

# Münchener Kommentar zum Straßenverkehrsrecht

## Band 3 Internationales Straßenverkehrsrecht

Herausgegeben von

**Dr. Michael Buse**

Rechtsanwalt und Avvocato

**Dr. Ansgar Staudinger**

Professor an der Universität Bielefeld



Zitervorschlag:  
MüKoStVR/Bearbeiter Kap./Land R.n.

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66353 6

© 2019 Verlag C. H. Beck oHG  
Wilhelmstraße 9, 80801 München  
Druck: Kösel GmbH & Co. KG  
Am Buchweg 1, 87452 Altusried-Krugzell

atz: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark

Umschlaggestaltung: Druckerei C. H. Beck Nördlingen  
(Adresse wie Verlag)

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier  
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

des Beweismaterials und des Prozessstoffs, soweit diese zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich waren. Vorprozessuale Kosten sind etwa Kosten für Gutachten, Detektivkosten, die Kosten eines Beweissicherungs- sowie eines Provisorialverfahrens oder Kosten für die Privatbeteiligung im Strafprozess.<sup>889</sup> Ob diese Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren, wird von der Rechtsprechung eher restriktiv gehandhabt.<sup>890</sup> So stehen vorprozessuale Gutachterskosten nur zu, wenn der Zustand einer Person oder Sache eine sofortige Begutachtung erforderlich macht.<sup>891</sup>

Für außergerichtliche **Mahn- und Inkassospesen** ist § 1333 Abs. 2 ABGB<sup>892</sup> anzuwenden,<sup>893</sup> der bestimmt, dass der Gläubiger neben den gesetzlichen Zinsen auch den Ersatz anderer Schäden geltend machen kann. Die Kosten müssen zweckentsprechend sein und in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen. Den Schuldner muss ein Verschulden treffen. Besteht Akzessorietät zum Hauptanspruch, sind nach Auffassung der Rechtsprechung Leistungen von Rechtsanwälten für außergerichtliche Betreibungs- und Einbringungsmaßnahmen (zB außergerichtliche Mahnschreiben) jedoch nach dem anwaltlichen Kostenrecht (§ 23 RATG) abzurechnen.<sup>894</sup> Dasselbe gilt für die Kosten für die Einholung eines Privatgutachtens.<sup>895</sup> 409

Kommt es nicht zu einem gerichtlichen Verfahren oder dienen die aufgewendeten Kosten nicht der Vorbereitung eines Gerichtsverfahrens, so können diese Kosten auch selbständig aus dem Titel des Schadenersatzes eingeklagt werden.<sup>896</sup> 410

## X. Schmerzensgeld<sup>897</sup>

**1. Allgemeines.** Im Unterschied zu Deutschland gibt es – gegenläufig zum Sachschaden – in Österreich eine Vielzahl höchstrichterliche Entscheidungen, die den Vorgang der Bemessung des Schmerzensgeldes präzisieren. Im Folgenden können nur die Eckpunkte mitsamt den Unterschieden zum deutschen Recht dargestellt werden, wobei eine Beschränkung auf das Verkehrsunfallrecht erfolgt.<sup>898</sup> An vertiefenden Werken zum Schmerzensgeld sei verwiesen auf das Standardwerk von *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*<sup>899</sup> sowie zum Schockschaden, Fernwirkungsschaden und Hinterbliebenengeld der Länderbericht Österreich im Handbuch Hinterbliebenengeld.<sup>900</sup> 411

Von vielen Geschädigten wird das Schmerzensgeld als der wichtigste Schadensposten im Rahmen des Personenschadens wahrgenommen. Das liegt daran, dass es insoweit keine sachlich kongruenten Sozialversicherungsleistungen gibt, sodass der Geschädigte diesen Schadensposten allein gegen den Ersatzpflichtigen durchsetzen muss, er ihm aber auch ausschließlich verbleibt. Schon bei mittelschweren und schweren Verletzungen sind indes die materiellen Schäden (Heilungskosten, vermehrte Bedürfnisse, Erwerbsschaden) um ein Vielfaches höher als das Schmerzensgeld.<sup>901</sup> Für das Verhältnis von Unterhaltersatz und Hinterbliebenengeld bei Tötung einer Person gilt Entsprechendes. 412

<sup>889</sup> *Deixler-Hübner/Klicka* 158; ausführlich Fasching/Konecny/M. Bydliniski § 41 Rn. 40 ff.

<sup>890</sup> *Buchegger/Markowetz* 194 f; *Reichberger/Fucik* Vor § 40 Rn. 5 ff.

<sup>891</sup> Fasching/Konecny/M. Bydliniski § 41 Rn. 36, 39.

<sup>892</sup> Mit § 1333 Abs. 2 wurde Art. 3 Abs. 1 lit. e Zahlungsverzugs-RL in das österreichische Recht umgesetzt.

<sup>893</sup> RIS-Justiz RS0117503; OGH 7.4.2003 – 2 Ob 251/02d, ZVR 2004/68.

<sup>894</sup> RIS-Justiz RS0120431; OGH 20.10.2005 – 3 Ob 127/05f, JBl 2006, 380; 22.12.2005 – 6 Ob 131/05s, EvBl 2006/69; M. Bydliniski Zak 2006, 108; aA ABGB-ON/Größ ABGB § 1333 Rn. 16 ff.

<sup>895</sup> Diff. OGH 11.10.2012 – 1 Ob 189/12v, JBl 2013, 181; 30.09.2009 – 9 Ob 7/09h, MietSlg 61.211; 7.2.2006 – 5 Ob 212/05w, Zak 2006/335.

<sup>896</sup> *Deixler-Hübner/Klicka* 158.

<sup>897</sup> Im österreichischen Sprachgebrauch ist der Begriff Schmerzensgeld gebräuchlich, im deutschen Schmerzensgeld.

<sup>898</sup> Ein weiteres großes Anwendungsgebiet ist das Arzthaftungsrecht.

<sup>899</sup> *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 10. Aufl. 2013, sowie halbjährlich erscheinend *Danzl*, CD-ROM Schmerzensgeld-Entscheidungen, zuletzt 2018/1.

<sup>900</sup> Ch. Huber in Ch. Huber/Kadner Graziano/Luckey, Hinterbliebenengeld (2018) Länderbericht Österreich 141 ff.

<sup>901</sup> *Reisinger* ZVR 2008, 49; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 118, 137a.

- 413 Dieser auch für das deutsche Recht zutreffende Befund gilt für Österreich umso mehr, als Haushaltsführerschaden und Pflegeleistungen höher als in Deutschland entschädigt werden,<sup>902</sup> während die Höchstzusprüche beim Schmerzensgeld in Österreich allenfalls 40 % der deutschen Werte erreichen.<sup>903</sup> Immerhin entfallen in Österreich 12 % der Aufwendungen der Kfz-Haftpflichtversicherer auf das Schmerzensgeld.<sup>904</sup>
- 414 Wie beim Sachschaden werden 98,5–99 % der Schadensfälle außergerichtlich reguliert. Die Forderungsanmeldung erfolgt meist durch einen Rechtsanwalt; vor allem bei schweren Verletzungen kommt es zur Einschaltung eines medizinischen Sachverständigen.<sup>905</sup>
- 415 Der Zufluss von Schmerzensgeld beim Geschädigten unterliegt unabhängig von der Auszahlungsform als Kapital oder Rente nicht der ESt.<sup>906</sup>
- 416 Ansprüche auf Schmerzensgeld unter Einschluss von Schockschaden, Fernwirkungsschaden und Angehörigenschmerzensgeld (in Deutschland als Hinterbliebenengeld bezeichnet) bestehen – anders als in Deutschland das Hinterbliebenengeld, das bei einer Vertragsverletzung nicht gebührt – bei jeder Anspruchsgrundlage, somit Delikt, Gefährdungshaftung und Vertrag.<sup>907</sup>
- 417 **2. Haftungsausschluss bei Arbeitsunfall (§ 333 Abs 1 ASVG) und Durchbrechung der Regel bei Einstandspflicht einer Kfz-Haftpflichtversicherung (§ 333 Abs 3 ASVG).** Bei einem Arbeitsunfall kommt es gemäß § 333 Abs 1 ASVG – der Entsprechung der §§ 104 ff. SGB VII im deutschen Recht – zu einem Haftungsausschluss, weil an die Stelle von Schadenersatzansprüchen gegen den Sozialversicherungsträger Ansprüche gegen die gesetzliche Unfallversicherung treten, die allein vom Arbeitgeber finanziert wird. Diese Regel gilt auch für die unechte Unfallversicherung.<sup>908</sup> Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass nach der OGH-Judikatur ein gestörter Gesamtschuldnerausgleich abgelehnt wird mit der Folge, dass ein solidarisch haftender Drittschädiger in vollem Ausmaß – auch für das Schmerzensgeld – einstandspflichtig ist.<sup>909</sup>
- 418 Abweichend von der deutschen Rechtslage besteht in solchen Fällen ein Schmerzensgeldanspruch, wenn es sich um einen Unfall handelt, für den ein Kfz-Haftpflichtversicherer einstandspflichtig ist, unabhängig davon, ob es sich um eine Teilnahme am allgemeinen Verkehr oder eine Dienstfahrt handelt.<sup>910</sup> Umschrieben wird das in der Weise, dass es sich um einen Arbeitsunfall durch ein Verkehrsmittel handeln muss, für das eine erhöhte gesetzliche Haftpflicht vorgesehen ist.
- 419 Der Sache nach geht es um den Zugriff auf die Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung; eine Belastung des Arbeitgebers findet faktisch nicht statt, weil letztlich die Kfz-Haftpflichtversicherung den Schaden zu tragen hat.<sup>911</sup> Folgerichtig ist daher die Ersatzpflicht auch bei einer an sich betraglich unbeschränkten Verschuldenshaftung auf die – jeweilige – Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung begrenzt.<sup>912</sup>
- 420 Bedenklich ist freilich, dass kein Anspruch gegeben sein soll, wenn der Arbeitgeber den Abschluss einer obligatorischen Kfz-Haftpflichtversicherung – schuldhaft – unterlassen

<sup>902</sup> Ch. Huber DAR 2010, 677; aA Reisinger ZVR 2008, 49 (51): Deutschland hat in allen Bereichen ein für den Geschädigten besonders luxuriöses Schadenersatzrecht.

<sup>903</sup> LG Aachen 30.11.2011 – 11 O 478/09, BeckRS 2012, 02052: 700.000 Euro; LG Innsbruck 27.6.2016 – 69 Cg 36/11k: 250.000 Euro.

<sup>904</sup> Reisinger ZVR 2008, 49.

<sup>905</sup> Fucik/Hartl/Schlosser Handbuch IV Rn. 664; Reisinger ZVR 2008, 49 (50).

<sup>906</sup> VfGH 7.12.2006 – B 242/06, ZVR 2007/75 mAnm Danzl.

<sup>907</sup> Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 30; Koziol Haftpflichtrecht II Rn. 88.

<sup>908</sup> OGH 18.11.2003 – 1 Ob 251/03y: Unfall in der Schule; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 126.

<sup>909</sup> Nachweise bei Neumayr/Huber/Ch. Huber in Schwimann/Kodek, PraxisKomm, ASVG § 332 Rn. 52 f. mit Kritik der Literatur.

<sup>910</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 604.

<sup>911</sup> Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 126a.

<sup>912</sup> OGH 2.7.1998 – 2 Ob 181/98a, SZ 71/120 = ZVR 1998/123; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 126a.

hat.<sup>913</sup> Die Regeln des Zugriffs auf die Kfz-Haftpflichtversicherung gelten auch für langsam fahrende Kfz nach § 1 Abs 2 lit b KfG, wenn anstelle der Kfz-Haftpflichtversicherung der Fachverband der Versicherungsunternehmen nach § 6 VOEG einstandspflichtig ist.<sup>914</sup>

Bei grob fahrlässiger Verletzung von Arbeitnehmerschutzvorschriften steht nach österreichischem Recht – anders als nach deutschem Recht – dann, wenn bei einem Arbeitsunfall der verletzte Arbeitnehmer bei einem Dauerschaden Anspruch auf eine Versehrtenrente hat, diesem nach § 213a ASVG zusätzlich ein Anspruch auf Integritätsabgeltung gegen die gesetzliche Unfallversicherung zu. 421

### 3. Ideeller Schaden bei Körperverletzung oder Gesundheitsbeeinträchtigung. 422

**a) Verletzung.** Es geht um eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität unter Einschluss der psychischen Sphäre. Eine äußerlich sichtbare Verletzung ist keine Voraussetzung für den Zuspruch von Schmerzensgeld.<sup>915</sup> Auch für geistige Erkrankungen und Neurosen gebührt Schmerzensgeld.<sup>916</sup> HWS-Verletzungen spielen in Österreich – jedenfalls in der höchstrichterlichen Judikatur – keine Rolle; womöglich haben die Äpler eine besonders geschmeidige Halswirbelsäule.<sup>917</sup>

Möglich ist aber auch, dass die gegenüber Deutschland höheren Revisionsgrenzen dazu führen, dass der OGH keine Gelegenheit hat, sich zu Kausalität und Bemessung von Schmerzen bei HWS-Verletzungen zu äußern.<sup>918</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*<sup>919</sup> bezeichnen solche Verletzungen als anrühiges, weil nur schwer objektivierbares Beispiel.<sup>920</sup> Kein Ersatz gebührt bei bloßer Aufregung, Unbehagen und Unlustgefühlen,<sup>921</sup> so etwa nicht bei starkem und unangenehmem Ölgeruch in einem Einfamilienhaus.<sup>922</sup> 423

**b) Zielsetzung.** Beim Schmerzensgeld nach österreichischem Recht geht es allein um Ausgleich.<sup>923</sup> Eine Genugtuung iS des deutschen Rechts spielt keine Rolle. Folgerichtig ist es daher, dass das Ausmaß des Verschuldens für die Bemessung ohne Bedeutung ist.<sup>924</sup> In einer Vielzahl von Entscheidungen<sup>925</sup> drückt der OGH sich in etwa so aus: Das Schmerzensgeld soll Genugtuung sein für alles Ungemach, das der Geschädigte wegen seiner Verletzungen und deren Folgen zu erdulden hat; es soll den Verletzten in die Lage versetzen, sich als Ersatz für die Leiden und anstelle der ihm entzogenen Lebensfreude auf andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen.<sup>926</sup> Anstelle des Wortes Genugtuung sollte, um Verwechslungen mit dem mit einem anderen Bedeutungsinhalt im deutschen Recht versehenen Terminus zu vermeiden, der Ausdruck Abgeltung stehen. 424

**c) Schmerzen. aa) Schmerzensgeldniveau – namentlich im Vergleich zu Deutschland.** Betrachtet man die Höchstzusprüche beim Schmerzensgeld, liegen diese in Österreich während der letzten 50 Jahre stets zwischen einem Drittel und 40 Prozent der deutschen Werte; und das ungeachtet aller Beteuerungen in der österreichischen höchstrichterlichen Judikatur, das Schmerzensgeld gerade bei schweren und schwersten Verletzungen 425

<sup>913</sup> So OGH 9 ObA 48/11s: Dann kein Anspruch des verletzten Arbeitnehmers.

<sup>914</sup> OGH 17.3.2016 – 2 Ob 112/15g, SZ 2016/35 = ÖJZ 2016/110: Gabelstapler; OGH 26.1.2017 – 2 Ob 20/16d, Zak 2017/203 = *ecolex* 2017/287: Elektrohustapler unter Bezugnahme auf die gesetzliche Neufassung in BGBl 2017/19.

<sup>915</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 617.

<sup>916</sup> OGH 28.10.1993 – 2 Ob 46/93, ZVR 1995/73.

<sup>917</sup> Zur medizinischen Sicht *Laubichler* RZ 2006, 30.

<sup>918</sup> Zum Vergleich mit der deutschen Rechtslage *Ch. Huber* ZVR 2011, 423.

<sup>919</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 609.

<sup>920</sup> Zur durchaus reichhaltigen Judikatur der Instanzgerichte *Danzl* ZVR 2011, 312.

<sup>921</sup> OGH 12.7.2000 – 9 Ob 36/00k, ZVR 2001/33; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 607, 609.

<sup>922</sup> OGH 7.10.2011 – 5 Ob 176/11k, Zak 2011/793 = *ecolex* 2012/7; *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 105.

<sup>923</sup> *Koziol* Haftpflichtrecht II Rn. 93: Abgeltung des Gesamtkomplexes der Schmerzempfindungen.

<sup>924</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 604.

<sup>925</sup> OGH 7.6.2016 – 10 Ob 89/15h, ZVR 2017/93 = JBl 2016, 795; OGH 22.1.2015 – 2 Ob 175/14w, Zak 2015/241 = *ecolex* 2016/9; OGH 3.2.2005 – 2 Ob 261/04b, ZVR 2005/118 mAnm *Danzl*.

<sup>926</sup> *Koziol* Haftpflichtrecht II Rn. 93.

deutlich über die Inflationsrate hinaus anzuheben. Das höchste Schmerzensgeld, das der OGH zuerkannt hat, beläuft sich auf 218.000.- Euro; eine inflationsmäßige Aufwertung nach dem Verbraucherpreisindex würde derzeit (September 2018) zu einem Betrag von ca 300.000.- Euro führen;<sup>927</sup> das LG Innsbruck<sup>928</sup> hat den nominell höchsten Betrag mit 250.000.- Euro zugesprochen.

426 Der Höchstanspruch in Deutschland ist der des LG Aachen<sup>929</sup> mit 700.00.- Euro. Allerdings dürfte das gegenüber Deutschland geringere Schmerzensgeldniveau in Österreich mehr als kompensiert werden durch die in Österreich höheren Ersatzbeträge bei Haushaltsführung und Pflegedienstleistungen. Österreich liegt beim Schmerzensgeld im europäischen Vergleich im oberen Mittelfeld.<sup>930</sup>

427 Auch wenn bei jedem Zuspruch auf die besonderen Umstände des Einzelfalles abzustellen ist, dürften bei weniger gravierenden Verletzungen die Unterschiede zwischen Deutschland und Österreich gering(er) sein. Das ist jedenfalls das Ergebnis einer empirischen Untersuchung zu Armbruch, Bänderverletzung, Unterschenkelbruch, Gesichtsverletzungen und Schleudertrauma; insofern ergaben sich kaum signifikante Unterschiede bei dem von den Tatgerichten zuerkannten Schmerzensgeldern.<sup>931</sup>

428 **bb) Körperliche und seelische Schmerzen.** Sind seelische Schmerzen Folge einer Körperverletzung, sind solche seelische Schmerzen, mit denen bei einer solchen Körperverletzung typischerweise zu rechnen ist, im Rahmen der Bemessung von Amts wegen – somit ohne besonderes Vorbringen – zu berücksichtigen.<sup>932</sup> Solche seelische Schmerzen müssen nicht für sich Krankheitswert haben.<sup>933</sup> Treten seelische Schmerzen isoliert auf, gebührt Ersatz nur bei schwer wiegenden Eingriffen in die psychische Sphäre.<sup>934</sup> Das ist gegeben, wenn sie aus ärztlicher Sicht eine Therapie erfordern, somit behandlungsbedürftig<sup>935</sup> oder wenigstens diagnostizierbar und somit medizinisch fassbar sind.<sup>936</sup> Das ist insbesondere gegeben, wenn die Folgen einer seelischen Erkrankung nicht von selbst abklingen oder wenn ohne ärztliche Behandlung dauernde gesundheitliche Störungen zu befürchten sind.<sup>937</sup>

429 **cc) Bemessungsdeterminanten. (1) Rolle des medizinischen Sachverständigen.** Nur in einfachsten Fällen mit geringem Streitwert erfolgt die Regulierung des Schmerzensgeldanspruchs ohne Einschaltung eines medizinischen Sachverständigen.<sup>938</sup> Das Gutachten des medizinischen Sachverständigen ist von zentraler Bedeutung. Der medizinische Sachverständige hat Art, Dauer und Intensität der Schmerzen festzustellen; bei der Intensität hat er anzugeben, ob es sich um leichte, mittlere, schwere oder qualvolle Schmerzen handelt bzw handeln wird.<sup>939</sup> Der medizinische Sachverständige muss sich bezüglich der künftigen Schmerzen dazu äußern, ob diese auszuschließen, möglich sind oder mit einem bestimmten Beweismaß eintreten werden und in welcher Intensität und in welchem Ausmaß das in welchem Zeitfenster der Fall sein wird.

430 Sofern es sich um ein Mitverschulden wegen Unterlassens des Anschnallens des Sicherheitsgurts sowie der Tragung von Schutzkleidung nach § 106 KfG handelt,<sup>940</sup> hat er zur

<sup>927</sup> Koziol Haftpflichtrecht II Rn. 127.

<sup>928</sup> LG Innsbruck 27.6.2016 – 69 Cg 36/11k; dazu *Danzl* ZVR 2016, 456.

<sup>929</sup> LG Aachen 30.11.2011 – 11 O 478/09, BeckRS 2012, 02052; zur Rechtsprechung in Deutschland bei besonders hohen Schmerzensgeldern *Jaeger* ZVR 2013, 112; zur Rechtsprechung in Österreich bei besonders schweren Verletzungen *Kolmasch* Zak 2007, 109.

<sup>930</sup> *Karner* ZVR 2016, 112 (119); *Reisinger* ZVR 2008, 49 (51).

<sup>931</sup> *Flatscher-Thöni/Leiter-Scheiring/Winner* JRP 2014, 85 (87).

<sup>932</sup> OGH 17.5.1988 – 2 Ob 51/88, ZVR 1989/135; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 106; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 618.

<sup>933</sup> *Koziol* Haftpflichtrecht II Rn. 95.

<sup>934</sup> *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 106.

<sup>935</sup> OGH 30.11.2006 – 8 Ob 133/06a, EF-Z 2007/33 mAnm *Gitschthaler*.

<sup>936</sup> OGH 21.5.2003 – 2 Ob 120/02i, ZVR 2004/25 = JBl 2004, 176; *Koziol* Haftpflichtrecht II Rn. 97.

<sup>937</sup> *Fucik/Hartl* RZ 1994, 148.

<sup>938</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 641.

<sup>939</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 646, 670.

<sup>940</sup> Näheres → Rn. 463.

Kausalität der betreffenden Unterlassung und deren Auswirkung auf die Schmerzen Stellung zu nehmen. Außer Streit steht, dass der medizinische Sachverständige die jeweiligen Tatfragen zu klären hat, die Bemessung des Schmerzensgeldes aber eine in die Zuständigkeit des Gerichts fallende Rechtsfrage ist,<sup>941</sup> was Auswirkungen auf die Überprüfung durch ein Rechtsmittel an das Höchstgericht hat.

**(2) Spannungsverhältnis zwischen Einzelfallbeurteilung und objektivem Maßstab.** Die Bemessung des Schmerzensgeldes bewegt sich zwischen folgenden Polen: Abzustellen ist auf die Umstände des Einzelfalles; zur Vermeidung von Ungleichmäßigkeit ist indes ein objektiver Maßstab anzulegen.<sup>942</sup> Bald betont der OGH – zur Vermeidung von Ungleichmäßigkeit – die objektivierbaren Kriterien,<sup>943</sup> in anderen Entscheidungen wird darauf hingewiesen, dass auch die subjektiven Umstände nicht völlig außer Betracht bleiben dürfen.<sup>944</sup>

Auf die objektiven Kriterien nimmt er bei einer ungebührlichen Überklagung Bezug.<sup>945</sup> Nicht immer hat der OGH ausreichend im Blick, für welchen Zeitraum ein bestimmter Zuspruch erfolgt.<sup>946</sup> Der OGH<sup>947</sup> betont, dass das Schmerzensgeld insbesondere bei schweren Verletzungen nicht zu knapp ausfallen soll und ermuntert die Tatgerichte zu einer im Vergleich zu einer Vorentscheidung vorzunehmenden Anhebung des Zuspruchs über die Inflationsrate hinaus bzw billigt solche Zusprüche.<sup>948</sup>

**(3) Globalsumme und nicht Tagessätze.** Namentlich in der außergerichtlichen Praxis,<sup>949</sup> aber auch der der Instanzgerichte,<sup>950</sup> haben die Tagessätze – differenziert nach leichten, mittleren, schweren und qualvollen Schmerzen – zentrale Bedeutung,<sup>951</sup> sie sollen zu einer einigermaßen vorhersehbaren Bemessung führen.<sup>952</sup> In der Judikatur wird betont, dass es sich insoweit lediglich um eine Bemessungshilfe, nicht aber eine Berechnungsmethode handle;<sup>953</sup> den Besonderheiten des Einzelfalles müsse Rechnung getragen werden,<sup>954</sup> zudem würden bei einem ausschließlichen Abstellen auf Tagessätze psychische Beeinträchtigungen nicht ausreichend berücksichtigt.<sup>955</sup>

<sup>941</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 670.

<sup>942</sup> Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 32; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 108.

<sup>943</sup> OGH 26.2.2009 – 1 Ob 5/09f, ZVR 2010/7 m Anm Ch. Huber: Höhe des Schmerzensgeldes hat sich in erster Linie an objektivierbaren Kriterien zu orientieren.

<sup>944</sup> Zum Beispiel OGH 26.7.2006 – 3 Ob 116/05p, ZVR 2006/202 mAnm Karner = ecolex 2007/4 mAnm Wilhelm; dazu Hinghofer-Szalkay/Prisching ZVR 2007, 116; Prisching, Zak 2007, 143; Karner, ZVR 2010, 280.

432–432 Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 605.

<sup>945</sup> OGH 17.10.2012 – 3 Ob 183/12a, ZVR 2013/159 mAnm Ch. Huber: Schmerzensgeldbegehren von 1 Mio Euro; noch krasser OGH 28.4.2015 – 5 Ob 175/14t, iFamZ 2015/139 mAnm Parapatits: Schmerzensgeldbegehren 1,8 Mio Euro. Es ist darauf hinzuweisen, dass selbst unter Anlegung der Aufwertung nach dem Verbraucherpreisindex bisher ein Höchstzuspruch von 300.000 Euro erfolgte. Eine Steigerung auf das 3- bzw 6-fache war daher völlig unrealistisch.

<sup>946</sup> OGH 11.9.2014 – 2 Ob 83/14s, Zak 2014/722: 170.000 Euro an eine 48-jährige Frau bis zum Ende der mündlichen Verhandlung, als diese 51 Jahre alt war, somit gerade einmal für 3 Jahre; kritisch Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 117: Dieser Zuspruch ist enorm großzügig und fällt aus dem Rahmen.

<sup>947</sup> OGH 11.9.2014 – 2 Ob 83/14s, Zak 2014/722; OGH 26.2.2003 – 7 Ob 281/02b, JBl 2003, 650.

<sup>948</sup> Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 39; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 646; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 108, 118; OGH 22.3.2018 – 2 Ob 218/17y, Zak 2018/335; OGH 18.12.2009 – 2 Ob 105/09v, ZVR 2011/67 mAnm Kathrein = Zak 2010/196.

<sup>949</sup> Reisinger ZVR 2008, 49 (50): Hinweis, dass durch individuelle Zuschläge ein weitgehender Verhandlungsspielraum bestehe.

<sup>950</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 646.

<sup>951</sup> Koziol Haftpflichtrecht II Rn. 124: Sie bieten wertvolle Anhaltspunkte für eine erste Orientierung.

<sup>952</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 646.

<sup>953</sup> OGH 20.1.2005 – 2 Ob 292/04m, ZVR 2005/109 mAnm Danzl; OGH 14.10.2003 – 1 Ob 200/03y, ZVR 2004/49.

<sup>954</sup> Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 33.

<sup>955</sup> OGH 20.1.2005 – 2 Ob 292/04m, ZVR 2005/109 mAnm Danzl.

- 435 Auch wenn die Differenzierung in leichte, mittlere, schwere und qualvolle Schmerzen nicht nur für körperliche, sondern auch für seelische Schmerzen gilt,<sup>956</sup> werden diese mitunter durch einen (pauschalen) Aufschlag zu den körperlichen Schmerzen abgegolten. Jedenfalls erfolgt kein gesonderter Ausweis für körperliche und seelische Schmerzen.<sup>957</sup> Um eine je schwerere Verletzung es sich handelt, umso eher ist ein Abweichen – im Sinn einer Verminderung des Zuspruchs – zu beobachten.<sup>958</sup> Die nach OLG-Sprengeln (in Österreich vier, nämlich Wien, Linz, Graz und Innsbruck) geringfügig unterschiedlichen Tagessätze<sup>959</sup> werden jährlich von *Hartl*<sup>960</sup> veröffentlicht. Folgende Tagessätze sind derzeit die aktuellen: Für leichte Schmerzen 110 Euro bis 150 Euro, für mittlere Schmerzen 220 Euro bis 250 Euro und für schwere 300 Euro bis 400 Euro; qualvolle Schmerzen werden jeweils individuell bemessen.
- 436 Die Ermittlung des gebührenden Schmerzensgeldbetrags wird entweder durch Aufsuchen einer passenden Vorentscheidung zum möglichst gleichen Verletzungsbild ermittelt, bei der freilich eine Aufwertung nach dem Verbraucherpreis zu erfolgen hat; oder es erfolgt ein Herantasten durch Aufsuchen einer Vorentscheidung mit einem – ebenfalls mit dem Verbraucherpreisindex aufzuwertenden – Ersatzbetrag; und dann stellt man eine Vergleichsbetrachtung an, ob dieser auch für den zu beurteilenden Fall angemessen sein könnte, weil es sich um ein vergleichbares Verletzungsbild handelt.<sup>961</sup> Nach letzterem Ansatz sollte jedenfalls eine derartige Kontrollbetrachtung angestellt werden, um die Plausibilität des Begehrens zu überprüfen. Hinzuweisen ist darauf, dass die Aufwertung früherer Entscheidungen nach dem Datum der Entscheidung des Erstgerichts als Annäherung an den Zeitpunkt des Endes der mündlichen Hauptverhandlung erster Instanz in der österreichischen Judikatur ein konkreter Bezugspunkt und nicht nur ein vager Anhaltspunkt ist.<sup>962</sup>
- 437 **(4) Schwere der Verletzung oder Leidensdauer.** Umstritten ist, ob es bei einem Dauerschaden primär auf die Schwere der Verletzung<sup>963</sup> oder die Leidensdauer ankommt.<sup>964</sup> Eine Orientierung an dem Präjudiz aus der Schmerzensgeldtabelle betont die Schwere der Verletzung.<sup>965</sup> Eine Bezugnahme auf die Zielsetzung des Schmerzensgeldes, dass sich der Anspruchsteller Annehmlichkeiten und Erleichterungen für die ihm zugefügte Beeinträchtigung verschaffen kann, muss dazu führen, dass die Leidensdauer die zentrale Bemessungsde-terminante ist.<sup>966</sup>
- 438 Das leuchtet auch unmittelbar ein: Wer länger leidet, hat mehr Schmerzen und demgemäß einen höheren Anspruch. Beachtlich ist dabei, dass die allererste Phase des Umgewöhnens von einem Zustand, in dem der Anspruchsteller zunächst kerngesund und nach der Schädigung beträchtlich beeinträchtigt ist, besonders schmerzlich ist, sodass dafür ein höhe-

<sup>956</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 648.

<sup>957</sup> *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 117.

<sup>958</sup> OGH 17.2.2014 – 4 Ob 204/13y, ZVR 2015/8 = JBl 2014, 804: Auf Basis der Schmerzperioden hätte sich ein höheres Schmerzensgeld ergeben; unter Berücksichtigung des höchsten bisher zuerkannten Schmerzensgeldes wurde der Zuspruch ungeachtet der Berücksichtigung der Geldentwertung aber reduziert; kritisch *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 117.

<sup>959</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 649: Weitgehende Angleichung in den letzten Jahren.

<sup>960</sup> Zuletzt *Hartl* RZ 2018, 54.

<sup>961</sup> *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 108a.

<sup>962</sup> OGH 9.4.2015 – 2 Ob 214/14f, ZVR 2015/201mAnm *Ch. Huber*; OGH 24.8.2011 – 3 Ob 128/11m, ZVR 2012/129 mAnm *Ch. Huber* = Zak 2011/627; OGH 23.3.2007 – 2 Ob 233/06p, ZVR 2007/237 mAnm *Ch. Huber* = Zak 2007/421; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 108.

<sup>963</sup> *Koziol* FS Hausheer (2002), 597 (600).

<sup>964</sup> *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 109 f.; *ders.* VersR 2016, 73; *ders.* in *Schaffhauer/Bächli/Dähler/Landolt/Liniger/Peter* (Hrsg.), Jahrbuch zum schweizerischen Straßenverkehrsrecht 2016, 98 (110 f); *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 32.

<sup>965</sup> OGH 30.1.2003 – 2 Ob 314/02v, ZVR 2004/37: Hohe Querschnittslähmung, Tod 10 Monate nach dem Unfall; Zuspruch von 61.500.- Euro begründet mit dem (pauschalen) Hinweis, bei Schwereverletzungen insgesamt höhere Schmerzensgeldbeträge zuzuerkennen.

<sup>966</sup> OGH 25.10.1996 – 1 Ob 2227/96y, ZVR 1997/82: Maßgeblich Dauer und Intensität der Schmerzen; OGH 15.3.2012 – 6 Ob 12/12a, Zak 2012/354: Stimmbandverletzung, Alter bei Schadenszufügung 30 Jahre, Lebenserwartung 82 Jahre; allererste Phase der Eingewöhnung besonders schmerzlich.

rer Betrag anzusetzen ist. Bei der anschließenden Phase ist aber zu beachten, dass die Abgeltung – im Ausgangspunkt proportional – höher ausfallen muss, je länger der Geschädigte leidet. Wie auch sonst bei einer Kapitalzahlung ist einerseits zu beachten, dass das Äquivalent für die künftigen Beeinträchtigungen mit der Inflationsrate aufgewertet werden muss, die künftigen Beträge aber abgezinst werden müssen. Bei den derzeitigen wirtschaftlichen Verhältnissen ist zu beachten, dass die – durchaus mäßige – Inflationsrate höher ist als die bei mündelsicherer Anlage erzielbaren Zinsen.<sup>967</sup>

**(5) Bedeutsame Kriterien.** Besondere Umstände können zu einem höheren Schmerzensgeld führen;<sup>968</sup> insoweit bedarf es freilich eines substantiierten anwaltlichen Vortrags: Von der Leidensdauer, für die das Alter des Verletzten typischerweise bedeutsam ist, weil die Schmerzdauer umso länger ist, je jünger die verletzte Person ist, sofern die Verletzung zu keiner Herabsetzung der Lebenserwartung führt, ist zu unterscheiden, dass manche Beeinträchtigungen in einem bestimmten Lebensalter besonders schmerzhaft sind.<sup>969</sup> 439

Verwiesen sei darauf, dass wegen des Bewegungsdrangs eine Beinamputation bei einem 14-jährigen besonders belastend ist;<sup>970</sup> ebenso die Blindheit seit Geburt<sup>971</sup> oder die Verunmöglichung sexuell-partnerschaftlicher Aktivitäten (auch noch) bei einer 56-jährigen sportlichen Frau.<sup>972</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*<sup>973</sup> verweisen auf ältere Entscheidungen, die betonen, dass eine Entstellung bei einer Frau schwerer wiege als bei einem Mann, bezeichnen das aber zu Recht als – heute – fragwürdig. Nur bei einer Frau beachtlich sein kann der Verlust der Gebärfähigkeit.<sup>974</sup> 440

Ein Zuschlag gebührt wegen der Ungewissheit des Heilungsverlaufs<sup>975</sup> oder der Sorge wegen einer verringerten Lebenserwartung.<sup>976</sup> Entsprechendes gilt bei der Ungewissheit, den Beruf je wieder ausüben zu können;<sup>977</sup> der verlorenen Fähigkeit, Sport auszuüben<sup>978</sup> oder aus einem besonders sportlichen Leben gerissen worden zu sein.<sup>979</sup> 441

**(6) Worauf kommt es nicht an.** Die Vermögensverhältnisse von Geschädigtem und Schädiger sind unbeachtlich.<sup>980</sup> Auch die soziale Stellung und kulturelle Bedürfnisse sollen keine Rolle spielen.<sup>981</sup> Wenn freilich die Beeinträchtigung bei der Sportausübung zu berücksichtigen ist, ist nicht einzusehen, warum das für andere Hobbies nicht gelten sollte. Wird der Verletzte an der Ausübung des Spielens eines Musikinstruments gehindert, wäre mE nicht einzusehen, warum das unbeachtlich bleiben sollte.<sup>982</sup> 442

Einigkeit besteht nach österreichischem Recht, dass das Ausmaß des Verschuldens keinen Einfluss auf die Höhe des Schmerzensgeldes haben soll.<sup>983</sup> Anders als im deutschen Recht 443

<sup>967</sup> *Ch. Huber* zfs 2018 484 (493 f.); *ders.* in *Schaffhauser/Bächli/Dähler/Landolt/Liniger/Peter* (Hrsg.), Jahrbuch zum schweizerischen Straßenverkehrsrecht 2016, 98 (113).

<sup>968</sup> *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 32.

<sup>969</sup> Für die grundsätzliche Unbeachtlichkeit des Alters *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 643.

<sup>970</sup> OGH 18.12.2009 – 2 Ob 105/09v, ZVR 2011/67 mAnm *Kathrein* = Zak 2010/196.

<sup>971</sup> OGH 24.8.2011 – 3 Ob 128/11m, ZVR 2012/129 mAnm *Ch. Huber* = Zak 2011/627.

<sup>972</sup> OGH 22.1.2015 – 2 Ob 175/14w, Zak 2015/241 = *ecolex* 2016/9; zustimmend *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 111.

<sup>973</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 643.

<sup>974</sup> OGH 16.9.1985 – 1 Ob 619/85.

<sup>975</sup> OGH 22.1.2015 – 2 Ob 175/14w, Zak 2015/241 = *ecolex* 2016/9; Zukunfts- und Todesangst, Warten auf eine Spenderleber.

<sup>976</sup> OGH 7.6.2016 – 10 Ob 89/15h, ZVR 2017/93 = *JB* 2016, 795; Angst wegen verringerter Lebenserwartung; *Koziol*, Haftpflichtrecht II Rn. 102.

<sup>977</sup> OGH 17.5.1988 – 2 Ob 51/88, ZVR 1989/135; Schauspielerin.

<sup>978</sup> OGH 10.4.1980 – 8 Ob 48/80, ZVR 1981/17.

<sup>979</sup> OGH 22.1.2015 – 2 Ob 175/14w, Zak 2015/241 = *ecolex* 2016/9.

<sup>980</sup> *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 32; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 644; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 115; kritisch *Reisinger* ZVR 2008, 49 (53) unter Hinweis darauf dass es auch beim Erwerbsschaden des Geschädigten anders sei.

<sup>981</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 644.

<sup>982</sup> *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 115; ähnlich *Reisinger* ZVR 2008, 49 (53).

<sup>983</sup> *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 32; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 604, 644; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 116.

gibt es nach der österreichischen Rechtsprechung keinen Zuschlag wegen vorsätzlicher Verschleppung der Regulierung durch den Ersatzpflichtigen, typischerweise den Haftpflichtversicherer.<sup>984</sup>

- 444 **dd) Grundsatz der einmaligen Bemessung. (1) Regelfall.** Im Regelfall soll sich ein Gericht nur einmal mit der Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes befassen müssen.<sup>985</sup> Die zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz nach dem gewöhnlichen Lauf zu erwartenden, auch dem Umfang nach abschätzbaren künftigen Schmerzen sind in die Bemessung einzubeziehen;<sup>986</sup> diese können – auch bei einem Vorbehalt und/oder einer Feststellungsklage – in späterem Verfahren nicht mehr geltend gemacht werden.<sup>987</sup>
- 445 Maßgeblich ist dieser Zeitpunkt, nicht der Zeitpunkt der Untersuchung des Verletzten durch den medizinischen Sachverständigen oder der Zeitpunkt des Vorliegens des medizinischen Gutachtens. Der Anwalt des Geschädigten muss gegebenenfalls eine Anpassung seines Klagebegehrens vornehmen.<sup>988</sup> Im Zuge der Regulierung erfolgte Abschlagszahlungen sind nach dem Verbraucherpreisindex aufzuwerten.<sup>989</sup>
- 446 Es gebührt im Regelfall ein einmaliger Kapitalbetrag nach dem Kenntnisstand des Verletzten zum Ende der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz. Zu beachten ist, dass der Anspruchsteller meist ein medizinischer Laie ist. Liegt ein medizinisches Sachverständigen-gutachten vor, muss der Geschädigte sich dieses Wissen aber zurechnen lassen. Eine Obliegenheit zur Einholung eines medizinischen Sachverständigen-gutachtens trifft ihn aber nicht.<sup>990</sup>
- 447 **(2) Ausnahme: Mehrmalige Bemessung.** Ausnahmsweise kommt eine mehrmalige Bemessung in Betracht. Das ist dann der Fall, wenn kein Dauer- bzw Endzustand vorliegt, Schmerzen zum Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz noch nicht endgültig überschaubar erscheinen<sup>991</sup> oder wenn nach dem Grundsatz der Globalbemessung nicht zu erwartende Schmerzen eintreten, mit denen nicht ernstlich zu rechnen war,<sup>992</sup> oder prozes-suale Gründe eine abschließenden Globalbemessung verhindert haben.<sup>993</sup> Die Beweislast dafür, dass ein Begehren auf volle Abgeltung sämtlicher Schmerzen im Vorprozess nicht möglich war und der Anspruchsteller somit nach einem vorangehenden Zuspruch einen Nachschlag fordern kann, trägt der Geschädigte.<sup>994</sup>
- 448 Bei mehrmaliger Bemessung darf insgesamt nicht mehr herauskommen, als hätte sich das Gericht nur einmal mit der Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes befassen müssen. Vorangehende Zahlungen sind mit dem Verbraucherpreisindex aufzuwerten.<sup>995</sup> Eine

<sup>984</sup> Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 116.

<sup>985</sup> OGH 7.6.2016 – 10 Ob 89/15h, ZVR 2017/93; OGH 11.9.2014 – 2 Ob 83/14s, Zak 2014/722 = JBl 2016, 795; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 117.

<sup>986</sup> OGH 24.8.2011 – 3 Ob 128/11m, ZVR 2012/129 mAnm Ch. Huber = Zak 2011/627: In concreto bei Blindheit seit der Geburt bejaht; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 127; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 653.

<sup>987</sup> *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 35.

<sup>988</sup> OGH 16.5.2017 – 2 Ob 59/17s, ÖJZ 2017/135 mAnm *Rohrer* = Zak 2017/372: Bedeutsam ist nicht der Zeitpunkt der Einholung des Sachverständigen-gutachtens, sondern das Ende der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz.

<sup>989</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 651.

<sup>990</sup> OGH 17.2.2011 – 2 Ob 103/10a, Zak 2011/334; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 127.

<sup>991</sup> OGH 19.1.2011 – 3 Ob 241/10b, ZVR 2011/243 mAnm Ch. Huber = *ecolex* 2011/227; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 35.

<sup>992</sup> OGH 29.8.2017 – 5 Ob 120/17h, Zak 2017/615.

<sup>993</sup> *Neumayer* ZVR 2012, 324.

<sup>994</sup> OGH 10.7.2003 – 2 Ob 154/03s; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 669; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 129.

<sup>995</sup> OGH 30.8.2011 – 2 Ob 240/10y, ZVR 2012/175 mAnm *Neumayer*; OGH 19.1.2011 – 3 Ob 241/10b, ZVR 2011/243 mAnm Ch. Huber = *ecolex* 2011/227; OGH 8.2.2008 – 9 Ob 38/07i, ZVR 2008/154 mAnm Ch. Huber; OGH 1.3.2005 – 2 Ob 8/05y, ZVR 2006/43; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 36; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 653.

Bemessung ist so vorzunehmen, wie wenn das nachträgliche Wissen schon ursprünglich vorhanden gewesen wäre.<sup>996</sup>

**(3) Einzelne Konstellationen. (aa) Vorläufige Globalbemessung.** Sind zum Ende der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz die künftigen Schmerzen entweder noch gar nicht<sup>997</sup> oder jedenfalls nicht in ihrem Umfang mit ausreichender Sicherheit abzuschätzen, kann der Geschädigte im Weg einer Teilklage eine Abgeltung der Schmerzen bis zum Ende der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz verlangen.<sup>998</sup> Lediglich eine solche Teilbemessung ist zulässig, somit eine zeitliche Begrenzung bis zu diesem Zeitpunkt.<sup>999</sup> Unzulässig wäre aber eine Differenzierung nach Verletzungen.<sup>1000</sup>

Unstatthaft ist nach der OGH-Rechtsprechung in einem solchen Fall auch eine Einbeziehung von künftigen Schmerzen, auch soweit diese mit ausreichender Sicherheit abschätzbar sind.<sup>1001</sup> Das ist dann gegeben, wenn Schmerzen in einem bestimmten Mindestausmaß sicher eintreten werden, aber ein darüber hinausgehendes Ausmaß unsicher ist. Wenn das Gericht bei einer Nachklage annimmt, dass künftige Schmerzen bei erstmaligem Begehren ausreichend verlässlich abzuschätzen gewesen wären, ist eine Nachklage auch trotz Vorbehalts und Feststellungsklage unzulässig.<sup>1002</sup> Wenn für den Geschädigten – mit hinreichender Gewissheit – absehbar ist, dass künftige Schmerzen eintreten werden, er aber deren Ausmaß nicht abschätzen kann, muss er – auch zur Abwendung der Verjährung – eine Feststellungsklage erheben.<sup>1003</sup>

Bedeutsam ist, dass das medizinische Sachverständigengutachten sich möglichst klar ausdrückt, ob künftige Schmerzen sicher eintreten werden, auch das Ausmaß sich abschätzen lässt oder bloß dieses ungewiss ist, oder künftige Schmerzen bloß möglich sind.<sup>1004</sup> Wenn das medizinische Sachverständigengutachten mehrdeutig ist, können folgende Komplikationen auftreten:<sup>1005</sup>

Der Geschädigte versteht das fälschlich in der Weise, dass eine abschließende Beurteilung noch nicht möglich ist und erhebt deshalb bloß eine Teilklage, die die Abgeltung der Schmerzen bis zur letzten mündlichen Streitverhandlung beinhaltet. Das Gericht versteht das Sachverständigengutachten aber gegenteilig und nimmt eine Globalbemessung vor.<sup>1006</sup> Da der Geschädigte aber nicht mehr verlangt hat, wird auch nicht mehr zugesprochen; allerdings ist dann eine Nachklage ausgeschlossen.<sup>1007</sup> Oder aber der Geschädigte versteht das Gutachten in der Weise, dass auch eine Einbeziehung der künftigen Schmerzen möglich ist, das Gericht nimmt aber bei gegenteiligem Verständnis des Gutachtens bloß eine Teilbemessung vor.<sup>1008</sup> Das führt in diesem Fall – lediglich – zu einer Teilabweisung, allenfalls mit negativen Kostenfolgen für den Kläger, eröffnet diesem aber eine Nachklage.

**(bb) Nachklage nach vorangehender Globalbemessung – ergänzende Schmerzgeldbemessung.** Nach einer vorangehenden Globalbemessung kommen eine Nach-

<sup>996</sup> Neumayer ZVR 2012, 324 (326).

<sup>997</sup> OGH 30.8.2011 – 2 Ob 240/10y, ZVR 2012, 175 mAnm Neumayer: Weitere Entwicklung von Kniebeschwerden von Anfang an nicht abschätzbar.

<sup>998</sup> OGH 28.1.2010 – 2 Ob 242/09s, Zak 2010/239; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 655; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 131.

<sup>999</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 653.

<sup>1000</sup> OGH 27.2.1979 – 2 Ob 13/79, ZVR 1980/19.

<sup>1001</sup> OGH 16.5.2017 – 2 Ob 59/17s, ÖJZ 2017/135 mAnm Rohrer = Zak 2017/372; OGH 28.1.2010 – 2 Ob 242/09s, Zak 2010/239; OGH 22.2.2007 – 2 Ob 150/06g, ZVR 2007/238 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/422; OGH 22.2.2007 – 2 Ob 127/05y; OGH 29.10.1998 – 2 Ob 254/98m, ZVR 1999/63 = JBl 1999, 605; kritisch Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 128.

<sup>1002</sup> OGH 15.10.1998 – 2 Ob 242/98x, ZVR 1999/50; OGH 25.2.1997 – 1 Ob 56/97k, ZVR 1997/67; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 127.

<sup>1003</sup> OGH 28.11.2000 – 1 Ob 134/00p, ZVR 2002/13.

<sup>1004</sup> OGH 16.9.2011 – 2 Ob 70/11z, ZVR 2013/9 mAnm Ch. Huber: Zu erwarten bzw. möglich.

<sup>1005</sup> Ausführlich dazu Ch. Huber ÖJZ 2008, 83.

<sup>1006</sup> So in OGH 25.2.1997 – 1 Ob 56/97k, ZVR 1997/67.

<sup>1007</sup> So in OGH 23.3.2007 – 2 Ob 233/06p, ZVR 2007/237 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/421.

<sup>1008</sup> So in OGH 22.2.2007 – 2 Ob 150/06g, ZVR 2007/238 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/422.

- klage und damit eine ergänzende Schmerzensgeldbemessung in Betracht, wenn der Geschädigte nachweisen kann, dass weitere, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht zu erwartende Unfallfolgen eintreten, mit deren Eintritt nicht ernstlich zu rechnen war.<sup>1009</sup> Eine ergänzende Bemessung ist geboten, wenn Schmerzen entweder gar nicht vorhersehbar oder wenn diese auch nicht annähernd überschaubar waren.<sup>1010</sup>
- 454 Bedeutsam ist insofern eine präzise Abgrenzung dazu, ob eine Geltendmachung gerade dieser Schmerzen bei erstmaliger Geltendmachung möglich war. Eine Nachklage muss somit auch dann möglich sein, wenn sie zwar dem Grunde nach vorhersehbar waren, aber nicht in Intensität und Ausmaß. Sofern eine grobe Abschätzung bei erstmaliger Geltendmachung möglich ist, ist das einer späteren Geltendmachung hinderlich.<sup>1011</sup>
- 455 Insofern gibt es bestimmte Grenzfälle, bei denen bei erstmaliger Geltendmachung eine Klarstellung erfolgen sollte. Ein Musterbeispiel für eine zulässige Nachklage ist eine nachträgliche Operation, die von einem Entschluss der Patientin abhängig ist<sup>1012</sup> oder eine spätere – zufällige – Verletzung, für die die vom Schädiger zu verantwortende Erstschädigung kausal war, etwa eine vom Schädiger zu verantwortende Knieverletzung, die einen unsicheren Gang zur Folge hat, der später zu einem Sturz und einer Schulterverletzung führt.
- 456 **(cc) Prozessuale Gründe.** Wenn der Geschädigte annehmen durfte, dass ihm Schmerzensgeld lediglich in einem Ausmaß zusteht, das unter der bezirksgerichtlichen Streitwertgrenze (15.000.- Euro) liegt, er aber im Zuge des Verfahrens – namentlich nach Vorliegen eines medizinischen Sachverständigengutachtens – einen besseren Kenntnisstand hat und bei Ausdehnung über die bezirksgerichtliche Streitwertgrenze die Gegenpartei sich gemäß § 253 ZPO dagegen ausspricht, ist eine Nachklage zulässig.<sup>1013</sup> Der OGH hat klargestellt, dass ein Vorbehalt des Klägers zu wenig ist; der Kläger muss eine entsprechende Ausdehnung beantragt und der Beklagte sich dagegen ausgesprochen haben.<sup>1014</sup> Eine solche Nachklage ist auch dann zulässig, wenn bei der erstmaligen Geltendmachung das Begehren die Höchstgrenze nicht erreicht wurde und eine Ausdehnung bis zur Streitwertgrenze – 15.000.- Euro – möglich gewesen wäre.<sup>1015</sup>
- 457 **(dd) Nachklage bei Vergleich.** Gerade bei einem Vergleich im Rahmen der außergerichtlichen Regulierung ist es besonders bedeutsam, präzise festzulegen, welche Schmerzen erfasst und welche ausgeklammert werden sollen.<sup>1016</sup> Der OGH<sup>1017</sup> nimmt dabei an, dass sich die Abgeltung im Zweifel lediglich auf vorhersehbare Schmerzen erstreckt. Selbst wenn im Rahmen der Globalbemessung für die vorhersehbaren Schmerzen ein großzügiger Betrag festgelegt wurde, ist das bei der Festsetzung eines Schmerzensgeldes für unvorhersehbare nachträgliche Schmerzen nicht dämpfend in Ansatz zu bringen.<sup>1018</sup> Da die Formulierung im Regelfall vom Haftpflichtversicherer stammt, kann dafür auf § 915 S 2 ABGB verwiesen werden, wonach bei undeutlichen Äußerungen eine Auslegung zu Lasten desjenigen zu erfolgen hat, von dem die Formulierung stammt.

<sup>1009</sup> OGH 16.9.2011 – 2 Ob 70/11z, ZVR 2013/9 mAnm Ch. Huber; OGH 19.1.2011 – 3 Ob 241/10b, ZVR 2011/243 mAnm Ch. Huber = *ecolex* 2011/227; OGH 10.7.2003 – 2 Ob 154/03s: *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 35; *Neumayer* ZVR 2012, 324 (326).

<sup>1010</sup> OGH 23.3.2007 – 2 Ob 233/06p, ZVR 2007/237 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/421; OGH 10.7.2003 – 2 Ob 154/03s; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 654.

<sup>1011</sup> *Neumayer* ZVR 2012, 324.

<sup>1012</sup> OGH 23.3.2007 – 2 Ob 233/06p, ZVR 2007/237 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/421; *Neumayer* ZVR 2012, 324; *Koziol*, Haftpflichtrecht II Rn. 126.

<sup>1013</sup> OGH 29.4.2014 – 2 Ob 44/14f, ZVR 2015/93 mAnm Ch. Huber = *ÖJZ* 2014/136 mAnm *Rohrer*; OGH 9.8.2001 – 2 Ob 173/01g, SZ 74/135 = ZVR 2001/99; OGH 10.9.1998 – 6 Ob 204/98p, ZVR 1999/48 = RZ 1999/35; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 35; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 655; Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayer*, TaKomm, § 1325 Rn. 130.

<sup>1014</sup> OGH 29.4.2014 – 2 Ob 44/14f, ZVR 2015/93 mAnm Ch. Huber = *ÖJZ* 2014/136 mAnm *Rohrer*.

<sup>1015</sup> OGH 16.5.2018 – 2 Ob 68/18s Zak 2018, 491 = demnächst ZVR mAnm Ch. Huber.

<sup>1016</sup> Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayer*, TaKomm, § 1325 Rn. 129.

<sup>1017</sup> OGH 22.3.2018 – 2 Ob 164/17g, ZVR 2018, 208 mAnm Ch. Huber; OGH 21.4.2015 – 3 Ob 28/15m, Zak 2015/440 mAnm *Kolmasch*; OGH 22.2.2007 – 2 Ob 150/06g, ZVR 2007/238 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/422; OGH 23.3.2007 – 2 Ob 233/06p, ZVR 2007/237 mAnm Ch. Huber = Zak 2007/421.

<sup>1018</sup> OGH 22.3.2018 – 2 Ob 164/17g, ZVR 2018/208 mAnm Ch. Huber.

In der Praxis dominiert eine eindeutige Erklärung, wonach sämtliche Schmerzen abge- 458  
 golten sein sollen, seien sie vorhersehbar oder nicht vorhersehbar.<sup>1019</sup> Sofern sich dann ex  
 post ein ganz krasses und dem Geschädigten völlig unzumutbares Missverhältnis herausstellt,  
 qualifiziert der OGH<sup>1020</sup> einen solchen Vergleich als unwirksam weil sittenwidrig.<sup>1021</sup> Bei  
 einer Relation von 1:2 hat er das als (gerade noch) nicht gegeben angesehen.<sup>1022</sup> Fraglich  
 ist aber, ob die Sittenwidrigkeit der passende Maßstab ist. Denkbar wäre auch eine Inhalts-  
 kontrolle im Rahmen von allgemeinen Geschäftsbedingungen, handelt es sich doch typi-  
 scherweise um vom Haftpflichtversicherer vorformulierte Textbausteine. Der Maßstab wäre  
 in Entsprechung zum dispositiven Recht die Rechtslage bei Zuerkennung eines entspre-  
 chenden Betrags durch Gerichtsurteil, bei dem eine Nachklage möglich wäre, wenn das  
 Ausmaß künftiger Schmerzen noch nicht ausreichend abschätzbar ist. Gröblich benachteilig-  
 end wäre dann jedenfalls, wenn nur eine Abgeltung der bekannten Schmerzen und ein  
 Verzicht auf mögliche künftige entschädigungslos erfolgt.

Der Haftpflichtversicherer kann sein legitimes Interesse, die Akte schließen zu können, 459  
 dadurch – ohne Risiko des Verdikts der Unwirksamkeit – erreichen, dass er für den unbe-  
 dingten Verzicht des Geschädigten auf die Abgeltung nicht vorhersehbarer künftiger Schä-  
 den mit diesem eine offen zu legende angemessene Risikoprämie vereinbart. Dem Geschä-  
 digten ist von einer solchen Vereinbarung indes abzuraten:<sup>1023</sup> Einerseits ist es wenig ratsam,  
 mit der eigenen Gesundheit zu spekulieren, insbesondere, weil es in solchen Fällen meist  
 nicht nur um das Schmerzgeld, sondern auch den sonstigen Vermögenspersonenschaden  
 geht; andererseits sind unfallkausale weitere Verletzungen, etwa durch einen späteren Sturz,  
 dann ebenfalls ausgeklammert.<sup>1024</sup>

**ee) Auszahlungsform.** Die Zahlung eines Kapitalbetrags ist der Regelfall, die Rente 460  
 der Ausnahmefall.<sup>1025</sup> Bei einer sehr schweren Verletzung kann neben dem Kapitalbetrag  
 aber auch eine Rente begehrt werden.<sup>1026</sup> Der Kapitalbetrag gebührt zur Überwindung  
 der Anfangsschwierigkeiten, die Rente für die Dauerfolgen. Die Voraussetzungen für die  
 Zubilligung einer Rente sind im österreichischen Haftpflichtrecht noch restriktiver als im  
 deutschen Recht.<sup>1027</sup> Der prototypische Fall im österreichischen Recht ist die Querschnitt-  
 lähmung,<sup>1028</sup> abgelehnt wurde das aber etwa bei einer Stimmbandlähmung.<sup>1029</sup>

Eine solche Rente kann nach österreichischem Recht auch wertgesichert verlangt wer- 461  
 den.<sup>1030</sup> Die Zubilligung von Kapital und Rente darf aber nicht dazu führen, dass der  
 Geschädigte – bei Betrachtung ex ante – mehr erhält als bei Zuerkennung ausschließlich  
 eines Kapitalbetrags.<sup>1031</sup> Entscheidet sich der Geschädigte für die Geltendmachung auch  
 einer Rente anstelle eines ausschließlichen Kapitalbetrags, trifft ihn bezüglich der Auszah-  
 lungsart kein Kostenrisiko. Hält das Gericht die Voraussetzungen für den Zuspruch einer  
 Rente für nicht gegeben, spricht es – ohne nachteilige Kostenfolgen – den korrespondieren-

<sup>1019</sup> So in OGH 28.3.2017 – 2 Ob 71/16d, ZVR 2018/86 mAnm Ch. Huber = ÖJZ 2017/140 mAnm  
 Rohrer/Schellerer = ecolex 2017/429 mAnm Melcher; OGH 16.12.2015 – 2 Ob 36/15f.

<sup>1020</sup> OGH 10.7.1997 – 2 Ob 130/97z, SZ 70/139 = JBl 1998, 39 mAnm Kletecka.

<sup>1021</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 656.

<sup>1022</sup> OGH 28.3.2017 – 2 Ob 71/16d, ZVR 2018/86 mAnm Ch. Huber = ÖJZ 2017/140 mAnm Rohrer/  
 Schellerer = ecolex 2017/429 mAnm Melcher.

<sup>1023</sup> Ch. Huber in Schaffhauser/Bächli/Dähler/Landolt/Liniger/Peter (Hrsg.), Jahrbuch zum schweizerischen  
 Straßenverkehrsrecht 2016, 98 (116).

<sup>1024</sup> So der Sachverhalt von OGH 16.12.2015 – 2 Ob 36/15f.

<sup>1025</sup> OGH 22.12.2003 – 2 Ob 292/03k, ecolex 2004/153; Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm,  
 § 1325 Rn. 121.

<sup>1026</sup> Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 37; Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI,  
 Rn. 657.

<sup>1027</sup> Dazu ausführlich Ch. Huber FS E. Lorenz, 2014, 603; zu Recht ebenfalls kritisch gegen die restriktiven  
 Voraussetzungen Koziol, Haftpflichtrecht II Rn. 129.

<sup>1028</sup> OGH 22.12.2003 – 2 Ob 292/03k, ecolex 2004/153.

<sup>1029</sup> OGH 15.3.2012 – 6 Ob 12/12a, Zak 2012/354.

<sup>1030</sup> OGH 25.3.2009 – 2 Ob 150/08k, ZVR 2010/58 mAnm Ch. Huber = ZfRV-LS 2009/37 mAnm

Ofner.

<sup>1031</sup> OGH 8.8.2002 – 2 Ob 145/02s, ZVR 2002/95.

den Kapitalbetrag zu.<sup>1032</sup> Wenn der Geschädigte eine Rente möchte, muss er eine solche mit Bezifferung ausdrücklich begehren.<sup>1033</sup>

- 462 **ff) Mitverschulden und Abwägung der Betriebsgefahr.** Während das Mitverschulden bzw die mitwirkende Betriebsgefahr im deutschen Recht ein Bemessungskriterium unter anderen ist, findet in solchen Fällen nach österreichischem Recht eine strikte Kürzung wie beim Personenvermögensschaden statt; es ist zuerst die Höhe des Schmerzensgeldes zu ermitteln und dann ist die Mitverschuldensquote zu bilden.<sup>1034</sup>
- 463 Besonderheiten ergeben sich bei Verstoß gegen die Gurtenanschnallpflicht bei Autos und das Sturzhelmtragen bei einspurigen Kfz. Der Lenker eines Kfz ist nach § 106 Abs 5 KfG für das Angurten eines Insassen unter 14 Jahren verantwortlich; daher kommt eine Einwendung von Mitverschulden gegenüber einem noch nicht 14-jährigen Kind nicht in Betracht.<sup>1035</sup> Gemäß § 106 KfG ist ein Mitverschulden des Lenkers nur beim Schmerzensgeld zu berücksichtigen, somit nicht beim Vermögenspersonenschaden. Der OGH wendet diese Sanktion analog auf den sportlich ambitionierter Radfahrer, der keinen Helm trägt,<sup>1036</sup> sowie den Motorradfahrer, der keine Schutzkleidung trägt, an.<sup>1037</sup> Für Kinder unter 12 Jahren besteht beim Radfahren eine gesetzliche Helmpflicht; deren Verletzung begründet nach § 68 Abs 5 StVO aber kein Mitverschulden des Kindes.
- 464 Das Fehlverhalten des Lenkers bei der Anschnallpflicht bzw der Aufsichtsperson beim Tragen des Fahrradhelms, meist eines Elternteils, muss sich der (minderjährige) Geschädigte bei einem deliktischen Anspruch nicht zurechnen lassen.<sup>1038</sup> Sofern ein Ersatzanspruch des verletzten Minderjährigen gegen den Lenker und die Aufsichtsperson in Betracht kommt, kann dem Lenker gegen den Aufsichtspflichtigen ein Rückgriffsanspruch nach der Stärke der Zurechnungsgründe zustehen; meist wird aber das Verschulden des Lenkers deutlich stärker zu gewichten sein.
- 465 Bei solchen Verstößen wird vermutet, dass sie für die Unfallverletzung kausal waren; der Geschädigte kann aber den Gegenbeweis führen, dass auch bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten – Anschnallen, Tragen von Helm bzw Schutzkleidung – ein eben solcher Schaden eingetreten wäre, die Pflichtverletzung somit nicht kausal war.<sup>1039</sup> Soweit dieser Gegenbeweis nicht gelingt, geht der OGH<sup>1040</sup> von dem durch Verletzung dieser Pflicht verursachten Schaden von einer pauschalen Kürzung um ein Viertel aus.<sup>1041</sup> Bei größtem Verschulden erfolgt ein ungekürzter Zuspruch;<sup>1042</sup> mitunter beträgt die Kürzung bloß ein Fünftel<sup>1043</sup> oder auch ein Drittel.<sup>1044</sup>

<sup>1032</sup> OGH 15.4.1993 – 2 Ob 68/92, ZVR 1993/168; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 122.

<sup>1033</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 668.

<sup>1034</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 631, 636.

<sup>1035</sup> OGH 24.1.2008 – 2 Ob 252/07h, Zak 2008/279; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 634.

<sup>1036</sup> OGH 27.8.2014 – 2 Ob 99/14v, ZVR 2014/218 mAnm *Karner*; dazu Ch. Huber *ÖJZ* 2016, 53; *Fluch*, Zak 2014, 428; *Kraus*, ZVR 2015, 190.

<sup>1037</sup> OGH 12.10.2015 – 2 Ob 119/15m, ZVR 2016/10 mAnm Ch. Huber = *ÖJZ* 2016/10 mAnm *Rohrer/Obermayr* = *ecolex* 2016/14 mAnm *Wilhelm*: Heimfahrt vom Fischteich außerhalb des Ortsgebiets; OGH 27.2.2018 – 2 Ob 44/17k, ZVR 2018/124 mAnm *Danzl*: Fahrt innerhalb des Ortsgebiets.

<sup>1038</sup> OGH 20.1.2009 – 4 Ob 204/08s, SZ 2009/7 = ZVR 2010/8 mAnm Ch. Huber = *ecolex* 2009/110 mAnm *Kletecka* = *ÖZW* 2009, 75 mAnm *Sagerer*: Mitverschulden des Begleiters eines blinden Schiffers; bestätigt in OGH 12.11.2009 – 6 Ob 182/09x, PHi 2010, 56 = Zak 2010/118; OGH 28.2.2012 – 8 Ob 21/11p, PHi 2012, 146 = ZVR 2013/205 mAnm Ch. Huber; OGH 4.3.2013 – 8 Ob 9/13a, Zak 2013/330 = *ÖZW* 2013, 104 mAnm *Sagerer-Foric*; Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1355 Rn. 8.

<sup>1039</sup> OGH 23.2.1999 – 7 Ob 41/99a, SZ 72/35 = ZVR 1999/69; OGH 9.2.1988 – 8 Ob 45/87, ZVR 1988/154; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 634.

<sup>1040</sup> OGH 29.5.2008 – 2 Ob 42/08b, ZVR 2009/9 = Zak 2008/544.

<sup>1041</sup> Zustimmung *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 635; kritisch als zu pauschal Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 120.

<sup>1042</sup> OGH 23.2.1999 – 7 Ob 41/99a, SZ 72/35 = ZVR 1999/69.

<sup>1043</sup> OGH 29.5.2008 – 2 Ob 42/08b, ZVR 2009/9 = Zak 2008/544: Nicht angeschnallter Beifahrer.

<sup>1044</sup> OGH 18.2.1986 – 2 Ob 7/86, ZVR 1987/14: Ganz geringfügiger Fahrfehler des verantwortlichen Lenkers.

**d) Besondere Einzelfälle.** Es gibt Fälle, in denen wird eine Person so schwer verletzt, 466 dass sie nicht einmal Schmerzempfindungen hat. In solchen Fällen kann das Schmerzensgeld seine genuine Aufgabe, dem Verletzten Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen, nicht erfüllen. Wie der BGH<sup>1045</sup> nimmt auch der OGH<sup>1046</sup> eine eigene Fallgruppe an, nämlich die Zerstörung der Persönlichkeit. Trotz Kritik aus Teilen der Literatur<sup>1047</sup> hält er daran fest<sup>1048</sup> und spricht – für österreichische Verhältnisse – sehr beträchtliche Beträge zu.<sup>1049</sup> Da solche Personen eine reduzierte Lebenserwartung haben und das Schmerzensgeld seine eigentliche Funktion nicht erfüllen kann, spricht das jedoch mE für einen maßvollen Zusage.<sup>1050</sup>

Entsprechendes gilt für Fälle, in denen ein Unfallopfer nur kurze Zeit überlebt. Wie im 467 deutschen Recht wird dafür eine Mindestüberlebensdauer gefordert. Der OGH<sup>1051</sup> hat für einen Tag 2.000 Euro zugesprochen.

Ebenfalls 2.000 Euro hat der OGH<sup>1052</sup> für eine bloß 10-minütige Todesangst zuerkannt. 468

Für die Verkürzung der der Lebenserwartung als solche gebührt dem Verletzten kein 469 Anspruch auf Abgeltung dieser ideellen Beeinträchtigung im Rahmen des Schmerzensgeldes, weil die Ausgleichsfunktion mit dem Tod endet.<sup>1053</sup>

Die Einnahme schmerzstillender Mittel wirkt sich anspruchsmindernd aus, weil dadurch 470 Schmerzen nicht oder in geringerem Umfang erlitten wurden. Sofern damit aber Nebenwirkungen verbunden sind, wirken sich diese anspruchserhöhend aus. Es besteht kein Erfordernis einer Parallelrechnung, welche Schmerzen zu erdulden gewesen wären, wenn keine Schmerzmittel eingenommen worden wären.<sup>1054</sup>

Eine Vorschädigung kann dazu führen, dass bei einer konkreten Verletzung Schmerzen 471 vom Geschädigten nicht mehr empfunden werden (können); in solchen Fällen spricht der OGH<sup>1055</sup> – unter Berufung auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung? – gleichwohl einen Sockelbetrag zu; so war das bei einem Beinbruch eines Querschnittgelähmten, wobei zutreffend darauf hingewiesen wurde, dass eine solche Verletzung für einen Vorgeschädigten – Querschnittgelähmten – besonders belastend sei.

In einer Folgeentscheidung<sup>1056</sup> bei einer Knieverletzung eines Querschnittgelähmten 472 präziserte er dies in der Weise, dass er aussprach, dass einem Gesunden bei einer solchen Verletzung 18.000 Euro bis 20.000 Euro Schmerzensgeld zugestanden wären, einem Querschnittgelähmten aber immerhin 14.000 Euro, weil die sonstigen Umstände für einen Querschnittgelähmten belastender als für einen Gesunden seien.

Eine Krankheitsanlage führt zu keiner Minderung des Schmerzensgeldes, es sei denn, 473 diese hätte – später – ebenfalls zu Schmerzen in diesem Ausmaß geführt.<sup>1057</sup> Das ist ein Fall überholender Kausalität, für den der Schädiger beweisbelastet ist.<sup>1058</sup> Selbst wenn dieser

<sup>1045</sup> BGH 13.10.1992 – VI ZR 201/91, BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 mAnm *Deutsch*.

<sup>1046</sup> Erstmals OGH 23.4.1992 – 6 Ob 535, 1558/92; seither ständige Rechtsprechung OGH 14.1.1993 – 2 Ob 66/92, ZVR 1993/150; OGH 11.3.1999 – 2 Ob 192/97t, ZVR 2000/54; OGH 1.3.2005 – 2 Ob 55/04h, SZ 2005/26 = ZVR 2005/61 mAnm *Karner*; OGH 17.2.2011 – 2 Ob 106/10t, Zak 2011/335.

<sup>1047</sup> *Ch. Huber* ZVR 2000, 218; *Reisinger* ZVR 2008, 49 (53).

<sup>1048</sup> OGH 17.2.2011 – 2 Ob 106/10t, Zak 2011/335.

<sup>1049</sup> OGH 28.2.1995 – 10 Ob 505/95: 102.000 Euro; OGH 23.4.1992 – 6 Ob 535, 1558/92: 73.000 Euro.

<sup>1050</sup> So auch *Koziol* Haftpflichtrecht II Rn. 111.

<sup>1051</sup> OGH 28.3.2017 – 2 Ob 48/16x, Zak 2017/280.

<sup>1052</sup> OGH 3.6.2009 – 7 Ob 43/09p, Zak 2009/473.

<sup>1053</sup> OGH 21.7.2005 – 8 Ob 64/05b, ZVR 2006/88 = JBl 2006, 464; OGH 1.3.2005 – 2 Ob 55/04h, SZ 2005/26 = ZVR 2005/61 mAnm *Karner*; zustimmend *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 615; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 49; aA *Greiter* FS Kohlegger, 2001, 239.

<sup>1054</sup> OGH 26.2.2009 – 1 Ob 5/09f, ZVR 2010/7 mAnm *Ch. Huber* = JBl 2009, 646; dazu *Karner* ZVR 2010, 280.

<sup>1055</sup> OGH 26.7.2006 – 3 Ob 116/05p, ZVR 2006/202 mAnm *Karner* = *ecolex* 2007/4 mAnm *Wilhelm*.

<sup>1056</sup> OGH 11.7.2008 – 3 Ob 78/08d, ZVR 2009/55 = Zak 2008/615.

<sup>1057</sup> OGH 17.2.2014 – 4 Ob 204/13y, ZVR 2015/8 = JBl 2014, 804.

<sup>1058</sup> OGH 22.3.2018 – 2 Ob 164/17g, ZVR 2018, 208 mAnm *Ch. Huber*; OGH 25.6.2014 – 2 Ob 48/14v, ÖJZ 2015/82 mAnm *Pehm* = ZVR 2015/47 mit Anm *Ch. Huber*; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 114.

Beweis gelingt, gebührt dem Geschädigten Schmerzensgeld für die Phase, um die er Schmerzen früher erdulden musste. Mitunter ist das schädigende Ereignis gerade der Tropfen, der das Fass zum Überlaufen bringt.<sup>1059</sup> Vorher gab es bloß „stumme Beschwerden“.

474 Wie in Deutschland kommt eine Versagung von Schmerzensgeld unter Bezugnahme auf eine Begehrensneurose in der jüngeren OGH-Judikatur nicht mehr vor. Gewandelt dürfte sich nicht die Verhaltensweise der Menschen haben, sondern die normative Bewertung.<sup>1060</sup>

475 **4. Konkurrenz.** Eine Verletzung führt häufig dazu, dass sich eine solche Person im Beruf oder bei der Haushaltsführung mehr anstrengen muss. Für die Berücksichtigung dieses Nachteils kommen mehrere Schadensposten in Betracht. Die Berücksichtigung beim Schmerzensgeld<sup>1061</sup> führt meist dazu, dass dieses – wenn überhaupt – bloß homöopathisch erhöht wird.<sup>1062</sup>

476 Unter besonderen Voraussetzungen kommt der Zuspruch einer abstrakten Rente in Betracht.<sup>1063</sup> Sachgerechter ist mE die Qualifizierung als überobligationsgemäße Anstrengung und diese entweder selbstständig als Vermögensaufwendung zu betrachten oder den Schaden zu ersetzen, der ohne solche Mehranstrengung eingetreten wäre.

477 Die Verunstaltungsentschädigung nach § 1326 ABGB ist eine Besonderheit des österreichischen Rechts. Ungeachtet ihres mäßigen Umfangs dient sie der Abgeltung eines Vermögensschadens, somit der Vermögensnachteile im Beruf oder durch die Vereitelung einer Heiratschance. Folgerichtig ist daneben ein Anspruch auf Schmerzensgeld möglich, das den ideellen Schaden abdeckt, der bei einer Person gegeben ist, die verunstaltet ist.<sup>1064</sup>

478 **5. Drittschäden: Schock- und Fernwirkungsschäden sowie Angehörigenschmerzensgeld. a) Allgemeines.** Mitunter ereignen sich Schäden dadurch, dass der primär Geschädigte schwer(st) verletzt oder getötet wird, eine andere Person (ein sekundär Geschädigter), die den Unfall miterlebt oder an ihm ebenfalls beteiligt ist, dadurch – neben einer eigenen Körperverletzung oder ohne solche – eine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert erleidet,<sup>1065</sup> oder aber die Benachrichtigung bzw die Pflege des primär schwer(st) Verletzten führt dazu, dass ein Angehöriger eine psychische Krankheit erleidet; oder aber ein Angehöriger in solchen Fällen schlicht Trauer und Betroffenheit empfindet, ohne dass eine psychische Erkrankung diagnostizierbar ist.

479 Es ist zu beobachten, dass die österreichische Rechtsprechung sowohl in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen als auch die Höhe des Zuspruchs – diesbezüglich im Gegensatz zum Entschädigungsniveau bei schwersten Verletzungen – deutlich großzügiger ist als die Rechtsprechung in Deutschland.<sup>1066</sup> Ersatzansprüche kommen vor in Gestalt des Schockschadens, des Fernwirkungsschadens und des Angehörigenschmerzensgeldes, das in Deutschland seit der Neuregelung in § 844 Abs 3 BGB als Hinterbliebenengeld bezeichnet wird. Zunächst werden die sämtliche Ausprägungen betreffenden Grundsätze erläutert, ehe dann auf die Besonderheiten von Schockschaden, Fernwirkungsschaden und Angehörigenschmerzensgeld eingegangen wird:

<sup>1059</sup> Prototypisch OGH 15.5.2012 – 2 Ob 113/11y, Zak 2012/422: Das psychisches Belastungsgefühl eines Triebwagenfahrers war bereits durch Vorunfälle erhöht; *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 127.

<sup>1060</sup> *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 107.

<sup>1061</sup> Dafür OGH 16.3.2000 – 2 Ob 83/99s, ZVR 2000/92; OGH 5.6.2002 – 2 Ob 133/02a, JBl 2003, 242 mAnm *Faber*; ebenso *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 607: Grundsätzlich ist diese Belastung ausschließlich über das Schmerzensgeld abzugelten.

<sup>1062</sup> *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 82.

<sup>1063</sup> Näheres dazu → Rn. 372 f.

<sup>1064</sup> OLG Wien 4.3.1992 – 16 R 14/92, ZVR 1993/136; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 618; *Ch. Huber in Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 114.

<sup>1065</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 619: Nervenschäden durch Miterleben eines Unfallgeschehens.

<sup>1066</sup> Gegenteilig die Einschätzung zum Schockschaden bei *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 625: Voraussetzungen in Deutschland mit Österreich durchaus vergleichbar.

Ein solcher Anspruch kann auf jede Anspruchsgrundlage gestützt werden, sei es nun 480  
Delikt, Gefährdungshaftung<sup>1067</sup> oder Vertrag. Im deutschen Recht erfolgte beim Hinterbliebenengeld dem gegenüber eine Ausklammerung der vertraglichen Haftung. Bedeutsam ist eine vertragliche Haftung im Straßenverkehrsrecht bei Ansprüchen gegen das Reisebüro<sup>1068</sup> oder aus einem Beförderungsvertrag;<sup>1069</sup> aus einer Sonderverbindung zudem bei der Wegehälterhaftung bei der nach österreichischem Recht eine deliktische Haftung des Wegehalters nach § 1319a ABGB nur bei grober Fahrlässigkeit gegeben ist; bei der Einstandspflicht des Anrainers nach § 93 StVO, die bei jedem Verschulden gegeben ist, findet eine Zurechnung des Gehilfenverhaltens nur nach § 1315 ABGB statt.

Nach österreichischem Recht gibt es solche Ansprüche bei Tod oder schwer(st)er Verlet- 481  
zung.<sup>1070</sup> Abgesehen davon, dass die Schwelle für die Annahme einer schwer(st)en Verletzung in Deutschland für die Voraussetzung zur Zuerkennung eines Schockschadens höher liegen dürfte, hat der deutsche Gesetzgeber in § 844 Abs 3 BGB schon durch den Terminus Hinterbliebenengeld zum Ausdruck gebracht, dass für Betroffenheit und Niedergeschlagenheit nur im Fall des Todes eine Entschädigung gebührt. Für eine durch die Pflege eines Unfallopfers resultierende seelische Erkrankung des pflegenden Angehörigen gibt es nach deutschem Recht anders als nach österreichischem Recht keinen Ersatz.

Ersatz des ideellen Schadens steht nach österreichischem Recht grundsätzlich bei jedem 482  
Verschulden zu; beim Angehörigenschmerzensgeld, der Abgeltung für „bloße“ Trauer, ist allerdings zu beachten, dass Ersatz nur ab grober Fahrlässigkeit gebührt.<sup>1071</sup> Sowohl ein Mitverschulden des primär Geschädigten<sup>1072</sup> als auch ein solches des Anspruchstellers<sup>1073</sup> sind beachtlich, wobei eine Gesamtbetrachtung anzustellen ist und die Kürzungsgründe den Zurechnungsgründen des Ersatzpflichtigen gegenüberzustellen sind.<sup>1074</sup> Beim Angehörigenschmerzensgeld wird auch vertreten, dass das Mitverschulden des primär Anspruchsberechtigten nicht zu berücksichtigen sein soll.<sup>1075</sup>

Bei einem minderjährigen Geschädigten findet keine Zurechnung des Verhaltens des 483  
gesetzlichen Vertreters statt, der eine Aufsichtspflichtverletzung begangen hat; der Schädiger und der Aufsichtspflichtige haften vielmehr solidarisch.<sup>1076</sup> Eine Beschränkung der Haftung auf eigenübliche Sorgfalt, wie sie das deutsche Recht gegenüber minderjährigen Kindern in § 1664 Abs 1 BGB kennt, was häufig zu einem Ausschluss der Haftung bei leichter Fahrlässigkeit führt, gibt es im österreichischen Recht nicht.

Ausgesprochen hat der OGH<sup>1077</sup> in einem Sachverhalt, in dem die verletzte Zeugin 484  
Jehovas nach einem infolge eines Verkehrsunfalls vom Schädiger zu verantwortenden Beinamputation eine Blutkonserve verweigert hat, was zu ihrem Tod geführt hat, dass das zwar an sich zu einer Kürzung des Schadensersatzanspruchs des hinterbliebenen Ehemannes – in

<sup>1067</sup> OGH 14.6.2007 – 2 Ob 163/06v, SZ 2007/96 = ÖJZ 2007/158 = JBl 2007, 791: Auch wenn ein Anspruch bloß nach dem EKHG gegeben ist; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 624; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 41.

<sup>1068</sup> OGH 24.5.2011 – 1 Ob 80/11p, ÖJZ 2011/140 = Zak 2011/472: Tigerhai-Tauchsafari in Florida, Lebensgefährte getötet.

<sup>1069</sup> *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 134.

<sup>1070</sup> *Hinghofer-Szalkay* ZVR 2008, 444.

<sup>1071</sup> Näheres dazu → Rn. 496 ff.

<sup>1072</sup> OGH 11.5.2010 – 4 Ob 36/10p, SZ 2010/52 = Zak 2010/480 mAnm *Kletecka* = RdM 2010/152 mAnm *Bernat*; OGH 7.7.2005 – 2 Ob 62/05i, ZVR 2006/4; OGH 23.9.2004 – 2 Ob 178/04x, ZVR 2004/105 mAnm *Danzl* = *ecolex* 2005/40; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 48; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 633.

<sup>1073</sup> OGH 23.9.2004 – 2 Ob 178/04x, ZVR 2004/105 mAnm *Danzl* = *ecolex* 2005/40: Zechtour, für den Beifahrer war erkennbar, dass der Lenker alkoholisiert war; *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 145.

<sup>1074</sup> *Ch. Huber* FS Schwintowski, 2017, 920, (943 f.).

<sup>1075</sup> *Beisteiner* ZVR 2010, 1 (8 f.).

<sup>1076</sup> OGH 25.10.1996 – 1 Ob 2227/96y, ZVR 1997/82.

<sup>1077</sup> OGH 22.6.2011 – 2 Ob 219/10k, SZ 2011/76 = ZVR 2012/44 mAnm *Ch. Huber* = ÖJZ 2011/152 mAnm *Steininger* = JBl 2012, 251 mAnm *Kalb*; dazu *Gerhartl* Zak 2011, 348 sowie OGH 31.8.2016 – 2 Ob 148/15a, ZVR 2017/92 mAnm *Ch. Huber* = ZfG 2016, 131 mAnm *Leitner* (2. Rechtsgang).

concreto des Angehörigenschmerzensgeldes – führt, allerdings eine Gegenrechnung anzustellen ist, wie hoch die Belastung des Schädigers wäre, wenn sich die Verletzte und später Verstorbene sorgfaltsgemäß verhalten und überlebt hätte. Abzustellen ist auf den gesamten Personenschaden, auf die sachliche Kongruenz der Schadensposten kommt es jedoch nicht an. Wäre dann ihr eigener Schadenersatzanspruch höher, entfällt eine Kürzung.

- 485 Das wird typischerweise der Fall sein, sind doch die Ersatzbeträge Dritter deutlich geringer als die Ansprüche der primär verletzten Person, der häufig Heilungskosten, Erwerbsschaden unter Einschluss des Haushaltsführerschadens und Schmerzensgeld umfasst. Im Verkehrsunfallrecht wird in der Praxis eine Kürzung wegen Mitverschuldens bei Verstoß gegen die Gurtenanschnallpflicht sowie das Tragen von Helm oder Schutzkleidung nach § 106 KfG eine noch größere Bedeutung haben.
- 486 Im österreichischen Recht führt das Arbeitgeberhaftpflichtprivileg nach § 333 Abs 1 ASVG zum Ausschluss von Ansprüchen der Drittgeschädigten;<sup>1078</sup> zu beachten ist freilich § 333 Abs 3 ASVG, wonach bei Beteiligung eines Kfz ein Zugriff auf die Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung vorgesehen ist. Im deutschen Recht gibt es zum Schockschaden eine gegenteilige BGH-Entscheidung.<sup>1079</sup>
- 487 Zielsetzung ist, dass sich die Anspruchsberechtigten Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschaffen können sollen, um über den Tod hinwegzukommen oder die Beschwerden der Pflege besser bewältigen zu können. Jedenfalls im Fall des Todes ist ein Kapitalbetrag die passende Ersatzform, weil es um eine überschaubare Phase nach dem Tod geht.<sup>1080</sup>
- 488 **b) Schockschaden.** Der prototypische Fall des Schockschadens liegt darin, dass eine Person durch das Mitansetzen des Unfalls<sup>1081</sup> eine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert<sup>1082</sup> erleidet, sei es als Beifahrer<sup>1083</sup> oder Unfallgegner.<sup>1084</sup> Es geht um Fälle des Todes<sup>1085</sup> – und sei es auch den eines nasciturus, sofern es sich um ein Wunschkind gehandelt hat<sup>1086</sup> – oder einer schwersten Verletzung des Primäröpfers.<sup>1087</sup> Auf die Angehörigeneigenschaft des Dritten kommt es beim Schockschaden nicht an.<sup>1088</sup>
- 489 Namentlich die Schwelle der psychischen Beeinträchtigung ist nach der OGH-Judikatur geringer als nach der BGH-Judikatur. Wenn zur Schlafstörung noch etwas dazu kommt, wird eine psychische Erkrankung vom OGH bejaht.<sup>1089</sup> Mitunter ist es eine schwere post-

<sup>1078</sup> OGH 21.4.2005 – 2 Ob 82/05f, SZ 2005/58 = ZVR 2005/110 mAnm *Kathrein*.

<sup>1079</sup> BGH 6.2.2007 – VI ZR 55/06, NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 mAnm *Luckey*.

<sup>1080</sup> OGH 25.3.2009 – 2 Ob 150/08k, ZVR 2010/58 mAnm *Ch. Huber* = ZERV-LS 2009/37 mAnm *Ofner*; *Ch. Huber* in *Schaffhauser/Bächli/Dähler/Landolt/Liniger/Peter* (Hrsg.), Jahrbuch zum schweizerischen Straßenverkehrsrecht 2016, 98 (121).

<sup>1081</sup> OGH 21.12.1995 – 2 Ob 99/95, ZVR 1997/75; OGH 16.6.1994 – 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 135; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 619, 621.

<sup>1082</sup> OGH 22.2.2001 – 2 Ob 79/00g, SZ 74/24 = ZVR 2001/52 mAnm *Karner*; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 619.

<sup>1083</sup> OGH 24.1.2008 – 2 Ob 58/07d, ZVR 2008/225 mAnm *Kathrein*: 7 und 10 Jahre alte Kinder beim Mitansetzen der schweren Unfallverletzung des Vaters.

<sup>1084</sup> OGH 21.5.2003 – 2 Ob 120/02i, ZVR 2004/25 = JBI 2004, 176: Schuldlose Lenkerin eines PKWs musste mitansetzen, wie die schuldhaft handelnde Lenkerin eines Motorrads, mit der sie zusammenstieß, an der Unfallstelle ihren schweren Verletzungen erlag.

<sup>1085</sup> OGH 25.6.2009 – 2 Ob 39/09p, ZVR 2010/119 mAnm *Ch. Huber* = Zak 2009/513: Miterleben des Unfalltods als Beifahrer.

<sup>1086</sup> OGH 30.8.2016 – 1 Ob 114/16w, ÖJZ 2017/53 mAnm *Brenn* = RdM 2017/63 mAnm *Karner*; dazu *Ch. Huber* ÖJZ 2017, 383 ff.

<sup>1087</sup> OGH 3.9.2009 – 2 Ob 77/09a, ZVR 2010/120 mAnm *Kathrein* = Zak 2009/674; OGH 14.6.2007 – 2 Ob 163/06v, SZ 2007/96 = ÖJZ 2007/158 = JBI 2007, 791; OGH 12.6.2006 – 2 Ob 53/05s, ZVR 2006/178 mAnm *Karner*; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 623.

<sup>1088</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 623.

<sup>1089</sup> OGH 14.6.2007 – 2 Ob 163/06v, SZ 2007/96 = ÖJZ 2007/158 = JBI 2007, 791: Schlaflosigkeit, Erschöpfungszustände, Hoffnungslosigkeit; OGH 29.8.2002 – 8 Ob 127/02p, ZVR 2002/96 mAnm *Karner*: Schlaflosigkeit und Erschöpfungszustände; OGH 30.10.2003 – 2 Ob 186/03x, ZVR 2004/6 = JBI 2004, 448: Schlaflosigkeit, Hoffnungslosigkeit, traurige Verstimmung, Antriebsstörung; OGH 16.5.2001 – 2 Ob 136/00i, ZVR 2001/72: Schlaflosigkeit, Antriebsstörung, völlige Schwunglosigkeit; weitere Nachweise bei *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 136.

traumatische Belastungsstörung.<sup>1090</sup> Maßgeblich ist die Behandlungsbedürftigkeit der psychischen Beeinträchtigung; ob sie tatsächlich behandelt wurde, darauf kommt es nicht an.<sup>1091</sup>

Das Ausmaß des Ersatzes ist beim Schockschaden naturgemäß abhängig von der jeweiligen psychischen Krankheit. Grundsätzlich erfolgt auch hier eine Einteilung in leichte, mittlere und starke Schmerzen.<sup>1092</sup> Wie die nachfolgende punktuelle Übersicht ergibt, liegen die Beträge aber deutlich über denen in Deutschland:

Bei Unfalltod der 12-jährigen Tochter wurden der Mutter 20.000 Euro zugebilligt,<sup>1093</sup> einer 14-jährigen bei Überforderung mit der Haushaltsführung und enormer Gewichtsabnahme infolge Hungerstreiks 21.500 Euro;<sup>1094</sup> einer 31-jährigen Ehefrau bei Verlust des gleich alten Ehegatten bei Depression, konkreter Suizidabsicht und 23 kg Gewichtsverlust, allerdings bei Wiederaufnahme einer intimen Beziehung nach 2 Jahren 25.000 Euro;<sup>1095</sup> einem minderbegabten 17-jährigen, der bei Vorversterben des Vaters den Tod der Mutter nicht verkraften konnte, 2 Jahre an schweren Depressionen litt, die schließlich im Selbstmord geendet haben, 35.000 Euro;<sup>1096</sup> und schließlich als (bisherigen) Höchstzuspruch 65.000 Euro an einen Ehemann und Vater bei Tod von Ehefrau und allen drei Kindern, der jegliche Lebensperspektive verlor und arbeitslos wurde.<sup>1097</sup> Eine illustrative nach dem Verbraucherpreisindex aufgewertete Übersicht findet sich bei *Karner*.<sup>1098</sup>

**c) Fernwirkungsschaden.** Der Fernwirkungsschaden hat mit dem Schockschaden gemeinsam, dass ein Schmerzengeldanspruch eine psychische Erkrankung voraussetzt, die durch den Tod oder eine schwerste Verletzung mit massiven Dauerfolgen des Primäröpfers hervorgerufen worden ist; insofern wird auf die obigen Ausführungen zum Schockschaden verwiesen. Entsprechendes gilt für das Ausmaß des Ersatzanspruchs, weil es nicht auf den Grund ankommt, der zu einer psychischen Erkrankung führt, sondern lediglich auf das Ausmaß der seelischen Schmerzen.<sup>1099</sup>

Die psychische Erkrankung erfolgt beim Fernwirkungsschaden anders als beim Schockschaden nicht durch das Miterleben des Unfalls, sondern durch die Benachrichtigung vom Tod oder einer schwer(st)en Verletzung<sup>1100</sup> oder durch eine Überlastungssituation infolge der durch die – typischerweise über einen längeren Zeitraum erforderlichen – Pflege des schwer(st) verletzten Primäröpfers.<sup>1101</sup> Die für den Zuspruch eines Fernwirkungsschadens erforderliche schwer(st)e Verletzung des Primäröpfers wurde aber etwa verneint, als der an einem Busunfall beteiligte Ehemann eine Belastungsstörung erlitt, die sich in einer

<sup>1090</sup> OGH 27.9.2007 – 2 Ob 135/07b, ZVR 2008/59 mAnm *Ch. Huber* = JBl 2008, 182: Nach Tod der Mutter schwere posttraumatische Belastungsstörung, die nach 2 ½ Jahren zum Selbstmord führte; Zuspruch von 35.000 Euro an die Verlassenschaft.

<sup>1091</sup> OGH 14.6.2007 – 2 Ob 163/06v, SZ 2007/96 = ÖJZ 2007/158 = JBl 2007, 791.

<sup>1092</sup> *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 140.

<sup>1093</sup> OGH 29.5.2008 – 2 Ob 99/08k, Zak 2008/545.

<sup>1094</sup> OGH 12.6.2003 – 2 Ob 111/03t, SZ 2003/67 = ZVR 2004/26.

<sup>1095</sup> OGH 20.1.2005 – 2 Ob 292/04m, ZVR 2005/109 mAnm *Danzl*.

<sup>1096</sup> OGH 27.9.2007 – 2 Ob 135/07b, ZVR 2008/59 mAnm *Ch. Huber* = JBl 2008, 182.

<sup>1097</sup> OGH 30.10.2003 – 2 Ob 186/03x, ZVR 2004/6 = JBl 2004, 448.

<sup>1098</sup> *Karner* FS *Danzl*, 2017, 87 (111 ff.).

<sup>1099</sup> *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 41.

<sup>1100</sup> OGH 23.10.2013 – 2 Ob 72/13x, Zak 2013/814 = AnwBl 2014, 98: Akute Lebensgefahr oder konkrete Gefahr dauernder Pflegebedürftigkeit; OGH 13.6.2012 – 2 Ob 136/11f, ZVR 2012/204 mAnm *Karner* = ÖJZ 2013/3 mAnm *Rohrer/Spitzer*: Nachricht von schwerer Verletzung des primär Verletzten, der sich 10 Tage in der Intensivstation befand, wobei Lebensgefahr gegeben war.

<sup>1101</sup> OGH 14.6.2007 – 2 Ob 163/06v, SZ 2007/96 = ÖJZ 2007/158 = JBl 2007, 791: Eltern litten durch schwere Pflegebedürftigkeit des Kindes an Schlafstörungen, Erschöpfungszuständen und völliger Hoffnungslosigkeit; OGH 12.6.2003 – 2 Ob 111/03t, SZ 2003/67 = ZVR 2004/26: 14-jährige, die nach schwerer Verletzung beider Eltern mit der Haushaltsführung überfordert war und dadurch an einer psychosomatischen Erkrankung und Essstörung litt; OGH 16.6.1994 – 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46: Kleinkind erlitt durch Trennung von schwer verletzter Mutter angstneurotische Symptome, wobei anzumerken ist, dass insoweit wohl entscheidend die Dauer der Trennung, weniger aber die Schwere der Verletzung des Primäröpfers – der Mutter – war.

überprotektiven Verhaltensweise gegenüber der Familie zeigte<sup>1102</sup> oder einer mittelgradigen depressiven Erkrankung, die zu einer Störung des Sprachflusses und Weitschweifigkeit führte.<sup>1103</sup>

- 494 Ersatzberechtigt sind beim Fernwirkungsschaden lediglich Angehörige, die in einer emotionalen Nahebeziehung zum Primärpfefer standen bzw stehen.<sup>1104</sup> Kinder,<sup>1105</sup> Eltern,<sup>1106</sup> Ehegatten, der Lebenspartner iS des EPG<sup>1107</sup> sowie (auch gleichgeschlechtliche) Lebensgefährten<sup>1108</sup> gehören zum engsten typischerweise schutzwürdigen Personenkreis,<sup>1109</sup> nicht aber der Freund des Opfers, mit dem erst die Eingebung einer Lebensgemeinschaft geplant war.<sup>1110</sup> Eine Lebensgemeinschaft muss auf Dauer angelegt sein; es ist aber keine Mindestdauer zu verlangen.<sup>1111</sup>
- 495 Bei Kindern steht einem Anspruch weder die beendete Haushaltsgemeinschaft noch die Selbsterhaltungsfähigkeit entgegen.<sup>1112</sup> Ein Anspruch kann auch bei Störung der familiären Nahebeziehung gegeben sein; im Fall des Todes ist das für den hinterbliebenen Angehörigen besonders bitter, weil eine Versöhnung damit endgültig vereitelt wurde.<sup>1113</sup> Als Indiz für das Bestehen einer Gefühlsgemeinschaft knüpft der OGH an das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft an, sodass auch Geschwister anspruchsberechtigt sein können,<sup>1114</sup> insbesondere, wenn eine besondere Nahebeziehung bestand.<sup>1115</sup> Aber auch bei Fehlen einer Haushaltsgemeinschaft kann eine intensive Gefühlsgemeinschaft zu bejahen sein.<sup>1116</sup> Bei Tod des Großvaters hat der OGH einen Anspruch für den 7 Monate alten Enkel abgelehnt.<sup>1117</sup>
- 496 **d) Angehörigenschmerzengeld.** Während in Deutschland der Germanwings-Absturz am 24.3.2015 letzter Auslöser für das Tätigwerden des Gesetzgebers war, hat das Standbahn-Unglück von Kaprun am 11.11.2000 in der Folge – wegen der bis heute zu konstatierenden Untätigkeit des Gesetzgebers – den OGH zu einer richterlichen Rechtsfortbildung veranlasst, wonach für Trauer und Niedergeschlagenheit der Angehörigen im Fall grober Fahrlässigkeit eine Abgeltung ihrer ideellen Einbuße erfolgen soll. In der Anlassentscheidung<sup>1118</sup> wurde ein Kleinkind getötet, wobei lediglich eine Haftung nach dem EKHG gegeben war. Die hochschwangere Mutter bzw deren Anwalt haben aber keine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert vorgetragen. In concreto wurde das Begehren zwar abgewiesen, aber aus den Gründen ergab sich, dass ab grober Fahrlässigkeit künftig eine Abgeltung zuerkannt werde.
- 497 In der Literatur<sup>1119</sup> wird zum Teil gefordert, das auf Fälle leichter Fahrlässigkeit sowie die Gefährdungshaftung oder zumindest im Rahmen der Gefährdungshaftung auf Fälle außergewöhnlicher Betriebsgefahr<sup>1120</sup> zu erstrecken. Der OGH<sup>1121</sup> hat dem allerdings eine

<sup>1102</sup> OGH 12.6.2006 – 2 Ob 53/05s, ZVR 2006/178 mAnm Karner.

<sup>1103</sup> OGH 3.9.2009 – 2 Ob 77/09a, ZVR 2010/120 mAnm Kathrein = Zak 2009/674.

<sup>1104</sup> Ch. Huber in Schwimann/Neumayr, TaKomm, § 1325 Rn. 139.

<sup>1105</sup> OGH 12.6.2003 – 2 Ob 111/03t, SZ 2003/67 = ZVR 2004/26: Tochter.

<sup>1106</sup> OGH 22.2.2001 – 2 Ob 79/00g, SZ 74/24 = ZVR 2001/52 mAnm Karner: Vater.

<sup>1107</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 627.

<sup>1108</sup> OGH 29.8.2002 – 8 Ob 127/02p, ZVR 2002/96 mAnm Karner.

<sup>1109</sup> Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 45.

<sup>1110</sup> OGH 14.6.2007 – 2 Ob 15/07f, Zak 2007/523.

<sup>1111</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 622.

<sup>1112</sup> Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI, Rn. 627.

<sup>1113</sup> OGH 22.2.2001 – 2 Ob 79/00g, SZ 74/24 = ZVR 2001/52 mAnm Karner.

<sup>1114</sup> OGH 25.6.2009 – 2 Ob 39/09p, ZVR 2010/119 mAnm Ch. Huber = Zak 2009/513; OGH 21.4.2005 – 2 Ob 90/05g, SZ 2005/59 = ZVR 2005/73 mAnm Karner.

<sup>1115</sup> OGH 21.4.2005 – 2 Ob 90/05g, SZ 2005/59 = ZVR 2005/73 mAnm Karner: Hinterbliebener Bruder, dessen Verhältnis zum getöteten Bruder war wie das eines Sohnes zu seinem Vater.

<sup>1116</sup> OGH 1.7.2004 – 2 Ob 141/04f, ZVR 2004/86 = JBl 2004, 792: Wohnsitz der Mutter vis-à-vis, Einbindung in das Familienleben.

<sup>1117</sup> OGH 12.5.2005 – 2 Ob 41/03y, ZVR 2005/88 mAnm Griehser.

<sup>1118</sup> OGH 16.5.2001 – 2 Ob 84/01v, SZ 74/90 = ZVR 2001/73 mAnm Karner.

<sup>1119</sup> Hinteregger in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 1325 Rn. 44; Reischauer in Rummel, § 1325 Rn. 5a; Hinghofer-Szalkay/Prisching ZVR 2008, 446.

<sup>1120</sup> Dafür Schobel RdW 2002, 208.

<sup>1121</sup> OGH 28.11.2017 – 2 Ob 189/16g, ZVR 2018/102 mAnm Ch. Huber = Zak 2018/60; OGH 14.6.2007 – 2 Ob 163/06v, SZ 2007/96 = ÖJZ 2007/158 = JBl 2007, 791.

Absage erteilt und die bisherige Grenzziehung bestätigt. Die Vielzahl von – auch stattgebenden – OGH-Entscheidungen ist ein Indiz für die praktische Bedeutsamkeit des höchstrichterlichen Judizes. Zutreffend ist freilich, dass bei leichter Fahrlässigkeit kein Ersatz gebührt. Wie häufig Fälle grober Fahrlässigkeit im Straßenverkehr gegeben sind, darüber gibt es unterschiedliche Einschätzungen.<sup>1122</sup>

Der anspruchsberechtigte Personenkreis deckt sich mit dem des Fernwirkungsschadens, sodass auf die dortigen Erläuterungen verwiesen werden kann. Ersatz gebührt auch insofern – anders als im deutschen Recht nach § 844 Abs 3 BGB – nicht nur bei Tod, sondern auch bei schwer(st)er Verletzung des Primäröpfers.<sup>1123</sup> 498

Während nach deutschem Recht noch völlig ungewiss ist, in welcher Größenordnung wem nach welchen Bemessungskriterien Hinterbliebenengeld gebührt, gibt es infolge der einigermaßen reichhaltigen höchstrichterlichen Judikatur seit dem Jahr 2001 immerhin gewisse Anhaltspunkte: Maßgeblich ist die Intensität der familiären Bindung,<sup>1124</sup> wobei das Bestehen einer gemeinsamen Haushaltsgemeinschaft die zentrale Bemessungsdeterminante darstellt,<sup>1125</sup> eine enge emotionale Bindung aber auch außerhalb einer solchen bestehen kann.<sup>1126</sup> Das Angehörigenschmerzensgeld ist nicht zu mindern, wenn Trauer gegeben ist über einen weiteren Angehörigen, für den kein Trauerschmerzensgeld gebührt.<sup>1127</sup> 499

Als Anhaltspunkt für die Größenordnung seien einige charakteristische Entscheidungen herausgegriffen: Bei Tod des 6-jährigen Kindes wurde den Eltern je 20.000 Euro zuerkannt;<sup>1128</sup> bei Tod der 19-jährigen Tochter wurden 20.000 Euro jeweils an die Eltern, 15.000 Euro an die Geschwister zugesprochen;<sup>1129</sup> bei einem besonders innigen Verhältnis der Mutter zum getöteten 40-jährigen Sohn, der in unmittelbarer Nachbarschaft lebte, hat der OGH 13.000 Euro gebilligt;<sup>1130</sup> Ersatz von 10.000 Euro an den Ehemann hat der OGH gutgeheißen.<sup>1131</sup> Verwiesen sei insoweit auch auf die tabellarische Übersicht der mit dem Verbraucherpreisindex aufgewerteten Zusprüche bei *Karner*.<sup>1132</sup> 500

Das Angehörigenschmerzensgeld stellt einen Mindestersatz dar; wenn eine psychische Krankheit<sup>1133</sup> dazu kommt oder eigene körperliche Schmerzen,<sup>1134</sup> gebührt ein Zuschlag; es erfolgt jedoch eine Globalbemessung, mit anderen Worten: Es findet kein getrennter Ausweis für die Trauer einerseits und die krankheitsbedingten seelischen Schmerzen statt.<sup>1135</sup> 501

<sup>1122</sup> *Reisinger* ZVR 2008, 49 (52): Diese Entscheidung wird praktisch entwertet, weil grobe Fahrlässigkeit im Straßenverkehr ausgesprochen selten ist, nämlich bei alkoholisiertem Zustand des Lenkers oder einem Geisterfahrer; ähnlich *Reischauer* in *Rummel*, § 1325 Rn. 5a: Grobe Fahrlässigkeit in der Praxis selten, den Opfern ist damit nicht geholfen. Gegenteilig allerdings *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 626: Gerade Verkehrsunfälle mit schwerwiegenden Personenschäden beruhen sehr häufig auf grober, ja grösster Fahrlässigkeit, nämlich durch Alkoholisierung, Geschwindigkeitsexzesse, riskante Überholmanöver oder eine massive Vorrangverletzung.

<sup>1123</sup> OGH 3.9.2009 – 2 Ob 77/09a, ZVR 2010/120 mAnm *Kathrein* = Zak 2009/674; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 47.

<sup>1124</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 628; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 46.

<sup>1125</sup> OGH 27.9.2007 – 2 Ob 135/07b, ZVR 2008/59 mAnm *Ch. Huber* = JBl 2008, 182; OGH 12.7.2007 – 2 Ob 263/06z, ZVR 2007/239 mAnm *Danzl*.

<sup>1126</sup> OGH 1.7.2004 – 2 Ob 141/04f, ZVR 2004/86 = JBl 2004, 792: Besonders inniges Verhältnis der Mutter zum getöteten 40-jährigen Sohn, der in unmittelbarer Nachbarschaft lebte; die Mutter war in das Familienleben des Sohnes eingebunden.

<sup>1127</sup> OGH 20.9.2012 – 2 Ob 161/12h, Zak 2012/709 = *ecolex* 2012/422.

<sup>1128</sup> OGH 12.7.2007 – 2 Ob 263/06z, ZVR 2007/239 mAnm *Danzl*.

<sup>1129</sup> OGH 26.6.2008 – 2 Ob 55/08i, Zak 2008/579 = *ecolex* 2008/336.

<sup>1130</sup> OGH 1.7.2004 – 2 Ob 141/04f, ZVR 2004/86 = JBl 2004, 792.

<sup>1131</sup> OGH 31.8.2016 – 2 Ob 148/15a, ZVR 2017/92 mAnm *Ch. Huber* = ZfG 2016, 131 mAnm *Leitner*.

<sup>1132</sup> *Karner*, FS *Danzl* (2017), 87 (115 f.).

<sup>1133</sup> OGH 9.9.2015 – 2 Ob 143/15s, ZVR 2015/214 mAnm *Kathrein* = ÖJZ 2016/39 mAnm *Ch. Huber*: Globalbemessung für Trauer und psychische Erkrankung.

<sup>1134</sup> OGH 28.3.2017 – 2 Ob 217/16z, Zak 2017/240: Globalbemessung auch mit eigenen Schmerzen des Anspruchstellers.

<sup>1135</sup> OGH 26.6.2008 – 2 Ob 55/08i, Zak 2008/579 = *ecolex* 2008/336; OGH 1.7.2004 – 2 Ob 141/04f, ZVR 2004/86 = JBl 2004, 792; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 143.

Für die Beeinträchtigung bzw Verunmöglichung des Sexuallebens des (Ehe-)Partners hat der OGH<sup>1136</sup> ein Angehörigenschmerzensgeld abgelehnt.

- 502 6. Entstehung, Fälligkeit, Verjährung.** Der Schmerzensgeldanspruch entsteht mit Zufügung der körperlichen bzw psychischen Beeinträchtigung, mit der Schmerzen verbunden sind,<sup>1137</sup> wobei es auf eine Schmerzempfindung nicht in jedem Fall ankommt, so etwa bei einer Querschnittslähmung oder der Fallgruppe der Zerstörung der Persönlichkeit. Ab diesem Zeitpunkt ist der Schmerzensgeldanspruch abtretbar, vererblich, pfändbar und übertragbar.<sup>1138</sup>
- 503** Fällig wird der Schmerzensgeldanspruch erst mit Übermittlung eines ziffernmäßig bestimmten Begehrens und der zur Überprüfung der Anspruchshöhe geeigneten Unterlagen an den Schädiger.<sup>1139</sup> Damit beginnen der objektive Verzug und der Lauf der Verzugszinsen im Ausmaß von 4 %, die jedenfalls auch ab Einbringung der Klage begehrt werden können.<sup>1140</sup> Bei subjektivem Verzug, also bei subjektiver Vorwerfbarkeit der ausstehenden Zahlung, wenn also der Ersatzpflichtige angemessene Zeit hatte, die Berechtigung des Begehrens zu prüfen, können auch über die gesetzlichen Verzugszinsen hinausgehende Zinsen verlangt werden.<sup>1141</sup>
- 504** Die 3-jährige Verjährungsfrist des § 1489 ABGB beginnt – wie in Deutschland – nicht vor dem tatsächlichen Eintritt eines Erstschadens zu laufen.<sup>1142</sup> Maßgeblich ist die Kenntnis des realen Schadens, nicht seine Höhe bzw Bezifferbarkeit. Für nicht vorhersehbare Folgeschäden, zum Beispiel eine nicht vorhersehbare Operation, beginnt die Frist ab deren Kenntnis zu laufen.<sup>1143</sup>
- 505** Dem Grunde nach vorhersehbare Schäden gelten schon mit dem Erstschaden als entstanden, auch wenn deren Höhe noch nicht bestimmbar ist. Um deren Verjährung zu verhindern, muss der Geschädigte eine Feststellungsklage erheben.<sup>1144</sup> Die Voraussetzungen für deren Zulässigkeit sind gering; sie ist nur dann nicht gegeben, wenn mit Folgeschäden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht zu rechnen ist.<sup>1145</sup> Die Feststellungsklage bezieht sich auf künftige Schäden, wobei alle nach dem Zeitpunkt der Einbringung der Klage eintretende Schäden zukünftige sind.
- 506** Bei Erhebung einer – später erfolgreichen – Feststellungsklage ist eine Ausdehnung des Leistungsbegehrens nach Ablauf der Verjährungsfrist für den Primärschaden nicht nur dann zulässig, wenn die Erweiterung auf neuen inzwischen eingetretenen Schadenswirkungen beruht, deren Ausmaß zunächst noch nicht bestimmbar war, sondern auch dann, wenn die Klagerweiterung auf die Ergebnisse eines für den Kläger unverhofft günstigen Sachverständigengutachtens beruht.<sup>1146</sup> Das muss freilich auch für die vor Erhebung der Feststellungsklage eingetretenen Schmerzen gelten.
- 507** Bei dem Grunde nach vorhersehbaren, aber noch nicht bezifferbaren künftigen Schmerzen kann der Ersatzpflichtige ohne Einbringung einer innerhalb der Verjährungsfrist erhobenen Feststellungsklage bei Ausdehnung des Klagebegehrens durch den Geschädigten diesem

<sup>1136</sup> OGH 22.5.2014 – 2 Ob 70/14d, Zak 2014/511; kritisch *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 146; gegenteilig OLG Wien 7.12.2004 – 15 R 213/04k: 20.000 Euro an die Ehefrau bei erektiler Dysfunktion des Ehemannes.

<sup>1137</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 659.

<sup>1138</sup> OGH 30.9.1996 – 6 Ob 2068/96b, SZ 69/217 = ZVR 1996/126 = *ecolex* 1996, 913 mAnm *Wilhelm*; *Ch. Huber* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 123; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 639; *Hinteregger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 31.

<sup>1139</sup> OGH 20.6.2017 – 2 Ob 88/17f, Zak 2017/470; OGH 9.2.1982 – 2 Ob 23/82, ZVR 1982/323.

<sup>1140</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 652, 668.

<sup>1141</sup> OGH 24.3.1998 – 1 Ob 315/97y, SZ 71/56 = ZVR 1998/80 = *ecolex* 1998, 392 mAnm *Wilhelm*.

<sup>1142</sup> OGH 19.12.1995 – 1 Ob 621/95, SZ 68/238 = ZVR 1996/77 = *JBl* 1996, 311 mAnm *Apathy* = *ecolex* 1996, 91 mAnm *Wilhelm*.

<sup>1143</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 660; *F. Bydliński* FS Steffen, 1995, 65, (72 ff.).

<sup>1144</sup> OLG Wien 13.9.1990 – 26 Bs 339/90, ZVR 1991/21.

<sup>1145</sup> OGH 22.3.2018 – 2 Ob 11/18h, ZVR 2018, 207 mAnm *Ch. Huber* = Zak 2018/332.

<sup>1146</sup> OGH 17.10.2012 – 3 Ob 183/12a, ZVR 2013/159 mAnm *Ch. Huber*; OGH 10.6.2008 – 4 Ob 78/08m, SZ 2008/81 = Zak 2008/543.

die Einrede der Verjährung entgegenhalten.<sup>1147</sup> Da manche Detailfrage noch nicht abschließend geklärt ist, ist dem Geschädigten anzuraten, im Zweifel möglichst frühzeitig eine Feststellungsklage einzubringen und zeitnah nach Kenntnis der zusätzlichen Schmerzen, die zum Ende der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz noch nicht absehbar waren, eine Ausdehnung seines Begehrens vorzunehmen, jedenfalls dann, wenn zu diesem späteren Zeitpunkt eine abschließende Bemessung möglich ist.

Häufig schließt sich der Verletzte als Privatbeteiligter dem Strafverfahren an und verlangt dort Schmerzensgeld. Zu verweisen ist darauf, dass es nach § 1497 ABGB zu einer Unterbrechung der Verjährung (nach deutscher Terminologie Neubeginn) nur in dem Ausmaß kommt, in dem ein Anspruch im Rahmen der Privatbeteiligung angemeldet wurde.<sup>1148</sup> Die Strafgerichte sprechen häufig nur geringe Beträge an Schmerzensgeld zu.<sup>1149</sup> Auch wenn im Rahmen der Privatbeteiligung nur ein Teilbetrag zugesprochen wurde, kann der Geschädigte vor dem Zivilgericht weiteres Schmerzensgeld begehren.<sup>1150</sup> Es gibt aber auch eine gegenteilige Entscheidung,<sup>1151</sup> die bei einem Zuspruch im Adhäsionsverfahren ein weiteres Begehren vor dem Zivilgericht unter Hinweis auf die *res iudicata* für unzulässig gehalten hat. Anzuraten ist daher, auf eine Geltendmachung des Schmerzensgeldanspruchs im Strafverfahren zu verzichten oder jedenfalls diesen in voller Höhe anzumelden.<sup>1152</sup>

**7. Prozessuale Geltendmachung.** *Fucik/Hartl/Schlosser*<sup>1153</sup> berichten zur Erhebung von Schmerzensgeldklagen, dass Gerichte Kosten für ein Privatgutachten meist nicht zusprechen, es sei denn, ein solches sei zur Erschütterung des gerichtlichen Sachverständigengutachtens erforderlich. Das ist jedenfalls dann bedenklich, wenn der Anspruchsteller selbst nicht in der Lage ist, die Höhe des Schmerzensgeldbegehrens zu ermitteln, was häufig der Fall sein wird. Dann handelt es sich mE um notwendige Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nach § 41 Abs 1 ZPO.

Anders als nach deutschem Recht, wo die Stellung eines Mindestbegehrens möglich ist, sodass das Gericht frei ist, einen nach oben offenen Betrag zuzusprechen, muss der Geschädigte nach österreichischem Recht ein beziffertes Begehren stellen, das die Obergrenze der Zuerkennung durch das Gericht markiert.

*Fucik/Hartl/Schlosser*<sup>1154</sup> geben den Ratschlag, dass aus Kostengründen das Begehren nicht allzu hoch angesetzt werden sollte, weil es im Prozess nach den Ergebnissen des Sachverständigengutachtens ohnedies erweitert werden kann, ohne dass konkrete Gründe vorgebracht werden müssen; zu beachten sei aber die Verjährung und die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts<sup>1155</sup> bis zu einem Streitwert von 15.000 Euro nach § 49 Abs 1 JN. Dagegen spricht freilich, dass für den Kläger bei Schmerzensgeldbegehren nach § 43 Abs 2 ZPO nachteilige Kostenfolgen nur bei einer offenbaren Überklagung eintreten, was (erst) angenommen wird, wenn mehr als doppelt soviel begehrt wurde, als nachher zugesprochen wird.<sup>1156</sup>

Hingewiesen sei auf die besondere Bedeutung des Zeitpunkts der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz. Ob eine Global- oder Teilbemessung vorzunehmen ist, ist nach diesem Zeitpunkt zu beurteilen.<sup>1157</sup> Für die bis zu diesem Zeitpunkt eingetretenen Schmer-

<sup>1147</sup> OGH 25.6.2009 – 2 Ob 33/09f, ZVR 2010/200 mAnm *Ch. Huber*; OGH 12.2.1998 – 2 Ob 15/96, ZVR 1999/21; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 668.

<sup>1148</sup> OGH 25.5.2016 – 2 Ob 213/15k, Zak 2016/476; ständige Rechtsprechung seit OGH 16.5.2001 – 2 Ob 180/00k, SZ 74/89 = ZVR 2001/92 im Anschluss an *Ch. Huber* NZ 1985, 163.

<sup>1149</sup> So etwa OGH 10.5.2012 – 13 Os 141/11a (13 Os 160/11w), JBl 2013, 61 mAnm *Wess*: 500.- Euro an Mutter und Schwester; *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 131a.

<sup>1150</sup> OGH 28.4.2015 – 8 Ob 15/15m; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 655.

<sup>1151</sup> OGH 18.2.2015 – 7 Ob 8/15z, Zak 2015/401.

<sup>1152</sup> *Ch. Huber* in *Schaffhauser/Bächli/Dähler/Landolt/Liniger/Peter* (Hrsg.), Jahrbuch zum schweizerischen Straßenverkehrsrecht 2016, 98 (118).

<sup>1153</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 665.

<sup>1154</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 667.

<sup>1155</sup> Entsprechung des deutschen Amtsgerichts.

<sup>1156</sup> *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm, § 1325 Rn. 117.

<sup>1157</sup> OGH 23.3.2007 – 2 Ob 233/06p, ZVR 2007/237 mAnm *Ch. Huber* = Zak 2007/421; *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 643.

zen muss der Geschädigte – bei sonstiger Präklusion – eine Abgeltung verlangen. Die zwischen der Schadenszufügung und dem Bemessungszeitpunkt gesunkene Kaufkraft ist zu berücksichtigen.<sup>1158</sup> Geleistete Teilzahlungen sind aufzuwerten.<sup>1159</sup> Eine Kumulation von Verzugszinsen und Kaufkraftschwund kommt mE aber nicht in Betracht.

- 513 Die Ermessensausübung bei Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes ist nur in eingeschränktem Maß revisibel;<sup>1160</sup> die Würfel fallen somit im Regelfall bei den Tatgerichten. Eine höchstrichterliche Korrektur scheidet aus, wenn die Bemessung bloß an der Obergrenze<sup>1161</sup> oder Untergrenze<sup>1162</sup> liegt, wohl aber bei einer eklatanten Fehlbemessung, was bei einer Abweichung von ca 50 % von dem vom OGH für zutreffend erachteten Ersatzbetrag angenommen wird.
- 514 Es ist freilich erstaunlich, dass das gar nicht so selten bejaht wird;<sup>1163</sup> die höchstrichterliche Judikatur des OGH zum Schmerzensgeld ist jedenfalls – spiegelverkehrt zum Kfz-Sachschaden – ungleich umfangreicher als die diesbezügliche des BGH. Als ein Musterbeispiel, bei dem (auch) das OLG eine – besonders – eklatante Fehlbemessung vorgenommen hat, ist eine Entscheidung, in der die Tatgerichte bei Amputation einer Zehe Bezug genommen haben auf eine Amputation eines Mittelfingers und bei dem Präjudizienvergleich eine Umrechnung von öS in Euro (Relation ca 14:1) unterblieben ist.<sup>1164</sup>
- 515 **8. Minderjähriger als Geschädigter und Schädiger.** Ein mündiger Minderjähriger – zwischen 14 und 18 Jahren – kann über den Schmerzensgeldanspruch nicht frei verfügen, daher auch nicht verzichten; ebenso wenig kann er sich zur Zahlung von Schmerzensgeld verpflichten. Jeweils ist die Zustimmung beider Elternteile und des PflEGschaftsgerichts erforderlich.<sup>1165</sup>
- 516 **9. Vorrang im Rahmen des Deckungskonkurses (§ 336 letzter S. ASVG).** In einer lex fugitiva ist angeordnet, dass bei nicht ausreichender Deckungssumme einer Haftpflichtversicherung ein gerichtlich festgestellter Schmerzensgeldanspruch Vorrang vor allen anderen Ersatzansprüchen, namentlich Regressansprüchen der Sozialversicherungsträger, hat. Sollte der Haftpflichtversicherer bereits Regressansprüche der Sozialversicherer befriedigt haben mit der Folge, dass das Schmerzensgeld nicht mehr in vollem Umfang gezahlt werden kann, kommt eine Kondiktion in Betracht.<sup>1166</sup>

## C. Mitverschulden

### I. Allgemeines

- 517 § 1304 ABGB regelt das Mitverschulden bei (vertraglichen wie deliktischen) Schadensersatzansprüchen: „Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden **verhältnismäßig**; und, wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt, **zu gleichen Teilen**.“ Für den Bereich der Gefährdungshaftung bei Verkehrsunfällen verweist § 7 Abs. 1 EKHG für den Fall des (Mit)Verschuldens des Geschädigten an der Entstehung des Schadens auf § 1304 ABGB (so

<sup>1158</sup> OLG Wien 15.11.1994 – 12 R. 185/94, ZVR 1995/156.

<sup>1159</sup> OGH 22.1.2014 – 2 Ob 240/13b; *Hinteregger in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 36.

<sup>1160</sup> *Hinteregger in Kletecka/Schauer*, ABGB-ON, § 1325 Rn. 34: Die Höhe des Schmerzensgeldes ist keine erhebliche Rechtsfrage gemäß § 502 Abs 1 ZPO.

<sup>1161</sup> OGH 19.1.2011 – 3 Ob 241/10b, ZVR 2011/243 mAnm *Ch. Huber* = *ecolex* 2011/227.

<sup>1162</sup> OGH 25.2.2016 – 1 Ob 22/16s, Zak 2016/189.

<sup>1163</sup> OGH 22.3.2018 – 2 Ob 218/17y, Zak 2018/335; OGH 30.3.2016 – 4 Ob 48/16m, JBl 2016, 385 = Zak 2016/296; OGH 9.9.2015 – 2 Ob 108/15v, Zak 2015/660; OGH 11.9.2014 – 2 Ob 83/14s, Zak 2014/722; OGH 3.2.2005 – 2 Ob 261/04b, ZVR 2005/118 mAnm *Danzl*; OGH 20.1.2005 – 2 Ob 292/04m, ZVR 2005/109 mAnm *Danzl*.

<sup>1164</sup> OGH 9.4.2015 – 2 Ob 214/14f, ZVR 2015/201 mAnm *Ch. Huber*.

<sup>1165</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 639.

<sup>1166</sup> *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI, Rn. 662.