



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz hat als Berufungsgericht durch die Richter Hofrat Mag. Wlattnig (Vorsitz), Mag. Scheuerer und die Richterin Dr.ⁱⁿ Meier in der Rechtssache der Klägerin [REDACTED]

[REDACTED] vertreten durch die Brauneis Klauser Prändl Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen die Beklagte **Eurogine S.L.**, Carrer de Raurell 21-29 Nave 3, P.I. Cami Ral, 08860 Castelldefels, Barcelona, Spanien, vertreten (nun) durch Mag. Clemens Haller, Rechtsanwalt in Feldkirch, wegen eingeschränkt EUR 6.233,20 s.A. über die Berufung der Klägerin (Entscheidungsgegenstand: EUR 4.850,00) und die Berufung der Beklagten (Entscheidungsgegenstand: EUR 1.158,52) gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Fürstenfeld vom 22.04.2022, 25 C 132/21g-56, in nicht öffentlicher Sitzung beschlossen (I.) und zu Recht erkannt (II.):

- I. Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung am 18.08.2022 vorgelegte Urkunde (Medienbericht vom 15.08.2022) wird **zurückgewiesen**.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof ist jedenfalls unzulässig (§ 519 ZPO).

- II. Der Berufung der Beklagten wird zur Gänze, der Berufung der Klägerin wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil, das in Ansehung des Zuspruchs von EUR 224,68 samt Zinsen als unbekämpft in Rechtskraft erwachsen unberührt bleibt, wird im Übrigen abgeändert, dass es insgesamt wie folgt lautet:

„Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin EUR 2.574,68 samt 4 % Zinsen seit 03.03.2021 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu zahlen.

Das Mehrbegehren, die Beklagte sei schuldig, der Klägerin binnen 14 Tagen weitere EUR 3.658,52 samt 4 % Zinsen seit 03.03.2021 zu zahlen, wird abgewiesen.

Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin binnen 14 Tagen die mit EUR 2.752,46 (darin EUR 258,93 an USt und EUR 1.198,84 an Ust-freien Barauslagen) bestimmten anteiligen Verfahrenskosten erster Instanz zu ersetzen.“

Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin binnen 14 Tagen die mit EUR 210,81 (darin USt: EUR 10,13; Barauslagen: EUR 150,00) bestimmten anteiligen Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen.

Die ordentliche Revision ist zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die **Klägerin** beehrte von der Beklagten zuletzt Schadenersatz von EUR 6.233,20 samt Anhang. Zu Verhütungszwecken habe sie eine von der Beklagten hergestellte Verhütungsspirale der Bezeichnung „Gold T“ verwendet. Bei der Extraktion der Spirale im September 2020 habe die Gynäkologin festgestellt, dass ein Seitenarm der T-förmigen Spirale abgebrochen und der andere Arm eingerissen sei. Der abgebrochene Arm sei im Körper der Klägerin verblieben, bis er schließlich am 13.11.2020 in einer Privatklinik operativ entfernt worden sei. Zuvor sei mehrfach erfolglos versucht worden, die Spirale „auf natürlichem Weg“ zu bergen. Die Klägerin habe an körperlichen und seelischen Schmerzen gelitten und begehre Schmerzensgeld in Höhe von EUR 5.000,00 sowie den Ersatz ihrer Heilungskosten (EUR 1.034,62), Fahrtkostenersatz (EUR 148,58) und pauschaler Unkosten (EUR 50,00). Der Beklagten sei seit Februar 2018 bekannt gewesen, dass viele Chargen von einem Produktionsfehler aufgrund fehlerhafter Materialzusammensetzung betroffen seien und dass es bei der Entfernung der Verhütungsspirale, aber auch spontan, zum Bruch des Seitenarms kommen könne; sie habe nicht alle zur Verfügung stehenden und gebotenen Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Schäden ergriffen und erst im

Oktober 2019 in Veröffentlichungen auf Spontanbrüche hingewiesen.

Die **Beklagte** bestritt, beantragte die Klageabweisung und wandte – soweit im Berufungsverfahren noch relevant – ein, dass die geltend gemachten Schadenersatzansprüche weit überhöht seien. Eine Behandlung in der Privatklinik sei nicht notwendig gewesen, zumal eine solche in einer öffentlichen Krankenanstalt ausreichend gewesen wäre.

Mit dem angefochtenen **Urteil** gab das Erstgericht dem Klagebegehren im Umfang von EUR 1.383,20 samt 4% Zinsen seit 03.03.2021 statt und wies das Mehrbegehren von EUR 4.850,00 samt Zinsen ab. Es traf im Urteil, Seiten 5 bis 8, seine Feststellungen, die wie folgt lauten (die angefochtenen Feststellungen werden gekennzeichnet und in Fett gehalten):

Zum Sachverhalt:

Die Beklagte ist Herstellerin von Medizinprodukten. Sie stellt ua die Intrauterinpressare (kurz: IUP) mit den Produktbezeichnungen Ancora, Novaplus und Gold T (im Folgenden auch: „Spirale“) her. Diese dienen der Empfängnisverhütung bei Frauen (Kontrazeption). Die Beklagte hatte ab Februar 2018 Kenntnis davon, dass es zunächst beim IUP Modell „Ancora“ (noch nicht beim klagsgegenständlichen Modell „Gold T“) zu erhöhten Brüchen bei der Extraktion gekommen ist.

Die Beklagte vertreibt die von ihr hergestellten Medizinprodukte – darunter auch Verhütungsspiralen, ua die Gold T-Spirale – in Österreich hauptsächlich über niedergelassene Gynäkologen, Apotheken oder ihre Distributorin. Bei einigen Chargen dieser Spirale erfolgte die Dispergierung des Ausgangsmaterials nicht in der korrekten Form, wodurch vermehrt Brüche der Spirale auftraten. Die Beklagte war bereits seit Ende 2017 in Kenntnis von Problemen bzw. erhöhten Brüchen der von ihr hergestellten Verhütungsspirale „Ancora“; seit Februar 2018 waren ihr Brüche der Verhütungsspirale „Gold T“ bekannt. Die Beklagte reagierte insofern darauf, als sie einen Vorhabensbericht an die spanische Gesundheitsbehörde weiterleitete, die empfahl, jene Chargennummern vom Markt zu nehmen, die von den Brüchen betroffen sind. Im Frühjahr 2018 leitete die spanische Gesundheitsbehörde die Warnmeldung der beklagten Partei an die jeweiligen nationalen Behörden der davon betroffenen Länder, ua auch Österreich, weiter. Zur selben Zeit informierte die Beklagte ua ihre in Österreich von 2013 bis Sommer 2019 als Generaldistributorin tätige Vertriebspartnerin, die Angelini Pharma Österreich GmbH, davon, dass sämtliche betroffenen Chargen vom Markt zu nehmen bzw. zurückzuholen und durch neue zu ersetzen seien. Verhütungsspiralen, die bereits bei Frauen gelegt waren, betraf diese Rückholaktion nicht. Seit September 2019 war die Beklagte in Kenntnis davon, dass es auch zu Brüchen von ihr hergestellter Spiralen in situ gekommen ist.

Am 05.11.2015 wurde der Klägerin eine (von der Beklagten hergestellte) Spirale („Gold T“

Eurogine REF 01040100 IFN 2014433), die mit dem Mangel am Ausgangsmaterial behaftet war, durch ihre Gynäkologin eingesetzt. Es war das zweite Mal, dass der Klägerin eine Kupferspirale „Gold T“ der Beklagten eingesetzt wurde; die erste Spirale verblieb von 2010 bis 2015 im Körper der Klägerin und wurde am 05.11.2015 gegen eine neue Spirale „Gold T“ der Beklagten getauscht. Im Jahr 2015 war der Kinderwunsch der Klägerin abgeschlossen. Sie wollte eine wirksame Verhütungsmethode. Die nachfolgenden Lagekontrollen durch ihre Gynäkologin verliefen ohne Auffälligkeiten. Da die Wirkungsdauer der Spirale auf fünf Jahre ausgelegt ist, beabsichtigte die Klägerin die Spirale im Herbst 2020 wechseln zu lassen. Dazu begab sie sich am 15.09.2020 zur Kontrolluntersuchung bei ihrer Frauenärztin. Dabei wurde festgestellt, dass die Spirale sich in einer Schiefelage befand. Aufgrund dessen wurde ein Termin für die Entfernung bzw. den Austausch der Spirale vereinbart. Die Verhütungswirkung war durch die Dislozierung der Spirale deutlich herabgesetzt. Am 21.09.2020 stellte die Gynäkologin fest, dass ein Seitenärmchen der Spirale eingerissen und das andere abgerissen war. Dieses Seitenärmchen verblieb nach Entfernung der Spirale in der Gebärmutter der Klägerin und konnte auch mittels Faszange nicht geborgen werden. Die Gynäkologin empfahl der Klägerin, vorerst eine Regelblutung abzuwarten, ob das Ärmchen von alleine abgehen würde. Das Ärmchen verblieb jedoch im Körper der Klägerin. Am 08.10.2020 wurde im Zuge einer Kontrolluntersuchung durch die Frauenärztin versucht, das Ärmchen mittels Faszange zu bergen, was jedoch erfolglos blieb. Dieser Eingriff war mit erheblichen Schmerzen für die Klägerin verbunden. Die Gynäkologin empfahl der Klägerin die Einnahme eines Hormonpräparates und vorerst wiederum eine Regelblutung abzuwarten und bei Erfolglosigkeit mittels operativem Eingriff das abgerissene Ärmchen zu entfernen. Auch dieser Versuch blieb erfolglos. **Aufgrund der aktuellen Corona-Situation in den öffentlichen Krankenanstalten (nicht lebensnotwendige Operationstermine wurden im Herbst/Winter 2020 um viele Wochen/Monate verschoben) entschied sich die Klägerin dafür, den operativen Eingriff (Entfernung des Ärmchens) in einer Privatklinik durchführen zu lassen [F 1].** Am 13.11.2020 wurde dort das Ärmchen operativ unter Narkose entfernt. **Die Klägerin stand während der Wochen der Ungewissheit über das selbstständige Abgehen des abgebrochenen Ärmchens unter großem seelischen Druck und war nach der Operation am 13.11.2020 erleichtert, dass der Fremdkörper aus ihrem Körper entfernt werden konnte. Die Klägerin musste während dieses Zeitraumes auch anderweitig verhüten, was für sie ebenfalls belastend war [F 2].**

Zwischen 2015 und 2020 wurde der Klägerin keine andere Spirale eingesetzt.

Die Gynäkologin der Klägerin erfuhr erstmals durch Medienberichte im Jahr 2019 von Problemen mit Spiralen der Beklagten, insbesondere, dass es zu vermehrten Brüchen von Spiralen gekommen war. Konkret wurde sie mit Schreiben vom 30.09.2020 erstmals seitens der Österreichischen Ärztekammer darüber in Kenntnis gesetzt, dass bestimmte Chargennummern betroffen waren und wie die Vorgangsweise bei Brüchen von derartigen Spiralen der Beklagten ist. Die Frauenärztin der Klägerin bezieht ihre Verhütungsspiralen nicht über eine Distributorin der

Beklagten, sondern ausschließlich von einer Apotheke. Eine Kontaktaufnahme bzw. Information über vermehrte Brüche seitens der Apotheke, von der sie die Verhütungsspiralen bezieht, erfolgte ebenfalls nicht. Die Gynäkologin der Klägerin bezieht Kupferspiralen – so auch jene, die der Klägerin im Jahr 2015 gelegt wurde – ausschließlich von der Beklagten.

Vom äußeren Erscheinungsbild handelt es sich bei der gegenständlichen Spirale um eine Eurogine Gold-T. Von der Spirale sind beide Arme abgebrochen, wobei ein Arm vorhanden ist, ein Arm fehlt. Die Ursache für die abgebrochenen Arme ist nicht erkennbar. Es zählt nicht zum allgemeinen Risiko, dass Spiralen bei der Extraktion brechen können. Brüche von Spiralen waren bis zu den mittlerweile bekannten Problemen mit Spiralen der beklagten Partei sehr selten. Eine grobe Krafteinwirkung auf die Spirale von außen ist nicht möglich. Das Risiko für ein Verrutschen nach Bruch eines Seitenarms ist sicherlich erhöht. Bei Dislozierung der Spirale ist die Verhütungswirkung nicht mehr gesichert. Dislozierte Spiralen müssen entfernt/gewechselt werden. Ein Fremdkörper in der Gebärmutter kann Infektionen begünstigen. Bei weiterem Verbleib des Fremdkörpers in der Gebärmutter ist eine operative Entfernung zu empfehlen. Nach einer normalen Regelblutung und einer hormonell verstärkten Regelblutung ist es jedoch unwahrscheinlich, dass ein weiteres Zuwarten zu einem baldigen Ausstoßen des Spiralenarmes geführt hätte. Komplikationen werden wahrscheinlicher je länger mit der Entfernung des Seitenarms zugewartet wird. Die Schmerzen der Klägerin vom 21.09.2020 (Extraktionsversuch mit der Faszange) und vom 08.10.2020 (neuerlicher Extraktionsversuch mit der Faszange) sind auf die gebrochene Spirale zurückzuführen. Im Jahr 2020 bestand die Situation, dass bedingt durch Belastungen durch das Corona-Virus und Covid-Erkrankungen an einzelnen Abteilungen Einschränkungen für elektive Eingriffe vorherrschten, gefolgt von Phasen des Aufarbeitens der verschobenen Patienten, was wiederum Wartezeiten verlängert hat.

Die Klägerin erlitt durch die gebrochene Spirale zusätzliche Schmerzen, insgesamt: 3 Stunden starke Schmerzen, 4 Stunden mittelstarke Schmerzen und 14 Stunden leichte Schmerzen. Davon inkludiert ist das Schmerzgeschehen, das die Klägerin beim alleinigen Legen einer neuen Spirale erlitten hätte: 1 Stunde starke Schmerzen, 1 Stunde mittelstarke Schmerzen und 3 Stunden leichte Schmerzen [F 3].

Zum Zeitpunkt der gutachterlichen Untersuchung lagen keine Spätfolgen vor. Diese sind auch künftig nicht zu erwarten.

Zur Höhe:

Die Extraktion in der Privatklinik verursachte der Klägerin Kosten in Höhe von gesamt EUR 1.034,62. An Fahrtkosten für diverse Wege zur/von der Frauenärztin, Privatklinik etc. hatte die Klägerin Aufwendungen in Höhe von EUR 148,58. Für diverse Wege, Telefonate etc. entstanden der Klägerin pauschale Unkosten in Höhe von EUR 50,00.

Rechtlich gelangte das Erstgericht in Beurteilung dieses Sachverhalts zum Ergebnis,

die Beklagte als Herstellerin der den Schaden verursachenden Verhütungsspirale hafte für die dadurch entstandenen Schäden der Klägerin. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt sei „unter Berücksichtigung einer psychischen Alteration“ ein Schmerzensgeld in Höhe von EUR 150,00 (§ 273 ZPO) angemessen. Die Klägerin habe weiters Anspruch auf Ersatz der von ihr getragenen Heilungskosten in Höhe von EUR 1.034,62 und Fahrtkosten in Höhe von EUR 148,58 und auf pauschale Unkosten in Höhe von EUR 50,00.

Gegen den abweisenden Teil des Urteils richtet sich die **Berufung der Klägerin** aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, der Klage zur Gänze stattzugeben. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Gegen einen Zuspruch von EUR 1.158,52 samt Zinsen richtet sich die **Berufung der Beklagten** aus dem Berufungsgrund der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, das Klagebegehren auch hinsichtlich dieses Betrages abzuweisen; hilfsweise wird in diesem Umfang ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Streitteile erstatten jeweils eine Berufungsbeantwortung mit dem Antrag, der Berufung des Gegners je keine Folge zu geben.

Über die Berufungen konnte gemäß § 480 Abs 1 ZPO in nicht öffentlicher Sitzung entschieden werden. Die Berufung der Klägerin ist teilweise, jene der Beklagten zur Gänze berechtigt.

I. Die erstmalige Vorlage von Urkunden im Berufungsverfahren verstößt gegen das Neuerungsverbot. Gemäß § 482 Abs 2 ZPO dürfen Tatumstände und Beweise, die nach dem Inhalt des Urteils und der Prozessakten in erster Instanz nicht vorgekommen sind, von den Parteien im Berufungsverfahren nur zur Dartuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe der Nichtigkeit oder der Mangelhaftigkeit des Verfahrens vorgebracht werden (RS0041812 [T1, T2]), was hier nicht der Fall ist. Eine Erweiterung der Beweisgrundlage für den Tatsachenbereich ist im Rechtsmittelverfahren hingegen ausgeschlossen (RS0041812 [T5]). Die von der Klägerin nach Vorlage des Aktes an das Berufungsgericht vorgelegte Urkunde ist daher zurückzuweisen.

Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof ist jedenfalls unzulässig (§ 519 ZPO).

II. A. Zur Berufung der Klägerin:

1. Zur Mängelrüge:

1.1. Die Anwendung des § 273 ZPO zur Bemessung des Schmerzensgeldes begründet keinen Verfahrensmangel. Das Schmerzensgeld kann nur nach § 273 ZPO, unter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles, der körperlichen und seelischen Schmerzen sowie der Art und Schwere der Verletzung, nach freier Überzeugung des Richters festgesetzt werden (RS0031415; *Rechberger in Fasching/Konecny*³ III/1 § 273 ZPO Rz 5 mwN). Ob das Ergebnis der Anwendung des § 273 ZPO korrekturbedürftig ist, ist im Rahmen der Erledigung der Rechtsrüge zu überprüfen (RS0040341).

1.2. Als Stoffsammlungsmangel rügt die Klägerin, dass kein Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiet der Psychiatrie eingeholt wurde, und bringt dazu vor, bei Einholung eines derartigen Gutachtens hätte das Erstgericht Tatsachenfeststellungen getroffen, aufgrund derer es in Berücksichtigung der wochenlangen seelischen Schmerzen und Beeinträchtigungen des Wohlbefindens der Klägerin das begehrte Schmerzensgeld zugesprochen hätte.

Dass die behaupteten seelischen Belastungen der Klägerin Krankheitswert erreichen und/oder zu psychischen Beschwerden mit Krankheitswert führten, wird von der Klägerin nicht behauptet. Damit ist auch die Einholung eines neurologisch-psychiatrischen Gutachtens obsolet. Die mit den Eingriffen bzw. dem Verbleib des Armes der Spirale in ihrem Körper bei der Klägerin verbundene seelische Beeinträchtigung ist im Rahmen der Globalbemessung des Schmerzensgeldes nach § 273 ZPO zu berücksichtigen. Der behauptete Verfahrensmangel liegt nicht vor.

2. Zur Tatsachenrüge:

2.1. Die Klägerin bekämpft die als **[F 3]** gekennzeichneten, vom Erstgericht festgestellten Schmerzperioden und begehrt stattdessen die Ersatzfeststellung, dass sie infolge des Spiralenbruchs an „zusätzlichen“ Schmerzen im Ausmaß von ca. 5 Tagen starken Schmerzen, ca. 10 Tagen mittelstarken Schmerzen und ca. 10 Tagen leichten Schmerzen gelitten habe.

Begründend führt sie aus, die Tatsachenfeststellungen, was Art und Dauer der

Schmerzen betreffe, stünden in einem diametralen Gegensatz zu ihrem Vorbringen und den Ergebnissen des Beweisverfahrens. Die Feststellung werde ausschließlich aus dem Gutachten des Sachverständigen abgeleitet, diese Vorgehensweise greife jedoch zu kurz, zumal der Sachverständige offengelegt habe, dass die von ihm dargelegten Schmerzperioden nur die körperlichen Schmerzen, die mit bestimmten Eingriffen verbunden gewesen seien, umfassten; nicht berücksichtigt worden seien die psychische Belastung und die Beeinträchtigung des Wohlbefindens der Klägerin. Bei korrekter Feststellung von Art und Dauer der Schmerzperioden hätte das Erstgericht den von der Klägerin begehrten Schmerzensgeldbetrag zugesprochen. Als Beweismittel, das die begehrten Feststellungen tragen solle, wird auf die Aussage der Klägerin in ON 28, Seite 4 ff, verwiesen.

2.2. Der Rechtsmittelwerber muss, um die Beweisrüge im Sinne der ständigen Rechtsprechung „gesetzmäßig“ auszuführen, angeben (zumindest deutlich zum Ausdruck bringen), a) welche konkrete Feststellung bekämpft wird, b) infolge welcher unrichtigen Beweiswürdigung sie getroffen wurde, c) welche Feststellung begehrt wird und d) aufgrund welcher Beweisergebnisse und Erwägungen diese beehrte Feststellung zu treffen gewesen wäre (*Kodek in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 471 Rz 15; RS0041835). Es genügt daher nicht, den bekämpften Feststellungen bloß Gegenbehauptungen entgegenzuhalten oder einzelne für den eigenen Standpunkt sprechende Beweisergebnisse aufzuzeigen (stRsp; RS0041830; 5 Ob 201/18x und 7 Ob 253/10x mwN; SVSlg 39.554 [OLG Wien] uva). Vielmehr hat sich der Rechtsmittelwerber konkret mit der Beweiswürdigung des Erstgerichtes zu befassen und darzulegen, warum die in der Berufung angeführten Beweisergebnisse glaubwürdiger sein sollen und die darauf aufbauenden Ersatzfeststellungen eine höhere Wahrscheinlichkeit für sich beanspruchen können. Ohne diese kritische Auseinandersetzung mit der gesamten Beweislage kann die Beweiswürdigung nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüft werden (stRsp; zB OLG Graz, 5 R 169/19b, 5 R 149/19z, 5 R 113/19f und 5 R 11/19f mwN).

2.3. Bedenken an den erstgerichtlichen Feststellungen zu den Schmerzperioden werden im Rahmen der Berufung nicht erzeugt. Das Erstgericht stützte seine Feststellungen auf das Gutachten des Sachverständigen und übernahm die dort ausgewiesenen Schmerzperioden betreffend die körperlichen Schmerzen. Den gutachterlichen Einschätzungen des Sachverständigen setzt die Klägerin in ihrer

Berufung substantiell auch gar nichts entgegen, sie betont nur mehrfach, dass der Sachverständige ausschließlich die körperlichen Schmerzen der Klägerin berücksichtigt hat, nicht jedoch deren psychische Beeinträchtigungen. Dies ist auf Basis der Aktenlage ohnehin nicht strittig und war es auch gar nicht Teil des Gutachtensauftrages an den gynäkologischen Sachverständigen, Aussagen zu den seelischen Belastungen der Klägerin zu machen, sondern die von ihr durch die gebrochene Spirale erlittenen Schmerzen darzulegen, wobei sich der Gutachtensauftrag (ON 33) klar auf die körperlichen Schmerzen der Klägerin bezog.

Die Klägerin setzt also den Feststellungen zu den mit den Eingriffen für die Klägerin verbundenen körperlichen Schmerzen in ihrer Berufung nichts entgegen, insofern ist die Tatsachenrüge nicht gesetzmäßig ausgeführt. Tatsächlich zielt sie mit ihren Ausführungen darauf ab, die Schmerzperioden um die behaupteten psychischen Belastungen und Beeinträchtigungen ihres Wohlbefindens auf die gewünschte Dauer zu erweitern, begehrt also zusätzlich zu den ohnehin festgestellten Schmerzen die Feststellung von Schmerzen in höherem Ausmaß. In diesem Zusammenhang ist sie aber darauf zu verweisen, dass die Bemessung von Schmerzensgeld nicht nach starren Regeln aufgrund festgestellter Schmerzperioden erfolgt, sondern jede Verletzung in ihrer Gesamtauswirkung nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zu betrachten ist; es ist nicht erforderlich, seelische Belastungen im Rahmen von Schmerzperioden nach Tagen oder Stunden festzusetzen (vgl. RS0125618 uvm). Feststellungen zu den seelischen Belastungen der Klägerin wurden auf Basis der Aussage der Klägerin ohnehin getroffen (insbesondere Urteilsseite 7, am Ende des ersten Absatzes), weitergehende körperliche Schmerzen in dem begehrten Ausmaß schilderte die Klägerin nicht.

2.4. Die bekämpfte Feststellung ist auch nicht aktenwidrig. Aktenwidrigkeit liegt vor, wenn der Inhalt einer Urkunde, eines Protokolls oder eines sonstigen Aktenstückes unrichtig wiedergegeben und infolgedessen ein fehlerhaftes Sachverhaltsbild der rechtlichen Beurteilung unterzogen wurde, somit dem Gericht bei der Darstellung der Beweisergebnisse ein Irrtum unterlief, der aus den Akten erkennbar und wesentlich ist (RS0043347). Derartiges behauptet die Klägerin nicht einmal, die eine Aktenwidrigkeit darin erblickt, dass das Erstgericht „möglicherweise“ irrtümlich davon ausgegangen sei, dass der gynäkologische Sachverständige auch die seelischen Belastungen der Klägerin bei der Ausmittlung der Schmerzperioden berücksichtigt habe.

2.5. Mit den weiteren Ausführungen im Rahmen der Tatsachenrüge moniert die Klägerin fehlende Feststellungen zu Schmerzen infolge der Einnahme eines Hormonpräparats zur Verstärkung der Regelblutung, sowie zu Schmerzen infolge des operativen Eingriffs am 13.11.2020. Dabei handelt es sich in Wahrheit um die Rüge von Feststellungsmängeln, die im Rahmen der Erledigung der Rechtsrüge behandelt wird.

2.6. Das Berufungsgericht übernimmt aus diesem Grund die von der Klägerin bekämpfte Feststellung und legt sie als Ergebnis eines mängelfreien Verfahrens seiner eigenen Entscheidung zugrunde (§ 498 Abs 1 ZPO).

3. Bevor auf die Rechtsrüge der Klägerin eingegangen wird, ist die von der Beklagten in ihrer Berufungsbeantwortung erhobene Tatsachenrüge zu behandeln, weil die Beklagte damit die Feststellungen zu den seelischen Beeinträchtigungen der Klägerin bekämpft.

Im Rahmen ihrer Berufungsbeantwortung bekämpft die Beklagte die als **[F 2]** gekennzeichnete Feststellung zum seelischen Druck der Klägerin und ihre wegen der erforderlichen Verhütung bestehende Belastung als überschießend, mit der Behauptung, sie sei nicht durch das Vorbringen der Klägerin gedeckt. Hilfsweise werde nachfolgende Ersatzfeststellung begehrt: *„Die Klägerin musste zwischen 21.09.2020 und 13.11.2020 anderweitig verhüten. Es kann nicht festgestellt werden, dass eine große seelische Belastung in diesem Zeitraum bestand. Die Klägerin war nach der Operation am 13.11.2022 erleichtert, dass der Fremdkörper aus ihrem Körper entfernt wurde.“*

Die bekämpfte Feststellung ist durch das Vorbringen der Klägerin gedeckt, die zur Begründung ihres Schmerzengeldbegehrens mehrfach auf seelische Schmerzen und Belastungen infolge der Mitteilung über den Bruch der Spirale am 21.09.2020 und die deswegen erforderlichen Behandlungsschritte verwies. Bei der Beurteilung, ob es sich um eine unzulässige überschießende Feststellung handelt, ist nicht darauf abzustellen, ob sich der vom Erstgericht getroffene Sachverhalt wörtlich mit den Parteienbehauptungen deckt, sondern nur zu prüfen, ob sich die Feststellungen im Rahmen des geltend gemachten Klagegrundes oder der erhobenen Einwendungen halten (zuletzt 6 Ob 64/22p; RS0037972 [T15]). Die Feststellung ist auch durch die vorliegenden Beweisergebnisse gedeckt, weil die Klägerin entsprechende Belastungen im Rahmen ihrer Parteieneinvernahme schilderte.

Das Berufungsgericht übernimmt daher auch diese Feststellungen des Erstgerichts als unbedenklich und legt sie seiner Entscheidung zugrunde (§ 498 Abs 1 ZPO).

4. Zur Rechtsrüge:

4.1. Im Rahmen der Rechtsrüge kritisiert die Klägerin fehlende Tatsachenfeststellungen zu Schmerzen infolge der Einnahme eines Hormonpräparats zur Verstärkung der Regelblutung (i), zu Schmerzen infolge des operativen Eingriffs am 13.11.2020 und den damit verbundenen Einschränkungen (ii), zu Schmerzen, die über die vom Sachverständigen in seinem Gutachten festgestellten Schmerzperioden hinausgehen (iii), zu möglichen Komplikationen eines Spiralenbruchs (iv) sowie zu Schmerzperioden aufgrund der seelischen und psychischen Belastung und wochenlangen Beeinträchtigung des Wohlbefindens der Klägerin (v).

Ein sekundärer Feststellungsmangel liegt vor, wenn Tatsachen fehlen, die für die rechtliche Beurteilung wesentlich sind, und dies Umstände betrifft, die nach dem Vorbringen der Parteien und den Ergebnissen des Verfahrens zu prüfen waren (RS0053317). Werden vom Erstgericht zu einem bestimmten Thema Feststellungen getroffen, so ist es ein Akt der Beweiswürdigung, wenn die von der Klägerin gewünschten (abweichenden) Feststellungen nicht getroffen werden.

Vorbringen zu den nun in der Rechtsrüge behaupteten, mit der Einnahme eines Hormonpräparats zur Verstärkung der Regelblutung verbundenen Nebenwirkungen (monatelang verstärkte Blutungen, Stimmungsschwankungen, vermehrtes Spannungsgefühl in der Brust und im Bauchraum) wurde in erster Instanz nicht erstattet. Die Aussage der Klägerin, sie hätte an Schweißausbrüchen und Stimmungsschwankungen gelitten und sei extrem gereizt gewesen (ON 28, PS 8), ersetzt entsprechendes Vorbringen nicht. Ein sekundärer Feststellungsmangel liegt nicht vor.

Auch dass die Klägerin nach dem operativen Eingriff am 13.11.2020 mehrere Tage Folgeschmerzen und circa zwei Wochen lang Einschränkungen des körperlichen und seelischen Wohlbefindens und des normalen Tagesablaufs erlitten habe, wurde in erster Instanz nicht vorgebracht. Auch insoweit liegt kein Feststellungsmangel vor. Hinzu kommt, dass zu dieser Thematik ohnehin Feststellungen getroffen wurden: Der Sachverständige wurde beauftragt, sämtliche bei der Klägerin durch die gebrochene Spirale verursachten Schmerzen darzulegen, auf Basis seines Gutachtens hat das

Erstgericht entsprechende Feststellungen getroffen. Liegen zu einem bestimmten Thema Feststellungen vor, ist es ein Akt der freien richterlichen Beweiswürdigung, dass keine weitergehenden Feststellungen oder andere, von den Parteien begehrte Feststellungen, getroffen werden.

Mit ihrem Vorbringen dazu, es fehle an Feststellungen zu den Schmerzen, die über die von Sachverständigen in seinem Gutachten festgestellten Schmerzperioden hinausgingen, zielt die Klägerin auf ergänzende Feststellungen zu behaupteten seelischen und psychischen Schmerzen ab. Auch insoweit wird kein sekundärer Feststellungsmangel aufgezeigt, das Erstgericht hat ohnehin Feststellungen zum großen seelischen Druck getroffen, unter dem die Klägerin stand. Die mit der Verletzung verbundene seelische Belastung ist nicht nach starren Regeln in Schmerzperioden zu fassen, sondern bei der Globalausmessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen (RS0125618; 3 Ob 9/21a, 9 Ob 9/22x uvm).

Die Klägerin rügt weiters, das Erstgericht habe es zu Unrecht unterlassen festzustellen, *„dass ein abgebrochener, möglicherweise scharfkantiger Plastikteil, der in der Gebärmutter schwerwiegende Folgen auslösen könne, etwa, dass die Gefahr bestehe, dass sich dieser Teil im Bereich des Muttermundes verkeilen könne“*. Auch dazu fehlt es wiederum an entsprechendem Vorbringen im Verfahren erster Instanz. Im Verfahren erster Instanz hat die Klägerin zunächst unsubstanziert behauptet, es seien mögliche Spät- und/oder Dauerfolgen zu befürchten (ON 1) und konkretisierte ihr Feststellungsinteresse später damit, dass die Beurteilung der Folgen der Kürettage noch nicht abschließend möglich sei (ON 18). Letztlich ließ sie ihr Feststellungsbegehren in der Tagsatzung vom 09.09.2021 fallen (ON 28). Vor diesem Hintergrund könnte die Relevanz der begehrten Tatsachenfeststellung nur darin liegen, dass damit weitere, bei der Schmerzensgeldbemessung zu berücksichtigende seelische Belastungen begründet werden sollten. Dazu, dass die Klägerin konkret aus diesen Gründen (scharfkantiger Plastikteil, der sich im Bereich des Muttermundes verkeilen kann) seelisches Ungemach erlitten hat, fehlt es aber in erster Instanz an Vorbringen. Auch insofern liegt daher kein Feststellungsmangel vor.

Schließlich liegt kein Feststellungsmangel zu Schmerzperioden aufgrund seelischer und psychischer Belastungen vor. Seelisches Ungemach, das mit einer Körperverletzung oder sonstigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen verbunden ist, ist vom Erstgericht im Rahmen der Globalbemessung des Schmerzensgeldes zu

berücksichtigen. Das Erstgericht hat festgestellt, in welchem Ausmaß körperliche Beschwerden bestanden und dass die Klägerin unter großem seelischen Druck stand und auch dadurch belastet war, dass sie anderweitig verhüten musste. Welche weitergehenden Feststellungen daneben, auf Basis der Einvernahmeergebnisse der Klägerin zu treffen wären, erhellt sich nicht und wird von der Klägerin im Rahmen ihrer Rechtsrüge nicht aufgezeigt.

Insgesamt vermag die Klägerin im Rahmen ihrer Berufung keine Feststellungsmängel aufzuzeigen.

4.2. Die gesetzmäßige Ausführung einer Rechtsrüge verlangt ein konkretes Vorbringen, warum die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts – strikt ausgehend vom festgestellten Sachverhalt – unrichtig sein soll. Entscheidend ist, dass der Berufungswerber streng am festgestellten Sachverhalt argumentiert und konkret vorbringt, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts unrichtig sein sollte und wie der Sachverhalt rechtlich richtig zu beurteilen ist. Ist die Rechtsrüge nicht gesetzmäßig ausgeführt, darf das Berufungsgericht die rechtliche Beurteilung nicht überprüfen (vgl. 4 Ob 74/21t, 4 Ob 185/21s).

4.3. Soweit die Klägerin auf Folgewirkungen der Operation vom 13.11.2020 verweist und ihrer Schmerzensgeldberechnung 5 Tage starke Schmerzen, 10 Tage mittelstarke Schmerzen und 10 Tage leichte Schmerzen zugrundelegt, geht sie nicht vom festgestellten Sachverhalt aus. Auch ihre Hinweise auf diverse Ausführungen des Sachverständigen im Rahmen der Gutachtenserörterung (zum Beispiel dazu, dass ein Spiralenarm scharfkantig sein könne) entfernen sich vom festgestellten Sachverhalt.

4.4. Die Klägerin strebt mit ihrer Rechtsrüge einen weiteren Schmerzensgeldanspruch von EUR 4.850,00 an, den das Erstgericht auf Basis des festgestellten Sachverhalts hätte zusprechen müssen.

Bei der Überprüfung, ob das Ergebnis der Anwendung des § 273 ZPO richtig ist, sind die für die Schadenshöhe maßgebenden Faktoren, zu denen die Tatsacheninstanzen Feststellungen treffen konnten, zugrunde zu legen (RS0040341). Die Bemessung des Schmerzensgeldes erfolgt nicht nach starren Regeln nach Art eines Tarifs für einzelne Tage aufgrund festgestellter Schmerzperioden, sondern jede Verletzung ist in ihrer Gesamtauswirkung nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zu betrachten und auf dieser Grundlage die Bemessung nach freier Überzeugung (§ 273 ZPO) als

Globalausmessung vorzunehmen (RS0125618; 5 Ob 202/20x; 1 Ob 130/18a; 3 Ob 9/21a). Die mit der Verletzung verbundene seelische Belastung (zum Beispiel das Bewusstsein eines Dauerschadens oder die Sorge um mögliche Komplikationen) ist bei der Globalbemessung zu berücksichtigen (ua 3 Ob 9/21a, 2 Ob 143/18w). Die gesonderte Bemessung des Schmerzensgeldes für die körperlichen und seelischen Schmerzen ist unzulässig (RS0031058); diese unterliegen der gemeinsamen Betrachtung; bestimmte Verletzungen und Folgeerscheinungen sind also nicht in Teilbeträge zu zerlegen (ua 2 Ob 24/19x, RS0031191; *Danzl*, Handbuch Schmerzensgeld [2019] Rz 3.35 mwN). Die Anwendung der Schmerzensgeldsätze nach Schmerztagen dient allgemein nur der Gleichmäßigkeit der Bemessung, Schmerzperioden können als Berechnungshilfe herangezogen werden (1 Ob 130/18a). Das Schmerzensgeld ist nicht zu knapp zu bemessen (ua 1 Ob 130/18a).

Gemäß § 1325 ABGB ist ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld zuzuerkennen. Unter einer „Verletzung an dem Körper“ im Sinne des § 1325 ABGB ist jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder seelischen Gesundheit und Unversehrtheit zu verstehen (RS0030792). Eine äußerlich sichtbare Körperverletzung muss nicht vorliegen (RS0030792, RS0031087). Seelische Schmerzen sind auch ohne gesonderte Behauptung zu berücksichtigen, wenn nach Lage des Falls mit seelischen Schmerzen zu rechnen ist, etwa bei einer nachvollziehbaren länger dauernden Ungewissheit (2 Ob 51/88) oder Sorge wegen späterer Komplikationen (2 Ob 101/05z). Dabei kommt es für die Ausgleichsfähigkeit weder auf das Vorliegen eines eigenständigen Leidenszustands von Krankheitswert noch einer ärztlichen Behandlungsbedürftigkeit an (4 Ob 48/16m).

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass der Eingriff vom 08.10.2020 für die Klägerin mit erheblichen Schmerzen verbunden war und sämtliche Versuche, ein selbständiges Abgehen des abgebrochenen Ärmchens zu erwirken, erfolglos verliefen; weiters, dass die bei den Extraktionsversuchen mit der Fasszange erlittenen Schmerzen auf die gebrochene Spirale zurückzuführen sind. An körperlichen Schmerzen erlitt die Klägerin insgesamt 3 Stunden starke, 4 Stunden mittelstarke und 14 Stunden leichte Schmerzen, wobei das Schmerzgeschehen inkludiert ist, das beim alleinigen Legen einer neuen Spirale entstanden wäre (1 Stunde starke, 1 Stunde mittelstarke und 3 Stunden leichte Schmerzen). Es steht weiters fest, dass die

Klägerin während der Wochen der Ungewissheit über das selbständige Abgehen des Ärmchens (wobei sie am 15.09.2020 erfuhr, dass sich die Spirale in einer Schiefelage befindet und am 21.09.2020, dass ein Seitenärmchen eingerissen und eines abgerissen war, und am 13.11.2020 die operative Entfernung erfolgte) unter großem seelischen Druck stand und während dieses Zeitraums anderweitig verhüten musste, was für sie ebenfalls belastend war. Es steht auch fest, dass ein Fremdkörper in der Gebärmutter Infektionen begünstigen kann und Infektionen wahrscheinlicher werden, je länger mit der Entfernung des Seitenarms zugewartet wird.

Auf Grundlage dieses Sachverhalts hat das Erstgericht – offenbar nur anhand der vom Sachverständigen festgelegten Schmerzperioden – das Schmerzensgeld mit EUR 150,00 festgesetzt. Dabei hat es die festgestellten und nach allgemeiner Lebenserfahrung auch nachvollziehbaren seelischen Beschwerden der Klägerin, die aufgrund eines Materialfehlers mit einem abgebrochenen Fremdkörper im ihrem Körper konfrontiert war, aber nicht gehörig berücksichtigt. Das Berufungsgericht erachtet unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zur Abgeltung des Unbills, das die Klägerin zu erdulden hatte, hier ein Schmerzensgeld von insgesamt EUR 2.500,00 für angemessen.

Daraus folgt, dass die Berufung der Klägerin teilweise erfolgreich ist. Unter Berücksichtigung des bereits erfolgten Zuspruchs von EUR 150,00 an Schmerzensgeld ergibt sich aus diesem Titel ein weiterer Zuspruch von EUR 2.350,00.

B. Zur Berufung der Beklagten:

1. Zur Rechtsrüge:

1.1. Die Beklagte bekämpft den Zuspruch des Mehraufwands für die Konsultierung einer Privatklinik. Sie verweist darauf, die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Privatklinik lägen nicht vor und rügt in diesem Zusammenhang sekundäre Feststellungsmängel.

1.2. Nach Rechtsprechung und Lehre gehört zu den zu ersetzenden Heilungskosten jeder Aufwand, der zweckmäßig zur gänzlichen oder teilweisen Heilung erforderlich ist. Die Kosten einer höheren Gebührenklasse des Krankenhauses oder die Kosten einer privaten Krankenbehandlung sind dann zu ersetzen, wenn die Maßnahmen vom medizinischen Standpunkt aus gesehen notwendig erscheinen oder wenigstens ein günstigeres Behandlungsergebnis erwarten lassen (10 Ob 24/05k), bzw. wenn eine

Behandlung in einem öffentlichen Krankenhaus zu keiner Besserung der Beschwerden führt; es ist dann verständlich und auch objektiv zweckmäßig, dass sich der Verletzte an einen Privatarzt, insbesondere einen Spezialisten wendet (RS0120033). Es wird dem Geschädigten auch nicht verwehrt, eine schwierige Operation von einem Arzt seines Vertrauens durchführen zu lassen, bei dem er wegen dessen Kenntnissen und Erfahrung auf einen optimalen Erfolg vertrauen kann (RS0030435). Die Kosten des Aufenthalts und der Behandlung in einer Privatklinik wurden aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls zum Beispiel als ersatzfähige Kosten beurteilt, nachdem die dortige Klägerin in einem öffentlichen Krankenhaus nicht der objektiven Sorgfalt entsprechend operativ behandelt wurde, welches sie dennoch längere Zeit zu Therapiezwecken aufsuchte, und sich dann entschied, die objektiv fehlerhafte Behandlung in der Privatklinik korrigieren zu lassen (10 Ob 24/05k). Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kommt der Ersatz höherer Kosten allenfalls dann in Betracht, wenn dies der sonstigen Lebenshaltung des Verletzten entspricht (2 Ob 284/01f; RS0030610; RS0003674).

1.3. Die Voraussetzungen für den Ersatz der Mehrkosten durch die Konsultierung der Privatklinik (EUR 1.034,62 an Heilungskosten sowie Fahrtkosten in Höhe von EUR 63,42 und EUR 60,48) liegen nach dem festgestellten Sachverhalt nicht vor.

Das Erstgericht begründet den Zuspruch dieser Heilungskosten damit, es sei der Klägerin nicht „anzulasten“, sich nicht in eine öffentliche Krankenanstalt begeben zu haben, zumal ihr ein weiteres Zuwarten aufgrund der herrschenden Covid-19 Situation nicht zumutbar gewesen wäre. Diese Rechtsansicht lässt sich aus dem festgestellten Sachverhalt aber nicht ableiten. Die Annahme der Unzumutbarkeit der Behandlung in einer öffentlichen Krankenanstalt erfolgt unter der Prämisse, dass mit der Behandlung in einem öffentlichen Krankenhaus ein „Zuwarten“ verbunden gewesen wäre. Dieser Umstand wurde von der Klägerin aber nicht unter Beweis gestellt.

Festgestellt wurde, dass sich die Klägerin „aufgrund der aktuellen Corona-Situation“ dazu entschieden hat, den operativen Eingriff in einer Privatklinik durchführen zu lassen. Dazu wurde ganz allgemein festgestellt, dass im Jahr 2020, bedingt durch Belastungen durch das Corona-Virus, an einzelnen Abteilungen Einschränkungen für elektive Eingriffe vorherrschten, gefolgt von Phasen des Aufarbeitens der verschobenen Patienten, was Wartezeiten verlängerte. Es steht aber nicht fest, dass im konkreten Fall der Klägerin mit längeren Wartezeiten zu rechnen gewesen wäre

oder dass ein von ihr allenfalls an einem öffentlichen Krankenhaus vereinbarter Operationstermin verschoben worden wäre. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich auch nicht, dass die Klägerin überhaupt in einem öffentlichen Krankenhaus um einen Operationstermin ersucht hat (dies ergibt sich im Übrigen auch aus ihrer Parteieneinvernahme nicht, sie berichtete nur davon, sich bei einer bekannten Ärztin erkundigt zu haben, von der sie dann die Auskunft erhalten habe, dass man frühestens in sechs Wochen einen Termin erhalte). Dass im Fall der Klägerin in einem öffentlichen Krankenhaus länger auf einen OP-Termin hätte gewartet werden müssen, als bis 13.11.2020, steht also ebenso wenig fest, wie dass dadurch bleibende Schäden und Dauerfolgen am rechten Eileiter zu erwarten gewesen wären. Auf Basis des Sachverständigengutachtens steht bloß fest, dass Komplikationen wahrscheinlicher werden, je länger mit der Entfernung des Seitenarms zugewartet wird. Dass eine Operation in einem öffentlichen Krankenhaus bei der Klägerin zu einer Verzögerung geführt hätte (womit das Erstgericht die Unzumutbarkeit für sie begründet), steht aber gerade nicht fest.

Allein der Umstand, dass am 13.11.2020 die operative Entfernung medizinisch indiziert war, worauf die Klägerin in ihrer Berufungsbeantwortung verweist, rechtfertigt noch nicht den Zuspruch von Kosten für den Aufenthalt in der Privatklinik, weil eine medizinisch indizierte operative Entfernung auch in einem öffentlichen Krankenhaus hätte durchgeführt werden können. Dass die Klägerin in diesem Zeitraum keinen Termin in einem öffentlichen Krankenhaus erhalten hat, oder dass ein vereinbarter Termin verschoben worden wäre, wurde nicht festgestellt. Die Notwendigkeit der Inanspruchnahme der Privatklinik ergibt sich daher aus dem festgestellten Sachverhalt nicht.

Dass in der Privatklinik ein günstigeres Behandlungsergebnis zu erwarten gewesen wäre oder ein besonderes Vertrauensverhältnis bestünde, bzw. schlechte Erfahrungen in einem öffentlichen Krankenhaus gemacht worden wären, wurde nicht behauptet. Darauf, dass das Aufsuchen einer Privatklinik der sonstigen Lebenshaltung der Klägerin entspricht, stützte sich diese ebenfalls nicht.

Die Beklagten haben im Verfahren erster Instanz auch ausdrücklich den Einwand erhoben, die Behandlung in einer öffentlichen Krankenanstalt wäre ausreichend gewesen und aus dem Klagsvorbringen ergebe sich nicht, warum die Behandlung in einer Privatklinik notwendig gewesen sein solle. Die Klägerin begründete ihren

Anspruch dann im Wesentlichen damit, dass bei einem Zuwarten auf einen Termin im Krankenhaus Oberwart, der unter Umständen hätte verschoben werden müssen, wesentlich schwerwiegendere Körperschäden eingetreten wären, insbesondere mit bleibenden Schäden am rechten Eileiter zu rechnen gewesen wäre. All dies konnte sie aber, wie bereits dargestellt wurde, nicht unter Beweis stellen.

Die dafür beweispflichtige Klägerin konnte somit nicht nachweisen, dass die Voraussetzungen für den Ersatzanspruch auf den Mehraufwand, der mit dem Aufsuchen einer Privatklinik verbunden war, erfüllt sind. Bereits auf Basis des festgestellten Sachverhalts erweist sich ihr Begehren auf den Ersatz der Heilungskosten im Zusammenhang mit der Behandlung in der Privatklinik (EUR 1.034,62 an Heilungskosten sowie Fahrtkosten im Ausmaß von EUR 123,90) als nicht berechtigt. Eine Auseinandersetzung mit den in diesem Zusammenhang von Beklagenseite behaupteten Feststellungsmängeln kann daher unterbleiben.

2. Die Berufung ist auf Grundlage des festgestellten Sachverhalts, der übernommen wird, bereits mit der Rechtsrüge erfolgreich, weshalb die Tatsachenrüge nicht behandelt werden braucht.

C. Zusammenfassung

Die Berufung der Beklagten erweist sich also als berechtigt. Das Urteil war daher insoweit abzuändern, dass das Klagebegehren im Umfang von EUR 1.158,52 samt 4% Zinsen seit 03.03.2021 abzuweisen ist.

Die Berufung der Klägerin erweist sich teilweise als berechtigt. Sie hat insgesamt Anspruch auf Ersatz von Schmerzensgeld in Höhe von EUR 2.500,00, unter Berücksichtigung des bereits rechtskräftigen Zuspruchs von EUR 150,00 sind ihr daher weitere EUR 2.350,00 aus dem Titel des Schmerzensgeldes zuzuerkennen.

D. Kostenentscheidung:

1. Diese Entscheidung bedingt eine neue Kostenentscheidung für das Verfahren erster Instanz, die auf § 43 Abs 1 iVm Abs 2 2. Fall ZPO beruht.

Infolge teilweisen Obsiegens und Unterliegens beider Parteien richtet sich die Kostenentscheidung grundsätzlich nach § 43 Abs 1 ZPO. Das Kostenprivileg des § 43 Abs 2 2. Fall ZPO kommt der Klägerin im Hinblick auf ihr Schmerzensgeldbegehren zu, dessen Festsetzung der Höhe nach von der Ausmittlung

durch den Sachverständigen und richterlichem Ermessen abhängig war; eine Überklagung liegt nicht vor.

Aufgrund der Klageeinschränkung waren zwei Verfahrensabschnitte zu bilden, wobei unter Anwendung des § 43 Abs 2 ZPO der Streitwert betreffend das Schmerzensgeld für die Ermittlung der Obsiegsquoten zu reduzieren war.

Die gegen das Kostenverzeichnis der Klägerin erhobenen Einwendungen sind berechtigt: Weder war ein bedingter Zahlungsbefehl zu erlassen, noch eine Klagebeantwortung aufzutragen, weshalb die Voraussetzungen für die Verrechnung des doppelten Einheitssatzes für die Klage gemäß § 23 Abs 6 RATG nicht vorlagen und nur der einfache Einheitssatz gebührt. Der Schriftsatz vom 14.06.2021 war nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig: Die Klägerin hatte bereits am 08.06.2021 einen vorbereitenden Schriftsatz eingebracht; das im Schriftsatz vom 14.06.2021 erstattete ergänzende Vorbringen samt Urkundenvorlage hätte bereits im Schriftsatz vom 08.06.2021 oder in der vorbereitenden Tagsatzung vom 15.06.2021 erfolgen können. Die Rücküberweisung nicht verbrauchter Kostenvorschüsse wurde vom Erstgericht berücksichtigt.

Einwendungen gegen die Kostennote der Beklagten wurden nicht erhoben.

Ausgehend davon errechnet sich folgender Kostenersatz:

Ursprünglich begehrte die Klägerin die Bezahlung von EUR 6.262,51 und erhob ein mit EUR 500,00 bewertetes Feststellungsbegehren (Gesamtstreitwert: EUR 6.762,51). In der Verhandlung vom 09.09.2020 erfolgte eine Klageeinschränkung (die Klägerin ließ das Feststellungsbegehren fallen und schränkte ihr Klagebegehren um EUR 29,31 ein); die Uhrzeit wurde im Protokoll nicht festgehalten. Gemäß § 12 Abs 3 RATG ist die Änderung des Streitwertes bereits für jene Stunde der Tagsatzung, in der die Änderung eintritt, zu berücksichtigen. Hier erfolgte die Änderung nach dem Inhalt des Protokolls etwa zur Hälfte der 4 begonnene Stunden dauernden Verhandlung (Seite 10 von 22), ab der dritten Stunde der Tagsatzung vom 09.09.2020 ist daher das eingeschränkte Klagebegehren maßgeblich.

Dem ersten Verfahrensabschnitt (Klage bis inklusive der zweiten Stunde der Tagsatzung vom 09.09.2021) lag ein (fiktiver) Streitwert von EUR 4.262,51 zu Grunde. Die Klägerin obsiegte in diesem Abschnitt mit rund 60 % (Zuspruch von EUR 2.574,68) und hat daher – auf Basis der fiktiven Bemessungsgrundlage von

EUR 4.262,51 (RS0116722) – Anspruch auf Ersatz von 20 % ihrer Vertretungskosten (EUR 1.708,72 netto x 0,20 = EUR 341,74) und 60 % ihrer in diesem Abschnitt angefallenen Ust-freien Barauslagen (EUR 1.714,00 x 0,60 = EUR 1.028,40).

Die Beklagte hat Anspruch auf Ersatz von 40 % ihrer in diesem Abschnitt angefallenen Ust-freien Barauslagen (EUR 787,92 x 0,40 = EUR 315,16).

Im zweiten Verfahrensabschnitt (ab Stunde 3 der Tagsatzung vom 09.09.2021 bis zum Schluss der Verhandlung) obsiegte die Klägerin mit rund 70 % und hat daher – auf Basis der fiktiven Bemessungsgrundlage von EUR 3.733,20 – Anspruch auf Ersatz von 40 % ihrer Vertretungskosten (EUR 2.382,38 netto x 40 = EUR 952,95) und 70 % ihrer Barauslagen (EUR 2.798,00 x 0,70 = EUR 1.958,60).

Die Beklagte hat Anspruch auf Ersatz von 30 % ihrer in diesem Abschnitt angefallenen Barauslagen (EUR 4.910,00 x 0,30 = EUR 1.473,00).

Insgesamt hat die Klägerin daher Anspruch auf Ersatz von EUR 1.294,69 an Vertretungskosten, zuzüglich 20 % Ust iHv EUR 258,93 sowie Ust-freien Barauslagen von EUR 2.987,00, dies ergibt einen Gesamtersatzanspruch von EUR 4.540,62.

Die Beklagte hat insgesamt Anspruch auf Ersatz von Ust-freien Barauslagen in Höhe von EUR 1.788,16.

Nach Saldierung errechnet sich ein Betrag von EUR 2.752,46 zu Gunsten der Klägerin.

2. Die Kostenentscheidung im Rechtsmittelverfahren stützt sich betreffend die Berufung der Klägerin auf § 43 Abs 1, Abs 2 2. Fall ZPO iVm § 50 ZPO. Die Klägerin konnte mit ihrer Berufung einen (weiteren) Zuspruch von EUR 2.350,00 an Schmerzensgeld erreichen, wobei ihr (zumal es um die vom richterlichen Ermessen abhängige Festsetzung des Schmerzensgeldes ging) wiederum das Kostenprivileg des § 43 Abs 2 2. Fall ZPO zu Gute kommt. Sie hat daher Anspruch auf vollen Kostenersatz, allerdings nur auf Basis des obsiegten Betrages. Sie hat daher Anspruch auf Kostenersatz für ihre Berufung in Höhe von EUR 913,67 (darin EUR 101,61 Ust und EUR 304,00 Pauschalgebühr).

Die Beklagte drang mit ihrer Berufung zur Gänze durch und hat gemäß §§ 41, 50 ZPO Anspruch auf Ersatz der richtig verzeichneten Kosten ihrer Berufung in Höhe von EUR 702,86 (darin EUR 91,48 Ust und EUR 154,00 Pauschalgebühr).

Nach Saldierung ergibt sich im Berufungsverfahren ein Kostenersatzanspruch zu Gunsten der Klägerin von EUR 210,81.

E. Zulassung der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nach der Rechtsansicht des Berufungsgerichtes im vorliegenden Fall zulässig. Dem Berufungssenat ist bekannt, dass – für sich allein betrachtet – die Bemessung des Schmerzengeldes und die hier zu lösende Rechtsfrage des Ersatzes von Kosten einer Privatoperation von den besonderen Umständen des Einzelfalls abhängig sind, die im Regelfall die Erheblichkeitsschwelle nach § 502 Abs 1 ZPO nicht überschreiten.

In diesem besonderen Fall ist aber zu berücksichtigen, dass nach der Kenntnis des Berufungssenats eine große Anzahl an – durch das Produkt der Beklagten – geschädigten Frauen in Österreich Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte als Produktherstellerin geltend gemacht haben oder geltend machen wollen, sodass die Lösung zweier Rechtsfragen des materiellen Rechts zur Wahrung der Rechtssicherheit erhebliche Bedeutung zukommt, welche Gegenstand des Berufungsverfahrens waren:

Zum einen die Beantwortung der Rechtsfrage der angemessenen Höhe des Schmerzengeldes als Ausgleich für die mit der Entfernung von gebrochenen (fehlerhaften) Verhütungsspiralen der Beklagten verbundenen (vor allem seelischen) Schmerzen/Belastungen.

Zum anderen ist dem Berufungssenat nicht bekannt, dass sich der Oberste Gerichtshof bereits mit der Rechtsfrage auseinandersetze, welcher Behauptungs- und Beweislast eine geschädigte Frau im Zivilprozess nachkommen muss, die – wie hier – vom Hersteller des fehlerhaften Produkts den (deliktischen) Ersatz der von ihr getragenen Operationskosten einer Privatklinik mit der Behauptung begehrt, ein Operationstermin im öffentlichen Krankenhaus sei damals (Herbst 2020) erst in mehreren Wochen zur Verfügung gestanden und sei damals medial berichtet worden, dass aufgrund der der „Covid-19-Pandemie“ nicht lebensnotwendige Operationen verschoben worden seien; hingegen hätte an der Privatklinik binnen zwei Wochen nach Anfrage operiert werden können. Dabei ist möglicherweise auch zu berücksichtigen, dass durch eine rasche Entfernung des verbliebenen Produktteils durch eine privat bezahlte Operation der Zeitraum der körperlichen und seelischen

Belastung durch die gebrochene Spirale verkürzt wird.

Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz, Abteilung 3

Graz, 24. November 2022

Hofrat Mag. Peter Wlattnig, Richter

Elektronische Ausfertigung

gemäß § 79 GOG