

**Erster Teil:
Einige Schmerzpunkte – Ein Prolog**

Ferdinand Kerschner

Übersicht

I. Risikomanagement Schmerztherapie

1. Haftung bei zu geringer bzw übermäßiger Schmerztherapie
2. Abgrenzung direkte/ indirekte/ aktive Sterbehilfe – Neuregelung
3. Schmerzensgeld bei Schmerztherapie

II. Einige dogmatische Eckpunkte der neueren Schmerzensgeldjudikatur

1. Schockschadenersatz mit Krankheitswert auch bei „schwerster“ Verletzung ohne Todesfolge
2. Bemessungsgrundsatz
3. Grenzen eines Vergleichs über Schmerzensgeldberechnung
4. Schmerzensgeld wegen Ehebruchs des Partners?
5. Zum dogmatischen und schematischen Ansatz beim Trauerschmerzensgeld
6. Zweifel am Obduktionsergebnis als Schockschaden?
7. Keine zu knappe Bemessung
8. Angst vor Verlust gemeinsamer Lebensfreude: Kein Schmerzensgeld
9. Schmerzensgeldergänzung
10. Verlust der Wahrnehmungs- und Erlebnisfähigkeit

Der Prolog soll nur wichtige aktuelle juristische Fragen in Zusammenhang mit Schmerzen und Schmerzensgeld anreißen, um diese zu vertiefen und der eingehenden dogmatischen Behandlung im zweiten Teil hinzuführen.

Er gleicht eher einer Punktation, um Problembewusstsein zu schaffen.

I. Risikomanagement Schmerztherapie

(Gebotene, aber unterlassene bzw. übermäßige) Schmerztherapie steht in **unmittelbarem Zusammenhang mit den tatsächlich erlittenen Schmerzen** des Patienten.¹ **1**

Entgegen bereits intensiverer juristischer Diskussion² in Deutschland finden sich in Österreich nur wenige Auseinandersetzungen.³ Einschlägige österreichische Judikatur nimmt aber wohl zu: **2**

- zum Umfang der Aufklärungspflicht bei einer Schmerzbehandlung siehe OGH 20.1.2015, 4 Ob 1/15y
- wegen Nervverletzung bei Kieferimplantat nötige Schmerztherapie führt zu Leberversagen; siehe OGH 30.6.2015, 10 Ob 40/15 b⁴
- Schmerzensgeld wegen einer Krallenzehenstellung als Folge einer unnötigen Operation, da Schmerztherapie ausreichend gewesen wäre; siehe OGH 10.4.2018, 5 Ob 34/18p
- Schmerztherapie führt zu Tod (Wechselwirkung zwischen Überdosierung an Piritramid und Lungenentzündung); siehe OGH 30.5.2017, 8 Ob 54/17z

1. Haftung bei zu geringer bzw. übermäßiger Schmerztherapie

Der Arzt ist nach § 49 Abs 1 ÄrzteG auch zu einer effizienten Schmerzbehandlung verpflichtet.⁵ Auch das Verursachen von Schmerzen ist Körperverletzung bzw Gesundheitsbeeinträchtigung und kann sowohl zu **disziplinarischen Sanktionen** als auch zu **zivil- und strafrechtlichen Folgen** führen. **3**

1 Vgl auch näher und zutreffend unten *Schickmair* Rz 237 f.

2 Vgl etwa *Ulsenheimer*, Die rechtliche Verpflichtung zur postoperativen Schmerztherapie, *Der Anaesthesist* 1997, 138 ff mit auch für Österreich großteils übernehmbaren Lösungen!

3 Vgl die Verweise unten bei *Schickmair* Rz 237 f; *Ilias*, Schmerzen- Behandlungsmöglichkeiten und Auswirkungen auf die Begutachtung, *DAG* 2016, 112 ff; *Wehringer*, Chronischer Schmerz in der Begutachtung, *DAG* 2016, 27 ff; *Karner*, *ZVR* 2016, 112 ff.

4 Siehe dazu *Schuller-Götzberg*, *RdM* 2018, 102 ff.

5 Vgl nur *Schmoller* in Bernatzky/Sittl/Likar (Hrsg), Schmerzbehandlung in der Palliativmedizin³ [2012] 301 ff.

- 4 **Fall:** *Unterlassene bzw verweigerte Schmerzbehandlung bei einem Tumorpatienten.*⁶

Das ist auch bei „zu viel“ Schmerztherapie möglich.

- 5 **Fall:** *Ein Hausarzt ruft durch übermäßiges und unkontrollierbares Verordnen von Traumadol zur Linderung von Menstruationsbeschwerden eine Medikamentenabhängigkeit hervor.*⁷

2. Abgrenzung direkte/indirekte/aktive Sterbehilfe

- 6 Wie bekannt, ist aktive Sterbehilfe – trotz anhaltender massiver Diskussionen – in Österreich (mE zutreffend) noch immer verboten. Die Missbrauchsgefahr ist einfach zu groß. Nicht rechtswidrig soll aber die Verabreichung von Schmerzmitteln mit lebensverkürzender Wirkung sein, soweit diese „nur“ als unbeabsichtigte oder in Kauf genommene unvermeidbare Nebenfolge den Todeseintritt beschleunigen kann. Der Arzt dürfe mit der Medikation nicht darauf abzielen, sondern die Lebensverkürzung eben nur hinnehmen!
- 7 Die Abgrenzung erschien bisher höchst schwierig (dolus eventualis?). Moderne Schmerztherapie soll aber ohnehin idR eher lebensverlängernd als lebensverkürzend sein (außer Opoide bzw Morphine?)
- 8 Der Gesetzgeber hat nun in einer **Novelle zum Ärztegesetz 1998** (BGBl I 2019/20) versucht, diese herrschende juristische Praxis der indirekten aktiven Sterbehilfe klarzustellen, um **mehr Rechtssicherheit** zu schaffen. Nach dem **neuen § 49a** ÄrzteG ist es zulässig, „*Maßnahmen zu setzen, deren Nutzen zur Linderung schwerster Schmerzen und Qualen im Verhältnis zum Risiko einer Beschleunigung des Verlusts vitaler Lebensfunktionen überwiegt*“.⁸ Gegen den Willen des Patienten dürfen solche Maßnahmen natürlich nicht gesetzt werden.⁹ **Die Abgrenzung zur direkten aktiven Sterbehilfe bleibt freilich weiterhin schwierig.** So heißt es auch zum neuen Recht: Bei der indirekten sei das Ziel die Schmerzlinderung, die mit dem Risiko der Lebensverkürzung verbunden ist, bei der direkten hingegen sei das Ziel die Lebensbeendigung, um von den Schmerzen und Qualen zu befreien.¹⁰

6 Vgl BGH LM Nr. 6 zu § 230.

7 Siehe P. Schelling, Rechtliche Probleme der Schmerztherapie und Palliativmedizin, in Standl/Schulte/Treede/Schäfer/Bardenheuer (Hrsg), Schmerztherapie (2010) 523 f.

8 Vgl Kerschmer in Resch/Wallner (Hrsg), Handbuch Medizinrecht³ (2020) Rz 101. Dazu noch näher Bernat, Neues Recht der Sterbehilfe (Teil 1), RdM 2019, 97 ff (101), der unter diesen Voraussetzungen sogar eine entsprechende ärztliche Pflicht annimmt; zur Entstehung der Novelle Birklbauer, Die gesetzliche Verankerung der „indirekten Sterbehilfe“: ein Schritt in die richtige Richtung, JMG 2018, 200 ff.

9 Zutreffend Bernat, RdM 2019, 101.

10 Dazu wieder Bernat, RdM 2019, 102.

3. Schmerzensgeld bei Schmerztherapie

Fall: Reduzierte Schmerzen wegen einer Schmerztherapie (OGH 1 Ob 5/09f¹¹)

Nach einer Operation (für deren Schmerzen der Beklagte dem Patienten wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht haftet) werden dem Patienten schmerzstillende Mittel verabreicht. Wären ihm diese nicht verabreicht worden, hätte er in zeitlicher Hinsicht das Dreifache an Schmerzen erlitten. Es stellt sich die Frage, ob eine Schmerzlinderung durch die Einnahme schmerzstillender Mittel bei der Ausmittlung des Schmerzensgelds zu berücksichtigen ist. 9

Der OGH bejaht Kürzung des Schmerzensgeldes: Führt eine Schmerztherapie zur Milderung der Schmerzen, sei dies bei der Schmerzensgeldbemessung zu berücksichtigen. Eine „Parallelrechnung“, welche Schmerzperioden sich ohne schmerzstillende Mittel ergeben hätten, sei nicht vorzunehmen.¹² Negative Begleiterscheinungen einer Schmerztherapie könnten sich im Rahmen der Globalbemessung allerdings anspruchserhöhend auswirken. 10

ME völlig zutreffend zieht der OGH **jene Schmerzen** für die Bemessung heran, **die der Verletzte** nach der Einnahme schmerzstillender Mittel **tatsächlich erlitten hat**. Wird eine Schmerztherapie grundlos verweigert, kann dies uU als Verletzung der Schadensminderungspflicht gewertet werden. Der OGH bemisst das Schmerzensgeld zu Recht „konkret“ nach den gegebenen Umständen. Eine abstrakte Berechnung hätte wohl anderes ergeben müssen.¹³ 11

11 Zak 2009, 197 = ecolex 2009, 679 = JBl 2009, 646 = RZ 2009, 223 = ZVR 2010/7 (Huber); dazu Karner, Schmerzensgeldbemessung, vermindertes Schmerzempfinden und Schmerztherapie, ZVR 2010/130.

12 AA Danzl in Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht¹⁰ (2013) 99; Karner, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999) 123; Karner relativierend in ZVR 2010/130.

13 Ebenso und ausführlich unten Schickmair Teil 2 Rz 237 f.

II. Einige dogmatische Eckpunkte der neueren Schmerzengeldjudikatur

1. Schockschadenersatz mit Krankheitswert auch bei „schwerster“ Verletzung ohne Todesfolge¹⁴

Fall: OGH 2 Ob 136/11f

- 12 *Seit der Entscheidung 2 Ob 79/00g (ZVR 2001/52) wird in ständiger Rsp des OGH nahen Angehörigen eines Getöteten für den ihnen verursachten „Schockschaden“ mit Krankheitswert Schmerzengeld zuerkannt, weil diese „Dritten“ durch das Erleiden eines Nervenschadens in ihrem absolut geschützten Recht auf körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt und als unmittelbar Geschädigte anzusehen sind. Die Frage, ob auch der durch die Nachricht von einer Verletzung (ohne Todesfolge) bei einem nahen Angehörigen des Unfallopfers ausgelöste Schockschaden mit Krankheitswert ersatzfähig sein kann, musste bisher allerdings vom OGH noch nicht entschieden werden. Betreffend die Schwere der Verletzung des unmittelbar Geschädigten könnten nach OGH die in der bisherigen Rsp entwickelten Grundsätze als Maßstab dienen. Demnach sei, um eine unangemessene Ersatzpflicht des Schädigers zu vermeiden, auch in diesen Fällen nur auf „schwerste“ Verletzungen abzustellen, also solchen, bei denen die Nachricht auf den nahen Angehörigen typischerweise ähnlich wie eine Todesnachricht wirkt. Das werde in der Regel nur auf Verletzungen von solcher Schwere zutreffen, bei der für das Unfallopfer entweder eine akute Lebensgefahr oder die konkrete Gefahr dauernder Pflegebedürftigkeit besteht. Andere schwere Verletzungen seien hingegen nicht als haftungsbegründend anzuerkennen. Insoweit sei vielmehr an den in der Rsp stets betonten engen Grenzen der Ersatzfähigkeit von Schockschäden festzuhalten. Entscheidend seien die objektiven Umstände im Zeitpunkt der den Schock auslösenden Nachricht. Diese allein wäre nicht ausschlaggebend; die eine akute Lebensgefahr oder die konkrete Gefahr dauernder Pflegebe-*

14 Ausführlich und überzeugend dazu unten *Schickmair* Rz 138 ff; vgl auch *Nitsch*, Schock- und Trauerschadenersatzansprüche nach österreichischem und deutschem Recht, ZfRV 2019, 20 ff; zuletzt OGH 2 Ob 189/16g, Zak 2018/60.

dürftigkeit bewirkenden „schwersten“ Verletzungen des Unfallopfers müssten tatsächlich vorhanden sein. Dass die Auswirkungen dieser „schwersten“ Verletzungen oft noch nicht endgültig eingeschätzt werden können, habe zu Lasten des Schädigers zu gehen. Auch wenn sich das Opfer wieder erholen und von seinen Verletzungen ganz oder teilweise genesen sollte, würde dies an dem bereits verwirklichten Haftungsgrund nichts mehr ändern.

Zusammenfassend: Ein bei einem nahen Angehörigen des Unfallopfers durch die Unfallsnachricht ausgelöster Schockschaden von Krankheitswert rechtfertige den Zuspruch eines Schmerzensgeldes auch dann, wenn das Unfallopfer „schwerste“ Verletzungen erlitten hat. Diese Verletzungen müssten im Zeitpunkt der Nachricht von einer solchen Schwere sein, dass entweder akute Lebensgefahr oder die konkrete Gefahr dauernder Pflegebedürftigkeit besteht. Eine nachträgliche Besserung dieses Zustands sei für die Haftung des Schädigers bedeutungslos. **13**

Diese Judikatur zum Schockschaden mit Krankheitswert ist mE (noch) vertretbar. Es ist allerdings zu befürchten, dass – als nächster Schritt im Alphabet – auch Trauerschmerz ohne Krankheitswert in gleichen Fällen bei grobem Verschulden gewährt werden wird.¹⁵ Ein solcher Schmerzensgeldanspruch ist mE nirgends im Gesetz begründet.¹⁶ **14**

2. Bemessungsgrundsatz¹⁷

Nach ständiger Rsp des OGH ist das Schmerzensgeld nach freier Überzeugung (§ 273 ZPO) unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles für alles Ungemach, das der Verletzte bereits erduldet hat und voraussichtlich noch zu erdulden haben wird, **grundsätzlich global** festzusetzen. Die Bemessung habe **nicht nach starren Regeln, etwa nach Tagessätzen oder Schmerzperioden** zu erfolgen. **15**

Diese ständige Rsp steht wohl nicht ganz im Einklang mit der Praxis der Untergerichte, die idR von Tagessätzen oder/und Schmerzperioden ausgeht. **16**

3. Grenzen eines Vergleichs über Schmerzensgeldberechnung

Fall: Erektile Dysfunktion (OGH 28.6.2012, 2 Ob 45/12z)

Von einer vergleichsweisen Bereinigung seien sämtliche den Parteien bei Vergleichsabschluss bekannten oder bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt er- **17**

15 Vgl OGH SZ 74/905 ZVR 2001/73 mAnm Karner; JBl 2004, 792 ua.

16 Dazu noch näher unten 5.

17 Vgl wieder näher Schickmair unten Teil 2 Rz 187 ff.

kennbaren Ansprüche des Klägers umfasst, nicht aber die damals nicht vorhersehbaren weiteren Beeinträchtigungen. Dies gründe auf der Rsp, wonach von der Globalbemessung des Schmerzensgeldes nur solche künftigen Schmerzen ausgenommen sind, deren Eintritt noch nicht vorhersehbar ist oder deren Ausmaß nicht so weit abgeschätzt werden kann, dass eine Globalbemessung möglich ist. Den Beweis für das Vorliegen dieser Voraussetzungen habe der Kläger zu erbringen.

- 18 In concreto war zu Beginn der Vergleichsverhandlungen die streitgegenständliche Anpassungsstörung bereits vorhanden. Es lagen auch keine Feststellungen vor, wonach dem Kl die Konsultation eines Facharztes danach nicht zumutbar war oder die Auswirkungen dieser Unfallfolge nicht abschätzbar gewesen wären. Der Vergleich hatte mE zu Recht also Bestand. Die **Ausnahmen** von der Vergleichsbindung müssen **sehr eng** gehalten werden, da sonst die Streitbereinigungswirkung des Vergleichs verloren ginge.

4. Schmerzensgeld wegen Ehebruchs des Partners?

Fall: Massive Eheverfehlungen (OGH 1.8.2012, 1 Ob 134/12f)

- 19 *Bei einem Ehegatten wird ein Leidenszustand durch massive Eheverfehlungen seiner Frau verursacht.*
- 20 *Da nicht einmal der Ehegatte selbst für durch seine Eheverfehlungen herbeigeführte Gesundheitsbeeinträchtigungen des Partners hafte, sei eine Haftung des Dritten (hier des Ehebrechers), den ja keine Pflichten aus dem Ehevertrag treffen, nicht zu begründen.*
- 21 Der OGH lässt offen, ob allenfalls der Dritte (Ehebrecher) nach § 1295 Abs 2 ABGB (Schikane/sittenwidrige Schädigung) haftet, wenn dieser gegenüber dem Ehemann besonders rücksichtslos vorgeht oder es gar darauf anlegt, ihm psychische Qualen zuzufügen. ME wird das zu bejahen sein.

5. Zum dogmatischen und schematischen Ansatz beim Trauerschmerzensgeld

Fall: Verlust mehrerer Angehöriger (OGH 2 Ob 161/12h)

- 22 *Der OGH folgt bei der Bemessung des Trauerschmerzensgeldes einem schematischen Ansatz, der sich an den familiären Beziehungen zwischen dem hinterbliebenen Angehörigen und dem Unfallopfer orientiert. Der Seelenschmerz über den Verlust mehrerer Angehöriger lasse sich nicht in Anteile zerlegen. Der Tod des Vaters war für die Trauerreaktion der Klägerin überwiegend (mit-)kausal. Das reiche, um den Ersatzanspruch dem Grunde nach zu beja-*

hen. Dass die Klägerin auch um den ebenfalls getöteten Bruder trauert, für den sie schon dem Grunde nach keinen Anspruch hat, da dieser den Verkehrsunfall grob fahrlässig verschuldet hat, mindere nicht den Anspruch für den Vater. Bei anderer Ansicht könnte das zu dem paradoxen Ergebnis führen, dass ein berechtigter Anspruch eines Hinterbliebenen gegen den Haftpflichtigen umso geringer ausfällt, je mehr getötete (aber zB nicht zur Kernfamilie gehörende) Angehörige es bei einem Unglück gibt.

Der Fall zeigt mE deutlich, wie schwierig es ist, überzeugende Grenzen und Elemente des (in Wahrheit erfundenen) **Trauerschmerzensgeldes** zu finden.¹⁸ Setzt man tatsächlich beim Trauerschmerzensgeld an, so ist die Beschränkung auf nahe Angehörige nicht einzusehen.¹⁹ Unter Zugrundelegung der Judikatur erscheint die obige Entscheidung aber konsequent; zur Gefahr möglicher Ausuferung gleich nächstes 6. Erkenntnis.

Der grundlegende dogmatische Ansatz beim Trauerschmerzensgeld fällt viel problematischer und zweifelhafter aus als der schematische. In Wahrheit gibt es – ohne subjektive Eigenwertungen einfließen zu lassen – keine wirklich tragfähige positiv-rechtliche Grundlage. Entlarvend für diesen Umstand ist die Feststellung von *Nitsch* (ZfRV 2019, 35) in ihrer Zusammenfassung: „Während für bloße Trauerschäden in Österreich eine gesetzliche Anspruchsgrundlage fehlt und die Ö Rsp in Analogie Ersatz zuspricht,.....“ Ohne dies hier näher ausführen zu können,²⁰ fehlen allen Analogieversuchen die maßgeblichen Voraussetzungen. Dass ein Zustand rechtspolitisch „unbefriedigend“ sein mag und befriedigend gelöst werden soll, ist **Aufgabe der Gesetzgebung**, aber nicht unzulässiger Rechtsfortbildung durch die Gerichte. Freilich ist aber in der Judikatur „die Post“ längst abgefahren. Alle dogmatischen Versuche, die Judikatur wieder auf das positive Recht zurückzuführen, sind von vornherein zum Scheitern verurteilt. Die derzeitige Lage entspricht nicht mehr dem Legalitätsprinzip und der Rechtssicherheit. Fast in allen einschlägigen Rechtsfragen herrscht große Unsicherheit. Um nur die wichtigsten zu nennen: Haftungsvoraussetzung nur grobe oder auch leichte Fahrlässigkeit, Kreis der Anspruchsberechtigten. Ein naher Angehöriger mag überhaupt nicht trauern, ein jahrzehntelanger Freund aber besonders intensiv. Nur ein „**besonderes persönliches Naheverhältnis**“, wie es jetzt der deutsche Gesetzgeber im Gesetz zur Einführung eines Anspruchs auf Hinter-

18 Vgl die ausführliche Darstellung der höchst unklaren und umstrittenen Rechtslage zum bloßen Trauerschaden in Österreich bei *Nitsch*, Schock und Trauerschadenersatzansprüche nach österreichischem und deutschem Recht, ZfRV 2019, 20 ff (23 ff).

19 Dazu näher 8.

20 Vgl dazu aber näher in diesem Buch *Schickmair* unten Teil 2 Rz 176 ff; aber auch in *Reischauer/Spielbüchler/Welser* (Hrsg), Reform des Schadenersatzrechts Bd III (2008) 22 und 76 ff.

bliebenengeld in § 844 Abs 3 BGB vorgesehen hat,²¹ kann eine sachlich begründbare Voraussetzung sein. Auch verdienstvolle neuere Versuche und Ansätze, den Ersatz von Trauerschmerzensgeld auf sichere dogmatische Beine zu stellen,²² nämlich der Ansatz beim Persönlichkeitsrecht nach § 16 ABGB, konkret einem Recht auf familiäre Nahebeziehung, kommen in ein ganz weites Feld, das zur Lösung von Einzelfragen kaum beitragen kann. Man kann das auch „rechtsdogmatische Feinarbeit“²³ nennen, so kommt auch diese ohne nähere positiv-rechtlichen Grundlagen nicht aus. **Es ist mE dringendst der Gesetzgeber gefordert.** Die neue deutsche Regelung zum Hinterbliebenengeld und bereits vorliegende österreichische Vorschläge²⁴ könnten dabei eine Hilfe bzw Grundlage sein. Da eine Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit auch beim Ansatz nach § 16 ABGB dogmatisch nicht haltbar ist, sollte wegen des pragmatischen Arguments, dass zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit nur ganz schwer abzugrenzen ist, auf eine Differenzierung verzichtet werden.

6. Zweifel am Obduktionsergebnis als Schockschaden?

Fall: OGH 11.10.2012, 1 Ob 171/12x

- 25 *Anhaltende Zweifel der Eltern am Ergebnis eines Obduktionsgutachtens, das die Ursache des Todes ihres Kindes nicht klärte, seien bei objektiv-typisierender Betrachtung in ihrer Eignung, einen Schockschaden herbeizuführen, mit den Fällen eines unerwarteten Todes-/Verletzungsfalls nicht gleichzusetzen. Eine Haftung der gerichtsmedizinischen Sachverständigen sei wegen des fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhanges zu verneinen.*
- 26 Alles zur mangelnden Gleichsetzung ist nur Behauptung, eine nähere Begründung findet sich nicht. In Wahrheit kann nur der Gesetzgeber über die Haftungsgrenzen entscheiden (vgl oben 5.).

7. Keine zu knappe Bemessung

Fall: OGH 29.4.2013, 8 Ob 35/13z

- 27 *Bei der Bemessung des Schmerzensgeldes seien Vergleiche mit anderen Fällen immer problematisch, weil ein identer Sachverhalt kaum möglich ist. Der von*

21 Vgl näher dazu wieder *Nitsch*, ZfRV 2019, 24; vgl aber auch OGH 4 Ob 176/19i (17-jährige trauert um Schwester), wo das Höchstgericht auf eine „enge Gefühlsbindung“ abgestellt hat.

22 So *Beisteiner*, Angehörigenschmerzensgeld (2009) 79 ff und *E. Wagner* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1293 Rz 49b ff.

23 Vgl *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁻⁰¹ § 16 Rz 3.

24 Vgl wieder *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform des Schadenersatzrechts III – Vorschläge eines Arbeitskreises (2008) 76 f.