

- Ansprüche wegen betriebsbedingter Schließungen, die nicht auf einer hoheitlichen Anordnung beruhen und Tickets betreffen, die vor Eintritt der Pandemie verkauft wurden, werden nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage behandelt. Sind die Voraussetzungen gegeben, kommt vorrangig eine Anpassung des Vertrags in Frage.
- Ein Ausweichen auf geöffnete Partnerbetriebe, die vergleichbare Leistungen anbieten, ist einem Tarifverbundkarteninhaber in aller Regel zumutbar,

weshalb eine Anpassung des Vertrags nicht geboten ist.

- AGB dürfen das Risiko für höhere Gewalt nicht auf den Verbraucher überwälzen, die ges Risikoverteilung ist bei Verbrauchergeschäften insofern relativ zwingend.
- „Fair-Use“-Klauseln, die einen Entfall des Rückvergütungsanspruchs des Kunden nach einer bestimmten Anzahl von Nutzungstagen vorsehen, sind gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB und somit unwirksam.

→ In Kürze

Die Auswirkungen von Betriebsschließungen von Seilbahn- und sonstigen Freizeitanlagen auf Saison- und Jahrestickets sind zunächst davon abhängig, aus welchem Grund die Schließung erfolgt. Leistungsstörungen aufgrund hoheitlich angeordneter Schließungen werden anhand der Regeln zur nachträglichen, zufälligen Teilungsmöglichkeit (§ 1447 ABGB) gelöst. Erfolgt die Schließung aus betrieblichen Gründen, ist zu prüfen, ob eine Vertragsanpassung über das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage erreicht werden kann. Tarifverbundtickets sind nach denselben Grundsätzen zu behandeln; mögliche Anspruchsgegner allfälliger Rückforderungsansprüche sind alle Tarifverbundmitglieder, die als GesBR

gesamtschuldnerisch haften. AGB, die das Risiko höherer Gewalt auf den Verbraucher überwälzen, sind unwirksam. Der Rückvergütungsanspruch des Kunden kann ferner nicht durch sog „Fair-Use“-Klauseln beschränkt werden.

→ Zum Thema

Über die AutorInnen:

Univ.-Ass. Anna Bergmayr forscht am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck. E-Mail: anna.bergmayr@uibk.ac.at

Univ.-Ass. Mag. Johannes Reheis forscht am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck. E-Mail: johannes.reheis@uibk.ac.at



Die Ermittlung der Höhe des immateriellen Schadens

Überlegungen aus Anlass von 2 Ob 216/19 g¹⁾

Das Schmerzensgeld ist nach hRsp zu bemessen, nicht zu berechnen. Das richterliche Judiz spielt eine große Rolle. Wünschenswert wäre aber, den richterlichen Vorgang der (gewiss rationalen) Festlegung der Höhe der Entschädigung für die immaterielle Einbuße nachvollziehen zu können; insb sollte erkennbar sein, wie viel auf Trauer, seelische und körperliche Schmerzen entfällt.

Von Christian Huber

Inhaltsübersicht:

- A. Der Sachverhalt
- B. Die Kriterien der Rsp des OGH
- C. Die Ermittlung der Beeinträchtigungen
- D. Bemessung statt Berechnung
- E. Ermittlung der Schmerzensgeldhöhe
- F. Die Gewichtung mit dem VPI
- G. Bezugnahme auf die Rechtslage in Deutschland
- H. Verschulden und zögerliches Regulierungsverhalten als eigenständige Bemessungsdeterminanten
- I. Resümee

A. Der Sachverhalt

Das Geschehene ist fürchterlich: Die Eltern verlieren bei einem Unfall zwei ihrer drei Kinder; der verbliebene Sohn wird von jetzt auf dann zu einem Einzelkind. Die Eltern haben mehr oder weniger gravierende Körperverletzungen; was schwerer wiegt, ist der Ver-

lust ihrer beiden Kinder, der sie auch seelisch aus dem Gleichgewicht bringt und bei ihnen zu einer dauerhaften psychischen Erkrankung führt. Verursacht hat den Unfall ein stark alkoholisierter Geisterfahrer, der in der Folge zu zwei Jahren unbedingter Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Die Entscheidung ist aber auch ein Musterbeispiel, um zu einigen grundlegenden Fragen des Schockschadens bzw Trauerschmerzensgelds sowie des Schmerzensgelds insgesamt Stellung zu nehmen:

B. Die Kriterien der Rsp des OGH

Immer wieder finden sich wie in der zu besprechenden Entscheidung folgende Rechtssätze: *„Maßgeblich für die Bemessung sind die Umstände des Einzelfalls. Zur Vermeidung völliger Ungleichmäßigkeit ist ein objektiver Maßstab anzulegen, wobei der Rahmen nicht ge-*

ZVR 2021/17

§ 1325 ABGB;
§ 273 ZPO

OGH 26. 5. 2020,
2 Ob 216/19 g

Schmerzensgeld;
Trauer-
schmerzensgeld;
Schockschaden;
Berechnung;
Bemessung;
Verschulden;
ungebührliches
Regulierungs-
verhalten;
großzügige
Bemessung

¹⁾ Siehe ZVR 2021/41 (in diesem Heft). Für die Mithilfe bei den Fußnoten danke ich meinem Mitarbeiter P. Schultess.

sprengt werden darf.⁶²⁾ Mit diesen Ausführungen ist – abgesehen von Ausreißern nach oben oder unten – fast jedes Ergebnis gedeckt. Das steht im Einklang mit dem Grundsatz, dass dem Tatgericht bei der Festsetzung der Höhe ein sehr weitreichendes Ermessen einzuräumen ist und eine engherzige oder großzügige Festsetzung der Höhe keine erhebliche Rechtsfrage nach § 502 Abs 1 ZPO darstellt.³⁾

Zu klären ist indes: Was sind die Umstände des Einzelfalls? Welche sind bedeutsam, welche nicht? Sind von den an sich berücksichtigungswürdigen manche bedeutsamer, andere von untergeordneter Wichtigkeit? Welcher Maßstab ist heranzuziehen? Verwiesen wird auch in dieser Entscheidung „auf den Gesamtkomplex der Schmerzempfindungen unter Bedachtnahme auf Dauer und Intensität der Schmerzen nach ihrem Gesamtbild unter Berücksichtigung der Schwere der Verletzung und dem Maß der psychischen und physischen Beeinträchtigung des Gesundheitszustands“. Das mag gut klingen. Wirklich konkret ist das nicht. Jedenfalls ist es nicht dazu angetan, daraus auch nur eine ungefähre Größenordnung des gebührenden Ersatzes für die jeweilige immaterielle Beeinträchtigung abzuleiten.⁴⁾

C. Die Ermittlung der Beeinträchtigungen

Ausgangspunkt jeder Festsetzung der Höhe der Entschädigung ist die Ermittlung der Beeinträchtigungen.⁵⁾ Es fällt auf, dass das ErstG – durchaus vorbildlich – zwischen körperlichen und seelischen Beschwerden unterscheidet; bei den seelischen zwischen psychischen Folgen (Trauer) und psychiatrischen Beeinträchtigungen (seelischer Erkrankung). Schließlich erfolgt ein Hinweis auf die Dauerfolgen. Letztere gibt es aber sowohl bei gesundheitlichen als auch psychiatrischen Folgen; Trauer als solche ist vorhanden, klingt aber nach einer gewissen Phase wieder ab. Seelische Erkrankungen sind hingegen vorübergehend oder auch eine Dauerfolge.

Was sich kaum jemals findet, ist ein offener Ausweis des Lebensalters bzw der nach der restlichen Lebenserwartung bemessenen Leidensdauer.⁶⁾ Wer länger leidet, soll ein höheres Schmerzgeld erleiden. Darüber wird man kaum disputieren können.⁷⁾ Fraglich kann allein sein, wie die Abstufung zu erfolgen hat, linear oder degressiv.⁸⁾

Aufgezählt werden dann noch Tagessätze für leichte, mittelstarke und starke Schmerzen. Bei körperlichen Schmerzen sind das durchaus geläufige Parameter.⁹⁾ Lassen sich aber auch Schmerzen bei seelischen Erkrankungen nach diesem Maßstab beurteilen? Wenn die einen zu den anderen dazukommen, welche Wirkung hat das? Führen jeweils leichte Schmerzen zusammen zu mittelstarken oder sind sie nebeneinander kumulativ zu erfassen? Dass eine Person, die neben seelischen Schmerzen auch körperliche erleidet, ein höheres Schmerzgeld erhalten muss, sollte außer Streit stehen. Offen sind wiederum die Stellschrauben für die Ermittlung des Zuschlags.

Auch wenn man die Unwägbarkeiten bei der Ermittlung seelischer Schmerzen ins Kalkül zieht, überrascht, dass bloß eine Bandbreite angegeben wird – beim Vater zwischen 500 und 620 Tagen, bei der Mutter zwischen 625 und 745 Tagen. Wenn schon der SV

in seinem GA sich nicht festlegt, wäre es dann nicht Aufgabe der Instanzgerichte, eine Schätzung nach § 273 ZPO vorzunehmen, um eine verlässliche Ausgangsgröße zu ermitteln?

Zu erwarten ist der mögliche Einwand, dass solche Tagessätze zu keiner Determinierung bei der Festsetzung der Höhe führen, sondern lediglich eine Berechnungshilfe darstellen.¹⁰⁾ Das mag sein. Aber auch bei der Schätzung des Vermögensschadens bedarf es präziser Anknüpfungstatsachen für eine richterliche Schadensschätzung nach § 273 ZPO; diese wird ohnehin nicht immer ins Schwarze treffen. Sind aber schon die Bezugsgrößen unwägbar, besteht die Gefahr, dass bei der Schätzung nicht einmal der Graubereich erwischt wird.

D. Bemessung statt Berechnung

Gebetsmühlenartig findet sich in OGH-Entscheidungen folgender Satz: „Zu erfassen ist der Gesamtkomplex der Schmerzempfindungen.“¹¹⁾ Betont wird, so auch in der zu besprechenden Entscheidung, dass es sich insoweit um Bemessung und nicht um Berechnung handle. Es wird damit eine Unterschiedlichkeit zwischen der Ermittlung des Vermögensschadens, der zu berechnen sei, und der des immateriellen Schadens, der zu bemessen sei, postuliert.¹²⁾ Solche Unterschiede mag es gewiss geben. Sie sollen freilich nicht überbetont werden. Wie der Vermögensschaden in manchen Fallgruppen beträchtliche Bemessungskomponenten aufweist, so etwa bei der Festsetzung des Umfangs des Ersatzes bei Einsatz von Familienangehörigen im Haushalt und im Rahmen der Pflege, wäre es vorzugswürdig, die Festsetzung der Höhe des Schmerzgelds um Berechnungsdeterminanten anzureichern. Die derzeitigen Zusprüche haben mitunter Ähnlichkeiten mit dem Orakel von Delphi. Wegen der Weisheit derjenigen,

2) RIS-Justiz RS0031075.

3) 2 Ob 180/04 s ZVR 2004/113 (Danzl); 3 Ob 241/10 b ZVR 2011/243 (Ch. Huber); 1 Ob 22/16 s Zak 2016/189, 98.

4) Krit und mit dem Plädoyer für einen primär an zentralen Parametern ausgerichteten Berechnungsansatz immaterieller Schäden demnächst Ch. Huber/Schultess in Fuhrer/Kieser/Weber (Hrsg.), Mehrspuriger Schadensausgleich (2021; in Druck).

5) Lehrbuchartig OGH 1 Ob 619/85 EFSlg 48.652; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, ABGB TaKomm⁵ § 1325 Rn 109.

6) Diesen Umstand als eine zentrale Bemessungsdeterminante ansehend Ch. Huber, Das Lebensalter des Verletzten – eine Bemessungsdeterminante beim Schmerzgeld? VersR 2016, 73 ff; ders in Schwimann/Neumayr, ABGB TaKomm⁵ § 1325 Rz 108a; ders/Schultess in Fuhrer/Kieser/Weber.

7) Ggt freilich Koziol, Die Beutung des Zeitfaktors bei der Bemessung ideeller Schäden, in FS Hausheer (2002) 597, 600: Ein Querschnittgelähmter oder Beinamputierter ist nach einiger Zeit fast so glücklich wie ohne solche Verletzung.

8) Demnächst Ch. Huber/Schultess in Fuhrer/Kieser/Weber: Vorschlag einer zweiphasigen Erfassung der abzugeltenden Schmerzen bei einem Dauerschaden: Höher zu gewichtende Abgeltung für die besonders schmerzhaft umgewöhnungszeit unmittelbar nach der Verletzung; [relativ] geringer zu bemessen der anschließende Zeitabschnitt.

9) Zuletzt Hartl, Schmerzgeldsätze in Österreich in Euro, AnwBl 2020, 219; Danzl, HB Schmerzgeld (2019) Rz 3.3; ausf zur Rolle der Tagessätze bei der Schmerzgeldbemessung ders, Schmerzgeldsätze in Österreich? ZVR 1990, 295 ff.

10) Danzl, HB Schmerzgeld Rz 3.6 zu den Schmerzgeldtagessätzen bei körperlichen Schmerzen.

11) OGH 2 Ob 238/07 z ZVR 2008/239 (Ch. Huber); 1 Ob 5/09 f ZVR 2010/7 (Ch. Huber); 2 Ob 105/09 v ZVR 2011/67 (Kathrein); 2 Ob 175/14 w eolex 2016/9; 2 Ob 48/16 x SZ 2017/37 = Zak 2017/280, 157; 2 Ob 143/18 w ZfG 2019, 10; RIS-Justiz RS0031040.

12) Hierzu demnächst Ch. Huber/Schultess in Fuhrer/Kieser/Weber.

die sich äußern, wird mitunter genau das „richtige“ Ergebnis erzielt; mitunter wird es aber auch beträchtlich verfehlt. Jedenfalls mangelt es jeweils an der Nachvollziehbarkeit, wie das Ergebnis zustande gekommen ist.

E. Ermittlung der Schmerzensgeldhöhe

Konnte man sich beim Orakel von Delphi noch auf irgendwelche Laute der *Pythia* berufen, die diese im Rauschzustand von sich gegeben hat, kann es bei der Festsetzung der Schmerzensgeldhöhe allein um rationale Kriterien gehen. Es wäre für die Rechtssicherheit viel gewonnen, wenn der OGH die Bürger an den einzelnen Gedankenschritten seiner gewiss rationalen Entscheidungsfindung teilhaben ließe. Der Verweis auf die Globalbemessung und die Erfassung des Gesamtkomplexes der Beeinträchtigungen führt hingegen eher zur Verdunkelung als zur Erhellung.

Was wäre hilfreich? Wenn wie im konkreten Sachverhalt eine Abgeltung für Trauer zu erfolgen hat, wäre bedeutsam zu erfahren, eine Abgeltung in welcher Höhe allein dafür gebühren würde.¹³⁾ Dass seelische Erkrankungen, die über die reine Trauer hinausgehen, einen Zuschlag erfordern, darüber wird man rasch Einigkeit erzielen können. Die Frage ist indes: Wie wird dieser ermittelt? Wird bedacht, dass Trauer im Regelfall nach einiger Zeit vergeht oder doch jedenfalls bewältigt wird, während das bei einer seelischen Erkrankung mit Dauerfolgen gerade nicht der Fall ist? Welche Rolle spielt dabei das Lebensalter? Wie verhält es sich mit dem Zuschlag, weil eine Person noch zusätzliche körperliche Schmerzen erleidet? Das Schmerzensgeld in concreto wurde für die Mutter höher ausgewiesen als für den Vater, weil die Mutter gravierendere körperliche Verletzungsfolgen davongetragen hatte. Insoweit ist das gewiss stimmig; was worauf entfallen ist, bleibt jedoch offen.

Der OGH betont, dass der Verlust von zwei Kindern nicht zu einer arithmetischen Verdopplung des Schmerzensgelds führen dürfte. Gleichzeitig verweist er als Anhaltspunkt auf eine Vorentscheidung,¹⁴⁾ in der ein Vater die Ehefrau und alle drei Kinder verloren hatte. Man tastet im Dunkeln, welcher Umstand mit welcher Gewichtung Eingang finden soll. Den Stein des Weisen wird man zu solchen Fragen kaum finden. Aber etwas Licht ins Dunkel könnte möglich sein: Seelische Schmerzen dürfte man in Anlehnung an die körperlichen Schmerzen ermitteln können; insoweit kommt es auf die jeweiligen Auswirkungen beim betreffenden Anspruchsteller an. Ob bei einer Vorentscheidung der Anspruchsteller eine, zwei, drei, viele oder alle Angehörige verloren hat, kann dafür somit nur einen begrenzten Aussagewert liefern. Maßgeblich dürfte allein sein, welche seelischen Schmerzen dieses Ereignis ausgelöst hat.¹⁵⁾ Das entspricht auch dem Postulat subjektiv-konkreter Schadensberechnung.

Anders sollte man mE in Bezug auf die Abgeltung der Trauer verfahren: Diese selbst ist nicht messbar, sondern nur unter Bezugnahme auf Hilfsgrößen ermittelbar, nämlich durch Abstellen auf das Ausmaß der emotionalen Nahebeziehung.¹⁶⁾ Insoweit wäre es durchaus stimmig, bei Verlust mehrerer Angehöriger eine arithmetische Abstufung vorzunehmen.¹⁷⁾ Sollte das Befremden auslösen, sei auf folgendes Beispiel ver-

wiesen: Ein Vater verliert durch das Verhalten des Schädigers₁ ein Kind, durch das des Schädigers₂ wenig später ein weiteres Kind. Die Trauer für den Verlust jedes Kindes wird gleich groß sein. Der Umstand, dass der Vater zunächst das Kind₁ und dann das Kind₂ verloren hat, soll kaum dazu führen, den Anspruch auf Trauerschmerzensgeld gegen den Schädiger₂ wegen des Verlusts des zweiten Kindes zu reduzieren. Dagegen mag man einwenden, warum das bei den seelischen Schmerzen nach Auslösung einer seelischen Erkrankung anders sein soll. Die Antwort lautet: Da sich diese immerhin irgendwie messen lassen, mag es auch insoweit beträchtliche Unwägbarkeiten geben.

Solche präzisen Ermittlungsschritte setzen freilich voraus, dass zwischen Trauer und Schmerzen, körperlichen und seelischen Schmerzen, vorübergehenden Beschwerden und Dauerfolgen unterschieden wird. Eine solche detaillierte Ausweisung der einzelnen Komponenten hätte weitere Vorteile: Das betreffende Gericht müsste sich die Ermittlungsschritte stärker bewusst machen. Anstatt über den Daumen zu peilen, würden sich rationale Ermittlungsmethoden herausbilden. Das ist auch das Kernanliegen der „taggenauen“ Ermittlung des Schmerzensgelds, die in Deutschland eine intensive Diskussion ausgelöst hat.¹⁸⁾ Nur durch

13) Dem wird jedoch grds entgegengehalten, dass eine ziffernmäßig getrennte Bemessung und Ausweisung seelischer und körperlicher Schäden unzulässig sei: *Danzl*, HB Schmerzensgeld Rz 3.35; *ders*, Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB, ZVR 1990, 1 (20); auch die ältere Rsp hat prozentuale Zuschläge für seelische Schmerzen iS einer getrennt ausgewiesenen Schmerzensaufstellung abgelehnt, 2 Ob 43/84; 2 Ob 19/84; 2 Ob 89/83; 8 Ob 125/79; beim Hinzutreten von Trauerschmerzen – wie hier – würde eine Ausweisung der einzelnen „Schmerzensposten“ die angezeigte Globalabfindung allerdings nur transparenter machen. Nicht erkennbar ist mE, warum das mit dem Postulat der Globalabfindung nicht vereinbar sein sollte.

14) OGH 2 Ob 186/03 z ZVR 2004/6.

15) Vgl *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB TaKomm⁵ § 1325 Rz 109.

16) *Kamer*, Zur Ersatzfähigkeit von Trauer- und Schockschäden – eine Bilanz, in FS *Danzl* (2017) 87 (110); *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB TaKomm⁵ § 1325 Rz 142.

17) Dafür *Ch. Huber* in *Huber/Kadner Graziano/Luckey*, Hinterbliebenengeld (2018) § 1 Rn 98; *ders*, Hinterbliebenengeld – wer kann wieviel verlangen? *VersR* 2020, 385, 393.

18) Im Anschluss an *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, HB Schmerzensgeld (2013) hat das OLG Frankfurt NJW 2019, 442 erstmals eine taggenaue Schmerzensgeldbemessung vorgenommen; fortgeführt in OLG Frankfurt NJW-Spezial 2020, 523; BeckRS 2020, 21948; *VersR* 2020, 1387 (*Höher*); NJW 2020, 3325 (*Slizyk*); diesen Ansatz befürwortend *Schulte/Rüdiger*, Schmerzensgeld: Ausgleich auch für Behandlungsfehler noch angemessen? *GesR* 2020, 14 ff; *Engelbrecht*, Anm zu OLG Frankfurt a. M. 22 U 97/16, DAR 2019, 44, 45; *Zarges*, Anm zu OLG Frankfurt a. M. 22 U 97/16, zfs 2019, 83, 90 f; krit, aber grds zust *Ch. Huber* in *Nomos-Komm⁴* § 253 Rn 83 f ff; *Bensalah/Hassel*, Kritische Aspekte zur taggenauen Schmerzensgeldbemessung, NJW 2019, 403, 405 f; *Korch*, Anm zu OLG Frankfurt a. M. 22 U 97/16, EWIR 2019, 143, 144; *Lüttringhaus/Korch*, Schmerzensgeldbemessung, *VersR* 2019, 973 ff; es überwiegen in Rsp und Lit aber die abl Stimmen: OLG Düsseldorf NJW 2019, 2700, 2701 (*Korch*); OLG Brandenburg DAR 2020, 25 (*Wellner*); OLG Celle *VersR* 2019, 1157, 1164; KG BeckRS 2019, 30230; OLG München zfs 2020, 200 (*Diehl*); OLG München BeckRS 2020, 901 = Fachtagung Personenschaden 2020/I, 198 (*Ch. Huber*); OLG Oldenburg MDR 2020, 673 = BeckRS 2020, 5200; KG BeckRS 2020, 10302; *H. Lang*, Anm zu OLG Frankfurt a. M. 22 U 97/16, jurisPR-VerkR 5/2019 Anm 1; *Ernst/H. Lang*, Schmerzensgeld und Haushaltsführungsschaden – Sind die Schätzungsgrundlagen noch aktuell? *VersR* 2019, 1122, 1123 f.; *Slizyk*, Anm zu OLG Frankfurt a. M. 22 U 97/16, NZV 2019, 351, 358; *Luckey*, Schmerzensgeldbemessung – ist Billigkeit berechenbar? *JR* 2019, 311, 319; *Höher*, Anm zu OLG Düsseldorf 1 U 66/18, *VersR* 2019, 1165, 1167; *Thora*, Anm zu OLG Frankfurt a. M. 22 U 97/16, MedR 2019, 861, 863 ff; krit auch *Danzl*, Rezen-

einen transparenten Bemessungsvorgang wird den Gerichten bewusst, wie krass die Unterentschädigung der Schmerzensgelder bei Schwerstverletzten im Vergleich zu Bagatellverletzungen ausfällt.¹⁹⁾

Steht ein so ermittelter Globalbetrag fest, mag das Gericht – mit der Apothekerwaage – noch immer eine Feinjustierung nach den seiner Meinung nach zusätzlich bedeutsamen Umständen des Einzelfalles vornehmen. Aber die Größenordnung des Ersatzes würde a priori feststehen. So verfährt etwa die schweizerische Praxis, die zwischen Basisgenugtuung und weiteren Komponenten unterscheidet.²⁰⁾

Vor allem aber wäre ein enormer Gewinn an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bewirkt. Die Bürger mitsamt den ihre Interessen vertretenden Anwälten hätten viel konkretere Kenntnisse, wie viel eine Verletzungsfolge einer Person eines bestimmten Alters an Schmerzensgeld grundsätzlich auslöst. Derzeit müssen sie Mutmaßungen anstellen, wie viel – etwa in der konkreten Entscheidung – auf Trauer, seelische Schmerzen und körperliche Beschwerden entfallen ist.

F. Die Gewichtung mit dem VPI

Seit der grundlegenden OGH-E 3 Ob 128/11 m²¹⁾ ist es in Österreich ein gefestigter Grundsatz, dass bei Bezugnahme auf eine Vorentscheidung die dort ausgewiesene Schmerzensgeldhöhe mit dem VPI zum Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz aufzuwerten ist.²²⁾ Da dieser Zeitpunkt in Vorentscheidungen nicht ermittelbar ist, wird als Näherungswert das Entscheidungsdatum der erstinstanzlichen Entscheidung herangezogen, das in Österreich bei jeder höchstrichterlichen Entscheidung ausgewiesen wird. Zu hoffen ist, dass dieser Umstand bei den „Geschädigtenanwälten“ angekommen ist.

Es ist nämlich angesichts dieser gefestigten Rsp im Zweifel als anwaltlicher Kunstfehler anzusehen, wenn der Anwalt des Anspruchstellers zum Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz keine solche Aufwertung vornimmt. Je länger ein Prozess dauert, was nicht in der Hand der Parteien liegt, sondern auch von der Prozessleitung des Gerichts sowie häufig auch von SV-GA abhängig ist, umso bedeutsamer ist dieser Umstand.²³⁾ Zu beachten ist dabei zudem die Verjährungsfrist, sodass es angezeigt sein kann, mitunter schon während des Verfahrens eine solche Anpassung vorzunehmen, jedenfalls dann, wenn keine Feststellungsklage erhoben worden ist;²⁴⁾ Einfluss hat das auch auf den Lauf der Verzugszinsen.²⁵⁾ Werden Verkehrsunfallprozesse häufig innerhalb kurzer Zeiträume abgewickelt, weil wegen des Bestehens einer Haftung nach dem EKHG der Anspruchsgrund relativ rasch geklärt werden kann, ist das namentlich in Arzthaftungsprozessen anders, die sich nicht selten über mehrere Jahre hinziehen.²⁶⁾

Abgesehen davon stellt sich die Frage, ob der VPI der passende Indikator ist. In diesen gehen auch Waren wie Autos, Handys oder PCs ein, die im Laufe der Jahre billiger werden, weil der technische Fortschritt das ermöglicht. Personen mit schweren oder schwersten Verletzungen benutzen solche Sachen aber ähnlich selten wie Personen, die sich in Altersrente befinden. Insofern wäre der – um eine Nuance höhere – Pensionistenindex der passendere Anpassungsfaktor.²⁷⁾

Bedeutsamer ist freilich die Frage, ob auch das Wirtschaftswachstum zu berücksichtigen ist. Seit dem Zweiten Weltkrieg gab es bisher nahezu jedes Jahr ein solches, mag dieses in den letzten Jahren auch moderater ausgefallen sein als unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg und in den 1950er und 1960er Jahren. ME ist nicht einzusehen, warum bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht auch dieser Umstand berücksichtigt werden sollte, handelt es sich doch dabei um einen Indikator der Wohlstandsmehrung.²⁸⁾ Die derzeitige Corona-Pandemie zeigt, dass es sich insoweit um keine Einbahnstraße handelt. Allerdings wird sich im langjährigen Durchschnitt erweisen, dass es sich um einen – hoffentlich – einmaligen Ausreißer nach unten gehandelt hat. Selbst überaus moderate Prozentsätze von 1% oder 2% pro Jahr bewirken über einen längeren Zeitraum eine beträchtliche Steigerung. Bei gleich hohem Wirtschaftswachstum wie der Inflation ergibt sich eine Verdopplung der Anpassung.

Die Anknüpfung sowohl an einen Inflationsindex (welchen auch immer) als auch an das Wirtschaftswachstum wird für so manchen mathematisch bedarften Juristen schon eine hochkomplexe Rechenoperation darstellen. Sie ist es jedoch nicht und lässt sich mit einer simplen Multiplikation von zwei Indexwerten bewältigen. Von einer Anhebung der Schmerzensgeldbeträge könnte bei dieser Sicht erst dann die Rede sein, wenn die gerichtlichen Zusprüche über dieses Ausmaß hinausgehen. Mit einer Gewichtung früherer Schmerzensgeldbeträge nach Inflation und Wirtschaftswachstum wird nämlich lediglich eine Anpassung vom früheren an das derzeitige Wohlstandsniveau bewirkt. Von der mitunter betonten Anhebung der Schmerzensgelder in den letzten Jahrzehnten²⁹⁾ bleibt – real – dann kaum ein Zuwachs übrig.

G. Bezugnahme auf die Rechtslage in Deutschland

Der OGH hat zu Recht darauf hingewiesen, dass das unterschiedliche Schmerzensgeldniveau in Deutschland bzw einzelne dort für maßgeblich angesehenen Bewertungsfaktoren für die österr Rechtslage unbeachtlich

sion von *Schwintowski/C. Schuch Sedi/M. Schah Sedi*, HB Schmerzensgeld (2013), ZVR 2014, 35.

19) So der wiederkehrende eindringliche Appell von *L. Jaeger*, zuletzt: Schmerzensgeldbemessung nach Amputationen – Tendenz der Rechtsprechung zu höherem Schmerzensgeld, DAR 2020, 710 ff.

20) Ausf *Landolt*, Genugtuungsrecht² (2021) Rn 408 ff; diese zweiphasige Genugtuungsbemessung für das schweizerische Recht gutheißen BGE 132 II 117, 120.

21) OGH 3 Ob 128/11 m ZVR 2012/129 (*Ch. Huber*).

22) Bestätigt durch OGH 2 Ob 83/14 s Zak 2014/722, 378; 2 Ob 214/14 f ZVR 2015/201 (*Ch. Huber*).

23) Vgl schon OGH 2 Ob 260/82 ZVR 1983/346.

24) Vgl dazu *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB TaKomm⁵ § 1325 Rz 129; ferner *Vrba*, Schadenersatz in der Praxis (42. Lfg, 2020) A/II/26.

25) *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB TaKomm⁵ § 1325 Rz 123.

26) Zu diesen für den Geschädigten besonders zermürbenden Fällen demnächst *Ch. Huber/Schultess* in *Fuhrer/Kieser/Weber*.

27) Demnächst *Ch. Huber/Schultess* in *Fuhrer/Kieser/Weber*.

28) Demnächst *Ch. Huber/Schultess* in *Fuhrer/Kieser/Weber*.

29) OGH 2 Ob 237/01 v SZ 2002/50 = ZVR 2002/66 (*Danzl*); 7 Ob 281/02 b JBI 2003, 650; 7 Ob 36/03 z EFSlg 104.766; 7 Ob 36/03 z EFSlg 104.768; 2 Ob 83/14 s Zak 2014/722, 378; 2 Ob 175/14 w Zak 2015/241, 137 unter Bezugnahme auf die Formel, dass das Schmerzensgeld tendenziell nicht zu knapp bemessen werden sollte.

sind. Zur Abgeltung ideeller Nachteile im Kontext von Schockschaden und Trauerschmerzensgeld sei hinzugefügt, dass der Zuspruch nach deutschem Recht nach der Rechtslage zum Zeitpunkt des Unfalls (30. 7. 2014) deutlich geringer ausgefallen wäre. Ein Trauerschmerzensgeld gab es damals – auch bei grober Fahrlässigkeit – nicht; und selbst die Bemessung von Schockschäden fiel bis in die jüngere Gegenwart außerordentlich bescheiden aus.³⁰⁾ *Sigmund Freud* hat eben in Wien gewirkt – und nicht in Berlin. Womöglich ist die Empathie des OGH deshalb (?) deutlich höher als die des BGH, wenn es um seelische Beeinträchtigungen geht.

Erwähnt sei an dieser Stelle, dass Österreich und die Schweiz im Vergleich zu Deutschland ein beachtlich hohes Niveau bei Schockschäden und Trauerschmerzensgeld erreicht haben,³¹⁾ während die Höchstzusprüche für körperliche Verletzungen in Deutschland ein Vielfaches der Werte der Schweiz und Österreichs ausmachen.³²⁾ Rechnet man das jeweilige Leid in Tagesätze um und legt man diese als Anhaltspunkt der Ermittlung der Entschädigungshöhe zugrunde, sind Schockschaden und Hinterbliebenengeld in Deutschland zu gering, die Schmerzensgelder bzw Genugtuung für (schwere) körperliche Beeinträchtigungen aber in der Schweiz und Österreich zu gering.³³⁾

H. Verschulden und zögerliches Regulierungsverhalten als eigenständige Bemessungsdeterminanten

Die mit den Bemessungsansätzen deutscher Gerichte vertrauten deutschen Anspruchsteller verlangten einen Zuschlag wegen des besonderen schweren Verschuldens des Schädigers sowie des zögerlichen Regulierungsverhaltens des einstandspflichtigen Kfz-Haftpflichtversicherers. Solche Zuschläge werden in der Tat nach deutschem Recht zugebilligt.³⁴⁾

Folgender Anachronismus ist zu konstatieren: In Österreich gibt es den gegliederten Schadensbegriff. Danach gebührt im Rahmen des Vermögensschadens gem §§ 1323f ABGB entgangener Gewinn nur ab grober Fahrlässigkeit. Bei der Festsetzung des Schmerzensgelds spielt das Ausmaß des Verschuldens allerdings keine Rolle.³⁵⁾ Im deutschen Recht wiederum gilt der Grundsatz der Totalreparation, wonach beim Vermögensschaden voller Ersatz unabhängig vom Grad des Verschuldensvorwurfs gebührt. Aber ausgerechnet beim Schmerzensgeld soll sich grobe Fahrlässigkeit als Zuschlag bei der Bemessung des Schmerzensgelds auswirken.³⁶⁾

Der OGH gesteht eine Anhebung des Schmerzensgelds allein dann zu, wenn sich das grobe Verschulden auf den Leidenszustand ausgewirkt habe.³⁷⁾ Das dürfte freilich eine probatio diabolica sein, einen solchen Kausalitätsbeweis zu führen. ME ist der Ansatz des OGH vorzugswürdig, allein auf die Ausgleichskomponente abzustellen und Genugtuungsaspekte auszuklamern.³⁸⁾ Warum der im Regelfall einstandspflichtige Haftpflichtversicherer allein deshalb finanziell stärker bluten soll, weil dem Täter ein höheres Maß an Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, ist wenig nachvollziehbar. Die mit der Genugtuungskomponente intendierte Bußeleistung wird im Regelfall nämlich nicht vom Täter erbracht, sondern von seiner Haftpflichtversicherung. Die intendierte Sanktionierung läuft somit leer.

Einen Zuschlag für zögerliches Regulierungsverhalten lehnt der OGH ebenso ab.³⁹⁾ Auch nach deutschem Recht ist dieser Zuschlag, der nur beim Schmerzensgeld anerkannt wird, umstritten.⁴⁰⁾ Ins Treffen führen könnte man dafür immerhin, dass das Haftpflichtrecht in die Bresche springt, weil das Aufsichtsrecht versagt⁴¹⁾ – so ähnlich wie bei Verletzung des allg Persönlichkeitsrechts bei den Mediendelikten.⁴²⁾ Der OGH

30) Bezeichnend die E BGH NJW 2015, 1451 (*Thora*), in der das OLG Hamm (FamFR 2013, 103) jeglichen Ersatz versagt hatte, der BGH aber einen Ersatzanspruch in der Größenordnung von € 8.000,- annahm, nachdem der Ehepartner als Reaktion auf den durch einen erheblich alkoholisierten Raser (Überschreitung der zulässigen Geschwindigkeit um 58 km/h) hervorgerufenen Unfalltod seiner Frau und Folge der psychischen Fehlverarbeitung aus dem ehemals gemeinsamen Haus ausgezogen war und seinen Beruf aufgegeben hatte. Angemessen indes OLG Frankfurt a. M. VersR 2018, 560 (*L. Jaeger*) = jurisPR-VerkR 6/2018 Anm 2 (*Wenker*) = zfs 2017, 677 (*Diehl*); Ehefrau, die vorausfuhr, sah Ehemann unter einem Lkw – er war tot; Zuspruch von € 100.000,- Schmerzensgeld, nachdem die Witwe völlig aus der Bahn geworfen wurde.

31) Nachw bei *Ch. Huber*, VersR 2020, 385, 390.

32) In Österreich und der Schweiz scheinen sich die Höchstzusprüche an (umgerechnet und mit dem VPI aufgewertet) € 300.000,- als „Obergrenze“ zu orientieren, vgl die zugesprochenen Höchstsummen in OGH 2 Ob 237/01 v ZVR 2002/66 (*Danzl*); OLG Linz 2 R 150/14 p ZVR 2015/94 (*Danzl*); bislang am höchsten LG Innsbruck 27. 6. 2016, 69 Cg 36/11 k (€ 250.000,-), besprochen von *Danzl*, Aktuelle (Fort-)Entwicklungen beim Schmerzensgeld, ZVR 2016, 456 ff; für die Schweiz macht *Landolt*, Der normative Schaden im schweizerischen Recht, in FS *Danzl* (2017) 139 (153) eine vergleichbare Obergrenze aus, uHa BG 27. 5. 2010 4A_66/2010: CHF 250.000,-; in Deutschland liegt diese „Obergrenze“ mittlerweile bei € 800.000,-; LG Aurich VersR 2019, 887 (*Jaeger*) = *Ch. Huber*, Fachtagung Personenschaden 2019, 226; bestätigt durch OLG Oldenburg MedR 2020, 926 (*Jaeger*); LG Gießen VersR 2020, 630 (*Jaeger*).

33) Zum „beschämend geringen Schmerzensgeldniveau“ in Österreich, das einer Kulturnation nicht würdig sei, bereits *Teplitzky*, NJW 1967, 672; an der Relation von ca 3:1 hat sich in den folgenden Jahrzehnten – bis heute – kaum etwas geändert.

34) In jüngerer Zeit OLG Schleswig NJW-RR 2019, 347, 349; OLG Dresden DAR 2017, 463; OLG Köln NJOZ 2014, 169, 177; auf eine

diesbezüglich gefestigte Rsp der Oberlandesgerichte hinweisend *Rolfs*, Schmerzensgeld und Versicherung, *Karlsruher Forum* 2016, 41, 53; offenlassend BGHZ 163, 351 NJW 2006, 1271, 1274; ausf und mwN *Ch. Huber* in *NomosKomm*⁴ § 253 Rn 121; schweizerischem Recht *Pribnow/Benjamin*, Regulierungsverhalten als Genugtuungsfaktor, in FS 50 Jahre SGHVR (2010) 467 ff.

35) Nachw bei *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB TaKomm⁵ § 1325 Rz 116; ebenso für das Trauerschmerzensgeld OGH 2 Ob 55/08 v ecoloX 2008/336: Unerheblich, ob grobe oder „größte“ Fahrlässigkeit; RIS-Justiz RS0031072.

36) Ausdrücklich zuletzt OLG Oldenburg zfs 2019, 22, 23; OLG Düsseldorf BeckRS 2018, 43147 Rn 10; ferner KG NZV 2005, 311, 313; OLG Köln VersR 2000, 899; OLG Nürnberg VersR 1997, 502; *Ch. Huber* in *NomosKomm*⁴ § 253 Rn 118; krit mit Blick auf die Fälle grober Fahrlässigkeit eines haftpflichtversicherten Schädigers demnächst *ders/Schultess* in *Fuhrer/Kieser/Weber*.

37) So auch OGH 2 Ob 7/05 a SZ 2005/4 = ZVR 2005/47 (*Karner*); *Danzl*, HB Schmerzensgeld Rz 1.16, 3.37 mwN; ebenso schon *ders*, ZVR 1990, 1 (19).

38) Anders liegt es allenfalls bei einer (seltenen) vorsätzlichen Verletzung, wo eine – zumal nicht vom etwaigen Haftpflichtversicherungsschutz des Schädigers gedeckte – Erhöhung des Ersatzanspruchs durchaus angezeigt erscheint.

39) So schon OGH 2 Ob 260/82 ZVR 1983/346.

40) Krit etwa *Notthoff/Ernst*, Das Regulierungsverhalten eines Haftpflichtversicherers – (K)ein Kriterium für eine etwaige Schmerzensgelderhöhung?! VRR 2014, 284 ff; *Schreier*, Zögerliches Regulierungsverhalten von Versicherern – Eine Bestandsaufnahme der Schadensregulierung nach geltendem Recht, VersR 2013, 1232, 1234; *Wenker*, Transparenz und Akzeptanz des Schmerzensgeldanspruchs, NZV 2014, 241, 245; *Rolfs*, Schmerzensgeld und Versicherung, *Karlsruher Forum* 2016, 41, 56.

41) So der treffende Titel von *Steffen*, Die Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, in FS *Odersky* (1996) 723 ff.

42) Zentral die *Caroline-von-Monaco-E* BGHZ 128, 1 = NJW 1995, 861, 865; Bei der Bemessung der Entschädigung ist zu berücksich-

weist zudem darauf hin, dass bei langer Prozessdauer der Schädiger insoweit Nachteile in Kauf nehmen muss, weil die Bemessung des Schmerzgelds nach den Verhältnissen zum Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz vorzunehmen ist. Womöglich ergibt sich insoweit eine ähnliche Sanktionierung, wenn es zu einer Kumulierung von Verzugszinsen und Aufwertung des Schmerzgelds nach den Verhältnissen der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz kommt.

Zu einer solchen partiellen Doppelliquidation kommt es freilich allein aufgrund der Verfahrensdauer; uzw unabhängig davon, ob das zögerliche Regulierungsverhalten ungebührlich oder allein auf Umstände zurückzuführen ist, die der Haftpflichtige weder zu vertreten hat noch zu beherrschen vermag, etwa ein aufwändiges Beweisverfahren, eine Säumnis des SV bei der Erstellung des GA oder eine lasche Prozessführung durch das Gericht. Ein Zuschlag in Fällen, in denen der Kfz-Haftpflichtversicherer rechtsmissbräuchlich den Geschädigten demütigen und aushungern will,⁴³⁾ mag dogmatisch fragwürdig sein, ist unter Anreiz- bzw Sanktionsgesichtspunkten aber nachvollziehbar. Es handelt sich dabei freilich um eine Ausprägung von ansonsten in den deutschsprachigen Rechtsordnungen stets verpönten punitive damages; solche sind im Kontext von immateriellen Schäden aber in Europa nicht nur in den anglo-amerikanischen Rechtsordnungen bekannt.

I. Resümee

Diese Ausführungen können nicht mehr sein als Schlaglichter aus Anlass einer Entscheidung, in der es menschlich um besonderes Leid ging, die sich aber dogmatisch auf eingetretenen Pfaden bewegt hat. Sie ist zu Beträgen gelangt, die sich an der äußersten Obergrenze der bisherigen Zusprüche bewegen, nämlich € 102.000,- für den Vater, € 118.000,- für die Mutter und € 33.000,- für den Bruder. Bei den Zusprüchen an Vater und Mutter ist unwägbar, wie viel auf reine Trauer, seelische Krankheit und körperliche Beschwerden zurückzuführen ist. Nach der hier vorgestellten Methode wäre eine Zuordnung auch für die Praxis wertvoll, weil das Judiz dann für künftige Entscheidungen besser verwertbar wäre. Die € 33.000,- für den Bruder für eine zeitlich begrenzte seelische Krankheit ohne Dauerfolgen erscheinen ebenfalls großzügig, wobei man das noch besser beurteilen könnte, wenn man wüsste, wie lange die Beeinträchtigungen in welcher Intensität bestanden.

tigen, dass von der Höhe der Geldentschädigung „ein echter Hemmungseffekt“ ausgehen muss.

43) So im Extremfall OLG Köln NJOZ 2014, 169, 178: Trotz Grundanerkennnis Zahlung erst nach 19 Jahren; OLG München BeckRS 2015, 8435 Rn 36f: Kleinliches Regulierungsverhalten über einen Zeitraum von sechs Jahren; OLG Köln NJW-RR 2002, 962, 963: Zahlung eines „lächerlich geringen Betrages“, wodurch sich der Geschädigte „gekränkt und verächtlich gemacht“ gefühlt hat.

→ In Kürze

Beim Schmerzgeld wird von der Rsp stets betont, dass dieses nicht zu berechnen, sondern zu bemessen sei. Die Kriterien für die Ermittlung der Höhe werden aber idR nicht ausgewiesen. Der Autor plädiert für mehr Berechnung als Bemessung, vor allem aber eine Offenlegung der vom Gericht für maßgeblich angesehenen Determinanten. Die Schmerzintensität sowie die Dauer des Leidens sollten primär bedeutsam sein; die Umstände des Einzelfalls jedoch lediglich der Feinjustierung dienen. Die Abgeltung für (reine) Trauer, seelische und körperliche Schmerzen sollte jeweils nachvollziehbar sein.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Prof. Dr. Christian Huber, RWTH Aachen, Inhaber des Lehrstuhls für bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht (noch bis 28. 2. 2021).

Vom selben Autor erschienen:

Erläuterung der §§ 1308–1327 ABGB in *Neumayr/Schwimmann*, ABGB-TaKom⁵ (2021); Erläuterung der §§ 253, 839 a, 842–845 BGB, NomosKommentar BGB⁴ (2021); *Ch. Huber/Kadner Graziano/Luckey*, Hinterbliebenengeld (2018).

Literatur:

Danzl, HB Schmerzgeld (2019); *Ch. Huber*, Das Lebensalter des Verletzten – eine Bemessungsdeterminante beim Schmerzensgeld? *VersR* 2016, 73; *ders*, Das „neue“ Hinterbliebenengeld des § 844 Abs 3 BGB – Versuch einer ersten Einschätzung mit rechtsvergleichenden Bezügen zum österreichischen und schweizerischen Recht, in *FS Schwintowski* (2017) 920; *ders*, Das Hinterbliebenengeld nach § 844 Abs 3 BGB, *JuS* 2018, 744; *ders*, Hinterbliebenengeld – wer kann wieviel verlangen? *VersR* 2020, 385; *Karner*, Zur Ersatzfähigkeit von Schock- und Trauerschäden – eine Bilanz, in *FS Danzl* (2017) 71; *Kerschner*, Schmerzensgeld² (2020).



Bundesrecht

Gerhard Pürstl

Straßenpolizeirecht

ZVR 2021/18

Bundesgesetz, mit dem die Straßenverkehrsordnung 1960, BGBl 1960/159, geändert wird (RV 464 AB 550 B1gNR 27. GP), BGBl I 2020/161

Die in der Straßenverkehrsordnung aufgrund der COVID-Lage geschaffenen Möglichkeiten, einerseits die Gültigkeit des Wochenend- und Feiertagsfahrverbots durch V der BMK zu suspendieren sowie andererseits

durch V das Gehen auf für den übrigen Verkehr gesperrten Fahrbahnen zu erlauben, wurden bis 31. 12. 2021 bzw bis 30. 6. 2021 verlängert.

Inkrafttreten: 1. 1. 2021