

# Globalbemessung, Teilbemessung und Teilglobalbemessung bei zukünftigen Schmerzen

## Richtige Gewichtung der Interessen des Geschädigten und des Ersatzpflichtigen bzw des Gerichts?<sup>1)</sup>

Künftige vorhersehbare Schmerzen muss der Geschädigte bei der Geltendmachung des Schmerzensgeldanspruchs berücksichtigen. Nur ausnahmsweise kann er sich mit einer Teilbemessung begnügen. Einschätzungsfehler bezüglich der Vorhersehbarkeit können zu einem teilweisen Verlust des Schmerzensgeldanspruchs führen. Der Autor kritisiert diese Rechtsprechung als zu streng und unterbreitet einen Alternativvorschlag.

Von Christian Huber

### Inhaltsübersicht:

- A. Zwei aktuelle Entscheidungen – Fortführung der bisherigen Rechtsprechung
- B. Worum geht es und worüber herrscht – weitgehend – Einigkeit?
- C. Dilemma des Schadenersatzgläubigers
  1. Beweismaß
  2. Maßgeblicher Zeitpunkt
  3. Kenntnis des Verletzten oder eines Sachverständigen
  4. Interpretation des Sachverständigengutachtens
  5. Künftige Unwägbarkeiten – Ausklammerung der Zukunft oder Mindestzuspruch nach der „Saldotheorie“
  6. Der künftige Eingriff – Unterschied zwischen schicksalhafter Folge und eigenem Willensentschluss des Geschädigten
- D. Sanktionen der Fehleinschätzung durch den Verletzten
  1. Die herrschende Rechtsprechung
  2. Die Fundamentalkritik von *Ertl* und *Klicka* – beliebige Zulässigkeit einer Teilklage
  3. Systemimmanente Kritik
- E. Anzustrebender Gleichlauf zwischen außergerichtlicher Regulierung und prozessualer Streitaustragung mit Endurteil
- F. Handlungsanleitungen für die an der Schadensregulierung Beteiligten
  1. Medizinischer Sachverständiger
  2. Anwalt des Verletzten
  3. Gericht
- G. Appell an die Betroffenen und den Gesetzgeber

### A. Zwei aktuelle Entscheidungen – Fortführung der bisherigen Rechtsprechung

Zwei aktuelle E des 2. Senats äußern sich zur Zulässigkeit einer Teilbemessung des Schmerzensgelds in Bezug auf zukünftige Schmerzen. In 2 Ob 150/06 g wird diese

bejaht, in 2 Ob 233/06 p versagt. Auf den ersten Blick handelt es sich um eine **Fortführung**, allenfalls Präzisierung einer langjährigen **festigten Judikatur**. Gegen diese hatten *Ertl*<sup>2)</sup> und *Klicka*<sup>3)</sup> fundamentale Kritik vorgebracht, die *Danzl*,<sup>4)</sup> der führende österr Experte zu Fragen des Schmerzensgeldes, in seinem Standardwerk gebilligt hat. Der OGH hat diese **Kritik** entweder ignoriert<sup>5)</sup> oder in der Folge erklärt, dass die dogmatisch „beachtenswerten Argumente“ im konkreten Fall nicht streiterheblich waren,<sup>6)</sup> worauf sie in der Folge in Vergessenheit geraten sind. Die sonstige Literatur<sup>7)</sup> begnügt sich entweder mit der bloßen Wiedergabe der Rsp oder beschränkt sich auf Grundzüge. *Heß*,<sup>8)</sup> ein deutscher Anwalt, bemerkt anlässlich der Besprechung einer vergleichbar gelagerten BGH-E,<sup>9)</sup> dass es sich um eines der schwierigsten Probleme und zudem eine für den Anwalt besonders regressträchtige Problematik des Personenschadens handle.

### B. Worum geht es und worüber herrscht – weitgehend – Einigkeit?

Insb bei Verkehrsunfällen und ärztlichen Kunstfehlern<sup>10)</sup> kommt es häufig zu Schwerstverletzungen, deren Verletzungsfolgen weit in die Zukunft reichen. Der Er-

1) Zugleich Besprechung von OGH 2 Ob 150/06 g sowie 2 Ob 233/06 p.

2) *VersRdSch* 1970, 108 ff; *ders.* *RZ* 1997, 146 ff.

3) *ÖJZ* 1991, 435 ff.

4) In *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht<sup>9</sup> (2003) 180.

5) OGH 1 Ob 56/97 k, ZVR 1997/67 = EF 84.484.

6) OGH 6 Ob 204/98 p, ZVR 1999/48 = RZ 1999/35; 2 Ob 255/01 s, RZ 2002/3.

7) *Reischauer in Rummeß* § 1325 Rz 49; *Danzl in KBB* § 1325 Rz 33; *Harrer in Schwimmann* § 1325 Rz 87 ff; *Fucik/Harti/Schlösser*, Handbuch des Verkehrsunfalls VI (2005) IV/54 ff; *Virba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz in der Praxis idF 15. ErgLfg (Oktober 2006) C III 2 Rz 6 ff; *Kozioł*, Österr Haftpflichtrecht<sup>2</sup> (1984) 138.

8) *NJW-Spezial* 2004, 63.

9) BGH VI ZR 70/03, *NJW* 2004, 1243.

10) Zum Wandel der Anwendungsfälle für den Zuspruch von Schmerzensgeld von Raufhändeln und mangelhaft beaufsichtigten Haustieren, zu Verkehrsunfällen *Piegler*, *ÖJZ* 1954, 502. Dazu gekommen ist seitdem die Einstandspflicht von Ärzten wegen Kunstfehlern.

ÖJZ 2008/10

§ 1325 ABGB

OGH 22. 2. 2007.

2 Ob 150/06 g;

23. 3. 2007,

2 Ob 233/06 p

Schmerzensgeld;

Bemessung;

künftige

Schmerzen;

Geltendmachung

satzpflichtige, idR ein Haftpflichtversicherer, ist daran interessiert, diesen Schadensposten durch eine Kapitalzahlung zu erledigen;<sup>11)</sup> jedenfalls möchte er nach einmaliger Befassung keinen aufwendigen Regulierungsaufwand mehr haben.<sup>12)</sup> Die Prozessökonomie, dass sich ein Gericht möglichst nur einmal mit den Folgen des schädigenden Ereignisses befassen muss, also mehrere überflüssige Prozesse vermieden werden sollen, weist in die gleiche Richtung.<sup>13)</sup>

Beim Geschädigten stellt sich die Interessenlage differenzierter dar. Er möchte rasch zu seinem Geld kommen – und nicht bloß seinen Erben die Rechtsnachfolge in einen zusätzlichen Vermögenswert beschreiben. Das spricht für eine rasche Erhebung des Anspruchs. Je zeitnäher zur erlittenen Verletzung er das Schmerzensgeld freilich begehrt, umso unsicherer ist die Zukunftsprognose. Wird die erlittene Verletzung abheilen oder handelt es sich um einen Dauerschaden? Welche Verschlimmerungen des Leidens sind zu erwarten; oder ist womöglich doch eine Besserung in Sicht? Wie lange wird er daran laborieren? Kann er auf einmal einen Betrag erhalten, der seine Schmerzen für die gesamte Leidenszeit abdeckt, wird er das bevorzugen. Wegen der Unwägbarkeiten der Zukunft könnte ihm aber auch daran gelegen sein, für die erlittenen Schmerzen eine abschnittsweise Abgeltung zu erhalten. Er ist der Herr des Geschehens, sodass das Argument, der Geschädigte solle vor der wiederholten Einbringung von Klagen bewahrt werden,<sup>14)</sup> allzu paternalistisch erscheint.<sup>15)</sup> Der Geschädigte hat das doch gerade selbst in der Hand – und muss nicht vor sich selbst geschützt werden!

Einigkeit besteht darüber, dass der Geschädigte für sämtliche für ihn jedenfalls „annähernd“<sup>16)</sup> vorhersehbaren Verletzungsfolgen bloß einmal ein Begehren stellen können soll.<sup>17)</sup> Das soll mit dem Begriff **Globalbemessung** zum Ausdruck gebracht werden. Nur soweit eine solche künftige Abschätzung nicht oder nicht annähernd möglich ist, soll er zunächst eine **Teilklage** erheben und später ein oder mehrere Male einen **Nachschlag** verlangen dürfen. Ob das Schmerzensgeld einmalig bemessen wird oder wegen der Prognoseschwierigkeiten in mehreren Etappen, soll auf die Höhe des Schmerzensgeldes keinen Einfluss haben.<sup>18)</sup> Erreicht wird das durch eine den Kaufkraftverlust berücksichtigende Aufwertung der vorangehenden Ersatzbeträge, womit alle Zahlungen auf einen Nenner gebracht werden.

### C. Dilemma des Schadenersatzgläubigers

Was in der Theorie trivial klingt, hat in der Praxis seine Tücken. Der Teufel steckt bekanntlich immer im Detail. Einige neuralgische Punkte sollen erörtert werden:

#### 1. Beweismaß

Jeglichen zukünftigen Umständen wohnt ein gewisses Maß an Unsicherheit inne. Dieses kann geringer oder größer sein. Ein künftiges Ereignis kann fast sicher eintreten oder mit an Sicherheit grenzender oder überwiegender Wahrscheinlichkeit, oder es ist nur möglich, dass es eintritt – um einige Punkte auf dieser Skala

zu benennen. Es stellt sich nun die Frage, welches Beweismaß gegeben sein muss, damit künftige Schmerzen im Wege einer Globalbemessung zu berücksichtigen sind; bzw ab wann der Rubikon überschritten ist mit der Folge, dass eine Teilbemessung zu erfolgen hat. Die Ausdrucksweise ist diesbezüglich mitunter etwas kryptisch. Wenig erhellend ist, wenn es heißt, dass eine Prognose „nicht mit entsprechender Sicherheit“<sup>19)</sup> bzw „mit hinreichender Sicherheit“<sup>20)</sup> möglich ist. Nicht sehr viel hilfreicher ist die Wendung, dass die zukünftigen Schmerzen „in einem für die Globalbemessung ausreichenden Maß erkennbar“ seien.<sup>21)</sup> Es findet sich aber auch die Formulierung, dass künftige Unfallfolgen „weder mit Sicherheit noch mit großer Wahrscheinlichkeit“ abschätzbar seien.<sup>22)</sup> Damit sicher gestellt ist, dass der Geschädigte eine Abgeltung für sämtliche von ihm erlittenen Schmerzen bekommt, sollte mE ein hohes Beweismaß verlangt werden. Nur wenn künftige Schmerzen sich mit **an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit** vorhersagen lassen, sollte eine unbedingte Einbeziehung in die Globalbemessung erfolgen.

#### 2. Maßgeblicher Zeitpunkt

Bei prozessualer Streitaustragung wird abgestellt auf den **Schluss der mündlichen Streitverhandlung 1. Instanz**.<sup>23)</sup> Zu bedenken ist indes, dass Kenntnisse über den Gesundheitszustand des Verletzten auf einem **Sachverständigengutachten** beruhen. Dieses wird geraume Zeit vor Ende der mündlichen Streitverhandlung 1. Instanz vorgelegt. Dazu kommt, dass es zumeist auf einer **Untersuchung** der verletzten Person beruht, die noch weiter zurückliegt.<sup>24)</sup> Das Sachverständigenwissen ist demgemäß nur bis zum Zeitpunkt der Untersuchung vorhanden; bis zum Ende der mündlichen Streitverhandlung mag ein zusätzliches Wissen des Verletzten als medizinischen Laien vorhanden sein.

Zu betonen ist zunächst, dass eine Prognose stets **ex ante** zu erfolgen hat, während das Gericht über einen zurückliegenden Vorgang **ex post** entscheidet, somit

11) OGH 2 Ob 242/98x, ZVR 1999/50 = EF 87.371.  
 12) Sollte anstelle eines Kapitalbetrags ausnahmsweise eine Rente zu zahlen sein, kann zwar der Akt nicht geschlossen werden. Der Regulierungsaufwand für die monatliche oder quartalsweise Überweisung des entsprechenden Gelobetrags an den Verletzten hält sich aber in erträglichen Grenzen.  
 13) Danzl in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht<sup>8</sup> (2003) 176.  
 14) OGH 1 Ob 56/97k, ZVR 1997/67 = EF 84.484; Reischauer in Rumme<sup>9</sup> § 1325 Rz 49; Danzl in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld<sup>8</sup>, 176.  
 15) Ertl, RZ 1997, 146 (150).  
 16) Reischauer in Rumme<sup>9</sup> § 1325 Rz 49. Ertl (VersRdSch 1970, 108, 109) bemerkt nicht ohne Zynismus, dass ein endgültiger und verlässlicher Überblick erst nach dem Tod des Verletzten möglich sei.  
 17) OGH 2 Ob 233/06p; Danzl in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld<sup>8</sup>, 173 (176).  
 18) Danzl in KBB<sup>2</sup> § 1325 Rz 33; ders in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld<sup>8</sup>, 173; Reischauer in Rumme<sup>9</sup> § 1325 Rz 49; Ertl, VersRdSch 1970, 108 (113); Klitcka, ÖJZ 1991, 438 FN 21.  
 19) OGH 2 Ob 255/01s, RZ 2002/3.  
 20) Danzl in KBB<sup>2</sup> § 1325 Rz 33.  
 21) OGH 2 Ob 154/03s.  
 22) OGH 2 Ob 254/98m, ZVR 1999/63 = JBl 1999, 605 (Friedler).  
 23) OGH 2 Ob 255/01s, RZ 2002/3.  
 24) Zur Begrenzung auf die bis zur Begutachtung angefallenen Schmerzen OGH 2 Ob 255/01s, RZ 2002/3.

über einen weitergehenden Wissensstand verfügt. Es wird Konstellationen geben, bei denen man ex post wird sagen können, dass sich diese Entwicklung im Rahmen des normalen Heilungsverlaufs erklären lässt, ohne dass sich im Vorhinein gerade dieser Verlauf „mit Sicherheit“ oder „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ hat vorhersehen lassen.<sup>25)</sup> Maßgeblich muss aber stets die Sicht *ex ante* sein.

### 3. Kenntnis des Verletzten oder eines Sachverständigen

Bedeutsam ist, ob auf den Kenntnisstand des Verletzten oder den des medizinischen Fachmanns – zum damaligen Zeitpunkt – abzustellen ist. Während vor noch nicht allzu langer Zeit auf den Kenntnisstand eines **Sachverständigen** abgestellt und zudem dem Geschädigten eine Obliegenheit zur Einholung einer solchen Expertise auferlegt wurde,<sup>26)</sup> nimmt nunmehr der OGH<sup>27)</sup> – ohne ausdrückliche Distanzierung von der Vor-E – „opferfreundlich“<sup>28)</sup> einen gegenteiligen Standpunkt ein. Maßgeblich ist der Kenntnisstand des jeweiligen Verletzten, der typischerweise ein **medizinischer Laie** ist. Wenn diesem eine Abschätzung der künftigen Verletzungsfolgen nicht möglich ist, kann er eine Teilbemessung vornehmen. Besonders geschädigtenfreundlich war der OGH in einem Fall,<sup>29)</sup> in dem der Geschädigte sich schon mehrere Jahre einer schmerzhaften Therapie unterziehen musste und er gleichwohl, unter Bezugnahme auf den Kenntnisstand des medizinischen Laien, eine Teilbemessung zuließ, weil der Geschädigte ja nicht abschätzen könne, wie lang eine solche noch erforderlich wäre. Wer eine derartige Therapie schon Jahre lang über sich ergehen lassen muss und sich überhaupt keine Anhaltspunkte ergeben, dass ein Ende naht, der muss mE auch ohne besonderen medizinischen Sachverstand – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit – davon ausgehen, dass mit dem Anfall der damit verbundenen Schmerzen auch in Zukunft zu rechnen sein wird.

Mit dem Abstellen auf die Laiensphäre lässt sich auch die E 2 Ob 49/72<sup>30)</sup> plausibel begründen, ohne dass es der Berufung auf eine **Ausnahme** bedarf.<sup>31)</sup> Der Verletzte war Versicherungsbeamter und deshalb womöglich mit den Fallstricken der Geltendmachung des Schmerzgeldes besonders gut vertraut. Er schwebte zunächst in Lebensgefahr. Offenbar im engsten zeitlichen Naheverhältnis nach dem Aufwachen aus dem Koma veranlasste er die Klageerhebung. Nach dem Anerkenntnis durch die gegnerische Haftpflichtversicherung in der 1. Tagsatzung wurde ein Anerkenntnisurteil gefällt. Bei einer nachfolgenden Ergänzungsklage erhob der Bkl den Einwand, dass es sich um keinen atypischen Heilungsverlauf handle und wegen der Anspruchsgrundlage nach dem EKHG keine Notwendigkeit der übereilten Einklagung bestanden habe. Der OGH ließ diesen Einwand nicht gelten, indem er darauf hinwies, dass es bei Lebensgefahr des Verletzten dem Ersatzpflichtigen nicht gestattet sei, ein weitergehendes Schmerzgeldbegehren durch sofortige Anerkennung zu vereiteln. Nunmehr ist die Vererblichkeit des Schmerzgeldanspruchs nach § 1325 ABGB außer Streit;<sup>32)</sup> eine Notwendigkeit zur übereilten Geltendma-

chung ist deshalb auch bei Lebensgefahr des Verletzten nicht mehr gegeben. Durch das Abstellen auf den **Kenntnisstand des Verletzten** lässt sich diese E aber mE aus allgemeinen Regeln erklären, sodass auf die **Besonderheit der Klageerhebung bei Lebensgefahr** verzichtet werden kann.

### 4. Interpretation des Sachverständigengutachtens

Wenn der Geschädigte ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens eine Schmerzgeldklage erhebt, kommt es auf **seinen Wissensstand** an. Dass ein medizinischer Sachverständiger die in der Folge tatsächlich eingetretenen Unfallfolgen und die damit verbundenen Schmerzen vorhergesehen hätte, ist ohne Bedeutung. Sobald ein Sachverständiger sich dazu freilich geäußert und außerhalb oder während des Prozesses ein Gutachten vorgelegt hat, muss der Verletzte dieses ihm zugängliche Wissen gegen sich gelten lassen. Das ist im Ausgangspunkt auch einleuchtend.

Sachverständige, auch und gerade solche medizinischer Provenienz, sind indes vorsichtig. Sie äußern sich nicht immer in wünschenswerter Deutlichkeit, nämlich dass diese Verletzungsfolge sich „mit Sicherheit“ oder „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ vorher-sagen oder ausschließen lasse. Vielmehr ermöglicht ihr Gutachten gegenläufige Interpretationen. Die **Mehrdeutigkeit medizinischer Sachverständigenaussagen** wird noch gesteigert, wenn mehrere Sachverständige sich äußern.<sup>33)</sup> Prototypisch ist die aktuelle E 2 Ob 233/06 p, in der sich folgende **gegenläufige** Sachverständigenäußerungen finden:<sup>34)</sup> [...] „aus orthopädischer Sicht ist [...] eine endgültige Beurteilung der in der Zukunft zu erwartenden Schmerzen nicht möglich“, „Auch aus unfallchirurgischer Sicht ist eine sichere Beurteilung der in Zukunft zu erwartenden Schmerzen nicht möglich“, „Diesbezüglich ist eine Einschätzung der zukünftigen Schmerzen nicht möglich [...]“. Demgegenüber kann man auch Formulierungen lesen wie „Bei einer angenommenen Normalentwicklung [...] wären [...] noch mindestens 50 bis 100 Tage leichte Schmerzen zu erwarten.“, „Erfahrungsgemäß muss [...] innerhalb von 5 bis 10 Jahren mit der Notwendigkeit eines künstlichen Kniegelenks gerechnet werden.“, „wobei der Leidenszustand des Kl vor und nach der Operation bereits abschätzbar ist“, „können die bei

25) Dazu OGH 2 Ob 49/72, ZVR 1973/93.

26) OGH 1 Ob 661/89, RZ 1992/41. Ähnlich möglicherweise noch OGH 9 Ob 15/00 x, ZVR 2000/91: Dem Geschädigten wird vorgehalten, dass der Heilungsverlauf nicht atypisch war und er nicht einmal ein Sachverständigengutachten beantragt hat. Wenn es auf seinen Kenntnisstand ankommt, konnte das wohl nicht streitentscheidend sein!

27) OGH 6 Ob 204/98 p, ZVR 1999/48 = RZ 1999/35; 2 Ob 242/98 x, ZVR 1999/50 = EF 87.371; OGH 2 Ob 306/00 i; 2 Ob 173/01 g, ZVR 2001/99 = SZ 74/135 = JBl 2002, 262 = RdW 2002, 159.

28) So die Etikettierung durch Danzl in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzgeld<sup>9</sup>, 176.

29) OGH 2 Ob 8/05 y, ZVR 2006/43.

30) OGH ZVR 1973/93.

31) So aber Danzl in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzgeld<sup>9</sup>, 176.

32) OGH 6 Ob 2068/96 b, SZ 69/217; *Reischauer in Rummeß* § 1325 Rz 51.

33) Zum häufigen Auftreten dieses Phänomens *Ertl*, RZ 1997, 146.

34) Ähnlich mehrdeutig und vom OGH anders interpretiert als vom Geschädigten OGH 2 Ob 154/03 s.

komplikationslosem Verlauf der postoperativen Phase zu erwartenden Schmerzen bereits grob eingeschätzt werden“.

Der Geschädigte und die Tatgerichte haben diese Gutachten anders als der OGH interpretiert. Während der **Geschädigte** dem Gutachten entnahm, dass die **künftige Entwicklung nicht verlässlich abschätzbar** sei und er deshalb auf der Basis einer Teilbemessung sein Klagebegehren formulierte, was von den Tatgerichten gebilligt wurde, akzentuierte das **Höchstgericht** die Passagen, was **nach dem wahrscheinlichen Lauf zu erwarten** sei. Das Ergebnis war eine Globalbemessung mit der Rechtsfolge, dass ein Zuspruch bis zur Höhe des begehrten Betrags erfolgte, wobei eine Nachforderung ausgeschlossen ist. Und das ist mE gerade der springende Punkt: Soll dem Geschädigten das Risiko der zutreffenden Interpretation eines **sybillinisch formulierten medizinischen Sachverständigengutachtens** auferlegt werden mit der Folge, dass er bei falscher Interpretation einen Teil seines – berechtigten – Schmerzensgeldanspruchs nicht mehr durchsetzen kann? Wer die Frage so stellt, hat die Antwort schon vorweggenommen. Wie der Geschädigte ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens lediglich die, nach seinem Kenntnisstand mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit, zukünftigen Unfallfolgen und die daraus resultierenden Schmerzen bei seinem Begehren zu berücksichtigen hat, sollte er auch nur die sich **eindeutig** aus dem Sachverständigengutachten ergebenden zukünftigen Verletzungen sowie daraus ableitbaren Schmerzen im Rahmen einer Globalbemessung berücksichtigen müssen.

Wollte man das Übel an der Wurzel packen, dann müsste man die Sachverständigen dafür sensibilisieren, dass sie **Klartext sprechen**. Das heißt, dass sie derartige mehrdeutige Formulierungen unterlassen. Hilfreich könnte eine **Standardisierung** der Art sein, dass ihre Antwort lediglich lautet, dass eine bestimmte Folge „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ eintreten werde oder dass das nicht der Fall sei. Während die Prognose zukünftiger Ereignisse in der Tat der ganzen Bandbreite von Wahrscheinlichkeitsabstufungen zugänglich ist, ist für die Frage der Teil- oder Globalbemessung nur maßgeblich, ob sich eine bestimmte Verletzungsfolge mit Schmerzen in einem bestimmten Ausmaß und einer bestimmten Intensität mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorhersagen lässt – oder eben nicht.

### 5. Künftige Unwägbarkeiten – Ausklammerung der Zukunft oder Mindestzuspruch nach der „Saldotheorie“

Mitunter ist es eine Formulierungsfrage,<sup>35)</sup> ob der Sachverständige sich in der Weise ausdrückt, dass eine bestimmte **Entwicklung wahrscheinlich** ist, es aber auch zu Komplikationen kommen kann<sup>36)</sup> oder der zukünftige Verlauf sich wegen möglicher Komplikationen noch **nicht abschätzen lässt**.<sup>37)</sup> Während im ersten Fall eine Globalbemessung vorzunehmen ist, scheidet im letzteren Fall eine solche aus. Hoffentlich sind sich der Sachverständige und vor allem der Anwalt des Verletzten dieser Nuance bewusst.

Ein weiteres Problem stellt die Abstufung der Ungewissheit dar: Es ist die Aussage möglich, dass ein bestimmtes Ausmaß von Schmerzen jedenfalls eintreten wird; unwägbar ist jedoch, ob dieses Mindestausmaß nicht doch überschritten wird. Soll in einem solchen Fall der Geschädigte sich damit zufrieden geben können bzw müssen, für diesen Zeitraum vorläufig gar nichts zu erhalten,<sup>38)</sup> oder kann er unter entsprechender Bezugnahme auf das Sachverständigengutachten nicht doch einen Mindestzuspruch in einer **Teilglobalbemessung**<sup>39)</sup> verlangen?<sup>40)</sup> Dafür spricht, dass er Schmerzen in diesem Mindestausmaß jedenfalls erleiden wird. Ausreichend ist mE, wenn für das Gericht greifbare Anhaltspunkte für eine richterliche Schätzung nach § 273 ZPO gegeben sind.<sup>41)</sup> Das ist insb dann gegeben, wenn bloß manche Unfallfolgen ausgeklammert werden.<sup>42)</sup>

Manche Sachverhalte zeichnen sich dadurch aus, dass ein **Übel durch ein anderes substituiert** wird. In der E 2 Ob 8/05<sup>43)</sup> hatte der Verletzte die Qual der Wahl, entweder sich einer schmerzhaften Therapie zu unterziehen oder eine ansonsten eintretende Bewegungseinschränkung zu erleiden. Abgesehen vom sogleich zu behandelnden Sonderproblem der Bemessung des Schmerzensgeldes bei künftigen Eingriffen, kann in einem solchen Fall eine Mindestbemessung danach vorgenommen werden, was der Verletzte jedenfalls an Schmerzen erleidet, unabhängig davon, ob er sich der schmerzhaften Therapie unterzieht oder die ansonsten drohende Bewegungseinschränkung in Kauf nimmt.

### 6. Der künftige Eingriff – Unterschied zwischen schicksalhafter Folge und eigenem Willensentschluss des Geschädigten

So manches Krankheitsbild ist dergestalt, dass nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit einer (oder mehreren) künftigen Operation(en) zu rechnen ist.<sup>44)</sup> Es stellt sich die Frage, ob die dabei auftretenden Schmerzen im Rahmen einer Globalbemessung zu berücksichtigen sind oder wegen der Ungewissheit eine Ausklammerung geboten und eine Teilbemessung vorzunehmen ist. Der OGH unterscheidet zwischen

35) Zur Bandbreite der Temperamente der Sachverständigen von „wagemutig“ bis „bedachtsam“ *Ertl*, RZ 1997, 146 (147).

36) OGH 2 Ob 233/06p.

37) OGH 2 Ob 255/01s, RZ 2002/3; 2 Ob 233/06p.

38) So OGH 2 Ob 254/98m, ZVR 1999/63 = JBl 1999, 605 (*Riedler*); 2 Ob 255/01s, RZ 2002/3; *Danzl* in *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup>, 173.

39) Unter diesem Begriff soll verstanden werden, dass im Zeitpunkt der Bemessung feststeht, dass ein Endzustand noch nicht erreicht ist, aber nach dem vorläufigen Zustand eine Bemessung unter Einschluss der nunmehr vorhersehbaren künftigen Schäden erfolgt.

40) So OGH 2 Ob 443, 444/70, ZVR 1972/66; 8 Ob 12/73, ZVR 1974/116; 8 Ob 35/84, ZVR 1986/77.

41) In diesem Sinn OGH 2 Ob 150/06g; *Ertl*, *VersRdSch* 1970, 108 (114).

42) OGH 8 Ob 12/73, ZVR 1974/116; 8 Ob 145/75, ZIRV 1977, 127 (*Schwind*); *Reischauer* in *Rummel* § 1325 Rz 49.

43) OGH ZVR 2006/43.

44) Anders liegt der Fall, wenn zudem ungewiss ist, ob eine Operation überhaupt erforderlich ist; so OGH 2 Ob 87/71, ZVR 1972/101; 8 Ob 80/75, ZVR 1976/77; 2 Ob 254/98m, ZVR 1999/63 = JBl 1999, 605 (*Riedler*); *Danzl* in *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup>, 171 FN 543.

„schicksalhafter Folge“<sup>45)</sup> und „eigenem Willensentschluss des Geschädigten“.<sup>46)</sup> Er weist im Ausgangspunkt völlig zutreffend darauf hin, dass nahezu jede Heilbehandlung die Zustimmung des Verletzten voraussetzt, sodass dieser Umstand *per se* bedeutungslos sei.<sup>47)</sup> Wenn sich abschätzen lasse, dass nach dem Krankheitsbild bestimmte Heileingriffe indiziert seien, möge das Datum auch nicht feststehen, so seien deren Auswirkungen bei der Festlegung der Höhe des Schmerzensgeldes *ex ante* im Rahmen einer Globalbemessung zu berücksichtigen. Wenn der Leidenszustand demgegenüber einigermaßen stabil sei und es beim Geschädigten liege, ob er sich zu dem – womöglich auch nicht ganz risikolosen – Eingriff entschlüsse, seien die insoweit sich ergebenden Auswirkungen von der Globalbemessung auszuklammern.

Diese Abgrenzung ist in der Theorie plausibel, in der Praxis aber nicht leicht durchzuführen. Die unterschiedlichen Fälle sprechen mE dafür, dass eine ganz andere Abgrenzung für die Unterscheidung tragend ist: Bei einer **kosmetischen** Operation fällt das Schmerzensgeld unterschiedlich aus, je nach dem, ob die betreffende Person die Entstellung durch einen Eingriff beseitigen lässt oder nicht.<sup>48)</sup> Tut sie das, muss sie bei der Operation körperliche Schmerzen erdulden; das weitere Leben ist aber dann von seelischen Schmerzen frei oder diese sind jedenfalls viel geringer. Strukturell ähnlich gelagert war ein weiterer Fall, in dem es um eine **funktionale** körperliche Beeinträchtigung ging.<sup>49)</sup> Der Verletzte war 47 Jahre alt. Eine künftige Hüftoperation wurde nach dem wahrscheinlichen Lauf der Dinge für wahrscheinlich angesehen. Durch eine solche – erfolgreiche – Operation würden die Schmerzen schlagartig wegfallen. Allerdings könnte auch die vollkommene Gehunfähigkeit die Folge sein. Daher rieten die Ärzte dem Verletzten von einem solchen Eingriff vor dem 60. Lebensjahr ab, es sei denn, der Verletzte wäre vorher faktisch nicht mehr gehfähig.

Beiden Fällen ist gemeinsam, dass durch einen möglichen Eingriff, dessen Durchführung von einem Willensentschluss des Verletzten abhängig ist, die **Schmerzen geringer** werden. In beiden Fällen wurde die Bemessung des Schmerzensgeldes für diese Phase der Unsicherheit von der Bemessung ausgenommen, freilich mit der Konsequenz, dass der Geschädigte insoweit vorläufig gar nichts erhielt.<sup>50)</sup> Es erhebt sich die Frage, wann die verletzte Person den ihr gebührenden Nachschlag verlangen kann und ob ihr der Ersatzpflichtige womöglich erfolgreich die Einrede der Verjährung entgegenzusetzen kann.

Der Geschädigte wird jedenfalls mit dem **Wegfall der Unsicherheit** das restliche Schmerzensgeld verlangen können, somit nach Durchführung der jeweiligen Operation eine Abgeltung der Unbill bis dahin, sowie der Schmerzen infolge der Durchführung der Operation. Wenn er sich zum Eingriff allerdings nicht entschließt, stellt sich die Frage, **wann** er einen Nachschlag verlangen kann. Die aktuelle E 2 Ob 150/06 g sieht nach einem außergerichtlichen Vergleich den Zeitpunkt als maßgeblich an, zu dem sich eine wesentliche Veränderung gegenüber der vorläufigen Einschätzung durch die Sachverständigen bei einem im Unfallzeitpunkt zweijährigen Verletzten ergeben hat. Eine solche Teilglobal-

bemessung, die das Schmerzensgeld so bemisst, als hätte man schon im Zeitpunkt der vergleichsweisen Regulierung den späteren Kenntnisstand, ist durchaus zutreffend.

Bei einer möglichen, vom Willensentschluss des Verletzten abhängigen Operation ist ein solcher Zeitpunkt aber nicht auszumachen. Die dogmatisch sauberste Lösung liegt darin, das **Schmerzensgeld ausnahmsweise vorschussweise** zu gewähren. Verzichtet der Verletzte für alle Zukunft auf den entsprechenden Eingriff, kann er das Schmerzensgeld in diesem Ausmaß endgültig behalten. Nimmt er hingegen den Eingriff vor, hat er einen Teil des Schmerzensgeldes für die infolge des Eingriffs wegfallenden Schmerzen zurückzahlen. Dagegen ist sogleich der Einwand zu erwarten, dass Derartiges ganz und gar unpraktikabel sei. Dem ist zu entgegnen, dass es dem Ersatzpflichtigen unbenommen ist, den Verletzten so zu entschädigen, als würde er auf den Eingriff für immer verzichten. Die Durchführung des Eingriffs löst aber typischerweise weitere Ansprüche gegen den Ersatzpflichtigen aus, neben den Operationskosten häufig auch noch einen Erwerbsschaden oder Besuchskosten von Angehörigen. Bei dieser Gelegenheit hat dann der Ersatzpflichtige die Möglichkeit, gegen Forderungen, die nicht auf Dritte übergegangen sind, mit seinem Rückforderungsanspruch aus dem bloß vorschussweise gewährten Schmerzensgeld aufzurechnen.<sup>51)</sup>

Hält man das für zu kompliziert, muss man dem Geschädigten immer wieder einen solchen Anspruch auf Nachschlag einräumen. Eine erfolgreiche Einrede der Verjährung droht ihm bei einer vorangegangenen erfolgreichen **Feststellungsklage** nicht, weil nach der von der Literatur<sup>52)</sup> zwar kritisierten, aber herrschenden Judikatur, es im Belieben des Verletzten liegt, seinen Ersatzanspruch innerhalb der 30-Jahresfrist zu erheben.<sup>53)</sup>

## D. Sanktionen der Fehleinschätzung durch den Verletzten

### 1. Die herrschende Rechtsprechung

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass es für den Verletzten nicht ohne Weiteres abschätzbar ist, ob er Schmerzensgeld auf der Basis einer Global-

45) Zurückhaltend noch OGH 8 Ob 12/73, ZVR 1974/116; wagemutiger dann OGH 2 Ob 8/05y, ZVR 2006/43; 2 Ob 233/06p.

46) OGH 2 Ob 75/89, ZVR 1990/158; Koziol, Haftpflichtrecht<sup>2</sup>, 138.

47) OGH 2 Ob 8/05y, ZVR 2006/43.

48) OGH 2 Ob 445/70, ZVR 1972/52; zur Wechselwirkung mit der Veranstaltungsschädigung gem § 1326 ABGB OGH 2 Ob 16/71, ZVR 1972/82.

49) OGH 2 Ob 75/89, ZVR 1990/158.

50) Dazu *Danzl* in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>9</sup>, 181 ff; *Ch. Huber*, ZVR 1998, 74 (81).

51) Eine nähere Untersuchung, ob eine Aufrechnung ungeachtet des Rechtsübergangs möglich ist, bleibt hier ausgeklammert. Dafür würde sprechen, dass mit dem Eingriff die Schmerzen wegfallen, aber auch weitere Schadensposten entstehen und fällig werden. Da sich Forderung und Gegenforderung aufrechenbar gegenüberstehen, kann eine Zession, und sei es auch eine solche von Gesetzes wegen, an der Aufrechenbarkeit nichts ändern.

52) *Ertl*, *ders.*, ZVR 1999, 117 f; *ders.*, FZ 1997, 146 (150); ZVR 1993, 41; *Ch. Huber*, JBl 1993, 730; *F. Bydliński*, FS Steffen (1995) 65, 69 FN 7; *Riedler*, ZVR 1993, 51 ff; *ders.*, JBl 1999, 608 (609); *Apathy*, JBl 1996, 315.

53) OGH 2 Ob 254/98m, ZVR 1999/63 = JBl 1999, 605 (*Riedler*).

bemessung verlangen oder sich zunächst mit einer Teilbemessung zufrieden geben soll, wobei er für deren Voraussetzungen beweispflichtig ist.<sup>54)</sup> Es erhebt sich die Frage, welche Rechtsfolgen sich aus einer Fehleinschätzung ergeben. In Betracht kommen zwei Konstellationen:

Der unproblematische Fall ist der, dass der Verletzte Schmerzensgeld auf der Basis einer **Globalbemessung verlangt**, das Gericht aber zum Ergebnis kommt, dass die **Voraussetzungen für eine Teilbemessung vorliegen**. Das Gericht wird vom meist höheren begehrten Betrag den Teilbetrag zusprechen, den es unter Zugrundelegung der Teilbemessung für angemessen erachtet. Abgesehen von möglichen Kostenfolgen ist das für den Verletzten nicht nachteilig. Nur in Bezug auf den zugesprochenen Betrag erwächst das Urteil in Rechtskraft, mit der Folge, dass dann, wenn die Voraussetzungen für eine Nachklage gegeben sind, nämlich die zunächst bestehende Unsicherheit gewichen ist, der Verletzte den ausstehenden Nachschlag einfordern kann.

Dramatisch und einschneidend kann für den Verletzten hingegen der umgekehrte Fall sein. Der Verletzte begehrt **Ersatz auf der Basis einer Teilbemessung**, das Gericht sieht aber die Voraussetzungen für eine **Globalbemessung** als gegeben an.<sup>55)</sup> Der Zuspruch ist dann durch das Klagebegehren betragslich beschränkt.<sup>56)</sup> Das Urteil wird rechtskräftig mit der Folge, dass sämtliche – nach Ansicht des Gerichts – von der möglichen Globalbemessung erfassten Schmerzen abgegolten und eine Nachklage präkludiert ist.<sup>57)</sup> *Ertl*<sup>58)</sup> bezeichnet das zutreffend als „**tückischste Falle**“. Es kommt dabei zu der Besonderheit, dass der Streitgegenstand nicht *ex ante* durch das Klagebegehren, sondern *ex post* durch das Urteil festgelegt wird.<sup>59)</sup> Mit dieser Kuriosität mögen sich die Spezialisten des Prozessrechts auseinandersetzen. Ob diese, vom Gesetz nicht zwingend vorgegebene **Rechtsfolge im materiellen Recht schicksalhaft hinzunehmen** ist oder über eine Verschiebung der Gewichte nachgedacht werden sollte, steht auf einem anderen Blatt. Wie im Verjährungsrecht sollte gelten: Wer aus der Sicht eines aufmerksamen Bürgers alles unternimmt, um seinen berechtigten Anspruch durchzusetzen, der soll nicht an formalen Hürden und prozessualen Fallstricken scheitern.

## 2. Die Fundamentalkritik von *Ertl* und *Klicka* – beliebige Zulässigkeit einer Teilklage

*Ertl*<sup>60)</sup> und *Klicka*<sup>61)</sup> lehnen die Präklusion von Nachforderungen nach einer Teilklage generell ab. Die Argumente namentlich von *Klicka* lassen sich wie folgt zusammenfassen:<sup>62)</sup> Wenn nach § 55 Abs 3 JN sogar der Gläubiger, der die Höhe kenne, einen Teilbetrag einklagen könne, dann müsse das umso mehr für den gelten, bei dem das nicht zutrefte, wie das bei einem Schmerzensgeldkläger häufig gegeben sei. Warum gerade der rechtswidrig und schuldhaft handelnde Schadenersatzschuldner gegenüber anderen Schuldner bevorzugt werden solle, sei nicht einzusehen. Der Prozessökonomie könne durchaus wirksam allein durch das **Kostenrecht** Rechnung getragen werden,

indem bloß die Kosten einer notwendigen und zweckentsprechenden Rechtsverfolgung zugebilligt würden, es somit keine Kostenerstattung für Klagen gebe, bei denen der Kläger eine ausreichende Kenntnis der für die Bemessung des Schmerzensgeldes maßgeblichen, zukünftigen Umstände hatte.<sup>63)</sup> *Ertl* nennt als weiteren Grund, dass es auch bei Anschluss des Verletzten als **Privatbeteiligter** im Strafverfahren Teilzusprüche gebe,<sup>64)</sup> ohne dass weitere Begehren dadurch präkludiert würden. Letzteres Argument hält *Danzl*<sup>65)</sup> aus Gründen, die an dieser Stelle nicht zu vertiefen sind, für weniger schwerwiegend. Insgesamt hält aber auch *Danzl*<sup>66)</sup> das **Kostenrecht** für ein **ausreichend scharfes Schwert**, um die beabsichtigten Rechtsfolgen, nämlich die Vermeidung der wiederholten Belangung des Ersatzpflichtigen und Befassung des Gerichts trotz ausreichender Zukunftsprognose, zu erreichen. Allein der OGH – unter Einschluss des 2. Senats und dessen Senatsmitgliedes *Danzl* – hat bisher keine Anzeichen erkennen lassen, diese Literaturmeinung aufzugreifen.

## 3. Systemimmanente Kritik

Das soll zum Anlass genommen werden, **keine radikale Abkehr** zu postulieren, sondern eine **systemimmanente Kritik** in Kombination mit einem **behutsamen Lösungsvorschlag** zu versuchen: Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass die derzeitige Rsp eine freie Rechtschöpfung kreativer Richter(-innen) darstellt. Aus dem Gesetz ist ein solches Vorgehen nicht – unmittelbar – abzuleiten.<sup>67)</sup> Zu lösen ist das **Spannungsverhältnis** zwischen dem vollen Ausgleich für die vom Verletzten erlittenen Schmerzen und der Vermeidung einer – zu häufigen Befassung von Ersatzpflichtigem und Gericht.<sup>68)</sup> Wägt man diese beiden Rechtsgüter gegeneinander ab, sollte das Interesse an dem dem Geschädigten gebührenden **vollen Ausgleich seiner Einbuße** höher zu gewichten sein, als **Lästigkeiten**, die man dem Ersatzpflichtigen und dem Gericht mit einer zu häufigen Befassung mit ein und demselben Schadensfall antut. Der hohe Wert von Prozessökonomie und Eindäm-

54) OGH 5 Ob 608/84; 2 Ob 75/89, ZVR 1990/158; 1 Ob 56/97 k, ZVR 1997/67 = EF 84.484; 2 Ob 242/98 x, ZVR 1999/50 = EF 87.371; *Harzer in Schwimann*<sup>3</sup> § 1325 Rz 87; *Reischauer in Rumme*<sup>3</sup> § 1325 Rz 49.

55) OGH 2 Ob 68/92, ZVR 1993/168; 2 Ob 154/03 s; 2 Ob 8/05 y, ZVR 2006/43; 2 Ob 233/06 p.

56) *Danzl in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup>, 176; *Wrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz in der Praxis idF der 15. ErgLfg (Oktober 2006) C III 2 Rz 6.

57) Anschaulich OLG Innsbruck 3 R 315/89, ZVR 1990/134; Teil Schmerzensgeld vom 1. 1. 1987 bis 8. 2. 1989 S 60.000,- auf der Basis einer Teilbemessung; im Fall einer Globalbemessung: S 700.000,-, somit fast das 12-fache! Ähnlich drastisch das Beispiel bei *Ertl*, RZ 1997, 146 (147).

58) RZ 1997, 146 (147).

59) *Ertl*, RZ 1997, 146 (149).

60) *VersRdSch* 1970, 108 ff; *ders.*, RZ 1977, 146 ff.

61) ÖJZ 1991, 435 ff.

62) *Danzl in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup>, 177 ff.

63) *Klicka*, ÖJZ 1991, 435 (437).

64) Zu den Besonderheiten im Adhäsionsverfahren *Fucik/Hartl/Schlosser*, Verkehrsunfall VI Rz IV/55.

65) *Danzl in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup>, 179 f.

66) *Danzl in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup>, 180.

67) *Piegler*, ÖJZ 1954, 502, 505 f; *Ertl*, *VersRdSch* 1970, 108 (109).

68) Zu den historischen Wurzeln der Rsp, nämlich ua der Vermeidung einer „Kanzleirente“ unterausgelasteter Anwälte, *Ertl*, RZ 1997, 146 (148).

mung von Regulierungsaufwand soll damit in keiner Weise kleingeredet werden.<sup>69)</sup>

Es sei aber die Frage erlaubt, ob es denn wirklich darum geht, hopp oder tropp zu entscheiden, ob es bei einem erhobenen Klagebegehren nur um Global- oder Teilbemessung gehen kann. ME sollten dem Geschädigten gewisse Ermessensspielräume zugewilligt werden. Holt er kein Sachverständigengutachten ein, ist der OGH ohnehin einen mächtigen Schritt auf ihn zugegangen und hält allein seinen Kenntnisstand für maßgeblich. Typischerweise wird aber ein Sachverständigengutachten eingeholt – und sei es im Laufe des Prozesses. Dann sollte mE Folgendes gelten: Wenn der Sachverständige in seinem Gutachten **unzweifelhaft** zum Ausdruck bringt, **welche Schmerzen in welcher Intensität mit zumindest an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit** der Verletzte künftig zu erdulden haben wird, dann soll der Verletzte das zum Gegenstand seines Begehrens machen müssen, widrigenfalls er jeglichen weiteren Anspruch verliert.

Wenn freilich – was nicht wünschenswert ist, aber vorkommt – der Sachverständige sich **kryptisch äußert**, seine Expertise sich so oder gegenteilig deuten lässt, ist es eine überschießende Rechtsfolge, die – entschuldbar – Fehlinterpretation mit der Rechtsfolge der Präklusion weiterer Ansprüche zu sanktionieren. Wenn es demgemäß vertretbar erscheint, dass der Verletzte das Gutachten in der Weise verstehen durfte, dass bestimmte Folgen nicht endgültig abschätzbar sind, sollte seinem Teilbegehren idS stattgegeben werden. Die **bisherige Rsp** ist dem gegenüber **zu streng**. Zu bedenken ist, dass der Verletzte sich schon im eigenen Interesse um ein Begehren bemühen wird, das eine möglichst weit in die Zukunft reichende Prognose umfasst, kommt er doch nur auf diese Weise früher zu dem ihm zustehenden Schmerzensgeldbetrag. Den wenigsten Verletzten geht es um die höchstmögliche Gewissheit der bei ihnen verursachten Schmerzen mit der Folge, dass erst die Erben in den Genuss des auf sie übergehenden Schmerzensgeldanspruchs gelangen.<sup>70)</sup> Bei solchen Unwägbarkeiten soll es mE in der Hand des Verletzten liegen, eine Globalbemessung anzustreben oder um den Preis des Zuwartens auf einen Teil des Schmerzensgeldes abzuwarten, bis eine weitere Klärung eingetreten ist.

### E. Anzustrebender Gleichlauf zwischen außergerichtlicher Regulierung und prozessualer Streitaustragung mit Endurteil

Ausgangspunkt ist die **Zulässigkeit privatautonomer Vereinbarungen**: Den Parteien muss es offen stehen, in welcher Weise sie sich in einem Vergleich über die Höhe des Schmerzensgeldes einigen.<sup>71)</sup> Anzustreben ist dabei ein Gleichlauf zwischen einer außergerichtlichen Einigung und einer gerichtlichen Entscheidung. Es soll kein Anreiz bestehen, das Gericht anrufen zu müssen, weil eine bestimmte Rechtsfolge durch eine außergerichtliche Einigung nicht erzielbar ist. Daraus folgt, dass ein Vergleich möglichst die gleichen Rechtsfolgen zeitigen soll wie ein Urteil. Der Inhalt eines Vergleichs kann

die Schmerzen in unterschiedlichem Maße erfassen: Entweder bloß die **Schmerzen bis zum Vergleichabschluss** oder auch die **vorhersehbaren** oder auch **jegliche künftigen**, somit auch solche, an die weder die Parteien gedacht noch die ein Sachverständiger erkennen hätte können. Wie verhält sich eine solche Vereinbarung bei einer späteren Geltendmachung von zusätzlichem Schmerzensgeld?

Jedenfalls ausgeschlossen werden muss folgende Falle: Der Verletzte vereinbart mit dem Ersatzpflichtigen eine zeitabschnittsweise Abgeltung der Schmerzen.<sup>72)</sup> In den ersten Phasen wird anstandslos gezahlt. In einer späteren Phase beruft sich der Ersatzpflichtige nicht bloß darauf, dass der begehrte Betrag überhöht sei; ein solcher Einwand muss selbstverständlich erhoben werden können. Vielmehr beruft er sich darauf, dass auch bei **gerichtlicher Streitaustragung** eine **Teilbemessung unzulässig** wäre, weil die zukünftigen Schmerzen mit ausreichender Sicherheit vorhersehbar gewesen wären. ME ist eine solche Einwendung unbeachtlich, weil sie gegen Treu und Glauben verstößt bzw als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist.<sup>73)</sup>

Wie verhält es sich aber, wenn auf ein solches auf eine Teilbemessung gestütztes Begehren ein Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil bzw ein Zahlungsbefehl ergeht? ME müsste auch hier das vom Geschädigten formulierte Begehren beachtet werden, mit der Folge, dass eine Nachklage möglich ist. Einen Filter stellt immerhin dar, dass bei der **Schlüssigkeit** zu prüfen ist, ob der Geschädigte entsprechende Behauptungen hinsichtlich der Voraussetzungen für eine Teilklage vorträgt. Das wird man ihm abverlangen dürfen. Für dieses Ergebnis spricht, dass die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung ebenso wie die Wirksamkeit eines Vergleichs bei einem nachfolgenden Prozess nicht in Frage gestellt werden darf.

Während im Weg einer außergerichtlichen Einigung auch eine Abgeltung für mögliche künftige Schmerzen vereinbart werden kann, die noch gar nicht abschätzbar sind,<sup>74)</sup> ist eine solche Rechtsfolge durch ein Urteil nicht zu erzielen. Allerdings hat der OGH auch bei einer derartigen außergerichtlichen Vereinbarung dem Ersatzpflichtigen „Daumenschrauben“ angelegt und sie einem strengen Prüfmaßstab unterzogen, und das auf zwei Ebenen: Zunächst ist auf der **Auslegungsebene** zu prüfen, was die Parteien gewollt haben. Eine Vereinbarung, dass eine Abgeltung für Schmerzen der Vergangenheit und der Zukunft erfolgen solle, beinhaltet im Zweifel **bloß die vorhersehbaren zukünftigen Schmerzen**.<sup>75)</sup> Das gilt erst recht, wenn eine Bezugnahme auf das Sachverständigengutachten erfolgt, das Zukunftsfolgen explizit ausklammert.<sup>76)</sup> Wenn der gefifte Haftpflichtversicherer sich vom Verletzten eine

69) Zur Kritik an der mehrmaligen Befassung der Gerichte bei einem Kfz-Sachschaden Ch. Huber, JZ 2007, 639, 640f.

70) Ertl, RZ 1997, 146.

71) Danzi in Danzi/Gutierrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld<sup>8</sup>, 183.

72) So die Behauptung des Kl über das Bestehen einer solchen Vereinbarung in OGH 2 Ob 233/06p.

73) Vorsichtiger Danzi in Danzi/Gutierrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld<sup>8</sup>, 183; Ergänzende Bemessung jedenfalls dann, wenn nicht zu erwartende Unfallfolgen eintreten.

74) Zu solchen Klauseln Fucik/Harti/Schlösser, Verkehrsunfall VI Rz IV/56.

75) OGH 8 Ob 214/78, ZVR 1979/265; 2 Ob 306/97 g, ZVR 1999/64.

vorformulierte Erklärung unterschreiben lässt, die ausreichend deutlich auch sämtliche künftigen Schmerzen einbezieht, mögen sie auch ganz unvorhersehbar sein, hat der OGH seine solche Vereinbarung für **sittenwidrig** angesehen, wenn sich ex post ein krasses Missverhältnis zwischen dem vereinbarten Betrag und dem ergibt, was dem Verletzten nach dem Gesetz zustehen würde.<sup>77)</sup>

ME sollte von einer solchen Vereinbarung Abstand genommen werden. Sie trägt den **Keim der Unredlichkeit** in sich. Der Haftpflichtversicherer, der eine solche vorformulierte Erklärung präsentiert, kann ein derartiges Zukunftsrisiko viel besser tragen als der Verletzte, der durch eine solche – womöglich auch noch unentgeltliche, aus Dummheit oder Unwissenheit abgegebene – Erklärung in existenzielle Bedrängnis gerät. Ein verantwortungsvoller Geschädigtenanwalt sollte seinen Klienten nachdrücklich davor warnen. Das **krasse Missverhältnis** im Nachhinein zu beweisen, ist nämlich eine durchaus **haarige Angelegenheit**; und bei der Schwelle darunter gibt es dann gar keine Abhilfe! Wollte sich der Verletzte trotz aller Warnungen auf eine solche Vereinbarung einlassen, dann sollte zumindest offen gelegt werden, um welchen Betrag die Abfindungssumme erhöht ist, um dieses Risiko auf den Verletzten zu überwälzen. Dann wird dem Verletzten bewusst, dass die Gegenleistung für den Pauschalverzicht iaR in keinem angemessenen Verhältnis steht.

## F. Handlungsanleitungen für die an der Schadensregulierung Beteiligten

### 1. Medizinischer Sachverständiger

Das Grundübel für viele unnötige Prozesse, bei denen um die Zulässigkeit einer Global-, Teil- oder Teilglobalbemessung gestritten wird, liegt in **nicht ausreichend deutlichen Sachverständigengutachten**. Die medizinischen Experten sind sich nicht ausreichend bewusst, welche Rechtsfolgen für den Verletzten bzw Ersatzpflichtigen sich aus ihren Äußerungen ergeben. Insofern könnte durch entsprechende Aufklärung bzw einen Dialog zwischen medizinischen Sachverständigen und Schadenersatzexperten Abhilfe geschaffen werden. Auf europäischer Ebene bemüht man sich auf Initiative des Europäischen Verkehrsrechtstags um eine Vereinheitlichung der Sachverständigengutachten in Bezug auf die zutreffende Ermittlung der Schmerzen.<sup>78)</sup> Ein kleiner Schritt in diese Richtung wäre es, den österr medizinischen Sachverständigen klar zu machen, dass die Betroffenen (Verletzte, Ersatzpflichtige, Anwälte, Gerichte) eine **eindeutige Aussage** benötigen, welche Schmerzen in Zukunft bzw bis zu welchem Endtermin, in welcher Intensität, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit infolge des schädigenden Ereignisses anfallen – oder dass eine solche Aussage derzeit nicht getroffen werden kann. Jegliche weitere Nuancierung ist eher schädlich als nützlich.

### 2. Anwalt des Verletzten

Unabdingbar ist eine Festlegung, welcher Geldbetrag auf das Schmerzensgeld entfällt, das allein schon wegen

der verschiedenen Legalzessionen. Keinesfalls sollte ohne solche Aufgliederung ein Globalbetrag vereinbart werden, durch den sämtliche Schadensposten erfasst sind. Darüber hinaus ist von zentraler Bedeutung, dass der Anwalt des Verletzten in seinem **Begehren präzise umschreibt**, für welche Schmerzen bei welcher angenommenen Entwicklung er den begehrten Ersatzbetrag für das Schmerzensgeld verlangt. Der Ausschluss nicht vorhersehbarer Schmerzen ist zwar nicht geboten,<sup>79)</sup> weil ein Vergleich im Zweifel nach § 914 ABGB so auszulegen ist;<sup>80)</sup> unter Transparenzgesichtspunkten ist das freilich auch nicht schädlich. Nicht nur hilfreich, ja geradezu geboten ist aber eine **Bezugnahme** auf das **Sachverständigengutachten**.<sup>81)</sup> Sollte dieses nicht ausreichend deutlich sein, sollte er die entsprechenden Klarstellungen vornehmen, insb, ob er eine Globalbemessung zugrunde legt oder eine Teilbemessung.<sup>82)</sup> Bei letzterer hat er die Gründe dafür darzulegen und zu beweisen, sowie präzise zu umschreiben, welche Verletzungsfolgen er ausklammert.

Nach derzeitiger Rechtslage sollte sich der klägerische Anwalt auf ein Schmerzensgeldbegehren mit **Teilbemessung im Zweifel** nicht einlassen. Der Spatz in der Hand ist mitunter mehr wert als die Taube auf dem Dach. Bei einer gegenteiligen Einschätzung durch das Gericht ist ein Nachschlag stets noch möglich. Im umgekehrten Fall besteht nach mE unzutreffender, aber hRsp die Gefahr, dass beträchtliche Teile des Schmerzensgeldes für immer verloren sind. Selbst wenn sich der Anwalt des Geschädigten auf ein Begehren unter Zugrundelegung einer Teilbemessung einlässt, sollte er jedenfalls ein Eventualbegehren auf der Basis einer Globalbemessung stellen. Das OLG Innsbruck<sup>83)</sup> hat das zwar mit einer rabulistischen prozessualen Begründung für unzulässig erklärt; *Danzl*<sup>84)</sup> hat aber zu Recht den gegenteiligen Standpunkt eingenommen.

Spricht das Gericht nach einem auf einer Teilbemessung beruhenden Begehren den geltend gemachten Betrag auf der Basis einer Globalbemessung zu, sollte sich der Kläger dagegen zur Wehr setzen, was der OGH<sup>85)</sup> für zulässig erachtet. Der Hinweis des OGH in einer anderen E,<sup>86)</sup> dass der Verletzte keinen Nachteil durch die Globalbemessung erleide, greift aber mE zu kurz. Es trifft zwar zu, dass für nicht vorhergesehene

76) OGH 2 Ob 233/06p; 2 Ob 150/06g mit dem Hinweis, dass gegen eine weitergehende Auslegung spreche, dass keine Abfindungs- oder Generalklausel verlangt worden sei.

77) OGH 2 Ob 130/97 x, ZVR 1998/8 = SZ 70/139 = JBI 1998, 38 (Kle-tečka) = RZ 1998/27 = RdW 1997, 660; zust M. Steinerger, eocolex 1997, 917f, der sogar eine Aufklärungspflicht des Haftpflichtversicherers erwägt. Dagegen spricht, dass es grundsätzlich nicht Aufgabe eines Vertragspartners ist, sich um die Interessen des Vertragsgegners zu kümmern.

78) Dazu Ch. Huber, ZVR 2006, 149 (150).

79) So aber die Abfindungsvereinbarung in OGH 2 Ob 8/05y, ZVR 2006/43.

80) OGH 8 Ob 214/78, ZVR1979/265; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Verkehrs-unfall VI Rz IV/56.

81) So in OGH 2 Ob 150/06g.

82) So *Ertl*, VersRdSch 1970, 108 (110), freilich unter Zugrundelegung der generellen Zulässigkeit von Teilklagen. Zur Entbehrlichkeit der Bezeichnung als Teilklage OGH 2 Ob 173/01g, ZVR 2001/99 = SZ 74/135 = JBI 2002, 252 = RdW 2002, 159.

83) 3 R 315/89, ZVR 1990/134.

84) *Danzl* in *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup>, 177 unter Verweis auf OGH 5 Ob 608/84.

85) OGH 5 Ob 608/84.

86) OGH 2 Ob 154/03s.

Schmerzen weiterhin eine Abgeltung verlangt werden kann, weil diese auch bei einer Globalbemessung nicht erfasst sind. Bedeutsam ist indes, dass bei einer Globalbemessung der Verletzte gerade diesen Nachweis führen muss, während bei einer zulässigen Teilbemessung der Nachweis ausreichend ist, dass diese künftigen Schmerzen von der vorausgehenden Abgeltung nicht erfasst waren.

Je jünger der Verletzte ist und je zeitnäher zur Verletzung der Geschädigte eine Schmerzensgeldklage erhebt, umso eher sind die Voraussetzungen für eine Teilbemessung gegeben.<sup>87)</sup> Entsprechendes gilt bei Verzicht auf die Einholung eines Sachverständigenutachtens. Der Anwalt erweist dem Verletzten damit freilich häufig einen Bärendienst, weil dieser einerseits länger auf das ihm zustehende Geld warten muss und darüber hinaus der OGH strenge Anforderungen für eine Teilklage stellt, mit dem Risiko des Verlusts eines beträchtlichen Teils des zustehenden Schmerzensgeldes.

Aber auch bei einer auf einer Globalbemessung beruhenden Klage können sich Fallstricke ergeben, nämlich dann, wenn der Verletzte zunächst einen Mindestbetrag einklagt und im Laufe des Verfahrens das Begehren ausdehnen möchte. Ergeht ein Versäumnis- oder ein Anerkenntnisurteil, ist eine spätere Ausdehnung nicht möglich.<sup>88)</sup> Diese Gefahren sind freilich überschaubar, bzw der aufmerksame Geschädigte geht hier weniger leicht in eine Falle. Wer ein Begehren stellt und eine Klage erhebt, kann den Zeitpunkt bestimmen, wann er das tut. Dazu kommt, dass der OGH auf den betreffenden Kenntnisstand des Verletzten abstellt, sodass ein zusätzliches Sachverständigenwissen, das im Lauf des Verfahrens die künftige Abschätzung ermöglicht hätte, ausgeklammert bleibt.<sup>89)</sup>

Eine Feststellungsklage sollte in all diesen Fällen erhoben werden, nicht nur um den Grund des Anspruchs ein für allemal zu klären, sondern auch aus verjährungsrechtlichen Gründen. Der Maßstab der Vorhersehbarkeit wird nämlich im Verjährungsrecht im Zweifel ein strengerer sein, als der für das Erfordernis, das Schmerzensgeld im Wege einer Globalbemessung geltend zu machen. Weiß der Geschädigte, dass künftige Schmerzen eintreten werden, wird das bei Eintritt eines Primärschadens für den Lauf der Verjährungsfrist in Bezug auf den Anspruch auf Abgeltung der künftigen Schmerzen ausreichen; für einen „Zwang“ zur Globalbemessung wird demgegenüber zusätzlich verlangt, dass diese auch in ihrer Intensität und ihrem Ausmaß abschätzbar sein müssen. Womöglich ist auch das Beweismaß verschieden.

Eine erfolgreiche Feststellungsklage beschert freilich lediglich begrenzte Sicherheit. Keinesfalls ermöglicht sie eine beliebige Ausdehnung des Schmerzensgeldes während der gesamten 30-jährigen Frist. Was bei erstmaliger Erhebung der Schmerzensgeldklage vorhersehbar war und nicht geltend gemacht wurde, ist – ungeachtet der Feststellungsklage – präkludiert. Immerhin bewirkt die Feststellungsklage, dass der Geschädigte den Zeitpunkt der erstmaligen Erhebung nun ohne Restriktion der 3-Jahres-Frist des § 1489 ABGB wählen kann. Darüber hinaus kann bei einer Nachklage des Geschädigten, dessen Schmerzen an sich zwar vorhersehbar waren, die sich aber in Bezug auf Umfang

und Intensität noch nicht haben abschätzen lassen, nicht erfolgreich die Verjährungseinrede entgegengesetzt werden.

Ein abschließender Hinweis erfolgt zu dem in den Klagebegehren häufig anzutreffenden Vorbehalt der Ausdehnung. Dieser mag als Drohgebärde psychologische Wirkung haben. Jedenfalls im hier untersuchten Problembereich ist er ohne jede rechtliche Bedeutung.

### 3. Gericht

Aus den jeweiligen Urteilen sollte sich deutlich erkennen lassen, ob ein Zuspruch auf der Basis einer Global- oder Teilbemessung erfolgt ist.<sup>90)</sup> Auch die getroffenen Annahmen über den künftigen Heilungsverlauf machen es für die Parteien transparenter, ob später ein Ergänzungsanspruch besteht oder nicht. Die Abweichung vom Klagebegehren, namentlich der Zuspruch von Globalschmerzensgeld, obwohl bloß eine Teilbemessung verlangt wurde, sollte nur dann erfolgen, wenn sich der Verletzte, trotz ausreichender Kenntnis über die künftige Entwicklung, fälschlich für eine Teilklage entscheidet. Wenn diese demgegenüber aufgrund einer vertretbaren Interpretation des Sachverständigenutachtens erhoben wurde, sollte dem entsprochen werden. Darüber sollte ein wirksamer Vergleich über eine Teilbemessung sowie ein diesbezügliches rechtskräftiges Ersturteil nicht nachträglich korrigiert<sup>91)</sup> und damit die Parteien, namentlich der Verletzte, überrascht werden.

### G. Appell an die Betroffenen und den Gesetzgeber

Wenn sich die an der Schadensregulierung Betroffenen an die hier formulierten Grundsätze halten, könnte es zu einer nennenswerten Reduzierung von Regulierungsaufwand sowie einer Justizentlastung kommen, ohne dass der Geschädigte wegen formaler Fallstricke in seinem berechtigten Begehren nach voller Abgeltung der von ihm zu erduldenen Schmerzen beeinträchtigt wird. Manche Probleme ließen sich auch dadurch abfedern, dass der österr Gesetzgeber es dem Gericht – wie in Deutschland – ermöglicht, über das gestellte Begehren hinaus, Schmerzensgeld zuzubilligen, wenn der Kläger ein Mindestbegehren gestellt hat, sich aber bei der Größenordnung vertan hat.<sup>92)</sup> →

87) So OGH 2 Ob 150/06g: 13 Monate alter Verletzter, Begutachtung 15 Monate nach dem Unfall. Gerade gegenteilig OGH 7 Ob 281/02b, JBI 2003, 650 = EF 104.738: 67 Jahre alter Verletzter, Begutachtung viereinhalb Jahre nach dem Unfall; vgl auch 5 Ob 608/84: Begutachtung eines sechsjährigen Kindes zwei Jahre nach der durch einen ärztlichen Kunstfehler hervorgerufenen schweren Erkrankung.

88) Danzl in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld<sup>8</sup>, 175.

89) OGH 2 Ob 242/98x, ZVR 1999/50 = EF 87.371; 2 Ob 306/00i.

90) Ertl, VersRdSch 1970, 108, 111.

91) So aber OGH 2 Ob 8/05y, ZVR 2006/43: Bei rechtskräftigem Zuspruch von Teilschmerzensgeld im ersten Verfahren Prüfung im zweiten Prozess, ob das zu Recht erfolgte. Bei negativer Beurteilung Präklusion jeglichen weiteren Begehrens.

92) Für eine solche Gesetzesänderung Klicka, ÖJZ 1991, 435 (439); Ch. Huber, ZVR 2006, 472 (482).

→ In Kürze

Sachverständigengutachten sollten so präzise formuliert sein, dass der Geschädigte ohne weiteres entnehmen kann, welche Schmerzen künftig, in welchem Ausmaß und in welcher Intensität, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anfallen werden. Bei Mehrdeutigkeit eines solchen Gutachtens sollte der Geschädigte nicht das Risiko der unzutreffenden Auslegung tragen. Die Rsp zur notwendigen Erhebung eines Schmerzensgeldbegehrens auf der Basis einer Globalbemessung ist zu streng und sollte abgemildert werden.

→ Zum Thema

**Über den Autor:**

Univ.-Prof. Dr. Christian Huber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen.

Kontakt: Templergraben 55, D-52056 Aachen;  
Tel: 0049/241/80/94769; Fax: 0049/241/80/92638;  
E-Mail: huber@wiwi.rwth-aachen.de  
internet: www.privatrecht.rwth-aachen.de

**Vom selben Autor erschienen:**

Das Ausmaß des Schadenersatzanspruchs bei Pflege durch Angehörige rund um die Uhr, ÖJZ 2007, 625; Aktuelle Fragen des Sachschadens, ÖJZ 2005, 161 und ÖJZ 2005, 211;

Der merkantile Minderwert beim Kfz-Schaden – ein vernachlässigbarer oder vernachlässigter Schadensposten, FS Welsch (2004) 303; Fragen der Schadensberechnung<sup>2</sup> (1993); Das neue Schadensersatzrecht (2003).

**Literatur:**

Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht<sup>8</sup> (2003) 18; Koziol, Österr Haftpflichtrecht<sup>2</sup> (1984); Klitschka, Keine Teilklage bei Schmerzensgeld? ÖJZ 1991, 435; Ertl, Teilklage von Schmerzensgeldansprüchen, VersRdSch 1970, 108; ders, Noch immer nicht Veraltetes zur Teilklage von Schmerzensgeldansprüchen, RZ 1997, 146.

→ Literatur-Tipp



**Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht<sup>8</sup> (2007)**

**MANZ Bestellservice:**

Tel: (01) 531 61-100,  
Fax: (01) 531 61-455,  
E-Mail: bestellen@manz.at  
Besuchen Sie unseren Webshop unter  
www.manz.at

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

22.02.2007

**Geschäftszahl**

2Ob150/06g

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Baumann als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Veith, Dr. Grohmann und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei mj Mathias B\*\*\*\*\*, geboren am 4. Juli 1998, \*\*\*\*\*, vertreten durch die Mutter Sabine B\*\*\*\*\*, ebendort, diese vertreten durch Mag. Wolfgang Lichtenwagner, Rechtsanwalt in Rohrbach, gegen die beklagte Partei A\*\*\*\*\*, Versicherungs-AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Günther Klepp und andere Rechtsanwälte in Linz, wegen EUR 25.000 sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 20. April 2006, GZ 3 R 27/06w-10, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 9. November 2005, GZ 4 Cg 173/05m-6, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung insgesamt zu lauten hat:

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei EUR 13.600 samt 4 % Zinsen seit 20.5.2005 und die mit EUR 5.667,84 (darin EUR 534,64 USt und EUR 2.460 Barauslagen) bestimmten Verfahrenskosten aller Instanzen binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Das auf Zahlung weiterer EUR 11.400 samt 4 % Zinsen seit 20.5.2005 lautende Mehrbegehren wird abgewiesen.

**Text****Entscheidungsgründe:**

Der damals dreizehn Monate alte Kläger wurde am 14. 8. 1999 bei einem Verkehrsunfall als Insasse eines bei der beklagten Partei haftpflichtversicherten Pkws schwer verletzt. Er erlitt ein Schädelhirntrauma Grad III mit Läsionsbruch des Scheitel-, Stirn- und Hinterhauptbeines links, eine Blutung unterhalb der harten Hirnhaut im Bereiche des Schläfen-, Scheitel- und Hinterhauptlappens links, subarachnoidale Einblutungen im Bereich der linken Inselregion, ausgedehnte Prellherde im linken Schläfen-Scheitel-Hinterhauptareal, ein Hirnödem, eine Schädigung des Hirngewebes aufgrund einer Mangel durchblutung im Versorgungsgebiet der hinteren Äste der mittleren Hirnarterie, eine Halbseitenlähmung rechts, eine Ausbildung einer Flüssigkeitsansammlung links im Bereich des Schläfen-Scheitellappens sowie eine leichte Teilverrenkungsstellung zwischen dem zweiten und dritten Halswirbel, jedoch ohne Läsion des Rückenmarks.

Die beklagte Partei hat ihre Haftung für künftige Schäden aus diesem Verkehrsunfall anerkannt.

Am 21. 11. 2000 wurde der Kläger von einem Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Unfallchirurgie untersucht. In seinem Gutachten wies dieser Sachverständige darauf hin, dass eine endgültige Beurteilung der Dauer- und Spätfolgen noch nicht möglich sei. Im Hinblick auf den schweren Gewebeschaden des Gehirns seien jedoch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Dauerfolgen zu erwarten. Spätfolgen im Sinne medizinischer Komplikationen, insbesondere das Auftreten von Krampfanfällen, seien eher zu erwarten als auszuschließen. Der Sachverständige empfahl für Ende des Jahres 2001 eine rein neurologische Untersuchung des Klägers mit stationärer Aufnahme in einer neurologischen Abteilung. Aus unfallchirurgischer Sicht vermochte er das Auftreten einer wachsenden Fraktur des Schädels nicht auszuschließen. Ferner fasste er die bereits erlittenen rein körperlichen Schmerzen und Unlustgefühle einschließlich der noch zu erwartenden, kalkulierbaren Restbeschwerden des Klägers - weiterer komplikationsloser Verlauf vorausgesetzt - mit fünfundzwanzig Tagen starken und fünf Monaten leichten Schmerzen zusammen. Aufgrund dieses Gutachtens

richtete der damalige rechtsfreundliche Vertreter des Klägers am 14. 12. 2000 ein Schreiben an die beklagte Partei, dessen Inhalt auszugsweise lautete:

„Der Sachverständige führt in seinem Gutachten lediglich die rein körperlichen Schmerzen an. Nach den Schmerzengeldsätzen, die vom Landesgericht Linz angewendet werden - S 4.500 für starke Schmerzen und S 1.300 für leichte Schmerzen - ergibt sich rechnerisch ein Betrag von S 307.500.

Naturgemäß ist zumindest die Hälfte des Rechnungskataloges für die rein körperlichen Schmerzen unter dem Titel der psychischen Alteration anzusetzen, sodass das Schmerzengeld in einer Pauschale von S 450.000 auszumitteln ist.

Diesen Betrag spreche ich aus dem Titel des Schmerzengeldes daher an. Unter Berücksichtigung einer Akontoleistung auf dieses Schmerzengeld von S 100.000 ergibt sich eine Restsumme von S 350.000. [...]"

Die beklagte Partei antwortete darauf mit Schreiben vom 10. 1. 2001, welches auszugsweise lautete:

„Auf Basis des vorliegenden Gutachtens [...] sind wir - unpräjudiziell - bereit, ein Schmerzengeld inklusive Berücksichtigung der psychischen Alteration in Höhe von S 400.000 zu leisten. Nach Abzug unseres Akontos von S 100.000 verbliebe somit ein restlicher Betrag von S 300.000.

Wir ersuchen hiezu um Ihre Stellungnahme und für den Fall Ihrer Zustimmung um Einholung einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung.

[...]"

Dieser Vorschlag wurde vom Rechtsfreund des Klägers akzeptiert; das Pflegschaftsgericht genehmigte den Vergleich.

In einem neuropsychiatrischen Gutachten vom 12. 3. 2003 wurden nach dem schweren Schädelhirntrauma vom 14. 8. 1999 als Residuen im organoneurologischen Bereich eine leicht- bis mäßiggradige spastische Halbseitenschwäche rechts, im psychischen Bereich hirneurologisch bedingte, nicht unerhebliche Verhaltensauffälligkeiten (Hyperaktivität, motorische Unruhe, berichtete erhöhte Impulsivität und auch Aggressivität) und im sprachlichen Bereich überstürztes Sprechtempo und schlechte Artikulation festgehalten. Der Sachverständige betonte, dass an der Unfallkausalität des Beschwerdebildes keine Zweifel bestünden und schätzte das Ausmaß der Dauerinvalidität „zunächst einmal“ mit 60 (bis 70) % ein. Er empfahl diesbezüglich aber noch die Einholung eines kinderneurologisch-psychiatrischen Gutachtens, zumal bei der weiteren Entwicklung des Klägers mit deutlichen Problemen zu rechnen sei. Ein mit der Erstattung eines weiteren Gutachtens beauftragter Facharzt für Psychiatrie und Neurologie (Kinder- und Jugendpsychiatrie) bestätigte in seinem Gutachten vom 15. 3. 2005 das Vorliegen einer leicht- bis mäßiggradigen spastischen Hemiparese rechts. Er führte ferner aus, in kinderneurologischer Hinsicht sei von einem Rückstand des Klägers in der Entwicklung bestimmter Teilfunktionen, wie Motorik, Sprache, Mnestic, auszugehen. In psychiatrischer und entwicklungspsychiatrischer Hinsicht sei die kognitive Entwicklung und die Entwicklung von Teilfunktionen (Feinmotorik, Sprache, Mnestic, Aufmerksamkeit) noch nicht abgeschlossen, sodass ein endgültiges Urteil hinsichtlich des Ausmaßes einer allfälligen Dauerinvalidität nicht abgegeben werden könne. An eine reguläre Beschulung sei trotz Erreichen des Schulalters nicht zu denken, es seien weiterhin integrativ-pädagogische sowie therapeutische Maßnahmen angezeigt. Insgesamt sei derzeit - unter Mithinberücksichtigung der motorischen Behinderung durch die Hemiparese - von einem Behinderungsausmaß von 50 bis 60 % auszugehen. Eine sichere Beurteilung der Dauerinvalidität sei aber noch nicht möglich. Der Sachverständige empfahl, gegen Ende des dritten Grundschuljahres eine neuerliche und vermutlich abschließende Beurteilung vorzunehmen, die dann neben einer neurologischen Evaluation auch eine neuropsychologische und logopädische Diagnostik beinhalten sollte. In einer Ergänzung dieses Gutachtens fügte er hinzu, dass zum Beurteilungszeitpunkt weitere, über die Einschätzung des ersten (unfallchirurgischen) Sachverständigen hinausgehende Schmerzperioden aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht nicht festgestellt hätten werden können. Mit der vorliegenden, am 29. 8. 2005 beim Erstgericht eingebrachten, pflegschaftsbehördlich genehmigten Klage begehrte der Kläger von der beklagten Partei EUR 25.000 sA an weiterem Schmerzengeld. Er stützte sich auf den Inhalt der von ihm vorgelegten Privatgutachten und brachte vor, die sich daraus ergebenden neurologischen Schadensfolgen seien von der vergleichswisen Regelung nicht umfasst. Sollte von einer gegenteiligen Auslegung des Vergleiches auszugehen sein, werde dieser wegen des krassen Missverhältnisses zwischen der seinerzeitigen Zahlung und dem ihm zustehenden Gesamtanspruch als sittenwidrig angefochten.

Die beklagte Partei wandte ein, mit der Zahlung von S 400.000 (EUR 29.069,13) seien nicht nur die rein körperlichen Beschwerden, sondern auch die psychischen Beeinträchtigungen des Klägers global abgegolten worden. Weitere Schmerzperioden, Verschlimmerungen oder Komplikationen, auf die nicht schon bei der damaligen globalen Bemessung Bedacht genommen worden wäre, gingen aus dem zuletzt eingeholten Gutachten nicht hervor. Das zusätzliche Schmerzengeldbegehren sei außerdem deutlich überhöht. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es ging vom eingangs zusammengefasst wiedergegebenen Sachverhalt aus und erörterte rechtlich, der Anfang des Jahres 2001 abgeschlossene Vergleich habe alle bis zum Zeitpunkt der Untersuchung am 21. 11. 2000 aufgetretenen und die weiteren überschaubaren körperlichen Schmerzen sowie die im Zusammenhang mit der damals schon bekannten Dauerinvalidität stehenden psychischen Beeinträchtigungen umfasst. Eine endgültige Beurteilung der Spät- und Dauerfolgen sei noch nicht möglich, weitere Schmerzperioden lägen nicht vor. Dem Klagebegehren sei damit „der Boden entzogen“.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Es vertrat die Ansicht, dem Einverständnis des Klägers zu dem ihm von der beklagten Partei angebotenen Schmerzensgeld habe nicht die Bedeutung beigemessen werden können, dass damit auch allfällige, zum damaligen Zeitpunkt einer endgültigen Beurteilung noch nicht zugängliche neurologisch bedingte Spät- und Dauerfolgen des Unfalls mitabgegolten sein sollten. Grundlage des Angebotes der beklagten Partei sei das unfallchirurgische Sachverständigengutachten vom 21. 11. 2000 gewesen, wobei sich die darin angeführten Schmerzperioden nur auf die „rein körperlichen Schmerzen und Unlustgefühle“ bezogen hätten. Der im Anspruchsschreiben des damaligen Vertreters des Klägers verwendete Begriff der „psychischen Alteration“ werde in der Rechtsprechung als Synonym für psychische Schmerzen gebraucht und erstreckte sich nicht auf neurologische Schäden und deren Folgen. Das Begehren auf Abgeltung auch der „psychischen Alteration“ habe daher redlicherweise nicht im Sinne einer Globalabfindung sämtlicher Schmerzensgeldansprüche verstanden werden können. Die neurologisch bedingten Dauer- und Spätfolgen seien vielmehr ausgeklammert geblieben.

Daraus sei jedoch für den Kläger nichts gewonnen, weil nicht feststehe, dass es sich bei den festgestellten neurologischen und psychiatrischen Unfallsfolgen tatsächlich um Dauerfolgen handle und auch keine unvorhergesehenen körperlichen Schmerzen aufgetreten seien. Das Ausmaß der neurologisch und psychiatrisch bedingten Dauer- und Spätfolgen sowie der Minderung der künftigen Erwerbsfähigkeit sei weiterhin nicht überschaubar, weshalb sich gegenüber der Situation bei Abschluss des Teilvergleiches keine wesentliche Änderung ergeben habe. Eine „Teilglobalbemessung“ der - zumindest - vorübergehenden psychiatrischen und neurologischen Unfallsfolgen habe aber im Sinne der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu unterbleiben. Mangels erwiesener neurologisch bedingter Spät- und Dauerfolgen bestehe daher derzeit kein Anspruch auf weiteres Schmerzensgeld. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil es zu den Grundsätzen einer ergänzenden Schmerzensgeldbemessung nach einem bestimmte Arten von möglichen Dauerfolgen ausnehmenden Teilvergleich vor endgültiger Klärung des Ausmaßes dieser Folgen einer Präzisierung durch das Höchstgericht bedürfe.

Gegen dieses Berufungsurteil richtet sich die Revision des Klägers mit dem Antrag, die zweitinstanzliche Entscheidung im Sinne einer Stattgebung des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die beklagte Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu den Voraussetzungen für eine Teilbemessung des Schmerzensgeldes abgewichen ist; sie ist auch teilweise berechtigt.

Vorauszuschicken ist, dass die beklagte Partei in ihrer Revisionsbeantwortung erkennbar weiterhin auf dem Standpunkt steht, mit dem im Jahr 2001 abgeschlossenen Vergleich sei das Schmerzensgeld global abgefunden worden. Das Berufungsgericht führe neben den körperlichen Beschwerden und den psychischen Alterationen eine weitere Kategorie von Verletzungsfolgen, nämlich die neurologisch - psychiatrischen Folgen ein.

Soweit die beklagte Partei in diesem Zusammenhang die Unterlassung der Einvernahme eines von ihr beantragten Zeugen rügt, betrifft dies einen Verfahrensfehler erster Instanz, den sie mangels einer - hier erforderlichen - Rüge in der Berufungsbeantwortung (§ 468 Abs 2 ZPO) in dritter Instanz nicht mehr geltend machen kann (vgl 2 Ob 286/05f; RIS-Justiz RS0043111; Zechner in Fasching/Konecny<sup>2</sup> IV/1 § 503 ZPO Rz 34).

Im Übrigen stellt die beklagte Partei nicht in Abrede, dass in einem Vergleich über Schmerzensgeldansprüche auch nur eine Teilabfindung vereinbart werden kann, wodurch dem Verletzten die spätere Geltendmachung weiterer Schmerzensgeldansprüche, die wegen ungenügender Überschaubarkeit der Verletzungsfolgen von der Abfindung ausgenommen wurden, ermöglicht werden soll (ZVR 1979/308; RIS-Justiz RS0031035; Danzl in Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld<sup>8</sup> 183 mwN in FN 594). Was als Gegenstand der Streitvereinigung angenommen wurde, bestimmt sich nach dem übereinstimmend erklärten Parteiwillen (RIS-Justiz RS0017954; Neumayr in KBB § 1389 Rz 1). Es gelten die Grundsätze der Vertrauenslehre (RIS-Justiz RS0014696; Neumayr aaO), sodass Vergleiche nach den allgemeinen Regeln auszulegen sind. Entscheidend für das Verständnis der wechselseitigen Erklärungen ist deren objektiver Erklärungswert (1 Ob 617/91 = SZ 64/160; 2 Ob 83/06d).

Im vorliegenden Fall nahmen sowohl der Kläger als auch die beklagte Partei in der vor dem Vergleichsabschluss geführten Korrespondenz auf das unfallchirurgische Sachverständigengutachten Bezug. Dieses beschränkte sich in seinen Aussagen jedoch auf die bereits erlittenen „rein körperlichen Schmerzen und Unlustgefühle“ einschließlich der noch zu erwartenden, kalkulierbaren Restbeschwerden und behielt die - noch nicht kalkulierbaren - Unfallsfolgen, die aufgrund der schweren Schädigung des Gehirngewebes zu erwarten sein würden, ausdrücklich einer späteren neurologischen Abklärung vor. Die Verletzungsfolgen im Sinne eines Gesamtbildes der körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen des im Untersuchungszeitpunkt erst zweijährigen Klägers waren aufgrund dieses Gutachtens in ihrer Tragweite demnach noch nicht (annähernd) abschätzbar. Unter diesen Umständen konnten redliche Erklärungsempfänger das Anspruchsschreiben des

Anwalts des Klägers und das Gegenanbot der beklagten Partei jeweils nur dahin verstehen, dass mit dem auszuhandelnden Schmerzensgeld lediglich die vom unfallchirurgischen Sachverständigen beurteilten Schmerzzustände sowie die damit verbundenen „psychischen Alterationen“ abgegolten werden sollten, nicht aber eine Globalabfindung angestrebt war. Damit steht im Einklang, dass dem Rechtsfreund des Klägers auch nicht die Unterfertigung einer Abfindungs- oder Generalklausel abverlangt worden ist. Es ist daher dem Auslegungsergebnis des Berufungsgerichtes zuzustimmen, wonach Gegenstand des Vergleiches lediglich eine Teilbemessung des Schmerzensgeldes war. Daraus folgt, dass der Vergleich einer Nachforderung des Klägers nicht entgegensteht, wenn diese von der Bereinigungswirkung des Vergleiches ausgenommene unfallbedingte (physische und/oder psychische) Schmerzen bzw (auch ohne Berufung auf ergänzende Schmerzperioden) das Gesamtbild der Verletzungsfolgen nach deren Art und Schwere prägende Beeinträchtigungen betrifft. Letzteres ist aber hier der Fall, stützt doch der Kläger sein Begehren auf Ergänzung des Schmerzensgeldes auf jene unfallkausalen Beeinträchtigungen neurologisch-psychiatrischer Natur, deren Abklärung im Jahr 2000 späteren Untersuchungen vorbehalten worden war.

Obwohl das Berufungsgericht den Vergleich in diesem Sinne ausgelegt hat, gelangte es aber dennoch zu einer Abweisung des Klagebegehrens, weil das Vorliegen von Dauerfolgen noch nicht erwiesen und eine „Teilglobalbemessung“ des Schmerzensgeldes nicht zulässig sei. Der Kläger führt dagegen ins Treffen, das Berufungsgericht habe im Ergebnis die Fälligkeit seines ergänzenden Schmerzensgeldanspruches zu Unrecht vom Erreichen eines medizinischen Endzustandes abhängig gemacht.

Hiezu wurde erwogen:

Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes sind bei der Bemessung des Schmerzensgeldes die Art und Schwere der Körperverletzung, die Art, Intensität und Dauer der Schmerzen sowie die Dauer der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes des Verletzten überhaupt und die damit verbundenen Unlustgefühle zu berücksichtigen (2 Ob 154/03s; 2 Ob 8/05y = ZVR 2006/43). Das Schmerzensgeld stellt grundsätzlich eine Globalabfindung für alle eingetretenen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen durch die Unfallsfolgen dar. Für seine Bemessung ist das Gesamtbild der Verletzungsfolgen maßgebend. Dabei müssen auch künftige, nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu erwartende körperliche und seelische Schmerzen einbezogen werden. Ausgenommen von der Globalbemessung bleiben nur solche künftige Schmerzen, deren Eintritt noch nicht vorhersehbar ist, oder deren Ausmaß auch nicht so weit abgeschätzt werden kann, dass eine Globalbeurteilung möglich ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine mehrmalige (ergänzende) Schmerzensgeldbemessung nur dann zulässig, wenn eine Globalbemessung zum Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz versagt,

1. weil noch kein Dauer(end)zustand vorliegt, weshalb die Verletzungsfolgen noch nicht oder noch nicht in vollem Umfang und mit hinreichender Sicherheit überblickt werden können;
2. wenn Schmerzen in ihren Auswirkungen für den Verletzten zum Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz noch gar nicht oder nicht endgültig überschaubar erscheinen;
3. wenn der Kläger nachweist, dass ihm gegenüber dem Vorprozess und der dort vorgenommenen Globalbemessung weitere, nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge vorerst nicht zu erwartende, aus der damaligen Sicht daher nicht abschätzbare, aber dennoch kausale Unfallsfolgen verbunden mit weiteren Schmerzbeeinträchtigungen, mit deren Eintritt nicht oder nicht ernstlich zu rechnen war, entstanden sind (2 Ob 255/01s = RZ 2002, 64; 2 Ob 154/03s; 7 Ob 270/04p; 2 Ob 8/05y; RIS-Justiz RS0031082; Danzl aaO 170 f).

Der zwischen den Streitparteien abgeschlossene Vergleich hatte - wie erörtert - lediglich eine Teilbemessung des Schmerzensgeldes zum Gegenstand. Aus den die gutachterlichen Äußerungen über den Gesundheitszustand des Klägers wiedergebenden Feststellungen der Vorinstanzen ist ableitbar, dass das Gesamtbild der physischen und psychischen Beeinträchtigungen des Klägers entwicklungsbedingt noch nicht abgeschätzt werden kann; dies wird erst nach Erreichen eines bestimmten Lebensalters möglich sein. Bei dieser Sachlage versagt zwar eine (abschließende) Globalbemessung, es liegen jedoch die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise (weitere) Teilbemessung des Schmerzensgeldes vor (2 Ob 254/98m = ZVR 1999/63; 2 Ob 255/01s). Dieser steht der Umstand nicht entgegen, dass der Kläger offensichtlich eine Globalbemessung angestrebt hat. Sieht sich das Gericht aufgrund der Feststellungen zu einer Globalbemessung nicht in der Lage, steht es ihm nämlich frei, innerhalb des ziffernmäßigen Begehrens mit Teilbemessung vorzugehen (vgl ZVR 1984/90; Danzl aaO 176 aE und FN 564). Ebenso wenig hindert die in der Entscheidung 2 Ob 255/01s gebrauchte Formulierung, wonach eine „Teilglobalbemessung“ auch unter Einbeziehung der derzeit bekannten zukünftigen Schmerzen nicht sachgerecht sei, eine Teilbemessung des Schmerzensgeldes. Der Senat hatte damit unter Berufung auf die Entscheidung 2 Ob 254/98m lediglich zum Ausdruck gebracht, dass im Rahmen einer zulässigen Teilbemessung jedenfalls zu erleidende künftige Schmerzen (dort von mindestens vier Wochen pro Jahr) dann nicht zu berücksichtigen sind, wenn - wie dies auch hier zutrifft - das Gesamtbild der Beeinträchtigungen noch nicht vorhersehbar ist. Gleichzeitig wurde in dieser Entscheidung jedoch betont, dass die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz aufgetretenen Schmerzen global zu bemessen sind. Wie bei jeder Bemessung des Schmerzensgeldes ist dabei auch die Art und Schwere der Verletzungen und das Maß der bereits vorliegenden psychischen und physischen Beeinträchtigungen des Gesundheitszustandes des Geschädigten einzubeziehen. Grundlage für die Teilbemessung ist somit das vorläufige Gesamtbild, das sich bei Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt.

Danach kann im vorliegenden Fall aber keine Rede davon sein, dass sich seit Abschluss des Vergleiches keine wesentliche Änderung ergeben hat. Nach den Feststellungen ist vielmehr davon auszugehen, dass beim Kläger hinsichtlich bestimmter Teilfunktionen, wie Motorik, Sprache und Mnestik, nunmehr ein Entwicklungsrückstand als Folge seiner schweren Schädelhirnverletzungen objektiviert worden ist, der eine „reguläre Beschulung“ trotz Erreichen des Schulalters verhindert hat und es erforderlich macht, dass sich der Kläger (weiterhin) integrativ-pädagogischen sowie therapeutischen Maßnahmen unterzieht. Unter Berücksichtigung der motorischen Behinderung durch die leichtbis mäßiggradige Hemiparese liegt der derzeitige Behinderungsgrad bei 50 bis 60 %. Dazu kommt, dass diverse Verhaltensauffälligkeiten beobachtet wurden, die im neuropsychiatrischen Gutachten vom 12. 3. 2003 als „nicht unerheblich“ bezeichnet worden sind. Sämtliche der sich aus diesen Feststellungen ergebenden Verletzungsfolgen des Klägers sind unfallskausal und wurden von der vergleichswisen Regelung der vom unfallchirurgischen Sachverständigen beurteilten „rein körperlichen Schmerzen und Unlustgefühle“ samt der damit verbundenen „psychischen Alterationen“ noch nicht erfasst. Das vorläufige Gesamtbild aller Verletzungsfolgen des Klägers rechtfertigt nach Auffassung des erkennenden Senates eine Teilbemessung des Schmerzensgeldes mit EUR 45.000, wovon die bereits im Jahr 2001 geleistete und entsprechend der inzwischen gesunkenen Kaufkraft des Geldes auf rund EUR 31.400 aufgewertete (vgl dazu etwa 2 Ob 8/05y mwN) Teilzahlung der beklagten Partei in Abzug zu bringen ist. Dem Kläger ist daher ein weiteres Schmerzensgeld von EUR 13.600 zuzusprechen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 43 Abs 2 zweiter Fall, 50 ZPO. Dem Kläger steht voller Kostenersatz auf Basis des ersiegten Betrages zu. Der Antrag auf pflegschaftsgerichtliche Genehmigung der Klage war hiebei lediglich nach TP 2 RATG zu honorieren (Obermaier, Kostenhandbuch Rz 66).

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

23.03.2007

**Geschäftszahl**

2Ob233/06p

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Baumann als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Veith, Dr. Grohmann und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Rudolf G\*\*\*\*\*, vertreten durch Göbel & Groh Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die beklagte Partei D\*\*\*\*\* Versicherungs-AG, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Theodor Strohal und andere Rechtsanwälte in Wien, wegen EUR 40.219,56 sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 28. Juli 2006, GZ 15 R 179/05m-72, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 22. August 2005, GZ 8 Cg 71/02y-67, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

**Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren sind weitere Verfahrenskosten.

**Text**

**Begründung:**

Der damals 20-jährige Kläger wurde am 24. 9. 1985 bei einem vom Lenker eines bei der beklagten Partei haftpflichtversicherten PKWs verschuldeten Verkehrsunfall schwer verletzt. Er erlitt unter anderem einen Schock, beiderseitige Oberschenkelbrüche, einen Bruch des linken äußeren Schienbeinkopfes, Mehrfachprellungen, Abschürfungen, sowie Schäden an den Menisci und am Bandapparat der Beine. In der Folge eingetretene Komplikationen führten zu einer Atemstörung, einer Fettembolie, einer Bewusstseinstörung, Bewusstlosigkeit, einem Koma, einem apallischen Syndrom, motorischer Aphasie und tiefgreifenden psychischen Veränderungen.

Die beklagte Partei anerkannte ihre Haftung für die Unfallsfolgen. Am 6. 2. 1989 kamen die Streitparteien in einem außergerichtlichen Abfindungsvergleich überein, dass die Ansprüche des Klägers aus dem Schadensfall mit einem Betrag von S 536.000 (EUR 38.952,64), wovon jedenfalls S 420.000 (EUR 30.522,59) auf Schmerzensgeld entfielen, für Vergangenheit und Zukunft vollkommen abgefunden sein sollten. Ausgenommen wurden Spät- und Dauerfolgen sowie der Verdienstentgang für ein verlorenes Studienjahr.

Am 24. 2. 1989 erwirkte der Kläger gegen die beklagte Partei ein Versäumungsurteil, mit dem die Haftung der beklagten Partei für alle künftigen Folgen aus dem Verkehrsunfall festgestellt wurde. In den nächsten Jahren begehrte der Kläger mehrmals die Ergänzung des Schmerzensgeldes, weil bei Abschluss des Abfindungsvergleiches noch nicht vorhersehbare zusätzliche Schmerzen aufgetreten waren. Es kam zum Abschluss mehrerer, teils gerichtlicher, teils außergerichtlicher Vergleiche, in denen die beklagte Partei dem Kläger jeweils für bestimmte zeitliche Perioden weiteres Schmerzensgeld zugestand. Aufgrund dieser Vergleiche zahlte die beklagte Partei für Schmerzen im Zeitraum 6. 2. 1989 bis 24. 1. 1994 S 195.000 (EUR 14.171,20), im Zeitraum 1. 2. 1994 bis 31. 5. 1996 S 125.000 (EUR 9.084,10) und im Zeitraum 1. 6. 1996 bis 31. 12. 1999 S 250.000 (EUR 18.168,21) sowie - für psychisches Ungemach - S 30.000 (EUR 2.180,19) an Schmerzensgeld.

Am 4. 9. 2001 unterzog sich der Kläger am linken Bein einer achskorrigierenden Umstellungsoperation, die eine Komplikation zur Folge hatte. Am 6. 11. 2001 wurde eine Revisionsoperation durchgeführt. In den rund zwei

Monaten zwischen den beiden Operationen musste das operierte Bein durch Verwendung zweier Unterarmstützkrücken völlig entlastet werden. Nach der zweiten Operation war während der ca acht- bis neunwöchigen Phase der Fixation mit Oberschenkellangem Gips drei Wochen lang völlig und sechs Wochen lang teilweise Entlastung notwendig. Danach trug der Kläger eine achsschlenende Orthese mit beweglicher Kniegelenksachse. Im Mai 2002 folgte ein Rehabilitationsaufenthalt.

Mit Schreiben vom 12. 11. 2001 forderte der Kläger die beklagte Partei zur Zahlung weiterer S 400.000 (EUR 29.069,13) an Schmerzensgeld für den Zeitraum ab 1. 1. 2000 auf. Die beklagte Partei überwies hierauf ein Akonto von S 100.000 (EUR 7.267,28), lehnte in der nachfolgenden Korrespondenz mit dem rechtsfreundlichen Vertreter des Klägers aber jede weitere Zahlung ab.

Mit der vorliegenden, am 10. 7. 2002 beim Erstgericht eingebrachten Klage begehrte der Kläger zuletzt EUR 40.219,56 sA, wovon ein Betrag von EUR 34.732,56 (EUR 42.000 abzüglich EUR 7.267,44) auf Schmerzensgeld für den Zeitraum 1. 1. 2000 bis 31. 12. 2002, sowie ein Betrag von EUR 5.487 auf den Ersatz diverser Spesen und Auslagen entfiel. Zum Anspruch auf Ergänzung des Schmerzensgeldes brachte er vor, der Heilungsverlauf habe sich trotz ständiger Behandlung schlechter als erwartet und vorhersehbar entwickelt. Der Kläger leide unter zunehmenden ständigen und immer stärker werdenden Schmerzen, seine Beweglichkeit nehme mehr und mehr ab. Die Beklagte habe mehrfach Vergleiche über die Schmerzensgeldansprüche des Klägers für bestimmte Zeiträume abgeschlossen. Auch für den klagsgegenständlichen Zeitraum sei eine abschnittsweise Bemessung des Schmerzensgeldes vereinbart worden.

Für den Fall einer abschließenden Globalbemessung stellte der Kläger das „Eventualbegehren“, dass die Beklagte zur Zahlung von EUR 80.000 sA schuldig sei.

Die beklagte Partei wandte ein, mit ihren bisherigen Zahlungen seien alle Schmerzensgeldansprüche des Klägers abgegolten. Die Bemessung des Schmerzensgeldes in Teilbeträgen dürfe nicht dazu führen, dass der Verletzte mehr erhalte als bei einer einmaligen Globalbemessung. Dies wäre bei einem weiteren Zuspruch der Fall.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren mit EUR 37.543,99 (darin EUR 32.432,56 an Schmerzensgeld) sA statt und wies das auf EUR 2.675,57 sA lautende Mehrbegehren ab. Hierbei ging es vom eingangs zusammengefasst wiedergegebenen Sachverhalt sowie von folgenden weiteren für das Revisionsverfahren noch bedeutsamen Feststellungen aus:

Der Kläger erlitt seit 1. 1. 2000 aus orthopädischer, unfallchirurgischer und neurologisch-psychiatrischer Sicht insgesamt 12 Tage starke, 23 Tage mittelstarke und 297 bis 315 Tage leichte Schmerzen. Aufgrund der zweimaligen Operation kam es entgegen den Erwartungen zu einer Abnahme der Beweglichkeit des Kniegelenks, wobei die Beschwerden sich zunächst verstärkten und später eher wieder gleichgeblieben sind. Lediglich die Achsstellung konnte durch die Eingriffe verbessert werden. Was die Beugung betrifft, hat sich die Beweglichkeit des Kniegelenks verschlechtert, weshalb dem Kläger Sportarten wie Radfahren und leichtes Laufen derzeit nicht möglich sind.

Aus orthopädischer Sicht ist eine endgültige Beurteilung der in Zukunft zu erwartenden Schmerzen nicht möglich. Erfahrungsgemäß muss mit folgenden Schmerzperioden aber jedenfalls gerechnet werden:

- a) unter der Annahme eines künstlichen Kniegelenkersatzes links in acht Jahren insgesamt 60 Tage leichte Schmerzen;
- b) unter der Annahme einer Schmerzzunahme in den letzten drei Jahren vor der Operation 36 Tage mittelstarke und 72 Tage leichte Schmerzen;
- c) für die darauffolgende Operation bzw die postoperative Phase drei starke, acht Tage mittelstarke und 20 Tage leichte Schmerzen. Auch aus unfallchirurgischer Sicht ist eine sichere Beurteilung der in Zukunft zu erwartenden Schmerzen nicht möglich. Dies, weil noch ungewiss ist, ob sich der Kläger das Osteosynthesematerial vom linken Oberschenkelknochen entfernen lassen möchte und ob er in Zukunft bei zunehmenden Beschwerden sich einer neuerlichen Operation (Osteosynthesematerial-Plattenentfernung und gleichzeitiges Einsetzen einer Kniegelenksprothese) unterziehen will. Diesbezüglich ist eine Einschätzung der zukünftigen Schmerzen nicht möglich, da einerseits die Beschwerden bei einer Arthrose für die Zukunft nicht genau abgeschätzt werden können und eventuell noch folgende operative Eingriffe mit Komplikationen behaftet sein können. Bei einer angenommenen Normalentwicklung - Verschlechterung der Arthrosesituation und Implantation einer Kniegelenksprothese mit komplikationslosem Verlauf - wären zusätzlich zu den aus orthopädischer Sicht künftig zu erwartenden Schmerzperioden noch zumindest 50 bis 100 Tage leichte Schmerzen zu erwarten. Aus neurologisch-psychiatrischer Sicht ist hingegen eine endgültige Beurteilung und Abschätzung der in Zukunft zu erwartenden Schmerzen möglich. Zukünftige seelische Belastungen sind nicht mehr zu erwarten.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahin, dass die Teilbemessung des Schmerzensgeldes für den klagsgegenständlichen Zeitraum mangels endgültiger Überschaubarkeit der zukünftigen Schmerzen zulässig sei. Die Rechtsprechung, wonach mehrere Teilbemessungen für verschiedene Zeiträume nicht zum Zuspruch eines höheren Schmerzensgeldes an den Kläger führen dürfe, als dieser bei einer einzigen Globalbemessung erhalten hätte, sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Da die vom Kläger künftig zu erduldenen Schmerzen ungeklärt seien, könne auch noch nicht beurteilt werden, welches Schmerzensgeld er bei einer Globalbemessung insgesamt erhalten würde. Für den Zeitraum 1. 1. 2000 bis 31. 12. 2002 sei ein Schmerzensgeld von EUR 39.700

angemessen, weshalb dem Kläger unter Berücksichtigung der Akontozahlung noch ein weiteres Schmerzensgeld von EUR 32.432,56 gebühre.

Das nur von der beklagten Partei hinsichtlich des klagsstattgebenden Teiles des erstinstanzlichen Urteiles angerufene Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Es teilte die Rechtsansicht des Erstgerichtes, wonach mit Teilbemessung des Schmerzensgeldes vorzugehen sei. Der bisherige Behandlungsverlauf sei wiederholt durch weitreichende Komplikationen gekennzeichnet gewesen, sodass auch für die künftig zu erwartenden Operationen nicht ohne weiteres ein komplikationsloser Verlauf unterstellt werden könne. Eine Globalbemessung werde erst nach Überschaubarkeit der Unfallsfolgen möglich sein. Erst von dem dann ausmittelbaren globalen Schmerzensgeld könnten unter Berücksichtigung der Geldentwertung jene Beträge in Abzug gebracht werden, die der Kläger bereits zur Abgeltung seiner Schmerzen erhalten habe. Ein Vergleich mit ähnlichen Verletzungen und deren Folgen sei derzeit nicht zielführend, weil keine vergleichbaren Sachverhalte zu derart nicht überschaubaren Verletzungsfolgen ermittelbar seien. Eine allfällige Limitierung des Schmerzensgeldanspruches ungeachtet der Unüberschaubarkeit der Verletzungsfolgen anhand der in der Rechtsprechung Schwerstbehinderten zuerkannten Beträge würde dem Gesetz, welches abstrakte Höchstgrenzen nicht vorsehe, und der Judikatur widersprechen, nach der das Schmerzensgeld bezogen auf den konkreten Einzelfall in Relation zu vergleichbaren Schadensfällen auszumitteln sei. Darüber hinaus würden zugesprochene Beträge für vergleichbare ursprüngliche Verletzungen letztendlich nicht darüber Aufschluss geben, welche Entschädigungszahlungen den Geschädigten im Laufe ihres Lebens insgesamt zugekommen seien, zumal mit den publizierten Globalbemessungen die späteren, zum Zeitpunkt der Globalbemessung noch nicht vorhersehbaren Entwicklungen, wie sie auch hier entstanden seien, noch nicht abgegolten worden seien. Es könne daher immer wieder zu weiteren Leistungen auch in jenen Fällen kommen, bei denen zunächst eine Globalbemessung vorgenommen worden sei. Auch dieser Umstand verbiete es, sich - im Bewusstsein des Vorliegens noch nicht überschaubarer Verletzungsfolgen - an Globalbemessungen zu orientieren, die unter der Voraussetzung eines konkret überschaubaren Sachverhaltes ausgemittelt worden seien.

Zur Begründung des Ausspruches über die Zulässigkeit der Revision führte das Berufungsgericht aus, es habe zur Frage, ob ungeachtet von unabsehbaren Folgen einer erlittenen Verletzung und der Unmöglichkeit der Prognose eines weiteren Verlaufs dennoch eine Höchstgrenze an Schmerzensgeld bestehe, keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes aufgefunden werden können.

Gegen dieses Berufungsurteil richtet sich die Revision der beklagten Partei mit dem Antrag, die zweitinstanzliche Entscheidung im Sinne der gänzlichen Abweisung des Klagebegehrens abzuändern. Der Kläger beantragt in seiner Revisionsbeantwortung erkennbar, die Revision als verspätet bzw unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist rechtzeitig und auch zulässig, weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu den Voraussetzungen der Teil- und Globalbemessung des Schmerzensgeldes abgewichen ist; sie ist auch im Sinne des in jedem Abänderungsantrag enthaltenen Aufhebungsantrages der beklagten Partei berechtigt. Die gerügte Aktenwidrigkeit liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). In ihrer Rechtsrüge geht die beklagte Partei weiterhin davon aus, dass eine abschließende Globalbemessung des Schmerzensgeldes möglich sei. Die noch ungewisse Durchführung einer weiteren Operation stelle das „worst-case-Szenario“ dar und sei als Basis für einen großzügigen Schmerzensgeldzuspruch heranzuziehen, der durch einen günstigeren und schnelleren Genesungsverlauf als angenommen nicht beeinflusst werde. Jedenfalls aber habe sich die Gesamthöhe des Schmerzensgeldes an vergleichbaren, bereits entschiedenen Fällen zu orientieren. Frühere Teilzahlungen seien aufzuwerten und anzurechnen. Es werde zu beurteilen sein, ob nicht mit den bis dato geleisteten EUR 81.393,57 das Ziel des Schmerzensgeldes, dem Kläger Annehmlichkeiten zu verschaffen und ihm die Möglichkeit zu geben, den über 20 Jahre zurückliegenden Unfall zu vergessen und sein persönliches Gleichgewicht wiederherzustellen, bereits erreicht worden sei.

Hiezu wurde erwo-gen:

Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes sind bei der Bemessung des Schmerzensgeldes die Art und Schwere der Körperverletzung, die Art, Intensität und Dauer der Schmerzen sowie die Dauer der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes des Verletzten überhaupt und die damit verbundenen Unlustgefühle zu berücksichtigen (2 Ob 154/03s; 2 Ob 8/05y = ZVR 2006/43; 2 Ob 150/06g). Das Schmerzensgeld stellt grundsätzlich eine Globalabfindung für alle eingetretenen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden körperlichen und seelischen Beeinträchtigungen durch die Unfallsfolgen dar. Für seine Bemessung ist das Gesamtbild der Verletzungsfolgen maßgebend. Dabei müssen auch künftige, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende körperliche und seelische Schmerzen einbezogen werden. Ausgenommen von der Globalbemessung bleiben nur solche künftige Schmerzen, deren Eintritt noch nicht vorhersehbar ist, oder deren Ausmaß auch nicht soweit abgeschätzt werden kann, dass eine Globalbemessung möglich ist. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine mehrmalige (ergänzende) Schmerzensgeldbemessung nur dann zulässig, wenn eine Globalbemessung zum Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz versagt,

1. weil noch kein Dauer(end)zustand vorliegt, weshalb die Verletzungsfolgen noch nicht oder nicht in vollem Umfang und mit hinreichender Sicherheit überblickt werden können;
2. wenn Schmerzen in ihren Auswirkungen für den Verletzten zum Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz noch gar nicht oder nicht endgültig überschaubar erscheinen;
3. wenn der Kläger 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 Unfallsfolgen verbunden mit weiteren Schmerzbeeinträchtigungen, mit deren Eintritt nicht oder nicht ernstlich zu rechnen war, entstanden sind (2 Ob 255/01s = RZ 2002, 64; 2 Ob 154/03s; 7 Ob 270/04p; 2 Ob 8/05y; 2 Ob 150/06g; RIS-Justiz RS0031082; Danzl in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Schmerzengeld 8 170 f).

Den weiteren Ausführungen ist voranzustellen, dass die Streitparteien mit dem zwischen ihnen abgeschlossenen Abfindungsvergleich vom 6. 2. 1989 eine Globalbemessung des Schmerzensgeldes angestrebt hatten, während die folgenden Vergleichsabschlüsse auf die Teilabfindung der vom ersten Vergleich nicht erfassten, weil (damals) nicht voraussehbaren Schmerzen gerichtet waren. Durch diese Vorgangsweise blieb dem Kläger jeweils die Möglichkeit der Geltendmachung weiterer, auf spätere Zeiträume bezogener Schmerzensgeldansprüche gewahrt (vgl ZVR 1979/308; 2 Ob 150/06g; RIS-Justiz RS0031035; Danzl aaO 183 mwN in FN 594).

Über den Zeitraum ab 1. 1. 2000 wurde von den Streitparteien jedoch keine vergleichsweise Einigung mehr erzielt. Es steht nicht im Belieben des Verletzten, Schmerzensgeld nur für einen bestimmten Zeitraum zu begehren (ZVR 1990/158; RIS-Justiz RS0031307 [T6], RS0031082 [T5]). Ob mit einer weiteren Teilbemessung vorzugehen ist, wie dies die Vorinstanzen bejahten, oder ob eine abschließende Globalbemessung geboten ist, unterliegt daher ausschließlich der Beurteilung nach den dargelegten Grundsätzen und hängt somit entscheidend davon ab, ob das Gesamtbild der physischen und psychischen Beeinträchtigungen des Geschädigten nunmehr überschaubar ist (ZVR 1990/158; 2 Ob 254/98m = ZVR 1999/63; 2 Ob 255/01s; 2 Ob 150/06g). Die früheren vergleichsweisen Teilbemessungen stellen jedenfalls kein Hindernis für eine Globalbemessung dar. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen soll das Ausmaß der künftigen Schmerzen des Klägers deshalb noch nicht endgültig beurteilbar sein, weil nicht klar ist, ob sich der Kläger in einigen Jahren einem weiteren operativen Eingriff (zum Zwecke der Entfernung des Osteosynthesematerials und der Implantation einer Kniegelenksprothese) unterziehen will.

Wie der erkennende Senat zuletzt in der Entscheidung 2 Ob 8/05y im Zusammenhang mit künftigen therapiebedingten Schmerzen ausgeführt hat, hängt die Durchführung jeglicher Heilbehandlung grundsätzlich davon ab, ob sich der Geschädigte ihr unterwirft. Es muss aber danach unterschieden werden, ob ihre Inanspruchnahme nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vorauszusehen ist oder nicht. Nur in letzterem Fall könnten die mit der Heilbehandlung (hier: mit der Operation) verbundenen Schmerzen, die nicht schicksalsbedingt eine unmittelbare Folge des Schadensereignisses sind und deren Eintritt erst durch einen Willensentschluss des Geschädigten ausgelöst wird, wegen der dabei bestehenden Ungewissheit ihres Eintrittes im Rahmen einer Globalbemessung nicht berücksichtigt werden (vgl RIS-Justiz RS0031405).

In der Entscheidung ZVR 1990/158 hatte der Oberste Gerichtshof die Voraussetzungen einer Teilbemessung des Schmerzensgeldes mit der Begründung bejaht, dass nicht abgeschätzt werden könne, ob und wann sich der Kläger angesichts seines (geringen) Alters zu einer zwar medizinisch indizierten, aber erst nach Eintritt faktischer Gehunfähigkeit anzuratenden Totalendoprothesenoperation entschließen werde und es daher ungewiss sei, wie lange er noch an leichten Schmerzen leiden wird.

Während dort also der mögliche Eintritt bzw das Ausmaß künftiger Schmerzen nicht schon nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge beurteilt werden konnte wurde dies etwa in dem zu 2 Ob 154/03s beurteilten Fall bejaht. In dieser Entscheidung hat der Senat - trotz der „Feststellung“, dass eine genaue abschließende Zukunftsprognose noch nicht möglich sei - die Einschätzung als für eine Globalbemessung ausreichend angesehen, dass der Kläger bei einer Zunahme der Hüftgelenksabnutzung im Laufe der nächsten Jahrzehnte mit einer datumsmäßig noch nicht abschätzbaren Implantation einer Hüftprothese rechnen müsse und dass rezidivierende Subileusbeschwerden mit Sicherheit wieder auftreten und mit großer Wahrscheinlichkeit weitere Operationen notwendig machen würden. Die dem orthopädischen Sachverständigengutachten folgenden Feststellungen können im Zusammenhalt mit dem ungekürzten Wortlaut dieses Gutachtens (insbes ON 17 S 12: „Erfahrungsgemäß muss bei Vorliegen einer Kniegelenksarthrose wie im gegenständlichen Fall innerhalb von fünf bis zehn Jahren mit der Notwendigkeit eines künstlichen Kniegelenkersatzes gerechnet werden. ...“) nur im Sinne der Prognose verstanden werden, dass im Falle des Klägers in etwa acht Jahren „erfahrungsgemäß“ mit dem Implantat eines Kniegelenkersatzes gerechnet werden muss, wobei der Leidenszustand des Klägers vor und nach der Operation bereits abschätzbar ist (ON 25 S. 3: „...in Form einer praxisnahen Verlaufsannahme...“) Auch aus unfallchirurgischer Sicht können die bei komplikationslosem Verlauf der postoperativen Phase zu erwartenden Schmerzen bereits grob eingeschätzt werden. Aus neurologisch-psychiatrischer Sicht sind keine weiteren seelischen Belastungen mehr zu erwarten. Bei dieser Sachlage liegen aber bereits die Voraussetzungen für eine abschließende Globalbemessung des Schmerzensgeldes vor. Die Auffassung des Berufungsgerichtes, dass der bisherige langwierige und komplizierte Heilungsverlauf auch bei der zukünftigen Operation Komplikationen erwarten lässt, findet in den Feststellungen keine Grundlage. Die bloße Möglichkeit ihres Eintrittes hindert aber die Globalbemessung nicht, steht es dem Kläger doch auch danach noch frei, bei unvorhergesehenen Verschlechterungen seines Zustandes eine ergänzende Ausmessung des Schmerzensgeldes

innerhalb der Verjährungszeit gerichtlich geltend zu machen (vgl 2 Ob 154/03s). Nach ständiger Rechtsprechung darf eine Schmerzensgeldergänzung insgesamt zu keinem höheren Zuspruch als bei einer einmaligen Globalbemessung führen (ZVR 1990/158; 2 Ob 242/98x = ZVR 1999/50; 2 Ob 8/05y; RIS-Justiz RS0031064, RS0031323; Danzl aaO 173; Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> II/2b § 1325 Rz 49). Frühere Teilzahlungen sind bei der endgültigen Bemessung des Schmerzensgeldes entsprechend der inzwischen gesunkenen Kaufkraft des Geldes aufzuwerten (2 Ob 242/98x; 2 Ob 255/01s; 2 Ob 8/05y; 2 Ob 150/06g; RIS-Justiz RS0031242; Danzl aaO 200; Reischauer aaO Rz 50).

Die Feststellungen der Vorinstanzen reichen für eine ergänzende Bemessung des Schmerzensgeldes aber noch nicht aus, weil ihnen nur das Schmerzgeschehen ab 1. 1. 2000, nicht aber das Gesamtbild der physischen und psychischen Beeinträchtigungen, die der Kläger als Folge des Unfalles erlitten hat, entnommen werden kann. Es bedarf daher noch einer (allenfalls unter Beiziehung der Sachverständigen vorzunehmenden) Verfahrensergänzung. Erst danach wird eine Globalbemessung des Schmerzensgeldes möglich sein und nach Abzug der bisher schon geleisteten, aufgewerteten Teilzahlungen unter Heranziehung von Vergleichsfällen beurteilt werden können, ob dem Kläger noch Schmerzensgeld gebührt.

Auf das (verfehlte) „Eventualbegehren“ war nicht einzugehen, weil das Vorliegen der Voraussetzungen einer Globalbemessung nicht zur Abweisung des „Hauptbegehrens“ führen kann. Der Oberste Gerichtshof hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass einem Kläger, der trotz möglicher Globalbemessung lediglich Teilschmerzensgeld begehrt, im Rahmen seines ziffernmäßigen Begehrens Globalschmerzensgeld zuzusprechen ist (2 Ob 68/92 = ZVR 1993/168; 2 Ob 8/05y; RIS-Justiz RS0031055).

Die vorinstanzlichen Urteile waren daher aufzuheben und die Rechtssache war an das Erstgericht zur Verfahrensergänzung zurückzuverweisen.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.