

Praxistipp:

Die vorliegende E des OGH steht nur auf den ersten Blick in der Linie bisheriger vergleichbarer E (OGH 25. 4. 1978, SZ 54/55; 28. 6. 1990, JBl 1991, 387), wonach ein Gastwirt als vertragliche Nebenpflicht des Bewirtungsvertrags dafür zu sorgen hat, dass seine Gäste sicher das Lokal verlassen.

Bemerkenswert ist nämlich die Reichweite dieser Verpflichtung: Denn dem letztlich geschädigten Gast wurden im Gegensatz zur vom OGH selbst zit E JBl 1991, 387 weder Zusagen über eine Schlafgelegenheit im Lokal noch über eine Heimfahrtgelegenheit gemacht, ganz im Gegenteil.

Der OGH verweist dennoch die Sache ausschließlich deshalb zurück, um abzuklären, ob den Barkeeper zusätzlich eine deliktische Haftung wegen Verletzung des Ingerenzprinzips trifft, da unklar ist, ob die Fahrgelegenheit von ihm vermittelt wurde oder nicht – dies ändert jedoch nichts an der vertraglichen Haftung des Gastwirts selbst aus dem Bewirtungsvertrag. Der Mit-

verschuldenseinwand wird auf Basis des bisherigen Verfahrensverlaufs verworfen, zumal der Gast auch ohne diesbezügliche Zusagen damit rechnen durfte, mit dem Taxi nach Hause zu kommen.

Gastwirte sollten aufgrund dieser Entscheidung wohl ihre Angestellten anweisen, selbst dann ein Taxi für (möglicherweise) betrunkene Gäste zu bestellen, falls diese kein Taxi benützen wollen oder sich Fahrgelegenheiten bei anderen Personen finden, die jedoch uU nicht mehr fahrtüchtig sind. Dies wirft zwar das Problem auf, dass der Gastwirt dem Taxiunternehmer gegenüber schadenersatzpflichtig wird, falls der Gast die Mitfahrt im bereits beim Lokal eingetroffenen Taxi ablehnt – einer Haftung für Verletzungen der Gäste ist dies jedoch wahrscheinlich vorzuziehen.

*Herwig Hauenschild
KWR Karasek Wietrzyk
Rechtsanwälte GmbH, Wien*

ZVR 2005/46

Art 3, 4 lit a,
10 und 11 des
Haager Straßen-
verkehrsÜbk,
§ 1325 ABGB

OGH 4. 11. 2004,
2 Ob 237/04 y
(OLG Linz
14. 7. 2004,
4 R 131/04 v;
LG Linz
3. 5. 2004,
1 Cg 109/01 x)

→ Zur Schmerzensgeldbemessung nach ausländischem Recht

Art 3, 4 lit a, 10 und 11 des Haager StraßenverkehrsÜbk, § 1325 ABGB:

→ Auf einen Verkehrsunfall in der Tschechischen Republik, an der auch ein in Österreich zugelassenes Fahrzeug beteiligt ist, ist tschechisches Recht anzuwenden. Dabei ist es unerheblich, dass die da-

bei verletzten Fahrzeuginsassen nicht dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

→ Die Anwendung ausländischen Rechts verstößt nicht allein deshalb gegen den österr ordre public, weil das fremde Recht dem Geschädigten einen geringeren Anspruch auf Schmerzensgeld zuerkennt.

Sachverhalt:

Am 3. 12. 1999 ereignete sich in der Tschechischen Republik ein Verkehrsunfall, an dem ein von Vitezslav V gelenkter PKW und ein weiterer, vom Erstbekl gelenkter und bei der zweitbekl Partei haftpflichtversicherter PKW beteiligt waren. Die Erst- und Zweitkl waren Insassen im Fahrzeug des Vitezslav V.

Sie brachten vor, durch den vom Erstbekl verschuldeten Unfall schwer verletzt worden zu sein. Die Erstkl begehrt ein Schmerzensgeld in der Höhe von € 14.534,56, die Zweitkl ein solches in der Höhe von € 7.267,28. Weiters begehrt die Erstkl die Feststellung der Haftung der bekl Parteien für die künftigen Unfallsfolgen.

[E der Vorinstanzen]

Das ErstG gab dem Leistungsbegehren der Erstkl im Umfang von € 962,76 und dem der Zweitkl im Umfang von € 202,18 statt; weiters wurde dem Feststellungsbegehren Folge gegeben.

Es stellte die von den Kl erlittenen Verletzungen fest und führte aus, die Erstkl habe 1 bis 2 Tage sehr starke Schmerzen, 2 ½ bis 3 Wochen starke Schmerzen, 7 bis 8 Wochen mittelstarke Schmerzen und 3 ½ bis 4 Wochen leichte Schmerzen zu erdulden gehabt. Die Zweitkl habe 1 Woche starke Schmerzen, 8 bis 10 Tage mittelstarke Schmerzen und 2 ½ bis 3 Wochen leichte Schmerzen zu erdulden gehabt.

In rechtlicher Hinsicht führte das ErstG aus, es sei auf Grund des Art 3 des Haager StraßenverkehrsÜbk 4. 5. 1971 tschechisches Recht anzuwenden. Nach diesem stehe der Erstkl für die von ihr erlittenen Schmerzen ein Betrag von € 577,66, der Zweitkl ein solcher von € 202,18 zu; darüber hinaus stehe der Erstkl ein Betrag von € 385,10 an Entschädigung für Erschwerung in gesellschaftlicher Betätigung zu.

Das von den kl Parteien angerufene BerG hob das U des ErstG auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verh und Entscheidung an dieses. Es sprach aus, der Wert des Egegenstandes hinsichtlich der Erstkl übersteige insgesamt € 20.000,-, der Rek an den OGH sei zulässig.

Das BerG schloss sich der Ansicht des ErstG, es sei tschechisches Sachrecht anzuwenden, an. Der Entwurf des Rates der EU über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vermöge daran nichts zu ändern. Art 10 des Haager StraßenverkehrsÜbk stehe dem nicht entgegen, weil kein Widerspruch zum „ordre public“ bestehe, wenn eine ausländische Norm den Ersatz immaterieller Schäden (insb Schmerzensgeld) ausschließe. Im Übrigen bedürfe es aber noch weiterer Erhebungen zur Ermittlung des anzuwendenden ausländischen Rechts und zur Höhe des nach diesem zustehenden Schmerzensgeldes.

Der OGH wies den Rek der kl Parteien zurück.

Aus der Begründung:**[Kein Verstoß gegen „ordre public“ – keine erhebliche Rechtsfrage]**

Die vom BerG als erheblich erachtete Rechtsfrage erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO, weil der OGH bereits mehrfach ausgesprochen hat, dass die Anwendung ausländischen Schadenersatzrechts nicht aus dem Grund allein, weil es kein Schmerzensgeld vorsieht, mit der österr Rechtsordnung unvereinbar ist (RIS-Justiz RS0045420; SZ 47/117; vgl *Danzl in Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld⁸, 199 mwN). Es gibt auch reichhaltige Rsp zur Frage, welchem Zweck der „ordre public“ dient und unter welchen Voraussetzungen dessen Verletzung vorliegt (RIS-Justiz RS0016665). Davon abzugehen oder dies neuerlich zu überdenken besteht kein Anlass, hat doch auch das VerkehrsopferschutzG 2. 6. 1977 in seinem § 5 zunächst vorgesehen, dass Schmerzensgeld und Schadenersatz wegen Verunstaltung nicht zu leisten sind. Die Aufhebung dieser Bestimmung erfolgte erst durch BGBl 1993/94.

[Einzelfragen des Haager StraßenverkehrsÜbk]

Auch sonst werden im Rechtsmittel der kl Parteien keine erheblichen Rechtsfragen dargetan. Die Frage, ob Tschechien Vertragspartner des Haager StraßenverkehrsÜbk ist, stellt sich nicht, weil die Art 1–10 dieses Abk nach seinem Art 11 auch dann anzuwenden sind, wenn das anzuwendende Recht nicht das Recht eines Vertragsstaates ist (RIS-Justiz RS0008688).

Dass die Kl nicht Angehörige der Tschechischen Republik sind, hat auf die Anwendung tschechischen

Sachrechts ebenfalls keinen Einfluss. Gem Art 4 lit a Haager StraßenverkehrsÜbk wird – vorbehaltlich dessen Art 5 – gegenüber einem Geschädigten, der Fahrgast war und seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat als dem Unfallsort hatte, nur dann vom Grundprinzip des Art 3 Haager StraßenverkehrsÜbk abgewichen, wenn nur ein Fahrzeug an dem Unfall beteiligt war und dieses in einem anderen als dem Staat zugelassen ist, in dessen Hoheitsgebiet sich der Unfall ereignet hat. Die Kl saßen im Unfallszeitpunkt aber in einem in Tschechien zugelassenen Fahrzeug; nur das Fahrzeug des Unfallsgegners ist in Österreich zugelassen.

Auch zur Auslegung des Art 10 des genannten Abk liegt Rsp vor, wonach die inländische Rechtsordnung nur vor dem Eindringen solcher fremder Rechtsgedanken geschützt werden soll, die mit wesentlichen österr Rechtsgrundsätzen unvereinbar sind (RIS-Justiz RS0074428; ZVR 1993/108).

[Kein Anlass für EuGH-Anfrage]

Schließlich besteht auch kein Anlass, ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu richten, weil die Voraussetzungen des Art 234 EG nicht gegeben sind. Wie das BerG bereits ausgeführt hat, stellt ein Verordnungsvorschlag kein geltendes Recht dar und kann daher auch nicht Grundlage eines Vorabentscheidungsersuchens sein.

Das Rechtsmittel der kl Parteien war deshalb zurückzuweisen.

Anmerkung:**A. Problemstellung¹⁾**

Die Mobilität der Bürger in Europa nimmt zu; und damit wächst auch die Zahl der Straßenverkehrsunfälle mit Auslandsberührung. Noch vor der Osterweiterung der EU konnte man lesen, dass 500.000 EU-Bürger pro Jahr außerhalb ihres Heimatstaates bei Verkehrsunfällen geschädigt werden.²⁾ Diese Zahl ist seither gewiss angewachsen. Im Rahmen der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen spielt das Schmerzensgeld eine ganz besondere Rolle – und das aus zwei Gründen:

Bei den allermeisten anderen Anspruchsposten tritt im Verletzungsfall häufig der Arbeitgeber oder ein Sozialversicherungsträger in Vorlage, sodass der Verletzte mit dem Schädiger bzw dem hinter diesem stehenden Haftpflichtversicherer bloß die Schadensspitze abrechnet. Beim Schmerzensgeld hingegen gibt es solche sachlich kongruenten Drittleistungen typischerweise nicht,³⁾ sodass der gesamte Betrag vom Verletzten gegenüber dem Ersatzpflichtigen geltend zu machen ist.

Darüber hinaus ist die Höhe der ersatzfähigen Vermögensschäden von den wirtschaftlichen Verhältnissen am gewöhnlichen Aufenthalt des Verletzten abhängig. Sofern nicht eine Betragsbeschränkung der Haftung greift, sind diese Schadensposten im Regelfall in vollem Umfang unabhängig davon ersatzfähig, welche Rechtsordnung anzuwenden ist. Voraussetzung ist lediglich,

dass die ausländische Rechtsordnung den Ersatz von Schadensposten wie Heilungskosten oder Verdienstentgang kennt, was meist der Fall ist. Beim Schmerzensgeld ist die Abhängigkeit der Höhe von der jeweiligen Kaufkraftparität am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten jedoch keinesfalls außer Streit. Wird es nach örtlichen Fixbeträgen ohne Differenzierung des Aufenthaltsorts des Verletzten bemessen, kommt für ausländische Verletzte mitunter bloß ein ganz geringfügiger Betrag heraus.

Trotz zunehmender Mobilität und einer wachsenden Zahl von Verkehrsunfällen mit Auslandsberührung hatte sich der OGH mit Schmerzensgeldansprüchen bei Straßenverkehrsunfällen, deren Unfallort in Osteuropa lag, früher häufiger zu beschäftigen als in den letzten Jahren.⁴⁾ Das liegt daran, dass die höchstrichterliche Rsp bis zum In-Kraft-Treten des Haager Straßenver-

1) Der Verfasser der Anmerkung hatte auch Einsicht in die vom Anwalt der Kl verfassten Rechtsmittel. In der Folge wird lediglich Bezug genommen auf den Schmerzensgeldanspruch der Mutter; für den der Tochter gilt Entsprechendes.

2) *Sieghörther*, Internationales Verkehrsunfallrecht (2002) 2; *Splitter*, Besserer Schutz des Verkehrsopfers im Inland nach Auslandsunfall, VGT 1998, 131, 132; *Hirsch*, Verkehrsrecht in Europa, DAR 2000, 500, 504.

3) Eine Ausnahme stellt die Integritätsabgeltung nach § 213a ASVG dar.

4) In den allermeisten Fällen ging es um Schädigungen eines Österreicherers durch einen anderen Österreicher.

kehrsabkommens strikt die Rechtsordnung des Tatorts angewendet hat.⁵⁾ Das hat dazu geführt, dass der Verletzte häufig gar kein Schmerzensgeld erhalten hat. Durch die Änderung der kollisionsrechtlichen Anknüpfung ist in vielen solcher Fälle nun österr Recht maßgeblich mit der Folge der Zubilligung eines angemessenen Schmerzensgeldes. Abgemildert wurde die Diskrepanz auch durch den Umstand, dass die strikte Versagung von Schmerzensgeld – weil das mit den Prinzipien des Sozialismus nicht vereinbar sei⁶⁾ – mittlerweile im Gefolge der politischen Veränderungen aufgeben worden ist. Soweit ein Schmerzensgeldanspruch nach einer osteuropäischen Rechtsordnung zu beurteilen ist, bleibt dessen Höhe aber immer noch beträchtlich hinter der nach dem österr Standard zurück. Das ist auch der Hauptstreitpunkt in der vorliegenden Entscheidung.

Sofern ausländisches Recht anzuwenden ist, gibt es generell zwei Möglichkeiten: Der Verletzte erhält mehr als nach der Rechtsordnung, die für ihn den Maßstab seiner Erwartungen darstellt, also die seines gewöhnlichen Aufenthaltsorts oder seiner Staatsbürgerschaft. Dann ist er zwar verletzt, aber die höhere Summe erscheint ihm wie ein Geschenk des Himmels.⁷⁾ Oder aber – und das sind die kritischen Fälle – es verhält sich genau umgekehrt. Der Verletzte erwartet ein viel höheres Schmerzensgeld, erhält jedoch dann nur einen Bruchteil und fällt aus allen Wolken. Wie weit Vorstellung und Realität auseinanderklaffen können, sei kurz dargestellt:

In einem nach deutschem Recht zu beurteilenden Schmerzensgeldanspruch hatte eine verletzte US-Amerikanerin eingewendet, dass nach der US-amerikanischen Rechtsordnung, ihrem Vergleichsmaßstab, das deutsche Schmerzensgeld bloß 5% ausmache und für sie nicht mehr als ein „Almosen“ sei.⁸⁾ Die deutschen Schmerzensgeldbeträge liegen – jedenfalls bei schwersten Verletzungen – deutlich über dem österr Niveau.⁹⁾ Wenn in der konkreten E eine US-amerikanische Staatsbürgerin bei einem Unfall in der tschechischen Republik ca 1/60 des Wertes erhielt, der ihr nach österr Recht als angemessenes Schmerzensgeld zugestanden wäre, kann man sich vorstellen, wie groß die Enttäuschung – und wohl auch das Unverständnis – gewesen sein muss.

Die vorliegende E soll zum Anlass genommen werden, auszuloten, welche Ansatzpunkte es gibt, in solchen Fällen den Zuspruch von höherem Schmerzensgeld zu begründen und von welchen Konstellationen ein solcher Zuspruch abhängig sein soll. Diese Fragestellung gewinnt noch besondere Aktualität vor dem Hintergrund, dass der Europäische Verkehrsgerichtstag in Trier Anstrengungen unternimmt, einen Beitrag zur Vereinheitlichung des Schmerzensgeldes in Europa zu unternehmen, und darüber hinaus die Arbeiten zu einem Rom-II-Abkommen über die Vereinheitlichung der kollisionsrechtlichen Anknüpfung, das auch außervertragliche Schadensersatzansprüche erfasst, weit fortgeschritten sind.¹⁰⁾ Dass die weitere Geltung des Haager Straßenverkehrsabkommens ein lästiger und die Rechtssicherheit beeinträchtigender Störfaktor wäre, sei nur am Rand erwähnt.

B. Kollisionsrechtliche Anknüpfung

Das hier anwendbare Haager Straßenverkehrsabkommen sieht für außervertragliche Schadensersatzansprüche¹¹⁾ in Art 3 als Regelfall die Anknüpfung an die Rechtsordnung des Unfallorts vor.¹²⁾ Als Ausnahme ist – als Konzession an die Haftpflichtversicherungswirtschaft, damit diese sich bei der Kalkulation der Prämien möglichst leicht tut – in Art 4 lit a vorgesehen, dass der Ort der Zulassung des Fahrzeugs für die kollisionsrechtliche Anknüpfung Bedeutung haben kann. Ist nur ein Fahrzeug in einen Unfall involviert, insb, wenn es um Schäden eines Insassen geht, ist die Rechtsordnung maßgeblich, in der das Fahrzeug zugelassen wurde, es sei denn, der verletzte Insasse hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Unfallstaat.

Sind an einem Unfall zwei Fahrzeuge beteiligt, kommt es auf die Rechtsordnung des Zulassungsstaates für Ansprüche eines Insassen nach Art 4 lit b nur an, wenn beide Fahrzeuge im gleichen Staat zugelassen sind. Das führt dann zu durchaus fragwürdigen Ergebnissen: Wird das mitfahrende Kind bei einem Verkehrsunfall verletzt, den der Vater als Lenker im Ausland verschuldet, indem dieser mit einem Baum kollidiert, dann ist bei Zulassung des Fahrzeugs in Österreich österr Recht anwendbar, sofern das verletzte Kind nicht seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Unfallstaat hat.

Wenn der Vater aber schuldhafterweise nicht mit einem Baum, sondern einem anderen Fahrzeug kollidiert, dessen Lenker nicht das geringste Verschulden vorzuwerfen ist, dann führt die kollisionsrechtliche Anknüpfung des deliktischen Schadensersatzanspruchs zur Anwendung der Rechtsordnung des Unfallorts.¹³⁾ Während der OGH in einem anderen Fall¹⁴⁾ immerhin einen Ausweg über das Vertragsstatut des Beförderungsvertrags gewählt hat und damit zur Anwendung österr Rechts gelangt ist, hat bei Beförderung eines Kindes weder der OGH noch der klägerische Anwalt das Bestehen einer Sonderverbindung ins Spiel gebracht. Dies hätte im

5) OGH EvBl 1974/180; 12. 3. 1974, 8 Ob 33/74; SZ 47/117 = JBI 1975, 426 (Schwind) = ZfRV 1975, 227 (Schwimmann) = ZVR 1975/157; ZVR 1977/57. Krit dazu Schwimmann, ZfRV 1975, 229; Schwind, JBI 1978, 427.

6) So noch die Rechtslage in Ungarn in der E OGH SZ 47/117 = JBI 1975, 426 (Schwind) = ZfRV 1975, 227 (Schwimmann) = ZVR 1975/157; anders in OGH 25. 10. 1988, 2 Ob 116/88: Das ungarische Zivilgesetzbuch wurde 1977 novelliert. Nach § 354 gebührt auch Ersatz von Nichtvermögensschäden, nämlich für Beeinträchtigungen der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben.

7) So der Hinweis in OGH ZVR 1977/57, dass die Rechtsordnung des Unfallorts für den Geschädigten auch günstiger sein könne.

8) KG VersR 2002, 1567.

9) Danz, Schmerzensgeld im Wandel, Neues zu den Voraussetzungen und zur Höhe des Schmerzensgeldanspruchs, Der Sachverständige 2002, 73, 75.

10) Dazu A. Fuchs, Zum Kommissionsvorschlag einer „Rom-II-Verordnung“, GPR 2003-04, 100 ff; Leible/Engel, Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung, EuZW 2004, 7 ff.

11) Etwas anderes gilt für vertragliche Schadensersatzansprüche. Dazu Koziol, Österr Haftpflichtrecht P (1997) 19/43.

12) Zur Anknüpfung an das Vertragsstatut bei einem konkurrierenden vertraglichen Schadensersatzanspruch bei einem Beförderungsvertrag OGH SZ 47/117 = JBI 1975, 426 (Schwind) = ZfRV 1975, 227 (Schwimmann) = ZVR 1975/157.

13) OGH 20. 6. 1989, 2 Ob 68/89 sowie OGH 30. 9. 1992, 2 Ob 31/92 (2. Rechtsgang des gleichen Sachverhalts).

14) OGH SZ 47/117 = JBI 1975, 426 (Schwind) = ZfRV 1975, 227 (Schwimmann) = ZVR 1975/157.

konkreten Fall mE zu einer Beurteilung des in Frage stehenden Anspruchs nach österr Recht führen müssen.

In der zu besprechenden E führte an der Anwendung des tschechischen Rechts aber kein Weg vorbei. Es waren zwei Fahrzeuge an einem Unfall beteiligt, von denen eines in Österreich und eines in der tschechischen Republik zugelassen war. Insofern ist die Ausnahme des Art 4 lit b nicht anwendbar und es bleibt beim Tatortrecht des Art 3. Selbst ein Anspruch gegen den Halter des Fahrzeugs, in dem sich die Verletzte befunden hat, der nicht Gegenstand des Verfahrens vor dem OGH war, wäre ebenfalls nach tschechischem Recht zu beurteilen gewesen.

Dem gegenüber brachten die Kl das Argument vor, dass österr Recht deshalb anzuwenden sei, weil ein österr Haftpflichtversicherer einstandspflichtig sei, der seine Prämien so kalkuliere, dass er bei einem Unfall Schmerzensgeld nach österr Recht zu leisten habe. Darauf kommt es aber nicht an. Einerseits ist die Regelung im Haager Straßenverkehrsabkommen eindeutig, mag man sie auch für wenig sachgerecht halten; de lege lata ist der OGH daran gebunden. Andererseits bewirkt die Einstandspflicht eines österr Haftpflichtversicherers eine geringe Sachnähe, kommt es doch im Schadenersatzrecht stets auf die Einbuße des Geschädigten an. Ob der Ersatzpflichtige leistungsfähig ist bzw bei diesem etwas zu holen ist, spielt bei der Bemessung der ersatzfähigen Einbuße keine Rolle.

Im konkreten Fall hätte auch der Entw des Rom-II-Abkommens zu keinem anderen Ergebnis geführt. Abgestellt wird nach diesem in Art 3 Abs 1 grundsätzlich ebenfalls auf den Unfallort. Die Auflockerung nach dem Prinzip der Anknüpfung nach der engsten Beziehung erfolgt aber nicht nach der Rechtsordnung der Zulassung des Fahrzeugs, sondern nach dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort von Geschädigtem und Schädiger. Und selbst dieser geht das Vertragsstatut vor, sodass der deliktische Schadenersatzanspruch stets nach dem Vertragsstatut zu beurteilen ist.¹⁵⁾ Da die US-Amerikanerin mit einem Tschechen verheiratet war und diese ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der tschechischen Republik hatte, wäre sowohl für den Anspruch gegen den schuldtragenden österr Lenker als auch gegen den tschechischen Halter tschechisches Recht anzuwenden gewesen.

C. Korrektur bei Verstoß gegen den Ordre Public

Sowohl Art 10 des Haager Straßenverkehrsabkommens als auch § 6 IPRG sehen vor, dass das sich nach dem Kollisionsrecht ergebende ausländische Recht nicht anzuwenden ist, wenn es zu einem mit den Grundwertungen der inländischen, also der österr Rechtsordnung unvereinbaren Ergebnis führt.¹⁶⁾ Betont wird, dass von dieser „Ordre-public“-Klausel nur sparsamster Gebrauch zu machen sei, weil es sich um eine systemwidrige Ausnahme vom Grundsatz der Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen handle.¹⁷⁾ Nur bei Verstoß gegen fundamentale Prinzipien der österr Rechtsordnung, namentlich solche im Verfassungsrang, sei die Berufung auf den Ordre Public berechtigt, was zur Folge habe,

dass die sich aus dem Kollisionsrecht ergebende Norm einer ausländischen Rechtsordnung nicht und anstelle dessen das österr Recht anzuwenden ist.

Dass eine ausländische Norm gegen zwingendes österr Recht verstoße und nach österr Rechtsempfinden zu einem unbilligen Ergebnis führe, sei nicht ausreichend.¹⁸⁾ Vielmehr muss das Ergebnis schier unerträglich sein. Betont wird, dass sich der Maßstab im Laufe der Zeit wandeln könne.¹⁹⁾ Außerdem müsse ein ausreichender Inlandsbezug gegeben sein.²⁰⁾

Das nach dem Kollisionsrecht im konkreten Sachverhalt anwendbare tschechische Recht führt zum Ergebnis, dass die Verletzte bloß einen ganz geringen Bruchteil an Schmerzensgeld erhält, das ihr nach österr Recht zustünde, in concreto weniger als 2%, also fast nichts. Der OGH verweist auf seine Vorjudikatur,²¹⁾ dass selbst dann, wenn eine Rechtsordnung jegliches Schmerzensgeld versage, kein Verstoß gegen den Ordre Public vorliege.²²⁾ Bei diesem Ausgangspunkt ist es folgerichtig, einen solchen auch dann zu versagen, wenn die jeweilige Rechtsordnung immerhin einen Schmerzensgeldanspruch vorsieht, dieser aber marginal gering ausfällt.

Darüber hinaus wird ins Treffen geführt, dass auch in § 5 VerkehrsoferschutzG v 2. 6. 1977 zunächst vorgesehen war, dass kein Schmerzensgeld zu leisten sei, und eine Änderung erst durch BGBl 1993/94 eingetreten sei. Ältere E²³⁾ haben zusätzlich darauf hingewiesen, dass im EKHG erst seit der Nov 6. 2. 1968, BGBl 1968/69 ein Schmerzensgeldanspruch gegeben sei.

Wenn die derzeitige ausländische Rechtslage vor nicht allzu langer Zeit noch in Österreich geltendes Recht war, so könne eine solche nicht fundamentalen Rechtsprinzipien der inländischen Rechtsordnung entgegenstehen. Bedeutsam ist dabei freilich stets das tertium comparationis und der zeitliche Abstand. Der Verweis auf das VerkehrsoferschutzG ist mE von vornherein wenig beweiskräftig. Dass eine Rechtsordnung dem Verletzten für den Fall, dass ein konkreter Ersatzpflichtiger nicht ausfindig gemacht werden kann, einen Anspruch gegen eine größere Solidargemeinschaft, hier den Versicherungsverband, einräumt, der einen bestimmten Mindestanspruch sichern soll, sagt nichts darüber, was als angemessener Ausgleich anzusehen ist, wenn ein Ersatzpflichtiger vorhanden ist. Und dass diese Entscheidung nicht mehr auf die frühere Ausklammerung des Schmerzensgeldes bei der Gefährdungshaftung hinweist, ist eine klare Belegstelle, dass sich die Einschätzung im Zeitablauf auch verändern kann. →

15) A. Fuchs, Zum Kommissionsvorschlag einer „Rom-II-Verordnung“, GPR 2003-04, 100, 102. In diesem Sinn bereits Schwimann, ZfRW 1975, 229, 236.

16) Koziol, Haftpflichtrecht I 19/43.

17) Verschraegen in Rummel, ABGB⁹ Vor § 1 IPRG Rn 76, 79; § 6 IPRG Rn 1; OGH SZ 59/128.

18) OGH 13. 9. 2000, 4 Ob 199/00v.

19) Verschraegen in Rummel, ABGB Vor § 1 IPRG Rn 2.

20) Verschraegen in Rummel, ABGB Vor § 1 IPRG Rn 3.

21) OLG Wien IPRE 1/24 = ZfRW 1974, 60 (Reichelt); OGH EvBl 1974/180; 12. 3. 1974, 8 Ob 33/74; SZ 47/117 = JBl 1975, 426 (Schwind) = ZfRW 1975, 227 (Schwimann) = ZfRW 1975/157; ZfRW 1977/57.

22) Verschraegen in Rummel, ABGB vor § 6 IPRG Rn 5.

23) OGH 12. 3. 1974, 8 Ob 33/74; ZfRW 1977/57.

Gerade hier könnte ein Ansatzpunkt gegeben sein. Die Kl verweist darauf, dass es als Verstoß gegen den Ordre Public angesehen wurde, wenn eine entschädigungslose Enteignung erfolgte.²⁴⁾ Nach der Rangfolge der Rechtsgüter hat aber die körperliche Integrität einen höheren Stellenwert als das Eigentum; und wie oben ausgeführt wurde, ist das Schmerzensgeld für den Verletzten häufig der bedeutsamste Schadensposten, weil nur dieser ihm zur Gänze verbleibt. Bei allen anderen tritt in mehr oder weniger großen Umfang ein Dritter in Vorlage.

Dazu kommt, dass in jüngerer Zeit der Gesetzgeber den Schutz der körperlichen Integrität noch besonders akzentuiert hat. Eine Freizeichnung für Schäden an der körperlichen Integrität in allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen Unternehmer und Verbraucher ist nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG unzulässig. *Koziol*²⁵⁾ vertritt darüber hinaus die Ansicht, dass wegen des hohen Stellenwerts dieses Rechtsguts dies nicht auf Verbraucherverträge zu beschränken sei. Bei Arbeitsunfällen wurde bisher kein Schmerzensgeld geschuldet; durch BGBl 1994/20 wurde in § 213 a ASVG eine dem Schmerzensgeld vergleichbare Integritätsabgeltung eingeführt, freilich beschränkt auf erhebliche Verletzungen und grobe Fahrlässigkeit.

Die Kl verweisen darauf, dass jedenfalls bei erheblichen Verletzungen, bei denen grobes Verschulden gegeben sei, es als Ordre-Public-widrig anzusehen sei, wenn jegliches Schmerzensgeld versagt oder nur ein marginal geringer Betrag zugebilligt werde. Dafür kann immerhin eine Berufung auf *Schwimann*²⁶⁾ erfolgen, der schon im Jahr 1978 bei gänzlicher Versagung von Schmerzensgeld einen Verstoß gegen den Ordre Public angenommen hat, wenn es sich um einen Fall der Verschuldenshaftung handelt. ME sind Verschuldens- und Gefährdungshaftung grundsätzlich gleich starke Zurechnungselemente, sodass eine Differenzierung unterbleiben sollte. In jüngster Zeit wurde durch zahlreiche Gesetzesänderungen die früher sachwidrige Differenzierung, dass bei manchen Gesetzen nach deutschem Vorbild bei der Gefährdungshaftung kein Schmerzensgeld gewährt wurde,²⁷⁾ beseitigt.²⁸⁾

Da dem Schmerzensgeld in der österr Rechtsordnung in den letzten Jahren ein immer höherer Stellenwert eingeräumt wird, könnte erwägenswert sein, bei einer faktisch völligen Versagung durch eine ausländische Rechtsordnung einen Verstoß gegen den Ordre Public anzunehmen. Nach den genannten restriktiven Normen wäre aber Voraussetzung ein erheblicher Dauerschaden und grobes Verschulden.

In der konkreten E ist ein Verstoß gegen den Ordre Public aber mE deshalb zu verneinen, weil es einen nur geringfügigen Bezug zur österr Rechtsordnung gibt. Zu beurteilen ist ein Schadenersatzanspruch einer Person, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der tschechischen Republik hat. Weshalb dieser unter allen Umständen die „Segnungen“ eines Schmerzensgeldanspruchs in österr Größenordnung zuteil werden muss bzw deren Versagung fundamentalen österr Prinzipien widersprechen sollte, ist in der Tat nicht einzusehen. Der Umstand,

dass die Ersatzpflichtigen ihren (Wohn-)Sitz in Österreich haben, ist dafür nicht ausreichend.

Gegen einen Verstoß gegen den Ordre Public spricht darüber hinaus, dass die österr Rechtsordnung bei der Bemessung des Schmerzensgeldes gerade nicht auf die Kaufkraftparität am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten Rücksicht nimmt. In einem Fall, in dem der OGH²⁹⁾ einen Schmerzensgeldanspruch eines Geschädigten mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland zu beurteilen hatte, sprach er sich für die Bemessung nach der lex fori, somit dem inländischen österr Recht aus, mag die Kaufkraftparität am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten eine andere sein.

Ebenso hat er entschieden, als es darum ging, dass der Ersatz eines Nichtvermögensschadens nach ungarischem Recht zu beurteilen war.³⁰⁾ Er verwies darauf, dass nach ungarischem Recht zu beurteilen sei, ob die unterschiedliche Kaufkraftparität in Österreich bei der Bemessung zu berücksichtigen sei; sollte das nicht der Fall sein, sei dies kein Verstoß gegen den Ordre Public.

D. Materiell-rechtliche Ansatzpunkte

Außer Streit steht der Grundsatz, dass das sich aus dem Kollisionsrecht ergebende materielle Recht so anzuwenden ist, wie sich das aus der verwiesenen Rechtsordnung, in der konkreten Entscheidung somit nach tschechischem Recht, ergibt. Das bestimmt Art 8 des Haager Straßenverkehrsabkommens auch explizit für die Art und den Umfang des Ersatzes.³¹⁾ Nur wenn für die verwiesene ausländische Rechtsordnung keine konkreten Anhaltspunkte hinsichtlich der dort bestehenden Spruchpraxis ermittelbar sind, kann das inländische Gericht legitimiert sein, das ausländische Recht nach den geltenden Auslegungsregeln zu ermitteln.³²⁾

Ob die Kaufkraftparität des Verletzten an seinem gewöhnlichen Aufenthalt eine Bemessungsderminante bei der Schmerzensgeldbemessung darstellt, ist eine äußerst umstrittene Frage, deren Sprengkraft bisher nur ansatzweise erkannt wurde.³³⁾ Sieht man im Schmerzensgeld eine Ausprägung des Kompensationsinteresses des Geschädigten, das im Rahmen einer angemessenen Entschädigung insoweit zusteht, als eine Restitution entweder nicht möglich oder vom Geschädigten nicht gewollt ist, ist auch beim Schmerzensgeldanspruch – wie beim Vermögensschaden – die Kaufkraftparität am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten ein bedeutsamer Be-

24) OGH SZ 59/128.

25) Haftpflichtrecht I 18/14.

26) Probleme des Haager Straßenverkehrsabkommens, ZVR 1978, 161, 163.

27) Im 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetz vom 1. 8. 2002 hat der deutsche Gesetzgeber dieses überholte Konzept aufgegeben, sodass nunmehr auch nach deutschem Recht bei jedem Anspruch aus der Gefährdungshaftung ein Schmerzensgeldanspruch gegeben ist.

28) Insoweit überholt *Koziol*, Haftpflichtrecht I 6/22. Auf die Novellierungen hinweisend *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999) 26f.

29) OGH SZ 44/186 = ZVR 1973/36 = EvBl 1972/172.

30) OGH 30. 9. 1992, 2 Ob 31/92.

31) *Koziol*, Haftpflichtrecht I 19/50.

32) OGH 18. 9. 1991, 2 Ob 35, 36/91.

33) Dazu unter rechtsvergleichenden Aspekten *Ch. Huber*, Die Höhe des Schmerzensgeldes – abhängig von der Kaufkraftparität am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten? FS-Beitrag.

messungsfaktor.³⁴⁾ Mit dem Schmerzensgeld soll sich der Verletzte Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschaffen können. Wie er das Schmerzensgeld verwendet, bleibt ihm überlassen. Was immer er damit macht, ob er Waren einkauft, Dienstleistungen in Anspruch nimmt oder Geldbeträge verschenkt, um sich menschliche Zuwendung zu erkaufen, der Nutzen für den Verletzten ist abhängig von der Kaufkraftparität an seinem gewöhnlichen Aufenthalt.

In welcher Rechtsordnung auch immer dem Schmerzensgeld eine solche Funktion zukommt, wäre dieser Umstand konsequenterweise zu beachten. Das tschechische Recht hat in Bezug auf den Ersatz des immateriellen Schadens bei Körperverletzungen eine durchaus hoch stehende Dogmatik, indem unterschieden wird zwischen der Abgeltung von Schmerzen und Beeinträchtigungen im Rahmen der gesellschaftlichen Betätigung. Letztere Kategorie betrifft verletzungsbedingte Erschwerungen bei Aktivitäten in den Bereichen Sport, Kultur, Politik und Familie, aber auch ideelle Nachteile, dass ein bestimmter Beruf nicht ausgeübt oder eine in Angriff genommene oder ins Auge gefasste Aus- oder Weiterbildung nicht verwirklicht werden kann.

ME ist die Kaufkraftparität am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten bei jeder Art des ideellen Schadens zu berücksichtigen; bei der Erschwerung der gesellschaftlichen Betätigung ist das aber deshalb in besonderer Weise geboten,³⁵⁾ weil insoweit eine besondere sachliche Nähe zur Kategorie der vermehrten Bedürfnisse gegeben ist, einem Vermögensschaden, bei dem eine solche Berücksichtigung ganz selbstverständlich ist.³⁶⁾

Der OGH ist auf die Detailfrage der Bemessung der Erschwerung der gesellschaftlichen Behinderung nicht eingegangen. Er konnte so vorgehen, weil die Verletzte ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der tschechischen Republik hatte. Wäre deren gewöhnlicher Aufenthaltsort anderswo gewesen, hätte der OGH der unterschiedlichen Kaufkraftparität Bedeutung beimessen können, wenn es für diese Frage noch keine tschechische Spruchpraxis bzw sonst verfestigte Meinung gegeben hätte.³⁷⁾ Er wäre damit durchaus im Einklang mit seiner bisherigen Rsp gestanden, in der er in solchen Konstellationen auch bei Anwendung ausländischen Rechts eine Beachtung auf die Lebensverhältnisse des nicht am Tatort lebenden Geschädigten für zulässig angesehen hat.³⁸⁾

Sosehr die Kaufkraftparität am jeweiligen gewöhnlichen Aufenthaltsort des Verletzten mE berücksichtigt werden sollte, so wenig wäre es angemessen, das Unbehagen in Anschlag zu bringen; dass der Verletzte nach dem Rechtsgefühl der Rechtsordnung, der er sich als Staatsangehöriger verbunden fühlt, einen zu geringen Schmerzensgeldbetrag erhält.³⁹⁾ Wenn sich US-Amerikaner ins Verkehrsgewühl von Europas Straßen stürzen, müssen sie es hinnehmen, dass sie im Fall einer drittverantwortlichen Schädigung grundsätzlich nach den Standards des jeweiligen europäischen Sachrechts entschädigt werden, mag das in ihren Augen auch nicht mehr sein als ein „Almosen“.⁴⁰⁾

E. Wirtschaftliche Abhilfemöglichkeit: Personenkaskoversicherung

Nicht nur für US-Amerikaner, auch für Österreicher, die sich mit ihren Fahrzeugen auf osteuropäischen Straßen tummeln, kann es zu bösen Überraschungen kommen, wenn sie bei einem Straßenverkehrsunfall in einem dieser Staaten von einem Drittverantwortlichen verletzt werden. Ob nach dem Haager Straßenverkehrsabkommen oder einer künftigen Rom-II-Verordnung, in vielen Fällen ist das Recht des Unfallorts anzuwenden, das eine viel geringere Entschädigung vorsieht als das Inlandsrecht, namentlich in Bezug auf den Ersatz des immateriellen Schadens. Mag die Rechtsstellung des Verkehrsunfallopfers auch durch so manche Maßnahme des Gesetzgebers oder juristische Kunstgriffe der Judikatur verbessert werden, eine vollständige Abhilfe lässt sich nur durch Abschluss einer passenden Versicherung erzielen.

So wird etwa in Österreich von der Wiener Städtischen Versicherung eine Personenkaskoversicherung angeboten, bei der für € 7,50 je € 10.000,- Versicherungssumme die Gegenleistung angeboten wird, bei einem Verkehrsunfall im Ausland wie bei voller Einstandspflicht des Schädigers im Inland Ersatz zu erhalten. Diese Versicherung wird bisher kaum in Anspruch genommen. Der Grund dürfte sein, dass zu wenige Geschädigte die nach dem Maßstab des österr Rechts unzureichenden Ersatzleistungen im osteuropäischen Ausland ins Kalkül ziehen und es vorziehen, nach dem Motto zu leben „no risk no fun“. Ein Pferdefuß könnte freilich auch sein, dass Voraussetzung für den Abschluss einer Personenkaskoversicherung der einer Insassenunfallversicherung ist, deren wirtschaftliche Sinnhaftigkeit fraglich sein könnte.

Christian Huber, Aachen

34) AA Danzi, in Danzi/Gutierrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht* (2003) 198f; OGH SZ 44/186 = ZVR 1973/36 = EvBl 1972/172; SZ 47/10. Krit dazu Reischauer in Rummel, ABGB⁹³ § 1325 Rn 47.

35) So auch der Hinweis des Geschädigten in OGH 30. 9. 1992, 2 Ob 31/92.

36) OGH 21. 3. 2001, 3 Ob 193/00d: Bemessung des Anspruchs von Pflegedienstleistungen in Abhängigkeit vom Ort, wo sie erbracht werden: Wien oder Jugoslawien.

37) So OGH 18. 9. 1991, 2 Ob 35, 36/91; als die Spruchpraxis zum Schmerzensgeld in Jugoslawien nicht feststellbar war.

38) OGH SZ 47/10; 12. 3. 1974, 8 Ob 33/74: Direktklage, Lohnfortzahlung mit Verweis auf OGH SZ 43/70 = ZVR 1971/22: Damals war der Lohnfortzahlungsschaden als mittelbarer Schaden in Österreich nicht ersatzfähig; anders aber nach deutschem Recht, wo die Lohnfortzahlung voraussetzte, dass der verletzte Arbeitnehmer den Schadenersatzanspruch an den Arbeitgeber abtrat. Dieser Umstand war auch bei Anwendung österr Rechts beachtlich.

39) So auch KG VersR 2002, 1567; OLG Koblenz NJW-RR 2002, 1030. Zust AnwKomm BGB/Ch. Huber § 253 Rn 82.

40) So wortwörtlich die KI in KG VersR 2002, 1567.