



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht

19. Herbsttagung

vom 13. bis 14. September 2019 in Berlin

Taggenaue Bemessung des Schmerzensgelds

Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Berlin



Taggenaue Bemessung des Schmerzensgelds

OLG Frankfurt am Main 18.10.2018
22 U 97/16

Prof. Dr. Hans-Peter
Schwintowski
Humboldt-Universität zu Berlin

Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht

13.09.2019



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Grundgedanke

Das Schmerzensgeld (§ 253 Abs. 2 BGB) dient dem Ausgleich für Schäden nicht-vermögensrechtlicher Art und trägt dem Umstand Rechnung, dass der Schädiger dem Geschädigten Genugtuung schuldet für das, was er ihm angetan hat (OLG Frankfurt a.M. Rn. 61)





Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Konkreter Einzelfall

- Der Richter muss sich mit den, für die Schmerzensgeldbemessung maßgeblichen Umständen auseinandersetzen.
- Die Vereinigten Großen Senate des BGH haben am 16.09.2016 (VGS 1/16) entschieden, dass alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Die wirtschaftlichen Verhältnisse beider Seiten können dabei nicht von vornherein ausgeschlossen werden (OLG FfM Rn. 62)



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Persönliche Erfahrungen

Die Erfahrungen des Senats zeigen, dass die Bemessung des Schmerzensgeldes in geradezu extremer Art und Weise von der persönlichen Situation des erkennenden Richters, den Vorstellungen, die der RA des Geschädigten äußert und auch von dem Landstrich abhängt, indem sich das Gericht befindet (OLG FfM Rn. 65).





Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Persönliche Erfahrungen

- Diese Umstände lassen es für die außergerichtliche Rechtsberatung nahezu unmöglich erscheinen, einen tatsächlich angemessenen Betrag zu errechnen, hinsichtlich dessen auch mit einem Klageerfolg gerechnet werden kann.
- Insbesondere die lange Dauer einer Beeinträchtigung wird oftmals durch die Gerichte unterschätzt, wie sich an vielen Beispielen aus der Schmerzensgeldtabelle Hacks/Wellner/Häcker erkennen lässt.
- Dort wird zwar das Alter der Verletzten dargestellt aber die Dauer der Auswirkung stellt keine eigene Kategorie der Schmerzensgeldbemessung dar (OLG FfM Rn. 65).



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Tabellen

Das dies für alle Beteiligten eine schwierige Situation ist, ist allgemein bekannt.

- es werden wissenschaftliche Untersuchungen darüber geführt, inwieweit in verschiedenen Gerichten unterschiedliche Schmerzensgeldbeträge ausgerechnet werden (aktuell Universität Köln)
- In vielen europäischen Ländern gibt es bereits Tabellen für typische Verletzungen, die teilweise an Richterakademien, teilweise von Berufsverbänden erarbeitet worden sind (dazu Höcker NZV 2014, 1; Ridmeyer ZfS 2014, 304)





Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Tabellen

- Bereits die ehemalige Richterin des 6. Zivilsenats des BGH, Erika Scheffen, hat sich für eine Standardisierung am Beispiel von OLG Leitlinien ausgesprochen (NZV 1994, 417; OLG FfM Rn. 66).

7



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Dauer der Beeinträchtigung

- Die Dauer der Beeinträchtigung muss eine erheblich größere Rolle bei der Schmerzensgeldbemessung spielen als bisher (OLG FfM Rn. 67)
- Beispiel: Unterschenkelamputation: OLG Hamm (19.11.2001 – 13 U 136/98) und OLG München (14.09.2005 – 27 U 65/05) haben bei jungen Frauen Schmerzensgelder von 40.000€ - 45.000€ angenommen
- Verteilt man diesen Betrag auf eine Lebenserwartung von noch 40 Jahren, so ergibt sich ein Tagessatz von 3€
- Dies erscheint dem Senat als unerträglich

8



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Dauer der Beeinträchtigung

- Der Senat sieht zwar auch, dass es kaum einen Betrag geben dürfte, der für die fraglichen Beeinträchtigungen nicht nur physischer sondern auch psychischer Art einen ausreichenden Ausgleich darstellen dürfte.
- Der Fall soll lediglich als Beispiel dienen, dass die dauerhafte Beeinträchtigung eine deutlich größere Rolle spielen muss (OLG FfM Rn. 67).

9



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Kriterien Handbuch Schmerzensgeld

- Der Senat berechnet deshalb das Schmerzensgeld **auch** nach den Kriterien, die in dem Handbuch Schmerzensgeld (Schwintowski/Schah Sedi/Schah Sedi, 2013) zugrunde gelegt sind (OLG FfM Rn. 68).
- Darin wird zunächst davon ausgegangen, dass eine taggenaue Berechnung des Schmerzensgeldes insoweit möglich ist, als die unterschiedlichen Behandlungsstufen und Stufen der Schadensfolgen berücksichtigt werden können.
- Dafür sind entsprechende Zeitabschnitte maßgeblich.

10



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Kriterien Handbuch Schmerzensgeld

- Weiterer Ausgangspunkt ist die Annahme, dass der Schmerz und die Beeinträchtigung zunächst **gleich** sind, also weder nach dem Einkommen noch nach dem persönlichen Status unterschiedlich bewertet werden dürfen
- Deshalb gehen die Autoren nach Auffassung des Senats zurecht davon aus, dass ein Durchschnittseinkommen maßgeblich sein muss, das als Grundlage unterschiedlicher Entwicklungsstufen herangezogen werden kann.
- Des Senat geht dabei von einem Bruttonationaleinkommen von je Einwohner/mtl. von 2670, 16€ aus (Statistisches Bundesamt 2010, Fachserie 18, Reihe 1.4; Handbuch Schmerzensgeld S. 63).



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Kriterien Handbuch Schmerzensgeld

- Nimmt man für den Aufenthalt in der Normalstation eines Krankenhauses einen Betrag von 10% dieses Einkommens als Ausgleichsbetrag an, so ergibt sich für die 11 Tage des Krankenhausaufenthaltes des Klägers ein Betrag von 2937,11€.
- Für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit könnte nach diesem System ein Betrag von 7% pro Tag mit 186,91€, angesetzt werden (OLG FfM R. 68).





Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Grad der Schädigungsfolgen (GdS)

Tatsächlich ist die Arbeitsunfähigkeit kein ausreichend taugliches Merkmal, da diese lediglich pauschal wiedergibt, ob der behandelnde Arzt den Patienten für arbeitsfähig hält oder nicht, nichts aber darüber aussagt, inwieweit tatsächlich eine Beeinträchtigung vorliegt.

- Deshalb stellen die Autoren nicht auf die Arbeitsunfähigkeit, sondern auf den Grad der Schädigungsfolgen (GdS) ab, wie er auf der Grundlage der Anlage zu § 2 der Versorgungsmedizinverordnung vom 10.12.2008 zu bemessen ist.
- Dieser Grad der Schädigungsfolgen ist ein Maß für die körperlichen, geistigen und sozialen Auswirkungen einer Funktionsbeeinträchtigung/eines Gesundheitsschadens, drückt also genau die Lebensbeeinträchtigung aus, die für die Bemessung des Schmerzensgeldes relevant sind (OLG FfM Rn. 69).

13



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Konkrete Berechnung

- Bei einem Tagessatz von 186,91€ und einer 50%igen Beeinträchtigung ergibt dies für den Zeitraum 13.03.2014 - 27.04.2014 (46 Tage) einen Betrag von 4298,93€.
- Für die Zeit vom 28.04.2014 - 31.06.2014 sind 25% Minderung anzusetzen, sodass sich bei 95 Tagen und einem Tagessatz von 46,72€ ein Gesamtbetrag von 4438,40€ ergibt. Aufaddiert ergeben diese Beträge eine Gesamtsumme von **11.6674,44€**.

14



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Zweite Stufe

- Das System des taggenauen Schmerzensgeldes bleibt an dieser Stelle nicht stehen, sondern sieht auf einer zweiten Stufe individuelle Zu- und Abschläge vor.
- Dabei können insbesondere Umstände des Falles in erhöhender wie in vermindernder Art und Weise berücksichtigt werden.
- Dies könnte zum Beispiel daran liegen, dass es noch weitere längerfristige Beeinträchtigungen gegeben hat und die Gefahr einer Arthrose durchaus realistisch ist. Auf der anderen Seite sind solche Auswirkungen in gewisser Weise auch schon durch die lange Dauer der Beeinträchtigung miterfasst.

15



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Zweite Stufe

- Auch die Prozentsätze (Handbuch S. 67) sind keinesfalls zwingend und könnten auch geringer angesetzt werden (OLG FfM Rn. 71/72).

16



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Schematische Herangehensweise

- Für den Senat ist diese Art der Herangehensweise unter verschiedenen Aspekten vorzugswürdig (Rn. 73).
- Diese schematische Herangehensweise dürfte die außergerichtliche Schmerzensgeldregulierung vereinheitlichen und auch eine bessere gemeinsame Basis für die Schätzung des adäquaten Schmerzensgeldes geben.
- Dies könnte auf Dauer dazu führen, dass bei langfristigen Beeinträchtigungen deutlich höhere Schmerzensgelder ausgeworfen werden, während bei geringen Beeinträchtigungen die Schmerzensgelder deutlich vermindert werden könnten (Rn. 73).

17



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Weitere Rechtsprechung

- 1) Das LG Magdeburg folgt der Rechtsauffassung des OLG FfM (07.02.2019 – 10 O 503/18, Rn. 15)
- 2) Bei einem fünfjährigen Verletzten ist die restliche Lebenserwartung von mehr als 80 Jahren zu Berücksichtigen (10.000€ jährlich erscheinen angemessen – LG Aurich 23.11.2018 – 2 O 165/12, Rn. 28).
- 3) LG Frankfurt a.M. v. 17.07.2019 2 - 24 O 246/16: Das Gericht folgt der Rechtsauffassung des OLG FfM und lehnt die entgegenstehenden Argumente des OLG Düsseldorf und des OLG Brandenburg (dazu gleich) dezidiert ab.

18



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Weitere Rechtsprechung

- 4) Das OLG Düsseldorf (28.03.2019 – 1 U 66/18) hat von der taggenauen Berechnung des Schmerzensgeldes abgesehen (Rn. 32). Der Senat verkennt nicht die Schwierigkeit ein „angemessenes“ Schmerzensgeld zu bemessen und hat Verständnis für das Interesse des Geschädigten die Höhe anhand von bestimmten – scheinbar gerechten – numerischen Kriterien nachvollziehen zu können
- Es treffe zwar zu, dass der Schmerz weder nach dem Einkommen noch nach dem persönlichen Status unterschiedlich bewertet werden dürfe (Rn. 35). Es erschließe sich aber nicht, wieso das Bruttonationaleinkommen als Grundlage unterschiedlicher Wertstufen herangezogen werden solle (Rn. 35).

19



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Weitere Rechtsprechung

- Genauso willkürlich erscheine es, bei der Dauer der Arbeitsunfähigkeit pro Tag (max. 7%) vom Bruttonationaleinkommen je Einwohner in Ansatz zu bringen. Insoweit solle auf den Grad der Schädigungsfolgen (GdS) abgestellt werden (Rn. 37/38).
- Dies zeige, dass es auch nach dieser schematisierenden Herangehensweise im Ergebnis stets entscheidend auf die Umstände des Einzelfalls ankommt und eine Erleichterung der Berechnung, wie sie von dem Handbuch angestrebt werde, nicht erreicht werden könne (Rn. 40)

20



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Weitere Rechtsprechung

- 5) OLG Brandenburg 16.04.2019 (3 U 8/18): Die taggenaue Bewertungsmethode werde von der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht verlangt und könne nach Auffassung des Senats keine tragfähige Grundlage bilden (Rn. 36). Sie berücksichtige insbesondere den Straf- und Sühnecharakter des Schmerzensgeldes nicht und erwachse in dem Irrglauben, jegliche Art und Intensität körperlicher Einschränkungen und Schmerzen objektiv bemessen zu können (Rn. 36).

21



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

zu OLG Brandenburg

- Das OLG irrt, das System sieht ausdrücklich individuelle Zu- und Abschläge je nach Schwere vor (Handbuch ab S. 67 und erneut (Stufe III) ab S. 69).
- Es geht nicht darum körperliche Einschränkungen oder Schmerzen objektiviert zu bemessen, sondern es geht darum für vergleichbare Lebensbeeinträchtigungen für alle Menschen in Deutschland eine nachvollziehbare, menschenwürdige, tagesangemessene Entschädigung für immaterielle Schädigungen zu erreichen.

22



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

zu OLG Düsseldorf

- Das Anknüpfen an das Bruttonationaleinkommen als normativ-abstrakte Richtgröße egalisiert – ebenso wie die Schmerzen – die Einkommensunterschiede innerhalb der Volkswirtschaft und liefert damit einen Maßstab für Menschen, die gleichermaßen von Lebensbeeinträchtigungen aus schädigenden Handlungen betroffen sind (Handbuch S. 62)
- Die „Gleichheit vor dem Schmerz“ wird im monatlichen Durchschnittseinkommen der Bundesbürger (einer statistischen Größe, die in Wirklichkeit nicht vorkommt) **gespiegelt**.
- Da auch schwerste immaterielle Schädigungen, einschließlich der Dauerschädigungen, erfasst sind, internalisiert dieses System nicht nur die Ausgleichs-, sondern auch die Genußtuungsfunktion (Handbuch S. 62).

23



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

zu OLG Düsseldorf

- Gleichzeitig wird das Schmerzensgeld dynamisch an die Entwicklung der Zeit angepasst, das heißt die Lebensbeeinträchtigung wird nicht statisch (Zeitpunkt der Schmerzensgeldberechnung), sondern dynamisch und damit als Prozess einer dauerhaft angemessenen und billigen Schmerzensgeldentschädigung begriffen (Handbuch S. 62).
- Das Bruttonationaleinkommen differenziert nicht zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen. Es wird auch nicht zwischen Kindern und Rentnern, nicht zwischen Männern und Frauen oder Studierenden und Auszubildenden differenziert.

24



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

zu OLG Düsseldorf

- Das Bruttonationaleinkommen ist vielmehr ein Durchschnittswert, der für alle Bundesbürger gleichermaßen gilt. Es handelt sich also um das pro Kopfeinkommen für jeden Bundesbürger pro Jahr.
- Da bedeutet, dass das Bruttonationaleinkommen mit dem Gedanken der „Gleichheit vor dem Schmerz“ eng korreliert (Handbuch S. 63).
- Es gilt nicht nur der Satz „Gleichheit vor dem Schmerz“ sondern auch der Satz „Gleichheit vor dem Durchschnittseinkommen“.
- Damit wird für die Bemessung des Schmerzensgeldes an einen für alle Bundesbürger gleichen Vermögensmaßstab angeknüpft um auf diese Weise dem Gleichheitssatz (Art. 3 GG) Ausdruck zu verleihen.

25



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

zu OLG Düsseldorf

- Auch die prozentuale Höhe der Tagessätze dienen dem **Gleichheitsgebot**. Sie sorgen dafür, dass jeder Mensch je nach Lebensbeeinträchtigung in gleicher Weise bei der Bemessung des Schmerzensgeldes behandelt wird.
- Letztlich dienen die Prozentsätze der Behandlungsstufen (15/10/9/8/7) in Verbindung mit dem Bruttonationaleinkommen der **übergeordneten** Grundfrage, ob das Schmerzensgeld im jeweiligen Einzelfall tagangemessen menschenwürdig (Art. 1 GG) ist.
- Menschenwürdig ist das Schmerzensgeld dann, wenn
 - es für alle Menschen bei vergleichbaren Lebensbeeinträchtigungen gleich bemessen ist und
 - es der Höhe nach die Lebensbeeinträchtigung, die ein Mensch täglich erleiden muss, ansatzweise kompensiert

26



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

zu OLG Düsseldorf

- Das prozentuale System dient, ebenso wie das Bruttonationaleinkommen, dazu, im jeweiligen Einzelfall einen Ausgangspunkt zu beschreiben, der auf gleichen Annahmen für alle Betroffenen beruht.
- Es ist aber keineswegs willkürlich und schon gar nicht statisch.
- Es kommt immer auf die Umstände des Einzelfalles an, deshalb können die Gerichte auf der Stufe II jederzeit Zu- und Abschläge je nach Schwere der Verhaltensvorwürfe vornehmen.
- Schließlich wird auf Stufe III vorgeschlagen, dass bei bestimmten, besonders schweren, Verhaltensverstößen standardisierte Zuschläge erhoben werden.

27



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

zu OLG Düsseldorf

- Damit leistet das System ein Zweifaches:
 - Es erlaubt die Bemessung des Schmerzensgeldes nach im Grundsatz vorhersehbaren, vom Gerichtsbezirk und von der Richterpersönlichkeit unabhängigen Kriterien, die an die Lebensbeeinträchtigung der Betroffenen anknüpfen und
 - Es erlaubt individuelle Zu- und Abschläge im Einzelfall und damit eine Anpassung an die jeweils individuelle Situation, in die die Betroffenen durch die Beschädigung geraten sind.

28



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

zu OLG Düsseldorf

- Das System verbindet somit den Gedanken der Gleichheit, der Vorhersehbarkeit und der Angemessenheit des Schmerzensgeldes mit der Einzelfallgerechtigkeit.
- Das System leistet folglich das, was der Gesetzgeber mit § 253 Abs. 2 BGB seit der Entscheidung des Großen Senates des BGH im Jahre 1955 will, nämlich eine menschenwürdige, gleiche Kompensation für Schmerzen, die zwar nicht beseitigt aber durch ein Schmerzensgeld zumindest gelindert werden können.

29



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Das System im Überblick Stufe I

- Intensivstation 15% BME
- Normalstation 10% BME
- Rehabilitation 9% BME
- Ambulant Zuhause 8% BME
- Dauerschaden 7% BME (bei 100% GdS)

30



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Das System im Überblick Stufe II und III

Stufe II

- Individuelle Zu- und Abschläge

Stufe III

- Schwerwiegende Verhaltensverstöße
- Alkohol/abgefahrene Reifen/defekte Bremsen

31



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

Hauptprobleme des derzeitigen Systems

- Keine taggenaue Bemessung
- Keine präzise Berücksichtigung der Dauer der Schädigungsfolgen
- Keine angemessene Erfassung gleicher Sachverhalte
- Kein Kriterium für die Erfassung von Dauerschäden
- Keine menschenwürdige Bemessung des Schmerzensgeldes etwa im Vergleich zur Nutzungsentschädigung bei Kraftfahrzeugen
- Keine Vorhersehbarkeit der Schmerzensgeldhöhe – starke Abhängigkeit von Gerichtsbezirken und Richterpersönlichkeiten

32



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

- Menschen, die ihr Leben unter Schmerzen, im Rollstuhl oder an Krücken verbringen müssen, sind vom Schicksal geschlagen.
- Für sie habe ich das System des tagangemessenen Schmerzensgeldes entwickelt, um ihnen das Gefühl zu geben, der Rechtsstaat behandelt sie zumindest mit dem gebotenen Respekt.

33



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

34



Prof. Dr.
Hans-Peter
Schwintowski

13.09.2019

AG
Medizinrecht

- 271 Fälle dieser Art zeigen, wie unsicher die Kriterien für die Bemessung des Schmerzensgeldes in der Rechtsprechung sind. Das System der taggenauen Bemessung des Schmerzensgeldes führt hier zu erheblich mehr Rechtssicherheit, Bestimmbarkeit und Nachvollziehbarkeit als bisher. Allerdings wird es immer Fälle geben, die auch mit dem System der taggenauen Bemessung nicht präzise zu erfassen sind. Als Beispiel kann auf den Fall des **Bahnreisenden** verwiesen werden, der auf einer längeren **ICE-Fahrt** zwei Stunden lang die Toilette nicht benutzen konnte.²⁸¹ Ihm wurde ein Schmerzensgeld in Höhe von 300 € zugebilligt. Aus der Perspektive des Systems der taggenauen Bemessung des Schmerzensgeldes hätte man an einen halben Tagessatz für die ambulante häusliche Behandlung (analog) denken können und an eine Verdoppelung aus der Perspektive der Präventionsfunktion (im ICE dürfen Toiletten nicht über längere Zeit ausfallen). Sehr ähnlich liegen die Fälle, in denen die Kühlung in den **ICE-Zügen** ausgefallen ist, sodass Reisende oft über längere Zeiträume bei Temperaturen über 40 Grad ausharren mussten. In diesen Fällen waren teilweise Arztbesuche notwendig. Die **Deutsche Bahn** hat sich – so wurde es in der Presse berichtet – bereit erklärt auch ohne ärztliche Behandlung jedem Betroffenen ein Schmerzensgeld von 500 € zu zahlen.²⁸² Das ist ein Betrag, der aus der Perspektive der Präventionsfunktion (**Stufe III**) und der besonderen individuellen Situation (**Stufe II**) begründbar sein könnte. Aber auch in diesen Fällen wäre es in Zukunft hilfreich mit dem hier vorgestellten System zu arbeiten und auf diese Weise objektivierbare Kriterien in die Bemessung des Schmerzensgeldes hineinzutragen. Denkbar wäre es zum Beispiel zu sagen, dass das **Ausharren im Zug bei mehr als 40 Grad** Celsius zunächst einmal einen halben Tagessatz (häusliche ambulante Behandlung) nach sich zieht, dass dieser Tagessatz auf der Stufe II wegen der besonders schwierigen Situation in einem ICE (Kasernierung – Angst womöglich zu verdursten – keine Chance etwas zu ändern) verdoppelt wird und dass erneut eine Verdoppelung auf der Stufe der **Präventionswirkung** des Schadensrechts stattfindet, um dafür Sorge zu tragen, dass Fälle dieser Art in Zukunft nicht mehr geschehen.

VII. Kurzübersicht: Das System der taggenauen Bemessung des Schmerzensgeldes

1. Beschluss des Großen Zivilsenats vom 06.07.1955 (BGHZ 18, 149) – Stufe I

a) Lebensbeeinträchtigung

- 272 Bei den unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit zu berücksichtigenden Umständen hat die Rücksicht auf Größe, Heftigkeit und Dauer der Schmerzen und Leiden stets das ausschlaggebende Moment zu bilden; der angerichtete immaterielle Schaden, die **Lebensbeeinträchtigung**, steht im Verhältnis zu den anderen zu berücksichtigenden Umständen immer an der Spitze.

²⁸¹ AG Frankfurt/Oder v. 25.4.2002 – 32 C 261/01, NJW 2002, 2253.

²⁸² Die Bahn hat 220 Opfern ca. 130.000 € gezahlt, Informationen der DB im Internet, http://www.deutschebahn.com/site/bahn/de/konzern/im_blickpunkt/entschaedigung_klimaanlagen_20100721.html (v. 6.12.2011); sowie FAZ v. 21.7.2010, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/defekte-klimaanlagen-bahn-zahlt-hitzeopfern-mit-attest-500-euro-11013860.html> (v. 6.12.2011).

b) Kein Rangverhältnis

Im Übrigen lässt sich ein Rangverhältnis der zu berücksichtigenden Umstände nicht allgemein aufstellen, weil diese Umstände ihr Maß und Gewicht für die vorzunehmende Ausmessung der billigen Entschädigung erst durch ihr Zusammenwirken im Einzelfall erhalten. In welchem Maße die in Betracht kommenden Umstände die Bemessung des Schmerzensgeldes beeinflussen, ist dabei unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit zu ermitteln.

2. Konsequenzen

- Zunächst sind gleiche, bestimmte Kriterien zur Bemessung und Bewertung von Größe, Heftigkeit und Dauer der Schmerzen und Leiden, also Kriterien für die Lebensbeeinträchtigung, zu entwickeln. 274
- Danach sind andere, bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigende Umstände, wie etwa der Verschuldensgrad oder die Vermögensverhältnisse unter Berücksichtigung der Billigkeit im Einzelfall zu gewichten. 275

3. Lebensbeeinträchtigung

- In der Medizin (vor allem Palliativmedizin) hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass es letztlich nicht primär auf die Größe, Heftigkeit und Dauer von Schmerzen, sondern entscheidend auf die Lebensbeeinträchtigung ankommt, die durch den schädigenden Eingriff beim Verletzten ausgelöst wird. 276
- Der Grad der Lebensbeeinträchtigung ist durch die Behandlungsstufen für alle gleichartig betroffenen Verletzten entsprechend der Anforderungen des Gleichheitssatzes, der Normenklarheit und Bestimmtheit zu ermitteln. 277
- Der Grad der Lebensbeeinträchtigung hängt ganz entscheidend von der Art und Weise ab, wie ein Patient behandelt werden muss. Man kann typisieren in: 278
 - (1) Intensivstation
 - (2) Normalstation
 - (3) Rehabilitation
 - (4) Ambulante häusliche Behandlung
 - (5) Verbleibender Dauerschaden nach GdS
- Die Größe, Heftigkeit und Dauer der Schmerzen und Leiden ist diesem System der Behandlungsstufen immanent. Für Geschädigte, die schwere Verletzungen erlitten haben, ist nicht die Art der Verletzung (Arm, Bein, Rücken, Kopf), sondern die Behandlung auf der Intensivstation Ausdruck ihrer Lebensbeeinträchtigung. Das Gleiche gilt für die Normalstation, die Rehabilitation, die ambulante häusliche Behandlung und den verbleibenden Dauerschaden (GdS). 279

4. Das System der taggenauen Bemessung des Schmerzensgeldes

- Ausgehend von den Behandlungsstufen ist eine Objektivierung des Schmerzensgeldes durch eine taggenaue Bemessung möglich. 280
- Man kann feststellen, wie viele Tage eine Person auf einer Intensivstation oder einer Normalstation eines Krankenhauses verbracht hat. Es lässt sich errechnen, wie viele Tage die Person 281

in einer Rehabilitation oder in einer ambulanten Behandlung zu Hause verbringen musste. Schließlich ist es auf der Grundlage der Versorgungsmedizin-VO möglich, den Grad des Dauerschadens (GdS) zu bemessen und damit vergleichbar zu machen.

- 282 • Mit einer solchen taggenauen Bemessung des Schmerzensgeldes entsteht eine hohe Vergleichbarkeit bei der Dauer, der Größe und der Heftigkeit der Schmerzen und Leiden im Sinne der vom Großen Senat für Zivilsachen im Jahre 1955 entwickelten Anforderungen.
- 283 • Das System der taggenauen Bemessung des Schmerzensgeldes verwirklicht den **Grundsatz der Einheitlichkeit** des Schmerzensgeldes.²⁸³ Der Grundsatz der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes verlangt, jeden Tag, der Schmerzen bereitet, in die Kompensation mit einzubeziehen, setzt also die taggenaue Bemessung voraus. Der Grundsatz der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes sorgt dafür, dass mit Eintritt des schädigenden Ereignisses der Anspruch auf das Schmerzensgeld in vollem Umfang fällig wird, sodass vom ersten Tag an eine Kompensationswirkung erreicht wird, die der Situation in „gesunden Tagen“ annähernd entspricht.

5. Die Gleichheit vor dem Schmerz

- 284 • Jeder Mensch ist **vor dem Schmerz gleich**. Der Schmerz unterscheidet nicht zwischen arm und reich.
- 285 • Aus der Tatsache, dass alle Menschen vor dem Schmerz gleich sind, folgt, dass es kein Schmerzensgeld für Arme und kein Schmerzensgeld für Reiche geben kann. Die Lebensbeeinträchtigung, die es zu kompensieren gilt, trifft alle Menschen gleichermaßen, ob jung, ob alt, ob arm, ob reich, ob Frau oder Mann.
- 286 • Die Gleichheit vor dem Schmerz entspricht der Gleichheit vor dem (monatlichen) Durchschnittseinkommen aller Bundesbürger.²⁸⁴
- 287 • Da sich das monatliche Durchschnittseinkommen der Bundesbürger dynamisch entwickelt, entsteht damit zugleich ein Prozess der dauerhaft angemessenen und billigen Schmerzensgeldentschädigung in der Zeit; eine Tatsache, die aus der Perspektive der Genugtuungsfunktion von besonderer Bedeutung ist.
- 288 • Eine dynamische Anpassung des Schmerzensgeldes an das jeweilige monatliche Durchschnittseinkommen bewirkt, dass der Schädiger ein Schmerzensgeld zahlt, das ihn „empfindlich“ trifft und daran erinnert, einem anderen Menschen eine dauerhafte, irreparable Lebensbeeinträchtigung zugefügt zu haben.
- 289 • Eine Auswahl der im zweiten Teil des Handbuches systematisch erfassten und geordneten Schmerzensgeldurteile zeigt, dass die derzeit üblichen durchschnittlichen Tagessätze für Schmerzensgeld unangemessen und unbillig sind. Die heute üblichen Schmerzensgelder verstoßen durchweg gegen Art. 1 GG und das Sozialstaatsgebot. Hier eine Auswahl:

Urteil Nr. 1.1.4:	2,05 €/tgl.
Urteil Nr. 1.1.11:	18,82 €/tgl.
Urteil Nr. 1.1.12:	14,26 €/tgl.
Urteil Nr. 1.1.17:	3,46 €/tgl.

283 BGH vom 14.02.2006 – VI. ZR 322/04, VersR 2006, 1090 m.w.N.

284 Gemeint ist das monatliche Bruttonationaleinkommen je Einwohner (ausgewiesen vom Statistischen Bundesamt, Fachserie 18, 1.4.2010, S. 41).

Urteil Nr. 1.1.23:	17,84 €/tgl.
Urteil Nr. 1.1.24:	10,92 €/tgl.
Urteil Nr. 1.1.27:	2,62 €/tgl.
Urteil Nr. 1.1.29:	2,07 €/tgl.
Urteil Nr. 1.1.30:	6,08 €/tgl.
Urteil Nr. 1.1.31:	1,54 €/tgl.
Urteil Nr. 1.1.50:	4,14 €/tgl.
Urteil Nr. 1.1.65:	0,71 €/tgl.
Urteil Nr. 1.1.66:	1,08 €/tgl.
Urteil Nr. 1.1.67:	0,48 €/tgl.
Urteil Nr. 1.4.8:	2,37 €/tgl.
Urteil Nr. 4.1.3:	22,52 €/tgl.

Das Urteil mit der Nr. 4.1.3 repräsentiert den Fall, in dem bisher das höchste Schmerzensgeld (abgesehen von den Geldentschädigungen bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen) in Höhe von 600.000 € gezahlt wurden. Es ging um ein neugeborenes Kind. Es wurde sehr vorsichtig mit einer Lebenserwartung von 80 Jahren gerechnet. Das Kind erlitt eine 100 % GdS – der Tagessatz (ca. 22,50 €) ist mit den Grundsätzen einer auf Fairness und Angemessenheit ausgerichteten Schmerzensgeldgewährung nicht mehr zu vereinbaren. 290

6. Die Ermittlung des Tagessatzes

Ausgehend von diesen Grundüberlegungen ist es möglich, für die einzelnen Behandlungsstufen bestimmte Prozentsätze des monatlichen Durchschnittseinkommens festzulegen. Aus der Perspektive der Ausgleichs- und der Genugtuungsfunktion (beide Stufen werden kumulativ betrachtet, so wie es der Große Zivilsenat 1955 gefordert hat), wäre folgendes Stufungssystem angemessen: 291

(1) Intensivstation:	15 % des durchschnittlichen BME als Tagessatz
(2) Normalstation:	10 % des durchschnittlichen BME als Tagessatz
(3) Rehabilitation:	9 % des durchschnittlichen BME als Tagessatz
(4) Häusliche ambulante Behandlung:	8 % des durchschnittlichen BME als Tagessatz
(5) Dauerschaden nach GdS:	7 % des durchschnittlichen BME als Tagessatz

Bei Dauerschäden (5) folgt hieraus, dass eine Person, die dauerhaft 100 % GdS bleibt, ihrer Lebenserwartung entsprechend einen Tagessatz von 7 % des sich jährlich weiterentwickelnden durchschnittlichen BME als Schmerzensgeld verlangen kann. Bei einem 10 %igen GdS beträgt der Tagessatz 10 % von 7 %, bei 20 % GdS 20 % von 7 %, bei 30 % GdS 30 % von 7 %... bis 100 % von 7 %. 292

Bei ambulanter häuslicher Behandlung (4) kann es auch zu einer nur stundenweisen Abrechnung kommen, etwa, wenn eine verletzte Person durch einen notwendigen Arztbesuch drei bis vier Stunden von ihrer Arbeit fern bleiben muss. In solchen Fällen wird entsprechend des Stundenaufwands der Tagessatz dividiert. 293

294 Beispiel:

295 Vierstündiger Arztbesuch während der Arbeitszeit nach Unfall = Tagessatz (Stufe 4): 213,61 € (Bemessungsgrundlage 2011): $8 = 26,70 \times 4 = 106,80$ SMG (zugrunde gelegt ist ein Arbeitstag mit 8 Stunden).

7. Keine Überforderung der Versichertengemeinschaft

- 296 • Das System der taggenauen Bemessung des Schmerzensgeldes führt zu vergleichbaren Schmerzensgeldern in vergleichbaren Fällen. Insoweit erfüllt es die Anforderungen der Verfassung an die Vorhersehbarkeit, Bestimmbarkeit, Vergleichbarkeit und Angemessenheit des Schmerzensgeldes.²⁸⁵
- 297 • Das System überfordert weder die Versicherungsgesellschaften noch die Versichertengemeinschaft, die es im Sinne einer rechtlich verfassten Gemeinschaft deliktsrechtlich nicht gibt. Die aus dem System der taggenauen Bemessung des Schmerzensgeldes resultierenden Lasten werden wirtschaftlich nach versicherungstechnischen Grundsätzen angemessen auf alle Schultern verteilt. Die Art der Tarifierung obliegt allein den Versicherungsunternehmen – eine rechtliche Rückwirkung aus der Perspektive des Haftungsrechts gibt es nicht. Im statistischen Durchschnitt könnten die Kfz-Haftpflichtprämien um ca. 1-2 Euro monatlich steigen.²⁸⁶ Mit Blick auf Arzthaftungs- und Privathaftpflichtfälle dürften die Steigerungen – wegen des insgesamt sehr viel geringeren Schadenvolumens – sehr viel moderater ausfallen.
- 298 • Anhaltspunkte, wonach das System der taggenauen Bemessung des Schmerzensgeldes zu einer Überforderung der Versichertengemeinschaft führen könnte, sind auch deshalb nicht erkennbar, weil jeder, der heute einen Personenschaden verursacht, morgen selbst Opfer sein könnte – die Versichertengemeinschaft besteht also gleichermaßen aus Tätern und Opfern. Dabei müssen die Entschädigungen für die zu erleidende Lebensbeeinträchtigung auch deshalb angemessen und billig sein, um diejenigen, die Schäden verursachen, über die Veränderung ihrer Versicherungsprämie der Höhe nach dazu zu veranlassen, ihr Verhalten in Zukunft zu verändern. Verhaltensänderungen werden aber nicht durch unangemessen niedrige Schmerzensgelder, sondern nur durch erhöhte Prämien in der (Kfz-) Haftpflichtversicherung ausgelöst.
- 299 • Das Argument, die Versichertengemeinschaft dürfe nicht über Gebühr belastet werden, darf – schon aus verfassungsrechtlicher Perspektive – nicht zu einer Sozialisierung der Haftungsfolgen bei den Opfern führen.
- 300 • Es wäre nicht mit Art. 1 GG vereinbar, wenn ein Schwerstverletzter mit 1 bis 20 Euro täglich abgefunden würde, damit es dem Versicherten erleichtert wird, auch in Zukunft Unfallopfer zum „Nulltarif“ in den Rollstuhl zu befördern.

8. Individuelle Zu- und Abschläge – Stufe II

- 301 So, wie es der Große Zivilsenat 1955 entwickelt hat, ist auf **Stufe II** im jeweiligen Einzelfall eine individuelle Bemessung der billigen Entschädigung im Sinne von korrigierenden Zu- und Abschlägen vorzunehmen. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere folgende Gesichtspunkte:
- Grad des Verschuldens
 - Vermögensverhältnisse des Schädigers

285 BVerfG v. 08.03.2000 – 1 BVR 1127/96, NJW 2000, 2187.

286 Schätzungen auf der Grundlage der vom GDV veröffentlichten Schadensstatistik für Personenschäden.

- Präventions-/Hemmungswirkung bei schweren Persönlichkeitsrechtsverletzungen
- Provokation der Verletzungen durch das Opfer

9. Präventionsfunktion des Haftungsrechts – Stufe III

- Die Präventionsfunktion ist dem Haftungsrecht immanent. Sie ist von Rechts und von Verfassung wegen zu beachten. 302
- Die Prävention des Haftungsrechts ist funktionaler Baustein des auf angemessenen Ausgleich und Verhaltensänderung setzenden Schadensersatzsystems in Deutschland. 303
- Bei Dauerschäden im Sinne des GdS-Systems spricht eine qualifizierte Vermutung für das Fehlverhalten des Schädigers. Deshalb ist es angebracht, bei Dauerschäden eine Erhöhung des Schmerzensgeldes entsprechend des GdS-Prozentsatzes vorzunehmen. 304

Beispiel:

Schmerzensgeld nach **Stufe I**: 10.000,00 EUR. Bei 10 % GdS erhöht sich das Schmerzensgeld um 10 % = 1.000,00 EUR. Gesamtschmerzensgeld: 11.000,00 EUR. Bei einem GdS von 20 % würde um 20 % (2.000,00 EUR) erhöht werden, steigend bis zu einem GdS von 100 % (Verdoppelung des Schmerzensgeldes).

- Für besonders schwerwiegende Verfehlungen ist das Schmerzensgeld aus der Perspektive der Präventionsfunktion zu erhöhen. Im Einzelnen sollte gelten: 305
- (1) alkoholbedingte Körperverletzungen
 - 0,5 Promille: Erhöhung 30 %
 - 0,8 Promille: Erhöhung 50 %
 - 1,3 Promille: Erhöhung 100 %
 - (2) Abgefahrne Reifen bei Regen/Schnee: Erhöhung 50 %
 - (3) Geschwindigkeitsüberschreitungen um
 - mehr als 50 %: Erhöhung 50 %
 - (4) Fahren mit defekten Bremsen: Erhöhung 100 %

10. Einfluss auf das Tarifierungssystem der Haftpflichtversicherer

- Zivilgerichte sollten darauf hinweisen, dass nach ihrer Auffassung bestimmte Tarifierungen die Präventionsfunktion des Schadensrechts möglicherweise nicht oder nicht hinreichend verwirklichen, während andere sehr viel geeigneter wären (Bonus-Malus-Systeme mit an Verhaltensweisen anknüpfenden Selbstbeteiligungen). 306
- Die Aufsichtsbehörde (BaFin) muss im Wege der Missstandsaufsicht (§ 81 VAG) gegen Tarifierungen einschreiten, die der Präventionsfunktion des Haftungsrechts nicht angemessen Ausdruck verleihen. 307