

Münchener Kommentar zum Straßenverkehrsrecht

Band 3 Internationales Straßenverkehrsrecht

Herausgegeben von

Dr. Michael Buse

Rechtsanwalt und Avvocato

Dr. Ansgar Staudinger

Professor an der Universität Bielefeld



Zitervorschlag:
MüKoStVR/Bearbeiter Kap./Land R.n.

www.beck.de

ISBN 978 3 406 66353 6

© 2019 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck: Kösel GmbH & Co. KG
Am Buchweg 1, 87452 Altusried-Krugzell

atz: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark

Umschlaggestaltung: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

die Einschränkung der Möglichkeit, das eigene Kfz während der Dauer der unfallbedingten Reparatur zu benutzen, deshalb nicht in Betracht,⁴⁰¹ weil diese Gebrauchsmöglichkeit neben dem Substanzwert des Eigentümers keinen selbstständigen Vermögenswert darstellt.⁴⁰²

- 244 Die **Abgrenzung der Bearbeitungskosten** (zB entgeltliche Kostenvoranschläge, Schadensdokumentation uä) **von den vorprozessualen Kosten** ist nun durch § 1333 Abs 2 ABGB im Sinne der im Rechtsweg verfolgbaren **Ersatzansprüche** gelöst.
- 245 **ee) Verletzung eines Tieres.** Eine Sonderregel für ein Tier (das iSd § 285a ABGB nicht als Sache gilt, mangels anderslautender Regeln aber wie eine Sache behandelt wird) enthält § 1332a ABGB: Die Kosten der Heilung oder versuchten Heilung können den Zeitwert des Tieres auch um mehr als 10% übersteigen, sind doch solche Kosten zu ersetzen, soweit sie auch ein „verständiger Tierhalter“ in der Lage des Geschädigten aufgewendet hätte. Im Übrigen sind allerdings auf Tiere die sachen- (und nicht die personen-)rechtlichen Vorschriften anzuwenden.⁴⁰³
- 246 **Wiederherstellung** (Naturalrestitution) bedeutet somit bei einem Tier die Veranlassung der erforderlichen **Maßnahmen zur erfolgreichen oder versuchten Heilung** des verletzten Tieres auf Kosten des ersatzpflichtigen Schädigers.⁴⁰⁴
- 247 Auch nach dieser Bestimmung sind jedoch die Kosten der Einstellung eines invaliden, nicht heilbaren, zum bisherigen Zweck nicht mehr brauchbaren Tieres („Gnadenbrot“) nicht zu ersetzen.⁴⁰⁵

II. Sachschaden

- 248 **1. Einleitung. a) Parallelen und Unterschiede.** Das Sachschadensrecht ist dadurch geprägt, dass es im deutschen und österreichischen Privatrecht wenige und zudem weitgehend gleiche oder zumindest ähnliche Normen gibt. Es geht um den Ausgleich der Einbuße im Spannungsverhältnis zwischen Bereicherungsverbot und voll angemessener Entschädigung.⁴⁰⁶ Letztendlich entscheidend ist das richterliche Judiz; es handelt sich im Detail weitgehend um Richterrecht.⁴⁰⁷ Der OGH hat das in einer älteren Entscheidung,⁴⁰⁸ in der anders als in Deutschland eine pauschalierte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung eines Kfz abgelehnt wurde, prägnant ausgedrückt: „Mit der BRD haben wir die Beschaffenheit der Anlassfälle gemeinsam, aber nicht den Stil der Judikatur im Verhältnis zum Gesetz.“
- 249 Zutreffen wird, dass die Kfz-Flotte in Österreich weniger hochpreisig ist und der emotionale Stellenwert zum Fahrzeug in Österreich weniger ausgeprägt ist als in Deutschland.⁴⁰⁹ Die wirtschaftliche Bedeutung des Kfz-Schadens für die Kfz-Haftpflichtversicherer ist in Österreich ähnlich hoch wie in Deutschland; sie beträgt ca 75 % der Gesamtaufwendungen.⁴¹⁰ Da wie dort ist – schon wegen der Häufigkeit der Schadensfälle – das Kfz-Sachscha-

⁴⁰¹ OGH 3.3.1969 – 2 Ob 358/67, SZ 42/33; OGH 26.2.1975 – 8 Ob 259/74, SZ 48/22; OGH 9.10.1986 – 8 Ob 573/86, SZ 59/165; OGH 23.2.1999 – 1 Ob 331/98b, ZVR 2000/16.

⁴⁰² OGH 17.6.1993 – 2 Ob 26/93, ZVR 1994/39.

⁴⁰³ OGH 18.1.1995 – 7 Ob 36/94, SZ 68/9 mwN; OGH 26.11.1996 – 1 Ob 2351/96h, SZ 69/264 = EvBl 1997/106; OGH 29.9.1998 – 1 Ob 160/98f, SZ 71/156 = EvBl 1999/38 = ZVR 1999/38.

⁴⁰⁴ OGH 29.9.1998 – 1 Ob 160/98f, SZ 71/156 = EvBl 1999/38 = ZVR 1999/38; *Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek*, 4. Aufl., § 1332a Rn. 2; *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr*, TaKomm, ABGB § 1332a Rn. 1.

⁴⁰⁵ OGH 29.9.1998 – 1 Ob 160/98f, SZ 71/156 = EvBl 1999/38 = ZVR 1999/38; *Danzl* in KBB, ABGB § 1332a Rn. 3; anders *Reischauer in Rummel*, ABGB § 1332a Rn. 3, der Analogie zum Heilungskostenersatz befürwortet.

⁴⁰⁶ *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 161 (163).

⁴⁰⁷ *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 161 (162).

⁴⁰⁸ OGH 3.3.1969 – 2 Ob 358/67, SZ 42/33.

⁴⁰⁹ Zur Spitzenstellung Deutschlands im europäischen Vergleich beim durchschnittlichen Sachschadensaufwand *Gas VersR* 1999, 261: Man sagt Deutschen ein erotisches Verhältnis zum Kfz nach. Zur möglichen Änderung dieser Einstellung *Eggert FS Danzl*, 2017, 27 (30 ff.).

⁴¹⁰ *Reisinger* ZVR 2008, 49 (50).

densrecht Motor für die Bestimmung des Ausmaßes des Ersatzes bei vom Schädiger zutragende Eigentumsbeeinträchtigungen.⁴¹¹

b) Zielsetzung. aa) Ziel: Erste Einschätzung für deutschen Rechtsanwender. 250
Primär geht es um die Darstellung des status quo der Rechtslage; verzichtet wird daher auf die Erörterung juristischer Spitzfindigkeiten und dogmatischer Spiegelfechtereien. Der Fußnotenapparat wird auf ein Minimum beschränkt. Der mit der Beurteilung der österreichischen Rechtslage befasste deutsche Praktiker soll einen ersten Eindruck erhalten, inwieweit sich die Rechtslage mit der im deutschen Recht deckt oder unterschiedlich ist.

bb) Begrifflichkeiten. Das österreichische Recht ist geprägt vom Spannungsverhältnis 251
zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung; gebräuchlich dafür ist der Terminus „gegliederter Schadensbegriff“, wie er sich aus den §§ 1323 f. ABGB ergibt. Danach kann bei leichter Fahrlässigkeit der Schaden nur objektiv-abstrakt, bei grober Fahrlässigkeit jedoch subjektiv-konkret berechnet werden. Der positive Schaden kann bei jedem Grad des Verschuldens verlangt werden, entgangener Gewinn jedoch nur bei mindestens grober Fahrlässigkeit. Die ältere auf *Wilburg*, *F. Bydlinski* und *Koziol* beruhende Lehre hat in der objektiv-abstrakten Schadensberechnung ein „Zaubermittel“ gesehen, um dogmatisch schwierige Fragen im Schadenersatzrecht wie die bei überholender Kausalität oder beim merkantilen Minderwert wie bei Zerschlagen des sprichwörtlichen Gordischen Knotens zu lösen. Die jüngere Rechtsprechung und Lehre hat zu anderen Lösungsansätzen gefunden. Die objektiv-abstrakte Schadensberechnung spielt in der Praxis kaum noch eine Rolle, sie ist als Schimäre ein im Verglühen befindlicher Mythos.⁴¹² Zudem bemüht sich die Rechtsprechung, den Unterschied zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn möglichst gering zu halten,⁴¹³ sodass ein mit hohem Beweismaß nachweisbarer entgangener Gewinn als „positiver Schaden“ qualifiziert wird.

cc) Restitution und Schaffung einer Ersatzlage bzw. Kompensation sowie Wertersatz. 252
Bedeutsamer als die Unterscheidung zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung ist die zwischen Restitution und Kompensation bzw Wertersatz. Das Ausmaß der Ersatzleistung ist davon abhängig, ob dem Geschädigten daran gelegen ist, dass der reale Zustand wie ohne schädigendes Ereignis wiederhergestellt wird, dann Restitution, oder er bloß Ersatz der ihm durch die Beeinträchtigung seiner Sache zugefügten Werteinbuße will. Der Wertersatz stellt dabei den Mindestersatz dar und gebührt unabhängig davon, wie der Geschädigte auf das schädigende Ereignis reagiert.⁴¹⁴

253
Geht es dem Geschädigten um die Herstellung des realen Zustands, betätigt er also sein Restitutions- oder Integritätsinteresse, kann er einen darüber hinausgehenden Ersatz verlangen, der von den tatsächlichen Aufwendungen für die Restitution abhängig ist. Die Reparatur einer Sache entspricht im Regelfall in höherem Maß dem Restitutionsinteresse des Geschädigten als die Ersatzbeschaffung⁴¹⁵ und führt typischerweise zu einem höheren Ersatzbetrag.⁴¹⁶ Da eine Restitution in den seltensten Fällen passgenau möglich ist, ist im österreichischen Schadenersatzrecht der Begriff der „Schaffung einer Ersatzlage“ geläufig, womit ausgedrückt wird, dass immerhin eine Annäherung an den Zustand wie ohne schädigendes Ereignis erfolgt.

254
Der Geschädigte hat ein Wahlrecht zwischen Restitution bzw der Schaffung einer Ersatzlage und Kompensation; kommt eine Restitution bzw die Schaffung einer Ersatzlage nicht in Betracht oder ist das unverhältnismäßig, was kaum jemals der Fall sein wird, gebührt lediglich Wertersatz, in der Terminologie des § 1323 ABGB die Vergütung des Schätzwert-

⁴¹¹ Ch. Huber in *BMff* (Hrsg.), 200 Jahre ABGB Tagung Lochau, 329.

⁴¹² Ch. Huber in *BMff* (Hrsg.), 200 Jahre ABGB Tagung Lochau, 329 (331).

⁴¹³ *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1324 Rn. 4.

⁴¹⁴ Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 15.

⁴¹⁵ *Kriegner* ZVR 2014, 40; *Eggert* FS Danzl, 2017, 27 (29).

⁴¹⁶ Ch. Huber *ÖJZ* 2005, 161 (166), 211 (212).

tes.⁴¹⁷ Aber auch im Rahmen der Restitution kann er zwischen unterschiedlichen Annäherungszuständen im Vergleich zur Lage ohne Schädigung wählen.⁴¹⁸ Häufig verbleibt dann eine restliche Wertminderung, die zusätzlich zu den Aufwendungen zur Naturalrestitution begehrt werden kann. Der Begriff Wertersatz wird bald in der Bedeutung einer Werteinbuße überhaupt verwendet, aber auch für den merkantilen oder technischen Minderwert.

255 dd) Wahlrecht zwischen Naturalrestitution durch den Schädiger und Geldersatz. § 1323 ABGB entspricht im Ergebnis den §§ 249 und 251 BGB, somit nicht nur dem zwischen Restitution (§ 249 BGB) und Kompensation (§ 251 BGB), sondern auch dem Wahlrecht, ob der Geschädigte vom Schädiger Naturalrestitution verlangt (§ 249 Abs. 1 BGB) oder die Aufwendungen zur Naturalrestitution, wenn diese der Geschädigte selbst in die Hand nimmt (§ 249 Abs. 2 S. 1 BGB).⁴¹⁹ Jedenfalls Einigkeit besteht darin, dass der Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer, gegen den in der Kfz-Haftpflichtversicherung auch nach österreichischem Recht ein Direktanspruch (*action directe*) nach § 26 KHVG besteht, lediglich auf Geldersatz gerichtet ist. Dahin stehen kann, ob das mit § 49 VersVG begründet werden kann,⁴²⁰ bezieht sich diese Norm doch allein auf das Deckungsverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer.⁴²¹

256 ee) Keine fiktive Abrechnung nach Sachverständigengutachten im österreichischen Recht. Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Abrechnung eines (Kfz-)Sachschadens im österreichischen und deutschen Recht liegt darin, dass – jedenfalls nach erfolgter Reparatur – nach österreichischem Recht lediglich die konkret angefallenen Aufwendungen ersatzfähig sind,⁴²² während es im deutschen Recht nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB auf die erforderlichen Kosten ankommt. Im deutschen Recht sind in den letzten 20 Jahren mehrere Ansatzpunkte verfolgt worden, um die mit einer fiktiven Abrechnung mitunter verbundene Überkompensation zu vermeiden, so die Kappung der Umsatzsteuer in § 249 Abs. 2 S. 2 BGB durch das am 1.8.2002 in Kraft getretene 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, eine Begrenzung des Ersatzes auf Stundenverrechnungssätze einer freien Werkstätte,⁴²³ eine „verkappte“ Reparaturkostenabrechnung⁴²⁴ oder ein Wegfall der Reparaturkostenabrechnung bei Veräußerung des Fahrzeugs innerhalb von 6 Monaten.⁴²⁵ Im österreichischen Sachschadensrecht bedarf es solcher Korrekturmechanismen nicht, weil nur Ersatz der jeweiligen Aufwendungen gebührt.⁴²⁶ Bei Vorlage der Rechnung einer Werkstätte ist – anders als bei fiktiver Abrechnung – keine Gefahr gegeben, dass der Geschädigte einen „unbilligen“ Vorteil in die eigene Tasche wirtschaftet oder anders ausgedrückt, der für den über das Kompensationsinteresse hinausgehende sachliche Grund der Betätigung eines besonderen Restitutionsinteresses, nämlich typischerweise das Behalten des vertrauten eigenen Fahrzeugs, in Wahrheit gar nicht gegeben ist. Bezeichnenderweise kommt es bei Vorlage einer Werkstattrechnung – jedenfalls bis zur 100 %-Grenze – auch im deutschen Recht nicht auf die 6-Monats-Frist an.⁴²⁷

⁴¹⁷ OGH 9.1.1986 – 8 Ob 82/85, ZVR 1987/38; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 792.

⁴¹⁸ *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1323 Rn. 11; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 4.

⁴¹⁹ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 792.

⁴²⁰ So *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (481).

⁴²¹ *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 8, 12.

⁴²² OGH 25.1.1978 – 1 Ob 1, 2/78, SZ 51/7: Reparatur durch die Bundesstraßenverwaltung; OGH 1.12.1981 – 2 Ob 128/81, ZVR 1982/194: Busreparatur in Afghanistan; OGH 15.2.1978 – 8 Ob 19/78, ZVR 1978/321: Kein Anfall von USt bei Reparatur im Ausland; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 797.

⁴²³ BGH 20.10.2009 – VI ZR 53/09, BGHZ 183, 21 = NJW 2010, 606.

⁴²⁴ BGH 6.3.2007 – VI ZR 120/06, BGHZ 171, 287 = NJW 2007, 1674; dazu *Ch. Huber* NJW 2007, 1625.

⁴²⁵ BGH 23.5.2006 – VI ZR 192/05, BGHZ 168, 43 = NJW 2006, 2179.

⁴²⁶ *Ch. Huber* ZVR 2008, 532 (534).

⁴²⁷ BGH 5.12.2006 – VI ZR 77/06, NJW 2007, 588; anders im 130 %-Bereich: BGH 22.4.2008 – VI ZR 237/07, NJW 2008, 2183 mAnm *Kappus*.

Seit der Entscheidung 2 Ob 13/84⁴²⁸ hat der OGH den Zuspruch fiktiver Reparaturkosten grundsätzlich aufgegeben. Er hat aber seine Terminologie nicht durchgehend geändert. Es findet sich nach wie vor die Ausdrucksweise „fiktive Reparaturkosten sind nur dann nicht zu ersetzen, wenn sie die objektive Wertminderung übersteigen“.⁴²⁹ *Hinteregger*⁴³⁰ merkt völlig zu Recht an, dass sich die Rechtsprechung von der Rechtsfigur der fiktiven Reparaturkosten ganz verabschieden sollte.

2. Von Deutschland abweichende Regulierungsmentalität – (deshalb?) geringere Dichte höchstrichterlicher Entscheidungen. Die Prozessquote in der Kfz-Haftpflichtversicherung liegt in Österreich bei 1 bis 1,5 %.⁴³¹ *Hinteregger*⁴³² sieht in der geringen Judikaturdichte⁴³³ ungeachtet der Komplexität der schadenersatzrechtlichen Bewertung von Kfz-Schäden⁴³⁴ eine Belegstelle für die gute Qualität der Schadensabwicklung durch Versicherungswirtschaft und (Tat-)Gerichte. Mitverantwortlich ist freilich auch, dass die Streitwertgrenze für das Einlegen einer Revision an den OGH deutlich höher liegt als in Deutschland. Dass es sich jeweils um vom OGH entschiedene Einzelfälle gehandelt hat, dürfte der Grund gewesen sein, weshalb sich keine starren Prozentsätze⁴³⁵ herausgebildet haben wie die 100 %⁴³⁶ - bzw 130 %-Grenze⁴³⁷ in Deutschland, auch wenn diese für die Rechtssicherheit bei der Regulierung von Massenfällen förderlich wären.⁴³⁸

Eine Rolle spielt zudem, dass die Regulierung namentlich in Ostösterreich auch schon einmal beim Heurigen oder im Kaffeehaus erfolgt, wo man schlussendlich – infolge der dort entspannteren Atmosphäre – zu einer außergerichtlichen Regulierung ohne Inanspruchnahme von Gerichten gelangt. Erwähnt sei schließlich, dass ein österreichischer (Kfz-)Haftpflichtversicherer lieber im Einzelfall eine „Kulanzleistung“ erbringt, um nicht ein nachteiliges höchstrichterliches Judiz zu riskieren, das dann zu einer Belastung in 100 oder 1000 Folgefällen führt.⁴³⁹ Es gilt daher aus der Sicht des Geschädigten: Wer kess auftritt, wird angemessen entschädigt,⁴⁴⁰ wobei das naturgemäß nicht auf die Spitze getrieben darf, dürfte doch der OGH beim Kfz-Sachschaden weniger geschädigtenfreundlich sein als der BGH.⁴⁴¹

Veröffentlicht werden in Österreich im Regelfall nur höchstrichterliche Entscheidungen, solche eines OLG nur ausnahmsweise. Aus diesem Grund muss in der Darstellung fallweise auch auf OGH-Entscheidungen aus den 70-er oder 80-er Jahren zurückgegriffen werden. Wegen der Lückenhaftigkeit der Judikatur haben Literaturmeinungen in Österreich größere Bedeutung als in Deutschland.

3. Rolle des Kfz-Sachverständigen. Aufgabe des Kfz-Sachverständigen ist es, die für die Schadensregulierung maßgeblichen Werte zu ermitteln, nämlich die Reparaturkosten durch eine Markenwerkstätte sowie gegebenenfalls alternative Reparaturmethoden, den

⁴²⁸ OGH 10.4.1984 – 2 Ob 13/84, JBl 1985, 41 mAnm *Apathy*.

⁴²⁹ Nachweise bei *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 15; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 803; *Karner ZVR* 2010, 476.

⁴³⁰ *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (484).

⁴³¹ *Karner ZVR* 2010, 476.

⁴³² *Hinteregger ZVR* 2014, 480.

⁴³³ *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 161: In den letzten 10 Jahren kaum OGH-Entscheidungen; *ders.* ZVR 2008, 532: Höchststrichterliche Entscheidungen sind so häufig wie die Stecknadel im Heuhaufen.

⁴³⁴ So auch *Karner ZVR* 2010, 476 (481): Deutlich wird, wie viele Fragen offen, ungeklärt oder doch umstritten sind.

⁴³⁵ *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 22, 49; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 799.

⁴³⁶ BGH 29.4.2003 – VI ZR 393/02, BGHZ 154, 395 = NJW 2003, 2085: Karosseriebaumeister.

⁴³⁷ BGH 15.2.2005 – VI ZR 70/04, BGHZ 162, 161 = NJW 2005, 1108.

⁴³⁸ Aufschlussreich *Eggert* FS Danzl, 2017, 27 (33 ff.), der die Vorzüge einer Einzelfallabwägung erörtert, aber schlussendlich für einen fixen Grenzwert plädiert (37): „Jeder Grenzwert hat seine Schwächen, ... Er hat aber auch Vorteile. Sie überwiegen.“

⁴³⁹ *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 161 (162); so auch *Karner ZVR* 2010, 476: In kritischen Fällen wird eine höchstrichterliche Klärung bewusst vermieden.

⁴⁴⁰ *Ch. Huber* ZVR 2008, 532 (533).

⁴⁴¹ *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 161 (162).

merkantilen Minderwert, den Wiederbeschaffungswert, den Restwert, allenfalls noch die Zeitdauer für Reparatur und Ersatzbeschaffung. Der Kfz-Sachverständige ist dabei der Wahrheit verpflichtet. Diese ermöglicht freilich einen gewissen Ermessensspielraum.⁴⁴² Und nicht nur bei der Gewerkschaft gilt: Dessen Brot ich esse, dessen Lied ich singe.⁴⁴³ Auch im Privatrecht sind die Loyalitätspflichten gegenüber dem Vertragspartner stärker ausgeprägt als gegenüber einem Dritten, auf dessen Belange der Kfz-Sachverständige auch Rücksicht nehmen muss.⁴⁴⁴

- 262 Um es auf den Punkt zu bringen: Ob der Geschädigte einen „unabhängigen“, zumeist von Autohaus oder Werkstätte vermittelten Kfz-Sachverständigen betraut oder der Kfz-Haftpflichtversicherer einen (von ihm) „abhängigen“, mag dieser bei ihm oder einer Tochtergesellschaft angestellt sein⁴⁴⁵ oder nur ständig von ihm „Aufträge“ erhalten, ist der archimedische Punkt im Rahmen der Schadensregulierung.⁴⁴⁶ Während sich in Deutschland die Betrauung durch den Geschädigten etabliert hat, hält in Österreich der Kfz-Haftpflichtversicherer das Heft in der Hand und bestellt den Kfz-Sachverständigen als seinen Vertragspartner. Das ermöglicht es dem österreichischen Kfz-Haftpflichtversicherer, Effizienzpotenziale auszuschöpfen, bei denen der deutsche Kfz-Haftpflichtversicherer häufig zu spät kommt,⁴⁴⁷ kurzum der österreichische Kfz-Haftpflichtversicherer hat über die Bestellung des Kfz-Sachverständigen durch ihn bessere Möglichkeiten der Gegensteuerung und Geringhaltung des Schadens,⁴⁴⁸ so namentlich bei Zugrundelegung hoher Stundenverrechnungssätze einer Markenwerkstätte, um den Geschädigten auf die Totalschadensabrechnung zu verweisen,⁴⁴⁹ oder beim Restwert.⁴⁵⁰
- 263 Während im deutschen Schadenersatzrecht der Satz „Der Geschädigte ist der Herr des Restitutionsgeschehens“ als Magna Charta der Schadensregulierung angesehen wird,⁴⁵¹ kann man für das österreichische Haftpflichtrecht überspitzt formulieren, dass sich der Geschädigte am Gängelband des vom Kfz-Haftpflichtversicherers bestellten Kfz-Sachverständigen befindet. Zu betonen ist, dass es sich in Österreich um keine gesetzliche Vorgabe handelt, sondern bloß eine Usance.⁴⁵² Wenn ausländische, namentlich deutsche Geschädigte den Schaden unter Zugrundelegung des von ihnen betrauten Kfz-Sachverständigen regulieren, hat der OGH bisher noch nicht entschieden, ob solche Sachverständigen-Kosten ersatzfähig sind bzw das Vertrauen des Geschädigten auf die von diesem ermittelten Werte schützenswert ist, wenn er Dispositionen vornimmt, ohne dem gegnerischen Kfz-Haftpflichtversicherer vorher Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.
- 264 Abschließend sei jedenfalls darauf hingewiesen, dass das Gutachten eines Kfz-Sachverständigen nach österreichischem Schadenersatzrecht geringere Bedeutung hat als nach deutschem Schadenersatzrecht, weil eine – fiktive – Abrechnung auf Basis der Reparaturkosten nicht nach diesem erfolgt, sondern jeweils die tatsächlich angefallenen Aufwendungen maßgeblich sind. Bedeutsam ist es immerhin insoweit, als der Geschädigte danach beurteilen kann, ob eine Reparatur tunlich, also wirtschaftlich, ist oder nicht und er sich mit der Totalschadensabrechnung begnügen muss.

III. Substanzschaden

- 265 **1. Vorbemerkung: Begriff, Maßgeblichkeit der örtlichen Verhältnisse und Fälligkeit.** Im Rahmen des (Kfz-)Sachschadens lässt sich eine Unterscheidung treffen zwischen

⁴⁴² Kriegner ZVR 2014, 40 (42).

⁴⁴³ Ch. Huber ZVR 2008, 532 (533).

⁴⁴⁴ Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (164).

⁴⁴⁵ Kriegner ZVR 2014, 40: Hausinterner Sachverständiger.

⁴⁴⁶ Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (164).

⁴⁴⁷ Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (220).

⁴⁴⁸ Ch. Huber ZVR 2008, 532 (533).

⁴⁴⁹ Zu Recht kritisch Kriegner ZVR 2014, 40.

⁴⁵⁰ Näheres dazu → Rn. 302 ff.

⁴⁵¹ Steffen NZV 1991, 1 (2 f.).

⁴⁵² Kritisch und für eine Betrauung des Kfz-Sachverständigen durch den Geschädigten auch in Österreich Kriegner ZVR 2014, 40 (42).

Substanz- und Nutzungsausfallsschaden. Beim Substanzschaden geht es um die Wiederherstellung der Sache durch Reparatur oder Ersatzbeschaffung; beim Nutzungsausfallsschaden geht es um die Nachteile, die bis zur Wiederherstellung der Substanz entstehen, namentlich in Gestalt der Anmietung einer Ersatzsache (Restitution) oder Ersatz der dadurch entstehenden Einbuße wie Verdienst- oder Gewinnentgang (Kompensation).

Für all diese Schäden, namentlich Reparaturkosten, Wiederbeschaffungswert, merkantiler Minderwert, Restwert sind die örtlichen Verhältnisse maßgeblich, somit der Ort, an dem sich die Sache gewöhnlich befindet.⁴⁵³ Das wird im Regelfall der (Wohn-)Sitz oder gewöhnliche Aufenthaltsort des Geschädigten sein.⁴⁵⁴ Nur im Einzelfall gilt Abweichendes, wenn etwa ein Fahrzeugwrack am Unfallort verwertet wird, weil die Überführungskosten in das Heimatland höher sind als der dort erzielbare höhere Verwertungserlös.⁴⁵⁵

Fälligkeit tritt bei einem Sachschaden frühestens mit der Einforderung eines ziffernmäßigen Schadens durch den Geschädigten ein.⁴⁵⁶ Ab dann laufen aber gemäß §§ 1333, 1000 ABGB grundsätzlich die Verzugszinsen in Höhe von 4 %, nicht erst ab dem Zeitpunkt, ab dem der Ersatzpflichtige die Berechtigung des Anspruchs nach ordnungsgemäßer Überprüfung erkennen konnte. Für den deutschen Rechtsanwender sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Begriff „Verzug“ im ABGB eine andere Bedeutung hat als im BGB. Während Verzug nach deutschem Recht stets erst gegeben ist, wenn ein Umstand zu vertreten ist, somit typischerweise Verschulden zu bejahen ist, ist der Begriff Verzug im ABGB objektiv zu verstehen im Sinn von Fälligkeit; von einem solchen „objektiven“ Verzug unterscheidet sich der „subjektive“ Verzug, bei dem auch über 4 % hinausgehende höhere Zinsen begehrt werden können, wenn solche nachgewiesen werden.

2. Bedeutsamkeit der Abrechnung auf Reparaturkosten- oder Totalschadensbasis. Im Regelfall ergibt die Reparaturkostenabrechnung einschließlich des merkantilen Minderwerts einen deutlich höheren Ersatzbetrag als die Totalschadensabrechnung aus der Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert;⁴⁵⁷ mitunter macht das sogar doppelt so viel aus.⁴⁵⁸ Erklärt wird das damit, dass die Reparaturkosten vom Alter des Fahrzeugs unabhängig sind, Wiederbeschaffungs- und Restwert aber mit zunehmendem Alter des Fahrzeugs deutlich sinken.⁴⁵⁹ Könnte der Geschädigte bei Veräußerung des Wracks nicht aufgewendete Reparaturkosten verlangen, wäre er ungerechtfertigt bereichert.⁴⁶⁰ Soweit sich im Einzelfall bei der Totalschadensabrechnung ein höherer Ersatzbetrag ergibt als bei der Reparaturkostenabrechnung, liegt der Verdacht nahe, dass der Sachverständige einen Wert unzutreffend ermittelt hat.⁴⁶¹

3. Reparaturkosten. a) Ersatz konkreter Kosten. aa) Reparatur in der Werkstätte des Vertrauens. Der Geschädigte hat das Recht zur Vornahme der Reparatur in der Werkstätte seines Vertrauens.⁴⁶² Er darf die dabei anfallenden Kosten auch dann ersetzt verlangen, wenn sie – maßvoll – über der Schätzung des Kfz-Sachverständigen liegen. Auswirkungen hat das auch auf die Ersatzfähigkeit der Überstellungskosten.⁴⁶³ Zu ersetzen sind dem Geschädigten die Transportkosten zur Werkstätte seines Vertrauens an seinem

⁴⁵³ Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (219).

⁴⁵⁴ Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (219).

⁴⁵⁵ OGH 28.9.2009 – 2 Ob 249/08v, ZVR 2010/182 mAnm Ch. Huber: Verwertung eines Fahrzeugwracks eines Franzosen in Österreich, wo der Unfall stattgefunden hat.

⁴⁵⁶ Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 34; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 827; Karner ZVR 2010, 476.

⁴⁵⁷ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 793; Kriegner ZVR 2014, 40.

⁴⁵⁸ Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (165); Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 22.

⁴⁵⁹ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 802.

⁴⁶⁰ OGH 26.6.2008 – 2 Ob 158/07k, ZVR 2008/227 mAnm Ch. Huber.

⁴⁶¹ Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (166); Karner ZVR 2010, 476 (479); zurückhaltender Hinteregger ZVR 2014, 480 (484): Dass fiktive Reparaturkosten geringer sind als die Wertminderung, das ist in der Praxis selten.

⁴⁶² Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 12.

⁴⁶³ Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 55.

Wohnsitz;⁴⁶⁴ eine ältere OGH-Entscheidung⁴⁶⁵ hat freilich ausgesprochen, dass dann, wenn in der Werkstätte des Vertrauens die Reparaturkosten die am Unfallort um mehr als 10 % überschreiten, ein Verstoß gegen Schadensminderungsobliegenheit gegeben sei. Es ist mE fraglich, ob dieses Judiz in dieser Allgemeinheit heute noch gilt; das würde dazu führen, dass bei jedem Unfall an der Grenze zu Osteuropa (Tschechische Republik, Slowakei, Ungarn, Slowenien) Transportkosten niemals ersatzfähig wären, weil die Reparaturkosten in Osteuropa – auch heute noch – signifikant, jedenfalls mehr als 10 % geringer sind als in Österreich.

270 Bedeutsam wird zudem sein, ob die Reparaturwerkstätte um Unfallort über das einschlägige know how verfügt, was umso weniger anzunehmen ist, je ausgefallener die Automarke ist und je komplizierter die Reparatur ist.⁴⁶⁶ Zu bedenken ist zudem, dass vom Geschädigten – im Rahmen seiner Schadensminderungsobliegenheit – erwartet wird, dass er die Reparatur überwacht und gegebenenfalls beschleunigt, was ihm wohl nur an seinem Wohnsitz zumutbar ist. Bedeutsam ist die Werkstätte des Vertrauens für den Geschädigten aber auch dann, wenn diese bereit ist, die Reparatur kostengünstiger als im Sachverständigengutachten ausgewiesen zu erledigen;⁴⁶⁷ das ermöglicht es dem Geschädigten, nach der für ihn vorteilhafteren Reparaturkostenbasis abrechnen zu können und sich nicht auf die Totalschadensabrechnung verweisen zu lassen.⁴⁶⁸

271 **bb) Alternative Reparatur oder Reparatur im (osteuropäischen) Ausland sowie Teilreparatur. (1) Restliche Wertminderung.** Auch wenn das emotionale Naheverhältnis der Personen mit Wohnsitz in Österreich zu ihrem Fahrzeug weniger ausgeprägt sein mag als in Deutschland, wird ein typischer Käufer in Österreich bei gebotener Offenbarung durch den Verkäufer, dass das Fahrzeug nach einem Unfallschaden ganz woanders repariert worden ist, etwa in Afghanistan,⁴⁶⁹ oder von einem Laien instandgesetzt worden ist,⁴⁷⁰ mit einem Abschlag beim Kaufpreis des Fahrzeugs bewerten. Insoweit ist ein Minderwert gegeben.⁴⁷¹ Es bedarf diesbezüglich eines entsprechenden Vorbringens durch den klägerischen Anwalt.⁴⁷² Nicht ausreichend wäre ein auf fiktive Reparaturkosten einer Markenwerkstätte gerichtetes Begehren, weil der OGH nach erfolgter Reparatur grundsätzlich nur die tatsächlich angefallenen Kosten für ersatzfähig hält. Zu verweisen ist darauf, dass sich ein Geschädigter in Deutschland – bei der fiktiven Abrechnung! – nicht immer auf die Stundenverrechnungssätze einer – deutschen – freien Werkstätte verweisen lassen muss.⁴⁷³ Entsprechendes gilt für eine Teilreparatur.⁴⁷⁴

272 **(2) Abwendung der Totalschadensabrechnung.** Eine Reparatur abweichend von den Vorgaben des Kfz-Sachverständigen kommt in Betracht, um eine Totalschadensabrechnung abzuwenden. Dazu gibt es unterschiedliche Ansatzpunkte:⁴⁷⁵

- Verwendung gebrauchter Ersatzteile oder keine Original-, sondern Nachbauersatzteile
- alternative Reparaturmethode – Ausklopfen statt Erneuerung
- Verzicht auf die Beseitigung optischer Defizite

⁴⁶⁴ OGH 2.6.1977 – 2 Ob 106/77, ZVR 1977/237; *Fucik/Hartl/Schlösser*, Handbuch VI, Rn. 798.

⁴⁶⁵ OGH 4.11.1980 – 2 Ob 131/80, ZVR 1981/217.

⁴⁶⁶ Zum gestiegenen Risikopotenzial bei einer Reparatur eines Fahrzeugs infolge zunehmender Elektronik *Eggert* FS Danzl, 2017, 27 (31 Fn 24).

⁴⁶⁷ *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (482).

⁴⁶⁸ Dafür zu Recht *Kriegner* ZVR 2014, 40.

⁴⁶⁹ OGH 1.12.1981 – 2 Ob 128/81, ZVR 1982/194: Ausreichend, dass die Betriebssicherheit wiederhergestellt wurde.

⁴⁷⁰ OLG Wien 9.4.1992 – 13 R 25/92, ZVR 1993/9; *Fucik/Hartl/Schlösser*, Handbuch VI, Rn. 797: Laienhafte Eigenreparaturen sind nach den Grundsätzen der Teilreparatur zu behandeln.

⁴⁷¹ OGH 29.5.1995 – 1 Ob 620/94, SZ 68/101; *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 211 (213); *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (483).

⁴⁷² *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 211 (214).

⁴⁷³ BGH 20.10.2009 – VI ZR 53/09, BGHZ 183, 21 = NJW 2010, 606.

⁴⁷⁴ *Karner* ZVR 2010, 476 (479).

⁴⁷⁵ *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 211 (213); ähnlich *Kriegner* SV 2015, 23 (24 ff.).

– Reparatur in einer Billigwerkstätte (freien Werkstätte statt Markenwerkstätte)⁴⁷⁶ oder im benachbarten osteuropäischen Ausland

Sofern der Geschädigte durch einzelne oder die Kombination mehrerer dieser Wege es schafft, dadurch die Kosten so zu begrenzen, dass die Tunlichkeits- bzw. Verhältnismäßigkeitschwelle nicht überschritten wird, kann der Ersatzpflichtige den Geschädigten nicht auf die den Ersatzpflichtigen weniger belastende Totalschadensabrechnung verweisen. *Krieger*⁴⁷⁷ vertritt die Ansicht, dass der vom Kfz-Haftpflichtversicherer bestellte Sachverständige den Geschädigten über diese Möglichkeiten aufklären muss, widrigenfalls er aus einem Vertrag (zwischen Kfz-Haftpflichtversicherer und Sachverständigen) mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (des Geschädigten) haftet, wenn der Geschädigte mangels Aufklärung die Totalschadensabrechnung hinnehmen muss. In der Praxis dürfte eine solche Aufklärung kaum vorkommen. Darüber bestehen mE Zweifel, ob den Kfz-Sachverständigen tatsächlich eine solche „Fürsorgepflicht“ trifft, ist es doch dessen primäre Aufgabe, die für die Schadensregulierung bedeutsamen „tatsächlichen“ Werte zu ermitteln. Vielmehr wird es mE Sache des Geschädigtenanwalts sein, den Geschädigten auf die für ihn vorteilhafteren Alternativen hinzuweisen. Das setzt voraus, dass der Geschädigtenanwalt über diese Spielräume Bescheid weiß; da es in Österreich keine Fachanwälte gibt, auch nicht solche für Verkehrsrecht, ist dieses (Detail-)Wissen womöglich nicht bei jedem Anwalt vorhanden.

b) Vor Durchführung der Reparatur erforderliche Kosten. Der Geschädigte kann zur Durchführung der Reparatur einen Vorschuss verlangen; bei einem Anspruch, bei dem die Deckung eines solventen Haftpflichtversicherers gegeben ist,⁴⁷⁸ ist alternativ die Erklärung zur Befreiung der Werkstattrechnung ausreichend.⁴⁷⁹ Er muss freilich eine entsprechende Absicht bekunden;⁴⁸⁰ dass er sich die Disposition nach Schadensregulierung vorbehält, ist zu wenig.⁴⁸¹ Der Ersatzpflichtige kann den Nachweis der widmungsgemäßen Verwendung des Vorschusses innerhalb angemessener Frist verlangen;⁴⁸² die Verzugsregeln sind insoweit analog anzuwenden.⁴⁸³ Wenn der Geschädigte das Wrack unrepariert weiterveräußert, kann er nur die Differenz zwischen Wiederbeschaffungs- und Restwert verlangen bzw. muss die Differenz zum erhaltenen höheren Vorschuss zurückzahlen.

Mitunter hat sich die Rechtsprechung⁴⁸⁴ für das endgültige Behalten des Ersatzbetrags auch mit der Absicht, die Reparatur durchzuführen, begnügt, was durch Kostenvorschläge, außergerichtliche Schätzgutachten oder Besichtigungsberichte belegt werden mag.⁴⁸⁵ Das ist wenig konsequent.⁴⁸⁶ Ist die Reparatur aber einmal durchgeführt, können nur noch die tatsächlichen Kosten verlangt werden.⁴⁸⁷

c) Abzug „neu für alt“ bei Verwendung neuer Ersatzteile. Werden im Rahmen der Reparatur eines gebrauchten Fahrzeugs neue Ersatzteile eingebaut, kommt ein Abzug neu für alt in Betracht. Eine solche Berücksichtigung setzt eine substantiierte Einrede

⁴⁷⁶ Instrukтив *Kriegner* ZVR 2014, 40: Stundensatz eines Mechanikers (in Österreich) zwischen 88 Euro und 223 Euro.

⁴⁷⁷ *Kriegner* ZVR 2014, 40 (42).

⁴⁷⁸ Wie nach deutschem Recht steht dem Geschädigten nach § 157 VersVG ein Absonderungsrecht bei Insolvenz des Schädigers, der Versicherungsnehmer oder Mitversicherter ist, in Bezug auf dessen Deckungsanspruch gegen seine Haftpflichtversicherung zu. Bei der Kfz-Haftpflichtversicherung ist darüber hinaus wie im deutschen Recht eine *action directe* gemäß § 26 KHVG gegeben.

⁴⁷⁹ *Ch. Huber* ZVR 2008, 532 (534).

⁴⁸⁰ OGH 17.12.2008 – 2 Ob 116/08k, Zak 2009/184; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 804.

⁴⁸¹ OGH 3.3.1994 – 2 Ob 5/94, ZVR 1995/7; OGH 29.5.1995 – 1 Ob 620/94, SZ 68/101.

⁴⁸² *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 211 (216).

⁴⁸³ *Karner* ZVR 2010, 476 (478).

⁴⁸⁴ OGH 26.6.2008 – 2 Ob 158/07k, ZVR 2008/227 mAnm *Ch. Huber*; weitere Nachweise bei *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 39.

⁴⁸⁵ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 795.

⁴⁸⁶ *Ch. Huber* ZVR 2008, 532 (534).

⁴⁸⁷ OGH 25.1.1978 – 1 Ob 1, 2/78, SZ 51/7; OGH 28.3.1990 – 2 Ob 128/89, VersR 1991, 721 mAnm *Ch. Huber*.

des behauptungs- und beweisbelasteten Schädigers voraus.⁴⁸⁸ Zudem muss dadurch ein Vermögensplus beim Geschädigten verbunden sein. Das ist namentlich dann gegeben, wenn Verschleißteile erneuert werden, deren Erneuerung während der noch offenen betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer erforderlich geworden wäre. Ansonsten ist auf einen Vermögensvorteil bei Veräußerung des Fahrzeugs am Ende der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer abzustellen, der im Regelfall nicht gegeben sein wird. Insoweit sind die Grundsätze einer aufgedrängten Bereicherung heranzuziehen: Es ist somit auf den konkret anfallenden subjektiven Vorteil beim jeweils Geschädigten abzustellen. Diesbezüglich besteht die Gefahr einer zu mechanischen Betrachtung, wenn etwa darauf verwiesen wird, dass bei Austausch von einem Reifen kein Abzug neu für alt vorzunehmen sei, wohl aber bei Austausch aller vier Reifen.⁴⁸⁹

- 277 **d) Eigenreparatur.** Eine Eigenreparatur anstelle der Betrauung einer Fremdwerkstätte kann unterschiedliche Gründe haben: Denkbar ist, dass die Reparatur eines Spezialfahrzeugs in der eigenen Betriebswerkstätte erfolgt, weil nur dort das erforderliche know how vorhanden ist; die Reparatur von Fahrzeugen zum Angebotsspektrum des unternehmerisch tätigen Geschädigten zählt; der Geschädigte ein Freizeitbastler ist; eine Reparatur durch einen Nachbarn, Bekannten oder Schwarzarbeiter erfolgt, weil der Grund des Anspruchs strittig ist und der Geschädigte nicht weiß, ob er 100 % der Kosten einer Markenwerkstätte ersetzt bekommen wird.
- 278 Während sich im deutschen Recht der Geschädigte grundsätzlich nur dann auf die Selbstkosten verweisen lassen muss, wenn er eine Betriebswerkstätte betreibt,⁴⁹⁰ was namentlich bei Verkehrsunternehmen gegeben ist, sind nach österreichischem Recht in allen solchen Fällen bloß die Selbstkosten ersatzfähig.⁴⁹¹ Es wird dabei zwischen einem unternehmerischen und sonstigen Geschädigten unterschieden. Ein Unternehmer kann auch einen marktüblichen Gewinn verlangen,⁴⁹² ein Privater oder die öffentliche Verwaltung jedoch nicht; immerhin steht eine Abgeltung für die aufgewendete Zeit zu.⁴⁹³ Bei den ÖBB (Österreichischen Bundesbahnen) wurde eine Pauschalierung für Ausschreibung, Vergabe, Abrechnung, Prüfung und Übernahme der Reparatur zugesprochen.⁴⁹⁴ Bei einer Privatperson wurden für deren Arbeitskräfteeinsatz 25 % des Stundenlohns des Mechanikers einer Werkstätte angesetzt.⁴⁹⁵
- 279 Diese noch dazu ältere Rechtsprechung ist wenig konsistent.⁴⁹⁶ Wenn man eine angemessene Eigenkapitalverzinsung berechtigterweise zu den Kosten zählt, ist der Unterschied zum Gewinn homöopathisch gering. Die Pauschalierung⁴⁹⁷ darf mE keinesfalls dazu führen, Schadenspositionen für ersatzfähig anzusehen, die es sonst nicht sind; oder aber sie sind generell ersatzfähig, wofür gute Gründe sprechen würden.⁴⁹⁸ Den „Pfuscherlohn“ lediglich mit 25 % anzusetzen, ist abwegig.⁴⁹⁹ Angemessen wäre mE der Stundenlohn eines Mechanikers einer freien Werkstätte, mag auch diskutabel sein, davon auch die Steuern und Sozialver-

⁴⁸⁸ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 808; *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 32.

⁴⁸⁹ OGH 1.7.1982 – 8 Ob 148/82, ZVR 1983/36; *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (486).

⁴⁹⁰ BGH 26.5.1970 – VI ZR 168/68, BGHZ 54, 82 = NJW 1970, 1454.

⁴⁹¹ *Ch. Huber* ÖJZ 2005, 211 (214 f.).

⁴⁹² *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (484); OGH 25.1.1978 – 1 Ob 1, 2/78, SZ 51/7: nicht die Bundesstraßenverwaltung.

⁴⁹³ OGH 14.3.1995 – 5 Ob 16/95, SZ 68/51: Aufwendungsersatzanspruch eines Mieters.

⁴⁹⁴ OGH 10.11.1967 – 2 Ob 292/67, SZ 40/144.

⁴⁹⁵ LGZ Wien 28.6.1989 – 42 R 531/89: Reparatur eines Porsches.

⁴⁹⁶ *AA Lenneis AnwBl* 2005, 17, der jedes auch noch so widersprüchliche Ergebnis des OGH für sachlich berechtigt hält, so etwa, dass der Geschädigte bei Abschluss der Schadensregulierung vor Durchführung der Reparatur die angemessenen Kosten verlangen kann, danach aber nur die geringeren konkreten Kosten.

⁴⁹⁷ Für eine solche, wenn die Ermittlung der Höhe schwierig ist, *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 796.

⁴⁹⁸ *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung, 617 ff.

⁴⁹⁹ Zu beachten ist stets, dass der sich aus der Totalschadensabrechnung ergebende Betrag den Mindestbetrag des Ersatzes festlegt.

sicherungsbeiträge in Abzug bringen;⁵⁰⁰ hinzuweisen ist freilich darauf, dass beim Personenschaden, etwa bei Pflegeleistungen⁵⁰¹ oder beim Haushaltsführerschaden,⁵⁰² der OGH die vollen Marktkosten bei Erbringung der jeweiligen Dienstleistungen durch Familienangehörige für ersatzfähig ansieht.

e) Verhältnismäßigkeits- bzw. Tunlichkeitsschwelle. Während im deutschen Recht 280 der Begriff Unverhältnismäßigkeit nach § 251 Abs. 2 BGB geläufig ist, verwendet § 1323 ABGB den Terminus „Untunlichkeit“. Es geht dabei um eine Grenze, ab der der Geschädigte sein besonderes Integritätsinteresse an der Reparatur der beschädigten Sache nicht mehr auf Kosten des Ersatzpflichtigen betätigen darf, sondern letzterer den Geschädigten auf die für den Ersatzpflichtigen weniger belastende Totalschadensabrechnung verweisen darf.

Maßgeblich ist dabei primär die ökonomische Relation zwischen Reparaturkosten und 281 Wiederbeschaffungswert. Darüber hinaus mag ein besonderes Interesse des Geschädigten an der Reparatur gegeben sein, wenn es sich um ein spezifisches Fahrzeug wie etwa ein Spezialfahrzeug oder einen Oldtimer handelt, der am Markt nicht oder nicht ohne Weiteres zu bekommen ist.⁵⁰³ Je älter ein Fahrzeug ist, umso eher führt bei einer Beschädigung eine rein mechanische Gegenüberstellung von Reparaturkosten und Wiederbeschaffungswert zu einem Totalschaden, ohne dass der Geschädigte in der Lage ist, auf dem Markt ein vergleichbares Fahrzeug zu finden, sodass er ein hohes Interesse an einer Reparatur hat; und sei es auch an einer notdürftigen.⁵⁰⁴

Wie in Deutschland wird der Restwert bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit 282 bzw. Tunlichkeit ausgeklammert, mögen dagegen auch betriebswirtschaftliche Bedenken bestehen. Wie die deutsche Rechtsprechung wird auch der merkantile Minderwert nicht mit einbezogen, wenn er nicht geltend gemacht wird.⁵⁰⁵ Anders als der BGH, wo seit 1991⁵⁰⁶ eine 30 %-Grenze gilt, ist der OGH mit der Dekretierung fixer Prozentsätze zurückhaltend.⁵⁰⁷ Die Tunlichkeitsgrenze bewegt sich zwischen 10 und 15 %, ⁵⁰⁸ wobei auch schon 17 % akzeptiert worden sind.⁵⁰⁹ Eine höhere Überschreitung wird dann gebilligt, wenn der Zeitwert gering ist⁵¹⁰ oder ein Gebrauchtfahrzeug am Markt nicht erhältlich ist.⁵¹¹

Zu betonen ist freilich, dass die Rechtsfolge im Fall des Überschreitens nach neuerer 283 Rechtsprechung, die fiktive Reparaturkosten grundsätzlich ablehnt, weniger dramatisch ist als in Deutschland, wo ein signifikantes Überschreiten der 130 %-Grenze zur Verweisung auf die Totalschadensabrechnung führt,⁵¹² während der Geschädigte nach österreichischem Recht bei Durchführung der Reparatur und Nachweis der angefallenen Aufwendungen lediglich den Überhang verliert, um den die Reparaturkosten untunlich sind, nicht aber auf die Totalschadensabrechnung verwiesen wird, bei der sich der Ersatzpflichtige bis zu

⁵⁰⁰ Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (215).

⁵⁰¹ OGH 27.10.1983 – 8 Ob 76/83, ZVR 1984/322; Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 46.

⁵⁰² OGH 27.2.1986 – 8 Ob 86/85, ZVR 1987/56; OGH 11.1.2001 – 2 Ob 345/00z, EFSlg 97.038; Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 92.

⁵⁰³ *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (481); zur Bedeutsamkeit des Gebrauchtwagenmarktes für die Verhältnismäßigkeitsgrenze überzeugend *Eggert* FS Danzl, 2017, 27 (32 ff.): Hinweis, dass Fahrzeuge, die älter als 6 Jahre alt sind, nur in begrenzter Stückzahl im gewerblichen Handel vorrätig sind.

⁵⁰⁴ *Kriegner* ZVR 2014, 40.

⁵⁰⁵ OGH 3.3.1994 – 2 Ob 5/94, ZVR 1995/7; Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (169).

⁵⁰⁶ BGH 15.10.1991 – VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364 = NZV 1992, 66.

⁵⁰⁷ Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (169).

⁵⁰⁸ OGH 21.12.1999 – 4 Ob 343/99s, ÖJZ 2000/104; OGH 23.3.2007 – 2 Ob 162/06x, ZVR 2008/45; dazu Ch. Huber ZVR 2008, 92; *Fucik/Hartil/Schlösser*, Handbuch VI, Rn. 799; Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (170); *Karner* ZVR 2010, 476; *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (482).

⁵⁰⁹ OGH 10.11.1976 – 8 Ob 197/76, ZVR 1977/167: 16 % gebilligt; OGH 27.5.1959 – 2 Ob 49/59, ZVR 1959/173: 17 % toleriert; OGH 21.11.1974 – 2 Ob 268/74, ZVR 1975/163: 17,6 % aber abgelehnt.

⁵¹⁰ OGH 10.11.1976 – 8 Ob 197/76, ZVR 1977/167.

⁵¹¹ OGH 23.1.1986 – 8 Ob 84/85, ZVR 1987/34.

⁵¹² BGH 15.10.1991 – VI ZR 67/91, BGHZ 115, 375 = NJW 1992, 305.

50 % des Ersatzbetrags spart.⁵¹³ Das Erfordernis der in Deutschland für den Bereich eines bis zu 30 % über den Wiederbeschaffungswert liegenden Reparaturkostenüberhangs verlangten „umfassenden und fachgerechten“ Reparatur⁵¹⁴ ist im österreichischen Recht unbekannt;⁵¹⁵ eine technisch einwandfreie⁵¹⁶ bzw zur Verkehrssicherheit führende Reparatur⁵¹⁷ wird aber auch in Österreich verlangt.⁵¹⁸

- 284 In Deutschland ist der Begriff der „getrimmten Reparaturkostenabrechnung“ bekannt, bei der der Geschädigte gerade Kosten in dem Ausmaß verlangt, dass die jeweiligen Grenzwerte von 100 % bzw 130 % erreicht werden,⁵¹⁹ wobei im letzteren Fall die Reparatur den Anforderungen „umfassend und fachgerecht“ zu genügen hat. Ansonsten kann auch auf die Beseitigung optischer Defizite verzichtet oder weniger aufwendige Maßnahmen – Ausklopfen eines Kotflügels anstelle von dessen Erneuerung – vorgenommen werden.⁵²⁰ Im österreichischen Recht ist dieser Spielraum größer, weil das Fahrzeug nach der Reparatur stets nur „verkehrssicher“ sein muss, also selbst dann, wenn die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert übersteigen, die Reparatur also auch nicht umfassend und fachgerecht sein muss. Prototypisch dafür ist die OGH-Entscheidung 8 Ob 82/85,⁵²¹ in der der Zeitwert 100.000 öS betrug und die Reparaturkostenschätzung des Sachverständigen sich auf 130.000 öS belief. Die Reparatur wurde unter Verwendung von Altteilen in Höhe von 101.000 öS durchgeführt, wobei noch ein merkantiler Minderwert von 6.000 öS begehrt wurde. Der OGH hat dem Begehren in vollem Umfang stattgegeben.⁵²²
- 285 Im deutschen Recht stellt sich das mitunter knifflige Abgrenzungsproblem, ob es dem Geschädigten gelungen ist, unter Marktbedingungen eine Reparatur hinzubekommen, die die maßgeblichen Schwellwerte nicht übersteigt; oder aber der Geschädigte eine an sich unwirtschaftliche Reparatur selbst bezuschusst hat. Der BGH hat sich diesbezüglich in der Entscheidung BGHZ 115, 375⁵²³ präjudiziert, als er bei einem Überhang von 44 % ausgesprochen hat, dass die Reparatur nicht in einen wirtschaftlich vernünftigen und einen wirtschaftlich nicht vernünftigen Teil aufgespalten werden darf, mit der Folge, dass der Geschädigte – trotz Durchführung der Reparatur – auf die Totalschadensabrechnung verwiesen wurde.
- 286 Da der OGH sich nicht in der Weise präjudiziert hat, wird in der Literatur⁵²⁴ mit guten Gründen die Ansicht vertreten, dass der Geschädigte die Reparatur auch mit eigenen Mitteln bezuschussen darf, ohne auf die Totalschadensabrechnung verwiesen zu werden. Um es auf den Punkt zu bringen: Ob der Geschädigte die Reparatur in einer Billigwerkstätte durchführen lässt und unterhalb der Tunlichkeitsschwelle bleibt oder in einer Markenwerkstätte und den über die Tunlichkeitsschwelle hinausgehenden Teil selbst trägt, macht keinen Unterschied. Verlangt der Geschädigte mehr, als der Tunlichkeit entspricht, verliert der Geschädigte bloß den Überhang, wird aber nicht auf die Totalschadensabrechnung verwiesen.⁵²⁵
- 287 Betraut der Geschädigte nach Vorliegen eines Sachverständigengutachtens eine Werkstätte mit der Reparatur und es stellt sich bei dieser heraus, dass die maßgeblichen Schwellwerte, namentlich der von 130 %, überschritten werde, hat im deutschen Recht der Schädiger für sämtliche tatsächlich anfallenden Mehrkosten aufzukommen; er trägt das

⁵¹³ Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 22, aA *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 799.

⁵¹⁴ BGH 15.2.2005 – VI ZR 70/04, BGHZ 162, 161 = NJW 2005, 1108.

⁵¹⁵ Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (212).

⁵¹⁶ *Kriegner* ZVR 2014, 40.

⁵¹⁷ Ch. Huber ZVR 2008, 532 (535).

⁵¹⁸ *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (482).

⁵¹⁹ *Eggert* VA 2007, 175 zu BGH 10.7.2007 – VI ZR 258/06, NJW 2007, 2917.

⁵²⁰ OGH 26.6.2008 – 2 Ob 158/07k, ZVR 2008/227 mAnm Ch. Huber.

⁵²¹ OGH 9.1.1986 – 8 Ob 82/85, ZVR 1987/38.

⁵²² Zustimmung Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (171).

⁵²³ BGH 15.10.1991 – VI ZR 67/91, BGHZ 115, 375 = NJW 1992, 305.

⁵²⁴ Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 51.

⁵²⁵ Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (171); *Kriegner* ZVR 2014, 40 (41); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1323 Rn. 9.

Prognoserisiko.⁵²⁶ In der österreichischen Rechtsprechung ist diese Kategorie unbekannt.⁵²⁷ In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass bei Betrauung einer Reparatur durch den Geschädigten nach Vorliegen eines Sachverständigen-Gutachtens, das einen Wert innerhalb der Tunlichkeitsschwelle ergibt, der Haftpflichtversicherer dann die Mehrkosten tragen soll, wenn das Gutachten von dem von ihm betrauten Sachverständigen erstellt worden ist.⁵²⁸ Sofern der Geschädigte nach Vorliegen eines Gutachtens, das Reparaturkosten jenseits der Tunlichkeitsgrenze ausweist, eine solche mit alternativen Methoden veranlasst, um darunter zu bleiben, was schlussendlich allerdings nicht gelingt, hat jedoch der Geschädigte das Risiko zu tragen, dass die konkreten Reparaturkosten über die Tunlichkeitsgrenze hinausgehen, sodass er den Überhang nicht auf den Ersatzpflichtigen überwälzen kann.⁵²⁹

f) Abtretbarkeit des Anspruchs. Der OGH⁵³⁰ hat bei einem Schaden an einer Liegenschaft auch eine Abtretung des Reparaturkostenanspruchs bejaht.⁵³¹ Das ist insofern besonders erwähnenswert, als die Reparatur eine Betätigung des besonderen Integritätsinteresses des Geschädigten darstellt. Wenn dieser aber die beschädigte Sache verkauft und den Reparaturkostenanspruch abtritt, bringt er zum Ausdruck, dass ihm am Erhalt der beschädigten Sache gerade nicht in besonderer Weise gelegen ist. Ist der Geschädigte Verbraucher und der Zessionar Unternehmer, muss sich letzterer die Kappung der USt gefallen lassen, weil sie bei ihm nicht anfällt; ist der Geschädigte Unternehmer und der Zessionar Verbraucher, kann letzterer die USt nicht verlangen, weil es durch die Zession des Schadensersatzanspruchs zu keiner Ausweitung der Belastung des Ersatzpflichtigen kommen darf.⁵³² 288

4. Merkantiler Minderwert. a) Durch Naturalrestitution nicht vollständig beseitigter Schaden. Wie nach deutschem ist auch nach österreichischem Recht beachtlich, dass ein potentieller Käufer bei Erwerb eines auch fachmännisch reparierten Unfallfahrzeugs gegenüber einem Nicht-Unfallfahrzeug beim Kaufpreis einen Abschlag machen würde, weil selbst bei Behebung des Unfallschadens in einer Markenwerkstätte ein Restrisiko besteht, ob alle Unfallfolgen erkannt bzw die festgestellten ordnungsgemäß behoben worden sind.⁵³³ *Fucik/Hartl/Schlösser*⁵³⁴ verweisen auf das Ergebnis einer kaufpsychologischer Erfahrung, die mE allerdings auch empirisch belegbar wäre. 289

Für die Praxis ist bedeutsam allein, dass der merkantile Minderwert – auch in Österreich – unabhängig davon gebührt, ob der Geschädigte das Fahrzeug nach dem Unfall veräußert oder behält.⁵³⁵ Der merkantile Minderwert stellt neben der erfolgten Reparatur (Restitution) das restliche dadurch nicht abgegoltene Wertinteresse dar (Kompensation); erst beide Schadensposten zusammen führen zum vollständigen Ausgleich.⁵³⁶ Eine hier nicht zu vertiefende Frage ist, ob der merkantile Minderwert im österreichischen Recht (nur) mithilfe objektiv-abstrakter oder (auch) subjektiv-konkreter Schadensberechnung zu begründen ist.⁵³⁷ 290

b) Nicht mehr so restriktiv wie früher: 3 Jahre, kein Vorschaden, Erstbesitz. 291 Die frühere restriktive Position, dass ein merkantiler Minderwert nicht gebühre, wenn das Fahrzeug 3 Jahre alt sei oder einen Vorschaden aufweise oder kein Erstbesitz sei, wurde in einer neueren Entscheidung des OLG Innsbruck⁵³⁸ aufgegeben. Das beschädigte Fahrzeug

⁵²⁶ BGH 15.10.1991 – VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364 = NJW 1992, 302.

⁵²⁷ Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (171).

⁵²⁸ Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 50 f.; *Krieger ZVR* 2014, 40 (41).

⁵²⁹ *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (482).

⁵³⁰ OGH 21.11.1978 – 8 Ob 167/78, SZ 51/163.

⁵³¹ Dazu *Apathy ZVR* 1983, 129.

⁵³² Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 60.

⁵³³ Umfassend dazu Ch. Huber FS Welser, 2004, 303; *ders.* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 5; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1323 Rn. 25.

⁵³⁴ *Fucik/Hartl/Schlösser*, Handbuch VI, Rn. 817.

⁵³⁵ *Fucik/Hartl/Schlösser*, Handbuch VI, Rn. 818.

⁵³⁶ *Karner ZVR* 2010, 476 (479).

⁵³⁷ *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (485): Nach beiden Methoden begründbar.

⁵³⁸ OLG Innsbruck 10.4.2008 – 1 R 50/08z, ZVR 2008/242 mAnm Ch. Huber.

war 5 ½ Jahre alt, hatte einen km-Stand von 70.000, zwei Voreigentümer sowie einen kleineren Vorschaden. Es waren somit gleich mehrere der früheren für sich bestehenden Ausschlusskriterien gegeben.⁵³⁹ Davor hatte der OGH⁵⁴⁰ schon ausgesprochen, dass auch ein erheblicher Vorschaden einen merkantilen Minderwert nicht ausschließe.

- 292 Ob die in Deutschland viel weniger restriktiven Grenzen, nämlich Alter bis zu 12–15 Jahren sowie Fahrleistung bis zu 150.000 km,⁵⁴¹ auch für Österreich gelten, kann nicht abschließend beurteilt werden, weil es keine neueren (OGH-)Entscheidungen dazu gibt.⁵⁴² Immerhin ist plausibel, dass sich einerseits das Käuferverhalten da und dort nicht signifikant unterscheidet und andererseits Fahrzeuge heute eine viel längere betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer haben, als das bei Entwicklung dieses Schadenspostens der Fall war.⁵⁴³ Da in Österreich der merkantile Minderwert vom Kfz-Sachverständigen des Kfz-Haftpflichtversicherers geschätzt wird, besteht die Gefahr, dass dieser die überkommenen Restriktionen zugrunde legt; wobei es dann Aufgabe des Geschädigtenanwalts ist, auf die maßgeblichen Bewertungsparameter hinzuweisen.
- 293 **c) Kein Ersatz bei Bagatellschäden.** Da es um das Risiko unentdeckter bzw nicht korrekt behobener Unfallschäden geht, ist es folgerichtig, dass ein merkantiler Minderwert bei ganz geringfügigen Schäden nicht gebührt.⁵⁴⁴
- 294 **d) Abhängigkeit von Reparaturqualität.** Die Gefahr des Übersehens von Unfallschäden bzw deren nicht korrekter Behebung ist umso größer, wenn die Reparatur nicht in einer Markenwerkstätte erfolgt, sondern durch Freizeitbastler. Der Gegenpol ist eine Reparatur eines Ferrari in der Werkstätte in Maranello unter Produktionsbedingungen während eines Zeitraums von 206 Tagen.⁵⁴⁵ Insoweit stellt sich die Rechtslage nach österreichischem Recht anders dar als nach deutschem Recht. Während der Geschädigte nach deutschem Recht im Regelfall fiktive Reparaturkosten verlangen kann, also entschädigt wird nach dem Standard der Reparatur in einer Fachwerkstätte, gebühren nach österreichischem Recht jeweils nur die konkreten Kosten, was dazu führen muss, dass der merkantile Minderwert umso höher ausfallen muss,⁵⁴⁶ je geringer die Reparaturqualität bzw deren Zuverlässigkeit ist.⁵⁴⁷
- 295 **e) Örtliche Verhältnisse, wo sich Kfz gewöhnlich befindet.** Maßgeblich sind die örtlichen Verhältnisse, wo sich das Fahrzeug gewöhnlich befindet, somit im Regelfall der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt des Geschädigten. Das hat der OGH⁵⁴⁸ zu einem Sachverhalt klargestellt, bei dem ein deutscher PKW durch einen ungarischen Bus einen Streifschaden erlitten hat. Aus der Sicht des letztendlich ersatzpflichtigen ungarischen Ersatzpflichtigen war ein merkantiler Minderwert von in concreto 51.000.- öS bei Reparaturkosten von 91.000.- öS, schwer nachvollziehbar, mag es einen merkantilen Minderwert jeden-

⁵³⁹ Zustimmend *Karner* ZVR 2010, 476 (480); *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (485).

⁵⁴⁰ OGH 20.6.1989 – 2 Ob 73/89, ZVR 1990/49.

⁵⁴¹ BGH 23.11.2004 – VI ZR 357/03, BGHZ 161, 151 = NJW 2005, 277: 16 Jahre alter Mercedes Benz 200 D mit 164.000 km Laufleistung.

⁵⁴² Dazu *Ch. Huber* ZVR 2006, 62.

⁵⁴³ *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 54.

⁵⁴⁴ OGH 2.9.1982 – 8 Ob 172/82, ZVR 1983/280; *Karner* ZVR 2010, 476 (479); *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (485); ausführlich *Apathy* ZVR 1988, 289; zur unterschiedlichen Höhe für die Annahme eines Bagatellschadens *Sindelar*, *ecolex* 2012, 959 (962): In Deutschland unter 700.- Euro, in Österreich unter Bruttoreparaturkosten von 150 Euro.

⁵⁴⁵ So OLG Jena 28.4.2004 – 3 U 221/03, NZV 2004, 476: Gleichwohl Zuspruch eines merkantilen Minderwerts in Höhe von 33.489,62 Euro.

⁵⁴⁶ Zur beträchtlichen Höhe eines merkantilen Minderwerts bei einem Oldtimer Mercedes Benz 300 SL Coupé, Baujahr 1956 bei einem Wert von 1,2 Mio Euro von (begehrt) 60.000.- Euro OGH 30.1.2018 – 2 Ob 200/17a, Zak 2018/224: Zurückverweisung zur Korrektur der Abweisung durch das BerG.

⁵⁴⁷ *Ch. Huber* FS Welser, 2004, 303 (323 f.); *ders.* ZVR 2008, 532 (535); zustimmend *Karner* ZVR 2010, 476 (479).

⁵⁴⁸ OGH 20.11.1997 – 2 Ob 317/97z, SZ 70/240 = ZVR 1998/119; zustimmend *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (485); *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 818.

falls damals in der ungarischen Rechtsordnung entweder gar nicht oder jedenfalls nicht in diesem Ausmaß gegeben haben. Bei Maßgeblichkeit der österreichischen Verhältnisse erhoffte sich der Ersatzpflichtige zumindest eine Reduzierung der Verpflichtung. Der OGH hat freilich ausdrücklich ausgesprochen, dass zwar österreichisches Schadenersatzrecht anzuwenden sei, maßgeblich aber die Verhältnisse am Wohnsitz des Geschädigten, somit in Deutschland seien.

f) Fälligkeit. Sieht man im merkantilen Minderwert das restliche Kompensationsinteresse neben dem Anspruch auf Ersatz der Reparaturkosten, ist es allein folgerichtig, dass der Anspruch wegen des merkantilen Minderwerts erst nach Durchführung der Reparatur fällig ist mit der Folge, dass bis dahin auch keine Verzugszinsen gebühren.⁵⁴⁹ Es gibt freilich Literaturstimmen,⁵⁵⁰ die den merkantilen Minderwert mithilfe der objektiv-abstrakten Schadensberechnung begründen, diesen somit als im Zeitpunkt des Eintritts des realen Schadens als gegeben ansehen. Der OGH hatte bisher keine Gelegenheit, das abschließend zu klären.

5. Neuwagenabrechnung – über die Reparaturkosten hinausgehender Ersatz. 297

Im Regelfall zieht der Geschädigte die Reparatur des ihm vertrauten Fahrzeugs einer Ersatzbeschaffung vor. Namentlich bei – fast – neuen Fahrzeugen und einer schweren Havarie,⁵⁵¹ wenn also Teile, die für die Sicherheit, insbesondere Achs- und Rahmenschäden, betroffen sind,⁵⁵² oder der Schaden nicht spurlos beseitigt werden kann,⁵⁵³ ist das indes anders. Bei der Neuwagenabrechnung geht es um das besondere Integritätsinteresse des Geschädigten, nicht um eine Totalschadensabrechnung als Ausprägung der Kompensation.⁵⁵⁴ Dem Geschädigten ist daran gelegen, dass er auf Kosten des Schädigers – ohne Abzug neu für alt⁵⁵⁵ – ein Neufahrzeug anschaffen kann. Wenn ein solcher Neuwagenkauf getätigt wird, kann der Geschädigte nach österreichischem wie nach deutschem Recht auf Neuwagenbasis abrechnen.⁵⁵⁶

In Deutschland gibt es dafür allerdings strikte Grenzen, nämlich bei erheblicher Beschädigung 1 Monat und 1.000 km sowie bei Sicherheitsbedenken, erheblichen Schönheitsfehlern oder zumindest beweismäßiger Gefährdung der Garantieansprüche gegen den Hersteller 3 Monate und 3.000 km.⁵⁵⁷ Nach österreichischem Recht gibt es nur eine Grenze; für die Zulässigkeit wird die erste Grenze (1 Monat, 1.000 km) angenommen, dafür werden aber Schäden der zweiten Grenze, namentlich Sicherheitsbedenken, verlangt. Allerdings sind auch insoweit die Grenzwerte nach österreichischem Recht weniger starr. So hat der OGH⁵⁵⁸ auch bei einem Fahrzeug 5 ½ Wochen nach Übergabe und einer Fahrleistung von 813 km eine Neuwagenabrechnung gebilligt. Abgelehnt hat er allerdings in solchen Fällen – zu Recht – eine Reparaturkostenabrechnung, selbst wenn der Wiederbeschaffungswert, der in concreto mit dem Neuwert ident ist, nur maßvoll, in concreto um 9 %, überschritten wird.⁵⁵⁹ Dieses Judiz ist zutreffend, weil ein Neufahrzeug das höchstmögliche Integritätsinteresse des Geschädigten darstellt; und bei Anschaffung eines Neufahrzeugs unter Abzug des Restwertes für das Wrack die Belastung des Ersatzpflichtigen deutlich geringer ist als bei einer den Wiederbeschaffungswert übersteigenden Reparatur.

⁵⁴⁹ Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (216).

⁵⁵⁰ Hinteregger ZVR 2014, 480 (485); Karner ZVR 2010, 476 (478).

⁵⁵¹ Zu Grenzfragen Ch. Huber ZVR 2008, 532 (536).

⁵⁵² Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 799.

⁵⁵³ Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (166).

⁵⁵⁴ Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (166).

⁵⁵⁵ Einen solchen verneinend OGH 3.6.1969 – 2 Ob 97/69, ZVR 1970/35; zustimmend Hinteregger ZVR 2014, 480 (486).

⁵⁵⁶ OGH 26.6.2008 – 2 Ob 158/07k, ZVR 2008/227 mAnm Ch. Huber: Differenz zwischen Neuwagenpreis und Restwert; Ch. Huber FS Eggert 2008, 113 ff.

⁵⁵⁷ Nachweise bei Ch. Huber FS Eggert 2008, 113 (121).

⁵⁵⁸ OGH 23.3.2007 – 2 Ob 162/06x, ZVR 2008/45; dazu Ch. Huber ZVR 2008, 92.

⁵⁵⁹ OGH 23.3.2007 – 2 Ob 162/06x, ZVR 2008/45; dazu Ch. Huber ZVR 2008, 92; zustimmend Karner ZVR 2010, 476 (478).

- 299 Aber selbst bei Reparaturkosten knapp unter dem Wiederbeschaffungswert wird das häufig so sein. In der Literatur wird deshalb gefordert, die Grenzen für die Neuwagenabrechnung auf 3 Monate und 3.000 km⁵⁶⁰ bzw sogar 6 Monate und 10.000 km auszudehnen,⁵⁶¹ wenn auch unter Berücksichtigung eines Abzugs neu für alt, der sich freilich daran zu orientieren hätte, wie groß der Vorteil des Geschädigten am Ende der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer sein wird. In solchen Fällen bestehen ausnahmsweise auch keine Bedenken, wenn der Ersatzpflichtige einen Neuwagen im Wege der Naturalrestitution zur Verfügung stellt.⁵⁶² Abzustellen ist jedenfalls auf den für den Geschädigten erzielbaren Preis und nicht abstrakt auf den höheren Listenpreis.⁵⁶³
- 300 **6. Totalschadensabrechnung. a) Ausgangspunkt: Wiederbeschaffungswert abzüglich Restwert.** Wie im deutschen Recht ist zwischen einem technischen und wirtschaftlichen Totalschaden zu unterscheiden. Ein technischer Totalschaden ist gegeben, wenn eine Reparatur einer beschädigten Sache nicht möglich ist, etwa ein Auto platt gedrückt ist, nachdem der Panzer darüber gefahren oder ein Flugzeug darauf gestürzt ist.⁵⁶⁴ In der Praxis bedeutsamer ist der wirtschaftliche Totalschaden. Ist die Reparatur untunlich bzw unwirtschaftlich (dazu → Rn. 280 ff.), muss sich der Geschädigte auf die Totalschadensabrechnung verweisen lassen. Der Geschädigte erhält dann die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert; und zwar unabhängig davon, ob der Geschädigte eine Wiederbeschaffung oder irgend eine sonstige Form der Restitution vornimmt.⁵⁶⁵
- 301 **b) Wiederbeschaffungswert.** Der Wiederbeschaffungswert ist – wie in Deutschland – der bei Erwerb von einem seriösen Gebrauchtwagenhändler nach Inspektion und mit Werkstattgarantie.⁵⁶⁶ Zu berücksichtigen ist eine Sonderausstattung sowie Extras.⁵⁶⁷ Der Geschädigte muss sich nicht auf einen Erwerb im Internet⁵⁶⁸ oder von einer Privatperson verweisen lassen, jedenfalls wenn ein solches Fahrzeug im Gebrauchtwagenhandel erhältlich ist.⁵⁶⁹ Maßgeblich sind die Verhältnisse am Wohnsitz des Geschädigten.⁵⁷⁰
- 302 **c) Restwert. aa) Ausgangslage unter Bezugnahme auf die Rechtslage in Deutschland.** Die Auseinandersetzung um die Ermittlung der „richtigen“ Höhe des Restwertes stellt sich in Österreich im Ausgangspunkt in gleicher oder jedenfalls ähnlicher Weise wie in Deutschland, mag die Auseinandersetzung in Österreich auch erst später begonnen haben und mit weniger „Verbissenheit“ geführt werden. *Kriegner*⁵⁷¹ konstatiert das Aufkommen von Internet-Restwert-Börsen in Österreich ab dem Jahr 2005, somit zu einem Zeitpunkt, als der Streit in Deutschland bereits eskaliert ist.⁵⁷² Da wie dort haben internetbasierte Wrackbörsen, die Ostöffnung der Märkte nach Fall des Eisernen Vorhangs sowie die Reduzierung der Transportkosten infolge verbesserter Logistik dazu geführt, dass die Angebotspreise für Wracks bis zu dreimal so hoch sind als bei Inzahlunggabe des Wracks beim örtlichen Autohaus durch den Geschädigten bei Ankauf eines (gebrauchten) Ersatzfahrzeugs.⁵⁷³

⁵⁶⁰ *Karner ZVR* 2010, 476 (478).

⁵⁶¹ *Ch. Huber ZVR* 2008, 532 (537).

⁵⁶² *Ch. Huber ZVR* 2008, 532 (537).

⁵⁶³ OGH 15.5.1991 – 2 Ob 18/91: 3 % Rabatt; OGH 23.7.2007 – 2 Ob 162/06x, *ZVR* 2008/45; dazu *Ch. Huber ZVR* 2008, 92 ff.

⁵⁶⁴ *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm*, § 1323 Rn. 44.

⁵⁶⁵ OGH 15.5.1991 – 2 Ob 18/91.

⁵⁶⁶ *Gerhartl Zak* 2013, 230.

⁵⁶⁷ OGH 8.2.1996 – 2 Ob 11/96, *ZVR* 1996/114; *Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI*, Rn. 806; *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (482).

⁵⁶⁸ *Ch. Huber ZVR* 2008, 532 (535).

⁵⁶⁹ So für das deutsche Recht überzeugend *Eggert FS Danzl*, 2017, 27 (32).

⁵⁷⁰ OGH 27.4.1977 – 8 Ob 67/77, *ZVR* 1978/48; *Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI*, Rn. 799.

⁵⁷¹ *Kriegner wbl* 2007, 365.

⁵⁷² Dazu *Ch. Huber DAR* 2002, 337 (385 ff.).

⁵⁷³ *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm*, § 1323 Rn. 62; *Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI*, Rn. 800.

Behauptet wird, dass sich die Reparatur für die lokalen Autohäuser sonst nicht rechnen, 303 haben diese doch ihre Beschäftigten nach deutschem bzw österreichischem Niveau zu entlohnen.⁵⁷⁴ Abgesehen davon, dass es darauf nicht ankommt, weil es um den (unmittelbaren) Schaden des Geschädigten und nicht um die Rentabilität von Geschäften mittelbar Betroffener geht, ist das vielfach unzutreffend, weil solche Fahrzeuge häufig nicht im Inland repariert werden, sondern die Autohäuser derartige Fahrzeuge über Internetbörsen ins Ausland „verhöckern“ und aus der Spanne einen Teil ihres – womöglich mitunter durchaus kärglichen – Geschäftsgewinns erzielen; allein, die Subventionierung einer notleidenden Branche kann nicht Aufgabe des Haftpflichtrechts sein!

In Deutschland findet nach der neueren Rechtsprechung ein Hase-und-Igel-Spiel statt, 304 ob es dem Kfz-Haftpflichtversicherer gelingt, vor Disposition des Geschädigten auf dem Silbertablett ein Angebot zu unterbreiten, bei dem er nur noch zugreifen muss, wobei dadurch für ihn keine nennenswerte zusätzliche Mühewaltung bzw weitere Risiken verbunden sein dürfen. Da in Deutschland der Kfz-Sachverständige, im Regelfall über Vermittlung des Autohauses, vom Geschädigten betraut wird, hat der Kfz-Haftpflichtversicherer häufig erst zu einem Zeitpunkt die Möglichkeit, (gegen-)steuernd einzugreifen, wenn der Geschädigte bereits vollendete Tatsachen geschaffen hat, in concreto das Wrack an den lokalen Händler veräußert oder bei Kauf eines Ersatzfahrzeugs in Zahlung gegeben hat. Zu verweisen ist darauf, dass die Verwertung des Wracks zu einem zu geringen Preis für den Geschädigten im Fall des Mitverschuldens zum Bumerang wird, weil dann sein nicht gedeckter Schaden höher ist.⁵⁷⁵

Die Problematik stellt sich in Österreich deshalb anders als in Deutschland, weil in 305 Österreich der Kfz-Sachverständige im Regelfall vom Kfz-Haftpflichtversicherer bestellt wird mit der Folge, dass der Ersatzpflichtige so gut wie immer rechtzeitig gegensteuern kann.⁵⁷⁶ Darüber hinaus wird erwogen, ob der Geschädigte nicht gegen die Schadensminderungsobliegenheit verstößt, wenn er über das Wrack verfügt, ohne dem Kfz-Haftpflichtversicherer Gelegenheit zum Mitbieten zu geben,⁵⁷⁷ für deren schuldhaften Verstoß allerdings der Ersatzpflichtige beweispflichtig ist.⁵⁷⁸

bb) Rechtslage in Österreich. (1) Ausgangspunkt. Die Literatur⁵⁷⁹ vertritt ein ähnliches 306 Ergebnis wie in Deutschland, dass nämlich der Geschädigte das Wrack grundsätzlich bei seinem lokalen Händler veräußern oder bei Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs in Zahlung geben darf und sich nur den dabei erzielten Erlös anrechnen lassen muss.⁵⁸⁰ Dafür wird ins Treffen geführt, dass der durchschnittliche Geschädigte von der Preisspreizung am Markt keine Kenntnis habe und die Mühewaltung des Geschädigten im Zuge der Schadensregulierung nicht abgegolten werde, weshalb der Geschädigte – zeitlich – nicht besonders, jedenfalls nicht mit Marktforschung belastet werden dürfe.⁵⁸¹

Die Veräußerung oder Inzahlunggabe vor Ort ist zudem die Vorgangsweise, die für den 307 Geschädigten am einfachsten zu realisieren ist. Schließlich sind damit für den Geschädigten keine besonderen Risiken verbunden. „Verbrämt“ wird diese Wertentscheidung durch die Berufung auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung, wonach der Wert einer Sache gemäß § 1332 ABGB nach den durchschnittlichen Verhältnissen an dem Ort zu bemessen sei, wo sich die Sache gewöhnlich befinde; und deshalb sei auf den Durchschnittspreis bei den örtlichen Händlern abzustellen.⁵⁸²

⁵⁷⁴ *Ofner FS Aicher*, 2012, 515 (518).

⁵⁷⁵ *Ch. Huber ZVR* 2008, 532 (536); *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 800.

⁵⁷⁶ *Ch. Huber ZVR* 2008, 532 (535).

⁵⁷⁷ *Ch. Huber ÖJZ* 2005, 161 (168); eine solche explizit bejahend *Gerhartl Zak* 2013, 230 (232).

⁵⁷⁸ *Gerhartl Zak* 2013, 230 (232).

⁵⁷⁹ *Ofner FS Aicher*, 2012, 515 (518 f.); *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (487 f.); *Ch. Huber ZVR* 2010, 352 (357); *Gerhartl Zak* 2013, 230 (231).

⁵⁸⁰ *Ofner FS Aicher*, 2012, 515 (520).

⁵⁸¹ *Gerhartl Zak* 2013, 230 (231).

⁵⁸² *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (487).

- 308 (2) **Silbertablett-Rechtsprechung.** Nicht zuletzt durch meine Publikationen⁵⁸³ hat sich in Österreich aber die „Silbertablett-Variante“ als Ausnahmefall etabliert,⁵⁸⁴ der freilich in der Praxis der Regelfall ist. Sie unterscheidet sich kaum von der BGH-Judikatur, hat aber deshalb viel größere Bedeutung, weil durch die Bestellung des Kfz-Sachverständigen durch den Kfz-Haftpflichtversicherer für den Ersatzpflichtigen viel bessere Möglichkeiten zur rechtzeitigen Gegensteuerung und Geringhaltung des Schadens gegeben sind.
- 309 Der Geschädigte muss ein höheres Angebot des gegnerischen Kfz-Haftpflichtversicherers unter folgenden kumulativen Bedingungen akzeptieren:⁵⁸⁵
- Innerhalb von 1 Woche bis maximal 10 Tagen ab Kenntnis des Haftpflichtversicherers vom Schadensfall Bekanntgabe eines Angebots durch ihn;
 - Bekanntgabe von Name, Anschrift, Telefon- und Faxnummer des aus der Restwertbörse ermittelten Aufkäufers – heutzutage wohl zu ergänzen um dessen Mailanschrift;
 - Annahmefähiges Angebot mit angemessener Überlegungsfrist, nicht bloß *invitatio ad offerendum*;
 - Kostenlose Abholung, Barzahlung, Gewährleistungsausschluss;
 - Klarstellung, dass der Preis bei einem Verbraucher brutto für netto ist;
 - Zusicherung, dass in der Restwertbörse unseriöse Aufkäufer ausgeschlossen worden sind, denen es nur um den Kfz-Brief geht, um damit Diebstähle zu kaschieren.
- 310 Ergänzend wurde gefordert, dass der Kfz-Haftpflichtversicherer sich das Fehlverhalten des Aufkäufers nach § 1313a ABGB zurechnen lassen müsse;⁵⁸⁶ und ein Angebot eines solchen vom Geschädigten nur dann zu akzeptieren sei, wenn darauf österreichisches Recht anzuwenden sei und kein ausländischer Gerichtsstand drohe.⁵⁸⁷ Bei einem Unfall eines deutschen Geschädigten in Österreich und Verwertung des Wracks durch einen österreichischen Aufkäufer aus einer österreichischen Restwertbörse mag man dann verlangen können, dass der (österreichische) Haftpflichtversicherer die Erklärung abgibt, für sämtliche Komplikationen einzustehen, die durch die Verwertung des Wracks durch Veräußerung an einen aus der Sicht des deutschen Geschädigten ausländischen, nämlich österreichischen Aufkäufer gegenüber der Inzahlunggabe des Wracks an den lokalen Händler im Inland (in Deutschland) entstehen. Zu betonen ist freilich, dass es häufig für den Geschädigten die Variante mit den geringsten Komplikationen ist, das Wrack am Unfallort zu verwerten, mag er dafür auch nicht immer einen Aufkäufer aus einer Wrackbörse ausfindig machen (können).
- 311 Bei Verwertung des Wracks im Ausland hat der OGH⁵⁸⁸ ausgesprochen, dass der Geschädigte das Wrack – ohne Rücksprache mit dem Haftpflichtversicherer – vor Ort verwerten dürfe, es sei denn, es hätte unter Berücksichtigung der Transportkosten ins Inland ein deutlich höherer Erlös erzielt werden können; dann läge ein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit vor. ME wäre aber zu prüfen, ob das für den Geschädigten ohne Weiteres erkennbar war, wird diesem doch gerade keine Marktforschung auferlegt. Und selbst wenn eine solche Erkennbarkeit zu bejahen sein sollte, käme es in Bezug auf den Mindererlös zu einer Schadensteilung.⁵⁸⁹

⁵⁸³ Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 64; *ders.* ZVR 2008, 532; *ders.* SV 2008, 61; *ders.* ZVR 2010, 352; *ders.* in *BMfJ* (Hrsg.), 200 Jahre ABGB, 329 ff.; *ders.* Anmerkung zu OGH 28.9.2009 – 2 Ob 249/08v, ZVR 2010/182; *ders.* Anmerkung zu OLG Innsbruck 13.12.2010 – 3 R 162/10p, ZVR 2011/183; *ders.* Anmerkung zu OLG Innsbruck 3.11.2010 – 3 R 147/10g, ZVR 2012/9; *ders.* Anmerkung zu OLG Innsbruck 23.10.2007 – 2 R 199/07t, ZVR 2008/126.

⁵⁸⁴ OLG Innsbruck 1.3.2010 – 3 R 12/10d, ZVR 2010/179 mAnm Ch. Huber; OLG Innsbruck 3.11.2010 – 3 R 147/10g, ZVR 2012/9 mAnm Ch. Huber; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 800; *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (488): Lösungsansatz von Ch. Huber mit Silbertablett kristallisiert sich als Lösung heraus; *Ofner* FS Aicher, 2012, 515 (527): „Die von Huber vorgeschlagenen und von der neueren Rechtsprechung übernommenen Kriterien ... sind sachgerecht.“

⁵⁸⁵ Ch. Huber ZVR 2010, 352.

⁵⁸⁶ *Kriegner* wbl 2007, 365 (371 f.).

⁵⁸⁷ *Ofner* FS Aicher, 2012, 515 (527 f.).

⁵⁸⁸ OGH 28.9.2009 – 2 Ob 249/08v, ZVR 2010/182 mAnm Ch. Huber: Verwertung eines Fahrzeugwracks eines Franzosen in Österreich, wo der Unfall stattgefunden hat.

⁵⁸⁹ *Karner* ZVR 2010, 476 (481).

Bei Veräußerung des Wracks zum (geringeren) Angebot des Kfz-Haftpflichtversicherers gegenüber dem vom eigenen Sachverständigen – dem des Geschädigten ermittelten Restwert an den eigenen Geschäftsführer hat das OLG Innsbruck⁵⁹⁰ einen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit angenommen. Das ist zutreffend. Dieser Sachverhalt ist freilich atypisch. Und Veräußerungen zu einem für den Geschädigten erkennbar unter dem Marktpreis liegenden Entgelt an Personen aus dem beruflichen oder familiären Naheverhältnis zu Lasten des Ersatzpflichtigen haben – auch in Österreich – ein Geschmäckle.

Selbst wenn dem Geschädigten das Recht zur Reparaturkostenabrechnung zustünde, er aber das beschädigte Fahrzeug nicht reparieren lässt, kommt es zur Totalschadensabrechnung und damit zur Bedeutsamkeit des anzurechnenden Restwerts.⁵⁹¹

d) Detailfragen. Im Rahmen der Totalschadensabrechnung ist der – im Regelfall – höhere Wiederbeschaffungswert auch dann anzusetzen, wenn es zu keiner – wie immer gearteten – Ersatzbeschaffung kommt.⁵⁹² Sind die fiktiven Reparaturkosten ausnahmsweise geringer als die – objektive – Wertminderung, sind nur die geringeren fiktiven Reparaturkosten ersatzfähig.⁵⁹³ Das wird in der Praxis selten⁵⁹⁴ und im Regelfall auf einen Fehler des Sachverständigen bei der Ermittlung der maßgeblichen Werte zurückzuführen sein.⁵⁹⁵ Jedenfalls wenn trotz fachgerechter Reparatur Bedenken gegen die Sicherheit bestehen, ist der Geschädigte berechtigt, sich gegen die Reparatur und für eine Ersatzbeschaffung zu entscheiden, mögen damit auch höhere Kosten verbunden sein.⁵⁹⁶

Wie bei der Reparaturkostenabrechnung steht dem Geschädigten das Recht zu, sich nicht auf die vom Sachverständigen ermittelten Werte verweisen zu lassen, sondern nach den tatsächlichen Kosten abzurechnen.⁵⁹⁷ Bei Fehlen eines Marktes für gebrauchte Sachen kommt die Anschaffung einer neuen Sache und der Abzug neu für alt in Betracht.⁵⁹⁸ Bedeutsam ist dabei, dass nach den Regeln der aufgedrängten Bereicherung zu prüfen ist, ob beim Geschädigten tatsächlich ein Vermögensvorteil gegeben ist. Je weiter ein solcher Vorteil in der Zukunft liegt, umso geringer ist er zu gewichten,⁵⁹⁹ weil eine Abzinsung vorzunehmen, die sich allerdings beim derzeitigen Zinsniveau weniger stark auswirkt als in Zeiten hoher Zinsen; zudem ist eine künftige (nominelle) Wertsteigerung in Ansatz zu bringen. In Betracht kommt die Berechnung des Ersatzes nach den Finanzierungskosten für das Vorziehen einer Ersatzinvestition.⁶⁰⁰

Wie in Deutschland gibt es zwar im Reparaturfall einen merkantilen Minderwert, im Fall der Totalschadensabrechnung selbst im Fall einer (tatsächlichen) Ersatzbeschaffung einer gebrauchten Sache aber keinen Zweithandzuschlag,⁶⁰¹ mag das auch wenig folgerichtig sein, weil ein potentieller Käufer allein aus dem Umstand, dass es sich um keinen Erstbesitz handelt, einen Abschlag beim Kaufpreis vornimmt.

IV. Nutzungsausfallsschaden

1. Begriff. Unter dem Nutzungsausfallsschaden versteht man den Schaden, der dem Geschädigten vom Eintritt des realen Schadens (Beschädigung oder Zerstörung seiner Sache)

⁵⁹⁰ OLG Innsbruck 1.3.2010 – 3 R 12/10d, ZVR 2010/179 mAnm Ch. Huber.

⁵⁹¹ Gerhartl Zak 2013, 230.

⁵⁹² OLG Wien 16.9.1997 – 11 R 117/97z, ZVR 1998/83; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 793.

⁵⁹³ OGH 26.6.2008 – 2 Ob 158/07k, ZVR 2008/227 mAnm Ch. Huber; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 803; Hinteregger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1323 Rn. 17.

⁵⁹⁴ Hinteregger ZVR 2014, 480 (484).

⁵⁹⁵ Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 14; Karner ZVR 2010, 476 (479).

⁵⁹⁶ OGH 26.6.2008 – 2 Ob 158/07k, ZVR 2008/227 (zustimmend Ch. Huber); Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 803; Karner ZVR 2010, 476 (478 f.).

⁵⁹⁷ OGH 3.7.1986 – 8 Ob 3/86, ZVR 1987/94; Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (217 f.).

⁵⁹⁸ Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 25 ff.; abgelehnt etwa von OLG Wien 23.1.2009 – 15 R 173/08h, ZVR 2010/59 mAnm Ch. Huber: 20 Jahre alte Ampelschaltanlage.

⁵⁹⁹ OLG Wien 21.7.2011 – 13 R 229/10g, ZVR 2012/178 mAnm Ch. Huber: 30 % Abzug bei Beschädigung zur halben Zeit der auf 20 Jahre angelegten betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer der zerstörten Ampelschaltanlage.

⁶⁰⁰ OGH 13.5.2015 – 2 Ob 88/14a, ZVR 2015/174 mAnm Ch. Huber.

⁶⁰¹ Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 6.

bis zur Wiederherstellung der Substanz (vollendete Reparatur oder Ersatzbeschaffung) dadurch entsteht, dass er die Sache in dieser Zeit nicht nutzen kann. Für diesen Zeitraum muss der Geschädigte eine funktional entsprechende Sache mieten bzw. auf eine eigene Betriebsreserve zurückgreifen; oder aber ihm steht der Gebrauch nicht zu, was im unternehmerischen Bereich mitunter zu einem Gewinnentgang führt.

- 318 **2. Geringe Bedeutung bei Inlandssachverhalten.** Der Nutzungsausfallsschaden spielt im österreichischen Sachschadensrecht eine geringe Rolle. Eine pauschalierte Nutzungsschädigung, die im deutschen Recht für den Wohnsitz und das Kfz anerkannt ist,⁶⁰² wird in Österreich generell abgelehnt.⁶⁰³ Der Ersatz von Mietwagenkosten bzw von Folgeschäden in Gestalt des Gewinnentgangs ist deshalb kaum jemals strittig, weil sich die allermeisten Geschädigten bei Abschluss der Kfz-Haftpflichtversicherung im Rahmen des Spalttarifs für die Tarifvariante A entschieden haben.⁶⁰⁴ Nach § 21 KHVG können Versicherungsnehmer bei Abschluss einer Kfz-Haftpflichtversicherung zwischen den Tarifvarianten A und B entscheiden. Bei der Variante A verzichtet der Versicherungsnehmer für den Fall, dass er Geschädigter bei einem Kfz-Unfall ist, für den ein bei einem österreichischen Kfz-Haftpflichtversicherer versicherter Schädiger einstandspflichtig ist, auf die Geltendmachung von Mietwagenkosten bzw durch den entzogenen Gebrauch entstehenden Gewinnentgang. Dafür erhält er einen 20 %-igen Abzug bei der Kfz-Haftpflichtversicherungsprämie.⁶⁰⁵
- 319 Umgesetzt wird das durch einen Vorausverzicht im Rahmen eines Vertrags zugunsten Dritter.⁶⁰⁶ Hat der Geschädigte diesen Verzicht gegenüber seinem Kfz-Haftpflichtversicherer nicht abgegeben und sich für die höhere Tarifvariante entschieden, ist der Kfz-Haftpflichtversicherer des Schädigers berechtigt, vom Kfz-Haftpflichtversicherer des Geschädigten Rückersatz zu verlangen, hat dieser doch auch die höhere Prämie erhalten. Bei reinen Inlandssachverhalten ist das ein „geschlossener Kreislauf“, der dazu führt, dass sich sowohl die Kfz-Haftpflichtversicherer als auch die Gerichte nur ganz ausnahmsweise mit der Regulierung von Nutzungsausfallsschäden befassen müssen, wenn etwa Transportunternehmen sich für die Tarifvariante B entschieden haben. Sofern entweder der Geschädigte oder der Schädiger keine Kfz-Haftpflichtversicherung bei einem österreichischen Kfz-Haftpflichtversicherer abgeschlossen hat, so namentlich bei Beteiligung eines ausländischen Kfz, ist der Spalttarif allerdings niemals anzuwenden.
- 320 **3. Mietwagenkosten.** Was den BGH seit der Leitentscheidung,⁶⁰⁷ in der er die Beweislastverteilung für die Höhe der ersatzfähigen Mietwagenkosten verändert hat, in über 50 Entscheidungen beschäftigt hat, ohne dass sich klare Konturen abzeichnen,⁶⁰⁸ die Praxis zwischen den Tabellen von *Schwacke* und *Fraunhofer* laviert, gibt es zur Frage der ersatzfähigen Mietwagenkosten im österreichischen Recht ausschließlich ältere Judikatur:
- 321 Der Geschädigte muss keine Notlage hinnehmen, sondern hat Anspruch auf ein annähernd gleichwertiges Kfz.⁶⁰⁹ Er hat sein Kfz auch in einem nicht vollständig reparierten Zustand zu benutzen, sonst verstößt er gegen die Schadensminderungsobliegenheit.⁶¹⁰ Er muss die Reparatur unverzüglich in Auftrag geben, hinreichend überwachen und auch betreiben.⁶¹¹ Auch wenn er den Reparaturauftrag so rasch wie möglich erteilen muss, kann er die Schadensbesichtigung des Haftpflichtversicherers abwarten.⁶¹² Ein längeres Zuwarten

⁶⁰² Grundlegend BGH (großer Senat) 9.7.1986 – GSZ 1/86, NJW 1987, 50 mAnm *Rauscher*.

⁶⁰³ OGH 25.9.1996 – 9 Ob A 2163/96, DRdA 1997, 137; OGH 3.3.1969 – 2 Ob 358/67, SZ 42/33; *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (486); *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 813.

⁶⁰⁴ *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 68.

⁶⁰⁵ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 814: Geltung seit 27.7.1987.

⁶⁰⁶ *Hinteregger ZVR* 2014, 480 (486).

⁶⁰⁷ BGH 7.5.1996 – VI ZR 138/95, BGHZ 132, 373 = NJW 1996, 1958.

⁶⁰⁸ *Scholten*, DAR 2014, 72.

⁶⁰⁹ *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 69; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 811.

⁶¹⁰ OGH 13.6.1982 – 2 Ob 121/82, ZVR 1983/275; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 811.

⁶¹¹ OGH 20.3.1975 – 2 Ob 45/75, ZVR 1976/12.

⁶¹² OGH 8.11.1984 – 8 Ob 67/84, ZVR 1985/114.

wird eingeräumt, wenn der Haftpflichtversicherer eine Vorschuss- oder Ersatzleistung ablehnt; auch dann besteht ein Anspruch auf Mietwagenkosten.⁶¹³ Anrechnen lassen muss er sich eine Eigensparnis, die ähnlich wie in Deutschland mit 10 bis 20 % angesetzt wird,⁶¹⁴ und das selbst dann, wenn er sich mit einem billigeren Ersatzfahrzeug zufrieden gibt.⁶¹⁵

4. Ersatz von Folgeschäden. Ist die Tarifvariante A des Spaltpariffs nicht anzuwenden und verzichtet der Geschädigte auf die Anmietung eines Fahrzeugs, kommt der Ersatz von Folgeschäden in Betracht. Das sind einerseits die Generalunkosten in Gestalt der frustrierten Aufwendungen für den geschädigten Gegenstand, die ungeachtet seiner Nichtbenutzbarkeit weiterlaufen, so namentlich die Steuern, die Versicherungsprämie sowie die Garagenmiete,⁶¹⁶ nicht aber die bei erstmaliger Anschaffung fällige Normverbrauchsabgabe (NOVA), weil diese bereits Bestandteil des Schätzwertes ist.⁶¹⁷ Ein entgangener Gewinn ist nach dem gegliederten Schadensbegriff an sich nur ab grober Fahrlässigkeit zu ersetzen, es sei denn, er wäre nach dem Beweismaß der mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit eingetreten; dann ist er als positiver Schaden auch bei leichter Fahrlässigkeit ersatzfähig.⁶¹⁸

5. Betriebsreserve- bzw Vorsorgekosten. Die Rechtsprechung zu den Betriebsreservekosten, die namentlich für Verkehrs- und Transportunternehmen bedeutsam ist,⁶¹⁹ unterscheidet sich nicht von der des deutschen Rechts. Umstritten ist die dogmatische Qualifikation, Auswirkungen für die Höhe des Anspruchs hat das nicht.⁶²⁰ Die Reservehaltung muss nicht ausschließlich für Ausfälle erfolgen, die von Dritten zu verantworten sind.⁶²¹ Der Eigenanteil wirkt sich dann bei Ermittlung des Tagessatzes aus.⁶²² Wenn darauf verwiesen wird, dass die Grenze der Ersatzfähigkeit bei Anmietung eines Fremdfahrzeugs liegt,⁶²³ mag das durchaus zutreffend sein; das Problem liegt aber im Regelfall darin, dass ein solches am Markt gar nicht oder jedenfalls ständig verfügbar ist, zur Aufrechterhaltung des Fahrbetriebs eines Verkehrsunternehmens aber gerade das gegeben sein muss. Diese Grundsätze werden – wie in Deutschland – nicht angewendet, wenn eine Privatperson auf ein Zweitfahrzeug zurückgreift, wogegen Bedenken bestehen.⁶²⁴

V. Folgeschäden

1. Umsatzsteuer. In Bezug auf die Ersatzfähigkeit der USt hat der österreichische Gesetzgeber eine gut gemeinte Regelung geschaffen, nämlich Art XII Z 3 EGUStG. Um den Haftpflichtprozess von umsatzsteuerrechtlichen Problemen zu entlasten, soll zunächst die gesamte USt zugesprochen werden; und erst in einem nachfolgenden – gesonderten – Regressprozess soll dann die USt-rechtliche Frage geklärt werden. Das mag für die Einführungsphase angemessen (gewesen) sein, mittlerweile bringt das aber mehr Komplikationen als Vereinfachungen, weshalb die Norm so restriktiv wie möglich ausgelegt werden sollte.⁶²⁵ Vor allem ist nicht immer sichergestellt, dass der Geschädigte als Empfänger zur späteren

⁶¹³ OGH 17.4.1975 – 2 Ob 10/75, ZVR 1976/75.

⁶¹⁴ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 811; kritisch als viel zu hoch Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 73, weil lediglich die verschleißabhängige Abnutzung des eigenen Fahrzeugs erspart wird.

⁶¹⁵ OGH 3.6.1982 – 8 Ob 128/82, ZVR 1983/189; Hinteregger ZVR 2014, 480 (486).

⁶¹⁶ OGH 17.2.2010 – 2 Ob 113/09w, ZVR 2010/157 mAnm Ch. Huber; OGH 2.2.1978 – 2 Ob 279/77m, ZVR 1978/264; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 816; Hinteregger ZVR 2014, 480 (484).

⁶¹⁷ OLG Wien 16.9.1997 – 11 R 117/97z, ZVR 1998/83; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 824.

⁶¹⁸ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 815.

⁶¹⁹ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 831.

⁶²⁰ Hinteregger ZVR 2014, 480 (484); Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 832 f.

⁶²¹ OGH 23.2.1995 – 2 Ob 10/95, ZVR 1995/129.

⁶²² OGH 23.2.1995 – 2 Ob 10/95, ZVR 1995/129.

⁶²³ OGH 6.12.2001 – 2 Ob 272/01s, dazu Fötschl ZVR 2003, 220; OGH 27.6.1996 – 2 Ob 54/95, dazu Ch. Huber *ecolex* 1997, 77.

⁶²⁴ Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 81.

⁶²⁵ Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 85.

Rückzahlung der empfangenen USt auch in der Lage ist, was namentlich bei dessen alsbaldiger Insolvenz jedenfalls zu verneinen ist. Abhilfe mag der Einwand der Rechtsmissbräuchlichkeit schaffen. Bei Auslandsunfällen und Vornahme einer dortigen Reparatur bzw Ersatzbeschaffung sollte jedenfalls in EU-Staaten die Abzugsfähigkeit der ausländischen USt bei Einführung der im Ausland reparierten oder angeschafften Sache dazu führen, dass dann ebenfalls USt nach inländischem Recht anfällt. Insofern dürfte die ältere Rechtsprechung, wonach nur die im Ausland anfallende USt ersatzfähig ist,⁶²⁶ jedenfalls bei Rückholung der beschädigten Sache ins Inland überholt sein. Zu beachten ist schließlich, dass weder der Restwert noch der merkantile Minderwert USt enthält.⁶²⁷

- 325 **2. Finanzierungskosten – ersatzfähig unabhängig von Aufforderung zur Vorschussleistung und Vermögensverhältnissen des Geschädigten.** Der Geschädigte ist nicht verpflichtet, für Restitutionsmaßnahmen (Reparatur, Ersatzbeschaffung, Mietfahrzeug) eigenes Kapital einzusetzen.⁶²⁸ Wenn er auch ohne Aufforderung des Ersatzpflichtigen zur Vorschussleistung Eigenkapital einsetzt, kann er den Zinsentgang des dadurch gebundenen Kapitals verlangen.⁶²⁹ Bei alternativem Einsatz von Fremdkapital sind die Fremdkapitalzinsen und sofern erforderlich sowie tatsächlich angefallen auch eine Kreditvermittlungsg Gebühr zu ersetzen.⁶³⁰ Der Schädiger kann allerdings den Gegenbeweis führen, dass er bei entsprechender Aufforderung einen Vorschuss geleistet hätte, sodass insoweit keine Finanzierungskosten angefallen wären. Wegen dieses Verstoßes gegen die Schadensminderungsobligenheit sollen dann die Finanzierungskosten nicht gebühren.⁶³¹ Allerdings ist mE anzurechnen, was der Ersatzpflichtige sich dadurch erspart hat, wofür freilich der Geschädigte beweispflichtig ist. Wenn der Schädiger auch nach Einbringung der Klage nicht leistet, spricht das allerdings dagegen, dass er auf Aufforderung einen Vorschuss geleistet hätte.⁶³²

- 326 **3. Inanspruchnahme der Kaskoversicherung.** Der Geschädigte muss zur Abwendung von Folgeschäden seine Kaskoversicherung in Anspruch nehmen, wenn das leicht und ohne Gefahr irgendwelcher Nachteile möglich ist;⁶³³ sofern ein Bonusverlust, also ein Rückstufungsschaden entsteht, ist das nicht gegeben. Ansonsten ist die Inanspruchnahme einer Kaskoversicherung nur geboten, wenn dadurch Kreditkosten und Spesen vermieden werden.⁶³⁴ Der Rückstufungsschaden in der Kaskoversicherung ist dann ersatzfähig.⁶³⁵ Nicht immer wird der Geschädigte ohne Weiteres abschätzen können, ob der – in die Zukunft wirkende – Rückstufungsschaden oder die Finanzierungskosten höher sind, weiß er doch nicht, wann der gegnerische Kfz-Haftpflichtversicherer zahlt. Die Inanspruchnahme der eigenen Kaskoversicherung sollte im Zweifel erst erfolgen, wenn der Ersatzpflichtige auch einen Vorschuss verweigert. In einer älteren Entscheidung⁶³⁶ hat der OGH bei Beteiligung von ausländischen Fahrzeugen die Inanspruchnahme der Kaskoversicherung auch ohne Zahlungsaufforderung an den gegnerischen Haftpflichtversicherer gebilligt und den daraus resultierenden Verlust des Schadensfreiheitsrabatts als ersatzfähigen Vermögensschaden zuerkannt. Die Begründung war, dass bei Kfz-Schäden, bei denen eine ausländische Kfz-Haftpflichtversicherung (in concreto eine italienische) einstandspflichtig ist, stets mit Scherereien

⁶²⁶ OGH 28.3.1990 – 2 Ob 128/89, VersR 1991, 721 mAnm Ch. Huber; Fucik/Hartl/Schlösser, Handbuch VI, Rn. 821.

⁶²⁷ Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (218).

⁶²⁸ OGH 24.3.1998 – 1 Ob 315/97y, SZ 71/56 (verstärkter Senat); OGH 1.9.1983 – 6 Ob 798/82, SZ 56/126; OGH 5.6.1984 – 2 Ob 80/83, ZVR 1985/131; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 40; Fucik/Hartl/Schlösser, Handbuch VI, Rn. 825; Hinteregger ZVR 2014, 480 (481).

⁶²⁹ OGH 24.3.1998 – 1 Ob 315/97y, SZ 71/56 (verstärkter Senat); OGH 1.9.1983 – 6 Ob 798/82, SZ 56/126; Hinteregger ZVR 2014, 480 (481).

⁶³⁰ OGH 1.7.1982 – 8 Ob 148/82, SZ 55/104.

⁶³¹ OGH 14.4.1999 – 7 Ob 24/99a, eclex 1999/213; Hinteregger ZVR 2014, 480 (481).

⁶³² OGH 2.9.1987 – 1 Ob 610/87, SZ 60/157; Fucik/Hartl/Schlösser, Handbuch VI, Rn. 826.

⁶³³ OGH 25.5.1977 – 8 Ob 80/77, ZVR 1978/45; Hinteregger ZVR 2014, 480 (481).

⁶³⁴ OGH 4.12.1980 – 8 Ob 206/80, ZVR 1981/216.

⁶³⁵ Fucik/Hartl/Schlösser, Handbuch VI, Rn. 820.

⁶³⁶ OGH 21.5.1987 – 8 Ob 33/87, JBl 1987, 723.

und zeitlichen Verzögerungen zu rechnen sei. Zu bedenken ist, dass seit Umsetzung der KH-Richtlinien der Geschädigte nunmehr einen inländischen Ansprechpartner hat, sodass fraglich ist, ob die damals eingenommene Position für solche Schadensfälle heute noch gültig ist.⁶³⁷

4. Ersatzfähigkeit von Sachverständigenkosten. Im Regelfall stellt sich dieses Problem im österreichischen Recht nicht, weil der Kfz-Haftpflichtversicherer den Sachverständigen bestellt und ihn dann auch entlohnt.⁶³⁸ Soweit die Einschaltung eines Sachverständigen durch den Geschädigten erfolgt, weil das namentlich für die Bezifferung der Schadenshöhe erforderlich ist, gebührt Ersatz aus dem Titel des Schadenersatzes und nicht als vorprozessuale Kosten;⁶³⁹ dieser Anspruch ist nach § 1333 Abs. 2 ABGB im Rechtsweg zu verfolgen.⁶⁴⁰

VI. (Bewegliche) Sachen unter Eigentumsvorbehalt sowie Leasingsachen

1. Eigentumsvorbehalt. a) Interessenlage. Bei Beschädigung oder Zerstörung einer unter Eigentumsvorbehalt stehenden Sache sind sowohl der Vorbehaltsverkäufer als auch der Vorbehaltskäufer geschädigt. Ohne Beeinträchtigung der Sachsubstanz hätte der Vorbehaltsverkäufer die intakte Sache als Sicherung für die noch offene Kaufpreisforderung. Der Vorbehaltskäufer hätte die Sache nutzen können und nach Zahlung der letzten Kaufpreisrate Anspruch auf das Eigentum. Als werdender Eigentümer genießt er wie ein Ersitzungsbesitzer nach § 372 ABGB Schutz, der auch die Berechtigung zur Geltendmachung von Schadenersatz mit einschließt.⁶⁴¹ Außer Streit steht, dass aus dem Umstand, dass sowohl der Vorbehaltsverkäufer als auch der Vorbehaltskäufer unmittelbar Geschädigte sind, nicht dazu führen darf, dass der Ersatzpflichtige mehr als einmal zahlen muss.⁶⁴²

Nach Zahlung der letzten Rate ist allein der Vorbehaltskäufer, der dann Eigentümer ist, anspruchsberechtigt; nach berechtigtem Rücktritt des Verkäufers vom Vertrag, namentlich nach Zahlungsverzug des Käufers, ist allein der Vorbehaltsverkäufer anspruchsberechtigt. Probleme bereitet die Rechtslage von der Übergabe der Vorbehaltssache bis zur vollständigen Abzahlung des Kaufpreises. Durch die Schadenersatzleistung soll möglichst die Rechtslage zwischen Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer hergestellt werden wie ohne schädigendes Ereignis. Namentlich im Fall der Insolvenz des jeweils anderen Vertragspartners soll die Rechtslage des Gläubigers – des Verkäufers in Bezug auf die Kaufpreisforderung bzw. des Käufers auf Übertragung des Eigentums – nicht verschlechtert werden.⁶⁴³ Zu bedenken ist dabei, dass es keine dingliche Surrogation gibt, also eine dingliche Sicherung, wie sie in Bezug auf die Sache bestand, in Bezug auf die Geldforderung oder einen empfangenen Geldbetrag nicht gegeben ist. Zugleich ist das Interesse des Ersatzpflichtigen zu schützen, an den richtigen Schadenersatzgläubiger zu leisten.

b) Aktivlegitimation. Der OGH⁶⁴⁴ hat mittlerweile anerkannt, dass beide, Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer, unmittelbar geschädigt sind. Eine neuere überzeugende Literaturansicht⁶⁴⁵ vertritt die Meinung, dass es sich um eine Gesamthandforderung⁶⁴⁶ han-

⁶³⁷ Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 43.

⁶³⁸ Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (165).

⁶³⁹ *Kriegner ZVR* 2014, 40 (42).

⁶⁴⁰ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 830.

⁶⁴¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht II, A/2 Rn. 177.

⁶⁴² *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB § 1063 Rn. 92; *Thoss JBl* 2003, 277 (280 f.).

⁶⁴³ *Thoss JBl* 2003, 277 (288 f.).

⁶⁴⁴ OGH 19.4.1979 – 7 Ob 768/78, SZ 52/63 = ÖJZ 1979/219; OGH 22.11.1978 – 1 Ob 33/78, SZ 51/164 = ÖJZ 1979/86.

⁶⁴⁵ *Thoss JBl* 2003, 277; *Koziol*, Haftpflichtrecht II, A/2 Rn. 178.

⁶⁴⁶ Diese unterscheidet sich von einer Gesamthandforderung bei der durch die Leistung an einen Gesamtgläubiger schuldbeitragende Wirkung auch in Bezug auf die Forderung des anderen Gesamtgläubigers eintritt. Diese Lösung wäre am schuldnerfreundlichsten, belastet aber Vorbehaltsverkäufer bzw. Vorbehaltskäufer mit einem zusätzlichen Insolvenzrisiko, so zutreffend *Thoss JBl* 2003, 277 (289).

delt, der Ersatzpflichtige jedenfalls in Bezug auf den Substanzschaden nur an beide gemeinsam schuldbeitragend leisten kann.⁶⁴⁷ Sofern für ihn nicht erkennbar ist, dass der Inhaber der Sache nicht der (Voll-)Eigentümer ist, greift die Gutgläubensschutznorm des § 367 ABGB ein, nämlich der Fall des Vertrauensmannes. Wenn ein Gutgläubenserwerb in Bezug auf den Eigentumserwerb – im deutschen Recht gemäß § 932 BGB, kein Ausschlussgrund nach § 935 BGB – von dem möglich ist, dem der Eigentümer die Sache freiwillig übergeben hat, muss ein solches Vertrauen auch in Bezug auf die Rechtswirksamkeit der Schadenersatzzahlung schutzwürdig sein.⁶⁴⁸

- 331 **c) Schutz des gutgläubigen Ersatzpflichtigen.** Geschützt wird insoweit lediglich der gutgläubige Zahlende, wobei man vom Ersatzpflichtigen keine Nachfrageobliegenheit in Bezug auf die Eigentumsverhältnisse verlangen können. Wenn er freilich vom Eigentumsvorbehalt Kenntnis hat bzw er diesbezüglich nicht gutgläubig war, ist die Zahlung an den Vorbehaltsverkäufer oder den Vorbehaltskäufer nicht schuldbeitragend. Davon wird man insoweit eine Ausnahme machen müssen, als die beschädigte Sache bereits fachgerecht repariert oder durch eine andere ersetzt wurde und im Regelfall der Käufer – ausnahmsweise der Verkäufer – mit den Kosten in Vorlage getreten ist. Dann ist dadurch sowohl dem Restitutionsinteresse des Vorbehaltskäufers als auch dem Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers ausreichend Rechnung getragen, sodass die Erstattung der Kosten an den, der sie vorläufig getragen hat, den Vorbehaltskäufer bzw Vorbehaltsverkäufer, schuldbeitragende Wirkung haben muss. Entsprechendes gilt für die Freistellung von der Verbindlichkeit zur Leistung des Werklohns durch Direktzahlung des Ersatzpflichtigen an die Werkstatt für die Reparatur oder den Verkäufer für die Anschaffung einer Ersatzsache. Schon der Anspruch auf den merkantilen Minderwert unterliegt wiederum der Gesamthandbindung, weil insoweit jedenfalls das Interesse des werdenden Eigentümers schutzwürdig ist, aber auch das Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers betroffen sein kann.
- 332 **d) Nutzungsausfallsschaden.** Bezüglich des Nutzungsausfallsschaden, etwa der Mietwagenkosten, eines Verdienstentgangs oder der frustrierten Aufwendungen, ist der Vorbehaltskäufer als anspruchsberechtigt anzusehen,⁶⁴⁹ weil das ein Schadensposten ist, der sich auf das – legitime – Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers nicht auswirkt.⁶⁵⁰
- 333 **e) Praxistipp für Geschädigte und Ersatzpflichtigen.** Der Praxis ist folgender Ratsschlag zu geben, um sich nicht in dogmatischen Spitzfindigkeiten zu verheddern: Durch Abtretung der jeweiligen Ansprüche sollte auf Seite des Geschädigten ein Anspruchsteller begründet werden. Sofern das nicht der Fall ist, sollte der Ersatzpflichtige sich nicht dem Risiko aussetzen, an einen nicht berechtigten Schadenersatzgläubiger zu leisten mit der Folge, jedenfalls die Mühe der Rückforderung, im schlimmsten Fall aber beim Rückforderungsanspruch das Insolvenzrisiko des nicht berechtigten Gläubigers zu tragen; anzuraten ist vielmehr eine gerichtliche Hinterlegung nach § 1425 ABGB mit der Folge, dass es dann Angelegenheit von Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer ist, darüber zu streiten, wem zu welchem Zeitpunkt ein Betrag in welcher Höhe zusteht. Eine Zahlung an einen Schadenersatzgläubiger kann allerdings dann ohne Risiko erfolgen, wenn der Ersatzpflichtige gutgläubig meinen durfte, der Vorbehaltskäufer sei Eigentümer, oder dieser nachweist, dass er eine Naturalrestitution durch Reparatur oder Ersatzbeschaffung bewirkt habe.
- 334 **2. Leasing. a) Rechtsnatur des Vertrags zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer.** Leasing ist ein im ABGB nicht geregelter Vertragstypus, der eine Mittelstellung zwischen Miete und Kauf einnimmt und häufig in allgemeinen Geschäftsbedingungen die

⁶⁴⁷ AA Aicher in *Rummel/Lukas*, ABGB § 1063 Rn. 92, der eine Teilforderung annimmt, je nach dem – pro Zahlung abnehmendem – Sicherungsinteresse des Vorbehaltsverkäufers. Das hat eine permanente Klagsänderung bei prozessualer Streitaustragung zur Folge, was *Thoss* JBl 2003, 277 (285, 288) zu Recht als wenig praktikabel ansieht.

⁶⁴⁸ *Thoss* JBl 2003, 277 (284); *Koziol*, Haftpflichtrecht II, A/2 Rn. 182.

⁶⁴⁹ *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB § 1063 Rn. 92.

⁶⁵⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht II, A/2 Rn. 181.

Nachteile von Kauf und Miete auf den Leasingnehmer überwälzt, wobei es eine besondere Vielfalt der Ausgestaltung von Leasingverträgen gibt. Charakteristisch ist eine Gebrauchsüberlassung für einen bestimmten Zeitraum. Die Überwälzung der Gefahr auf den Leasingnehmer erfolgt wie beim Kaufvertrag: Der Leasingnehmer muss im Rahmen der Preisgefahr die Leasingraten zahlen, auch wenn die Sache nach Übergabe aufgrund eines Zufalls unbenutzbar wird oder zufällig untergeht; mitunter hat der Leasinggeber in solchen Fällen sogar das Recht, die offenen Leasingraten – unter Berücksichtigung einer Abzinsung – als Kapitalbetrag zu fordern. Er ist aber häufig auch mit der Sachgefahr belastet: So muss der Leasingnehmer die Sache wiederherstellen. Abgedeckt werden diese Pflichten durch eine Kaskoversicherung, deren Prämie der Leasingnehmer zu begleichen hat. Es verbleibt dabei ein Selbstbehalt, den der Leasingnehmer zu tragen hat. Zum Teil finden sich im Leasingvertrag Regelungen über die Modalitäten der Reparatur und der Ersatzbeschaffung; ausnahmsweise auch solche zur Aktivlegitimation gegenüber einem Schädiger, wenn dieser für die Beschädigung oder Zerstörung der Sache einstandspflichtig ist. Eine Parallele zum Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist insoweit gegeben, als der Leasinggeber während der Gebrauchsüberlassung an den Leasingnehmer Eigentümer bleibt. Im Unterschied zum Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt soll der Leasingnehmer nur ausnahmsweise nach Ablauf der Laufzeit Eigentum erwerben können, so wenn ihm im Leasingvertrag eine Kaufoption eingeräumt worden ist.

b) Zwei zentrale Fragen. Wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt stellt sich beim Leasingvertrag die zentrale Frage, ob nur der Leasinggeber, der Eigentümer ist, unmittelbar Geschädigter ist, oder auch – in welchem Umfang? – der Leasingnehmer. Von der Beantwortung dieser Vorfrage ist abhängig, welche (Folge-)Schäden über die Wiederherstellung der Substanz der Leasingsache hinaus ersatzfähig sind. 335

Die demgegenüber sekundäre weitere Frage ist, wer von den beiden Vertragspartnern, Leasinggeber oder Leasingnehmer, gegenüber dem Schädiger aktivlegitimiert ist. Auch insoweit stellt sich wie beim Eigentumsvorbehalt die Frage des Schutzes des Ersatzpflichtigen, der gutgläubig davon ausgeht, dass der Leasingnehmer, der einen Schadenersatzanspruch ihm gegenüber erhebt, der Eigentümer ist, sodass er mit schuldbefreiender Wirkung an diesen leisten kann. Eingegangen werden soll im hier interessierenden Zusammenhang lediglich auf das Verhältnis des Ersatzpflichtigen zu den – potentiellen – Schadenersatzgläubigern, nicht aber auf die Auswirkungen auf den Leasingvertrag zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer. 336

c) Lösungsansätze. Außer Streit steht, dass im Ausgangspunkt der Leasinggeber als Eigentümer – jedenfalls auch – unmittelbar Geschädigter ist. Es stellt sich jedoch die Frage, ob wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt dort der Vorbehaltskäufer hier der Leasingnehmer unmittelbar Geschädigter ist. Dafür werden zwei unterschiedliche Lösungsansätze bemüht: 337

In (Teilen) der Literatur⁶⁵¹ wird eine analoge Anwendung des § 372 ABGB befürwortet; der Leasingnehmer sei Rechtsbesitzer wie der Vorbehaltskäufer oder Mieter und daher schadenersatzberechtigt. Das führt zu einer Anspruchsberechtigung für den Substanzschaden sowie die beim Leasingnehmer eintretenden Folgeschäden wie Mietwagenkosten und Verdienstentgang. 338

Der OGH⁶⁵² hat bisher offen gelassen, ob er sich diesem Lösungsansatz anschließt. Er hat in den kritischen Fällen vielmehr auf die Figur der Schadensverlagerung verwiesen: Wenn ein Schaden an sich beim primär Geschädigten eintritt, aufgrund einer Gefahrtragungsnorm dieser aber auf einen Dritten überwälzt wird, soll das nicht den Schädiger entlasten. Aus den wenigen höchstrichterlichen Entscheidungen lässt sich freilich nicht mit letzter Sicherheit ableiten, welchen Referenzfall der OGH zugrunde legt: Vergleicht er den 339

⁶⁵¹ Apathy FS Danzl, 2017, 17 (21); Iro, RdW 1992, 330; Fischer-Czermak *ecolex* 1992, 766.

⁶⁵² OGH 16.12.1992 – 2 Ob 533/92, *ecolex* 1993, 379 mAnm *Brell*; OGH 17.6.1993 – 2 Ob 26/93, JBl 1994, 121 = ZVR 1994/39; OGH 24.5.1995 – 2 Ob 33/95, JBl 1996, 114 mAnm *Lukas*.

konkreten Leasingvertrag mit der Konstellation, dass der Leasinggeber als Eigentümer der Sache gar keinen Vertrag mit einem Dritten abgeschlossen hat, dann sind der Substanzschaden und die Mietwagenkosten ersatzfähig. Oder misst er den Leasingvertrag am Gefahrtragungsmodell des nächstverwandten Mietvertrags. Das hätte zur Konsequenz, dass auch die vom Leasingnehmer – wegen der Gefahrüberwälzungsnorm im Leasingvertrag – weiter zu zahlenden Leasingraten ersatzfähig wären, weil das bei Unbenutzbarkeit der Mietsache entgehende Nutzungsentgelt, wie sich das aus der dispositiven Regelung des § 1096 ABGB ergibt, ein ersatzfähiger Folgeschaden des Leasinggebers wäre. Der Umstand, dass dieser Schaden wegen der Gefahrüberwälzungsnorm im Leasingvertrag sich beim Leasinggeber nicht niederschlägt, dürfte konsequenterweise nicht zu einer Entlastung des Schädigers führen.

- 340 Schlussendlich wird erwogen, auch für das Außenverhältnis zum Ersatzpflichtigen für maßgeblich anzusehen, welche Regelungen der Leasingvertrag im Detail vorsieht.⁶⁵³
- 341 Die Hypertrophie dieser Lösungsansätze in Kombination mit der spärlichen höchstgerichtlichen Judikatur führt dazu, dass so manche Detailfrage bis heute ungelöst ist.
- 342 **d) Substanzschaden. aa) Reparaturkosten.** In der Entscheidung JBl 1996, 114⁶⁵⁴ (*Lukas*) hat der OGH den Anspruch auf Reparaturkostenersatz dem Leasingnehmer zuerkannt und das mit der Rechtsfigur der Schadensverlagerung begründet. Die Leasingbedingungen haben vorgesehen, dass abgesehen vom Selbstbehalt, eine Regulierung über die Kaskoversicherung erfolgen solle, wenn der Ersatzpflichtige nicht leistet. Davon abweichend hat der Leasingnehmer in Abstimmung mit dem Leasinggeber die Reparatur der Sache veranlasst – und auch bezahlt, worauf er dann Ersatz vom Schädiger verlangte. *Lukas*⁶⁵⁵ wendet gegen die Bezugnahme auf die Schadensverlagerung ein, dass im Zeitpunkt der Schädigung eine Pflicht des Leasingnehmers gegeben hätte sein müssen, was aber nicht zutraf. Ein Anspruch des Leasingnehmers lasse sich aber unter Bezug auf den Bereicherungsanspruch des § 1042 ABGB begründen: Der Leasingnehmer hat einen Aufwand getätigt, den ein Dritter (der Schädiger) tätigen hätte müssen und kann deshalb Rückersatz verlangen. Das ist freilich eine – allein für Wissenschaftler – bedeutsame Konstruktionsfrage.
- 343 *Fischer-Czermak*⁶⁵⁶ hält diese Entscheidung für aussagekräftig in den Fällen, in denen der Leasingnehmer den Schaden – im Verhältnis zum Leasinggeber – selbst zu tragen habe, wobei es im Wesentlichen um den durch die Kaskoversicherung nicht gedeckten Selbstbehalt gehe. ME greift das insoweit zu kurz, als bisher in diesem Kontext noch nicht darauf hingewiesen wurde, dass die Zulässigkeit der Reparaturkostenabrechnung im Rahmen der Kaskoversicherung wesentlich restriktiver ist als im Haftpflichtfall, wird doch für die Tunlichkeitsschwelle nicht beim Wiederbeschaffungswert, sondern der Differenz von Wiederbeschaffungs- und Restwert angeknüpft.⁶⁵⁷ Dazu kommt, dass die Inanspruchnahme der Kaskoversicherung dazu führt, dass diese den Vertrag kündigen kann, jedenfalls aber typischerweise ein Bonusverlust eintritt und es zu einem Rückstufungsschaden kommt. ME wäre nicht einsichtig, dass das Bestehen einer Kaskoversicherung auf das Außenverhältnis derart durchschlägt, dass nur in eingeschränktem Maß Reparaturkosten vom Schädiger verlangt werden können; außerdem steht der Kaskoversicherung noch § 67 VersVG (Entsprechung zu § 86d VVG) ein im Weg der Legalzession auf sie übergehender Schadensersatzanspruch des Leasingnehmers zu. Zudem kann die Überwälzung von Folgeschäden aus der Inanspruchnahme einer Kaskoversicherung auf den Schädiger nicht davon abhängen, ob

⁶⁵³ *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1323 R.n. 20, 24; *dies.* ZVR 2014, 480 (483). Zu einem solchen Detail *Apathy* FS Danzl, 2017, 17 (25): Wegen des Sicherheitsinteresses des Leasinggebers als Eigentümer muss beim Totalschaden vom Ersatzpflichtigen der Wiederbeschaffungswert bis zur Höhe der noch offenen Ansprüche gegen den Leasingnehmer ersetzt werden.

⁶⁵⁴ OGH 24.5.1995 – 2 Ob 33/95, JBl 1996, 114 mAnm *Lukas*.

⁶⁵⁵ JBl 1996, 115.

⁶⁵⁶ *Fischer-Czermak* ZVR 1997, 38 (42).

⁶⁵⁷ *Ofner* FS Aicher, 2012, 515: Totalschaden in der Kaskoversicherung, wenn die Reparaturkosten 10 % höher als die Differenz von Wiederbeschaffungswert und Restwert sind.

ein Leasingvertrag besteht oder nicht. Wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist vorzugsweise, in Bezug auf die Reparaturkosten eine Gesamthandforderung von Leasinggeber und Leasingnehmer anzunehmen.⁶⁵⁸ Soweit der Leasinggeber oder der Leasingnehmer die Reparaturkosten aber bereits getragen hat, steht diesem allein ein Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen gegen den Schädiger zu.⁶⁵⁹

bb) Merkantiler Minderwert. Das LGZ Wien⁶⁶⁰ hat einen merkantilen Minderwert des Leasingnehmers abgelehnt, weil der Leasingnehmer als Bestandnehmer zur Veräußerung der Sache nicht berechtigt ist, sodass anspruchsberechtigt ausschließlich der Leasinggeber ist. *Fischer-Czermak*⁶⁶¹ ergänzt freilich zutreffend, dass eine Schadensverlagerung gegeben sei, wenn der Leasingnehmer dem Leasinggeber diesen Schaden ersetzen muss. *Ch. Huber*⁶⁶² hält allein schon den Umstand für beachtlich, dass sich in der Folge das Risiko nicht entdeckter oder behobener Schäden realisieren könne und der Leasingnehmer gleichwohl die ungekürzten Leasingraten weiter entrichten müsse, sodass sich wirtschaftlich der Schaden beim Leasingnehmer niederschlage, was jedenfalls auch für dessen Anspruchsberechtigung spreche. *Fischer-Czermak*⁶⁶³ bejaht eine Anspruchsberechtigung beider, wenn der Leasingnehmer eine Kaufoption habe,⁶⁶⁴ der Leasinggeber sei aber nur anspruchsberechtigt, wenn der Wert der Sache sonst geringer als die noch ausstehenden Leasingraten sei. Das mag eine bis ins letzte Detail ausgewogene Lösung darstellen; mE ist es dem ersatzpflichtigen Dritten aber nicht zumutbar, sich mit solchen Details des Leasingvertrags auseinanderzusetzen. Es ist wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt von einer Gesamthandforderung auszugehen, deren Aufteilung zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer zu erfolgen hat.

cc) Totalschaden. Im Sachverhalt der Entscheidung OGH JBl 1994, 121⁶⁶⁵ verlangte der Leasingnehmer nach Zerstörung der Leasing Sache durch einen Schädiger von diesem die Differenz zwischen dem Wiederbeschaffungswert und den an den Leasinggeber wegen der Vertragsauflösung gezahlten abgezinsten restlichen Leasingraten. Das Begehren wurde abgewiesen, die Anwendbarkeit des § 372 ABGB offengelassen. Der Schaden sei nicht kausal, weil sich das schon früher durch den Vertragsschluss begründete Risiko verwirklicht habe. Kausal sei nur die Pflicht zur sofortigen Zahlung des restlichen Entgelts, soweit er über die Abzinsung hinausgehe; ein solcher Schaden sei aber nicht geltend gemacht worden. Es gebühre auch kein Ersatz frustrierter Aufwendungen und entgangener Sachnutzung, weil die bloße Gebrauchsmöglichkeit neben dem Substanzwert keinen selbständigen Vermögenswert darstelle.⁶⁶⁶ Damit anerkennt der OGH aber implizit einen Schaden, der aus der besonderen Ausgestaltung des Leasingvertrags resultiert; eine Zuerkennung auch in dem vom OGH gebilligten Ausmaß lässt sich aber nur begründen, wenn man einen Schutz des Leasingnehmers nach § 372 ABGB (Rechtsbesitzer) annimmt. Darüber hinaus wird beim Totalschaden eine Gesamthandgläubigerschaft zwischen Leasinggeber und Leasingnehmer angenommen.⁶⁶⁷

e) Nutzungsausfallschaden beim Leasing. aa) Mietwagenkosten und Verdienstentgang. Seit der Entscheidung SZ 65/83⁶⁶⁸ sieht der OGH vom Leasingnehmer aufgewendete Mietwagenkosten für ersatzfähig an und begründet das mit dem Gedanken der Schadensverlagerung: Wenn eine Sache beschädigt werde, stellen aufgewendete Mietwagen-

⁶⁵⁸ *Apathy* FS Danzl, 2017, 17 (22).

⁶⁵⁹ *Apathy* FS Danzl, 2017, 17 (23); Bei Tragung der Aufwendungen durch den Leasingnehmer.

⁶⁶⁰ LGZ Wien 24.8.1994 – 40 R. 402/94, ZVR 1995, 116.

⁶⁶¹ *Fischer-Czermak*, ZVR 1997, 38 (42).

⁶⁶² *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1323 Rn. 67.

⁶⁶³ *Fischer-Czermak* ZVR 1997, 38 (42).

⁶⁶⁴ Für eine alleinige Anspruchsberechtigung des Leasingnehmers in einem solchen Fall *Hinteregger* ZVR 2014, 480 (483).

⁶⁶⁵ OGH 17.6.1993 – 2 Ob 26/93, JBl 1994, 121 = ZVR 1994/39.

⁶⁶⁶ Zustimmung *Fischer-Czermak*, ZVR 1997, 38 (42).

⁶⁶⁷ *Apathy* FS Danzl, 2017, 17 (23); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1332 Rn. 22.

⁶⁶⁸ OGH 27.5.1992 – 2 Ob 17/92, SZ 65/83 = ZVR 1992/154; dazu *Iro* RdW 1992, 330; *Fischer-Czermak* *ecolex* 1992, 766; *Konwitschka* JAP 1992/1993, 116; *Ch. Huber* VersR 1993, 1329.

kosten einen Folgeschaden dar, der typischerweise den Eigentümer treffe, weshalb sie auch dann ersatzfähig seien, wenn sie beim Leasingnehmer anfallen. Diese Entscheidung ist auf weitgehende Zustimmung in der Literatur⁶⁶⁹ gestoßen; uneinheitlich ist lediglich die Einschätzung der Begründung. *Fischer-Czermak*⁶⁷⁰ wendet ein, dass fraglich sei, ob der Leasinggeber ohne Regelung im Leasingvertrag Mietwagenkosten aufgewendet hätte, was zu verneinen sei. Auch sei nach dem Mietvertrag keine Pflicht zur Bereitstellung einer Mietsache gegeben, weshalb die Begründung unzutreffend sei: Wenn dem Leasinggeber keine Kosten entstanden wären, sei kein Fall der Schadensverlagerung gegeben. Begründen lasse sich das Ergebnis jedoch, wenn man dem Leasingnehmer einen petitorischen Schutz nach § 372 ABGB (Rechtsbesitzer) einräume, was jedenfalls bei einer Kaufoption zu bejahen sei.⁶⁷¹ Im konkreten Kontext kommt es mE darauf an, was man als Referenzverhältnis heranzieht, um einen Fall der Schadensverlagerung zu identifizieren. Der OGH klammert jeglichen Vertrag aus und begnügt sich damit, dass Aufwendungen zur Aufrechterhaltung des Nutzungspotenzials typischerweise beim Eigentümer sich niederschlagen. ME ist auch die Sicht möglich, dass derjenige als unmittelbar geschädigt anzusehen ist, auf den infolge der Gefahrtragungsregeln das Risiko des Nutzungsausfalls verlagert wurde.

- 347 Auch in diesem Fall muss mE der Dritte davor bewahrt werden, sich mit Details des Leasingvertrags zu beschäftigen, ob der Leasingnehmer eine Kaufoption hat oder nicht. Wie beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist vom Sicherungsinteresse des Leasinggebers nicht der Nutzungsausfallsschaden betroffen, sodass insoweit der Leasingnehmer allein als aktivlegitimiert anzusehen ist. Das gilt im unternehmerischen Bereich nicht nur für aufgewendete Mietwagenkosten zur Abwendung eines Verdienstentgangs, sondern auch für einen ohne Anmietung eines Mietfahrzeugs eintretenden Gewinnentgang.⁶⁷²
- 348 **bb) Ersatzfähigkeit der Leasingraten.** Der OGH hat in zwei älteren Entscheidungen⁶⁷³ die Ersatzfähigkeit der während der Reparatur gezahlten Leasingraten abgelehnt, weil der Leasingnehmer nur mittelbar Geschädigter und daher anders zu behandeln sei als ein Vorbehaltskäufer, der ein absolutes Anwartschaftsrecht habe. *Apathy*⁶⁷⁴ hat das insoweit kritisiert, als jeder Bestandnehmer petitorischen Schutz analog § 372 ABGB habe; der Ersatz sei allerdings eingeschränkt auf einen Teil der Leasingrate, nämlich der Versicherung und den Finanzierungskosten, im Klartext den Zinsen; daneben sei nicht auch noch der Kaufpreisanteil ersatzfähig. Umstritten ist, ob durch die neuere Entscheidung,⁶⁷⁵ in der dem Leasingnehmer Mietwagenkosten zugesprochen werden, dieses Judiz überholt und ein solcher Schaden zu bejahen ist.
- 349 *Fischer-Czermak*⁶⁷⁶ verneint das, weil die Zahlung der Leasingraten nicht verursacht worden sei. Das trifft zu; allerdings kommt es darauf mE nicht an. Die Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers bei drittverschuldeter Verletzung des Arbeitnehmers ist ebenfalls nicht verursacht; trotzdem besteht kein Zweifel daran, dass der Arbeitgeber sich wegen des verlagerten Schadens regressieren kann.⁶⁷⁷ Hält man – im gegebenen Zusammenhang – die Gefahrtragungsregel des Mietvertrags für maßgeblich,⁶⁷⁸ kommt man zu einem gegenteiligen Ergebnis: Der Vermieter, der bei Unbrauchbarkeit der Mietsache gemäß § 1096 Abs 1

⁶⁶⁹ Iro RdW 1992, 330; *Fischer-Czermak* *ecolex* 1992, 766; *Ch. Huber* *VersR* 1993, 1329 (1330 f.); einschränkend freilich *Konwitschka* *JAP* 1992/1993, 116 (118); Begrenzt auf die Leasingraten während der Stehzeit.

⁶⁷⁰ *Fischer-Czermak* *ZVR* 1997, 38 (40 f.).

⁶⁷¹ *Fischer-Czermak* *ZVR* 1997, 38 (41).

⁶⁷² *Fischer-Czermak* *ZVR* 1997, 38 (41) mit dem Hinweis, dass das nur mit einem eigenen Anspruch des Leasingnehmers aus § 372 ABGB zu begründen sei unter Verweis auf die nur mittelbar einschlägige Entscheidung OGH 16.12.1992 – 2 Ob 533/92, *ecolex* 1993, 379 mAnm *Brell*, in der der OGH den begehrten Ersatzbetrag wiederum unter Berufung auf die Schadensverlagerung zuerkannt hat.

⁶⁷³ OGH 21.12.1983 – 8 Ob 78/83, *JBl* 1985, 231 mAnm *Apathy*; OGH 12.6.1979 – 2 Ob 193/78, *SZ* 52/93.

⁶⁷⁴ *Apathy* *JBl* 1985, 233.

⁶⁷⁵ OGH 27.5.1992 – 2 Ob 17/92, *SZ* 65/83 = *ZVR* 1992/154.

⁶⁷⁶ *Fischer-Czermak* *ZVR* 1997, 38 (39).

⁶⁷⁷ Zur Entwicklung der Rechtsprechung in Österreich *Ch. Huber* *FS* *Dittrich*, 2000, 411.

⁶⁷⁸ So *Ch. Huber* *VersR* 1993, 1329 (1330 f.).

§ 2 ABGB vom Mieter kein Entgelt verlangen kann, könnte den Entfall des Mietentgelts als positiven (Folge-)Schaden vom Schädiger ersetzt verlangen. Dass beim Leasingvertrag – im Innenverhältnis – eine abweichende Gefahrtragungsregel vereinbart wird, also der Leasingnehmer die Leasingraten gleichwohl entrichten muss, kann aber ebenso wenig zu einer Entlastung des Schädigers führen wie im Fall der Verletzung eines Arbeitnehmers und der Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers in Durchbrechung des Synallagmaprinzips „Ohne Arbeit kein Lohn“. ⁶⁷⁹ Eine höchstrichterliche Entscheidung dazu steht freilich aus. Als ersatzfähig werden immerhin die Generalunkosten angesehen, somit die in der Leasingrate steckenden Versicherungskosten ⁶⁸⁰ sowie die frustrierte Kfz-Steuer ⁶⁸¹ und darüber hinaus die Garagierungskosten.

f) Praxistipp für Geschädigte und Ersatzpflichtigen. Die oben beim Eigentumsvorbehalt beschriebenen Grundsätze gelten auch beim Leasing. Komplikationen lassen sich vermeiden, wenn durch Abtretung von Ansprüchen bewirkt wird, dass sie nur von einem Gläubiger geltend gemacht werden. Der Ersatzpflichtige sollte nach Möglichkeit davor bewahrt werden, sich mit Details des Leasingvertrags beschäftigen und das Risiko tragen zu müssen, an den falschen Gläubiger zu leisten. Im Zweifel ist ihm anzuraten, den Ersatzbetrag nach § 1425 ABGB zu hinterlegen. Wenn er gutgläubig annehmen durfte, dass der Leasingnehmer, der den Anspruch erhebt, der Eigentümer sei, sprechen gute Gründe dafür, auch in diesem Fall die Gutglaubensregel des § 367 ABGB zugunsten des Ersatzpflichtigen anzuwenden. Wer konkrete Kosten aufgewendet hat, sei es für Reparatur, Ersatzbeschaffung oder auch Abschleppkosten, ⁶⁸² kann diese allein geltend machen. 350

VII. Beschädigung besonderer Sachen

1. Tier (§ 1332a ABGB). Die Entsprechung zu § 251 Abs 2 S. 2 BGB ist im österreichischen Recht § 1332a ABGB. Die Heilungskosten eines Tieres sollen nicht – wie beim Kfz – mit der wirtschaftlichen Elle gemessen werden. Auch wenn diese den Zeitwert des Tieres um mehr als 10 % übersteigen, sind sie ersatzfähig. ⁶⁸³ Abgestellt wird auf den verständigen Eigentümer in der Lage des Geschädigten. Es wird damit dem Umstand Rechnung getragen, dass Tiere nicht nur Sachen, sondern auch Lebewesen sind und der Eigentümer – mitunter – eine besondere emotionale Nahebeziehung hat, namentlich zu einem Haustier. Nicht ersatzfähig ist jedoch das Gnadenbrot eines invaliden, nicht mehr heilbaren und zum bisherigen Zweck nicht mehr brauchbaren Tieres. ⁶⁸⁴ 351

2. Liegenschaften und Gebäude. Wegen ihrer besonderen Bedeutung ⁶⁸⁵ wird bei Schäden an Liegenschaften und Gebäuden ebenfalls eine hinausgeschobene Tunlichkeitschwelle bei den Reparaturkosten angenommen. ⁶⁸⁶ Darüber hinaus soll bei Liegenschaftsschäden die Absicht der Durchführung einer Restitutionsmaßnahme genügen, ⁶⁸⁷ was allerdings fragwürdig ist. 352

⁶⁷⁹ AA Fischer-Czermak ZVR 1997, 38 (40).

⁶⁸⁰ Fischer-Czermak ZVR 1997, 38 (40).

⁶⁸¹ OLG Wien 9.11.1992 – 14 R 155/92, ZVR 1993/98; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1323 Rn. 74.

⁶⁸² Apathy FS Danzl, 2017, 17 (25).

⁶⁸³ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 838. Weitergehend Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 1332a Rn. 2 unter Verweis auf LG Krems 8.11.2012 – 1 R 127/12 z, Zak 2013/65: Bei einem 2,5 Jahre alten Familienhund dürfen die Heilungskosten den Wert des Hundes (Euro 950) um das Fünffache überschreiten.

⁶⁸⁴ OGH 29.9.1998 – 1 Ob 160/98f, SZ 71/156, ÖJZ 1999, 38.

⁶⁸⁵ Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON § 1323 Rn. 10: Knappe, nicht vermehrbare Wirtschaftsgüter.

⁶⁸⁶ OGH 29.5.1995 – 1 Ob 620/94, SZ 68/101: 270.000 öS Sanierungskosten und verbleibende Wertminderung gegenüber 131.000.- öS an objektiver Wertminderung des Grundstücks; vgl aber OGH 1.3.2017 – 5 Ob 23/17v, ecolex 2017/338 mAnm Mrvoševic: Grenze aber überschritten, wenn bei Hangrutschung Kosten bei 3-fachem des Liegenschaftswertes liegen. Ch. Huber ÖJZ 2005, 161 (162); weitere Nachweise bei Ch. Huber in Schwimann/Neumayr TaKomm § 1323 Rn. 21.

⁶⁸⁷ OGH 29.5.1995 – 1 Ob 620/94, SZ 68/101; kritisch Ch. Huber ÖJZ 2005, 211 (216).

Münchener Kommentar zum Straßenverkehrsrecht

Band 3 Internationales Straßenverkehrsrecht

Herausgegeben von

Dr. Michael Buse

Rechtsanwalt und Avvocato

Dr. Ansgar Staudinger

Professor an der Universität Bielefeld



Zitervorschlag:
MüKoStVR/Bearbeiter Kap./Land R.n.

www.beck.de

ISBN 978 3 406 66353 6

© 2019 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck: Kösel GmbH & Co. KG
Am Buchweg 1, 87452 Altusried-Krugzell

atz: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark

Umschlaggestaltung: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

des Beweismaterials und des Prozessstoffs, soweit diese zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich waren. Vorprozessuale Kosten sind etwa Kosten für Gutachten, Detektivkosten, die Kosten eines Beweissicherungs- sowie eines Provisorialverfahrens oder Kosten für die Privatbeteiligung im Strafprozess.⁸⁸⁹ Ob diese Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren, wird von der Rechtsprechung eher restriktiv gehandhabt.⁸⁹⁰ So stehen vorprozessuale Gutachterskosten nur zu, wenn der Zustand einer Person oder Sache eine sofortige Begutachtung erforderlich macht.⁸⁹¹

Für außergerichtliche **Mahn- und Inkassospesen** ist § 1333 Abs. 2 ABGB⁸⁹² anzuwenden,⁸⁹³ der bestimmt, dass der Gläubiger neben den gesetzlichen Zinsen auch den Ersatz anderer Schäden geltend machen kann. Die Kosten müssen zweckentsprechend sein und in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen. Den Schuldner muss ein Verschulden treffen. Besteht Akzessorietät zum Hauptanspruch, sind nach Auffassung der Rechtsprechung Leistungen von Rechtsanwälten für außergerichtliche Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen (zB außergerichtliche Mahnschreiben) jedoch nach dem anwaltlichen Kostenrecht (§ 23 RATG) abzurechnen.⁸⁹⁴ Dasselbe gilt für die Kosten für die Einholung eines Privatgutachtens.⁸⁹⁵ 409

Kommt es nicht zu einem gerichtlichen Verfahren oder dienen die aufgewendeten Kosten nicht der Vorbereitung eines Gerichtsverfahrens, so können diese Kosten auch selbständig aus dem Titel des Schadenersatzes eingeklagt werden.⁸⁹⁶ 410

X. Schmerzensgeld⁸⁹⁷

1. Allgemeines. Im Unterschied zu Deutschland gibt es – gegenläufig zum Sachschaden – in Österreich eine Vielzahl höchstrichterliche Entscheidungen, die den Vorgang der Bemessung des Schmerzensgeldes präzisieren. Im Folgenden können nur die Eckpunkte mitsamt den Unterschieden zum deutschen Recht dargestellt werden, wobei eine Beschränkung auf das Verkehrsunfallrecht erfolgt.⁸⁹⁸ An vertiefenden Werken zum Schmerzensgeld sei verwiesen auf das Standardwerk von *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*⁸⁹⁹ sowie zum Schockschaden, Fernwirkungsschaden und Hinterbliebenengeld der Länderbericht Österreich im Handbuch Hinterbliebenengeld.⁹⁰⁰ 411

Von vielen Geschädigten wird das Schmerzensgeld als der wichtigste Schadensposten im Rahmen des Personenschadens wahrgenommen. Das liegt daran, dass es insoweit keine sachlich kongruenten Sozialversicherungsleistungen gibt, sodass der Geschädigte diesen Schadensposten allein gegen den Ersatzpflichtigen durchsetzen muss, er ihm aber auch ausschließlich verbleibt. Schon bei mittelschweren und schweren Verletzungen sind indes die materiellen Schäden (Heilungskosten, vermehrte Bedürfnisse, Erwerbsschaden) um ein Vielfaches höher als das Schmerzensgeld.⁹⁰¹ Für das Verhältnis von Unterhaltersatz und Hinterbliebenengeld bei Tötung einer Person gilt Entsprechendes. 412

⁸⁸⁹ *Deixler-Hübner/Klicka* 158; ausführlich Fasching/Konecny/M. Bydliniski § 41 Rn. 40 ff.

⁸⁹⁰ *Buchegger/Markowetz* 194 f; *Reichberger/Fucik* Vor § 40 Rn. 5 ff.

⁸⁹¹ Fasching/Konecny/M. Bydliniski § 41 Rn. 36, 39.

⁸⁹² Mit § 1333 Abs. 2 wurde Art. 3 Abs. 1 lit. e Zahlungsverzugs-RL in das österreichische Recht umgesetzt.

⁸⁹³ RIS-Justiz RS0117503; OGH 7.4.2003 – 2 Ob 251/02d, ZVR 2004/68.

⁸⁹⁴ RIS-Justiz RS0120431; OGH 20.10.2005 – 3 Ob 127/05f, JBl 2006, 380; 22.12.2005 – 6 Ob 131/05s, EvBl 2006/69; M. Bydliniski Zak 2006, 108; aA ABGB-ON/Größ ABGB § 1333 Rn. 16 ff.

⁸⁹⁵ Diff. OGH 11.10.2012 – 1 Ob 189/12v, JBl 2013, 181; 30.09.2009 – 9 Ob 7/09h, MietSlg 61.211; 7.2.2006 – 5 Ob 212/05w, Zak 2006/335.

⁸⁹⁶ *Deixler-Hübner/Klicka* 158.

⁸⁹⁷ Im österreichischen Sprachgebrauch ist der Begriff Schmerzensgeld gebräuchlich, im deutschen Schmerzensgeld.

⁸⁹⁸ Ein weiteres großes Anwendungsgebiet ist das Arzthaftungsrecht.

⁸⁹⁹ *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 10. Aufl. 2013, sowie halbjährlich erscheinend *Danzl*, CD-ROM Schmerzensgeld-Entscheidungen, zuletzt 2018/1.

⁹⁰⁰ Ch. Huber in Ch. Huber/Kadner Graziano/Luckey, Hinterbliebenengeld (2018) Länderbericht Österreich 141 ff.

⁹⁰¹ *Reisinger* ZVR 2008, 49; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 118, 137a.

- 413 Dieser auch für das deutsche Recht zutreffende Befund gilt für Österreich umso mehr, als Haushaltsführerschaden und Pflegeleistungen höher als in Deutschland entschädigt werden,⁹⁰² während die Höchstzusprüche beim Schmerzensgeld in Österreich allenfalls 40 % der deutschen Werte erreichen.⁹⁰³ Immerhin entfallen in Österreich 12 % der Aufwendungen der Kfz-Haftpflichtversicherer auf das Schmerzensgeld.⁹⁰⁴
- 414 Wie beim Sachschaden werden 98,5–99 % der Schadensfälle außergerichtlich reguliert. Die Forderungsanmeldung erfolgt meist durch einen Rechtsanwalt; vor allem bei schweren Verletzungen kommt es zur Einschaltung eines medizinischen Sachverständigen.⁹⁰⁵
- 415 Der Zufluss von Schmerzensgeld beim Geschädigten unterliegt unabhängig von der Auszahlungsform als Kapital oder Rente nicht der ESt.⁹⁰⁶
- 416 Ansprüche auf Schmerzensgeld unter Einschluss von Schockschaden, Fernwirkungsschaden und Angehörigenschmerzensgeld (in Deutschland als Hinterbliebenengeld bezeichnet) bestehen – anders als in Deutschland das Hinterbliebenengeld, das bei einer Vertragsverletzung nicht gebührt – bei jeder Anspruchsgrundlage, somit Delikt, Gefährdungshaftung und Vertrag.⁹⁰⁷
- 417 **2. Haftungsausschluss bei Arbeitsunfall (§ 333 Abs 1 ASVG) und Durchbrechung der Regel bei Einstandspflicht einer Kfz-Haftpflichtversicherung (§ 333 Abs 3 ASVG).** Bei einem Arbeitsunfall kommt es gemäß § 333 Abs 1 ASVG – der Entsprechung der §§ 104 ff. SGB VII im deutschen Recht – zu einem Haftungsausschluss, weil an die Stelle von Schadenersatzansprüchen gegen den Sozialversicherungsträger Ansprüche gegen die gesetzliche Unfallversicherung treten, die allein vom Arbeitgeber finanziert wird. Diese Regel gilt auch für die unechte Unfallversicherung.⁹⁰⁸ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass nach der OGH-Judikatur ein gestörter Gesamtschuldnerausgleich abgelehnt wird mit der Folge, dass ein solidarisch haftender Drittschädiger in vollem Ausmaß – auch für das Schmerzensgeld – einstandspflichtig ist.⁹⁰⁹
- 418 Abweichend von der deutschen Rechtslage besteht in solchen Fällen ein Schmerzensgeldanspruch, wenn es sich um einen Unfall handelt, für den ein Kfz-Haftpflichtversicherer einstandspflichtig ist, unabhängig davon, ob es sich um eine Teilnahme am allgemeinen Verkehr oder eine Dienstfahrt handelt.⁹¹⁰ Umschrieben wird das in der Weise, dass es sich um einen Arbeitsunfall durch ein Verkehrsmittel handeln muss, für das eine erhöhte gesetzliche Haftpflicht vorgesehen ist.
- 419 Der Sache nach geht es um den Zugriff auf die Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung; eine Belastung des Arbeitgebers findet faktisch nicht statt, weil letztlich die Kfz-Haftpflichtversicherung den Schaden zu tragen hat.⁹¹¹ Folgerichtig ist daher die Ersatzpflicht auch bei einer an sich betraglich unbeschränkten Verschuldenshaftung auf die – jeweilige – Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung begrenzt.⁹¹²
- 420 Bedenklich ist freilich, dass kein Anspruch gegeben sein soll, wenn der Arbeitgeber den Abschluss einer obligatorischen Kfz-Haftpflichtversicherung – schuldhaft – unterlassen

⁹⁰² Ch. Huber DAR 2010, 677; aA Reisinger ZVR 2008, 49 (51): Deutschland hat in allen Bereichen ein für den Geschädigten besonders luxuriöses Schadenersatzrecht.

⁹⁰³ LG Aachen 30.11.2011 – 11 O 478/09, BeckRS 2012, 02052: 700.000 Euro; LG Innsbruck 27.6.2016 – 69 Cg 36/11k: 250.000 Euro.

⁹⁰⁴ Reisinger ZVR 2008, 49.

⁹⁰⁵ Fucik/Hartl/Schlosser Handbuch IV Rn. 664; Reisinger ZVR 2008, 49 (50).

⁹⁰⁶ VfGH 7.12.2006 – B 242/06, ZVR 2007/75 mAnm Danzl.

⁹⁰⁷ Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 30; Koziol Haftpflichtrecht II Rn. 88.

⁹⁰⁸ OGH 18.11.2003 – 1 Ob 251/03y: Unfall in der Schule; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 126.

⁹⁰⁹ Nachweise bei Neumayr/Huber/Ch. Huber in Schwimann/Kodek, PraxisKomm, ASVG § 332 Rn. 52 f. mit Kritik der Literatur.

⁹¹⁰ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 604.

⁹¹¹ Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 126a.

⁹¹² OGH 2.7.1998 – 2 Ob 181/98a, SZ 71/120 = ZVR 1998/123; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 126a.

hat.⁹¹³ Die Regeln des Zugriffs auf die Kfz-Haftpflichtversicherung gelten auch für langsam fahrende Kfz nach § 1 Abs 2 lit b KfG, wenn anstelle der Kfz-Haftpflichtversicherung der Fachverband der Versicherungsunternehmen nach § 6 VOEG einstandspflichtig ist.⁹¹⁴

Bei grob fahrlässiger Verletzung von Arbeitnehmerschutzvorschriften steht nach österreichischem Recht – anders als nach deutschem Recht – dann, wenn bei einem Arbeitsunfall der verletzte Arbeitnehmer bei einem Dauerschaden Anspruch auf eine Versehrtenrente hat, diesem nach § 213a ASVG zusätzlich ein Anspruch auf Integritätsabgeltung gegen die gesetzliche Unfallversicherung zu. 421

3. Ideeller Schaden bei Körperverletzung oder Gesundheitsbeeinträchtigung. 422

a) Verletzung. Es geht um eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität unter Einschluss der psychischen Sphäre. Eine äußerlich sichtbare Verletzung ist keine Voraussetzung für den Zuspruch von Schmerzensgeld.⁹¹⁵ Auch für geistige Erkrankungen und Neurosen gebührt Schmerzensgeld.⁹¹⁶ HWS-Verletzungen spielen in Österreich – jedenfalls in der höchstrichterlichen Judikatur – keine Rolle; womöglich haben die Äpler eine besonders geschmeidige Halswirbelsäule.⁹¹⁷

Möglich ist aber auch, dass die gegenüber Deutschland höheren Revisionsgrenzen dazu führen, dass der OGH keine Gelegenheit hat, sich zu Kausalität und Bemessung von Schmerzen bei HWS-Verletzungen zu äußern.⁹¹⁸ *Fucik/Hartl/Schlosser*⁹¹⁹ bezeichnen solche Verletzungen als anrühiges, weil nur schwer objektivierbares Beispiel.⁹²⁰ Kein Ersatz gebührt bei bloßer Aufregung, Unbehagen und Unlustgefühlen,⁹²¹ so etwa nicht bei starkem und unangenehmem Ölgeruch in einem Einfamilienhaus.⁹²² 423

b) Zielsetzung. Beim Schmerzensgeld nach österreichischem Recht geht es allein um Ausgleich.⁹²³ Eine Genugtuung iS des deutschen Rechts spielt keine Rolle. Folgerichtig ist es daher, dass das Ausmaß des Verschuldens für die Bemessung ohne Bedeutung ist.⁹²⁴ In einer Vielzahl von Entscheidungen⁹²⁵ drückt der OGH sich in etwa so aus: Das Schmerzensgeld soll Genugtuung sein für alles Ungemach, das der Geschädigte wegen seiner Verletzungen und deren Folgen zu erdulden hat; es soll den Verletzten in die Lage versetzen, sich als Ersatz für die Leiden und anstelle der ihm entzogenen Lebensfreude auf andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen.⁹²⁶ Anstelle des Wortes Genugtuung sollte, um Verwechslungen mit dem mit einem anderen Bedeutungsinhalt im deutschen Recht versehenen Terminus zu vermeiden, der Ausdruck Abgeltung stehen. 424

c) Schmerzen. aa) Schmerzensgeldniveau – namentlich im Vergleich zu Deutschland. Betrachtet man die Höchstzusprüche beim Schmerzensgeld, liegen diese in Österreich während der letzten 50 Jahre stets zwischen einem Drittel und 40 Prozent der deutschen Werte; und das ungeachtet aller Beteuerungen in der österreichischen höchstrichterlichen Judikatur, das Schmerzensgeld gerade bei schweren und schwersten Verletzungen 425

⁹¹³ So OGH 9 ObA 48/11s: Dann kein Anspruch des verletzten Arbeitnehmers.

⁹¹⁴ OGH 17.3.2016 – 2 Ob 112/15g, SZ 2016/35 = ÖJZ 2016/110: Gabelstapler; OGH 26.1.2017 – 2 Ob 20/16d, Zak 2017/203 = *ecolex* 2017/287: Elektrohustapler unter Bezugnahme auf die gesetzliche Neufassung in BGBl 2017/19.

⁹¹⁵ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 617.

⁹¹⁶ OGH 28.10.1993 – 2 Ob 46/93, ZVR 1995/73.

⁹¹⁷ Zur medizinischen Sicht *Laubichler* RZ 2006, 30.

⁹¹⁸ Zum Vergleich mit der deutschen Rechtslage *Ch. Huber* ZVR 2011, 423.

⁹¹⁹ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 609.

⁹²⁰ Zur durchaus reichhaltigen Judikatur der Instanzengerichte *Danzl* ZVR 2011, 312.

⁹²¹ OGH 12.7.2000 – 9 Ob 36/00k, ZVR 2001/33; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 607, 609.

⁹²² OGH 7.10.2011 – 5 Ob 176/11k, Zak 2011/793 = *ecolex* 2012/7; *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 105.

⁹²³ *Koziol* Haftpflichtrecht II Rn. 93: Abgeltung des Gesamtkomplexes der Schmerzempfindungen.

⁹²⁴ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 604.

⁹²⁵ OGH 7.6.2016 – 10 Ob 89/15h, ZVR 2017/93 = JBl 2016, 795; OGH 22.1.2015 – 2 Ob 175/14w, Zak 2015/241 = *ecolex* 2016/9; OGH 3.2.2005 – 2 Ob 261/04b, ZVR 2005/118 mAnm *Danzl*.

⁹²⁶ *Koziol* Haftpflichtrecht II Rn. 93.

deutlich über die Inflationsrate hinaus anzuheben. Das höchste Schmerzgeld, das der OGH zuerkannt hat, beläuft sich auf 218.000.- Euro; eine inflationsmäßige Aufwertung nach dem Verbraucherpreisindex würde derzeit (September 2018) zu einem Betrag von ca 300.000.- Euro führen;⁹²⁷ das LG Innsbruck⁹²⁸ hat den nominell höchsten Betrag mit 250.000.- Euro zugesprochen.

- 426 Der Höchstanspruch in Deutschland ist der des LG Aachen⁹²⁹ mit 700.00.- Euro. Allerdings dürfte das gegenüber Deutschland geringere Schmerzgeldniveau in Österreich mehr als kompensiert werden durch die in Österreich höheren Ersatzbeträge bei Haushaltsführung und Pflegedienstleistungen. Österreich liegt beim Schmerzgeld im europäischen Vergleich im oberen Mittelfeld.⁹³⁰
- 427 Auch wenn bei jedem Zuspruch auf die besonderen Umstände des Einzelfalles abzustellen ist, dürften bei weniger gravierenden Verletzungen die Unterschiede zwischen Deutschland und Österreich gering(er) sein. Das ist jedenfalls das Ergebnis einer empirischen Untersuchung zu Armbruch, Bänderverletzung, Unterschenkelbruch, Gesichtsverletzungen und Schleudertrauma; insofern ergaben sich kaum signifikante Unterschiede bei dem von den Tatgerichten zuerkannten Schmerzgeldern.⁹³¹
- 428 **bb) Körperliche und seelische Schmerzen.** Sind seelische Schmerzen Folge einer Körperverletzung, sind solche seelische Schmerzen, mit denen bei einer solchen Körperverletzung typischerweise zu rechnen ist, im Rahmen der Bemessung von Amts wegen – somit ohne besonderes Vorbringen – zu berücksichtigen.⁹³² Solche seelische Schmerzen müssen nicht für sich Krankheitswert haben.⁹³³ Treten seelische Schmerzen isoliert auf, gebührt Ersatz nur bei schwer wiegenden Eingriffen in die psychische Sphäre.⁹³⁴ Das ist gegeben, wenn sie aus ärztlicher Sicht eine Therapie erfordern, somit behandlungsbedürftig⁹³⁵ oder wenigstens diagnostizierbar und somit medizinisch fassbar sind.⁹³⁶ Das ist insbesondere gegeben, wenn die Folgen einer seelischen Erkrankung nicht von selbst abklingen oder wenn ohne ärztliche Behandlung dauernde gesundheitliche Störungen zu befürchten sind.⁹³⁷
- 429 **cc) Bemessungsdeterminanten. (1) Rolle des medizinischen Sachverständigen.** Nur in einfachsten Fällen mit geringem Streitwert erfolgt die Regulierung des Schmerzgeldanspruchs ohne Einschaltung eines medizinischen Sachverständigen.⁹³⁸ Das Gutachten des medizinischen Sachverständigen ist von zentraler Bedeutung. Der medizinische Sachverständige hat Art, Dauer und Intensität der Schmerzen festzustellen; bei der Intensität hat er anzugeben, ob es sich um leichte, mittlere, schwere oder qualvolle Schmerzen handelt bzw handeln wird.⁹³⁹ Der medizinische Sachverständige muss sich bezüglich der künftigen Schmerzen dazu äußern, ob diese auszuschließen, möglich sind oder mit einem bestimmten Beweismaß eintreten werden und in welcher Intensität und in welchem Ausmaß das in welchem Zeitfenster der Fall sein wird.
- 430 Sofern es sich um ein Mitverschulden wegen Unterlassens des Anschnallens des Sicherheitsgurts sowie der Tragung von Schutzkleidung nach § 106 KfG handelt,⁹⁴⁰ hat er zur

⁹²⁷ Koziol Haftpflichtrecht II Rn. 127.

⁹²⁸ LG Innsbruck 27.6.2016 – 69 Cg 36/11k; dazu *Danzl* ZVR 2016, 456.

⁹²⁹ LG Aachen 30.11.2011 – 11 O 478/09, BeckRS 2012, 02052; zur Rechtsprechung in Deutschland bei besonders hohen Schmerzgeldern *Jaeger* ZVR 2013, 112; zur Rechtsprechung in Österreich bei besonders schweren Verletzungen *Kolmasch* Zak 2007, 109.

⁹³⁰ *Karner* ZVR 2016, 112 (119); *Reisinger* ZVR 2008, 49 (51).

⁹³¹ *Flatscher-Thöni/Leiter-Scheiring/Winner* JRP 2014, 85 (87).

⁹³² OGH 17.5.1988 – 2 Ob 51/88, ZVR 1989/135; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 106; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 618.

⁹³³ *Koziol* Haftpflichtrecht II Rn. 95.

⁹³⁴ *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 106.

⁹³⁵ OGH 30.11.2006 – 8 Ob 133/06a, EF-Z 2007/33 mAnm *Gitschthaler*.

⁹³⁶ OGH 21.5.2003 – 2 Ob 120/02i, ZVR 2004/25 = JBl 2004, 176; *Koziol* Haftpflichtrecht II Rn. 97.

⁹³⁷ *Fucik/Hartl* RZ 1994, 148.

⁹³⁸ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 641.

⁹³⁹ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 646, 670.

⁹⁴⁰ Näheres → Rn. 463.

Kausalität der betreffenden Unterlassung und deren Auswirkung auf die Schmerzen Stellung zu nehmen. Außer Streit steht, dass der medizinische Sachverständige die jeweiligen Tatfragen zu klären hat, die Bemessung des Schmerzensgeldes aber eine in die Zuständigkeit des Gerichts fallende Rechtsfrage ist,⁹⁴¹ was Auswirkungen auf die Überprüfung durch ein Rechtsmittel an das Höchstgericht hat.

(2) Spannungsverhältnis zwischen Einzelfallbeurteilung und objektivem Maßstab. Die Bemessung des Schmerzensgeldes bewegt sich zwischen folgenden Polen: Abzustellen ist auf die Umstände des Einzelfalles; zur Vermeidung von Ungleichmäßigkeit ist indes ein objektiver Maßstab anzulegen.⁹⁴² Bald betont der OGH – zur Vermeidung von Ungleichmäßigkeit – die objektivierbaren Kriterien,⁹⁴³ in anderen Entscheidungen wird darauf hingewiesen, dass auch die subjektiven Umstände nicht völlig außer Betracht bleiben dürfen.⁹⁴⁴

Auf die objektiven Kriterien nimmt er bei einer ungebührlichen Überklagung Bezug.⁹⁴⁵ Nicht immer hat der OGH ausreichend im Blick, für welchen Zeitraum ein bestimmter Zuspruch erfolgt.⁹⁴⁶ Der OGH⁹⁴⁷ betont, dass das Schmerzensgeld insbesondere bei schweren Verletzungen nicht zu knapp ausfallen soll und ermuntert die Tatgerichte zu einer im Vergleich zu einer Vorentscheidung vorzunehmenden Anhebung des Zuspruchs über die Inflationsrate hinaus bzw billigt solche Zusprüche.⁹⁴⁸

(3) Globalsumme und nicht Tagessätze. Namentlich in der außergerichtlichen Praxis,⁹⁴⁹ aber auch der der Instanzgerichte,⁹⁵⁰ haben die Tagessätze – differenziert nach leichten, mittleren, schweren und qualvollen Schmerzen – zentrale Bedeutung,⁹⁵¹ sie sollen zu einer einigermaßen vorhersehbaren Bemessung führen.⁹⁵² In der Judikatur wird betont, dass es sich insoweit lediglich um eine Bemessungshilfe, nicht aber eine Berechnungsmethode handle;⁹⁵³ den Besonderheiten des Einzelfalles müsse Rechnung getragen werden,⁹⁵⁴ zudem würden bei einem ausschließlichen Abstellen auf Tagessätze psychische Beeinträchtigungen nicht ausreichend berücksichtigt.⁹⁵⁵

⁹⁴¹ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 670.

⁹⁴² Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 32; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 108.

⁹⁴³ OGH 26.2.2009 – 1 Ob 5/09f, ZVR 2010/7 m Anm Ch. Huber: Höhe des Schmerzensgeldes hat sich in erster Linie an objektivierbaren Kriterien zu orientieren.

⁹⁴⁴ Zum Beispiel OGH 26.7.2006 – 3 Ob 116/05p, ZVR 2006/202 mAnm Karner = ecolex 2007/4 mAnm Wilhelm; dazu Hinghofer-Szalkay/Prisching ZVR 2007, 116; Prisching, Zak 2007, 143; Karner, ZVR 2010, 280.

432–432 Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 605.

⁹⁴⁵ OGH 17.10.2012 – 3 Ob 183/12a, ZVR 2013/159 mAnm Ch. Huber: Schmerzensgeldbegehren von 1 Mio Euro; noch krasser OGH 28.4.2015 – 5 Ob 175/14t, iFamZ 2015/139 mAnm Parapatits: Schmerzensgeldbegehren 1,8 Mio Euro. Es ist darauf hinzuweisen, dass selbst unter Anlegung der Aufwertung nach dem Verbraucherpreisindex bisher ein Höchstzuspruch von 300.000 Euro erfolgte. Eine Steigerung auf das 3- bzw 6-fache war daher völlig unrealistisch.

⁹⁴⁶ OGH 11.9.2014 – 2 Ob 83/14s, Zak 2014/722: 170.000 Euro an eine 48-jährige Frau bis zum Ende der mündlichen Verhandlung, als diese 51 Jahre alt war, somit gerade einmal für 3 Jahre; kritisch Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 117: Dieser Zuspruch ist enorm großzügig und fällt aus dem Rahmen.

⁹⁴⁷ OGH 11.9.2014 – 2 Ob 83/14s, Zak 2014/722; OGH 26.2.2003 – 7 Ob 281/02b, JBl 2003, 650.

⁹⁴⁸ Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 39; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 646; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 108, 118; OGH 22.3.2018 – 2 Ob 218/17y, Zak 2018/335; OGH 18.12.2009 – 2 Ob 105/09v, ZVR 2011/67 mAnm Kathrein = Zak 2010/196.

⁹⁴⁹ Reisinger ZVR 2008, 49 (50): Hinweis, dass durch individuelle Zuschläge ein weitgehender Verhandlungsspielraum bestehe.

⁹⁵⁰ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 646.

⁹⁵¹ Koziol Haftpflichtrecht II Rn. 124: Sie bieten wertvolle Anhaltspunkte für eine erste Orientierung.

⁹⁵² Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 646.

⁹⁵³ OGH 20.1.2005 – 2 Ob 292/04m, ZVR 2005/109 mAnm Danzl; OGH 14.10.2003 – 1 Ob 200/03y, ZVR 2004/49.

⁹⁵⁴ Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 33.

⁹⁵⁵ OGH 20.1.2005 – 2 Ob 292/04m, ZVR 2005/109 mAnm Danzl.

- 435 Auch wenn die Differenzierung in leichte, mittlere, schwere und qualvolle Schmerzen nicht nur für körperliche, sondern auch für seelische Schmerzen gilt,⁹⁵⁶ werden diese mitunter durch einen (pauschalen) Aufschlag zu den körperlichen Schmerzen abgegolten. Jedenfalls erfolgt kein gesonderter Ausweis für körperliche und seelische Schmerzen.⁹⁵⁷ Um eine je schwerere Verletzung es sich handelt, umso eher ist ein Abweichen – im Sinn einer Verminderung des Zuspruchs – zu beobachten.⁹⁵⁸ Die nach OLG-Sprengeln (in Österreich vier, nämlich Wien, Linz, Graz und Innsbruck) geringfügig unterschiedlichen Tagessätze⁹⁵⁹ werden jährlich von *Hartl*⁹⁶⁰ veröffentlicht. Folgende Tagessätze sind derzeit die aktuellen: Für leichte Schmerzen 110 Euro bis 150 Euro, für mittlere Schmerzen 220 Euro bis 250 Euro und für schwere 300 Euro bis 400 Euro; qualvolle Schmerzen werden jeweils individuell bemessen.
- 436 Die Ermittlung des gebührenden Schmerzensgeldbetrags wird entweder durch Aufsuchen einer passenden Vorentscheidung zum möglichst gleichen Verletzungsbild ermittelt, bei der freilich eine Aufwertung nach dem Verbraucherpreis zu erfolgen hat; oder es erfolgt ein Herantasten durch Aufsuchen einer Vorentscheidung mit einem – ebenfalls mit dem Verbraucherpreisindex aufzuwertenden – Ersatzbetrag; und dann stellt man eine Vergleichsbetrachtung an, ob dieser auch für den zu beurteilenden Fall angemessen sein könnte, weil es sich um ein vergleichbares Verletzungsbild handelt.⁹⁶¹ Nach letzterem Ansatz sollte jedenfalls eine derartige Kontrollbetrachtung angestellt werden, um die Plausibilität des Begehrens zu überprüfen. Hinzuweisen ist darauf, dass die Aufwertung früherer Entscheidungen nach dem Datum der Entscheidung des Erstgerichts als Annäherung an den Zeitpunkt des Endes der mündlichen Hauptverhandlung erster Instanz in der österreichischen Judikatur ein konkreter Bezugspunkt und nicht nur ein vager Anhaltspunkt ist.⁹⁶²
- 437 **(4) Schwere der Verletzung oder Leidensdauer.** Umstritten ist, ob es bei einem Dauerschaden primär auf die Schwere der Verletzung⁹⁶³ oder die Leidensdauer ankommt.⁹⁶⁴ Eine Orientierung an dem Präjudiz aus der Schmerzensgeldtabelle betont die Schwere der Verletzung.⁹⁶⁵ Eine Bezugnahme auf die Zielsetzung des Schmerzensgeldes, dass sich der Anspruchsteller Annehmlichkeiten und Erleichterungen für die ihm zugefügte Beeinträchtigung verschaffen kann, muss dazu führen, dass die Leidensdauer die zentrale Bemessungsde-terminante ist.⁹⁶⁶
- 438 Das leuchtet auch unmittelbar ein: Wer länger leidet, hat mehr Schmerzen und demgemäß einen höheren Anspruch. Beachtlich ist dabei, dass die allererste Phase des Umgewöhnens von einem Zustand, in dem der Anspruchsteller zunächst kerngesund und nach der Schädigung beträchtlich beeinträchtigt ist, besonders schmerzlich ist, sodass dafür ein höhe-

⁹⁵⁶ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 648.

⁹⁵⁷ *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 117.

⁹⁵⁸ OGH 17.2.2014 – 4 Ob 204/13y, ZVR 2015/8 = JBl 2014, 804: Auf Basis der Schmerzperioden hätte sich ein höheres Schmerzensgeld ergeben; unter Berücksichtigung des höchsten bisher zuerkannten Schmerzensgeldes wurde der Zuspruch ungeachtet der Berücksichtigung der Geldentwertung aber reduziert; kritisch *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 117.

⁹⁵⁹ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 649: Weitgehende Angleichung in den letzten Jahren.

⁹⁶⁰ Zuletzt *Hartl* RZ 2018, 54.

⁹⁶¹ *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 108a.

⁹⁶² OGH 9.4.2015 – 2 Ob 214/14f, ZVR 2015/201mAnm *Ch. Huber*; OGH 24.8.2011 – 3 Ob 128/11m, ZVR 2012/129 mAnm *Ch. Huber* = Zak 2011/627; OGH 23.3.2007 – 2 Ob 233/06p, ZVR 2007/237 mAnm *Ch. Huber* = Zak 2007/421; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 108.

⁹⁶³ *Koziol* FS Hausheer (2002), 597 (600).

⁹⁶⁴ *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 109 f.; *ders.* VersR 2016, 73; *ders.* in *Schaffhauer/Bächli/Dähler/Landolt/Liniger/Peter* (Hrsg.), Jahrbuch zum schweizerischen Straßenverkehrsrecht 2016, 98 (110 f); *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 32.

⁹⁶⁵ OGH 30.1.2003 – 2 Ob 314/02v, ZVR 2004/37: Hohe Querschnittslähmung, Tod 10 Monate nach dem Unfall; Zuspruch von 61.500.- Euro begründet mit dem (pauschalen) Hinweis, bei Schwereverletzungen insgesamt höhere Schmerzensgeldbeträge zuzuerkennen.

⁹⁶⁶ OGH 25.10.1996 – 1 Ob 2227/96y, ZVR 1997/82: Maßgeblich Dauer und Intensität der Schmerzen; OGH 15.3.2012 – 6 Ob 12/12a, Zak 2012/354: Stimmbandverletzung, Alter bei Schadenszufügung 30 Jahre, Lebenserwartung 82 Jahre; allererste Phase der Eingewöhnung besonders schmerzlich.

rer Betrag anzusetzen ist. Bei der anschließenden Phase ist aber zu beachten, dass die Abgeltung – im Ausgangspunkt proportional – höher ausfallen muss, je länger der Geschädigte leidet. Wie auch sonst bei einer Kapitalzahlung ist einerseits zu beachten, dass das Äquivalent für die künftigen Beeinträchtigungen mit der Inflationsrate aufgewertet werden muss, die künftigen Beträge aber abgezinst werden müssen. Bei den derzeitigen wirtschaftlichen Verhältnissen ist zu beachten, dass die – durchaus mäßige – Inflationsrate höher ist als die bei mündelsicherer Anlage erzielbaren Zinsen.⁹⁶⁷

(5) Bedeutsame Kriterien. Besondere Umstände können zu einem höheren Schmerzensgeld führen;⁹⁶⁸ insoweit bedarf es freilich eines substantiierten anwaltlichen Vortrags: Von der Leidensdauer, für die das Alter des Verletzten typischerweise bedeutsam ist, weil die Schmerzdauer umso länger ist, je jünger die verletzte Person ist, sofern die Verletzung zu keiner Herabsetzung der Lebenserwartung führt, ist zu unterscheiden, dass manche Beeinträchtigungen in einem bestimmten Lebensalter besonders schmerzhaft sind.⁹⁶⁹ 439

Verwiesen sei darauf, dass wegen des Bewegungsdrangs eine Beinamputation bei einem 14-jährigen besonders belastend ist;⁹⁷⁰ ebenso die Blindheit seit Geburt⁹⁷¹ oder die Verunmöglichung sexuell-partnerschaftlicher Aktivitäten (auch noch) bei einer 56-jährigen sportlichen Frau.⁹⁷² *Fucik/Hartl/Schlosser*⁹⁷³ verweisen auf ältere Entscheidungen, die betonen, dass eine Entstellung bei einer Frau schwerer wiege als bei einem Mann, bezeichnen das aber zu Recht als – heute – fragwürdig. Nur bei einer Frau beachtlich sein kann der Verlust der Gebärfähigkeit.⁹⁷⁴ 440

Ein Zuschlag gebührt wegen der Ungewissheit des Heilungsverlaufs⁹⁷⁵ oder der Sorge wegen einer verringerten Lebenserwartung.⁹⁷⁶ Entsprechendes gilt bei der Ungewissheit, den Beruf je wieder ausüben zu können;⁹⁷⁷ der verlorenen Fähigkeit, Sport auszuüben⁹⁷⁸ oder aus einem besonders sportlichen Leben gerissen worden zu sein.⁹⁷⁹ 441

(6) Worauf kommt es nicht an. Die Vermögensverhältnisse von Geschädigtem und Schädiger sind unbeachtlich.⁹⁸⁰ Auch die soziale Stellung und kulturelle Bedürfnisse sollen keine Rolle spielen.⁹⁸¹ Wenn freilich die Beeinträchtigung bei der Sportausübung zu berücksichtigen ist, ist nicht einzusehen, warum das für andere Hobbies nicht gelten sollte. Wird der Verletzte an der Ausübung des Spielens eines Musikinstruments gehindert, wäre mE nicht einzusehen, warum das unbeachtlich bleiben sollte.⁹⁸² 442

Einigkeit besteht nach österreichischem Recht, dass das Ausmaß des Verschuldens keinen Einfluss auf die Höhe des Schmerzensgeldes haben soll.⁹⁸³ Anders als im deutschen Recht 443

⁹⁶⁷ *Ch. Huber* zfs 2018 484 (493 f.); *ders.* in *Schaffhauser/Bächli/Dähler/Landolt/Liniger/Peter* (Hrsg.), Jahrbuch zum schweizerischen Straßenverkehrsrecht 2016, 98 (113).

⁹⁶⁸ *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 32.

⁹⁶⁹ Für die grundsätzliche Unbeachtlichkeit des Alters *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 643.

⁹⁷⁰ OGH 18.12.2009 – 2 Ob 105/09v, ZVR 2011/67 mAnm *Kathrein* = Zak 2010/196.

⁹⁷¹ OGH 24.8.2011 – 3 Ob 128/11m, ZVR 2012/129 mAnm *Ch. Huber* = Zak 2011/627.

⁹⁷² OGH 22.1.2015 – 2 Ob 175/14w, Zak 2015/241 = *ecolex* 2016/9; zustimmend *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 111.

⁹⁷³ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 643.

⁹⁷⁴ OGH 16.9.1985 – 1 Ob 619/85.

⁹⁷⁵ OGH 22.1.2015 – 2 Ob 175/14w, Zak 2015/241 = *ecolex* 2016/9; Zukunfts- und Todesangst, Warten auf eine Spenderleber.

⁹⁷⁶ OGH 7.6.2016 – 10 Ob 89/15h, ZVR 2017/93 = JBl 2016, 795; Angst wegen verringerter Lebenserwartung; *Koziol*, Haftpflichtrecht II Rn. 102.

⁹⁷⁷ OGH 17.5.1988 – 2 Ob 51/88, ZVR 1989/135; Schauspielerin.

⁹⁷⁸ OGH 10.4.1980 – 8 Ob 48/80, ZVR 1981/17.

⁹⁷⁹ OGH 22.1.2015 – 2 Ob 175/14w, Zak 2015/241 = *ecolex* 2016/9.

⁹⁸⁰ *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 32; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 644; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 115; kritisch *Reisinger* ZVR 2008, 49 (53) unter Hinweis darauf dass es auch beim Erwerbsschaden des Geschädigten anders sei.

⁹⁸¹ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 644.

⁹⁸² *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 115; ähnlich *Reisinger* ZVR 2008, 49 (53).

⁹⁸³ *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 32; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 604, 644; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 116.

gibt es nach der österreichischen Rechtsprechung keinen Zuschlag wegen vorsätzlicher Verschleppung der Regulierung durch den Ersatzpflichtigen, typischerweise den Haftpflichtversicherer.⁹⁸⁴

- 444 **dd) Grundsatz der einmaligen Bemessung. (1) Regelfall.** Im Regelfall soll sich ein Gericht nur einmal mit der Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes befassen müssen.⁹⁸⁵ Die zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz nach dem gewöhnlichen Lauf zu erwartenden, auch dem Umfang nach abschätzbaren künftigen Schmerzen sind in die Bemessung einzubeziehen;⁹⁸⁶ diese können – auch bei einem Vorbehalt und/oder einer Feststellungsklage – in späterem Verfahren nicht mehr geltend gemacht werden.⁹⁸⁷
- 445 Maßgeblich ist dieser Zeitpunkt, nicht der Zeitpunkt der Untersuchung des Verletzten durch den medizinischen Sachverständigen oder der Zeitpunkt des Vorliegens des medizinischen Gutachtens. Der Anwalt des Geschädigten muss gegebenenfalls eine Anpassung seines Klagebegehrens vornehmen.⁹⁸⁸ Im Zuge der Regulierung erfolgte Abschlagszahlungen sind nach dem Verbraucherpreisindex aufzuwerten.⁹⁸⁹
- 446 Es gebührt im Regelfall ein einmaliger Kapitalbetrag nach dem Kenntnisstand des Verletzten zum Ende der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz. Zu beachten ist, dass der Anspruchsteller meist ein medizinischer Laie ist. Liegt ein medizinisches Sachverständigen-gutachten vor, muss der Geschädigte sich dieses Wissen aber zurechnen lassen. Eine Obliegenheit zur Einholung eines medizinischen Sachverständigen-gutachtens trifft ihn aber nicht.⁹⁹⁰
- 447 **(2) Ausnahme: Mehrmalige Bemessung.** Ausnahmsweise kommt eine mehrmalige Bemessung in Betracht. Das ist dann der Fall, wenn kein Dauer- bzw Endzustand vorliegt, Schmerzen zum Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz noch nicht endgültig überschaubar erscheinen⁹⁹¹ oder wenn nach dem Grundsatz der Globalbemessung nicht zu erwartende Schmerzen eintreten, mit denen nicht ernstlich zu rechnen war,⁹⁹² oder prozes-suale Gründe eine abschließenden Globalbemessung verhindert haben.⁹⁹³ Die Beweislast dafür, dass ein Begehren auf volle Abgeltung sämtlicher Schmerzen im Vorprozess nicht möglich war und der Anspruchsteller somit nach einem vorangehenden Zuspruch einen Nachschlag fordern kann, trägt der Geschädigte.⁹⁹⁴
- 448 Bei mehrmaliger Bemessung darf insgesamt nicht mehr herauskommen, als hätte sich das Gericht nur einmal mit der Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes befassen müssen. Vorangehende Zahlungen sind mit dem Verbraucherpreisindex aufzuwerten.⁹⁹⁵ Eine

⁹⁸⁴ Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 116.

⁹⁸⁵ OGH 7.6.2016 – 10 Ob 89/15h, ZVR 2017/93; OGH 11.9.2014 – 2 Ob 83/14s, Zak 2014/722 = JBl 2016, 795; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 117.

⁹⁸⁶ OGH 24.8.2011 – 3 Ob 128/11m, ZVR 2012/129 mAnm Ch. Huber = Zak 2011/627: In concreto bei Blindheit seit der Geburt bejaht; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 127; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 653.

⁹⁸⁷ *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 35.

⁹⁸⁸ OGH 16.5.2017 – 2 Ob 59/17s, ÖJZ 2017/135 mAnm *Rohrer* = Zak 2017/372: Bedeutsam ist nicht der Zeitpunkt der Einholung des Sachverständigen-gutachtens, sondern das Ende der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz.

⁹⁸⁹ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 651.

⁹⁹⁰ OGH 17.2.2011 – 2 Ob 103/10a, Zak 2011/334; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 127.

⁹⁹¹ OGH 19.1.2011 – 3 Ob 241/10b, ZVR 2011/243 mAnm Ch. Huber = *ecolex* 2011/227; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 35.

⁹⁹² OGH 29.8.2017 – 5 Ob 120/17h, Zak 2017/615.

⁹⁹³ *Neumayer* ZVR 2012, 324.

⁹⁹⁴ OGH 10.7.2003 – 2 Ob 154/03s; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 669; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 129.

⁹⁹⁵ OGH 30.8.2011 – 2 Ob 240/10y, ZVR 2012/175 mAnm *Neumayer*; OGH 19.1.2011 – 3 Ob 241/10b, ZVR 2011/243 mAnm Ch. Huber = *ecolex* 2011/227; OGH 8.2.2008 – 9 Ob 38/07i, ZVR 2008/154 mAnm Ch. Huber; OGH 1.3.2005 – 2 Ob 8/05y, ZVR 2006/43; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 36; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 653.

Bemessung ist so vorzunehmen, wie wenn das nachträgliche Wissen schon ursprünglich vorhanden gewesen wäre.⁹⁹⁶

(3) Einzelne Konstellationen. (aa) Vorläufige Globalbemessung. Sind zum Ende der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz die künftigen Schmerzen entweder noch gar nicht⁹⁹⁷ oder jedenfalls nicht in ihrem Umfang mit ausreichender Sicherheit abzuschätzen, kann der Geschädigte im Weg einer Teilklage eine Abgeltung der Schmerzen bis zum Ende der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz verlangen.⁹⁹⁸ Lediglich eine solche Teilbemessung ist zulässig, somit eine zeitliche Begrenzung bis zu diesem Zeitpunkt.⁹⁹⁹ Unzulässig wäre aber eine Differenzierung nach Verletzungen.¹⁰⁰⁰

Unstatthaft ist nach der OGH-Rechtsprechung in einem solchen Fall auch eine Einbeziehung von künftigen Schmerzen, auch soweit diese mit ausreichender Sicherheit abschätzbar sind.¹⁰⁰¹ Das ist dann gegeben, wenn Schmerzen in einem bestimmten Mindestausmaß sicher eintreten werden, aber ein darüber hinausgehendes Ausmaß unsicher ist. Wenn das Gericht bei einer Nachklage annimmt, dass künftige Schmerzen bei erstmaligem Begehren ausreichend verlässlich abzuschätzen gewesen wären, ist eine Nachklage auch trotz Vorbehalts und Feststellungsklage unzulässig.¹⁰⁰² Wenn für den Geschädigten – mit hinreichender Gewissheit – absehbar ist, dass künftige Schmerzen eintreten werden, er aber deren Ausmaß nicht abschätzen kann, muss er – auch zur Abwendung der Verjährung – eine Feststellungsklage erheben.¹⁰⁰³

Bedeutsam ist, dass das medizinische Sachverständigengutachten sich möglichst klar ausdrückt, ob künftige Schmerzen sicher eintreten werden, auch das Ausmaß sich abschätzen lässt oder bloß dieses ungewiss ist, oder künftige Schmerzen bloß möglich sind.¹⁰⁰⁴ Wenn das medizinische Sachverständigengutachten mehrdeutig ist, können folgende Komplikationen auftreten:¹⁰⁰⁵

Der Geschädigte versteht das fälschlich in der Weise, dass eine abschließende Beurteilung noch nicht möglich ist und erhebt deshalb bloß eine Teilklage, die die Abgeltung der Schmerzen bis zur letzten mündlichen Streitverhandlung beinhaltet. Das Gericht versteht das Sachverständigengutachten aber gegenteilig und nimmt eine Globalbemessung vor.¹⁰⁰⁶ Da der Geschädigte aber nicht mehr verlangt hat, wird auch nicht mehr zugesprochen; allerdings ist dann eine Nachklage ausgeschlossen.¹⁰⁰⁷ Oder aber der Geschädigte versteht das Gutachten in der Weise, dass auch eine Einbeziehung der künftigen Schmerzen möglich ist, das Gericht nimmt aber bei gegenteiligem Verständnis des Gutachtens bloß eine Teilbemessung vor.¹⁰⁰⁸ Das führt in diesem Fall – lediglich – zu einer Teilabweisung, allenfalls mit negativen Kostenfolgen für den Kläger, eröffnet diesem aber eine Nachklage.

(bb) Nachklage nach vorangehender Globalbemessung – ergänzende Schmerzgeldbemessung. Nach einer vorangehenden Globalbemessung kommen eine Nach-

⁹⁹⁶ Neumayer ZVR 2012, 324 (326).

⁹⁹⁷ OGH 30.8.2011 – 2 Ob 240/10y, ZVR 2012, 175 mAnm Neumayer: Weitere Entwicklung von Kniebeschwerden von Anfang an nicht abschätzbar.

⁹⁹⁸ OGH 28.1.2010 – 2 Ob 242/09s, Zak 2010/239; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 655; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 131.

⁹⁹⁹ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 653.

¹⁰⁰⁰ OGH 27.2.1979 – 2 Ob 13/79, ZVR 1980/19.

¹⁰⁰¹ OGH 16.5.2017 – 2 Ob 59/17s, ÖJZ 2017/135 mAnm Rohrer = Zak 2017/372; OGH 28.1.2010 – 2 Ob 242/09s, Zak 2010/239; OGH 22.2.2007 – 2 Ob 150/06g, ZVR 2007/238 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/422; OGH 22.2.2007 – 2 Ob 127/05y; OGH 29.10.1998 – 2 Ob 254/98m, ZVR 1999/63 = JBl 1999, 605; kritisch Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 128.

¹⁰⁰² OGH 15.10.1998 – 2 Ob 242/98x, ZVR 1999/50; OGH 25.2.1997 – 1 Ob 56/97k, ZVR 1997/67; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 127.

¹⁰⁰³ OGH 28.11.2000 – 1 Ob 134/00p, ZVR 2002/13.

¹⁰⁰⁴ OGH 16.9.2011 – 2 Ob 70/11z, ZVR 2013/9 mAnm Ch. Huber: Zu erwarten bzw. möglich.

¹⁰⁰⁵ Ausführlich dazu Ch. Huber ÖJZ 2008, 83.

¹⁰⁰⁶ So in OGH 25.2.1997 – 1 Ob 56/97k, ZVR 1997/67.

¹⁰⁰⁷ So in OGH 23.3.2007 – 2 Ob 233/06p, ZVR 2007/237 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/421.

¹⁰⁰⁸ So in OGH 22.2.2007 – 2 Ob 150/06g, ZVR 2007/238 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/422.

- klage und damit eine ergänzende Schmerzensgeldbemessung in Betracht, wenn der Geschädigte nachweisen kann, dass weitere, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht zu erwartende Unfallfolgen eintreten, mit deren Eintritt nicht ernstlich zu rechnen war.¹⁰⁰⁹ Eine ergänzende Bemessung ist geboten, wenn Schmerzen entweder gar nicht vorhersehbar oder wenn diese auch nicht annähernd überschaubar waren.¹⁰¹⁰
- 454 Bedeutsam ist insofern eine präzise Abgrenzung dazu, ob eine Geltendmachung gerade dieser Schmerzen bei erstmaliger Geltendmachung möglich war. Eine Nachklage muss somit auch dann möglich sein, wenn sie zwar dem Grunde nach vorhersehbar waren, aber nicht in Intensität und Ausmaß. Sofern eine grobe Abschätzung bei erstmaliger Geltendmachung möglich ist, ist das einer späteren Geltendmachung hinderlich.¹⁰¹¹
- 455 Insofern gibt es bestimmte Grenzfälle, bei denen bei erstmaliger Geltendmachung eine Klarstellung erfolgen sollte. Ein Musterbeispiel für eine zulässige Nachklage ist eine nachträgliche Operation, die von einem Entschluss der Patientin abhängig ist¹⁰¹² oder eine spätere – zufällige – Verletzung, für die die vom Schädiger zu verantwortende Erstschädigung kausal war, etwa eine vom Schädiger zu verantwortende Knieverletzung, die einen unsicheren Gang zur Folge hat, der später zu einem Sturz und einer Schulterverletzung führt.
- 456 **(cc) Prozessuale Gründe.** Wenn der Geschädigte annehmen durfte, dass ihm Schmerzensgeld lediglich in einem Ausmaß zusteht, das unter der bezirksgerichtlichen Streitwertgrenze (15.000.- Euro) liegt, er aber im Zuge des Verfahrens – namentlich nach Vorliegen eines medizinischen Sachverständigengutachtens – einen besseren Kenntnisstand hat und bei Ausdehnung über die bezirksgerichtliche Streitwertgrenze die Gegenpartei sich gemäß § 253 ZPO dagegen ausspricht, ist eine Nachklage zulässig.¹⁰¹³ Der OGH hat klargestellt, dass ein Vorbehalt des Klägers zu wenig ist; der Kläger muss eine entsprechende Ausdehnung beantragt und der Beklagte sich dagegen ausgesprochen haben.¹⁰¹⁴ Eine solche Nachklage ist auch dann zulässig, wenn bei der erstmaligen Geltendmachung das Begehren die Höchstgrenze nicht erreicht wurde und eine Ausdehnung bis zur Streitwertgrenze – 15.000.- Euro – möglich gewesen wäre.¹⁰¹⁵
- 457 **(dd) Nachklage bei Vergleich.** Gerade bei einem Vergleich im Rahmen der außgerichtlichen Regulierung ist es besonders bedeutsam, präzise festzulegen, welche Schmerzen erfasst und welche ausgeklammert werden sollen.¹⁰¹⁶ Der OGH¹⁰¹⁷ nimmt dabei an, dass sich die Abgeltung im Zweifel lediglich auf vorhersehbare Schmerzen erstreckt. Selbst wenn im Rahmen der Globalbemessung für die vorhersehbaren Schmerzen ein großzügiger Betrag festgelegt wurde, ist das bei der Festsetzung eines Schmerzensgeldes für unvorhersehbare nachträgliche Schmerzen nicht dämpfend in Ansatz zu bringen.¹⁰¹⁸ Da die Formulierung im Regelfall vom Haftpflichtversicherer stammt, kann dafür auf § 915 S 2 ABGB verwiesen werden, wonach bei undeutlichen Äußerungen eine Auslegung zu Lasten desjenigen zu erfolgen hat, von dem die Formulierung stammt.

¹⁰⁰⁹ OGH 16.9.2011 – 2 Ob 70/11z, ZVR 2013/9 mAnm Ch. Huber; OGH 19.1.2011 – 3 Ob 241/10b, ZVR 2011/243 mAnm Ch. Huber = *ecolex* 2011/227; OGH 10.7.2003 – 2 Ob 154/03s: *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 35; *Neumayer* ZVR 2012, 324 (326).

¹⁰¹⁰ OGH 23.3.2007 – 2 Ob 233/06p, ZVR 2007/237 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/421; OGH 10.7.2003 – 2 Ob 154/03s; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 654.

¹⁰¹¹ *Neumayer* ZVR 2012, 324.

¹⁰¹² OGH 23.3.2007 – 2 Ob 233/06p, ZVR 2007/237 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/421; *Neumayer* ZVR 2012, 324; *Koziol*, Haftpflichtrecht II Rn. 126.

¹⁰¹³ OGH 29.4.2014 – 2 Ob 44/14f, ZVR 2015/93 mAnm Ch. Huber = *ÖJZ* 2014/136 mAnm *Rohrer*; OGH 9.8.2001 – 2 Ob 173/01g, SZ 74/135 = ZVR 2001/99; OGH 10.9.1998 – 6 Ob 204/98p, ZVR 1999/48 = RZ 1999/35; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 35; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 655; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayer*, TaKomm, § 1325 Rn. 130.

¹⁰¹⁴ OGH 29.4.2014 – 2 Ob 44/14f, ZVR 2015/93 mAnm Ch. Huber = *ÖJZ* 2014/136 mAnm *Rohrer*.

¹⁰¹⁵ OGH 16.5.2018 – 2 Ob 68/18s Zak 2018, 491 = demnächst ZVR mAnm Ch. Huber.

¹⁰¹⁶ Ch. Huber in *Schwimann/Neumayer*, TaKomm, § 1325 Rn. 129.

¹⁰¹⁷ OGH 22.3.2018 – 2 Ob 164/17g, ZVR 2018, 208 mAnm Ch. Huber; OGH 21.4.2015 – 3 Ob 28/15m, Zak 2015/440 mAnm *Kolmasch*; OGH 22.2.2007 – 2 Ob 150/06g, ZVR 2007/238 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/422; OGH 23.3.2007 – 2 Ob 233/06p, ZVR 2007/237 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/421.

¹⁰¹⁸ OGH 22.3.2018 – 2 Ob 164/17g, ZVR 2018/208 mAnm Ch. Huber.

In der Praxis dominiert eine eindeutige Erklärung, wonach sämtliche Schmerzen abge- 458
 golten sein sollen, seien sie vorhersehbar oder nicht vorhersehbar.¹⁰¹⁹ Sofern sich dann ex
 post ein ganz krasses und dem Geschädigten völlig unzumutbares Missverhältnis herausstellt,
 qualifiziert der OGH¹⁰²⁰ einen solchen Vergleich als unwirksam weil sittenwidrig.¹⁰²¹ Bei
 einer Relation von 1:2 hat er das als (gerade noch) nicht gegeben angesehen.¹⁰²² Fraglich
 ist aber, ob die Sittenwidrigkeit der passende Maßstab ist. Denkbar wäre auch eine Inhalts-
 kontrolle im Rahmen von allgemeinen Geschäftsbedingungen, handelt es sich doch typi-
 scherweise um vom Haftpflichtversicherer vorformulierte Textbausteine. Der Maßstab wäre
 in Entsprechung zum dispositiven Recht die Rechtslage bei Zuerkennung eines entspre-
 chenden Betrags durch Gerichtsurteil, bei dem eine Nachklage möglich wäre, wenn das
 Ausmaß künftiger Schmerzen noch nicht ausreichend abschätzbar ist. Gröblich benachteilig-
 end wäre dann jedenfalls, wenn nur eine Abgeltung der bekannten Schmerzen und ein
 Verzicht auf mögliche künftige entschädigungslos erfolgt.

Der Haftpflichtversicherer kann sein legitimes Interesse, die Akte schließen zu können, 459
 dadurch – ohne Risiko des Verdikts der Unwirksamkeit – erreichen, dass er für den unbe-
 dingten Verzicht des Geschädigten auf die Abgeltung nicht vorhersehbarer künftiger Schä-
 den mit diesem eine offen zu legende angemessene Risikoprämie vereinbart. Dem Geschä-
 digten ist von einer solchen Vereinbarung indes abzuraten:¹⁰²³ Einerseits ist es wenig ratsam,
 mit der eigenen Gesundheit zu spekulieren, insbesondere, weil es in solchen Fällen meist
 nicht nur um das Schmerzgeld, sondern auch den sonstigen Vermögenspersonenschaden
 geht; andererseits sind unfallkausale weitere Verletzungen, etwa durch einen späteren Sturz,
 dann ebenfalls ausgeklammert.¹⁰²⁴

ee) Auszahlungsform. Die Zahlung eines Kapitalbetrags ist der Regelfall, die Rente 460
 der Ausnahmefall.¹⁰²⁵ Bei einer sehr schweren Verletzung kann neben dem Kapitalbetrag
 aber auch eine Rente begehrt werden.¹⁰²⁶ Der Kapitalbetrag gebührt zur Überwindung
 der Anfangsschwierigkeiten, die Rente für die Dauerfolgen. Die Voraussetzungen für die
 Zubilligung einer Rente sind im österreichischen Haftpflichtrecht noch restriktiver als im
 deutschen Recht.¹⁰²⁷ Der prototypische Fall im österreichischen Recht ist die Querschnitt-
 lähmung,¹⁰²⁸ abgelehnt wurde das aber etwa bei einer Stimmbandlähmung.¹⁰²⁹

Eine solche Rente kann nach österreichischem Recht auch wertgesichert verlangt wer- 461
 den.¹⁰³⁰ Die Zubilligung von Kapital und Rente darf aber nicht dazu führen, dass der
 Geschädigte – bei Betrachtung ex ante – mehr erhält als bei Zuerkennung ausschließlich
 eines Kapitalbetrags.¹⁰³¹ Entscheidet sich der Geschädigte für die Geltendmachung auch
 einer Rente anstelle eines ausschließlichen Kapitalbetrags, trifft ihn bezüglich der Auszah-
 lungsart kein Kostenrisiko. Hält das Gericht die Voraussetzungen für den Zuspruch einer
 Rente für nicht gegeben, spricht es – ohne nachteilige Kostenfolgen – den korrespondieren-

¹⁰¹⁹ So in OGH 28.3.2017 – 2 Ob 71/16d, ZVR 2018/86 mAnm Ch. Huber = ÖJZ 2017/140 mAnm
 Rohrer/Schellerer = ecolex 2017/429 mAnm Melcher; OGH 16.12.2015 – 2 Ob 36/15f.

¹⁰²⁰ OGH 10.7.1997 – 2 Ob 130/97z, SZ 70/139 = JBl 1998, 39 mAnm Kletecka.

¹⁰²¹ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 656.

¹⁰²² OGH 28.3.2017 – 2 Ob 71/16d, ZVR 2018/86 mAnm Ch. Huber = ÖJZ 2017/140 mAnm Rohrer/
 Schellerer = ecolex 2017/429 mAnm Melcher.

¹⁰²³ Ch. Huber in Schaffhauser/Bächli/Dähler/Landolt/Liniger/Peter (Hrsg.), Jahrbuch zum schweizerischen
 Straßenverkehrsrecht 2016, 98 (116).

¹⁰²⁴ So der Sachverhalt von OGH 16.12.2015 – 2 Ob 36/15f.

¹⁰²⁵ OGH 22.12.2003 – 2 Ob 292/03k, ecolex 2004/153; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm,
 § 1325 Rn. 121.

¹⁰²⁶ Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 37; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI,
 Rn. 657.

¹⁰²⁷ Dazu ausführlich Ch. Huber FS E. Lorenz, 2014, 603; zu Recht ebenfalls kritisch gegen die restriktiven
 Voraussetzungen Koziol, Haftpflichtrecht II Rn. 129.

¹⁰²⁸ OGH 22.12.2003 – 2 Ob 292/03k, ecolex 2004/153.

¹⁰²⁹ OGH 15.3.2012 – 6 Ob 12/12a, Zak 2012/354.

¹⁰³⁰ OGH 25.3.2009 – 2 Ob 150/08k, ZVR 2010/58 mAnm Ch. Huber = ZfRV-LS 2009/37 mAnm

Ofner.

¹⁰³¹ OGH 8.8.2002 – 2 Ob 145/02s, ZVR 2002/95.

den Kapitalbetrag zu.¹⁰³² Wenn der Geschädigte eine Rente möchte, muss er eine solche mit Bezifferung ausdrücklich begehren.¹⁰³³

- 462 **ff) Mitverschulden und Abwägung der Betriebsgefahr.** Während das Mitverschulden bzw die mitwirkende Betriebsgefahr im deutschen Recht ein Bemessungskriterium unter anderen ist, findet in solchen Fällen nach österreichischem Recht eine strikte Kürzung wie beim Personenvermögensschaden statt; es ist zuerst die Höhe des Schmerzensgeldes zu ermitteln und dann ist die Mitverschuldensquote zu bilden.¹⁰³⁴
- 463 Besonderheiten ergeben sich bei Verstoß gegen die Gurtenanschnallpflicht bei Autos und das Sturzhelmtragen bei einspurigen Kfz. Der Lenker eines Kfz ist nach § 106 Abs 5 KfG für das Angurten eines Insassen unter 14 Jahren verantwortlich; daher kommt eine Einwendung von Mitverschulden gegenüber einem noch nicht 14-jährigen Kind nicht in Betracht.¹⁰³⁵ Gemäß § 106 KfG ist ein Mitverschulden des Lenkers nur beim Schmerzensgeld zu berücksichtigen, somit nicht beim Vermögenspersonenschaden. Der OGH wendet diese Sanktion analog auf den sportlich ambitionierter Radfahrer, der keinen Helm trägt,¹⁰³⁶ sowie den Motorradfahrer, der keine Schutzkleidung trägt, an.¹⁰³⁷ Für Kinder unter 12 Jahren besteht beim Radfahren eine gesetzliche Helmpflicht; deren Verletzung begründet nach § 68 Abs 5 StVO aber kein Mitverschulden des Kindes.
- 464 Das Fehlverhalten des Lenkers bei der Anschnallpflicht bzw der Aufsichtsperson beim Tragen des Fahrradhelms, meist eines Elternteils, muss sich der (minderjährige) Geschädigte bei einem deliktischen Anspruch nicht zurechnen lassen.¹⁰³⁸ Sofern ein Ersatzanspruch des verletzten Minderjährigen gegen den Lenker und die Aufsichtsperson in Betracht kommt, kann dem Lenker gegen den Aufsichtspflichtigen ein Rückgriffsanspruch nach der Stärke der Zurechnungsgründe zustehen; meist wird aber das Verschulden des Lenkers deutlich stärker zu gewichten sein.
- 465 Bei solchen Verstößen wird vermutet, dass sie für die Unfallverletzung kausal waren; der Geschädigte kann aber den Gegenbeweis führen, dass auch bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten – Anschnallen, Tragen von Helm bzw Schutzkleidung – ein eben solcher Schaden eingetreten wäre, die Pflichtverletzung somit nicht kausal war.¹⁰³⁹ Soweit dieser Gegenbeweis nicht gelingt, geht der OGH¹⁰⁴⁰ von dem durch Verletzung dieser Pflicht verursachten Schaden von einer pauschalen Kürzung um ein Viertel aus.¹⁰⁴¹ Bei größtem Verschulden erfolgt ein ungekürzter Zuspruch;¹⁰⁴² mitunter beträgt die Kürzung bloß ein Fünftel¹⁰⁴³ oder auch ein Drittel.¹⁰⁴⁴

¹⁰³² OGH 15.4.1993 – 2 Ob 68/92, ZVR 1993/168; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 122.

¹⁰³³ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 668.

¹⁰³⁴ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 631, 636.

¹⁰³⁵ OGH 24.1.2008 – 2 Ob 252/07h, Zak 2008/279; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 634.

¹⁰³⁶ OGH 27.8.2014 – 2 Ob 99/14v, ZVR 2014/218 mAnm *Karner*; dazu Ch. Huber *ÖJZ* 2016, 53; *Fluch*, Zak 2014, 428; *Kraus*, ZVR 2015, 190.

¹⁰³⁷ OGH 12.10.2015 – 2 Ob 119/15m, ZVR 2016/10 mAnm Ch. Huber = *ÖJZ* 2016/10 mAnm *Rohrer/Obermayr* = *ecolex* 2016/14 mAnm *Wilhelm*: Heimfahrt vom Fischteich außerhalb des Ortsgebiets; OGH 27.2.2018 – 2 Ob 44/17k, ZVR 2018/124 mAnm *Danzl*: Fahrt innerhalb des Ortsgebiets.

¹⁰³⁸ OGH 20.1.2009 – 4 Ob 204/08s, SZ 2009/7 = ZVR 2010/8 mAnm Ch. Huber = *ecolex* 2009/110 mAnm *Kletecka* = *ÖZW* 2009, 75 mAnm *Sagerer*: Mitverschulden des Begleiters eines blinden Schiffers; bestätigt in OGH 12.11.2009 – 6 Ob 182/09x, PHi 2010, 56 = Zak 2010/118; OGH 28.2.2012 – 8 Ob 21/11p, PHi 2012, 146 = ZVR 2013/205 mAnm Ch. Huber; OGH 4.3.2013 – 8 Ob 9/13a, Zak 2013/330 = *ÖZW* 2013, 104 mAnm *Sagerer-Foric*; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1355 Rn. 8.

¹⁰³⁹ OGH 23.2.1999 – 7 Ob 41/99a, SZ 72/35 = ZVR 1999/69; OGH 9.2.1988 – 8 Ob 45/87, ZVR 1988/154; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 634.

¹⁰⁴⁰ OGH 29.5.2008 – 2 Ob 42/08b, ZVR 2009/9 = Zak 2008/544.

¹⁰⁴¹ Zustimmung *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 635; kritisch als zu pauschal Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 120.

¹⁰⁴² OGH 23.2.1999 – 7 Ob 41/99a, SZ 72/35 = ZVR 1999/69.

¹⁰⁴³ OGH 29.5.2008 – 2 Ob 42/08b, ZVR 2009/9 = Zak 2008/544: Nicht angeschnallter Beifahrer.

¹⁰⁴⁴ OGH 18.2.1986 – 2 Ob 7/86, ZVR 1987/14: Ganz geringfügiger Fahrfehler des verantwortlichen Lenkers.

d) Besondere Einzelfälle. Es gibt Fälle, in denen wird eine Person so schwer verletzt, 466 dass sie nicht einmal Schmerzempfindungen hat. In solchen Fällen kann das Schmerzensgeld seine genuine Aufgabe, dem Verletzten Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen, nicht erfüllen. Wie der BGH¹⁰⁴⁵ nimmt auch der OGH¹⁰⁴⁶ eine eigene Fallgruppe an, nämlich die Zerstörung der Persönlichkeit. Trotz Kritik aus Teilen der Literatur¹⁰⁴⁷ hält er daran fest¹⁰⁴⁸ und spricht – für österreichische Verhältnisse – sehr beträchtliche Beträge zu.¹⁰⁴⁹ Da solche Personen eine reduzierte Lebenserwartung haben und das Schmerzensgeld seine eigentliche Funktion nicht erfüllen kann, spricht das jedoch mE für einen maßvollen Zanspruch.¹⁰⁵⁰

Entsprechendes gilt für Fälle, in denen ein Unfallopfer nur kurze Zeit überlebt. Wie im 467 deutschen Recht wird dafür eine Mindestüberlebensdauer gefordert. Der OGH¹⁰⁵¹ hat für einen Tag 2.000 Euro zugesprochen.

Ebenfalls 2.000 Euro hat der OGH¹⁰⁵² für eine bloß 10-minütige Todesangst zuerkannt. 468

Für die Verkürzung der der Lebenserwartung als solche gebührt dem Verletzten kein 469 Anspruch auf Abgeltung dieser ideellen Beeinträchtigung im Rahmen des Schmerzensgeldes, weil die Ausgleichsfunktion mit dem Tod endet.¹⁰⁵³

Die Einnahme schmerzstillender Mittel wirkt sich anspruchsmindernd aus, weil dadurch 470 Schmerzen nicht oder in geringerem Umfang erlitten wurden. Sofern damit aber Nebenwirkungen verbunden sind, wirken sich diese anspruchserhöhend aus. Es besteht kein Erfordernis einer Parallelrechnung, welche Schmerzen zu erdulden gewesen wären, wenn keine Schmerzmittel eingenommen worden wären.¹⁰⁵⁴

Eine Vorschädigung kann dazu führen, dass bei einer konkreten Verletzung Schmerzen 471 vom Geschädigten nicht mehr empfunden werden (können); in solchen Fällen spricht der OGH¹⁰⁵⁵ – unter Berufung auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung? – gleichwohl einen Sockelbetrag zu; so war das bei einem Beinbruch eines Querschnittgelähmten, wobei zutreffend darauf hingewiesen wurde, dass eine solche Verletzung für einen Vorgeschädigten – Querschnittgelähmten – besonders belastend sei.

In einer Folgeentscheidung¹⁰⁵⁶ bei einer Knieverletzung eines Querschnittgelähmten 472 präzierte er dies in der Weise, dass er aussprach, dass einem Gesunden bei einer solchen Verletzung 18.000 Euro bis 20.000 Euro Schmerzensgeld zugestanden wären, einem Querschnittgelähmten aber immerhin 14.000 Euro, weil die sonstigen Umstände für einen Querschnittgelähmten belastender als für einen Gesunden seien.

Eine Krankheitsanlage führt zu keiner Minderung des Schmerzensgeldes, es sei denn, 473 diese hätte – später – ebenfalls zu Schmerzen in diesem Ausmaß geführt.¹⁰⁵⁷ Das ist ein Fall überholender Kausalität, für den der Schädiger beweisbelastet ist.¹⁰⁵⁸ Selbst wenn dieser

¹⁰⁴⁵ BGH 13.10.1992 – VI ZR 201/91, BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 mAnm *Deutsch*.

¹⁰⁴⁶ Erstmals OGH 23.4.1992 – 6 Ob 535, 1558/92; seither ständige Rechtsprechung OGH 14.1.1993 – 2 Ob 66/92, ZVR 1993/150; OGH 11.3.1999 – 2 Ob 192/97t, ZVR 2000/54; OGH 1.3.2005 – 2 Ob 55/04h, SZ 2005/26 = ZVR 2005/61 mAnm *Karner*; OGH 17.2.2011 – 2 Ob 106/10t, Zak 2011/335.

¹⁰⁴⁷ *Ch. Huber* ZVR 2000, 218; *Reisinger* ZVR 2008, 49 (53).

¹⁰⁴⁸ OGH 17.2.2011 – 2 Ob 106/10t, Zak 2011/335.

¹⁰⁴⁹ OGH 28.2.1995 – 10 Ob 505/95: 102.000 Euro; OGH 23.4.1992 – 6 Ob 535, 1558/92: 73.000 Euro.

¹⁰⁵⁰ So auch *Koziol* Haftpflichtrecht II Rn. 111.

¹⁰⁵¹ OGH 28.3.2017 – 2 Ob 48/16x, Zak 2017/280.

¹⁰⁵² OGH 3.6.2009 – 7 Ob 43/09p, Zak 2009/473.

¹⁰⁵³ OGH 21.7.2005 – 8 Ob 64/05b, ZVR 2006/88 = JBl 2006, 464; OGH 1.3.2005 – 2 Ob 55/04h, SZ 2005/26 = ZVR 2005/61 mAnm *Karner*; zustimmend *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 615; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 49; aA *Greiter* FS Kohlegger, 2001, 239.

¹⁰⁵⁴ OGH 26.2.2009 – 1 Ob 5/09f, ZVR 2010/7 mAnm *Ch. Huber* = JBl 2009, 646; dazu *Karner* ZVR 2010, 280.

¹⁰⁵⁵ OGH 26.7.2006 – 3 Ob 116/05p, ZVR 2006/202 mAnm *Karner* = *ecolex* 2007/4 mAnm *Wilhelm*.

¹⁰⁵⁶ OGH 11.7.2008 – 3 Ob 78/08d, ZVR 2009/55 = Zak 2008/615.

¹⁰⁵⁷ OGH 17.2.2014 – 4 Ob 204/13y, ZVR 2015/8 = JBl 2014, 804.

¹⁰⁵⁸ OGH 22.3.2018 – 2 Ob 164/17g, ZVR 2018, 208 mAnm *Ch. Huber*; OGH 25.6.2014 – 2 Ob 48/14v, ÖJZ 2015/82 mAnm *Pehm* = ZVR 2015/47 mit Anm *Ch. Huber*; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 114.

Beweis gelingt, gebührt dem Geschädigten Schmerzensgeld für die Phase, um die er Schmerzen früher erdulden musste. Mitunter ist das schädigende Ereignis gerade der Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringt.¹⁰⁵⁹ Vorher gab es bloß „stumme Beschwerden“.

474 Wie in Deutschland kommt eine Versagung von Schmerzensgeld unter Bezugnahme auf eine Begehrensneurose in der jüngeren OGH-Judikatur nicht mehr vor. Gewandelt dürfte sich nicht die Verhaltensweise der Menschen haben, sondern die normative Bewertung.¹⁰⁶⁰

475 **4. Konkurrenz.** Eine Verletzung führt häufig dazu, dass sich eine solche Person im Beruf oder bei der Haushaltsführung mehr anstrengen muss. Für die Berücksichtigung dieses Nachteils kommen mehrere Schadensposten in Betracht. Die Berücksichtigung beim Schmerzensgeld¹⁰⁶¹ führt meist dazu, dass dieses – wenn überhaupt – bloß homöopathisch erhöht wird.¹⁰⁶²

476 Unter besonderen Voraussetzungen kommt der Zuspruch einer abstrakten Rente in Betracht.¹⁰⁶³ Sachgerechter ist mE die Qualifizierung als überobligationsgemäße Anstrengung und diese entweder selbstständig als Vermögensaufwendung zu betrachten oder den Schaden zu ersetzen, der ohne solche Mehranstrengung eingetreten wäre.

477 Die Verunstaltungsentschädigung nach § 1326 ABGB ist eine Besonderheit des österreichischen Rechts. Ungeachtet ihres mäßigen Umfangs dient sie der Abgeltung eines Vermögensschadens, somit der Vermögensnachteile im Beruf oder durch die Vereitelung einer Heiratschance. Folgerichtig ist daneben ein Anspruch auf Schmerzensgeld möglich, das den ideellen Schaden abdeckt, der bei einer Person gegeben ist, die verunstaltet ist.¹⁰⁶⁴

478 **5. Drittschäden: Schock- und Fernwirkungsschäden sowie Angehörigenschmerzensgeld. a) Allgemeines.** Mitunter ereignen sich Schäden dadurch, dass der primär Geschädigte schwer(st) verletzt oder getötet wird, eine andere Person (ein sekundär Geschädigter), die den Unfall miterlebt oder an ihm ebenfalls beteiligt ist, dadurch – neben einer eigenen Körperverletzung oder ohne solche – eine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert erleidet,¹⁰⁶⁵ oder aber die Benachrichtigung bzw die Pflege des primär schwer(st) Verletzten führt dazu, dass ein Angehöriger eine psychische Krankheit erleidet; oder aber ein Angehöriger in solchen Fällen schlicht Trauer und Betroffenheit empfindet, ohne dass eine psychische Erkrankung diagnostizierbar ist.

479 Es ist zu beobachten, dass die österreichische Rechtsprechung sowohl in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen als auch die Höhe des Zuspruchs – diesbezüglich im Gegensatz zum Entschädigungsniveau bei schwersten Verletzungen – deutlich großzügiger ist als die Rechtsprechung in Deutschland.¹⁰⁶⁶ Ersatzansprüche kommen vor in Gestalt des Schockschadens, des Fernwirkungsschadens und des Angehörigenschmerzensgeldes, das in Deutschland seit der Neuregelung in § 844 Abs 3 BGB als Hinterbliebenengeld bezeichnet wird. Zunächst werden die sämtliche Ausprägungen betreffenden Grundsätze erläutert, ehe dann auf die Besonderheiten von Schockschaden, Fernwirkungsschaden und Angehörigenschmerzensgeld eingegangen wird:

¹⁰⁵⁹ Prototypisch OGH 15.5.2012 – 2 Ob 113/11y, Zak 2012/422: Das psychisches Belastungsgefühl eines Triebwagenfahrers war bereits durch Vorunfälle erhöht; *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 127.*

¹⁰⁶⁰ *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 107.*

¹⁰⁶¹ Dafür OGH 16.3.2000 – 2 Ob 83/99s, ZVR 2000/92; OGH 5.6.2002 – 2 Ob 133/02a, JBl 2003, 242 mAnm Faber; ebenso *Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 607*: Grundsätzlich ist diese Belastung ausschließlich über das Schmerzensgeld abzugelten.

¹⁰⁶² *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 82.*

¹⁰⁶³ Näheres dazu → Rn. 372 f.

¹⁰⁶⁴ OLG Wien 4.3.1992 – 16 R 14/92, ZVR 1993/136; *Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 618*; *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 114.*

¹⁰⁶⁵ *Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 619*: Nervenschäden durch Miterleben eines Unfallgeschehens.

¹⁰⁶⁶ Gegenteilig die Einschätzung zum Schockschaden bei *Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 625*: Voraussetzungen in Deutschland mit Österreich durchaus vergleichbar.

Ein solcher Anspruch kann auf jede Anspruchsgrundlage gestützt werden, sei es nun 480
Delikt, Gefährdungshaftung¹⁰⁶⁷ oder Vertrag. Im deutschen Recht erfolgte beim Hinterbliebenengeld dem gegenüber eine Ausklammerung der vertraglichen Haftung. Bedeutsam ist eine vertragliche Haftung im Straßenverkehrsrecht bei Ansprüchen gegen das Reisebüro¹⁰⁶⁸ oder aus einem Beförderungsvertrag;¹⁰⁶⁹ aus einer Sonderverbindung zudem bei der Wegehälterhaftung bei der nach österreichischem Recht eine deliktische Haftung des Wegehälters nach § 1319a ABGB nur bei grober Fahrlässigkeit gegeben ist; bei der Einstandspflicht des Anrainers nach § 93 StVO, die bei jedem Verschulden gegeben ist, findet eine Zurechnung des Gehilfenverhaltens nur nach § 1315 ABGB statt.

Nach österreichischem Recht gibt es solche Ansprüche bei Tod oder schwer(st)er Verlet- 481
zung.¹⁰⁷⁰ Abgesehen davon, dass die Schwelle für die Annahme einer schwer(st)en Verletzung in Deutschland für die Voraussetzung zur Zuerkennung eines Schockschadens höher liegen dürfte, hat der deutsche Gesetzgeber in § 844 Abs 3 BGB schon durch den Terminus Hinterbliebenengeld zum Ausdruck gebracht, dass für Betroffenheit und Niedergeschlagenheit nur im Fall des Todes eine Entschädigung gebührt. Für eine durch die Pflege eines Unfallopfers resultierende seelische Erkrankung des pflegenden Angehörigen gibt es nach deutschem Recht anders als nach österreichischem Recht keinen Ersatz.

Ersatz des ideellen Schadens steht nach österreichischem Recht grundsätzlich bei jedem 482
Verschulden zu; beim Angehörigenschmerzensgeld, der Abgeltung für „bloße“ Trauer, ist allerdings zu beachten, dass Ersatz nur ab grober Fahrlässigkeit gebührt.¹⁰⁷¹ Sowohl ein Mitverschulden des primär Geschädigten¹⁰⁷² als auch ein solches des Anspruchstellers¹⁰⁷³ sind beachtlich, wobei eine Gesamtbetrachtung anzustellen ist und die Kürzungsgründe den Zurechnungsgründen des Ersatzpflichtigen gegenüberzustellen sind.¹⁰⁷⁴ Beim Angehörigenschmerzensgeld wird auch vertreten, dass das Mitverschulden des primär Anspruchsberechtigten nicht zu berücksichtigen sein soll.¹⁰⁷⁵

Bei einem minderjährigen Geschädigten findet keine Zurechnung des Verhaltens des 483
gesetzlichen Vertreters statt, der eine Aufsichtspflichtverletzung begangen hat; der Schädiger und der Aufsichtspflichtige haften vielmehr solidarisch.¹⁰⁷⁶ Eine Beschränkung der Haftung auf eigenübliche Sorgfalt, wie sie das deutsche Recht gegenüber minderjährigen Kindern in § 1664 Abs 1 BGB kennt, was häufig zu einem Ausschluss der Haftung bei leichter Fahrlässigkeit führt, gibt es im österreichischen Recht nicht.

Ausgesprochen hat der OGH¹⁰⁷⁷ in einem Sachverhalt, in dem die verletzte Zeugin 484
Jehovas nach einem infolge eines Verkehrsunfalls vom Schädiger zu verantwortenden Beinamputation eine Blutkonserve verweigert hat, was zu ihrem Tod geführt hat, dass das zwar an sich zu einer Kürzung des Schadensersatzanspruchs des hinterbliebenen Ehemannes – in

¹⁰⁶⁷ OGH 14.6.2007 – 2 Ob 163/06v, SZ 2007/96 = ÖJZ 2007/158 = JBl 2007, 791: Auch wenn ein Anspruch bloß nach dem EKHG gegeben ist; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 624; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 41.

¹⁰⁶⁸ OGH 24.5.2011 – 1 Ob 80/11p, ÖJZ 2011/140 = Zak 2011/472: Tigerhai-Tauchsafari in Florida, Lebensgefährte getötet.

¹⁰⁶⁹ *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 134.

¹⁰⁷⁰ *Hinghofer-Szalkay* ZVR 2008, 444.

¹⁰⁷¹ Näheres dazu → Rn. 496 ff.

¹⁰⁷² OGH 11.5.2010 – 4 Ob 36/10p, SZ 2010/52 = Zak 2010/480 mAnm *Kletecka* = RdM 2010/152 mAnm *Bernat*; OGH 7.7.2005 – 2 Ob 62/05i, ZVR 2006/4; OGH 23.9.2004 – 2 Ob 178/04x, ZVR 2004/105 mAnm *Danzl* = *ecolex* 2005/40; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 48; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 633.

¹⁰⁷³ OGH 23.9.2004 – 2 Ob 178/04x, ZVR 2004/105 mAnm *Danzl* = *ecolex* 2005/40: Zechtour, für den Beifahrer war erkennbar, dass der Lenker alkoholisiert war; *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 145.

¹⁰⁷⁴ *Ch. Huber* FS Schwintowski, 2017, 920, (943 f.).

¹⁰⁷⁵ *Beisteiner* ZVR 2010, 1 (8 f.).

¹⁰⁷⁶ OGH 25.10.1996 – 1 Ob 2227/96y, ZVR 1997/82.

¹⁰⁷⁷ OGH 22.6.2011 – 2 Ob 219/10k, SZ 2011/76 = ZVR 2012/44 mAnm *Ch. Huber* = ÖJZ 2011/152 mAnm *Steininger* = JBl 2012, 251 mAnm *Kalb*; dazu *Gerhartl* Zak 2011, 348 sowie OGH 31.8.2016 – 2 Ob 148/15a, ZVR 2017/92 mAnm *Ch. Huber* = ZfG 2016, 131 mAnm *Leitner* (2. Rechtsgang).

concreto des Angehörigenschmerzensgeldes – führt, allerdings eine Gegenrechnung anzustellen ist, wie hoch die Belastung des Schädigers wäre, wenn sich die Verletzte und später Verstorbene sorgfaltsgemäß verhalten und überlebt hätte. Abzustellen ist auf den gesamten Personenschaden, auf die sachliche Kongruenz der Schadensposten kommt es jedoch nicht an. Wäre dann ihr eigener Schadenersatzanspruch höher, entfällt eine Kürzung.

- 485 Das wird typischerweise der Fall sein, sind doch die Ersatzbeträge Dritter deutlich geringer als die Ansprüche der primär verletzten Person, der häufig Heilungskosten, Erwerbsschaden unter Einschluss des Haushaltsführerschadens und Schmerzensgeld umfasst. Im Verkehrsunfallrecht wird in der Praxis eine Kürzung wegen Mitverschuldens bei Verstoß gegen die Gurtenanschnallpflicht sowie das Tragen von Helm oder Schutzkleidung nach § 106 KfG eine noch größere Bedeutung haben.
- 486 Im österreichischen Recht führt das Arbeitgeberhaftpflichtprivileg nach § 333 Abs 1 ASVG zum Ausschluss von Ansprüchen der Drittgeschädigten;¹⁰⁷⁸ zu beachten ist freilich § 333 Abs 3 ASVG, wonach bei Beteiligung eines Kfz ein Zugriff auf die Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung vorgesehen ist. Im deutschen Recht gibt es zum Schockschaden eine gegenteilige BGH-Entscheidung.¹⁰⁷⁹
- 487 Zielsetzung ist, dass sich die Anspruchsberechtigten Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschaffen können sollen, um über den Tod hinwegzukommen oder die Beschwerden der Pflege besser bewältigen zu können. Jedenfalls im Fall des Todes ist ein Kapitalbetrag die passende Ersatzform, weil es um eine überschaubare Phase nach dem Tod geht.¹⁰⁸⁰
- 488 **b) Schockschaden.** Der prototypische Fall des Schockschadens liegt darin, dass eine Person durch das Mitansetzen des Unfalls¹⁰⁸¹ eine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert¹⁰⁸² erleidet, sei es als Beifahrer¹⁰⁸³ oder Unfallgegner.¹⁰⁸⁴ Es geht um Fälle des Todes¹⁰⁸⁵ – und sei es auch den eines nasciturus, sofern es sich um ein Wunschkind gehandelt hat¹⁰⁸⁶ – oder einer schwersten Verletzung des Primäröpfers.¹⁰⁸⁷ Auf die Angehörigeneigenschaft des Dritten kommt es beim Schockschaden nicht an.¹⁰⁸⁸
- 489 Namentlich die Schwelle der psychischen Beeinträchtigung ist nach der OGH-Judikatur geringer als nach der BGH-Judikatur. Wenn zur Schlafstörung noch etwas dazu kommt, wird eine psychische Erkrankung vom OGH bejaht.¹⁰⁸⁹ Mitunter ist es eine schwere post-

¹⁰⁷⁸ OGH 21.4.2005 – 2 Ob 82/05f, SZ 2005/58 = ZVR 2005/110 mAnm *Kathrein*.

¹⁰⁷⁹ BGH 6.2.2007 – VI ZR 55/06, NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 mAnm *Luckey*.

¹⁰⁸⁰ OGH 25.3.2009 – 2 Ob 150/08k, ZVR 2010/58 mAnm *Ch. Huber* = ZERV-LS 2009/37 mAnm *Ofner*; *Ch. Huber* in *Schaffhauser/Bächli/Dähler/Landolt/Liniger/Peter* (Hrsg.), Jahrbuch zum schweizerischen Straßenverkehrsrecht 2016, 98 (121).

¹⁰⁸¹ OGH 21.12.1995 – 2 Ob 99/95, ZVR 1997/75; OGH 16.6.1994 – 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 135; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 619, 621.

¹⁰⁸² OGH 22.2.2001 – 2 Ob 79/00g, SZ 74/24 = ZVR 2001/52 mAnm *Karner*; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 619.

¹⁰⁸³ OGH 24.1.2008 – 2 Ob 58/07d, ZVR 2008/225 mAnm *Kathrein*: 7 und 10 Jahre alte Kinder beim Mitansetzen der schweren Unfallverletzung des Vaters.

¹⁰⁸⁴ OGH 21.5.2003 – 2 Ob 120/02i, ZVR 2004/25 = JBI 2004, 176: Schuldlose Lenkerin eines PKWs musste mitansetzen, wie die schuldhaft handelnde Lenkerin eines Motorrads, mit der sie zusammenstieß, an der Unfallstelle ihren schweren Verletzungen erlag.

¹⁰⁸⁵ OGH 25.6.2009 – 2 Ob 39/09p, ZVR 2010/119 mAnm *Ch. Huber* = Zak 2009/513: Miterleben des Unfalltods als Beifahrer.

¹⁰⁸⁶ OGH 30.8.2016 – 1 Ob 114/16w, ÖJZ 2017/53 mAnm *Brenn* = RdM 2017/63 mAnm *Karner*; dazu *Ch. Huber* ÖJZ 2017, 383 ff.

¹⁰⁸⁷ OGH 3.9.2009 – 2 Ob 77/09a, ZVR 2010/120 mAnm *Kathrein* = Zak 2009/674; OGH 14.6.2007 – 2 Ob 163/06v, SZ 2007/96 = ÖJZ 2007/158 = JBI 2007, 791; OGH 12.6.2006 – 2 Ob 53/05s, ZVR 2006/178 mAnm *Karner*; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 623.

¹⁰⁸⁸ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 623.

¹⁰⁸⁹ OGH 14.6.2007 – 2 Ob 163/06v, SZ 2007/96 = ÖJZ 2007/158 = JBI 2007, 791: Schlaflosigkeit, Erschöpfungszustände, Hoffnungslosigkeit; OGH 29.8.2002 – 8 Ob 127/02p, ZVR 2002/96 mAnm *Karner*: Schlaflosigkeit und Erschöpfungszustände; OGH 30.10.2003 – 2 Ob 186/03x, ZVR 2004/6 = JBI 2004, 448: Schlaflosigkeit, Hoffnungslosigkeit, traurige Verstimmung, Antriebsstörung; OGH 16.5.2001 – 2 Ob 136/00i, ZVR 2001/72: Schlaflosigkeit, Antriebsstörung, völlige Schwunglosigkeit; weitere Nachweise bei *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 136.

traumatische Belastungsstörung.¹⁰⁹⁰ Maßgeblich ist die Behandlungsbedürftigkeit der psychischen Beeinträchtigung; ob sie tatsächlich behandelt wurde, darauf kommt es nicht an.¹⁰⁹¹

Das Ausmaß des Ersatzes ist beim Schockschaden naturgemäß abhängig von der jeweiligen psychischen Krankheit. Grundsätzlich erfolgt auch hier eine Einteilung in leichte, mittlere und starke Schmerzen.¹⁰⁹² Wie die nachfolgende punktuelle Übersicht ergibt, liegen die Beträge aber deutlich über denen in Deutschland:

Bei Unfalltod der 12-jährigen Tochter wurden der Mutter 20.000 Euro zugebilligt,¹⁰⁹³ einer 14-jährigen bei Überforderung mit der Haushaltsführung und enormer Gewichtsabnahme infolge Hungerstreiks 21.500 Euro;¹⁰⁹⁴ einer 31-jährigen Ehefrau bei Verlust des gleich alten Ehegatten bei Depression, konkreter Suizidabsicht und 23 kg Gewichtsverlust, allerdings bei Wiederaufnahme einer intimen Beziehung nach 2 Jahren 25.000 Euro;¹⁰⁹⁵ einem minderbegabten 17-jährigen, der bei Vorversterben des Vaters den Tod der Mutter nicht verkraften konnte, 2 Jahre an schweren Depressionen litt, die schließlich im Selbstmord geendet haben, 35.000 Euro;¹⁰⁹⁶ und schließlich als (bisherigen) Höchstzuspruch 65.000 Euro an einen Ehemann und Vater bei Tod von Ehefrau und allen drei Kindern, der jegliche Lebensperspektive verlor und arbeitslos wurde.¹⁰⁹⁷ Eine illustrative nach dem Verbraucherpreisindex aufgewertete Übersicht findet sich bei *Karner*.¹⁰⁹⁸

c) Fernwirkungsschaden. Der Fernwirkungsschaden hat mit dem Schockschaden gemeinsam, dass ein Schmerzengeldanspruch eine psychische Erkrankung voraussetzt, die durch den Tod oder eine schwerste Verletzung mit massiven Dauerfolgen des Primäröpfungers hervorgerufen worden ist; insofern wird auf die obigen Ausführungen zum Schockschaden verwiesen. Entsprechendes gilt für das Ausmaß des Ersatzanspruchs, weil es nicht auf den Grund ankommt, der zu einer psychischen Erkrankung führt, sondern lediglich auf das Ausmaß der seelischen Schmerzen.¹⁰⁹⁹

Die psychische Erkrankung erfolgt beim Fernwirkungsschaden anders als beim Schockschaden nicht durch das Miterleben des Unfalls, sondern durch die Benachrichtigung vom Tod oder einer schwer(st)en Verletzung¹¹⁰⁰ oder durch eine Überlastungssituation infolge der durch die – typischerweise über einen längeren Zeitraum erforderlichen – Pflege des schwer(st) verletzten Primäröpfungers.¹¹⁰¹ Die für den Zuspruch eines Fernwirkungsschadens erforderliche schwer(st)e Verletzung des Primäröpfungers wurde aber etwa verneint, als der an einem Busunfall beteiligte Ehemann eine Belastungsstörung erlitt, die sich in einer

¹⁰⁹⁰ OGH 27.9.2007 – 2 Ob 135/07b, ZVR 2008/59 mAnm *Ch. Huber* = JBl 2008, 182: Nach Tod der Mutter schwere posttraumatische Belastungsstörung, die nach 2 ½ Jahren zum Selbstmord führte; Zuspruch von 35.000 Euro an die Verlassenschaft.

¹⁰⁹¹ OGH 14.6.2007 – 2 Ob 163/06v, SZ 2007/96 = ÖJZ 2007/158 = JBl 2007, 791.

¹⁰⁹² *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 140.

¹⁰⁹³ OGH 29.5.2008 – 2 Ob 99/08k, Zak 2008/545.

¹⁰⁹⁴ OGH 12.6.2003 – 2 Ob 111/03t, SZ 2003/67 = ZVR 2004/26.

¹⁰⁹⁵ OGH 20.1.2005 – 2 Ob 292/04m, ZVR 2005/109 mAnm *Danzl*.

¹⁰⁹⁶ OGH 27.9.2007 – 2 Ob 135/07b, ZVR 2008/59 mAnm *Ch. Huber* = JBl 2008, 182.

¹⁰⁹⁷ OGH 30.10.2003 – 2 Ob 186/03x, ZVR 2004/6 = JBl 2004, 448.

¹⁰⁹⁸ *Karner* FS *Danzl*, 2017, 87 (111 ff.).

¹⁰⁹⁹ *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 41.

¹¹⁰⁰ OGH 23.10.2013 – 2 Ob 72/13x, Zak 2013/814 = AnwBl 2014, 98: Akute Lebensgefahr oder konkrete Gefahr dauernder Pflegebedürftigkeit; OGH 13.6.2012 – 2 Ob 136/11f, ZVR 2012/204 mAnm *Karner* = ÖJZ 2013/3 mAnm *Rohrer/Spitzer*: Nachricht von schwerer Verletzung des primär Verletzten, der sich 10 Tage in der Intensivstation befand, wobei Lebensgefahr gegeben war.

¹¹⁰¹ OGH 14.6.2007 – 2 Ob 163/06v, SZ 2007/96 = ÖJZ 2007/158 = JBl 2007, 791: Eltern litten durch schwere Pflegebedürftigkeit des Kindes an Schlafstörungen, Erschöpfungszuständen und völliger Hoffnungslosigkeit; OGH 12.6.2003 – 2 Ob 111/03t, SZ 2003/67 = ZVR 2004/26: 14-jährige, die nach schwerer Verletzung beider Eltern mit der Haushaltsführung überfordert war und dadurch an einer psychosomatischen Erkrankung und Essstörung litt; OGH 16.6.1994 – 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46: Kleinkind erlitt durch Trennung von schwer verletzter Mutter angstneurotische Symptome, wobei anzumerken ist, dass insoweit wohl entscheidend die Dauer der Trennung, weniger aber die Schwere der Verletzung des Primäröpfungers – der Mutter – war.

überprotektiven Verhaltensweise gegenüber der Familie zeigte¹¹⁰² oder einer mittelgradigen depressiven Erkrankung, die zu einer Störung des Sprachflusses und Weitschweifigkeit führte.¹¹⁰³

- 494 Ersatzberechtigt sind beim Fernwirkungsschaden lediglich Angehörige, die in einer emotionalen Nahebeziehung zum Primärpfefer standen bzw stehen.¹¹⁰⁴ Kinder,¹¹⁰⁵ Eltern,¹¹⁰⁶ Ehegatten, der Lebenspartner iS des EPG¹¹⁰⁷ sowie (auch gleichgeschlechtliche) Lebensgefährten¹¹⁰⁸ gehören zum engsten typischerweise schutzwürdigen Personenkreis,¹¹⁰⁹ nicht aber der Freund des Opfers, mit dem erst die Eingebung einer Lebensgemeinschaft geplant war.¹¹¹⁰ Eine Lebensgemeinschaft muss auf Dauer angelegt sein; es ist aber keine Mindestdauer zu verlangen.¹¹¹¹
- 495 Bei Kindern steht einem Anspruch weder die beendete Haushaltsgemeinschaft noch die Selbsterhaltungsfähigkeit entgegen.¹¹¹² Ein Anspruch kann auch bei Störung der familiären Nahebeziehung gegeben sein; im Fall des Todes ist das für den hinterbliebenen Angehörigen besonders bitter, weil eine Versöhnung damit endgültig vereitelt wurde.¹¹¹³ Als Indiz für das Bestehen einer Gefühlsgemeinschaft knüpft der OGH an das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft an, sodass auch Geschwister anspruchsberechtigt sein können,¹¹¹⁴ insbesondere, wenn eine besondere Nahebeziehung bestand.¹¹¹⁵ Aber auch bei Fehlen einer Haushaltsgemeinschaft kann eine intensive Gefühlsgemeinschaft zu bejahen sein.¹¹¹⁶ Bei Tod des Großvaters hat der OGH einen Anspruch für den 7 Monate alten Enkel abgelehnt.¹¹¹⁷
- 496 **d) Angehörigenschmerzengeld.** Während in Deutschland der Germanwings-Absturz am 24.3.2015 letzter Auslöser für das Tätigwerden des Gesetzgebers war, hat das Standbahn-Unglück von Kaprun am 11.11.2000 in der Folge – wegen der bis heute zu konstatierenden Untätigkeit des Gesetzgebers – den OGH zu einer richterlichen Rechtsfortbildung veranlasst, wonach für Trauer und Niedergeschlagenheit der Angehörigen im Fall grober Fahrlässigkeit eine Abgeltung ihrer ideellen Einbuße erfolgen soll. In der Anlassentscheidung¹¹¹⁸ wurde ein Kleinkind getötet, wobei lediglich eine Haftung nach dem EKHG gegeben war. Die hochschwängere Mutter bzw deren Anwalt haben aber keine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert vorgetragen. In concreto wurde das Begehren zwar abgewiesen, aber aus den Gründen ergab sich, dass ab grober Fahrlässigkeit künftig eine Abgeltung zuerkannt werde.
- 497 In der Literatur¹¹¹⁹ wird zum Teil gefordert, das auf Fälle leichter Fahrlässigkeit sowie die Gefährdungshaftung oder zumindest im Rahmen der Gefährdungshaftung auf Fälle außergewöhnlicher Betriebsgefahr¹¹²⁰ zu erstrecken. Der OGH¹¹²¹ hat dem allerdings eine

¹¹⁰² OGH 12.6.2006 – 2 Ob 53/05s, ZVR 2006/178 mAnm Karner.

¹¹⁰³ OGH 3.9.2009 – 2 Ob 77/09a, ZVR 2010/120 mAnm Kathrein = Zak 2009/674.

¹¹⁰⁴ Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 139.

¹¹⁰⁵ OGH 12.6.2003 – 2 Ob 111/03t, SZ 2003/67 = ZVR 2004/26: Tochter.

¹¹⁰⁶ OGH 22.2.2001 – 2 Ob 79/00g, SZ 74/24 = ZVR 2001/52 mAnm Karner: Vater.

¹¹⁰⁷ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 627.

¹¹⁰⁸ OGH 29.8.2002 – 8 Ob 127/02p, ZVR 2002/96 mAnm Karner.

¹¹⁰⁹ Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 45.

¹¹¹⁰ OGH 14.6.2007 – 2 Ob 15/07f, Zak 2007/523.

¹¹¹¹ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 622.

¹¹¹² Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 627.

¹¹¹³ OGH 22.2.2001 – 2 Ob 79/00g, SZ 74/24 = ZVR 2001/52 mAnm Karner.

¹¹¹⁴ OGH 25.6.2009 – 2 Ob 39/09p, ZVR 2010/119 mAnm Ch. Huber = Zak 2009/513; OGH 21.4.2005 – 2 Ob 90/05g, SZ 2005/59 = ZVR 2005/73 mAnm Karner.

¹¹¹⁵ OGH 21.4.2005 – 2 Ob 90/05g, SZ 2005/59 = ZVR 2005/73 mAnm Karner: Hinterbliebener Bruder, dessen Verhältnis zum getöteten Bruder war wie das eines Sohnes zu seinem Vater.

¹¹¹⁶ OGH 1.7.2004 – 2 Ob 141/04f, ZVR 2004/86 = JBl 2004, 792: Wohnsitz der Mutter vis-à-vis, Einbindung in das Familienleben.

¹¹¹⁷ OGH 12.5.2005 – 2 Ob 41/03y, ZVR 2005/88 mAnm Griehser.

¹¹¹⁸ OGH 16.5.2001 – 2 Ob 84/01v, SZ 74/90 = ZVR 2001/73 mAnm Karner.

¹¹¹⁹ Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 44; Reischauer in Rummel, § 1325 Rn. 5a; Hinghofer-Szalkay/Prisching ZVR 2008, 446.

¹¹²⁰ Dafür Schobel RdW 2002, 208.

¹¹²¹ OGH 28.11.2017 – 2 Ob 189/16g, ZVR 2018/102 mAnm Ch. Huber = Zak 2018/60; OGH 14.6.2007 – 2 Ob 163/06v, SZ 2007/96 = ÖJZ 2007/158 = JBl 2007, 791.

Absage erteilt und die bisherige Grenzziehung bestätigt. Die Vielzahl von – auch stattgebenden – OGH-Entscheidungen ist ein Indiz für die praktische Bedeutsamkeit des höchstrichterlichen Judizes. Zutreffend ist freilich, dass bei leichter Fahrlässigkeit kein Ersatz gebührt. Wie häufig Fälle grober Fahrlässigkeit im Straßenverkehr gegeben sind, darüber gibt es unterschiedliche Einschätzungen.¹¹²²

Der anspruchsberechtigte Personenkreis deckt sich mit dem des Fernwirkungsschadens, 498 sodass auf die dortigen Erläuterungen verwiesen werden kann. Ersatz gebührt auch insoweit – anders als im deutschen Recht nach § 844 Abs 3 BGB – nicht nur bei Tod, sondern auch bei schwer(st)er Verletzung des Primäröpfers.¹¹²³

Während nach deutschem Recht noch völlig ungewiss ist, in welcher Größenordnung 499 wem nach welchen Bemessungskriterien Hinterbliebenengeld gebührt, gibt es infolge der einigermaßen reichhaltigen höchstrichterlichen Judikatur seit dem Jahr 2001 immerhin gewisse Anhaltspunkte: Maßgeblich ist die Intensität der familiären Bindung,¹¹²⁴ wobei das Bestehen einer gemeinsamen Haushaltsgemeinschaft die zentrale Bemessungsdeterminante darstellt,¹¹²⁵ eine enge emotionale Bindung aber auch außerhalb einer solchen bestehen kann.¹¹²⁶ Das Angehörigenschmerzensgeld ist nicht zu mindern, wenn Trauer gegeben ist über einen weiteren Angehörigen, für den kein Trauerschmerzensgeld gebührt.¹¹²⁷

Als Anhaltspunkt für die Größenordnung seien einige charakteristische Entscheidungen 500 herausgegriffen: Bei Tod des 6-jährigen Kindes wurde den Eltern je 20.000 Euro zuerkannt;¹¹²⁸ bei Tod der 19-jährigen Tochter wurden 20.000 Euro jeweils an die Eltern, 15.000 Euro an die Geschwister zugesprochen;¹¹²⁹ bei einem besonders innigen Verhältnis der Mutter zum getöteten 40-jährigen Sohn, der in unmittelbarer Nachbarschaft lebte, hat der OGH 13.000 Euro gebilligt;¹¹³⁰ Ersatz von 10.000 Euro an den Ehemann hat der OGH gutgeheißen.¹¹³¹ Verwiesen sei insoweit auch auf die tabellarische Übersicht der mit dem Verbraucherpreisindex aufgewerteten Zusprüche bei *Karner*.¹¹³²

Das Angehörigenschmerzensgeld stellt einen Mindestersatz dar; wenn eine psychische 501 Krankheit¹¹³³ dazu kommt oder eigene körperliche Schmerzen,¹¹³⁴ gebührt ein Zuschlag; es erfolgt jedoch eine Globalbemessung, mit anderen Worten: Es findet kein getrennter Ausweis für die Trauer einerseits und die krankheitsbedingten seelischen Schmerzen statt.¹¹³⁵

¹¹²² *Reisinger* ZVR 2008, 49 (52): Diese Entscheidung wird praktisch entwertet, weil grobe Fahrlässigkeit im Straßenverkehr ausgesprochen selten ist, nämlich bei alkoholisiertem Zustand des Lenkers oder einem Geisterfahrer; ähnlich *Reischauer* in *Rummel*, § 1325 Rn. 5a: Grobe Fahrlässigkeit in der Praxis selten, den Opfern ist damit nicht geholfen. Gegenteilig allerdings *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 626: Gerade Verkehrsunfälle mit schwerwiegenden Personenschäden beruhen sehr häufig auf grober, ja grösster Fahrlässigkeit, nämlich durch Alkoholisierung, Geschwindigkeitsexzesse, riskante Überholmanöver oder eine massive Vorrangverletzung.

¹¹²³ OGH 3.9.2009 – 2 Ob 77/09a, ZVR 2010/120 mAnm *Kathrein* = Zak 2009/674; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 47.

¹¹²⁴ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 628; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 46.

¹¹²⁵ OGH 27.9.2007 – 2 Ob 135/07b, ZVR 2008/59 mAnm *Ch. Huber* = JBl 2008, 182; OGH 12.7.2007 – 2 Ob 263/06z, ZVR 2007/239 mAnm *Danzl*.

¹¹²⁶ OGH 1.7.2004 – 2 Ob 141/04f, ZVR 2004/86 = JBl 2004, 792: Besonders inniges Verhältnis der Mutter zum getöteten 40-jährigen Sohn, der in unmittelbarer Nachbarschaft lebte; die Mutter war in das Familienleben des Sohnes eingebunden.

¹¹²⁷ OGH 20.9.2012 – 2 Ob 161/12h, Zak 2012/709 = *ecolex* 2012/422.

¹¹²⁸ OGH 12.7.2007 – 2 Ob 263/06z, ZVR 2007/239 mAnm *Danzl*.

¹¹²⁹ OGH 26.6.2008 – 2 Ob 55/08i, Zak 2008/579 = *ecolex* 2008/336.

¹¹³⁰ OGH 1.7.2004 – 2 Ob 141/04f, ZVR 2004/86 = JBl 2004, 792.

¹¹³¹ OGH 31.8.2016 – 2 Ob 148/15a, ZVR 2017/92 mAnm *Ch. Huber* = ZfG 2016, 131 mAnm *Leitner*.

¹¹³² *Karner*, FS *Danzl* (2017), 87 (115 f.).

¹¹³³ OGH 9.9.2015 – 2 Ob 143/15s, ZVR 2015/214 mAnm *Kathrein* = ÖJZ 2016/39 mAnm *Ch. Huber*: Globalbemessung für Trauer und psychische Erkrankung.

¹¹³⁴ OGH 28.3.2017 – 2 Ob 217/16z, Zak 2017/240: Globalbemessung auch mit eigenen Schmerzen des Anspruchstellers.

¹¹³⁵ OGH 26.6.2008 – 2 Ob 55/08i, Zak 2008/579 = *ecolex* 2008/336; OGH 1.7.2004 – 2 Ob 141/04f, ZVR 2004/86 = JBl 2004, 792; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 143.

Für die Beeinträchtigung bzw Verunmöglichung des Sexuallebens des (Ehe-)Partners hat der OGH¹¹³⁶ ein Angehörigenschmerzensgeld abgelehnt.

- 502 6. Entstehung, Fälligkeit, Verjährung.** Der Schmerzensgeldanspruch entsteht mit Zufügung der körperlichen bzw psychischen Beeinträchtigung, mit der Schmerzen verbunden sind,¹¹³⁷ wobei es auf eine Schmerzempfindung nicht in jedem Fall ankommt, so etwa bei einer Querschnittslähmung oder der Fallgruppe der Zerstörung der Persönlichkeit. Ab diesem Zeitpunkt ist der Schmerzensgeldanspruch abtretbar, vererblich, pfändbar und übertragbar.¹¹³⁸
- 503** Fällig wird der Schmerzensgeldanspruch erst mit Übermittlung eines ziffernmäßig bestimmten Begehrens und der zur Überprüfung der Anspruchshöhe geeigneten Unterlagen an den Schädiger.¹¹³⁹ Damit beginnen der objektive Verzug und der Lauf der Verzugszinsen im Ausmaß von 4 %, die jedenfalls auch ab Einbringung der Klage begehrt werden können.¹¹⁴⁰ Bei subjektivem Verzug, also bei subjektiver Vorwerfbarkeit der ausstehenden Zahlung, wenn also der Ersatzpflichtige angemessene Zeit hatte, die Berechtigung des Begehrens zu prüfen, können auch über die gesetzlichen Verzugszinsen hinausgehende Zinsen verlangt werden.¹¹⁴¹
- 504** Die 3-jährige Verjährungsfrist des § 1489 ABGB beginnt – wie in Deutschland – nicht vor dem tatsächlichen Eintritt eines Erstschadens zu laufen.¹¹⁴² Maßgeblich ist die Kenntnis des realen Schadens, nicht seine Höhe bzw Bezifferbarkeit. Für nicht vorhersehbare Folgeschäden, zum Beispiel eine nicht vorhersehbare Operation, beginnt die Frist ab deren Kenntnis zu laufen.¹¹⁴³
- 505** Dem Grunde nach vorhersehbare Schäden gelten schon mit dem Erstschaden als entstanden, auch wenn deren Höhe noch nicht bestimmbar ist. Um deren Verjährung zu verhindern, muss der Geschädigte eine Feststellungsklage erheben.¹¹⁴⁴ Die Voraussetzungen für deren Zulässigkeit sind gering; sie ist nur dann nicht gegeben, wenn mit Folgeschäden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht zu rechnen ist.¹¹⁴⁵ Die Feststellungsklage bezieht sich auf künftige Schäden, wobei alle nach dem Zeitpunkt der Einbringung der Klage eintretende Schäden zukünftige sind.
- 506** Bei Erhebung einer – später erfolgreichen – Feststellungsklage ist eine Ausdehnung des Leistungsbegehrens nach Ablauf der Verjährungsfrist für den Primärschaden nicht nur dann zulässig, wenn die Erweiterung auf neuen inzwischen eingetretenen Schadenswirkungen beruht, deren Ausmaß zunächst noch nicht bestimmbar war, sondern auch dann, wenn die Klagerweiterung auf die Ergebnisse eines für den Kläger unverhofft günstigen Sachverständigengutachtens beruht.¹¹⁴⁶ Das muss freilich auch für die vor Erhebung der Feststellungsklage eingetretenen Schmerzen gelten.
- 507** Bei dem Grunde nach vorhersehbaren, aber noch nicht bezifferbaren künftigen Schmerzen kann der Ersatzpflichtige ohne Einbringung einer innerhalb der Verjährungsfrist erhobenen Feststellungsklage bei Ausdehnung des Klagebegehrens durch den Geschädigten diesem

¹¹³⁶ OGH 22.5.2014 – 2 Ob 70/14d, Zak 2014/511; kritisch *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 146; gegenteilig OLG Wien 7.12.2004 – 15 R 213/04k: 20.000 Euro an die Ehefrau bei erektiler Dysfunktion des Ehemannes.

¹¹³⁷ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 659.

¹¹³⁸ OGH 30.9.1996 – 6 Ob 2068/96b, SZ 69/217 = ZVR 1996/126 = *ecolex* 1996, 913 mAnm *Wilhelm*; *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 123; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 639; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 31.

¹¹³⁹ OGH 20.6.2017 – 2 Ob 88/17f, Zak 2017/470; OGH 9.2.1982 – 2 Ob 23/82, ZVR 1982/323.

¹¹⁴⁰ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 652, 668.

¹¹⁴¹ OGH 24.3.1998 – 1 Ob 315/97y, SZ 71/56 = ZVR 1998/80 = *ecolex* 1998, 392 mAnm *Wilhelm*.

¹¹⁴² OGH 19.12.1995 – 1 Ob 621/95, SZ 68/238 = ZVR 1996/77 = *JBl* 1996, 311 mAnm *Apathy* = *ecolex* 1996, 91 mAnm *Wilhelm*.

¹¹⁴³ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 660; *F. Bydliński* FS Steffen, 1995, 65, (72 ff.).

¹¹⁴⁴ OLG Wien 13.9.1990 – 26 Bs 339/90, ZVR 1991/21.

¹¹⁴⁵ OGH 22.3.2018 – 2 Ob 11/18h, ZVR 2018, 207 mAnm *Ch. Huber* = Zak 2018/332.

¹¹⁴⁶ OGH 17.10.2012 – 3 Ob 183/12a, ZVR 2013/159 mAnm *Ch. Huber*; OGH 10.6.2008 – 4 Ob 78/08m, SZ 2008/81 = Zak 2008/543.

die Einrede der Verjährung entgegenhalten.¹¹⁴⁷ Da manche Detailfrage noch nicht abschließend geklärt ist, ist dem Geschädigten anzuraten, im Zweifel möglichst frühzeitig eine Feststellungsklage einzubringen und zeitnah nach Kenntnis der zusätzlichen Schmerzen, die zum Ende der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz noch nicht absehbar waren, eine Ausdehnung seines Begehrens vorzunehmen, jedenfalls dann, wenn zu diesem späteren Zeitpunkt eine abschließende Bemessung möglich ist.

Häufig schließt sich der Verletzte als Privatbeteiligter dem Strafverfahren an und verlangt dort Schmerzensgeld. Zu verweisen ist darauf, dass es nach § 1497 ABGB zu einer Unterbrechung der Verjährung (nach deutscher Terminologie Neubeginn) nur in dem Ausmaß kommt, in dem ein Anspruch im Rahmen der Privatbeteiligung angemeldet wurde.¹¹⁴⁸ Die Strafgerichte sprechen häufig nur geringe Beträge an Schmerzensgeld zu.¹¹⁴⁹ Auch wenn im Rahmen der Privatbeteiligung nur ein Teilbetrag zugesprochen wurde, kann der Geschädigte vor dem Zivilgericht weiteres Schmerzensgeld begehren.¹¹⁵⁰ Es gibt aber auch eine gegenteilige Entscheidung,¹¹⁵¹ die bei einem Zuspruch im Adhäsionsverfahren ein weiteres Begehren vor dem Zivilgericht unter Hinweis auf die *res iudicata* für unzulässig gehalten hat. Anzuraten ist daher, auf eine Geltendmachung des Schmerzensgeldanspruchs im Strafverfahren zu verzichten oder jedenfalls diesen in voller Höhe anzumelden.¹¹⁵²

7. Prozessuale Geltendmachung. *Fucik/Hartl/Schlosser*¹¹⁵³ berichten zur Erhebung von Schmerzensgeldklagen, dass Gerichte Kosten für ein Privatgutachten meist nicht zusprechen, es sei denn, ein solches sei zur Erschütterung des gerichtlichen Sachverständigengutachtens erforderlich. Das ist jedenfalls dann bedenklich, wenn der Anspruchsteller selbst nicht in der Lage ist, die Höhe des Schmerzensgeldbegehrens zu ermitteln, was häufig der Fall sein wird. Dann handelt es sich mE um notwendige Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nach § 41 Abs 1 ZPO.

Anders als nach deutschem Recht, wo die Stellung eines Mindestbegehrens möglich ist, sodass das Gericht frei ist, einen nach oben offenen Betrag zuzusprechen, muss der Geschädigte nach österreichischem Recht ein beziffertes Begehren stellen, das die Obergrenze der Zuerkennung durch das Gericht markiert.

*Fucik/Hartl/Schlosser*¹¹⁵⁴ geben den Ratschlag, dass aus Kostengründen das Begehren nicht allzu hoch angesetzt werden sollte, weil es im Prozess nach den Ergebnissen des Sachverständigengutachtens ohnedies erweitert werden kann, ohne dass konkrete Gründe vorgebracht werden müssen; zu beachten sei aber die Verjährung und die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts¹¹⁵⁵ bis zu einem Streitwert von 15.000 Euro nach § 49 Abs 1 JN. Dagegen spricht freilich, dass für den Kläger bei Schmerzensgeldbegehren nach § 43 Abs 2 ZPO nachteilige Kostenfolgen nur bei einer offenbaren Überklagung eintreten, was (erst) angenommen wird, wenn mehr als doppelt soviel begehrt wurde, als nachher zugesprochen wird.¹¹⁵⁶

Hingewiesen sei auf die besondere Bedeutung des Zeitpunkts der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz. Ob eine Global- oder Teilbemessung vorzunehmen ist, ist nach diesem Zeitpunkt zu beurteilen.¹¹⁵⁷ Für die bis zu diesem Zeitpunkt eingetretenen Schmer-

¹¹⁴⁷ OGH 25.6.2009 – 2 Ob 33/09f, ZVR 2010/200 mAnm *Ch. Huber*; OGH 12.2.1998 – 2 Ob 15/96, ZVR 1999/21; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 668.

¹¹⁴⁸ OGH 25.5.2016 – 2 Ob 213/15k, Zak 2016/476; ständige Rechtsprechung seit OGH 16.5.2001 – 2 Ob 180/00k, SZ 74/89 = ZVR 2001/92 im Anschluss an *Ch. Huber* NZ 1985, 163.

¹¹⁴⁹ So etwa OGH 10.5.2012 – 13 Os 141/11a (13 Os 160/11w), JBl 2013, 61 mAnm *Wess*: 500.- Euro an Mutter und Schwester; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 131a.

¹¹⁵⁰ OGH 28.4.2015 – 8 Ob 15/15m; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 655.

¹¹⁵¹ OGH 18.2.2015 – 7 Ob 8/15z, Zak 2015/401.

¹¹⁵² *Ch. Huber* in *Schaffhauser/Bächli/Dähler/Landolt/Liniger/Peter* (Hrsg.), Jahrbuch zum schweizerischen Straßenverkehrsrecht 2016, 98 (118).

¹¹⁵³ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 665.

¹¹⁵⁴ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 667.

¹¹⁵⁵ Entsprechung des deutschen Amtsgerichts.

¹¹⁵⁶ *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 117.

¹¹⁵⁷ OGH 23.3.2007 – 2 Ob 233/06p, ZVR 2007/237 mAnm *Ch. Huber* = Zak 2007/421; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 643.

zen muss der Geschädigte – bei sonstiger Präklusion – eine Abgeltung verlangen. Die zwischen der Schadenszufügung und dem Bemessungszeitpunkt gesunkene Kaufkraft ist zu berücksichtigen.¹¹⁵⁸ Geleistete Teilzahlungen sind aufzuwerten.¹¹⁵⁹ Eine Kumulation von Verzugszinsen und Kaufkraftschwund kommt mE aber nicht in Betracht.

- 513 Die Ermessensausübung bei Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes ist nur in eingeschränktem Maß revisibel;¹¹⁶⁰ die Würfel fallen somit im Regelfall bei den Tatgerichten. Eine höchstrichterliche Korrektur scheidet aus, wenn die Bemessung bloß an der Obergrenze¹¹⁶¹ oder Untergrenze¹¹⁶² liegt, wohl aber bei einer eklatanten Fehlbemessung, was bei einer Abweichung von ca 50 % von dem vom OGH für zutreffend erachteten Ersatzbetrag angenommen wird.
- 514 Es ist freilich erstaunlich, dass das gar nicht so selten bejaht wird;¹¹⁶³ die höchstrichterliche Judikatur des OGH zum Schmerzensgeld ist jedenfalls – spiegelverkehrt zum Kfz-Sachschaden – ungleich umfangreicher als die diesbezügliche des BGH. Als ein Musterbeispiel, bei dem (auch) das OLG eine – besonders – eklatante Fehlbemessung vorgenommen hat, ist eine Entscheidung, in der die Tatgerichte bei Amputation einer Zehe Bezug genommen haben auf eine Amputation eines Mittelfingers und bei dem Präjudizienvergleich eine Umrechnung von öS in Euro (Relation ca 14:1) unterblieben ist.¹¹⁶⁴
- 515 **8. Minderjähriger als Geschädigter und Schädiger.** Ein mündiger Minderjähriger – zwischen 14 und 18 Jahren – kann über den Schmerzensgeldanspruch nicht frei verfügen, daher auch nicht verzichten; ebenso wenig kann er sich zur Zahlung von Schmerzensgeld verpflichten. Jeweils ist die Zustimmung beider Elternteile und des PflEGschaftsgerichts erforderlich.¹¹⁶⁵
- 516 **9. Vorrang im Rahmen des Deckungskonkurses (§ 336 letzter S. ASVG).** In einer lex fugitiva ist angeordnet, dass bei nicht ausreichender Deckungssumme einer Haftpflichtversicherung ein gerichtlich festgestellter Schmerzensgeldanspruch Vorrang vor allen anderen Ersatzansprüchen, namentlich Regressansprüchen der Sozialversicherungsträger, hat. Sollte der Haftpflichtversicherer bereits Regressansprüche der Sozialversicherer befriedigt haben mit der Folge, dass das Schmerzensgeld nicht mehr in vollem Umfang gezahlt werden kann, kommt eine Kondiktion in Betracht.¹¹⁶⁶

C. Mitverschulden

I. Allgemeines

- 517 § 1304 ABGB regelt das Mitverschulden bei (vertraglichen wie deliktischen) Schadensersatzansprüchen: „Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden **verhältnismäßig**; und, wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt, **zu gleichen Teilen**.“ Für den Bereich der Gefährdungshaftung bei Verkehrsunfällen verweist § 7 Abs. 1 EKHG für den Fall des (Mit)Verschuldens des Geschädigten an der Entstehung des Schadens auf § 1304 ABGB (so

¹¹⁵⁸ OLG Wien 15.11.1994 – 12 R. 185/94, ZVR 1995/156.

¹¹⁵⁹ OGH 22.1.2014 – 2 Ob 240/13b; *Hinteregger in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 36.

¹¹⁶⁰ *Hinteregger in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 34: Die Höhe des Schmerzensgeldes ist keine erhebliche Rechtsfrage gemäß § 502 Abs 1 ZPO.

¹¹⁶¹ OGH 19.1.2011 – 3 Ob 241/10b, ZVR 2011/243 mAnm *Ch. Huber* = *ecolex* 2011/227.

¹¹⁶² OGH 25.2.2016 – 1 Ob 22/16s, Zak 2016/189.

¹¹⁶³ OGH 22.3.2018 – 2 Ob 218/17y, Zak 2018/335; OGH 30.3.2016 – 4 Ob 48/16m, JBl 2016, 385 = Zak 2016/296; OGH 9.9.2015 – 2 Ob 108/15v, Zak 2015/660; OGH 11.9.2014 – 2 Ob 83/14s, Zak 2014/722; OGH 3.2.2005 – 2 Ob 261/04b, ZVR 2005/118 mAnm *Danzl*; OGH 20.1.2005 – 2 Ob 292/04m, ZVR 2005/109 mAnm *Danzl*.

¹¹⁶⁴ OGH 9.4.2015 – 2 Ob 214/14f, ZVR 2015/201 mAnm *Ch. Huber*.

¹¹⁶⁵ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 639.

¹¹⁶⁶ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 662.

Münchener Kommentar zum Straßenverkehrsrecht

Band 3 Internationales Straßenverkehrsrecht

Herausgegeben von

Dr. Michael Buse

Rechtsanwalt und Avvocato

Dr. Ansgar Staudinger

Professor an der Universität Bielefeld



Zitervorschlag:
MüKoStVR/Bearbeiter Kap./Land R.n.

www.beck.de

ISBN 978 3 406 66353 6

© 2019 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck: Kösel GmbH & Co. KG
Am Buchweg 1, 87452 Altusried-Krugzell

atz: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark

Umschlaggestaltung: Druckerei C. H. Beck Nördlingen
(Adresse wie Verlag)

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

- 562 **Strafgerichte** sind bei ihrer Entscheidung **nicht an zivilgerichtliche Entscheidungen gebunden**, da sie nach § 15 Abs 1 StPO Vorfragen aus allen Rechtsgebieten selbständig zu beurteilen haben. Eine Bindung des Strafgerichts besteht nur an **rechtsgestaltende Entscheidungen** der Zivilgerichte.¹³⁵² Ein Verstoß gegen die materielle Rechtskraftwirkung des **Strafurteils** liegt nicht vor, wenn das **Zivilgericht** einen gegenüber dem Strafurteil zusätzlichen Umstand als Verschulden wertet.¹³⁵³
- 563 Soweit durch rechtskräftiges Urteil ein Schadenersatzanspruch des geschädigten Dritten aberkannt wird, wirkt das Urteil, wenn es zwischen dem geschädigten Dritten und dem Versicherer ergeht, auch **zugunsten des Versicherten**; wenn es zwischen dem geschädigten Dritten und dem Versicherten ergeht, wirkt es auch **zugunsten des Versicherers** (§ 28 KHVG).

E. Verjährung

I. Vorbemerkung: Gleiche Struktur wie im deutschen Recht – Rechtslage ähnlich zu der vor der Schuldrechtsreform

- 564 Während das deutsche Verjährungsrecht im Zuge der zum 1.1.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsreform überarbeitet wurde, ist eine solche Reform in Österreich derzeit (im Jahr 2018) gerade im Diskussionsstadium. Die Terminologie entspricht in manchem der des deutschen Rechts vor der Schuldrechtsreform, so etwa Unterbrechung (§ 1497 ABGB) statt Neubeginn (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Manche Detailfragen, die im deutschen Recht nunmehr gesetzlich präzise normiert sind, etwa der Katalog der Hemmungsgründe bei Akten der Rechtsverfolgung in § 204 BGB, sind im österreichischen Recht nicht geregelt, sodass die Rechtsprechung die Lücken füllen muss. Dem Anspruchsteller ist anzuraten, bei Geltung österreichischen Rechts im Zweifel einen förmlichen Akt zu setzen, um den Eintritt der Verjährung abzuwenden, so ist etwa bei der Streitverkündung die Unterbrechungswirkung umstritten,¹³⁵⁴ sodass insoweit nach dem Gebot des sichersten Weges eine Feststellungsklage erhoben werden sollte.
- 565 Die weitgehend privatautonome Möglichkeit der Vereinbarung einer Verlängerung der Verjährung in § 202 BGB ist im österreichischen Recht nach § 1502 ABGB unstatthaft. Geschützt wird der Gläubiger bei einer solchen unwirksamen Vereinbarung immerhin durch die Replik der Arglist, wenn der Schuldner gleichwohl die Verjährungseinrede erhebt. Das hat zur Folge, dass einerseits der Schuldner sich jederzeit einseitig von der getroffenen – unwirksamen – Vereinbarung lossagen kann und andererseits der Anspruchsteller dann innerhalb angemessener Frist das Verfahren gehörig fortsetzen muss, im Klartext innerhalb von zwei Monaten eine Klage einbringen muss.¹³⁵⁵
- 566 Ungeachtet weitgehender Strukturparallelen gibt es doch unterschiedliche Rechtsfolgen, so etwa bei Vergleichsverhandlungen eine Fortlaufhemmung in § 203 BGB, während dieser Fall vom Gesetzgeber in Österreich nicht geregelt ist und der OGH eine Ablaufhemmung annimmt.¹³⁵⁶
- 567 Wie im deutschen Recht kommt es bei Ablauf der Verjährungsfrist nicht zu einem Erlöschen des Anspruchs, sondern zu einer Naturalobligation: Leistet der Schuldner – und sei es in Unkenntnis der eingetretenen Verjährung – kann er die Leistung nicht kondizieren, weil sie bloß nicht gerichtlich durchsetzbar, wohl aber geschuldet war, so ausdrücklich im deutschen Recht § 214 Abs. 2 S 1 BGB. Die Verjährung ist im Prozess nicht von Amts wegen zu beachten, sondern nur auf Einwendung des belangten Schuldners.

¹³⁵² Vgl. *Fasching/Konecny/Klicka* ZPO § 411 Rn. 81.

¹³⁵³ RIS-Justiz RS0108200.

¹³⁵⁴ Näheres → Rn. 600.

¹³⁵⁵ Näheres → Rn. 610.

¹³⁵⁶ Näheres → Rn. 607 ff.

Die Beweislast für die Verjährung unter Einschluss des Verjährungsbeginns trägt der, der sich auf die Verjährung beruft;¹³⁵⁷ das ist der beklagte Schuldner.¹³⁵⁸ Er muss dazu ein substanziiertes Vorbringen erstatten.¹³⁵⁹ 568

II. Zentralnorm für Schadenersatzansprüche § 1489 ABGB

1. Deliktische und vertragliche Ansprüche sowie solche aus der Gefährdungshaftung. Sämtliche Schadenersatzansprüche, seien es solche aus Vertrag, Delikt oder Gefährdungshaftung unterliegen der 3-jährigen Verjährungsfrist, die – anders als in § 199 Abs. 1 BGB nicht mit dem Ende des Jahres, sondern wie in § 12 ProdHaftG – taggenau mit Kenntnis des Anspruchsberechtigten von Schaden und Schädiger beginnen, wobei auch Kenntnis von Rechtswidrigkeit, Verschulden und Kausalität erforderlich ist, sofern diese Umstände Anspruchsvoraussetzungen sind. 569

Eine dem § 1489 ABGB entsprechende Norm findet sich in § 17 EKHG, wobei freilich zu beachten ist, dass § 18 S 1 EKHG zusätzlich eine 3-monatige Präklusivfrist zur außergerichtlichen Anzeige des Schadensfalls gegenüber dem Halter bzw Betriebsunternehmer regelt, wobei eine Individualisierung bzw Bezifferung unterbleiben kann, sondern die Bekanntgabe des Unfalls genügt. Zu betonen ist, dass es sich insoweit um eine Ausschlussfrist handelt, die von Amts wegen zu beachten ist und bei Missachtung zum Erlöschen des Anspruchs führt. Der Anspruchsteller kann sich nach § 18 S 2 EKHG dadurch entlasten, dass die Anzeige durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand unterblieben ist oder der Ersatzpflichtige innerhalb der Frist auf andere Weise von dem Schaden Kenntnis erlangt hat. Eine Anzeige an den Kfz-Haftpflichtversicherer genügt,¹³⁶⁰ nicht aber eine solche bei der Gendarmerie (Polizei), weil es nicht deren Aufgabe sei, Informationen an den Ersatzpflichtigen weiterzuleiten.¹³⁶¹ Hinzuweisen ist darauf, dass es sich insoweit um eine Anzeigeobliegenheit gegenüber dem nach dem EKHG Ersatzpflichtigen, bei Kfz gegenüber dem Halter, handelt, die von der in § 29 KHVG geregelten haftpflichtversicherungsrechtlichen 4-wöchigen Anzeigeobliegenheit des Geschädigten gegenüber dem Kfz-Haftpflichtversicherer zu unterscheiden ist. 570

2. In § 1489 ABGB 3-jährige Frist kenntnisabhängig, daneben 30-jährige Frist. Im Verkehrsunfallrecht spielt in der Praxis allein die kenntnisabhängige 3-jährige Frist eine Rolle. Daneben gilt für sämtliche Rechtsgutsbeeinträchtigungen – anders als in § 199 Abs. 2 und 3 BGB – generell eine 30-jährige Frist, wenn der Schaden nicht bekannt wurde oder durch eine gerichtlich strafbare Handlung, die nur vorsätzlich begangen werden konnte und mit mehr als 1-jähriger Freiheitsstrafe bedroht ist, verursacht worden ist. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass umstritten ist, ob die Frist ab der schädigenden Handlung oder dem Schadenseintritt zu laufen beginnt.¹³⁶² 571

3. Kenntnis – ausnahmsweise Erkundigungsobliegenheit. a) Regel: Nach dem Gesetzeswortlaut Kenntnis von Schaden und Schädiger. Der Gesetzeswortlaut ist verkürzt; maßgeblich ist die Kenntnis aller anspruchsbegründender Voraussetzungen, somit auch von Rechtswidrigkeit, Verschulden und Kausalität, nicht aber der Höhe des Schadens.¹³⁶³ Die Klage muss mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden können, der Geschädigte darf aber nicht bis zur Gewissheit über den Prozessgewinn zuwarten.¹³⁶⁴ Bloße Mutmaßun- 572

¹³⁵⁷ OGH 22.3.2005 – 10 Ob 23/04m, SZ 2005/46 = JBl 2005, 443 mAnm *Lukas; Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1489 Rn. 13.

¹³⁵⁸ OGH 29.1.2008 – 1 Ob 15/08z.

¹³⁵⁹ OGH 30.1.2018 – 2 Ob 214/17k, Zak 2018/134 = ÖJZ 2018/106: Kenntnis des Geschädigten vom Verschulden.

¹³⁶⁰ *Apathy* EKHG § 18 Rn. 1 am Ende.

¹³⁶¹ OGH 12.9.2003 – 2 Ob 193/03a, ZVR 2004/104 mAnm *Rihs*.

¹³⁶² Für den Schadenseintritt unter anderem *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 108.

¹³⁶³ OGH 25.1.2005 – 10 Ob 84/04g, SZ 2005/6 = JBl 2005, 515; *Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1489 Rn. 5.

¹³⁶⁴ *Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1489 Rn. 3.

gen sind aber nicht ausreichend.¹³⁶⁵ Bei mehreren Ersatzpflichtigen kann die Verjährungsfrist zu einem unterschiedlichen Zeitpunkt zu laufen beginnen, so bei Einstandspflicht von Lenker, Halter und Kfz-Haftpflichtversicherer.¹³⁶⁶ Bei einer Einstandspflicht des Geschäftsherrn nach § 1313a ABGB – Entsprechung zu § 278 BGB – genügt die Kenntnis des Geschäftsherrn; auf die des Dienstnehmers (Gehilfen) kommt es nicht an.¹³⁶⁷ Sofern ein Schaden von einem Prozessverlust abhängig ist, darf der Geschädigte grundsätzlich die rechtskräftige Entscheidung des Vorprozesses abwarten,¹³⁶⁸ es sei denn, es handelt sich um gesicherte Verfahrensergebnisse oder der Geschädigte ignoriert erdrückende Beweise.¹³⁶⁹

573 **b) Ausnahme: Erkundungsobliegenheit des Geschädigten.** Anders als § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, wo die grob fahrlässige Unkenntnis wie die Kenntnis behandelt wird, stellt § 1489 ABGB seinem Wortlaut nach lediglich auf die Kenntnis ab. Für das Vorliegen der Verjährung ist indes der Ersatzpflichtige beweispflichtig. Die Kenntnis des Anspruchstellers ist in der Praxis aber schwer nachweisbar. Der OGH lässt daher genügen, dass der Geschädigte die für die Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen hätte können; dann wird dessen Kenntnis bereits zu dem Zeitpunkt angenommen, in dem sie bei angemessener Erkundigung gegeben gewesen wäre.¹³⁷⁰ Es geht dabei um Konstellationen, in denen der Geschädigte jedem einleuchtende Maßnahmen unterlässt, vor den maßgeblichen Umständen geradezu die Augen verschließt, so bei Unterlassung der Ausforschung des Halters, dessen Kennzeichen bekannt ist,¹³⁷¹ oder der Einsichtnahme in den Straftat¹³⁷² oder er Name und Anschrift des Schädigers nicht in Erfahrung bringt.¹³⁷³

574 Das schlichte Kennenmüssen reicht nicht aus.¹³⁷⁴ Es besteht keine Obliegenheit zur Einholung eines Gutachtens;¹³⁷⁵ allein aus dem Umstand, dass der Versicherungsnehmer bei einem Verkehrsunfall getötet wurde, trifft den Sozialversicherer als Legalzessionar keine Nachforschungsobliegenheit, ob ein Ersatzpflichtiger dafür einstandspflichtig ist;¹³⁷⁶ auch wurde eine Obliegenheitsverletzung bei Abwarten eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens verneint,¹³⁷⁷ die Erkundigungsobliegenheit soll keinesfalls überspannt werden.¹³⁷⁸ Die Schwelle der Gleichbehandlung des Kennenmüssens mit dem Kennen dürfte im österreichischen Recht höher liegen als bei grober Fahrlässigkeit, somit am ehesten bei grösster Fahrlässigkeit.

575 **4. Zurechnung der Kenntnis. a) Organe und Wissensvertreter.** Bei einem Minderjährigen bzw Geschäftsunfähigen kommt es auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters an.¹³⁷⁹ Bei einer juristischen Person ist maßgeblich die Kenntnis der zur Vertretung im betroffenen Bereich berufenen Organmitglieder, unabhängig von Einzel- und Gesamtver-

¹³⁶⁵ Perner/Brunner in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1489 Rn. 2; Dehn in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1489 Rn. 5.

¹³⁶⁶ OGH 20.12.1973 – 2 Ob 198/73; Dehn in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1489 Rn. 7.

¹³⁶⁷ OGH 1.2.1972 – 5 Ob 269/71, DRdA 1972, 246 mAnm Fenyves/Holzer; Dehn in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1489 Rn. 7.

¹³⁶⁸ OGH 21.4.2005 – 6 Ob 353/04m, ecolex 2005/350.

¹³⁶⁹ OGH 25.1.2005 – 1 Ob 12/05d, ecolex 2005/232; Karollus FS Kerschner, 2013, 205; Perner/Brunner in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1489 Rn. 3.

¹³⁷⁰ OGH 15.3.2005 – 1 Ob 27/05k, ecolex 2005/276; Dehn in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1489 Rn. 3.

¹³⁷¹ OGH 8.7.1971 – 2 Ob 11/71, SZ 44/115 = ÖJZ 1972/87.

¹³⁷² OGH 20.3.1980 – 8 Ob 243/79, ZVR 1980/347.

¹³⁷³ OGH 16.5.2001 – 2 Ob 180/00k, SZ 74/89 = ZVR 2001/92; kritisch *Leitner* ÖJZ 2016, 581.

¹³⁷⁴ OGH 16.2.2006 – 6 Ob 194/05f.

¹³⁷⁵ OGH 23.11.2004 – 1 Ob 226/04y, RdM 2005/42.

¹³⁷⁶ OGH 26.8.1993 – 2 Ob 24/93, ZVR 1994/98.

¹³⁷⁷ OGH 21.5.2014 – 3 Ob 9/14s, ÖJZ 2015/26 mAnm *Brenn* = Zak 2014/567.

¹³⁷⁸ Perner/Brunner in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1489 Rn. 10.

¹³⁷⁹ OGH 28.6.1988 – 1 Ob 13/88, ÖJZ 1988/262; Dehn in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1489 Rn. 2.

tretung¹³⁸⁰ sowie davon, ob diese mit der besonderen Angelegenheit tatsächlich befasst sind.¹³⁸¹ Bei gewillkürten Vertretern, seien es Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigte, schlichten Gehilfen oder leitenden Angestellte, kommt es für die Kenntnis auf den ihnen übertragenen Aufgabenbereich¹³⁸² an sowie darauf, ob sie mit der Sache tatsächlich befasst waren,¹³⁸³ wobei privat erlangtes Wissen dem Geschäftsherrn als Geschädigten nicht zuzurechnen ist.¹³⁸⁴

b) Legalzessionen. Eine Zession, auch eine Legalzession, ändert an der Verjährung des Anspruchs grundsätzlich nichts. Maßgeblich ist grundsätzlich die Kenntnis des Zedenten, nicht die des Zessionars.¹³⁸⁵ So ist das bei allen Legalzessionen, die im Zeitpunkt der Leistungserbringung stattfinden, wie namentlich die nach § 67 VersVG, der Entsprechung von § 86 VVG im deutschen Recht. Der Rückgriffsanspruch nach § 896 ABGB, der in 30 Jahren verjährt, wird dadurch verdrängt.¹³⁸⁶ 576

Abweichendes gilt für Schadenersatzansprüche, die bereits im Zeitpunkt des Schadenseintritts auf den Zessionar übergehen, wie dies bei § 332 ASVG, der Entsprechung zu § 116 SGB X, der Fall ist.¹³⁸⁷ Insoweit kommt es auf die Kenntnis des Sozialversicherungsträgers als Legalzessionar an, wobei maßgeblich die Kenntnis des zuständigen Sachbearbeiters ist.¹³⁸⁸ Mit Eintritt des Schadens nehmen die jeweiligen Anspruchsteile ein völlig eigenes Schicksal, sodass Rechtsverfolgungsmaßnahmen des Anspruchstellers keine Auswirkungen auf den Verjährungslauf des auf den Sozialversicherungsträger übergegangenen Anspruchsteil haben und umgekehrt.¹³⁸⁹ Das gilt auch in Bezug auf ein vom Anspruchsteller erwirkten Feststellungsurteil; Gegenteiliges ist lediglich dann anzunehmen, wenn der Anspruch auf eine Sozialleistung im Zeitpunkt des Schadenseintritts noch nicht gegeben war und später eingeführt wurde¹³⁹⁰ oder ein Sozialhilfeträger erst später leistungspflichtig geworden ist.¹³⁹¹ 577

5. Bereits eingetretene und künftige Schäden – gemäßigte Einheitstheorie. 578
a) Problemstellung und Lösung. Namentlich Personenschäden weisen häufig eine zeitliche Dimension auf; anders als Sachschäden betreffen sie nicht nur einen überschaubaren Zeitraum, sondern erstrecken sich oft weit in die Zukunft: Ausnahmsweise kommt es überhaupt erst viel später zu einem realen Schaden, nicht aber sogleich nach dem schädigenden

¹³⁸⁰ Perner/Brunner in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1489 Rn. 2; Dehn in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1489 Rn. 2.

¹³⁸¹ OGH 9.11.2011 – 5 Ob 52/11z, JBl 2012, 179 = *ecolex* 2012/43: Kenntnis des zur Entscheidung über Klagsführung zuständigen Gemeindeorgans; aA *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 105 unter Hinweis auf OGH 8.6.2004 – 4 Ob 125/04t, ÖJZ 2005/15 = *ecolex* 2005/172 mAnm *Reich-Rohrwig*: Maßgeblich muss sein, ob das Organ im betroffenen Bereich zur Rechtswahrung berufen ist.

¹³⁸² OGH 20.5.2009 – 2 Ob 84/09f, Zak 2009/515 Wissensvertreter; OGH 16.2.2006 – 6 Ob 313/05f, ÖJZ 2006/100 = Zak 2006/237: Ressortleiter eines Sozialversicherers; OGH 30.1.2001 – 1 Ob 64/00v, SZ 74/14 = JBl 2001, 384: Kenntnis von Fahrzeugschäden durch den Fuhrparkleiter; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 105; *Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1489 Rn. 2.

¹³⁸³ OGH 10.7.2012 – 4 Ob 45/12i, Zak 2012/529 = RdW 2012/748; Dehn in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1489 Rn. 2.

¹³⁸⁴ OGH 18.4.2012 – 3 Ob 200/11z, NZ 2012/81.

¹³⁸⁵ Dehn in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1489 Rn. 11.

¹³⁸⁶ OGH 28.3.2014 – 2 Ob 216/13y, *ecolex* 2014/270 mAnm *Schoditsch*, dazu *Ch. Huber* ZVR 2015, 14: Rückersatzanspruch nach § 13 VOEG.

¹³⁸⁷ OGH 17.5.2000 – 2 Ob 119/00i, ZVR 2001/14.

¹³⁸⁸ OGH 24.9.2004 – 8 ObA 73/03y, SZ 2004/141 = JBl 2005, 114; OGH 24.10.2002 – 2 Ob 238/02t, SZ 2002/143 = ZVR 2003/110 = ÖJZ 2003/36; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 112; Dehn in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1489 Rn. 11.

¹³⁸⁹ OGH 22.3.2001 – 2 Ob 242/99y, ZfRV 2001/65 = *ecolex* 2001/307: Klage des Geschädigten hinsichtlich der bei ihm verbliebenen Ansprüche, zum Beispiel des Schmerzensgeldes; *Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1489 Rn. 14.

¹³⁹⁰ OGH 20.6.2000 – 2 Ob 159/00x, ZVR 2001/41: Anspruchsübergang nach § 16 BPGG, das erst nach dem Zeitpunkt der Unfallverletzung eingeführt worden ist; Unterbrechungswirkung des Feststellungsurteils des Geschädigten zugunsten des Regressgläubigers.

¹³⁹¹ OGH 22.9.2005 – 2 Ob 84/05z, *ecolex* 2006/10.

Ereignis. Im Verkehrsunfallrecht dominiert aber die Konstellation, dass ein gewisser realer Schaden mit dem schädigenden Ereignis eintritt; darüber hinaus ist aber ein künftiger Schaden, etwa eine Verschlimmerung des Leidens, wahrscheinlich oder zumindest möglich.

- 579 Es stellt sich dann die Frage, ab welchem Zeitpunkt für den künftigen Schaden die Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Im Anschluss an einen Aufsatz von *F. Bydlinksi*¹³⁹² hat sich der OGH¹³⁹³ der in Deutschland schon davor geltenden gemäßigten Einheitstheorie angeschlossen. Sind künftige Schäden eine vorhersehbare Folge desselben Schadensereignisses, bilden diese und der entstandene Erstschaden eine verjährungsrechtliche Einheit, für die eine einheitliche Verjährungsfrist gilt.¹³⁹⁴ Nur für nicht vorhersehbare (künftige) Folgeschäden beginnt die Verjährung erst mit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme des Geschädigten neu zu laufen,¹³⁹⁵ nicht aber bereits mit der Kenntnis über die bloße Möglichkeit des Eintritts.¹³⁹⁶
- 580 Vor Eintritt eines realen Schadens¹³⁹⁷ beginnt die Verjährungsfrist für einen künftigen Schaden niemals zu laufen, selbst wenn dieser vorhersehbar ist. Ist jedoch ein realer Schaden eingetreten, mag dieser bereits bezifferbar sein oder auch nicht, muss der Geschädigte für den künftig vorhersehbaren Schaden eine Feststellungsklage erheben, um den Eintritt der Verjährung für diesen abzuwenden.¹³⁹⁸ Für Leistungs- und Feststellungsklage läuft die gleiche Verjährungsfrist.¹³⁹⁹ Soweit der Geschädigte ohnehin das Gericht mit einer Leistungsklage befassen muss, entspricht es der Prozessökonomie, dass das Gericht Grund bzw. Grenzen des Anspruchsgrunds für künftige Schäden in einem Verfahren klärt. Aber selbst wenn der reale Schaden außergerichtlich reguliert wird oder der Geschädigte wegen Geringfügigkeit auf die Erhebung des Anspruchs verzichtet, ist der Geschädigte gehalten, ein Feststellungsurteil oder eine gleichwertige außergerichtliche Erklärung des Ersatzpflichtigen zu erwirken, um die Verjährungsfrist für vorhersehbare künftige Schäden abzuwenden.¹⁴⁰⁰ Am geeignetsten ist dabei ein konstitutives Anerkenntnis, am besten unter Hinweis der Wirkung wie ein Feststellungsurteil.¹⁴⁰¹
- 581 **b) Detailfragen. aa) Leistungs- und Feststellungsklage.** Soweit ein – auch künftiger – Anspruch bezifferbar ist, muss der Geschädigte eine Leistungsklage erheben, ansonsten eine Feststellungsklage, wobei der Geschädigte zumutbare Maßnahmen zur Schadensbezifferung ergreifen muss.¹⁴⁰² Dem entsprechend wird durch eine Feststellungsklage die Verjährung bereits fälliger, mit Leistungsklage einklagbarer Ansprüche nicht unterbrochen.¹⁴⁰³
- 582 Ein Feststellungsurteil bewirkt nach Ansicht des OGH¹⁴⁰⁴ die Unterbrechung der Verjährung künftiger Ansprüche für 30 Jahre ab dessen Rechtskraft; lediglich für Folgeschäden, die erst mehr als 27 Jahre nach Rechtskraft des Feststellungsurteils eintreten, nimmt der OGH¹⁴⁰⁵ dann eine bloß 3-jährige Frist an. Soweit es sich um wiederkehrende Ansprüche handelt, gilt gemäß § 1480 ABGB, der Entsprechung von § 197 Abs. 2 BGB, indes bloß eine kurze 3-jäh-

¹³⁹² FS Steffen, 1995, 65.

¹³⁹³ OGH 19.12.1995 – 1 Ob 621/95, SZ 68/238 = VersR 1996, 1570 = JBl 1996, 311 mAnm *Apathy* = *ecolex* 1996, 91 mAnm *Wilhelm*.

¹³⁹⁴ *Perner/Brunner* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1489 Rn. 4.

¹³⁹⁵ OGH 25.11.2008 – 1 Ob 66/08z, ZVR 2009/205 mAnm *Ch. Huber* = Zak 2009/145.

¹³⁹⁶ OGH 17.12.2008 – 2 Ob 235/08k, RIS-Justiz RS0111272.

¹³⁹⁷ Dazu OGH 16.5.2001 – 2 Ob 136/00i, ZVR 2001/72: Schockschaden einer Mutter nach Tötung des Sohnes, Behandlungsbedürftigkeit der Depression aber erst nach 6 Monaten angenommen, vorher bestehende Trauer nicht als realer Schaden qualifiziert.

¹³⁹⁸ OGH 21.3.2018 – 7 Ob 206/17w, Zak 2018/326; *Perner/Brunner* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1489 Rn. 4; *Dehn* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB § 1489 Rn. 4.

¹³⁹⁹ *Perner/Brunner* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1489 Rn. 2.

¹⁴⁰⁰ OGH 24.9.1999 – 2 Ob 362/97t, *ecolex* 2000/258 mAnm *Wilhelm*.

¹⁴⁰¹ Näheres → Rn. 606.

¹⁴⁰² OGH 18.3.2004 – 1 Ob 13/04z, ÖJZ 2004/177.

¹⁴⁰³ OGH 29.9.2011 – 2 Ob 167/11i, Zak 2012/26 = *ecolex* 2012/17; OGH 28.11.2000 – 1 Ob 134/00p, ZVR 2002/13; OGH 5.9.1973 – 1 Ob 128/73, SZ 46/81; *Dehn* in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB § 1497 Rn. 10; *Fucik/Hartl/Schlusser*, Handbuch VI, Rn. 122; *Perner/Brunner* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1489 Rn. 6.

¹⁴⁰⁴ OGH 29.10.2009 – 2 Ob 129/09y, SZ 2009/144 = ÖJZ 2010/60 mAnm *Fraunberger-Pfeiler*.

¹⁴⁰⁵ OGH 5.8.2016 – 2 Ob 116/16x, ÖJZ 2017/17 mAnm *Rohrer/Fraunberger-Pfeiler* = JBl 2016, 797.

rige Frist. Hinzuweisen ist darauf, dass die Lehre dafür plädiert, dass ungeachtet eines rechtskräftigen Feststellungsurteils für künftige Schäden bloß die 3-jährige Frist ab deren Kenntnis gelten soll. Das wird plausibel damit begründet, dass Beweisschwierigkeiten nur bei einer Judikatsschuld auszuschließen sind, nicht aber bei einem Feststellungsurteil, bei dem der Eintritt des Schadens, dessen Höhe und Kausalität erst im Folgeprozess zu klären sind.¹⁴⁰⁶ Durch ein Feststellungsurteil wird nämlich lediglich der Grund des Anspruchs und dessen Kürzung wegen Mitverschuldens oder mitwirkender Betriebsgefahr geklärt. Es ist nicht auszuschließen, dass sich der OGH dieser Ansicht anschließt, weshalb eine Geltendmachung eines eingetretenen bezifferbaren realen – zunächst bloß vorhersehbaren künftigen – Schadens innerhalb eines Zeitraums von 3 Jahren nach dem Gebot des sichersten Wegs anzuraten ist.

Das Feststellungsurteil selbst unterliegt keiner Verjährung, weshalb auch nach Ablauf von 30 Jahren kein weiteres Feststellungsbegehren gestellt werden muss, ein solches vielmehr unzulässig wäre.¹⁴⁰⁷ Das Feststellungsurteil fixiert nämlich die Grundlagen des Ersatzanspruchs ohne zeitliche Begrenzung.¹⁴⁰⁸ 583

bb) Maßstab der Kenntnis künftiger Schäden. Ob es sich für den Geschädigten um einen vorhersehbaren künftigen Schaden handelt, ist nach einer Betrachtung ex ante, nicht ex post zu beurteilen. Maßgeblich ist die objektive Vorhersehbarkeit nach den Erkenntnismöglichkeiten des Geschädigten, nicht denen eines Sachverständigen.¹⁴⁰⁹ Bezüglich von Dauerfolgen sind an einen Laien keine großen Anforderungen zu stellen.¹⁴¹⁰ Die bloße Möglichkeit eines künftigen Schadenseintritts genügt nicht.¹⁴¹¹ Wenn Folgen nicht vorhersehbar sind, läuft die Verjährung erst mit Kenntnis des künftigen Eintritts; dann ist freilich die Erhebung einer Feststellungsklage erforderlich.¹⁴¹² 584

Die Unterbrechungswirkung eines Feststellungsbegehrens bezieht sich auch auf Schäden, die ab dem Zeitpunkt der Einbringung während des Verfahrens fällig werden,¹⁴¹³ was als künftiger Schaden anzusehen ist, beurteilt sich somit nach dem Zeitpunkt der Einbringung der Feststellungsklage.¹⁴¹⁴ In Bezug auf diese Teilschäden ist selbst bei deren Eintritt bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft des Feststellungsurteils eine Umstellung des Begehrens auf Leistung zunächst nicht erforderlich,¹⁴¹⁵ nach Ansicht des OGH steht auch dafür eine Frist von 30 Jahren ab Rechtskraft des Feststellungsurteils zur Verfügung.¹⁴¹⁶ 585

cc) Unterschied zwischen Erfordernis bzw Entbehrlichkeit einer Feststellungsklage zur Verjährungsunterbrechung und deren Zulässigkeit. Für künftige, für den Geschädigten vorhersehbare Schäden muss dieser, wenn ein realer Schaden bereits eingetreten ist, eine Feststellungsklage zur Verjährungsunterbrechung erheben, wobei die Frist für die Feststellungsklage ab dem Zeitpunkt der für ihn gegebenen Vorhersehbarkeit zu laufen beginnt. Unterlässt er dies, bewirken Ersatzleistungen des Ersatzpflichtigen ein Anerkenntnis und damit eine Unterbrechung der Verjährungsfrist, somit einen neuen 3-jährigen Lauf der Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB, sofern der Ersatzpflichtige nicht 586

¹⁴⁰⁶ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 122.

¹⁴⁰⁷ OGH 29.4.1992 – 2 Ob 58, 59/91, JBl 1993, 726 mAnm Ch. Huber.

¹⁴⁰⁸ OGH 14.9.2000 – 2 Ob 211/00v, JBl 2001, 386 mAnm Riedler; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 122; Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1489 Rn. 6.

¹⁴⁰⁹ OGH 8.5.2003 – 2 Ob 78/03i, ecolex 2003/333; Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1489 Rn. 4.

¹⁴¹⁰ OGH 2.3.2006 – 2 Ob 6/06f, Zak 2006/366; OLG Innsbruck 11.12.1987 – 4 R 207/87, ZVR 1988/155; Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1489 Rn. 5.

¹⁴¹¹ Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1489 Rn. 4.

¹⁴¹² OGH 23.11.1995 – 2 Ob 93/95, JBl 1996, 321 mAnm Riedler; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 109; F. Bydlinski, FS Steffen, 1995, 65 (72 ff.).

¹⁴¹³ OGH 29.10.2009 – 2 Ob 129/09y, SZ 2009/144 = ÖJZ 2010/60 mit kritischer Anm Frauenberger-Pfeiler; Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1497 Rn. 10.

¹⁴¹⁴ OGH 25.6.2009 – 2 Ob 33/09f, ZVR 2010/200 mAnm Ch. Huber.

¹⁴¹⁵ OGH 29.10.2009 – 2 Ob 129/09y, SZ 2009/144 = ÖJZ 2010/60 mAnm Frauenberger-Pfeiler: Besonderheit in concreto, dass der Erwerbsschaden eines Selbständigen erst zum Ende des Jahres fällig wird.

¹⁴¹⁶ OGH 29.10.2009 – 2 Ob 129/09y, SZ 2009/144 = ÖJZ 2010/60 mAnm Frauenberger-Pfeiler.

jegliche darüber hinausgehende Ersatzleistungen ablehnt.¹⁴¹⁷ Das ist freilich eine mit Wagnissen behaftete Vorgangsweise, weil einerseits mitunter ungewiss ist, ob bzw wann Ersatzleistungen künftig geschuldet sind bzw keine Anerkennungswirkung eintritt, wenn der Schuldner – aus welchen Gründen auch immer – nicht leistet. Vorzugswürdig ist dem gegenüber eine Erklärung des Schuldners, ein konstitutives Anerkenntnis mit Wirkung eines Feststellungsurteils abzugeben.¹⁴¹⁸ Weigert sich der Schuldner, muss der Geschädigte eine entsprechende Klage einbringen; aus Vorsichtsgründen, nämlich zur Abwendung nachteiliger Kostenfolgen, sollte der Geschädigte vor Klageeinbringung den Ersatzpflichtigen zu einer solchen Erklärung unter Fristsetzung auffordern.

587 Vom Erfordernis der Feststellungsklage zur Abwendung der Verjährung ist die Zulässigkeit einer Feststellungsklage zu unterscheiden. Eine Feststellungsklage ist schon dann zulässig, wenn nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit künftige Schäden auszuschließen sind. Letztlich ist das zwar eine vom Gericht zu beurteilende Rechtsfrage; der Äußerung des – meist medizinischen – Sachverständigen bei Personenschäden kommt freilich eine hohe Indizwirkung zu. Nur wenn sich der Sachverständige in der Weise äußert, dass künftige Schäden nicht möglich oder bloß theoretischer Natur seien, wird auch die Zulässigkeit einer Feststellungsklage verneint.¹⁴¹⁹ Ist ein künftiger Schaden zwar nicht vorhersehbar, wohl aber möglich, ist die Erhebung einer Feststellungsklage nicht erforderlich zur Abwehr der Verjährung, weil die Verjährungsfrist erst mit Kenntnis für den Geschädigten zu laufen beginnt; gleichwohl macht es Sinn, eine Feststellungsklage einzubringen, weil im zeitlichen Kontext zum schädigenden Ereignis der Grund des Anspruchs und mögliche – geringere oder doch nicht bestehende – Kürzungsgründe wegen Mitverschuldens oder mitwirkender Betriebsgefahr mit weniger Beweiserhebungsaufwand geklärt werden können.

588 **dd) Klageerweiterung.** Bei einer während des Prozesses vorgenommenen Klageerweiterung ist grundsätzlich die Verjährungsfrist zum Zeitpunkt der Klageerweiterung maßgeblich; möglicherweise ist die Verjährungsfrist zum Zeitpunkt der Klageerweiterung aber bereits abgelaufen. Jedenfalls ohne rechtzeitig erhobenes Feststellungsbegehren besteht die Gefahr der Verjährung bei Klageausdehnung.¹⁴²⁰ Das Feststellungsbegehren bezieht sich allerdings nur auf künftige Schäden, nicht auf solche, die vor Einbringung des Feststellungsbegehrens schon mit Leistungsklage hätten geltend gemacht werden können.

589 Bei einer Klageausdehnung infolge eines für den Anspruchsteller unverhofft günstigen Sachverständigengutachtens hat der OGH¹⁴²¹ bei Erhebung eines Feststellungsbegehrens eine Klageausdehnung beim Schmerzensgeld auch nach Ablauf der Verjährungsfrist zugelassen, nicht aber beim Vermögenspersonenschaden, weil es sich insoweit nicht um eine Frage der Schadensbemessung, sondern eine solche der Schadensberechnung handle,¹⁴²² was formal überzeugen mag, nicht aber inhaltlich, weil die Abschätzung des Umfangs des Ersatzes etwa bei Pflegeleistungen ähnlich schwierig ist wie beim Schmerzensgeld. Erschwerend kommt im österreichischen Recht hinzu, dass – anders als im deutschen Recht – der Geschädigte auch beim Schmerzensgeld kein Mindestbegehren stellen kann; lediglich § 43 Abs. 2 ZPO bietet eine gewisse Abhilfe, wonach beim Schmerzensgeld eine Überklagung um 100 % für den Kläger keine nachteiligen Kostenfolgen hat.

590 **ee) Praxistipp: Im Zweifel immer möglichst früh Erhebung einer Feststellungsklage oder eines entsprechenden außergerichtlichen Begehrens.** Da die Abgrenzung,

¹⁴¹⁷ *F Bydlinski* FS Steffen, 1995, 65.

¹⁴¹⁸ Näheres → Rn. 606.

¹⁴¹⁹ OGH 16.5.2018 – 2 Ob 68/18s, Zak 2018/491 = demnächst ZVR mAnm *Ch. Huber*; OGH 15.10.2009 – 2 Ob 277/08m, ZVB 2010/38 mAnm *Michl*; OGH 20.4.2006 – 4 Ob 46/06b, ZVR 2007/5 mAnm *Danzl*; *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1489 Rn. 4.

¹⁴²⁰ OGH 12.2.1998 – 2 Ob 15/96, ZVR 1999/21; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 110.

¹⁴²¹ OGH 16.5.2018, 2 Ob 68/18s, Zak 2018/491 = demnächst ZVR mAnm *Ch. Huber*; OGH 29.9.2011 – 2 Ob 167/11i, Zak 2012/26 = *ecolex* 2012/17; OGH 8.9.2000 – 2 Ob 207/00f, ZVR 2001/95; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 122; *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1497 Rn. 10.

¹⁴²² OGH 25.6.2009 – 2 Ob 33/09f, ZVR 2010/200 mAnm *Ch. Huber*.

welche Schäden möglich und welche darüber hinaus wahrscheinlich sind, schwierige Grenzziehungen erfordert,¹⁴²³ ist dem Geschädigten zu raten, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt eine Feststellungsklage einzubringen. Darüber hinaus bewirkt eine Klage lediglich die Unterbrechung der Verjährung der in der Klage geltend gemachten Ansprüche in der jeweiligen Höhe;¹⁴²⁴ ein Feststellungsbegehren kann jedoch umfassender formuliert werden: Festgestellt wird die Einstandspflicht für alle durch das schädigende Ereignis verursachten künftigen Schäden. Ein Geschädigter beugt mit Erhebung einer Feststellungsklage einerseits einer möglichen Verjährung vor; und je früher er eine solche Klage einbringt oder auf ein konstitutives Anerkenntnis des Ersatzpflichtigen mit Wirkung eines Feststellungsurteils dringt, umso weitreichender ist dessen Wirkung in Bezug auf Zukunftsschäden; andererseits ist damit der Grund des Anspruchs auch für den Fall geklärt, dass kausale Zukunftsschäden später zwar als nicht vorhersehbar angesehen werden, aber trotzdem eintreten, es einer Feststellungsklage zur Abwehr des Eintritts der Verjährung somit nicht bedurft hätte. Schließlich sind die Zulässigkeitschranken gering,¹⁴²⁵ sodass nachteilige Kostenfolgen im Regelfall ausscheiden.

III. Regressansprüche

Bei Verkehrsunfällen ist die Einstandspflicht mehrerer Schädiger, seien es mehrere Halter 591 oder Lenker sowie die hinter diesen stehenden Kfz-Haftpflichtversicherer, durchaus häufig. Bei Mitschädigern, bei denen kein besonderes Innenverhältnis besteht, nimmt der OGH¹⁴²⁶ für den Regressanspruch gemäß § 896 ABGB eine 30-jährige Verjährungsfrist an, was freilich von der Lehre kritisiert wird.¹⁴²⁷ Anzuraten ist deshalb eine unverzügliche Geltendmachung des Regressanspruchs; bei einer möglichen Änderung der Rechtsprechung wird man dem Regressgläubiger aber jedenfalls einen solchen Zeitraum zubilligen müssen, der ihm im Rahmen der gehörigen Fortsetzung eines Verfahrens oder der Einbringung einer Klage nach Scheitern von Vergleichsverhandlungen zugestanden wird, somit zwei Monate.

IV. Judikatsschuld

Besteht für einen erhobenen Anspruch ein rechtskräftiges Urteil, kann daraus 30 Jahre 592 Zwangsvollstreckung betrieben werden. Die 30-jährige Frist gilt unabhängig davon, um welchen Anspruch es sich gehandelt hat.¹⁴²⁸ Nach Ansicht des OGH gilt das nicht nur für Leistungsurteile, sondern auch für Feststellungsurteile. Zu beachten ist indes, dass bei wiederkehrenden Leistungen wie etwa Renten oder Zinsen, die nach der Rechtskraft des Urteils fällig werden, die 3-jährige Frist des § 1480 ABGB zu beachten ist.¹⁴²⁹

V. Unterbrechung durch Anerkenntnis oder Klage gemäß § 1497 ABGB

1. Grundsätze. Durch Einbringung einer Klage unter der Voraussetzung eines stattge- 593 benden Urteils oder durch Abgabe eines – auch deklaratorischen – Anerkenntnisses wird die Verjährung gemäß § 1497 ABGB unterbrochen; die Verjährungsfrist beginnt ab diesem Zeitpunkt neu zu laufen.¹⁴³⁰ Nach deutscher Terminologie bewirken diese Schritte im Fall der Klage eine Hemmung (§ 204 Nr. 1 BGB)¹⁴³¹ oder im Fall eines Anerkenntnisses den

¹⁴²³ Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1489 Rn. 4.

¹⁴²⁴ OGH 21.3.2018 – 7 Ob 206/17w, Zak 2018/326.

¹⁴²⁵ Dazu → Rn. 505 ff.

¹⁴²⁶ OGH 20.2.2018 – 10 Ob 68/17y, bau aktuell 2018/6; OGH 16.7.2009 – 2 Ob 111/09a; OGH 25.5.2005 – 7 Ob 19/05b, VR 2009/794; OGH 24.9.1992 – 8 Ob 611/91, ecolx 1993, 85 mAnm Wilhelm.

¹⁴²⁷ Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1489 Rn. 15; Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1489 Rn. 10.

¹⁴²⁸ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 106.

¹⁴²⁹ OGH 28.8.1997 – 3 Ob 2280/96g, RdW 1998, 14.

¹⁴³⁰ OGH 21.4.1995 – 2 Ob 26/94, ZVR 1996/24; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 114.

¹⁴³¹ Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1497 Rn. 5: Besser erklärbar wäre die „Unterbrechung“ mit Ablaufhemmung während des Prozesses.

Neubeginn der Verjährung (§ 212 BGB). Die Unterbrechungswirkung ist nur gegenüber dem Schuldner gegeben, gegen den eine Klage eingebracht wurde oder der ein Anerkenntnis abgegeben hat.¹⁴³² So unterbricht die Klage gegen einen Solidarschuldner nicht die Verjährung gegen den oder die anderen.¹⁴³³ Ein Anschluss als Privatbeteiligter im Strafverfahren bewirkt keine Verjährungsunterbrechung des Amtshaftungsanspruchs gegen den Rechtsträger.¹⁴³⁴ Für das Vorliegen eines Unterbrechungstatbestands ist der Gläubiger beweispflichtig.¹⁴³⁵

- 594 **2. Klage. a) Einbringung.** Bei Teileinklagung im Rahmen einer Leistungsklage wird eine Verjährungsunterbrechung nur im Ausmaß des erhobenen Begehrens bewirkt. Eine Klagsausdehnung wirkt nicht auf Zeitpunkt der Einbringung der Klage zurück.¹⁴³⁶ Der von klägerischen Anwälten häufig erklärte Vorbehalt der Ausdehnung hat verjährungsrechtlich keine Bedeutung.¹⁴³⁷ Auch eine Feststellungsklage sowie ein Zwischenantrag auf Feststellung, sofern noch keine Leistungsklage eingebracht werden kann, bewirken eine Unterbrechung der Verjährung,¹⁴³⁸ nicht aber eine erfolglose negative Feststellungsklage des Schuldners,¹⁴³⁹ die bei internationalen Verkehrsunfällen mitunter vom Kfz-Haftpflichtversicherer eingebracht wird, um damit einen bestimmten Gerichtsstand und das davon abhängige materielle Recht zu determinieren, das infolge der in den einzelnen Staaten unterschiedlichen Geltung von Rom-II-Abkommen und Haager Straßenverkehrsabkommen zu erheblichen unterschiedlichen Ersatzpflichten führen kann.
- 595 Bei einer Klage beim zuständigen Gericht ist maßgeblich die Gerichtshängigkeit, somit das Einlangen der Klage in der Einlaufstelle des Gerichts.¹⁴⁴⁰ Wird die Klage beim unzuständigen Gericht eingebracht, bleibt die Unterbrechungswirkung aufrecht, wenn gemäß §§ 261 Abs. 6 ZPO, 230a ZPO eine Überweisung durch das unzuständige an das zuständige Gericht erfolgt;¹⁴⁴¹ im Fall der Zurückweisung kommt es zu keiner Unterbrechungswirkung.¹⁴⁴² Bei einer wegen nicht offenkundiger Unzuständigkeit zurückgewiesenen Auslandsklage hat der OGH die Unterbrechung bejaht, wenn daraufhin unverzüglich eine Klage beim zuständigen Gericht im Inland erfolgte.¹⁴⁴³ ME ist die Differenzierung zwischen einer im Ausland bzw. Inland eingebrachten Klage wenig sachgerecht; für die Unterbrechungswirkung spricht, dass der Kläger mit ausreichender Ernsthaftigkeit zum Ausdruck gebracht hat, dass ihm an der Verfolgung des Anspruchs gelegen ist. Bedenklich ist ferner, die Unterbrechungswirkung davon abhängig zu machen, ob das unzuständige Gericht mit einem Überweisungsbeschluss an das zuständige Gericht oder einem Zurückweisungsbeschluss reagiert.
- 596 **b) Voraussetzung der gehörigen Fortsetzung des Verfahrens.** Die Einbringung einer Klage bewirkt nur bei gehöriger Fortsetzung und insoweit stattgebendem Urteil

¹⁴³² Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1497 Rn. 3.

¹⁴³³ OGH 21.3.1968 – 1 Ob 290/67, SZ 41/34 = ÖJZ 1968/398.

¹⁴³⁴ OGH 21.3.1968 – 1 Ob 290/67, SZ 41/34 = ÖJZ 1968/398; Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1497 Rn. 10.

¹⁴³⁵ OGH 3.12.2002 – 5 Ob 265/02k, ecolex 2003/131; Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1497 Rn. 1.

¹⁴³⁶ OGH 3.3.2010 – 7 Ob 8/10t, ecolex 2010/244; OGH 28.6.2001 – 2 Ob 271/00t, ZVR 2002/39 = JBl 2002, 42; Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1497 Rn. 11.

¹⁴³⁷ OGH 6.10.2005 – 6 Ob 51/05a, ecolex 2006/230.

¹⁴³⁸ Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1497 Rn. 5.

¹⁴³⁹ OGH 25.11.2008 – 1 Ob 66/08z, ZVR 2009/205 mAnm Ch. Huber = Zak 2009/145; Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1497 Rn. 7.

¹⁴⁴⁰ OGH 29.10.2004 – 5 Ob 212/04v, SZ 2004/154 = JBl 2005, 260; OGH 25.7.2000 – 1 Ob 112/00b, SZ 73/122 = ÖJZ 2001/18; OGH 9.11.1983 – 1 Ob 33, 34/83, SZ 56/157 = RdW 1984, 276; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 115; Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1497 Rn. 9.

¹⁴⁴¹ OGH 25.7.2000 – 1 Ob 112/00b, SZ 73/122 = ÖJZ 2001/18; OGH 15.1.1997 – 7 Ob 2407/96p, ZfRV 1997/38; Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1497 Rn. 6.

¹⁴⁴² OGH 15.1.1997 – 7 Ob 2407/96p, ZfRV 1997/38; Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1497 Rn. 9.

¹⁴⁴³ OGH 10.3.2008 – 10 Ob 113/07a, SZ 2008/30 = Zak 2008/270 = ecolex 2008/228; dazu McGuire, Zak 2008, 148.

eine Unterbrechung der Verjährung.¹⁴⁴⁴ Eine gehörige Fortsetzung ist zu verneinen bei ungewöhnlicher Untätigkeit des Klägers, wenn der Schluss zu ziehen ist, dass dieser das Prozessziel nicht ernsthaft verfolgt.¹⁴⁴⁵ Dem Kläger ist nicht der Vorwurf der nicht gehörigen Fortsetzung zu machen, wenn das Prozessgericht säumig ist, somit von sich aus tätig hätte werden müssen. Allerdings darf der Kläger nicht ad infinitum untätig bleiben; auch wenn Säumnis des Gerichts gegeben ist, ist die Unterlassung eines Fortsetzungsantrags während eines Zeitraums von 3 Jahren als nicht gehörige Fortsetzung anzusehen, die zum Wegfall der Unterbrechung der Verjährung führt.¹⁴⁴⁶ Maßgeblich sind nicht nur die Dauer, sondern auch die Gründe der Untätigkeit.¹⁴⁴⁷ Es trifft den Kläger die Beweislast, triftige Gründe für die Untätigkeit zu behaupten und zu beweisen.¹⁴⁴⁸ Nicht ausreichend sind bloße Beweisschwierigkeiten,¹⁴⁴⁹ ein Mangel an finanziellen Mitteln zur Fortführung des Verfahrens,¹⁴⁵⁰ Verhandlungen mit dem Rechtsschutzversicherer¹⁴⁵¹ oder ein Anwaltswechsel.¹⁴⁵²

Das Ruhen des Prozesses beseitigt die Unterbrechungswirkung der eingebrachten Klage nicht, solange das Ruhen nicht übermäßig lange dauert.¹⁴⁵³ Unkritisch ist eine Fortführung innerhalb von zwei Monaten.¹⁴⁵⁴ Auch bei langem Ruhen bleibt die Unterbrechungswirkung aufrecht, wenn es dafür stichhaltige Gründe gibt, so etwa das Abwarten auf den Ausgang eines Vorprozesses¹⁴⁵⁵ oder ernsthafte Vergleichsverhandlungen.¹⁴⁵⁶ Nach Ablauf der Ruhensfrist bzw Scheitern der Vergleichsverhandlungen muss allerdings rechtzeitig ein Antrag auf Fortsetzung des ruhenden Verfahrens gestellt werden, wobei ein Fortsetzungsantrag nach 6 Monaten nach 3-monatiger Ruhensfrist als (gerade noch) ausreichend angesehen wurde.¹⁴⁵⁷

c) Einzelfälle – im deutschen Recht in § 204 Abs. 1 BGB geregelt. aa) Antrag auf Verfahrenshilfe. Ein Antrag auf Prozesskostenhilfe hat gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB verjährungsrechtlich die gleiche Wirkung wie die Einbringung einer Klage gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB. In Österreich ist der Begriff Verfahrenshilfe geläufig. Ein Antrag auf Verfahrenshilfe führt nur dann zur Verjährungsunterbrechung, wenn Sachverhalt und Begehren so formuliert sind, dass das bereits als verbesserungsfähige Klageschrift zu deuten ist.¹⁴⁵⁸

bb) Antrag auf pflegschaftsgerichtliche Genehmigung – §§ 210, 211 BGB. Die Verjährung gegenüber einem nicht durch einen gesetzlichen Vertreter vertretenen Minderjährigen bzw Geschäftsunfähigen oder eines Nachlasses ist in den §§ 210 f. BGB geregelt. Nach österreichischem Recht kommt bei einem Minderjährigen bzw Geschäftsunfähigen oder einem nicht vertretenen Nachlass einer Klage Unterbrechungswirkung zu, wenn zugleich ein Antrag auf Genehmigung der Vertretung gestellt und diesem später stattgegeben

¹⁴⁴⁴ OGH 29.10.1992 – 2 Ob 47/92, SZ 65/139 = ÖJZ 1993/66; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 115.

¹⁴⁴⁵ OGH 9.12.1997 – 4 Ob 290/97v, RdW 1998, 265; *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1497 Rn. 11; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 119.

¹⁴⁴⁶ OGH 23.1.2018 – 4 Ob 240/17y, ecolex 2018/379 mAnm *Brandstätter*.

¹⁴⁴⁷ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 119.

¹⁴⁴⁸ *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1497 Rn. 11.

¹⁴⁴⁹ OGH 13.1.2009 – 5 Ob 215/08s, SZ 2009/2 = JBl 2009,576 = Zak 2009/173.

¹⁴⁵⁰ OGH 29.6.1995 – 2 Ob 50/95, ZVR 1996/102.

¹⁴⁵¹ OLG Wien 31.3.1995 – 16 R 257/94, ZVR 1996/51.

¹⁴⁵² OGH 26.11.1981 – 7 Ob 762/81, SZ 54/177 = JBl 1983, 148.

¹⁴⁵³ *Perner/Brunner* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1497 Rn. 9.

¹⁴⁵⁴ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 120.

¹⁴⁵⁵ OGH 23.11.1967 – 2 Ob 332, 333/67, SZ 40/151; *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1497 Rn. 11.

¹⁴⁵⁶ OGH 20.12.1995 – 9 ObA 170/95.

¹⁴⁵⁷ OGH 6.7.2011 – 3 Ob 110/11i, Zak 2011/516.

¹⁴⁵⁸ OGH 15.1.2009 – 6 Ob 279/08k, JBl 2009, 452 = Zak 2009/250: Im konkreten Fall bejaht; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 116; *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1497 Rn. 8.

wurde¹⁴⁵⁹ bzw eine Klageeinbringung innerhalb angemessener Frist ab gerichtlichem Ausspruch der Vertretung erfolgte.¹⁴⁶⁰

- 600 **cc) Streitverkündung.** In § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB ist geregelt, dass die Streitverkündung verjährungsrechtlich die gleiche Wirkung wie eine Klage hat. Der OGH¹⁴⁶¹ hat eine Unterbrechungswirkung der Streitverkündung abgelehnt, was von der Lehre¹⁴⁶² kritisiert wird. Zudem ist darauf zu verweisen, dass dafür nunmehr eine Analogiebasis gegeben ist, indem der Gesetzgeber zumindest im Gewährleistungsrecht, nämlich in § 933b Abs. 2 S 3 ABGB, der Streitverkündung verjährungsunterbrechende Wirkung beigemessen hat.¹⁴⁶³ Im Sinn des sichersten Wegs ist dem Anwalt der streitverkündenden Partei freilich anzuraten, zur Verjährungsunterbrechung gegen den Regressschuldner eine Feststellungsklage zu erheben.
- 601 **dd) Aufrechnung.** In § 204 Abs. 1 Nr. 5 BGB ist geregelt, dass die Aufrechnung verjährungsrechtlich wie eine Klage zu behandeln sei. Auch ohne gesetzliche Regelung ergibt sich im österreichischen Recht die gleiche Rechtslage: Bis zur Höhe der Klageforderung hat die Prozessaufrechnung verjährungsunterbrechende Wirkung.¹⁴⁶⁴ Wenn die Hauptforderung abgewiesen wird, muss der Aufrechnende innerhalb von 2 Monaten eine Klage einbringen.¹⁴⁶⁵ Die Erklärung eines Vorbehalts der Ausdehnung ist verjährungsrechtlich – wie auch sonst – bedeutungslos.¹⁴⁶⁶
- 602 **ee) Privatbeteiligung.** Ein Anschluss des Geschädigten im Strafverfahren (Adhäsionsverfahren) hat nach § 404 Abs. 2 S 1 StPO die gleiche Wirkung wie eine Klage. Ein Anschluss als Privatbeteiligter mit verjährungsunterbrechender Wirkung ist nach österreichischem Recht schon ab dem Zeitpunkt der Strafanzeige durch Erklärung gegenüber der Kriminalpolizei oder der Staatsanwaltschaft möglich; auf eine Verständigung des Ersatzpflichtigen kommt es nicht an.¹⁴⁶⁷ Verjährungsunterbrechende Wirkung kommt einem Anschluss als Privatbeteiligter aber nur insoweit zu, als die gleichen Voraussetzungen wie bei einer zivilrechtlichen Klage erfüllt sind, nämlich Individualisierung und Bezifferung des Anspruchs.¹⁴⁶⁸ Mit der Anschlussklärung kommt es zur Unterbrechungswirkung; weitere Schritte – wie im Zivilverfahren die gehörige Fortsetzung muss der Geschädigte nicht setzen.¹⁴⁶⁹ Sofern dem Begehren im Strafverfahren nicht stattgegeben und der Geschädigte auf den Zivilrechtsweg verwiesen wird, muss eine Geltendmachung innerhalb angemessener Frist,¹⁴⁷⁰ in der Regel binnen 2 Monaten, erfolgen.¹⁴⁷¹ 4 Monate wurden bei schwieriger Beweislage noch gebilligt;¹⁴⁷² 3 Jahre sind jedenfalls zu lang.¹⁴⁷³
- 603 Das Strafverfahren muss gegen den gerichtet sein, der sich auf Verjährung beruft. Wird ein Strafverfahren gegen ein Organ bzw den Organwaller geführt, bewirkt eine Privatbetei-

¹⁴⁵⁹ Perner/Brunner in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1497 Rn. 6.

¹⁴⁶⁰ OGH 29.10.2004 – 5 Ob 212/04v, SZ 2004/154 = JBl 2005, 260; Dehn in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB § 1497 Rn. 6.

¹⁴⁶¹ OGH 24.1.1983 – 1 Ob 507/83.

¹⁴⁶² Dehn in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB § 1497 Rn. 8 unter Hinweis darauf, dass das wenig prozessökonomisch erscheint.

¹⁴⁶³ Perner/Brunner in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1497 Rn. 8.

¹⁴⁶⁴ OGH 2.9.1999 – 2 Ob 270/97p, JBl 2000, 310 = RdW 2000/53; *Fucik/Hartil/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 118.

¹⁴⁶⁵ OGH 28.6.2000 – 6 Ob 43/00t, *ecolex* 2000/315; OGH 2.9.1999 – 2 Ob 270/97p, JBl 2000, 310 = RdW 2000/53; OGH 29.10.1992 – 2 Ob 47/92, SZ 65/139 = ÖJZ 1993/66; Dehn in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB § 1497 Rn. 5.

¹⁴⁶⁶ OGH 7.9.1978 – 7 Ob 643/78, SZ 51/122.

¹⁴⁶⁷ OGH 27.2.2018 – 1 Ob 28/18a, Zak 2018/225; aA *G. Schima/Wällisch*, wbl 2017, 559, (561 ff.).

¹⁴⁶⁸ OGH 25.5.2016 – 2 Ob 213/15k, ZVR 2018/40 mAnm *Ch. Huber*; OGH 16.5.2001 – 2 Ob 180/00k, SZ 74/89 = ZVR 2001/92; *Ch. Huber*, NZ 1985, 163; Dehn in *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger*, ABGB § 1497 Rn. 7.

¹⁴⁶⁹ OGH 27.2.2018 – 1 Ob 28/18a, Zak 2018/225.

¹⁴⁷⁰ Perner/Brunner in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1497 Rn. 7.

¹⁴⁷¹ *Fucik/Hartil/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 117.

¹⁴⁷² OGH 19.12.1990 – 1 Ob 27, 28/90, SZ 63/223 = JBl 1992, 49.

¹⁴⁷³ OGH 20.3.2012 – 5 Ob 25/12f, Zak 2012/305 = AnwBl 2012, 418.

ligung in diesem Verfahren keine Unterbrechung des Amtshaftungsanspruchs.¹⁴⁷⁴ Gegenteiliges gilt wegen § 27 Abs. 2 S 2 KHVG nur in Bezug auf Ansprüche, die der Geschädigte gegen den Lenker eines Kfz erhebt; insoweit kommt es zu einer gesetzlichen Erstreckung der Verjährungsunterbrechung gegenüber dem Kfz-Haftpflichtversicherer.

3. Anerkenntnis. Ein Anerkenntnis führt nach § 1497 ABGB zur Unterbrechung der Verjährung; das bedeutet, dass die Frist ab dem Zugang des Anerkenntnisses wieder neu zu laufen beginnt. Folgerichtig bemisst sich die Frist nach dem Anerkenntnis nach der Verjährungsfrist der anerkannten Forderung.¹⁴⁷⁵ Ein Anerkenntnis dem Grunde nach bewirkt die Verjährungsunterbrechung für die gesamte Forderung.¹⁴⁷⁶ Die Höhe der Forderung muss dem Anerkennenden nicht bekannt sein; er kann das Anerkenntnis aber auch auf einen Teil der Forderung beschränken.¹⁴⁷⁷ Die Verjährungsunterbrechung wird auch durch ein deklaratorisches Anerkenntnis in Form einer Wissenserklärung bewirkt: „Es wird schon so sein.“

Ein Anerkenntnis kann ausdrücklich oder auch konkludent erklärt werden. Letzteres ist der Fall, wenn der Schuldner um Vornahme der Abrechnung zu einem späteren Zeitpunkt ersucht;¹⁴⁷⁸ eine Teilzahlung erfolgt, wenn sie der Schuldner als Abschlag auf eine weitergehende Verpflichtung erachtet,¹⁴⁷⁹ so bei unpräjudizieller Teilzahlung durch den Haftpflichtversicherer.¹⁴⁸⁰ Ein Verjährungsverzicht ist jedoch kein Anerkenntnis.¹⁴⁸¹

Ein konstitutives Anerkenntnis schafft einen neuen Verpflichtungsgrund und bewirkt eine 30-jährige Verjährung ab Zugang der abgegebenen Erklärung.¹⁴⁸² Bedeutsam ist das namentlich bei zukünftigen Schäden.¹⁴⁸³ Es sollte folgende Formulierung gewählt werden: „Es erfolgt eine Anerkennung der Haftung für sämtliche kausale zukünftige Schäden mit der Wirkung eines Feststellungsurteils.“ Bei Abgabe einer solchen Erklärung durch den Ersatzpflichtigen ist die Erwirkung eines Feststellungsurteils durch den Geschädigten entbehrlich.

VI. Ablaufhemmung durch Vergleichsverhandlungen

Das Führen von Vergleichsverhandlungen führt im deutschen Recht nach § 203 BGB zu einer Fortlaufhemmung der Verjährungsfrist. Im österreichischen Recht gibt es keine ausdrückliche gesetzliche Regelung. Die Rechtsprechung hat aber eine Ablaufhemmung aus Treu und Glauben entwickelt. Vergleichsverhandlungen sind anzunehmen, wenn der Schuldner die an ihn gerichtete Forderung nicht schlechthin ablehnt, sondern sachlich dazu Stellung nimmt oder wenn wechselseitige Vergleichsvorschläge erstattet werden.¹⁴⁸⁴ Die Äußerung des Schuldners, den Zugang der Forderung zu bestätigen, sich zu Grund und Höhe aber nicht zu äußern, ist noch kein Einlassen in Vergleichsgespräche. Im Zweifel sollte der Schuldner dann zu einem Verjährungsverzicht mit Fristsetzung aufgefordert werden, widrigenfalls bei Unterbleiben unverzüglich eine Klage eingebracht werden sollte.

¹⁴⁷⁴ OGH 21.3.1968 – 1 Ob 290/67, SZ 41/34 = ÖJZ 1968/398; Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1497 Rn. 12.

¹⁴⁷⁵ OGH 16.2.2005 – 3 Ob 121/04x; Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1497 Rn. 3.

¹⁴⁷⁶ OGH 22.3.2001 – 2 Ob 242/99y, ZfRV 2001/65 = ecolex 2001/307; OGH 4.9.1997 – 2 Ob 100/97p, ecolex 1998, 126 mAnm Urbanek: Hier künftige Schäden; OGH 21.4.1995 – 2 Ob 26/94, ZVR 1996/24; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 114.

¹⁴⁷⁷ Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 114.

¹⁴⁷⁸ OGH 22.4.1975 – 4 Ob 314/75, SZ 48/49; Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1497 Rn. 2.

¹⁴⁷⁹ OGH 29.4.2004 – 2 Ob 88/04m, RdW 2004/530.

¹⁴⁸⁰ OGH 21.4.1995 – 2 Ob 26/94, ZVR 1996/24.

¹⁴⁸¹ OGH 24.11.1994 – 2 Ob 4/94, ZVR 1995/134; Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1497 Rn. 4.

¹⁴⁸² OGH 23.3.2007 – 2 Ob 149/05h, SZ 2007/47 = ZVR 2008/4 mAnm Ch. Huber; Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1497 Rn. 3; Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1497 Rn. 4.

¹⁴⁸³ OGH 4.9.1997 – 2 Ob 100/97p ecolex 1998, 126 mAnm Urbanek.

¹⁴⁸⁴ OGH 25.4.2018 – 9 ObA 24/18x.

- 608 Werden Vergleichsverhandlungen geführt, wird damit nicht nur eine Hemmung bezüglich des in den Gesprächen angesprochenen Rechtsgrunds bewirkt; vielmehr ist das Vertrauen des Geschädigten schützenswert, dass der Gegner nur Einwendungen zur Sache erheben wird.¹⁴⁸⁵ Vor allem bei Kfz-Unfällen ist bedeutsam, dass bei Vergleichsgesprächen durch den Kfz-Haftpflichtversicherer auch eine Hemmung für den durch die Versicherungssumme nicht gedeckten Teil der Ersatzpflicht des Lenkers bewirkt wird,¹⁴⁸⁶ sofern der Haftpflichtversicherer nicht deutlich macht, dass er Erklärungen nur im Rahmen seiner Regulierungsvollmacht abgibt.¹⁴⁸⁷
- 609 Zu betonen ist, dass § 203 BGB eine Fortlaufhemmung anordnet, sodass der Zeitraum der Vergleichsverhandlungen für den Lauf der Verjährungsfrist herauszurechnen ist. Nach österreichischem Recht gilt jedoch eine aus Treu und Glauben abgeleitete Ablaufhemmung. Das bedeutet, die Verjährungsfrist läuft auch während der Vergleichsverhandlungen weiter. Führen diese aber zu keiner einvernehmlichen Bereinigung, hat der Anspruchsteller nur noch einen angemessenen Zeitraum, um die Forderung einzuklagen. Erhebt der Schuldner dann gleichwohl die Verjährungseinrede, steht dem Anspruchsteller die Replik der Arglist zu.¹⁴⁸⁸ Angemessen sind jedenfalls zwei Monate;¹⁴⁸⁹ es wurden aber auch schon drei Monate gebilligt;¹⁴⁹⁰ zu lang ist jedenfalls ein Zeitraum von mehr als 14 Monaten.¹⁴⁹¹

VII. Vereinbarungen über die Verjährung

- 610 Während § 202 BGB Vereinbarungen über die Verlängerung bzw Verkürzung der Verjährungsfrist zulässt, ist eine vertragliche Verlängerung der Verjährungsfrist nach österreichischem Recht wegen des eindeutigen Wortlauts des § 1502 ABGB unwirksam.¹⁴⁹² Die Folge ist, dass der Schuldner davon jederzeit wieder abgehen kann. Beruft sich der Schuldner ungeachtet der Unwirksamkeit der getroffenen Vereinbarung bzw einem einseitigen Verjährungsverzicht auf die Verjährungseinrede, steht dem Anspruchsteller die Replik der Arglist zu.¹⁴⁹³ Der Anspruchsteller muss dann aber innerhalb angemessener Frist eine Klage einbringen, um den Anspruch gerichtlich durchzusetzen.¹⁴⁹⁴ Es gilt insoweit ein ähnlicher Maßstab wie für die gehörige Fortsetzung des Verfahrens bzw die Obliegenheit zur Einbringung einer Klage bei Scheitern von Vergleichsgesprächen. Zwei Monate sind im Rahmen; ein 9-monatiges Zuwarten hat der OGH für zu lang angesehen.¹⁴⁹⁵

VIII. Besonderheiten bei Ansprüchen gegen die Kfz-Haftpflichtversicherung (action directe) – §§ 27 f. KHVG

- 611 In der Kfz-Haftpflichtversicherung sind Besonderheiten auch im Verjährungsrecht zu beachten.¹⁴⁹⁶ Da es sich insoweit um die Umsetzung der nunmehr kodifizierten Richtlinie 2009/103/EG über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Kontrolle der ent-

¹⁴⁸⁵ OGH 20.3.1997 – 2 Ob 48/94, ZVR 1998/89.

¹⁴⁸⁶ OGH 22.12.2004 – 7 Ob/04p, SZ 2004/188 = RdW 2005/372; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 124.

¹⁴⁸⁷ So in OGH 21.3.2018 – 1 Ob 121/17a, Zak 2018/253 = *ecolex* 2018/217 = JBl 2018, 597: Haftpflichtversicherer eines Arztes.

¹⁴⁸⁸ OGH 2.5.1990 – 1 Ob 547/90, JBl 1991, 190; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 125.

¹⁴⁸⁹ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 124.

¹⁴⁹⁰ OGH 14.12.2004 – 1 Ob 107/04y, bbl 2005, 126.

¹⁴⁹¹ OGH 25.4.2018 – 9 ObA 24/18x.

¹⁴⁹² *Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB § 1502 Rn. 2 unter Hinweis darauf, dass eine Verkürzung in den Grenzen des § 879 ABGB zulässig ist.

¹⁴⁹³ *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 125.

¹⁴⁹⁴ *Perner/Brunner in Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1502 Rn. 1.

¹⁴⁹⁵ OGH 28.5.1986 – 1 Ob 20/86.

¹⁴⁹⁶ OGH 27.1.2011 – 2 Ob 197/10z, *ecolex* 2011/156: In der allgemeinen Haftpflichtversicherung Zurechnung des vom Haftpflichtversicherer abgegebenen Verjährungsverzichts an den Versicherungsnehmer nur nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts, in concreto einer Anscheinsvollmacht.

sprechenden Versicherungspflicht vom 16.9.2009¹⁴⁹⁷ handelt, sollte die österreichische Rechtslage von der deutschen nicht abweichen.

In § 27 Abs. 1 S 2 KHVG wird eine lange 10-jährige Verjährungsfrist gegenüber dem Kfz-Haftpflichtversicherer festgelegt, während nach österreichischem Recht für sämtliche Schadenersatzansprüche, somit auch für Sachschäden, nach § 1489 ABGB gegenüber dem Schädiger eine kenntnisunabhängige 30-jährige Verjährungsfrist gilt. Durch die Anmeldung des Anspruchs beim Kfz-Haftpflichtversicherer, wofür keine Individualisierung bzw Bezifferung des Anspruchs¹⁴⁹⁸ erforderlich ist, wird die Verjährungsfrist bis zur endgültigen Ablehnung des Anspruchs gehemmt.¹⁴⁹⁹ In der vollständigen Befriedigung der erhobenen Ansprüche¹⁵⁰⁰ sowie der Unterbreitung eines Vergleichsangebots durch den Kfz-Haftpflichtversicherer¹⁵⁰¹ ist keine endgültige Ablehnung (künftiger) Ansprüche zu sehen; vielmehr bedürfte es diesbezüglich einer ausdrücklichen eindeutigen Erklärung des Kfz-Haftpflichtversicherers.

Aus § 27 Abs. 2 KHVG ergibt sich die wechselseitige Hemmung und Unterbrechung der Verjährung: Der gegenüber dem Kfz-Haftpflichtversicherer bewirkte Unterbrechungs- bzw Hemmungsgrund erstreckt sich auf den Versicherungsnehmer bzw Mitversicherten und umgekehrt, auch soweit der Anspruch des Dritten die Versicherungssumme übersteigt.¹⁵⁰² Bei einem Regress im Innenverhältnis, also einem im Weg der Legalzession vom Geschädigten auf den Kfz-Haftpflichtversicherer übergegangenen Schadenersatzanspruch, kann sich der Kfz-Haftpflichtversicherer darauf aber nicht berufen.¹⁵⁰³ § 28 KHVG ordnet an, dass die Abweisung wechselseitig wirkt. Der Geschädigte kann daher aufgrund eines stattgebenden Feststellungsurteils gegen den Lenker nicht gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer vorgehen.¹⁵⁰⁴ Im konkreten Fall wäre aber immerhin eine Pfändung des Deckungsanspruchs in Betracht gekommen. Aus dieser Entscheidung ist der Praxistipp abzuleiten, dass im Zweifel bei Kfz-Unfällen nicht nur der Lenker oder Halter geklagt, sondern vor allem auch der Kfz-Haftpflichtversicherer mitverklagt werden sollte.

¹⁴⁹⁷ ABl. L 263, 11.

¹⁴⁹⁸ OGH 13.2.2014 – 2 Ob 179/13g, ZVR 2014/170: Meldung eines Anspruchs wegen Heilungskosten durch den Sozialversicherungsträger aus einem Teilungsabkommen, Erstreckung auf Leistungen aus der Pensionsversicherung.

¹⁴⁹⁹ OGH 16.2.2006 – 6 Ob 313/05f, ÖJZ 2006/100 = Zak 2006/237; OGH 20.12.2004 – 2 Ob 223/04i, SZ 2004/183 = ZVR 2005/99 = ÖJZ 2005/107; Spitzer, ZVR 2005, 312; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 113.

¹⁵⁰⁰ OGH 13.11.2008 – 2 Ob 237/08d, ZVR 2009/159 mAnm Kathrein.

¹⁵⁰¹ OGH 18.10.2007 – 2 Ob 286/06g, ecolex 2008/9.

¹⁵⁰² OGH 29.4.2004 – 2 Ob k, ZVR 2005/70 = RdW 2004/604; Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB § 1489 Rn. 10.

¹⁵⁰³ OGH 8.7.2009 7 Ob 227/08w, ZVR 2011/7 mAnm Ch. Huber; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 113.

¹⁵⁰⁴ OGH 19.1.2006 – 2 Ob 5/06h, ZVR 2006/172 mAnm Ch. Huber.