

*Foerste*<sup>133</sup> tritt speziell in **Folterfällen**<sup>134</sup> – zutr – für besonders hohe Schmerzensgelder ein, weil ja „jede einzelne Verletzung, ja jede Sekunde zugefügten Schmerzes vom Willen gesteuert ist. Es geht nicht darum, dass eine Unaufmerksamkeit oder selbst ein punktueller dolus eventualis/directus zu Schmerzen oder Dauerschäden führt, für deren Bezifferung übliche Tabellenwerte die angemessene Kategorie sein mögen. Vielmehr sorgt der Täter kontinuierlich bzw iterativ für Schmerzen, weil er das will.“

## A. Mitverschulden des Verletzten

### 1. § 1304 ABGB

- 1.17** Auch ein allfälliges Mitverschulden des Beschädigten (iSd § 1304 ABGB) darf bei der Schmerzensgeldbemessung selbst keine Berücksichtigung finden. Der „sorglose Umgang mit eigenen Gütern“<sup>135</sup> – hier: der eigenen körperlichen Integrität – schlägt sich vielmehr erst **nach** der Festsetzung des zustehenden Entschädigungsbetrags in Form der Kürzung desselben um die jeweils im Einzelfall zu ermittelnde Mitverschuldensquote nieder, indem statt des ansonsten in Betracht kommenden Betrags eben nur ein um diese Quote entsprechend gekürzter zusteht.<sup>136</sup> Hiefür macht es auch keinen grundsätzlichen Unterschied, ob der Verletzte bereits an der Körperverletzung an sich oder etwa erst an einer späteren Verschlechterung seines Gesundheitszustandes (zB durch Nichtbefolgung ärztlicher Anordnungen) „mitschuldig“ war.<sup>137</sup> Schließlich muss sich ein verletzter Kraftfahr-

133 Schmerzensgeldbemessung bei brutalen Verbrechen, NJW 1999, 2951 (2952).

134 Siehe hiezu auch den Fall des OLG Bremen in Rz 5.35 sowie weitere Beispiele besonders scheußlicher Sexualstraftaten in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>9</sup> FN 1162. Mit den Schädigungen und Auswirkungen von Folter auf ihre Opfer hat sich *Stein* in seiner Dissertation „Das Verbot der Folter im internationalen und nationalen Recht“, Schriftenreihe Studien zum Völker- und Europarecht Bd 40 (2007) 79ff, ausf beschäftigt. Siehe hiezu auch Rz 3.3 aE (qualvolle Schmerzen).

135 So eine der herkömmlichen Umschreibungen für ein derartiges Mitverschulden: *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> (2015) Rz 1447; *Reischauer in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1304 Rz 1 und 3; RIS-Justiz RS0022681; RS0032045. Vgl auch BGH 5. 11. 1996 VRS 92/123: „Es ist richtig, daß die Teilnahme am allg Straßenverkehr für jedermann gewisse Risiken in sich birgt und sich deshalb in jedem Verkehrsunfall ein Zivilisationsrisiko verwirklicht. Der Umstand allein, daß sich jemand in eine solche risikobehaftete Situation begeben hat, ist [aber] nicht geeignet, ein Mitverschulden zu begründen . . . Von dem einzelnen kann nicht aus Gründen des Selbstschutzes erwartet werden, daß er die Gefahren des modernen Straßenverkehrs durch Verzicht auf die Teilnahme daran meidet. Das Führen von Kraftfahrzeugen stellt . . . ein sozialadäquates Verhalten dar, das dem einzelnen im Schadensfall nicht schmerzensgeldmindernd angelastet werden darf.“ Allerdings muss sich jemand, der zu Schmerzanfällen neigt, des Lenkens eines Kfz dann enthalten, wenn er mit Ohnmachten und damit einer Fahrunfähigkeit zu rechnen hat (OGH 21. 11. 1968 SZ 41/160); vgl hiezu auch OGH 2 Ob 117/16v JBl 2018, 38 = EvBl 2017/155 (*Rohrer; Zoppel*) = Zak 2017/715, 418: Fahren unter Medikamenteneinfluss.

136 Anders teilw die Praxis in Deutschland (vgl etwa OLG Naumburg 23. 12. 2014, VersR 2016, 265 = zfs 2016, 320 [*Diehl*]).

137 *Piegler in Jarosch/Müller/Piegler/Danzl*, Schmerzensgeld<sup>6</sup> 186; OGH 1. 7. 1954, 2 Ob 333/54 (Unterlassen des Erscheinens bei Nachbehandlungen und der Ausführung aufgetragener Bewegungsübungen der verletzten Schulter-Arm-Partie); *Karner*, ZVR 2010, 280 (283) und ihm folgend *Kisslinger in Kerschner*, Schmerzensgeld Rz 238 (grundlose Verweigerung einer Schmerztherapie). Zur *dt Rechtslage* vgl BGH 10. 2. 2015 VersR 2015, 590 = DAR 2015, 261/2 = NZV 2015, 281 (*Burmman*) = r+s 2015, 260 = *Wellner*, BGH-Rechtsprechung zum Personenschaden<sup>2</sup>

zeughalter auch die hierfür mitursächliche eigene Betriebsgefahr (iSd § 11 EKHG), wenn er für diese einzustehen hat, seinem Schmerzensgeldanspruch entgehalten lassen.<sup>138</sup>

Lassen sich die Verletzungen eines Geschädigten jeweils konkret auf das Verhalten eines ersten und auf jenes eines zweiten (jeweils fahrlässig handelnden) Schädigers zurückführen, so haftet jeder der beiden auch bezüglich des Schmerzensgeldes nur für seinen Anteil.<sup>139</sup> **1.18**

## 2. Gesetzlicher Vertreter und Nasciturus

Nach hM kann ein (deliktisches) **Mitverschulden seines gesetzlichen Vertreters** (Aufsichtspflichtigen) die Ansprüche eines mj Verletzten nicht schmälern;<sup>140</sup> dies muss – argumentum a maiori ad minus – wohl auch für Ansprüche eines **Nasciturus** bei Mitverschulden seiner Eltern an seiner pränatalen Verletzung durch einen Dritten gelten,<sup>141</sup> bzw unabhängig davon, ob er auf natürlichem Wege oder künstlich gezeugt wurde („Retortenbaby“) und ob er sich – spätere Lebendgeburt natürlich wiederum vorausgesetzt – im Zeitpunkt der Beschädigung im Mutterleib befand oder (nach der Retortenzeugung noch) nicht.<sup>142</sup> **1.19**

## 3. Schock- und Trauerschäden Angehöriger

Die Frage, ob Personen, denen – ausnahmsweise<sup>143</sup> – zufolge des Todes oder einer (schweren) Verletzung eines Angehörigen ein eigener, unmittelbarer (also nicht vom Getöteten abgeleiteter) Schmerzensgeldanspruch zusteht, ein **Mitverschulden des primär** **1.20**

---

(2019) § 1 Rn 42ff (nicht behandelte Essstörung der Mutter eines verunfallten Kleinkindes; s hiezu auch *Offenloch*, Die Rechtsprechung des BGH zum Haftpflichtrecht im Straßenverkehr, DAR 2015, 301 [302f] sowie *Ch. Huber*, Entscheidungen des deutschen BGH sowie des EuGH zum Schadenersatz- und Privatversicherungsrecht – 2015, HAVE/REAS 2015, 399 [401ff]). Keine Verletzung der Schadensminderungspflicht stellt hingegen die *Nichtvornahme einer kosmetischen Operation*, durch welche Narbenbildungen nur zT beseitigt werden können, dar (OGH 8 Ob 20/81 ZVR 1982/113); vgl hiezu auch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1304 Rz 39. Zum Sonderfall einer Bluttransfusionsverweigerung durch einen Zeugen Jehovas s sogleich.

138 OGH 2 Ob 345/60 SZ 33/115; RIS-Justiz RS0031491. So auch in Deutschland *Slizyk*, Schmerzensgeld Rn 117.

139 OLG Innsbruck 1. 6. 1995 ZVR 1996/87 (bei zunächst erfolgter Kollision eines Fußgängers durch einen Motorradfahrer und anschließendem Überrollen durch einen Pkw).

140 *Ehrenzweig/Mayrhofer*, Schuldrecht AT<sup>3</sup> 310; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 12/73; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1309 Rz 10 und § 1310 Rz 19; *Dullinger*, Mitverschulden von Gehilfen, JBl 1990, 91 (93, 97); *Danzl*, ZVR-Sonderheft 1987, 16; *Karner* in *KBB<sup>5</sup>* (2017) § 1304 Rz 2; OGH 2 Ob 163/75 SZ 48/109 = ZVR 1976/318; RIS-Justiz RS0026844.

141 Wenn das Kind aufgrund der schädigenden Handlung „mit Missbildungen, krankhaften Anlagen und Krankheitsanfälligkeit geboren wird“ (*Kisslinger* in *Kerschner*, Schmerzensgeld Rz 60).

142 *Danzl*, ZVR-Sonderheft 1987, 16 mwN in FN 207; *Stellamor/Steiner*, Handbuch des österr Arztrechts I (Arzt und Recht [1999]) 104f.

143 Ausf Rz 3.62ff.

**Verletzten** (Erstgeschädigten) entgegengehalten werden kann,<sup>144</sup> hat *Karner* bereits frühzeitig krit hinterfragt:<sup>145</sup> „Ausgehend davon, dass es sich „bei Schockschäden und dem Ausgleich des Seelenschmerzes um eigenständige Ersatzansprüche der unmittelbar geschädigten Angehörigen handelt“, sodass weder die Bestimmung des § 7 Abs 2 EKHG noch ihre durch die Rsp erfolgte Übertragung auf § 1327 ABGB – da beide bloß mittelbar Geschädigte betreffen – angewendet werden können, sowie der schon vom BGH früher erfolgten Betonung, „dass es keine Rechtspflicht gibt, die eigene Gesundheit deshalb zu schonen, um Schockschäden von Angehörigen zu vermeiden“, gelangt der genannte Autor abschließend zu folgendem Ergebnis:

„Eine Berücksichtigung des Mitverschuldens hat bei einer lebensnäheren Betrachtung . . . viel für sich: Hat das Opfer seinen Tod durch eigene Sorglosigkeit mitverursacht, nähert sich das Geschehen auch für den Angehörigen einem Schicksalsschlag, den er als Teil seines allg Lebensrisikos zu tragen hat und nicht zur Gänze dem Verantwortungsbereich des Schädigers zuschreiben kann. Dogmatisch ist dabei folgender Umstand zu berücksichtigen: Zwar ist es unbestreitbar richtig, dass dem Angehörigen als unmittelbar Geschädigtem ein eigenständiger Schadenersatzanspruch zusteht. Doch darf nicht übersehen werden, dass dieser Anspruch nur deshalb besteht, weil die Angehörigeneigenschaft vorliegt.<sup>146</sup> Ist die Angehörigeneigenschaft für das Bestehen des Anspruches aber eine unverzichtbare Voraussetzung, lässt sich also eine Haftung des Täters überhaupt nur deshalb begründen, so darf . . . bei der Frage des Haftungsumfanges von diesem Umstand nicht plötzlich völlig abstrahiert werden. Es widerspräche . . . eminent dem juristischen Gleichgewichtssinn, ein und denselben Umstand zwar als Belastungsmoment in die Betrachtung einzubeziehen, als Entlastungsmoment aber gänzlich auszublenden.

Folgt man dieser Auffassung, ist eine letzte Variante zu bedenken: In jenen (bislang nicht judizierten) Fällen, in denen der Ersatz eines (krankheitswertigen) Schockschadens Dritter, die in keinem besonderen Naheverhältnis zum Erstgeschädigten stehen, zu erwägen ist,<sup>147</sup> kommt eine Kürzung selbstverständlich nicht in Betracht. Gleiches gilt in einer solchen Konstellation freilich auch für Angehörige: Handelt es sich um einen so gravierenden Fall, dass für die Begründung der Rechtswidrigkeit die Angehörigeneigenschaft keinerlei Rolle spielt, kann es auch zu keiner Anspruchskürzung wegen Anrechnung des Mitverschuldens kommen. Auch solche sehr seltene Konstellationen sind also mit dem hier vorgeschlagenen Ansatz sachgerecht zu bewältigen.“

144 Verneinend *Kletečka*, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten 87; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 8/47 samt FN 191; *Karner*, Rechtsprechungswende bei Schock- und Fernwirkungsschäden Dritter? ZVR 1998, 182 (183 FN 28).

145 Glosse zu OGH 2 Ob 79/00g ZVR 2001, 287 (288f); weitestgehend wortgleich auch *Karner/Koziol*, 15. ÖJT II/1, 85f; s auch FN 821.

146 Vgl *Schubert*, Schmerzensgeld, Karlsruher Forum 2016 (Tagungsband 62, Schriftenreihe VersR) 3 (31): „Die Beeinträchtigung des Geschädigten ist gleichsam die Fernwirkung der Tötung des Erstgeschädigten.“

147 Dies ist nach *Karner*, ZVR 1998, 182 (188), dann der Fall, wenn der Dritte die Erstschädigung so unmittelbar miterlebt, dass er in das Unfallgeschehen gleichsam miteinbezogen wird, insb weil er sich selbst als ernstlich gefährdet betrachten musste. Dass jemand *Zeuge des Todes seines Angehörigen* gewesen ist, sollte mE für die Bemessung des Schmerzensgeldes mit berücksichtigt werden (idS etwa *Brehm* in BK<sup>4</sup> [2013] Art 47 OR Rn 47 zur Rechtslage in der Schweiz).

Einen solchen Fall hatte der OGH erstmals am 23. 9. 2004 zu **2 Ob 178/04x**<sup>148</sup> – dort iZm **1.21** dem Schmerzensgeld einer Witwe nach ihrem getöteten Gatten, der sich spätnachts in sehr stark alkoholisiertem Zustand einem nicht minder betrunkenen und damit fahruntüchtigen Lenker zur Heimfahrt anvertraut hatte – zu entscheiden; der Senat folgte dabei dem zuvor wiedergegebenen – und schon in der 8. Aufl.<sup>149</sup> als in sich schlüssig und wohl geradezu logische Fortsetzung der vom OGH zum Angehörigen-Schmerzensgeld sukzessive entwickelten Kriterien bezeichneten – Lösungsansatz *Karners* (ausf Rz 3.62 ff). In mehreren Folgeentscheidungen<sup>150</sup> wurde diese Rsp inzwischen fortgeschrieben – wobei sämtlichen Fällen Ansprüche krankheitswertig schockgeschädigter Angehöriger zugrunde lagen, das Ergebnis jedoch auch bei Trauerschäden ohne Krankheitswertigkeit und Behandlungsnotwendigkeit kein anderes sein sollte.<sup>151</sup> Der bereits mehrfach erwähnte **Expertenentwurf für ein neues österr Schadenersatzrecht** sieht die Anrechnung eines Mitverschuldens in § 1313 Abs 1 letzter Satz ausdrücklich vor („Im Fall der Tötung ist die Mitverantwortung des Getöteten maßgebend“). Kategorisch abgelehnt („konstruiertes System“; „entbehrt jeder sachlichen Begründung“) wird die Anrechnung eines Mitverschuldens – soweit überschaubar – bloß von *Kisslinger*,<sup>152</sup> was jedoch gegenüber den

148 ZVR 2004/105 (*Danzl*) = *ecolex* 2005, 112. Zust auch *Romauch*, Das Angehörigenschmerzensgeld, der OGH auf der „Überholspur“? SV 2007, 28 (31); abl hingegen *Beisteiner*, Geteiltes Leid ist halbes Leid? Anmerkungen zur Mitverschuldensanrechnung bei Schockschädigung, ZVR 2010, 4 – ausdrücklich abgelehnt jedoch in OGH 4 Ob 36/10p RdM 2010/152 (*Bernat*) = Zak 2010/480, 276 (*Kletečka*) = ZVR 2011/5 (*Kathrein*); diese Entscheidung wiederum abl *Haag*, Angehörigenschmerzensgeld bei ärztlichen Behandlungsfehlern? „Zusätzlicher“ Mitverschuldenseinwand bei Angehörigenschmerzensgeld? RdM 2011, 45 sowie *Harrer-Hörzinger*, Eigenverschulden des Patienten an der Behandlungsbedürftigkeit und Arzthaftung, Zak 2011, 43.

149 *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup> 73; zust (jedenfalls im Ergebnis) auch *Kath*, Schmerzensgeld 126.

150 OGH 4. 11. 2004, 2 Ob 233/04k; 2 Ob 62/05i ZVR 2006/4 (*Kathrein*); 10. 8. 2006, 2 Ob 65/06g und 4 Ob 36/10p RdM 2010/152 (*Bernat*) = Zak 2010/480, 276 (*Kletečka*) = ZVR 2011/5 (*Kathrein*).

151 Befürwortend auch *Pflüger*, Schmerzensgeld für Angehörige (2005) 323 ff und 378 sowie *Stiegler*, Schmerzensgeld für Schock- und Trauerschäden (2009) 219 ff (222). Eine besondere Fallkonstellation lag der E 17. 6. 2005, 4 R 116/05y, des OLG Innsbruck zugrunde: Der 16 Monate alte Kl zog sich zwar als Mitfahrer im Pkw seiner Mutter, die durch einen von ihr *allein* verschuldeten Unfall getötet worden war, keinerlei sichtbare äußere Verletzungen zu, erlitt jedoch psychische Beeinträchtigungen mit Krankheitswert, wobei ausdrücklich zwischen den unmittelbar aus dem Unfall resultierten und jenen unterschieden wurde, die durch den tragischen Verlust der Mutter hervorgerufen wurden; da die dadurch erlittenen Schmerzen lediglich zu  $\frac{1}{3}$  als Unfallfolgen qualifiziert, der Rest hingegen dem Verlust der Mutter zugeordnet wurde, wurde dem Kl vom mit € 3.825,- begehrten (in dieser Höhe auch als angemessen erachteten und im BerVerfahren unbekämpften) Schmerzensgeld lediglich € 1.275,- zugesprochen (da sich der Kl als Beifahrer das Verschulden der Lenkerin nicht anrechnen lassen müsse), wohingegen die Mutter „ihren Tod durch eigene Sorglosigkeit verursacht habe und das Geschehen für den Kl als Angehörigen einem Schicksalsschlag gleiche, den er als Teil seines allg Lebensrisikos [ausf hiezu FN 776] zu tragen habe. Den diesbezüglichen Ersatz der Bekl [Haftpflichtvers des von der Mutter gelenkten Pkw] aufzubürden, bedeutete eine unbillige Ausdehnung der Haftung.“

152 In *Kerschner*, Schmerzensgeld Rz 162 ff.

überzeugenden Ausführungen des OGH und von *Karner* kaum zu einem Umstoßen der hRsp und hL führen wird (und auch bisher nicht geführt hat).

- 1.22** Einen **Sonderfall** hatte der 2. Senat des OGH zu **2 Ob 219/10k** zu beurteilen.<sup>153</sup> Eine als Fußgängerin schuldlos von einem Sattelzug erfasste **Zeugin Jehovas**, die durch das Überrolltrauma eine traumatische Oberschenkelamputation erlitten hatte, verweigerte die Zuführung von Blutkonserven, worauf sie am nächsten Tag verstarb. Während das ErstG dem auf Schmerzensgeld für die Verletzte, Begräbniskosten sowie Trauerschmerzensgeld für den Witwer gerichteten Klagebegehren ungekürzt stattgab, fasste das BerG einen Aufhebungsbeschluss zur Klärung der Mitverschuldensfrage hins Trauerschmerzensgeld und Begräbniskosten, da deren Zuspruch davon abhängig sei, ob eine Behandlung der Verstorbenen medizinisch indiziert und geeignet gewesen wäre, lebenserhaltend zu wirken; der OGH bestätigte – unter Ablehnung von OLG Innsbruck 1 R 159/94<sup>154</sup> – diese Entscheidung: Die verfassungsrechtlich geschützte Freiheit der (Gewissens-)Entscheidung bedeute nicht, dass derjenige, der eine für ihn objektiv ungünstige, gegen die Obliegenheit zur Schadensminderung verstoßende Gewissensentscheidung trifft, die aus der objektiven Ungünstigkeit der Entscheidung folgenden Nachteile nicht zu tragen habe. Die ggt Auffassung erschiene vielmehr in anderer Weise grundrechtlich bedenklich: Wollte man nämlich – abgesehen vom ebenfalls berücksichtigungswürdigen Grundrecht des Eigentums des Schädigers – Mitgliedern der Zeugen Jehovas zugestehen, dass die Verweigerung zu medizinisch indizierten, schadensmindernden Bluttransfusionen nicht als anspruchsvernichtende Verletzung der Schadensminderungspflicht zugerechnet würde, so wäre dies eine Privilegierung der Mitglieder dieser Religionsgemeinschaft; da auch Vorrechte des Bekenntnisses ausgeschlossen sind (Art 7 B-VG), stünde eine solche Sichtweise im Verdacht, gegen den Gleichheitsgrundsatz zu verstoßen. In der **Folgeentscheidung 2 Ob 148/15a**<sup>155</sup> im zweiten Rechtsgang wurde der Klage vom OGH stattgegeben und – den Ausführungen von *Ch. Huber*<sup>156</sup> folgend – ausgeführt, dass einer geschädigten Person (hier: dem Witwer) gegen den (zulässigen) Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht der Gegeneinwand offen stehe, dass sich der rechnerische Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten (bzw „Alternativverhalten ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobligiegenheit“) nicht vermindert hätte; bei dieser Vergleichsrechnung sind einander der tatsächliche und der hypothetische Schaden gegenüberzustellen; dies gilt auch, wenn das Unfallopfer an den Unfallfolgen verstirbt. Macht also ein Angehöriger Trauerschmerzensgeld (und Begräbniskosten) geltend, kann er dem Einwand der

153 SZ 2011/76 = ZVR 2012/44 (*Ch. Huber*) = EvBl 2011/152 (krit *Steininger*) = JBl 2012, 251 (krit *Kalb*). Siehe hiezu auch *Gerhartl*, Religionsfreiheit schränkt Schadensminderungspflicht nicht ein, Zak 2011, 348.

154 ZVR 1996/48. Zust *Korinek/Vonkilch*, Gewissen contra Schadensminderungspflicht, JBl 1997, 756; s hiezu auch *Mazal*, Rechtsfragen der ärztlichen Behandlung von Zeugen Jehovas, in *Mazal*, Grenzfragen der ärztlichen Behandlung (1998) 27 ff.

155 SZ 2016/85 = ZVR 2017/92 (zust *Ch. Huber*) = EvBl-LS 2017/11 (*Rohrer*) = ZfG 2016, 131 (*Leitner*) = HAVE/REAS 2017, 201 (zust *Ch. Huber*); s auch *Karner/Perner/Spitzer*, Forum für Zivilrecht in Traunkirchen: OGH Cercle 2016, ÖJZ 2017, 570 (576) und *Aichinger*, Weil der Tod billiger kommt: Versicherung muss zahlen, *Rechtspanorama (Die Presse)* 19. 9. 2016, 14.

156 ZVR 2012/44 (EAnm).

Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit wegen Ablehnung medizinisch indizierter, lebenserhaltender Maßnahmen entgegenhalten, dass die Ansprüche des Getöteten im Fall seines Überlebens seine Ansprüche überstiegen hätten, also „sich die Haftungslast rechnerisch insgesamt verringert“ hat;<sup>157</sup> da es sich in beiden Fällen um Personenschäden handelt, kommt es im Rahmen des rechtmäßigen Alternativerhaltens nur darauf an, ob **derselbe rechnerische Schaden** entstanden wäre, während Unterschiede beim realen Schaden bedeutungslos sind.

Abschließend bleibt nur noch darauf hinzuweisen, dass die Berücksichtigung eines Mitverschuldens immer dann geradezu selbstverständlich – und unproblematisch – ist, wenn dem (Schmerzensgeld begehrenden) **Angehörigen eine Sorglosigkeit in eigener Person anzulasten** ist, so etwa „wenn Eltern eines getöteten Kindes ihre Aufsichtspflichten nicht ordnungsgemäß wahrgenommen haben, oder ein Schockgeschädigter seine Schadensminderungspflicht verletzt, weil er sich einer zumutbaren ärztlichen Behandlung nicht unterzieht“.<sup>158</sup>

1.23

## B. Gurten- und Helmanlegepflicht

Im Gegensatz zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten jener Gesetzesvorschriften, nach denen nunmehr die Verpflichtung zur Anlegung von Sicherheitsgurten<sup>159</sup> sowie zum bestimmungsgemäßen Gebrauch eines Sturzhelms<sup>160</sup> vorgeschrieben

1.24

157 *Karner*, Zur Ersatzfähigkeit von Schock- und Trauerschäden – eine Bilanz, FS Danzl (2017) 87 (108 FN 130).

158 *Karner*, ZVR 2001, 288 (Anm zu 2 Ob 84/01 v ZVR 2001/73). Ausf – mit Fallbeispielen und mwN – Rz 3.75.

159 Bis 31. 12. 2005 Art III der 3. KFG-Nov, BGBl 1976/352 (idF Art II Z 1 13. KFG-Nov, BGBl 1990/458), seither § 106 Abs 2 bis 6 KFG (idF Art 1 Z 88 26. KFG-Nov, BGBl I 2005/117); vgl hiezu auch Überblickstabelle über die Ausrüstungsverpflichtung der einzelnen Fahrzeugarten mit Sicherheitsgurten in *Grundtner/Pürstl*, KFG<sup>10</sup> (2016) § 106 Anm 8 sowie *Kaltenegger/Koller*, Die Entwicklung der Gurtenanlegepflicht, ZVR 1999, 425 und *Vergeiner/Bodis*, Die Vollziehung der Sicherheitsgurtenpflicht, ZVR 2006, 464. Ein – kurzer – geschichtlicher Rückblick findet sich auch in *Pürstl*, 50 Jahre KFG – 20 Jahre FSG, ZVR 2017, 430 (431). Siehe auch RL des Rates v 16. 12., 1991 91/671/EWG über die Gurtenanlegepflicht und die Pflicht zur Benutzung von Kinderrückhalteeinrichtungen in Kraftfahrzeugen idF RL 2003/20/EG v 8. 4. 2003, ABL 2003/115 sowie EU-Report: Gurtpflicht in allen Kfz, DAR 2006, 419. § 106 Abs 2 KFG über die Einschränkung des Mitverschuldens nur auf das Schmerzensgeld bei Verletzung der Sicherheitsgurtenpflicht bei Sitzplätzen eines Kfz ist – mangels hierfür notwendiger Gesetzeslücke – nicht auch auf einen *Arbeitsunfall*, bei dem der Kl mangels ordnungsgemäßer Benutzung des Sicherheitsgeschirrs aus einer umkippenden Arbeitsbühne geschleudert wurde, anzuwenden (OGH 2 Ob 105/10 w Zak 2010/729, 417 [ao Rev zurückgewiesen]).

160 Bis 31. 12. 2005 Art IV der 4. KFG-Nov, BGBl 1977/615 (idF Art II BGBl I 1997/103 [samt RV 712 BlgNR 20. GP 46 betr die Einführung der Sturzhelmpflicht auch für dreirädrige Fahrzeuge = sog Trikes]) bzw Art IV der 4. KFG-Nov, BGBl 1977/615 (idF Art II BGBl I 1997/103 [samt RV 712 BlgNR 20. GP 46 betr die Einführung der Sturzhelmpflicht auch für dreirädrige Fahrzeuge = sog Trikes]), seither § 106 Abs 7 und 8 KFG (idF Art 1 Z 88 26. KFG-Nov, BGBl I 2005/117; s hiezu auch Übersicht in *Grundtner/Pürstl*, KFG<sup>10</sup> § 106 Anm 28).

ist<sup>161</sup> und bis zu welchen Zeitpunkten<sup>162</sup> die Nichtbenützung des Gurtes bzw Helms überhaupt nicht als Mitverschulden angesehen wurde,<sup>163</sup> wirkt sich seither das (schuldhafte) Übergehen dieser Sicherheitsmaßnahmen – soweit nicht eine Ausnahme von der gesetzlichen Verpflichtung vorliegt<sup>164</sup> – als Mitverschulden (iSd § 1304 ABGB) aus, allerdings **nur bei Stellung einer Schmerzensgeldforderung**, nicht aber hins der Geltendmachung weitergehender Ansprüche, etwa auf Ersatz von Heilungskosten, Verdienstentgang, Verunstaltungsentschädigung etc,<sup>165</sup> und auch nur bei ent-

161 Gegen beide Bestimmungen bestehen *keine Bedenken hins ihrer Verfassungsmäßigkeit* (RIS-Justiz RS0065739; RS0038653; OGH 20. 6. 1990 ZVR 1991/44; 2 Ob 62/05 i ZVR 2006/4 [Kathrein]; 15. 11. 2007, 2 Ob 190/07s). Siehe auch *Pürstl*, Gurten- und Helmpflicht im Visier: Kritische Betrachtung der gesetzlichen Ausgestaltung, ZVR 2014, 196 und *Zuser/Robatsch*, Gurt in Österreich: Unfallzahlen, Gurtquoten und Einstellungen, ZVR 2014, 190.

162 15. 7. 1976 (Art IV Abs 2 lit b BGBl 1976/352) bzw 1. 1. 1979 (Art VI Abs 2 lit k BGBl 1977/615).

163 OGH 8 Ob 168/76 EvBl 1977/110 = ZVR 1977/209; *Danzl*, ZVR-Sonderheft 1987, 16.

164 § 106 Abs 3, 6 und 8 KFG. Einen weiteren Ausnahmefall normiert wohl auch Abschn VII („Verwendung von Sicherheitsgurten“) des Grundsatzerlasses des BMJ v 1. 12. 2005, BMJE 50501/0004-V 2/2005, „betr das Transportwesen der Justizanstalten bzw sonstiger Dienststellen der Strafvollzugsverwaltung“ (abrufbar im Justiz-Intranet): „Die gesetzliche Bestimmung zum vorschriftsmäßigen Gebrauch des Sicherheitsgurtes gilt auch für die Lenker von Kraftfahrzeugen der *Justizwache* und die damit beförderten Personen (Art. III Abs. 1 der dritten KFG-Novelle, BGBl. Nr. 352/1976 [nunmehr § 106 Abs 2 KFG]). Nur wenn die Einhaltung dieser Verwaltungsvorschrift im Einzelfall aus Sicherheitsgründen nicht möglich ist, kann der Gebrauch des Sicherheitsgurtes unterbleiben. Die Entscheidung darüber hat vor Antritt der Fahrt der Wagenkommandant zu treffen.“ Zum Fall des Mitfahrens in einem *Oldtimer*, der nicht mit Sicherheitsgurten ausgestattet ist und nach den gesetzlichen Vorschriften auch insoweit nicht nachgerüstet werden musste, vgl LG Köln 8. 11. 2007 DAR 2008, 707/9. Siehe hiezu auch *Pauge*, Nichtanlegen eines fehlenden Sicherheitsgurts als Mitverschulden? r+s 2011, 89 (Sonderheft).

165 Bericht des Verkehrsausschusses 295 BlgNR 14. GP 2; *Danzl*, ZVR-Sonderheft 1987, 17 mwN in FN 214 und 215. Wenn der Gesetzgeber von einer Beschränkung der Beachtung des Mitverschuldens auf Schmerzensgeldansprüche im Fall der Verletzung dieser Verpflichtung ausging und dies trotz mehrfacher Novellierungen der maßgeblichen Bestimmungen unverändert bis heute beließ, so verdeutlicht dies seine Ansicht vom geringen Schuldgehalt der Verletzung dieser Vorschrift an sich, auch wenn die Gurtenanlegepflicht als wichtige und für die Sicherheit im Verkehr wesentliche Schutzvorschrift seit dem Inkrafttreten der 3. KFG-Nov mit 15. 7. 1976 angesichts der seitdem gewonnenen Erkenntnisse iZm Verkehrsunfällen wesentlich an Bedeutung gewonnen hat (OGH 7 Ob 58/13z ZVR 2014/134 = VersR 2013, 1467; s hiezu auch *Ertl*, Das beredete Schweigen des Gesetzgebers zur Gurtenpflicht – Zugleich Besprechung der Entscheidung 7 Ob 58/13z, *ecolex* 2014, 219). *Prechtl*, Schadenersatzrechtliche Ansprüche bei Fahrradunfällen, ZVR 2016, 349 (352f) hält die *Einschränkung auf Schmerzensgeldansprüche* für gleichheitswidrig; *Ch. Huber in Schaffhauser*, Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht 2016, 97 (101) zumindest für „*fragwürdig*“. Krit auch *Karner*, ZVR 2014/218 (EAnm zu 2 Ob 99/14v: Radhelm – Näheres in Rz 1.27), der die Schadens Kürzung nur für den Schmerzensgeldanspruch als „sachlich verfehlt und im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz bedenklich“ bezeichnet: „Es ist nämlich nur historisch und aus dem Zeitgeist der 1970er-Jahre zu erklären und in keiner Weise zu rechtfertigen, dass bei Verletzung der Sturzhelm- oder Sicherheitsgurtspflicht lediglich das Schmerzensgeld gekürzt wird. Ein berichtigendes Wort des Gesetzgebers wäre insofern hoch an der Zeit.“

sprechender Einwendung samt Vorbringen in diese Richtung im erstinstanzlichen Verfahren.<sup>166</sup>

Ein unangegurteter **Fahrschüler** kann für eine unfallbedingte Verkürzung seines Schmerzensgeldes vom Fahrlehrer, obwohl letzterer nach dieser Gesetzesstelle „dafür zu sorgen hat, dass der Fahrschüler auf Schulfahrten die Bestimmungen über den Gebrauch von Sicherheitsgurten, bei Schulfahrten mit Motorrädern des Sturzhelms einhält“, aus der Verletzung dieser Verpflichtung „keine Ersatzansprüche nach dem bürgerlichen Recht“ ableiten (§ 114 Abs 4 Z 6 letzter HS KFG).

**Seit 31. 5. 2011 ist für Kinder bis zum vollendeten 12. Lebensjahr auf öff Straßen das Tragen eines (Rad-)Helms vorgeschrieben** (§ 68 Abs 6 StVO idF 23. StVO-Nov, BGBl I 2011/34). Danach müssen „Kinder unter 12 Jahren beim Rad fahren, beim Transport in einem Fahrradanhänger und wenn sie auf einem Fahrrad mitgeführt werden, einen Sturzhelm in bestimmungsgemäßer Weise gebrauchen. Dies gilt nicht, wenn der Gebrauch des Helms wegen der körperlichen Beschaffenheit des Kindes nicht möglich ist. Wer ein Kind beim Rad fahren beaufsichtigt, auf einem Fahrrad mitführt oder in einem Fahrradanhänger transportiert, muss dafür sorgen, dass das Kind den Sturzhelm in bestimmungsgemäßer Weise gebraucht. Im Falle eines Verkehrsunfalls **begründet das Nichttragen** des Helms **kein Mitverschulden** im Sinne des § 1304 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, JGS Nr. 946/1811, an den Folgen des Unfalls.“<sup>167</sup>

Der vom Gesetz ausdrücklich angeordnete Ausschluss eines Mitverschuldens des Kindes entspricht „den allg Regeln insofern, als der Vorwurf eines Mitverschuldens grundsätzlich Deliktsfähigkeit voraussetzt. Zu beachten ist freilich, dass Eltern oder sonstige Aufsichtspersonen darauf zu achten haben, dass das Kind der Helmpflicht Folge leistet. Verabsäumen sie dies schuldhaft, so ist dies dem Unmündigen zwar nicht als Mitverantwortung zuzurechnen,<sup>168</sup> doch **haften die Aufsichtspflichtigen dem Kind** in diesem Fall solidarisch mit dem Drittschädiger und können von diesem im Regressweg in Anspruch genommen werden.“<sup>169</sup>

Vgl auch *Fluch/Druml*:<sup>170</sup> „Beim **schwachen E-Bike** [mit einer Höchstleistung von nicht mehr als 600 Watt und einer Bauartgeschwindigkeit von nicht mehr als 25 km/h, die als Fahrräder iSd § 1 Abs 2a KFG, § 2 Abs 1 Z 22 StVO gelten] gilt die gesetzliche Helmpflicht für Kinder bis zum 12. Lebensjahr (§ 68 Abs 6 StVO).“

166 OLG Wien 4. 9. 2013, 12 R 47/13i. Dies folgt schon aus dem allg Grundsatz, dass auf ein Mitverschulden *niemals von Amts wegen* einzugehen ist (RIS-Justiz RS0027249). Das OLG Innsbruck hat mit U 18. 7. 2013, 1 R 117/13k, ausgesprochen, dass aus Anlass einer ordnungsgemäß ausgeführten Rechtsrüge des Kl „auch ohne ausdrückliche rechtliche Bezugnahme wahrzunehmen ist, dass bei einer Verletzung der Gurtenpflicht gem § 106 Abs 2 bis 8 KFG nur das Schmerzensgeld, nicht jedoch andere Schadenersatzansprüche des Geschädigten zu kürzen sind“, und daher eine davon abweichende Entscheidung des ErstG entsprechend auch von Amts wegen sei.

167 Näheres – auch mit einem *Ländervergleich* über die Radhelmpflicht im übrigen Europa – s *Steiner/Bauer/Salamon/Robatsch*, Einführung der Radhelmpflicht für Kinder bis zum vollendeten 12. Lebensjahr, ZVR 2011, 265; *Pürstl*, 23. StVO-Novelle, ZVR 2011, 247 sowie *Stowasser*, Kinderradhelmpflicht und Haftung im Zivil- und Strafrecht, ZVR 2011, 322.

168 RIS-Justiz RS0026844.

169 *Karner*, ZVR 2014/218 (EAnm 2 Ob 99/14v) mwN in FN 9 und 10.

170 Der Unfall mit dem E-Bike – Praxisfragen, Zak 2018, 288 (289).



Nach *Vergeiner*<sup>171</sup> verunglückten Untersuchungen des KFV zufolge Anfang dieses Jahrzehnts in Österreich pro Jahr rund 28.400 Radfahrer im Straßenverkehr und abseits desselben, jeder 6. davon ein Kind unter 12 Jahren, wobei diese Altersgruppe von Kopfverletzungen besonders häufig betroffen ist, da sich nämlich fast die Hälfte dieser Kinder am Kopf verletzt, jedoch 85% im Zeitpunkt des Unfalls keinen Helm trugen. „Bei Radfahrern ist va darauf Bedacht zu nehmen, dass sie im Gegensatz zu Pkw-Lenkern im Fall eines Sturzes oder einer Kollision unmittelbar mit dem Körper aufprallen und nicht durch eine Fahrzeugkarosserie geschützt sind.“<sup>172</sup>

Siehe hierzu auch Bericht *Kronen Zeitung* 23. 4. 2006 in Rz 1.26.

## 1.26 Anders als bei Kindern bis zum 12. Lebensjahr gibt es für erwachsene Radfahrer derzeit keine gesetzliche Helmtrageverpflichtung.<sup>173</sup>

Auf der Website des BMVIT ist unter dem Link „Fuß- und Radverkehr“ nicht nur zu lesen, dass es „2017 laut Statistik Austria 7.493 Fahrradunfälle mit Verletzten gab. Um die Auswirkungen eines solchen Unfalls zu minimieren, sollte ein Fahrradhelm getragen werden“, sondern zeigt auch ein kurzer Film den Unterschied auf, was passiert, wenn man dies tut oder nicht.<sup>174</sup>

Nach einem schon länger zurückliegenden, jedoch nach wie vor aktuellen **Bericht des KFV**<sup>175</sup> kann ein Fahrradhelm „bis zu 85% der schweren Kopfverletzungen verhindern . . . Doch die Realität sieht leider noch ganz anders aus: Nur 15% aller Radfahrer sind ‚oben mit‘ unterwegs . . . Die enorme Wichtigkeit des Helms für Kinder haben viele Eltern bereits erkannt: Immerhin 52% der jungen Radfahrer traten im Jahr 2004 – Straßenverkehr und Freizeitbereich gesamt betrachtet – mit geschütztem Kopf in die Pedale.“ In der *Kronen Zeitung* v 23. 4. 2006, 13, wurde unter der Überschrift „Helmpflicht für junge Radfahrer?“ berichtet, dass in Österreich jährlich 6.700 **Kinder** unter 14 Jahren mit dem Fahrrad verunglückten, wobei Kopfverletzungen mit rund 35% die häufigste Folge wären und 85% der Kopf- sowie 88% der Gehirnverletzungen durch das Tragen eines Sturzhelms vermieden werden könnten. Weitergehendes detailliertes (und auch rechtsvergleichendes) **statistisches Zahlenmaterial** enthielten die Studien „Der Radhelm – eine wirksame Maßnahme gegen Kopfverletzungen bei Radunfällen“ von *Furian/Gruber*<sup>176</sup> sowie „Was bringt die Einführung einer gesetzlichen Radhemplicht?“ von *Furian/Hnatek-Petrak*.<sup>177</sup> In der *KronenZeitung* v 26. 7. 2015, 26, wurde unter der Überschrift „Dramatisch mehr Radunfälle in Wien“ berichtet: „Täglich fast drei verletzte Radfahrer, drei von ihnen sterben – die Unfallbilanz 2014 zeigt, dass die Gefahr für Biker auf Wiens Straßen steigt: Im Vorjahr verunglückten 916 Radfahrer. 1983, als die Unfälle noch nicht EDV-mäßig erfasst waren, zählte die Polizei 382 verletzte Radler. Die Zahl der verletzten Autolenker nimmt stark ab. Das lässt sich erklären: ‚Der Anteil der Radfahrer am Gesamtverkehrsaufkommen in Wien hat sich von nur 2% im Jahr 1983 auf nun 7,4% gesteigert‘, argumentiert ein Sprecher von Verkehrsstadträtin Maria Vassilakou . . . Als häufigste Ursache für die Radunfälle nennt das Verkehrsressort Unachtsamkeit – sowohl von Radlern als auch von den Autolenkern . . .“

171 Recht für Radfahrer (2013) 31.

172 LG St. Pölten 5. 8. 2015, 21 R 90/15s.

173 Vgl hiezu jedoch *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung 56, der bereits damals eine Mitverantwortung eines helmlos verunfallten Radfahrers jedenfalls „bei Fahrten auf stark frequentierten Straßen“ befürwortete; ebenso *Karner*, ZVR 2014/218 (EAnm 2 Ob 99/14v).

174 [www.bmvit.gv.at/verkehr/ohnemotor/index.html](http://www.bmvit.gv.at/verkehr/ohnemotor/index.html) (zuletzt abgefragt am 3. 3. 2019).

175 *auto touring*, Das ÖAMTC Magazin, 2006/H 4, 78 („Rund ums Rad“).

176 ZVR 1997, 173 (für die Jahre 1986 bis 1996).

177 ZVR 2006, 427 (1996 bis 2005).

Nützliche Hinweise und Empfehlungen zum richtigen Helmkauf finden sich bei *Vergeiner*.<sup>178</sup>

**Entwicklung der Rsp:** Das **OLG Innsbruck** führte in einem (nv) U v 20. 3. 2001, 1 R 44/01g, aus, dass „die Nichtbenützung eines Sturzhelmes durch den Kl [der als Mountainbiker auf einem asphaltierten Interessentschaftsweg im Bereich einer sich abhebenden Aufwölbung zu Sturz gekommen war und sich hiebei schwere Kopfverletzungen zugezogen hatte] nicht als Verstoß gegen eine gesetzliche Regelung qualifiziert werden könnte, sondern als Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten. Ein derartiges Verhalten wäre allenfalls dann von Relevanz, wenn in jenen Kreisen, die den Mountainbike-Sport ausüben, aufgrund der damit verbundenen Sturz- und Verletzungsrisiken das Tragen eines Sturzhelmes allg üblich geworden wäre bzw dem ‚Stand der Sicherheitstechnik‘ entspräche. Derartige Umstände sind aber von der bekl Partei [Wegehalterin] weder behauptet worden noch im Beweisverfahren hervorgekommen, sodass eine weitere Kürzung der Ansprüche des Kl nicht zu erfolgen hat.“ Der **OGH** hat mit U **2 Ob 135/04y**<sup>179</sup> erkannt, dass „eine gesetzliche Verpflichtung zum Tragen eines Fahrradhelmes, trotz des unbestrittenen Nutzens solcher Helme, nicht besteht . . . nur dann wäre [hierauf] eine Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten vorzuwerfen, wenn [der Verletzte] Schutzmaßnahmen unterlassen hätte, die nach dem **allg Bewusstsein** der beteiligten Kreise von jedem Einsichtigen und Vernünftigen anzuwenden gewesen wären. Dass sich bereits ein allg Bewusstsein gebildet habe, auf Radwegen Fahrradhelme zu tragen, ist nicht hervorgekommen . . . Die Nichtbenützung des Fahrradhelmes kann daher dem Kl nicht als Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten vorgeworfen werden.“<sup>180</sup>

Zu **2 Ob 99/14v**<sup>181</sup> hat der OGH hingegen in Anlehnung an die zwischen „normalen“ (herkömmlichen) Freizeitradfahrern und „sportlich ambitionierten“ (unter rennmäßigen Bedingungen fahrenden) Radfahrern unterscheidende Rsp dt Gerichte (s sogleich) einerseits sowie in Bejahung eines inzwischen bestehenden „allgemeinen Bewusstseins der

178 Recht für Radfahrer 33ff.

179 ZVR 2006/33 (krit *Schoditsch/Griehser*).

180 IdS auch OGH 2 Ob 42/12h Zak 2012/352, 177. AA *Fluch*, Die Rechte und Pflichten der (Renn-)Radfahrer, Zak 2013, 167 (168f), der unter Hinw auf entsprechende Umfrageergebnisse und eine daraus abgeleitete Verkehrsgeltung kraft allg Bewusstseins zur Radhelmverwendung „abseits der Ausnahmebestimmung des § 68 Abs 6 letzter Satz StVO“ für eine Wertung der Nichtverwendung eines Helms als Mitverschulden „zumindest im Radsportbereich und bei Kindern bis 14 Jahren“ eintritt; vgl auch *Fluch*, Helmpflicht beim Sport – ein Rechtsupdate, Zak 2014, 428.

181 ZVR 2014/218 (zust *Karner*) = EvBl 2015/37 (*Rohrer*) = Zak 2014/ 828, 436 = SpuRt 2015, 24 (zust *Ganner*, Obliegenheit des Helmtragens bei sportlicher Betätigung, SpuRt 2015, 19). Siehe hiezu auch *Kraus*, Helmpflicht für Rad(renn)fahrer? ZVR 2015, 190; *Kaltenegger/Pepehnik*, Pro & Contra Radhelm, ZVR 2015, 148 und 149; *Ch. Huber*, Entscheidungen des österr. OGH zum Schadenersatz- und Privatversicherungsrecht – 2015, HAVE/REAS 2015, 161 (163) sowie *Ch. Huber*, Das Unterlassen der Benutzung von Sicherheitseinrichtungen (Gurt, Helm, Schutzkleidung) – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda aus Anlass von OGH 2 Ob 99/14v, ÖJZ 2016, 53; *Rück*, Aktuelle sportrechtliche Judikatur, in *Grundel/Karollus*, Berufssportrecht VII (2015) 81; *A. Schwaighofer*, Sportrechtstagung „Aktuelle Rechtsfragen im Radsport“, 8. 4. 2016 Univ Innsbruck, ZVR 2016, 312 (313) und *Prechtl*, ZVR 2016, 349.