

ren Dichtrings so konstruiert, dass er in dem hier festgestellten Zeitraum und bei der festgestellten Kilometerleistung unbrauchbar wird, fehlt es somit an einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft einer solchen Sache, womit der Übernehmer die gesetzlichen Gewährleistungsrechte geltend machen kann. Da sich die Bekl geweigert hat, den von der Kl begehrten un-

entgeltlichen Austausch bzw die Verbesserung der seinerzeit geschuldeten Reparaturmaßnahme vorzunehmen, kann die Kl das zur Behebung erforderliche Deckungskapital verlangen, was die Bekl rechtlich auch gar nicht in Zweifel zieht.

Damit erweist sich das Klagebegehren als berechtigt.

#### Anmerkung:

23 Monate nach Einbau eines Austauschmotors und Durchführung des Service durch den Verkäufer, des letzten vor zwei Monaten, sieht sich der Käufer mit einem Motorschaden konfrontiert. Es wird (nunmehr!) festgestellt, dass der Dichtring der Nockenwelle undicht geworden sei und einen Motorschaden verursacht habe. Der Verkäufer verweist darauf, dass das eben ein Verschleißteil sei, bei dem man nie vorhersehen könne, wie rasch er verschleisse. Der Hersteller schreibe lediglich einen Tausch des Zahnriemens nach 120.000 km oder fünf Jahren vor; und diesen Vorgaben wurde genügt, weshalb er einen – unentgeltlichen – Austausch des kaputten Motors verweigere.

Die beiden Vorinstanzen sahen keine Anspruchsgrundlage, weil der Dichtring im Zeitpunkt der Übergabe nicht mangelhaft gewesen sei. Dem tritt der OGH entgegen. Er spricht aus, dass ein durchschnittlicher Autokäufer bzw Erwerber eines Austauschmotors davon ausgehen darf, dass ein Dichtring mindestens zwei Jahre halten muss. Sollte es anders sein, müsse der Verkäufer darauf hinweisen. Tut er das nicht, trägt er – und nicht der Käufer – das Risiko des „vorzeitigen“ Verschleißes.

Zudem nimmt der OGH eine von den Vorinstanzen abweichende Beweislastverteilung vor. Nach Ablauf von sechs Monaten hilft dem Käufer nicht mehr die Vermutung des § 924 Abs 2 ABGB; er trägt die volle Beweislast für das Vorliegen eines Mangels. Diesen Nachweis sah der OGH schon darin erbracht, dass

keine Umstände aus der Sphäre des Käufers vorlagen, die dafür sprachen, dass die Undichtheit des Dichtrings darauf zurückzuführen war.

Schließlich sprach er auch den Weiterfresserschaden auf gewährleistungsrechtlicher Basis zu, also unabhängig von einem Verschulden des Verkäufers. Der Dichtring wird im Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft gewesen sein, der übrige Motor wurde aber erst als Folge des undichten Dichtrings zerstört. Bei unbefangener Betrachtung handelt es sich freilich insoweit um einen Eigentumsfolgeschaden, der grundsätzlich nur auf schadenersatzrechtlicher Basis ersatzfähig sein sollte.

Der OGH beschränkt diesen Weg aber womöglich deshalb nicht, weil bei Schadenersatzansprüchen zwar eine Beweislastumkehr für das Verschulden gem § 1298 ABGB greift, der Verkäufer sich aber entlasten kann, dass ihn kein Verschulden getroffen hat. Und wenn der Kfz-Betrieb die Herstellervorgaben penibel einhält, wird man ihm schwerlich einen Verschuldensvorwurf machen können.

Das hat aber zur Folge, dass derartige Folgeschäden nur innerhalb der Gewährleistungsfrist ersatzfähig sind. Nimmt man an, dass der Dichtring womöglich nicht nur 24, sondern 36 Monate halten müsste, wäre die zweijährige Gewährleistungsfrist nämlich abgelaufen; und mangels Verschuldens des Kfz-Betriebs wäre auch ein Schadenersatzanspruch nicht zu begründen.

*Christian Huber,  
RWTH Aachen*

#### ZVR 2015/201

§ 1325 ABGB

OGH 9. 4. 2015,  
2 Ob 214/14 f  
(OLG Innsbruck  
2. 10. 2014,  
1 R 144/14 g;  
LG Feldkirch  
22. 8. 2014,  
9 Cg 107/13 i)

### → Schmerzensgeldkorrektur durch OGH wegen Währungsverwechslung

#### § 1325 ABGB

Bei Bezugnahme auf eine Vorentscheidung ist nicht nur die Geldentwertung nach dem Verbraucherpreisindex zu beachten, sondern auch der Umstand, ob der zuerkannte Betrag in ATS oder Euro

#### Sachverhalt:

##### [Unfallverletzungen]

Der damals knapp acht Jahre alte Kl wurde am 17. 12. 2009 beim Überqueren einer Straße von einem Omnibus angefahren und dabei sein li Fuß überrollt. Er erlitt ein offenes Quetschungstrauma des Vorfußes mit Weichteilschaden, einen Bruch des zweiten Mittel-

fußknochens, des Grundgelenks der Großzehe und eine Fraktur der dritten und vierten Zehe. Nach dem ersten operativen Eingriff wurde die zweite Zehe schwarz (nekrotisch) und musste in einem weiteren Eingriff teilweise amputiert werden. Am 29. 10. 2010 musste eine dritte Operation in Folge einer Pseudoarthrose durchgeführt werden. Der postoperative Verlauf war komplikationslos. Der Kl

zuerkannt worden ist. Bei Zusprüchen in ATS ist eine Umrechnung vorzunehmen, wobei in casu die jeweiligen Unfallzeitpunkte miteinander verglichen wurden.

hatte acht Tage starke, drei Wochen mittelstarke und sieben Wochen leichte Schmerzen zu erleiden und muss in Zukunft komprimiert betrachtet pro Jahr mit fünf Tagen leichten Schmerzen rechnen. Der Kl trug bis 26. 11. 2010 einen Gips, in der Folge bis 13. 12. 2010 einen Zinkleimverband.

##### [Dauerfolgen]

Als Dauerzustand ist die zweite Zehe des Kl am li Fuß fast vollständig amputiert und nur noch das Grundglied vorhanden. Die dritte Zehe ist in Folge der Fraktur etwas verkürzt, die Großzehe sowie die vierte und fünfte Zehe sind unauffällig. Im Bereich der Fußsohle bestehen eine 4 cm lange, querverlaufende Narbe und insgesamt eine verminderte Belastbarkeit des Fußes mit leichter Störung des Abrollvorgangs. Ausdauer-

Seltener Fall einer Schmerzensgeldkorrektur durch den OGH, weil das BerG bei Vergleichsvorentscheidung ATS und Euro verwechselte.

sportarten wie Langstreckenläufe werden dem Kl nicht möglich sein. Auch wenn eine gewisse Gewöhnung an die Umstände und Beschwerden eintreten kann, wird der Kl nie vollkommen beschwerdefrei sein.

#### [Klagebegehren]

In einem Vorverfahren wurde dem Kl ein Teilschmerzensgeld von € 11.500,- zugesprochen, nunmehr begehrt er unter Einbeziehung der Dauerfolgen global weitere € 34.000,-.

#### [Entscheidungen der Vorinstanzen]

Das ErstG sprach weiteres Schmerzensgeld im Ausmaß von € 10.000,- zu.

Das BerG erhöhte diesen Zuspruch auf € 20.000,- und nahm dabei vor allem auf die E 1 Ob 2227/96 y (ZVR 1997/82) Bezug, in der für die Amputation des re Mittelfingers bei einem Kleinkind „€ 25.000,-“ zugesprochen worden seien, dies bei geringerem Unge- mach von einem Tag schweren, zwei Tagen mittelstar- ken und zehn Tagen leichten Schmerzen sowie keinen ins Gewicht fallenden psychischen Schmerzen und kei- nen zu erwartenden weiteren Schmerzen.

Der OGH gab der ao Rev der beklP statt und stellte das ErstU wieder her.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Die Rev ist zulässig, weil das BerG bei der Ausmessung des Schmerzensgeldes von den Vorgaben der Judikatur abgewichen ist (RIS-Justiz RS0031075; *Danzl in Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>10</sup> § 325 f); sie ist auch berechtigt.

#### [Referenzgröße ATS statt Euro]

Die RevWerber machen vor allem geltend, dass die E 1 Ob 2227/96 y Schilling und nicht Euro zugesprochen habe. Dies ist, wie dem Datum und dem Inhalt der Ent- scheidung zu entnehmen ist, richtig (ZVR 1997/82).

Nach dem Wertsicherungsrechner der Statistik Austria ([www.statistik.at/indexrechner/controller](http://www.statistik.at/indexrechner/controller)) ist der Verbraucherpreisindex zwischen Jänner 1994 (Un- fallzeitpunkt im Verfahren 1 Ob 2227/96 y) und De- zember 2009 (Unfallzeitpunkt im vorliegenden Ver- fahren) um rund 33% gestiegen. Der Betrag von S 25.000,- entspricht im Hinblick auf diese Steigerung S 33.275,- bzw € 2.418,19, also keineswegs dem hier vom BerG zugesprochenen rund 13-Fachen.

Allerdings ist auch zu berücksichtigen, dass die Un- fallfolgen des 15 Monate alten Kl im Verfahren 1 Ob 2227/96 y geringer waren als jene des Kl hier.

#### [Tatsächlich passende Vor- und Vergleichsentscheidungen]

Schmerzensgeldzusprüche iZm Zehenamputationen finden sich in der Judikatur – soweit ersichtlich – selten:

Das OLG Wien sprach 2007 einer 43-jährigen Beamtin 2002 bei einem Bruch des li Großzehengrund-

und -endglieds, Amputation im Bereich des Endglieds der zweiten Zehe und offenem Bruch im Bereich des Mittelglieds sowie Quetschung der dritten Zehe und Bruch dessen Endglieds € 10.000,- zu (2 R 220/06 x; *Danzl*, aaO E W519).

2008 wurden ebenfalls vom OLG Wien (13 R 137/ 08 z) einer Schülerin nach einem Unfall im Dezember 2003 mit schwerer Quetschung der li Großzehe und Teil- amputation des Endglieds bei etwa vergleichbaren Schmerzperioden, allerdings keinen für die Zukunft fest- gestellten, € 14.000,- zuerkannt (*Danzl*, aaO E W545).

Bei einer Quetschung und schweren offenen, 20 cm großen Weichteilwunde im Bereich der li Fuß- sohle wurden einem 41-jährigen Facharbeiter 2010 für einen Unfall 2006 vom OLG Innsbruck zu 1 R 1/10 x € 24.000,- Schmerzensgeld zugesprochen. Für diesen ist das Tragen normaler Arbeitsschuhe sehr beschwer- lich, bisher ausgeübte Sportarten sind nur mehr unter großer Anstrengung möglich. Der dortige Verletzte hatte vier Tage starke, drei Wochen mittelstarke, elf Wochen leichte und in Zukunft jährlich zwei Wochen leichte Schmerzen zu erleiden (*Danzl*, aaO E I1131).

Im Vergleich dazu wurden für eine Quetschung des re Fußes mit Läsion des Sprunggelenks, Bruch des re Kleinzehengrundgelenks und des vierten Mittelfuß- knochens vom OLG Innsbruck im Jahr 2008 (3 R 154/08 h) für einen Unfall im Jahr 2006 bei zwei bis drei Tagen starken Schmerzen, zehn Tagen mittelstar- ken und vier Wochen leichten Schmerzen € 10.000,- zugesprochen (*Danzl*, aaO E I1041).

Einen dem berufsgerichtl Zuspruch im vorlie- genden Fall entsprechenden Betrag erhielt – soweit überschaubar – lediglich eine Frau mit einer Vorfuß- quetschung li, bei der es zu einer Amputation sämtli- cher Zehen mit auch gegenüber hier wesentlich gra- vierenderen Schmerzperioden (zwei Wochen starke, zwei Monate mittelstarke und sieben Monate leichte) gekommen war (OLG Linz 6 R 137/01 m *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup> [2003] E L111 = *Danzl*, Schmerzensgeld-Entscheidungen, CD-ROM, Ausgabe 1/2015, E 225 OLG Linz; € 32.703,-).

#### [Schlussfolgerung]

Schon aus diesen veröffentlichten Vergleichsentschei- dungen zeigt sich, dass der – iW und offensichtlich auf einer Verwechslung der Währungseinheiten in der von ihm als maßgeblich zit Vergleichsentscheidung beruhende – Zuspruch des BerG weit überhöht ist, dies auch unter Berücksichtigung des jungen Alters des Kl und seiner auch zukünftig zu erduldenen Schmerzen bzw sonstigen verletzungsbedingten Unbillen. Viel- mehr ist der zusätzliche Zuspruch des ErstG ausrei- chend und liegt im Bereich der zit Vorentscheidungen, sodass das U des ErstG wiederherzustellen war.

#### Anmerkung:

Der OGH nimmt Korrekturen der Schmerzensgeldbe- messung nur mit äußerster Zurückhaltung vor; es muss sich schon um eine eklatante Fehlbemessung handeln, die völlig aus dem Rahmen der ständigen

oberstgerichtl Rsp fällt (*Danzl in Danzl/Gutiérrez-Lo- bos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>10</sup> [2013] 325 f). Das war hier gegeben. Das BerG hat nicht nur an eine wenig passende Vorentscheidung angeknüpft, sondern auch noch den Quantensprung zwischen vormals ATS und

nunmehr (seit immerhin 2002!) Euro unberücksichtigt gelassen. Das ist krass!

Die Bemessung des Schmerzensgeldes ist eine Frage des Einzelfalls; um einigermaßen Vorhersehbarkeit des Zuspruchs zu bewirken, ist eine Orientierung an Vorentscheidungen geboten. Der OGH hat mit Akribie vorexerziert, dass diese gar nicht so schwer aufzufinden gewesen wären. Ein schlichtes Nachschlagen in der „Schmerzensgeldbibel“ weist den Weg. Schon die Bezugnahme des BerG bei Verlust einer Zehe auf eine Entscheidung bei Amputation eines Mittelfingers ist wenig „naheliegend“. Wirklich ins Gewicht fallend war aber die nicht vorgenommene Umrechnung von ATS in Euro.

Auffallend ist, dass der 2. Senat in dieser Entscheidung für die Aufwertung des Schmerzensgeldes auf den Unfallzeitpunkt abgestellt hat. Der 3. Senat (OGH 3 Ob 128/11 m ZVR 2012/129 [Ch. Huber]; so auch die schweizerische Rsp, Nachw bei *Hütte/Landolt*, Genugtuungsrecht II [2013] 340) hatte hingegen den Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung als Näherungslösung für das Ende der mündlichen Streitverhandlung 1. Instanz als maßgeblich angesehen, weil zu diesem Zeitpunkt der Geschädigtenanwalt letztmalig die Möglichkeit zu einem Erhöhungsbegehren hat. Primär bedeutsam ist, dass jeweils die gleichen Zeitpunkte herangezogen werden. Bei einem längeren Zeitraum zwischen Verletzung und gerichtlicher Geltendmachung bzw erstinstanzlicher Entscheidung kann es aber einen Unterschied machen, auf welchen Zeitpunkt man abstellt. Der Unfallzeitpunkt hat den Vorzug, dass dieser sich typischerweise aus der Entscheidung eindeutig ergibt und eine Abgeltung der Schmerzen ab diesem Tag zu erfolgen hat. Für das Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz spricht, dass der kl Anwalt bis zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit hat, das Begehren nach der aktuellen Kaufkraftparität anzupassen. Ob das in der Praxis tatsächlich erfolgt, steht auf einem anderen Blatt. Womöglich wollte der OGH aber die bisher eingespielte Praxis auch gar nicht ändern. Es ging um eine Plausibilitätsprüfung zur Korrektur der Bezugnahme auf eine wenig passende Vorentscheidung sowie die unterlassene Berücksichtigung der Änderung der Währungsparität von ATS zu Euro. Ob man den Unfallzeitpunkt oder den des Schlusses der letzten mündlichen Streitverhandlung 1. Instanz heranzieht, macht

im konkreten Fall für die Bemessung keinen Unterschied. Wäre ein Wechsel des maßgeblichen Bezugszeitpunkts gewollt gewesen, hätte gerade der 2. Senat dafür gewiss eine Begründung gegeben.

Vorbildhaft hat der 2. Senat in den Referenzentscheidungen auch jeweils das Alter des Verletzten dokumentiert. Bei einem Dauerschaden wie dem Verlust einer Zehe ist zu beachten, dass das Schmerzensgeld – ceteris paribus – umso höher ausfallen muss, je jünger eine verletzte Person ist, denn diese hat eine noch längere Leidensdauer vor sich als ein älterer Mensch, wenn durch die Verletzung die Lebenserwartung nicht verkürzt wird. Die Amputation einer Zehe wird nicht zu einer verkürzten Lebenserwartung führen. Wie beim Vermögenspersonenschaden bei einer Kapitalentschädigung künftige Nachteile abzuwägen, allerdings wegen des Kaufkraftverlusts auch aufzuwerten sind, gilt das entsprechend auch beim Schmerzensgeld; beim momentanen geringen Zinsniveau hat ungeachtet der aktuell mäßigen Inflation per Saldo eher eine – geringfügige – Aufwertung zu erfolgen. Mag das Schmerzensgeld auch nicht auf Heller und Pfennig berechenbar sein, so geht es doch um die Größenordnung des Ersatzes (ausführlich dazu demnächst *Ch. Huber*, Lebensalter des Verletzten – eine Bemessungsdeterminante beim Schmerzensgeld? *VersR* 2015 oder Beginn 2016 = 5. Düsseldorf Verkehrsrechtforum [2015]).

Die Feinjustierung des Schmerzensgeldes erfolgt je nach Vorbringen des kl Anwalts, in welchen Lebensbereichen eine besondere verletzungsbedingte Beeinträchtigung gegeben ist. In der Referenzentscheidung des OLG Innsbruck 1 R 1/10x konnte der 41-jährige Facharbeiter darauf verweisen, dass für ihn das Tragen von normalen Arbeitsschuhen besonders beschwerlich ist und bisher ausgeübte Sportarten nur mehr unter großer Anstrengung möglich sind. Die Lebensführung eines Achtjährigen ist demgegenüber noch weniger strukturiert: Er arbeitet noch nicht; und auch der Freizeitradius ist noch eingeschränkt. Aber auch bei ihm wird zu berücksichtigen sein, dass ihm gewisse Aktivitäten verletzungsbedingt künftig nicht (mehr) möglich sind, ohne dass dazu ein konkretes Vorbringen (aus der Gegenwart) möglich ist.

*Christian Huber,  
RWTH Aachen*

## ZVR 2015/202

Art 1 KKB 2007;  
§ 61 VersVG

OGH 10. 12. 2014,  
7 Ob 136/14x  
(OLG Linz  
26. 5. 2014,  
3 R 62/14 d;  
LG Wels  
6. 3. 2014,  
36 Cg 45/14 s)

## → Kaskoversicherung: Abgrenzung zwischen nicht ersatzfähigen Betriebs- und ersatzfähigen Unfallschäden

### 1. Art 1 KKB 2007

Bei der Kaskoversicherung sind Betriebschäden im Unterschied zu Unfallschäden nicht ersatzfähig. Für einen Unfallschaden ist charakteristisch, dass das schädigende Ereignis außergewöhnlich ist. Ein durch einen zu rasch durchgeführten Entladungsvorgang hervorgerufener Schaden am Lkw zählt (noch) zum nicht ersatzfähigen Betriebschaden; entstand der Schaden des Lkw indes durch das Aufschlagen des Fahrzeugs am Boden, ist ein ersatzfähiger Unfallschaden gegeben. Der durch

das Umkippen eines Lkw entstandene Fahrzeugschaden ist im Zweifel ein Unfallschaden.

### 2. § 61 VersVG

Nimmt der VersN fälschlicherweise an, dass der aufzuladende Silo bei der Abholung leichter sein werde als beim Zuliefern, und bricht er deshalb den Beladungsvorgang nicht ab, liegt darin keine grobe Fahrlässigkeit, zumal wenn die Überladung durch einen Silo nur einmal im Jahr vorkommt.