

ABGB

Taschenkommentar

mit EheG, EPG, EKHG und KSchG

herausgegeben von
em. o. Univ.-Prof. Dr. Michael Schwimann

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7007-5357-5

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, Wien

<http://www.lexisnexus.at>

Wien 2013

Best.-Nr. 31.073.002

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Fachbuch trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Herausgebers, der Autoren oder des Verlags ausgeschlossen ist.

Druckerei: Ringier Print CZ a.s.SS

Die abstrakte Rente ist mit der **objektiv-abstrakten Schadensberechnung** begründet worden (2 Ob 143/03y). Diese argumentiert mit dem Rechtsfortwirkungsgedanken, dass anstelle des verletzten Rechtsgutes der Schadenersatzanspruch tritt. Damit unvereinbar ist, dass die abstrakte Rente erst ab dem Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz zugebilligt wird. Zudem ist Anknüpfungspunkt die Beeinträchtigung des Rechtsgutes der Erwerbsfähigkeit. Damit unvereinbar ist das Abstellen auf eine wahrscheinliche künftige Einkommenseinbuße. 80

Der OGH hat sich aber – nach kurzem Zögern (2 Ob 133/02a) – für die **Fortführung der Zubilligung einer abstrakten Rente im bisherigen Rahmen** ausgesprochen (2 Ob 143/03y; 2 Ob 67/05z; 2 Ob 126/06b). 81

Nach einem Teil der L soll die **Erschwernis der Arbeit** im Rahmen des **Schmerzensgeldes** berücksichtigt werden. Dies würde aber bloß zu einem homöopathisch höheren Schmerzensgeld führen. In **allen anderen Fallkonstellationen** werden **überobligationsgemäße Anstrengungen im Rahmen des Vermögensschadens erfasst**, was zu einem wesentlich höheren Ersatz führt. Bei einem konkret alsbald drohenden Einkommensausfall begibt sich der Geschädigtenanwalt geradezu in die Nähe eines anwaltlichen Kunstfehlers, wenn er – ohne zureichende Aufklärung des Klienten – für den Geschädigten eine abstrakte Rente verlangt, weil die Differenz gegenüber dem alsbald häufig viel höheren Schaden durch die gebildeten Rücklagen nicht gedeckt ist und auch nicht mehr verlangt werden kann. 82

Angesichts dieses Risikopotentials muss es verwundern, wie häufig Geschädigte damit spekulieren, dass die weitere Entwicklung anders verläuft als angenommen und ihnen dann ein Trostpflaster für die Mehranstrengung verbleibt, ohne dass ein rechnerischer Schaden eintritt. Zu bedenken ist, dass die abstrakte Rente einen **Anreiz für den Geschädigten** darstellt, sich besonders anzustrengen, um den bestehenden Arbeitsplatz zu behalten, weil er dann zwar zum Erwerbseinkommen ein Zubrot erhält, ansonsten aber weniger als seine Einbuße. Insofern ist die **Belastung des Schädigers geringer**, als wenn der Verletzte bei durchschnittlicher Anspannung seiner Kräfte den Arbeitsplatz verliert und keine neue Stelle findet mit der Folge, dass der Schädiger dann das gesamte entfallende Erwerbseinkommen ersetzen muss. 83

Auch bei **unrechtmäßiger Erwerbstätigkeit** gebührt Ersatz des Erwerbsschadens (z B SZ 54/70: **Prostituierte** unter Hinweis auf übliche Vorkasse – nicht das Ergebnis, wohl aber die Begründung; inzwischen überholt: 2 Ob 289/97g: **Pfuscher**). Auch bei diesen Tätigkeiten ist die ESt-Pflicht zu berücksichtigen, bei der Pfüsch mE auch die bei Nachweis von Schwarzarbeit zu entrichtenden Verwaltungsstrafen. 84

Bei **Personen, die noch nicht im Erwerbsleben** stehen (z B Kind, Student), liegt der ersatzfähige Erwerbsschaden **nicht in den frustrierten Aufwendungen** für die Phase der unterbrochenen Ausbildung, sondern für den **Entgang ab dem Eintritt ins Erwerbsleben ohne Verletzung** (ZVR 1990/88; EF 46.095; 2 Ob 138/00h). Häufig wird Ersatz lediglich verlangt für den Zeitraum, um den der Verletzte später in das Erwerbsleben eintritt. Das ist aber zu wenig. In vielen Berufen ist das Erwerbseinkommen von einer vorangehenden beruflichen Tätigkeit abhängig. Bei Beamten ist die Vorrückung nach dem Bienniensystem ein ganzes (Beamten-)Leben vom Zeitpunkt des Eintritts als Beamter abhängig. Ersatz gebührt deshalb auch für diesen Folgeschaden. Bedeutsam ist auch, dass für die Zeit, in der der Eintritt ins Berufsleben später erfolgt, auch keine Anwartschaften für die Altersversorgung erworben werden konnten, was gleichfalls berücksichtigungsfähig ist (zur Art des Ersatzes oben Rz 59). 85

In je früherem Alter bei einem Dauerschaden die Verletzung passiert, umso größer sind die **Unwägbarkeiten der Prognose** (2 Ob 16/01v; 1 Ob 256/01f: Kochlehrling; 1 Ob 256/01f). Maßgeblich sind die beim **Kind** bis dahin zu beobachtenden Fähigkeiten und Neigungen. Hilfsweise ist abzustellen auf die Erwerbsbiografie der Eltern sowie der Geschwister. Auch ist heranzuziehen, wie das – verletzte – Kind auf den Schicksalsschlag reagiert hat. Es ist dem Verletzten ein Schätzungsbonus einzuräumen, weil es der Schädiger war, der den Verletzten in diese Be- 86

weisschwierigkeiten gebracht hat. Bei besonders herausragenden Berufen der Eltern ist der Budenbrook-Effekt zu beachten, dass sich Sonderbegabungen nur ausnahmsweise in der nächsten Generation wiederfinden. Beachtet werden sollte, dass es nicht allein um Defizite im beruflichen Erwerbsleben geht, sondern auch Beeinträchtigungen bei der Haushaltsführung.

- 87 Bei Verletzung des **Haushaltsführers** wird die Beeinträchtigung der Haushaltsführung für den Verletzten als Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse qualifiziert (2 Ob 86/95), die für andere Familienmitglieder als Erwerbsschaden (2 Ob 533/94). Für das Ausmaß des Ersatzes ist es **gleichgültig, wie der Schaden aufgefangen wird**, ob eine Ersatzkraft eingestellt wird, sich der verletzte Haushaltsführer überobligationsgemäß anstrengt, Familienangehörige oder Dritte einspringen oder das Dienstleistungsniveau absinkt (2 Ob 26/02s; 6 Ob 109/06g), also der Haushalt sonst „verlottern“ würde. Ersatz gebührt ebenso, wenn der Haushaltsführer für die bisherige Tätigkeit verletzungsbedingt länger braucht (7 Ob 14/10z: Lymphödemrisiko, schmerz- und vorsichtsbedingte Verzögerungen).
- 88 Auch wenn der Haushaltsführer bereits vor der Verletzung eine Haushaltshilfe beschäftigt hatte, gewährt ihm der OGH nach der Verletzung Ersatz (unter Kritik der L), weil er nun auf die **Haushaltshilfe angewiesen** ist und verletzungsbedingt nicht mehr die Wahl hat, den Haushalt selbst zu besorgen (2 Ob 2123/96m). ME ist das nur ersatzfähig, wenn sich die nun Verletzte eines Tages als Gesunde – aus welchen Gründen immer – dazu entschlossen hätte, den Haushalt selbst zu erledigen. Im Schadenersatzrecht kommt es aber stets darauf an, wie man sich verhalten hätte, nicht, wie man sich verhalten hätte dürfen.
- 89 Nach dem OGH ist die Rente für **Beeinträchtigung der Haushaltsführung konkreter Verdienstentgang** (2 Ob 83/99s) und keine abstrakte Rente. Sie gebührt auch bei bloßer Mehranstrengung (ZVR 1989/30; 6 Ob 143/98t; 2 Ob 26/02s; ZVR 2003/45). Das hat zur Folge, dass sie auch für die Vergangenheit (JBl 1968, 143) und nicht bloß bis zum Renteneintrittsalter (ZVR 1985/46) zusteht. Zudem kommt eine Indexierung und Anpassung an veränderte Verhältnisse in Betracht (ZVR 1979/182).
- 90 Die Hausfrauenrente ist von der **Einstellung einer Ersatzkraft unabhängig** (6 Ob 11/10a). Wegen des Zugangs zu sämtlichen Bereichen des Wohnsitzes und dem damit verbundenen Vertrauen wird auf die Einstellung einer fremden Ersatzkraft verzichtet; vielmehr springen häufig **Angehörige sowie Verwandte und Bekannte** ein. Zudem scheuen sich viele Geschädigte, eine Ersatzkraft einzustellen, solange nicht feststeht, ob die Kosten überwälzbar sind (zutreffend 2 Ob 42/92: bei Anspruch nach § 1327 Hinweis, dass bei Zuspruch voller Kosten nur bei Einstellung einer Ersatzkraft Begünstigung gut situierter Familien). Wird eine Ersatzkraft oder Reinigungsfirma beschäftigt (ZVR 1979/182), sind die anfallenden Kosten ersatzfähig.
- 91 Die österr Rspr verzichtet – anders als in Deutschland und der Schweiz – bei Ermittlung des Zeitumfangs auf die **Heranziehung statistischer Untersuchungen**. Auch die **unterschiedliche Qualifikation einer Ersatzkraft** zur Bewältigung der Hausarbeit wird nicht diskutiert. So findet sich eine Aussage, dass es keinen Unterschied mache, ob die Hausfrau berufstätig war (JBl 1968, 143); auch während des Krankenhausaufenthalts wird die Rente nicht gekürzt (ZVR 1984/322). In den Nachbarrechtsordnungen hat die **Heranziehung statistischer Untersuchungen zu einem signifikanten Anstieg des Ersatzumfangs** geführt (mehrere 100 %). Bei ganz geringfügigen Defiziten (2 Ob 100/07f: Abschmecken von Speisen, wofür den Lebensgefährtinnen der Söhne ein Entgelt gezahlt wurde) hat der OGH zu Recht einen Vermögensschaden verneint.
- 92 Bei ausreichender Präzisierung des Klagebegehrens gewährt der OGH **nicht nur den Bruttostundenlohn einer Ersatzkraft**, sondern die **Arbeitskraftkosten**, somit auch die Weihnachtsremuneration und den Urlaubszuschuss sowie einen Zuschuss für Leistungen an Sonn- und Feiertagen unter Einschluss der Sozialversicherungsbeiträge (ZVR 1987/56; 2 Ob 345/00z). Auch hier ist zu berücksichtigen, dass eine Ersatzkraft zwar 14 Bezüge erhält, aber maximal 10 Monate im Jahr arbeitet. Die auch in diesem Zusammenhang angebrachte Kritik der Lit und die Verweisung

auf das Mittelmaß des Mindest- und Höchststundensatzes nach richterlichem Ermessen gemäß § 273 ZPO sind in diesem Zusammenhang ebenso unangebracht wie bei den Pflegedienstleistungen (oben Rz 46, 49).

Unter **Haushaltsführung im engeren Sinn** ist die klassische Haushaltsarbeit zu verstehen wie insb Einkaufen, Kochen, Wäschewaschen, Wohnungsreinigung, Betreuung von Kindern. Darüber hinaus fallen in einem Haushalt aber **weitere entschädigungspflichtige Tätigkeiten** an, wenn diese verletzungsbedingt nicht mehr ausgeübt werden können: Pflege kranker Familienangehöriger (2 Ob 533/94), Betreuung von Garten und Haustieren (OLG Innsbruck ZVR 2006/158: Haltung eines Hundes), Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten des Wohnsitzes (ZVR 1982/188) und des Fahrzeugs, Schriftverkehr mit Banken, Versicherungen und Behörden, Betreuung und Überwachung von Handwerkern, Chauffeurdienste für mj Kinder, Grabpflege (SZ 51/131). 93

Ob die verletzte Person bei ihrer Haushaltstätigkeit eine Unterhaltspflicht erfüllt hat, ist ohne Bedeutung (2 Ob 56/95); zu Recht hat auch die **Lebensgefährtin** einen entsprechenden Anspruch (JBI 1961, 419). Auch der **Ehemann** hat Anspruch auf Abgeltung seiner verletzungsbedingt vereitelten Mitwirkung im Haushalt, selbst wenn die Ehefrau nicht im Beruf steht (SZ 55/167). Die Aufteilung der Hausarbeit zwischen den Ehegatten dürfte heute der Regelfall sein, sodass stets zu prüfen ist, ob neben der Beeinträchtigung der beruflichen Erwerbsarbeit auch eine solche bei der Haushaltstätigkeit gegeben ist. 94

Aktivlegitimiert ist allein der **verletzte Haushaltsführer**, nicht auch Drittgeschädigte, denen Dienstleistungen entgehen (2 Ob 533/94; 2 Ob 156/02h). Die Rente bei Verletzung des Haushaltsführers soll keiner zeitlichen Begrenzung unterliegen (ZVR 1985/46; 2 Ob 345/00z). Wird der ältere Haushaltsführer das Nachlassen der Kräfte auch durch die größere – dann zur Verfügung stehende – Zeit kompensieren, der Zuspruch einer ungekürzten Rente bis zum Lebensende ist mE des Guten gewiss zu viel. 95

Zu ersetzen sind auch **Eigenleistungen** des Verletzten, namentlich für die **Errichtung und den Ausbau eines Eigenheims**, gleichgültig, wem die Liegenschaft gehört (6 Ob 75/08k: verletzungsbedingte Vereitelung des Ausbaus des Hauses der Ehefrau; SZ 50/77: Haus eines Maurers auch für die Söhne). Bei wechselseitiger Nachbarschaftshilfe schließt der Erwerbsschaden dann das „Zurückarbeiten“ des Verletzten an die zunächst bei ihm mithelfenden Nachbarn mit ein (2 Ob 56/95; 1 Ob 261/02t). Bei einem konkreten Projekt hat Ersatz in Form eines **Kapitalbetrags** und nicht einer Rente zu erfolgen (2 Ob 56/95). Bisher haben die Verletzten ein entsprechendes Begehren gestellt ohne Anrechnung von sozialversicherungsrechtlichen Lohnersatzleistungen. Womöglich wurden keine solchen bezogen. Sollte das der Fall sein, wäre die sachliche Kongruenz mE zu bejahen. 96

Nach VfGH B 242/06 ist die **Rente wegen vermehrter Bedürfnisse nicht ESt-pflichtig**. Die Steuerpflicht für den Ersatz für die **Beeinträchtigung bei der Haushaltsarbeit** ist fraglich. Bei der Haushaltsarbeit für sich selbst ist die Parallele naheliegend, bei der für andere Familienmitglieder jedoch fraglich. Sofern durch Eigenleistung ein Vermögenswert geschaffen wird, trägt das Argument des VfGH jedenfalls nicht, mag auch die ursprüngliche Tätigkeit nicht einkommensteuerpflichtig gewesen sein. Bei der Regulierung sollte eine drohende Steuerpflicht jedenfalls bedacht werden. Sollte sie eintreten, sollte sichergestellt werden, dass die anfallende Steuer vom Schädiger zu tragen ist. Steuerpflichtig ist jedenfalls die Einstellung einer Ersatzkraft; dann ist das erzielte Einkommen bei dieser zu versteuern. 97

K. Rehabilitation

Der Schadenersatzanspruch nach § 1325 umfasst auch Aufwendungen der **sozialen und beruflichen Rehabilitation**. Es geht nicht bloß um Vermögensinteressen, sondern darum, den 98

Verletzten in die Lage zu versetzen, ein selbstbestimmtes Leben zu führen sowie nach Maßgabe der ihm verbliebenen Fähigkeiten seine Arbeitskraft sinnvoll betätigen zu können.

- 99 Der Rehabilitationsschaden wurde bisher unter dem Gesichtspunkt der **Schadensminderungsobliegenheit gem § 1304** betrachtet (2 Ob 324/00m). Hingewiesen wurde auf die Interessen beider Teile und die Grundsätze des redlichen Verkehrs (SZ 49/19; 2 Ob 147/98a). Mit solchen Leerformeln lässt sich – nahezu – jedes Ergebnis begründen. Die Schwierigkeit besteht darin, dass der Verletzte nicht gezwungen werden darf, jede x-beliebige Tätigkeit anzunehmen (zutreffend ZVR 1989/203), zugleich aber seine Fähigkeiten verletzungsbedingt vermindert sind, sodass er die ursprüngliche Tätigkeit gerade nicht mehr wahrnehmen kann (fragwürdig daher SZ 49/19: wer den Beruf eines Malers erlernt hat, dem ist der Beruf eines Portiers nicht zuzumuten). Zu beachten ist, dass die Anforderungen bezüglich des zumutbaren Erwerbs sich von denen des Beamtenrechts – Schutz der bisherigen Stelle – und des Arbeitslosenversicherungsrechts – weniger strenge Anforderungen als im Schadenersatzrecht, da eine Sozialleistung stets nur einen Mindeststandard gewährleisten kann – unterscheiden.
- 100 Hat der **Verletzte seine frühere Erwerbsfähigkeit nicht in vollem Umfang wiedererlangt**, was auch bei Ausheilung der Körperverschädigung, aber einer verletzungsbedingt erfolgten psychischen Fehlverarbeitung der Fall sein kann (2 Ob 167/10p: rotierendes Gangbild, das aber trotz körperlicher Ausheilung psychogen fortbesteht), muss der **Schädiger nachweisen**, dass der Verletzte eine bestimmte ihm zumutbare Ersatzbeschäftigung ausgeschlagen hat (2 Ob 2182/96p; 2 Ob 324/00m). Einige Haftpflichtversicherer bieten dem Verletzten eine Stelle in ihrem Unternehmen an (2 Ob 147/98a). Für den Haftpflichtversicherer hat das auch dann Sinn, wenn der Verletzte für die angebotene Stelle eine Minderleistung erbringt. Findet der Verletzte nämlich keine andere Stelle, muss er jedenfalls das volle – frühere – Entgelt als Ersatz bezahlen, ohne irgendeine Gegenleistung zu erhalten.
- 101 Hat der **Geschädigte seine volle Erwerbsfähigkeit wiedererlangt**, muss er nachweisen, dass er trotz angemessener Bemühungen keine entsprechende Stelle gefunden hat, was in der L kritisiert wird. Der Geschädigte genügt freilich seiner Schadensminderungsobliegenheit, wenn er sich beim Arbeitsmarktservice meldet und dessen Weisungen befolgt (stRspr, z B 2 Ob 147/98a; 2 Ob 161/98k; 2 Ob 324/00m). Das Fehlverhalten des Arbeitsmarktservice hat nicht der Verletzte zu vertreten (ZVR 1980/152; OLG Wien ZVR 1995/132: kein Hinweis durch Arbeitsmarktservice). Selbst wenn der Verletzte solche Meldungen unterlassen hat, steht ihm der Gegenbeweis offen, dass er dennoch keine Stelle gefunden hätte (2 Ob 161/98k: Langzeitarbeitsloser).
- 102 Umschulungskosten wie auch das Risiko, dass der Verletzte **nach Umschulung keine passende Stelle** findet, trägt der Schädiger. Der Verletzte ist zu einer solchen Umschulung verpflichtet, wenn die neue Ausbildung keine nennenswerte Verschlechterung der sozialen Lebensstellung zur Folge hat (ZVR 1989/203: Kfz-Mechaniker). Lehnt der Verletzte eine solche Umschulung ab, muss er sich das nach einer solchen Umschulung erzielbare Erwerbseinkommen anrechnen lassen (2 Ob 2182/96p); davon sind die Kosten der Umschulung abzuziehen und zugleich dem Schädiger der Strengbeweis aufzuerlegen sein, dass eine derartige Stelle dann auch erlangbar gewesen wäre. Der Verletzte kann Einkommenszuwächse in seinem angestammten Beruf jedenfalls ersetzt verlangen, wenn diese durch eine Tätigkeit nach Umschulung nicht verdient werden können (SZ 49/19). Gibt der Geschädigte eine erste Tätigkeit, die er nach der Verletzung wahrgenommen hat, auf, weil er **gemobbt** wurde, trägt er das Risiko, dass er bei einer sodann aufgenommenen selbständigen Tätigkeit einen Minderverdienst erzielt, sofern nicht gesundheitliche Beeinträchtigungen zu besorgen oder bereits eingetreten sind (2 Ob 205/08y). In der Lit ist dagegen eingewendet worden, dass ein Wechsel der Stelle ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit – und somit auf Risiko des Schädigers – möglich sein müsse, wenn der bisherige Arbeitgeber einen begründeten Anlass zur Kündigung der Stelle aus wichtigem Grund gegeben hat.
- 102a Ist die Rechtsfigur des **selbständigen, durch den haftungsbegründenden Vorgang nicht herausgeforderten Entschlusses** schon in 2 Ob 205/08y fragwürdig, wird diese in 2 Ob 114/11w

abermals bemüht, wobei sie insoweit noch weniger passend ist: Der Verletzte bezog nach dem Unfall anstelle seines steuerpflichtigen Erwerbseinkommens als Arbeitnehmer zum Teil eine steuerfreie Schadenersatzrente. Die Folge war, dass er bei einer **Verlustbeteiligung als atypischer stiller Gesellschafter** eine viel geringere Steuergutschrift erhielt. Der OGH sah das – mE zu Unrecht – unter Berufung auf die angeführte Begründung nicht einmal bei grober Fahrlässigkeit als ersatzfähige Einbuße an. Dass Bürger Vermögensvorteile erwirtschaften, indem sie Steuervorteile – auch solche durch Verlustzuweisungen – ausnutzen, ist so ungewöhnlich nicht. Weshalb ein solcher Nachteil nicht ersatzfähig sein sollte, ist mE nicht einzusehen. Zu bedenken ist immerhin, dass der Anspruchsteller dann – nach der vom OGH eingenommenen Position folgerichtigerweise – auch die Vorteile in der – hoffentlich folgenden – Gewinnphase ohne Anrechnung behalten darf.

Bezüglich der **Ersatzfähigkeit von Rehabilitationskosten** hat der OGH (2 Ob 163/08x) **103** einem Sozialversicherungsträger die Kosten der Bezuschussung eines Arbeitsplatzes eines verletzten Rauchfangkehrergesellen durch Beistellung eines Arbeitshelfers als ersatzfähigen Schaden gegenüber dem Haftpflichtversicherer zugesprochen, und zwar für ein Jahr gegenüber einem Kleinunternehmen. Die Ersatzfähigkeit solcher Kosten setzt bei § 332 ASVG einen derartigen Anspruch des Verletzten voraus. Da sich die Lage nach dem Auslaufen der Bezuschussung durch den Sozialversicherungsträger nicht anders darstellt, steht dann die Aktivlegitimation zur Geltendmachung dem Verletzten selbst zu.

Beim Regressanspruch des Landes OÖ bezüglich der Ersatzfähigkeit der Kosten einer geschützten Werkstätte hat der OGH (2 Ob 190/09v: Begehren der Bruttolohn- und Sachkosten abzüglich des wirtschaftlichen Gewinns umgelegt auf Tage) das Begehren aber – zu Unrecht – wegen Unschlüssigkeit abgewiesen, weil er nicht erkannt hat, dass es sich insoweit um einen verlagerten Schaden handelt. Die Unterbringung in einer solchen Einrichtung kostet häufig mehr als der von der behinderten Person erzielte Arbeitsertrag. Dass der OGH den vom Land durch plausibel berechneten Tagessatz nicht nachvollziehen konnte, sollte einer grundsätzlichen Ersatzfähigkeit nicht im Wege stehen. Beim strukturell vergleichbaren Problem der Betriebsreservekosten sind derartige Berechnungsprobleme auch bewältigt worden (dazu § 1323 Rz 78). **103a**

Bisher sind derartige Ansprüche lediglich von Sozialversicherungsträgern erhoben worden. **104** Künftig ist damit zu rechnen, dass die Verletzten ihr Schicksal – in stärkerem Ausmaß – selbst in die Hand nehmen. Solche Maßnahmen sind dann nicht nur unter dem Gesichtspunkt ersatzfähig, dass sie sich per saldo für den Schädiger rechnen, also seine Ersatzpflicht vermindern. Vielmehr geht es insoweit um ein **anerkanntes Integritätsinteresse des Verletzten**, seinen angestammten Beruf weiterhin ausüben zu können. Der ersatzfähige Zuschuss bemisst sich dabei danach, wie viel ein rational handelnder Unternehmer benötigt, um eine solche verletzte Person trotz ihrer Behinderung marktkonform entlohnen zu können. In diesem Zuschuss ist der Ersatz eines konkreten Schadens zu sehen, sodass dem Verletzten dann keine abstrakte Rente zusteht.

L. Schmerzensgeld

Das Schmerzensgeld soll einen Ausgleich schaffen für die erlittenen **körperlichen und seelischen Schmerzen** unter Einschluss des Bewusstseins eines Dauerschadens und der Gefahr, dass sich der bestehende Zustand verschlechtern kann (ZVR 1975/220). Es soll dem Verletzten ermöglichen, sich als Ausgleich für Leiden und entzogene Lebensfreude Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen (ZVR 1980/233; ZVR 1987/93). Der OGH verwendet auch die Formulierung „Genugtuung für alles Ungemach, das der Verletzte erduldet“ (ZVR 1984/15). Treffender ist die Umschreibung „Ausgleich für erlittene Schmerzen und entgangene Lebensfreude“ (ZVR 1990/155; OLG Innsbruck ZVR 1997/118). Bei bloß psychischen Beeinträchtigungen geringeren Ausmaßes (Unbehagen, Unlustgefühle: 9 Ob 78/99g; ebenso 5 Ob 176/11k: starker und unangenehmer Ölgeruch im Einfamilienhaus) wie bei schlichten Angstgefühlen (9 Ob 36/00k) gebührt kein Schmerzensgeld. **105**

- 106** **Seelische Schmerzen** lassen sich nur schwer messen. Diese sind ersatzfähig, wenn sie Folge einer Körperverletzung sind (SZ 47/147: Abschneiden der Haare ohne Einwilligung; ZVR 1984/45: 16-jähriges Mädchen leidet unter Entstellung). Sie sind auch ohne gesonderte Behauptung zu berücksichtigen, wenn nach Lage des Falles mit seelischen Schmerzen zu rechnen ist (ZVR 1989/135: länger dauernde Ungewissheit einer Schauspielerin, ob sie Beruf wieder ausüben kann; 2 Ob 96/95: Sorge einer Medizinstudentin, das Studium nicht beenden zu können). Sind **seelische Schmerzen kein Folgeschaden einer Körperverletzung**, gebührt **Ersatz nur bei schwerwiegenden Eingriffen in die psychische Sphäre** (6 Ob 248/09b: Todesangst wegen lebensbedrohlicher Komplikationen wegen zu früher Entlassung eines Diabetikers aus dem Krankenhaus; 9 Ob 36/00k: rechtswidrige Bekanntgabe der Identität einer Person, Angst einer Denunziantin) oder wegen Sorgen bei Schwangerschaftsproblemen (2 Ob 2009/96x: befürchtete Frühgeburt; OLG Linz ZVR 1997/137: Sorge um die Gesundheit des Kindes). Für das Nichterkennen einer Autoimmunerkrankung hat der OGH den Zuspruch von € 5.000,- wegen der damit verbundenen Einwirkung auf die Persönlichkeitsstruktur gebilligt (2 Ob 23/08h). Bei **psychischen Schäden mit Krankheitswert** bei Eingriffen in die Privatsphäre gebührt Ersatz sowohl nach § 1325 als auch nach § 1328a; freilich darf es zu keiner Doppelliquidation kommen (4 Ob 200/11g: Doktorspiel mit einer 7-jährigen durch einen Pädophilen). Ersatz für eine psychische Erkrankung mit Krankheitswert gebührt auch bei **Mobbing** (9 ObA 132/10t: Lehrbuchbeispiel für Mobbing – 5.900,- €; 9 ObA 77/11f: Erfordernis einer detaillierten Substanziierung). § 8 Abs 3 MRG sieht eine – dem Schmerzensgeld verwandte – **Entschädigung für Ungemach** vor, wenn der Vermieter Sanierungsarbeiten in rücksichtsloser Art grob fahrlässig gegenüber dem Mieter durchführt (5 Ob 218/05b: Generalsanierung eines Hauses). Ein solcher Anspruch kann auch einer juristischen Person zustehen (5 Ob 234/10p: 4-Stern-Pension in Form einer KG), wobei eine Bemessung nach Tagessätzen unstatthaft ist.
- 107** Für die seelische Erkrankung eines Ehepartners wegen eines **ehewidrigen Verhaltens** des anderen steht dem erkrankten Partner kein Schmerzensgeld zu (6 Ob 124/02g). Auch kann der Vater nicht Abgeltung seines **Seelenschmerzes** verlangen, weil nach der Scheidung die Mutter des Kindes **Besuche bei seinem Kind** verhindert (8 Ob 133/06a; anders aber 4 Ob 8/11x: Schmerzensgeld bei psychischer Gesundheitsbeeinträchtigung mit Krankheitswert – dazu Rz 139). Bei einer **Begehrensneurose** flüchtet der Verletzte mehr in den Schmerz, als dieser tatsächlich besteht. Durch den Zuspruch von Schmerzensgeld wird dieser Zustand verfestigt. Die Versagung eines Schmerzensgeldes unter Hinweis auf eine **Begehrensneurose** ist in den letzten Jahrzehnten seltener geworden. Nicht das Phänomen dürfte sich geändert haben, sondern der Umgang damit. An die Stelle der Einschätzung, dass der Verletzte bei entsprechender Willensanspannung ausreichend gegensteuern könne, ist die Erläuterung der medizinischen Sachverständigen getreten, dass dem nicht so sei (dazu 2 Ob 12/93).
- 108** Die Schmerzensgeldbemessung vollzieht sich zwischen der **Anlegung eines objektiven Maßstabs** und der **Beurteilung des Einzelfalles**. Ein objektiver Maßstab wird bemüht für die annähernde Gleichbehandlung vergleichbarer Verletzungen (2 Ob 65/93). Der von der Judikatur allgemein gezogene Rahmen darf aber nicht gesprengt werden (2 Ob 66/92; 6 Ob 2394/96; 2 Ob 237/01v). Das lässt eine **deutlich über dem Verbraucherpreisindex liegende kontinuierliche Anhebung** zu, namentlich bei besonders schweren Verletzungen. Ausgedrückt wird das in der Weise, dass das Schmerzensgeld tendenziell **nicht zu knapp bemessen** werden soll (2 Ob 237/01v; 7 Ob 281/02b; 7 Ob 36/03z; mustergültig transparent 3 Ob 128/11m: Schmerzensgeld eines seit Geburt blinden Kindes – explizite Bezugnahme auf Vorjudikatur und Aufwertung nach Verbraucherpreisindex – dazu unten Rz 118a).
- 109** Statt der Bemühung des **beweglichen Systems** (1 Ob 200/03y), mit dem fast jedes Ergebnis – ex post – gut begründbar ist, soll sich die Bemessung primär an der **Dauer und Intensität der Schmerzen** orientieren (so auch ZVR 1986/19; 1 Ob 2227/96y). Durch den zusätzlichen Verweis auf die Schwere der Verletzung und die Beeinträchtigung des Gesundheitszustands (ZVR 1990/155; 1 Ob 2227/96y) wird das eher vernebelt als verdeutlicht.

Bei einem Dauerschaden sollten das **Alter** bzw die sich bei unverkürzter Lebenserwartung **110** daraus ergebende **restliche Schmerzdauer** das zentrale Bemessungskriterium sein (vorbildlich 6 Ob 12/12a: Hinweis auf Alter Klägers – 30 Jahre – und prognostizierte Lebenserwartung – 82 Jahre – bei Stimmbandverletzung; ähnlich 2 Ob 105/09v: Zuschlag als Folge der größeren Länge der Dauerfolge). Wer als Querschnittgelähmter noch 40 Jahre Schmerzen vor sich hat, muss mE ein nahezu proportional höheres Schmerzensgeld erhalten als derjenige, der nur noch 20 Jahre in diesem Zustand erdulden muss (2 Ob 55/91: höchstes bis dahin zugesprochene Schmerzensgeld unter Hinweis darauf, dass der Verletzte erst 25 Jahre alt ist). Die Korrektur gegenüber einer der voraussichtlichen Leidensdauer entsprechend proportionalen Bemessung ergibt sich daraus, dass die **allererste Phase der Umgewöhnung** vom Zustand als Gesunder in den eines „Leidenden“ **besonders schmerzlich** ist. Der Gesichtspunkt der Gewöhnung spielt mE hingegen eine ganz untergeordnete Rolle. Dazu kommt, dass – wie beim Vermögensschaden – künftige Nachteile weniger schwer wiegen und deshalb schon wegen der zeitlichen Entfernung – ganz abgesehen von der abnehmenden Wahrscheinlichkeit des Erlebens – abzuzinsen sind. Bei einem bloßen Zuschlag (2 Ob 105/09v) besteht die Gefahr, dass die Schwere der Verletzung an sich der primäre Ansatz ist und das Ausmaß des Zuschlags wenig genau bestimmbar ist.

In **verschiedenem Alter** werden **Beeinträchtigungen unterschiedlich belastend empfunden**, so etwa Störungen der **Sexualität** (5 Ob 44/11y: Gebärmutterverletzung mit der Folge der Entfernung der Eierstöcke bei einer 36-Jährigen; Begrenzung der vorhersehbaren Dauerfolgen bis zum Eintritt der natürlichen Menopause). Die Blindheit ist besonders bedrückend, wenn sie seit Geburt besteht (3 Ob 128/11m mit Verweis auf 2 Ob 59/84: Blindheit erst ab 17 Jahren). Eine Narbenbildung ist namentlich bei Mädchen im heiratsfähigen Alter besonders belastend (ZVR 1973/111). Das OLG Wien (EF 54.257) hält die seelische Beeinträchtigung eines Kleinkindes für besonders gewichtig. Am bedrückendsten sind mE Entbehrungen für denjenigen, der mitten im Leben steht und weiß, was er verliert. **111**

Weder **klares Bewusstsein** noch **rationale Verarbeitung** der Schmerzen sind Ersatzvoraussetzungen (stRspr, z B JBl 1984, 673; ZVR 1985/49; 2 Ob 146/89). Auch Bewusstlosigkeit schließt einen Schmerzensgeldanspruch nicht aus (SZ 42/32). Wenn der Verletzte wieder erwacht, kann er sich dafür Annehmlichkeiten verschaffen, dass er die Phase im Koma nicht selbstbestimmt erleben konnte. Der OGH hat bei einer Knieverletzung eines Querschnittgelähmten € 14.000,- anstelle von € 18.000,-, die einem Gesunden zugestanden wären, zuerkannt (3 Ob 78/08d); er hat dies damit begründet, dass ein Querschnittgelähmter zwar am Knie keine Schmerzen mehr empfinden könne, die sonstigen Umstände aber für einen Querschnittgelähmten belastender seien als für einen Gesunden. Bei geringerem Schmerzempfinden mindert sich das Schmerzensgeld. Wer Schmerzmittel einnimmt und deshalb geringere Schmerzen verspürt, kann nicht verlangen, ein Schmerzensgeld in der Höhe zu erhalten, als wären ihm die Schmerzmittel nicht verabreicht worden (1 Ob 5/09f: keine fiktive Abrechnung). **112**

Für **schwerste Verletzungen und Verlust der Schmerzempfindungsfähigkeit** setzt der **113** OGH die eigene Fallgruppe der **Zerstörung der Persönlichkeit** ein, bei der ohne Schmerzwahrnehmung gleichwohl Schmerzensgeld in fast der Höhe wie bei normaler Schmerzempfindungsfähigkeit zustehen soll (6 Ob 535, 1558/92: € 73.000,-; 10 Ob 505/95: € 102.000,-), was in der L geteiltes Echo gefunden hat (die bisherige Judikatur bekräftigend 2 Ob 106/10t). Das Schmerzensgeld kann in einem solchen Fall seine genuine Aufgabe, dem Verletzten eine Abhilfe zu verschaffen, in keiner Weise erfüllen. Manche billigen als Kompromiss den Zuspruch eines symbolischen Betrags. Andere lehnen – konsequenterweise – jeglichen Ersatz ab, weil es insoweit lediglich um eine Bereicherung der Erben geht, auch der, die sich nie um den Verletzten gekümmert haben. Gibt es keine Erben, fließt dieser Betrag dem Fiskus zu. Immerhin hat der OGH den Erben Schmerzensgeld dafür verwehrt, dass dem Verstorbenen durch seinen Tod ein Teil seines Lebens entgangen ist (2 Ob 55/04h: Tod der 22-jährigen Ehefrau mit einer Lebenserwartung von noch 58,9 Jahren; Begehren pro Lebensjahr € 2.000,-).

- 114 Auch folgende Umstände können sich bei **umfassendem Vortrag des Anwalts des Geschädigten schmerzensgelderhöhend** auswirken: Behinderungen bei der Sportausübung (ZVR 1981/17; 2 Ob 105/09v), eine besondere Empfindsamkeit (ZVR 1981/242), das Bewusstsein, dass es sich um eine Dauerfolge handelt (ZVR 1979/263), ein langwieriger Heilungsverlauf und die Ungewissheit seines Ausgangs (RZ 1978/85: Angst vor völliger Erblindung), Nachteile bei Berufsausübung, die sich auf die Psyche schlagen (ZVR 1968/186: Gastwirtin; ZVR 1989/135: erfolgreiche Schauspielerin), vor allem, wenn mit dem Beruf ein hohes Maß an Selbstverwirklichung verbunden ist, Auswirkungen auf die Lebensführung (2Ob 105/09v: Amputation des Beins bei einer 14-Jährigen) sowie eine erhöhte Reizbarkeit bzw psychische Labilität (6 Ob 12/12a: Stimmbandschaden). Ein ungekürztes Schmerzensgeld steht grundsätzlich auch dann zu, wenn der Verletzte bereits psychisch labil war (9 Ob 36/00k). Auch neben einer Verunstaltungsentschädigung gebührt zusätzlich ein Schmerzensgeld (EF 38.593), weil es nach Ansicht der Rspr bei § 1326 um die Abgeltung eines Vermögensschadens geht (dazu § 1326 Rz 22).
- 115 Auf die **Vermögensverhältnisse** des Verletzten kommt es bei Schmerzensgeldbemessung nicht an. Umstr ist, ob die **soziale Stellung** (JBI 1988, 46; JBI 1990, 456: verneinend jeweils bei Freiheitsentziehung) und die **kulturellen Bedürfnisse** (SZ 58/80: bejahend bei Notzucht) berücksichtigt werden sollen. Dafür spricht, dass das Schmerzensgeld lediglich das restliche Kompensationsinteresse darstellt, soweit eine Restitution oder Schaffung einer Ersatzlage nicht in Betracht kommt. Es wäre wenig folgerichtig, dass im Rahmen der Restitution diese subjektiven Umstände zu berücksichtigen sind, bei dem restlichen Pauschalbetrag jedoch nicht. Auch wäre nicht einzusehen, weshalb Beeinträchtigungen bei der Sportausübung in Anschlag zu bringen sind, Defizite im musischen Bereich jedoch ausgeklammert bleiben sollten.
- 116 Auch das **Verschulden** des Schädigers hat keinen Einfluss auf den Umfang des Schmerzensgeldes (ÖJZ 1959/186; ZVR 1963/20). Zu erwägen ist ein Zuschlag für Vorsatztaten, wenn kein Haftpflichtversicherungsschutz besteht. Ob der **Schädiger** arm oder reich ist, ist für die Bemessung des Schmerzensgeldes ohne Bedeutung (ZVR 1976/208). Auch **vorsätzliche Verschleppungen der Schadensregulierung durch den Haftpflichtversicherer** sollen – anders als im dt Recht – keinen Einfluss auf den Umfang des Schmerzensgeldes haben (ZVR 1983/346; zur ausnahmsweisen Beachtlichkeit im Rahmen des Erwerbsschadens bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung 2 Ob 63/06p). Sollte das zu einer besonderen Verbitterung des Verletzten führen, ist das fragwürdig. Wegen des Direktanspruchs käme bei der Kfz-Haftpflichtversicherung in Betracht, dafür nur den die Regulierung vorsätzlich verschleppenden Haftpflichtversicherer zu belangen.
- 117 Das Schmerzensgeld ist **global zu bemessen**; der Gegensatz wäre eine **tageweise Bemessung** (7 Ob 281/02b). Globalbemessung bedeutet, dass nach dem Gesamtbild ein einheitlicher Betrag festzusetzen ist, der körperliche und seelische Schmerzen nicht trennt. Andernfalls befürchtet das OLG Linz (ZVR 1993/124; ZVR 1994/138), dass der Richter durch einen Taschenrechner ersetzbar sei (ZVR 2002/68). Dennoch hat sich in der Praxis eine Taxierung der Schmerzen in leichte, mittlere und starke, die mit geringfügigen Abweichungen mit € 100,-, € 200,- und € 300,- bemessen werden, etabliert. Diese von *Hartl* jährlich (zuletzt Zak 2012, 70) aktualisierte Zusammenstellung wird vom OGH nur als **Bemessungshilfe** und **nicht als Berechnungsmethode** bezeichnet (2 Ob 292/04m; 1 Ob 200/03y). Mitunter sind die Schmerzen noch gravierender (5 Ob 44/11y: Zerreißen der Gebärmutter, Folge: höchstmögliche, existierende Schmerzbelastung). Zum Tagessatzsystem kommen dann je nach den Befindlichkeiten des jeweils Verletzten mehr oder minder große Zuschläge. Das System verliert umso mehr an Bedeutung, je gravierender die Verletzung ist. Auch seelische Schmerzen entziehen sich in höherem Maße einer derart pauschalen Quantifizierung (2 Ob 99/08k: Fernwirkungsschaden). Die Offenlegung der Bemessungsdeterminanten beim Schmerzensgeld und die Beseitigung der Aura des Geheimnisvollen bei der Festlegung der Höhe würde eine bessere Berechenbarkeit ermöglichen. Dem Kostenrisiko der Überklagung hilft § 43 Abs 2 ZPO ab, wonach bei einer **Überklagung bis 100 % keine nachteiligen Kostenfolgen für den Kläger** eintreten.

Immer wieder werden bei **Schwerstverletzungen** neue **Höchstsummen** zugesprochen (2 Ob 237/01v: € 218.018.50 = 3 Mio öS); schon wegen der Geldentwertung kann es keine starren Obergrenzen geben (2 Ob 55/91). Nach der Devise „Das Schmerzgeld soll tendenziell nicht zu knapp bemessen werden“ (2 Ob 237/01v; 7 Ob 281/02b; 7 Ob 36/03z) werden die **Ersatzbeträge bei Schwerstverletzungen** dabei **deutlich stärker angehoben**. So spektakulär ein solcher einmaliger Kapitalbetrag auch ist, für das Opfer ist es ungleich bedeutsamer, dass im Rahmen des Verdienstentgangs und der Pflegedienstleistungen eine voll angemessene Abgeltung stattfindet; die diesbezüglichen Ersatzbeträge übersteigen das Schmerzgeld mitunter um ein Vielfaches.

Mit der E 3 Ob 128/11m (Blindheit eines Kindes seit Geburt statt erheblicher Seekrafteinbuße) hat der OGH das **generelle Postulat der deutlichen Anhebung quantitativ präzisiert**. Er hat Bezug genommen auf den Höchstzuspruch und vergleichbare Entscheidungen, diese aber mit dem Verbraucherpreisindex valorisiert und zusätzlich betont, dass wegen des höheren Stellenwerts von psychischen Beeinträchtigungen eine stärkere Anhebung geboten sei. In concreto hat er für eine vom Schädiger zu verantwortende seit Geburt bestehende Blindheit gegenüber einer sonst bestehenden Schwertsichtigkeit 150.000,- € zugesprochen. 118a

Dazu, ob namentlich bei ärztlichen Eingriffen im Rahmen des Schmerzgeldes eine **Vorteilsausgleichung** statthaft ist, sind die Meinungen geteilt (10 Ob 209/02m: offenlassend; 5 Ob 242/03d: ablehnend; 2 Ob 285/08p: eine Vorteilsausgleichung bejahend). Auch die Lit ist gespalten. ME ist eine Vorteilsausgleichung grundsätzlich vorzunehmen. Ein Korrektiv könnte sein, dass man an den Nachweis der auch bei rechtmäßigem Eingriff verursachten ideellen Nachteile strenge Beweisforderungen stellt. 119

Bei Verletzung der **Sicherheitsgurtpflicht** oder **Sturzhelmpflicht** (§ 106 Abs 2 bis 8 KFG) hat der Gesetzgeber angeordnet, dass Sanktionen auf das Schmerzgeld beschränkt sein sollen, vermutlich, um die Regressrechte der Sozialversicherungsträger nicht zu beschneiden. Der OGH hat gegen diese gesetzliche Anordnung keine verfassungsrechtlichen Bedenken (2 Ob 62/05i). Üblich ist eine **Kürzung um 25 %** (2 Ob 42/08b). Dem Geschädigten steht der Gegenbeweis zu, dass auch bei Einhaltung dieser Pflicht eine gleich gravierende Verletzung eingetreten wäre (stRspr, z B 2 Ob 30/90; 2 Ob 21/92; 7 Ob 41/99a). 120

Schmerzgeld ist **grundsätzlich in Form eines Kapitalbetrags** festzusetzen, **nur ausnahmsweise in Rentenform** (stRspr, z B 2 Ob 242/98x; 2 Ob 244/01s; 2 Ob 292/03k). Der Geschädigte kann stets einen Kapitalbetrag wählen (ZVR 1976/30; ZVR 1977/169; 2 Ob 145/02s). Das Recht, neben dem Kapitalbetrag eine **Rente** zu wählen, steht **nur bei besonders schweren Verletzungen** zu; Maßstab ist dabei die Querschnittverletzung (ZVR 1986/50; 2 Ob 145/02s; 2 Ob 292/03k; abgelehnt bei einer Stimmbandverletzung in 6 Ob 12/12a). Bei Kapital und Rente sollte ein gleich hoher Betrag herauskommen (2 Ob 145/02s; 2 Ob 292/03k). Bei einer Kombination ist im Rahmen der Globalbemessung vom Kapitalbetrag der Barwert der Rente abzuziehen, damit daraus entsprechend der Lebenserwartung ein monatlicher Betrag bezahlt werden kann (2 Ob 145/02s). Um der Unwägbarkeit der künftigen Verletzungsfolgen zu begegnen, kann eine Rente auch nur bis zu einem bestimmten Endpunkt festgesetzt werden, wenn eine abschließende Bemessung noch nicht möglich ist (ZVR 1984/90). Auch insoweit käme ein Kapitalbetrag in Betracht. 121

Der **tragende Grund für eine Rente** ist die Vermeidung des **Prognoserisikos**, nämlich der **Dauer der Schmerzen**. Mit deren Wegfall, meist durch Tod, endet die Rente. Wenn die Rspr beim Schmerzgeld – zu Unrecht – bloß auf die **Schwere der Verletzung** abstellt, kann es für einen **jungen Verletzten** mit einer langen Leidensdauer sinnvoll sein, eine Schmerzgeldrente zu verlangen, einem älteren Verletzten wäre hingegen davon abzuraten. Für den Geschädigten besteht bei der Einklagung einer Rente kein Kostenrisiko, weil das Gericht dann eben den korrespondierenden Kapitalbetrag zuerkennt, wenn es die Voraussetzungen für eine Rente als nicht gegeben erachtet (2 Ob 68/92). Da sich das Unwägbarkeitsrisiko der Lebenserwartung bei jedem Dauerschaden stellt, ist das Erfordernis einer schweren Verletzung vom Ausmaß einer Querschnittlähmung unbegründet. In Deutschland wird darauf abgestellt, dass keine Schmerzgeldrente unter 122

100,- € pro Monat verlangt werden kann, weil dann der zusätzliche Regulierungsaufwand einer Rente in keiner sinnvollen Relation zu ihren Vorteilen steht. Dieser pragmatische Gesichtspunkt erscheint auch für Österreich überlegenswert.

- 123 Der Schmerzensgeldanspruch **entsteht** ab dem Zeitpunkt der Zufügung einer körperlichen Beeinträchtigung, womit im Regelfall Schmerzen verbunden sind. Ab diesem Zeitpunkt ist er **abtretbar und vererblich** (6 Ob 2068/96b). Für die **Fälligkeit** verlangt der OGH, dass der Verletzte dem Schädiger ein zahlenmäßig bestimmtes Begehren sowie die Grundlagen für die Beurteilung der Höhe des Schmerzensgeldanspruchs übermittelt. Ab diesem Zeitpunkt beginnt **objektiver Verzug** mit der Folge des Laufes der gesetzlichen Verzugszinsen (SZ 41/97; 3 Ob 2295/96p). Jedenfalls laufen Verzugszinsen ab dem Tag der Klageeinbringung (1 Ob 2227/96y; 3 Ob 2295/96p) bzw ab Klagsweiterung (ZVR 1972/196). Die Beschränkung auf die gesetzlichen Verzugszinsen (ZVR 1978/115) ist in der L auf berechnete Kritik gestoßen.
- 124 Bei einem **ausländischen Verletzten** hängen die Währungsverhältnisse von seinem Wohnsitz am Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz ab (ZVR 1988/66; ZVR 1989/203). Davon zu unterscheiden ist die Kaufkraftparität, die keine Rolle spielen soll (SZ 44/186). Das wird von der L kritisiert. Da diese auch bei den vermehrten Bedürfnissen zu berücksichtigen ist, muss Entsprechendes für das Schmerzensgeld gelten.
- 125 Bei unzureichender Versicherungssumme hat im **Deckungskonkurs** ein **gerichtlich festgestellter Schmerzensgeldanspruch** gem § 336 S 2 ASVG **Vorrang** vor den Ansprüchen der (Sozial-)Versicherungsträger (ÖJZ 1978/12; SZ 51/63). Das Abstellen auf den „gerichtlich festgestellten Schmerzensgeldanspruch“ kann das Ziel der Vermeidung von Benachteiligungen des Sozialversicherungsträgers nicht erreichen, wenn der Beklagte im Prozess nicht erscheint oder Einwendungen unterlässt. Es entstehen bloß zusätzliche Kosten. Der OGH hat noch nicht entschieden, ob der Sozialversicherungsträger gegenüber einem gerichtlich festgestellten Schmerzensgeldanspruch die Einwendung erheben kann, dass dieser unangemessen hoch sei. Jedenfalls Sittenwidrigkeit (§ 879) oder Rechtsmissbrauch (§ 1295 Abs 2) sind mE äußerste Grenzen einer zulässigen Gestaltung zwischen Verletztem und Ersatzpflichtigem – zulasten anderer Gläubiger.
- 126 Bei einem **Arbeitsunfall** steht dem verletzten Arbeitnehmer wegen seiner Verweisung auf die gesetzliche Unfallversicherung gem § 333 Abs 1 ASVG außer bei Vorsatz **grundsätzlich kein Schmerzensgeldanspruch** zu (1 Ob 251/03y: Unfall in der Schule; 2 Ob 38/08i: Dienstgeberhaftungsprivileg der Bundesimmobiliengesellschaft schließt Schmerzensgeld aus). Begründet wird dies neben der **alleinigen Finanzierung der gesetzlichen Unfallversicherung durch die Arbeitgeber** mit der **Erhaltung des Betriebsfriedens** (SZ 50/156). Sofern der Arbeitgeber **groß fahrlässig** gegen Arbeitnehmerschutzvorschriften verstoßen hat und es zu einem Dauerschaden gekommen ist, bei dem der Arbeitnehmer eine **erhebliche und dauernde Beeinträchtigung** der körperlichen oder geistigen Integrität erlitten hat, wofür er einen Anspruch auf eine **Versehrtenrente** hat, kann er gem § 213a ASVG zusätzlich eine Integritätsabgeltung verlangen (10 Ob 2338/96; 2 Ob 185/99s). Für den Arbeitsunfällen gleichgestellte Unfälle gebührt keine Integritätsabgeltung (10 ObS 152/07m: Hepatitis C-Erkrankung bei Blutspenden). Darüber hinaus wird die Haftungsprivilegierung des Arbeitgebers gem § 333 Abs 3 ASVG durchbrochen, wenn für einen Arbeitsunfall der **Zugriff auf eine gesetzliche Kfz-Haftpflichtversicherung** besteht. Seine Haftung wird letztlich nur deshalb angeordnet, um dem Verletzten und den Sozialversicherungsträgern einen Zugriff auf die Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung zu ermöglichen. Die Haftung des Arbeitgebers ist deshalb auch bei einer Verschuldenshaftung darauf beschränkt (2 Ob 181/98a). Der Verletzte hat nicht nur Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung, sondern auch auf Schadenersatz unter Einschluss des Schmerzensgeldes.
- 127 Das Schmerzensgeld ist nicht nur **global zu bemessen** (dazu oben Rz 117); es kann **grundsätzlich nur einmal** erhoben werden (stRspr, z B ZVR 1985/39; 2 Ob 255/01s; 9 Ob 38/07i). Für das Ausmaß maßgeblich ist die Prognose der künftig zu erwartenden Schmerzen, ob diese mit hinreichender Sicherheit bereits überblickt werden können (bejaht in 3 Ob 128/11m: Blindheit

seit Geburt; Bezugnahme auch auf soziale Entwicklung und psychische Situation eines solchen Menschen in der Pubertät und darüber hinaus). Kommt das Gericht bei einer **Nachklage** zum Ergebnis, dass bei der ersten Anspruchserhebung die künftigen Schmerzen ausreichend verlässlich abzuschätzen waren, ist eine **Nachklage** – trotz eines erklärten Vorbehalts (1 Ob 56/97; 2 Ob 242/98x: selbst bei einem Versäumnisurteil ist das so) und **trotz Feststellungsklage** – **unzulässig** (großzügiger 3 Ob 241/10b: maßgeblich, dass der Kläger im Vorprozess nicht auf Geltendmachung weiteren Schmerzensgeldes verzichtet hat). Ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens, wozu den Geschädigten keine Obliegenheit trifft, ist der Wissensstand eines **Laien** maßgeblich (6 Ob 204/98p; 2 Ob 103/10a). Bei Einschaltung eines **medizinischen Sachverständigen** kommt es auf den in dessen Gutachten zum Ausdruck kommenden Wissensstand an; zur Vermeidung von Missverständnissen und Haftungsfallen sollte dieser deutlich aussprechen, ob künftige Schmerzen **wahrscheinlich eintreten** werden oder eine **abschließende Abklärung noch nicht möglich** ist (2 Ob 70/11z: zweideutige Ausdrucksweise des medizinischen Sachverständigen „zu erwarten bzw möglich“ Ursache für Streit bei Nachklage). Zudem hat der medizinische Sachverständige lediglich **Tatfragen** zu beantworten, sich aber nicht zu Rechtsfragen zu äußern (7 Ob 160/09v: sexueller Missbrauch, durch den OGH zutreffende Korrektur der Aussage des Sachverständigen, dass wegen vorhandener Vorschäden in der Biografie nur 50 % der Schmerzen zu werten seien – das Rechts- und nicht Tatfrage). Da der Schädiger den Geschädigten so zu nehmen hat, wie er ist, hat keine Kürzung des Schmerzensgeldes zu erfolgen, wenn der **Anspruchsteller bereits vorgeschädigt** war (2 Ob 113/11y: psychisches Belastungsgefühl eines Triebwagenfahrers bereits durch Vorunfälle erhöht; durch nachfolgenden Unfall Tropfen, der das Fass zum Überlaufen brachte).

Die möglichen Überraschungen bei unpräzisen Sachverständigengutachten zeigt ein drucksvoll OGH 2 Ob 23/06p: Während die Parteien das Gutachten als noch **nicht abschließende Beurteilung** verstanden, hielt der OGH eine Globalbemessung aufgrund des Gutachtens im Vorprozess für möglich und wies eine Nachklage ab. Im umgekehrten Fall, wenn das Gericht einen Anspruch auf Globalbemessung wegen fehlender Voraussetzungen ablehnt und eine Teilabweisung ausspricht, ist eine Nachklage später möglich (1 Ob 150/06g). Wenn die Schmerzen bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz absehbar sind, das Ausmaß der künftigen Schmerzen aber nicht, soll bloß eine **Teilglobalbemessung** der bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz erlittenen Schmerzen möglich sein, nicht aber auch künftiger, selbst wenn in einem Mindestausmaß deren Eintreten jedenfalls vorhergesehen werden kann (2 Ob 242/09s: Beeinträchtigung des Kreuz-Darmbein-Gelenks und Genitalbereichs). Aus prozessökonomischen Gründen und im Sinn des Anspruchstellers sollte es mE aber möglich sein, auch für die künftigen jedenfalls eintretenden Schmerzen eine Abgeltung zu erhalten; hinzuweisen ist darauf, dass bei der Beschreibung, was abgegolten ist und was nicht, besondere Präzision geboten ist. 128

Die **Geltendmachung eines Teilbetrags** mit einer **späteren Nachklage** ist nur aus **besonderen Gründen** zulässig. Den Geschädigten trifft die Beweislast, dass keine Berücksichtigung im Vorprozess möglich war (2 Ob 255/01s). Der wichtigste Fall ist, dass **zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz die Folgen nicht überschaubar** waren, nämlich gar nicht oder der künftige Zeitpunkt des Eintritts bzw ihre Intensität nicht abschätzbar waren (stRspr, z B ZVR 1990/158; 2 Ob 255/01s; 2 Ob 154/03s). In solchen Fällen soll die Einbringung einer Feststellungsklage – zur Verjährungsvermeidung (ZVR 1986/5) – angezeigt sein (2 Ob 254/98m; 1 Ob 134/00p; OLG Innsbruck ZVR 2001/74). Auch bei einem **Abfindungsvergleich**, namentlich wenn er im Rahmen eines Prozesses abgeschlossen wird, ist präzise festzulegen, **welche künftigen Schmerzen** davon erfasst sind (2 Ob 70/11z: Vorbehalt im Prozess und Feststellungsklage, missverständliche Äußerung des Sachverständigen, sodann vom Wortlaut nicht eindeutiger Vergleich). Wenn nach Erhebung eines bestimmten Begehrens zwar keine neue Schadensfolgen eintreten, der Verletzte aufgrund eines **unverhofft günstigen Sachverständigengutachtens** aber eine **Klagsausdehnung** vornimmt, lässt der OGH eine solche beim Schmerzensgeld bei Erhebung einer Feststellungsklage auch nach Ablauf der Verjährungsfrist zu (stRspr 1 Ob 134/00p; 2 Ob 129

58/07d; 4 Ob 78/08m), nicht aber bei anderen Ansprüchen wie Pflegedienstleistungen, was dort deshalb bedeutsam ist, weil trotz Feststellungsklage die 3-jährige Verjährungsfrist des § 1480 für wiederkehrende Ansprüche gilt (2 Ob 33/09f; kritisch die Lit). Das OLG Wien (ZVR 2012/163) hat eine solche Klagsausdehnung bei Erhebung der **Schmerzensgeldklage durch den Erben** abgelehnt, weil dieser – mangels drohender künftiger Schmerzen – keine Feststellungsklage mehr erheben konnte. Das ist unzutreffend, weil in einem solchen Verfahren der Behelf der Feststellungsklage nicht zur Verfügung steht.

- 130** Eine **Nachklage** ist darüber hinaus dann zulässig, wenn der Geltendmachung eines höheren Schmerzensgeldbetrags **prozessuale Umstände** entgegenstehen, z B wenn der Geschädigte einen Schmerzensgeldbetrag unter der bezirksgerichtlichen Streitwertgrenze annehmen durfte, nach Vorliegen des Sachverständigengutachtens aber ein besserer Kenntnisstand vorliegt und die Gegenpartei sich gem § 235 ZPO gegen die Überschreitung der bezirksgerichtlichen Streitwertgrenze ausspricht (6 Ob 204/98p; 2 Ob 173/01g); ein Anerkenntnisurteil erfolgte (ZVR 1973/93) oder der Beklagte den gegen den Zahlungsbefehl erhobenen Einspruch zurückgezogen hat (2 Ob 103/10a). Eine noch fehlende pflegschaftsbehördliche Genehmigung der Klagsausdehnung ist kein Grund für eine Teilklage (2 Ob 232/07t).
- 131** Auch bei Zulässigkeit von Vor- und Nachklage ist nur eine Bemessung nach **Zeitabschnitten** zulässig, nicht eine nach Verletzungen (ZVR 1980/19). Ist eine Nachklage zulässig, kommt es nicht darauf an, dass die Vorklage als **Teilklage bezeichnet** worden ist (2 Ob 508/91; 2 Ob 173/01g). Sicherzustellen ist in jedem Fall, dass durch eine **mehrmalige Bemessung** der Verletzte **nicht mehr erhält als bei einer einmaligen Bemessung** (stRspr, z B ZVR 1990/158; 2 Ob 242/98x; 9 Ob 38/07i). Änderungen des Geldwertes seit dem Unfall sind durch Aufwertung der Teilzahlungen entsprechend der inzwischen gesunkenen Kaufkraft zu berücksichtigen (stRspr, z B ZVR 1989/203; 2 Ob 242/98x). Konsequenterweise muss das **Entschädigungsniveau bei der erstmaligen Bemessung** maßgeblich sein, weil es wenig sachgerecht wäre, den Ersatzpflichtigen stärker zu belasten, weil bei der erstmaligen Bemessung die Folgen nicht ausreichend absehbar waren und das Schmerzensgeldniveau seither signifikant gestiegen ist. Zu bedenken ist, dass zwischen der erstmaligen und der abschließenden Bemessung Jahrzehnte liegen können.
- 132** Bei den vom Haftpflichtversicherer vorformulierten **Abfindungserklärungen**, mit einem bestimmten Schmerzensgeldbetrag **vollständig und endgültig abgefunden** zu sein, kann sich nachträglich ein **krasses Missverhältnis** des geleisteten Betrags zu den tatsächlich eingetretenen Schmerzen herausstellen. Als Hilfe für den **überevorteilten Geschädigten** legt der OGH eine solche Vereinbarung in der Weise aus, dass davon nur solche Schmerzen erfasst sind, die der Sachverständige erkannt und in sein Gutachten einbezogen hat (2 Ob 150/06g; 2 Ob 233/06p); bei eindeutigem Wortlaut („Abgeltung aller vergangenen und künftigen Schmerzen, mögen sie vorhersehbar sein oder auch nicht“) nimmt der OGH bei einem **krassen Missverhältnis Sittenwidrigkeit der Vereinbarung** an (2 Ob 130/97x). Der Geschädigte sollte eine derartige – vom Haftpflichtversicherer vorformulierte Vereinbarung – im Zweifel nicht unterfertigen; jedenfalls sollte er sich erläutern lassen, um wie viel der Abfindungsbetrag höher ausfällt, weil der Geschädigte einen Verzicht auf die Abgeltung derzeit nicht erkennbarer, aber möglicherweise eintretender künftiger Schmerzen leistet.
- 133** Die **Bemessung** des Schmerzensgeldes durch das OLG ist **keine erhebliche Rechtsfrage** iSd § 502 Abs 1 ZPO, sodass sie nur bei eklatanter Fehlbemessung revisibel ist (stRspr, z B 2 Ob 180/04s; 9 Ob 97/09v; bejaht in 7 Ob 160/09v: 28.100,- € statt 10.000,- € durch das BerG bei sexuellem Missbrauch; 3 Ob 128/11m: 150.000,- € statt 100.000,- € durch das BerG bei Erblindung seit Geburt; 2 Ob 55/12w: 75.000,- € statt 40.000,- €, keine Berücksichtigung der künftigen Schmerzen bei 90 % Sehbeeinträchtigung), nicht schon dann, wenn Bemessung bloß an der Obergrenze angesiedelt ist (3 Ob 241/10b).

M. Schockschaden, Fernwirkungsschaden, Trauerschaden

Bei einem **Schockschaden**, einem **Fernwirkungsschaden** und einem **Trauerschaden** 134 hat der Schädiger den Anspruchsberechtigten nicht unmittelbar beeinträchtigt, sondern dessen psychische Beeinträchtigung durch Verletzung oder Tötung des unmittelbar Geschädigten ausgelöst. Ein **Schockschaden** liegt vor, wenn eine Person durch das Miterleben eines Unfalls eine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert erleidet (so erstmals 2 Ob 45/93: Zuspruch von Schmerzensgeld; zum Zuspruch von Verdienstentgang in einer vergleichbaren Konstellation bereits ZVR 1977/54). Bei einem **Fernwirkungsschaden** erleidet eine Person eine psychische Erkrankung, obwohl sie beim Unfallgeschehen nicht dabei war. Ein **Trauerschaden** liegt vor, wenn es infolge des Todes einer Person oder einer besonders schweren Verletzung zwar zu keiner psychischen Erkrankung eines Angehörigen kommt, dieser aber Trauer empfindet, die als ideeller Schaden entschädigt wird. Als Anspruchsgrundlage kommt nicht nur ein deliktischer Anspruch in Betracht, sondern – namentlich im Rahmen der Arzthaftung – auch ein **vertraglicher Schadenersatzanspruch**, wird doch der Vertrag zwischen – schließlich getöteten – Patienten und **Arzt bzw Krankenhaus** als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter angesehen (9 Ob 83/09k: Magen-Bypass-Operation der dabei verstorbenen Ehefrau, psychische Beeinträchtigung des Ehemanns mit Krankheitswert), was in der Lit kritisiert wird, weil ärztliche Aufklärung und lege artis vorzunehmende Behandlung nur gegenüber dem Patienten geschuldet sind. Einen vertraglichen Anspruch gegen das **Reisebüro** bejaht hat auch 1 Ob 80/11p (Tigerhai-Tauchsafari in Florida mit tödlichem Ausgang für den Lebensgefährten, der Reise buchte).

Beim Schmerzensgeld wird eine **seelische Beeinträchtigung mit Krankheitswert** einer **Körperverletzung gleichgehalten**. Der prototypische Fall eines **Schockschadens** liegt darin, dass ein Angehöriger durch das **Mitansetzen** des Unfalls so stark beeinträchtigt wird, dass er eine seelische Erkrankung erleidet (2 Ob 58/07d: Mitansetzen der schweren Unfallverletzung des Vaters durch 7 bzw 10 Jahre altes Kind; 7.500 € bzw 9.600 € an 7 bzw 10 Jahre altes Kind, gleichzusetzen mit 60 bzw 100 Tagen leichten Schmerzen). Im Ausgangsfall 2 Ob 45/93, bestätigt durch 2 Ob 99/95, wurde die 20 Monate alte Klägerin bei dem Verkehrsunfall im Auto der Mutter zwar nur leicht verletzt, sie konnte aber infolge des langen Krankenhausaufenthalts der Mutter die Trennung seelisch nicht adäquat verarbeiten. Die zunächst vorhandene leichte Körperverletzung des Kindes und das Miterleben des Unfalls standen mit dem „Folgeschaden“ der psychischen Fehlverarbeitung somit in einem bloß zufälligen Zusammenhang. Ersatz bei einem Schockschaden gebührt freilich nur dann, wenn das Verhalten des Schädigers in Bezug auf die Primärverletzung – Tod oder schwerste Verletzung – **kausal** war, wofür der Geschädigte beweisbelastet ist (4 Ob 71/10k: Miterleben der Ehefrau, dass Arzt nach einem Herzinfarkt unzureichend reagiert, fraglich aber, ob Ehemann bei prompter Reaktion überlebt hätte).

Die Ersatzfähigkeit eines **Schockschadens** hängt von der **Umschreibung der psychischen Beeinträchtigung durch den jeweiligen Sachverständigen** ab. Eine Schlafstörung liegt regelmäßig vor. Dazu muss eine weitere Beschwerde kommen, z B völlige Schwunglosigkeit (2 Ob 136/00i); Erschöpfungszustände (8 Ob 127/02p); posttraumatische Belastungsstörung (2 Ob 120/02i); traurige Verstimmung sowie Antriebsstörungen (2 Ob 186/03x) oder eine Erschöpfungserscheinung (2 Ob 163/06v). Die Schwelle für den Schockschaden ist eine **Behandlungsbedürftigkeit der psychischen Beeinträchtigung**; ob diese in der Folge tatsächlich behandelt wird, ist unerheblich (2 Ob 163/06v: für Behandlung der psychischen Beeinträchtigung keine Zeit). Bei Erwähnung von Krankheitssymptomen ist trotz Fehlbezeichnung ein Klagebegehren als Trauerschmerzensgeld schlüssig (2 Ob 138/10y: Versäumnisurteil, spätere Einwendung der Unschlüssigkeit).

Die Ersatzfähigkeit eines **Schockschadens** setzt in der Regel voraus, dass der psychisch Beeinträchtigte ein **naher Angehöriger** des Getöteten oder Schwerstverletzten ist. Diese ist typischerweise von einem medizinischen Sachverständigen zu bescheinigen (6 Ob 213/11h: Befund des Sachverständigen, dass Verbitterungsstörung einer Mutter, die durch ärztlichen Kunstfehler

Kind verloren hat, nicht kausal ist, weil diese auch bei Geburt des ansonsten schwer behinderten Kindes gegeben gewesen wäre, somit Versagung der Kausalität). Abgestellt wird darauf, ob das Schockerlebnis typischerweise geeignet ist, eine Folge wie die ausgelöste herbeizuführen und dies ein maßstabgerechter Mensch ex ante erkennen konnte. In Betracht kommt freilich auch, dass der Schädiger dem Geschädigten eine unmittelbare psychische Schädigung zufügt, ohne dass es darauf ankommen kann, ob auch eine geringfügige zusätzliche Körperverletzung verursacht wurde (dazu 2 Ob 120/02i: Auslösung einer posttraumatischen Belastungsstörung bei der körperlich unverletzten Lenkerin eines Kfz durch Anblick der beim Unfall getöteten Motorradfahrerin; 2 Ob 39/09p: psychische Krankheit als Beifahrer des Bruders durch dessen Tod infolge Augenblicksversagens). **Angehörigeneigenschaft** wird angenommen bei **Eltern** und **Kindern**, aber auch bei einem **Lebensgefährten** (8 Ob 127/02p; 2 Ob 212/04x; 2 Ob 15/07f; 1 Ob 80/11p) sowie (erwachsenen) **Geschwistern**, soweit zwischen diesen eine **intensive Gefühlsgemeinschaft** besteht (2 Ob 90/05g; 2 Ob 99/05f). Insofern gilt der **gleiche Maßstab** wie beim **Fernwirkungs-** und **Trauerschaden**. Auch wenn es bei den Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten (oben Rz 53 ff: Ausklammerung der Geschwister) um die Förderung der Gesundheit des Verletzten, beim Schockschaden um die Abgeltung der psychischen Beeinträchtigung der Angehörigen geht, sollte mE schon aus pragmatischen Gründen der ersatzberechtigte Personenkreis der gleiche sein. Ungeachtet manch kritischer Literaturstimmen bejaht der OGH (4 Ob 36/10p: unterlassene ärztliche Untersuchung eines fremdsprachigen Patienten und anschließender Tod durch Übernachtung in einer Wohnung wegen Kohlenmonoxidausstoßes des Heizofens) mE zu Recht die Kürzung eines Schmerzensgeldanspruchs beim Schockschaden – wie beim Trauerschmerzensgeld – bei **Mitverschulden** des Getöteten.

- 137a** Selbst bei **Tötung eines Haustieres** wird ein Schockschaden bejaht (OLG Wien ZVR 2012/35: Tötung eines kindesgleich geliebten Hundes, seelische Schmerzen mit Krankheitswert), nicht aber bei **Beschädigung einer Sache**, etwa eines Autos (2 Ob 100/05b: begründet freilich mit fehlender Adäquanz; nicht das Ergebnis, wohl aber die Begründung mE fragwürdig) oder **Verhaftung eines Angehörigen** (1 Ob 88/07h: Haft von 2 Tagen). Bei Verletzung eines Angehörigen werden entweder **schwerste Verletzungen iS einer dauernden Pflegebedürftigkeit**, die in ihrer **Zeitdauer** eine psychische Krankheit auslösen, verlangt (2 Ob 77/09a: Arbeitsunfähigkeit des Ehepartners verbunden mit der reduzierten Fähigkeit, zielgerichtete Aktivitäten über längere Zeit durchzuhalten und emotionale Labilität; vom OGH trotz psychotherapeutischer Behandlung nur unter dem Gesichtspunkt des Trauerschmerzensgeldes beurteilt) oder die Nachricht über das – tatsächliche – Bestehen einer akuten Lebensgefahr oder die konkrete Gefahr einer dauernder Pflegebedürftigkeit, mag im Nachhinein auch eine Besserung eintreten (2 Ob 136/11f: schwer Verletzte, die 10 Tage in der Intensivstation war; abzustellen, ob tatsächlich Lebensgefahr oder das bloß Vorsichtsmaßnahme der Ärzte). Aus Wertungsgründen sei die Frage erlaubt, ob das Verenden des – geliebten – Haustieres nicht weniger leicht auch seelisch zu „verdauen“ sein sollte als eine mittelschwere dauerhafte Verletzung des Ehepartners, die das Zusammenleben empfindlich belastet, wobei ein Wertungsgleichklang auch durch Versagung von Ersatz bei Tötung des Haustieres hergestellt werden kann. Sofern Pflegedienstleistungen freilich voll angemessen abgegolten werden, ist das Schmerzensgeld im Vergleich dazu lediglich eine quantité négligeable, mag dem Anspruchsberechtigten auch besonders daran gelegen sein, seine seelische Schiefelage durch einen Anerkennungsbetrag abgegolten zu bekommen.
- 138** Bei Schockschäden kommen neben dem **Schmerzensgeld** auch **Heilungskosten** (2 Ob 7/05a: Facelifting bei krankheitswidrig trauergeschädigter 45-jährigen Mutter nach 15 kg Gewichtsabnahme innerhalb eines halben Jahres) sowie ein **Erwerbsschaden** in Betracht (ZVR 1977/54: Verdienstentgang eines Opersängers; 2 Ob 186/03x: Verlust der Ehefrau und aller 3 Kinder).
- 139** Ein **Fernwirkungsschaden** gebührt ausschließlich Angehörigen (2 Ob 111/03t: Tochter; 2 Ob 79/00g: Vater; 8 Ob 127/02p: Lebensgefährtin). Die **krankhafte psychische Beeinträchtigung** wird durch die **Nachricht vom Tod** ausgelöst (2 Ob 79/00g; 2 Ob 136/00i) oder stellt sich **im Zuge der Pflege und Betreuung des Schwerstverletzten** ein (2 Ob 79/00g; 2 Ob 163/06v:

Schlaflosigkeit erst in der Phase der Betreuung, € 7.000,- Schmerzensgeld an die Eltern). Dem Fernwirkungsschaden gleichgestellt wird ein **Verstoß eines Elternteils gegen § 145b**, wenn der Elternteil, der das Kind betreut, dem anderen Elternteil in rechtswidriger Weise den Kontakt mit dem Kind vorenthält und dadurch beim anderen Elternteil eine krankhafte seelische Störung hervorruft (4 Ob 8/11x: Kind bei der Mutter, Anspruch des Vaters). Bei ehewidrigen Beziehungen während einer Ehe steht ein solcher Anspruch – **Schmerzensgeld für verlorene Liebe** – nicht zu, weil durch die Scheidung eine Möglichkeit besteht, den mit der Eheverfehlung verbundenen Leidenszustand zu beenden, während eine solche Möglichkeit für das Eltern-Kind-Verhältnis nicht besteht (6 Ob 124/02g; 1 Ob 134/12f: umso weniger Anspruch gegen den Ehestörer). Diese Begründung ist mE deshalb fragwürdig, weil der seelische Schaden bereits eingetreten ist, ehe die Abhilfemöglichkeit durch Scheidung besteht.

Das **Ausmaß des Ersatzes** wegen krankhafter psychischer Beeinträchtigungen wird in **14** **Anlehnung an die Einteilung von Schmerzen in leichte, mittlere und starke** ermittelt. Bei einer schweren lebensbedrohenden Magersucht einer 14-jährigen Tochter eines schwer verletzten Elternpaares hat der OGH € 21.500,- zugesprochen (2 Ob 111/03t), einer 31-jährigen zweifachen Mutter nach Tod des Mannes, einem Gewichtsverlust von 23 kg mit Suizidgefahr, aber bei Aufnahme einer neuen Beziehung nach 1 Jahr € 25.000,- (2 Ob 292/04m). Der diesbezügliche **Höchstzuspruch mit € 65.000,-** erfolgte an einen Ehemann und Vater, der gleichzeitig die Ehefrau und alle 3 Kinder verloren hatte, wobei der Erwerbsschaden infolge der vorzeitigen Pensionierung in diesem Fall ein Vielfaches betragen haben dürfte.

Bei Tötung eines Angehörigen infolge **grober Fahrlässigkeit** (verneint in 7 Ob 65/11a: **14** Aufnahme in einen Motorradclub durch Einflößen großer Mengen von Alkohol) gebührt auch ohne Nachweis einer psychischen Erkrankung ein **Schmerzensgeld für das Bestehen der Trauer an sich**. In der AusgangsE 2 Ob 84/01v bestand eine Haftung nach dem EKHG für die Tötung der 8-jährigen Tochter, was namentlich die schwangere Mutter seelisch nur sehr schwer verkraften konnte. Die Rspr-Änderung könnte dadurch veranlasst gewesen sein, dass diese Eltern sich nicht auf die Couch des Psychiaters gelegt haben oder sich zumindest durch einen einschlägigen Sachverständigen behandlungsbedürftige seelische Beeinträchtigungen mit Krankheitswert haben bescheinigen lassen, wie das in gutbürgerlichen Kreisen der Fall gewesen wäre. Durch die Verwendung des Trauerschmerzensgeldes, etwa durch Unternehmen einer größeren Reise, sollen die Angehörigen auf andere Gedanken kommen. Es ist daher folgerichtig, dass insoweit lediglich ein **Kapitalbetrag**, nicht aber eine Rente geschuldet ist (2 Ob 150/08k). In der L ist diese Rspr-Änderung in mancherlei Hinsicht kritisiert worden. Die einen wenden sich gegen den Zuspruch überhaupt unter Hinweis darauf, dass es dafür keine gesetzliche Grundlage gebe. Die anderen plädieren für eine **Ausdehnung auch bei leichter Fahrlässigkeit** und in den Fällen der **Gefährdungshaftung**. Letzterer Ansicht ist mE schon aus pragmatischen Gründen zu folgen. Derzeit werden bei den Betroffenen nämlich Begehrensvorstellungen geweckt, die beträchtliche Regulierungskosten auslösen, in der Praxis aber meist nur bei **Alkoholisierung des Fahrzeuglenkers** zu einem Zuspruch führen, weil es sonst häufig am Vorliegen grober Fahrlässigkeit fehlt.

Der **Angehörigenkreis** ist beim Trauerschmerzensgeld der gleiche wie beim Schockschaden und beim Fernwirkungsschaden. Maßgeblich ist eine **intensive Gefühlsgemeinschaft**, die bei Bestehen einer **Haushaltsgemeinschaft** vermutet wird, sonst aber zu beweisen bzw zu bescheinigen ist (2 Ob 141/04f: Wohnsitz der Mutter vis-à-vis; 2 Ob 90/05g: zwischen 2 Brüdern – Beziehung einem Vater-Sohn-Verhältnis ähnlich). Die **Intensität der Gefühlsgemeinschaft** ist auch eine **zentrale Bemessungsdeterminante**, weil man davon ausgeht, dass die Trauer umso größer ist, je intensiver die Gefühlsgemeinschaft war. Die Eigenschaft als naher Angehöriger geht nicht dadurch verloren, dass die gefühlsmäßige Verbundenheit im Unfallzeitpunkt gestört oder belastet war (2 Ob 79/00g). Allerdings wäre bei einer völlig zerrütteten Ehe die Zubilligung von Trauerschmerzensgeld wenig angebracht. Folgerichtig ist, einem Kleinkind, das im zeitlichen Naheverhältnis nach dem Tod noch gar nicht begreift, was passiert ist, einen Trauerschaden zu versagen (2 Ob 41/03y: Abweisung des Anspruchs eines 7 Monate alten Kindes wegen Verlustes des

Großvaters). Sofern nicht einmal eine außereheliche Lebensgemeinschaft vorliegt, entsteht kein Trauerschmerzensgeldanspruch (2 Ob 15/07f: Freund, mit dem das Eingehen einer Lebensgemeinschaft geplant war).

143 Der Umfang des Ersatzes ist bei Schock- bzw Fernwirkungsschaden einerseits und dem (bloßen) Trauerschmerzensgeld andererseits verschieden. Das Trauerschmerzensgeld begründet einen **Mindestersatz**; wird eine krankhafte psychische Beeinträchtigung nachgewiesen, kommt ein **Zuschlag** in Betracht; die Übergänge sind fließend: Der Ersatzumfang für Schockschaden und Fernwirkungsschaden darf jedenfalls das Ausmaß eines bloßen Trauerschadens nicht unterschreiten. Bei Tötung eines Haustieres, bei dem ein Schockschaden zuerkannt wurde, kann kein zusätzliches Trauerschmerzensgeld begehrt werden (OLG Wien ZVR 2012/35: kindgleich geliebter Hund).

144 Tendenziell spricht der OGH bei **Tod von Kindern** an die Eltern die höchsten Werte zu (2 Ob 263/06z: € 20.000,- an Eltern für Verlust eines 6-jährigen Kindes, auch wenn noch weitere Kinder vorhanden; 2 Ob 55/08i: € 20.000,- für Eltern einer 19-jährigen Tochter), etwas weniger im **umgekehrten Verhältnis** (2 Ob 141/0f: € 13.000,- bei Tod der 61-jährigen Mutter mit engem Verhältnis zum 40-jährigen erwachsenen Sohn), etwa ebenso viel bei Verlust eines **Ehepartners** oder Lebensgefährten und relativ am wenigsten bei **Geschwistern** (2 Ob 90/05g: € 9.000,- zwischen 2 Brüdern bei einer Beziehung, die einem Vater-Sohn-Verhältnis ähnlich; 2 Ob 55/08i: € 20.000,- für Eltern, hingegen € 15.000,- für annähernd gleichaltrige Geschwister). Die Trauer über einen weiteren Familienangehörigen, der nicht zur Kernfamilie gehört, führt nicht zur Kürzung des Trauerschmerzensgeldes wegen des Todes des Getöteten (2 Ob 161/12h: Tötung des Vaters durch den Bruder, der beim Unfall ebenfalls ums Leben kam – Zuspruch von € 15.000,-). Ohne Haushaltsgemeinschaft wird vermutet, dass die Gefühlsbeziehung weniger eng ist, wobei eine Tendenz auszumachen ist, dass die Werte im Laufe der – noch jungen Rspr – moderat nach oben weisen. Kommt eine psychische Erkrankung hinzu, fallen die Werte etwas höher aus (2 Ob 135/07b: € 35.000,-, 17-jähriger, Tod der Mutter, diese einzige Bezugsperson, am Ende Suizid; 2 Ob 212/04x: € 11.000,- für Lebensgefährten, wenn psychische Erkrankung dazu kommt; 2 Ob 99/08k: € 20.000,- bei Tod der 12-jährigen Tochter und Nachweis einer Psychotherapie mit 33 Sitzungen).

145 Wie bei § 1327 (dazu Rz 135 f) handelt es sich beim Schockschaden, Fernwirkungsschaden und Trauerschmerzensgeld um einen **abgeleiteten Anspruch**. Hätte der nunmehr Getötete im Verletzungsfall keinen Anspruch, steht seinen Hinterbliebenen ebenfalls keiner zu. Das hat zur Folge, dass ein **Mitverschulden** des Getöteten sich anspruchsmindernd auswirkt (2 Ob 178/04x: Zechtour, Getöteter konnte erkennen, dass er sich einem alkoholisierten Lenker anvertraute; 2 Ob 219/10k: Tod einer Zeugin Jehovas nach schwerer Verletzung infolge Verweigerung einer Blutkonserve; vom OGH aber mE nicht bedacht, dass Ersatz bei Tötung geringer als bei Verletzung, was im Rahmen der Vorteilsausgleichung oder des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei entsprechendem Vorbringen zu beachten gewesen wäre). Die in der Lit vertretene Gegenansicht, dass der Getötete und der Dritte Nebentäter seien und der Dritte sich beim Nachlass regressieren könne, ist unnötig kompliziert und leuchtet auch in der Sache nicht ein. Was für das Mitverschulden gilt, ist auch auf einen Arbeitsunfall anzuwenden. Die **Haftungsausschlussnorm** des § 333 ASVG führt zur Versagung eines Schmerzensgeldanspruchs der Angehörigen (2 Ob 82/05f).

§ 1326. Ist die verletzte Person durch die Misshandlung verunstaltet worden; so muss zumal, wenn sie weiblichen Geschlechtes ist, insofern auf diesen Umstand Rücksicht genommen werden, als ihr besseres Fortkommen dadurch verhindert werden kann.

A. Funktion des § 1326

1 Der Begriff „Verunstaltungsentschädigung“ ist kein Gesetzesbegriff des ABGB; er kommt aber etwa in § 13 Z 5 EKHG vor und ist auch bei § 1326 gebräuchlich. Misshandlung ist ein