

Mehr dazu: Nach dem Inhalt einer von G bei der StA Innsbruck erstatteten Anzeige seien Mag. D und er „am 3. 1. 2020 von der Stoßstange eines hinter ihnen fahrenden Pkw, dessen Kennzeichen er bekannt gab, an den Unterschenkeln angefahren worden, nachdem sie auf einer engen Straße als Fußgänger nicht auf das Hupen des Fahrzeuglenkers hätten reagieren und ausweichen können. Aufgrund dieser Anzeige wurde ein Ermittlungsverfahren gegen den Lenker des Pkw, Wolfgang B, wegen des Verdachts der Nötigung eingeleitet. In diesem wurde der Angekl G am 12. 1. 2020 nach förmlicher Belehrung über die Wahrheitspflicht als Zeuge polizeilich vernommen. Im Rahmen dieser Zeugenvernehmung teilte er mit, dass er die von ihm selbst verfasste Anzeige ‚vollinhaltlich aufrecht‘ halte und dem ‚nichts mehr hinzuzufügen‘ habe.“ Die StA legte ihm daraufhin „ein dem Vergehen der falschen Beweisaussage nach § 288 Abs 1 und 4 StGB subsumiertes Verhalten zur Last. Danach habe er am 12. 1. 2020 in I als Zeuge in einem Ermittlungsverfahren nach der StPO vor der KriminalPol [...] bei

seiner förmlichen Vernehmung zur Sache falsch ausgesagt, indem er seine schriftliche Anzeige (vom 6. 1. 2020) zum Inhalt seiner Aussage erhoben und darin wahrheitswidrig behauptet habe, Mag. D und ihm sei es nicht möglich gewesen, einem heranfahrenden Pkw auszuweichen, und dieser habe ihn und Mag. D an den Unterschenkeln angefahren.“ Der Angekl wurde daraufhin je eines Vergehens der falschen Beweisaussage nach § 288 Abs 1 und 4 StGB und der Verleumdung nach § 297 Abs 1 erster Fall StGB schuldig erkannt und seiner Berufung nicht Folge gegeben. Der OGH hat in Stattgebung einer von der GenProk gegen beide U ergriffenen NBzWdG zu Recht erkannt, dass diese § 297 Abs 1 erster Fall StGB verletzen.

Hinweis: Da die StA eine in der Strafanzeige gelegene Verleumdung nicht angeklagt hatte, kam ein darauf gegründeter Schuldspruch nicht in Betracht (§ 267 StPO).

Eckart Ratz

Fälle von Schadenersatz bei Tötung rückläufig – aber weiterhin viele offene Fragen

Anmerkung zu OGH 28. 1. 2021, 8 Ob 98/20z¹⁾

ÖJZ 2021/96

Straßenverkehrsunfälle mit tödlichem Ausgang, bisher der Hauptanwendungsfall für die Befassung des OGH mit Schockschaden, Trauerschmerzensgeld sowie Begräbniskosten und Unterhaltersatz, sind rückläufig. Waren es im Jahr 1972 noch 2.948 Personen, stehen dem im Jahr 2020 338 Personen gegenüber. Dieser erfreuliche Trend hält an: Im ersten Halbjahr 2020 gab es 144 Getötete, im Jahr 2021 141.²⁾ Die Probleme sind damit nicht vom Tisch; sie stellen sich geradeso im Kontext der Arzthaftung, die zunehmend an Bedeutung gewinnt. Ärzte und Pflegepersonal unterlaufen heute in etwa so viele kausale Sorgfaltsverstöße wie vor 50, 100 oder 200 Jahren; allein die „Götter in Weiß“ sind nicht mehr sakrosankt. Es besteht eine Pflichthaftpflichtversicherung, und die Schadenersatzgläubiger erheben völlig zu Recht Ansprüche, wenn ein kausaler Sorgfaltsverstoß zu Personenschäden geführt hat. Die vorliegende Entscheidung gab dem OGH Gelegenheit, seine Rsp zur einen oder anderen Detailfrage zu vertiefen. Im Wesentlichen geht es um drei Bereiche, nämlich 1. Schockschaden und Trauerschmerzensgeld, 2. Begräbniskosten und 3. Unterhaltersatz:

Schockschaden und Trauerschmerzensgeld

Nachdem der OGH einen ersten mutigen Schritt gemacht hatte und bei grober Fahrlässigkeit ein Trauerschmerzensgeld praeter legem eingeführt hat,³⁾ sich aber zu einem wünschenswerten zweiten nicht durchringen kann,⁴⁾ nämlich ein solches bei jeder Anspruchsgrundlage zuzuerkennen, und der Gesetzgeber durch Passivität glänzt, nimmt Österreich unter den europäischen Rechtsordnungen die Sonderrolle ein, dass Trauer nur bei grober Fahrlässigkeit zur Abgeltung der ideellen Beeinträchtigung führt. Selbst der lange rückständige deutsche Gesetzgeber hat durch Einführung eines Hinterbliebenengeldes in § 844 Abs 3 BGB auf solchen Rabulismus verzichtet.⁵⁾ Die konkrete Entscheidung macht deutlich, zu welchen Problemen das führt. In concreto gebührte sowohl ein Trauerschaden als auch ein Schockschaden, weil einerseits grobe Fahrlässigkeit gegeben war, andererseits aber eine

nachgewiesene seelische Erkrankung. Der OGH knüpft an Letztere die maßgebliche Rechtsfolge. Ob das wirklich so überzeugend ist, sei dahingestellt. Auf dem Personenschadenforum 2021 in Zürich war man sich zum schweizerischen Recht, wo es eine über 100-jährige Tradition dazu gibt, einig, dass die Abgrenzung zwischen Kummer und Trauer einerseits und psychischer Erkrankung und Fehlverarbeitung andererseits in vielen Fällen kaum gezogen werden kann.⁶⁾ (Medizinische) Sachverständige vermitteln eine Gewissheit, die es – nur in der Schweiz? – womöglich gar nicht gibt. Die durchaus pragmatische Rechtsfolge im schweizerischen Recht ist die, dass die Ersatzbeträge für die Abgeltung von Trauer eine solche Größenordnung erreichen, dass Zuschläge für die psychischen Schmerzen bei seelischen Erkrankungen in den Hintergrund treten.⁷⁾ Zu bedenken ist, dass damit beträchtlicher Regulierungsaufwand gespart wird; allein die medizinischen Sachverständigen haben eine Einkunftsquelle weniger, was sie freilich gewiss verschmerzen können.

Der gegenteilige Ansatz in Österreich erfordert hingegen die Prüfung, ob sowohl die eine als auch die andere Voraussetzung gegeben ist, also grobe Fahrlässigkeit für reine Trauer bzw eine seelische Erkrankung für den Schockschaden. Ist das der Fall, hat für beide Beeinträchtigungen zusammen eine Globalbemessung stattzufinden. Wie der OGH zu dem letztendlich ausgeurteil-

1) Siehe EvBI 2021/105 (in diesem Heft).

2) <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/161039/umfrage/anzahl-der-verkehrstoten-in-oesterreich/> (abgerufen am 30. 6. 2021).

3) OGH 2 Ob 84/01 v SZ 74/90 = ZVR 2001/73 (Kärner).

4) OGH 2 Ob 109/19x ZVR 2021/6 (Ch. Huber).

5) Umfassend dazu auch mit rechtsvergleichenden Bezügen Ch. Huber/Kadner Graziano/Luckey, Hinterbliebenengeld (2018).

6) Jeger, Königsweg, Holzweg oder Hohe Gasse? Erfahrungen aus 30 Jahren medizinischer Begutachtung, in St. Weber (Hrsg.), Personenschadenforum 2021, 329ff.

7) Kadner Graziano, Hinterbliebenengeld in der Schweiz – etablierte Rechtslage und reichhaltige Erfahrungen, in Ch. Huber/Kadner Graziano/Luckey, Hinterbliebenengeld § 2 Rn 13ff unter Bezugnahme auf BGE 112 II 118 (Hunter).

ten Betrag kommt, dabei lässt er sich nicht in die Karten schauen.⁸⁾ Der Zuspruch mutet ähnlich an wie das Orakel von Delphi. Häufig kommt da schon etwas Kluges dabei heraus. Im antiken Griechenland wurden die in Trance abgegebenen Äußerungen der Pythia freilich nicht in jedem Fall richtig gedeutet. Um es auf den Punkt zu bringen: Eine Separierung des Ersatzbetrags für Trauer und seelische Erkrankung wäre – auf der Basis der *lex lata* – hilfreich. Der OGH (Rn 36) betont die besondere Bedeutung einer einheitlichen Spruchpraxis. Eine solche ließe sich aber leichter dokumentieren, wenn man wüsste, welchen Betrag er für welche Beeinträchtigung angesetzt hat. Hier kann man das allenfalls erschließen, haben doch die Tatgerichte deutlich weniger zugesprochen, weil sie bloß leichte Fahrlässigkeit angenommen haben. Auch insoweit wäre die Schweiz ein Vorbild, dort werden nämlich Trauerschmerzensgeld – Hinterbliebenengenuß genannt – und Schockschaden in transparenter Weise gesondert ausgewiesen.⁹⁾

Einzuräumen ist, dass die bisherige österr höchstrichterliche Judikatur – im Gegensatz zur Schweiz – sehr dünn ist. Der OGH nimmt deshalb – notgedrungen – Bezug auf die ergangenen spärlichen Entscheidungen. Diese waren freilich ganz anders gelagert: In 2 Ob 292/04m¹⁰⁾ waren die seelischen Schmerzen der 31-jährigen Ehefrau nach zwei Jahren praktisch verschwunden, nachdem sie eine neue Beziehung gefunden hatte. In 2 Ob 143/15s¹¹⁾ ging es um den Tod des Sohnes, in 2 Ob 135/07b den Tod der Mutter. Der OGH entschied in concreto salomonisch, dass zum bisherigen Höchstzuspruch bei Tötung einer Person auch wegen der inzwischen eingetretenen Inflation noch eine Schippe daraufzulegen sei, und sprach als neuen Höchstwert € 40.000,- zu. Ob und in welchem Ausmaß eine Rolle gespielt hat, dass die Witwe im fortgeschrittenen Alter war und den seelischen Schmerz – durch eine neue Beziehung – kaum mehr loswerden wird, blieb offen; ebenso der Umstand, dass die seelische Erkrankung über einen längeren Zeitraum fortauern wird.¹²⁾ Insgesamt ist der großzügigen Bemessung durchaus zuzustimmen. Hätte man gewusst, wie viel auf Trauer und wie viel auf die seelische Krankheit entfallen ist, wäre man beim nächsten Fall bei der Anknüpfung an das Präjudiz nicht auf Mutmaßungen angewiesen. Zudem könnte man unter Bezugnahme auf diese Entscheidung eine präzise Valorisierung mit dem Verbraucherpreisindex vornehmen¹³⁾ und nicht bloß auf die Inflation als solche verweisen.

Begräbniskosten

Ersatzfähig sind nach §§ 1327, 549 ABGB nur die Kosten der Bestattung, nicht aber die laufenden Kosten der Instandhaltung des Grabs. Damit eine Grablegung überhaupt möglich war, musste freilich eine Grabstellengebühr für zehn Jahre entrichtet werden. Es ist nicht zu leugnen, dass diese auch einen Beitrag für die künftige Instandhaltung darstellt. Dem Judiz des OGH des ungekürzten Zuspruchs ist freilich beizupflichten, weil die Entrichtung dieser Gebühr *conditio sine qua non* für die Bestattung war. Einzuräumen ist, dass es in der Tat kurios ist, dass dieser Schadensposten in umso höherem Maß ersatzfähig ist, einen je längerfristigen Benutzungsvertrag – ohne Kündigungsmöglichkeit – der Friedhofsbetreiber anbietet.

Unterhaltersatz

Bemessungsgrundlage

Der Unterhaltersatz nach § 1327 ABGB ist eine Fortwirkung des Erwerbsschadens nach § 1325 ABGB.¹⁴⁾ Wäre der Getötete noch am Leben, wäre er insoweit selbst aktivlegitimiert. Nach § 1327 ABGB sind es die Angehörigen, soweit ihnen durch den Tod das

Erwerbseinkommen des Getöteten als Quelle für ihre gesetzlichen Unterhaltsansprüche entzogen worden ist. Beim Erwerbsschaden ist der Verletzte dafür beweispflichtig, dass er nach dem gewöhnlichen Lauf Einkünfte in bestimmter Höhe künftig erzielt hätte. Kann er ein solches Einkommen nach diesem Beweismaß nicht nachweisen, gebührt Ersatz nur bei grober Fahrlässigkeit. Es ist vor diesem Hintergrund dann aber wenig folgerichtig, dass es bei § 1327 ABGB zu einer gegenteiligen Beweislastverteilung kommt: Die zum Todeszeitpunkt bestehenden Verhältnisse sollen nach Ansicht des OGH mechanisch fortzuschreiben sein, es sei denn, es bestehen greifbare Anhaltspunkte für eine Änderung zu einem bestimmten Zeitpunkt, wofür der Schädiger beweibelastet ist; die Ersatzpflichtige hätte hier unter Beweis stellen müssen, dass eine Wiederwahl ausgeschlossen gewesen wäre (Rn 53).

Das Ergebnis ist im konkreten Fall – vorläufig – nicht zu beanstanden. In einer kleinen Landgemeinde wird es so sein, dass der Getötete, der seit 2006 durchgehend Bürgermeister war, auch im Jahr 2017 wiedergewählt worden wäre. Allerdings ist zu bedenken, dass politische Mandate stets ein Ablaufdatum haben; und wie man aus der österr Innenpolitik der letzten Jahre weiß, tritt dieses mitunter früher ein als angenommen. Die Rente wäre mE insoweit mit dem wahrscheinlichen Zeitpunkt des Auslaufens der letzten Amtsperiode zu begrenzen gewesen.

Aktivlegitimation und Verteilung der Konsumquote

Der Vater als derjenige Unterhaltsschuldner, der für den Barunterhalt aufgekommen ist, wurde getötet. Er hinterlässt eine Witwe – offenbar ohne eigenes Erwerbseinkommen – sowie Kinder, die an der Schwelle zur Selbsterhaltungsfähigkeit oder wirtschaftlich schon auf eigenen Beinen stehen, aber noch zu Hause wohnen. Es stellt sich die Frage, wie letzterer Umstand zu berücksichtigen ist: Beim Unterhaltersatzanspruch ist zu unterscheiden zwischen den Fixkosten sowie der restlichen Konsumquote. Nach älterer Rsp¹⁵⁾ war die Witwe in solchen Fällen bezüglich der Fixkosten allein aktivlegitimiert. Nach jüngerer Rsp¹⁶⁾ wird die Aktivlegitimation penibel – meist nach Kopfquoten – zugewiesen. Im Ausgangspunkt ist das zutreffend und hat Auswirkungen auf das Ausmaß des Regresses des SVTr sowie die Vorteilsausgleichung, die beim Ehepartner gegeben sein kann, bei den Kindern jedoch nicht eintritt. Freilich ist dabei zu beachten, dass Kinder irgendwann einmal ausziehen. Dann ist das anwaltliche Mandat des Opferanwalts häufig beendet; und es wird nicht mehr bedacht, dass die Fixkosten dann dem überlebenden Ehepartner allein zufallen müssen, sein Ersatzanspruch in Höhe der Differenz zunehmen muss. Im Zweifel werden weder der SVTr, schon weil er nicht immer betroffen ist, noch der Ersatzpflichtige diesen Umstand berücksichtigen, mit der Folge, dass der Ersatzanspruch für die weitere Folge zu gering ausfällt. Aus Transparenzgründen sollte darauf daher

8) So auch in 2 Ob 216/19g ZVR 2021/41; dazu *Ch. Huber*, Die Ermittlung der Höhe des immateriellen Schadens – Überlegungen aus Anlass von 2 Ob 216/19g, ZVR 2021, 47.

9) *Landolt*, Genußtuungsrecht² (2020) Rn 206.

10) ZVR 2005/109 (*Danzl*).

11) EvBl 2016/39 (*Ch. Huber*).

12) Zur Bedeutsamkeit der zeitlichen Dimension bei der Bemessung ideeller Schäden *Ch. Huber*, Das Lebensalter des Verletzten – eine Bemessungsdeterminante beim Schmerzensgeld? *VersR* 2016, 73.

13) So vorbildlich seit 3 Ob 128/11m ZVR 2012/129 (*Ch. Huber*); vorbildlich auch die Umsetzung bei *Danzl*, Handbuch Schmerzensgeld (2019), wo ein elektronisches Tool beigefügt wurde, das eine einfache Anpassung ermöglicht.

14) *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar⁵ (2021) § 1327 Rn 1.

15) OGH 2 Ob 58/86; 6 Ob 203/00x; 2 Ob 99/06g.

16) OGH 2 Ob 197/17k ZVR 2018/219 (*Ch. Huber*).

schon im Urteil mit der gebotenen Deutlichkeit hingewiesen werden.

Unterhaltersatz nach § 1327 ABGB gebührt auch, wenn er großzügig bemessen ist.¹⁷⁾ Damit soll primär zum Ausdruck gebracht werden, dass die Unterhaltersatzgläubiger nicht nur verlangen können, was sie – bei zerrütteten Familienverhältnissen – bei Gericht durchsetzen könnten; vielmehr ist maßgeblich die tatsächliche Gestaltung in einer intakten Familie, bei der der Unterhaltsschuldner – häufig der Ehemann und Vater – in vielen Fällen Großzügigkeit obwalten lässt. Fraglich ist, ob dieser Ansatz auch im Kontext der Selbsterhaltungsfähigkeit anzuwenden ist. Diese mag ein Kriterium sein, das gegeben ist oder nicht – wie schwanger oder nicht schwanger. Oder lässt es womöglich Abstufungen zu? Ein Kind mag mE an sich selbsterhaltungsfähig sein, kann aber in der Einstiegsphase ins Erwerbsleben ein „Zubrot“ durch die Eltern noch gut gebrauchen. Es wohnt im „Hotel Mama“; den Service besorgt diese, für die Kosten kommt der Papa auf.¹⁸⁾ Auch sorgt er für das leibliche Wohl während der Anwesenheit der Kinder.

Es gibt mE gute Gründe, solche Zuwendungen noch zu dem nach § 1327 ABGB ersatzfähigen Unterhalt iwS zu zählen. Das hätte zur Folge, dass die Kinder einen Anspruch auf die anteiligen Fixkosten haben sowie auf die Zuwendungen, die sie bei Fortleben des Vaters – jedenfalls noch eine Zeit lang – erhalten hätten. Die Rede ist im Sachverhalt davon, dass ein Kind kurz vor Beendigung der Ausbildung stand; zu bedenken ist, dass die Unterhaltungspflicht des ein Erwerbseinkommen erzielenden Vaters nicht mit dem Ende der Ausbildung des Kindes endet, sondern erst mit Erlangung einer – hoffentlich angemessen – bezahlten Erwerbsarbeit durch das Kind. In der Lebenswirklichkeit müssen sich heutzutage nämlich viele Jugendliche, namentlich Akademiker, nach ihrer Ausbildung mit Praktika und Traineeprogrammen über Wasser halten, deren Einkünfte nicht immer zur Selbsterhaltungsfähigkeit führen. Auch insoweit ist bedeutsam, dass es sich um einen überschaubaren Zeitraum handelt. Sofern die Kinder freilich „Kostgeld“ für Wohnen und Logis bezahlt haben, sieht das anders aus; dann handelt es sich insoweit um Einkünfte des getöteten Vaters, die sogar die Bemessungsgrundlage für den Unterhaltersatzanspruch der Witwe erhöhen.

Der OGH sieht das anders. Er hielt für klärungsbedürftig, ob die Kinder selbsterhaltungsfähig waren oder nicht. Waren sie es, stehen die Fixkosten allein der Witwe zu. Die Konsumquote rechnet der OGH unter Bezugnahme auf Vorentscheidungen,¹⁹⁾ in denen es um den Unterhaltersatzanspruch des Kindes gegangen war, dem getöteten Vater zu, wobei die Mutter des Kindes mit dem Getöteten nicht verheiratet war. Die Fixkosten konnte das Kind verlangen, die Konsumquote der nicht unterhaltsberechtigten Mutter wurde dem getöteten Vater zugerechnet; sie waren damit auf Dauer nicht ersatzfähig. Die Folge war immerhin, dass von den ersatzfähigen Fixkosten die Mutter so lange mittelbar profitiert, wie das Kind unterhaltsberechtigter ist und den gleichen Wohnsitz wie die Mutter bewohnt.

Der vorliegende Sachverhalt ist indes anders gelagert: Es sind sowohl die Ehefrau bzw Mutter als auch die Kinder jedenfalls po-

tentiell unterhaltsberechtigter. Sofern man nicht den hier vertretenen großzügigeren Bemessungsansatz teilt, mag man wie vom OGH judiziert vorgehen. Zu betonen ist indes, dass mit dem Auszug der Kinder bzw dem Wegfall der Leistungen an diese sich im konkreten Fall die Konsumquote der Ehefrau und Mutter erhöhen muss. Im Zweifel ist von einer Quote von 50:50 auszugehen. Das ist auch lebensnah, ist es doch häufig so, dass sich die für die Eltern zur Verfügung stehenden Mittel erhöhen, wenn die Kinder außer Haus sind. Den einen Teil dieses „Wohlstandszuwachses“ hat in concreto der getötete Ehemann mit ins Grab genommen; der andere hat freilich der Witwe zu verbleiben. Dieser Umstand sollte aus Gründen der Transparenz im Urteil ebenfalls ausgesprochen werden; auch insoweit besteht die Gefahr, dass dieser Betrag in der Folge zugunsten des Ersatzpflichtigen unter den Tisch fällt.

Die Bedeutung der Prognose beim Erwerbsschaden

Deutsche und österr Gerichte verstehen sich nicht als Zukunftsdeuter. Deren „Interesse“ an der Sachverhaltsaufklärung endet mit dem Ende der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz. Nur wenn greifbare Anhaltspunkte gegeben sind, zu welchem konkreten Zeitpunkt Änderungen eintreten, deren Auswirkungen mit Händen zu greifen sind, berücksichtigen sie das. Sie beruhigen sich damit, dass bei wesentlicher Änderung die davon negativ betroffene Partei ohnehin eine Abänderung der Rente begehren kann. Sehr häufig geht das zu Lasten des Anspruchsberechtigten. Dazu kommt, dass die Nachteile bis zur Akkumulierung dieser zu einer „wesentlichen“ Änderung – wobei niemand sagen kann, ab welcher Schwelle eine solche genau gegeben ist – unentschädigt bleiben. Das stellt einen klaren Verstoß gegen das Ausgleichsgebot dar. Das schweizerische Recht kennt eine solche Flexibilität bei der Rente iS einer Anpassungsmöglichkeit auch bei wesentlicher Änderung nicht. Dort gilt das Prinzip der „starren“ Rente. Schon bei erstmaliger Festsetzung müssen die künftigen Imponderabilien berücksichtigt werden. Das schärft den Blick für die Zukunft – und spart nebenbei Regulierungsaufwand. Selbst wenn nach österr – und deutschem – Recht eine spätere Anpassung möglich ist, ist es mE geboten, die Stellschrauben der Anpassung schon im Ersturteil möglichst präzise anzusprechen; noch besser wäre aber ein Zuspruch nach dem wahrscheinlichen Verlauf, weil viele Anpassungen dann – weitgehend – überflüssig würden.²⁰⁾

*Christian Huber,
Rechtsanwalt in Berlin und Mondsee*

17) *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1327 (Stand 1. 8. 2019, rdb.at) Rn 15 mit Nachw der Rsp in FN 52.

18) Es geht nicht um geschlechtsspezifische Fragen; die hier geschilderte Konstellation dürfte lediglich (noch) der überwiegenden Lebenswirklichkeit entsprechen.

19) OGH 2 Ob 149/09i ZVR 2011/121 (*Ch. Huber*); 2 Ob 94/13g EvBl 2014/138 S 965 (*Windisch*) = ZVR 2015/88; dazu *Ch. Huber*, Zentrale Fragen der Berechnung des Unterhaltersatzanspruchs nach § 1327 ABGB – Überlegungen aus Anlass von OGH 28. 3. 2014, 2 Ob 94/13g, ZVR 2015, 150.

20) Zum Erfordernis einer mutigeren Prognose bei der Rente im Rahmen eines Personenschadens *Ch. Huber*, Der Ersatz künftiger Einbußen beim Personenschaden, zfs 2018, 484.