

gensatz zur E 2 Ob 188/07 x, die der dunkel gekleideten, gebrechlichen Fußgängerin zusätzlich einen Verstoß gegen § 76 Abs 1 Satz 2 zweiter HS StVO anlastete, kann daraus jedenfalls kein zusätzl Argument für ein Mitverschulden des Kl abgeleitet werden. Auch die geringe Breite der Landstraße ist kein „zusätzl Faktor“, weil diesem Umstand schon durch § 10 Abs 2 StVO Rechnung getragen wird. Soweit sich die Bekl auf die E 2 Ob 9/13 g berufen, ist daraus für sie nichts zu gewinnen, weil dort der auf einem Geh- und Radweg gehenden, dunkel gekleideten Fußgängerin ebenfalls kein Mitverschulden angelastet wurde.

#### [Kein allg Bewusstsein, solche Schutzmaßnahmen anzuwenden]

Nach der Rsp kann auch bei der Unterlassung von Schutzmaßnahmen zur eigenen Sicherheit der Vorwurf des Mitverschuldens begründet sein, wenn sich bereits ein allg Bewusstsein der beteiligten Kreise dahin gebildet hat, dass jeder Einsichtige und Vernünftige solche Schutzmaßnahmen anzuwenden pflegt (vgl RIS-Justiz RS0026828: zu Fahrradhelmen [T 4 und T 6]; für „sportlich ambitionierte“ Radfahrer 2 Ob

99/14 v RS0026828 [T 7]; zur Motorradschutzkleidung 2 Ob 119/15 m RIS-Justiz RS0026828 [T 9]).

Dass sich ein allg Bewusstsein der beteiligten Kreise dahin gebildet hätte, dass Rollstuhlfahrer auf Straßen ohne Gehsteige und Beleuchtung in der Nacht zu ihrer eigenen Sicherheit gut sichtbare Kleidung tragen sollen, behaupten die Bekl gar nicht. Sie bringen vielmehr vor, dass ein vernünftiger und sorgfältiger Rollstuhlfahrer jedenfalls Aktivbeleuchtung oder Reflektoren benutzt hätte und dass es im Hinblick auf die Vielzahl der möglichen Beeinträchtigungen, die die Benutzung eines Rollstuhls notwendig machen könnten, keinen „beteiligten Verkehrskreis“ gebe. Allein, dass die Bekl bestimmte Maßnahmen zur Schadensabwehr für vernünftig oder aus dem „logischen Hausverstand“ heraus geboten erachten, erfüllt aber für sich mangels entsprechender gesetzl Verpflichtung noch nicht die dargelegten Anforderungen der Rsp zur Annahme eines Mitverschuldens, sondern eben erst, wenn ein entsprechendes allg Bewusstsein der beteiligten Kreise vorliegt. Weshalb es keine solchen beteiligten Kreise geben sollte, ist nicht nachvollziehbar.

Der Rev war daher insgesamt nicht Folge zu geben.

#### Anmerkung:

Das Tragen eines Helms bei einem sportlich ambitionierten Radfahrer sowie von Schutzkleidung bei einem Motorradfahrer (zuletzt auch noch 2 Ob 44/17 k ZVR 2018/124 [Danzl]) hat den Kfz-Haftpflichtversicherer auf die Idee gebracht, eine Kürzung der Ersatzpflicht unter Berufung auf ein Bewusstsein der entsprechenden Verkehrskreise auch bei einem in der Dunkelheit schwer wahrnehmbaren Rollstuhlfahrer vorzunehmen. Dem ist der OGH zu Recht nicht gefolgt.

Der von den Bekl ins Treffen geführte Umstand, dass ein Fußgänger – verglichen mit einem Rollstuhlfahrer – leichter ausweichen könne, vermag nicht zu überzeugen. Wenn es zu Kollisionen mit Fahrzeugen in der Dunkelheit kommt, stellt die Möglichkeit, gegenüber einem mit beträchtl Geschwindigkeit unterwegs befindl Fahrzeug zur Seite zu springen, kaum jemals eine realistische Verhaltensalternative dar. Allenfalls kann man darüber diskutieren, dass das Gefährdungspotenzial bei einem Rollstuhl höher sein könnte als bei einem Fußgänger, weil die Angriffsfläche und damit die Gefahr einer Kollision größer ist.

Der OGH beruft sich darauf, dass sich diesbzgl kein Bewusstsein der beteiligten Kreise gebildet habe. Hier sollte man aber die Kirche im Dorf lassen. Das ist ein vermeintlich empirischer Ansatz und gaukelt Scheinpräzision vor. Geht man dieser Begründung auf den

Grund, stellt sich heraus, dass es letztlich um eine vom Gericht vorzunehmende normative Wertung geht, ob eine solche Verhaltenspflicht besteht oder das nicht der Fall ist. Der OGH findet den zutr Bezugspunkt, nämlich die Parallele zu einer das Fahrrad schiebenden Person, wo eine ausdrückl gesetzl Regelung vorhanden ist. Das (Selbst-)Gefährdungspotenzial ist da wie dort in sehr ähnl Weise gegeben. Die eindeutige gesetzgeberische Festlegung beim Fall des ein Fahrrad schiebenden Fußgängers und die damit weitgehende Vergleichbarkeit des Rollstuhlfahrers setzen klare Grenzen, diese Wertung durch Analogie zu überspringen.

Dass de lege lata eine derartige Verhaltenspflicht und damit ein Mitverschulden verneint wurde, sollte den Gesetzgeber aber nicht davon abhalten, de lege ferenda ernsthaft darüber nachzudenken, eine (Hersteller-)Pflicht zu statuieren, (neue) Rollstühle mit reflektorischem Material auszustatten bzw bereits auf dem Markt befindl nachzurüsten. Argumente der ökonomischen Analyse würden dafür sprechen: Die Kosten für eine solche Schutzmaßnahme sind relativ gering; der ohne solche Maßnahme drohende Schaden kann aber relativ hoch sein; gerade für Menschen, die ohnehin schon beträchtlich (vor-)geschädigt sind.

*Christian Huber,  
RWTH Aachen*

## → Schmerzengeldnachklage aus prozessualen Gründen

1. § 1325 ABGB; § 235 Abs 3 ZPO; § 49 Abs 1 JN

→ Umstände, die trotz des Grundsatzes der Globalbemessung die Einbringung einer Nachklage zur Geltendmachung eines ergänzenden Schmerzengelds rechtfertigen können, können auch im Prozessrecht liegen, etwa wenn der Kl im Vorprozess aufgrund verfahrensrechtl Vorschriften an der

Ausdehnung seines Begehrens gehindert war und ihm nicht vorgeworfen werden kann, nicht gleich den höheren Betrag eingeklagt zu haben.

→ Wenn der Kl einen die BG-Wertgrenze übersteigenden Betrag geltend machen will und der Bekl einer solchen Ausdehnung nicht zustimmt, wäre die Annahme einer Obliegenheit, die Klage wenigstens bis zur BG-Wertgrenze auszudehnen, ein

ZVR 2019/7

§§ 1325, 1489,  
1497 ABGB;  
§§ 228,  
235 Abs 3 ZPO;  
§ 49 Abs 1 JN

OGH 16. 5. 2018,  
2 Ob 68/18 s

(LG Salzburg  
24. 1. 2018,  
22 R 368/17 x;  
BG Zell am See  
10. 8. 2017,  
16 C 746/16h)

bloßer Formalismus, der durch keine materiell- oder verfahrensrechtl Gründe gedeckt wäre.

## 2. §§ 1489, 1497 ABGB; § 228 ZPO

→ Tritt (zufolge Verbindung der ersten und rechtzeitigen Leistungsklage mit einer später erfolgreichen Feststellungsklage) die Unterbrechungswirkung ein, so begründet es aus verjährungsrechtl Sicht keinen relevanten Unterschied, ob der Geschädigte zur Durchsetzung des weiteren Anspruchs die Klage ausdehnt oder innerhalb ange-

### Sachverhalt:

#### [Ärztlicher Kunstfehler bei Geburt]

Bei der Geburt des Kl im Jahr 2012 kam es infolge eines ärztl Kunstfehlers zu einer Schulterdystokie, die beim Kl zu einer Armlähmung führte. Die Haftung der Bekl ist dem Grund nach nicht mehr strittig.

Bei einer Nachklage wegen Überschreitens der Streitwertgrenze des BG Nachklage auch bzgl des Betrags zulässig, bis zu dem Ausdehnung vor dem BG noch möglich gewesen wäre.

#### [Vorprozess bei BG über Schmerzensgeldklage iHv € 9.000,-]

Mit einer beim BG Z am 2. 7. 2014 eingebrachten Klage begehrte der Kl zunächst ein Schmerzensgeld von € 9.000,- sA und die mit € 2.000,- bewertete Feststellung der Haftung der Bekl für Spät- und Dauerfolgen. Die Bekl bestritt Grund und Höhe

des Begehrens. Nach Erstattung eines med GA dehnte die KIV in der Verhandlung v 12. 10. 2016 das Zahlungsbegehren auf € 23.220,- sA aus. Die Bekl sprach sich unter Hinw auf das Überschreiten der sachl Zuständigkeit des BG gegen die Klageänderung aus, worauf das ErstG sie mit B v 13. 10. 2016 nicht zuließ. Mit unbekämpft geliebtem U v 5. 1. 2017 gab es dem ursprüngl Klagebegehren statt.

#### [Einbringung einer weiteren Klage]

Schon vor diesem U hatte der Kl am 12. 12. 2016 beim ErstG eine weitere Klage auf Zahlung von € 14.220,- sA erhoben. Zur Begründung stützte er sich auf das im Vorverfahren eingeholte GA. Dass der Schmerzensgeldanspruch höher als zunächst angenommen sei, habe sich erst aus diesem GA ergeben. Eine Nachklage sei zulässig, weil sich die Bekl im Vorverfahren gegen eine Klageänderung ausgesprochen habe. Daher sei dort keine Globalbemessung möglich gewesen.

#### [Einwendungen der Bekl]

Die Bekl wandte ein, dass der Grundsatz der Globalbemessung einer Nachklage entgegenstehe. Da die Mutter des Kl die Verletzungsfolgen gekannt habe, falle es dem Kl zur Last, dass nicht von Anfang an das gesamte Schmerzensgeld geltend gemacht worden sei. Zudem wäre im Vorverfahren eine Ausdehnung um € 4.000,- möglich gewesen. Jedenfalls diesen Teilbetrag könne der Kl nun nicht mehr fordern. Insofern sei auch Verjährung eingetreten.

#### [Entscheidungen der Vorinstanzen]

Beide Vorinstanzen gaben dem Klagebegehren statt. Der OGH gab der Rev der beklP keine Folge.

messener Frist eine zweite Klage erhebt. Denn die Verjährung ist eine Frage des materiellen Rechts, die nicht davon abhängt, wie dieser Anspruch prozessual durchgesetzt wird. Dem Erfolg einer weiteren Klage könnte zwar der Grundsatz der Globalbemessung entgegenstehen, für die Verjährung gilt aber der Grundsatz, dass sowohl die Ausdehnung als auch das Erheben einer weiteren Klage als (neuerliches) Belangen iSv § 1497 ABGB anzusehen sind. War die Verjährung unterbrochen, muss der Verjährungseinwand in beiden Fällen scheitern.

### Aus den Entscheidungsgründen:

Die Rev ist wegen fehlender Rsp des OGH zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

#### [Grundsatz der Globalbemessung]

Wenn keine besonderen Gründe für eine zeitl Einschränkung bestehen, ist das Schmerzensgeld grds global zu bemessen (RIS-Justiz RS0031196; RS0031055). Dadurch soll insb verhindert werden, dass der Schädiger ständig neuen Forderungen ausgesetzt ist, obwohl die Verletzungsfolgen schon im ersten Prozess hinreichend überschaubar waren (2 Ob 242/98 x mwN; zuletzt etwa 10 Ob 89/15 h). Begehrt der Kl in einem weiteren Verfahren ergänzendes Schmerzensgeld, so hat er darzulegen, aufgrund welcher besonderen Umstände eine solche „Nachklage“ ausnahmsweise gerechtfertigt ist (2 Ob 44/14 f ZVR 2015/93 [Huber] mwN). Solche Umstände können auch im Prozessrecht begründet sein (RIS-Justiz RS0110739). Eine Nachklage kommt hier insb dann in Betracht, wenn der Kl im Vorprozess aufgrund verfahrensrechtl Vorschriften an der Ausdehnung seines Begehrens gehindert war und ihm nicht vorgeworfen werden kann, nicht gleich den höheren Betrag eingeklagt zu haben (6 Ob 204/98 p; 2 Ob 173/01 g; 2 Ob 103/10 a).

#### [Zulässigkeit einer Nachklage]

Im vorliegenden Fall haben die Vorinstanzen auf dieser Grundlage die Möglichkeit einer Nachklage bejaht. Die in der Rev vorgebrachten Einwände können nicht überzeugen.

#### [Kein Vorwurf, nicht gleich einen höheren Betrag eingeklagt zu haben]

Dem Kl kann nicht vorgeworfen werden, nicht gleich einen höheren Betrag eingeklagt zu haben.

a) Das Einklagen eines geringeren Betrags ist nach der Rsp dann nicht vorwerfbar, wenn das Ausmaß der Beeinträchtigungen bei Einbringen der Klage noch nicht vollständig überblickt werden konnte (6 Ob 204/98 p; 2 Ob 173/01 g; 7 Ob 270/04 p). Das trifft bei der Bemessung des Schmerzensgelds im Regelfall zu, weil dessen konkrete Höhe typischerweise nicht ohne Einholung eines GA zu den Verletzungsfolgen ermittelt werden kann. Die in diesem Zusammenhang ergangenen Entscheidungen betrafen daher regelmäßig Fälle, in denen die Nachklage auf den – aus verfahrensrechtl Gründen nicht aufgreifbaren – Ergebnissen eines im ersten Verfahren eingeholten GA beruhte (6 Ob 204/98 p; 2 Ob 173/01 g; 2 Ob 103/10 a).

b) Vorwerfbar ist das Einklagen eines zu geringen Betrags idZ nur dann, wenn sich aus den unstrittigen Verletzungsfolgen ohne jeden Zweifel ein unverhältnismäßig höheres Schmerzensgeld ergeben hätte. Denn der Geschädigte muss schon aus Kostengründen ein Überklagen vermeiden, weswegen es ihm im Zweifel nicht zur Last fallen kann, wenn er zunächst einen geringeren Betrag geltend macht und das Begehren erst nach Vorliegen eines GA ausdehnt oder erforderlichenfalls eine zweite Klage erhebt. Interessen des Schädigers werden durch die Möglichkeit einer zweiten Klage nicht wesentlich beeinträchtigt, weil er es ohnehin in der Hand hat, die Notwendigkeit einer solchen Klage durch Zustimmung zu einer Ausdehnung des ursprüngl Begehrens entfallen zu lassen. Dass der Geschädigte ihm durch tatsächl Vornahme der Ausdehnung Gelegenheit dazu geben muss, hat der Sen bereits ausgesprochen (2 Ob 44/14f ZVR 2015/93 [zust *Huber*]; anders noch 6 Ob 204/98p).

c) Im vorliegenden Fall war der Kl als Kleinkind naturgemäß nicht in der Lage, Angaben zu seinen Schmerzen zu machen. Für seine Mutter waren die konkreten Verletzungsfolgen, auch und gerade in Bezug auf die Schmerzperioden, vor Einlangen des GA nicht abschätzbar. Auf dieser Grundlage ist die Beurteilung der Vorinstanzen, dass die – nachträgl betrachtet – zu geringe Höhe des ursprüngl Begehrens den Eltern des Kl nicht vorgeworfen werden könne, nicht zu beanstanden.

**[Auch mögliche Ausdehnung der Klage bis zur Streitwertgrenze des BG kein Hindernis für Nachklage]**

Der Nachklage steht auch nicht tw entgegen, dass im Vorprozess nach § 235 Abs 3 ZPO iVm § 49 Abs 1 JN eine Ausdehnung um € 4.000,- möglich gewesen wäre.

a) Die Rsp zur grds Unzulässigkeit von Nachklagen folgt daraus, dass das Schmerzensgeld nach Möglichkeit in einem einzigen Verfahren global bemessen werden soll. Um das zu ermöglichen, muss der Geschädigte nach Vorliegen eines unerwartet günstigen GA eine Ausdehnung der Klage auf den danach angemessenen Betrag versuchen (2 Ob 44/14f). Nur wenn das aus prozessualen Gründen erfolglos bleibt, kann er den weiteren Betrag mit neuer Klage geltend machen.

**[Zweck der Ausdehnungsobliegenheit: Ermöglichung einer Globalbemessung]**

b) Zweck der Ausdehnungsobliegenheit ist daher die Ermöglichung einer Globalbemessung. Dieser Zweck kann von vornherein nicht erreicht werden, wenn der Kl einen die bezirksgerichtl Wertgrenze übersteigenden Betrag geltend machen will und der Bekl einer solchen Ausdehnung des Begehrens nicht zustimmt.

Unter diesen Umständen wäre die Annahme einer Obiegenheit, die Klage wenigstens bis zur bezirksgerichtl Wertgrenze auszudehnen, ein bloßer Formalismus, der durch keine materiell- oder verfahrensrechtl Gründe gedeckt wäre. Denn auch insofern ist kein schützenswertes Interesse des Schädigers erkennbar: Das zweite Verfahren wird nur aufgrund seiner prozessualen Disposition erforderlich, und dort muss jedenfalls eine Globalbemessung erfolgen. Dass dabei auch über einen Teilbetrag abzusprechen ist, der theoretisch schon im ersten Verfahren hätte erledigt werden können, begründet angesichts des Zwecks der Ausdehnungsobliegenheit keinen tragfähigen Unterschied.

**[Verjährung]**

Auch der Verjährungseinwand ist nicht berechtigt.

**[Ausdehnung bei Erhebung einer rechtzeitigen Feststellungsklage und unverhofft günstigem SV-GA]**

Bei Verbindung einer rechtzeitigen Leistungsklage mit einer später erfolgreichen Feststellungsklage wird die nach Ablauf der ursprüngl Verjährungsfrist erfolgte Ausdehnung eines Schmerzensgeldbegehrens auch dann als zulässig angesehen, wenn sie nicht auf neue Schadenswirkungen, sondern auf die Ergebnisse eines für den Kl (unverhofft) günstigen SV-GA gestützt wird (2 Ob 33/09f mwN; RIS-Justiz RS0031702 [T 3]). Das bedeutet, dass sich die Unterbrechungswirkung des Feststellungsbegehrens auch auf die erst im Weg der Klageausdehnung geltend gemachten Schmerzensgeldansprüche bezieht (2 Ob 167/11 i).

**[Bei Unterbrechungswirkung der Feststellungsklage kein Unterschied, ob Ausdehnung oder zulässige Nachklage]**

Tritt aber die Unterbrechungswirkung ein, so begründet es aus verjährungsrechtl Sicht keinen relevanten Unterschied, ob der Geschädigte zur Durchsetzung des weiteren Anspruchs die Klage ausdehnt oder – wie hier – innerhalb angemessener Frist eine zweite Klage erhebt. Denn die Verjährung ist eine Frage des materiellen Rechts, die nicht davon abhängt, wie dieser Anspruch prozessual durchgesetzt wird. Dem Erfolg einer weiteren Klage könnte daher zwar der Grundsatz der Globalbemessung entgegenstehen, für die Verjährung gilt aber der Grundsatz, dass sowohl die Ausdehnung als auch das Erheben einer weiteren Klage als (neuerliches) Belangen iSv § 1497 ABGB anzusehen sind. War die Verjährung unterbrochen, muss der Verjährungseinwand in beiden Fällen scheitern.

Aus diesen Gründen hat die ausschließlich auf die Unzulässigkeit einer Nachklage und auf Verjährung gestützte Rev keinen Erfolg.

**Anmerkung:**

Der Sachverhalt betrifft den Fall einer Arzthaftung; die sich daraus stellenden Fragen können aber ebenso gut bei einem Verkehrsunfall auftreten.

Die Entscheidung verdient Beifall: Der Ersatzpflichtige versucht, sich mit Taschenspielertricks sei-

ner Ersatzpflicht zu entziehen: Zunächst erhebt er Widerspruch gegen die Ausdehnung seines Begehrens vor dem BG; bei der Klage auf den Restbetrag wendet er dann – an der Grenze von Treu und Glauben – ein, dass eine Ausdehnung bis zur Streitwertgrenze schon vor dem BG möglich gewesen wäre, weshalb das Be-

gehen unzulässig bzw der Anspruch verjährt sei. Diesem doppelzüngigen Spiel haben alle drei Gerichte völlig zu Recht einen Riegel vorgeschoben.

Im Ausgangspunkt ist der OGH streng in Bezug auf den Grundsatz der Globalbemessung: Was in einem „Aufwasch“ erledigt werden kann, soll auch in einem Prozess „abgearbeitet“ werden. Hingewiesen wird darauf, dass der Schädiger nicht mehr als einmal behelligt werden soll; mindestens genau so bedeutsam ist aber der Aspekt, dass sich ein Gericht möglichst nur einmal mit der Causa befassen muss. Dagegen verstößt der Geschädigte schon dann, wenn er erkennen konnte, dass ihm ein Schmerzensgeld jenseits der bezirksgerichtl Streitwertgrenze zusteht; allerdings muss sich „aus den unstrittigen Verletzungsfolgen ohne jeden Zweifel ein unverhältnismäßig höheres Schmerzensgeld ergeben“. Hier einen besonders milden Maßstab anzulegen, ist berechtigt, kann doch beim Schmerzensgeld „dessen konkrete Höhe typischerweise nicht ohne Einholung eines GA zu den Verletzungsfolgen ermittelt werden“. Jedenfalls der rechtsschutzversicherte Geschädigte ist gut beraten, im Zweifel eine Klage beim LG einzubringen, weil er dann mit den Kalamitäten, wie sie sich im Sachverhalt dieser Entscheidung gestellt haben, nichts zu tun hat. Selbst eine Überklagung um das Doppelte hat nach § 43 Abs 2 ZPO für den Kl keine Kostenfolgen.

Der Kl hätte im ersten Verfahren sein Begehren punktgenau bis € 15.000,- der bezirksgerichtl Streitwertgrenze ausdehnen können (§ 49 Abs 1 JN); und den Restbetrag mit nachfolgender Klage verlangen können. Er hat sich dafür entschieden, den gesamten Restbetrag mit einer Nachklage einzufordern. Der OGH sieht das mit der zutr Begründung als zulässig an, dass die ursprüngl Intention, eine mehrmalige Befassung des Gerichts zu vermeiden, nicht erreicht werden kann.

Auch den Verjährungseinwand hält er für unberechtigt nach der Devise: Wer A sagt, muss auch B sagen. Verjährung ist stets eine Sanktion auf die Saumsal des Gläubigers. Ein Gläubiger, der an der Ausdehnung des ursprüngl Begehrens aus prozessualen Gründen gehindert war, ist aber nicht saumselig. Wenn er ohnehin innerhalb angemessener Frist eine zweite Klage erhebt,

kann ihm wahrlich kein Vorwurf gemacht werden. Das Ausdehnen der Klage ist geradeso ein Belangen iSd § 1497 ABGB wie die Erhebung einer Nachklage.

Der OGH verlangt für das eine wie für das andere die Erhebung einer rechtzeitigen Feststellungsklage, damit nach Kenntnis von einem unverhofft günstigen SV-GA während eines laufenden Verfahrens nicht die Einrede der Verjährung entgegengehalten werden kann. Das ist zwar stRsp, aber mE **fragwürdig**. Ein Feststellungsbegehren bezieht sich nur auf künftige Schäden; das SV-GA mit seinem unverhofft erfreulichen Ergebnis für den Geschädigten erfasst aber mitunter auch die Phase zwischen Verletzung und Erhebung des Feststellungsbegehrens. Und wenn künftige Schmerzen wegen des Fehlens eines Dauerschadens nicht zu erwarten sind, hat der Geschädigte keinen Anlass für eine Feststellungsklage bzw ist eine solche gar nicht zulässig (dazu OGH 2 Ob 11/18h ZVR 2018/207 [Ch. Huber]); soll ihm dann bei einem unverhofft günstigen SV-GA tatsächlich Verjährung eingewendet werden können? Die Gleichstellung mit unbekanntem künftigen Schäden spricht dagegen. Auch bei solchen ist eine Nachklage – ohne Verjährungseinwand – möglich; und die Verjährungsfrist läuft erst ab Kenntnis des neuen Schadens. Wie lange der Prozess dauert und wann das SV-GA vorliegt, darauf hat der Anspruchsteller keinen Einfluss.

Insofern sollte das Erfordernis einer Feststellungsklage bei Ausdehnung des Klagebegehrens infolge eines unverhofft günstigen SV-GA jedenfalls in den Fällen überdacht werden, in denen der Geschädigte ansonsten keinen Anlass für eine Feststellungsklage hat. Das OLG Wien (16 R 7/11h ZVR 2012/163 [Ch. Huber]) hat etwa eine Klageausdehnung bei Erhebung der Schmerzensgeldklage durch den Erben abgelehnt, weil dieser – mangels drohender künftiger Schmerzen – keine Feststellungsklage mehr erheben konnte. Das ist unzutreffend, weil in einem solchen Verfahren der Behelf der Feststellungsklage nicht zur Verfügung steht, dem Gläubiger aber gerade keine Saumsal vorgeworfen werden kann (idS bereits Ch. Huber in *Schwimmann/Neumayr*, TaKomm<sup>4</sup> § 1325 Rn 129).

Christian Huber,  
RWTH Aachen

## ZVR 2019/8

§§ 1299, 1300,  
1325 ABGB;  
§ 21 ZPO

OGH 23. 5. 2018,  
10 Ob 4/18 p  
(OLG Graz  
14. 11. 2017,  
2 R 121/17 g;  
LGZ Graz  
22. 5. 2017,  
13 Cg 10/17 d)

## → Bindungswirkung einer Streitverkündung an einen SV des Strafverfahrens

### 1. §§ 1299, 1300, 1325 ABGB

Das GA eines von der StA im Ermittlungsverfahren bestellten SV über die Dauer der Schmerzen der Opfer kann auch für die Geltendmachung von Schmerzensgeldansprüchen der PB auf dem Zivilrechtsweg bedeutsam sein. Der SV haftet den PB für deren Kostenschaden, wenn sie auf der Grundlage seines unrichtigen GA nach der Verweisung auf den Zivilrechtsweg zu hohe Schmerzensgeldansprüche einklagen und dieses Verfahren verlieren.

### Sachverhalt:

[GA-Auftrag an bekl SV im vorangegangenen Strafverfahren]

Die StA führte gegen den Besch F ein Ermittlungsverfahren, in dem sie den Bekl zum psychiatrischen SV

### 2. § 21 ZPO

Die Bindungswirkung einer Streitverkündung tritt nicht ein, wenn der entsprechende Schriftsatz im Vorverfahren zur Verbesserung zurückgestellt und dann dem Bekl dieses Verfahrens nach Vornahme der Verbesserung nicht mehr zugestellt wurde.

bestellte. Gegenstand dieser GA war ua die Feststellung der Dauer der Schmerzperioden bei den PB A und S. Der Bekl gelangte in seinen GA zum Ergebnis, dass – jeweils komprimiert – A mittelgradige Schmerzen in der Dauer von 285 Tagen und S solche für die Dauer