschadens. Im Vordergrund steht dabei der Schmerzensgeldanspruch. Das Strafgericht entscheidet dann über einen zivilrechtl Anspruch; im Regelfall ist es freilich mit der zivilrechtl Dogmatik nicht vertraut. Es ist nicht völlig von der Hand zu weisen, dass es das Schmerzensgeld nach ähnlichen Prinzipien bemisst, die ihm von der Ausmessung der Tagessätze bei der Geldstrafe geläufig sind. Dabei spielt die wirtschaftl Leistungsfähigkeit des Straftäters – selbstverständlich – eine Rolle. Der 2. Strafsenat wollte eine abschließende Klärung herbeiführen, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse weder beim Geschädigten noch beim Schädiger eine Rolle spielen sollen. Diese Position entspricht – weitgehend – der neueren zivilrechtl Dogmatik der Schmerzensgeldbemessung, wie sie bei Körperverletzungen nach Verkehrsunfällen und ärztlichen Kunstfehlern entwickelt worden ist. Hätte man sich dazu durchringen können, wäre das ein mutiger Schritt gewesen, um das Schmerzensgeld als Schadensposten an die Dogmatik des Vermögensschadens anzunähern.

Ein solcher Konsens ist nicht zustande gekommen. Vielmehr wird die sibyllinische Geheimniskrämerei der Entscheidung des Großen Senats vom 6. 7. 1955 (BGHZ 18, 149) bestätigt: Alles ist möglich – wie im Lotto. Kein in Betracht kommendes Kriterium kann a priori ausgeschlossen werden. Der Prognostizierbarkeit der Höhe des Schmerzensgeldes ist das freilich wenig förderlich. Die wirtschaftl Verhältnisse sollen dann bedeutsam sein, wenn sie fallprägend sind. Aber wann ist das der Fall? Man ist durch diese „Präzisierung“ in etwa so schlau wie bei der Vorhersage, was nach dem Orakel von Delphi herauskommen wird. Verteidigt wird die Berücksichtigung damit, dass sonst unter Umständen die Genugtuungsfunktion obsolet werden könnte. Darunter versteht man, dass das Schmerzensgeld auch eine Sühneleistung des Täters dafür sein soll, was dieser dem Opfer angetan hat. Abgesehen davon, dass die Genugtuungskomponente von vielen als nicht mehr zeitgemäß angesehen wird, deren Abschaffung somit kein großer Verlust wäre, weil sich alle angemessenen Ergebnisse auch mithilfe des Ausgleichsprinzips erklären lassen, ist mE nicht recht verständlich, welche Rolle beim Genugtuungsprinzip ein Vermögensgefälle zwischen Opfer und Täter spielt. Soll etwa vermögende Täter gegenüber einem ebenso vermögenden Opfer – unter Genugtuungsaspekten – ein geringeres Schmerzensgeld zahlen

müssen; und warum sollte das so sein? Immerhin nachvollziehbar ist, dass die dem Täter auferlegte Buße umso höher sein kann, je vermöglicher er ist; aber wohl niemals mehr, als angemessen ist.

Schlussendlich wird auf die Bedeutsamkeit des Verschuldens verwiesen, was außer Streit stehe. Bemerkenswert ist immerhin, dass im österr Recht – noch – der gegliederte Schadensbegriff gilt, wonach – anders als im BGB, wo für den Vermögensschaden das Prinzip der Totalreparation gilt – das Ausmaß des ersatzfähigen Vermögensschadens vom Verschulden abhängig sein kann – nach §§ 1323 f kein Ersatz des entgangenen Gewinns bei leichter Fahrlässigkeit. Beim Schmerzensgeld hat die OGH-Judikatur aber nach meiner Wahrnehmung ein qualifiziertes Verschulden – durchaus zu Recht – nicht als anspruchserhöhend bewertet.

Man könnte die Entscheidung abschließend in der Weise resigierend kommentieren, dass eine Chance vertan wurde, das Schmerzensgeld in Anlehnung an die moderne zivilrechtl Dogmatik anzupassen oder fortzuentwickeln (zu den für die Bemessung des Schmerzensgeldes maßgeblichen Parametern *Ch. Huber, Brennpunkte der Schmerzensgeldberechnung, in Schaffhauser/Bächli/Dähler/Landolt/Liniger/Peter* [Hrsg], Jahrbuch zum schweizerischen Straßenverkehrsrecht [2016] 98). Womöglich ist ein mutiger Schritt nach vorne für ein solches Gremium aber besonders schwer. Liest man zwischen den Zeilen, kann man dem Beschluss immerhin entnehmen, dass Dauer und Heftigkeit der Schmerzen die dominierende Bemessungsdeterminante und die Vermögensverhältnisse von Opfer und Täter nur ganz ausnahmsweise festzustellen sind. Man hat sich damit von diesen Bemessungsdeterminanten nicht unwiderruflich verabschiedet, aber immerhin bekundet, dass sie im Regelfall keine Rolle spielen; und selbst wenn sie es ausnahmsweise tun, ihre Bedeutung sich auf eine Randkorrektur beschränkt. Womöglich ist das Opfer eines Strafdelikts – wie in concreto nach einer Vergewaltigung – aber ohnehin besser beraten, das Zivilgericht anzurufen, das infolge der häufigeren Befassung mit höherer Sachkompetenz über einen solchen Anspruch entscheidet – und typischerweise zu einem höheren Zuspruch gelangt. Besonders bedeutsam ist das im deutschen Recht, wo anerkannt ist, dass der Kl in Abweichung von § 253 Abs 2 Satz 2, § 308 ZPO ein Mindestbegehren stellen kann, das Gericht aber beim Zuspruch nach oben nicht an das erhobene (Mindest-) Begehren gebunden ist. Dann kommt es in besonderer Weise darauf an, dass das zur Entscheidung aufgerufene Gericht genau weiß, was angemessen ist.

# Initiative zur Einführung eines Trauerschmerzensgeldes in Deutschland

## Entwurf zur Einführung eines Hinterbliebenengeldes

Geplant ist noch in dieser Legislaturperiode die Einführung eines Hinterbliebenengeldes in Deutschland, wodurch Angehörige bei von einem Schädiger zu verantwortender Tötung einer Person eine Abgeltung ihrer Trauer losgelöst vom Nachweis einer psychischen Krankheit erhalten sollen.

ZVR 2017/118

Abweichend von der bisherigen Usance, jeweils fünf schadenersatzrechtliche BGH-Entscheidungen zu besprechen, wird ausnahmsweise über ein in Deutschland ganz aktuelles Gesetzge-

bungsverfahren berichtet, das noch in dieser Legislaturperiode, somit bis 24. 9. 2017, zur Einführung einer Regelung führen soll, wodurch Angehörige Abgeltung ihres Trauerschadens bei Tö-