

# **ABGB**

## **Taschenkommentar**

mit EheG, EPG, KSchG, ASVG und EKHG

herausgegeben von  
em. o. Univ.-Prof. Dr. Michael Schwimann



LexisNexis®

### **Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

**ISBN 978-3-7007-6143-3**

---

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, Wien

<http://www.lexisnexis.at>

Wien 2015

Best.-Nr. 31.073.003

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Fachbuch trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Herausgebers, der Autoren oder des Verlags ausgeschlossen ist.

Druckerei: C.H. Beck Nördlingen

(2 Ob 62/91 zu § 1319a; 6 Ob 193/00a zu § 175 Abs 3 ForstG). Zusätzlich muss der Eintritt des Schadens wahrscheinlich und nicht bloß als möglich vorhersehbar sein (10 ObS 51/13t: Integritätsabgeltung nach § 213a ASVG).

7 Grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn bei **geringster Aufmerksamkeit** hätte einleuchten müssen, dass ein anderes Verhalten geboten gewesen wäre (SZ 56/166: Brandschaden einer Diskothek), oder wenn **einfache und naheliegende Überlegungen nicht angestellt** worden sind (10 ObS 2338/96p zu § 213a ASVG). Es besteht eine Parallele zum schweren Verschulden im Strafrecht. Umgekehrt ist aber nicht bei jeder strafgerichtlichen Verurteilung grobe Fahrlässigkeit iSd § 1324 gegeben (10 ObS 84/95 zu § 213a ASVG). Mitunter rückt der OGH das Vorliegen grober Fahrlässigkeit nahezu in die Nähe eines Charakterfehlers, wenn er ausführt, dass es sich um eine auffallende und ungewöhnliche Vernachlässigung der Sorgfaltspflicht handeln müsse, die nur bei leichtsinnigen Menschen vorkommen könne (SZ 43/80: Mankohaftung eines Filialleiters; 2 Ob 41/98p zu § 22 Abs 1 UVG). Jedenfalls muss auch eine **schwere subjektive Vorwerfbarkeit** gegeben sein (2 Ob 293/98x zu 1319a; 7 Ob 35/01z: Übertretung eines Schutzgesetzes), wobei auch auf die berufliche Erfahrung des Schädigers Bedacht zu nehmen ist (ZVR 1984/326). Dass gravierende Folgen eingetreten sind, ist jedoch kein verlässliches Indiz für das Vorliegen grober Fahrlässigkeit (SZ 38/140). Bezüglich des zulässigen Haftungsausschlusses bei Bankauskünften hat der OGH sogar eine Differenzierung zwischen schlichter und krasser grober Fahrlässigkeit vorgenommen (SZ 57/184; SZ 62/107).

8 Die **Beweislast** für das Vorliegen grober Fahrlässigkeit trifft den **Geschädigten** (4 Ob 104/97s; 2 Ob 27/99f).

**Insbesondere**  
**1. bei Verletzungen an dem Körper;**

**§ 1325.** Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten, ersetzt ihm den entgangenen, oder wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftigen entgehenden Verdienst; und bezahlt ihm auf Verlangen überdies ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.

**Übersicht:**

	Rz
A. Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung .....	1
B. Die einzelnen Schadensposten des Personenschadens bei Verletzung .....	2-7
C. Kapital oder Rente .....	8-12
D. Restitution und Kompensation .....	13-14
E. Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Ansprüchen .....	15
F. Bedeutung von Sozialversicherungsleistungen – Regress gem § 332 ASVG .....	16-24
G. Steuern .....	25
H. Heilungskosten .....	26-36
I. Vermehrte Bedürfnisse .....	37-52
J. Erwerbsschaden .....	53-97
K. Rehabilitation .....	98-104
L. Schmerzensgeld .....	105-133
M. Schockschaden, Fernwirkungsschaden, Trauerschaden, mittelbarer Schaden .....	134-146

**A. Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung**

1 **Körperverletzung** ist jede **Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit** (gem § 22 auch beim Embryo unter der Voraussetzung einer Lebendgeburt SZ 52/136); eine äußerlich sichtbare Folge ist nicht erforderlich (2 Ob 45/93; 2 Ob 79/00g). Körperverletzung ist auch ein **ärztlicher Eingriff ohne ausreichende Einwilligung** mit der Folge der Haftung, auch wenn der Eingriff lege artis erfolgt ist, sich aber ein bestimmtes Risiko verwirklicht hat (10 Ob 50/07m: Arthroskopie im Knie zu Diagnosezwecken, Durchführung einer Operation, die

zu Schmerzen führte; 6 Ob 168/10i: Fortsetzung einer Ohroperation, obwohl der angestrebte Erfolg nicht mehr zu erreichen war; 1 Ob 215/11s: Schiefzehe, anschließende Bildung von Arthrose und Nekrose), ferner Beeinträchtigungen der Haarpracht (OLG Innsbruck ZVR 1997/118: Haar ausfall infolge fehlerhafter Haarbehandlung), oder Haarkürzung ohne Einwilligung (SZ 47/147: Schönheitsberaterin mit hüftlangem Haar). Bei **bloß psychischer Beeinträchtigung** liegt Körperverletzung nur bei **massiver Einwirkung in die psychische Sphäre** vor (2 Ob 99/95; 2 Ob 79/00g; 7 Ob 160/09v: Sexueller Missbrauch); zumindest ist erforderlich, dass sie behandlungsbedürftig oder wenigstens ärztlich diagnostizierbar und damit **medizinisch fassbar** ist (stRspr, zB 8 Ob 127/02p; 2 Ob 120/02i; 1 Ob 200/03y), insb dann, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass die Folgen von selbst verschwinden oder zu befürchten ist, dass eine dauernde gesundheitliche Störung zurückbleibt (2 Ob 45/93: Trennungserlebnis eines 20 Monate alten Kindes; 7 Ob 160/09v: Reaktion der Familie auf einen sexuellen Missbrauch einer Minderjährigen). Die Rechtsfolgen des § 1325 werden auch dann ausgelöst, wenn sich **negative Folgen erst geraume Zeit nach der Zufügung eines realen Schadens** einstellen, seien es auch solche im Zuge der Schadensverarbeitung (9 Ob 78/99g; ZVR 2000/44: seelische Irritationen aufgrund von Befragungen nach sexuellem Missbrauch des Kindes; ähnlich 7 Ob 160/09v; 4 Ob 200/11g; weiter 1 Ob 200/03y: Psychische Störungen infolge eines Raubüberfalls; 2 Ob 163/06v: Schlaflosigkeit und Erschöpfungszustände erst in der Phase der Betreuung eines schwerstverletzten Kindes). Ein **Feststellungsurteil** hat dabei **keine Bindungswirkung**, dass das haftungsbegründende Verhalten für einen späteren Schaden ursächlich ist (2 Ob 167/10p: Besserung des außen rotierenden Gangbildes im Lauf der Zeit). **Keine Körperverletzung** liegt vor bei bloßem Unbehagen und Unlustgefühlen (2 Ob 99/95; 2 Ob 79/00g) sowie bei Verärgerung und Aufregung (9 Ob 147/00h).

## B. Die einzelnen Schadensposten des Personenschadens bei Verletzung

§ 1325 nennt nur **Heilungskosten** und **Erwerbsschaden** sowie das **Schmerzensgeld**; nach § 1325 ebenfalls ersatzfähig sind die **vermehrten Bedürfnisse**. Es handelt sich dabei grundsätzlich um einen **positiven Schaden** (zu Ausnahmen beim Erwerbsschaden unten Rz 53 ff). § 1325 regelt den Haftungsumfang und ist eine Spezialnorm gegenüber den §§ 1323 f. Bei Beeinträchtigung der körperlichen Integrität als absolut geschütztem Rechtsgut besteht grundsätzlich ein **deliktischer Schadenersatzanspruch** unter Einschluss der **Gefährdungshaftung**; § 1325 gilt aber auch bei **vertraglicher Haftung**, bei der eine Zurechnung des Gehilfenverhaltens nach § 1313a stattfindet.

**Modernere Haftpflichtgesetze** mit detaillierteren Regelungen sind bei der Auslegung **er** **gänzend heranzuziehen**, insb das **EKHG** (stRspr, zB ZVR 1982/67; ZVR 1984/322).

**Heilungskosten** sind der Aufwand zur Verbesserung des Zustands, der bei Betrachtung **ex** **ante** als **zweckmäßig** zur gänzlichen oder teilweisen Heilung anzusehen ist (ZVR 1984/393; 2 Ob 103/01p; 7 Ob 281/02b; OLG Innsbruck ZVR/223), auch die Kosten einer versuchten Heilung (ZVR 1972/56: Reisekosten). Heilungskosten weisen eine **dynamische Komponente** auf und unterscheiden sich insoweit von den vermehrten Bedürfnissen. Solche sind gegeben, wenn ein nicht mehr veränderbarer Zustand vorliegt und eine Annäherung an den Zustand wie ohne Verletzung bewirkt werden soll. Die Kosten einer Perücke für die Phase des Nachwachsens der Haare sind somit Heilungskosten (OLG Innsbruck ZVR 1997/118); würde die Perücke mangels Nachwachsens der Haare dauerhaft getragen, handelte es sich um vermehrte Bedürfnisse.

Bei den **vermehrten Bedürfnissen** geht es um die Aufwendungen, die getätigt werden, um dem Geschädigten in seinem **Privatleben** möglichst eine solche Führung zu ermöglichen, als ob er nicht verletzt worden wäre (2 Ob 2031/96g; 7 Ob 281/02b). Es handelt sich um die **Schaffung einer Ersatzlage**. Eine Dauerhaftigkeit der Behinderung ist nicht erforderlich (2 Ob 104/05s). Die vermehrten Bedürfnisse lassen sich gegenüber den in § 1325 aufgezählten Schadenskategorien wie folgt **abgrenzen**: Bei den **Heilungskosten** geht es um eine Verbesserung des Status quo oder zumindest um eine Verhinderung der Verschlimmerung des Leidens (OLG Innsbruck ZVR

2011/223: Reiten und Schwimmen zur Vermeidung der Zunahme der Spastizität). Vermehrte Bedürfnisse entstehen bei Annäherung an den bisherigen Lebenszuschnitt, auch wenn der Gesundheitszustand sich nicht mehr bessert. Ein **Erwerbsschaden** liegt dann vor, wenn durch **Betätigung der Arbeitskraft ein Vermögenswert** geschaffen oder eine **Marktleistung substituiert** wird (bei Haushaltsdienstleistungen, wenn namentlich ein wirtschaftlich vernünftig denkender Mensch bei Betätigung seiner Arbeitskraft im Beruf wegen eines dort erzielten höheren Entgelts für die Führung des eigenen Haushalts eine Ersatzkraft beschäftigt). Hingegen decken vermehrte Bedürfnisse die Tätigkeiten ab, die jeder selbst verrichten würde, wenn er gesund ist, bei denen er aber verletzungsbedingt auf fremde Hilfe angewiesen ist. Ist der Geschädigte **infolge der Verletzung auf ein Fahrzeug angewiesen**, sind die Aufwendungen dafür zum Erwerbsschaden zu zählen, wenn er das Fahrzeug für die Ausübung des Berufs benötigt, jedoch zu den vermehrten Bedürfnissen, wenn es für die Freizeitgestaltung eingesetzt wird (2 Ob 2031/96g: Ersatz für die Anschaffung eines Kfz, unabhängig, ob es für berufsbedingte Fahrten benötigt wird). Gegenüber dem **Schmerzensgeld** sind die **vermehrten Bedürfnisse** in der Weise abzugrenzen, dass es bei diesen um einzelne konkrete Aspekte der Annäherung der Lebensführung des Geschädigten an die als Gesunder geht, während das Schmerzensgeld einen Pauschalbetrag für die Bereiche gewährt, in denen das nicht gelingt bzw dem Geschädigten daran nicht gelegen ist.

6 Der **Erwerbsschaden** iSd § 1325 ist die Fähigkeit, in einer der Ausbildung, den Anlagen und der bisherigen Tätigkeit entsprechenden Stellung den Lebensunterhalt zu verdienen (ZVR 1979/232; 2 Ob 38/02f); zu ergänzen ist die Fähigkeit zur Haushaltsführung für sich und andere. Es kommt dabei nicht auf die medizinisch-physiologische Arbeitsfähigkeit oder die Minderung der Erwerbsfähigkeit iS des Sozialversicherungsrechts an (stRspr, zB ZVR 1979/232; 2 Ob 161/98k; 2 Ob 324/00m). Maßgeblich sind die **Auswirkungen beim jeweils ausgeübten Beruf bzw der jeweiligen Haushaltstätigkeit**. Ein verkrüppelter Finger verhindert bei einem Klavierspieler die bisherige Berufsausübung (ZVR 1979/232), während eine solche Verletzung bei einem Fußballspieler ohne Auswirkung bleibt. Ob die Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt ist, ist eine Tatfrage. Ein Erwerbsschaden liegt auch dann vor, wenn zwar die Erwerbsfähigkeit in vollem Umfang wiederhergestellt ist, der nunmehr Gesunde aber keine Arbeit findet (SZ 51/91). Ein zentrales Problem sind die Unsicherheiten der **Erwerbsprognose** (2 Ob 15/07f: Verdienstentgang eines türkischen Saisonarbeiters; die Unwägbarkeit der Verlängerung einer saisonal erteilten Beschäftigungsbewilligung geht zu seinen Lasten). Sowohl die Wirtschaftskrise – ein vorübergehendes Phänomen? – als auch die nicht mehr stets ununterbrochenen Erwerbsbiografien führen zur Zunahme der Prognoseprobleme. Im Fall einer Verletzung der nachvertraglichen Fürsorgepflicht hat der OGH bei einem Arbeitsvertrag angenommen, dass der Erwerbsschaden nur bis zum Ende der Probezeit des neuen Arbeitsverhältnisses reicht, weil selten nachweisbar sei, wie dieses weiterverlaufen wäre (9 Ob 56/11t: Vereitelte neue Arbeitsstelle durch früheren Arbeitgeber mit marktbeherrschender Stellung). Jedenfalls bei einer Körperverletzung wäre dieser Ansatz viel zu restriktiv; vielmehr ist dem Anspruchsteller ein Schätzungsbonus einzuräumen, weil der Schädiger ihn in diese missliche Beweislage gebracht hat.

6a Ersatzfähig sind **frustrierte Aufwendungen** infolge der Verletzung einer Person, wenn es sich um eine zeitlich konkrete Nutzung einer einmalig erworbenen Rechtsposition handelt, nicht aber die allgemeinen, zeitweilig leer laufenden Lebenshaltungskosten. Das gilt dann umso mehr für Abstandszahlungen, wenn solche Gegenleistungen nicht in Anspruch genommen werden (2 Ob 113/09w: € 500 verletzungsbedingte Stornokosten für eine gebuchte Indienreise); Näheres in § 1393 Rz 8a und b.

7 Das **Schmerzensgeld** ist ein ideeller Schaden, der mit Ausnahme des § 213a ASVG dem Geschädigten ohne Klärung der Frage zusteht, ob ein Rechtsübergang auf den Sozialversicherungsträger nach § 332 ASVG stattgefunden hat. Die Bemessung ist in hohem Maße vom richterlichen Ermessen abhängig. Namentlich bei **schweren und schwersten Verletzungen** hat in den letzten Jahrzehnten eine **Steigerung** stattgefunden, die beträchtlich über der Inflationsrate des Verbraucherpreisindex liegt. In vielen Fällen wird bei der Regulierung des Personenschadens

das Schmerzgeld in seiner Gewichtigkeit überschätzt. Die Abgeltung für Pflegedienstleistungen sowie für die Beeinträchtigung der Haushaltstätigkeit und der beruflichen Erwerbsarbeit machen meist ein Vielfaches aus.

### C. Kapital oder Rente

Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution hat der Geschädigte Anspruch auf einen **Kapitalbetrag** oder bei zukünftigem Schadenseintritt uU auf eine **Rente**; Anspruch auf einen Kapitalbetrag besteht für die **Heilungskosten**. Bei den **vermehrten Bedürfnissen** ist grundsätzlich eine Rente geschuldet. Für ein erforderliches Gebrauchsgut sowie dessen Ersetzung in der Zukunft kann aber ein Kapitalbetrag verlangt werden, etwa für einen behindertengerechten Wohnsitz, ein entsprechendes Fahrzeug oder einen Treppenlift (2 Ob 48/14v). Zu bedenken ist freilich, dass der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Instandhaltung und die Betriebskosten erfasst, sodass für diese künftigen Aufwendungen eine Rente zusteht. Geschuldet sind auch Abbruchkosten; insoweit kann freilich kein Vorschuss begehrt werden, weil die Fälligkeit nicht absehbar ist (2 Ob 48/14v). Das **Schmerzgeld** ist im Regelfall in Form eines Kapitalbetrags zu leisten; nur ausnahmsweise wird auf Verlangen des Verletzten eine Rente zuerkannt. Der – künftige – **Erwerbsschaden** kann lediglich in Form einer Rente ersetzt werden (ZVR 1975/198), sofern es sich nicht um ein bestimmtes Projekt handelt (2 Ob 56/95: Kapitalzahlung bei Errichtung eines Eigenheims). Bis zur Konsolidierung der Verletzung gebührt ein Kapitalbetrag. Die Unterscheidung zwischen Kapital und Rente spielt auch beim Deckungskonkurs nach Erschöpfung der Versicherungssumme der Haftpflichtversicherung eine Rolle; ein Rentenanspruch kann dabei nicht dadurch in einen für den Geschädigten und den persönlich haftenden Schädiger günstigeren Kapitalbetrag umgewandelt werden, indem der akkumulierte Rentenbetrag nach einem Feststellungsurteil jeweils für die Vergangenheit als Kapital verlangt wird (2 Ob 227/11p).

Auch bei einem Rentenanspruch für künftigen Schaden kann der **Geschädigte** analog § 14 Abs 3 EKHG aus wichtigem Grund eine **Kapitalabfindung wählen** (stRspr, zB SZ 34/27; SZ 40/56; SZ 41/155); den wichtigen Grund hat der Geschädigte zu beweisen (ZVR 1990/121). Die Kapitalabfindung muss freilich dem Schädiger wirtschaftlich zumutbar sein, was bei Einstandspflicht einer Kfz-Haftpflichtversicherung stets der Fall ist (ÖJZ 1973/260). Der Schädiger soll dadurch nicht stärker und nicht weniger belastet werden als bei einer Rente (ZVR 1989/107). Das Fehlen jüngerer Judikatur ist damit zu erklären, dass über die Voraussetzungen und den Umfang der Kapitalabfindung nicht bis zum Höchstgericht prozessiert wird. Im Rahmen der außergerichtlichen Regulierung hat die Kapitalabfindung durchaus Bedeutung.

Häufig können aber der Geschädigte und sein Anwalt die Nachteile einer Kapitalabfindung gegenüber einer Rente nicht zutreffend beurteilen. Der **Abzinsungsfaktor von 5 oder 5,5 %** ist bei der heutigen Verzinsung mündelsicherer Anlagen unter Berücksichtigung der KEST **viel zu hoch**. Je höher der Zinssatz, umso geringer der Kapitalbetrag. Renten müssen indexiert werden. Die Verwendung **aktueller Sterbetafeln** spielt bei lebenslangen Renten eine wichtige Rolle. Schon um den Vorwurf eines anwaltlichen Kunstfehlers zu vermeiden, sollte der Geschädigtenanwalt bei einer Kapitalabfindung einen – unabhängigen – Versicherungsmathematiker beiziehen. Sollte über die Festlegung der Determinanten der Ermittlung des Barwertes keine Einigkeit erzielt werden, ist es für den Geschädigten meist vorzugswürdig, auf die Kapitalabfindung zu verzichten.

Die **Rentenbemessung** hat nach den Verhältnissen zum Schluss der mündlichen Verhandlung 1. Instanz zu erfolgen (2 Ob 79/97z). Die Rspr ist in Bezug auf die **Einbeziehung künftiger Umstände** restriktiv: Nur greifbare Anhaltspunkte für eine konkrete alsbaldige Änderung werden berücksichtigt (2 Ob 82/00y; ZVR 2001/2: Absehbar, dass die Verletzte ab einem bestimmten Zeitpunkt anstelle einer Halbtags- eine Ganztagsbeschäftigung ausgeübt hätte). Ansonsten wird auf die **Umstandsklausel** bei der Rente verwiesen (2 Ob 79/97z: Verdienstentgangsrente). Bei der Anpassung trifft die Beweislast für eine Erhöhung den Geschädigten (ZVR 1985/11), für eine Herabsetzung den Ersatzpflichtigen (ZVR 1975/168). Die Geltendmachung kann durch Klage

(2 Ob 228/04z) oder Oppositionsklage erfolgen (3 Ob 193/00d), soweit es sich um eine nicht vorhersehbare Entwicklung handelt (1 Ob 155/97v: Zu einer Rente nach § 1327); auch die Geldwertverdünnung ist zu berücksichtigen (JBl 1985, 551); wegen § 8 Abs 2 EO scheitert die Bindung der Rente an einen Index nicht am **Bestimmtheitsfordernis** (2 Ob 79/97z: Keine Bindung einer Erwerbsschadensrente eines in Ungarn beschäftigten Geschädigten an den österr Verbraucherpreisindex, weil Einkommensentwicklung in Ungarn einen ganz anderen Verlauf nehmen kann als in Österreich). Außer bei einem Verstoß gegen Denkgesetze ist die Bemessung der künftigen Rente nicht revisibel (ZVR 1987/113; ZVR 1988/130; 2 Ob 38/02f).

- 12 Die Zurückhaltung der Gerichte bei der **Berücksichtigung künftiger Umstände** bei Bemessung der **Rentenhöhe** wirkt sich typischerweise zulasten des Geschädigten aus: Eine **Anpassung der Rente** kann stets bloß bei **wesentlicher Änderung** vorgenommen werden und dann lediglich für die **Zukunft**, jedenfalls aber wegen § 1480 **nicht für länger als 3 Jahre zurück**. Zwar ist das Ausmaß der künftigen Inflation nicht exakt vorhersehbar; dass es eine absolute Geldwertstabilität gibt, ist aber gewiss die unwahrscheinlichste Entwicklung. Eine **indexgebundene Rente** sollte der **Regelfall** und nicht – wie heute noch üblich – die Ausnahme sein.

#### D. Restitution und Kompensation

- 13 Auch § 1325 als Spezialregelung zu den §§ 1323 f steht im **Spannungsverhältnis zwischen Restitution und Kompensation**: Der Anspruch auf Heilungskosten, vermehrte Bedürfnisse, die Einstellung einer Ersatzkraft im Rahmen vermehrter Bedürfnisse oder des Erwerbsschadens – im Haushalt wie im Beruf – sowie Rehabilitationsmaßnahmen sind Ausprägungen der **Restitution**; folglich sind derartige Aufwendungen nur bei Nachweis ihres Anfalls zu ersetzen. Der – neben der Einstellung einer Ersatzkraft oder vergleichbaren Maßnahmen (unentgeltliches Einspringen Dritter, überobligationsgemäße Anstrengung des Verletzten) verbleibende – Verdienstentgang sowie das Schmerzgeld sind Formen der **Kompensation**, bei der es auf eine **widmungsgemäße Verwendung des Ersatzbetrags nicht** ankommt.
- 14 Da die **körperliche Integrität** ein **Rechtsgut mit besonders hoher Wertigkeit** ist, ist die **Tunlichkeitsschwelle** gegenüber dem Sachschaden zugunsten des Geschädigten hinausgeschoben. Ferner ist eine Bündelung der **Aktivlegitimation** beim unmittelbar Verletzten sinnvoll. Das Problem stellt sich namentlich dann, wenn Dritte – unentgeltlich, häufig in Erfüllung einer Unterhalts- oder Beistandsverpflichtung – einspringen und für den Zustand sorgen, der schadenersatzrechtlich geschuldet ist (2 Ob 238/07z: Erwerbsschaden eines Gesellschafters einer Personengesellschaft, Bündelung der Aktivlegitimation schon aus prozessökonomischen Gründen sinnvoll). Die **objektiv-abstrakte Schadensberechnung** kann nur im Rahmen des **Wertersatzes** eine Rolle spielen. Betont wird, dass gerade bei einer Personenverletzung die **Objektivierung unbefriedigend** sei, weil diese stets von den jeweils konkreten Umständen abhängig sei (2 Ob 231/99f). Der OGH verzichtet in zunehmendem Ausmaß auf diese, weil das Ergebnis durch andere Ansätze überzeugender begründet werden kann.

#### E. Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Ansprüchen

- 15 Die einzelnen Schadenskategorien des § 1325 stehen teilweise zueinander in **Wechselbeziehungen** wie der Inhalt kommunizierender Gefäße: Bei Unterbleiben der **Heilbehandlung** (zB Verzicht auf eine kosmetische Operation) hat das Schmerzgeld höher auszufallen (2 Ob 82/97s). Wird ein konkreter Bedarf nicht im Rahmen der **vermehrten Bedürfnisse** abgedeckt, erhöht dies das Schmerzgeld (dazu 2 Ob 10/91: Argumentation gerade gegenläufig, kein Anspruch auf die Errichtung eines Schwimmbades an einen jugendlichen Verletzten mit Unterschenkelamputation wegen der Berücksichtigung dieses Umstands beim Schmerzgeld). Die **Verpflegungsersparnis** bei einem Krankenhausaufenthalt kann nicht sowohl bei den Heilungskosten als auch beim Erwerbsschaden abgezogen werden. Bisher dürfte freilich kaum berücksichtigt worden sein, dass die Kosten für ein Fahrzeug oder den Wohnsitz – nicht dessen behindertengerechte Ausstattung

– im späteren Leben aus dem Erwerbseinkommen bestritten worden wären, sodass insoweit beim Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse eine Kürzung angebracht ist.

## F. Bedeutung von Sozialversicherungsleistungen – Regress gem § 332 ASVG

Gem § 332 ASVG (ähnlich: § 125 B-KUVG, § 178 BSVG, § 190 GSVG) gehen zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses zeitlich, persönlich und sachlich mit **Sozialversicherungsleistungen korrespondierende Schadenersatzansprüche** gegen den Ersatzpflichtigen vom Verletzten auf den **Sozialversicherungsträger** über. Die beim Verletzten verbleibenden Anspruchsteile und die auf den Sozialversicherungsträger übergehenden haben in der Folge ein **getrenntes Schicksal** (insb in verjährungsrechtlicher Hinsicht). Der Anspruchsübergang nach § 332 ASVG erfolgt im Zeitpunkt des Eintritts des realen Schadens beim Verletzten, mit der Folge, dass der Verletzte darüber **nicht mehr disponieren** kann. Bei freiwilligen Versicherungsleistungen findet ein Anspruchsübergang jedoch wie nach § 67 VersVG erst mit Leistungserbringung statt (zur Abgrenzung zwischen Pflichtleistungen, freiwilligen Leistungen und nicht rein freiwilligen, somit ermessensgebundenen Leistungen 2 Ob 163/08x). Aus der Sicht des Sozialversicherungsträgers ist der Forderungsübergang im Zeitpunkt des realen Schadens des Verletzten deshalb bedeutsam, damit eine Verfügung des – womöglich unbedarften – Geschädigten zulasten des Sozialversicherungsträgers durch einen Abfindungsvergleich mit dem Ersatzpflichtigen bzw dessen Haftpflichtversicherer ausgeschlossen wird. Schließt der Verletzte mit dem Haftpflichtversicherer einen Vergleich, bei dem eine abschließende Regelung erfolgt und eine Globalsumme ausbezahlt wird, sollte der Geschädigte einen Vorbehalt sowie eine verjährungsrechtliche Absicherung in Bezug auf die Anspruchsteile machen, bei denen bei Vergleichsschluss von einer künftigen Leistungspflicht des Sozialversicherungsträgers ausgegangen wurde, die aber vom Sozialversicherungsträger wegen Einstellung seiner Leistungen tatsächlich nicht erbracht wird. Das ist infolge der demografischen Entwicklung nicht von der Hand zu weisen. Bei einem entsprechenden Vorbehalt kann der Anspruchsteller diese Anspruchsteile vom Ersatzpflichtigen verlangen, der sich den Regress des Sozialversicherungsträgers erspart. Unterlässt der Geschädigtenanwalt einen solchen Vorbehalt, ist das ein anwaltlicher Kunstfehler.

Der Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers ist **doppelt begrenzt**, einerseits durch die vom **Sozialversicherungsträger zu erbringenden Leistungen**, andererseits durch den **Schadenersatzanspruch des Verletzten gegen den Schädiger**. Bei nicht vollständiger Deckung des Schadens durch Ersatzanspruch plus Sozialleistung – bei Mitverschulden des Geschädigten oder betragslich beschränkter Haftung, etwa nach dem EKHG – nimmt der OGH ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ein Quotenverrecht des Sozialversicherungsträgers an. Aus dem um das Mitverschulden gekürzten Schadenersatzanspruch kann sich zunächst der regressierende Sozialversicherungsträger befriedigen; erst ein allfälliger Rest bleibt beim Verletzten (SZ 56/173; 2 Ob 178/04x; 10 Ob 34/10p). Das ist in der Lit vereinzelt zu Recht auf Kritik gestoßen, weil die Anspruchsberechtigten für die empfangenen Leistungen Sozialversicherungsbeiträge abführen, wodurch sie sich die Gegenleistung „verdienen“.

Der Regressanspruch des **Sozialversicherungsträgers** hat jedoch **keine Sonderstellung**, **18** wenn das der **Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Ersatzpflichtigen** oder die **Deckungssumme der Haftpflichtversicherung** nicht ausreicht; dann erfolgt konkursmäßig eine quotenmäßige Befriedigung (SZ 58/78: Gleicher Rang zwischen Ansprüchen des Verletzten und der Sozialversicherungsträger). Lediglich ein **gerichtlich festgestellter Schmerzensgeldanspruch** ist bei unzureichender Deckungssumme gem § 336 S 2 ASVG vorrangig zu befriedigen. Der Schadenersatzanspruch geht auch dann auf den Sozialversicherungsträger über, wenn der Kfz-Haftpflichtversicherer im Verhältnis zum Versicherungsnehmer bzw Versicherten leistungsfrei ist und dem Verletzten nur nach § 158c VersVG haftet (ZVR 1976/52).

Für den Übergang sind bei den **Heilungskosten** die Selbstkosten des Sozialversicherungsträgers bei Behandlung des Verletzten in einer eingegliederten Anstalt maßgeblich (ZVR 1966/66). **19**

Als **vermehrte Bedürfnisse** sind beim Pflegegeld die Aufwendungen für Verrichtungen sachlich kongruent, bei denen ein Kranker auf fremde Hilfe angewiesen ist (SZ 44/24) sowie die Haushaltsführung für sich selbst (2 Ob 150/04d; 10 Ob 34/10p). Beim eigenen **Haushaltsführungsaufwand** wird angenommen, dass bei einem 2-Personen-Haushalt die Hälfte der Zeit auf die Haushaltsführung für sich selbst entfällt, mit der Folge, dass nur dieser Anspruchsteil kongruent zum Pflegegeld ist (ZVR 1989/16; 2 Ob 86/95; 2 Ob 150/04d); bei einem 3-Personen-Haushalt ist das dementsprechend bloß ein Drittel (6 Ob 11/10a: Selbst dann, wenn das zu betreuende Schulkind am Nachmittag im Hort ist) – es erfolgt somit eine Quotelung nach Kopfteilen; auszuklamern sind diesbezüglich die Arbeiten in Haus und Garten (JB1 1989, 654).

- 20 Beim **Erwerbsschaden** sind jene Sozialleistungen **sachlich kongruent**, die das **Erwerbseinkommen substituieren** sollen, wie das Krankengeld (ZVR 1985/39), das Arbeitslosengeld (SZ 43/130), die Versehrtenrente (stRspr, zB 2 Ob 51/02t; 1 Ob 165/06f; 2 Ob 226/07) und die Invaliditätspension (stRspr, zB 2 Ob 59/94; 2 Ob 2380/96v; 2 Ob 323/97g). Bejaht wird ein **Regressanspruch** wegen entgehender Trinkgelder (2 Ob 69/04d) sowie bei Einkommen aus Schwarzarbeit (RZ 1976/79; ZVR 1978/293), nicht aber in Bezug auf den Erwerbsschaden einer Hausfrau (ÖJZ 1972/2). In der Lit wird darauf hingewiesen, dass ein Übergang fragwürdig sei, soweit für das vereitelte Erwerbseinkommen keine Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden. Darauf kommt es aber gerade nicht an, weshalb der – im Gegensatz zu Deutschland – versagte Regress des Sozialversicherungsträgers beim Erwerbsschaden des Haushaltsführers bedenklich ist und bei diesem zu einer Überkompensation führt.
- 21 Der Regressanspruch besteht auch bei **Bezuschussung der Lohnfortzahlung** des Arbeitgebers durch einen Sozialversicherungsträger nach § 53b ASVG sowie bei der Bezuschussung eines Arbeitsplatzes an den Arbeitgeber in Gestalt der **Übernahme der Kosten für einen Arbeitshelfer**, damit dieser den verletzten Arbeitnehmer weiterbeschäftigt (2 Ob 163/08x: Rauchfangkehrergeselle). Ungeachtet der Auszahlung der Sozialleistung an den Arbeitgeber wurde die persönliche Kongruenz zu Recht bejaht.
- 22 Der OGH verneint den Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers bei der **Notstandshilfe** (SZ 43/130; ZVR 1976/29; 2 Ob 345/00z), weil der Verletzte darauf **keinen durchsetzbaren Anspruch** habe; da die Sozialleistung nicht den Schädiger entlasten soll, ist die Anrechnung zu versagen (2 Ob 120/00m; 6 Ob 260/03h). Die Folge ist freilich das merkwürdige Ergebnis, dass der Verletzte Ausgleich seines Schadens während der Phase des Bezugs von Arbeitslosengeld bekommt, während ab dem Bezug der Notstandshilfe eine Überkompensation erfolgt. Es sollte daher auch in diesem Fall ein Regressanspruch bejaht werden. Sachgerecht ist indes ein Anspruchsübergang erst bei Erbringung der Leistung, damit der Anspruchsberechtigte nicht zwischen zwei Stühlen sitzt.
- 23 Die **erhöhte Familienbeihilfe** wegen der Kindesverletzung muss sich das verletzte Kind nicht auf den Schadenersatzanspruch wegen erforderlicher Pflegedienstleistungen anrechnen lassen, weil dadurch nicht der Schädiger entlastet werden soll (8 Ob 27/09t). Bei sachlicher Kongruenz sollte der Regress nicht daran scheitern, dass die Familienbeihilfe an die Eltern treuhänderisch ausbezahlt wird. Die Umstellung des vom vorangehenden sozialversicherungspflichtigen Arbeitseinkommen abhängigen Karenzgeldes zu einem davon unabhängigen **Kinderbetreuungsgeld** hat dazu geführt, dass Letzteres – abweichend vom Karenzgeld (2 Ob 179/99k; ebenso Kinderzuschuss bei Invaliditätspension 2 Ob 184/04g) – nicht mehr als Lohnersatzleistung qualifiziert wird und damit eine sachliche Kongruenz zum Erwerbsschaden zu verneinen ist (2 Ob 59/07a).
- 24 Das **Schmerzensgeld** ist der Schadensposten, bei dem es nur hinsichtlich der **Integritätsabgeltung gem § 213a ASVG** eine sachlich kongruente Leistung gibt. § 332 Abs 1 S 3 ASVG, wonach Ansprüche auf Schmerzensgeld auf den Sozialversicherungsträger nicht übergehen, ist daher **teleologisch zu reduzieren**. Wenn die Leistungspflicht eines weiteren Schädigers gegeben ist, besteht ein Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers gegenüber diesem in Bezug auf die dem Schmerzensgeld funktional entsprechende Integritätsabgeltung (9 ObA 84/93; 2 Ob 185/99s).

## G. Steuern

Löst die Schadenersatzleistung eine **Pflicht zur Zahlung von ESt** aus, ist das bei der Ersatzbemessung zu berücksichtigen (dazu Rz 97). Folglich ist dem Geschädigten die vom Schadenersatzbetrag bezahlte ESt zusätzlich zu ersetzen (2 Ob 68/95; 2 Ob 79/97z; 2 Ob 147/98a), wovon er abermals ESt zu entrichten hat (2 Ob 38/02f; OLG Wien ZVR 2000/32). Die Fälligkeit der Steuer ist nicht Voraussetzung für die Berücksichtigung bei der Bemessung des Ersatzanspruchs (SZ 60/67: Rente nach § 1327; 2 Ob 68/95; 2 Ob 147/98a), schon gar nicht deren Bezahlung (OLG Wien EF 78.537). Lässt sich die künftige Steuerbelastung abschätzen, kann es sinnvoll sein, diese in einem Pauschbetrag zuzusprechen (SZ 60/67). Ansonsten kann der Geschädigte nach der allgemeinen Regel des § 1323 einen Vorschuss verlangen, über dessen widmungsgemäße Verwendung er abrechnen muss. Ungeachtet eines Feststellungsurteils ist die 3-jährige Frist des § 1480 zu beachten (2 Ob 33/09f: Rente auf Pflegeaufwand). Der OGH (2 Ob 210/07g: zu einem Rentenanspruch nach § 1327) meint zutr, dass **auch das oberste Zivilgericht keine selbständige Prüfung der Vorfrage** vornimmt, ob eine Steuerpflicht besteht oder nicht; maßgeblich ist vielmehr die Steuervorschreibung an den Geschädigten durch das Finanzamt. Sind die Parteien unsicher, ob eine bestimmte Schadenersatzleistung der ESt unterliegt, sollte im Urteil oder Vergleich festgehalten werden, dass bei Anfall von ESt – sei es auch nur im Zuge einer Betriebsprüfung – der Schädiger zu deren Ersatz verpflichtet ist, damit dem Geschädigten der ihm gebührende Nettobetrag verbleibt.

## H. Heilungskosten

Bei den **Heilungskosten** erfolgt nur in dem von Sozialversicherungsleistungen nicht gedeckten Bereich eine direkte Auseinandersetzung zwischen dem Verletzten und dem Schädiger. Eine **Obliegenheit** des Geschädigten zur **Vornahme eines ärztlichen Eingriffs** besteht nur dann, wenn der Eingriff einfach, gefahrlos und ohne nennenswerte Schmerzen Aussicht auf Erfolg verspricht (ZVR 1983/276). Nicht nur bei Handwerkerleistungen sind Verböserungen möglich; das gilt für Eingriffe von Ärzten in gleicher Weise. Das spricht für **äußerste Zurückhaltung** bei Annahme eines Verstoßes gegen die Schadensminderungsobliegenheit.

Die **Ersatzfähigkeit der höheren Gebührenklasse** bejaht der OGH dann, wenn diese **medizinisch geboten** (ZVR 1977/15; 2 Ob 231/99f) oder doch ein **günstigeres Behandlungsergebnis** zu erwarten war (ZVR 1977/15; ZVR 1977/226). Die Konsultierung eines Privatärztes wird gebilligt, wenn zu diesem ein **besonderes Vertrauensverhältnis** besteht (2 Ob 284/01f: Betrauung des langjährigen Hausarztes; Mehrkosten gegenüber dem Ambulatorium der Gebietskrankenkasse). Die Ersatzfähigkeit einer privatärztlichen Behandlung in einer Privatklinik wird namentlich dann bejaht, wenn ihr eine **fehlerhafte Behandlung in einem öffentlichen Krankenhaus vorausgegangen** ist (10 Ob 24/05k: Fehlbehandlung eines Bandscheibenleidens; OLG Innsbruck ZVR 1999/27: Privatarztbehandlung nach unzureichender Behandlung in Universitätsklinik).

Darüber hinaus werden die Kosten einer gehobenen Gebührenklasse dann ersetzt, wenn diese den **Lebensverhältnissen des Geschädigten** entspricht und der Geschädigte sich das bei **Selbsttragung des Schadens** geleistet hätte (SZ 43/32: Begüterter Landwirt; ZVR 1977/226: Pensionierter Schuldirektor; 2 Ob 284/01f: Frau eines Anwalts; demgegenüber ZVR 1977/15: öS 6000 Monatseinkommen, daher 2. Klasse). Das Kriterium der Selbsttragung des Schadens ist für eine abschließende Beurteilung unangebracht, weil es nicht nur einen Unterschied machen kann, sondern auch machen darf, ob eine Überwälzung auf einen Schädiger möglich ist. Bei Selbsttragung nimmt der Geschädigte – mitunter wegen seiner begrenzten Mittel – Notlösungen in Kauf; der Schädiger schuldet aber volle Restitution. Selbst wenn man auf die Verhältnisse des Geschädigten abstellt, wäre maßgeblich, wie der **Verletzte diese Phase des Lebens als Gesunder** verbracht hätte. Bei Anlegung dieses Maßstabs, nämlich der Herstellung einer Ersatzlage, wird man so gut wie jedem Geschädigten die gehobene Pflegeklasse zugestehen müssen, weil kaum jemand – insb in der Nacht – im Privatleben dem Schnarchen oder den Ausdünstungen anderer

Menschen ausgesetzt ist, sondern allein oder in der Nähe des von ihm ausgewählten (Ehe-)Partners schläft. Weitere Kriterien für den Zuspruch wie Alter (ZVR 1977/226: Geschädigter über 80 Jahre) oder besonders schweres Verschulden (OLG Linz ZVR 1995/47: Einer Frau vorsätzlich zugefügte Schnittwunden) bedarf es dann nicht.

29 Bei **Außenseitermethoden** ist grundsätzlich darauf abzustellen, ob es sich um einen **ex ante zweckmäßig gemachten Aufwand** handelt (EF 41.110; ZVR 1984/303; OLG Innsbruck ZVR 1993/151: Akupunktur zur Bekämpfung der psychischen Folgen eines Raubüberfalls; OLG Innsbruck ZVR 2011/223: Ungekürzter Zuspruch für Schwimmen und Reiten zur Vermeidung der Zunahme der Spastizität). Soweit der Verletzte ohne Schädigung diese – sportliche – Tätigkeit als Hobby ausgeübt hätte, könnte mE eine Vorteilsausgleichung in Betracht kommen, wofür freilich den Ersatzpflichtigen die Beweislast trifft. Allerdings ist zu beachten, dass namentlich eine kostspielige Tätigkeit wie das Reiten dem Verletzten hier „aufgedrängt“ wird. Die Kosten für eine **Delphintherapie** in Höhe von € 14.000,– – bei einem Gesamtbegehren von € 740.000,– – hat der OGH (3 Ob 283/08a) bei einem infolge eines ärztlichen Kunstfehlers schwerstverletzten Kindes indes unter restriktiveren Bedingungen zuerkannt, weil nachgewiesen worden war, dass die Schulmedizin versagte und die Krankenversicherung solche Kosten übernehme, sofern der Geschädigte die Maßnahme vorfinanziere und diese erfolgreich gewesen sei. In 7 Ob 63/10f hat der OGH den Zuspruch damit begründet, dass auf die Delphintherapie auch nach § 133 Abs 2 ASVG ein Anspruch bestanden habe, was voraussetze, dass der Verletzte zunächst eine billigere herkömmliche Tiertherapie versucht habe. Mag es sich auch um etwas ganz Ausgefallenes handeln: Weder kann es auf die Ersatzfähigkeit im Rahmen der Krankenversicherung ankommen noch darauf, dass der Geschädigte in der Lage ist, die Maßnahme vorzufinanzieren. Wie auch sonst muss die **Zweckmäßigkeit ex ante** genügen, um einen Anspruch auf einen Vorschuss zu begründen. Zu bedenken ist, dass Eltern eines schwerstverletzten Kindes eine solche Reise in die USA nicht aus Jux und Tollerei unternehmen, sondern weil sie sich an einen Strohhalm klammern, um dem Kind ein wenig Linderung der Beschwerden zu ermöglichen.

30 Schadenersatzrechtlich geschuldet sind auch **kosmetische Operationen**, wenn dadurch das Erscheinungsbild des Verletzten wie vor dem schädigenden Ereignis wiederhergestellt wird (stRspr, zB ZVR 1987/45; 2 Ob 46/92; 1 Ob 161/00h). Besonders augenscheinlich ist die Zuerkennung der Kosten für ein Facelifting bei einer an einer psychischen Erkrankung leidenden traugeschädigten 45-jährigen Mutter nach 15 kg Gewichtsabnahme innerhalb eines halben Jahres (2 Ob 7/05a). Der Kostenersatz für kosmetische Operationen setzt deren **tatsächliche Durchführung** voraus (2 Ob 82/97s), wofür ein Vorschuss verlangt werden kann, außer der Geschädigte hat nicht einmal die Absicht zur Durchführung des Eingriffs bescheinigt. Der nicht verbrauchte Teil ist zurückzuzahlen (OLG Linz ZVR 1999/88). Bei allen ärztlichen Eingriffen, die durch die gesetzliche Krankenversicherung nicht zur Gänze gedeckt sind, besteht ein solcher Vorschussanspruch aber nur dann, wenn ein **konkreter Bedarf unmittelbar bevorsteht** und die erste Absicht besteht, diesen zu decken (5 Ob 123/09p: Gefahr eines späteren Zahnverlustes). Mag ein solcher Bedarf auch in Zukunft mit Sicherheit bestehen, kann der Verletzte dafür zunächst keinen Vorschuss verlangen, sondern muss sich durch Erwirkung eines Feststellungsurteils absichern (1 Ob 48/11g: Künftige Zahnrekonstruktion; 2 Ob 48/14v: Abbruchkosten beim Treppenlift). Soweit hinter dem Schädiger keine – zahlungsfähige – Haftpflichtversicherung steht, hat der Geschädigte mE einen Anspruch auf Sicherstellung, namentlich gegen eine juristische Person.

30a Pauschaliert der Krankenhausträger seine Kosten, ist das nach – allerdings kritikwürdiger – Ansicht des OGH (2 Ob 231/99f) für die Schadensabrechnung auch dann hinzunehmen, wenn ein nicht sozialversicherter ausländischer Patient für die gleiche Behandlung bloß einen Bruchteil bezahlen müsste. Einerseits muss die Privatautonomie des Krankenhausträgers in Bezug auf den Abrechnungsschlüssel respektiert werden, andererseits bestehen Bedenken, wenn bei einem inländischen sozialversicherten Patienten erheblich höhere Kosten überwälzbar sind als bei einem ausländischen nicht sozialversicherten Patienten, ist doch davon auszugehen, dass dieser wenigstens die – nicht subventionierten – Selbstkosten des Krankenhausträgers bezahlen muss.

Ersatzfähig sind außerdem **behandlungskonnexe Aufwendungen**, wie **Kosten für den Transport** (ZVR 1990/132: Hubschraubertransport; 8 ObA 107/04z: Eigene Reisekosten des Verletzten; 1 Ob 161/00h: Kosten zu den Therapiestätten), **Trinkgeld** (ZVR 1973/38: Berücksichtigung der gesellschaftlichen Stellung und des Einkommens des Verletzten) sowie **kleinere Geschenke an das Pflegepersonal** (ZVR 1979/133).

Die **Aktivlegitimation** zur Geltendmachung von Heilungskosten steht nicht nur dem Verletzten zu, sondern bei einem Kind auch dem **gesetzlichen Unterhaltsschuldner**; dieser kann neben einem Leistungsbegehren ein Feststellungsbegehren gegen den Schädiger auch erheben, wenn der Anspruch des verletzten mj Kindes gegen den Schädiger bereits rechtskräftig festgestellt worden ist (1 Ob 2201/96z).

Wegen der Unterstellung, dass Verwandtenbesuche für den Fortgang des Gesundungsprozesses förderlich sind, sind **Besuchskosten** grundsätzlich ersatzfähig (stRspr, zB 7 Ob 281/02b).

Ersetzt werden nur die Kosten von **Besuchen bestimmter Angehöriger** wie des **Ehepartners** sowie der **sorge- und beistandspflichtigen nächsten Verwandten**; dazu zählen in erster Linie Eltern und Kinder (2 Ob 2220/96a: Mutter; 7 Ob 281/02b: Erwachsener Sohn, wobei der OGH zurückverwiesen hat, um zu klären, ob die Kontaktnahme hier medizinisch förderlich war), aber auch der **Lebensgefährte** (2 Ob 103/01p), **Geschwister**, wenn sie im **gleichen Familienverband** leben (EF 56.995), nicht jedoch Schwiegereltern und Schwiegerkinder (EF 54.250) sowie nicht im gleichen Haushalt lebende Geschwister (EF 36.178) oder gute Bekannte. Auch wenn es beim Trauerschmerzensgeld um den ideellen Schaden der Angehörigen, bei den Heilungskosten jedoch um deren Beitrag zur Gesundung des Verletzten geht, sollten in Bezug auf den Personenkreis die gleichen Kriterien angelegt werden. In Bezug auf die in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Personen sollte mE großzügig verfahren werden.

Die **Ersatzfähigkeit der Besuchskosten** hängt von deren **Zweckmäßigkeit und Angemessenheit** ab (2 Ob 103/01p: In concreto € 7.100), die maßgeblich von der **Schwere der Verletzung** bestimmt werden. Telefonkosten sind ersatzfähig, sofern auch Besuchskosten dieser Personen ersatzfähig gewesen wären (2 Ob 103/01p; 7 Ob 281/02b). Bei Fahrten mit dem Auto ist das amtliche km-Geld ersatzfähig (ZVR 1985/102: In concreto 3.656 km), bei wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit auch Mautkosten (2 Ob 103/01p), nicht jedoch der Zeitaufwand während der Besuche (8 Ob 64/05b), wohl aber der Ersatz für **Babysitterkosten** für Kinder, die man nicht mitnehmen kann (2 Ob 103/01p), sowie **unabdingbarer Verdienstentgang** (EF 46.648: Ersatz wegen des erforderlichen unbezahlten Urlaubs). Werden Eltern auf ärztliches Anraten bei Verletzung eines Kindes stationär aufgenommen, sind auch diese Kosten ersatzfähig (OLG Innsbruck ZVR 2001/100).

Wie bei den Heilungskosten sind **aktivlegitimiert** nicht nur der Verletzte selbst (ZVR 1973/38; SZ 62/116; 2 Ob 2220/96a), sondern auch die jeweiligen Besucher bzw derjenige, der die Kosten getragen hat (ZVR 1980/299: Vater für das mj Kind; EF 36.180: Ehemann für Ehefrau). Auch insoweit erscheint eine **Bündelung der Aktivlegitimation** beim Verletzten wünschenswert. Ansprüche nach § 1358 sowie § 1042 müssen nach Tätigen des entsprechenden Aufwands daneben aber immer möglich sein; bedeutsam könnte das bei Insolvenz des Verletzten sein.

## I. Vermehrte Bedürfnisse

Der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse entsteht bereits mit deren Entstehung (ZVR 1979/226; ZVR 1987/128). Das entspricht den Grundsätzen der Restitution, weshalb der Geschädigte **nicht mit Eigenmitteln in Vorlage** treten muss, sondern unabhängig von seiner Vermögenslage einen Vorschuss verlangen kann, dessen widmungsgemäße Verwendung er freilich in der Folge nachweisen muss. Unterbleibt sie, ist der Vorschuss zurückzuzahlen. Eine fiktive Abrechnung nach der bestmöglichen Restitution ist unzulässig (dazu § 1323 Rz 11). Das Bestehen einer familienrechtlichen Pflicht eines Angehörigen entlastet den Schädiger nicht (2 Ob 83/09h).

Die wichtigsten Fälle vermehrter Bedürfnisse sind verletzungsbedingt benötigte **Gebrauchsgüter** sowie deshalb erforderliche **Dienstleistungen**. Im Rahmen der Gebrauchsgüter haben die größte Bedeutung das Fahrzeug und der Wohnsitz. Als vermehrtes Bedürfnis kommt zusätzlich die **Prämienerhöhung bei Versicherungsverträgen** als Verletzungsfolge in Betracht.

- 38 Mit der zunehmenden Motorisierung ist es heute selten, dass ein Erwachsener über kein Kfz verfügt. Es geht daher idR lediglich um den **Ersatz einer Sonderausstattung** (2 Ob 2/91: Querschnittgelähmter; 2 Ob 2031/96g: Amputation des linken Beins; 2 Ob 104/05s: Schwere Beinverletzung). Die **Kosten für das Fahrzeug** gebühren nur, wenn es ein Kind oder ein Erwachsener, der bisher auf ein eigenes Fahrzeug verzichtet hat, verletzungsbedingt benötigt (stRSpr, zB 2 Ob 2031/96g; 2 Ob 253/00w; 8 Ob 127/05t). Voraussetzung ist dabei nicht unbedingt eine Beinverletzung (7 Ob 17/10s: Zuspruch bei einer Schulterblattverletzung nach Einwand des Ersatzpflichtigen, dass solcher Anspruch nur bei Gehbehinderung gebühre). Ein Sonderfall ist die **bisherige Privatnutzung eines Firmenfahrzeuges**, das nach Verletzung nicht mehr zur Verfügung steht (2 Ob 89/06m); in einem solchen Fall gehört lediglich der Mehraufwand, der darin liegt, dass der Geschädigte nun auch für solche Tätigkeiten ein eigenes Fahrzeug haben muss, auf das er im gesunden Zustand nicht angewiesen war, zu den vermehrten Bedürfnissen. Der OGH hat auch den Wegfall der Nutzungsmöglichkeit des Firmenfahrzeugs – zu Unrecht – als vermehrtes Bedürfnis angesehen; insoweit liegt ein Erwerbsschaden vor. Zu Recht hat er eine Kürzung vorgenommen, soweit der Verletzte – wegen der vermehrten Freizeit – zusätzliche Privatfahrten unternimmt.
- 39 Da der Verletzte auf ein zuverlässiges Fahrzeug angewiesen ist, kann er idR **nicht auf ein Gebrauchtfahrzeug verwiesen** werden (2 Ob 2031/96g; 2 Ob 253/00w; aA 2 Ob 253/00w mit dem fragwürdigen Argument, dass der Geschädigte auch selbst bisher stets einen Gebrauchtwagen angeschafft habe); daher sind auch **Garagenkosten** ersatzfähig (2 Ob 50/90). Ist der Einbau einer notwendigen Sonderausstattung in sein Kfz nicht möglich und muss der Geschädigte ein Neufahrzeug anschaffen, kann er zwar die Anschaffungs- und Einbaukosten der Sonderausstattung in vollem Umfang verlangen, muss sich aber im Übrigen einen Abzug neu für alt gefallen lassen (2 Ob 104/05s). Kann der Verletzte auch ein behindertengerechtes Fahrzeug nicht selbst chauffieren und stehen keine öffentlichen Verkehrsmittel zur Verfügung, kann er für Einkaufsfahrten und solche zum auswärtigen Wochenendhaus den Ersatz von **Taxikosten** verlangen (2 Ob 47/05h). Auch die Kosten für die behindertengerechte Ausstattung eines Motorrads neben einem Kfz sind geschuldet, wenn der Verletzte vor dem Unfall beides benutzt hat. Soweit erforderlich kann ein Verletzter auch eine Begleitperson für Spaziergänge verlangen.
- 40 Ersatzfähig sind die Kosten für einen **behinderungsgerechten Wohnungsumbau** (stRSpr, zB RZ 1984/12; 1 Ob 161/00h; 7 Ob 281/02b) unter Einschluss eines Aufzugs (EF 54.266), einer Garage (2 Ob 50/90) sowie eines Treppenlifts (2 Ob 48/14v). Die Errichtungskosten für ein privates Schwimmbad hat der OGH (2 Ob 10/91) – mE zu Unrecht – mit dem Hinweis abgelehnt, dass dies schon durch das Schmerzensgeld abgedeckt sei (dazu oben Rz 15). Eine Versagung käme allenfalls unter Hinweis auf die Untunlichkeit bzw Unwirtschaftlichkeit in Betracht, wobei stets zu bedenken ist, dass das Rechtsgut der körperlichen Integrität einen besonders hohen Rang aufweist (dazu § 1323 Rz 18). Ob das Haus oder die Wohnung im Eigentum des Verletzten steht, ist ohne Bedeutung (2 Ob 48/14v: Treppenlift im Miethaus).
- 41 Weitere Arten vermehrter Bedürfnisse sind Gebrauchsgüter, deren Benutzung erst als Verletzungsfolge erforderlich wurde, wie eine **Prothese** (ZVR 1979/135; ZVR 1983/281) oder ein **Computer**, um die Kommunikation des Verletzten mit der Umwelt zu ermöglichen (7 Ob 281/02b).
- 42 Dabei fallen nicht allein **Anschaffungskosten**, sondern auch Kosten für **Instandhaltung** (2 Ob 2031/96g), **Betriebskosten** (2 Ob 104/05s) sowie solche für die **Reinvestition** an. Insoweit steht neben dem einmaligen – oder wegen der Reinvestition mehrmaligen – Kapitalbetrag eine Rente zu, wobei auch eine ausschließliche Bemessung in Form einer alle diese Umstände berücksichtigenden Rente in Betracht kommt. Der Ersatzpflichtige kann sich von seiner Scha-

denersatzpflicht dadurch befreien, dass er den **Gebrauch** zur Verfügung stellt, aber selbst Eigentümer der Sache bleibt oder wird, mag dem Verletzten auch die Auswahl des Gebrauchsgutes überlassen bleiben. Im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse ist nur die Deckung eines Bedarfs geschuldet, nicht aber eine **Vermögensmehrung im Weg der Eigentumsübertragung**. Dieser Umstand wirkt sich namentlich dann aus, wenn der Bedarf wegfällt, meist durch Tod des Verletzten, das Gebrauchsgut aber noch einen ins Gewicht fallenden Wert hat. Dieser verbleibt dann dem Ersatzpflichtigen und fällt nicht den Erben zu. Bei überholender Kausalität, wenn das Gebrauchsgut wegen des fortschreitenden Alters ohnehin benötigt worden wäre, kann der Ersatzpflichtige Rückstellung oder ein Mietentgelt für die Zukunft verlangen, während bei Eigentumsübertragung der OGH lediglich auf den Zeitpunkt des erstmaligen Bedarfs abstellt (2 Ob 48/14v: Treppenlift).

Tätigkeiten im Rahmen vermehrter Bedürfnisse sind solche, die ein **gesunder Mensch 43 selbst erledigen** würde, wie Aus- und Ankleiden, Körperpflege, Selbstversorgung bei Wunden (ZVR 1977/58: Verletzter kann sich wegen einer späteren unfallunabhängigen Erkrankung nicht mehr selbst bandagieren) sowie die Haushaltsführung für sich selbst (2 Ob 86/95).

Für solche **Pflege- und Betreuungstätigkeiten** kann der Verletzte auf Kosten des Schädigers eine **Ersatzkraft** in Anspruch nehmen. Dem steht gleich, wenn er sich **selbst mehr anstrengt** (ZVR 1987/56) oder solche Tätigkeiten von **Angehörigen** verrichten lässt. Nach der Wertung des § 14 Abs 4 EKHG sollen solche freiwilligen und unentgeltlichen Leistungen Dritter den Schädiger nicht entlasten (stRspr, zB 6 Ob 143/98t; 2 Ob 345/00z; 2 Ob 148/01f; 2 Ob 27/12b). Insofern handelt es sich um einen Fall der **Schadensverlagerung** (2 Ob 49/98i; 2 Ob 99/02a).

Vor allem bei **schweren Verletzungen** (24-h-Betreuung) ergibt sich ein **enormer Zeitaufwand** (2 Ob 60/92: Entgelt von 4 Krankenschwestern in Höhe von ca € 3.700 pro Monat; restriktiver 2 Ob 49/98i; 6 Ob 143/98t: 2 Pflegekräfte in Höhe von € 4.740; bei Blindheit immerhin 5 Stunden ein Leben lang 3 Ob 128/11m). Der OGH hält die tatsächlich entstandenen Kosten für ersatzfähig, auch wenn sie im Einzelfall besonders hoch sind (2 Ob 152/99p). Der Geschädigte muss sich nicht auf ein billigeres Pflegeheim verweisen lassen (2 Ob 338/99s). Das ist völlig zutr. Wenn der Geschädigte sich für die Reparatur und gegen die Ersatzbeschaffung bei Beschädigung seines Fahrzeugs entscheiden darf, auch wenn der Schädiger dadurch doppelt so hoch belastet wird (dazu § 1323 Rz 47), muss das wegen des höheren Rangs des Rechtsgutes der körperlichen Integrität erst recht für den Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse gelten (2 Ob 186/03x).

Die Ersatzhöhe bemisst sich nach dem Entgelt für eine **professionelle Pflegekraft** (ZVR 1984/322; ZVR 1987/128; ZVR 1988/14; 2 Ob 63/11w: **€ 30 pro Stunde**, Entscheidung der 1. Instanz im Jahr 2010), wobei die Rspr nach einem Vorschlag der Lit unter Bezugnahme auf das richterliche Schätzungsermessen nach § 273 ZPO zwischen den **Nettokosten einer Hilfskraft** und den **Bruttokosten einer professionellen Pflegekraft** schwankt (6 Ob 143/98t). Auch bei einem Anspruch nach § 1435 ABGB wird auf diese Grundsätze verwiesen, wobei der Mindestlohn tarif für Krankenbetreuer von € 7,27 und nicht ein Stundenlohn von € 12 für maßgeblich angesehen wurde (6 Ob 76/12p). Bei Einstellung einer Pflegekraft soll es auf die tatsächlichen Kosten ankommen (2 Ob 152/99p: Ehefrau hatte ihren Mann als angestellten Pfleger beschäftigt; dazu auch unten Rz 50). Für die **Bereitschaftszeiten** gelten die Kosten einer professionellen Pflegekraft nach dem OGH nur dann, wenn der einspringende Angehörige ansonsten die Freizeit außer Haus verbracht hätte (2 Ob 99/02a; 7 Ob 63/10f). Folglich bleiben nächtliche Bereitschaftszeiten unentschädigt und jene während des Tages sind vom Vorbringen abhängig, dass der Angehörige in dieser Phase sich ins Kino oder Theater oder in die Berge begeben hätte (2 Ob 49/98i; 2 Ob 152/99p; 2 Ob 195/02v). In der Lit wurde das als „anwaltliche Kreativitätsprämie“ gegeißelt.

Bei **hohem Pflegeaufwand** sucht der OGH mit untauglichen Erwägungen nach **Ansatzpunkten für Kürzungen**. Dass in unserer Wirtschaftsordnung ein Bankdirektor das 100- oder 1000-Fache eines Stahlarbeiters verdient, wird als selbstverständlich hingenommen. Wenn ein Angehöriger Leistungen erbringt im Ausmaß von 4 oder 6 bezahlten Pflegekräften, schwindet sehr rasch der Glaube, dass so etwas möglich sein soll.

- 48 Für eine Eindämmung hohen Pflegeaufwandes ist beim **Zeitungsumfang** auf die erforderlichen Verrichtungen abzustellen und zu prüfen, ob darüber hinaus eine Bereitschaft gegeben sein muss. Wären professionelle Pflegekräfte billiger, ist das beim Stundenlohn (nicht bei der Verrichtungsdauer) zu berücksichtigen. Unzulässig ist, ein nächtliches 4-maliges Umbetten von je 15 Minuten mit 1 Stunde abzugelten. Bei der **Qualifikation** pflegender Angehöriger sollte man freilich großzügig sein und auf das Betreuungsergebnis abstellen.
- 49 Zentrale Bedeutung hat die Ermittlung des **maßgeblichen Stundenlohnes**. Zu ermitteln sind die **Kosten einer Arbeitsstunde**. In Österreich werden mindestens **14 Monatslöhne** gezahlt; ein Arbeitnehmer arbeitet aber maximal **10 Monate**, weil die Summe aus bezahlten Feiertagen, Urlauben sowie sonstiger Arbeitsverhinderung, etwa wegen Krankheit, sich zu mindestens 2 Monaten pro Jahr akkumuliert. Zu bedenken ist, dass beim Arbeitsentgelt grundsätzlich auch die Lohnnebenkosten als Entgeltbestandteil anerkannt sind (so im Rahmen der Lohnfortzahlung, dazu unten Rz 54). Wenn für den einspringenden Angehörigen die eine oder andere Sozialabgabe zu keinem greifbaren Vermögensvorteil führt, etwa weil er schon eine Altersrente bezieht, deshalb nicht mehr arbeitslos werden kann, eine zusätzliche Krankenversicherung für ihn ohne Nutzen ist, mag ein Abzug angebracht sein, was der subjektiv-konkreten Schadensberechnung entsprechen, freilich die Regulierung verkomplizieren würde (großzügiger allerdings 5 Ob 50/99k; 5 Ob 38/04f; 7 Ob 63/10f: Voller Zuspuch **sämtlicher Lohnnebenkosten auch bei Familienangehörigen ohne Wenn und Aber**). In 8 Ob 15/11f hat der OGH in Auseinandersetzung mit Stimmen der Lit nochmals bekräftigt, dass **auch die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung** geschuldet sind. Der Geschädigte solle abstrakt in die Lage versetzt werden, sich jederzeit auf dem freien Markt entsprechende Leistungen zu beschaffen. Bei dieser strikten Position des OGH bietet es sich an, eine solche **Rente an den Index einer entsprechend entlohnten Person** zu binden. Zu bedenken ist zusätzlich, dass der schwer Verletzte eine Versorgung an 365 Tagen im Jahr benötigt, sodass **Zuschläge für Sonn- und Feiertage** sowie für die **Nacht** in Ansatz zu bringen sind. In der E 2 Ob 63/11w hat der OGH € 30 pro Stunde als sehr hohen Stundensatz angesehen, diesen aber gebilligt (bloß Revision des Klägers).
- 50 Das Ausmaß des Ersatzes hängt nicht von der **Anstellung eines Familienangehörigen** ab. Diese ist lediglich ein Indiz, dass das volle Spektrum der durch die Sozialabgaben bewirkten Absicherung konkret benötigt wird, was aber umfänglich den benötigten Ersatz gar nicht abschließend festlegt, weil wegen der Arbeitnehmerschutzbestimmungen der Pfleger meist nur kürzer arbeiten darf als für die Pflege erforderlich und somit schadenersatzrechtlich geschuldet ist. In solchen Fällen sind die zusätzlich erforderlichen Pflegertätigkeiten angemessen abzugelten. Ist bei Auszahlung einer Ersatzrente an den Verletzten oder von diesem an den betreuenden Angehörigen keine ESt zu entrichten, hat auch der Schädiger keine zu bezahlen; entscheidend ist diesbezüglich die Vorschreibung des Finanzamtes an den Geschädigten (dazu oben Rz 25). Sichergestellt werden sollte im jeweiligen Urteil oder in der entsprechenden außergerichtlichen Vereinbarung, dass diese Kosten zu bezahlen sind, wenn der Angehörige – aus welchen Gründen immer – nicht mehr zur Verfügung steht und der Verletzte dann auf die Inanspruchnahme von Marktleistungen, etwa einer Ersatzkraft oder eines Pflegedienstes, angewiesen ist, wobei dann sowohl Sozialversicherungsbeiträge als auch Steuern anfallen.
- 51 **Nicht immer ist der Marktwert der Pflegeleistung maßgeblich**. Eine Hauptschullehrerin, die ihre Berufstätigkeit unterbricht, um sich der Pflege und Therapie ihres Kindes zu widmen, muss sich nicht mit dem Stundenlohn einer Pflegekraft begnügen, sondern kann die **Opportunitätskosten ihres Einkommensausfalls im Erwerbsleben** verlangen, wenn eine gleichwertige Alternative nicht verfügbar und die Tätigkeit neben dem Beruf nicht zumutbar ist (4 Ob 78/08m: € 21 statt € 11–14 Stundenlohn). Bei der Gleichwertigkeit ist zu beachten, dass es darum geht, dass für Therapieübungen mit dem Kind die Ersatzkraft dann zur Verfügung steht, wenn das Kind dafür aufnahmefähig ist und sie in etwa die Einfühlungsfähigkeit und das Engagement wie die Mutter aufbringt. Bei enorm hohem Erwerbseinkommen wird man dem Angehörigen zubilligen müssen, den Einkommensausfall bis zur Grenze der Tunlichkeit zu verlangen.

**Anspruchsberechtigt** ist der **Verletzte**; außerdem wird **denjenigen**, die die **Pflegeleistungen erbringen**, die **Aktivlegitimation** eingeräumt (stRspr, zB ZVR 1982/269; 6 Ob 143/98t; 2 Ob 99/02a). Auch hier ist die Bündelung des Anspruchs in Hand des Verletzten vorzuziehen (dazu oben Rz 14), wobei für in der Vergangenheit erbrachte Leistungen ein Rückgriffsanspruch nach §§ 1042 oder 1358 in Betracht kommt (RZ 1984/12; ZVR 1987/9). Ist der Unterhaltsverpflichtete zugleich einer von mehreren Schädigern, steht ihm ein Rückgriffsanspruch gegen den weiteren Schädiger zu (2 Ob 2220/96a).

## J. Erwerbsschaden

Beim **beruflichen Erwerbsschaden** (zur außerberuflichen Erwerbstätigkeit unten Rz 57) ist zwischen dem eines **unselbständig** tätigen Geschädigten (Arbeitnehmer, Beamten) und dem eines geschädigten **Unternehmers** zu unterscheiden. Der unselbständig Erwerbstätige muss wegen der Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber sowie der Sozialversicherungsleistungen (Krankengeld, Versehrtenrente oder Invaliditätspension) nur die dadurch nicht gedeckte Schadensspitze direkt beim Schädiger durchsetzen (2 Ob 269/04d: Trinkgelder des Zahlkellners); ansonsten bestehen Regressansprüche der in Vorlage Tretenden.

Seit 1994 steht der **Regressanspruch des Arbeitgebers** gegen den Schädiger für **fortgezahlten Lohn** fest. Es geht um den Ersatz des Schadens des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber nicht aufgrund seiner gesetzlich ihm auferlegten vertraglichen Fürsorgepflicht zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet wäre. Dabei kann der **Schaden des Arbeitgebers** infolge des verletzungsbedingten Unterbleibens der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers **größer oder kleiner** sein. Größer ist der Schaden, wenn etwa durch Säumnis bei Fertigstellung einer Anlage eine Gewinneinbuße entsteht. Ersatzfähig ist aber nur der trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung fortgezahlte Lohn, nicht der darüber hinausgehende Schaden des Arbeitgebers. Der Schaden kann aber auch geringer sein. Das ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer wegen Auftragsflaute ohnehin nicht sinnvoll beschäftigt werden hätte können. Ob im letztgenannten Fall der Ersatz entfällt, ist zweifelhaft. Nach der Rentabilitätshypothese spricht die Vermutung indes dafür, dass ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer wirtschaftlich so einsetzen kann, dass er damit wenigstens die Kosten des ihm gezahlten Entgelts verdient. Weder nach § 3 VerkehrsofperG noch nach § 3 VOEG steht dem Arbeitgeber ein Regressanspruch gegen den Fachverband der Versicherungsunternehmen bei Fahrerflucht des schädigenden Halters zu, weil diese Gesetze jeweils nur im Härtefall dem unmittelbar Geschädigten einen Anspruch einräumen, nicht aber Regressgläubigern, zu denen neben den Sozialversicherungsträgern auch der Arbeitgeber zählt (2 Ob 6/09k).

Die **Höhe des überwälzbaren Lohnfortzahlungsschadens** des Unternehmers richtet sich im Ergebnis nach dem **Entgelt für die nicht erbrachte Gegenleistung**, weshalb im Detail zu ermitteln ist, **welche Leistungen im Synallagma** stehen (für 10 Monate Arbeit sind 14 Monatsbezüge zu bezahlen, was zur Erhöhung des Tagessatzes führt). In das Entgelt sind nicht nur die Lohnnebenkosten zur Sozialversicherung einzubeziehen, sondern auch alle fringe benefits wie Rückstellungen zur betrieblichen Altersversorgung, Dienstauto, Dienstwohnung, Diensttelefon udgl (2 Ob 2056/96h). Diese Grundsätze sind entsprechend anzuwenden, wenn der Arbeitgeber aufgrund des BEinstG verpflichtet ist, seinen verletzten Arbeitnehmer zum gleichen Entgelt weiterzubeschäftigen (2 Ob 303/04d).

**Zulagen** beeinflussen den Erwerbsschaden nur, soweit sie **nicht Abgeltung eines Mehraufwands**, sondern **echtes Einkommen** sind (ZVR 1978/165; SZ 56/117: Treueprämie öffentlich Bediensteter; ZVR 1987/121: Erschwerniszulage und Tagegeld, Aufwandsentschädigung); die steuerrechtliche Qualifikation ist unmaßgeblich. **Naturalbezüge** wie Dienstwohnung (SZ 41/55; ZVR 1978/165), Dienstauto (ZVR 1982/417) oder subventionierte Mahlzeiten (ZVR 1978/165: Freie Station eines Landarbeiters) sind in Geld zu ersetzen. Ersatzfähige, vermögenswerte Gegenleistungen sind ferner der Wegfall eines Jahreswagens eines Automobilherstellers, Rabatte bei Einkäufen sowie ein kostengünstiger Urlaub im vom Arbeitgeber bereitgestellten Quartier. Bei

**Überstunden** kommt es darauf an, ob und in welchem Ausmaß sie in Zukunft angefallen wären (5 Ob 52/09x: Deutscher Verletzter, bei dem Überstunden durch Entgeltfortzahlung nicht gedeckt waren). Der Erwerbsausfall für **Nebeneinkünfte** ist zu ersetzen, auch wenn diese unregelmäßig angefallen wären. Bei der Rente ist dann ein Durchschnittswert zugrunde zu legen (ZVR 1971/126). Arbeitseinkommen aus Haupt- und Nebentätigkeit sind zusammenzurechnen, weshalb ein Ausfall bei der Nebentätigkeit nur in eingeschränktem Ausmaß begehrt werden kann, wenn aus der Haupttätigkeit nach der Verletzung ein entsprechend höheres Einkommen erzielt wird (2 Ob 227/07g: Unfallbedingt bei der Haupttätigkeit – früher Vulkanisierarbeiter, nunmehr EDV-Techniker – höheres Einkommen als früher, aber Nebentätigkeit im elterlichen Betrieb nicht mehr möglich).

- 57 Bei Berechnung des Erwerbsschadens sind jene **Aufwendungen** abzuziehen, die sich der **Verletzte erspart**, weil er keiner beruflichen Erwerbstätigkeit oder einer anderen nachgeht; zB die Ersparnis von Fahrtkosten (2 Ob 226/07k), jedoch nicht nach dem amtlichen km-Geld und ohne Berücksichtigung der Zeitersparnis, die bloß als Freizeit genutzt werden kann, ferner die Differenz zur billigeren häuslichen Verpflegung, schließlich die Kosten, im Beruf adrett gekleidet zu sein. Abgelehnt hat die E 7 Ob 240/09h die Anrechnung von ersparter Nahrung, Kleidung und Wohnung, weil der Schwerstverletzte über die von der gesetzlichen Krankenkasse getragene Sondennahrung ernährt werde, keine oder kaum Kleidung benötige und – gratis – bei den Eltern wohne. Der OGH hat die **versagte Vorteilsausgleichung** damit begründet, dass die jeweiligen Dritten nicht den Schädiger entlasten wollten. Soweit bestimmte Aufwendungen nicht entstehen, trägt dieses Argument indes nicht; bedeutsam ist vielmehr, dass der Schädiger keinen Vorteil aus dem Konsumverzicht ziehen soll, den er dem Verletzten aufgezwungen hat.
- 58 Bei der **Befristung der Rente** berücksichtigt der OGH lediglich den Umstand, dass der Verletzte **über das Regelpensionsalter** (Männer 65, Frauen 60 Jahre) hinaus arbeitet (SZ 44/183). Eine längere Arbeitstätigkeit hat der Geschädigte zu beweisen (stRspr, zB ZVR 1985/11; 2 Ob 38/02f; OLG Innsbruck ZVR 1998/145), eine kürzere der Schädiger. Nur wenn der Verletzte auch nach dem Rentenalter keine Altersversorgung bekommen sollte, steht ihm eine lebenslange Rente zu (SZ 52/77). Diese Beweislastverteilung widerspricht dem Postulat, dass von der **wahrscheinlichsten Entwicklung** auszugehen ist. Gerade **Lehrer** oder **ÖBB-Bedienstete** beziehen ihre Altersversorgung deutlich früher. ME wäre es daher sachgerecht, von den Verhältnissen der **jeweiligen Berufsklasse** auszugehen. Im Ergebnis würde das zu einer Verschiebung der Beweislast zulasten des Geschädigten führen. Zu bedenken ist freilich, dass das Renteneintrittsalter schon wegen des demografischen Wandels in den nächsten Jahren oder zumindest Jahrzehnten steigen wird. Aus diesem Grund wäre es sinnvoll, wenn der Verletzte insoweit einen Vorbehalt macht. Welches sein Renteneintrittsalter dann als Gesunder gewesen wäre, kann bei Kenntnis der dann geltenden Rechtslage besser beurteilt werden. Bei einer Kapitalabfindung bzw der Errechnung eines Barwertes wegen Erschöpfung der Deckungssumme bleibt aber nichts anderes übrig, als diesbezüglich eine Prognose anzustellen.
- 59 Bei Ermittlung des Erwerbsschadens ist zu berücksichtigen, dass jeder seine **gesetzliche Altersrente** durch die **während seiner Aktivzeit geleisteten Beiträge** erwirtschaftet. Im Verletzungsfall in dieser Phase sind zwei Arten der Schadenberechnung möglich: Entweder der Geschädigte verlangt laufend die Mittel für eine **freiwillige Altersversicherung**, um eine Lücke bei der späteren Altersrente zu vermeiden (ZVR 1976/207; 2 Ob 38/02f); oder aber der Verletzte verlangt **erst bei Eintritt in den Altersruhestand** den Betrag, um den seine Altersrente wegen seiner verletzungsbedingt geringeren Anwartschaften geringer ausfällt (SZ 52/77). Vorzugswürdig aus der Sicht des Geschädigten ist allein die Schaffung einer Ersatzlage. Das **Insolvenzrisiko** des Schädigers ist geringer, was bei Einstandspflicht eines Haftpflichtversicherers vernachlässigbar sein mag. Der Nachweis der **Dynamisierung der Rente** ist mit Unwägbarkeiten und Nachweisproblemen verbunden. Ausschlaggebend ist aber, dass sich eine unterschiedliche **Absicherung der Angehörigen** ergibt. Stirbt der Verletzte eines natürlichen Todes, haben der Ehegatte bzw die Kinder bei Ansammlung von Anwartschaften durch eine freiwillige (Sozial-)Versicherung An-

spruch auf eine Hinterbliebenenrente; bei Auszahlung erst bei Erreichen der Altersgrenze des Verletzten gehen sie bei dessen vorzeitigem Tod leer aus, weil der Schädiger nur die Verletzung, nicht aber den Tod verursacht hat.

Grundsätzlich ist auch der **Unternehmergewinn positiver Schaden**, wenn er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erzielt worden wäre (2 Ob 16/01v; 1 Ob 147/02b; 1 Ob 230/05p), bei besonderen Konstellationen kann dieser ausnahmsweise entgangener Gewinn sein (2 Ob 270/98i; RdW 1999, 19: Aufnahme als Gesellschafter der Arbeitgeber-Gesellschaft; 2 Ob 27/99f; ZVR 2000/17: Übernahme des elterlichen Hofes; 2 Ob 82/00y: Ganztagsverdienst; 2 Ob 191/07p: Nicht verkaufte Bilder eines Kunstmalers als Altersvorsorge). Ein entgangener Gewinn und damit eine Ersatzfähigkeit auch bei grober Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn selbst bei einem geringeren Beweismaß – nämlich überwiegender Wahrscheinlichkeit – der Nachweis, dass der Gewinn erzielt worden wäre, als erbracht angesehen wird. **60**

Der **Erwerbsschaden eines Unternehmers** ist entweder der entgangene Betriebsertrag oder es sind die Aufwendungen zur Abwendung einer Umsatzeinbuße. Der Nachweis erfolgt häufig durch die geringeren Einnahmen (ZVR 1985/47: Bäcker; OLG Wien ZVR 2000/51: Koch; 6 Ob 565/92: Gastwirt); bei trotz Verletzung gleichgebliebenem Gewinn ist nachzuweisen, dass der Gewinn ohne Verletzung gestiegen wäre (SZ 41/46: Baustoffgroßhändler). **61**

Mitunter ist bei verletzungsbedingtem Ausfall die **Einstellung einer Ersatzkraft** möglich (2 Ob 191/07p: Nicht so bei einem Kunstmaler). Bei tatsächlicher Einstellung hat der Schädiger für die Kosten der Ersatzkraft im Rahmen der **Schaffung einer Ersatzlage** aufzukommen (2 Ob 2053/96t: Einstellung eines Kochs durch Hotelier; 7 Ob 33/98y: Landwirt; 2 Ob 135/03x: Tischlermeister). Das gilt selbst dann, wenn die Kosten der Ersatzkraft **erheblich höher** liegen als der **Gewinnentgang** ohne Einstellung einer Ersatzkraft (2 Ob 22/92: Aushilfskraftentschädigung von € 222.000,- bei einem Landwirt in keiner Relation zum tatsächlichen Verdienstentgang von € 35.000,-; gleichwohl Zuspruch; 2 Ob 22, 23/92: Jedenfalls kurzfristig keine Verkleinerung möglich; Aufgabe des Betriebs kann nicht verlangt werden). Das ist namentlich dann berechtigt, wenn es sich um einen **vorübergehenden Gewinnentgang** handelt und der Verletzte ein **anerkanntes Restitutionsinteresse an der Fortführung seines Unternehmens** hat, wie das namentlich in der Landwirtschaft vorkommt. **62**

Nach der Rspr kann der Verletzte seinen **Gewinnentgang auch anhand der Kosten einer Ersatzkraft** berechnen (2 Ob 56/95), selbst wenn eine solche nicht eingestellt wurde und auch keine Dritten helfend eingesprungen sind. Dem liegt die zu beweisende Annahme zugrunde, dass ein Unternehmer durch seine Arbeitskraft iZw mindestens so viel verdient wie ein angestellter Arbeitnehmer. Dieser Beweis ist unzulässig, wenn das Unternehmen nicht mehr fortgeführt wird (2 Ob 54/94: Einschränkung eines landwirtschaftlichen Betriebs auf die Selbstversorgung; ebenso 7 Ob 33/98y: Landwirt, obiter dictum). Denkbar ist ein zusätzlicher Schaden des Unternehmers, dass dieser durch die verletzungsbedingte Veräußerung seines Unternehmens zur Unzeit eine Einbuße erleidet. **63**

Der Einstellung einer Ersatzkraft entspricht es, wenn der **Verletzte sich selbst überobligationsgemäß anstrengt**, zB durch Verzicht auf Urlaub, Tätigkeiten außerhalb der normalen Arbeitszeit (ZVR 1984/177: Das als Rettungsaufwand zu vergüten); oder **Mitarbeiter** unentgeltlich Überstunden leisten und dadurch einen Umsatzrückgang verhindern (ZVR 1985/47); oder **Nachbarn** unentgeltlich helfen (ZVR 1987/56); oder **Kinder** der verletzten Landwirtin ihre Mithilfe intensivieren (ZVR 1989/30). All das soll nicht den Schädiger entlasten (ZVR 1987/56; 2 Ob 54/94), weshalb der Geschädigte die **Bruttokosten einer fiktiven Ersatzkraft** ersetzt verlangen kann. **64**

Der Verletzte kann wählen zwischen dem **Gewinnentgang** und den **Kosten einer Ersatzkraft** (2 Ob 54/94; 7 Ob 33/98y; OLG Wien ZVR 2000/51), nicht jedoch beides kumulieren. Es kommt aber doch eine **partielle Kombination** in Betracht. Die eingestellte Ersatzkraft muss sich **65**

einarbeiten und ist mit den Verhältnissen nicht so vertraut wie der verletzte Unternehmer. Kommt es trotz Einstellung einer Ersatzkraft zu einer Gewinneinbuße, ist diese neben den Ersatzkraftkosten auszugleichen (SZ 41/46: Baustoffgroßhändler; 2 Ob 156/06i: Inhaber einer Gaststätte; OLG Wien ZVR 2000/51: Koch). Durch die Einstellung einer Ersatzkraft wird eine Ersatzlage geschaffen; der **restliche Gewinnentgang** ist das **verbleibende Kompensationsinteresse**. Das Risiko der Untauglichkeit der Ersatzkraft hat der Schädiger zu tragen. Es besteht insoweit eine Parallele zur Kfz-Reparatur (§ 1323 Rz 50). Eine Obliegenheit des Unternehmers zur Einstellung einer Ersatzkraft ist nur mit äußerster Zurückhaltung anzunehmen. Das gilt vor allem bei Tätigkeiten, die von der jeweiligen Unternehmerpersönlichkeit abhängig sind, wie das namentlich bei freiberuflicher Tätigkeit oder auch bei einer Gastwirtschaft der Fall ist.

- 66 Während der OGH einem **Unternehmer** eine **lebenslange Rente** gewährt (ZVR 1989/30: Selbständige Landwirtin) und lediglich einen Gegenbeweis des Schädigers zugelassen hat (ZVR 1962/60), plädiert die Lehre für eine Grenze von 65 Jahren für Männer und 60 bei Frauen und begründet das damit, dass ein Unternehmer das leicht entkräften könne. ME ist auf die wahrscheinlichste Entwicklung der jeweiligen Berufsgruppe abzustellen. Jedenfalls hat ein gestaffelter Altersabschlag zu erfolgen, weil die Kräfte jenseits der 60 bzw 65 erfahrungsgemäß mit steigendem Alter nachlassen.
- 67 Ein verletzter **geschäftsführender Gesellschafter einer Personengesellschaft** kann jedenfalls seine **Einbuße am Gewinnentgang** fordern (4 Ob 2396/96y; 7 Ob 33/98y; 2 Ob 156/06i; bis dahin stRspr). Bei vereinbarter Tätigkeitsvergütung sind die Regeln über die Lohnfortzahlung anzuwenden, sodass die trotz Verletzung gezahlte Vergütung ersatzfähig ist. Bisweilen wird ein über die Gewinneinbuße hinausgehender Ersatz mit der Begründung vorgeschlagen, dass den verletzten Gesellschafter eine gesellschaftsrechtliche Anpassungspflicht treffe, er sich wegen seiner Verletzung mit einer geringeren Gewinnbeteiligung zufriedengeben oder für die Kosten einer Ersatzkraft sorgen müsse. Das Gesellschaftsrecht kennt solche Pflichten in der Tat, allerdings erst nach sehr langer Dauer. In der vereinzelt E GesRZ 1985, 138, hat der OGH die vollen Kosten einer Ersatzkraft bei einer Ehegatten-Gesellschaft unter Berufung auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung auch dann zugesprochen, wenn der nicht verletzte Ehegatte einen Gewinnentgang der Gesellschaft durch Mehranstrengungen abgewendet hat.
- 68 Nunmehr hat der OGH den **vollen Ersatzkraftkostenersatz** ohne Bezugnahme auf die **objektiv-abstrakte Schadensberechnung** gewährt (2 Ob 238/07z). Die E vermittelt den Eindruck, als ginge es nur um die Zuweisung der Aktivlegitimation an den Verletzten bei einer Vielzahl unentgeltlich einspringender Dritter (dazu oben Rz 52).
- 69 Bei Berechnung der Schadenshöhe ist zu unterscheiden: Bei Gewinnbeteiligung eines geschäftsführenden Gesellschafters trotz seines **verletzungsbedingten Ausfalls** handelt es sich um eine Schadensverlagerung auf die Gesellschaft bzw die Mitgesellschafter, soweit die Gewinnbeteiligung eine Abgeltung seines – vereitelten – Arbeitskrafteneinsatzes darstellt. Hingegen stellt der Teil der Gewinnbeteiligung, der **Gegenleistung für die Kapitalbereitstellung** ist, regelmäßig keinen ersatzfähigen Schaden dar, weil insoweit keine verletzungsbedingte Beeinträchtigung vorliegt. Soweit darüber hinaus der Vermögenswert der Gesellschaft beeinträchtigt wird, kann **nur der verletzte Gesellschafter** die Vermögensminderung seines Kapitalanteils geltend machen; die Wertminderung der Kapitalanteile der übrigen Gesellschafter stellt hingegen einen bloß mittelbaren Schaden dar.
- 70 Bei einer **Kapitalgesellschaft** erhält der Geschäftsführer stets einen **Geschäftsführerbezug**, sodass im Verletzungsfall die Regeln über die **Lohnfortzahlung** heranzuziehen sind; und zwar auch dann, wenn eine Weiterwälzung über mehrere Gesellschaften im Konzern erfolgt (2 Ob 27/12b: Niederländische Fleischverarbeitung unter Bezugnahme auf 8 Ob 118/04t: von der Stadt Wien ausgelagerte GmbH). Betreibt ein Einzelunternehmer eine Ein-Mann-GmbH, stellt er weder eine Ersatzkraft ein noch erfolgt die Abwendung einer Gewinneinbuße durch eigene überpflichtgemäße Anstrengungen oder das Einspringen Dritter, ist der Gewinnentgang schwer

nachzuweisen; der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Ein-Mann-GmbH kann demgegenüber auf das fortgezahlte Entgelt verweisen.

Nach Ansicht des OGH kann der Schädiger nicht einwenden, dass der **Geschäftsführer-bezug im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gesellschaft unangemessen** sei, sodass den Gesellschafter-Geschäftsführer eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Herabsetzung treffe (4 Ob 299/98v). Die Lit wendet dagegen zu Recht ein, dass die Gesellschaft derart überhöhte Bezüge auf Dauer nicht leisten hätte können. Jedenfalls ist mE eine **normative Kontrolle** angezeigt, insb wenn Gesellschafter und Geschäftsführer die gleiche Person sind, weil dann ein **In-sich-Geschäft** vorliegt, bei dem stets die Gefahr von Dispositionen zulasten Dritter besteht. Die Anerkennung eines solchen Geschäftsführerbezugs als **steuerlich abzugsfähige Betriebsausgabe** könnte ein **Ansatzpunkt für eine marktkonforme Gestaltung** sein.

Bei einer **Personengesellschaft** ist es wegen der unbeschränkten Haftung für die Gläubiger gleichgültig, ob den Schadenersatzanspruch der verletzte Gesellschafter oder bei einer Tätigkeitsvergütung die Gesellschaft erhebt. Bei einer **Kapitalgesellschaft** ist der Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, weshalb bei Fortzahlung eines Geschäftsführerbezugs bloß die Gesellschaft für den Ersatzanspruch aktivlegitimiert sein sollte.

Bei **Mithilfe von Familienangehörigen ohne ausdrückliche vertragliche Regelung** (ZVR 1975/99 Bauernsohn; SZ 41/58; Altbauer; JBl 1987, 575: In Gastwirtschaft mithelfender Beamter) steht dem Verletzten der Ersatz des Erwerbsschadens auch dann zu, wenn er keine Gegenleistung erhalten hat, weil die **aktivierte Arbeitskraft einen Vermögenswert** hat und es keinen Unterschied macht, ob der Verletzte im gesunden Zustand für seinen Arbeitskräfteeinsatz ein Entgelt genommen und das dem Leistungsempfänger geschenkt hätte oder von vornherein darauf verzichtet hat (ZVR 1982/188). Die Bemessung des Erwerbsschadens sollte davon abhängen, ob der Verletzte eine Tätigkeit in abhängiger oder eigenverantwortlicher Stellung wahrgenommen hat. Entsprechendes gilt für einen Ordensangehörigen (SZ 48/119: Klostergärtner der Pallottiner).

Bei einem **Dauerschaden** hat der Verletzte mitunter **zunächst keinen konkreten Verdienstentfall**, weil er sich besonders anstrengt. Dadurch verbraucht er sich – womöglich – rascher, mit der Folge, dass sein Arbeitsplatz – im Konkurrenzkampf mit gesunden Arbeitnehmern – stärker gefährdet ist und er diesen später verliert oder eine Einkommensminderung erleidet. Wenn sich das **Risiko realisiert**, kann er **nicht beweisen**, dass Ursache die lange zurückliegende Unfallverletzung ist. In einem solchen Härtefall spricht der OGH eine **abstrakte Rente** zu.

Bei einem Dauerschaden muss sowohl die Ausgleichsfunktion als auch die Sicherungsfunktion verwirklicht sein (2 Ob 9/00p; 2 Ob 133/02a). Unter **Ausgleichsfunktion** versteht man, dass sich der Verletzte – im Vergleich zu seinem Zustand als Gesunder – für die bisherige Tätigkeit mehr anstrengen muss und die Gefahr besteht, dass er sich rascher erschöpft. Unter **Sicherungsfunktion** versteht man, dass eine Einkommensminderung zu erwarten ist oder doch wahrscheinlich sein muss (2 Ob 9/00p; 2 Ob 133/02a; 2 Ob 194/06b). Für eine Gefährdung des Arbeitsplatzes hat der Arbeitnehmer die Wahrscheinlichkeit des Verlustes nachzuweisen. Die bloße Möglichkeit künftiger Einkommensverluste genügt nicht (ZVR 1984/325). Selbst bei einer Minderung der Erwerbsfähigkeit um 70 % wurde bei einem „geschützten Arbeitsplatz“ keine Gefährdung angenommen (ZVR 1989/133); als nicht gefährdet wurde auch der Arbeitsplatz eines älteren Facharbeiters bewertet, der seine Hände nur eingeschränkt einsetzen konnte und dem eine Gehaltserhöhung im Gegensatz zu seinen Kollegen verweigert wurde (2 Ob 9/93). ME hätte die Versagung der abstrakten Rente in diesem Fall damit begründet werden müssen, dass ein konkreter Verdienstentgang durch die Versagung der Teilhabe an der Lohnanhebung bereits gegeben war.

Auch ein **Arbeitsloser** kann eine abstrakte Rente begehren, wenn er bei Zutreffen aller anderen Tatbestandselemente bei der Suche nach einer Stelle benachteiligt ist (2 Ob 234/08p: Referenzgröße für die Mehranstrengung ist die des Verletzten gegenüber gesunden Mitbewerbern im neuen Beruf als Bilanzbuchhalter, nicht in Bezug auf den früheren Beruf als Bauarbeiter).

Auch der Arbeitsplatz eines **Unternehmers** kann gefährdet sein, kommt es doch bei diesem in besonderer Weise darauf an, dass sein Arbeitskräfteeinsatz zu einem wirtschaftlichen Erfolg führt, sodass die Gefahr von Einkommenseinbußen hier in besonderer Weise gegeben ist (2 Ob 176/09k; Vermögensberater).

- 77 Die abstrakte Rente setzt voraus, dass **bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung kein konkreter Schaden** eingetreten ist. Während es bei der abstrakten Rente eines Unternehmers nicht um Einbußen während des Heilungsverlaufs geht (2 Ob 176/09k), erleidet ein Arbeitnehmer in dieser Phase häufig keine Einbuße, weil sein Erwerbsschaden im Wege der Lohnfortzahlung auf den Arbeitgeber verlagert wird.
- 78 Ist bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung eine konkrete Vermögenseinbuße als Erwerbsschaden eingetreten, kann keine abstrakte Rente begehrt werden. Der Geschädigte hat **kein Wahlrecht zwischen abstrakter Rente und konkretem Verdienstentgang** (ZVR 1985/11). Auch die Kumulierung beider Methoden ist ausgeschlossen (ZVR 1990/121). Ist kein konkreter Erwerbsschaden eingetreten, steht dem Verletzten ab dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Verfahren 1. Instanz, nicht schon für den Zeitraum ab der Verletzung (ZVR 1974/223; ÖJZ 1982/2) bis zum Ruhestand (ZVR 1967/216), eine abstrakte Rente zu. Ein **später eintretender konkreter Erwerbsschaden** ist damit **ausgeschlossen** (stRspr, zB SZ 47/20; ZVR 1976/293; ZVR 1990/121). Ausgenommen sind aber mE nicht vorhersehbare Verschlechterungen des Gesundheitszustands, für die auch beim Schmerzensgeld eine Nachklage zulässig wäre (dazu unten Rz 130). Alternativ kann der Verletzte eine Feststellungsklage erheben und bei Realisierung des Risikos den dann eintretenden konkreten Schaden verlangen; ein Feststellungsurteil hindert den Zuspruch einer abstrakten Rente nicht, weil sich ein solches nicht allein auf den Erwerbsschaden bezieht (ZVR 1983/84; 2 Ob 9/00p).
- 79 Nach der **Pieglerischen Formel** steht dem Geschädigten bei der abstrakten Rente Ersatz im Ausmaß der  **Hälfte der prozentualen Erwerbsminderung** zu (JBI 1966, 567; RZ 1982, 33). Eine Indexbindung wird versagt (OLG Innsbruck ZVR 1984/48), was von der Lehre kritisiert wird. Da aber die abstrakte Rente eine frei gegriffene Billigkeitsentschädigung ist, die zum konkreten Risiko in keinem rationalen Verhältnis steht, mag die Indexbindung mE zwar plausibel sein, ist aber keinesfalls zwingend.
- 80 Die abstrakte Rente ist mit der **objektiv-abstrakten Schadensberechnung** begründet worden (2 Ob 143/03y). Diese argumentiert mit dem Rechtsfortwirkungsgedanken, dass anstelle des verletzten Rechtsgutes der Schadenersatzanspruch tritt. Damit unvereinbar ist, dass die abstrakte Rente erst ab dem Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz zugebilligt wird. Zudem ist Anknüpfungspunkt die Beeinträchtigung des Rechtsgutes der Erwerbsfähigkeit. Damit unvereinbar ist das Abstellen auf eine wahrscheinliche künftige Einkommenseinbuße.
- 81 Der OGH hat sich aber – nach kurzem Zögern (2 Ob 133/02a) – für die **Fortführung der Zubilligung einer abstrakten Rente im bisherigen Rahmen** ausgesprochen (2 Ob 143/03y; 2 Ob 67/05z; 2 Ob 126/06b).
- 82 Nach einem Teil der Lehre soll die **Erschwernis der Arbeit** im Rahmen des **Schmerzensgeldes** berücksichtigt werden. Dies würde aber bloß zu einem homöopathisch höheren Schmerzensgeld führen. In **allen anderen Fallkonstellationen** werden **überobligationsgemäße Anstrengungen im Rahmen des Vermögensschadens** erfasst, was zu einem wesentlich höheren Ersatz führt. Bei einem konkret alsbald drohenden Einkommensausfall begibt sich der Geschädigtenanwalt geradezu in die Nähe eines anwaltlichen Kunstfehlers, wenn er – ohne zureichende Aufklärung des Klienten – für den Geschädigten eine abstrakte Rente verlangt, weil die Differenz gegenüber dem alsbald häufig viel höheren Schaden durch die gebildeten Rücklagen nicht gedeckt ist und auch nicht mehr verlangt werden kann.
- 83 Angesichts dieses Risikopotentials muss es verwundern, wie häufig Geschädigte damit spekulieren, dass die weitere Entwicklung anders verläuft als angenommen und ihnen dann ein Trost-

pflaster für die Mehranstrengung verbleibt, ohne dass ein rechnerischer Schaden eintritt. Zu bedenken ist, dass die abstrakte Rente einen **Anreiz für den Geschädigten** darstellt, sich besonders anzustrengen, um den bestehenden Arbeitsplatz zu behalten, weil er dann zwar zum Erwerbseinkommen ein Zubrot erhält, insonsten aber weniger als seine Einbuße. Insofern ist die **Belastung des Schädigers geringer**, als wenn der Verletzte bei durchschnittlicher Anspannung seiner Kräfte den Arbeitsplatz verliert und keine neue Stelle findet, mit der Folge, dass der Schädiger dann das gesamte entfallende Erwerbseinkommen ersetzen muss.

Auch bei **unrechtmäßiger Erwerbstätigkeit** gebührt Ersatz des Erwerbsschadens (zB SZ 84 54/70: **Prostituierte** unter Hinweis auf übliche Vorkasse – nicht das Ergebnis, wohl aber die Begründung; inzwischen überholt; 2 Ob 289/97g: **Pfuschler**). Auch bei diesen Tätigkeiten ist die **EST-Pflicht** zu berücksichtigen, beim Pfusch mE auch die bei Nachweis von Schwarzarbeit zu entrichtenden Verwaltungsstrafen.

Bei **Personen, die noch nicht im Erwerbsleben** stehen (zB Kind, Student), liegt der ersatzfähige Erwerbsschaden **nicht in den frustrierten Aufwendungen** für die Phase der unterbrochenen Ausbildung, sondern für den **Entgang ab dem Eintritt ins Erwerbsleben ohne Verletzung** (ZVR 1990/88; EF 46.095; 2 Ob 138/00h). Häufig wird Ersatz lediglich verlangt für den Zeitraum, um den der Verletzte später in das Erwerbsleben eintritt. Das ist aber zu wenig. In vielen Berufen ist das Erwerbseinkommen von einer vorangehenden beruflichen Tätigkeit abhängig. Bei Beamten ist die Vorrückung nach dem Bienniensystem ein ganzes (Beamten-)Leben vom Zeitpunkt des Eintritts als Beamter abhängig. Ersatz gebührt deshalb auch für diesen Folgeschaden. Bedeutsam ist auch, dass für die Zeit, in der der Eintritt ins Berufsleben später erfolgt, auch keine Anwartschaften für die Altersversorgung erworben werden konnten, was gleichfalls berücksichtigungsfähig ist (zur Art des Ersatzes oben Rz 59).

In je früherem Alter bei einem Dauerschaden die Verletzung passiert, umso größer sind die **Unwägbarkeiten der Prognose** (2 Ob 16/01v; 1 Ob 256/01f: Kochlehrling; 1 Ob 256/01f). Maßgeblich sind die beim **Kind** bis dahin zu beobachtenden Fähigkeiten und Neigungen. Hilfsweise ist abzustellen auf die Erwerbsbiografie der Eltern sowie der Geschwister. Auch ist heranzuziehen, wie das – verletzte – Kind auf den Schicksalsschlag reagiert hat. Es ist dem Verletzten ein Schätzungsbonus einzuräumen, weil es der Schädiger war, der den Verletzten in diese Beweisschwierigkeiten gebracht hat. Bei besonders herausragenden Berufen der Eltern ist der Buddenbrook-Effekt zu beachten, dass sich Sonderbegabungen nur ausnahmsweise in der nächsten Generation wiederfinden. Beachtet werden sollte, dass es nicht allein um Defizite im beruflichen Erwerbsleben geht, sondern auch Beeinträchtigungen bei der Haushaltsführung.

Bei Verletzung des **Haushaltsführers** wird die Beeinträchtigung der Haushaltsführung für den Verletzten als Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse qualifiziert (2 Ob 86/95), die für andere Familienmitglieder als Erwerbsschaden (2 Ob 533/94). Für das Ausmaß des Ersatzes ist es **gleichgültig, wie der Schaden aufgefangen wird**, ob eine Ersatzkraft eingestellt wird, sich der verletzte Haushaltsführer überobligationsgemäß anstrengt, Familienangehörige oder Dritte einspringen oder das Dienstleistungsniveau absinkt (2 Ob 26/02s; 6 Ob 109/06g), also der Haushalt sonst „verlottern“ würde. Ersatz gebührt ebenso, wenn der Haushaltsführer für die bisherige Tätigkeit verletzungsbedingt länger braucht (7 Ob 14/10z: Lymphödemrisiko, schmerz- und vorichtsbedingte Verzögerungen).

Auch wenn der Haushaltsführer bereits vor der Verletzung eine Haushaltshilfe beschäftigt hatte, gewährt ihm der OGH nach der Verletzung Ersatz (unter Kritik der Lehre), weil er nun auf die **Haushaltshilfe angewiesen** ist und verletzungsbedingt nicht mehr die Wahl hat, den Haushalt selbst zu besorgen (2 Ob 2123/96m). ME ist das nur ersatzfähig, wenn sich die nun Verletzte eines Tages als Gesunde – aus welchen Gründen immer – dazu entschlossen hätte, den Haushalt selbst zu erledigen. Im Schadenersatzrecht kommt es aber stets darauf an, wie man sich verhalten hätte, nicht, wie man sich verhalten hätte dürfen.

- 89 Nach dem OGH ist die Rente für **Beeinträchtigung der Haushaltsführung konkreter Verdienstengang** (2 Ob 83/99s) und keine abstrakte Rente. Sie gebührt auch bei bloßer Mehranstrengung (ZVR 1989/30; 6 Ob 143/98t; 2 Ob 26/02s; ZVR 2003/45). Das hat zur Folge, dass sie auch für die Vergangenheit (JBI 1968, 143) und nicht bloß bis zum Renteneintrittsalter (ZVR 1985/46) zusteht. Zudem kommt eine Indexierung und Anpassung an veränderte Verhältnisse in Betracht (ZVR 1979/182).
- 90 Die Hausfrauenrente ist von der **Einstellung einer Ersatzkraft unabhängig** (6 Ob 11/10a). Wegen des Zugangs zu sämtlichen Bereichen des Wohnsitzes und dem damit verbundenen Vertrauen wird auf die Einstellung einer fremden Ersatzkraft verzichtet; vielmehr springen häufig **Angehörige sowie Verwandte und Bekannte** ein. Zudem scheuen sich viele Geschädigte, eine Ersatzkraft einzustellen, solange nicht feststeht, ob die Kosten überwälzbar sind (zutr 2 Ob 42/92; Bei Anspruch nach § 1327 Hinweis, dass bei Zuspruch voller Kosten nur bei Einstellung einer Ersatzkraft Begünstigung gut situierter Familien). Wird eine Ersatzkraft oder Reinigungsfirma beschäftigt (ZVR 1979/182), sind die anfallenden Kosten ersatzfähig.
- 91 Die österr Rspr verzichtet – anders als in Deutschland und der Schweiz – bei Ermittlung des Zeitumfangs auf die **Heranziehung statistischer Untersuchungen**. Auch die **unterschiedliche Qualifikation einer Ersatzkraft** zur Bewältigung der Hausarbeit wird nicht diskutiert. So findet sich eine Aussage, dass es keinen Unterschied mache, ob die Hausfrau berufstätig war (JBI 1968, 143); auch während des Krankenhausaufenthalts wird die Rente nicht gekürzt (ZVR 1984/322). In den Nachbarrechtsordnungen hat die **Heranziehung statistischer Untersuchungen zu einem signifikanten Anstieg des Ersatzumfangs** geführt (mehrere 100 %). Bei ganz geringfügigen Defiziten (2 Ob 100/07f: Abschmecken von Speisen, wofür den Lebensgefährtnen der Söhne ein Entgelt gezahlt wurde) hat der OGH zu Recht einen Vermögensschaden verneint.
- 92 Bei ausreichender Präzisierung des Klagebegehrens gewährt der OGH **nicht nur den Brutostundenlohn einer Ersatzkraft**, sondern die **Arbeitskraftkosten**, somit auch die Weihnachtsremuneration und den Urlaubszuschuss sowie einen Zuschuss für Leistungen an Sonn- und Feiertagen unter Einschluss der Sozialversicherungsbeiträge (ZVR 1987/56; 2 Ob 345/00z). Auch hier ist zu berücksichtigen, dass eine Ersatzkraft zwar 14 Bezüge erhält, aber maximal 10 Monate im Jahr arbeitet. Die auch in diesem Zusammenhang angebrachte Kritik der Lit und die Verweisung auf das Mittelmaß des Mindest- und Höchststundensatzes nach richterlichem Ermessen gem § 273 ZPO sind in diesem Zusammenhang ebenso unangebracht wie bei den Pflegedienstleistungen (oben Rz 46, 49).
- 93 Unter **Haushaltsführung im engeren Sinn** ist die klassische Haushaltsarbeit zu verstehen wie insb Einkaufen, Kochen, Wäschewaschen, Wohnungsreinigung, Betreuung von Kindern. Darüber hinaus fallen in einem Haushalt aber **weitere entschädigungspflichtige Tätigkeiten** an, wenn diese verletzungsbedingt nicht mehr ausgeübt werden können: Pflege kranker Familienangehöriger (2 Ob 533/94), Betreuung von Garten und Haustieren (OLG Innsbruck ZVR 2006/158; Haltung eines Hundes), Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten des Wohnsitzes (ZVR 1982/188) und des Fahrzeugs, Schriftverkehr mit Banken, Versicherungen und Behörden, Betrauung und Überwachung von Handwerkern, Chauffeurdienste für mj Kinder, Grabpflege (SZ 51/131).
- 94 Ob die verletzte Person bei ihrer Haushaltstätigkeit eine Unterhaltspflicht erfüllt hat, ist ohne Bedeutung (2 Ob 56/95); zu Recht hat auch die **Lebensgefährtin** einen entsprechenden Anspruch (JBI 1961, 419). Auch der **Ehemann** hat Anspruch auf Abgeltung seiner verletzungsbedingt vermittelten Mitwirkung im Haushalt, selbst wenn die Ehefrau nicht im Beruf steht (SZ 55/167). Die Aufteilung der Hausarbeit zwischen den Ehegatten dürfte heute der Regelfall sein, sodass stets zu prüfen ist, ob neben der Beeinträchtigung der beruflichen Erwerbsarbeit auch eine solche bei der Haushaltstätigkeit gegeben ist.

**Aktivlegitimiert** ist allein der **verletzte Haushaltsführer**, nicht auch Drittgeschädigte, 95 denen Dienstleistungen entgehen (2 Ob 533/94; 2 Ob 156/02h). Die Rente bei Verletzung des Haushaltsführers soll keiner zeitlichen Begrenzung unterliegen (ZVR 1985/46; 2 Ob 345/00z). Wird der ältere Haushaltsführer das Nachlassen der Kräfte auch durch die größere – dann zur Verfügung stehende – Zeit kompensieren, der Anspruch einer ungekürzten Rente bis zum Lebensende ist mE des Guten gewiss zu viel.

Zu ersetzen sind auch **Eigenleistungen** des Verletzten, namentlich für die **Errichtung und den Ausbau eines Eigenheims**, gleichgültig, wem die Liegenschaft gehört (6 Ob 75/08k: Verletzungsbedingte Vereitelung des Ausbaus des Hauses der Ehefrau; SZ 50/77: Haus eines Maurers auch für die Söhne). Bei wechselseitiger Nachbarschaftshilfe schließt der Erwerbsschaden dann das „Zurückarbeiten“ des Verletzten an die zunächst bei ihm mithelfenden Nachbarn mit ein (2 Ob 56/95; 1 Ob 261/02t). Bei einem konkreten Projekt hat Ersatz in Form eines **Kapitalbetrags** und nicht einer Rente zu erfolgen (2 Ob 56/95). Bisher haben die Verletzten ein entsprechendes Begehren gestellt ohne Anrechnung von sozialversicherungsrechtlichen Lohnersatzleistungen. Womöglich wurden keine solchen bezogen. Sollte das der Fall sein, wäre die sachliche Kongruenz mE zu bejahen.

Nach VfGH B 242/06 ist die **Rente wegen vermehrter Bedürfnisse nicht ESt-pflichtig**. 97 Die Steuerpflicht für den Ersatz für die **Beeinträchtigung bei der Haushaltsarbeit** ist fraglich. Bei der Haushaltsarbeit für sich selbst ist die Parallele naheliegend, bei der für andere Familienmitglieder jedoch fraglich. Sofern durch Eigenleistung ein Vermögenswert geschaffen wird, trägt das Argument des VfGH jedenfalls nicht, mag auch die ursprüngliche Tätigkeit nicht einkommensteuerpflichtig gewesen sein. Bei der Regulierung sollte eine drohende Steuerpflicht jedenfalls bedacht werden. Sollte sie eintreten, sollte sichergestellt werden, dass die anfallende Steuer vom Schädiger zu tragen ist. Steuerpflichtig ist jedenfalls die Einstellung einer Ersatzkraft; dann ist das erzielte Einkommen bei dieser zu versteuern.

## K. Rehabilitation

Der Schadenersatzanspruch nach § 1325 umfasst auch Aufwendungen der **sozialen und beruflichen Rehabilitation**. Es geht nicht bloß um Vermögensinteressen, sondern darum, den Verletzten in die Lage zu versetzen, ein selbstbestimmtes Leben zu führen sowie nach Maßgabe der ihm verbliebenen Fähigkeiten seine Arbeitskraft sinnvoll betätigen zu können.

Der Rehabilitationsschaden wurde bisher unter dem Gesichtspunkt der **Schadensminderungsobliegenheit gem § 1304** betrachtet (2 Ob 324/00m). Hingewiesen wurde auf die Interessen beider Teile und die Grundsätze des redlichen Verkehrs (SZ 49/19; 2 Ob 147/98a). Mit solchen Leerformeln lässt sich – nahezu – jedes Ergebnis begründen. Die Schwierigkeit besteht darin, dass der Verletzte nicht gezwungen werden darf, jede x-beliebige Tätigkeit anzunehmen (zutreffend ZVR 1989/203), zugleich aber seine Fähigkeiten verletzungsbedingt vermindert sind, sodass er die ursprüngliche Tätigkeit gerade nicht mehr wahrnehmen kann (fragwürdig daher SZ 49/19: Wer den Beruf eines Malers erlernt hat, dem ist der Beruf eines Portiers nicht zuzumuten). Zu beachten ist, dass die Anforderungen bezüglich des zumutbaren Erwerbs sich von denen des Beamtenrechts – Schutz der bisherigen Stelle – und des Arbeitslosenversicherungsrechts – weniger strenge Anforderungen als im Schadenersatzrecht, da eine Sozialleistung stets nur einen Mindeststandard gewährleisten kann – unterscheiden.

Hat der **Verletzte seine frühere Erwerbsfähigkeit nicht in vollem Umfang wiedererlangt**, was auch bei Ausheilung der Körperverletzung, aber einer verletzungsbedingt erfolgten psychischen Fehlverarbeitung der Fall sein kann (2 Ob 167/10p: Rotierendes Gangbild, das aber trotz körperlicher Ausheilung psychogen fortbesteht), muss der **Schädiger nachweisen**, dass der Verletzte eine bestimmte ihm zumutbare Ersatzbeschäftigung ausgeschlagen hat (2 Ob 2182/96p; 2 Ob 324/00m). Einige Haftpflichtversicherer bieten dem Verletzten eine Stelle in ihrem Unternehmen an (2 Ob 147/98a). Für den Haftpflichtversicherer hat das auch dann Sinn, wenn der Ver-

letzte für die angebotene Stelle eine Minderleistung erbringt. Findet der Verletzte nämlich keine andere Stelle, muss er jedenfalls das volle – frühere – Entgelt als Ersatz bezahlen, ohne irgendeine Gegenleistung zu erhalten.

- 101** Hat der **Geschädigte seine volle Erwerbsfähigkeit wiedererlangt**, muss er nachweisen, dass er trotz angemessener Bemühungen keine entsprechende Stelle gefunden hat, was in der Lehre kritisiert wird. Der Geschädigte genügt freilich seiner Schadensminderungsobliegenheit, wenn er sich beim Arbeitsmarktservice meldet und dessen Weisungen befolgt (stRSpr, zB 2 Ob 147/98a; 2 Ob 161/98k; 2 Ob 324/00m). Das Fehlverhalten des Arbeitsmarktservice hat nicht der Verletzte zu vertreten (ZVR 1980/152; OLG Wien ZVR 1995/132: Kein Hinweis durch Arbeitsmarktservice). Selbst wenn der Verletzte solche Meldungen unterlassen hat, steht ihm der Gegenbeweis offen, dass er dennoch keine Stelle gefunden hätte (2 Ob 161/98k: Langzeitarbeitsloser).
- 102** Umschulungskosten wie auch das Risiko, dass der Verletzte **nach Umschulung keine passende Stelle** findet, trägt der Schädiger. Der Verletzte ist zu einer solchen Umschulung verpflichtet, wenn die neue Ausbildung keine nennenswerte Verschlechterung der sozialen Lebensstellung zur Folge hat (ZVR 1989/203: Kfz-Mechaniker). Lehnt der Verletzte eine solche Umschulung ab, muss er sich das nach einer solchen Umschulung erzielbare Erwerbseinkommen anrechnen lassen (2 Ob 2182/96p); davon sind die Kosten der Umschulung abzuziehen und zugleich dem Schädiger der Strengbeweis aufzuerlegen sein, dass eine derartige Stelle dann auch erlangbar gewesen wäre. Der Verletzte kann Einkommenszuwächse in seinem angestammten Beruf jedenfalls ersetzt verlangen, wenn diese durch eine Tätigkeit nach Umschulung nicht verdient werden können (SZ 49/19). Gibt der Geschädigte eine erste Tätigkeit, die er nach der Verletzung wahrgenommen hat, auf, weil er **gemobbt** wurde, trägt er das Risiko, dass er bei einer sodann aufgenommenen selbständigen Tätigkeit einen Minderverdienst erzielt, sofern nicht gesundheitliche Beeinträchtigungen zu besorgen oder bereits eingetreten sind (2 Ob 205/08y). In der Lit ist dagegen eingewendet worden, dass ein Wechsel der Stelle ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit – und somit auf Risiko des Schädigers – möglich sein müsse, wenn der bisherige Arbeitgeber einen begründeten Anlass zur Kündigung der Stelle aus wichtigem Grund gegeben hat.
- 102a** Ist die Rechtsfigur des **selbständigen, durch den haftungsbegründenden Vorgang nicht herausgeforderten Entschlusses** schon in 2 Ob 205/08y fragwürdig, wird diese in 2 Ob 114/11w abermals bemüht, wobei sie insoweit noch weniger passend ist: Der Verletzte bezog nach dem Unfall anstelle seines steuerpflichtigen Erwerbseinkommens als Arbeitnehmer zum Teil eine steuerfreie Schadenersatzrente. Die Folge war, dass er bei einer **Verlustbeteiligung als atypischer stiller Gesellschafter** eine viel geringere Steuergutschrift erhielt. Der OGH sah das – mE zu Unrecht – unter Berufung auf die angeführte Begründung nicht einmal bei grober Fahrlässigkeit als ersatzfähige Einbuße an. Dass Bürger Vermögensvorteile erwirtschaften, indem sie Steuervorteile – auch solche durch Verlustzuweisungen – ausnutzen, ist so ungewöhnlich nicht. Weshalb ein solcher Nachteil nicht ersatzfähig sein sollte, ist mE nicht einzusehen. Zu bedenken ist immerhin, dass der Anspruchsteller dann – nach der vom OGH eingenommenen Position folgerichtigerweise – auch die Vorteile in der – hoffentlich folgenden – Gewinnphase ohne Anrechnung behalten darf.
- 103** Bezüglich der **Ersatzfähigkeit von Rehabilitationskosten** hat der OGH (2 Ob 163/08x) einem Sozialversicherungsträger die Kosten der Bezuschussung eines Arbeitsplatzes eines verletzten Rauchfangkehrergesellen durch Beistellung eines Arbeitshelfers als ersatzfähigen Schaden gegenüber dem Haftpflichtversicherer zugesprochen, und zwar für ein Jahr gegenüber einem Kleinunternehmen. Die Ersatzfähigkeit solcher Kosten setzt bei § 332 ASVG einen derartigen Anspruch des Verletzten voraus. Da sich die Lage nach dem Auslaufen der Bezuschussung durch den Sozialversicherungsträger nicht anders darstellt, steht dann die Aktivlegitimation zur Geldtendmachung dem Verletzten selbst zu.
- 103a** Beim Regressanspruch des Landes OÖ bezüglich der Ersatzfähigkeit der **Kosten einer geschützten Werkstätte** hat der OGH (2 Ob 190/09v: Begehren der Bruttolohn- und Sachkosten abzüglich des wirtschaftlichen Gewinns umgelegt auf Tage) das Begehren aber – zu Unrecht –

wegen Unschlüssigkeit abgewiesen, weil er nicht erkannt hat, dass es sich insoweit um einen verlagerten Schaden handelt. Die Unterbringung in einer solchen Einrichtung kostet häufig mehr als der von der behinderten Person erzielte Arbeitsertrag. Dass der OGH den vom Land durch plausibel berechneten Tagessatz nicht nachvollziehen konnte, sollte einer grundsätzlichen Ersatzfähigkeit nicht im Wege stehen. Beim strukturell vergleichbaren Problem der Betriebsreservekosten sind derartige Berechnungsprobleme auch bewältigt worden (dazu § 1323 Rz 78). In der Folge (E 2 Ob 200/11t) führte die Unsicherheit über die Qualifizierung des Anspruchs – Erwerbsschaden oder vermehrte Bedürfnisse – dazu, dass das Begehren scheiterte, weil eine rechtsgeschäftliche Abtretung bzw eine Legalzession verneint wurde. Zutreffenderweise handelt es sich bei einer Beschäftigungstherapie um vermehrte Bedürfnisse, die neben dem Erwerbsschaden gebühren.

Bisher sind derartige Ansprüche lediglich von Sozialversicherungsträgern erhoben worden. 104  
Künftig ist damit zu rechnen, dass die Verletzten ihr Schicksal – in stärkerem Ausmaß – selbst in die Hand nehmen. Solche Maßnahmen sind dann nicht nur unter dem Gesichtspunkt ersatzfähig, dass sie sich per saldo für den Schädiger rechnen, also seine Ersatzpflicht vermindern. Vielmehr geht es insoweit um ein **anerkanntes Integritätsinteresse des Verletzten**, seinen angestammten Beruf weiterhin ausüben zu können. Der ersatzfähige Zuschuss bemisst sich dabei danach, wie viel ein rational handelnder Unternehmer benötigt, um eine solche verletzte Person trotz ihrer Behinderung marktkonform entlohnen zu können. In diesem Zuschuss ist der Ersatz eines konkreten Schadens zu sehen, sodass dem Verletzten dann keine abstrakte Rente zusteht.

## L. Schmerzensgeld

Das Schmerzensgeld soll einen Ausgleich schaffen für die erlittenen **körperlichen und seelischen Schmerzen** unter Einschluss des Bewusstseins eines Dauerschadens und der Gefahr, dass sich der bestehende Zustand verschlechtern kann (ZVR 1975/220). Es soll dem Verletzten ermöglichen, sich als Ausgleich für Leiden und entzogene Lebensfreude Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen (ZVR 1980/233; ZVR 1987/93). Der OGH verwendet auch die Formulierung „Genugtuung für alles Ungemach, das der Verletzte erduldet“ (ZVR 1984/15). Trefender ist die Umschreibung „Ausgleich für erlittene Schmerzen und entgangene Lebensfreude“ (ZVR 1990/155; OLG Innsbruck ZVR 1997/118). Bei bloß psychischen Beeinträchtigungen geringeren Ausmaßes (Unbehagen, Unlustgefühle: 9 Ob 78/99g; ebenso 5 Ob 176/11k: Starker und unangenehmer Ölgeruch im Einfamilienhaus) wie bei schlichten Angstgefühlen (9 Ob 36/00k) gebührt kein Schmerzensgeld.

**Seelische Schmerzen** lassen sich nur schwer messen. Diese sind ersatzfähig, wenn sie Folge einer Körperverletzung sind (SZ 47/147: Abschneiden der Haare ohne Einwilligung; ZVR 1984/45: 16-jähriges Mädchen leidet unter Entstellung). Sie sind auch ohne gesonderte Behauptung zu berücksichtigen, wenn nach Lage des Falles mit seelischen Schmerzen zu rechnen ist (ZVR 1989/135: Länger dauernde Ungewissheit einer Schauspielerin, ob sie Beruf wieder ausüben kann; 2 Ob 96/95: Sorge einer Medizinstudentin, das Studium nicht beenden zu können). Sind **seelische Schmerzen kein Folgeschaden einer Körperverletzung**, gebührt **Ersatz nur bei schwerwiegenden Eingriffen in die psychische Sphäre** (6 Ob 248/09b: Todesangst wegen lebensbedrohlicher Komplikationen wegen zu früher Entlassung eines Diabetikers aus dem Krankenhaus; 9 Ob 36/00k: Rechtswidrige Bekanntgabe der Identität einer Person, Angst einer Denunziantin) oder wegen Sorgen bei Schwangerschaftsproblemen (2 Ob 2009/96x: Befürchtete Frühgeburt; OLG Linz ZVR 1997/137: Sorge um die Gesundheit des Kindes). Für das Nichterkennen einer Autoimmunerkrankung hat der OGH den Anspruch von € 5.000 wegen der damit verbundenen Einwirkung auf die Persönlichkeitsstruktur gebilligt (2 Ob 23/08h). Bei **psychischen Schäden mit Krankheitswert** bei Eingriffen in die Privatsphäre gebührt Ersatz sowohl nach § 1325 als auch nach § 1328a; freilich darf es zu keiner Doppelliquidation kommen (4 Ob 200/11g: Doktorspiel mit einer 7-jährigen durch einen Pädophilen). Ersatz für eine psychische Erkrankung mit Krankheitswert gebührt auch bei **Mobbing** (9 ObA 132/10t: Lehrbuchbeispiel

für Mobbing – € 5.900; 9 ObA 77/11f: Erfordernis einer detaillierten Substanziierung). § 8 Abs 3 MRG sieht eine – dem Schmerzensgeld verwandte – **Entschädigung für Ungemach** vor, wenn der Vermieter Sanierungsarbeiten in rücksichtsloser Art grob fahrlässig gegenüber dem Mieter durchführt (5 Ob 218/05b: Generalsanierung eines Hauses). Ein solcher Anspruch kann auch einer juristischen Person zustehen (5 Ob 234/10p: 4-Stern-Pension in Form einer KG), wobei eine Bemessung nach Tagessätzen unstatthaft ist.

- 107** Für die seelische Erkrankung eines Ehepartners wegen eines **ehewidrigen Verhaltens** des anderen steht dem erkrankten Partner kein Schmerzensgeld zu (6 Ob 124/02g). Auch kann der Vater nicht Abgeltung seines **Seelenschmerzes** verlangen, weil nach der Scheidung die Mutter des Kindes **Besuche bei seinem Kind** verhindert (8 Ob 133/06a; anders aber 4 Ob 8/11x: Schmerzensgeld bei psychischer Gesundheitsbeeinträchtigung mit Krankheitswert – dazu Rz 139). Bei einer **Begehrensneurose** flüchtet der Verletzte mehr in den Schmerz, als dieser tatsächlich besteht. Durch den Zuspruch von Schmerzensgeld wird dieser Zustand verfestigt. Die Versagung eines Schmerzensgeldes unter Hinweis auf eine **Begehrensneurose** ist in den letzten Jahrzehnten seltener geworden. Nicht das Phänomen dürfte sich geändert haben, sondern der Umgang damit. An die Stelle der Einschätzung, dass der Verletzte bei entsprechender Willensanspannung ausreichend gegensteuern könne, ist die Erläuterung der medizinischen Sachverständigen getreten, dass dem nicht so sei (dazu 2 Ob 12/93).
- 108** Die Schmerzensgeldbemessung vollzieht sich zwischen der **Anlegung eines objektiven Maßstabs** und der **Beurteilung des Einzelfalles**. Ein objektiver Maßstab wird bemüht für die annähernde Gleichbehandlung vergleichbarer Verletzungen (2 Ob 65/93). Der von der Judikatur allgemein gezogene Rahmen darf aber nicht gesprengt werden (2 Ob 66/92; 6 Ob 2394/96; 2 Ob 237/01v; 2 Ob 83/14s). Das wäre wohl bei einem Schmerzensgeldbegehren von € 1.000.000 der Fall (so die Klagsausdehnung in 3 Ob 183/12a). Diese Formel lässt eine **deutlich über dem Verbraucherpreisindex liegende kontinuierliche Anhebung** zu, namentlich bei besonders schweren Verletzungen. Ausgedrückt wird das in der Weise, dass das Schmerzensgeld tendenziell **nicht zu knapp bemessen** werden soll (2 Ob 237/01v; 7 Ob 281/02b; 7 Ob 36/03z; mustergültig transparent 3 Ob 128/11m: Schmerzensgeld eines seit Geburt blinden Kindes – explizite Bezugnahme auf Vorjudikatur und Aufwertung nach Verbraucherpreisindex – dazu unten Rz 118a).
- 109** Statt der Bemühung des **beweglichen Systems** (1 Ob 200/03y), mit dem fast jedes Ergebnis – ex post – gut begründbar ist, soll sich die Bemessung primär an der **Dauer und Intensität der Schmerzen** orientieren (so auch ZVR 1986/19; 1 Ob 2227/96y). Durch den zusätzlichen Verweis auf die Schwere der Verletzung und die Beeinträchtigung des Gesundheitszustands (ZVR 1990/155; 1 Ob 2227/96y) wird das eher vernebelt als verdeutlicht.
- 109a** Selbst für geringfügige Verletzungen gebührt Schmerzensgeld, so bei geringfügigen Verbrennungen in einer Gesamtausdehnung von 20 x 30 cm infolge einer nicht fachgerechten Enthaarung (€ 1.000). Bei einem beidseitigen Tinnitus wurden € 4.000 zuerkannt (2 Ob 79/10x).
- 110** Bei einem Dauerschaden sollten das **Alter** bzw die sich bei unverkürzter Lebenserwartung daraus ergebende **restliche Schmerzdauer** das zentrale Bemessungskriterium sein (vorbildlich 6 Ob 12/12a: Hinweis auf Alter Klägers – 30 Jahre – und prognostizierte Lebenserwartung – 82 Jahre – bei Stimmbandverletzung; ähnlich 2 Ob 105/09v: Zuschlag als Folge der größeren Länge der Dauerfolge). Wer als Querschnittgelähmter noch 40 Jahre Schmerzen vor sich hat, muss mE ein nahezu proportional höheres Schmerzensgeld erhalten als derjenige, der nur noch 20 Jahre in diesem Zustand erdulden muss (2 Ob 55/91: Höchstes bis dahin zugesprochene Schmerzensgeld unter Hinweis darauf, dass der Verletzte erst 25 Jahre alt ist). Die Korrektur gegenüber einer der voraussichtlichen Leidensdauer entsprechend proportionalen Bemessung ergibt sich daraus, dass die **allererste Phase der Umgewöhnung** vom Zustand als Gesunder in den eines „Leidenden“ **besonders schmerzlich** ist. Der Gesichtspunkt der Gewöhnung spielt mE hingegen eine ganz untergeordnete Rolle. Dazu kommt, dass – wie beim Vermögensschaden – künftige Nachteile weniger schwer wiegen und deshalb schon wegen der zeitlichen Entfernung – ganz abgesehen von

der abnehmenden Wahrscheinlichkeit des Erlebens – abzuzinsen sind. Bei einem bloßen Zuschlag (2 Ob 105/09v) besteht die Gefahr, dass die Schwere der Verletzung an sich der primäre Ansatz ist und das Ausmaß des Zuschlags wenig genau bestimmbar ist.

In **verschiedenem Alter** werden **Beeinträchtigungen unterschiedlich belastend empfunden**, so etwa Störungen der **Sexualität** (5 Ob 44/11y: Gebärmutterverletzung mit der Folge der Entfernung der Eierstöcke bei einer 36-Jährigen; Begrenzung der vorhersehbaren Dauerfolgen bis zum Eintritt der natürlichen Menopause). Die Blindheit ist besonders bedrückend, wenn sie seit Geburt besteht (3 Ob 128/11m mit Verweis auf 2 Ob 59/84: Blindheit erst ab 17 Jahren). Eine Narbenbildung ist namentlich bei Mädchen im heiratsfähigen Alter besonders belastend (ZVR 1973/111). Das OLG Wien (EF 54.257) hält die seelische Beeinträchtigung eines Kleinkindes für besonders gewichtig. Am bedrückendsten sind mE Entbehrungen für denjenigen, der mitten im Leben steht und weiß, was er verliert.

Weder **klares Bewusstsein** noch **rationale Verarbeitung** der Schmerzen sind Ersatzvoraussetzungen (stRspr, zB JBl 1984, 673; ZVR 1985/49; 2 Ob 146/89). Auch Bewusstlosigkeit schließt einen Schmerzensgeldanspruch nicht aus (SZ 42/32). Wenn der Verletzte wieder erwacht, kann er sich dafür Annehmlichkeiten verschaffen, dass er die Phase im Koma nicht selbstbestimmt erleben konnte. Der OGH hat bei einer Knieverletzung eines Querschnittgelähmten € 14.000 anstelle von € 18.000, die einem Gesunden zugestanden wären, zuerkannt (3 Ob 78/08d); er hat dies damit begründet, dass ein Querschnittgelähmter zwar am Knie keine Schmerzen mehr empfinden könne, die sonstigen Umstände aber für einen Querschnittgelähmten belastender seien als für einen Gesunden. Bei geringerem Schmerzempfinden mindert sich das Schmerzensgeld. Wer Schmerzmittel einnimmt und deshalb geringere Schmerzen verspürt, kann nicht verlangen, ein Schmerzensgeld in der Höhe zu erhalten, als wären ihm die Schmerzmittel nicht verabreicht worden (1 Ob 5/09f: Keine fiktive Abrechnung).

Für **schwerste Verletzungen und Verlust der Schmerzempfindungsfähigkeit** setzt der OGH die eigene Fallgruppe der **Zerstörung der Persönlichkeit** ein, bei der ohne Schmerzwahrnehmung gleichwohl Schmerzensgeld in fast der Höhe wie bei normaler Schmerzempfindungsfähigkeit zustehen soll (6 Ob 535, 1558/92: € 73.000; 10 Ob 505/95: € 102.000), was in der Lehre geteiltes Echo gefunden hat (die bisherige Judikatur bekräftigend 2 Ob 106/10t). Das Schmerzensgeld kann in einem solchen Fall seine genuine Aufgabe, dem Verletzten eine Abhilfe zu verschaffen, in keiner Weise erfüllen. Manche billigen als Kompromiss den Zuspruch eines symbolischen Betrags. Andere lehnen – konsequenterweise – jeglichen Ersatz ab, weil es insoweit lediglich um eine Bereicherung der Erben geht, auch der, die sich nie um den Verletzten gekümmert haben. Gibt es keine Erben, fließt dieser Betrag dem Fiskus zu. Immerhin hat der OGH den Erben Schmerzensgeld dafür verwehrt, dass dem Verstorbenen durch seinen Tod ein Teil seines Lebens entgangen ist (2 Ob 55/04h: Tod der 22-jährigen Ehefrau mit einer Lebenserwartung von noch 58,9 Jahren; Begehren pro Lebensjahr € 2.000).

Auch folgende Umstände können sich bei **umfassendem Vortrag des Anwalts des Geschädigten schmerzensgelderhöhend** auswirken: Unzahl von Operationen, trotz starker Medikamente ständige Schmerzen sowie psychische Beeinträchtigungen (2 Ob 83/14s), Behinderungen bei der **Sportausübung** (ZVR 1981/17; 2 Ob 105/09v), eine besondere Empfindsamkeit (ZVR 1981/242), das Bewusstsein, dass es sich um eine Dauerfolge handelt (ZVR 1979/263), ein langwieriger Heilungsverlauf und die Ungewissheit seines Ausgangs (RZ 1978/85: Angst vor völliger Erblindung), Nachteile bei **Berufsausübung**, die sich auf die Psyche schlagen (ZVR 1968/186: Gastwirtin; ZVR 1989/135: Erfolgreiche Schauspielerin), vor allem, wenn mit dem Beruf ein hohes Maß an Selbstverwirklichung verbunden ist, Auswirkungen auf die Lebensführung (2 Ob 105/09v: Amputation des Beins bei einer 14-Jährigen) sowie eine erhöhte Reizbarkeit bzw. psychische Labilität (6 Ob 12/12a: Stimmbandschaden). Ein ungekürztes Schmerzensgeld steht grundsätzlich auch dann zu, wenn der Verletzte bereits psychisch labil war (9 Ob 36/00k). Auswirkungen einer Krankheitsanlage des Verletzten mindern das Schmerzensgeld nicht, es sein denn,

Schmerzen wären auch ohne das Schädigerverhalten eingetreten, wofür aber nach den Regeln der überholenden Kausalität der Schädiger beweislaster ist (4 Ob 204/13y: Kalziumunverträglichkeit). Auch neben einer Verunstaltungsentschädigung gebührt zusätzlich ein Schmerzensgeld (EF 38.593), weil es nach Ansicht der Rspr bei § 1326 um die Abgeltung eines Vermögensschadens geht (dazu § 1326 Rz 22).

- 115 Auf die **Vermögensverhältnisse** des Verletzten kommt es bei Schmerzensgeldbemessung nicht an. Umstr ist, ob die **soziale Stellung** (JBl 1988, 46; JBl 1990, 456: Verneinend jeweils bei Freiheitsentziehung) und die **kulturellen Bedürfnisse** (SZ 58/80: Bejahend bei Notzucht) berücksichtigt werden sollen. Dafür spricht, dass das Schmerzensgeld lediglich das restliche Kompensationsinteresse darstellt, soweit eine Restitution oder Schaffung einer Ersatzlage nicht in Betracht kommt. Es wäre wenig folgerichtig, dass im Rahmen der Restitution diese subjektiven Umstände zu berücksichtigen sind, bei dem restlichen Pauschalbetrag jedoch nicht. Auch wäre nicht einzusehen, weshalb Beeinträchtigungen bei der Sportausübung in Anschlag zu bringen sind, Defizite im musischen Bereich jedoch ausgeklammert bleiben sollten.
- 116 Auch das **Verschulden** des Schädigers hat keinen Einfluss auf den Umfang des Schmerzensgeldes (ÖJZ 1959/186; ZVR 1963/20). Zu erwägen ist ein Zuschlag für Vorsatztaten, wenn kein Haftpflichtversicherungsschutz besteht. Ob der **Schädiger** arm oder reich ist, ist für die Bemessung des Schmerzensgeldes ohne Bedeutung (ZVR 1976/208). Auch **vorsätzliche Verschleppungen der Schadensregulierung durch den Haftpflichtversicherer** sollen – anders als im dt Recht – keinen Einfluss auf den Umfang des Schmerzensgeldes haben (ZVR 1983/346; zur ausnahmsweisen Beachtlichkeit im Rahmen des Erwerbsschadens bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung 2 Ob 63/06p). Sollte das zu einer besonderen Verbitterung des Verletzten führen, ist das fragwürdig. Wegen des Direktanspruchs käme bei der Kfz-Haftpflichtversicherung in Betracht, dafür nur den die Regulierung vorsätzlich verschleppenden Haftpflichtversicherer zu belangen.
- 117 Das Schmerzensgeld ist **global zu bemessen**; der Gegensatz wäre eine **tageweise Bemessung** (7 Ob 281/02b). Globalbemessung bedeutet, dass nach dem Gesamtbild ein einheitlicher Betrag festzusetzen ist, der körperliche und seelische Schmerzen nicht trennt. Andernfalls befürchtet das OLG Linz (ZVR 1993/124; ZVR 1994/138), dass der Richter durch einen Taschenrechner ersetzbar sei (ZVR 2002/68). Dennoch hat sich in der Praxis eine Taxierung der Schmerzen in leichte, mittlere und starke, die mit geringfügigen Abweichungen mit € 100, € 200 und € 300 bemessen werden, etabliert. Diese von *Hartl* jährlich (zuletzt Zak 2014, 124) aktualisierte Zusammenstellung wird vom OGH nur als **Bemessungshilfe** und **nicht als Berechnungsmethode** bezeichnet (2 Ob 292/04m; 1 Ob 200/03y). Mitunter sind die Schmerzen noch gravierender (5 Ob 44/11y: Zerreißung der Gebärmutter, Folge: Höchstmögliche, existierende Schmerzbelastung). Zum Tagessatzsystem kommen dann je nach den Befindlichkeiten des jeweils Verletzten mehr oder minder große Zuschläge. Das System verliert umso mehr an Bedeutung, je gravierender die Verletzung ist. In der E 4 Ob 204/13y hat der OGH darauf hingewiesen, dass auf der Basis der Schmerzperioden sich ein höheres Schmerzensgeld ergeben hätte, der zuerkannte Betrag aber unter Bezugnahme auf das höchste bisher zuerkannte Schmerzensgeld, wenn auch unter Berücksichtigung der Geldentwertung, reduziert wurde. Das ist mE fragwürdig, weil die Schmerzdauer der zentrale Bemessungsansatz sein müsste und nicht die Verletzung an sich. Stellt man darauf ab, wäre auch zu berücksichtigen, ob das Schmerzensgeld als Globalabfindung für die Zukunft gilt oder bloß für einen begrenzten Zeitraum. In der E 2 Ob 83/14s wurde der Anspruch von € 170.000 an eine 48-jährige Frau gebilligt, obwohl sich die Abgeltung trotz Begehrens bis zum 60. Lebensjahr nur auf den Zeitraum bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz, als Kl 51 Jahre alt war, bezog; der Anspruch erscheint dann enorm großzügig! Auch seelische Schmerzen entziehen sich in höherem Maße einer derart pauschalen Quantifizierung (2 Ob 99/08k: Fernwirkungsschaden). Die Offenlegung der Bemessungsdeterminanten beim Schmerzensgeld und die Beseitigung der Aura des Geheimnisvollen bei der Festlegung der Höhe würde eine bessere Berechenbarkeit ermöglichen. Dem Kostenrisiko der Überklagung hilft § 43 Abs 2 ZPO ab, wonach bei einer **Überklagung bis 100 % keine nachteiligen Kostenfolgen für den Kläger** eintreten.

Immer wieder werden bei **Schwerstverletzungen** neue **Höchstsummen** zugesprochen (2 Ob 237/01v: € 218.018,50 = 3 Mio öS); schon wegen der Geldentwertung kann es keine starren Obergrenzen geben (2 Ob 55/91). Nach der Devise „Das Schmerzgeld soll tendenziell nicht zu knapp bemessen werden“ (2 Ob 237/01v; 7 Ob 281/02b; 7 Ob 36/03z; 2 Ob 83/14s) werden die **Ersatzbeträge bei Schwerstverletzungen** dabei **deutlich stärker angehoben**. So spektakulär ein solcher einmaliger Kapitalbetrag auch ist, für das Opfer ist es ungleich bedeutsamer, dass im Rahmen des Verdienstentgangs und der Pflegedienstleistungen eine voll angemessene Abgeltung stattfindet; die diesbezüglichen Ersatzbeträge übersteigen das Schmerzgeld mitunter um ein Vielfaches.

Mit der E 3 Ob 128/11m (Blindheit eines Kindes seit Geburt statt erheblicher Seekrafteinbuße) hat der OGH das **generelle Postulat der deutlichen Anhebung quantitativ präzisiert**. Er hat Bezug genommen auf den Höchstzuspruch und vergleichbare Entscheidungen, diese aber mit dem Verbraucherpreisindex valorisiert und zusätzlich betont, dass wegen des höheren Stellenwerts von psychischen Beeinträchtigungen eine stärkere Anhebung geboten sei. In concreto hat er für eine vom Schädiger zu verantwortende seit Geburt bestehende Blindheit gegenüber einer sonst bestehenden Schwersichtigkeit € 150.000 zugesprochen. **118a**

Dazu, ob namentlich bei ärztlichen Eingriffen im Rahmen des Schmerzgeldes eine **Vorteilsausgleichung** statthaft ist, sind die Meinungen geteilt (10 Ob 209/02m: Offenlassend; 5 Ob 242/03d: Ablehnend; 2 Ob 285/08p: Eine Vorteilsausgleichung bejahend). Auch die Lit ist gespalten. ME ist eine Vorteilsausgleichung grundsätzlich vorzunehmen. Ein Korrektiv könnte sein, dass man an den Nachweis der auch bei rechtmäßigem Eingriff verursachten ideellen Nachteile strenge Beweisforderungen stellt. **119**

Bei Verletzung der **Sicherheitsgurtpflicht** beim Kfz oder **Sturzhelmpflicht** beim Motorrad (§ 106 Abs 2 bis 8 KFG) hat der Gesetzgeber angeordnet, dass Sanktionen auf das Schmerzgeld beschränkt sein sollen, vermutlich, um die Regressrechte der Sozialversicherungsträger nicht zu beschneiden. Der OGH hat gegen diese gesetzliche Anordnung keine verfassungsrechtlichen Bedenken (2 Ob 62/05i). Üblich ist eine **Kürzung um 25 %** (2 Ob 42/08b). Dem Geschädigten steht der Gegenbeweis zu, dass auch bei Einhaltung dieser Pflicht eine gleich gravierende Verletzung eingetreten wäre (stRSpr, zB 2 Ob 30/90; 2 Ob 21/92; 7 Ob 41/99a). In 2 Ob 99/14v hat der OGH diese Rechtsfolge durchaus einfühlend auf sportlich ambitionierte Radfahrer bei Unterlassung des Helmtragens erstreckt. **120**

Schmerzgeld ist **grundsätzlich in Form eines Kapitalbetrags** festzusetzen, **nur ausnahmsweise in Rentenform** (stRSpr, zB 2 Ob 242/98x; 2 Ob 244/01s; 2 Ob 292/03k). Der Geschädigte kann stets einen Kapitalbetrag wählen (ZVR 1976/30; ZVR 1977/169; 2 Ob 145/02s). Das Recht, neben dem Kapitalbetrag eine **Rente** zu wählen, steht **nur bei besonders schweren Verletzungen** zu; Maßstab ist dabei die Querschnittverletzung (ZVR 1986/50; 2 Ob 145/02s; 2 Ob 292/03k; abgelehnt bei einer Stimmbandverletzung in 6 Ob 12/12a). Bei Kapital und Rente sollte ein gleich hoher Betrag herauskommen (2 Ob 145/02s; 2 Ob 292/03k). Bei einer Kombination ist im Rahmen der Globalbemessung vom Kapitalbetrag der Barwert der Rente abzuziehen, damit daraus entsprechend der Lebenserwartung ein monatlicher Betrag bezahlt werden kann (2 Ob 145/02s). Um der Unwägbarkeit der künftigen Verletzungsfolgen zu begegnen, kann eine Rente auch nur bis zu einem bestimmten Endpunkt festgesetzt werden, wenn eine abschließende Bemessung noch nicht möglich ist (ZVR 1984/90). Auch insoweit käme ein Kapitalbetrag in Betracht. **121**

Der **tragende Grund für eine Rente** ist die Vermeidung des **Prognoserisikos**, nämlich der **Dauer der Schmerzen**. Mit deren Wegfall, meist durch Tod, endet die Rente. Wenn die Rspr beim Schmerzgeld – zu Unrecht – bloß auf die **Schwere der Verletzung** abstellt, kann es für einen **jungen Verletzten** mit einer langen Leidensdauer sinnvoll sein, eine Schmerzgeldrente zu verlangen, einem älteren Verletzten wäre hingegen davon abzuraten. Für den Geschädigten besteht bei der Einklagung einer Rente kein Kostenrisiko, weil das Gericht dann eben den korrespondie- **122**

renden Kapitalbetrag zuerkennt, wenn es die Voraussetzungen für eine Rente als nicht gegeben erachtet (2 Ob 68/92). Da sich das Unwägbarkeitsrisiko der Lebenserwartung bei jedem Dauerschaden stellt, ist das Erfordernis einer schweren Verletzung vom Ausmaß einer Querschnittlähmung unbegründet. In Deutschland wird darauf abgestellt, dass keine Schmerzgeldrente unter € 100 pro Monat verlangt werden kann, weil dann der zusätzliche Regulierungsaufwand einer Rente in keiner sinnvollen Relation zu ihren Vorteilen steht. Dieser pragmatische Gesichtspunkt erscheint auch für Österreich überlegenswert.

- 123 Der Schmerzgeldanspruch **entsteht** ab dem Zeitpunkt der Zufügung einer körperlichen Beeinträchtigung, womit im Regelfall Schmerzen verbunden sind. Ab diesem Zeitpunkt ist er **abretbar und vererblich** (6 Ob 2068/96b). Für die **Fälligkeit** verlangt der OGH, dass der Verletzte dem Schädiger ein zahlenmäßig bestimmtes Begehren sowie die Grundlagen für die Beurteilung der Höhe des Schmerzgeldanspruchs übermittelt. Ab diesem Zeitpunkt beginnt **objektiver Verzug** mit der Folge des Laufes der gesetzlichen Verzugszinsen (SZ 41/97; 3 Ob 2295/96p). Jedenfalls laufen Verzugszinsen ab dem Tag der Klageeinbringung (1 Ob 2227/96y; 3 Ob 2295/96p) bzw ab Klagsweiterung (ZVR 1972/196). Die Beschränkung auf die gesetzlichen Verzugszinsen (ZVR 1978/115) ist in der Lehre auf berechtigte Kritik gestoßen.
- 124 Bei einem **ausländischen Verletzten** hängen die Währungsverhältnisse von seinem Wohnsitz am Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz ab (ZVR 1988/66; ZVR 1989/203). Davon zu unterscheiden ist die Kaufkraftparität, die keine Rolle spielen soll (SZ 44/186). Das wird von der Lehre kritisiert. Da diese auch bei den vermehrten Bedürfnissen zu berücksichtigen ist, muss Entsprechendes für das Schmerzgeld gelten.
- 125 Bei unzureichender Versicherungssumme hat im **Deckungskonkurs** ein **gerichtlich festgestellter Schmerzgeldanspruch** gem § 336 S 2 ASVG **Vorrang** vor den Ansprüchen der (Sozial-)Versicherungsträger (ÖJZ 1978/12; SZ 51/63). Das Abstellen auf den „**gerichtlich festgestellten Schmerzgeldanspruch**“ kann das Ziel der Vermeidung von Benachteiligungen des Sozialversicherungsträgers nicht erreichen, wenn der Beklagte im Prozess nicht erscheint oder Einwendungen unterlässt. Es entstehen bloß zusätzliche Kosten. Der OGH hat noch nicht entschieden, ob der Sozialversicherungsträger gegenüber einem gerichtlich festgestellten Schmerzgeldanspruch die Einwendung erheben kann, dass dieser unangemessen hoch sei. Jedenfalls Sittenwidrigkeit (§ 879) oder Rechtsmissbrauch (§ 1295 Abs 2) sind mE äußerste Grenzen einer zulässigen Gestaltung zwischen Verletztem und Ersatzpflichtigem – zulasten anderer Gläubiger.
- 126 Bei einem **Arbeitsunfall** steht dem verletzten Arbeitnehmer wegen seiner Verweisung auf die gesetzliche Unfallversicherung gem § 333 Abs 1 ASVG außer bei Vorsatz **grundsätzlich kein Schmerzgeldanspruch** zu (1 Ob 251/03y: Unfall in der Schule; 2 Ob 38/08i: Dienstgeberhaftungsprivileg der Bundesimmobiliengesellschaft schließt Schmerzgeld aus; 2 Ob 214/11a: Maßgeblich allein Eingliederung in den Betrieb, auf Abschluss eines Arbeitsvertrags kommt es nicht an; offengelassen in 8 Ob 52/11x: Reparatur gefälligkeitshalber). Begründet wird dies neben der **alleinigen Finanzierung der gesetzlichen Unfallversicherung durch die Arbeitgeber** mit der **Erhaltung des Betriebsfriedens** (SZ 50/156). Der OGH nimmt das auch dann an, wenn der Arbeitgeber keine Kfz-Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat, obwohl er das hätte tun müssen (9 Ob 48/11s), oder die Daten des Kundenfahrzeugs nicht bekannt sind (9 ObA 147/12a). Sofern der Arbeitgeber **grob fahrlässig** gegen Arbeitnehmerschutzvorschriften verstoßen hat und es zu einem Dauerschaden gekommen ist, bei dem der Arbeitnehmer eine **erhebliche und dauernde Beeinträchtigung** der körperlichen oder geistigen Integrität erlitten hat, wofür er einen Anspruch auf eine **Versehrtenrente** hat, kann er gem § 213a ASVG zusätzlich eine Integritätsabgeltung verlangen (10 Ob 2338/96; 2 Ob 185/99s). Für den Arbeitsunfällen gleichgestellte Unfälle gebührt keine Integritätsabgeltung (10 ObS 152/07m: Hepatitis C-Erkrankung bei Blutspenden). Darüber hinaus wird die Haftungsprivilegierung des Arbeitgebers gem § 333 Abs 3 ASVG durchbrochen, wenn für einen Arbeitsunfall der **Zugriff auf eine gesetzliche Kfz-Haftpflichtversicherung** besteht. Seine Haftung wird letztlich nur deshalb angeordnet, um dem Verletzten und den Sozial-

versicherungsträgern einen Zugriff auf die Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung zu ermöglichen. Die Haftung des Arbeitgebers ist deshalb auch bei einer Verschuldenshaftung darauf beschränkt (2 Ob 181/98a). Der Verletzte hat nicht nur Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung, sondern auch auf Schadenersatz unter Einschluss des Schmerzensgeldes.

Das Schmerzensgeld ist nicht nur **global zu bemessen** (dazu oben Rz 117); es kann **grundsätzlich nur einmal** erhoben werden (stRspr, zB ZVR 1985/39; 2 Ob 255/01s; 9 Ob 38/07i; 2 Ob 83/14s). Für das Ausmaß maßgeblich ist die Prognose der künftig zu erwartenden Schmerzen – ob diese mit hinreichender Sicherheit bereits überblickt werden können (bejaht in 3 Ob 128/11m: Blindheit seit Geburt; Bezugnahme auch auf soziale Entwicklung und psychische Situation eines solchen Menschen in der Pubertät und darüber hinaus). Kommt das Gericht bei einer **Nachklage** zum Ergebnis, dass bei der ersten Anspruchserhebung die künftigen Schmerzen ausreichend verlässlich abzuschätzen waren, ist eine **Nachklage** – trotz eines erklärten Vorbehalts (1 Ob 56/97; 2 Ob 242/98x: Selbst bei einem Versäumnisurteil ist das so) und **trotz Feststellungsklage – unzulässig** (großzügiger 3 Ob 241/10b: Maßgeblich, dass der Kläger im Vorprozess nicht auf Geltendmachung weiteren Schmerzensgeldes verzichtet hat). Ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens, wozu den Geschädigten keine Obliegenheit trifft, ist der Wissensstand eines **Laien** maßgeblich (6 Ob 204/98p; 2 Ob 103/10a). Bei Einschaltung eines **medizinischen Sachverständigen** kommt es auf den in dessen Gutachten zum Ausdruck kommenden Wissensstand an; zur Vermeidung von Missverständnissen und Haftungsfallen sollte dieser deutlich aussprechen, ob künftige Schmerzen **wahrscheinlich eintreten** werden oder eine **abschließende Abklärung noch nicht möglich** ist (2 Ob 70/11z: Zweideutige Ausdrucksweise des medizinischen Sachverständigen „zu erwarten bzw möglich“ Ursache für Streit bei Nachklage). Zudem hat der medizinische Sachverständige lediglich **Tatfragen** zu beantworten, sich aber nicht zu Rechtsfragen zu äußern (7 Ob 160/09v: Sexueller Missbrauch, durch den OGH zutreffende Korrektur der Aussage des Sachverständigen, dass wegen vorhandener Vorschäden in der Biografie nur 50 % der Schmerzen zu werten seien – das Rechts- und nicht Tatfrage). Da der Schädiger den Geschädigten so zu nehmen hat, wie er ist, hat keine Kürzung des Schmerzensgeldes zu erfolgen, wenn der **Anspruchsteller bereits vorgeschädigt** war (2 Ob 113/11y: Psychisches Belastungsgefühl eines Triebwagenfahrers bereits durch Vorunfälle erhöht; durch nachfolgenden Unfall Tropfen, der das Fass zum Überlaufen brachte).

Die möglichen Überraschungen bei unpräzisen Sachverständigengutachten zeigt eindrucksvoll OGH 2 Ob 23/06p: Während die Parteien das Gutachten als noch **nicht abschließende Beurteilung** verstanden, hielt der OGH eine Globalbemessung aufgrund des Gutachtens im Vorprozess für möglich und wies eine Nachklage ab. Im umgekehrten Fall, wenn das Gericht einen Anspruch auf Globalbemessung wegen fehlender Voraussetzungen ablehnt und eine Teilabweisung ausspricht, ist eine Nachklage später möglich (1 Ob 150/06g). Wenn die Schmerzen bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz absehbar sind, das Ausmaß der künftigen Schmerzen aber nicht, soll bloß eine **Teilglobalbemessung** der bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz erlittenen Schmerzen möglich sein, nicht aber auch künftiger, selbst wenn in einem Mindestausmaß deren Eintreten jedenfalls vorhergesehen werden kann (2 Ob 242/09s: Beeinträchtigung des Kreuz-Darmbein-Gelenks und Genitalbereichs). Aus prozessökonomischen Gründen und im Sinn des Anspruchstellers sollte es mE aber möglich sein, auch für die künftigen jedenfalls eintretenden Schmerzen eine Abgeltung zu erhalten; hinzuweisen ist darauf, dass bei der Beschreibung, was abgegolten ist und was nicht, besondere Präzision geboten ist. Bei Begehren einer solchen Teilglobalbemessung kann das Tatgericht aber auch den Zuspruch auf den Zeitraum bis zum Ende der mündlichen Hauptverhandlung 1. Instanz vornehmen (2 Ob 83/14s: Verkehrsunfall 2010, bis 30. 10. 2013 und nicht bis zum Jahr 2022).

Die **Geltendmachung eines Teilbetrags** mit einer **späteren Nachklage** ist nur aus **besonderen Gründen** zulässig. Den Geschädigten trifft die Beweislast, dass keine Berücksichtigung im Vorprozess möglich war (2 Ob 255/01s). Der wichtigste Fall ist, dass **zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz die Folgen nicht überschaubar** waren, nämlich gar nicht

oder der künftige Zeitpunkt des Eintritts bzw ihre Intensität nicht abschätzbar waren (stRSpr, zB ZVR 1990/158; 2 Ob 255/01s; 2 Ob 154/03s). In solchen Fällen soll die Einbringung einer Feststellungsklage – zur Verjährungsvermeidung (ZVR 1986/5) – angezeigt sein (2 Ob 254/98m; 1 Ob 134/00p; OLG Innsbruck ZVR 2001/74). Auch bei einem **Abfindungsvergleich**, namentlich wenn er im Rahmen eines Prozesses abgeschlossen wird, ist präzise festzulegen, **welche künftigen Schmerzen** davon erfasst sind (2 Ob 70/11z: Vorbehalt im Prozess und Feststellungsklage, missverständliche Äußerung des Sachverständigen, sodann vom Wortlaut nicht eindeutiger Vergleich). Wenn nach Erhebung eines bestimmten Begehrens zwar keine neue Schadensfolgen eintreten, der Verletzte aufgrund eines **unverhofft günstigen Sachverständigengutachtens** aber eine **Klagsausdehnung** vornimmt, lässt der OGH eine solche beim Schmerzensgeld **bei Erhebung einer Feststellungsklage** auch nach Ablauf der Verjährungsfrist zu (stRSpr 1 Ob 134/00p; 2 Ob 58/07d; 4 Ob 78/08m; 3 Ob 183/12a), nicht aber bei anderen Ansprüchen wie Pflegedienstleistungen, was dort deshalb bedeutsam ist, weil trotz Feststellungsklage die 3-jährige Verjährungsfrist des § 1480 für wiederkehrende Ansprüche gilt (2 Ob 33/09f; krit die Lit). Das OLG Wien (ZVR 2012/163) hat eine solche Klagsausdehnung bei Erhebung der **Schmerzensgeldklage durch den Erben** abgelehnt, weil dieser – mangels drohender künftiger Schmerzen – keine Feststellungsklage mehr erheben konnte. Das ist unzutreffend, weil in einem solchen Verfahren der Behelf der Feststellungsklage nicht zur Verfügung steht.

- 130** Eine **Nachklage** ist darüber hinaus dann zulässig, wenn der Geltendmachung eines höheren Schmerzensgeldbetrags **prozessuale Umstände** entgegenstehen, zB wenn der Geschädigte einen Schmerzensgeldbetrag unter der bezirksgerichtlichen Streitwertgrenze annehmen durfte, nach Vorliegen des Sachverständigengutachtens aber ein besserer Kenntnisstand vorliegt und die Gegenpartei sich gem § 235 ZPO gegen die Überschreitung der bezirksgerichtlichen Streitwertgrenze ausspricht (6 Ob 204/98p; 2 Ob 173/01g); wenn der Kläger aber eine Ausdehnung nicht vornimmt, sondern sich eine solche bloß vorbehält, ist eine spätere Nachklage unzulässig, ohne Möglichkeit des Gegenbeweises, dass der Beklagte nicht zugestimmt hätte (2 Ob 44/14f), ein Anerkenntnisurteil erfolgte (ZVR 1973/93) oder der Beklagte den gegen den Zahlungsbefehl erhobenen Einspruch zurückgezogen hat (2 Ob 103/10a). Eine noch fehlende pflegschaftsbehördliche Genehmigung der Klagsausdehnung ist kein Grund für eine Teilklage (2 Ob 232/07t).
- 131** Auch bei Zulässigkeit von Vor- und Nachklage ist nur eine Bemessung nach **Zeitabschnitten** zulässig, nicht eine nach Verletzungen (ZVR 1980/19). Ist eine Nachklage zulässig, kommt es nicht darauf an, dass die Vorklage als **Teilklage bezeichnet** worden ist (2 Ob 508/91; 2 Ob 173/01g). Sicherzustellen ist in jedem Fall, dass durch eine **mehrmalige Bemessung** der Verletzte **nicht mehr erhält als bei einer einmaligen Bemessung** (stRSpr, zB ZVR 1990/158; 2 Ob 242/98x; 9 Ob 38/07i). Änderungen des Geldwertes seit dem Unfall sind durch Aufwertung der Teilzahlungen entsprechend der inzwischen gesunkenen Kaufkraft zu berücksichtigen (stRSpr, zB ZVR 1989/203; 2 Ob 242/98x). Konsequenterweise muss das **Entschädigungsniveau bei der erstmaligen Bemessung** maßgeblich sein, weil es wenig sachgerecht wäre, den Ersatzpflichtigen stärker zu belasten, weil bei der erstmaligen Bemessung die Folgen nicht ausreichend absehbar waren und das Schmerzensgeldniveau seither signifikant gestiegen ist. Zu bedenken ist, dass zwischen der erstmaligen und der abschließenden Bemessung Jahrzehnte liegen können.
- 132** Bei den vom Haftpflichtversicherer vorformulierten **Abfindungserklärungen**, mit einem bestimmten Schmerzensgeldbetrag **vollständig und endgültig abgefunden** zu sein, kann sich nachträglich ein **krasses Missverhältnis** des geleisteten Betrags zu den tatsächlich eingetretenen Schmerzen herausstellen. Als Hilfe für den **überevorteilten Geschädigten** legt der OGH eine solche Vereinbarung in der Weise aus, dass davon nur solche Schmerzen erfasst sind, die der Sachverständige erkannt und in sein Gutachten einbezogen hat (2 Ob 150/06g; 2 Ob 233/06p); bei eindeutigem Wortlaut („Abgeltung aller vergangenen und künftigen Schmerzen, mögen sie vorhersehbar sein oder auch nicht“) nimmt der OGH bei einem **krassen Missverhältnis Sittenwidrigkeit der Vereinbarung** an (2 Ob 130/97x). Der Geschädigte sollte eine derartige – vom Haftpflichtversicherer vorformulierte Vereinbarung – im Zweifel nicht unterfertigen; jedenfalls

sollte er sich erläutern lassen, um wie viel der Abfindungsbetrag höher ausfällt, weil der Geschädigte einen Verzicht auf die Abgeltung derzeit nicht erkennbarer, aber möglicherweise eintretender künftiger Schmerzen leistet.

Die **Bemessung** des Schmerzensgeldes durch das OLG ist **keine erhebliche Rechtsfrage** 133  
iSd § 502 Abs 1 ZPO, sodass sie nur bei eklatanter Fehlbemessung revisibel ist (stRSpr, zB 2 Ob 180/04s; 9 Ob 97/09v; bejaht in 7 Ob 160/09v: € 28.100 statt € 10.000 durch das BerG bei sexuellem Missbrauch; 3 Ob 128/11m: € 150.000 statt € 100.000 durch das BerG bei Erblindung seit Geburt; 2 Ob 55/12w: € 75.000 statt € 40.000, keine Berücksichtigung der künftigen Schmerzen bei 90 % Sehbbeeinträchtigung), nicht schon dann, wenn Bemessung bloß an der Obergrenze angesiedelt ist (3 Ob 241/10b).

### M. Schockschaden, Fernwirkungsschaden, Trauerschaden, mittelbarer Schaden

Bei einem **Schockschaden**, einem **Fernwirkungsschaden** und einem **Trauerschaden** 134  
hat der Schädiger den Anspruchsberechtigten nicht unmittelbar beeinträchtigt, sondern dessen psychische Beeinträchtigung durch Verletzung oder Tötung des unmittelbar Geschädigten ausgelöst. Ein **Schockschaden** liegt vor, wenn eine Person durch das Miterleben eines Unfalls eine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert erleidet (so erstmals 2 Ob 45/93: Zuspruch von Schmerzensgeld; zum Zuspruch von Verdienstentgang in einer vergleichbaren Konstellation bereits ZVR 1977/54). Bei einem **Fernwirkungsschaden** erleidet eine Person eine psychische Erkrankung, obwohl sie beim Unfallgeschehen nicht dabei war. Ein **Trauerschaden** liegt vor, wenn es infolge des Todes einer Person oder einer besonders schweren Verletzung zwar zu keiner psychischen Erkrankung eines Angehörigen kommt, dieser aber Trauer empfindet, die als ideeller Schaden entschädigt wird. Als Anspruchsgrundlage kommt nicht nur ein deliktischer Anspruch in Betracht, sondern – namentlich im Rahmen der Arzthaftung – auch ein **vertraglicher Schadenersatzanspruch**, wird doch der Vertrag zwischen – schließlich getötetem – Patienten und **Arzt bzw Krankenhaus** als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter angesehen (9 Ob 83/09k: Magen-Bypass-Operation der dabei verstorbenen Ehefrau, psychische Beeinträchtigung des Ehemanns mit Krankheitswert), was in der Lit kritisiert wird, weil ärztliche Aufklärung und lege artis vorzunehmende Behandlung nur gegenüber dem Patienten geschuldet sind. Einen vertraglichen Anspruch gegen das **Reisebüro** bejaht hat auch 1 Ob 80/11p (Tigerhai-Tauchsafari in Florida mit tödlichem Ausgang für den Lebensgefährten, der Reise buchte).

Beim Schmerzensgeld wird eine **seelische Beeinträchtigung mit Krankheitswert** einer 135  
**Körperverletzung gleichgehalten**. Der prototypische Fall eines **Schockschadens** liegt darin, dass ein Angehöriger durch das **Mitansehen** des Unfalls so stark beeinträchtigt wird, dass er eine seelische Erkrankung erleidet (2 Ob 58/07d: Mitansetzen der schweren Unfallverletzung des Vaters durch 7 bzw 10 Jahre altes Kind; € 7.500 bzw € 9.600 an 7 bzw 10 Jahre altes Kind, gleichzusetzen mit 60 bzw 100 Tagen leichten Schmerzen). Im Ausgangsfall 2 Ob 45/93, bestätigt durch 2 Ob 99/95, wurde die 20 Monate alte Klägerin bei dem Verkehrsunfall im Auto der Mutter zwar nur leicht verletzt, sie konnte aber infolge des langen Krankenhausaufenthalts der Mutter die Trennung seelisch nicht adäquat verarbeiten. Die zunächst vorhandene leichte Körperverletzung des Kindes und das Miterleben des Unfalls standen mit dem „Folgeschaden“ der psychischen Fehlverarbeitung somit in einem bloß zufälligen Zusammenhang. Ersatz bei einem Schockschaden gebührt freilich nur dann, wenn das Verhalten des Schädigers in Bezug auf die Primärverletzung – Tod oder schwerste Verletzung – **kausal** war, wofür der Geschädigte beweislaster ist (4 Ob 71/10k: Miterleben der Ehefrau, dass Arzt nach einem Herzinfarkt unzureichend reagiert, fraglich aber, ob Ehemann bei prompter Reaktion überlebt hätte). Eine bloß mittelbare Verursachung führt jedoch zu keinem ersatzfähigen Schockschaden (2 Ob 215/14b: Infolge des Todes des Halbbruders Vernachlässigung des Anspruchstellers durch die Mutter, wodurch psychische Krankheit ausgelöst worden ist).

136 Die Ersatzfähigkeit eines **Schockschadens** hängt von der **Umschreibung der psychischen Beeinträchtigung durch den jeweiligen Sachverständigen** ab. Eine Schlafstörung liegt regelmäßig vor. Dazu muss eine weitere Beschwerde kommen, zB völlige Schwungslosigkeit (2 Ob 136/00i), Erschöpfungszustände (8 Ob 127/02p), posttraumatische Belastungsstörung (2 Ob 120/02i), traurige Verstimmung sowie Antriebsstörungen (2 Ob 186/03x) oder eine Erschöpfungserscheinung (2 Ob 163/06v). Die Schwelle für den Schockschaden ist eine **Behandlungsbedürftigkeit der psychischen Beeinträchtigung**; ob diese in der Folge tatsächlich behandelt wird, ist unerheblich (2 Ob 163/06v: Für Behandlung der psychischen Beeinträchtigung keine Zeit). Bei Erwähnung von Krankheitssymptomen ist trotz Fehlbezeichnung ein Klagebegehren als Trauerschmerzensgeld schlüssig (2 Ob 138/10y: Versäumnisurteil, spätere Einwendung der Unschlüssigkeit).

137 Die Ersatzfähigkeit eines **Schockschadens** setzt in der Regel voraus, dass der psychisch Beeinträchtigte ein **naher Angehöriger** des Getöteten oder Schwerstverletzten ist. Diese psychische Krankheit ist typischerweise von einem medizinischen Sachverständigen zu bescheinigen (6 Ob 213/11h: Befund des Sachverständigen, dass Verbitterungsstörung einer Mutter, die durch ärztlichen Kunstfehler Kind verloren hat, nicht kausal ist, weil diese auch bei Geburt des ansonsten schwer behinderten Kindes gegeben gewesen wäre, somit Versagung der Kausalität). Abgestellt wird darauf, ob das Schockerlebnis typischerweise geeignet ist, eine Folge wie die ausgelöste herbeizuführen und dies ein maßstabgerechter Mensch ex ante erkennen konnte. In Betracht kommt freilich auch, dass der Schädiger dem Geschädigten eine unmittelbare psychische Schädigung zufügt, ohne dass es darauf ankommen kann, ob auch eine geringfügige zusätzliche Körperverletzung verursacht wurde (dazu 2 Ob 120/02i: Auslösung einer posttraumatischen Belastungsstörung bei der körperlich unverletzten Lenkerin eines Kfz durch Anblick der beim Unfall getöteten Motorradfahrerin; 2 Ob 39/09p: psychische Krankheit als Beifahrer des Bruders durch dessen Tod infolge Augenblicksversagens). **Angehörigeneigenschaft** wird angenommen bei **Eltern** und **Kindern**, aber auch bei einem **Lebensgefährten** (8 Ob 127/02p; 2 Ob 212/04x; 2 Ob 15/07f; 1 Ob 80/11p) sowie (erwachsenen) **Geschwistern**, soweit zwischen diesen eine **intensive Gefühlsgemeinschaft** besteht (2 Ob 90/05g; 2 Ob 99/05f). Insofern gilt der **gleiche Maßstab** wie beim **Fernwirkungs-** und **Trauerschaden**. Auch wenn es bei den Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten (oben Rz 53 ff: Ausklammerung der Geschwister) um die Förderung der Gesundheit des Verletzten, beim Schockschaden um die Abgeltung der psychischen Beeinträchtigung der Angehörigen geht, sollte mE schon aus pragmatischen Gründen der ersatzberechtigte Personenkreis der gleiche sein. Ungeachtet manch kritischer Literaturstimmen bejaht der OGH (4 Ob 36/10p: Unterlassene ärztliche Untersuchung eines fremdsprachigen Patienten und anschließender Tod durch Übernachtung in einer Wohnung wegen Kohlenmonoxidausstoßes des Heizofens) mE zu Recht die Kürzung eines Schmerzensgeldanspruchs beim Schockschaden – wie beim Trauerschmerzensgeld – bei **Mitverschulden** des Getöteten.

137a Selbst bei **Tötung eines Haustieres** wird ein Schockschaden bejaht (OLG Wien ZVR 2012/35: Tötung eines kindesgleich geliebten Hundes, seelische Schmerzen mit Krankheitswert), nicht aber bei **Beschädigung einer Sache**, etwa eines Autos (2 Ob 100/05b: Begründet freilich mit fehlender Adäquanz; nicht das Ergebnis, wohl aber die Begründung mE fragwürdig), **Verhaftung eines Angehörigen** (1 Ob 88/07h: Haft von 2 Tagen) oder einem **falschen Sachverständigengutachten** (1 Ob 171/12x: Tötung durch Messerstiche des erwachsenen Sohnes war vom Gerichtssachverständigen nicht erkannt worden). Bei Verletzung eines Angehörigen werden entweder **schwerste Verletzungen iS einer dauernden Pflegebedürftigkeit**, die in ihrer **Zeitdauer** eine psychische Krankheit auslösen, verlangt (2 Ob 77/09a: Arbeitsunfähigkeit des Ehepartners verbunden mit der reduzierten Fähigkeit, zielgerichtete Aktivitäten über längere Zeit durchzuhalten und emotionale Labilität; vom OGH trotz psychotherapeutischer Behandlung nur unter dem Gesichtspunkt des Trauerschmerzensgeldes beurteilt) oder die Nachricht über das – tatsächliche – Bestehen einer akuten Lebensgefahr oder die konkrete Gefahr einer dauernder Pflegebedürftigkeit, mag im Nachhinein auch eine Besserung eintreten (2 Ob 136/11f: Schwer Verletzte,

die 10 Tage in der Intensivstation war; abzustellen, ob tatsächlich Lebensgefahr oder das bloß Vorsichtsmaßnahme der Ärzte). Aus Wertungsgründen sei die Frage erlaubt, ob das Verenden des – geliebten – Haustieres nicht weniger leicht auch seelisch zu „verdauen“ sein sollte als eine mittelschwere dauerhafte Verletzung des Ehepartners, die das Zusammenleben empfindlich belastet, wobei ein Wertungsgleichklang auch durch Versagung von Ersatz bei Tötung des Haustieres hergestellt werden kann. Sofern Pflegedienstleistungen freilich voll angemessen abgegolten werden, ist das Schmerzensgeld im Vergleich dazu lediglich eine quantité négligeable, mag dem Anspruchsberechtigten auch besonders daran gelegen sein, seine seelische Schiefelage durch einen Anerkennungsbeitrag abgegolten zu bekommen.

Bei Schockschäden kommen neben dem **Schmerzensgeld** auch **Heilungskosten** (2 Ob 7/05a: 138 Facelifting bei krankheitswidrig trauergeschädigter 45-jährigen Mutter nach 15 kg Gewichtsabnahme innerhalb eines halben Jahres) sowie ein **Erwerbsschaden** in Betracht (ZVR 1977/54: Verdienstentgang eines Opernsängers; 2 Ob 186/03x: Verlust der Ehefrau und aller 3 Kinder).

Ein **Fernwirkungsschaden** gebührt ausschließlich Angehörigen (2 Ob 111/03t: Tochter; 139 2 Ob 79/00g: Vater; 8 Ob 127/02p: Lebensgefährtin). Die **krankhafte psychische Beeinträchtigung** stellt sich durch die **Nachricht vom Tod** (2 Ob 79/00g; 2 Ob 136/00i) oder bei einer **lebensbedrohlichen Verletzung** (2 Ob 72/13x: € 10.000) **im Zuge der Pflege und Betreuung des Schwerstverletzten** ein (2 Ob 79/00g; 2 Ob 163/06v: Schlaflosigkeit erst in der Phase der Betreuung, € 7.000 Schmerzensgeld an die Eltern). Für den Nachweis der psychischen Erkrankung ist die Konsultierung eines Psychologen hilfreich (2 Ob 72/13x: 3 Sitzungen à € 100). Dem Fernwirkungsschaden gleichgestellt wird ein **Verstoß eines Elternteils gegen damaligen § 145b** (außer **Kraft getreten am 31. 1. 2013**), wenn der Elternteil, der das Kind betreut, dem anderen Elternteil in rechtswidriger Weise den Kontakt mit dem Kind vorenthält und dadurch beim anderen Elternteil eine krankhafte seelische Störung hervorruft (4 Ob 8/11x: Kind bei der Mutter, Anspruch des Vaters). Bei ehewidrigen Beziehungen während einer Ehe steht ein solcher Anspruch – **Schmerzensgeld für verlorene Liebe** – nicht zu, weil durch die Scheidung eine Möglichkeit besteht, den mit der Eheverfehlung verbundenen Leidenszustand zu beenden, während eine solche Möglichkeit für das Eltern-Kind-Verhältnis nicht besteht (6 Ob 124/02g; 1 Ob 134/12f: Umso weniger Anspruch gegen den Ehepartner). Diese Begründung ist mE deshalb fragwürdig, weil der seelische Schaden bereits eingetreten ist, ehe die Abhilfemöglichkeit durch Scheidung besteht.

Das **Ausmaß des Ersatzes** wegen krankhafter psychischer Beeinträchtigungen wird in **Anlehnung an die Einteilung von Schmerzen in leichte, mittlere und starke** ermittelt. Bei einer schweren lebensbedrohenden Magersucht einer 14-jährigen Tochter eines schwer verletzten Elternpaares hat der OGH € 21.500 zugesprochen (2 Ob 111/03t), einer 31-jährigen zweifachen Mutter nach Tod des Mannes, einem Gewichtsverlust von 23 kg mit Suizidgefahr, aber bei Aufnahme einer neuen Beziehung nach 1 Jahr € 25.000 (2 Ob 292/04m). Der diesbezügliche **Höchstanspruch mit € 65.000** erfolgte an einen Ehemann und Vater, der gleichzeitig die Ehefrau und alle 3 Kinder verloren hatte, wobei der Erwerbsschaden infolge der vorzeitigen Pensionierung in diesem Fall ein Vielfaches betragen haben dürfte.

Bei Tötung eines Angehörigen infolge **grober Fahrlässigkeit** (verneint in 7 Ob 65/11a: 141 Aufnahmritual in einen Motorradclub durch Einflößen großer Mengen von Alkohol) gebührt auch ohne Nachweis einer psychischen Erkrankung ein **Schmerzensgeld für das Bestehen der Trauer an sich**. In der AusgangsE 2 Ob 84/01v bestand eine Haftung nach dem EKHG für die Tötung der 8-jährigen Tochter, was namentlich die schwangere Mutter seelisch nur sehr schwer verkraften konnte. Die Rspr-Änderung könnte dadurch veranlasst gewesen sein, dass diese Eltern sich nicht auf die Couch des Psychiaters gelegt haben oder sich zumindest durch einen einschlägigen Sachverständigen behandlungsbedürftige seelische Beeinträchtigungen mit Krankheitswert haben bescheinigen lassen, wie das in gutbürgerlichen Kreisen der Fall gewesen wäre. Durch die Verwendung des Trauerschmerzensgeldes, etwa durch Unternehmen einer größeren Reise, sollen die Angehörigen auf andere Gedanken kommen. Es ist daher folgerichtig, dass insoweit ledig-

lich ein **Kapitalbetrag**, nicht aber eine Rente geschuldet ist (2 Ob 150/08k). In der Lehre ist diese Rspr-Änderung in mancherlei Hinsicht kritisiert worden. Die einen wenden sich gegen den Zuspruch überhaupt unter Hinweis darauf, dass es dafür keine gesetzliche Grundlage gebe. Die anderen plädieren für eine **Ausdehnung auch bei leichter Fahrlässigkeit** und in den Fällen der **Gefährdungshaftung**. Letzterer Ansicht ist mE schon aus pragmatischen Gründen zu folgen. Derzeit werden bei den Betroffenen nämlich Begehrensvorstellungen geweckt, die beträchtliche Regulierungskosten auslösen, in der Praxis aber meist nur bei **Alkoholisierung des Fahrzeughlenkers** zu einem Zuspruch führen, weil es sonst häufig am Vorliegen grober Fahrlässigkeit fehlt.

142 Der **Angehörigenkreis** ist beim Trauerschmerzensgeld der gleiche wie beim Schockschaden und beim Fernwirkungsschaden. Maßgeblich ist eine **intensive Gefühlsgemeinschaft**, die bei Bestehen einer **Haushaltsgemeinschaft vermutet** wird, sonst aber zu beweisen bzw zu bescheinigen ist (2 Ob 141/04f: Wohnsitz der Mutter vis-à-vis; 2 Ob 90/05g: Zwischen 2 Brüdern – Beziehung einem Vater-Sohn-Verhältnis ähnlich). Das OLG Graz (ÖJZ 2014/76) hat einen Anspruch auch bei einer Totgeburt eines Kindes bejaht. ME steht ein Anspruch grundsätzlich ab der Zeugung zu. Die **Intensität der Gefühlsgemeinschaft** ist auch eine **zentrale Bemessungsdeterminante**, weil man davon ausgeht, dass die Trauer umso größer ist, je intensiver die Gefühlsgemeinschaft war. Die Eigenschaft als naher Angehöriger geht nicht dadurch verloren, dass die gefühlsmäßige Verbundenheit im Unfallzeitpunkt gestört oder belastet war (2 Ob 79/00g). Allerdings wäre bei einer völlig zerrütteten Ehe die Zubilligung von Trauerschmerzensgeld wenig angebracht. Folgerichtig ist, einem Kleinkind, das im zeitlichen Naheverhältnis nach dem Tod noch gar nicht begreift, was passiert ist, einen Trauerschaden zu versagen (2 Ob 41/03y: Abweisung des Anspruchs eines 7 Monate alten Kindes wegen Verlustes des Großvaters). Sofern nicht einmal eine außereheliche Lebensgemeinschaft vorliegt, entsteht kein Trauerschmerzensgeldanspruch (2 Ob 15/07f: Freund, mit dem das Eingehen einer Lebensgemeinschaft geplant war).

143 Der **Umfang des Ersatzes** ist bei Schock- bzw Fernwirkungsschaden einerseits und dem (bloßen) Trauerschmerzensgeld andererseits verschieden. Das Trauerschmerzensgeld begründet einen **Mindestersatz**; wird eine krankhafte psychische Beeinträchtigung nachgewiesen, kommt ein **Zuschlag** in Betracht; die Übergänge sind fließend: Der Ersatzumfang für Schockschaden und Fernwirkungsschaden darf jedenfalls das Ausmaß eines bloßen Trauerschadens nicht unterschreiten. Bei Tötung eines Haustieres, bei dem ein Schockschaden zuerkannt wurde, kann kein zusätzliches Trauerschmerzensgeld begehrt werden (OLG Wien ZVR 2012/35: Kindgleich geliebter Hund).

144 Tendenziell spricht der OGH bei **Tod von Kindern** an die Eltern die höchsten Werte zu (2 Ob 263/06z: € 20.000 an Eltern für Verlust eines 6-jährigen Kindes, auch wenn noch weitere Kinder vorhanden; 2 Ob 55/08i: € 20.000 für Eltern einer 19-jährigen Tochter; OLG Graz ÖJZ 2014/76: 10.000.- € bei einer Totgeburt eines Wunschkindes), etwas weniger im **umgekehrten Verhältnis** (2 Ob 141/0f: € 13.000 bei Tod der 61-jährigen Mutter mit engem Verhältnis zum 40-jährigen erwachsenen Sohn), etwa ebenso viel bei Verlust eines **Ehepartners** oder Lebensgefährten und relativ am wenigsten bei **Geschwistern** (2 Ob 90/05g: € 9.000 zwischen 2 Brüdern bei einer Beziehung, die einem Vater-Sohn-Verhältnis ähnlich; 2 Ob 55/08i: € 20.000 für Eltern, hingegen € 15.000 für annähernd gleichaltrige Geschwister). Die Trauer über einen weiteren Familienangehörigen, der nicht zur Kernfamilie gehört, führt nicht zur Kürzung des Trauerschmerzensgeldes wegen des Todes des Getöteten (2 Ob 161/12h: Tötung des Vaters durch den Bruder, der beim Unfall ebenfalls ums Leben kam – Zuspruch von € 15.000). Ohne Haushaltsgemeinschaft wird vermutet, dass die Gefühlsbeziehung weniger eng ist, wobei eine Tendenz auszumachen ist, dass die Werte im Laufe der – noch jungen Rspr – moderat nach oben weisen. Kommt eine psychische Erkrankung hinzu, fallen die Werte etwas höher aus (2 Ob 135/07b: € 35.000, 17-jähriger, Tod der Mutter, diese einzige Bezugsperson, am Ende Suizid; 2 Ob 212/04x: € 11.000 für Lebensgefährten, wenn psychische Erkrankung dazu kommt; 2 Ob 99/08k: € 20.000 bei Tod der 12-jährigen Tochter und Nachweis einer Psychotherapie mit 33 Sitzungen). Bei Anschluss als Privatbeteiligter im Strafverfahren ist zu beachten, dass die Strafgerichte bloß geringe Mindestbe-

träge zusprechen (13 Os 141/11a, 13 Os 160/11w: Jeweils € 500 an Mutter und Schwester). Würde nicht mehr begehrt, besteht die Gefahr, dass der darüber hinaus gehende Anspruch verjährt.

Wie bei § 1327 (dazu Rz 135 f) handelt es sich beim Schockschaden, Fernwirkungsschaden und Trauerschmerzengeld um einen **abgeleiteten Anspruch**. Hätte der nunmehr Getötete im Verletzungsfall keinen Anspruch, steht seinen Hinterbliebenen ebenfalls keiner zu. Das hat zur Folge, dass ein **Mitverschulden** des Getöteten sich anspruchsmindernd auswirkt (2 Ob 178/04x: Zechtour, Getöteter konnte erkennen, dass er sich einem alkoholisierten Lenker anvertraute; 2 Ob 219/10k: Tod einer Zeugin Jehovas nach schwerer Verletzung infolge Verweigerung einer Blutkonserve; vom OGH aber mE nicht bedacht, dass Ersatz bei Tötung geringer als bei Verletzung, was im Rahmen der Vorteilsausgleichung oder des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei entsprechendem Vorbringen zu beachten gewesen wäre). Die in der Lit vertretene Gegenansicht, dass der Getötete und der Dritte Nebentäter seien und der Dritte sich beim Nachlass regressieren könne, ist unnötig kompliziert und leuchtet auch in der Sache nicht ein. Was für das Mitverschulden gilt, ist auch auf einen Arbeitsunfall anzuwenden. Die **Haftungsausschlussnorm** des § 333 ASVG führt zur Versagung eines Schmerzensgeldanspruchs der Angehörigen (2 Ob 82/05f). 145

Erleidet der Ehepartner (in concreto die Ehefrau) infolge der **erektilen Dysfunktion** eine psychische Beeinträchtigung, lehnt der OGH jeglichen Ersatz ab (2 Ob 70/14d). Je nachdem, welchen Stellenwert man der Sexualität einräumt, ist das zu billigen oder als bedenklich einzustufen. Für eine Rechtsfortbildung würde mE sprechen, dass es sich nicht um irgendeine Einbuße an Lebensfreude, sondern bei rechtmäßigem Verhalten in der Ehe, die auch Geschlechtsgemeinschaft mit Treuepflicht ist, es sich – anders als beim Schockschaden nach Tötung – um eine dauernde Beeinträchtigung auf einem ganz zentralen Gebiet des ehelichen Zusammenlebens handelt. 146

**§ 1326. Ist die verletzte Person durch die Misshandlung verunstaltet worden; so muss zumal, wenn sie weiblichen Geschlechtes ist, insofern auf diesen Umstand Rücksicht genommen werden, als ihr besseres Fortkommen dadurch verhindert werden kann.**

### A. Funktion des § 1326

Der Begriff „Verunstaltungsentschädigung“ ist kein Gesetzesbegriff des ABGB; er kommt aber etwa in § 13 Z 5 EKHG vor und ist auch bei § 1326 gebräuchlich. Misshandlung ist ein Synonym für Körperverletzung. Ein **prototypischer Fall** ist die **Entstellung des Gesichts einer Frau** (2 Ob 266/97z), was für diese negative Auswirkungen im **Erwerbsleben** sowie bei der **Suche nach einem Ehemann** hat. Hinzuweisen ist darauf, dass die – mechanische – Erwerbsfähigkeit durch eine Verunstaltung nicht unbedingt beeinträchtigt sein muss: Eine Person, deren Gesicht durch Narben entstellt ist, kann deshalb genauso gut tippen wie mit einem makellosen Äußeren. Ob sie bei der Bewerbung für eine Stelle die gleichen Chancen hat, den Zuschlag zu bekommen, steht auf einem anderen Blatt. § 1326 soll der verunstalteten Person ein „**Trostpflaster**“ für **solche unwägbareren Nachteile** bescheren. Insofern stellt es eine dritte Schicht gegenüber dem positiven Schaden und dem entgangenen Gewinn dar. Die Besonderheit besteht darin, dass der Eintritt eines solchen künftigen Schadens **noch schwerer nachweisbar** ist als der entgangene Gewinn, eine Verunstaltungsentschädigung aber bei jedem Verschulden sowie bei Verwirklichung eines Gefährdungshaftungsstatbestands gebührt. 1

Über die Einordnung als **Vermögensschaden** oder **immateriellen Schaden** besteht Uneinigkeit. Die Lit verortet § 1326 im Grenzbereich zwischen materiellem und immateriellem Schaden. Die **Rspr** betont den Charakter als **Vermögensschaden**. Das liegt bei den Nachteilen im – beruflichen – **Erwerbsleben** auf der Hand. Aber auch bei **Vereitelung einer Heiratsaussicht** lässt sich das rational begründen. Die Möglichkeit des Eingehens einer Ehe hat auch ökonomische Sicherheitsaspekte. Im Fall der Beeinträchtigung der Erzielung eines Erwerbseinkommens im Beruf oder im Krankheitsfall findet eine – erste – Abfederung durch die bestehende Beistandspflicht 2