

zusammenschmelzen lässt. Auch hier gilt wie sonst, dass der Abzinsungsfaktor sich am derzeit moderaten Veranlagungszinssatz zu orientieren hat und zudem die Steigerung der finanziellen Leistungsfähigkeit des

Unterhaltsschuldners zu berücksichtigen ist, was dazu führt, dass der Abzinsungsfaktor bei fairer Berechnung gegen Null konvergieren muss.

*Christian Huber, RWTH Aachen*

## → Nachforderung von Schmerzensgeld

### § 1325 ABGB

Ist das Ausmaß einer Kniegelenksarthrose zum Schluss der letzten mdl Verhandlung erster Instanz noch nicht absehbar, kann der Verletzte eine Nachforderung zum bereits zuerkannten Schmerzens-

### Sachverhalt

#### [Ärztlicher Behandlungsfehler und Folgen]

Die Kl erlitt am 8. 1. 2000 bei einem Skiunfall ohne Fremdverschulden einen Riss des vorderen Kreuzbands und einen Einriss des inneren Seitenbands ihres re Kniegelenks. Am 2. 3. 2000 wurde der Kl in einem Spital der beklP operativ das vordere Kreuzband durch ein Transplantat ersetzt. Die Operation erfolgte lege artis, doch stellte sich postoperativ eine Infektion ein, die nicht lege artis behandelt wurde, sodass weitere Behandlungen und Operationen notwendig wurden, die schließlich zu einer Entfernung der eingesetzten Kreuzbandersatzplastik führten.

Wegen dieses Behandlungsfehlers sprach das LGZ Wien mit U v 1. 2. 2005 Schmerzensgeld in Höhe von € 18.000,- zu; weiters wurde einem Feststellungsbegehren zur Haftung der beklP für künftige Schäden stattgegeben. In Bezug auf das Schmerzensgeldbegehren ging es davon aus, dass als Abgeltung für die im Zeitraum vom 1. 4. 2000 bis zum Schluss der mdl Verhandlung am 5. 10. 2004 als Folge der Infektion aufgetretenen physischen und psychischen Schmerzen ein Schmerzensgeld in Höhe von € 18.000,- angemessen sei.

Am 5. 12. 2008 gab das re Kniegelenk der Kl, als sie eine Treppe hinabstieg, plötzlich nach und sie kam zu Sturz. Folge dieses Sturzes war eine Zerrung nunmehr des li Kniegelenks bei vorbestehender vorderer Kreuzbandruptur sowie ein Einriss des Hinterhorns des inneren Meniskus.

#### [Klagebegehren]

Nunmehr begehrt die Kl ein weiteres Schmerzensgeld von € 50.000,-. Im Vorprozess seien nur die physischen und seelischen Schmerzen bis 5. 10. 2004 abgegolten worden, nicht jedoch die zukünftigen Beschwerden, sodass eine ergänzende Schmerzensgeldbemessung zulässig sei. Im Übrigen sei die durch den Behandlungsfehler herbeigeführte „Giving away-Attacke“ des re Kniegelenks für den Sturz v 5. 12. 2008 ursächlich gewesen, sodass das Schmerzensgeldbegehren auch auf diese **unvorhergesehene** Folge gestützt werde.

#### [E der Vorinstanzen]

Das ErstG gab dem Klagebegehren mit einem Teilbetrag von € 6.000,- sA statt.

Das BerG sprach der Kl den gesamten begehrten Betrag von € 50.000,- sA zu.

geld verlangen, sofern er darauf nicht verzichtet hat. Die Zusammenrechnung von erstmaligem und späterem Zuspruch darf den Betrag nicht überschreiten, der bei einmaliger Nachforderung angefallen wäre.

Der OGH wies die aoRev der beklP mangels erheblicher Rechtsfrage zurück.

### Aus der Begründung:

#### [Grundsatz der idR keine erhebliche Rechtsfrage bildenden Globalbemessung und Ausnahmen für eine Nachforderung]

Das Schmerzensgeld stellt grundsätzlich eine Globalabfindung für alle eingetretenen und für alle nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden künftigen körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen durch die Unfallfolgen dar (RIS-Justiz RS0031300, RS0031307, RS0031015 [T 3]). Grundsätzlich ist das Schmerzensgeld als einmaliger Globalbetrag zu bemessen.

Nach stRsp ist eine mehrmalige (ergänzende) Schmerzensgeldbemessung nur dann zulässig, wenn eine Globalbemessung zum Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz versagt,

a) weil noch kein Dauer(end)zustand vorliegt, weshalb die Verletzungsfolgen noch nicht oder im vollen Umfang und mit hinreichender Sicherheit überblickt werden können,

b) wenn Schmerzen in ihren Auswirkungen für den Verletzten zum Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz noch gar nicht oder nicht gültig überschaubar erscheinen, oder

c) wenn der Kl nachweist, dass ihm gegenüber dem Vorprozess und der dort vorgenommenen Globalbemessung weitere, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vorerst nicht zu erwartende, aus der damaligen Sicht daher nicht abschätzbare, aber dennoch kausale Unfallfolgen verbunden mit weiteren **Schmerzbbeeinträchtigungen**, mit deren Eintritt nicht oder nicht ernstlich zu rechnen war, entstanden sind (2 Ob 150/06 g; 6 Ob 185/09 p; RIS-Justiz RS0031082, RS0031056).

Ob die Voraussetzungen für eine ergänzende Schmerzensgeldbemessung vorliegen, hängt daher grundsätzlich von den Umständen des Einzelfalls ab und stellt, soweit es sich um keine aus Gründen der Rechtssicherheit aufzugreifende Fehlbeurteilung handelt, regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO dar. ⇒

ZVR 2011/243

§ 1325 ABGB

OGH 19. 1. 2011,  
3 Ob 241/10 b  
(OLG Wien  
20. 10. 2010,  
16 R 57/10 k;  
LGZ Wien  
22. 1. 2010,  
23 Cg 57/07 g)

OGH präzisiert zwar Voraussetzungen für spätere Nachforderung zum Schmerzensgeld bei unvorhergesehener Folgeverletzung, weist jedoch aoRev trotzdem wegen Einzelfallbezogenheit zurück (vgl auch OGH 30. 8. 2011, 2 Ob 240/10 y).

**[Nachbemessung nicht ausgeschlossen, sofern nicht darauf verzichtet]**

Der Umstand, dass die Kl im Vorprozess von einer Globalabgeltung ausgegangen ist, steht einer **Nachbemessung** nicht entgegen, solange sie nicht auf die Geltendmachung weiteren Schmerzgelds verzichtet hat, wofür aber keine Anhaltspunkte vorliegen. Die Frage der Zulässigkeit einer ergänzenden Schmerzgeldbemessung ist nicht im früheren, sondern – nach den genannten Kriterien – im Folgeprozess zu beurteilen (2 Ob 233/06p; *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzgeld<sup>9</sup> 241 f).

**[Zulässigkeit der Nachbemessung, weil Ausmaß der Verletzung noch nicht absehbar]**

Das BerG hat die Zulässigkeit einer ergänzenden Schmerzgeldbemessung auf der Grundlage der ergänzenden Feststellungen bejaht, wonach das Ausmaß der Kniegelenksarthrose zum Zeitpunkt des Schlusses der mdl Verhandlung erster Instanz im **Vorprozess** noch nicht absehbar war. Zwar wäre erkennbar gewesen, dass sich eine derartige Veränderung entwickeln würde, doch waren das Ausmaß sowie der Zeitpunkt der Implantation einer Prothese noch nicht absehbar. Anders als im Vorprozess ist nunmehr die Durchführung der Implantation und einer Wechseloperation abschätzbar. Auf dieser Grundlage ist das BerG in durchaus vertretbarer Weise zum Schluss gekommen, dass

die Voraussetzungen einer ergänzenden Schmerzgeldbemessung vorliegen (vgl RIS-Justiz RS0031405).

**[Korrektur der Schmerzgeld(nach)bemessung nur bei eklatanter Fehlbemessung]**

Die Höhe des **angemessenen** Schmerzgelds ist grundsätzlich einzelfallbezogen zu beurteilen, sodass regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage vorliegt (RIS-Justiz RS0042887 [T 2]). Nur im Fall einer eklatanten Fehlbemessung ist die Rev ausnahmsweise aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit (zur Vermeidung einer gravierenden Ungleichbehandlung durch die Rsp) zulässig (RIS-Justiz RS0044088, RS0042887 [T 5, T 6]).

Nach stRsp darf eine Schmerzgeldergänzung insgesamt zu keinem höheren Zuspruch als bei einer einmaligen Globalbemessung führen (RIS-Justiz RS0031064, RS0031323).

Die RevWerberin hat daher zutreffend den im Vorprozess zuerkannten und den nunmehr vom BerG zugesprochenen Betrag zusammengerechnet (€ 18.000,- + € 50.000,- = € 68.000,-). Eine Schmerzgeldbemessung (als Globalbemessung) in dieser Höhe ist angesichts der von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen über die erlittenen und noch zu erwartenden Schmerzen zweifellos an der Obergrenze angesiedelt; eine krasse, aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit vom OGH **aufzugreifende** Fehlbeurteilung liegt aber nicht vor.

**Anmerkung:**

1. Bei der **abschnittswisen Geltendmachung von Schmerzgeld** bewegt sich der Geschädigtenanwalt auf dünnem Eis (dazu umfassend *Ch. Huber*, Globalbemessung, Teilbemessung und Teilglobalbemessung bei zukünftigen Schmerzen – richtige Gewichtung der Interessen des Geschädigten und des Ersatzpflichtigen bzw des Gerichts, ÖJZ 2008, 83). In der konkreten Causa hat es gehalten und dem Verletzten einen großzügigen Nachschlag beschert. Das hätte aber sowohl zum Grund der Nachklage als auch der Bemessung des Nachschlags ganz anders ausgehen können.

2. Der Geschädigtenanwalt wähnt sich idR in Sicherheit, wenn er eine Leistungsklage einbringt, mit der er Ersatz für die bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erlittenen Schmerzen, nämlich die bis zur letzten mdl Verhandlung erster Instanz, verlangt und das mit einem **Feststellungsbegehren** verbindet. Soweit für den Verletzten künftige Schmerzen vorhersehbar sind, ist ihm in solchen Fällen – trotz Feststellungsbegehrens – eine Nachklage verwehrt. Es ist deshalb erforderlich, dass sowohl im Klagebegehren als auch in den Urteilsgründen festgehalten wird, für welchen Zeitraum der Zuspruch die Schmerzen abdecken soll und welche Zukunftsfolgen ausgeklammert worden sind, weil sie dem Grund oder dem Umfang nach für den Verletzten nicht vorhersehbar waren. Die Aussage des OGH, dass eine Nachklage zulässig ist, wenn auf eine Nachforderung nicht verzichtet worden ist, ist somit lediglich mit diesen Einschränkungen zutreffend.

3. Immerhin stellt der OGH auf das Wissen des Verletzten ab und nicht auf das eines einschlägigen

SV (so die noch strengere deutsche Ansicht; dazu *Ch. Huber*, AnwKomm<sup>2</sup> § 253 RN 149), wobei sich der Verletzte aber das Wissen aus dem im Prozess **verwendeten** SV-GA zurechnen lassen muss. Dem SV ist dabei nicht immer bewusst, dass seine Aussage für die Rechtsfolgen einen gravierenden Unterschied macht, ob eine bestimmte Verletzungsfolge **wahrscheinlich** eintreten wird oder das **bloß möglich** ist und nicht ausgeschlossen werden kann. Letzteres ist für die (erstmalige) Schmerzgeldbemessung grundsätzlich unbeachtlich.

4. Die Feststellungsklage generell hat die Funktion, dass der Grund des Anspruchs geklärt wird und bezüglich vorhersehbarer künftiger Schäden der Eintritt der Verjährung abgewendet wird. Bei der Schmerzgeldklage ist freilich zu beachten, dass künftige Schäden grundsätzlich von der Globalbemessung bereits erfasst sind, sodass für letztere Wirkung bloß ein schmaler Anwendungsbereich verbleibt: Wenn nämlich Schmerzen in einem Mindestausmaß vorhersehbar sind, aber der Umfang sich noch nicht beziffern lässt, weshalb eine – zulässige – Ausklammerung erfolgt.

5. Dass es sich beim Sturz infolge der Verletzung des re Kniegelenks und der dadurch verursachten Verletzung des li Kniegelenks um eine unvorhersehbare Folge handelte, steht außer Streit. Ob die künftigen Verletzungsfolgen mit den damit verbundenen Schmerzen am re Kniegelenk zum Zeitpunkt der letzten mdl Verhandlung erster Instanz tatsächlich noch nicht feststanden, liegt weniger auf der Hand. Das wurde vom ErstG auch gegenteilig beurteilt, das folgerichtigerweise zu einem viel maßvolleren Zuschlag, nämlich € 6.000,- statt

€ 50.000,-, gelangt ist. Zutr ist das ErstG – nach der bisherigen OGH-Judikatur – davon ausgegangen, dass insofern nicht einmal die **RK des Urteils des Vorprozesses** maßgeblich ist, sondern allein die Frage der **Vorhersehbarkeit für den Verletzten**. Insofern mag es – im Interesse des Verletzten – gut vertretbar sein, das Urteil und die Begründung des Vorprozesses in seiner RK ernst zu nehmen und das als unverrückbare Ausgangsposition anzuerkennen. Ob damit von einem Senat, bei dem die Beurteilung von Schmerzensgeldansprüchen nicht in dessen Kernkompetenz fällt, eine Wende eingeleitet wurde, bleibt abzuwarten.

6. Zudem dürfte der Senat dem Umstand der Vorerkrankung, für die der Schädiger somit nicht kausal war, geringes **Gewicht** beigemessen haben. Womöglich hat er dabei bedacht, dass die Auswirkungen „klinisch stumm“ waren, also der Verletzte deshalb keine Beschwerden hatte oder womöglich nicht bekommen hätte, sodass das Schädigerverhalten der sprichwörtliche Tropfen war, der das Fass zum Überlaufen gebracht hat. Ohne diese Annahme läge mE nicht bloß eine **großzügige Bemessung**, sondern durchaus eine **krasse Fehlbeurteilung** vor, die Anlass zu einer Korrektur gegeben hätte.

*Christian Huber, RWTH Aachen*

→ **Sicherungsmaßnahmen des Betreibers einer Naturrodelbahn**

**§ 1295 Abs 1 ABGB; § 502 Abs 1 ZPO**

Bei einer bewaldeten Böschung einer Rodelbahn besteht eine typische Umgebungsgefahr, weshalb vom Betreiber an dieser Stelle keine Sicherungsmaßnahmen zu verlangen sind. Auf welche erkennbaren Gefahren sich ein Rodler einzustellen hat (der grundsätzlich selbst für seine Sicherheit verant-

wortlich ist und dem der Sportausübung anhaftenden Verletzungsrisiko durch kontrolliertes und den bestehenden Gefahren Rechnung tragendes Verhalten zu begegnen hat) und welche Bereiche vom Betreiber der Rodelbahn im besonderen Maß abzusichern sind, ist eine Frage des Einzelfalls und stellt regelmäßig keine erhebliche Rechtsfrage dar.

**Sachverhalt:**

**[Unfallhergang]**

Am 20. 2. 2008 fuhr die damals 16-jährige Kl mit einer an der Talstation des von der Bekl betriebenen Lifts gegen Entgelt „ausgeliehenen“ Rodel zusammen mit einem fünfjährigen Mädchen (das auf der Rodel hinter ihr saß) auf einer teilweise eisig gefrorenen Naturrodelbahn mit sulziger Schneeauflage (minus 4°) talwärts; die Kl trug einen Skihelm, Skikleidung und Winterstiefel und war schon öfter mit einer Rodel gefahren. Etwa zur Hälfte der Strecke wurde die Rodel zu schnell; beim Versuch abzubremser, kam die Kl links von der Fahrbahn ab und stürzte sich überschlagend über die Böschung, wodurch beide Mädchen verletzt wurden. Im Unfallbereich verläuft die ca 5 m breite Rodelbahn in einer leichten, langgezogenen, aber übersichtlichen Linkskurve; das schon von Weitem erkennbare Gelände fiel über eine kurze steile Böschung in einen Hochwald ab, der nicht mit Schnee bedeckt und von Ästen und Steinen unterschiedlicher Größe übersät war; es gab auch Baumstümpfe, die tw nur 1 m vom Rand der Rodelbahn entfernt waren. Es herrschte soniges Wetter mit einwandfreier Sicht.

**[E der Vorinstanzen]**

Beide Vorinstanzen wiesen das auf Verletzung von Verkehrssicherungspflichten gestützte Klagebegehren ab.

Der OGH wies die aoRev der Kl zurück.

**Aus der Begründung:**

**[Grundsätzliche Eigenverantwortung des Rodlers für seine Sicherheit]**

Nach stRsp ist auch ein Rodler grundsätzlich selbst für seine Sicherheit verantwortlich und hat dem der Sportausübung anhaftenden Verletzungsrisiko durch kontrolliertes und den bestehenden Gefahren Rechnung tragendes Verhalten zu begegnen (1 Ob 75/02 i, 6 Ob

167/05 k). Welche konkreten Verhaltensweisen im Hinblick auf die örtlichen Gegebenheiten, die Witterungs- und Sichtverhältnisse sowie das Fahrkönnen einem Rodler jeweils zumutbar und geboten sind, entzieht sich wegen der Einzelfallbezogenheit genereller Aussagen (2 Ob 162/05 w). Damit hat auch die Frage, inwieweit sich der Rodler selbst auf erkennbare Gefahrenquellen im Umfeld der Rodelbahn einzustellen hat bzw welche Bereiche vom Betreiber der Rodelbahn im besonderen Maße abzusichern sind, regelmäßig keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung. Hat nun das BerG im vorliegenden Fall eine besondere Sicherungspflicht der Bekl verneint und die Unfallfolgen allein dem ungeschickten Fahrverhalten der Kl zugeordnet, ist darin keine bedenkliche Fehlbeurteilung zu erkennen, die vom OGH korrigiert werden müsste.

**[Rodelbahnbetreiber kann auf besondere Vorsicht der Rodler bei Streckenverlauf durch einen Wald vertrauen]**

Zum Unfall kam es, weil die Kl auf der durch ein Waldstück führenden Rodelbahn zu schnell wurde und beim Versuch, die Rodel abzubremser, von der Fahrbahn abkam und über eine Böschung in den Wald stürzte. Wenn das BerG darauf hingewiesen hat, dass die Rodelbahn an der Unfallstelle keine besonderen Gefahrenmomente aufwies und es sich beim benachbarten Wald auch um eine typische Umgebungsgefahr handelte, weshalb von der Bekl keine Sicherungsmaßnahmen betr die bewaldete Böschung zu verlangen gewesen wären, kann darin eine bedenkliche Fehlbeurteilung nicht erblickt werden. Der Betreiber einer Rodelbahn kann grundsätzlich auch davon ausgehen, dass ein Benutzer bei seiner ersten Fahrt mit ausreichender Vorsicht unterwegs ist (vgl auch 1 Ob 325/99 x), insb wenn nicht zu übersehen ist, dass der Streckenverlauf

ZVR 2011/244

§ 1295 Abs 1 ABGB; § 502 Abs 1 ZPO

OGH 6. 7. 2010, 1 Ob 104/10 s (OLG Linz 21. 4. 2010, 4 R 27/10 h; LG Salzburg 30. 11. 2009, 2 Cg 122/09 d)

OGH gibt trotz Zurückweisung einer aoRev klare Richtlinien zu den (freilich jeweils einzelfallabhängig) gebotenen Sicherungsmaßnahmen des Betreibers einer Naturrodelbahn.