

ZVR 2010/7

§ 1325 ABGB;
§ 273 ZPOOGH 26. 2. 2009,
1 Ob 5/09f
(OLG Wien
30. 10. 2008,
11 R 150/08 x;
LG Wien
11. 8. 2008,
22 Cg 93/07 v)

Der OGH relativiert (und präzisiert) seine bisherige Rsp zur Berücksichtigung einer Schmerzmilderung durch Schmerztherapien im Rahmen der Schmerzengeldglobalbemessung.

→ Minderung des Schmerzengeldes durch die Verabreichung von Schmerzmitteln

§ 1325 ABGB; § 273 ZPO

Erleidet ein Patient Schmerzen aufgrund eines ärztlichen Kunstfehlers und werden ihm im Zuge der Behandlung Schmerzmittel zur Linderung der Schmerzen verabreicht, ist das Schmerzengeld nach den tatsächlich erlittenen Schmerzen zu be-

Sachverhalt:

[Auswirkungen verabreichter Schmerzmittel auf die Bemessung des Schmerzengeldes]

Der bekl FA haftet dem Kl (nach Eröffnung des Schuldenregulierungsverfahrens über dessen Vermögen dem an seine Stelle getretenen MV) für ärztliche Kunstfehler aus einem Behandlungsvertrag im Zusammenhang mit zwei Knieoperationen. Wären dem Patienten keine schmerzstillenden Mittel verabreicht worden, hätte er „in zeitlicher Hinsicht das Dreifache an Schmerzen erlitten“. Im RevVerfahren ist nur die Höhe des Schmerzengeldes strittig.

[E der Vorinstanzen]

Das ErstG sprach dem Kl von den begehrten € 40.000,- Schmerzengeld € 23.000,- zu. Es orientierte sich dabei an den Schmerzperi-

oden, die sich unter Berücksichtigung der Einnahme von Schmerzmitteln ergaben.

Das BerG bestätigte diese E.

Der OGH gab der Rev der kP nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:

[Allgem Funktion des Schmerzengeldes]

Das Schmerzengeld ist die Genugtuung für alles Ungemach, das der Geschädigte aufgrund seiner Verletzungen und ihrer Folgen zu erdulden hat. Es soll den Gesamtkomplex der Schmerzempfindungen unter Beachtung auf die Dauer und die Intensität der Schmerzen nach ihrem Gesamtbild, auf die Schwere der Verletzungen und auf das Maß der physischen und psychischen Beeinträchtigung des Gesundheitszustands abgelenken, die durch Schmerzen entstandenen Unlustgefühle ausgleichen und den Verletzten in die Lage versetzen, sich als Ersatz für die Leiden und anstelle der ihm entgangenen Lebensfreude auf andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen. Das Schmerzengeld ist nach freier Überzeugung (§ 273 ZPO) für alle negativen Folgen, die der Verletzte bereits erduldet hat bzw voraussichtlich noch zu erdulden haben wird, grundsätzlich global festzusetzen (RIS-Justiz RS0031040; RS0031307; 2 Ob 261/04 b; 2 Ob 166/07 m). Auch wenn bei der Bemessung des Schmerzengeldes die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, ist doch zur Vermeidung von Ungleichheiten auch ein objektiver Maßstab anzulegen (RIS-Justiz RS0031075; 2 Ob 166/07 m).

[Schmerzengeld bei Schmerzempfindlichkeit durch Schadensereignis]

Seit der E 6 Ob 535/92, welche die zu RIS-Justiz RS0031232 dokumentierte Rsp-Linie einleitete, billigt die höchstgerichtl Rsp auch demjenigen Geschädigten

messen und nicht nach denen, die ohne Einnahme solcher Schmerzmittel eintreten würden. Ergeben sich durch deren Einnahme negative Begleiterscheinungen, so ist dieser Umstand im Rahmen der Globalbemessung schmerzengelderhöhend zu berücksichtigen.

Schmerzengeld zu, der durch eine haftungsbegründende Einwirkung auf seine Persönlichkeitsstruktur außer Stande gesetzt wird, Schmerz und Leid im Gegensatz zu Wohlbefinden und Freude zu empfinden und damit elementarster menschlicher Empfindungen beraubt wird (Schmerzengeld bei fehlendem Schmerzempfinden). Diese Auffassung wird in der Lehre teils gebilligt (*Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung 127 ff; *Danzl* in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht⁹ 123), teils kritisiert (*Harrer* in *Schwimmann VI* § 1325 ABGB Rz 80; *Ch. Huber*, Antithesen zum Schmerzengeld ohne Schmerzen – Bemerkungen zur objektiv-abstrakten und subjektiv-konkreten Schadensberechnung, ZVR 2000, 218 [221, 224]; vgl *Kern* in FS-Gitter, Schmerzengeld bei totalem Ausfall aller geistigen Fähigkeiten und Sinnesempfindungen? 454 f).

[Schmerzengeld bei Schmerzempfindlichkeit bereits vor Schadensereignis]

Zu 3 Ob 116/05 p (zust *Karner*, ZVR 2006, 501 f; *Hinghofer-Szalkay/Prisching*, Schmerzengeld ohne Schmerzen – neue Entwicklungen? ZVR 2007/72, 116; vgl *Wilhelm*, *ecolex* 2007, 27) wurde der Fall einer schon vor Schadenszufügung querschnittgelähmten Kl beurteilt, die deshalb nach den beim haftungsbegründenden Ereignis erlittenen Knieverletzungen keine Schmerzen in den Beinen empfand. Unter Hinw auf die von *Karner* (Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung, 137) bejahte Möglichkeit einer vollständig objektiv-abstrakten Berechnung des Immaterialschadens gestand der OGH der Kl unabhängig von tatsächlich gespürten Schmerzen einen Anspruch auf einen Sockelbetrag zu, den sie als Mindestersatz für die Schädigung ihrer Persönlichkeit fordern könne. Die Schmerzempfindlichkeit müsse sich grundsätzlich anspruchsmindernd auswirken; allerdings stelle die weitere Körperverletzung für einen Querschnittsgelähmten eine besondere psychische Belastung dar, die sich anspruchserhöhend auswirke.

[Unterschied zwischen Schmerzempfindungsfähigkeitsausschaltung und bloßer Schmerzempfindungsfähigkeitsminderung durch Schmerzmedikation]

Zu den Auswirkungen schmerzstillender Mittel lehnen die bereits vom BerG zit Autoren *Danzl* (aaO 124) und *Karner* (aaO 123) eine Minderung des Schmerzengeldzuspruchs ab: Der Einsatz solcher Medikamente, die nur zeitlich begrenzt eingenommen werden könnten und den Gesundheitszustand nachteilig beeinflussten, weise auf sehr arge Schmerzen hin.

Die Rev leitet aus der Rsp des OGH zum Schmerzengeld für schmerzempfindungsfähige Geschädigte ab, dass die Schmerztherapie bei der Bemessung des ob-

jektiven Schmerzengeldes nicht zu berücksichtigen sei. Es geht hier aber nicht um die völlige Ausschaltung der Schmerzempfindungsfähigkeit. Der Geschädigte hatte ja tatsächlich Schmerzen, sie waren nur in ihrem Ausmaß durch Schmerzmedikation gemindert. Das Verabreichen von Schmerzmitteln stellt nach schweren Verletzungen und/oder operativen Eingriffen eine Standardtherapie dar. In solchen Fällen ist schwer vorstellbar, dass schmerzstillende Mittel Schmerzen zur Gänze ausschalten können; wie auch *Danzl* (aaO 124) – allerdings im Rahmen der Argumentation gegen die Minderung des Schmerzengeldes bei Schmerztherapie – ausführte: „Die Schmerzen schlagen daher, wie man weiß, immer wieder durch.“ Das war eben hier der Fall.

[Keine „Parallelrechnung“ zwischen zu erduldenen und tatsächlich erlittenen Schmerzen]

Bei der Globalbemessung des Schmerzengeldes werden Schmerzperioden ermittelt, indem die gesamten Zeiträume, in denen der Geschädigte an Schmerzen gelitten hat, auf einen 24-Stunden Tag komprimiert werden. Diese Komprimierung berücksichtigt, dass der Geschädigte unter Bedachtnahme auf jene Zeiträume, in denen er schläft oder in denen schmerzstillende Medikamente zur Wirksamkeit kommen, nicht täglich 24 Stunden ununterbrochen an Schmerzen leidet (*Juen*, Arzthafungsrecht² [2005] 16). Es wäre nicht sinnvoll, in jedem Einzelfall den medizinischen SV eine „Parallelrechnung“ dahin vornehmen zu lassen, welche Schmerzperioden sich bei Wegfall einer standardmäßigen Schmerztherapie ermitteln ließen.

[Negativwirkungen der Schmerzmedikation schlagen auf Globalbemessung erhöhend durch]

Die Überlegungen der Lehre zu den negativen Auswirkungen einer längerfristigen Schmerztherapie überzeugen nicht als Argument gegen die Minderung des Schmerzengeldanspruchs. Negative Auswirkungen von

Schmerzmitteln (Nebenwirkungen wie Beeinträchtigung der Leber-/Nierenfunktion, zunehmende Gewöhnung mit Abhängigkeitssymptomen ua) sind nämlich nach dem Grundsatz der Globalbemessung des Schmerzengeldes ohnehin zu berücksichtigen. Derartige negative Begleiterscheinungen einer Schmerztherapie können sich daher zugunsten des Geschädigten anspruchserhöhend auswirken. Diese Gegenüberstellung von schadensmindernden und schadenserhöhenden Umständen hat der OGH bereits in der E 3 Ob 116/05 p vorgenommen.

Der RevWerber behauptet gar nicht, dass der Patient gesundheitsbeeinträchtigende Nebenwirkungen als Folge der Schmerzmittel erlitten hat; im Gegenteil: In der Klage findet sich der Vorwurf, eine Linderung seiner Schmerzen sei trotz ausdrücklichen Ersuchens des Patienten wiederholt abgelehnt worden. An anderer Stelle wurde vorgebracht, trotz stärker Schmerzen nach der Operation habe der Patient eine höhere Schmerzmitteldosierung abgelehnt. Dass die angewendete Schmerztherapie mit negativen Auswirkungen für den Patienten verbunden gewesen wäre, ergibt sich aus dem Vorbringen und den Feststellungen nicht.

Die psychische Belastung des Patienten durch mehrfache Operationen, welche die Rev zusätzlich als Argument für das begehrte Schmerzengeld von € 40.000,- verwendet, rechtfertigt keinen höheren Anspruch. [...]

[Rechtssatz]

Ergebnis: Führt eine Schmerztherapie zur Milderung der Schmerzen, sind der Globalbemessung des Schmerzengeldes die unter Berücksichtigung der Schmerzmedikation ermittelten Schmerzperioden zugrunde zu legen. Eine „Parallelrechnung“, welche Schmerzperioden sich ohne schmerzstillende Mittel ergeben hätten, ist nicht vorzunehmen. Negative Begleiterscheinungen einer Schmerztherapie können sich im Rahmen der Globalbemessung anspruchserhöhend auswirken.

Anmerkung:

1. Der Patient war pleite. Er versuchte offenbar, aus einem ärztlichen Kunstfehler – über Gebühr – Kapital zu schlagen, indem er sich so „behandeln“ lassen wollte, als hätte man ihm keine Schmerzmittel verabreicht, was zu beträchtlich höheren Schmerzen und dementsprechend zu einem wesentlich höheren Schmerzengeld geführt hätte. Dem hat der OGH zu Recht eine **Ab-sage erteilt**. Wie für andere Schadensposten gilt auch für das Schmerzengeld, dass es sich möglichst an den **tatsächlichen Gegebenheiten** orientieren soll. Und im Schadenersatzrecht gilt bei Beachtung des Postulats der konkreten Schadensberechnung der Grundsatz, dass maßgeblich ist, wie der Geschädigte sich **verhalten hat**, nicht aber, wie er sich – ohne Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht – womöglich auch verhalten hätte dürfen.

2. Die Berufung auf die **objektiv-abstrakte Schadensberechnung** ist häufig eine Krücke, um ein **billig erscheinendes Ergebnis** zu erzielen, für das man **keine taugliche Begründung** parat hat. Der Fall der Querschnittgelähmten und an den Beinen schmerzun-

empfindlichen Patientin zeigt das sehr deutlich. Es leuchtet nicht ein, ihr für einen nicht empfundenen Schmerz gleichwohl Schmerzengeld zuzubilligen. Dass eine solche Verletzung gerade für einen Querschnittgelähmten mit Unbill verbunden und daher Ersatz für die immateriellen Beeinträchtigungen zu leisten ist, steht völlig außer Streit; nur liegt die Begründung nicht darin, dass man Schmerzen abstrakt berechnen könne. Das geht nämlich in Wahrheit gar nicht. Schon die konkrete Ermittlung stößt häufig an Grenzen.

3. In der vorliegenden E hat sich der OGH zu Recht am tatsächlichen Zustand orientiert und nicht an einem fiktiven oder abstrakten. Das ist zu begrüßen. Wenn darauf hingewiesen wird, dass man nicht 24 Stunden Schmerzen verspüre, weil man ja auch schlafe, so möge bedacht werden, dass man mit Schmerzen meist weniger gut – oder gar nicht – schläft. Zutreffend ist der Hinweis, dass trotz der Einnahme von Schmerzmitteln restliche Beschwerden sehr wohl verbleiben. Dieser Fall ist in der Tat **anders gelagert** als der der **Zerstörung der Persönlichkeit**. Sollten infolge der Einnahme von Schmerzmitteln wegen der besonderen Art oder Dauer

Nebenwirkungen eintreten oder das auch nur zu befürchten sein, ist es Sache des kl Anwalts, das entsprechend vorzutragen, weil sich dieser Umstand im Rah-

men der Globalbemessung schmerzensgelderhöhend auswirkt.

Christian Huber, RWTH Aachen

ZVR 2010/8

§§ 896, 1302, 1304, 1315 ABGB

OGH 20. 1. 2009, 4 Ob 204/08 s (LG Salzburg 4. 8. 2008, 53 R 230/08 t; BG St. Johann/Pongau 21. 4. 2008, 2 C 1487/07 y)

→ Zurechnung des Fehlverhaltens eines Bewahrungsgehilfen im Rahmen des Mitverschuldens nach § 1315 ABGB¹⁾

§§ 896, 1302, 1304, 1315 ABGB

Im Rahmen des Mitverschuldens findet die Zurechnung des Fehlverhaltens eines Gehilfen, dem der Geschädigte seine Rechtsgüter anvertraut hat (Bewahrungsgehilfe), bei deliktischer Schädigung nach den gleichen Grundsätzen statt wie die Zurechnung

des Fehlverhaltens des Gehilfen auf Seite des Schädigers, somit gem § 1315 ABGB bei Einsatz eines untüchtigen oder wissentlich gefährlichen Gehilfen bzw bei einem Auswahl- oder Überwachungsverschulden.

Sachverhalt

[Unfallhergang und Klagebegehren]

Der Kl erlitt am 10. 1. 2007 einen Schiunfall, an dem er, sein Schiführer und der Bekl beteiligt waren. Der 1960 geborene Kl ist seit 1999 fast blind. Er betreibt seit drei Jahren Schisport mit jenem Schiführer, mit dem er am Unfalltag unterwegs war; dieser ist als Schiführer für sehbehinderte und blinde Menschen ausgebildet. Beide sind ein „eingespieltes Team“. Über ein Funksprechgerät erteilt der Schiführer dem Kl die notwendigen Kommandos. Der Schiführer fährt dem Kl in einem Abstand von rd einem Meter, der sich fallweise auch auf bis zu zwei Meter vergrößern kann, voraus.

Der Schiführer nahm den Bekl in einer nicht näher festgestellten Entfernung unterhalb vor sich in der linken Pistenhälfte erstmals wahr, zog daraus den Schluss, dass dieser Schiläufer keine Gefahr für ihn und den Kl bedeute, und schenkte ihm daher kein weiteres Augenmerk mehr. In der Folge kam es zu einer Kollision. Der Kl hatte infolge seiner Erblindung den Bekl nicht sehen können. Er erlitt infolge des Zusammenstoßes erhebliche Verletzungen.

Der Kl begehrt Schmerzensgeld, Kosten für Besuchsfahrten, Heilkosten, Sachschadenersatz, Ersatz pauschaler Unkosten und die Feststellung der Haftung des Bekl für künftige Schäden aus dem Unfall.

[E der Vorinstanzen]

Das ErstG erkannte den Bekl – ausgehend von einem Vermögensschaden des Kl iHv € 10.454,30 und einer Verschuldensteilung 2:1 zu Lasten des Kl – schuldig, € 3.484,77 sA zu zahlen und wies das Mehrbegehren ab.

Das BerG bestätigte dieses U.

Der OHG gab der Rev des Kl Folge und gab dem gesamten Klage-(Leistungs- wie Feststellungs-)begehren mit Ausnahme von € 50,- sA statt.

Aus den Entscheidungsgründen:

[RM-Vorbringen]

Der Kl bestreitet nicht mehr, dass sowohl der Schiführer als auch der Bekl rechtswidrig gehandelt haben; er

macht jedoch geltend, es fehle an einer Rechtsgrundlage, nach der ihm im Rahmen des geltend gemachten deliktischen Anspruchs das Verschulden des Schiführers zugerechnet werden könne. § 1313a ABGB komme auch als analoge Anspruchsgrundlage nicht in Betracht, weil es andernfalls zu einer sinnvoll nicht mehr begrenzten Haftung käme; der den Kl begleitende Schiführer sei auch nicht untüchtig iSd § 1315 ABGB. Untzutreffend sei die Beurteilung des Schiführers als „Bewahrungsgehilfe“, habe doch der Kl im Unfallszeitpunkt nicht einmal teilweise die Gewahrsame über ein Rechtsgut ausüben und dessen Verhalten in keiner Weise kontrollieren können. Der Kl habe daher Anspruch auf Ersatz seines gesamten Schadens; davon unberührt bleibe ein allfälliger Rückgriff des bekl Mitschädigers gegenüber dem Schiführer.

[Unterscheidung der Zurechnung des Gehilfenverhaltens im Rahmen des Mitverschuldens bei Vertrag und Delikt]

Im Schrifttum ist allgemein anerkannt, dass das Verschulden von Hilfspersonen auf Seiten des Geschädigten, den kein eigenes Verschulden trifft, nicht schlechthin bedeutungslos sein kann und dass der Geschädigte sich das mitwirkende Verschulden solcher Personen im Rahmen schuldrechtlicher Sonderverbindungen entsprechend § 1313a ABGB entgegenhalten lassen muss. Nach welchen Grundsätzen eine Verschuldensanrechnung jedoch im Bereich der deliktischen Schädigung zu erfolgen habe, ist umstritten.

[Literaturstimmen, die eine umfassende Zurechnung befürworten]

Ehrenzweig (System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Das Recht der Schuldverhältnisse II/1, 58) führt unter Hinweis auf § 254 dBGB ohne weitere Begründung aus, dass dem Beschädigten, der die Verhütung oder Minderung von Schäden anderen überlassen hat, das fremde Verschulden auch außerhalb von Schuldverhältnissen analog zu § 1313a ABGB als eigenes Verschulden angerechnet werden müsse.

Dullinger (Mitverschulden des Gehilfen, Zum Verhältnis zwischen § 1302 und § 1304 ABGB, JBl 1990, 20 ff, 91 ff; Zum Mitverschulden von Gehilfen bei Haf-

1) Siehe Beitrag *Karner* in diesem Heft ZVR 2010/3.

Der OGH entscheidet Streit um die Zurechnung des Gehilfenverhaltens im Rahmen des Mitverschuldens auf Geschädigtenseite iS der Gleichbehandlungsthese, wonach bei einem deliktischen Schadenersatzanspruch eine Kürzung des Schadenersatzanspruchs nur nach § 1315 ABGB zu erfolgen hat.