

Univ.-Prof. Dr. Christian Huber, Aachen

Antithesen zum Schmerzensgeld ohne Schmerzen – Bemerkungen zur objektiv-abstrakten und subjektiv-konkreten Schadensberechnung

Zum Inhalt: Seit einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1992 erkennt der OGH Schmerzensgeld auch dann zu, wenn der Verletzte zur Empfindung von Schmerzen nicht in der Lage ist. Ging es in den bisherigen Entscheidungen um langdauerndes Siechtum, hat der OGH in einer aktuellen Entscheidung diese Rechtsprechungslinie auf einen Sachverhalt angewendet, in dem der Verletzte den Unfall nur für kurze Zeit überlebte. Der Autor nimmt zu dieser Rechtsprechung kritisch Stellung. Er verweist namentlich darauf, dass für eine sachgerechte Lösung nicht allein bei der Anspruchskategorie „Schmerzensgeld“ anzusetzen sei, sondern auch die angemessene Bewertung von Pflegedienstleistungen durch Angehörige sowie deren seelischer Beeinträchtigung zu erfolgen habe. Selbst wenn der OGH seine bisherige Linie nicht aufgeben sollte, gebe es gute Gründe, den Umfang des Schmerzensgeldes in solchen Fällen erheblich zu reduzieren.

I. Ausgangsfall und Problemstellung

Die Problemstellung der zu besprechenden E¹⁾ kann wie folgt umschrieben werden: Eine Person wird auf Grund eines vom Schädiger zu verantwortenden Verhaltens so schwer verletzt, dass sie keine Schmerzen mehr empfinden kann. Sie dämmert als menschliche Hülle²⁾ dahin und stirbt geraume Zeit später, wie im vorliegenden Sachverhalt. Gebührt einem derart schwer Verletzten gleichwohl Schmerzensgeld? Mit einem solchen Problem werden sich die Gerichte künftig öfter auseinander zu setzen haben,³⁾ usw aus folgenden Gründen:

¹⁾ OGH 11. 3. 1999, 2 Ob 192/97t, abgedruckt in diesem Heft Nr 54.

²⁾ H. Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht* (1993) 356 verweist auf den englischen Begriff „living vegetable“. Er gibt einen instruktiven rechtsvergleichenden Überblick über die unterschiedliche schadensersatzrechtliche Behandlung solcher Fälle bei Verantwortlichkeit eines Schädigers für einen derartigen Zustand.

³⁾ Ein instruktiver Überblick über die, bereits reichhaltige, deutsche Judikatur (der OLG) zu diesem Problemkreis findet sich bei Jaeger, Höhe des Schmerzensgeldes bei tödlichen Verletzungen im Lichte der neueren Rsp des BGH, *VersR* 1996, 1176, 1184 ff; ders, *Schmerzensgeldbemessung bei Zerstörung der Persönlichkeit und alsbaldigem Tod*, *MDR* 1998,

II. Zunahme der Problemstellung wie im vorliegenden Fall infolge 2facher Änderung der Rsp

A. Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs auch nach ABGB

Die Geltendmachung von Schmerzensgeldansprüchen nach § 1325 ABGB war bis vor kurzem davon abhängig, dass noch zu Lebzeiten des Verletzten ein Anspruch gerichtshängig gemacht wurde.⁴⁾ Die meisten Angehörigen bzw späteren Erben hatten in der Phase, in der der Verletzte mit dem Tod rang, anderes im Kopf, als durch einen Anwalt einen Kurator bestellen und im Namen des Verletzten eine Klage einbringen zu lassen.

Da nach der E SZ 69/217 auch der Schmerzensgeldanspruch nach § 1325 ABGB wie jeder andere Anspruch frei vererblich ist, fällt der besondere Zeitdruck, der Wettlauf mit dem Tod, weg. Die Erben haben nämlich nun nach § 1489 ABGB drei Jahre Zeit, um den Schmerzensgeldanspruch geltend zu machen; und wurde der nunmehr Tote – wie im Anlassfall – beim Unfall so schwer verletzt, dass er vor seinem Tod keine Kenntnis von Schaden und Schädiger hatte, dann läuft die Frist nicht ab dem Eintritt der Verletzung, sondern frühestens ab dessen Tod, genauer ab der Betrauung der Erben mit der Verwaltung des Nachlasses und deren Kenntnis von Schaden und Schädiger im Sinn von § 1489 ABGB.

450 ff. Vgl darüber hinaus aus letzter Zeit BGH BGHZ 138, 388 = NJW 1998, 2741 = MDR 1998, 1029 (Jaeger) = LM § 847/102 (Schiemann) = NZV 1998, 370 mit Besprechungsaufsatz Ch. Huber, *Schmerzensgeld ohne Schmerzen bei nur kurzfristigem Überleben der Verletzung im Koma – eine sachgerechte Transferierung von Vermögenswerten an die Erben?* NZV 1998, 345 ff.

⁴⁾ Anders seit OGH SZ 69/217 = ZVR 1996/126 = *ecolex* 1996, 913 (Wilhelm) = JBl 1997, 40 = *EvBl* 1997/19. Zur Änderung der Rsp unter Berufung auf die EONov 1991 sowie der korrespondierenden Änderung der Rechtslage in Deutschland durch Streichung von § 847 Abs 1 S 2 BGB durch dBGBI 1990 I 478 sowie unter Hinweis auf die Rechtslage in der Schweiz *Danzl in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, *Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht?* (1998) 150 ff. Unabhängig von der Einbringung einer Klage war Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs schon seit der Novelle 1968 gegeben bei Ansprüchen nach § 12 Abs 1 Z 4 und § 13 Z 4 EKHG. Insofern sind auch die Gründe zwischen Deutschland und Österreich die gleichen, warum derartige Sachverhalte die Gerichte nunmehr häufiger beschäftigen als vor diesen Änderungen. Zum deutschen Recht Jaeger, *MDR* 1998, 1030.

B. Schmerzensgeld auch an Empfindungs- unfähige

Dazu kommt, dass durch die unveröffentlichte E 23. 4. 1992⁵⁾ sich ein Judikaturumschwung vollzogen hat.⁶⁾ Nach mehrfacher Bestätigung dieser E⁷⁾ liegt nun eine ständige Rsp vor, wonach der Schmerzensgeldanspruch unabhängig davon besteht, ob der Verletzte Schmerzen empfinden kann oder nicht. Die tatsächliche Sprengkraft ist freilich nicht gar so groß,⁸⁾ gibt es doch nach dem 2. Weltkrieg eine **einzige** OGH-E,⁹⁾ in der der Schmerzensgeldanspruch tatsächlich wegen der fehlenden Schmerzempfindungsfähigkeit des Verletzten abgewiesen wurde. Gleichwohl markiert die E 23. 4. 1992 eine Zäsur:¹⁰⁾ Einerseits reduziert sich der Begründungsaufwand für die Zuerkennung von Schmerzensgeld, andererseits wird die Funktion des Schmerzensgeldes neu definiert oder zumindest um eine eigenständige Fallgruppe angereichert.

Schon in der bisherigen Rsp wurde darauf hingewiesen, dass die Zuerkennung von Schmerzensgeld nicht voraussetze, dass der Verletzte die Tragik seines Schicksals erfassen könne¹¹⁾ bzw die Schmerzen bei klarem Bewusstsein erlebt und rational¹²⁾ bzw bewusst¹³⁾ verarbeitet werden. Für ausreichend wurde angesehen, wenn ein Restbereich an Intelligenz verblieben sei, um die Schwere der Verletzung zu erkennen.¹⁴⁾ Aber selbst wenn das nicht gegeben war, dann begnügte man sich damit, dass Schmerzreflexe¹⁵⁾ nachweisbar waren, mag der Verletzte nach dem Unfall auch nicht bei vollem Bewusstsein gewe-

⁵⁾ 6 Ob 535, 1558/92; ehemals nur als Leitsatz abgedruckt in JuSZ Nr. 1120, nunmehr auszugswise Wiedergabe in *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld 120f.

⁶⁾ Aus der Geschäftszahl wird deutlich, dass diese Wende nicht von dem mit Haftpflichtfragen häufig befassten 2. Senat erfolgte, sondern vom 6. Senat, der sich nur ausnahmsweise mit Schmerzensgeldfragen zu beschäftigen hat.

⁷⁾ OGH EF-Slg 69.111 = KRSlg 761; 25. 11. 1992, 2 Ob 60/92; ZVR 1993/150; RdM 1995, 116.

⁸⁾ Ähnlich die Einschätzung von *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999) 125f.

⁹⁾ OGH ZVR 1972/195.

¹⁰⁾ Erwähnt sei, dass der BGH wenige Monate später in der E 13. 10. 1992 (BGHZ 120, 1) einen ebensolchen Schwenk vorgenommen hat, mit ähnlicher Begründung und soweit ersichtlich ohne Kenntnis des Wechsels der Rsp in Österreich. Während in Deutschland diese E publiziert wurde und sogleich eine vielfache Besprechung dieser und der FolgeE in der Lit (überwiegend zustimmend: *Deutsch*, NJW 1993, 784 [Anm]; *Giesen*, JZ 1993, 519 [Anm]; *Schmidt-Salzer* Anm zu LM § 847/89; *Teichmann*, Anm zu LM § 847/90; *Schiemann*, Anm zu LM § 847/102; *E. Lorenz*, Schmerzensgeld für die durch unerlaubte Handlung wahrnehmungs- und empfindungsunfähig gewordenen Verletzten? FS-Wiese [1998] 261 ff; *Jaeger*, VersR 1996, 1176; *krit* aber *Kern*, Schmerzensgeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnempfindungen, FS-Gitter [1995] 447, 454; *Ch. Huber*, NZV 1998, 345 ff) einsetzte, konnte sich in Österreich eine Judikaturkette unter Ausschluss der wissenschaftlichen Öffentlichkeit entwickeln, an deren Ende der OGH sich eine Auseinandersetzung mit einer gegenläufigen Argumentation zu sparen vermeinte, indem er schlicht und ergreifend darauf hinwies, dass er keine Gründe sehe, von der inzwischen gefestigten Judikatur abzugehen (so OGH ZVR 1993/150).

¹¹⁾ *Danzl*, Schmerzensgeldzusprüche ab S 1 Million in Österreich, ZVR 1992, 1, 8 FN 20.

¹²⁾ OGH SZ 44/150; ZVR 1978/180; ZVR 1985/165 = JBI 1984, 673; ZVR 1985/49. Manche ältere E (so OGH SZ 44/150; ZVR 1979/101; ZVR 1985/49) formulieren – sprachlich wenig feinführend – von **rationaler** Verarbeitung der Schmerzen.

¹³⁾ OGH 3. 12. 1985 KRSlg 9/9.

¹⁴⁾ OGH 19. 12. 1989, 2 Ob 146/89.

¹⁵⁾ OGH SZ 44/150; ZVR 1985/49; KRSlg 9/9.

sen sein. Selbst der Umstand, dass er sie wegen einer Bewusstseinsstörung oder Bewusstseinsveränderung nicht registriert hatte,¹⁶⁾ schloss den Schmerzensgeldanspruch nicht aus.¹⁶⁾ Schließlich unterschied man zwischen „schlichter“ Bewusstlosigkeit,¹⁷⁾ Bewusstseinsstörung bzw Bewusstseinsveränderung¹⁸⁾ einerseits und „todesähnlicher“ Bewusstlosigkeit andererseits.¹⁹⁾ Nur bei Letzterer wurde in der E ZVR 1972/195 Schmerzensgeld versagt, wohingegen nach der LeitE 23. 4. 1992²⁰⁾ selbst die völlige Schmerzempfindlichkeit es nicht ausschließt, Schmerzensgeld in vollem Umfang zuzuerkennen. Insofern kommt dem Sachverständigengutachten – vor allem in Grenzfällen – nicht mehr die Bedeutung zu wie bisher.

Die E 23. 4. 1992²¹⁾ wurde mit erheblicher Verspätung von der wissenschaftlichen Diskussion zur Kenntnis genommen; den Weg bereitet hatte freilich schon die E 3. 12. 1985,²²⁾ die jahrelang – weil unveröffentlicht – nicht zur Kenntnis genommen und diskutiert wurde: Bereits in dieser E ist die Rede vom immateriellen Schaden, der in der Zerstörung der Persönlichkeit liege. Des Weiteren wird darauf verwiesen, dass selbst in solchen Fällen, in denen das Schmerzensgeld seine eigentliche Aufgabe, nämlich dem Verletzten durch die Finanzierung von Annehmlichkeiten einen Ausgleich für seine Unlustgefühle oder doch eine Abmilderung dieser zu verschaffen, nicht erfüllen könne, nicht ohne Funktion sei. Worin diese Funktion liege, erfährt man indes nicht. Diese Argumente werden in der E 23. 4. 1992²³⁾ wieder aufgegriffen und vertieft: Es sei die heute differenziertere medizinische Betrachtungsweise sowie die gestiegene Bedeutung der Grundrechte auf nationaler und internationaler Ebene, die dem Persönlichkeitsrecht größeres Gewicht beimesse.

Die „Gretchenfrage“ nach der Schmerzempfindungsfähigkeit konnten viele VorE unbeantwortet lassen, weil ein Schmerzensgeldanspruch auf andere Weise begründet werden konnte. In der E 23. 4. 1992²⁴⁾ kam es aber darauf an, ob auch ohne Schmerzempfindung Schmerzensgeld gewährt werden solle, weil beim Verletzten im Zwischenhirn der Umschaltmechanismus nicht mehr funktionierte, durch den die Schmerzimpulse das Gehirn erreichen. In einer FolgeE²⁵⁾ wird diese Argumentation dann – ohne nähere Prüfung des Sachverhalts – übernommen, wobei übersehen wurde, dass ein Rückgriff darauf gar nicht erforderlich gewesen wäre, weil der Verletzte gerade nicht empfindungslos war.²⁶⁾

Während bisher die Funktion des Schmerzensgeldes darin gesehen wurde, dass es den Verletzten in die Lage versetzen soll, sich Erleichterungen und Annehmlichkeiten zu verschaffen bzw verschaffen zu lassen als Ausgleich oder zur Abmilderung der durch die Verletzung hervorge-

¹⁶⁾ OGH ZVR 1985/165 = JBI 1984, 673.

¹⁷⁾ OGH SZ 44/150; ZVR 1978/180.

¹⁸⁾ OGH ZVR 1978/180; ZVR 1985/165 = JBI 1984, 673.

¹⁹⁾ *Danzl*, Das Schmerzensgeld in der Rsp des OLG Innsbruck seit der Zivilverfahrens-Nov 1983, ZVR-Sonderheft 1987, 1, 6 FN 54 unter Hinweis auf *Jarosch*, RZ 1958, 111.

²⁰⁾ 6 Ob 535, 1558/92.

²¹⁾ 6 Ob 535, 1558/92.

²²⁾ 5 Ob 608/84, teilw veröffentlicht in KRSlg 9/9.

²³⁾ 6 Ob 535, 1558/92.

²⁴⁾ 6 Ob 535, 1558/92.

²⁵⁾ OGH 25. 11. 1992, 2 Ob 60/92.

²⁶⁾ So zu Recht der Hinweis von *Piegler*, in *Jarosch/Müller/Piegler/Danzl*, Schmerzensgeld⁶, 163 und *Danzl*, in *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld 122.

rufenen Unlustgefühle,²⁷⁾ wird in der E 23. 4. 1992²⁸⁾ darauf hingewiesen, dass das Schmerzensgeld auch dann nicht funktionslos sei, wenn der Verletzte keine Schmerzen empfinden könne und eine Verschaffung von Erleichterungen nicht möglich sei. Der Schaden liege in der Zerstörung der Persönlichkeit als solcher.²⁹⁾ Der Fähigkeit beraubt zu sein, Freud und Leid zu empfinden, wird als **zumindest** so gravierend bewertet wie die Erduldung von Schmerzen und Unannehmlichkeiten. Schon in einer VorE³⁰⁾ wurde betont, dass aus **medizinischer** Sicht die Bewusstlosigkeit als höchster Grad der Beeinträchtigung des Lebensgefühls anzusehen sei. Nicht thematisiert wurde hingegen, ob es sich insoweit um eine Tat-, also eine Sachverständigen-, oder doch eine Rechtsfrage³¹⁾ handelt.

Anders als die deutsche Rsp entscheidet sich der OGH auch bei Empfindungsunfähigkeit des Verletzten – trotz gegenteiliger E der Untergerichte³²⁾ – für die Zuerkennung von Höchstbeträgen an Schmerzensgeld in solchen Fällen, so dass ungeachtet des ansonsten bestehenden Gefälles³³⁾ bei derartigen Sachverhalten die zuerkannten Beträge in Deutschland³⁴⁾ und Österreich³⁵⁾ nicht allzu weit auseinander liegen.

²⁷⁾ Koziol, Österr Haftpflichtrecht² (1984) II 140; Reischauer in Rummel, ABGB² § 1325 Rz 43; Harrer in Schwimann, ABGB² § 1325 Rz 61; Danzl, ZVR 1992, 1, 8; ders, in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld 91, jeweils mit Nachw aus der Judikatur.

²⁸⁾ 6 Ob 535, 1558/92.

²⁹⁾ Beide Argumente finden sich bereits in der E OGH KRSlg 9/9.

³⁰⁾ OGH SZ 44/150.

³¹⁾ Vgl dazu Danzl, Die psychische Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB, ZVR 1990, 1, 21.

³²⁾ So OLG Innsbruck ZVR 1993/107; BerG in der E OGH RdM 1995, 116.

³³⁾ Trotz der Beschwichtigung von Danzl (ZVR 1992, 1) auf die Vorhaltungen von Teplizky (Die unzureichende Schmerzensgeldbemessung, NJW 1967, 672) und Pfersmann (Zum Thema: Schmerzensgeldbeträge, JBl 1973, 386), dass die österr Schmerzensgeldbeträge im Vergleich zu den deutschen unangemessen niedrig seien, sprechen die österr Gerichte erheblich niedrigere Schmerzensgeldbeträge zu als die deutschen. Die Einschätzung von von Bar, Schmerzensgeld in Europa, FS-Deutsch (1999) 27, 38, dass die österr Werte kaum die Hälfte der deutschen erreichen, dürfte noch eine wohlwollende quantitative Betrachtung sein. Der höchste veröffentlichte Betrag in Deutschland (BGH 18. 3. 1993, VI ZR 71/92) liegt bei ca 600.000.- DM, somit 4,2 Mio öS, während der Höchstbetrag in Österreich (OGH ZVR 1997/66) 1,75 Mio öS ausmacht, somit bei ca 40% liegt. Eine andere Frage ist es, ob es unter allen Umständen wünschenswert ist, gerade bei den **Schmerzensgeldbeträgen** das deutsche Niveau zu erreichen. Abzustellen ist auf die **angemessene Entschädigung insgesamt**, wofür nicht bloß Schmerzensgeldbeträge verglichen werden dürfen. Bei den Pflegedienstleistungen durch Angehörige lagen die österr Werte bis vor kurzem beträchtlich über den deutschen. Auf den Tagessatz umgerechnet war der höchste Zuspruch bislang OLG Köln VRS 82 (1992) 1:450 öS. Die österr (Tages-)Werte lagen hingegen bei 1090 öS (ZVR 1990/48); 1.750 öS (25. 11. 1992, 2 Ob 60/92); 2.166 öS (ZVR 1998/128); vgl aber nunmehr OLG Hamm NJW-RR 1994, 415:1490 öS; vor allem aber OLG Bremen VersR 1999, 1030:4.085 öS. Somit beläuft sich auch die Pflegerente auf das Doppelte der österr Werte, ohne dass dies durch die unterschiedlichen Lebensverhältnisse gerechtfertigt wäre. Näheres dazu in Punkt IV C 2.

³⁴⁾ Sie liegen in Fällen eines appallischen Syndroms zwischen 150.000 und 300.000 DM, somit zwischen 1 und 2 Mio öS. (Nachw bei Slyzek, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle³ [1997] E 1840, 991, 1336, 2156, 1876, 1836, 1403, 1914, 2253, 2148).

³⁵⁾ Gerade bei solchen Sachverhalten geht der OGH an die Obergrenze. Der Zuspruch liegt im Bereich zwischen 1 und 1,7 Mio öS: 23. 4. 1992, 6 Ob 535, 1558/92; 1,2 Mio öS; EFSlg

III. Stellungnahmen der Lit

Die Stellungnahmen der Lit sind gespalten. Ausdrücklich begrüßt hat den Judikaturumschwung Danzl.³⁶⁾ Positiv beurteilt hat die Rsp auch Karner in einer von Koziol betreuten Dissertation.³⁷⁾ Sehr wandlungsfähig hat sich Koziol gezeigt:

In der 2. Aufl des Bands 2 seines Haftpflichtrechts aus dem Jahr 1984³⁸⁾ findet sich folgendes Zitat:³⁹⁾ „Unzulässig erschiene es mir aber, von der Schmerzempfindlichkeit, etwa infolge cerebraler Störungen, zu abstrahieren, indem darauf verwiesen wird, dass eine Verletzung stets Schmerzen verursache. Es darf hier nicht der Vergleich mit der abstrakten Berechnung von Vermögensschäden gezogen werden, da die Voraussetzungen andere sind. Wird nämlich bei Zerstörung einer Sache unabhängig vom Eintritt eines rechnerischen Vermögensschadens der Verkehrswert ersetzt (§ 1332 ABGB), so wurde vom Schädiger jedenfalls ein Wert vernichtet. Anders hingegen liegt die abstrakte Annahme eines ideellen Schadens auf Grund einer Verletzung, obwohl der Geschädigte gar keine Schmerzen empfinden kann. Hier ist kein ideelles Gut beeinträchtigt worden und die Annahme eines Schadens wäre reine Fiktion.“

In der 3. Aufl des Bandes I seines Haftpflichtrechts aus dem Jahr 1997⁴⁰⁾ ist dies nun ganz anders. Dort heißt es: „Wird der durch die Schädigung hervorgerufene ideelle Nachteil **objektiv** beurteilt, so ist damit auch die **Schmerzhaftigkeit der Verletzung in typisierter Weise berücksichtigt**. Diesen objektiv bemessenen Ersatzbetrag kann der Geschädigte **ebenso als Mindestschaden** begehren wie er den objektiven Verkehrswert bei der **Eigentumsverletzung** auch dann verlangen kann, wenn sein subjektiv berechneter Nachteil geringer ist. Das bedeutet insbesondere, dass der in seiner körperlichen Unversehrtheit Beeinträchtigte auch dann wegen seiner Integritätsverletzung Anspruch auf Ersatz seines **Immaterialschadens** hat, wenn er **schmerzempfindlich** ist.“ Was 1984 noch in den Bereich der reinen Fiktion verbannt wurde, lässt sich 1997 mithilfe der Zauberformel der objektiv-abstrakten Schadensberechnung in klingende Münze umwandeln! Auch der stattgefundene diametrale Meinungsumschwung wird nicht offen gelegt.

Gegen die neuere Rsp haben sich Piegler⁴¹⁾ und Harrer⁴²⁾ ausgesprochen. Piegler verweist auf den Wortlaut, wonach Schmerzensgeld die Empfindung von Schmerzen voraussetze. Dagegen wendet Danzl⁴³⁾ zu Recht ein, dass es auf den Wortlaut nicht entscheidend ankommen könne; und wie hinzugefügt werden kann: Insb bei einem Gesetz vom Alter des ABGB.

69.111:1,0 Mio öS; 25. 11. 1992, 2 Ob 60/92:1,3 Mio öS; ZVR 1993/150:1,5 Mio öS (das BerG hatte sogar 2 Mio öS gebilligt); RdM 1995, 116:1,4 Mio öS.

³⁶⁾ in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld 124, 130. So bereits ders, ZVR-Sonderheft 1987, 1, 6.

³⁷⁾ Der Ersatz ideeller Schäden 123 ff.

³⁸⁾ 140 f.

³⁹⁾ Die Hervorhebungen im Text finden sich in den Originalzitaten nicht.

⁴⁰⁾ 11/23 am Ende.

⁴¹⁾ in Jarosch/Müller/Piegler/Danzl, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht⁴ 164.

⁴²⁾ in Schwimann, ABGB § 1325 Rz 78.

⁴³⁾ in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld 129.

Harrer geißelt die neuere Judikaturlinie damit, dass die „umständliche Formulierung“ „kein juristisch verwertbares Argument“ enthalte. Er verweist in der Folge auf die Schwäche der Argumentation, dass der Schädiger keine Schonung verdiene, weil er den Geschädigten nicht nur verletzt habe, sondern ihm sogar die Schmerzempfindungsfähigkeit geraubt habe. Zu Recht bemerkt Harrer, dass bei noch gravierenderer Beeinträchtigung, nämlich bei Tötung, der Schädiger auch kein Schmerzensgeld zu leisten habe. Er schlägt deshalb vor, in Anlehnung an die deutsche Rsp bloß ein symbolisches Schmerzensgeld zuzuerkennen.

Es entspricht freilich nicht unbedingt wissenschaftlicher Redlichkeit, den Hinweis zu unterdrücken, dass die deutsche Judikatur von diesem Standpunkt mittlerweile abgerückt ist und der BGH – seit 1992⁴⁴⁾ – eine durchaus ähnliche Position wie der OGH einnimmt. Dazu kommt, dass es vom Standpunkt von Harrer aus inkonsequent erscheint, warum der Geschädigte auch nur ein symbolisch bemessenes Schmerzensgeld erhalten soll, wenn er gerade keine Schmerzen empfindet.⁴⁵⁾

Die Befürworter der neueren Rsp haben das Rechtsgefühl⁴⁶⁾ auf ihrer Seite.⁴⁷⁾ Wenn ein Schädiger bei geringfügigen Verletzungen Schmerzensgeld leisten muss, dann wäre es ein Verstoß gegen das Gerechtigkeitsgleichmaß, wenn bei schwersten Verletzungen kein Schmerzensgeld zu zahlen wäre.⁴⁸⁾ Der Schädiger, der eine so schlimme Verletzung beim Geschädigten zu verantworten hat, solle nicht ohne Ersatzpflicht davon kommen, nur weil der Verletzte zu einer Schmerzempfindung nicht mehr in der Lage ist.⁴⁹⁾ Der Verletzte würde damit – aus der Perspektive des Schmerzensgeldes – behandelt, als sei er schon tot, was nicht angehe.⁵⁰⁾ Ob der Verletzte zu Schmerzempfindungen in der Lage sei, hänge häufig von einem medizinischen Sachverständigenurteil ab. Bescheinige dieses auch nur für wenige Augenblicke eine solche Fähigkeit, werde wegen der Schwere der Verletzung ein sehr hoher Betrag zuerkannt; werde die Schmerzempfindungsfähigkeit jedoch nicht bescheinigt, komme womöglich Null heraus.⁵¹⁾

Das Rechtsgefühl kann aber auch trügen, ganz abgesehen davon, dass manche Argumente entkräftet wer-

den können. Das Schadenersatzrecht ist kein geeignetes Instrumentarium für eine abgestuften Sanktion auf die Schwere des Schädigerverhaltens. So ist nach der *lex lata* die Ersatzpflicht – nicht nur hinsichtlich des Schmerzensgeldes – im Fall der Tötung geringer als bei einer auf Dauer bestehenden erheblichen Verletzung. Es trifft zu, dass die Rsp volles Schmerzensgeld zuspricht, wenn der Verletzte auch nur für eine geringfügige Zeitspanne auf Schmerzreize reagiert hat. Wie unten⁵²⁾ noch näher darzulegen sein wird, ist dieser Ausgangspunkt freilich unzutreffend.

Der das Schadenersatzrecht beherrschende Ausgleichsgedanke ist beim Schmerzensgeld in der Weise umzusetzen, dass ein Betrag zuzuerkennen ist, der den Verletzten in die Lage versetzt, sich Erleichterungen und Annehmlichkeiten für die zugefügten Schmerzen und Unlustgefühle zu verschaffen bzw verschaffen zu lassen. Es erscheint dann eher willkürlich, warum Schmerzensgeld auch zustehen soll, wenn diese Funktion gerade nicht mehr erfüllt werden kann.

Im Schadensrecht kommt es auf die konkrete Einbuße des jeweiligen Geschädigten an. Argumente, dass es dem Gerechtigkeitsgefühl widerstrebe, den Schädiger ungeschoren davonkommen zu lassen, sind dabei zumindest systemfremd. Man kann die Fragestellung sehr gut auch umkehren, insb, wenn für die Ersatzpflicht nicht ein Haftpflichtversicherer, sondern ein individueller Schädiger aufzukommen hat, vielleicht nur auf Grund einer Zurechnungsnorm. Warum soll dieser durch die Zahlung von 1 Mio S Schmerzensgeld oder mehr noch weiter in den wirtschaftlichen Ruin getrieben werden, wenn das Schmerzensgeld seine eigentliche Aufgabe, dass damit für den Verletzten etwas Gutes getan werden kann, nicht mehr erfüllen kann.

Aber selbst wenn in den meisten Fällen ein Haftpflichtversicherer einstandspflichtig ist, so bleibt gleichwohl die Frage, warum über ein höheres Prämienaufkommen Betreiber eines Kfz oder Ärzte bzw die Patienten über die Arzthonorare Beiträge leisten sollen, ohne dass dem Verletzten damit persönlich ein Vorteil verschafft wird. In den eigentlich heiklen Fällen, in denen der Verletzte zu einer Schmerzempfindung nicht mehr in der Lage ist, ist dieser bloß eine menschliche Hülle, der Rechtsträger, um eine Vermögensverschiebung an seine Erben zu rechtfertigen.⁵³⁾ Zu bedenken ist dabei, dass in den Genuss des Schmerzensgeldes auch solche Erben kommen, die sich ein Leben lang nicht um den Verletzten gekümmert haben, in letzter Konsequenz auch der Fiskus.

Betrachtet man auch diese andere Seite der Medaille, muss man zumindest einräumen, dass beachtliche Gründe auch gegen einen Zuspruch von Schmerzensgeld, jedenfalls in diesem Ausmaß sprechen. Es ist womöglich zwischen weiteren Fallgruppen zu unterscheiden; in Betracht kommt, dass die Lösung des anstehenden Problems nicht allein bei der Anspruchskategorie Schmerzensgeld⁵⁴⁾ gefunden werden kann. Ungeachtet des Umstands, dass nunmehr eine gefestigte Judikatur vorliegt, soll das Problem von möglichst vielen Aspekten aus untersucht werden.

⁴⁴⁾ BGH 13. 10. 1992, BGHZ 120, 1.

⁴⁵⁾ So auch Kern, FS-Gitter (1995) 447, 450.

⁴⁶⁾ Vgl dazu Danzl, Anm zu LG Innsbruck ZVR 1988/8, der auf das einfache Rechtsempfinden weiter Bevölkerungskreise sowie einschlägiger Praktiker verweist, die die zu geringen Schmerzensgeldbeträge als „nicht gerecht“ empfinden. Ein solches Unbehagen, das gewiss ernst zu nehmen ist, bezieht sich aber kaum auf eine bestimmte schadenersatzrechtliche Kategorie, sondern das wirtschaftliche Gesamtergebnis, ob der Schadensfall insgesamt angemessen entschädigt wurde oder nicht.

⁴⁷⁾ Kern, FS-Gitter (1995) 447, 456 bezeichnet die neuere deutsche Rsp als Mitleidsjudikatur.

⁴⁸⁾ Karner, Ersatz ideeller Schäden 128; Danzl, in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld 129; so schon ders, Anm zu LG Innsbruck ZVR 1988/8. Auch Kern, FS-Gitter (1995) 447, 450 bezeichnet dieses Ergebnis als „befremdend“, weist aber dann zu Recht auf den Todesfall hin, wodurch dieses Argument an Dramatik verliere.

⁴⁹⁾ Karner, Ersatz ideeller Schäden 128.

⁵⁰⁾ Karner, Ersatz ideeller Schäden 132 unter Berufung auf Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2¹³ § 83 III 2 b.

⁵¹⁾ Danzl, in: Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld 128; Karner, Ersatz ideeller Schäden 124.

⁵²⁾ Unter Punkt IV D 2.

⁵³⁾ Zum deutschen Recht vgl Ch. Huber, NZV 1998, 345 ff.

⁵⁴⁾ Insoweit war der Blickpunkt von Karner, Ersatz ideeller Schäden sowie von Danzl, in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller womöglich lediglich auf diese Kategorie gerichtet.

IV. Eigene Stellungnahme

A. Systematische Stellung des Schmerzengeldes

Wenn eine Person verletzt wird, dann löst das verschiedene Ansprüche aus. Beim Erwerbsschaden geht es darum, dass zu ersetzen ist, was der Verletzte durch Betätigung seiner Arbeitskraft ins Verdienen gebracht hätte. Die Verunstaltungsentschädigung soll nach dem Konzept der Rsp eine pauschale Abgeltung für künftigen Vermögensschaden durch Beeinträchtigung des äußeren Erscheinungsbildes sein.⁵⁵⁾ Durch die Heilungskosten werden die Aufwendungen abgedeckt, die dazu dienen, den lädierten Gesundheitszustand zu verbessern. Bei den vermehrten Bedürfnissen geht es darum, dass durch konkrete Aufwendungen der Verletzte eine Ersatzlage herstellt, um trotz unbehebbarer körperlicher Defizite ein Leben möglichst so wie ohne Verletzung führen zu können. Das Schmerzengeld schlussendlich soll dazu dienen, als Restposten⁵⁶⁾ eine Abgeltung dafür zu sein, was auf Grund konkreter Gestaltungen nicht mehr aufgefangen werden kann, um den Verletzten in die Lage zu versetzen, durch Finanzierung von Annehmlichkeiten gleichwohl ein einigermaßen menschenwürdiges Dasein zu führen.

Diese einzelnen Schadensposten stehen nicht isoliert nebeneinander. Vielmehr stehen sie – wie kommunizierende Gefäße – in einer Wechselwirkung zu einander, sodass ein höherer Zuspruch bei einer Kategorie nicht ohne Auswirkungen bei einer anderen bleibt. Auch lässt sich eine Zuordnung zu den Kategorien des Restitutions- bzw. Integritätsinteresses einerseits und des Kompensationsinteresses andererseits vornehmen. Durch die Herstellung von Wechselbeziehungen bzw. Strukturparallelen zwischen den einzelnen Kategorien des Personenschadens bzw. des Sachschadens⁵⁷⁾ soll ein Beitrag geleistet werden zur präziseren Fassung des Begriffs Schmerzengeld.

1. Verhältnis von Heilungskosten, vermehrten Bedürfnissen und Schmerzengeld zum Sachschaden

Sowohl die Heilungskosten als auch die vermehrten Bedürfnisse sind auf Schaffung einer Ersatzlage gerichtet. Sie stellen eine Ausprägung des Restitutionsinteresses dar.⁵⁸⁾ Demgegenüber soll das Schmerzengeld gerade den Bereich erfassen, bei dem die Schaffung einer Ersatzlage nicht mehr möglich ist oder der Geschädigte das nicht will. Das Verhältnis zwischen Heilungskosten und vermehrten Bedürfnissen einerseits und

Schmerzengeld andererseits ist vergleichbar mit dem der Reparaturkosten einer beschädigten Sache und der trotz Reparatur verbleibenden Werteinbuße, die häufig in Gestalt des merkantilen Minderwertes ausgedrückt wird.

Für den Personen- als auch für den Sachschaden lässt sich folgende Abstufung treffen: Das Gesamtausmaß des Ersatzes ist umso größer, in je weitergehendem Ausmaß das Restitutionsinteresse betätigt wird. Gelingt es dem Verletzten, in möglichst vielen Lebensbereichen durch Anschaffung von Gütern oder Inanspruchnahme von Dienstleistungen eine Situation möglichst so wie ohne Verletzung herzustellen, dann verbleibt für das restliche Schmerzengeld ein nur geringerer Bedarf. So war das etwa in dem Fall der E OGH VersR 1992, 259, in der der Verletzte nach seiner Beinverletzung die Anschaffungskosten für ein privates Außenschwimmbad verlangt hat. Werden ihm diese Kosten zuerkannt, fällt das Schmerzengeld geringer aus, weil auf diese Weise ein Teil seiner Unlustgefühle schon durch die Finanzierung eines (bestimmten) vermehrten Bedürfnisses weggefallen ist.⁵⁹⁾

Beim Sachschaden können Reparaturkosten über den Wiederbeschaffungswert hinaus verlangt werden.⁶⁰⁾ Bei Betätigung des Restitutionsinteresses hat der Geschädigte einen weitergehenden Ersatzanspruch als in dem Fall, in dem er auf eine Reparatur verzichtet und bloß die durch den realen Schaden in seinem Gesamtvermögen entstandene Lücke ersetzt verlangt. Die neben den Reparaturkosten verbliebene Werteinbuße ist um so geringer, eine je stärkere Annäherung an den Zustand ohne Schädigung durch eine bestimmte Reparaturmaßnahme gelingt. Wird eine Restitution in weniger weitgehendem Ausmaß erreicht, steigt dadurch die verbleibende Werteinbuße zwar an; die Summe aus Reparaturkosten und Werteinbuße ist aber geringer als bei möglichst umfassender Reparatur. Verzichtet der Geschädigte auf jegliche Reparatur und verlangt er lediglich die durch das Schädigerverhalten hervorgerufene Werteinbuße, ist diese als Werteinbuße am höchsten, aber stets geringer als die Summe aus Reparaturkosten und restlicher Werteinbuße.⁶¹⁾

Während der OGH in der Schwimmbad-E VersR 1992, 259 diese Abstufung abgelehnt hat, hat er gerade diese Differenzierung in einer E, in der es auf Grund eines Schädigerverhaltens zu einer Hangrutschung gekommen war, zugrunde gelegt.⁶²⁾ Bemüht man sich um die Herstellung von Strukturparallelen zwischen Sach- und Personenschaden, dürfen insoweit vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden. Nach diesem Konzept ist das Schmerzengeld eine Restgröße. Diese soll bewirken, dass der Verletzte die Maßnahmen finanzieren kann, die trotz eines weiten Verständnisses des Begriffs der vermehrten Bedürfnisse im Sinn der Schaffung einer Ersatzlage⁶³⁾ bei dieser Kategorie nicht mehr unterzubringen oder unzulässig sind

⁵⁵⁾ Krit *Apathy*, Historisches und Dogmatisches zur Entschädigung für die Verhinderung des besseren Fortkommens (§ 1326 ABGB, § 13 Z 5 AtomHG, § 13 Z 5 EKHG) FS-Strasser (1993) 1 ff; *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 206 ff, jeweils mit Nachw der Judikatur.

⁵⁶⁾ Zur Ergänzungsfunktion des Schmerzengeldes *Brüggemeier*, Haftungsfolgen, Entwicklungstendenzen im europäischen und deutschen Schadensersatzrecht, in *Ott/Schäfer* (Hrsg), Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen (1999) 171, 186.

⁵⁷⁾ Dazu ausführlich *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung² (1995) 137 ff.

⁵⁸⁾ *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 262, 313; *aA Brüggemeier*, Haftungsfolgen, in *Ott/Schäfer* (Hrsg) Präventivwirkung 171, 186, der die vermehrten Bedürfnisse dem Kompensationsinteresse zurechnet.

⁵⁹⁾ So *Ch. Huber*, Umfaßt der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Errichtungskosten eines privaten Schwimmbades? VersR 1992, 545 ff (Besprechungsaufsatz zu dieser E).

⁶⁰⁾ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB² § 1323 Rz 9.

⁶¹⁾ *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 153 ff.

⁶²⁾ OGH NZ 1996, 236; ähnlich OLG Wien ZVR 1993/9.

⁶³⁾ Zum Begriff und Judikaturnachw *Reischauer* in *Rummel*, ABGB² § 1323 Rz 2.

bzw. solche, bei denen die Schaffung einer Ersatzlage möglich wäre, der Verletzte aber darauf verzichtet.

*Köndgen*⁶⁴⁾ hat dafür die Bezeichnung „Naturalrestitution zweiten Grades“ verwendet. Wofür der Verletzte das Schmerzensgeld in der Folge verwendet, ist gleichgültig. Entgegen der neueren Rsp kommt es aber sehr wohl darauf an, dass das Schmerzensgeld nicht nur in typisierter Form,⁶⁵⁾ sondern für den jeweiligen Verletzten in irgendeiner Weise **tatsächlich** so verwendet werden kann, dass es einen Beitrag zur Linderung seiner Unlustgefühle und Beschwerden leistet. Ob der Verletzte das Schmerzensgeld dafür verwendet oder es in den Sparstrumpf steckt, darauf kommt es wiederum nicht an.

Der Zuspruch hoher Schmerzensgeldbeträge in der Vergangenheit ist in manchen Fällen daraus zu erklären, dass zwischen vermehrten Bedürfnissen und Schmerzensgeld nicht immer sauber differenziert wurde. So verweist selbst ein so exzellenter Kenner der Materie wie *Danzl*⁶⁶⁾ darauf, dass mit einem reichlich bemessenen Schmerzensgeld der zu erwartende persönliche **Pflegeaufwand** finanziert und eine möglichst weitgehende **materielle Absicherung** erreicht werden kann. Dass ein solcher vom Schädiger zu finanzieren ist, darüber besteht Einigkeit, nicht aber über die Anspruchskategorie. Ob die Abgeltung solcher Nachteile im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse oder des Schmerzensgeldes erfolgt, ist aber mehr als eine Etikettierungsfrage.⁶⁷⁾ Wenige Unterschiede seien genannt:

Der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse zählt zum Vermögensschaden. Das richterliche Ermessen bei der Festsetzung der Schadenshöhe ist trotz § 273 ZPO enger. Der Ersatz erfolgt in Rentenform, was den Vorteil hat, dass der Umfang sich am tatsächlichen Bedarf orientiert, sowohl hinsichtlich der zeitlichen Dauer als auch der jeweiligen Höhe im betreffenden Zeitabschnitt. Schließlich ist zu beachten, dass die Pflegegeldrente eines Sozialversicherungsträgers insoweit sachlich kongruent ist. Das Schmerzensgeld verbleibt dem Verletzten hingegen stets ungekürzt.

2. Verhältnis von Schmerzensgeld zum Erwerbsschaden⁶⁸⁾

Beim Erwerbsschaden wird darauf abgestellt, welche Auswirkungen die jeweilige Verletzung im konkreten Vermögen des Geschädigten in Bezug auf die Betätigung seiner Arbeitskraft hatte. Das wirkt sich in zweierlei Hinsicht aus:

Ein und dieselbe Verletzung führt zu einer je unterschiedlichen Ersatzpflicht, je nach dem, welchen Beruf

der Verletzte ausübt. Eine Beinverletzung beeinträchtigt einen, der am Schreibtisch arbeitet, kaum. Ein Fußballprofi kann hingegen seinen Beruf nicht mehr ausüben. Das Ausmaß der Ersatzpflicht ist darüber hinaus davon abhängig, wie viel der Verletzte ohne Verletzung verdient hätte. So macht es einen erheblichen Unterschied, ob ein gut verdienender Freiberufler verletzt wird oder ein Clochard. Während beim Freiberufler ein hoher Erwerbsschaden herauskommt, kann man in bezug auf den Erwerbsschaden den Clochard zum Nulltarif verletzen.

Möglicherweise gelangen die Anhänger einer objektiv-abstrakten Schadensberechnung zu einem anderen Ergebnis.⁶⁹⁾ Auch die österr Rsp würde aber zu einer so scharfen Differenzierung kommen, ohne dass dies aus Gründen des Rechtsgefühls in Zweifel gestellt würde. Der Umstand, dass im Sozialversicherungsrecht nach der allgemeinen Minderung der Erwerbsminderung jede Verletzung – unabhängig vom konkret ausgeübten Beruf – gleich hoch taxiert wird, führt im Haftpflichtrecht gerade zu keinem anderen Ergebnis.

Beim Schmerzensgeld stellt man vom Ausgangspunkt ebenso wie beim Erwerbsschaden darauf ab, welche Auswirkungen die Verletzung beim jeweiligen Verletzten hat, mag die Feststellung der bei ihm ausgelösten Unlustgefühle auch mit größeren Schwierigkeiten verbunden sein als die Feststellung der Vermögenslücke beim Erwerbsschaden, so dass eine stärkere Objektivierung geboten ist. Auch beim Schmerzensgeld kommt es nicht allein auf die Schwere der Verletzung an; vielmehr schließt man aus der Schwere der Verletzung auf die dadurch ausgelösten Unlustgefühle und den zu ihrer Kompensation erforderlichen Betrag.⁷⁰⁾ Zutreffend ist weiters, dass insb bei schweren Verletzungen die Formel des Ausgleichs von Schmerzen durch Annehmlichkeiten nicht mechanisch angewendet werden kann, weil man ansonsten zu astronomisch hohen Beträgen käme.⁷¹⁾ Ein konkreter Kenntnisstand sollte jedoch stets zu verwerten sein. Wie der Verletzte ohne Nachweis einer Vermögenseinbuße keinen Erwerbsschaden verlangen kann, sollte auch einem Verletzten, der keine Schmerzen erleidet, kein Schmerzensgeldanspruch zustehen.

Beim Schmerzensgeld verlässt der OGH ab einer gewissen Schwere der Verletzung dieses Konzept, indem er Schmerzensgeld zuerkennt unabhängig von den Auswirkungen beim jeweiligen Verletzten, bloß auf Grund der Schwere der Verletzung. Die Rsp⁷²⁾ begnügt sich dann mit dem Hinweis, dass zwar das Schmerzensgeld seine eigentliche Aufgabe nicht erfüllen könne, aber gleichwohl nicht „funktionslos“ sei und spricht gestützt darauf Schmerzensgeld zu. Man wird dieser Methode jedenfalls bescheinigen müssen, dass ein logischer Bruch vorliegt, sie nicht folgerichtig ist und gerade nicht allge-

⁶⁴⁾ Haftpflichtfunktion und Immaterialschaden (1976) 80.

⁶⁵⁾ So aber *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 135.

⁶⁶⁾ Anm zu LG Innsbruck ZVR 1998/8. In weiterer Folge ist von der Lebensqualität erhöhenden Anschaffungen die Rede. Auch bei diesen wäre zu prüfen, ob nicht insoweit ein – vorrangiger – Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse gegeben wäre. Dazu *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 347 ff. Die Kategorie der vermehrten Bedürfnisse ist im österr Recht selbst im Bewusstsein der Haftpflichtjuristen deshalb nicht fest verankert, weil das ABGB diese Kategorie nicht kennt. Sie findet sich aber in den §§ 12 Z 3 und 13 Z 3 EKHG.

⁶⁷⁾ Zur Abgrenzung zum Schmerzensgeld *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 317 ff.

⁶⁸⁾ Zu Parallelen zwischen Erwerbsschaden und Schmerzensgeld bei der Frage der Ersatzform von Kapital und Rente *Danzl*, ZVR 1992, 1, 10.

⁶⁹⁾ Zum deutschen Recht, wo die subjektiv-konkrete Schadensberechnung herrschend ist, vgl *Hagen*, Fort- oder Fehlbildung des Schadensbegriffs (BGH [GSZ] NJW 1968, 1823), JuS 1969, 61, 69, der einen Erwerbsschaden des Clochards dezidiert ablehnt; ebenso *Stürner*, Der Erwerbsschaden und seine Ersatzfähigkeit, JZ 1984, 412, 414; *Honsell/Harrer*, Schaden und Schadensberechnung, JuS 1991, 441, 446.

⁷⁰⁾ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 11/20.

⁷¹⁾ *Danzl*, Anm zu LG Innsbruck ZVR 1988/8; *ders*, ZVR 1992, 1, 8.

⁷²⁾ OGH 3. 12. 1985 KRSIlg 9/9; 23. 4. 1992 JuSZ Nr. 1120 sowie die dieser LeitE folgende Judikatur.

meinen Prinzipien des Schadenersatzrechts folgt.⁷³⁾ Beim Erwerbsschaden würde dem entsprechen, dass man ab einer gewissen Schwere der Verletzung, etwa einer 50%igen Minderung der Erwerbsfähigkeit, auch dem Clochard einen Erwerbsschaden zuerkennt, mag er einen solchen auch nicht erlitten haben. Beim Erwerbsschaden geht man gerade nicht so vor.

B. Weitere Funktionen des Schmerzensgeldes

Wie soeben erwähnt findet sich in einigen OGH-E der Hinweis, dass das Schmerzensgeld nicht funktionslos sei, auch wenn es nicht dafür verwendet werden kann, um dem Verletzten damit etwas Gutes zu tun. In der Lit⁷⁴⁾ und vom BGH⁷⁵⁾ wird darüber hinaus die Ansicht vertreten, dass sich das Ausgleichsprinzip nicht darin erschöpfe, dass es dazu da sei, dass sich der Verletzte Annehmlichkeiten verschaffe oder verschaffen lasse. Es ist deshalb zu untersuchen, ob das erzielte Ergebnis zu billigen ist und bloß die dogmatische Begründung fehlt.

1. Der Ansatz von Canaris

Praktisch zeitgleich mit dem OGH,⁷⁶⁾ bloß wenige Wochen später, hat der BGH⁷⁷⁾ seine Judikatur geändert, so dass insoweit dem Grunde nach ein Gleichlauf zwischen deutscher und österr Rsp zu konstatieren ist. Auch der BGH⁷⁸⁾ hat ausgesprochen, dass die Vernichtung der Persönlichkeit als solche als immaterieller Schaden anzusehen sei. Auch er hat sich dafür auf die Grundrechte, nämlich die Art 1 und 2 GG, berufen. Eine fundierte dogmatische Grundlage ist das nicht.⁷⁹⁾ Um eine solche hat sich Canaris,⁸⁰⁾ der die Judikaturwende ausdrücklich begrüßt hat, bemüht.

Canaris hat zur Abstützung des vom BGH erzielten Ergebnisses der Zuerkennung von Schmerzensgeld an einen Empfindungsunfähigen auf die Metaphysik von Kant und das postmortale Persönlichkeitsrecht verwiesen. Dies sei eine Belegstelle, dass die Rechtsordnung gewisse Konstellationen anerkenne, in denen mit dem Tod eben nicht alles aus sei. Auch wenn der Mensch bloß noch eine schmerzempfindliche Hülle sei, könne er nicht einem Toten gleichgestellt werden. Vielmehr stehe ihm ein Anspruch auf Schmerzensgeld zu. Auch beim postmortalen Persönlichkeitsrecht⁸¹⁾ zeige sich, dass die Angehörigen – unabhängig von einem eigenen Nachteil – Rechte des in seiner Ehre Verletzten nach dessen Tod geltend machen können.⁸²⁾ Von daher sei es eben auch nicht anstößig, wenn der Schmerzensgeldanspruch häufig erst von den Angehörigen bzw Erben des Verletzten geltend gemacht werde.

Bei dieser Argumentation werden zwei wesentliche Gesichtspunkte außer Acht gelassen. Das postmortale Persönlichkeitsrecht gewährt den Hinterbliebenen bloß Abwehransprüche, aber gerade keine auf Geldersatz gerichteten Schadenersatzansprüche.⁸³⁾ Es kommt somit nicht dazu, dass die Erben aus einer dem Lebenden zustehenden Rechtsposition Kapital schlagen. Darüber hinaus ist es durchaus legitim und vom mutmaßlichen Willen des Verletzten gedeckt, dass seine Angehörigen bzw Erben nach seinem Tod dafür sorgen, dass seine Ehre nicht in den Schmutz gezogen wird. Völlig anders verhält es sich aber damit, dass Erben, uU auch solche, die sich weder zeitlebens noch in der Todesphase um den Verletzten gekümmert haben, in letzter Konsequenz sogar der Fiskus, Schmerzen liquidieren, die der Verletzte niemals erlitten hat. Der Ansatz von Canaris vermag somit den Lösungsansatz des OGH bzw des BGH nicht zu tragen.

2. Präventionsgesichtspunkt – ökonomische Analyse des Rechts

Die ökonomische Analyse des Rechts sieht die alleinige Funktion des Haftungsrechts in der Prävention. Die Legitimation des Haftungsrechts wird darin gesehen, dass dieses einen Beitrag zur Maximierung der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt leisten soll.⁸⁴⁾ Ein Synonym dafür ist die optimale Allokation der Ressourcen bzw die Vermeidung der Vergeudung knapper Güter. Dem Haftungsrecht wird die Aufgabe zugewiesen, dass das Ausmaß der Einstandspflicht so ausgestaltet wird, dass die Summe aus dem Aufwand zur Schadensvermeidung und den gleichwohl eintretenden Schäden ein Minimum wird.

Diese Richtung plädiert dementsprechend dafür, dass auch im Tötungsfall über den nach dem Gesetz (§ 1327 ABGB bzw § 844 Abs 1 und 2 BGB) vorgesehenen Ersatz der Beerdigungskosten und des Unterhalts weitergehender Ersatz zu leisten sein soll, weil nur dann ein ökonomisch ausreichender Anreiz für die Vermeidung solcher Unfälle gegeben ist.⁸⁵⁾ Dementsprechend ist es folgerichtig, dass diese Richtung auch einem schwerstverletzten Empfindungslosen Schmerzensgeld zubilligt. Denn die Sanktion wird nicht beurteilt nach der Einbuße beim Verletzten, sondern nach der Höhe des für die Verhaltenssteuerung beim Ersatzpflichtigen gebotenen Geldbetrags.⁸⁶⁾ Abgestellt wird konsequenterweise auf die Schwere der Verletzung und nicht auf die beim Verletzten ausgelösten Folgen.

Zu betonen ist, dass die ökonomische Analyse des Rechts Aussagen im Rahmen eines mikroökonomischen Modells macht; und soweit die daraus zu ziehenden Folgerungen im Rahmen der Interpretation Berücksichtigung finden können, soll das auch geschehen.⁸⁷⁾ Bei der Umsetzung hat der Jurist freilich sorgfältig

⁷³⁾ AA Karner, Ersatz ideeller Schäden 139.

⁷⁴⁾ Karner, Ersatz ideeller Schäden 133.

⁷⁵⁾ BGHZ 120, 1.

⁷⁶⁾ 23. 4. 1992.

⁷⁷⁾ 13. 10. 1992.

⁷⁸⁾ BGHZ 120, 1.

⁷⁹⁾ So auch Kern, FS-Gitter (1995) 447, 454.

⁸⁰⁾ Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 § 83 III 2b.

⁸¹⁾ Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 § 80 VI 1 e.

⁸²⁾ Dazu nunmehr Peukert, Die Leistungsschutzrechte des ausübenden Künstlers nach dem Tode (1999) 134 ff. Vgl auch BGH GRUR 1995, 668, 669, wo darauf hingewiesen wird, dass der rechtliche Schutz der Persönlichkeit nicht mit dem Tode, sondern der allgemeine Wert- und Achtungsanspruch fortbesteht.

⁸³⁾ BGH NJW 1974, 1371; OLG München NJW-RR 1994, 925; von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht (1996) § 1 Rz 116; Gleichauf, Das postmortale Persönlichkeitsrecht im internationalen Privatrecht (1999) 160.

⁸⁴⁾ Kötz, Deliktsrecht⁸ (1998) Rz 119.

⁸⁵⁾ Kötz, Deliktsrecht Rz 541; Brüggemeier, in Ott/Schäfer (Hrsg) Präventionswirkung 171, 188.

⁸⁶⁾ So bereits Ott/Schäfer, Schmerzensgeld bei Körperverletzungen, JZ 1990, 563, 566.

⁸⁷⁾ Zur Verwertung von Erkenntnissen der ökonomischen Analyse des Rechts bei Schadensnormen Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung 37 ff.

tig zwischen einer wünschenswerten gesetzlichen Ausgestaltung de lege ferenda und der lex lata zu unterscheiden.

Nach der (österreich) lex lata kommt es allein auf die Einbuße beim Geschädigten an. Wo eine solche fehlt, kann sie nicht durch einen pauschalen Hinweis auf die Prävention substituiert werden.⁸⁸⁾ Die Bemessung von Schadenersatzansprüchen unter Einschluss der Schmerzensgeldansprüche würde dadurch mE völlig unkontrollierbar und kaum vorhersehbar, wenn deren Höhe von einem nach richterlichen Ermessen frei gegriffenen Präventionsbedarf abhängig wäre. Auch für das Schmerzensgeld sei daher auf die Aussage von *Steffen*,⁸⁹⁾ des langjährigen Vorsitzenden Richters des Haftpflichtsenats des BGH, verwiesen, dass allein die konkrete Schadensberechnung einen wirtschaftlich vernünftigen Schadensausgleich garantiere. Das Präventionsprinzip allein kann somit die vom OGH angesprochene Funktion, die das Schmerzensgeld in solchen Fällen haben soll, nicht ausfüllen.⁹⁰⁾

3. Objektiv-abstrakte Schadensberechnung

Sehr häufig, wenn ein bestimmtes Ergebnis nach dem Rechtsgefühl nicht als stimmig erscheint, wird die objektiv-abstrakte Schadensberechnung⁹¹⁾ als Allheilmittel herangezogen. Dieser Ansatz wurde zuletzt beim OGH bei den fiktiven Heilungskosten abgelehnt, also bei der Frage, ob eine Person, die Heilmaßnahmen ergreifen könnte, aber darauf verzichtet, gleichwohl auf der Basis von Heilungskosten abrechnen kann.⁹²⁾ In der vorliegenden Konstellation kommt es zu einer Renaissance dieser Begründungskrücke, ohne dass der OGH bzw der BGH⁹³⁾ das Kind beim Namen genannt haben. Vielmehr hat sich der OGH auf die Grundrechte gestützt sowie den Wandel des medizinischen Fortschritts.

Viele Argumente, die bei der ehemaligen Zuerkennung fiktiver Heilungskosten nunmehr abgelehnt wurden, werden hier abermals bemüht: Es wird darauf verwiesen, dass die Gesundheit ein besonders hochrangiges Rechtsgut sei. Es seien objektivierbare Kategorien für die Bemessung vorhanden. Das Ausmaß des Ersatzes solle auf den Mindestschaden begrenzt werden.

All diese Argumente wurden beim Zuspruch fiktiver Heilungskosten nicht für tragend erachtet. Insb wurde darauf verwiesen, dass ein verfehelter Ansatz nicht rich-

tiger werde, wenn man es billiger mache.⁹⁴⁾ Es ist nicht ersichtlich, warum die Argumente, die in einem Fall abgelehnt wurden, im anderen Fall stechen sollten. Bei einem schmerzempfindlichen Verletzten geht es – um *Kozioł*⁹⁵⁾ zu zitieren – darum, dass „kein ideelles Gut beeinträchtigt“ wurde und die „Annahme eines Schadens“ „reine Fiktion“ wäre.

C. Alternative Lösungen

Es stellt sich die Frage, ob für die Zuerkennung von **Schmerzensgeld** an Personen, die keine Schmerzen empfinden, ein unabweisbares Bedürfnis besteht oder ob auf anderem Weg eine sachgerechte Lösung zu erzielen ist.

1. Schmerzensgeld nur bei Verwertbarkeit für den Verletzten

Die bisherige Rsp hat die Zuerkennung von Schmerzensgeld schon dann in vollem Ausmaß gebilligt, wenn auch nur ein Funke an Restintelligenz⁹⁶⁾ verblieben ist bzw eine Schmerzreaktion⁹⁷⁾ nachweisbar war, etwa durch Schweißausbrüche.⁹⁸⁾ Nach dem hier vertretenen Ansatz kann es darauf nicht ankommen. Der Nachweis einer naturwissenschaftlichen Schmerzreaktion als solcher ist mE zu wenig, um die Zuerkennung von Schmerzensgeld zu legitimieren.

Dafür kommt es nicht allein auf den Begriff an. Vielmehr ist nach der systematischen Stellung des Schmerzensgeldes dieses jene Kategorie, das die durch die vermehrten Bedürfnisse nicht abgedeckten Defizite aufzufangen soll. Maßgeblich ist mE, dass mit dem Schmerzensgeld eine Maßnahme finanziert werden kann, um dem Verletzten in irgend einer Weise eine Erleichterung seines Zustands zu ermöglichen.⁹⁹⁾

Zu wenig ist es jedoch, dass bei einer derartigen Verletzung typischerweise Schmerzen erlitten werden und deshalb Schmerzensgeld in einer bestimmten Höhe gebühren würde.¹⁰⁰⁾ Abzustellen ist beim Schmerzensgeld wie nach allgemeinem Schadenersatzrecht auf den jeweiligen Verletzten, den der Schädiger so zu nehmen hat, wie er ist, nicht aber auf einen vernunftbegabten durchschnittlichen Erwachsenen.¹⁰¹⁾ Ist eine Person tatsächlich vollkommen empfindungsunfähig, steht nach dem hier vertretenen Ansatz auch kein symbolisches Schmerzensgeld zu. Insoweit bleibt auch die Ansicht von *Harrer*,¹⁰²⁾ die sich an die inzwischen aufgebene deutsche Rsp anlehnt, auf halbem Weg stehen und ist abzulehnen.

Freilich ist in jedem Einzelfall sehr genau zu prüfen, ob dieser Befund tatsächlich gegeben ist. Schon die

⁸⁸⁾ AA offenbar *Brüggemeier*, in *Ott/Schäfer* (Hrsg) Präventionswirkung 171, 188: „Gerade in den Fällen, in denen das enge Vermögensschadenskonzept des BGB-Schadensrechts nicht weiterführt, ist die Entschädigungszahlung mit dem Präventionsgedanken zu legitimieren.“ Das Ergebnis (Feststehen des Erfordernisses einer Entschädigungszahlung, nicht weiterführendes BGB-Schadensrecht) steht hier somit a priori fest. Es geht nur noch um dessen Abstützung durch eine einleuchtende Begründung.

⁸⁹⁾ Abkehr von der konkreten Berechnung des Personenschadens und kein Ende? *VersR* 1985, 605, 611.

⁹⁰⁾ So wohl auch *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 132.

⁹¹⁾ Zum Zusammenhang zwischen objektiv-abstrakter Schadensberechnung und Prävention *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 137.

⁹²⁾ OGH ZVR 1998/32 = JBl 1998, 109 mit Besprechungsaufsatz von *Ch. Huber*, Abkehr von der Zuerkennung fiktiver Heilungskosten – ein weiterer Meilenstein der Annäherung von Rsp und Lehre, *ZVR* 1998, 74ff.

⁹³⁾ So der Hinweis von *Deutsch*, Urteilsanmerkung, *NJW* 1993, 784. Ebenso *Kern*, FS-Gitter (1995) 447, 455.

⁹⁴⁾ *Apathy*, Fiktive Operationskosten, *RZ* 1986, 268.

⁹⁵⁾ Haftpflichtrecht II 141. Gerade ggt nunmehr freilich *ders*, Haftpflichtrecht I³ Rz 11/23.

⁹⁶⁾ OGH 19. 12. 1989, 2 Ob 146/89.

⁹⁷⁾ OGH ZVR 1978/180; ZVR 1985/165 = JBl 1984, 673.

⁹⁸⁾ OGH ZVR 1985/49.

⁹⁹⁾ In der E OGH SZ 62/71 = ZVR 1990/48 = JBl 1989, 587 (*Reich-Rohrwig*) wird darauf hingewiesen, dass selbst im Koma die Betreuung durch Familienangehörige in vertrauter Umgebung von Bedeutung sei. Vgl demgegenüber *Schiemann*, Anm zu LM § 847/102 (Bl 3): „Handelt es sich beim Koma des Verletzten aber um ein bloßes Übergangsstadium zu seinem baldigen Tod, kann man sich schlechthin nicht mehr vorstellen, wie ein ‚Schmerzensgeld‘ dem Gestorbenen hätte helfen können.“

¹⁰⁰⁾ So aber *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 135.

¹⁰¹⁾ So aber OGH ZVR 1997/66.

¹⁰²⁾ In *Schwimmann* ABGB § 1325 Rz 78.

Aufrechterhaltung der gewohnten Umgebung¹⁰³⁾ bzw das Halten der Hände ist für so manchen Verletzten in der Phase des Todes als Wohltat anzuerkennen. Die Feststellung solcher Umstände ist auch nicht eine rein medizinische Frage, sodass die Gefahr, dass das Schmerzensgeld Null oder den Maximalbetrag ausmacht, je nach Ausgang der medizinischen Expertise,¹⁰⁴⁾ nicht gegeben ist.

Die Möglichkeiten, für den Verletzten Erleichterungen zu verschaffen, dürfen dann aber nicht bloß für den Grund des Anspruchs bedeutsam sein, sondern müssen auch Einfluss auf die Bemessung des Schmerzensgeldes haben. Wegen einer ganz kurzfristigen Schmerzempfindung soll der Verletzte – bzw in weiterer Folge dessen Erben – nicht ein Schmerzensgeld von 1 Mio S oder mehr erhalten, bloß deshalb, weil die Verletzung an sich schwer ist.¹⁰⁵⁾ Ob das Schmerzensgeld tatsächlich widmungsgemäß verwendet wird, darauf kann es nicht ankommen.¹⁰⁶⁾ Das gilt insb dann, wenn der Ersatzpflichtige seine Einstandspflicht so lange hinauszögert, bis der Verletzte nichts mehr damit anfangen kann.

Dazu kommt, dass als eigenständige Bewertungskategorie der Umstand zu berücksichtigen ist, dass der Verletzte während der Bewusstlosigkeit, mag er dabei auch keine Schmerzen verspürt haben, eine bestimmte Phase seines Lebens nicht privatautonom gestalten konnte.¹⁰⁷⁾ Dies gilt freilich nur mit der Einschränkung, dass er danach wieder in einen Zustand gelangt, in der er mit dem Schmerzensgeld etwas anfangen kann, im Klartext: so weit gesundet, dass er sich Annehmlichkeiten damit finanzieren kann. Freilich wird dieser immaterielle Nachteil geringer zu gewichten sein als das bewusste Erleben und Verarbeiten von Schmerzen.

Die hier formulierten Kriterien werden selten zu einer Versagung jeglichen Ersatzes führen. Im praktischen Ergebnis dürfte aber in vielen Fällen eine sehr erhebliche Reduzierung des Ausmaßes des Schmerzensgeldes bis hin zu einer symbolischen Größenordnung die Folge sein. Die Reduktion auf diesem Gebiet sollte aber mit der Anhebung von Schadensposten auf anderen Gebieten einhergehen:

2. Marktkonforme Bewertung der Betreuungsdienstleistungen durch Angehörige

Hat die Lit nunmehr zur Kenntnis genommen, dass sich in der OGH-Rsp auf dem Gebiet der Bemessung des Schmerzensgeldes bei Schwerstverletzten eine Zäsur ergeben hat, so zeichnet sich auf einem anderen Terrain, auf dem es letztendlich um ungleich höhere Betr-

¹⁰³⁾ OGH OGH SZ 62/71 = ZVR 1990/48 = JBl 1989, 587 (Reich-Rohrwig).

¹⁰⁴⁾ Zur „außerordentlichen Wandelbarkeit“ medizinisch-biologischer Kenntnisse Danzl, ZVR 1990, 1, 6.

¹⁰⁵⁾ Vgl dazu Danzl, ZVR-Sonderheft 1987, 1, 6: Nach der Rsp ist es nicht erforderlich, dass der Verletzte während der gesamten Zeitspanne Schmerzen in vollem Umfang erdulden musste. Das kann man auch noch deutlicher ausdrücken: Es reichen irgendwelche Schmerzempfindungen für einen kurzen Zeitraum. Nach der neueren Rsp kommt es auch darauf nicht an.

¹⁰⁶⁾ So auch Müller, Die Schmerzensgeld-Rsp des BGH, Homburger Tage 1994, 7, 26.

¹⁰⁷⁾ OGH SZ 44/32 = JBl 1972, 43; in dieser E kam dazu, dass nach dem Erwachen aus dem Koma der Verletzte erst so richtig bewusst wurde, in welcher prekären Situation sie sich befunden hatte; und wie man sich vorstellen kann, ihr ex post der Angstschweiß über den Rücken geronnen ist.

ge geht, ebenfalls ein Wechsel ab. Die Rede ist von den Pflegedienstleistungen im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse. Während der OGH beim Schmerzensgeld an einen empfindungsunfähigen Verletzten¹⁰⁸⁾ der Sache nach den Schaden objektiv-abstrakt berechnet, mag das vom hier vertretenen Standpunkt auch verfehlt sein, so ist bei der Bewertung von Pflegedienstleistungen, die von Angehörigen erbracht werden, die gerade gegenläufige Tendenz zu beobachten. Folgende Konstellation ist prototypisch:

Nach der stationären Behandlung in einem Krankenhaus und einem allenfalls nachgeschalteten Aufenthalt in einem Rehabilitationszentrum wird der Verletzte anschließend in seiner gewohnten Umgebung von Angehörigen gepflegt und betreut. Der Grund hierfür mag sein, dass ein Krankenhaus einen so behandlungsbedürftigen Patienten gar nicht aufnimmt,¹⁰⁹⁾ oder aber, dass der Patient die Pflege durch Angehörige in seiner gewohnten Umgebung als bestmögliche Lösung ansieht.¹¹⁰⁾ Mitunter ist dies auch die Sicht der Ärzte.¹¹¹⁾

Folgende Reaktionen der Angehörigen sind die Folge: Diese geben ihren Beruf bzw den getrennten Haushalt¹¹²⁾ auf, vernachlässigen den Haushalt bzw stellen für den Haushalt eine Hilfe ein,¹¹³⁾ organisieren sich in der Großfamilie so, dass stets einer beim Verletzten sein kann¹¹⁴⁾ oder verzichten insb bei einer erforderlichen Rund-um-die-Uhr-Betreuung auf jede erdenkliche andere Freizeitbetätigung,¹¹⁵⁾ um in diesem Lebensabschnitt, der möglicherweise nur kurz ist, sich aber auch über Jahre erstrecken kann, beim Verletzten zu sein und ihm in seiner Notsituation beizustehen. Sie verrichten nicht nur Tätigkeiten, die auch von fremden Hilfskräften bewältigt werden können, von der Essenszuführung über die Hilfe beim Stoffwechsel bis zum An- und Auskleiden. Darüber hinaus erbringen sie seelische Beistandsleistungen, indem sie dem Verletzten Mut zusprechen, sich mit ihm unterhalten, kurzum das Gefühl menschlicher Wärme und Geborgenheit vermitteln.¹¹⁶⁾ Mitunter sind sie die einzigen, die ihn verstehen und mit ihm kommunizieren können.

¹⁰⁸⁾ Mögen als Vorwand auch Fortschritte auf dem Gebiet der Medizin oder die veränderte Rolle der Grundrechte herhalten.

¹⁰⁹⁾ OGH 25. 11. 1992, 2 Ob 60/92.

¹¹⁰⁾ Harrer in Schimann, ABGB § 1325 Rz 15.

¹¹¹⁾ Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht AT I^F (1995) § 8 Rz 76 FN 120; OGH ZVR 1999/47 = JBl 1999, 121: Wenn die Pflege in der Familie unterbleibt, würde sich das für den Verletzten lebensverkürzend auswirken, mag der OGH gegenüber dieser Feststellung der Untergerichte auch skeptisch sein.

¹¹²⁾ OGH 7. 12. 1995, 2 Ob 86/95: Die Ehefrau löst den Haushalt im Kosovo auf und zieht nach Deutschland, um ihrem Mann dort den Haushalt führen und ihn pflegen zu können.

¹¹³⁾ OGH ZVR 1987/128.

¹¹⁴⁾ OGH SZ 62/71 = ZVR 1990/48 = JBl 1989, 587 (Reich-Rohrwig).

¹¹⁵⁾ OGH ZVR 1998/128; ZVR 1999/47 = JBl 1999, 121.

¹¹⁶⁾ Zur Ersatzfähigkeit solcher seelischer Beistandsleistungen Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung 366ff; abl OGH ZVR 1999/35: Vom Verletzten angesprochen, ohne dass dies von den Gerichten gewürdigt wurde. Ebenso BGH BGHZ 106, 28 = JZ 1989, 344 (Grunsky) = JR 1989, 236 (Schlund); NJW 1999, 2819 = VersR 1999, 1156 = FamRZ 1999, 1345 = MDR 1999, 1137; aA OLG Köln VersR 1992, 506, wo dieser Umstand zumindest bei der Bemessung des Stundenlohnes für beachtlich angesehen wurde. Weitergehend OLG Bremen VersR 1999, 1030, 1031.

Es stellt sich dabei die ganz banale Frage: Wie ist das Tätigwerden dieser Angehörigen schadensrechtlich zu bewerten? Einigkeit besteht darüber, dass der Umstand, dass Angehörige solche Dienstleistungen erbringen, nicht dazu führen darf, dass dadurch der Schädiger entlastet wird. Vielmehr ist allgemein anerkannt, dass insoweit eine bloße Schadensverlagerung vorliegt. Im Detail ist aber höchst umstritten, welche Bemessungsdeterminanten die maßgeblichen sind.

Bis vor kurzem war die abstrakte Berechnung maßgeblich. Es wurde gefragt: Was würde es kosten, eine derartige Dienstleistung durch professionelle Kräfte durchführen zu lassen? Als Anhaltspunkt wurden verschiedentlich die Kosten eines Pflegeheims oder Krankenhauses herangezogen.¹¹⁷⁾ Diese Kosten wurden dann der Schadensberechnung zugrunde gelegt. Die Folge war, dass die Bruttokosten zuerkannt worden sind.¹¹⁸⁾ Neben einschlägiger Vorjudikatur waren die E mit einem Zitat von *Koziol*¹¹⁹⁾ garniert, der diese Art der Berechnung als objektiv-abstrakte bezeichnet.

Allerdings ist zu beachten, dass Übereinstimmung zwischen der echten objektiv-abstrakten Schadensberechnung, wie sie von den Anhängern der „reinen“ Lehre propagiert wird, und der vom OGH verwendeten Methode bloß auf terminologischem Gebiet gegeben ist, nicht aber der Sache nach.¹²⁰⁾ Die in der Tradition von *Wilburg* und *Neuner* stehenden Anhänger der objektiv-abstrakten Schadensberechnung räumen dem Geschädigten ein echtes Wahlrecht ein, den Schaden objektiv-abstrakt oder subjektiv-konkret zu berechnen.¹²¹⁾

Davon rückt der OGH immer mehr ab, sollte er jemals diesem Ansatz gefolgt sein. So findet sich etwa in der E v 25. 11. 1993, 2 Ob 71/93, die zu Haushalts- und Pflegeleistungen im Verletzungsfall erging, der Hinweis, dass die Revision zulässig sei, weil „die Schadensberechnung vorrangig konkret zu erfolgen“ habe, was die Unterinstanzen nicht beachtet hätten. Und in der E findet sich dann folgendes Zitat: „*Auszugehen ist bei dieser objektiv-abstrakten Schadensberechnung von den Aufwendungen, die erforderlich wären, um die notwendige Pflegeleistung zu erbringen. Vorrangig ist der Schaden aber konkret zu berechnen.*“

Nach den Anhängern der „echten“ objektiv-abstrakten Schadensberechnung wäre dies freilich ein Widerspruch in sich. Was der OGH nicht nur in dieser, sondern auch in anderen E zum Ausdruck bringen will, das ist der Umstand, dass bei – unentgeltlichem – Einspringen von Angehörigen die von diesen erbrachten Leistungen marktkonform bewertet werden müssen. Dies erfolgte bisher nach dem Bruttostundenlohn einer entsprechenden Ersatzkraft.

Die letzten beiden E zu den von Angehörigen erbrachten Pflegeleistungen¹²²⁾ weichen davon ab. Sie zitieren *Koziol* nur noch am Rande; vielmehr folgen sie

den Ausführungen *Harrers*.¹²³⁾ Das wird schon darin deutlich, dass die E ZVR 1999/47 = JBI 1999, 121 die Etikettierung des Anspruchs als vermehrte Bedürfnisse verfehlt und fälschlich unter der Rubrik „fiktive Heilungskosten“ abhandelt, gerade so, wie es der Überschrift in der Kommentierung von *Harrer* entspricht.

Harrer ist freilich zu bescheiden, dass er im Text den Unterschied zwischen fiktiven Heilungskosten und der Bewertung von Pflegeleistungen durch Angehörige deutlich herausarbeitet. Missverständlich ist hingegen sein Hinweis, dass die Berechnungsmethode „fiktiv“ sei. Er diskutiert dann eine Gegenposition, nach der bloß die Nettokosten einer Aushilfskraft und nicht die Bruttokosten einer professionellen Kraft zugrunde zu legen seien. Schlussendlich resümiert er resignierend, dass dies alles so kompliziert sei, die Wahrheit irgendwo in der Mitte liegen dürfte und es Sache des OGH sei, nach § 273 ZPO irgendeinen Wert, der dazwischen liegt, frei zu schätzen.

Es kann den seit 1993 ergangenen E und auch *Harrer* die Vorhaltung nicht erspart bleiben, dass sie sich den Luxus geleistet haben, die einzige zum österr Recht erschienene einschlägige Arbeit schlichtweg zu ignorieren. Zu vielen der nun diskutierten Fragen habe ich in meiner Habilitationsschrift¹²⁴⁾ konkrete Lösungsvorschläge formuliert. Mag man diesen folgen oder auch nicht; etwas mehr Klarheit als die Aussage, dass die Wahrheit irgendwo zwischen den Extrempositionen liegen werde, hätte sich schon gewinnen lassen.

Dieser Zwischenbereich zwischen den Nettokosten angelernter Kräfte und den Bruttokosten professioneller Pfleger wird von der letzten einschlägigen OGH-E ZVR 1999/47 = JBI 1999, 121, nachdem das Feld für die richterliche Schätzung freigegeben worden ist, voll zu Lasten des Verletzten ausgeschöpft.¹²⁵⁾ Und das zu Unrecht! Zurückzuführen ist das – zum Teil wenigstens – auf unrichtige Behauptungen von *Harrer*. Dieser führt im Zusammenhang mit der Erbringung von Pflegeleistungen durch Angehörige, bei der er die Einbeziehung der Steuer bei der Festsetzung des Ausmaßes des Ersatzes kritisiert, etwa wörtlich aus:¹²⁶⁾ „Auch bei Offenlegung gegenüber dem Finanzamt könnte keine Steuervorschreibung erfolgen, weil ein steuerlich relevanter Vorgang nicht verwirklicht wurde.“ Das ist freilich nicht zutreffend, wenn eine *Pflegerente* ausbezahlt wird. Diese unterliegt schon aufgrund der Auszahlungsform als Rente gem § 29 Z 1 EStG der Einkommenssteuer.¹²⁷⁾ Dass dann nochmals Steuer von der Steuer zu zahlen ist, ist bloß ein Detail am Rande.

Auch in Bezug auf die Lohnnebenkosten wird ein falscher Eindruck erweckt. *Harrer* sieht es als unberechtigt an, diese bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen, würden doch diese Beträge auch bei Einstellung professioneller Pfleger nicht an diese ausbezahlt. Der

¹¹⁷⁾ OGH SZ 62/71 = ZVR 1990/48 = JBI 1989, 587 (*Reich-Rohrwig*); 25. 11. 1992, 2 Ob 60/92.

¹¹⁸⁾ So auch in OGH ZVR 1993/64. In dieser E ging es um einen Anspruch nach § 1327 ABGB wegen entgangener Haushalts- und Pflegedienstleistungen, bei der die Bruttokosten zuerkannt worden sind.

¹¹⁹⁾ Zumeist: *Koziol*, Haftpflichtrecht II 128.

¹²⁰⁾ Entsprechendes gilt für die abstrakte Rente als Ausprägung der objektiv-abstrakten Schadensberechnung. Vgl dazu *Koziol*, Haftpflichtrecht II 135.

¹²¹⁾ *Koziol*, Haftpflichtrecht II 132.

¹²²⁾ OGH ZVR 1998/128; ZVR 1999/47 = JBI 1999, 121.

¹²³⁾ In *Schwimmann*, ABGB § 1325 Rz 15.

¹²⁴⁾ Fragen der Schadensberechnung (1993) 362–390.

¹²⁵⁾ Eine Reduktion auf die Nettokosten erfolgte bloß deshalb nicht, weil es an einem diesbezüglichen Vorbringen des Bkl fehlte, so jedenfalls die der E zu entnehmende Botschaft.

¹²⁶⁾ *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB² § 1325 Rz 15.

¹²⁷⁾ *G. Stoll*, Rentenbesteuerung⁴ (1997) Rz 1060, 1066; *W. Doralt*, Einkommenssteuergesetz³ (1997) § 29 Rz 4; Erlass BMF v 5. 6. 1998 ARD 4945/17/98, wonach sogar Schmerzensgeldrenten steuerpflichtig sind. Zur abweichenden Rechtslage in Deutschland *G. Stoll*, Rentenbesteuerung Rz 1066; *W. Doralt*, Mehrbedarfsrente steuerfrei? RdW 1995, 195.

Umstand aber, dass ein Vermögensvorteil nicht in bar ausbezahlt wird, heißt noch lange nicht, dass es sich um keinen Vermögensvorteil handelt. Vielmehr handelt es sich auch insoweit um einen Entgeltsbestandteil, wie die neuere Judikatur zur Lohnfortzahlung¹²⁸⁾ ohne weiteres anerkennt. In meiner Habilitationsschrift¹²⁹⁾ habe ich vorgeschlagen, darauf abzustellen, ob für den Pflegedienstleistungen erbringenden Angehörigen durch Entrichtung solcher Sozialversicherungsbeiträge ein Vorteil verbunden wäre, würde der Verletzte mit ihm einen Dienstvertrag schließen. Man mag andere Abgrenzungskriterien für noch sachgerechter ansehen. Sämtliche Lohnnebenkosten in Pausch und Bogen aber vom Marktwert der Arbeitskraft in Abzug zu bringen, schießt gewiss über das Ziel.

Zu betonen ist freilich, dass der Streit um die Höhe des maßgeblichen Stundenlohns lediglich untergeordnete Bedeutung hat. Die Würfel fallen hingegen bei der Festsetzung des **Stundenmaßes**.¹³⁰⁾ Insoweit haben es die klägerischen Anwälte in den jüngeren E zugrunde liegenden Begehren unternommen, nach betriebswirtschaftlichen Methoden offen zu legen, was die Inanspruchnahme derartiger Dienstleistungen bei Einsatz professioneller Pfleger kosten würde. Bei einer Rund-um-die-Uhr-Betreuung hat man drei,¹³¹⁾ vier¹³²⁾ und schlussendlich sechs¹³³⁾ Arbeitskräfte mit jeweils einer 40-Stunden-Woche zugrunde gelegt. Bei der Pflege von schwerstverletzten Kleinkindern fällt ins Gesicht, dass diese auch ohne Verletzung betreuungsbedürftig wären,¹³⁴⁾ ein Umstand freilich, der mit Heranwachsen des Kindes in zunehmendem Ausmaß wegfällt.

Von der Seite der Berechnung kann man dagegen kaum viel einwenden. Im Gegenteil, die Dotierung der Abfertigungsrücklage sowie Nacht- und Wochenendschläge dürften dabei nicht einmal berücksichtigt worden sein.¹³⁵⁾ Die E ZVR 1999/47 = JBl 1999, 121 hat ausgesprochen, dass ein Verletzter sich grundsätzlich nicht darauf verweisen lassen müsse, aus Gründen der Schadensminderung ein Pflegeheim aufzusuchen, bei derar-

tigen Kosten (6 Arbeitskräfte) dies aber durchaus in Betracht komme. Der familiäre Kontakt könne ja durch Besuche aufrechterhalten werden, deren Fahrtkosten dann vom Schädiger zu tragen seien. Als Leser dieser E kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der erkennende Senat wohl kaum ermessen kann, was es bedeutet, als Krüppel in ein Pflegeheim abgeschoben zu werden und den gerade in einer solchen Lebensphase so existenziellen häufigen Kontakt zu den Angehörigen bloß in Krisen verabreicht zu bekommen. In der Botanik gibt es das Sprichwort: Einen alten Baum verpflanzt man nicht. Für Menschen gilt das in ähnlicher Weise!

Gewiss gilt es auch bei der Ersatzfähigkeit von Pflegedienstleistungen die Untunlichkeitsschwelle nach § 1323 ABGB zu beachten. Zu bedenken ist freilich, dass man dem Geschädigten das Recht einräumt, das beschädigte Kfz in der Werkstätte seines Vertrauens zu reparieren, das verletzte Haustier gem § 1332a ABGB auf Kosten des Schädigers auch dann zum Tierarzt zu bringen und einen Heilungsversuch zu unternehmen, wenn es am Ende seiner betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer angelangt und keinen Marktwert mehr hat. Ausgehend von diesen Fällen wird die Untunlichkeitsschwelle beim Menschen, der sich als Schwerstverletzter in einer besonders prekären Lage befindet, jedenfalls sehr weit hinausgeschoben sein.¹³⁶⁾

Die E ZVR 1999/47 = JBl 1999, 121 spricht aus, dass kein Geschädigter die Kosten für sechs Ersatzkräfte zahlen würde, wenn ihm bloß eine faktisch zur Verfügung steht, sei es auch rund um die Uhr. Denn diese eine, mag es auch seine Mutter sein, leiste zwar persönlich sehr viel, gemessen an den sechs Ersatzkräften liege aber eine unterdurchschnittliche Leistung vor. Auch dieser Argumentation kann nicht zugestimmt werden. Es wird zwar schon zutreffen, dass eine solche Mutter nicht immer so ausgeschlafen und gut gelaunt sein wird wie eine Pflegerin, die nach einer Acht-Stunden-Schicht an einem Tag bzw einer Nacht die Staffel an die Nächste übergibt. Würde man aber eine betreuungsbedürftige Person fragen, welche Alternative sie vorziehen würde, wohl kaum ein Verletzter würde sich für die Alternative der schichtweisen Erbringung durch professionelle Kräfte entscheiden. Unberücksichtigt bei der Einschätzung durch den OGH bleibt nämlich die seelische Komponente. Soweit die Mutter an manchen Tagen weniger munter sein mag, macht sie das durch ihr persönliches Engagement gegenüber dem eigenen Kind mehr als wett.

Dagegen kann man auch nicht einwenden, dass es sich insoweit um eine immaterielle Kategorie handelt. Ein Verletzter, der über ausreichend finanzielle Mittel verfügt, würde sich gewiss für diese Variante und gegen ein Pflegestaffel entscheiden, woraus sich ergibt, dass auch solche Dienstleistungen einen Marktwert haben. Dass es kaum einen Verletzten geben wird, der derartige Aufwendungen finanzieren kann, steht auf einem anderen Blatt. Zu bedenken ist freilich, dass es im Schadenersatzrecht nicht nur faktisch einen Unterschied macht, ob eine bestimmte Restitutionsmaßnahme vom Geschädigten selbst zu tragen oder auf einen Schädiger überwälzbar ist, sondern es auch einen Unterschied machen

¹²⁸⁾ OGH SZ 67/52 = ZVR 1994/98; ZVR 1995/62; JBl 1996, 583 = *ecolex* 1996, 671 sowie die Folgejudikatur dazu.

¹²⁹⁾ Fragen der Schadensberechnung 376 ff.

¹³⁰⁾ Das gilt nicht nur bei den Pflegedienstleistungen zugunsten Schwerstverletzter, sondern auch für Haushalts- und Betreuungsdienstleistungen bei § 1327 ABGB. Auch die Betreuung von Kleinkindern ist ein full time job, was jeder bestätigen kann, der diese Phase durchgemacht und sie noch nicht verklärt hat. Für die Betreuung eines 5 Monate alten und eines vierjährigen Kindes nach Tötung der Mutter dürfte bei Herstellung des Zustands ohne Schädigung mit einer Wirtschaftlerin, die 40 Stunden pro Woche, jeweils von Montag bis Freitag von 8 bis 16 Uhr tätig ist, nicht das Auslangen zu finden sein. Vgl dazu OGH ZVR 1993/64. Werden bei den Haushaltsdienstleistungen in Deutschland realistischere Werte angesetzt, war das Niveau des Ersatzes bei Betreuungsdienstleistungen bis vor kurzem noch erheblich unter dem österr. Vgl aber nun OLG Bremen VersR 1999, 1030 sowie oben FN 33.

¹³¹⁾ OGH ZVR 1998/128.

¹³²⁾ OGH 25. 11. 1992, 2 Ob 60/92.

¹³³⁾ OGH ZVR 1999/47 = JBl 1999, 121.

¹³⁴⁾ *Rixecker*, in *Geigel*, Der Haftpflichtprozeß²² (1997) Kap 4 Rz 114. Deshalb legte die Kl in der E ZVR 1999/47 = JBl 1999, 121 bloß vier Arbeitskräfte zugrunde anstelle von sechs.

¹³⁵⁾ Das ErstG hat in der OGH-E ZVR 1998/128 angenommen, dass ein Bezug von 25% über dem Mindestlohn angemessen sei. Vgl auch OLG Hamm r + § 1995, 182: Zuerkennung des Überstundenentgelts, weil die das Kind betreuende Mutter in ihrer „Normalarbeitszeit“ schon den Haushalt versorge.

¹³⁶⁾ Vgl *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 386. Dort habe ich einen Schwellwert von 50% genannt, freilich bei gleichem Komfort, also ebenfalls Rund-um-die-Uhr-Betreuung, nicht bei bloßer Abfütterung und Verhinderung des Absterbens.

darf.¹³⁷⁾ Während sich der Geschädigte bei Selbsttragung des Schadens mangels ausreichender Mittel häufig notdürftig behilft, ist er zu einer solchen Vorgangsweise gegenüber dem Schädiger gerade nicht verpflichtet. Dieser schuldet ihm vollen Ausgleich, somit die Herstellung eines Zustands, der dem möglichst nahe kommt, der ohne das schädigende Ereignis gegeben wäre.

In der E ZVR 1999/47 = JBI 1999, 121 wird in Anlehnung an die VorE ZVR 1998/128 ausgesprochen, dass bloße Bereitschaftszeiten nur insoweit abzugelten seien, als der Verletzte damit auf eine Freizeitbetätigung außer Haus verzichtet. Sofern er aber neben der Betreuung des Verletzten den Haushalt führt oder schläft, stehe ihm dafür keine Abgeltung zu. Was damit bewirkt wird, das ist eine Art Schmerzgeld für Freizeitverlust, aber keine marktkonforme Abgeltung der erbrachten Dienstleistungen. Bei der Feuerwehr oder in einer Boutique käme kaum jemand auf die Idee, die Feuerwehrleute oder die Verkäuferin bloß für die Zeiträume zu entlohnen, in denen es brennt oder Verkaufsgeschäfte getätigt werden. Man mag darüber diskutieren, ob während der Bereitschaftszeit der volle Lohn anzusetzen ist oder ein reduzierter, wofür maßgeblich sein müsste, wie vergleichbare Situationen am Markt abgeloht werden. Solche Zeiträume aber aus der Bemessung völlig herauszunehmen, geht keinesfalls an.

Mag der Vergleich auch weit hergeholt erscheinen, so ist doch auf die Strukturparallele zu den Betriebsreservekosten zu verweisen.¹³⁸⁾ In beiden geht es darum, dass zum Zwecke der Restitution eines Schadens ein Nutzungspotenzial bereitgehalten wird, das nicht in jedem Moment aktiviert wird. Bei den Betriebsreservekosten¹³⁹⁾ ist es völlig unstrittig, dass nicht nur die Einsatzzeiten abzugelten sind, sondern auch ein Unterauslastungszuschlag zu gewähren ist, somit eine Abgeltung dafür, dass ein Nutzungspotenzial bereitgehalten wird, um im Bedarfsfall zum Einsatz zu kommen.¹⁴⁰⁾

Jedenfalls dann, wenn der Verletzte den Stoffwechsel nicht selbst beherrscht, ist eine Rund-um-die-Uhr-Betreuung zugrunde zu legen. Alles andere widerspricht mE der Menschenwürde, wenn man schadensrechtlich davon ausgeht, dass eine solche Kreatur dann eben Stunden lang in ihren eigenen Fäkalien liegen bleiben kann, weil die Pflegekraft für solche Eventualitäten – vom Schädiger – nicht zu entlohnen ist. Und was die Bereitschaftszeiten in der Nacht betrifft, so kann sich derjenige besser in die Situation des pflegenden Angehörigen versetzen, der unruhige Kleinkinder hatte, die auch gelegentlich die Nachtruhe unterbrochen haben. Solche Nachteinsätze jeweils bloß mit der konkreten Verrichtung abzugelten, muss der Betroffene als blanken Hohn empfinden.¹⁴¹⁾ Ein solcher Bewertungsansatz geht gewiss an der Lebenswirklichkeit vorbei.

Erfolgt eine angemessene Abgeltung des Einsatzes der pflegenden Angehörigen, spielt die Abgeltung des immateriellen Schadens in den Fällen Schwerstverletzter – schon quantitativ – eine eher untergeordnete Rolle.¹⁴²⁾ Bedeutsam ist dies freilich in den Fällen, in denen keine Pflegedienstleistungen erbracht werden, Angehörige aber unter einer schweren Verletzung oder dem Tod erheblich leiden.

3. Schmerzgeld an die Angehörigen

Möglicherweise will der OGH mit der Zuerkennung von Schmerzgeld an einen empfindungsunfähigen Verletzten bewirken, dass zwar nicht dieser selbst vom Schmerzgeld etwas hat, wohl aber dessen trauernde Angehörige, auf die das Schmerzgeld im Erbrechtsweg übergeht. Dieses legitime Anliegen sollte aber dann auf direktem Weg und nicht über den Umweg des Erbrechts erreicht werden. Dafür spricht zunächst einmal, dass der Nachlass überschuldet sein kann, sodass der Schmerzgeldanspruch dann den Gläubigern des Verletzten und sodann Toten, aber nicht den trauernden Angehörigen zugute kommt. Auch müssen die trauernden Angehörigen nicht notwendigerweise mit den Erben ident sein.

Viel bedeutsamer ist aber, dass die derzeitige Rsp bewirkt, dass auch solche Erben in den Genuss des Schmerzgeldes gelangen, die überhaupt nicht trauern,¹⁴³⁾ die sich über den Tod des Verletzten sogar freuen, weil ihnen eine Erbschaft zufällt oder die zu einer Gefühlsregung überhaupt nicht fähig sind wie etwa der Fiskus, an den das Schmerzgeld im Weg der Universalsukzession fällt, wenn keine anderen Erben vorhanden sind (§ 760 ABGB).¹⁴⁴⁾ Schlussendlich hat die herrschende Judikatur den Nachteil, dass das Schmerzgeld bemessen wird nach den – nicht vorhandenen – Schmerzen des Verletzten, nicht aber nach dem Ausmaß der Trauer der Angehörigen. Dazu kommt, dass der Schmerz über den Tod eines anderen, wie tief er auch immer empfunden werden mag, geringer zu gewichten ist als ein eigenes Martyrium.¹⁴⁵⁾ Es stellt sich die Frage, ob sich nicht auch im österr Recht ein Angehörigenschmerzgeld begründen lässt.

Dafür kommen zwei unterschiedliche Begründungswege in Betracht. Nach der neueren Judikatur, die auch Schockschäden¹⁴⁶⁾ anerkennt, lässt sich ein Schmerzgeld der Angehörigen in den Fällen begründen, in denen diese eine Gesundheitsbeeinträchtigung erlitten haben. Es muss sich dabei um eine Beeinträchtigung handeln, die über den normalen Schmerz über die Nachricht vom Tod eines Angehörigen beträchtlich hinaus-

¹³⁷⁾ Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung 88.

¹³⁸⁾ Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung 140f.

¹³⁹⁾ Deren Ersatzfähigkeit wird nun auch nicht mehr auf Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt, sondern auf Schadenersatz. Dazu Ch. Huber, Wandel der dogmatischen Qualifikation bei den Betriebsreservekosten – Abkehr von der Geschäftsführung ohne Auftrag, Einordnung in das Schadenersatzrecht? *ecolex* 1997, 77ff.

¹⁴⁰⁾ Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung 430ff.

¹⁴¹⁾ In der E OLG Bremen VersR 1999, 1030, 1032 wurde dem Vater für eine „Nachtbereitschaft“ bloß der halbe Satz zugestanden gegenüber der eines Pflegedienstes. Begründet wurde dies nicht.

¹⁴²⁾ AA Kadner, Schmerzgeld für Angehörige – Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden? ZEuP 1996, 135, 149.

¹⁴³⁾ So auch Kern, FS-Gitter (1995) 447, 456.

¹⁴⁴⁾ Vgl dazu BGH JZ 1976, 559, 560, wo ein bloß symbolisches Schmerzgeld zugesprochen wurde. Begründet wurde der begrenzte Zuspruch wie folgt: „Andererseits wäre eine weitergehende Bereicherung von Angehörigen oder Erben, der ein eigener Sinn fehlt, weder sittlich noch volkswirtschaftlich wünschenswert.“

¹⁴⁵⁾ AA Kadner, ZEuP 1996, 135, 141.

¹⁴⁶⁾ So erstmals in OGH ZVR 1995/46; dazu Karner, Rechtspersönlichkeitswende bei Schock- und Fernwirkungsschäden Dritter? ZVR 1998, 182ff; wie die LeitE in der Folge OGH ZVR 1997/71; OLG Wien ZVR 1999/15.

geht und einer ärztlichen Behandlung bedarf, somit Krankheitswert hat.¹⁴⁷⁾

Darüber hinaus käme eine Zuerkennung von Schmerzensgeld in Betracht, wenn man Koziol¹⁴⁸⁾ folgend einen Größenschluss zieht. Wenn schon bei Beschädigung oder Zerstörung von Sachen bzw der Verletzung oder Tötung von Tieren der Gesetzgeber – wenn auch nur unter den Voraussetzungen des § 1331 ABGB – die Ersatzfähigkeit eines Gefühlsschadens anerkennt, wäre es „frappierend“, wenn bei Tötung des eigenen Kindes ein solcher Gefühlsschaden entschädigungslos bliebe. Unter Hinweis auf § 1327 ABGB, aus dem sich die Wertung ergebe, dass auch die Interessen mittelbar Geschädigter berücksichtigungswürdig seien, leitet Koziol einen Anspruch auf ein Angehörigenschmerzensgeld schon de lege lata ab.

Das Ergebnis ist gewiss zu begrüßen. Dies wäre mE aber ein mutiger Schritt der Rechtsfortbildung.¹⁴⁹⁾ Geht es bei den Schockschäden um eine eigene Gesundheitsverletzung, also eine Abgeltung für die Beeinträchtigung der persönlichen Integrität des jeweiligen Angehörigen, so geht es beim Angehörigenschmerzensgeld um den Schmerz über fremdes Leid.¹⁵⁰⁾ Jedenfalls bei einer schweren Erschütterung soll ein Angehörigenschmerzensgeld zustehen unabhängig vom Nachweis eines Nervenschocks oder einer sonstigen Krankheit. Man könnte die Schwelle, ab der bei einem solchen Schockschaden eine Gesundheitsbeeinträchtigung angenommen wird, herabsetzen,¹⁵¹⁾ wobei zu bedenken ist, dass der OGH vor kurzem ohnehin erst die erste Hürde genommen und einen Schockschaden an sich anerkannt hat; ehrlicher wäre es freilich, das Angehörigenschmerzensgeld vom Schockschaden abzukoppeln und bei erheblicher Erschütterung zu gewähren.¹⁵²⁾

Die Rechtsvergleichung belegt, dass in vielen europäischen Rechtsordnungen ein solcher Anspruch anerkannt wird.¹⁵³⁾ Im schweizerischen Recht ist ein solcher An-

¹⁴⁷⁾ Danzl, in *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld 137.

¹⁴⁸⁾ Haftpflichtrecht I 3 Rz 11/11.

¹⁴⁹⁾ Kern, FS-Gitter (1995) 447, 457 bezeichnet die Haltung des BGH zur Zuerkennung von Schmerzensgeld an empfindungslose Verletzte als scheinpositivistische Art in einem Fall, in dem es besser wäre, die Rechtsfortbildung als solche zu deklarieren.

¹⁵⁰⁾ Kadner, ZEuP 1996, 135, 148; H. Stoll, Haftungsfolgen 363, weist darauf hin, dass bei Abstellen auf die Kategorien beim Schockschaden solche Angehörige begünstigt würden, die eine solche Schädigung darzustellen wüssten.

¹⁵¹⁾ So etwa OLG Celle VersR 1988, 864:10.000.– DM Schmerzensgeld an die Mutter, die infolge Pflege des schwerverletzten Kindes an Appetitlosigkeit, Schlaflosigkeit und Kopfschmerzen litt.

¹⁵²⁾ Abl de lege lata und skeptisch gegenüber der Einführung eines solchen Schmerzensgeldes de lege ferenda aber die Richter des Haftpflichtsenats des BGH: Müller, Besonderheiten der Gefährdungshaftung nach dem StVG, VersR 1995, 489, 494; Steffen, Die Ausgleichsaufgaben des Schmerzensgeldes, FS-Odersky (1996) 723; Dressler, Neugewichtung bei den Schadenersatzleistungen für Personen- und Sachschäden, DAR 1996, 81; ähnlich Schiemann, Anm zu LM § 847/102. Abl auch OLG Koblenz NJW-RR 1999, 1402: Für unmaßgeblich wurde die Behauptung angesehen, dass die Witwe der Tod des Ehemannes, der vorsätzlich getötet worden ist, in besonderer Weise psychisch belastet habe.

¹⁵³⁾ Eine Übersicht findet sich bei H. Stoll, Haftungsfolgen 359 ff; Kadner, ZEuP 1996, 135, 140 ff; von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II (1999) § 1 Rz 64. Zur Diskussion zur Einführung eines solchen Anspruchs in Deutschland: Odersky,

spruch in Art 47 OR ausdrücklich vorgesehen. Der schweizerische BGH¹⁵⁴⁾ ist sogar darüber hinausgegangen und hat – ohne besondere gesetzliche Grundlage – einen derartigen Anspruch auch bei schwersten Verletzungen gewährt. Er begründet dies damit, dass solche für Angehörige mitunter einschneidender seien als der Tod.¹⁵⁵⁾

Offen gelegt sei dabei, dass sich bei einer solchen Anerkennung durchaus erhebliche Folgeprobleme stellen:¹⁵⁶⁾ Wer soll anspruchsberechtigt sein? Bloß die Unterhaltsberechtigten iS von § 1327 ABGB oder die Verwandten und der Ehegatte, soweit sie im gemeinsamen Haushalt leben oder darüber hinaus diejenigen, die zum Verletzten eine enge Gefühlsbeziehung haben bzw hatten unter Einschluss von Verlobten, Konkubine und gleichgeschlechtlichem Partner. Nachdem es um die Abgeltung der Trauer geht, sprechen gute Gründe dafür, auf den letzteren Kreis abzustellen.¹⁵⁷⁾ Er könnte deckungsgleich sein mit denjenigen, für die der Verletzte Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten liquidieren kann.¹⁵⁸⁾ Erwähnt sei freilich, dass die Empfehlung des Europarates zur Vereinheitlichung der Rechtsbegriffe des Schadenersatzes bei Körperverletzung und Tötung¹⁵⁹⁾ in den Grundsätzen 13 und 19 den Kreis enger zieht und dazu noch unterschiedlich bei Verletzung und Tötung. Die Vorgabe lautet, dass iS der Vereinheitlichung der nationale Gesetzgeber darüber nicht hinausgehen solle.

Als Nächstes stellt sich die Frage: In welcher Höhe soll eine solche Entschädigung zustehen, gibt es doch kaum greifbare objektive Bemessungskriterien? Diesbezüglich könnte durchaus an die Kasuistik im schweizerischen Recht angeknüpft werden, wo judiziert wird, dass im Ausgangspunkt eine schematische Bemessung vorzunehmen sei und im Übrigen die Beträge abzustufen seien nach der Intensität der Gefühlsbeziehung.¹⁶⁰⁾ Am höchsten wird diese sein beim Ehepartner, weniger hingegen bei den Kindern. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass Kinder eines Tages außer Haus gehen, dies beim Ehepartner jedoch nicht zutrifft, sieht man davon ab, dass ein ins Gewicht fallender Prozentsatz der Ehen – auch in Österreich – nicht durch Tod endet.¹⁶¹⁾ Und was schließlich die absolute Höhe betrifft, so werden in der Schweiz Beträge zwischen 10.000 und 50.000 Franken, somit zwischen 80.000 und 400.000 S ausbezahlt.¹⁶²⁾

Es ergibt sich sodann das Konkurrenzproblem zwischen dem Anspruch bei Verletzung und dem bei Tö-

Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger (1989); *Vordran*, Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei der Tötung naher Angehöriger. Ein Diskussionsvorschlag, ZRP 1988, 293 ff; Kern, FS-Gitter (1995) 447, 457 ff; *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht² (1996) Rz 916.

¹⁵⁴⁾ BGE 112 II 220: Der pflegende Ehemann erhält bei einer schweren Verletzung seiner Ehefrau einen Anspruch auf Genugtuung (schweizerischer Begriff für Schmerzensgeld), weil sich sein Leben komplett verändert hat; BGE 112, 226: Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Ehefrau wegen Impotenz des Ehemannes.

¹⁵⁵⁾ So auch *Ofinger/Stark*, Haftpflichtrecht § 8 Rz 79.

¹⁵⁶⁾ Siehe dazu die ausführliche Kommentierung bei *Brehm* in *Berner Komm²* (1998) zu Art 47 OR Rz 1–187 (S 330–394)

¹⁵⁷⁾ Ebenso *Ofinger/Stark*, Haftpflichtrecht I § 8 Rz 82.

¹⁵⁸⁾ *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 296 ff.

¹⁵⁹⁾ Abgedruckt in RZ 1977, 24.

¹⁶⁰⁾ *Sidler*, in *Münch/Geiser* (Hrsg) Schaden – Haftung – Versicherung (1999) 10.64.

¹⁶¹⁾ *Ofinger/Stark*, Haftpflichtrecht § 8 Rz 90.

¹⁶²⁾ *Sidler*, in *Münch/Geiser* (Hrsg) Schaden – Haftung – Versicherung 10.66.

tung. Können diese Ansprüche kumuliert werden oder bestehen sie nebeneinander¹⁶³⁾ Wie wirkt es sich aus, wenn es eine Vielzahl von Angehörigen gibt? Welchen Einfluss hat es, dass ein Angehöriger den Schmerzgeldanspruch des Verletzten erbt? Ist dies wenigstens bei der Bemessung zu berücksichtigen?¹⁶⁴⁾

Solche und ähnliche Folgeprobleme stellen sich bei Einführung eines Angehörigenschmerzgeldes. Schon um für diese Detailfragen eine Orientierungshilfe zu haben, wäre eine gesetzliche Regelung wünschenswert,¹⁶⁵⁾ mag diese auch erst kommen, wenn die Rsp einen ersten Schritt unternimmt. Mag es durchaus gewichtige Gründe gegen ein Angehörigenschmerzgeld geben, eine solche Lösung hätte immerhin den Vorteil, dass die Schmerzen abgegolten werden, um die es in Wahrheit geht,¹⁶⁶⁾ für diese zumindest besser nachvollziehbare Bemessungskriterien zur Verfügung stehen¹⁶⁷⁾ und nicht über einen Umweg Zufallsergebnisse produziert werden. Es war daher gewiss kein Zufall, dass die Rsp in der Schweiz erstmals einem Angehörigen ein Schmerzgeld bei Verletzung zuerkannte, als es um einen Fall eines empfindungslosen Verletzten ging.¹⁶⁸⁾

D. Appell zur Mäßigung

Der OGH hat ohne Teilhabe der Lit in der Frage der Zuerkennung von Schmerzgeld ohne Schmerzen die bisherige Linie verlassen. Die E v 23. 4. 1992¹⁶⁹⁾ war keine Ausreißerentscheidung. Vielmehr geht es um eine gleichförmige Judikaturkette. Es ist kaum anzunehmen, dass er sich davon alsbald abbringen lässt und kehrt macht, mag es sich dabei vom hier vertretenen Standpunkt auch um eine Fehlentwicklung handeln. Was die Wissenschaft somit – kurzfristig – allein bewirken kann, das ist Schadensbegrenzung. Zwei Ansatzpunkte seien hier genannt, die auf der Ebene der Bemessung des Schmerzgeldes anzusiedeln sind:

1. Abstufung des Ersatzes nach der Schmerzempfindungsfähigkeit

Der OGH stellt bei der Bemessung darauf ab, dass der Verlust der Fähigkeit, Schmerzen zu empfinden, **mindestens** so schwer wiege wie das Erleiden von Schmerzen. Deshalb sei auch keine Kürzung der Schmerzgeldhöhe wegen der verloren gegangenen Schmerzempfindungsfähigkeit vorzunehmen. Der ggf Standpunkt des OLG Innsbruck¹⁷⁰⁾ wurde dezidiert abgelehnt.¹⁷¹⁾

¹⁶³⁾ Nebeneinander, wenn eine gewisse Zeit dazwischen liegt, so *Kadner*, ZEuP 1996, 135, 144.

¹⁶⁴⁾ Bejahend *Kadner*, ZEuP 1996, 135, 143.

¹⁶⁵⁾ So auch *Danzl*, in *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzgeld 147.

¹⁶⁶⁾ So zu Recht auch *Kadner*, ZEuP 1996, 135, 153, der betont, dass es auf diese Weise entbehrlich sei, die Ausgleichsfunktion des Schmerzgeldes aufzugeben. AA hingegen *Brüggemeier*, in: *Ott/Schäfer* (Hrsg), Präventivwirkung 171, für den es gleichgültig ist, ob die Entschädigung für immaterielle Nachteile an die Angehörigen, den Lebenspartner oder eine Wohlfahrtseinrichtung fließt. Nach seinem Ansatz kommt es allein auf den Steuerungseffekt, die Präventionswirkung, an.

¹⁶⁷⁾ *Kern*, FS-Gitter (1995) 447, 458.

¹⁶⁸⁾ BGH BGE 108 II 422. *Danzl* (Anm zu LG Innsbruck ZVR 1988/8) hielt eine solche Erwägung hingegen für abwegig.

¹⁶⁹⁾ 6 Ob 535, 1558/92.

¹⁷⁰⁾ ZVR 1993/107.

¹⁷¹⁾ OGH RdM 1995, 116.

*Karner*¹⁷²⁾ und im Anschluss an ihn *Danzl*¹⁷³⁾ plädieren hingegen dafür, die Höhe des Schmerzgeldes nicht allein nach der Schwere der Verletzung zu bemessen. Vielmehr sei eine Abstufung in der Weise vorzunehmen, dass derjenige, der die Schmerzen bewusst wahrnehme, Anspruch auf einen höheren Schmerzgeldbetrag – selbst bei weniger gravierender Verletzung – habe als derjenige, der die Fähigkeit, Schmerzen zu empfinden, verloren habe.

Diese Abstufung kann auch rechtsvergleichend abgestützt werden. Während im österr Recht bei Schwerstverletzten, die zu Schmerzempfindungen kaum oder gar nicht mehr in der Lage sind, die jeweiligen Höchstbeträge – deutlich über 1 Mio S – zuerkannt werden, nimmt die deutsche Rsp einen weitergehenden Abschlag vor, freilich ohne bloß symbolhafte Beträge zuzuerkennen. Wie bereits erwähnt,¹⁷⁴⁾ differieren bei diesen Fällen im Gegensatz zum sonstigen Gefälle die Werte, den die beiden Höchstgerichte für maßgeblich ansehen, kaum.

2. Bemessung des Schmerzgeldes nach der Dauer der Schmerzen – Rente statt Kapitalabfindung

Einigkeit besteht im Ausgangspunkt darüber, dass die Höhe des Schmerzgeldes von der Dauer der Schmerzen abhängig sein soll. Die Umsetzung dieses Prinzips ist aber unzureichend, wie *Danzl*¹⁷⁵⁾ eindrucksvoll belegt hat.

So wird das **Lebensalter** bei der Bemessung des Schmerzgeldes als eine von mehreren Determinanten angesehen. Bei konsequenter Befolgung des Ausgangspunktes müsste aber bei Dauerschäden das Schmerzgeld nahezu proportional zur Lebenserwartung und somit zur Dauer der noch zu erduldenen Schmerzen ansteigen.¹⁷⁶⁾ Einzubauen wäre dabei lediglich ein Dämpfungsfaktor insoweit, als mit der Zeit eine gewisse Gewöhnung eintritt, die dazu führt, dass die Beeinträchtigung nicht mehr als so gravierend empfunden wird, weil sich viele Verletzte irgendwann einmal in ihr Schicksal fügen, wenn sie sich schon nicht damit abfinden. Darüber hinaus mag man künftige Schmerzen bei Zuerkennung eines Kapitalbetrags in der Gegenwart diskontieren und damit dem Umstand Rechnung tragen, dass künftige Nachteile weniger schwer wiegen als gegenwärtige. Dazu kommt, dass ungewiss ist, ob der Betreffende die Schmerzen in der Zukunft überhaupt erlebt.

Bei Zugrundelegung dieses Maßstabs müsste der Schmerzgeldanspruch bei jungen Menschen, deren Lebenserwartung bei einem Dauerschaden nicht oder kaum herabgesetzt ist, ein Vielfaches von dem betagter Menschen bei entsprechender Verletzung betragen. Das ist jedoch nicht der Fall.¹⁷⁷⁾ Bedeutsam ist dieser Umstand namentlich im zu besprechenden Fall. Abgesehen davon, dass nach dem hier vertretenen Ansatz gar

¹⁷²⁾ Ersatz ideeller Schäden 139.

¹⁷³⁾ in *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzgeld 129.

¹⁷⁴⁾ FN 34 und 35.

¹⁷⁵⁾ Anm zu LG Innsbruck ZVR 1988/8; *ders*, ZVR 1992, 1, 9.

¹⁷⁶⁾ In diesem Sinn auch *Jaeger*, VersR 1996, 1176, 1182.

¹⁷⁷⁾ Vgl etwa OGH 10. 9. 1981, 8 Ob 211/81: Zuspruch von 1,6 Mio durch das ErstG und 900.000.– durch den OGH an einen 58-jährigen Querschnittgelähmten, dessen Lebenserwartung bei bestmöglicher Pflege und Wartung mit rund 15 Jahren begrenzt ist, so *Danzl*, ZVR 1992, 1, 2 FN 14. Die Schmerzgeldbeträge bei Kindern und Jugendlichen bei derartigen Verletzungen müssten dann aber wesentlich mehr ausmachen.

kein Schmerzensgeld oder nur ein marginal geringes¹⁷⁸⁾ gebührt, ist es nach den von der Rsp anerkannten Bewertungsgrößen viel zu hoch ausgefallen.¹⁷⁹⁾

Für eine Schmerzperiode von 40 Tagen wird ein Schmerzensgeldbetrag von 60.000 S¹⁸⁰⁾ zuerkannt. Würde man das auf das Jahr umrechnen, käme man zu einem Betrag von 540.000 S. Würde ein Kind eine solche Verletzung haben, das noch eine Lebens- bzw Leidenserwartung von 75 Jahren hat, ergäbe sich ohne Berücksichtigung eines Dämpfungsfaktors ein Betrag von über 40 Mio S, ein Betrag, der jenseits aller bisher in Österreich zuerkannten Beträge liegt.

Darüber hinaus ist bei dem im Koma liegenden Patienten mit *Karner*¹⁸¹⁾ und *Danzl*¹⁸²⁾ und in Übereinstimmung mit der deutschen Judikatur ins Kalkül zu ziehen, dass Schmerzen, die nicht wirklich erlitten werden, zumindest geringer zu gewichten sind. Nach diesen Gesichtspunkten hätte der zuerkannte Betrag bloß bei einem Bruchteil der ohne Verschuldenskürzung zuerkannten 60.000 S liegen dürfen.

Schlussendlich wäre zu erwägen, ob nicht auch in solchen Sachverhalten eine Schmerzensgeldrente die passendere Ersatzform gegenüber dem Kapitalbetrag sein könnte. *Danzl*¹⁸³⁾ hat eine Reihe von Argumenten bei einer besonders schweren Verletzung aufgezählt. Nicht erwähnt hat er, dass aus der Sicht des Ersatzpflichtigen gegen die Schmerzensgeldrente sprechen könnte, dass diese beim Verletzten zu versteuern ist, während dies bei einem Kapitalbetrag nicht der Fall ist. Dies könnte als Argument verwendet werden, noch höhere Schmerzensgeldbeträge zu fordern, weil der Verletzte berechtigterweise darauf abstellen wird, dass für ihn nur der Betrag als Abgeltung seiner Unlustgefühle maßgeblich ist, der ihm nach Abzug der zu entrichtenden Einkommenssteuer verbleibt.

Allerdings ist dies ein Scheinargument. Soll das Schmerzensgeld seine Aufgabe, eine Kompensation für die künftig auftretenden Schmerzen zu sein, erfüllen, steht der Verletzte vor der Aufgabe, den einmal erhal-

tenen Kapitalbetrag anzulegen. Da von einem Schwerstverletzten nicht erwartet werden kann, eine Veranlagung in Aktien zu wählen, sondern er die Möglichkeit des Ankaufs mündelsicherer Wertpapiere haben muss, entsteht das Problem der Versteuerung der Zinserträge aus dem veranlagten Kapital auch in diesem Fall.¹⁸⁴⁾

Da die Besteuerung der Schmerzensgeldrente kein triftiger Grund gegen ihre Zuerkennung ist, wäre in diesen Fällen zu erwägen, dem Schädiger ein solches Wahlrecht einzuräumen, besteht doch in solchen Fällen stets die Möglichkeit eines vorzeitigen Ablebens, wofür dann das auf Lebenszeit bemessene Schmerzensgeld zu hoch wäre.¹⁸⁵⁾

V. Resümee

Die Wende bei der Zuerkennung von Schmerzensgeld an Empfindungsunfähige ist sowohl in Österreich als auch in Deutschland vom jeweiligen Höchstgericht unter Berufung auf die in den Grundrechten verfassungsrechtlich geschützte Menschenwürde erfolgt. Die Grundrechte determinieren privatrechtliche Ansprüche aber nicht in so hohem Ausmaß, dass daraus eine bestimmte Bemessung der Schadenskatgorie Schmerzensgeld abgeleitet werden könnte.¹⁸⁶⁾ Dem eigentlichen Anliegen, der angemessenen Abgeltung für die Pflegebedürftigkeit Schwerstverletzter sowie der dadurch namentlich den Angehörigen zufallenden Lasten, kann wesentlich treffsicherer und sachgerechter über eine marktkonforme Abgeltung ihres Arbeitskräfteeinsatzes sowie zusätzlich noch durch Anerkennung eines Angehörigenschmerzensgeldes entsprochen werden. Wenn der OGH diese Zeilen auch nicht zum Anlass nehmen wird, seine Rsp von heute auf morgen aufzugeben, so könnte er die hier vorgetragenen Überlegungen bei der Bemessung des Umfangs der jeweiligen Ansprüche einfließen lassen. Sofern die Pflegedienstleistungen marktkonform bewertet würden, könnte man gestrost bei dem derzeitigen Schmerzensgeldniveau verbleiben, ohne sich der „Kulturschande“¹⁸⁷⁾ zeihen zu lassen oder sich auch nur „schämen“¹⁸⁸⁾ zu müssen.

¹⁸⁴⁾ E. Lorenz, Immaterieller Schaden und billige Entschädigung in Geld (1981) 214.

¹⁸⁵⁾ Vgl OGH ZVR 1989/129: Zuspruch von Schmerzensgeld in Höhe von 1,0 Mio S; Ableben nach Ende der mündlichen Hauptverhandlung 1. Instanz, weshalb dieser Umstand bei der Bemessung nicht mehr berücksichtigt werden konnte.

¹⁸⁶⁾ So auch Kern, FS-Gitter (1995) 447, 455.

¹⁸⁷⁾ Pfersmann, JBl 1973, 386, der die österr Schmerzensgeldbeträge als „Kulturschande“ empfindet.

¹⁸⁸⁾ Teplitzky, NJW 1967, 672: Die Schmerzensgeldbemessungspraxis in Österreich ist „deprimierend und für die Rsp des Landes mit so alter und hoher Kultur wie Österreich beschämend“.

¹⁷⁸⁾ Dies dann, wenn auch im Koma durch Anwesenheit von vertrauten Personen die Todesphase „erleichtert“ werden kann. Dass die Angehörigen für derartige Hilfeleistungen nichts in Rechnung stellen, soll den Schädiger nicht entlasten.

¹⁷⁹⁾ Ähnlich die Kritik an der deutschen Rsp von Schiemann, Anm zu LM § 847/110; Jaeger, MDR 1998, 1030; aA aber ders, MDR 1998, 450, 452.

¹⁸⁰⁾ Vgl dazu SchlHOLG MDR 1999, 230: Für sieben Tage 10.000.- DM; BGH BGHZ 138, 388: Für zehn Tage 28.000 DM, somit knapp 200.000 S, was revisionsrechtlich nicht beanstandet wurde. Noch extremer OLG Düsseldorf MDR 1998, 470 = OLG R 1998, 31: für fünf Wochen im Koma 135.000.- DM, somit knapp 1 Mio S, wobei freilich nur zu prüfen war, ob nicht noch mehr gebührt hätte.

¹⁸¹⁾ Ersatz immaterieller Schäden 150.

¹⁸²⁾ in *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld 129.

¹⁸³⁾ ZVR 1992, 1, 9ff.