

zierung einer Behindertenwerkstätte, die mehr kostet, als der dort Beschäftigte an pekuniärem Nutzen erzielt. Arbeit ist nämlich für sich sinnstiftend und fördert soziale Kontakte. Für die Ausübung von Hobbys sind mitunter besondere Geräte erforderlich, etwa ein Elektrofahrrad. Das dient zwar der Entfaltung der Persönlichkeit des Verletzten, bringt dem Ersatzpflichtigen aber keine unmittelbare Ersparnis. Der Geschädigtenanwalt kann das unter dem Titel der vermehrten Bedürfnisse verlangen, muss aber darauf achten, dass durch das Schmerzensgeld nicht (zuvor) eine Globalabfindung für derartigen Sonderbedarf stattfindet. Insofern ist namentlich bei Abfindungsvergleichen besondere Sorgfalt geboten.

Mitunter steht völlig außer Streit, dass im Haftpflichtfall ein bestimmtes Gerät geschuldet ist, das nach seiner besonderen Ausgestaltung im Katalog der Sozialversicherung nicht enthalten ist, etwa ein lenkbarer Rollstuhl. Wenn sich der Haftpflichtversicherer unter Berufung auf die Legalzession des auf den SozVTr übergegangenen Anspruchs weigert, den von ihm geschuldeten Ersatz zu leisten, entsteht mitunter die Situation, dass nach einiger Zeit der entsprechende Bedarf nicht mehr gegeben ist – im schlimmsten Fall, weil der Anspruchsteller dann tot ist. Es wurde nach Möglichkeiten Ausschau gehalten, dieses Problem pragmatisch zu lösen. In der *Stärkungsmittel*-Entscheidung¹³⁾ hat der BGH ausgesprochen, dass die Säumnis des Ersatzpflichtigen, die dazu führt, dass ein bestimmter Bedarf wegfällt, nicht die Rechtsfolge auslöst, dass die-

ser deshalb insoweit von der Ersatzpflicht befreit wird. Dieses Judiz hat nichts an seiner Aktualität eingebüßt.

So manche gesetzliche Ausprägung mag im deutschen Recht unterschiedlich sein; die strukturellen Probleme und die sachgerechten Lösungen dürften sich freilich vom österr. Recht kaum unterscheiden. Da wie dort gilt: Die Schwer(st)verletzten benötigen für ihre Rehabilitation relativ viel Geld; sie haben aber keine Lobby, weshalb es über weite Strecken zu einer Unterversorgung und unzureichenden Entschädigung kommt; und dabei geht es nicht nur um ihre Einbußen, sondern auch die der sie pflegenden und betreuenden Familienangehörigen.

Arbeitskreis VIII: Digitalisierung – Schifffahrt der Zukunft

Hins der Forderungen des AK im Zusammenhang mit Datensicherheit und Risikomanagement, Eigentum und Nutzungsrechten an Daten sowie E-Government für die Schifffahrt sei auf die Empfehlungen auf der Internet-Seite des Verkehrsgerichtstags¹⁴⁾ verwiesen.

Martin Hoffer, ÖAMTC/
Christian Huber, RWTH Aachen

13) BGH 29. 10. 1957, VI ZR 233/51 NJW 1958, 627.

14) www.deutscher-verkehrsgerichtstag.de/images/pdf/8AK_empfehlungen_56_vgt.pdf (Stand 29. 3. 2018).

Rechtsprechung

→ Trauerschmerzensgeld (weiterhin) nur bei grober Fahrlässigkeit

§ 1325 ABGB

→ Verzichtet ein Elternteil auf seinen Erholungsurlaub oder arbeitet er in seinem Beruf zu anderen Zeiten, um sich der Pflege der schwer verletzten Tochter widmen zu können, erleidet er keinen Erwerbsschaden; jedenfalls kann er nicht kumulativ fiktiven Verdienstentgang sowie die fiktiven Kosten einer Pflegekraft verlangen.

Sachverhalt:

[Die beteiligten Personen]

Der damals 18 Jahre alte ErstBekl verursachte als Lenker eines bei der ZweitbeklP haftpflichtversicherten Pkw am 19. 11. 2007 einen Verkehrsunfall, bei dem die ErstKl als Beifahrerin schwer verletzt wurde. Der ZweitKl und die DrittKl sind die Eltern der ErstKl.

[Unfallhergang und Unfallstelle]

Der Unfall passierte gegen 20.25 Uhr, als der ErstBekl die ErstKl, die als Beifahrerin angeschnallt war, nach Hause brachte. Der ErstBekl hatte zum Unfallzeitpunkt einen Probeführerschein und lenkte sein eigenes Fahrzeug, welches mit Winterreifen ausgestattet war. Das Fahrzeug des ErstBekl war betriebs- und verkehrssicher. Der ErstBekl war nicht alkoholisiert. Zum Unfallzeitpunkt herrschte Dunkelheit, es gab keinen Niederschlag, war aber bedeckt. Zum Zeitpunkt des Unfalls lag die Lufttemperatur bei -0,7 bzw -1,2 °C. Die

→ Der OGH hält trotz Kritik mancher Literaturstimmen daran fest, dass Trauerschmerzensgeld (hier wegen durch Schwerstverletzung der Tochter ausgelöster seelischer Belastungen der Eltern) nur dann zusteht, wenn dem Schädiger grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.

Straße war nass und an der Unfallstelle rutschig, wobei nicht festgestellt werden kann, ob sich auf der Straße eine Eisschicht befunden hat. Die erlaubte Höchstgeschwindigkeit an der Unfallstelle betrug 80 km/h. Die Geschwindigkeit, mit der der ErstBekl zum Zeitpunkt des Unfalls in Annäherung an eine Rechts-links-Kurvenkombination (einen unfallträchtigen Bereich, wobei dem ErstBekl die örtlichen Gegebenheiten bekannt waren) unterwegs war, lag im Bereich zwischen 75 und 78 km/h. Die Geschwindigkeit beim Anprall betrug 35 bis 40 km/h. Beim Fahrzeug des ErstBekl auf der Landesstraße brach in der Rechtskurve nach dem Bahnübergang aus nicht feststellbarer Ursache das Heck aus. Der ErstBekl hatte daraufhin keine Möglichkeit, sein Fahrzeug zu manövrieren. Das Fahrzeug rutschte in weiterer Folge über die Gegenfahrbahn und krachte mit der re. Fahrzeugfront gegen einen Baum (1. Kollisionsstelle). Nach diesem Aufprall prallte das Fahrzeug

Der Fachsenat des OGH hält an seiner bisherigen Rsp, wonach Trauerschmerzensgeld nur bei grober Fahrlässigkeit gebührt, ungeachtet der Kritik in der Lehre fest.

ZVR 2018/102

§ 1325 ABGB

OGH 28. 11. 2017,
2 Ob 189/16g
(OLG Innsbruck
16. 6. 2016,
2 R 51/16s;
LG Feldkirch
7. 1. 2016,
6 Cg 246/09b)

bei der Auslaufbewegung mit der re Fahrzeugseite im Bereich der B-Säule gegen einen weiteren Baum (2. Kollisionsstelle). Das gegen den ErstBekl staatsanwaltschaftlich eingeleitete Ermittlungsverfahren wurde eingestellt, der dagegen erhobene Fortsetzungsantrag wurde abgewiesen.

[Verletzungen der Beifahrerin]

Beim Unfall wurde die ErstKl schwer verletzt. Auf den Unfall sind folgende Verletzungen zurückzuführen: Hirnsubstanzdefekt li frontobasal und re frontal, mäßiggradiges posttraumatisches Psychosyndrom, spastisch ataktische Tetraparese in Rechtsbetonung, Dysarthrie (Sprechstörung) und geringe Dysphagie (Schluckstörung), posttraumatische Epilepsie mit sekundär generalisierten Anfällen, posttraumatische Kopfschmerzen, leichtgradige Dranginkontinenz, Trepanationsdefekt re frontoparietal mit Destruktion des reimplantierten Knochendeckels, Narbe nach Tracheotomie. Aufgrund dieser Verletzungen litt die ErstKl 30 Tage an starken, 140 Tage an mittelstarken und zwölf Monate an leichten Schmerzen, worin auch die unfallchirurgischen Schmerzen beinhaltet sind, da die neben dem Schädel-Hirn-Trauma erlittenen Verletzungen dem schweren Schädel-Hirn-Trauma untergeordnet sind.

Die ErstKl kann aufgrund des Unfalls und der dabei erlittenen körperlichen Beeinträchtigungen ihren Beruf als Frisörin und die meisten ihrer früheren Hobbys, nämlich insb Motocrossfahren, Musizieren, Singen, Saxophonspielen und Mitspielen in Musicals, nicht mehr ausüben, worunter sie besonders leidet. In ihrer Freizeit trifft sie sich mittlerweile wieder häufig mit Freunden und fährt ab und an mit einem Dreirad, mit dem es ihr möglich ist, das Gleichgewicht zu halten.

[Heilungsverlauf]

In den Jahren nach dem Unfall verbrachte die ErstKl immer wieder stationäre Aufenthalte in Reha-Einrichtungen und unterzog sich auch sonst diversen Behandlungen. Wenn die ErstKl bei ihren Eltern wohnte, übernahmen diese deren Pflege. Zeitweise war eine 24-Stunden-Anwesenheit in der Nähe der ErstKl dabei notwendig, wobei dafür ein diplomiertes Pflegepersonal nicht erforderlich war. Der Zweit- und die DrittKl übernahmen in diesem Zeitraum die Pflege der ErstKl. In der Nacht musste eine Rufbereitschaft sichergestellt werden. Die gute Entwicklung der Gesundheit der ErstKl ist auf die intensive Pflege und Betreuung durch den ZweitKl und die DrittKl zurückzuführen.

[Auswirkungen der Pflege der Tochter auf das Privatleben der Eltern]

Vor dem Unfall gingen der ZweitKl und die DrittKl häufig abends, insb aber am Wochenende, außerhäuslichen Aktivitäten nach, sie waren in gesellschaftlicher Hinsicht sehr aktiv. Sie besuchten Kinos und Konzerte, ca jedes zweite Wochenende erhielten sie entweder Besuch von Freunden, Bekannten oder Familie oder machten selbst Besuche bei diesen. Mindestens drei Mal im Jahr machten sie über mehrere Tage Städteausflüge, darüber hinaus alle zwei bis drei Monate meh-

rere Tage Wellnessurlaub. Der ZweitKl war in seiner Freizeit leidenschaftlicher Motorradfahrer und frönte dieser Leidenschaft jeden zweiten Abend, zudem ging er jedes zweite Wochenende einen Tag Motorrad fahren. Diesen zuvor genannten Freizeitaktivitäten und Hobbys konnten der ZweitKl und die DrittKl aufgrund der intensiven Betreuung und Pflege der ErstKl nicht mehr nachgehen.

[Auswirkungen im Erwerbsleben der Eltern]

Im Unfallszeitpunkt war der ZweitKl bei einem Bauunternehmen beschäftigt und verdiente mtl netto € 2.453,38. Die DrittKl war im Unfallszeitpunkt als Ordinationshilfe rund 20 Stunden pro Woche beschäftigt und verdiente mtl netto € 900,-. Für die Pflege ihrer Tochter haben der ZweitKl und die DrittKl ihren Urlaubsanspruch konsumiert. Sie nahmen keinen unbezahlten Urlaub in Anspruch. Insb der ZweitKl musste - aufgrund der intensiven Betreuung der ErstKl unter der Woche - häufig auch am Wochenende arbeiten, um die Fehlzeiten bei der Arbeit auszugleichen. Der ZweitKl und die DrittKl hatten von 27. 3. 2008 bis 18. 4. 2009 aufgrund der intensiven Betreuung der ErstKl zumindest weniger Urlaub und Freizeit zu Erholungszwecken zur Verfügung, da sie in jenen Zeiten die ErstKl pflegten, wobei das genaue Ausmaß nicht festgestellt werden kann.

[Intensive Gefühlsbeziehung zwischen Eltern und Tochter]

Die ErstKl wohnte bereits vor dem Verkehrsunfall bei ihren Eltern. Zwischen den Kl bestand ein enges Naheverhältnis, sie verbrachten auch noch gemeinsam den Urlaub. Die Nachricht über den Verkehrsunfall ihrer Tochter belastete den ZweitKl und die DrittKl enorm, auch die anschließende Betreuung der ErstKl in der Intensivstation stellte für die Eltern eine massive Belastung dar. Die DrittKl nahm aufgrund des Verkehrsunfalls der ErstKl und der Folgeschäden psychologische Hilfe in Anspruch, wobei sie aber keine Medikamente einnehmen musste. Der Schock und die Trauer der Eltern aufgrund des Unfalls der ErstKl erreichten aber weder beim ZweitKl noch bei der DrittKl Krankheitswert.

[Begehren]

Im RevVerf ist nur mehr strittig, ob dem ZweitKl Schadenersatz für entgangene Urlaubsfreude und entgangene Freizeit (Gegenstand der Rev des ZweitKl) und ob dem ZweitKl und der DrittKl ein Trauerschmerzensgeld von je € 10.000,- zusteht (Gegenstand der Rev der Bekl).

Der ZweitKl begehrte zuletzt den Zuspruch von € 60.485,22 sA, uzw € 50.485,22 für Urlaubs- und Pflegeaufwand und € 10.000,- an Trauerschmerzensgeld. Hins der ersten Position sei mangels näherer Differenzierungsmöglichkeiten nach § 273 ZPO vorzugehen. Durch Verzicht auf Urlaub und Freizeit sei ihm ein Vermögensschaden entstanden. Er habe Anspruch auf Abgeltung dafür, dass er bezahlten Urlaub und Freizeit für die Pflege aufgewendet und demzufolge weniger Urlaub und Freizeit zu Erholungszwecken zur Verfügung gehabt habe. Er könne nicht deshalb,

weil er aus Loyalität zum Arbeitgeber und zur ErstKl nicht unbezahlten Urlaub, sondern bezahlten Urlaub konsumiert habe, schlechter gestellt werden.

Der ZweitKl und die DrittKl brachten vor, die schwersten Verletzungen der ErstKl und die Nachricht vom Unfall hätten zu monatelangen psychischen Belastungen und Beeinträchtigungen bei ihnen geführt; es sei lange nicht klar gewesen, ob die ErstKl den Unfall überleben werde, wie sich die Verletzungsfolgen entwickelten, ob und welche Dauerfolgen zurückblieben und wie sich dies auf das Leben der ErstKl und damit auch auf das Leben von deren Eltern auswirken würde. Sie hätten daher einen Schockschaden erlitten, der zwar nicht das Maß einer Gesundheitsbeeinträchtigung mit Krankheitswert erreicht habe, aber jedenfalls ein Schmerzgeld von je € 10.000,- rechtfertige. Der ErstBekl habe den Unfall grob fahrlässig verschuldet.

[Entscheidungen der Vorinstanzen]

Das ErstG gab dem Klagebegehren des ZweitKl im Betrag von € 52.331,72 sA statt und wies das Mehrbegehren von € 8.153,50 sA ab. Dem Klagebegehren der DrittKl gab es zur Gänze statt. Das Verhalten des ErstBekl, das zum Unfall geführt habe, sei grob fahrlässig gewesen. Der vom ZweitKl und der DrittKl geltend gemachte Anspruch auf Trauerschmerzgeld von je € 10.000,- bestehe daher zu Recht.

Das nur von den Bekl angerufene BerG änderte das Ersturteil hins des ZweitKl dahingehend ab, dass es dem Klagebegehren nur im Betrag von € 38.153,13 sA stattgab und € 22.332,09 sA abwies. Im Übrigen bestätigte das BerG das ErstU hins des Trauerschmerzgeldes, weil grobe Fahrlässigkeit gegeben sei. Da der ZweitKl für einen bestimmten Zeitraum der Pflege der ErstKl einen überhöhten Stundensatz von € 23,- begehrt habe, jedoch nur ein solcher von € 8,50 zustehe, sei der Anspruch an den ZweitKl entsprechend zu reduzieren gewesen. Das BerG ließ die Rev zu, weil keine oberstgerichtl Rsp dazu vorliege, ob die Judikatur zum Trauerschmerzgeld (Trauer ohne Krankheitswert) auch auf Fälle schwerster Verletzungen naher Angehöriger, die nicht zu deren Tod führten, anzuwenden sei.

Der OGH wies die Rev des ZweitKl als unzulässig zurück; der Rev der Bekl gab er Folge und wies das Trauerschmerzgeldbegehren des Zweit- und der DrittKl ab.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Rev des ZweitKl ist unzulässig und daher zurückzuweisen.

[Keine Kumulierung von fiktivem Verdienstentgang und den fiktiven Kosten für eine Hilfskraft]

[...]

Der ZweitKl zeigt keine erhebliche Rechtsfrage auf: Die vom BerG aufgezeigte Rechtsfrage thematisiert der ZweitKl naturgemäß nicht. In seiner Rev kommt er auch auf immaterielle Schäden wegen „entgangener Urlaubsfreude und entgangener Freizeit“ nicht mehr zurück. Vielmehr besteht nach Auffassung des ZweitKl ein „Verdienstentgangsanspruch“ dafür, dass er für die Pflege bezahlten Urlaub in Anspruch nahm. Ver-

dienstentgang erlitt der ZweitKl daher nicht. Wieso er daher „Schadenersatz für den Pflegeaufwand auf Basis seines tatsächlichen Einkommens“ erhalten soll, ist nicht nachvollziehbar. Davon abgesehen ergibt eine überschlagsartige Berechnung (ausgehend vom festgestellten mtl Nettoeinkommen des ZweitKl von € 2.453,38), dass er jedenfalls nicht mehr als den ohnedies für echte Pflegestunden zugesprochenen Stundensatz von € 23,- verdiente, wobei der ZweitKl in seiner Rev nicht einmal ansatzweise aufzeigt, inwiefern er durch den Zuspruch fiktiver Betreuungskosten rechnerisch schlechter gestellt ist als durch den gewünschten Zuspruch nach seinem „fiktiven“ Verdienstentgang, der überdies jedenfalls nur für die Zeiten begehrt werden könnte, zu denen der ZweitKl tatsächlich Urlaub nahm. Eine Kumulierung von fiktivem Verdienstentgang und den fiktiven Kosten für eine Hilfskraft ist jedenfalls nicht möglich.

[Zur Rev der Bekl – Schockschadenschmerzgeld auch bei schwersten Verletzungen eines nahen Angehörigen]

Es entspricht seit der E 2 Ob 79/00 g ZVR 2001/52 (Kärner) der ständigen oberstgerichtl Rsp, dass nahe Angehörige eines Getöteten für den ihnen verursachten „Schockschaden“ mit Krankheitswert Anspruch auf Schmerzgeld haben, weil sie durch das Erleiden eines Nervenschadens in ihrem absolut geschützten Recht auf körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt und als unmittelbar Geschädigte anzusehen sind (vgl auch 2 Ob 136/11 f ZVR 2001/72; 4 Ob 71/10 k ZVR 2011/5 [Kathrein]; 9 Ob 83/09 k uva; RIS-Justiz RS0031111; RS0116865; Danzl in KBB⁵ § 1325 Rz 29). Schockschäden naher Angehöriger mit Krankheitswert sind dann ersatzfähig, wenn die Verletzungshandlung – im Rahmen einer typisierten Betrachtung – in hohem Maß geeignet erschien, einen solchen Schockschaden herbeizuführen, was insb bei schwersten Verletzungen naher Angehöriger in Frage kommen kann (5 Ob 18/08 w; 2 Ob 136/11 f; RIS-Justiz RS0116866 [T 3]). Ein bei einem nahen Angehörigen des Unfallopfers durch die Unfallnachricht ausgelöster Schockschaden mit Krankheitswert rechtfertigt daher den Zuspruch eines Schmerzgeldes auch dann, wenn das Unfallopfer zwar nicht gestorben ist, aber „schwerste Verletzungen“ erlitten hat; ds Verletzungen, die im Zeitpunkt der Nachricht von einer solchen Schwere sind, dass entweder akute Lebensgefahr oder die konkrete Gefahr dauernder Pflegebedürftigkeit besteht, eine nachträgliche Besserung dieses Zustands ist für die Haftung des Schädigers bedeutungslos (2 Ob 136/11 f; RIS-Justiz RS0127926). Ebenso wurde in 2 Ob 163/06 v ein Anspruch auf Schmerzgeld für die seelische Beeinträchtigung mit Krankheitswert, die wegen der Dauerfolgen schwerster Verletzungen eines nahen Angehörigen entstanden ist, grds bejaht.

[Trauerschmerzgeld nur bei grober Fahrlässigkeit – trotz krit Lehrmeinungen]

Nach ebenso gefestigter stRsp des OGH kommt aber ein Ersatz des Seelenschmerzes über den Verlust naher Angehöriger, der zu keiner eigenen Gesundheitsschädigung (also ohne Krankheitswert) iSd § 1325 ABGB

geführt hat, nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Schädigers in Betracht. Bei leichter Fahrlässigkeit oder im Fall bloßer Gefährdungshaftung fehlt es hingegen an der erforderlichen Schwere des Zurechnungsgrundes (2 Ob 84/01 v ZVR 2001/73 [Karner]; RIS-Justiz RS0115189).

In der letzten Zeit wird in der Lehre – tw unter Hinweis auf jüngere ges Bestimmungen, die ideellen Schadenersatz auch bei leichter Fahrlässigkeit vorsehen (§§ 1328, 1328 a ABGB; § 31 e KSchG) – vermehrt die Ansicht vertreten, Trauerschmerzensgeld gebühre auch schon bei leichter Fahrlässigkeit des Schädigers (Ch. Huber in *Schwimann*, ABGB-TaKomm³ [2015] § 1325 Rz 141; *Hinteregger*, Trauerschmerzensgeld und der Anspruch auf immateriellen Schadenersatz im österr Recht, in FS Danzl [2017] 71 mwN; vgl auch *Karner*, Zur Ersatzfähigkeit von Schock- und Trauerschäden – eine Bilanz, in FS Danzl [2017] 87 [98] mwN, der diese Ansicht als zumindest überlegenswert bezeichnet). § 1328 ABGB und § 31 e KSchG haben den Sen schon in der E v 14. 6. 2007, 2 Ob 163/06 v, nicht dazu bewogen, vom Erfordernis der groben Fahrlässigkeit für die Ersatzfähigkeit (bloßen) Trauerschmerzes abzugehen. Der Sen sieht sich auch durch die zit Lehrmeinungen nicht dazu veranlasst, seine Rsp zu ändern.

[Keine grobe Fahrlässigkeit in casu – daher auch Abweisung des Begehrens auf Trauerschmerzensgeld beider Eltern]

Die Zuerkennung des begehrten Trauerschmerzensgeldes von je € 10.000,- an den ZweitKl und die DrittKl könnte somit iS der Zulassungsbegründung des BerG nur dann erwogen werden, wenn dem ErstBekl grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen wäre. Entgegen der Beurteilung der Vorinstanzen ist dies jedoch zu verneinen:

Wer zur Begründung einer außervertraglichen Haftung ein von der Gegenseite zu vertretendes – hier iZm dem geltend gemachten Anspruch auf Trauerschmerzensgeld grobes – Verschulden geltend macht, muss jene Tatsachen behaupten und beweisen, auf die er den Verschuldensvorwurf gründet (RIS-Justiz RS0022783; zuletzt 2 Ob 85/17 i). Nach den Feststellungen kommt

Praxistipp:

Inzwischen hat der OGH auch noch in einer weiteren E (22. 3. 2018, 4 Ob 208/17 t) der Ansicht, „Trauerschmerzensgeld“ gebühre auch schon bei leichter Fahrlässigkeit, eine ausdrückliche Absage erteilt.

Karl-Heinz Danzl

Anmerkung:

Aus der agilen 18-jährigen Tochter wurde von heute auf morgen ein Pflegefall; vorher ist sie Motorcross gefahren; nun ist ihr nur noch Dreiradfahren möglich. Das Leben der sie betreuenden Eltern wird dadurch ebenfalls auf den Kopf gestellt. Es stellt sich die Frage, ob auch die Angehörigen, die in familiärer Solidarität das Kind nicht hängen lassen, sondern ihr Leben komplett umstellen, um es wieder – halbwegs – auf die Beine zu bringen, Ersatz für ihre Einbuße verlangen

wohl nur eine relativ überhöhte Geschwindigkeit als Unfallursache in Betracht. Zugunsten des ErstBekl ist von einer Ausgangsgeschwindigkeit von 75 km/h auszugehen. Welche Geschwindigkeit unter den konkreten Fahrbahn- und Sichtverhältnissen der absolut zulässigen Höchstgeschwindigkeit bei perfekten Bedingungen entsprach, wie schnell also der ErstBekl hätte fahren dürfen, steht nicht fest. Damit ist aber auch das Ausmaß der Geschwindigkeitsüberschreitung nicht feststellbar. Die insoweit verbleibende Unklarheit geht zu Lasten der Kl. Dass der ErstBekl nur einen Probeführerschein hatte, ist entgegen der Auffassung des BerG nur von geringer Bedeutung. Denn auch für ihn galt jedenfalls die StVO. In § 4 Abs 3 iVm Abs 6 Z 2 FSG werden nur klare Verstöße gegen die absolut zulässige Höchstgeschwindigkeit als „schwerer Verstoß“, der eine Nachschulung erfordert, gewertet. Dem ErstBekl kann somit nur eine relativ überhöhte Geschwindigkeit vorgeworfen werden, wobei das (genaue) Ausmaß der Geschwindigkeitsüberhöhung nicht feststeht. Nun begründet aber die bloße (hier ohnehin nur relative) Überschreitung der Höchstgeschwindigkeit ohne Hinzutreten weiterer Umstände nach stRsp keine grobe Fahrlässigkeit (RIS-Justiz RS0080484 [T 3, T 4]; RS0031127 [T 4]; 2 Ob 195/09 d; 2 Ob 201/09 m). Dass die Kl die Negativfeststellung des ErstG, dass die Ursache des Ausbrechens des Hecks nicht feststellbar war, in ihrer BerBeantw bekämpften und das BerG die Beweisrüge dazu nicht erledigte, ist ohne Relevanz: Auch unter Zugrundelegung der begehrten Ersatzfeststellung, dass mehrere Ursachen denkbar waren, nämlich überhöhte Geschwindigkeit, ein Fahrfehler, Straßenglätte oder die Unerfahrenheit des ErstBekl, würde sich nichts an der Beurteilung ändern, dass die beweisbelasteten Kl die für den Zuspruch von Trauerschmerzensgeld erforderliche Anspruchsvoraussetzung der groben Fahrlässigkeit nicht nachweisen konnten.

Für den Zuspruch des Trauerschmerzensgeldes an den ZweitKl und die DrittKl fehlt es somit schon an der Voraussetzung des groben Verschuldens des erstbekl Schädigers. Die vom BerG aufgeworfene Rechtsfrage stellt sich nicht. Das Trauerschmerzensgeldbegehren war abzuweisen.

können. Dieser Fall verdeutlicht, dass das Angehörigenschmerzensgeld von der Größenordnung her eher den Charakter einer Zubeuße hat, während der Vermögensschaden dominiert; da es aber Schadensposten gibt, die durchaus an der Grenze zwischen materieller und immaterieller Einbuße liegen, hat es durchaus eine sachliche Berechtigung.

Der Vater verzichtet auf seinen Urlaub und schiebt seine Arbeitszeit um, weil das die Pflege der Tochter erfordert. „Wieso er daher ‚Schadenersatz für den Pflegeaufwand auf Basis seines tatsächlichen Einkommens‘ erhalten soll, ist nicht nachvollziehbar“, meint der OGH wörtlich. Die Gegenüberstellung des für andere Dienstleistungen angesetzten Stundenlohns von € 8,50 und des „Verdienstentgangs“ von € 23,- macht deutlich, warum diese Frage doch bedeutsam sein könnte. Wer es sich leisten kann, nimmt unbezahlten

Urlaub. Dann tritt das Vermögensminus klar hervor. Wer sich das nicht leisten kann, weil es auch um das Verdienen des eigenen Unterhalts geht – die Loyalität gegenüber dem Arbeitgeber mag gegeben oder vorge-schoben sein –, verhält sich überobligationsgemäß. Schon dieser Ansatz spricht dafür, den Pflegeaufwand nach dem Stundenlohn der Erwerbsarbeit abzugelten. Darüber hinaus lässt sich argumentieren, dass Erwerbsarbeit mitsamt dem Erholungsurlaub eben einen bestimmten Marktwert hat; wird ein Teil davon für die Pflege verwendet, ist diese mit diesem Entgelt zu bewerten.

Dagegen ist sogleich der Einwand zu erwarten, dass es sich insoweit um einen nicht ersatzfähigen mittelbaren Drittschaden handle. Dem ist freilich nicht so. Ersatzfähig ist zwar lediglich der Schaden der Verletzten selbst; aber diese darf es sich auf Kosten des Schädigers – jedenfalls bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit – leisten, nicht durch irgendeine Pflegeperson, sondern die ihr vertraute Familienangehörige gepflegt zu werden. Und von dieser kann man fairerweise nur verlangen, dass sie die Pflege übernimmt, wenn man dieser abgilt, was diese sonst in dieser Zeit in ihrem Beruf verdient hätte. Das hat der OGH bereits einmal zu Recht ausgesprochen, so in der E 4 Ob 78/08 m (SZ 2008/81; zust *Ch. Huber*, Schadenersatzrechtliche Auswirkungen eines ärztlichen Kunstfehlers bei der Geburt des verunstalteten Kindes für die „betroffene“ Mutter, iFamZ 2009, 27 ff). Und je höher der Stundenlohn der familiären Betreuungsperson über dem einer x-beliebigen Pflegekraft liegt, umso bedeutsamer ist das. In concreto war der Stundenlohn einer Pflegekraft auf dem Niveau des Stundenlohns des Vaters, sodass es ohne Auswirkungen geblieben ist. Für welche Tätigkeit freilich die in der Entscheidung erwähnten € 8,50 angemessen sein können, ist – gerade im Hochlohnbundesland Vorarlberg – kaum nachvollziehbar. Zu verweisen ist darauf, dass nach gefestigter OGH-Judikatur (Nachw bei *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm⁴ § 1325 Rn 46) maßgeblich die Arbeitskraftkosten (unter Einschluss sämtlicher Lohnnebenkosten) sind, nicht aber das Entgelt einer ausländischen Schwarzarbeiterin!

Ob der Urlaubsverzicht des Vaters ein Vermögensschaden ist oder eine ideelle Beeinträchtigung, mag in concreto ein Grenzfall sein. Für solche hätte das Angehörigenschmerzensgeld eine berechtigte Funktion, gerade bei einer besonders schweren Verletzung eines Familienangehörigen, um den sich die anderen „rund um die Uhr“ dann kümmern (müssen). Die ideelle Beeinträchtigung ist durch die über einen längeren Zeit-

raum andauernde Pflege noch höher als im Fall eines Todes. Die Abgeltung vom Nachweis einer psychischen Erkrankung abhängig zu machen, ist wenig angemessen. Das fordert zu Inszenierung und Dramatisierung der Situation heraus; wer das tut und einen möglichst eloquenten „Seelendoktor“ findet, bekommt Ersatz – mitsamt den Kosten für die Pillen und den Seelendoktor. Wer als rechtschaffener Bürger aber sein gesamtes Augenmerk auf die Gesundheit des zum Pflegefall gewordenen Familienangehörigen lenkt und seine eigene seelische Befindlichkeit hintanstellt, geht leer aus. Aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit will das wenig einleuchten.

Das BerG hat die Rev zugelassen, damit der OGH die Möglichkeit habe, dazu Stellung zu nehmen, ob es auch im Fall einer schwer(st)en Verletzung nicht nur einen Anspruch auf einen Schockschaden, sondern auch einen solchen auf ein Angehörigen-/„Trauer“-schmerzensgeld geben soll. Wegen der – im Übrigen durchaus berechtigten Verneinung grober Fahrlässigkeit – musste sich der OGH damit nicht befassen; er hat das Begehren aber auch nicht aus diesem Grund abgelehnt. Mit dieser Entscheidung dürfte die OGH-Linie damit auf Jahre zementiert sein. Abhilfe wäre nur vom Gesetzgeber zu erwarten, der freilich – im Moment – ganz andere Prioritäten hat, etwa die abermalige Verschärfung des Strafrechts. Der deutsche Gesetzgeber ist demgegenüber aktiv geworden, hat aber – durchaus zu Unrecht – Fälle wie diesen ausgespart und ein Angehörigenschmerzens(s)geld auf den Tötungsfall begrenzt, weshalb er das auch „Hinterbliebenengeld“ genannt hat (dazu umfassend *Ch. Huber* in *Ch. Huber/Kadner Graziano/Luckey*, Hinterbliebenengeld [2018]; *ders*, ZVR 2017, 214 und 416). Da wie dort bleibt den Angehörigen nichts anderes übrig, als die eigenen seelischen Leiden zu zelebrieren, sich entsprechend zu inszenieren und einen eloquenten Seelendoktor aufzusuchen; und sei es für wenige Sitzungen (prototypisch OGH 2 Ob 136/11 f EvBl 2013/3 [*Spitzer*] = ZVR 2012/204 [*Karner*], türkischer Gastarbeiter konnte € 300,- für Psychotherapie nachweisen; Schockschaden wurde daher – folgerichtigerweise – bejaht). Dass diese Rsp nicht nur ungerecht, sondern auch volkswirtschaftlich ineffizient ist, sei der guten Ordnung halber erwähnt. Die Pflege durch die eigenen Eltern ist zumeist die erfolgversprechendste Reha-Maßnahme; auch das Schadenersatzrecht sollte dafür die „richtigen“ Anreize schaffen.

*Christian Huber,
RWTH Aachen*

→ Kein Trauer- oder Schockschadenschmerzensgeld nach Tod des Bruders durch Behandlungsfehler

§ 1325 ABGB

Der erwachsene Bruder eines aufgrund eines Behandlungsfehlers in einer Krankenanstalt verstorbenen Patienten gehört nicht zum Kreis der durch den Behandlungsvertrag (mit)geschützten Personen, weil zwischen erwachsenen Geschwistern (bei generalisierender objektiver Betrachtung und

abstrakter Bewertung) keine derartig innige familiäre Beziehung besteht, dass der aus dem Behandlungsvertrag Hauptleistungspflichtige mit deren Einbeziehung in den geschützten Personenkreis rechnen müsste – daher Abweisung des Klagebegehrens auf Trauer- und Schockschadenschmerzensgeld. →

ZVR 2018/103

§ 1325 ABGB

OGH 29. 11. 2017,
7 Ob 105/17;
(OLG Wien
27. 3. 2017,
15 R 34/17 f.