

Die Reform des österreichischen Schadenersatzrechts

Blickwinkel des deutschen Rechts, Umfang des Ersatzes und Nebengesetze¹⁾

ZVR 2006/188
 §§ 1293 ff ABGB;
 EKHG
 Schadenersatz-
 reform;
 Arbeitsgruppen-
 entwurf;
 konstruktive Kritik
 und
 Ergänzungen

Unter dem Vorsitz von Univ.-Prof. Dr. Helmut Koziol hat eine Arbeitsgruppe einen Entwurf für ein neues österr Schadenersatzrecht ausgearbeitet und der interessierten Öffentlichkeit mit dem Ansinnen unterbreitet, sich an der Diskussion zu beteiligen. Der Autor befasst sich kritisch mit dem Grundkonzept des Entwurfs und untersucht die Plausibilität einzelner Regelungen unter Bezugnahme auf das deutsche Schadenersatzrecht und die dort stattfindende Reformdiskussion. Darüber hinaus weist er auf einige Probleme hin, die im vorliegenden Entwurf bisher nicht behandelt worden sind.

Von Christian Huber

Inhaltsübersicht:

- A. Vorbemerkung
1. Behutsame Änderung oder alles neu?
 2. Mehr Rechtsunsicherheit durch das Bewegliche System – Erfordernis der Berechenbarkeit der Ergebnisse
 3. Interesse des Haftpflichtversicherers an einem geringen Ersatzniveau?
 4. Regelungsdichte und Ausgreifen auf andere Gebiete
- B. Gefährdungshaftung
1. Quellen hoher und erhöhter Gefahr
 - a) Langsame Fahrzeuge
 - b) Anhängerhaftung
 2. Wechselwirkung zwischen Gefährdungshaftung und Pflichthaftpflichtversicherung
 3. Entlastungsmöglichkeiten bei der Gefährdungshaftung
 4. Schutz schwacher Verkehrsteilnehmer, insb von Kindern
- C. Der Umfang des Ersatzes
1. Was hat man – zu Recht – aufgegeben?
 2. Was ist an dessen Stelle getreten?
 3. Ausgleich und Prävention
 4. Schadensverlagerung
 5. Naturalrestitution und Geldersatz
 - a) Die maßgebliche Unterscheidung – Widerspiegelung in der Abfolge der Paragraphen
 - b) Wem steht Wahlrecht zu?
 - c) Das Ausmaß der ersatzfähigen Aufwendungen – Schadensbegleitkosten
 6. Die Fortgeltung der abstrakten Schadensberechnung im Rahmen der Kompensation – § 1315 Abs 4 des Entwurfs
 7. Die abstrakte Rente – § 1319 Abs 1 S 2 des Entwurfs
 8. Abschaffung der Verunstaltungsentschädigung gem § 1326 ABGB
 9. Kapital oder Rente – § 1315 Abs 5 des Entwurfs
 - a) Wahlrecht
 - b) Determinanten der Umrechnung
 10. Bemessung des Schmerzensgeldes – § 1316 Abs 2 und 5 des Entwurfs
 - a) Verschulden des Täters
 - b) Restliche Lebenserwartung bei Dauerschaden
 - c) Kapital und Rente bei Dauerschäden
 11. Trauerschmerzensgeld (§ 1316 Abs 2 Z 2 des Entwurfs)
- D. Nebengebiete
1. Prozessuale Dimension
 - a) Unbezifferter Klageantrag – Mindestbegehren bei schwerer Abschätzbarkeit der Höhe des Ersatzes
 - b) Herabgesetztes Beweismaß bei Zukunftsschäden
 - c) Keine höchstrichterliche Judikatur zum Kfz-Sachschaden infolge der begrenzten Revisionsmöglichkeiten
 2. Verhältnis zu Sozialversicherungsträgern
 - a) Kürzung bei Mitverschulden
 - b) Pensionsdifferenzschaden bei Verletzung und Tötung
 3. Deckungskonkurs – auch bei Wegfall der Haftungshöchstbeträge weiterhin aktuell
 4. Steuerrecht
 5. Verbrechensofergesetz – Abänderung nach schweizerischem Vorbild
- E. Schlussresümee
- A. Vorbemerkung
1. Behutsame Änderung oder alles neu?
- Eine von Koziol geleitete Arbeitsgruppe hat am 7. 6. 2005 in der Akademie der Wissenschaften in Wien den Entwurf eines neuen österr Schadenersatzrechts vorgestellt, der in der Folge samt Erläuterungen einzelner Mitglieder veröffentlicht worden ist.²⁾ Es geht darin um das ehrgeizige Ziel, das gesamte Schadenersatzrecht

1) Ausformulierte und geringfügig abgeänderte sowie um wenige FN ergänzte Fassung von zwei Vorträgen am 15. 2. 2006 in Linz und am 3. 10. 2006 in Wien.
 2) Griss/Kathrein/Koziol, Entwurf eines neuen österr Schadenersatzrechts (2006).

völlig neu zu ordnen. Jedenfalls von der Abfolge der §§ bleibt „kein Stein auf dem anderen“, wobei aber gleichzeitig behauptet wird, dass die Änderungen durchaus behutsam seien und größtenteils lediglich die von der Judikatur bereits vollzogenen Änderungen in Gesetzesform gegossen würden.³⁾ *Spielbüchler*⁴⁾ hat das als Zumutung für alle Anwendenden, besonders aber für die Rechtsunterworfenen, bezeichnet. Das sind scharfe Worte aus der Perspektive eines Verfassungsrichters.

Wenn die Einschätzung zutrifft, dass man nur behutsame Änderungen vornehmen wolle, dann erhebt sich mE die Frage, ob es aus pragmatischen Gründen nicht klüger wäre, lediglich dort Änderungen vorzunehmen, wo das geboten ist, sonstige bestehende Normen aber unangetastet zu lassen, wie das bei der Gewährleistungsreform passiert ist. Die bisherige Judikatur würde sich so besser künftig verwerten lassen. Jede Neupositionierung – einer auch identen Norm – bringt in der Praxis die Komplikation mit sich, dass um die Auslegung neu gerungen wird und es lange dauern kann, bis sich eine feststehende Rsp einspielt.⁵⁾ Das ist aber ein eher formaler, wenngleich nicht zu unterschätzender Gesichtspunkt.

2. Mehr Rechtsunsicherheit durch das Bewegliche System – Erfordernis der Berechenbarkeit der Ergebnisse

Was viel schwerer wiegt, das ist, dass das Gesetz selbst nach dem Beweglichen System ausgerichtet werden soll. Dieser von *Wilburg* entwickelte Ansatz ist dafür aber mE nicht geeignet.⁶⁾ Der Entw ist formuliert aus der Sichtweise von Professoren und **Höchstrichtern**, die ausgerissene Grenzfälle vor Augen haben.⁷⁾ Für diese mag das Bewegliche System mitunter hilfreich sein. Zu bedenken ist indes, dass etwa die Kfz-Schadensregulierung ein Massengeschäft ist. Bei diesem wäre es äußerst bedenklich, wenn die mit einer Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe gespickten Tatbestände Gesetz würden. Der Regulierungsaufwand würde sich dramatisch erhöhen. Wegen der geringeren Sachkunde ginge das häufig zulasten des Geschädigten. Aber auch der Ersatzpflichtige, bei Verkehrsunfällen häufig ein Kfz-Haftpflichtversicherer, hätte damit wenig Freude, würde sich doch die Anzahl der für die Regulierung stets lästigen Quotenschäden beträchtlich erhöhen. Jedenfalls im Verkehrsunfallrecht haben feste Tatbestände den Vorzug eines höheren Ausmaßes an Rechtssicherheit und sind deshalb für die außergerichtliche Schadensregulierung besser geeignet.

Wo durch einen festen Tatbestand ausnahmsweise dem Gebot materieller Gerechtigkeit vom Wortlaut her nicht entsprochen wird, sind die Gerichte meist ausreichend erfindungsreich, um zu angemessenen Lösungen zu gelangen. Man sollte aber nicht die **Ausnahme** zur Regel machen. Zudem würde man weder den Anwälten noch den Tatrichtern einen Gefallen erweisen: Die Tatrichter müssten häufiger mit Rückverweisungen rechnen, was nicht nur mit lästiger Nachbearbeitungsarbeit verbunden ist, sondern bei entsprechender Anzahl für diese auch karrierestörend sein könnte; die Anwälte riskieren häufiger als bisher, in Kunstfehlerprozesse verwickelt zu werden.

3. Interesse des Haftpflichtversicherers an einem geringen Ersatzniveau?

Als Nachteil der Reform könnte ins Treffen geführt werden, dass es da und dort zu einer Ausweitung der Einstandspflicht – und im Zuge dessen – zu einer höheren Belastung der **Versicherungswirtschaft** kommen könnte. Das muss per se kein Nachteil sein. Hinzuweisen ist darauf, dass die Haftpflichtversicherung ein Produkt ist, das nur dann vertrieben werden kann, wenn es auch eine Einstandspflicht des VersN gibt. Und je höher diese ist, umso größer ist der Bedarf nach einer Absicherung. Nicht überall gibt es wie beim Betrieb eines Kfz eine Pflichtversicherung. Man kann daher sogar umgekehrt formulieren: Eine Absenkung des Haftungsniveaus wäre für die Haftpflichtversicherer kurzfristig segensreich, weil bei konstanten Prämien und fallendem Schadensbedarf der Profit steigen würde. Langfristig wäre aber – außerhalb der Pflichtversicherung – das Produkt Haftpflichtversicherung schwerer zu vermarkten.

4. Regelungsdichte und Ausgreifen auf andere Gebiete

Auch wenn ein Gesetz in erster Linie von – (hoffentlich gut) ausgebildeten – Juristen angewendet wird, wendet es sich seinem Selbstverständnis nach an alle mündigen Bürger. Es sollte daher nach Möglichkeit von diesen auch verstanden werden. Das spricht dann aber dagegen, Spitzfindigkeiten und Kontroversen von Lehrmeinungen in das Gesetz **hineinzuschreiben**. Professoren neigen wegen der ihnen eigenen Eitelkeit dazu, ihr eigenes Lehrgebäude im Gesetzestext wiederfinden zu wollen. Ein wenig mehr Enthaltensamkeit wäre aber diesbezüglich durchaus angebracht.

Umgekehrt sollte aber beachtet werden, dass das Ergebnis der Schadensregulierung nicht allein von Normen im ABGB oder den Gefährdungshaftungsgesetzen abhängig ist. So manche **Nebengesetze** spielen ebenfalls eine zentrale Rolle. Wenn man die Schadenersatzreform schon umfassend in Angriff nehmen will, dann sollten auch diese in den Blick genommen werden. Da sich viele einschlägige Regelungen außerhalb des ABGB und der Gefährdungshaftungsgesetze befinden, erfreuen sich diese ohnehin geringerer Aufmerksamkeit. Worum es aber allein gehen kann, das sind die inhaltlichen Auswirkungen für die Regulierung eines Schadenersatzanspruchs, nicht aber dessen – mitunter – zufälliger Standort. →

3) *Apathy*, Die Reform des österr Schadenersatzrechts, VR 2006, 187.

4) Dankt der Gesetzgeber ab? Gegen das Abschieben der Entscheidung, JBI 2006, 341 (348 f).

5) Eine Ausnahme davon ist lediglich dort angezeigt, wo der Gesetzgeber bisher unnötige Doppelgleisigkeiten vorgenommen hat, so etwa beim Umfang des Ersatzes im ABGB und etwa im EKHG. Insofern ist eine Beschränkung auf eine Regelung im ABGB einer einheitlichen Linie vielmehr förderlich.

6) So auch *Reischauer*, Reform des Schadenersatzrechts? ÖJZ 2006, 391 (392).

7) Ggt die Einschätzung von *Azizi/Göbller*, Extreme Ungerechtigkeit und bewegliches System, JBI 2006, 415 ff, bei der Auslegung des Begriffs „extreme Ungerechtigkeit“ im Entschädigungsfondsgesetz. Dabei geht es aber offenbar um solche ausgerissenen Ausnahmefälle.

B. Gefährdungshaftung

1. Quellen hoher und erhöhter Gefahr

Der Entw unterscheidet zwischen Quellen hoher (§ 1302) und erhöhter (§ 1303) Gefahr. Es ist jedenfalls ein terminologisches Kuriosum, dass entgegen dem Wortlaut die hohe Gefahr das gefährlichere und zur strengeren Haftung führende Phänomen ist, während man bei unbefangener Lektüre eine erhöhte Gefahr als das im Vergleich zur hohen Gefahr Schlimmere empfinden würde. Darüber hinaus stellt sich aber die Frage, ob man es gerade bei der Gefährdungshaftung mit einer derart globalen Umschreibung bewenden lassen sollte. Zwei Detailfragen seien diesbezüglich – vor dem Hintergrund der Gesetzesänderungen in Deutschland zum 1. 8. 2002 – herausgegriffen:

a) Langsame Fahrzeuge

In der dt Literatur ist man sich seit langem einig, dass die Langsamkeit eines Motorfahrzeugs eher als Gefahr erhöhend anzusehen ist. Eine Einbeziehung der langsamen Fahrzeuge in die Gefährdungshaftung würde daher diesem Postulat entsprechen. In einem Wahljahr wollte der dt Gesetzgeber sich aber nicht mit der Lobby der Landwirte und Bauunternehmer anlegen, deren Fahrzeuge – Traktoren und Baumaschinen – häufig für nicht mehr als 20 km/h zugelassen sind. Man hat daher die sachwidrige Ausnahme – konsequent – auf die von solchen Fahrzeugen gezogenen Fahrzeuge ausgedehnt, in der Hoffnung, dass bei einer Änderung fern von Wahlen diese Ausnahmenorm gänzlich fallen möge.

Wie ist das in Österreich geregelt und was sagt der Entw dazu? § 2 Abs 2 EKHG verweist auf das KfG und normiert zusätzlich eine Grenze bei einer zulässigen Höchstgeschwindigkeit von 10 km/h.⁸⁾ Der Entw will nach *Danzl*⁹⁾ daran nichts ändern. Aus dem Wortlaut des Entw lässt sich das aber nicht mit der gleichen Präzision ableiten wie bisher. Er erwähnt bloß die Motorfahrzeuge in § 1302 Abs 2 und § 1303 Abs 2, wobei in § 1303 Abs 2 lediglich steht, dass eine erhöhte Gefahr insb durch Motorfahrzeuge mit *niedrigerer* (welcher?) Höchstgeschwindigkeit hervorgerufen werden kann. Aus dieser Norm ist gerade offen, wo die Grenze zwischen der normalen und der „Gefährdungshaftung light“ verläuft. Durch das „kann“ ist weiterhin offen, ob in solchen Fällen eine Gefährdungshaftung überhaupt gegeben ist – es kann sein oder eben auch nicht. Das ist nicht eben präzise. Darüber hinaus wäre mE rechtspolitisch erwägenswert, maschinell betriebene Arbeitsmaschinen, die sich gelegentlich auch auf Straßen bewegen, in die Gefährdungshaftung einzubeziehen.

b) Anhängerhaftung

Im Zuge des 2. SchadenersatzrechtsänderungsG wurde in Deutschland in § 7 Abs 1 StVG eine eigene Gefährdungshaftung des Halters eines Anhängers eingeführt.¹⁰⁾ Man hatte nämlich beobachtet, dass der Geschädigte bei Fahrerflucht mitunter nur das Nummernschild des Anhängers erkennen konnte, nicht aber das der Zugmaschine. Da den Halter des Anhängers bis dahin keine Gefährdungshaftung traf und dieser sich häufig weigerte, den Halter der Zugmaschine zu benennen,

war der Geschädigte darauf angewiesen, Ersatzansprüche gegen den Entschädigungsfonds geltend zu machen. Einerseits werden durch diesen in Deutschland nicht alle Schäden abgedeckt, andererseits ist nicht einzusehen, diesen von allen Haltern bzw VersN gespeisten Topf in Anspruch zu nehmen, wenn es einen tatsächlich Einstandspflichtigen gibt, nämlich den Halter der Zugmaschine.

Schon um einen Anreiz zu setzen, dass der Halter des Anhängers diesen benennt, hat man eine eigene Gefährdungshaftung des Halters des Anhängers postuliert; uzw unabhängig davon, ob der Halter des Anhängers für den Unfall ursächlich war. Sollte er das nicht sein, läge es bei ihm, den Halter der Zugmaschine namhaft zu machen bzw bei eigener Inanspruchnahme sich bei diesem zu regressieren. Dass es auf diese Weise zu einer Verdopplung des Haftungsfonds zugunsten des Geschädigten kommt, mag man allenfalls damit rechtfertigen, dass ein Gespann von Zugmaschine und Anhänger ein höheres Gefährdungspotenzial aufweist als eine Zugmaschine allein.

Es ist schwer vorstellbar, dass sich derartige Phänomene lediglich in Deutschland, nicht aber in Österreich ereignen. Wenn dieser tatsächliche Befund zutrifft, wäre es für den österr Gesetzgeber überlegenswert, über eine derartige Regelung nachzudenken. Sehr lange wird er freilich gar nicht denken müssen. Es gibt nämlich bereits ein Arbeitspapier der Europ Kommission an das Europ Parlament vom 19. 12. 2005,¹¹⁾ das den nationalen Gesetzgebern vorschreibt, Derartiges im nationalen Recht zu verankern. Wenn dem aber so ist, dann sollte das in einem Reformentwurf gleich mitberücksichtigt werden.

2. Wechselwirkung zwischen Gefährdungshaftung und Pflichthaftpflichtversicherung

Besonders dann, wenn unabhängig von einem individuellen Verschuldensvorwurf einzustehen ist, ist der Abschluss einer Haftpflichtversicherung dringend zu empfehlen. Ja, ich würde noch einen Schritt weitergehen: Dann sollte der Gesetzgeber eine **Pflichthaftpflichtversicherung** anordnen, wie das bei Kfz denn auch grundsätzlich der Fall ist. Bei einer Pflichthaftpflichtversicherung geht es nämlich nicht nur um den Schutz des Schädigers vor seinem finanziellen Ruin, sondern auch um den des Geschädigten, daß dieser seinen Ersatzanspruch auch durchsetzen kann. Die Deckung muss dann mindestens in der Höhe bestehen, in der eine Haftung gegeben ist.¹²⁾ Diese Wechselwirkung ist in Deutschland bei Einführung einer Gefährdungshaftung für Anhänger nicht ausreichend bedacht worden.

8) Es fallen dementsprechend weniger Kfz aus der Gefährdungshaftung heraus als in Deutschland.

9) „Haftung für Verkehrsmittel“ Überlegungen (Erläuterungen) zum Entwurf der Schadenersatzreformkommission, Sonderheft 50 Jahre ZVR, ZVR 2006, 40 (42).

10) Dazu ausführlich *Ch. Huber*, Das neue Schadenersatzrecht (2003) § 4 Rn 88 ff.

11) SEC (2005) 1777.

12) AA *Apathy*, VR 2006, 187 (189), der eine Anpassung der Versicherungssummen nach § 9 KHVG nicht für zwingend erforderlich erachtet.

Für Österreich ist daraus folgender Schluss zu ziehen: Der Normunterworfenen sollte aus dem Gesetz genau und nicht bloß mehr oder minder vage ableiten können, für welche Motorfahrzeuge ihn eine – strenge – Gefährdungshaftung trifft. Der Gesetzgeber sollte davon die Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung abhängig machen. Das eine zu regeln ohne das andere mitzuerfassen, ist bestenfalls eine halbe Sache.

3. Entlastungsmöglichkeiten bei der Gefährdungshaftung

Die Unwägbarkeit der Haftung setzt sich – nach dem Beweglichen System durchaus folgerichtig – weiter fort: In Deutschland ist zum 1. 8. 2002 die Möglichkeit des Halters eines Kfz, sich durch Berufung auf ein unabwendbares Ereignis von der Einstandspflicht zu befreien, *grundsätzlich* weggefallen. Sie ist – wie beim Betriebsunternehmer einer Eisenbahn bis dahin schon – ersetzt worden durch den Nachweis des Vorliegens höherer Gewalt. In der deutschen Diskussion ist stets darauf verwiesen worden, dass die Entlastung durch ein unabwendbares Ereignis ein Fremdkörper der Gefährdungshaftung und zudem ein deutsches Spezifikum wäre, das es auf der Welt sonst nirgendwo gäbe. Ein wenig kleinlaut habe ich dann stets aufgezeigt und erwähnt, dass die österr Rechtsordnung das sowohl für den Halter eines Fahrzeugs als auch den Betriebsunternehmer einer Eisenbahn kenne (§ 9 EKHG). Dann ist müde gelächelt worden mit dem Hinweis, dass dann eben die österr Rechtsordnung der „letzte Mohikaner“ sei.

Der Entw hält an der Entlastungsmöglichkeit durch ein unabwendbares Ereignis fest (§ 1295 Abs 3). Freilich beschert er wiederum ein besonderes Maß an Ungewissheit. Einerseits ist es gar nicht sicher, dass es bei Nachweis eines unabwendbaren Ereignisses zur Haftungsbefreiung kommt. Das „kann“ nur so sein, was soviel bedeutet: oder auch nicht. Diese Ungewissheit ist schon unerfreulich genug. Aber es kommt noch dicker: Selbst wenn ein Fall höherer Gewalt gegeben ist, kann es noch immer sein, dass es bei der Einstandspflicht des Halters bleibt. Insoweit zieht das dStVG ebenso wie das dHaftpflichtG eine klare Grenze, dass jedenfalls bei höherer Gewalt der Halter nicht mehr einzustehen hat. Dann hat sich nämlich ein **allgemeines Lebensrisiko** verwirklicht und nicht die besondere Gefährlichkeit eines Motorfahrzeugs. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der Entw hier beweglich sein will bis zum Exzess. Ein bisschen mehr Festlegung und weniger offene Tatbestände wären – auch an dieser Stelle – wünschenswert und machbar.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der deutsche Gesetzgeber nach einer Intervention von *Küppersbusch*, dem renommiertesten Vertreter der deutschen Versicherungswirtschaft, in der Anhörung im Bundestag am 27. 2. 2002 die Entlastung bei einem unabwendbaren Ereignis wieder reaktiviert hat, soweit es um Unfälle zwischen Kfz geht.¹³⁾ Wenn ein Fahrzeug von einem anderen von hinten angeschoben auf ein vorderes prallt und beim vorderen einen Sachschaden auslöst, oder ein Stein aufgewirbelt wird, der bei einem anderen Kfz einen Schaden hervorruft, soll der dafür

ursächliche Halter gegenüber dem Eigentümer des beschädigten Kfz dafür nicht einstehen müssen. Begründet wurde dies damit, dass man auf diese Weise die so lästigen Quotenschäden und Komplikationen bei der Kaskoversicherung vermeiden wolle. Mag auch die Formulierung in § 17 Abs 3 dStVG nicht ganz geglückt sein – es handelte sich um einen Schnellschuss in der allerletzten Phase des Gesetzgebungsverfahrens –, so ist die Wertung durchaus nachvollziehbar. Lehrreich für Österreich könnte sein, dass der deutsche Gesetzgeber insoweit eine präzise Festschreibung vorgenommen und sich nicht darauf verlassen hat, dass eine einfühlsame Rsp – wie der BGH-Richter *Dressler* in der Anhörung dargelegt hat – ohnehin zu einem solchen Ergebnis gelangt wäre.

4. Schutz schwacher Verkehrsteilnehmer, insb von Kindern

Es gibt Bestrebungen, schwache Verkehrsteilnehmer, insb Kinder, im Straßenverkehr haftungsrechtlich stärker zu schützen. In Frankreich hat das in der *Loi Badinter* Ausdruck gefunden. Eine diesbezügliche Initiative des deutschen ADAC wird auf dem diesjährigen Europäischen Verkehrsrechtstag in Trier erörtert. Der deutsche Gesetzgeber sah im 2. SchadenersatzrechtsänderungsG folgenden Sachverhalt für regelungsbedürftig an: Ein neunjähriges Kind spielt mit einem Ball, der zwischen zwei parkenden Autos auf die Straße rollt. Selbst das Kind, das in der Verkehrserziehung war und intellektuell begriffen hat, wie man sich im Straßenverkehr konkret verhält, hat in diesem Moment nur eines im Kopf: Es möchte seinen Ball wieder und läuft deshalb, ohne links oder rechts zu schauen, dem Ball nach. Befindet es sich auf der Straße und kommt es dort zu einer Kollision mit einem daherfahrenden Auto, geht das typischerweise zulasten des Kindes aus.

Wie reagierte die deutsche Rechtsordnung auf einen solchen Sachverhalt? Der Lenker konnte häufig den Beweis erbringen, dass es sich um ein für ihn unabwendbares Ereignis handelte, weshalb es selbst für einen Anspruch aus der Gefährdungshaftung an einer **Anspruchsgrundlage** fehlte. Selbst wenn ein solcher Anspruch zu bejahen war, entweder gegen den Halter oder bei Verschulden auch gegen den Lenker, wurde der Anspruch häufig erheblich gekürzt, weil dem Kind ein geringfügiges oder auch beträchtliches Mitverschulden (§ 254 Abs 2 BGB) vorgeworfen worden war. Der deutsche Gesetzgeber hat an **zwei** Schrauben gedreht, um zu einem gegenteiligen Ergebnis zu gelangen. Er hat die Berufung auf das unabwendbare Ereignis abgeschafft, uzw nicht nur gegenüber Kindern, sondern gegenüber allen nicht motorisierten Geschädigten. Darüber hinaus – und das ist im vorliegenden Kontext von Interesse – hat er in § 828 Abs 2 BGB die straßenverkehrsspezifische Deliktsfähigkeit von Kindern bei Involvierung in Verkehrsunfälle mit einem Kfz auf 10 Jahre hinaufgesetzt. Im Klartext führt das dazu, dass ein Kind, das nicht älter als 10 Jahre ist, bei dem geschilderten Sachverhalt in jedem Fall **vollen** Ersatz erhält. →

13) Dazu *Ch. Huber*, Das neue Schadenersatzrecht § 4 Rn 58 ff.

Selbst in der Lebensaltersphase zwischen 10 und 14 Jahren hat der Gesetzgeber die Judikatur dafür sensibilisiert, dass die Deliktsfähigkeit des Kindes nicht ohne Wenn und Aber zu bejahen ist, nur weil ein Kind eines solchen Alters intellektuell begreift, dass ein verkehrswidriges Verhalten gefährlich ist. Abzustellen ist vielmehr auf die konkrete Unfallsituation, bei der der eingeschränkte Gesichtskreis sowie die besondere Emotionalität mit in die **Beurteilung** einfließen müssen.

Dass gleichaltrige österr Kinder dem gegenüber reifer oder die Gefahren im Straßenverkehr geringer sind, ist kaum wahrscheinlich. Wie solche Fälle in der Praxis reguliert werden, lässt sich im österr Recht schwerer beurteilen als im deutschen Recht. Die österr Haftpflichtversicherer zahlen lieber, als dass sie ein Judiz gegen sich zulassen. Die deutschen Haftpflichtversicherer wollen es demgegenüber stets wissen – und laufen gelegentlich mit Wollust ins offene Messer. Dazu kommt, dass in Österreich anders als in Deutschland bloß die höchstgerichtlichen Entscheidungen veröffentlicht werden; und so häufig kommt ein solcher Sachverhalt in der OGH-Judikatur dann auch wieder nicht vor. Nicht alle verletzten Kinder bzw deren Eltern stehen einen Prozess bis zum OGH durch – häufig vergleicht man sich lieber. Man begnügt sich mit dem Spatz in der Hand und verzichtet auf die Taube auf dem Dach. Gäbe es ähnlich klare Regelungen wie nunmehr in Deutschland, wäre die Situation anders. Eine die Kinder stärker begünstigende Regelung wird über kurz oder lang auf europäischer Ebene kommen. Dann muss der österr Gesetzgeber nicht mehr viel nachdenken. Es wäre freilich weise, solche Gedanken bei einem Reformentwurf zu antizipieren. Hinzuweisen ist darauf, dass die Lösung des deutschen Gesetzgebers eine **starre** Lösung gebracht hat und nicht ein Herumtasten anhand **weicher** Kriterien.

C. Der Umfang des Ersatzes

1. Was hat man – zu Recht – aufgegeben?

Verabschiedet hat man sich zu Recht vom **gegliederten Schadensbegriff**, also der Abhängigkeit des Umfangs des Ersatzes vom Grad des Verschuldens. Die Rsp hat in den letzten Jahrzehnten alle möglichen Kunststücke aufgeführt, um die Unterschiede möglichst einzuebnen. Solche Akrobatik möchte man ihr künftighin ersparen.¹⁴⁾

Aufgeben möchte man auch die **betragliche Haftungsbegrenzung** bei der Gefährdungshaftung. Auch das ist aus meiner Sicht zu begrüßen. Die von *Wilhelm*¹⁵⁾ beschworene Gefahr des Ansteigens der Kfz-Haftpflichtversicherungsprämien in astronomische Höhen teile ich nicht.¹⁶⁾ Wie *Reisinger*, der kompetenteste österr Haftpflichtjurist der **Versicherungswirtschaft**, auf der Interiura-Tagung am 30. 3. 2006 in Ismaning bei München mithilfe statistischen Materials seines Unternehmens – der Wiener Städtischen Versicherung – belegt hat, sind es in der Praxis rare Einzelfälle, in denen die Haftungshöchstbeträge überschritten werden, dann freilich nicht nur um Groschenwerte.¹⁷⁾ Ich habe nie verstanden, warum ausgerechnet bei der Gefährdungshaftung eine betragliche Begrenzung er-

folgen müsse, steht doch bei dieser eine Haftpflichtversicherung dahinter, die in der Lage sein muss, solche Nachteile auf viele Köpfe zu verteilen. Der marginale Anstieg der Prämien beim Einzelnen wiegt aus meiner Sicht weniger schwer als der Umstand, dass ein Geschädigter, vor allem ein Schwer- oder Schwerstverletzter, im Ernstfall dann nur Bruchteile seines Schadens ersetzt bekommt.

2. Was ist an dessen Stelle getreten?

Ob der sich nach Bejahung der Anspruchsgrundlage ergebende Ersatz denn auch wirklich in ungeschmälerterem Umfang zusteht, ist nach dem Entw noch vom Gewicht der Zurechnungsgründe nach § 1310 abhängig; und zudem nach § 1317 davon, ob eine solche Pflicht den Schädiger unverhältnismäßig und drückend belastet bzw dem Geschädigten ein bloß teilweiser Ersatz auch zumutbar ist. Ein wildes Gefeilsche – usw nicht nur ausnahmsweise, sondern womöglich bei jedem Schadensfall – könnte die Folge sein. Jeder der Beteiligten muss womöglich die Hosen herunterlassen. Ein simpler Schadensfall endet in einer Auseinandersetzung wie bei einer streitigen Scheidung. Was man aufgegeben hat, nämlich die Abstufung des Ersatzes nach dem Verschulden sowie die Haftungshöchstbeträge bei der Gefährdungshaftung, ist mE zu begrüßen. Freilich war das im Vergleich zu dem, was „an dessen Stelle getreten“ ist, viel besser berechenbar, für den Geschädigten wie auch für den Ersatzpflichtigen und die häufig hinter ihm stehende Kfz-Haftpflichtversicherung.¹⁸⁾

3. Ausgleich und Prävention

In § 1292, ganz zu Beginn des Entw, wird darauf hingewiesen, dass es Aufgabe des Schadenersatzrechts sei, Schäden auszugleichen und damit zugleich ein Anreiz geschaffen werden solle, Schäden zu vermeiden. Dass es im Schadensrecht um den **Ausgleich** von Schäden geht, ist nicht umstritten. Man bräuchte dafür zwar keine Belehrung durch den Gesetzgeber; die Dekretierung dieser Selbstverständlichkeit ist aber auch nicht schädlich. Zur Abwehr **exzessiver punitive damages** ist kein besonderer Anlass gegeben.

Beim Hinweis auf die **Prävention** könnte es eine Spur anders sein. Wenn das Präventionsprinzip bloß Ausdruck des Ausgleichsgedankens sein sollte, könnte man sich dessen gesonderte Erwähnung ersparen. Wenn das Präventionsprinzip gesondert erwähnt wird, könnte dies freilich das Einfallstor für kreative Überlegungen werden, wie sie die ökonomische Analyse mitunter zutage fördert. Nach deren Postulaten ist es nämlich gerade **umgekehrt**: Ein Ausgleich soll nur insoweit erfolgen, als der Statuierung einer Ausgleichspflicht verhaltenssteuernde Wirkung zukommt.

Eine praktische Auswirkung sieht dann etwa so aus: **Der Tod** ist gegenüber einer **Verletzung** die gewiss gra-

14) So auch *Apathy*, VR 2006, 187 (194).

15) „Aufgabe des Schadenersatzrechts ist es, Schaden auszugleichen ...“, *ecolx* 2005, 497.

16) So auch *Danzl*, ZVR 2006, 40 (42).

17) Abrufbar unter: www.interiura.com/de/de_set.htm

18) So auch *Fischer-Czernak*, Der Entwurf einer allgemeinen Gefährdungshaftung, NZ 2006, 1 ff.

vielerere Folge. Deshalb müssten höhere Anreize gesetzt werden, um die Tötung zu verhindern, verglichen mit dem Fall der Verletzung. Die Schadenersatzfolgen müssten daher bei Tötung notwendigerweise weitergehende sein als bei Verletzung. Solche Ideen wurden auch *de lege lata* bereits ventiliert, indem ein auf diesem Gebiet besonders profilierter Innsbrucker Anwalt auf die Idee gekommen ist, pro verlorenem Lebensjahr einen bestimmten Schmerzensgeldbetrag für den Getöteten selbst zu fordern, der dann im Weg der Universal sukzession auf die Erben übergehen soll. Der OGH¹⁹⁾ hat solchen – mit dem Ausgleichsprinzip kaum vereinbaren – Ersatzverlangen bisher „tapfer“ widerstanden. Die gesonderte Erwähnung des Präventionsprinzips könnte aber Anlass sein, das eines Tages anders zu beurteilen. Um solchen sachlich nicht berechtigten Weiterungen des Schadensrechts nicht Vorschub zu leisten, sollte man auf die Erwähnung des Präventionsprinzips verzichten.

4. Schadensverlagerung

In § 1312 des Entw wird festgelegt, dass in sämtlichen Fällen der Schadensverlagerung die Aktivlegitimation bei dem verbleibt, in dessen absolut geschütztes Rechtsgut eingegriffen worden ist. Bei einer Leistung des Dritten an den Geschädigten soll der Schadenersatzanspruch aber auf diesen übergehen. Sowohl beim Regress des in Vorlage tretenden Versicherers als auch beim Entgeltfortzahlungsschaden entspricht eine solche Legalzession der hM. Insoweit werden punktuelle Ansätze verdienstvollerweise verallgemeinert. Es fragt sich indes, ob damit alle klärungsbedürftigen Fälle erfasst sind:

Wird eine vermietete Sache beschädigt, so hängt der Umfang der Ersatzpflicht nach hM – anders als beim Entgeltfortzahlungsschaden – von der Verteilung des Innenverhältnisses zwischen Vermieter und Mieter ab. Kann der Vermieter infolge der Beschädigung der vermieteten Sache nach dispositivem Gesetzesrecht während der Reparaturdauer kein Mietentgelt verlangen, kann er neben dem Substanzschaden, also den Reparaturkosten, den Nutzungsausfallsschaden als Folgeschaden aus dem Eigentum verlangen. Sollte hingegen nach den Abmachungen zwischen Mieter und Vermieter der Mieter gleichwohl zur Fortzahlung des Mietentgelts verpflichtet sein, wie das namentlich bei **Leasingverträgen** der Fall ist, sollen dem Mieter nur noch die frustrierten Aufwendungen zustehen. Die Versagung des Ersatzes des vollen Mietentgelts wird damit begründet, dass diese Zahlung nicht durch das schädigende Ereignis verursacht wurde.²⁰⁾ Folgerichtig ist das nicht, ist das in Bezug auf die Kausalität beim Entgeltfortzahlungsschaden nämlich ebenso. Im einen wie im anderen Fall handelt es sich um eine lupenreine Schadensverlagerung, deren Rechtsfolgen konsequenterweise identisch sein müssten.

Akzeptiert man das, dann wäre ein weiterer Schritt nur folgerichtig. Ob eine Sache vermietet oder selbst genutzt wird, sollte für die Rechtsfolgen dem Grunde nach keinen Unterschied machen. Ob eine Person ihr gesamtes Vermögen in eine GmbH einbringt und von dieser zurückmietet oder so etwas unterlässt, sollte für die Rechtsfolgen im Schadenersatzrecht dem Grunde

nach keinen Unterschied machen. Nach derzeitiger Rechtslage könnte die GmbH aber das entgehende Mietentgelt verlangen, während der Nutzungsausfall in der eigenen Sphäre entschädigungslos bleibt. Hat man diese **sachwidrige Differenzierung** erkannt, wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, klarzustellen, dass es nicht darauf ankommt, ob sich ein Schaden in der Eigensphäre ereignet oder es sich um einen vergleichbaren Sachverhalt einer Schadensverlagerung handelt, weil das Eigentum in verschiedene Rechtspositionen aufgespalten worden ist. Wenn *Apathy*²¹⁾ darauf verweist, dass die restriktive Judikatur zum immateriellen Schaden die österr Rechtsordnung vor fiktiven Mietwagenkosten bewahrt habe, dann ist ihm insoweit zu folgen, als es keine Mietwagenkosten ohne Anmietung einer Ersatzsache geben soll. Das wäre des Guten zu viel. Aber jeglichen Ersatz zu versagen, ist nach dem Dargelegten eindeutig zu wenig, ganz abgesehen davon, dass der Nutzungsausfallsschaden mE ein Vermögensschaden ist.

Im deutschen Recht ist eine solche abstrakte Nutzungsentschädigung immerhin für das Auto und den Wohnsitz des Verbrauchers anerkannt. Wenn *Wagner*²²⁾ im aktuellen GA zur Reform des deutschen Schadenersatzrechts vorschlägt, eine solche abstrakte Nutzungsentschädigung nicht nur bei lebensnotwendigen Gütern wie Wohnsitz und Kfz zu gewähren, und die Bemessung danach auszurichten, um einen **ausreichenden Sparanreiz** für den Verzicht auf eine kostspielige Marktleistung zu setzen, so ist dem in Bezug auf die Einbeziehung aller Güter, die gekauft oder gemietet werden können, zu folgen; hinsichtlich der Bemessung handelt es sich freilich um einen Weg, der wenig kontrollierbar ist. Während sich nach dem Ausgleichsprinzip die Nutzungsausfallsentschädigung mit betriebswirtschaftlichen Methoden berechnen lässt, schätzt der eine die ausreichende Anreizwirkung hoch, der nächste aber gering, ohne dass es dafür einigermaßen verlässliche Anhaltspunkte gibt.

5. Naturalrestitution und Geldersatz

a) Die maßgebliche Unterscheidung –

Widerspiegelung in der Abfolge der Paragraphen
Seit der bahnbrechenden Monografie von *Apathy*²³⁾ hat sich im österr Privatrecht durchgesetzt, dass die vom Geschädigten getätigten Aufwendungen zur Schadensbeseitigung ebenso ein Unterfall der **Restitution** sind wie der, dass sich der Schädiger darum kümmert. Will der Geschädigte hingegen bloß einen Geldbetrag, ohne dass es zur Restitution oder wenigstens zur Herstellung einer Ersatzlage kommt, handelt es sich um eine **Ausprägung der Kompensation**. Der danach zu bemessende Ersatzbetrag bleibt häufig hinter dem bei Betätigung des Restitutionsinteresses zurück. Es wäre förder-

19) 2 Ob 55/04h, ZVR 2005/61 (*Kamer*) = JBl 2005, 513; 8 Ob 64/05b, ZVR 2006/88 = JBl 2006, 464.

20) *Fischer-Czermak*, Schadenersatz beim Kfz-Leasing, unveröff Vortrag Januar 2006.

21) VR 2006, 187.

22) *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadenersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadenersatz, Kollektivschaden, GA A zum 66. DJT (2006) A 30.

23) Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979).

lich, wenn diese grundlegende Unterscheidung auch in der Abfolge der Paragraphen zum Ausdruck gekommen wäre, wie etwa im deutschen Recht in den §§ 249 und 251 BGB. Der Entwurf knüpft demgegenüber rein mechanisch daran an, ob es zu einer Naturalherstellung durch den Schädiger kommt (§ 1314) oder ein Geldbetrag zu leisten ist (§ 1315). Das mag ein bloßer Schönheits- oder Aufbaufehler sein. Immerhin ist dabei offen, welche Lagen zu vergleichen sind, bloß der Geldersatz bei Kompensation oder der bei Durchführung der Restitution durch den Geschädigten.

b) Wem steht Wahlrecht zu?

Bei der Frage, wem das Wahlrecht zusteht, ob Ersatz in der einen oder anderen Form zu leisten ist, zeigt sich einmal mehr die oft bemängelte *Vagheit* des Entwurfs. Abzustellen ist auf das **überwiegende** Interesse des einen oder des anderen (§ 1314) bzw das Fehlen erheblicher Interessen des Ersatzpflichtigen (§ 1315 Abs 2). Ein bisschen mehr Schneidigkeit wäre da schon möglich:

Der **Geschädigte** hat einen Nachteil erlitten. Es ist daher im Ausgangspunkt folgerichtig, dass er bestimmen kann, ob er sich mit der Auffüllung der bloßen Vermögenslücke begnügt oder darauf Wert legt, dass der Zustand, wie er ohne Schädigung bestanden hätte, in höchstmöglicher Weise oder doch so einigermaßen wiederhergestellt werden soll. Darüber hinaus muss ihm das **Wahlrecht** zustehen, ob er sich im Rahmen der Restitution darum selbst kümmern möchte oder ob er diese Mühewaltung vom Schädiger erledigt wissen will. Insofern steckt ein richtiger Grundgedanke in dem vom BGH postulierten Satz, dass der die Geschädigte der Herr (und selbstverständlich die Herrin) des Restitutionsgeschehens sei.

Von diesem Grundsatz sind mE lediglich eng umgrenzte und einigermaßen klar definierbare Ausnahmen zuzulassen: Nur wenn es sich um eine vollständige Restitution handelt, also die Lieferung einer **serienmäßig hergestellten neuen Ware** in Rede steht, ist ein Interesse des Schädigers anzuerkennen, sich auf diese Art von der Ersatzpflicht zu befreien. Soweit es aber um eine Reparatur geht, die mit einem „Herumfummeln“ in der Sphäre des Geschädigten verbunden ist, muss der Geschädigte das nicht dulden. Gerade bei Kfz bleibt nach einer Reparatur ein merkantiler Minderwert als Ausprägung des restlichen Kompensationsinteresses zurück. Auch gebrauchte Sachen aus der Hand des Schädigers muss er sich nicht aufdrängen lassen.

Noch einer gründlichen Reflexion bedürfte die These *Koziols*,²⁴ dass vertragliche und deliktische Ansprüche auch in Bezug auf den Umfang des Ersatzes stets gleich laufen müssen. Womöglich gibt es zwischen Delikt und Vertrag doch unterschiedliche Wertungen: Wenn eine **x-beliebige Person** dem Geschädigten einen realen Schaden zugefügt hat, ist grundsätzlich nicht einzusehen, warum er von dieser Person – vom geschuldeten Geldbetrag abgesehen – etwas annehmen soll. Den **Vertragspartner** hat man sich hingegen vorher ausgesucht. Auch bei Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache muss man einen weiteren Nachbesserungsversuch durch diesen hinnehmen. Es hätte eine gewisse Logik, wenn diese Wertung auch im Schadenersatzrecht von Bedeutung wäre.

c) Das Ausmaß der ersatzfähigen Aufwendungen – Schadensbegleitkosten

*Griss*²⁵ hat den Vorschuss und die Pflicht zur Abrechnung des Vorschusses innerhalb angemessener Zeit gem § 1315 Abs 2 S 2 des Entwurfs damit begründet, dass auf diese Weise sichergestellt werde, dass nur die **tatsächlich** angefallene USt, aber keine fiktive in Rechnung gestellt werde. Das hat Anklänge an § 249 Abs 2 S 2 BGB, eine Norm, durch die der dt Gesetzgeber mit Wirkung vom 1. 8. 2002 den Ersatz fiktiver USt beim Verbraucher gekappt hat. Auch wenn es sich dabei um einen wirtschaftlich durchaus bedeutsamen Schadensposten handelt,²⁶ ist das bloß ein Ausschnitt aus einem viel größeren Problem:

In Deutschland kann der Geschädigte zwar keine fiktive USt mehr verlangen, im Übrigen aber auf Basis eines **SV-GA** abrechnen, wenn das Fahrzeug behalten wird und gewisse Kategorien erfüllt sind: Im Regelfall genügt die Verkehrssicherheit; ausnahmsweise ist Voraussetzung, dass das Fahrzeug umfassend und fachgerecht repariert ist. Auf die Vorlage einer Rechnung kommt es – von der USt abgesehen – für den Umfang des Ersatzes nicht an. Es liegt darin ein Keim zur **Überentschädigung**. Ganz anders freilich in Österreich: Nach Durchführung der Reparatur erhält der Geschädigte lediglich seine konkreten Aufwendungen ersetzt, mögen diese auch erheblich hinter dem SV-GA zurückbleiben. Eine billigere Reparatur im benachbarten Ausland bzw die Durchführung einer Teilreparatur entlastet zur Gänze den Ersatzpflichtigen. Ob diese **Unterechtschädigung** sachgerecht ist,²⁷ darüber müsste nochmals gründlicher nachgedacht werden. Ein Mittelweg könnte darin liegen, die Mühewaltung des Geschädigten marktkonform abzugelten bzw ihm wegen der qualitativ bzw umfänglich minderwertigen Reparatur ein zusätzliches Kompensationsinteresse zuzubilligen.

6. Die Fortgeltung der abstrakten Schadensberechnung im Rahmen der Kompensation – § 1315 Abs 4 des Entwurfs

In § 1315 Abs 4 wird im Rahmen der Kompensation die objektiv-abstrakte Schadensberechnung angeordnet. Zu welch wenig sachgerechten Ergebnissen diese im Einzelfall führt, sei anhand eines autobiografischen Beispiels verdeutlicht: Bei meinem Umzug hat ein Spediteur die Glasscheibe einer Tür zerbrochen. Zu liquidieren waren die Reparaturkosten für die zerbrochene Scheibe. Diese Tür war indes für den Sperrmüll bestimmt, weil meine Frau sich anstelle der braunen für weiße Türen entschieden hatte. Eine selbständige Verwertung der Tür mit einer auch intakten Glasscheibe wäre nicht möglich gewesen. Es lag ein Fall einer eindeutigen **Überentschädigung** vor.

Um dem Anliegen gerecht zu werden, dass bei Verzicht auf eine Restitution lediglich das **geringere Kom-**

24) Grundgedanken, Grundnorm, Schaden und geschützte Interessen, in *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf 23 und 26.

25) Der Entwurf eines neuen österr Schadenersatzrechts, JBl 2005, 273 (282).

26) In Deutschland schätzt man die dadurch bewirkten Einsparungen der Kfz-Haftpflichtversicherer auf 200 bis 250 Mio Euro pro Jahr.

27) Krit dazu bereits *Ch. Huber*, Aktuelle Fragen des Sachschadens, ÖJZ 2005, 161 (211 ff).

pensionsinteresse gebührt, sollte der Gesetzgeber nicht bloß auf den Verkehrswert verweisen. Vielmehr sollte die Anordnung erfolgen, dass der jeweils geringere von Wiederbeschaffungs- und Veräußerungswert maßgeblich sein soll. Hätte ich in der damaligen Situation eine Beeinträchtigung bei der Veräußerung nachweisen müssen, wäre als Ersatz Null herausgekommen. Bei einem gewerblichen Unternehmer wäre keinesfalls der die Handelsspanne enthaltende Veräußerungswert anzusetzen, sondern höchstens der geringere Beschaffungswert.

7. Die abstrakte Rente – § 1319 Abs 1 S 2 des Entwurfs

In § 1319 Abs 1 S 2 des Entw. heißt es: „Für eine Minderung der Erwerbsfähigkeit ist auch Ersatz zu leisten, solange der tatsächliche Verdienst nicht gemindert ist.“ Bei unbefangener Lektüre fragt sich der Leser: „Warum das denn?“ Die Botschaft erschließt sich erst aus den Erläuterungen.²⁸⁾ Die bisherige OGH-Judikatur²⁹⁾ hatte die Berechnung des Erwerbsschadens in Form einer abstrakten Rente unter mehreren Voraussetzungen zugelassen: Der Verletzte erleidet zunächst keine konkrete Einbuße. Er muss sich mehr anstrengen. Es besteht die Gefahr, dass er wegen der erlittenen Verletzung seine Kräfte rascher verbraucht und später den Arbeitsplatz verliert, den Kausalitätsnachweis wegen der längeren dazwischen liegenden Zeit aber nicht führen kann. Deshalb soll er die Möglichkeit haben, sogleich eine abstrakte Rente zu verlangen, freilich mit dem Haken, dass er sich bei Eintritt eines darüber hinausgehenden konkreten Schadens mit der abstrakten Rente begnügen muss.

Gegen diese abstrakte Rente mag man so manche Detailkritik ins Treffen führen. Insgesamt war sie aber eine in sich schlüssige Rechtsfigur. Einerseits hat sie dem Verletzten eine Abgeltung für seine Mehranstrengungen gebracht. Andererseits und vor allem hat sie bewirkt, dass sich der Verletzte schon deshalb besonders angestrengt hat, weil er bei Verlust des Arbeitsplatzes keinen zusätzlichen Ersatzbetrag vom Schädiger erhielt.

Von diesem „Gesamtkunstwerk“, das vom ehemaligen Sen.-Präs Piegler entwickelt worden ist, amputiert man nun einen Teil. Solange keine rechnerische Einbuße gegeben ist, kann eine abstrakte Rente verlangt, danach kann konkret abgerechnet werden. Nicht immer bleibt der Torso ein ansehnliches Gebilde. Die Anreizwirkung, sich besonders anzustrengen, fällt weg. Die Erfassung der Mehranstrengungen unter der Kategorie des Vermögensschadens sind mE zu begrüßen. Es stellt sich freilich die Frage: Warum sollen diese nur dann abgegolten werden, wenn der Verletzte gar keine Erwerbseinbuße erleidet? Wenn es um diese Abgeltung geht, dann ist das formulierte K.o.-Kriterium nicht stimmig. Und wenn man Mehranstrengungen abgelden möchte, wofür es durchaus gute Gründe gibt, dann stellt sich die Frage, ob das auf die Verletzung eines Arbeitnehmers beschränkt bleiben kann. Wie sieht es dann etwa mit solchen Mehranstrengungen bei einem Selbständigen aus, der bisher keine abstrakte Rente verlangen konnte? Und wie verhält es sich mit der Mühewaltung im Zug der Schadensregulierung?

Die abstrakte Rente ist ein Austriacum. Vor dem Hintergrund der Angleichung an europäische Standards spricht viel dafür, sich davon – wenn auch schweren Herzens – zu trennen. Eine solch kryptische, für den unbefangenen Leser völlig unverständliche Formulierung wie in § 1319 Abs 1 S 2 des Entw., dessen Bedeutungsgehalt sich lediglich durch Bezugnahme auf die Erläuterungen und bei Kenntnis der bisherigen Judikatur erschließt, sollte jedenfalls vermieden werden.

8. Abschaffung der Verunstaltungsentschädigung gem § 1326 ABGB

Die Verunstaltungsentschädigung des § 1326 ABGB wird ersatzlos gestrichen. Das wird damit begründet, dass dessen Komponenten künftig im Schmerzensgeld und beim Verdienstentgang erfasst werden.³⁰⁾ § 1326 ABGB hat in der Tat einen antiquierten Anstrich, wonach es primär darum geht, dass Frauen wegen eines ansehnlichen Äußeren geheiratet werden, womit deren Versorgung sichergestellt werde. Auch wenn man das geschlechtsneutral auslegt, ist das nicht mehr zeitgemäß. Die Eheschließung erfolgt heutzutage nicht mehr zu Versorgungszwecken. Freilich ist zu bedenken, dass das äußere Erscheinungsbild einer Person durchaus von Einfluss ist auf die Chance, eine Stelle auf dem Arbeitsmarkt zu bekommen. Wer gut aussieht, hat bessere Karten. Und das gilt nicht allein für Fotomodelle und Schauspieler.

In den Erläuterungen sollte daher deutlich gemacht werden, dass die durch die Entstellung hervorgerufene mögliche Beeinträchtigung, einen dauerhaften Partner zu finden, sich gegenüber dem Status quo schmerzensgelderhöhend auswirken müsste. Und beim Erwerbsschaden ist darauf zu achten, dass das für die Verunstaltungsentschädigung nach § 1326 ABGB herabgestufte Beweismaß künftig auch beim Erwerbsschaden anzulegen wäre.

9. Kapital oder Rente – § 1315 Abs 5 des Entwurfs

Zur Frage von Kapital oder Rente findet sich in § 1315 des Entw. durchaus Althergebrachtes: Bei Dauerschäden gebührt grundsätzlich eine Rente. Aus wichtigem Grund kann der Geschädigte eine Kapitalabfindung verlangen, wenn das dem Ersatzpflichtigen zumutbar ist. Der Kapitalbetrag ist nach der voraussichtlichen Dauer der Rente zu berechnen und abzuzinsen. Die Sprengkraft, die mit der Umrechnung von Kapital in Rente verbunden ist, wird dadurch in keiner Weise deutlich. An dieser Stelle soll auf die aktuelle deutsche Diskussion hingewiesen werden, die derzeit mit besonderem Engagement und besonderer Heftigkeit geführt wird.³¹⁾ →

28) Kathrein, Haftung für Körper-, Freiheits- und Ehrverletzungen, für Sachbeschädigungen und für mangelhafte Wege, in Griss/Kathrein/Kozioł, Entwurf 91 und 94.

29) Zuletzt 2 Ob 143/03y, SZ 2003/106 = JBI 2004, 317 = ZVR 2004/18; s hiezu auch Wittwer, Zum Comeback einer Rechtsfigur – die abstrakte Rente lebt weiter! ZVR 2004, 51.

30) Danzl, ZVR 2006, 40 (41).

31) So die Diskussion auf dem VGT in Goslar: Nehls, Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden – Kapitalisierung, 43. VGT 2005, 114 ff; Lang, Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden – Prognose und Kapitalisierung, 43. VGT 2005, 130 ff; Burghart, Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden – Anwaltschaft nach

a) Wahlrecht

Ein wichtiger Grund auf Seite des Geschädigten ist so gut wie nie gegeben. Gleichwohl wird häufig eine Kapitalabfindung vereinbart. Das gilt namentlich für die Regressansprüche von Sozialversicherungsträgern gegenüber Haftpflichtversicherern, aber nicht nur zwischen solchen Kontrahenten. Solche Abfindungen sind häufig im Interesse beider Parteien. Der Anspruchsberechtigte hat einen größeren Betrag auf einmal. Der Haftpflichtversicherer kann den Akt schließen. Jedenfalls bei Personen, die nicht voll geschäftsfähig sind, wäre erwägenswert, einen solchen Abfindungsvergleich einer **pfllichtsgerichtsgerichtlichen Genehmigung** zu unterwerfen. Es besteht nämlich die Gefahr, dass die Angehörigen eine Kapitalabfindung vereinbaren und danach ein Interesse haben, dass das schwerst verletzte Verkehrsunfallopfer möglichst rasch in die ewigen Jagdgründe hinüberschwebt, damit sie zeitnah an die beträchtliche Geldsumme gelangen. Bei einer Rente ist die Interessenlage demgegenüber gegenläufig. Die schwer verletzte Person wird schon aus Eigennutz der potentiellen Erben gut gepflegt, damit die Rente, die häufig nicht in vollem Umfang für den schwer Verletzten „verbraucht“ wird, möglichst lange ausgezahlt wird. Außerdem erzielen die pflegenden Angehörigen nur während des – noch – bestehenden Pflegebedarfs ein zusätzliches Erwerbseinkommen.

Da die gesetzlichen Voraussetzungen, statt einer Rente eine Kapitalabfindung zu verlangen, im Regelfall nicht gegeben sind, fehlt es an einer richterlichen Kontrolle. Es wäre deshalb erwägenswert, dem voll geschäftsfähigen Geschädigten losgelöst von einem wichtigen Grund ein solches Wahlrecht einzuräumen und dieses allein von der Zumutbarkeit, will heißen der wirtschaftlichen Belastbarkeit des Ersatzpflichtigen abhängig zu machen. Da iaR ein Haftpflichtversicherer einstandspflichtig sein wird, wird diese Hürde so gut wie immer zu nehmen sein.

b) Determinanten der Umrechnung

Während Lebensversicherer für eine langfristige Verzinsung ab 1. 1. 2007 nur noch 2,25% an Garantieverzinsung anbieten, ist es Usus deutscher Haftpflichtversicherer, Schadenersatzrenten mit 5 bis 5,5% abzuzinsen. Eine solche **Nettorendite** ist bei mündelsicherer Veranlagung derzeit unter keinen Umständen zu erzielen. In Deutschland sind Zinseinkünfte der Einkommensteuer und damit der vollen Progression zu unterwerfen; in Österreich fällt immerhin die Kapitalertragsteuer in Höhe von 25% an. Dazu kommt, dass die **Dynamik** der Renten – etwa die zumindest nominelle Steigerung des Erwerbseinkommens im Lauf der Jahre – unter den Tisch fällt, die **Kapitalverwaltungskosten** unberücksichtigt bleiben und auch noch **veraltete Sterbetafeln** verwendet werden, die den Geschädigten zusätzlich belasten. IaR wird der Geschädigte – und auch dessen Anwalt – von der (vermeintlichen) Höhe der Abfindungssumme so geblendet, dass er die Günstigkeit für seinen Klienten schwer abschätzen kann. Der Gesetzgeber könnte auf diesem Gebiet insoweit für **mehr Rechtsklarheit** sorgen, dass er beim Abzinsungsfaktor auf den Durchschnittszinssatz der letzten 10 Jahre abstellt, der wie bei den Verzugszinsen an einen Zins-

satz der Europäischen Zentralbank angeknüpft werden könnte. Festgelegt werden könnte, dass die jeweils aktuellsten Sterbetafeln zugrunde zu legen sind. Was freilich die Dynamik von Renten betrifft, so ist das einer präzisen gesetzlichen Regelung schwer zugänglich. Immerhin könnten in den Erläut die Gerichte dafür sensibilisiert werden, dass das Fehlen jeglicher Inflation die gewiss unwahrscheinlichste Zukunftsperspektive ist. Und während bei einer Rente eine Anpassung an veränderte Verhältnisse immerhin in Betracht kommt, stellt die Kapitalabfindung eine abschließende Zahlung dar.

10. Bemessung des Schmerzensgeldes – § 1316 Abs 2 und 5 des Entwurfs

Die Bemessung des Ersatzes für ideelle Nachteile ist naturgemäß schwierig. Darüber hinaus stößt eine gesetzliche Determinierung rasch an Grenzen. Drei Einzelaspekte sollen hier herausgegriffen werden:

a) Verschulden des Täters

Das Verschulden wird im Entw nicht als maßgebliche Bemessungsdeterminante erwähnt. *Karner*³²⁾ verweist in der Erläuterung darauf, dass anders als im geltenden Recht nicht primär auf die Schwere des Verschuldens abzustellen sei. Das dürfte freilich auf einer **Fehlbeurteilung des geltenden Rechts** beruhen. Im führenden Werk auf diesem Gebiet³³⁾ kann man lesen: „Nach hM ist bei der Bemessung des Schmerzensgeldes der Verschuldensgrad des Beschädigers nicht zu beachten.“ Das Verschulden des Täters sollte mE bei der Bemessung des Schmerzensgeldes jedenfalls keine maßgebliche Bemessungsdeterminante sein. Auch im deutschen Recht ist die das Verschulden berücksichtigende „Genugtuungsfunktion“ auf dem Rückzug, was dazu geführt hat, dass es seit 1. 8. 2002 auch bei der Gefährdungshaftung einen Schmerzensgeldanspruch gibt.

Die Unbeachtlichkeit des Verschuldens für die Höhe des Schmerzensgeldes kann damit begründet werden, dass der Schmerz der verletzten Person typischerweise nicht höher oder geringer ist, je nachdem, ob der Täter sich leicht oder grob fahrlässig verhalten hat. Und den Kfz-Haftpflichtversicherer finanziell stärker bluten zu lassen, nur weil der Verschuldensvorwurf gegenüber dem Täter ein höherer ist, macht schon gar keinen Sinn. Nur wenn die Verbitterung des Unfallopfers wegen der besonderen Rücksichtslosigkeit höher ausfällt und sich das auch einigermaßen nachvollziehbar messen lässt, ist ein Zuschlag geboten. So weit, so einig.

Im nächsten Satz liest man bei *Karner*³⁴⁾, dass entsprechend dem Wortlaut des § 1316 Abs 2 S 1 die objektive Nachvollziehbarkeit und die Schwere der Zurechnungsgründe von Einfluss sein sollen für die Höhe des

Abschluss eines Abfindungsvergleichs, 43. VGT 2005, 147 ff; und seither: *Jaeger*, Neuere Entscheidungen zur Kapitalisierung von Renten im Abfindungsvergleich, VRR kompakt 2006, 124; *ders*, Kapitalisierung von Renten im Abfindungsvergleich, VersR 2006, 597; *Nehls*, Der Abfindungsvergleich beim Personenschaden, SVR 2005, 161 ff; *R. Schneider/S. Schneider*, Berücksichtigung von Zinsschwankungen bei der Kapitalisierung von Schadenersatzrenten, NZV 2005, 497 ff.

32) Geldersatz für ideelle Schäden, Minderung der Ersatzpflicht, Beweislast, Verjährung, in *Griss/Kathrein/Kozioł*, Entwurf 79 und 81.

33) *Danzl* in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld⁶ (2003) 69.

34) in *Griss/Kathrein/Kozioł*, Entwurf 79 und 81.

Schmerzensgeldes. Während der Begriff „objektive Nachvollziehbarkeit“ jedenfalls derzeit noch im Dunkeln schwebt und man sich nicht so recht vorstellen kann, was darunter zu verstehen sein soll, dürfte bei den Zu-rechnungsgründen dann doch das Verschulden eine zentrale Rolle spielen. Insofern ist der Entw sogar ein Rückschritt gegenüber dem derzeitigen Status quo, bei dem der OGH trotz gegliederten Schadensbegriffs der Versuchung widerstanden hat, die Höhe des Schmerzensgeldes von der Schwere des Verschuldens abhängig zu machen.

b) Restliche Lebenserwartung bei Dauerschaden

Das Ausmaß und die Dauer der Beeinträchtigung werden in § 1316 Abs 2 explizit als maßgebliche Bemessungsfaktoren angesprochen. Das ist wohl so zu verstehen, dass das Schmerzensgeld bei einem Dauerschaden entsprechend der restlichen Lebenserwartung abzustufen ist. Je länger der Verletzte die Leiden noch zu erdulden hat, umso höher hat das Schmerzensgeld auszufallen.

Aus meiner Sicht ist bei einem Dauerschaden die restliche Lebenserwartung neben der Intensität der Schmerzen und deren Auswirkungen für die Lebensgestaltung die zentrale Bemessungsdeterminante. Diesbezüglich hat offenbar ein Meinungsumschwung stattgefunden. Die bisherige Judikatur³⁵⁾ sieht die restliche Lebenserwartung und Leidensdauer nur als einen beiläufigen Aspekt. Und von *Karner/Koziol*³⁶⁾ ist diese Judikatur 2003 durchaus noch gebilligt worden. Begründet wurde dies damit, dass es dem Geschädigten häufig gelingt, „sein Leid zu bewältigen und mit seiner Beeinträchtigung zu leben, sodass er nach einiger Zeit nicht wesentlich unglücklicher ist als ein Gesunder“. Würde man einen Querschnittgelähmten oder auch nur Beinamputierten mit einer solchen Aussage konfrontieren, er würde das als menschenverachtend und blanken Hohn empfinden.

Auch wenn man solche Details nicht unbedingt in den Gesetzeswortlaut aufnehmen muss, ist eine rationale Bemessung mE wie folgt vorzunehmen: Bei einem Dauerschaden gibt es eine erste Phase, in der der Verletzte sich auf die völlig neue Situation einstellen muss. Die Umgewöhnungsphase ist häufig mit besonders viel Bitterkeit und Betroffenheit erfüllt. Mit steigendem Lebensalter mag diese Umstellung eher schwerer als leichter fallen, was aber ein zusätzlicher Aspekt ist. Ist diese Umstellung aber einmal geglückt, so unzureichend das auch sein mag, ist das restliche Schmerzensgeld mE proportional davon abhängig zu machen, wie lange das Leiden voraussichtlich andauern wird.

c) Kapital und Rente bei Dauerschäden

Schmerzensgeld wird *de lege lata* grundsätzlich in einem Kapitalbetrag geschuldet. Bei schwersten Verletzungen billigt der OGH ausnahmsweise eine Rente zu.³⁷⁾ Dazu nimmt der Entw nicht Stellung. Hält man die soeben skizzierte Bemessung des Schmerzensgeldes für angemessen, dann wäre es folgerichtig, dass der Verletzte bei jedem Dauerschaden – von einer Bagatellschwelle einmal abgesehen³⁸⁾ – für die Umstellungsphase einen Kapitalbetrag, für die daran anschließende restliche Phase eine Rente verlangen könnte. Die Rente hat zwar den Nachteil, dass der Haftpflichtversicherer anders als

bei einem Kapitalbetrag den Akt lange nicht schließen kann; das kann er freilich aufgrund der Rentenansprüche wegen des Verdienstentgangs bzw der vermehrten Bedürfnisse ohnehin nicht. Als Vorzug der Rente ist hingegen anzusehen, dass sich eine Unwägbarkeit beseitigen lässt, uzw die nach der restlichen Lebenserwartung des Verletzten. Die Rente trägt nämlich ihr Ende in sich.³⁹⁾ Und selbst wenn sich der Verletzte im Einzelfall gleichwohl für einen Kapitalbetrag entscheidet, wird durch den rationalen Schritt der Abschätzung der voraussichtlichen Leidensdauer diesem Umstand bei der Bemessung ein höheres Gewicht beigemessen als derzeit, wo die Gefahr besteht, dass vor lauter prinzipiell bedeutsamen Bemessungsdeterminanten die Dauer der Schmerzen untergeht, das Gericht vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr sieht.

11. Trauerschmerzensgeld

(§ 1316 Abs 2 Z 2 des Entwurfs)

Der gesetzlichen Verankerung eines Trauerschmerzensgeldes für nahe Angehörige stehe *ich* positiv gegenüber. Während der „Reiche“ sich in solchen Situationen häufig auf die Couch des Psychiaters legt, der in aller Regel eine fassbare gesundheitliche Beeinträchtigung von Krankheitswert feststellt, ist der „Arme“ gewöhnt, Kummer zu überwinden, ohne einen solchen Weg auch nur in Erwägung zu ziehen. Für das gleiche Phänomen den einen zu entschädigen, den anderen jedoch nicht, widerspricht der materiellen Gerechtigkeit. Entsprechend dem hier vertretenen Ansatz, dass das Ausmaß des Verschuldens für den Umfang des Ersatzes keine Rolle spielen soll, ist es sachgerecht, einen solchen Anspruch bei jedem Grad des Verschuldens und auch bei Verwirklichung eines Gefährdungshaftungsstatbestands zuzuerkennen. Auch in Deutschland setzt diesbezüglich ein Umdenken ein.⁴⁰⁾

Zu beachten ist freilich, dass es dabei zu keiner Ausuferung kommen darf. Großzügiger als die derzeitige OGH-Judikatur, die zusätzlich auf eine **Haushaltsgemeinschaft** abstellt, spricht der Entw die Vermutung einer persönlichen Nahebeziehung bereits bei Ehegatten sowie zwischen Eltern und Kindern aus. ME sollte auf das Indiz der Haushaltsgemeinschaft nicht verzichtet werden. Das Band des Verheiratetseins bzw das Bestehen einer Eltern-Kind-Beziehung allein ist nicht stets ausreichend aussagekräftig.

Während *Wagner*⁴¹⁾ nach britischem Vorbild vorschlägt, eine feste Taxe in Höhe von € 15.000,- zuzubilligen, stellt der österr Entw das zu Recht in die Verantwortung der Gerichte. Als Anhaltspunkt dürften aber die € 15.000,- durchaus die Größenordnung sein, um die es geht. Zu betonen ist, dass damit auch nicht der ideelle Verlust des Getöteten abgegolten werden soll. Sofern daran gedacht wäre, müsste es um ganz andere

35) Nachw bei *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österr Recht und seine Reform, ÖJT 2003, 127 FN 590.

36) Österr Juristentag 2003, 127.

37) *Danzl* in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld⁹, 192f.

38) Der Verwaltungsaufwand für die monatliche Auszahlung eines geringfügigen Betrags ist dann unverhältnismäßig.

39) Positiv zum Zuspruch einer Schmerzensgeldrente *Danzl* in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld⁹ 193.

40) So nunmehr *Wagner*, GA A zum 66. DJT (2006) A 62 ff.

41) GA A zum 66. DJT (2006) A 65.

Dimensionen gehen. Vielmehr soll das ein Beitrag sein, damit der betreffende Hinterbliebene etwa eine größere Reise unternehmen kann, um auf andere Gedanken zu kommen.

Sicherzustellen ist, dass das Angehörigenschmerzensgeld und der Schockschaden nicht kumuliert werden bzw. der Schockschaden nicht geringer bemessen wird als das Angehörigenschmerzensgeld. Es geht nämlich darum, dass eine medizinisch fassbare psychische Beeinträchtigung nicht oder schwer nachweisbar ist. Ist das der Fall, kann die Abgeltung dafür höher ausfallen; das Trauerschmerzensgeld wäre aber als Mindestersatz darauf anrechenbar.

Plausibel erscheint mir auch die Zubilligung eines Trauerschmerzensgeldes bei einer besonders schweren Verletzung. Hinzufügen würde ich dazu noch das Kriterium der voraussichtlich langen Leidensdauer. Für solche Fälle wäre eine Rente oder eine jährliche Zahlung wiederum eine besonders passende Ersatzform. Namentlich, wenn der Angehörige auch in die Pflege eingebunden ist, soll ihm dieser Betrag ermöglichen, dass er einmal im Jahr eine Auszeit nimmt und auf andere Gedanken kommen kann. Dass auf diese Weise womöglich ein größerer Betrag als im Tötungsfall herauskommt, mag zutreffen. Der Angehörige ist mitunter aber durch ein langes Siechtum einer schwer verletzten Person auch psychisch stärker beeinträchtigt als durch einen jähen Tod, der im Moment zwar sehr weh tut, über den der Angehörige häufig doch relativ rasch hinwegkommt – frei nach der Devise: Das Leben geht weiter.

Wenn der Schädiger auch für den anschließenden Tod verantwortlich ist, ist die bereits für die Verletzung geleistete Entschädigung angemessen anzurechnen. Die Trauer, die durch den schlussendlich erfolgenden Tod ausgelöst wird, ist dann zwar gegeben; aber die Angehörigen konnten sich auf diesen Fall doch schon seelisch vorbereiten.

D. Nebengebiete

1. Prozessuale Dimension

a) Unbezifferter Klageantrag – Mindestbegehren bei schwerer Abschätzbarkeit der Höhe des Ersatzes

Bei manchem Schadenersatzanspruch stößt die Bezifferung durch den Anwalt des Geschädigten auf erhebliche Probleme. Im Fall *Natascha Kampusch* etwa gibt es zur Bemessung des ideellen Schadens bei einem derartigen sehr langen Freiheitsentzug kaum Präjudizien in der Judikatur. Beim Schmerzensgeld generell kann man immer wieder beobachten, dass die Vorstellungen der verletzten Person sowie das Angebot des Ersatzpflichtigen und der schlussendlich zuerkannte Betrag erheblich divergieren. Im deutschen Recht besteht die Möglichkeit, dass der Geschädigte in solchen Fällen einen **Mindestbetrag** einklagt, wobei das Gericht dann die Möglichkeit hat, den Betrag zuzusprechen, den es für angemessen hält, ohne an das Klagebegehren des Verletzten ziffernmäßig nach oben gebunden zu sein.⁴²⁾ Es ist nicht zu sehen, dass die Abschätzungsprobleme in Österreich geringer sind, weshalb die Einführung einer solchen Möglichkeit angezeigt erschiene.

b) Herabgesetztes Beweismaß bei Zukunftsschäden

Bei Zukunftsschäden hängt das Ausmaß des Ersatzes in hohem Maß vom Beweismaß ab, das man vom Geschädigten für den Nachweis seines Nachteils verlangt. Prototypisch sei etwa der Erwerbsschaden von Kindern oder Jugendlichen genannt. Dabei ist zu bedenken, dass es der Schädiger war, der den Geschädigten in eine solche Situation gebracht hat. Die dt. Judikatur hat sich in den letzten Jahren zunehmend geschädigtenfreundlicher verhalten. Das zu § 1326 ABGB zugrunde gelegte herabgesetzte Beweismaß könnte insoweit als Anhaltspunkt dienen.

c) Keine höchstrichterliche Judikatur zum Kfz-Sachschaden infolge der begrenzten Revisionsmöglichkeiten

In Österreich gibt es aufgrund der Revisionsbeschränkungen seit ca. 15 Jahren keine höchstrichterliche Rsp zum Kfz-Sachschaden. Die Praxis ist daher diesbezüglich auf eine regionale Judikatur, zumeist aber auf Mutmaßungen angewiesen. Es sei immerhin an dieser Stelle der Hinweis erlaubt, dass es in Deutschland gerade in den letzten Jahren eine besonders reichhaltige BGH-Judikatur zum Kfz-Sachschaden gibt, die für die Praxis viele Zweifelsfragen abschließend klärt.

2. Verhältnis zu Sozialversicherungsträgern

a) Kürzung bei Mitverschulden

Im österr. Recht besteht bei Kürzung eines Anspruchs wegen Mitverschuldens bei Konkurrenz mit der verletzten Person ein Quotenvorrecht des Sozialversicherungsträgers. Im dt. Recht ist in einem solchen Fall gem. § 116 Abs. 3 SGB X zumindest Gleichrangigkeit der Ansprüche gegeben. ME sprechen gute Gründe dafür, den Ansprüchen des unmittelbar Betroffenen einen Vorrang einzuräumen.

b) Pensionsdifferenzschaden bei Verletzung und Tötung

Wird eine im aktiven Erwerbsleben stehende Person verletzt, besteht im österr. Recht ein Wahlrecht für die verletzte Person, die Rentenversicherungsbeiträge, die sie künftig nicht mehr durch Betätigung ihrer Arbeitskraft verdienen kann, vom Schädiger sogleich zu verlangen oder den Eintritt eines konkreten Rentenschadens abzuwarten. Im letzteren Fall ergeben sich zahlreiche Komplikationen,⁴³⁾ weshalb von dieser Vorgangsweise dem Verletzten und seinem Anwalt dringend abzuraten ist. Im deutschen Recht kann sich jedenfalls im **Verletzungsfall** eine solche Konstellation nicht ergeben, weil der SozVersTr gem. § 119 SGB X insoweit einen eigenen Beitragsregress hat, durch den sichergestellt ist, dass bei Anfall der regulären Alterspension diese so ausfällt, als wäre der Geschädigte nicht verletzt worden, weil in der Phase zwischen Verletzung und regulärem Anfall der Altersrente eine uneingeschränkte Einziehung von Rentenversicherungsbeiträgen erfolgt. Dass der deut-

42) Dazu jüngst *Mertins*, Der unbezifferte Klageantrag – und kein Ende? *VersR* 2006, 47 ff.

43) Anschaulich der Sachverhalt der E OGH 6. 4. 2006, 2 Ob 63/06p, demnächst in *ZVR* mit Anm. *Ch. Huber*.

sche Gesetzgeber eine solche Regelung lediglich für den Verletzungsfall, nicht aber für den Tötungsfall vorgesehen hat, ist eine Panne, aus der der österr Gesetzgeber seine Lehren ziehen könnte.

3. Deckungskonkurs – auch bei Wegfall der Haftungshöchstbeträge weiterhin aktuell

Auch wenn sich im Rahmen der Kfz-Haftpflichtversicherung die Frage des Deckungskonkurses bei betragslich unbeschränkter Haftung – und im Zug dessen dann auch betragslich unbeschränkter Deckung – nicht mehr stellen wird,⁴⁴⁾ so werden außerhalb der Pflichtversicherung Fallkonstellationen verbleiben, in denen die Haftung weiter reicht als die Deckung, in denen es somit darum geht, ob es diesbezüglich vorrangige oder nachrangige Ansprüche gibt. § 10 KHVG knüpft derzeit daran, dass die Kapitalforderungen Vorrang vor den Rentenforderungen haben. Diese formale Qualifikation sagt freilich über die sachliche Berechtigung eines Anspruchs, wer worauf stärker angewiesen ist, rein gar nichts aus. Diese Norm kann allenfalls damit gerechtfertigt werden, dass bei Ausschöpfung der Versicherungssumme durch Kapitalbeträge keine Umrechnungsproblematik eines Renten- in einen Kapitalanspruch besteht. Das vermag inhaltlich für eine Rangfolge nicht zu überzeugen. Vielmehr sollte mE auch hier – unabhängig vom Auszahlungsmodus – ein genereller Vorrang der Ansprüche des unmittelbar Geschädigten angeordnet werden.

4. Steuerrecht

Die Auszahlung von Renten scheitert im österr Recht mitunter daran, dass die Rente allein wegen ihrer Auszahlungsform der ESt unterliegt, während der gleiche Schadensposten als Kapital nicht der ESt unterworfen werden muss. Im deutschen Recht hat der BFH⁴⁵⁾ entschieden, dass eine Rente wegen vermehrter Bedürfnisse nicht der ESt unterliegt, weil es dadurch nicht zu einer Erhöhung der Leistungsfähigkeit kommt. Kraft Größenschluss, zumindest aber im Weg eines Analogie-

schlusses muss das auch für eine Schmerzensgeldrente gelten. Dieses Argument ist durchaus auch für das österr Recht tragfähig.

5. Verbrechensopfergesetz – Abänderung nach schweizerischem Vorbild

Der aktuelle Fall *Natascha Kampusch* hat deutlich gemacht, dass nach österr Recht bei einem Verbrechen das Opfer zwar gewisse Ansprüche gegen die öffentliche Hand stellen kann, die aus sozialer Fürsorge erbracht werden, die Schweiz geht hingegen einen – wesentlichen – Schritt weiter. Nach dem dortigen OpferentschädigungsG tritt der Staat auch für die Schmerzensgeldansprüche in Vorlage und nimmt dem Verbrechensopfer die Konfrontation mit dem Täter und schlussendlich das Eintreibungsrisiko ab. Da dieser Fall derzeit noch in frischer Erinnerung ist, könnte das ein opportuner Anlass sein, darüber auch in Österreich nachzudenken.

E. Schlussresümee

Der Arbeitsgruppenentwurf hat ein völlig neues Schadenersatzrecht präsentiert. Er hat dieses zur Diskussion gestellt, die nun in vollem Umfang eingesetzt hat. Vieles davon ist diskutabel, manches rechtspolitisch überlegenswert. In seiner generellen Tendenz ist es mE als Defizit anzusehen, dass die Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe sowie das theoretische Fundament des „Beweglichen Systems“ die Schadensregulierung weniger vorhersehbar und berechenbar machen. Der Blick in das deutsche Recht sollte aufzeigen, welche alternativen Wege eine vergleichbare Rechtsordnung beschritten hat. Auf dem Gebiet der Gefährdungshaftung, zum Umfang des Ersatzes sowie einigen bedeutsamen Nebengebieten wurde dargelegt, in welche Richtung weitere Überlegungen angestellt werden könnten.

44) AA aber *Apathy*, VR 2006, 187 und 189, der eine Anpassung der Versicherungssummen nach § 9 KHVG nicht für zwingend erforderlich erachtet.

45) BFHE 175, 439 = NJW 1995, 1238.

→ In Kürze

Das österr Schadenersatzrecht soll umfassend reformiert werden. Der Entwurf der Arbeitsgruppe unter Leitung von Univ.-Prof. Dr. Koziol enthält nach dem Leitbild des beweglichen Systems eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe. Der Autor stellt diese methodische Vorgangsweise in Frage. Durch Einbeziehung der Reformdiskussion in Deutschland zeigt er auf, welche dort getroffenen Lösungen übernahmewürdig sind und welche nicht. Schwerpunkt ist dabei die Gefährdungshaftung im Straßenverkehr. Schließlich weist er darauf hin, dass eine umfassende Reform des Schadenersatzrechts auch Nebengesetze einbeziehen muss, so insb das Recht der Privat- und Sozialversicherer, das Prozessrecht und das Steuerrecht.

→ Zum Thema

Über den Autor:

o.Univ.-Prof. Dr. Christian Huber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen, Templergraben 55, D-52056 Aachen.

Tel: +49/241/80/94769; Fax: +49/241/80/92638

E-Mail: huber@wiwi.rwth-Aachen.de

Homepage: www.privatrecht.rwth-aachen.de

Vom selben Autor erschienen:

Aktuelle Fragen des Sachschadens, ÖJZ 2005, 161 und ÖJZ 2005, 211; Der merkantile Minderwert beim Kfz-Schaden – ein vernachlässigbarer oder vernachlässigter Schadensposten, in FS Welsler (2004) 303; Fragen der Schadensberechnung² (1995); Das neue Schadenersatzrecht (2003).

Literatur:

Griss/Kathrein/Koziol, Entwurf eines neuen österr Schadenersatzrechts (2006); Reischauer, Reform des Schadenersatzrechts, ÖJZ 2006, 391; Spielbüchler, Dankt der Gesetzgeber ab? Gegen das Abschieben der Entscheidung, JBI 2006, 341; *Apathy*, Die Reform des österr Schadenersatzrechts, VR 2006, 187.