

eines einzelnen Geschäfts in örtlicher und zeitlicher Sicht schmilzt – fast wie der Schnee im Frühling – zusammen, fungiert doch der jeweilige Geschäftsinhaber nur als Anlaufstelle für die Weiterwälzung der Haftung.

Der Ansatz der Haftung des Geschäftsinhabers gegenüber dem Geschädigten und die Zurechnung des Fehlverhaltens der eingesetzten Gehilfen nach § 1313a ABGB ist aus Transparenzgründen auch vorzugswürdig gegenüber der Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, nämlich dem Geschädigten, wobei noch zu klären wäre, ob der Ver-

trag zwischen Geschäftsinhaber und Betreiber des EKZ oder dem Betreiber des EKZ und dem Schneeräumungsunternehmen der maßgebliche Vertrag wäre. Den Inhaber des Geschäfts, bei dem der Verletzte eingekauft hat oder beabsichtigte, einzukaufen, kennt der Geschädigte oder kann diesen relativ leicht ausfindig machen; in Bezug auf den Betreiber des EKZ oder des Schneeräumungsunternehmens wäre das für den verletzten Kunden deutlich schwieriger.

*Christian Huber,  
RWTH Aachen*



## → Bemessung des Schockschadens ohne Trauerschmerzensgeld

### § 1325 ABGB

Wenn seelische Schmerzen mit Krankheitswert mit ersatzfähigen seelischen Schmerzen wegen „bloßer“ Trauer ohne Krankheitswert zusammentreffen, wirkt sich dieses Zusammentreffen erhöhend auf den globalen Gesamtschmerzensgeldanspruch aus; gesonderte Zusprüche haben nicht zu erfolgen. Voraussetzung für diese „erhöhende Wirkung“

#### Sachverhalt:

##### [Tödlicher Skiunfall des Gatten der Kl]

Der Ehemann der Kl kam im Jahr 2011 bei einem Skiunfall in einem von der beklP betriebenen Schigebiet ums Leben.

##### [Vorprozess]

Die Kl begehrte „Trauerschmerzensgeld“. Mit Teil- und TeilzwischenU des OGH v 19. 1. 2016, 2 Ob 186/15 i ZVR 1016/203 (Wallner), wurde das Leistungsbegehren der Kl als jeweils dem Grund nach im Ausmaß von 50% zu Recht bestehend erkannt und das Leistungsmehrbegehren sowie die Feststellungsbegehren zur Hälfte abgewiesen. Gegenstand des nunmehrigen RevVerfahrens ist nur mehr der Zuspruch von Schmerzensgeld an die Erstkl im EndU.

##### [Klagebegehren]

Diese begehrte ein „Trauerschmerzensgeld“ von € 11.000,-, ausgehend von einem ungekürzten Anspruch von € 22.000,-. Der Unfalltod ihres Ehemanns sei ein überwältigendes traumatisches Erlebnis mit krankheitswertigen Folgeerscheinungen gewesen. Die Kl habe eine Gesundheitsschädigung erlitten und sei nach wie vor in psychotherapeutischer Behandlung. Sie sei mit dem Verstorbenen 13 Jahre verheiratet gewesen. Insgesamt habe eine 23-jährige Gemeinschaft und in der Familie eine äußerst innige Bindung bestanden. Die beklP habe ihre Pistensicherungspflicht überdies grob fahrlässig verletzt.

##### [Einwendungen der beklP]

Die beklP wendete ein, eine krankheitswertige Beeinträchtigung der Erstkl habe nur während eines kurzen Zeitraums bestanden. Das dafür angemessene (anteilige) Schmerzensgeld von € 2.000,- sei bereits bezahlt

ist allerdings, dass alle Anspruchsvoraussetzungen für beide Schmerzensgeldformen vorliegen, also insb eine unfallkausale psychische Beeinträchtigung des Angehörigen mit Krankheitswert einerseits und ein qualifiziertes Verschulden des Schädigers am Tod oder an der schweren Verletzung des nahen Angehörigen andererseits.

worden. Ein darüber hinausgehendes Trauerschmerzensgeld könne die Kl nicht beanspruchen, weil die beklP keine grobe Fahrlässigkeit zu verantworten habe.

##### [Entscheidungen der Vorinstanzen]

Das ErstG und das BerG sprachen der Kl ein „Trauerschmerzensgeld“ von € 9.000,- sA zu. Das BerG ließ die oRev nachträgl mit der Begründung zu, es fehle hg Judikatur zur Frage, ob der Grundsatz der Globalbemessung seelischer Schmerzen, der einer gesonderten Beurteilung von Schmerzensgeld für bloße Trauer einerseits und für Trauer mit Krankheitswert andererseits entgegenstehe, auch für einen Fall gelte, in welchem dem Schädiger kein grobes Verschulden zur Last liege.

Nur gegen den Zuspruch des „Trauerschmerzensgeldes“ von € 9.000,- sA an die Erstkl richtet sich die Rev der beklP mit dem Antrag, das angefochtene U iS der Abweisung dieses Teilbegehrens abzuändern.

Der OGH gab der Rev der beklP tw Folge und änderte das angefochtene U dahin ab, dass die Entscheidung hinsichtl der erstklP einschl der bereits in Rechtskraft erwachsenen Teile zu lauten hat:

„1. Die beklP ist schuldig, der erstkl Partei 2.248 EUR sA binnen 14 Tagen zu bezahlen.

2. Das Mehrbegehren, die beklP sei schuldig, der erstkl Partei weitere 62.385,53 EUR sA zu bezahlen, wird abgewiesen.“

##### Aus den Entscheidungsgründen:

##### [Fehlbeurteilung bei der Bemessung des Schmerzensgelds]

Die Rev ist zulässig, weil dem BerG bei der Prüfung des Schmerzensgeldanspruchs der Erstkl eine aufzugrei-

### ZVR 2021/6

#### § 1325 ABGB

OGH 17. 12. 2019,  
2 Ob 109/19x  
(OLG Graz  
13. 2. 2019,  
4 R 1/19b;  
LG Klagenfurt  
25. 10. 2018,  
21 Cg 12/14w)

**OGH hält an Rsp zum Trauerschmerzensgeld erst ab grober Fahrlässigkeit trotz krit Stimmen in der L weiterhin fest.**

fende Fehlbeurteilung unterlaufen ist. Sie ist auch tw berechtigt.

#### [Vorbringen der bekIP]

Die bekIP macht geltend, aus den Feststellungen des ErstG ergebe sich lediglich ein „Schockschaden“ mit Krankheitswert für die Dauer von 39 Tagen. Ein grob fahrlässiges Verhalten der bekIP liege nicht vor. Das BerG habe entgegen der stRsp des OGH keine Abgrenzung zwischen krankheitswertigem „Schockschaden“ und „bloßem“ Trauerschmerzensgeld vorgenommen, obwohl letzteres nur bei grober Fahrlässigkeit zu ersetzen sei. Der vom BerG herangezogenen Judikatur des OGH, wonach sich bei der Globalbemessung des Schmerzensgelds für seelische Schmerzen das Erleiden einer eigenen Gesundheitsschädigung als „erhöhend“ auswirke, seien Sachverhalte zugrunde gelegen, in welchen der Schädiger grob fahrlässiges Verhalten zu verantworten gehabt habe oder der Anspruch auf „bloßes“ Trauerschmerzensgeld unstrittig gewesen sei. Diese Voraussetzungen lägen jedoch im vorliegenden Fall nicht vor, weshalb der Zuspruch an Schmerzensgeld eklatant aus dem Rahmen der hg Rsp falle.

Hiezu wurde erwogen:

#### [Trauerschmerzensgeld erst ab grober Fahrlässigkeit]

Das BerG hat die stRsp des OGH zutr dargelegt, nach der Angehörigen eines Getöteten für den ihnen verursachten „Schockschaden“ mit Krankheitswert Schadenersatz gebührt, weil diese „Dritten“ durch das Erleiden eines Nervenschadens in ihrem absolut geschützten Recht auf körperl Unversehrtheit beeinträchtigt und als unmittelbar Geschädigte anzusehen sind (2 Ob 202/18 x; 2 Ob 189/16 g mwN; RS0116865). Für die dadurch erlittenen seelischen Schmerzen mit Krankheitswert gebührt ihnen aus einer idR an die Feststellung von Schmerzperioden (als Orientierungshilfe) anknüpfenden, aber nicht darauf beschränkten Gesamtbetrachtung auch Schmerzensgeld (vgl 2 Ob 143/15sa; 2 Ob 99/08 k; RS0122794; RS0118172; *Karner*, Trauerschmerzensgeld nach grob schuldhaft verursachter Totgeburt, RdM 2017/63, 68 [73]). Auch für den Seelenschmerz über den Verlust naher Angehöriger, der zu keiner eigenen Gesundheitsschädigung iSd § 1325 ABGB geführt hat, kann Schmerzensgeld gebühren. Ein Ersatz dieses „bloßen Trauerschadens“ ohne Krankheitswert kommt jedoch nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Schädigers in Betracht (RS0115189). An dieser Voraussetzung hat der OGH trotz einiger krit Stimmen in der L ausdrücklich festgehalten (zuletzt 2 Ob 189/16 g ZVR 2018/102 [*Ch. Huber*]).

#### [Keine Abgeltung von „bloßer“ Trauer, wenn nur Voraussetzungen für Schockschaden]

Es entspricht weiters stRsp, dass auch das Schmerzensgeld wegen seelischer Schmerzen global zu bemessen ist, uzw auch dann, wenn seelische Schmerzen mit Krankheitswert mit ersatzfähigen seelischen Schmerzen wegen „bloßer“ Trauer ohne Krankheitswert zusammentreffen (1 Ob 114/16 w; 2 Ob 143/15 s; 2 Ob 212/04 x). In einem solchen Fall wirkt sich dieses Zusammentreffen erhöhend auf den Schmerzensgeldan-

spruch aus. Gesonderte Zusprüche haben – trotz Hintretreten eines weiteren Zurechnungsgrunds – nicht zu erfolgen (1 Ob 114/16 w; 2 Ob 143/15 s; *Karner*, RdM 2017/63, 68 [73 f]; *Danzl*, Aktuelle [Fort-]Entwicklungen beim Schmerzensgeld, ZVR 2016/200, 456 [458]). Voraussetzung für diese „erhöhende Wirkung“ ist allerdings, dass sowohl die Anspruchsvoraussetzungen für den Ersatz von krankheitswertigen psychischen Beeinträchtigungen als auch jene für den Ersatz des „bloßen Trauerschadens“ vorliegen, also insb eine unfallkausale psychische Beeinträchtigung des Angehörigen mit Krankheitswert und das qualifizierte Verschulden des Schädigers am Tod oder an der schweren Verletzung des nahen Angehörigen (vgl 1 Ob 114/16 w; 2 Ob 143/15 s; 2 Ob 212/04 x). Das ist hier nicht der Fall.

#### [Keine grobe Fahrlässigkeit des Pistenhalters]

Die Grundsätze, nach denen die Pistensicherungspflicht des Pistenhalters zu beurteilen ist, hat der OGH bereits in dem in diesem Verfahren ergangenen Teil- und TeilzwischenU 2 Ob 186/15 i ZVR 1016/203 (*Wallner*) dargelegt. Darin wurde auch auf die E 1 Ob 41/00 m hingewiesen, in der unter ähnl Voraussetzungen die Verneinung einer Verletzung der Pistensicherungspflicht gebilligt und ausgesprochen wurde, dass eine erkennbare, für das alpine Gelände geradezu typische bewaldete Steilböschung, bei der die Schipiste kein zusätzl Gefahrenmoment wie etwa eine scharfe nach außen hängende Kurve aufweist, idR nicht durch Fangnetze gesichert werden muss. Daran anknüpfend vertrat der erkSen die Rechtsansicht, dass angesichts des im vorliegenden Fall bestehenden Pistenverlaufs, bei dem eine scharfe und „deutlich“ nach außen hängende Kurve mit sehr starker Richtungsänderung durchfahren werden musste, und aufgrund der relativen Steilheit des Geländes, die entsprechend hohe Fahrgeschwindigkeiten mit sich brachte, die bekIP zur Sicherung der Unfallstelle vor der Gefahr eines Absturzes über die an den Pistenrand anschließende steil abfallende Böschung verpflichtet gewesen wäre, ohne dass dadurch ihre Sorgfaltspflichten überspannt worden wären.

Ein grob fahrlässiges Verhalten der bekIP, das dann anzunehmen wäre, wenn ihr ein objektiv besonders schwerer Sorgfaltsverstoß bei Würdigung aller Umstände des konkreten Falls auch subjektiv schwerstens vorzuwerfen (RS0030272) und der Eintritt des Schadens als wahrscheinl und nicht bloß als möglich voraussehbar wäre (vgl RS0030644; RS0030477), lässt sich dem Sachverhalt aber auch unter der Berücksichtigung des anzulegenden Sorgfaltsmaßstabs des § 1299 ABGB nicht entnehmen. Denn nach den insoweit maßgebenden Feststellungen des ersten Rechtsgangs (vgl 2 Ob 186/15 i ZVR 1016/203 [*Wallner*]) war die bevorstehende Richtungsänderung für aufmerksame Schifahrer aus 180 m Entfernung erkennbar. Überdies hatte die bekIP das angebrachte Absperrband mit farbigen Fähnchen gekennzeichnet. Schließlich wurde im ersten Rechtsgang auch die Feststellung getroffen, dass die Geschäftsführung der bekIP von allfälligen früheren Unfällen im Bereich der Unfallstelle keine Kenntnis gehabt hatte.

### [Seelische Schmerzen nach Dauer und Intensität zu bemessen]

Ausgehend davon erweist sich der Zuspruch an Schmerzensgeld für die seelischen Schmerzen der ErstKl durch die Vorinstanzen als deutlich überhöht. Das BerG orientierte sich an Entscheidungen des OGH, in denen nahen Angehörigen des Unfallopfers Schmerzensgeld für seelische Schmerzen sowohl mit als auch ohne Krankheitswert global zugesprochen wurden. Mangels grober Fahrlässigkeit liegen im vorliegenden Fall aber die Voraussetzungen für eine Berücksichtigung „bloßer“ Trauer naher Angehöriger bei der Bemessung des Schmerzensgelds für die krankheits-

wertigen seelischen Schmerzen der ErstKl nicht vor. Angesichts der Feststellungen zu Dauer und Intensität der seelischen Schmerzen mit Krankheitswert hält der Sen ein Schmerzensgeld von (ungekürzt) € 8.000,- für angemessen. Unter Berücksichtigung der Mitverschuldensquote von 50% sowie der von der beklP geleisteten Teilzahlung ergibt sich ein restl Schmerzensgeldanspruch von € 2.000,-.

### [Ergebnis]

Die Rev hat daher tw Erfolg. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind idS abzuändern.

### Anmerkung:

Der OGH bekräftigt auch in dieser Entscheidung, dass er – ohne Eingreifen des Gesetzgebers – daran festhält, dass Trauerschmerzensgeld erst ab grober Fahrlässigkeit gebührt. Grobe Fahrlässigkeit ist aber nur ausnahmsweise gegeben. Es muss sich um einen besonders schweren Sorgfaltsverstoß handeln, der auch „subjektiv schwerstens“ vorwerfbar sein muss; zudem muss der Eintritt des Schadens wahrscheinlich und nicht bloß möglich gewesen sein. Bei Verstoß gegen eine Pistensicherungspflicht ist das idR nicht gegeben. Fragen könnte man sich allenfalls, warum für grobe Fahrlässigkeit auch ein „subjektiv schwerster“ Vorwurf gegeben sein muss, wenn der Ersatzpflichtige ein SV ist, für den nach § 1299 ABGB ein objektivierter Sorgfaltsmaßstab gilt.

Das Zusammenspiel der Bemessung von „reiner Trauer“ und „pathologischen seelischen Schmerzen“ ist eine der Kernfragen auf diesem Gebiet. Anders als im schweizerischen Recht (BG 11. 3. 1986, BGE 112 II 118; Fall *Hunter*, CHR 40.000,- Hinterbliebenengeld, zusätzl CHR 20.000,- Schmerzensgeld auf Basis eines Schock- bzw Fernwirkungsschadens) lehnt der OGH eine getrennte Bemessung für Trauerschmerzensgeld und Schockschaden ab. Insoweit gilt der Grundsatz der Globalbemessung; es wird eine Pauschalbetrachtung vorgenommen, in der alle maßgeblichen Umstände einfließen, wobei freilich nicht transparent (gemacht) wird, welche Umstände mit welchem Gewicht bedeutsam sind. Der OGH wird von dieser Linie kaum abrücken; für die Nachvollziehbarkeit – und damit die Berechenbarkeit der Rechtsfolgen – wäre es indes durchaus hilfreich (so auch für das deutsche Recht *Ch. Huber in Ch. Huber/Kadner Graziano/Luckey* [Hrsg], Hinterbliebenengeld [2018] Teil Deutschland Rn 195 ff).

Der OGH räumt den Tatgerichten einen großen Ermessensspielraum bei der Festsetzung des Umfangs von Schmerzensgeld ein. Er schreitet aber – durchaus zu Recht – ein, wenn das Tatgericht von unzutreffenden Voraussetzungen ausgegangen ist. Das war in concreto gegeben. Der Anwalt der beklP hat das muster-gültig auf den Punkt gebracht; der OGH ist ihm denn auch gefolgt.

Beeindruckt ist man, dass der zu entschädigende Schockschaden (mit Krankheitswert [Anm: Ein Schock-

schaden ist immer ein solcher, der psychische Schmerzen mit Krankheitswert auslöst, sonst geht es um Trauerschmerzensgeld]) genau für eine Dauer von 39 Tagen festgelegt werden konnte. Haben exakt am 40. Tag die pathologischen Beschwerden der Witwe ein Ende gefunden – oder hat sie womöglich zu diesem Zeitpunkt (nach der Phase vom Februar 2011 bis 29. 3. 2011) bloß keine weiteren Therapiestunden bei einer Psychotherapeutin mehr in Anspruch genommen? Das eine mit dem anderen zu verknüpfen, wäre freilich ein Trugschluss: Nicht jeder, der Kopfwehtabletten absetzt, weil er nicht von diesen abhängig werden will, hat am nächsten Tag auch keine Kopfschmerzen mehr.

Zu beachten ist jedenfalls, dass die Abgeltung für krankhafte seelische Schmerzen in Anlehnung an die Kriterien von körperl Schmerzen erfolgt; Dauer und Intensität der Schmerzen sind die zentralen Parameter. In concreto ist der OGH zu einem Betrag von (ungekürzt) € 8.000,- gelangt. Beim Trauerschmerzensgeld sind ganz andere Parameter maßgeblich. Trauer kann man schwer messen, weshalb eine Anknüpfung an Hilfsgrößen erfolgt. Diese sind die Innigkeit der Beziehung (in concreto 13 Jahre Ehe, 23-jährige Gemeinschaft), häusliche Gemeinschaft, Status als Ehepartner. Das BerG hat darauf Bezug genommen, dass in solchen Fällen ein Trauerschmerzensgeld von ca € 20.000,- angemessen wäre. Das wird zutr sein; allein es hat übersehen, dass die Voraussetzungen für die Abgeltung von Trauer gerade nicht gegeben waren.

Es steht fest, dass eine Person, die Anspruch auf Trauerschmerzensgeld hat und seelische Schmerzen aufgrund einer Krankheit erleidet, mehr erhalten muss als eine Person, die „nur“ trauert, oder eine solche, die „nur“ eine Abgeltung für die pathologischen seelischen Schmerzen verlangen kann. Wie sich die Relationen zueinander verhalten, kann man freilich nur mutmaßen. Da Trauer und krankhafte seelische Schmerzen zwei unterschiedliche Kategorien sind, mögen die Übergänge auch fließend sein, gäbe es gute Gründe für eine Kumulation. Der Sichtweise des OGH dürfte es eher entsprechen, bei den Voraussetzungen für beides die pathologischen Schmerzen als bloßen Zuschlag anzusehen.

*Christian Huber,  
RWTH Aachen*

