

schlag zu ergreifen sind (vgl zB OGH 8 Ob 155/09 s: Vertrag über Felsräumarbeiten zwischen Gemeinde und Baufirma als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten von Wanderern). Neben der haftungsrechtlichen ging der Referent schließlich auch auf die sachrechtliche Dimension der Schutzbauwerke ein. *Karner* gelangte zu dem Ergebnis, dass der Grundeigentümer regelmäßig auch Eigentümer des Schutzbauwerkes ist.

Abschließend stellte *Karner* den Umfang der Verkehrssicherungspflichten dar. Diese richten sich laut dem Referenten nicht bloß „nach den Umständen des Einzelfalls“, sondern können anhand einer Fallgruppenbildung näher bestimmt werden. Es müssten Maßnahmen ergriffen werden, die zur Vermeidung der Gefahr möglich, angemessen und zumutbar seien. Es sei eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, bei der einerseits zu beachten sei, dass gerade im alpinen Raum niemals völlige Gefährlosigkeit erwartet werden darf, andererseits zu bedenken sei, dass die (touristische) Erschließung der Bergwelt eine erhöhte Verantwortlichkeit nach sich ziehen könne. *Karner* arbeitete von diesen Prämissen ausgehend Leitlinien für den Umfang der Verkehrssicherungspflichten heraus (s dazu nochmals *Karner*, ZVR 2011, 116 ff).

Zuletzt befasste sich RA Univ.-Ass. Dr. *Dominik Kocholl* (Universität Innsbruck) mit Nutzungs- und Haftungsfragen

bei Wegen, Klettersteigen und Kletterrouten (s bereits ausführlich dazu *Kocholl*, Wegehalterhaftung für Kletterrouten, Klettergärten und Aufstiegsspuren – wann? ZVR 2011, 239). *Kocholl* erläuterte eingangs, dass die touristische Erschließung der Gebirge und die teilweise stark geänderten Nutzungsbedürfnisse den Rechtsanwender vor neue Herausforderungen stellen. Der Referent behandelte anschließend die Frage, wie die Rechtsordnung auf diese „Kommerzialisierung des Bergsports“ reagieren kann und muss.

Ausblick

Neben dem Fachlichen kam auch dieses Jahr das kulinarische Angebot nicht zu kurz. Insbesondere war für ein reichhaltiges Mittagbuffet gesorgt, bei dem sich die Teilnehmer fachlich und persönlich austauschen konnten. Die Teilnahme an der Veranstaltung war dennoch – dank zahlreicher Sponsoren – kostenlos. Die Veranstalter freuen sich bereits auf den **nächsten Verkehrsrechtstag am 27. September 2012** und hoffen, Sie gewohnt zahlreich begrüßen zu dürfen. Informationen finden Sie unter: www.verkehrsrechtstag.at

Das Organisationsteam:
Armin Kaltenecker, Stefan Perner,
Birgit Salamon, Martin Vergeiner

Ersatzfähigkeit von HWS-Schäden bei Auffahrunfällen

in Österreich und im deutschsprachigen Ausland¹⁾

In Deutschland und in der Schweiz finden sich zu den Rechtsfolgen von HWS-Verletzungen viel Judikatur und Literatur, während dazu in Österreich kaum etwas zu finden ist. Infolge der Streitwertgrenzen kommen derartige Fälle kaum zum OGH und mangels Judikatur findet auch keine Auseinandersetzung in der Literatur statt. Dessen ungeachtet ist die Belastung der Haftpflichtversicherer mit HWS-Schäden beträchtlich. Der folgende Beitrag bemüht sich, durch Bezugnahme auf die Diskussion in Deutschland und der Schweiz etwas „Licht ins Dunkel“ zu bringen.

Von **Christian Huber**

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Befund im österr Recht nach den veröffentlichten Entscheidungen und der Diskussion in der zivilrechtlichen Fachliteratur
- C. Faktisches Phänomen im benachbarten Ausland – völlig andere Rechtsfolgen
- D. Rechtslage in Deutschland
 - 1. Unterscheidung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität
 - 2. Das Gutachten welches SV
 - a) Angewiesenheit des Juristen auf fremde Expertise
 - b) Kompetenz des Ingenieurs: Ermittlung der kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung bei Zusammenprall der Fahrzeuge
- c) Das medizinische Gutachten
- d) Zwischenresümee
- 3. Bedeutung einer Vorerkrankung
- 4. Ersatz auch bei psychischer Fehlverarbeitung
- 5. Wer doppelt Pech hat – Rechtsfolgen von zwei voneinander unabhängigen Auffahrunfällen
- 6. Entsprechende Anwendung bei Verschlimmerung des Leidens durch ärztliche Fehlbehandlung
- 7. Regress von Arbeitgeber und gesetzlicher Krankenversicherung
- E. Ein kurzer Blick auf die Rechtslage in der Schweiz
- F. Resümee ⇒

ZVR 2011/259

§ 1325 ABGB;
§ 13 EKHG

Nachweisbarkeit einer HWS-Verletzung;

Simulant;

Bagatellschwelle beim Schmerzensgeld;

medizinischer und technischer SV;

psychische Fehlverarbeitung

1) Wegen der Umfangsbegrenzung wird der Anmerkungsapparat auf das unabdingbar nötige Ausmaß begrenzt.

A. Einleitung

Bei einem Kfz-Unfall kommt es in ca 10% der Fälle neben dem Sachschaden zu einem Personenschaden.²⁾ Der „Bleischaden“ ist meist offenkundig bzw leicht nachweisbar. Selbst die nicht augenscheinliche unfallbedingte Verformung des Rahmens ist mit technischen Methoden idR gut beweisbar. Problemträchtiger ist die – vermeintliche – Verletzung der Halswirbelsäule (im Folgenden: HWS), auch Peitschenschlagverletzung genannt. Der Körperrumpf wird durch einen Anstoß durch ein anderes Fahrzeug – meist von hinten oder der Seite – beschleunigt, während es infolge der Massesträgheit zu einem Zurückbleiben des auf der HWS sitzenden Kopfes kommt.

Probleme bereiten – vom Geschädigten behauptete – Verletzungen, die mit bildgebenden Verfahren nicht nachweisbar sind. Genannt werden ohne Anspruch auf Vollständigkeit diffuse Kopfschmerzen, ein steifer Hals, Schwindel, Gleichgewichtsstörungen, Konzentrations-schwierigkeiten sowie Affektlabilität. Sind diese in ihrer Intensität gering, werden sie als „Erdmann 1“ qualifiziert, ansonsten als „Erdmann 2“ bzw „3“. Das Unfallopfer, das tatsächlich unfallkausale Schmerzen erlitten hat, tut sich nach dem derzeitigen Stand von Wissenschaft und Forschung mit dem Nachweis schwer. Dass das Wissen ein dynamischer Prozess ist, sei anhand folgender Beispiele erläutert: *Thabo Mbeki*, ehemaliger südafrikanischer Präsident, behauptete, dass bei ungeschütztem Geschlechtsverkehr keine Aids-Ansteckungsgefahr bestehe, sofern im Anschluss eine gründliche Reinigung durch eine warme Dusche erfolge. Das beurteilt die westliche Medizin anders. Die Gefährlichkeit der Röntgenstrahlen für das körperliche Wohlbefinden ist ebenfalls ein Phänomen, das erst später entdeckt wurde.

Letztlich liegt die Beweislast für den Eintritt eines Schadens und dessen Ursächlichkeit beim Geschädigten. Einig ist man sich, dass es Mitnahmeeffekte durch Simulanten gibt. Über den Prozentsatz bei den Anspruchstellern gehen die Meinungen freilich auseinander: *Von Hadeln*³⁾ (Deutsche Allianz) schätzt, dass 85% der Ansprüche nicht begründet sind, während *Reisinger* (Vienna Insurance Group) die Behauptung, dass es sich in 20% der Fälle um Versicherungsbetrug handle, als „provokante Vermutung“ einschätzt.⁴⁾ *Pribnow*,⁵⁾ ein Geschädigtenanwalt aus der Schweiz, sieht den Missbrauch auf Einzelfälle beschränkt. Aufgabe des Zivilgerichts ist es, die Spreu vom Weizen zu trennen. Zu beobachten ist – wegen der beschriebenen Beweisprobleme – ein Entgegenkommen mancher, nicht aller Gerichte zugunsten des Verletzten.

Meist geht es bloß um ein – geringfügiges – Schmerzensgeld. Sofern eine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit für einige Tage gegeben ist, hat dieser Schadensposten für einen verletzten Arbeitnehmer wegen der Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber keine besonders hohe Priorität. Entsprechendes gilt für den Haushaltsführungsschaden, wobei der OGH⁶⁾ kürzlich ausgesprochen hat, dass auch eine längere Dauer und/oder eine größere Beschwerlichkeit der Verrichtung der Hausarbeit im Rahmen des Vermögensschadens zu berücksichtigen sind. Insoweit dürfte aber weder beim Verkehrsunfallopfer noch beim Geschädigtenanwalt ein

hinreichendes Problembewusstsein gegeben sein. Es gibt in der Fachliteratur keinen Anhaltspunkt, dass es in Österreich infolge von HWS-Verletzungen zu nennenswerten Belastungen der Sozialversicherungsträger (SozVTr) kommt. In Deutschland und der Schweiz mussten sich die Gerichte häufiger mit Fällen beschäftigen, in denen aufgrund eines ärztlichen Kunstfehlers, etwa dem Verschreiben einer Schanz'schen Krawatte, ein enormer Folgeschaden entstanden ist, was auch die Leistungspflicht vom SozVTr ausgelöst hat.

B. Befund im österr Recht nach den veröffentlichten Entscheidungen und der Diskussion in der zivilrechtlichen Fachliteratur

Für Österreich kann man zunächst einmal zur HWS-Problematik „Schweigen im Walde“ vermelden. Bei ganz genauem Hinsehen stößt man auf die Publikationen von *Danzl*,⁷⁾ der mit beeindruckender Akribie – wie ein Eichhörnchen – alles gesammelt hat, was an Judikatur der Tatgerichte auffindbar war. Er behauptet, dass das Halsschleudertrauma auch in Österreich ein „Dauerbrenner“ sei. Davon ist freilich bestenfalls eine Glutatsche wahrnehmbar. Die jüngste zitierte OGH-Entscheidung⁸⁾ liegt mehr als zehn Jahre zurück. Und selbst in dieser war das Hauptproblem die Zulässigkeit einer Nachklage beim Schmerzensgeld; die Ursächlichkeit der feststehenden HWS-Verletzung war kein Streitpunkt. Umstritten war lediglich die Höhe des Schmerzensgeldes. Bezug genommen hat *Danzl*⁹⁾ auf technische¹⁰⁾ und medizinische¹¹⁾ Literatur. Um nicht nur auf sich selbst verweisen zu müssen, zieht er in der neuesten Darstellung¹²⁾ einen Blankowechsel auf die Zukunft und verweist auf diesen Kurzbeitrag.

Wegen der geringen Streitwerte hat der OGH kaum jemals Gelegenheit, sich mit Existenz und Unfallursächlichkeit einer HWS-Verletzung zu beschäftigen. Die Entscheidungen der Tatgerichte werden in Österreich grundsätzlich nicht veröffentlicht und sind auch sonst nicht zugänglich. Es handelt sich somit um eine „Geheimwissenschaft“, bei der man bestenfalls durch die Berichte von *Danzl*¹³⁾ erfährt, was sich abspielt. Im Westen soll es viel großzügiger zugehen als im Osten der Republik, was auch der OGH¹⁴⁾ zugesteht. Anlass

2) *Böhm*, Das leidige Problem der HWS-Verletzung nach einem Verkehrsunfall und die Entwicklung der Rechtsprechung nach den Urteilen des BGH im Jahr 2008 (Teil I), zfs 2011, 423.

3) Zit nach *Danzl* Schmerzensgeldansprüche nach HWS-Verletzungen im Straßenverkehr, in FS Dittrich (2000) 687, 694.

4) *ders*, aaO 687, 695.

5) Schadenausgleich nach Schleudertrauma in der nicht perfekten Welt, HAVE 2011, 68, 69.

6) OGH 7 Ob 14/10 z ZVR 2011/145 (*Ch. Huber*).

7) In FS Dittrich (2000) 687 ff; *ders*, Schmerzensgeld für HWS-Verletzungen, in FS Koziol (2010) 529 ff; *ders*, HWS-Schmerzensgeldjudikatur (2000–2011), ZVR 2011, 312 ff.

8) OGH 2 Ob 173/01 g SZ 74/135 = ZVR 2001/99.

9) In FS Koziol (2010) 529, 536, 540.

10) *W. Huber*, Das Schleudertrauma der Halswirbelsäule (HWS), ZVR 2008, 331 ff.

11) *Laubichler*, Dauerbrenner Halsschleudertrauma, ZVR 2009, 321 ff.

12) *Danzl*, ZVR 2011, 312 FN 4.

13) In FS Dittrich (2000) 687 ff; *ders* in FS-Koziol (2010) 529 ff; *ders*, ZVR 2011, 312 ff; zum Schmerzensgeld noch zusätzlich *ders* in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld⁹ (2008), Stichwort: Halswirbelsäule.

14) OGH 2 Ob 173/01 g SZ 74/135 = ZVR 2001/99.

könnte das sein für ein innerösterreichisches „forum shopping“, also die Anhängigmachung einer Klage eher vor dem LG Feldkirch als vor dem in Eisenstadt, sollte wegen unterschiedlicher Gerichtsstände eine solche Wahlmöglichkeit bestehen. Die Folge der Rechtsmittelbeschränkung an den OGH führt zu einem ungewollten Partikularismus, bei dem jeder Dorfrichter sein eigenes Süppchen kocht. OGH-Entscheidungen würden da zu mehr Transparenz beitragen, was wünschenswert wäre.

Trotz der mangelnden Öffentlichkeit akkumulieren sich laut *Danzl*¹⁵⁾ die Ersatzleistungen auch der österr Haftpflichtversicherer zu beträchtlichen Summen: Von den 15.000 bis 20.000 Auffahrunfällen pro Jahr werden in 90% der Fälle HWS-Schäden behauptet. Das durchschnittliche Schmerzensgeld bewegt sich bei ca € 2.000,-. Die Kosten eines Gutachters machen noch einmal so viel aus. Da die Haftpflichtversicherer ohne Nachweis einer organischen Schädigung drei von vier Prozessen gewinnen, haben sie ihre frühere Haltung geändert, ohne Einschaltung eines Gutachtens € 2.000,- – kulanthalber – zu zahlen. Die Folge ist, dass in Österreich die Prozesse rückläufig sind, häufig in solchen Fällen gar keine Zahlung erfolgt bzw im Rahmen der außergerichtlichen Regulierung zwischen € 1.200,- und 2.000,- bezahlt werden.¹⁶⁾ Trotz dieser restriktiven Handhabung – durch Gerichte und Haftpflichtversicherer – belief sich laut *Danzl*¹⁷⁾ im Jahr 2006 der Aufwand zwischen 25 und 35 Mio Euro, was 8% der Ersatzpflichten für Personenschäden ausmachte.

C. Faktisches Phänomen im benachbarten Ausland – völlig andere Rechtsfolgen

Die Unfälle im benachbarten Ausland erfolgen mit vergleichbaren Fahrzeugen mit ähnlicher Statur und Physiognomie der Verkehrsunfallopfer. Bei Lektüre der Aufsätze und Entscheidungen in den einschlägigen deutschen Fachzeitschriften gewinnt man den Eindruck, dass der Schadenersatzanspruch wegen einer HWS-Verletzung eines der ganz zentralen Probleme des deutschen Schadenersatzrechts sei. Ebenso hitzig ist die Diskussion in der Schweiz, wo der Gesetzgeber eingreifen musste, um die Sozialversicherung wegen dieses Phänomens vor Überschuldung zu bewahren.

Illustrativ mag ein Hinweis auf die nackten Zahlen sein: Der Aufwand für HWS-Verletzungen an den Gesamtaufwendungen für Personenschäden in der Kfz-Haftpflichtversicherung beträgt in Großbritannien 76%, Deutschland 47%, der Schweiz 33% und Frankreich 3%. Berichtenswert ist, dass die Steigerungsraten von 1992 bis 2002 in der französischsprachigen Schweiz 100% betrug, in der deutschsprachigen Schweiz jedoch 400%. Die geringere Quote frankophoner Geschädigter mag vielfältige Gründe haben. Es mögen die gut gefederten Karossen, die elastischen Bürger bzw die geringe Sensibilität der Unfallopfer oder auch die unzureichend ausgebildeten Geschädigtenanwälte – oder ein Cocktail aller dieser Erscheinungen – sein.

Paradox ist jedenfalls, dass die HWS-Verletzungen steigen, obwohl die Sicherheit der Fahrzeuge ständig zunimmt. Auch der durchschnittliche Aufwand ist länderspezifisch unterschiedlich: In Finnland beträgt er

€ 1.500,-, in Österreich € 2.000,-, in neuester Zeit wohl noch weniger, in Deutschland € 2.500,- und in der Schweiz € 35.000,-.¹⁸⁾ Letztere hohe Zahl stammt noch aus der Zeit vor dem Höhenflug des Franken gegenüber dem Euro. Der hohe Durchschnittsaufwand in der Schweiz ist aber leicht erklärbar. Es ist nicht so sehr der hohe Lebensstandard, sondern der Umstand, dass die Schwelle, ab der ein Schmerzensgeld, in der Schweiz Genugtuung genannt, zugebilligt wird, viel höher liegt, nämlich nicht schon bei einer Prellung, sondern eher erst bei einem Knochenbruch.¹⁹⁾

D. Rechtslage in Deutschland²⁰⁾

1. Unterscheidung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität

Grundlegend ist im deutschen Recht die Unterscheidung zwischen Primärschaden bzw der eingetretenen realen Rechtsgutsverletzung und dem dadurch bewirkten Folgeschaden. Das Beweismaß für den Nachweis der Verursachung des Primärschadens beurteilt sich nach § 286 dZPO. Bei diesem Strengbeweis wird keine unumstößliche Gewissheit oder eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit verlangt, aber ein für das praktische Leben brauchbarer Grad an Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.²¹⁾ Das ist eine relativ hohe Hürde. Besonders hohe Anforderungen bestehen, wenn es sich nicht um eine Körperverletzung handelt, sondern eine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert. Wenn insoweit die Bagatellschwelle nicht überschritten wird, wird eine nicht ersatzfähige Befindlichkeitsstörung angenommen. Für Folgeschäden gilt das weniger strenge Beweismaß des § 287 dZPO – vergleichbar dem österr § 273 ZPO; insofern genügt eine erhebliche oder überwiegende Wahrscheinlichkeit.

2. Das Gutachten welches SV

a) Angewiesenheit des Juristen auf fremde Expertise

Damit Juristen beurteilen können, ob eine Verletzung vorhanden und diese durch den Unfall verursacht worden ist, bedürfen sie der SV-Expertise. Eine große Rolle spielen hier Ingenieure in der Ausprägung von Biomechanikern bzw verkehrstechnischen SV sowie Mediziner, uzw je nach Beschwerdebild ein Orthopäde, Neurologe, Psychiater oder HNO-Arzt. Zu beachten ist, dass es eine „neuere“ Fachrichtung gibt, die einen Beitrag zur Objektivierung leisten kann, nämlich die von den Wie-

15) In FS Kozioł (2010) 529, 531.

16) *Danzl* in FS Kozioł (2010) 529, 532.

17) *ders.*, aaO 529, 531.

18) Nachw bei *Danzl* in FS Kozioł (2010) 529, 534.

19) *Ch. Huber*, Regulierung von HWS-Schäden in Österreich und Deutschland – Anmerkung zu BGE 17. 11. 2009, 4A_494/2009 HAVE 2010, 309.

20) Jüngst die Entwicklung aus der Sicht der Haftpflichtversicherer darstellend *Staab*, Die Entwicklung der BGH-Rechtsprechung zum HWS-Schleudertrauma seit 1996, r+s Sonderheft 2011, 107 ff; *Böhm*, zfs 2011, 423 ff, 483 ff.

21) *Eschebach/Geipel*, Beweis- und Zurechnungsfragen bei der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit durch Verkehrsunfälle mit Blick auf HWS-Distorsionen, NZV 2010, 481, 482.

ner Neurologen *Spiegel* und *Sommer* 1931 entwickelte Neurootologie, die Lehre von den Kopfsinnesstörungen. Diese ist bisher vornehmlich in den USA bei der Luftwaffe und NASA eingesetzt worden. Ihre Tauglichkeit für den Nachweis von HWS-Verletzungen wird unterschiedlich beurteilt.²²⁾ In der Schweiz hat sich ein neuartiger Zweig, nämlich der der Trauma-Biomechanik, entwickelt, bei dem Techniker und Mediziner zusammenarbeiten. Ehe im Folgenden darauf einzugehen ist, welcher SV welchen Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung leisten kann, sei darauf verwiesen, dass von dieser Einschätzung auch abhängig ist, in welchem Ausmaß die betreffenden SV entsprechende Umsätze erzielen können oder sich anderen Geschäftsfeldern zuwenden müssen.

b) Kompetenz des Ingenieurs: Ermittlung der kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung bei Zusammenprall der Fahrzeuge

Einigkeit besteht darüber, dass die Wahrscheinlichkeit einer Unfallverletzung umso größer ist, je höher die Differenzgeschwindigkeit beim Aufprall ist. Umstritten ist aber, ob unterhalb einer bestimmten Geschwindigkeit eine Verletzung auszuschließen ist, wobei von den „Experten der Versicherungswirtschaft“ Werte von 10 bzw 15 km/h genannt werden. Es wird eine mathematisch-naturwissenschaftliche Genauigkeit vorgegaukelt, die nicht gegeben ist. Verwiesen wird darauf, dass auch beim Wiener Opernball solche Einwirkungen gegeben seien und erst recht beim Autodromfahren auf dem Jahrmarkt, ohne dass es dabei zu vergleichbaren Verletzungen komme.²³⁾ Das hätten auch Tests mit Versuchspersonen ergeben. Hier werden aber Äpfel mit Birnen verglichen. Mit dem Autodrom fahren junge Leute (IdR) ohne Vorschädigung. Beim Experiment weiß der Proband, dass sein Verhalten bei einem möglichen Unfall getestet wird, sodass die Muskelanspannung eine andere ist. Gemessen werden kann zudem bloß die Einwirkung auf das Fahrzeug; worauf es freilich ankommt, ist die Auswirkung auf die Person. Bedeutsam ist zudem die Masse der Fahrzeuge, die miteinander kollidieren, ob Lkw, Pkw oder Moped; sogar der Beladungszustand soll bedeutsam sein. *Laubichler*²⁴⁾ verweist zudem darauf, dass die Werte von den technischen SV häufig als zu gering ausgewiesen werden.

Die Verletzungsanfälligkeit ist außerdem von weiteren Parametern abhängig.²⁵⁾ Frauen sind wegen des unterschiedlichen Anteils von Fettgewebe und Muskulatur insoweit leichter verletzlich als Männer. Ein junger Mensch ist weniger gefährdet als ein älterer. Bedeutsam ist zudem, ob jemand im Zeitpunkt des Unfalls kerngesund war oder sich in der Rekonvaleszenzphase befand und Medikamente eingenommen hat. Der Lenker wird im Regelfall den Unfall miterlebt haben und zu einer Abwehrreaktion in der Lage gewesen sein, so es nicht zu einem Aufprall von hinten kam; bei einem Beifahrer ist das weniger wahrscheinlich. Bedeutsam können auch die Sitzposition – Blick geradeaus oder verdreht – sowie die Einstellung von Sitz und Kopfstütze und des Sicherheitsgurts sein. Auch auf die Automarken soll es ankommen. Besonders sicher sollen Mercedes, Volvo und Saab sein,²⁶⁾ wobei fraglich ist, wie lange es letztere Marke auf dem Markt noch geben wird.

Aus all diesen Gründen hat der BGH²⁷⁾ unter Hinweis auf neueste Erkenntnisse der Orthopädie die Harmlosigkeitsschwelle als K.-o.-Kriterium abgelehnt. Das war nicht eben eine Umsatzförderungsmaßnahme für die technischen SV; auch die Freude der Haftpflichtversicherer über dieses Urteil hat sich in Grenzen gehalten. Ob es von den Tatgerichten beherzigt wurde, ist indes fraglich. Geändert hat sich – immerhin – die Begründung abweisender tatrichterlicher Entscheidungen.

Freilich soll auch nicht das Kind mit dem Bad ausgeschüttet werden. Das biomechanische GA ist damit nicht obsolet. Immerhin wird ihm von *Danzl*²⁸⁾ Indizfunktion beigemessen mit der Folge, dass bei einer kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung von 10 km/h grundsätzlich keine Verletzung möglich ist, bei einer solchen von 15 km/h nur unter ganz besonderen Umständen. In Deutschland wird selbst diese Funktion im Rahmen des Prima-facie-Beweises geleugnet.²⁹⁾ Immerhin hat der BGH³⁰⁾ ausgesprochen, dass die Einholung eines biomechanischen GA entbehrlich sein kann, wenn das medizinische GA überzeugend sei. Diese Linie hat er in einer Folge³¹⁾ bekräftigt, indem er judiziert hat, dass eine Abweisung eines Begehrens bloß aufgrund eines biomechanischen GA unstatthaft sei; und das selbst dann, wenn sich der betreffende SV auf solche Unfälle spezialisiert und an einer medizinischen Fakultät über ein einschlägiges Thema promoviert habe. Auch dann bleibe er Techniker und sei kein Arzt; er untersuche das Fahrzeug, aber nicht den Menschen.

c) Das medizinische Gutachten

IdR begibt sich das Verkehrsunfallopfer zunächst zum Hausarzt. Dessen Bescheinigung ist freilich nur von begrenzter Bedeutung. Der Hausarzt ist Therapeut und nicht Organ der Beweissicherung. Sein Befund beschränkt sich häufig auf die Wiedergabe der vom Patienten geäußerten Beschwerden. Allenfalls kommt ihm die Rolle eines sachverständigen Zeugen zu.³²⁾ Ausnahmsweise ist auch allein eine solche Aussage ausreichend, wie der BGH³³⁾ bei einem Regressanspruch des Dienstherrn nach Verletzung eines Polizisten ausgesprochen hat. Er hat es gebilligt, dass das Tatgericht den Beweis der durch den Unfall verursachten Verletzung bloß dadurch als geführt angesehen hat, ohne dass ein biomedizinisches GA eingeholt oder eine Untersuchung der verletzten Person durch einen medizinischen SV durchgeführt worden ist. Das macht deutlich, welch hohen Stellenwert der Beweiswürdigung und der Rolle des Tatrichters zu-

22) Aufgeschlossen *L. Jaeger*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum HWS-Schleudertrauma, in FS Eggert (2008) 213, 245; skeptisch *Zoll*, Entwicklungen im Personenschadensrecht, r+s Sonderheft 2011, 133, 134.

23) *Lerncke*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 8. 7. 2008 – VI ZR 274/07, Nachweis einer HWS-Verletzung, r+s 2008, 397.

24) ZVR 2009, 321, 326.

25) Übersicht bei *Danzl* in FS Koziol (2010) 529, 536 ff; *Ch. Huber*, HAVE 2010, 309, 311.

26) *L. Jaeger* in FS Eggert (2008) 213, 214.

27) BGH, VI ZR 139/02 NJW 2003, 1116.

28) In FS Koziol (2010) 529, 543 f.

29) *Ernst*, Unsichtbare Verletzungen nach leichten Verkehrsunfällen, in FS Eggert (2008) 195, 199 f.

30) BGH, VI ZR 139/02 NJW 2003, 1116.

31) BGH, VI ZR 235/07 VersR 2008, 1133.

32) *Eschelbach/Gelpel*, NZV 2010, 481, 483.

33) BGH, VI ZR 274/07 VersR 2008, 1415.

kommt, ist diese doch durch ein Rechtsmittel an das Höchstgericht nur in begrenztem Ausmaß überprüfbar.

Je zeitnaher das medizinische GA erstellt worden ist, umso höheres Gewicht hat es. Hinzuweisen ist darauf, dass auch der medizinische SV bloß Wahrscheinlichkeitsaussagen treffen kann. In der Praxis ist einerseits bedeutsam, wer den SV bestellt; andererseits ist es für den Verletzten gewiss nützlich zu wissen, wie viele GA-Aufträge der betreffende SV in den letzten drei Jahren von Haftpflichtversicherern erhalten hat. Selbstverständlich ist jeder SV zur Unparteilichkeit verpflichtet. Im Rahmen der Ermessensausübung ist freilich nicht auszuschließen, dass ein Gesichtspunkt die Fortführung bestehender Geschäftsbeziehungen ist.

d) Zwischenresümee

Von den GA des Technikers und des Mediziners ist das des Mediziners das bedeutsamere. Das allerletzte Wort hat aber das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung. Das Vorverständnis des Richters oder der Richterinnen dürfte im Einzelfall von erheblicher Bedeutung sein.³⁴⁾ Das Ergebnis wird – trotz aller Expertisen – somit in vielen Fällen davon abhängig sein, ob das Gerichtsorgan davon ausgeht, dass der Kläger ein Unfallopfer mit Beweisproblemen ist oder ein schnöder Simulant, der eine nicht gerechtfertigte Zubeuße einstreifen will.

3. Bedeutung einer Vorerkrankung

Es ist denkbar, dass das Verkehrsunfallopfer zwar eine Vorerkrankung hatte, die aber bis zum Unfall klinisch stumm war.³⁵⁾ Der Unfall war dann der sprichwörtliche Tropfen, der das Fass zum Überlaufen brachte. Es ist die Konsequenz der subjektiv-konkreten Schadensberechnung, dass der Schädiger in solchen Fällen in vollem Umfang einstandspflichtig ist. Denn der Schädiger muss den Geschädigten so nehmen, wie dieser ist. Er hat kein Recht, so gestellt zu werden, als habe er einen Gesunden verletzt. Besonders bei Übernahme von SV-GA aus dem Sozialversicherungsrecht ist zu beachten, dass dort ein anderer Kausalitätsbegriff maßgeblich ist, nämlich der der richtungsweisenden Veränderung. Im Schadenersatzrecht reicht hingegen die Mitursächlichkeit.³⁶⁾

Das Fehlen bzw. Vorhandensein einer Vorerkrankung kann aus Sicht des Geschädigten jeweils aus unterschiedlichem Blickwinkel zur Begründung eines Anspruchs herangezogen werden: Deren Fehlen ist ein Argument, dass lediglich der Unfall als Ursache für die ausgelösten Beschwerden in Betracht kommt. Ist hingegen eine Vorerkrankung vorhanden, die bis dahin stumm war, kann womöglich plausibel begründet werden, weshalb eine so geringe zusätzliche Belastung eine so weitreichende Krankheitsfolge ausgelöst hat. Denkbar ist, dass ohne die Unfallverletzung ein bestimmtes Leiden bloß später ausgebrochen wäre. Es geht dann um einen Fall der überholenden Kausalität, für die der Schädiger beweibelastet ist. Da es sich um eine Ausprägung der haftungsausfüllenden Kausalität handelt, kommt dem Schädiger das geringere Beweismaß des § 287 dZPO zugute. Darüber hinaus trifft den Geschädigten eine sekundäre Darlegungslast.

Zum Teil wird vertreten, dass auch ohne Nachweis einer überholenden Kausalität eine Kürzung des Anspruchs vorzunehmen sei.³⁷⁾ Beim Schmerzensgeld

mag man das mit der Billigkeit begründen.³⁸⁾ Für die sonstigen Vermögensschäden wie etwa den Erwerbsschaden gibt es aber kein dogmatisch fundiertes Argument für eine Kürzung. Die Folge kann nur sein, es in all diesen Fällen beim ungekürzten Zuspruch zu belassen.³⁹⁾

4. Ersatz auch bei psychischer Fehlverarbeitung

Sofern keine Bagatellverletzung und keine reine Begehrensneurose gegeben ist, hat der BGH⁴⁰⁾ in einem Fall einer HWS-Verletzung vom Schweregrad „Erdmann 3“ ausgesprochen, dass ein voller Zuspruch auch bei einer psychosomatischen Fehlverarbeitung gebühre. In concreto ging es nicht um einen Schmerzensgeldanspruch, sondern einen Erwerbsschaden.

5. Wer doppelt Pech hat – Rechtsfolgen von zwei von einander unabhängigen Auffahrunfällen

Bei der Häufigkeit der Auffahrunfälle ist es kein aussergewöhnlicher Ausnahmefall, dass jemand zweimal Opfer eines Verkehrsunfalls wird. Es stellt sich dabei die Frage, ob der Erstschädiger auch für die durch den Zweitunfall ausgelösten Folgeschäden einzustehen hat. Der BGH hat folgende hauchdünne Differenzierung vorgenommen: In der E VersR 2002, 200 war die Erstverletzung noch nicht ausgeheilt und mitursächlich für den Folgeschaden. Ob die Verletzung des Erstunfalls durch den Zweitunfall richtungsweisend verstärkt wurde, sei nicht maßgeblich. Dass der Erstschädiger einen Rückgriff gegen den Zweitschädiger habe, sei nicht im Prozess zwischen Verletztem und Erstschädiger zu beurteilen.

In der BGH-E VersR 2004, 874 waren eben diese Voraussetzungen gegeben: Der Heilungsverlauf war noch nicht abgeschlossen, die HWS-Verletzung war organisch nachweisbar; und es ging nicht um eine reine Begehrensneurose. Bei einem geltend gemachten Erwerbsschaden in Höhe von € 175.000,- nach dem Zweitunfall wegen einer psychischen Fehlverarbeitung wies der BGH das Begehren indes ab. Die Beschwerdesymptomatik sei zwar noch vorhanden gewesen und durch den Zweitunfall verstärkt worden. Dadurch sei jedoch die vorhandene Disposition zur Fehlverarbeitung eines HWS-Schleudertraumas bloß geringfügig erhöht worden. Wenn durch den Erstunfall bloß eine allgemeine Anfälligkeit für eine neurotische Fehlverarbeitung verstärkt werde, bestehe insofern keine Einstandspflicht des Erstschädigers.

Es ist mE zu bezweifeln, dass die Praxis, nämlich Anwälte, Versicherer, SV und Tatgerichte, in der Lage sind, den Vorgaben dieser außerordentlich feinsinnigen Differenzierung zu genügen. ⇒

34) Ch. Huber, HAVE 2010, 309, 315.

35) L. Jaeger, Neue Rechtsprechung zum HWS-Schleudertrauma, ZAP 2008, 1305, 1313; Ch. Huber in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, BGBB § 253 Rn 39 b.

36) Zoll, r+s Sonderheft 2011, 133, 134.

37) BGH VI ZR 376/96 VersR 1998, 201.

38) BGH, VI ZR 55/95 NJW 1996, 2425; VI ZR 275/95 VersR 1997, 122.

39) Ernst in FS Eggert (2008) 195, 212.

40) BGH, VI ZR 257/98 VersR 2000, 372.

6. Entsprechende Anwendung bei Verschlimmerung des Leidens durch ärztliche Fehlbehandlung

Folgerichtigerweise hat der Schädiger auch dann zu haften, wenn es zu einer Verschlimmerung des Leidens des Verkehrsunfallopfers durch eine ärztliche Fehlbehandlung kommt, etwa der nicht indizierten Verordnung einer Schanz'schen Krawatte. Eine ärztliche Fehlbehandlung wird zu Recht als adäquat verursacht angesehen.⁴¹⁾ Gegenteilig ist freilich zu entscheiden, wenn der Nachweis eines Primärschadens misslingt, was das OLG Celle in einer neueren E⁴²⁾ angenommen hat. Die Verletzte war Rechtsreferendarin, in österr Terminologie also im Gerichtsjahr. Womöglich führte deren Status zum Vorverständnis des Gerichts bezüglich einer besonders skeptischen Beurteilung und der Vermutung der Ausnützung einer unklaren Beweislage durch eine Simulantin.

7. Regress von Arbeitgeber und gesetzlicher Krankenversicherung

Dem Arbeitgeber kommen bei der Entgeltfortzahlung gem § 6 EFZG keine Beweiserleichterungen zugute. Ein Regressanspruch ist somit nur dann gegeben, wenn auch die verletzte Person selbst den Anspruch durchsetzen könnte. Die Konsultation des Arztes, ob eine Verletzung eingetreten ist, ist ex ante sinnvoll. Selbst wenn das Ergebnis negativ sein sollte, handelt es sich um vertretbarerweise aufgewendete Heilungskosten. Infolgedessen ist ein Regress der gesetzlichen Krankenversicherung zu bejahen.

E. Ein kurzer Blick auf die Rechtslage in der Schweiz

Noch vor 40 oder 50 Jahren hat die schweizerische Rsp mit einer Zeitdifferenz von 10 bis 20 Jahren nachvollzogen, was in Deutschland und Österreich vorgedacht worden ist. Das hat sich aber im letzten Jahrzehnt geändert. Die Streitaustragung der gegenläufigen Interessen findet jährlich auf dem Personenschadenforum in Zürich statt, an dem ca 400 Fachleute teilnehmen, sowie in der Zeitschrift HAVE.⁴³⁾ Brennpunkt der Auseinandersetzung in der Schweiz ist im Moment die Frage, ob sich gesetzgeberische Restriktionen im Sozialversicherungsrecht bei der Entschädigung von HWS-Verletzungen, insb im Zusammenhang mit einer psychischen Fehlverarbeitung, auf das Haftpflichtrecht auswirken oder nicht.⁴⁴⁾

F. Resümee

Die Ursache, dass das Problem der Ersatzfähigkeit von Schäden nach HWS-Verletzungen in Österreich auf Sparflamme gekocht wird, könnte darin liegen, dass die Österreicher Gene haben, die ihre HWS weniger leicht verletzlich machen als die der Deutschen und Schweizer. Dazu kommt, dass die Regulierung solcher Schäden in Ostösterreich eher beim Heurigen oder im Kaffeehaus stattfindet, nicht aber vor Gericht. Das ist der außergerichtlichen Einigung förderlich, der grundsätzlichen Klärung und der Schaffung von Rechtssicherheit jedoch abträglich. Womöglich spielt auch die

geringere Verbreitung von Rechtsschutzversicherungen sowie das Fehlen von Fachanwälten für Verkehrsrecht eine Rolle. Der Umstand, dass Deutsche und Schweizer nach Österreich kommen und hier in Verkehrsunfälle verwickelt werden, könnte ähnlich wie die Modalitäten der Verwertung des Wracks beim Kfz-Sachschaden⁴⁵⁾ eine Wende herbeiführen. Österr Gerichte, zu allererst das OLG Innsbruck als 2. Instanz, werden sich dann mit den Usancen zu beschäftigen haben, nach denen in Deutschland und der Schweiz solche Ansprüche erhoben und durchgesetzt werden.

Die gem § 49 Abs I JN bestehende Zuständigkeit des BG bis € 10.000,- sowie die gem § 502 Abs 3 iVm § 508 ZPO bestehende absolute Revisionsunzulässigkeit bei Streitwerten bis € 5.000,- trägt zwar zur Entlastung des OGH bei, ist aber gerade auf diesem Gebiet einer einheitlichen Rechtsentwicklung hinderlich. Die insoweit vorgenommene Änderung durch die dZPO-Reform 2002 in Deutschland ermöglicht dem gegenüber eine Revision auch bei geringeren Streitwerten, sofern es um eine zentrale Rechtsfrage geht. Das wäre auch für Österreich begrüßenswert.

Erwägenswert könnte auch die Einführung einer Bagatellschwelle beim Schmerzensgeld sein, wie das der Entwurf der *Koziol-Gruppe*⁴⁶⁾ zur österr Schadenersatzreform angedacht hat. Die Umsetzung wäre freilich von der Bereitschaft der Rsp abhängig, das aufzugreifen oder dem entgegenzuwirken und fortzufahren wie bisher. In Deutschland ist der Versuch der Einführung einer solchen Bagatellschwelle,⁴⁷⁾ durch den ein Ersatz für HWS-Verletzungen des leichtesten Grades versagt werden sollte, im Rahmen des 2. SchadenersatzrechtsänderungsG 2002⁴⁸⁾ gescheitert. Zu verweisen ist darauf, dass in der Schweiz für die Zubilligung von ideellem Schaden eine deutlich höhere Schwelle einer Verletzung verlangt wird. Denkbar wäre zudem ein Selbstbehalt, wie das für Sachschaden nach § 2 Z 2 PHG vorgesehen ist. All dies würde dem durchaus nachvollziehbaren Grundsatz entsprechen: Man soll keine Mimosen züchten. Sind die Schweizer keine Weicheier, sind es die Österreicher auch nicht. Zu unterscheiden ist freilich zwischen der *lex lata* und *de lege ferenda*. Im Rahmen der *lex lata* gilt: Nicht jeder Anspruchsteller sollte bei Erhebung eines Anspruchs wegen einer HWS-Verletzung, die er durch bildgebende Verfahren nicht nachweisen kann, in den Generalverdacht eines Simulanten geraten. Die Gerichte sollten sich vielmehr gegenüber neuen Methoden, die zu einer Objektivierung beitragen können, offen zeigen.

41) *Zoll*, r+s Sonderheft 2011, 133, 134: von Ausnahmefällen abgesehen keine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs.

42) OLG Celle 14U 126/09, SVR 2011, 215.

43) www.have.ch

44) BG BGE 136 V 279.

45) OLG Innsbruck 13. 12. 2010, 3 R 162/10 p ZVR 2011/183 (*Ch. Huber*); 1. 3. 2010, 3 R 12/10 d ZVR 2010/179 mit Besprechungsaufsatz *Ch. Huber*, Die richtige Ermittlung des Fahrzeugrestwerts, ZVR 2010, 352 ff.

46) Diskussionsentwurf der beim BMJ eingerichteten Arbeitsgruppe für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht, ZVR 2008, 168, 172.

47) Positiv diesbzgl *Ch. Huber*, Gedanken zum 2. Schadenersatzänderungsgesetz, DAR 2000, 20, 28; *ders.*, Künftige Änderungen im deutschen und europäischen Schadenersatzrecht, ZVR 2002, 38, 40.

48) dBGBI I 2002, 2674.

→ In Kürze

Im Gegensatz zu Deutschland und der Schweiz finden sich in Österreich mit Ausnahme der Beiträge von *Danzl* keine veröffentlichten Fachpublikationen und auch keine Entscheidungen zur Frage der Ersatzfähigkeit von Schäden bei HWS-Verletzungen. Der Beitrag erläutert, welche Streitfragen in Deutschland und der Schweiz ausführlich diskutiert werden. Die weniger strengen Rechtsmittelbeschränkungen sowie die Veröffentlichung auch tatrichterlicher Entscheidungen macht es für den (dortigen) Rechtsanwender transparenter, ob und unter welchen Voraussetzungen bei einer HWS-Verletzung Ersatz begehrt werden kann.

→ Zum Thema

Über den Autor:

o. Univ.-Prof. Dr. Christian Huber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen, Kontaktadresse: Templergraben 55, D-52056 Aachen. Tel: +49/241/809 47 69, Fax: +49/241/809 26 38 E-Mail: huber@wiwi.rwth-Aachen.de Internet: www.privatrecht.rwth-aachen.de

Vom selben Autor erschienen:

Regulierung von HWS-Schäden in Österreich und Deutschland – Anmerkung zu BGE 17. 11. 2009, 4A_494/2009, HAVE 2010, 309; Gedanken zum 2. Schadensrechtsänderungs-

gesetz, DAR 2000, 20; Künftige Änderungen im deutschen und europäischen Schadenersatzrecht, ZVR 2002, 38.

Literatur:

Böhm, Das leidige Problem der HWS-Verletzung nach einem Verkehrsunfall und die Entwicklung der Rechtsprechung nach den Urteilen des BGH im Jahr 2008 (Teil I), zfs 2011, 423; *W. Huber*, Das Schleudertrauma der Halswirbelsäule (HWS), ZVR 2008, 331; *Laubichler*, Dauerbrenner Halsschleudert trauma, ZVR 2009, 321; *Eschelbach/Geipel*, Beweis- und Zu rechnungsfragen bei der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit durch Verkehrsunfälle mit Blick auf HWS-Distorsionen, NZV 2010, 481.

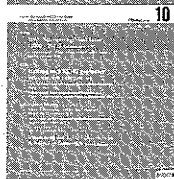
Links:

www.have.ch

→ Literatur-Tipp



Danzl, HWS-Schmerzensgeldjudikatur (2000 – 2011), ZVR 2011, 312



MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100
Fax: (01) 531 61-455
E-Mail: bestellen@manz.at
Besuchen Sie unseren Webshop unter
www.manz.at

Sicherheitsabstand und Drängeln – Überwachung und Sanktionen

Ein rechtlicher Überblick über die Rechtsquellen und Sanktionen eines der häufigsten Delikte auf Autobahnen.

Von **Martin Hoffer**

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Begriffe
 1. Der Auffahrunfall
 2. Unterschreiten des Sicherheitsabstands als Verwaltungsstraftatbestand
 3. „Drängeln“
- C. Rechtliche Grundlagen
 1. Gesetzliche Vorschriften zum richtigen Sicherheitsabstand beim Hintereinanderfahren
 2. Rechtsprechung zum vorschriftsmäßigen Abstand
 - a) Judikatur zur Vorhersehbarkeit (Auffahrunfall)
 - b) Ausmaß des erforderlichen Sicherheitsabstands
 - c) Hintereinanderfahren nicht in der gleichen „Fahrspur“
 - d) Abstandsdiebstahl
 - e) Hintereinanderfahren von Motorrädern
 3. Verkehrsüberwachung
 4. Sanktionen
 - a) Abstand von mehr als 0,4 Sekunden

- b) Abstand von 0,2 oder mehr, aber weniger als 0,4 Sekunden
- c) Abstand von weniger als 0,2 Sekunden
- d) „Drängeln“
5. Tipps für das Rechtsmittel
6. Konsequenzen

A. Einleitung

Da im ersten Teil des Panels „Straßenverkehr“ von *Huber*¹⁾ sehr ausführlich auf die schadenersatzrechtlichen Folgen des Auffahrunfalls eingegangen wurde, erschien es den Veranstaltern des Verkehrsrechtstags zweckmäßig, sowohl die öffentlich-rechtlichen Sanktionen des zu knappen Auffahrens bzw zu kurzen Sicherheitsabstands zu beleuchten als auch sich mit praktischen Aspekten der Verkehrsüberwachung zu befassen. Letztere Thematik wurde von *Schmidhuber*²⁾ beleuchtet. →

1) *Ch. Huber*, Ersatzfähigkeit von HWS-Schäden bei Auffahrunfällen – in Österreich und im deutschsprachigen Ausland, ZVR 2011, 423 (in diesem Heft).

2) *Schmidhuber* (BPD Salzburg), Der digitale Tachograph – Manipulation und Täuschungshandlungen, Tagungsbericht ZVR 2011, 421 (in diesem Heft).

ZVR 2011/260

§ 18 StVO;
§ 30 a FSG

Hinter-
einanderfahren;
Sicherheits-
abstand;
Vormerkdelikt