

ua das Manifestationsbegehren der Antragsgegnerin abgewiesen.¹⁴

Beschluss des LG Leoben

Das LG Leoben gab dem dagegen gerichteten Rekurs der Antragsgegnerin Folge und änderte den erstinstanzlichen Beschluss dahingehend ab, dass dem Antragsteller aufgetragen wurde, „unter Vorlage seines FinanzOnline-Auszugs die sich in seiner Verfügung befindenden Lebensversicherungen, Bankguthaben, Wertpapierdepots, Bausparverträge, Sparbücher und sonstigen Ersparnisse samt Urkunden mit den jeweiligen Werten zum Aufteilungsstichtag binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution offen- und vorzulegen“; im Übrigen erging ein Aufhebungsbeschluss.¹⁵

IV. RESÜMEE

Zumal die inhaltliche Ausgestaltung eines Rechnungslegungsbegehrens selbst regelmäßig keine rechtserhebliche

Frage aufwerfen wird, ist dem Auskunftsbegehrenden ein relativ „starker Rechtsbehelf“ an die Hand gegeben, der auch gem § 354 EO exekutierbar ist. Daher lohnt es sich der Fassung eines Begehrens nach Art XLII EGZPO besonderes Augenmerk zu schenken.

¹⁴ Argumentiert wurde rechtlich damit, dass das Manifestationsbegehren nach Ablauf der Frist des § 95 EheG gestellt worden und daher verjährt sei, der „Stufenantrag“ nur als aktives Antragsmittel in Frage käme und zuletzt damit, dass das Begehren zu unbestimmt sei.

¹⁵ Der ordentliche Revisionsrekurs gegen den abändernden Teil der Entscheidung wurde für nicht zulässig erklärt, weil diesbezüglich keine erhebliche Rechtsfrage als gegeben erachtet wurde; vgl dazu auch FN 9.



RENÉ SEBASTIAN
BAUER

Der Autor ist Facharzt für Chirurgie, Facharzt für Orthopädie und zertifizierter Sachverständiger beim Landesgericht Salzburg.

2024/57

Schmerzensgeldbemessung durch die medizinischen Sachverständigen – ein Auslaufmodell?

I. WORUM GEHT ES?

Die Wiedergutmachung eines erlittenen Schadens durch den Schädiger ist seit der Antike stetiger Grundsatz der Rechtsprechung. Bei materiellen Schäden ist der entsprechende Betrag „relativ einfach“ zu ermitteln. Anders liegt die Sache bei Körperschäden: Im römischen Recht galt zwar das Prinzip des „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ (Talionsprinzip), bereits in Zeiten der römischen Republik wurde aber Abgeltung durch Geldleistungen grundsätzlich erwogen (Lex Aquilia). Der menschliche Körper hatte per se aber keinen Wert.

Problematisch war und ist die Festlegung der Höhe des Ausgleichsbetrages bei Körperschäden. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen zu diesem Thema sind in Europa, besonders im deutschsprachigen Raum, in den Auswirkungen ähnlich, ausgehend von der Weiterentwicklung der „Lex Aquilia“ im 17. und 18. Jahrhundert. Der entsprechende Text im ABGB ist über 200 Jahre alt und sehr kurz gefasst (1812). Im deutlich jüngeren BGB ist zwar die Beschreibung etwas ausführlicher, bleibt aber hinsichtlich der Höhe der zu zahlenden Ausgleichsbeträge ebenfalls im Allgemeinen. Im „Code Civil“, ältester Rechtskodex der Moderne (1804), ist hingegen nur der allgemeine Anspruch auf Wiedergutmachung festgelegt, ohne besondere Berücksichtigung von Körperschäden.

Diese unterschiedliche Akzentsetzung prägte bis vor wenigen Jahrzehnten die juristische Behandlung von Schadenersatz.

Unter Federführung der Europäischen Kommission haben zwischen 2000 und 2003 in Trier Konferenzen der Verkehrsrichter stattgefunden,¹ in denen sich die Staaten der EU darauf verständigt haben, eine gemeinsame „Richtlinie“ zur Festlegung von Kompensationen für erlittenes Ungemach zu erarbeiten, was bis heute aber noch nicht realisiert werden konnte. Festgelegt ist nur der Grundsatz, dass idR das Recht aus dem Land gilt, in dem der Versicherer seinen Sitz hat.²

Trotzdem hat sich die Rechtsprechung in allen drei Ländern weiterentwickelt, das Bemessungskriterium ist nicht mehr der Schmerz an sich (Definition siehe unten), sondern die Einschränkung an Lebensqualität in allen ihren Aspekten, soweit sie durch den Schädiger zu verantworten ist.

¹ Organisiert von der „Europäischen Rechtsakademie, Trier“, die wiederum eine Stiftung der meisten Staaten der EU ist.

² Art 7 („Versicherungsverträge“) der Verordnung (EG) 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl L 2008/177, 6) sieht in Abs 2 UAbs 2 vor: „Soweit die Parteien keine Rechtswahl getroffen haben, unterliegt der Versicherungsvertrag dem Recht des Staats, in dem der Versicherer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass der Vertrag eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist, ist das Recht dieses anderen Staates anzuwenden.“ VO (EG) 2007/864.

Auch der OGH in Wien hat sich dieser Auffassung in multiplen Urteilen und Rechtssätzen angeschlossen. Dort wird auch der Begriff „Schmerzensgeld“ zunehmend durch allgemeinere Formulierungen wie „Ungemach“ oder „Unbill“ ersetzt.³ „Schmerz“ im engeren Sinn ist nicht mehr ausschließliche Voraussetzung für die Zumessung von Schmerzensgeld.

Banal, aber leider nicht allgemein respektiert ist der Grundsatz, dass der Entscheidungsträger in jedem Fall, und den Grundsätzen der Judikatur seit Jahrhunderten entsprechend, das zuständige Gericht ist. Diese Befugnis ist nicht auf andere übertragbar.

II. WAS GEHT DAS DEN MEDIZINISCHEN SACHVERSTÄNDIGEN AN?

Rein rechtlich gar nichts, denn die Festlegung des Ausgleichsbetrags ist zumindest im europäischen Rechtskontext, wie oben geschildert, ausschließlich Sache der Gerichte. Praktisch ist der medizinische Sachverständige aber das Bindeglied zwischen der Feststellung objektiver Fakten und ihrer Wertung und Interpretation durch die Gerichte. Man könnte auch sagen, er liege zwischen Hammer und Amboss – eine Position, die umso ungemütlicher wird, je mehr ihn die Rechtsprechung in seiner Beurteilung allein lässt. Hier ergeben sich zwischen den mir vertrauten Systemen in Frankreich, Deutschland und Österreich erhebliche Unterschiede.

Die französische Rechtsprechung war lange bei der Beurteilung von „Schmerzensgeld“ ziemlich hilflos. Eigentlich gab es diesen Begriff gar nicht. Eine Verfahrenstrennung beim Zuspruch von Ausgleichszahlungen für materiellen Schaden, Invalidität und immateriellen Schaden fand bis vor 15 Jahren, entsprechend der allgemeinen Formulierung im Code Civil, nicht statt. Der Schaden (*Dommage* oder *préjudice*) als Summe der drei Bereiche „*Dommage corporel*“, „*Dommage matériel*“ und „*Dommage moral*“ wurde in einer Summe festgelegt, auch unter Einbeziehung der Ausgleichszahlungen an Träger der Sozialversicherung. Um offensichtlichen Fehlentwicklungen (vorrangige Ansprüche von Sozialversicherungen wurden letztlich aus dem „*Dommage moral*“ bedient) zu begegnen, erfolgte durch eine eigens dafür geschaffene Arbeitsgruppe um *Jean-Pierre Dintilhac*, Präsident der 2. Kammer des *Cour de Cassation*, im Juli 2005 eine sehr subtile Differenzierung, die als „*Nomenclature Dintilhac*“ inzwischen sehr weitgehend Grundlage der Gerichtsentscheidungen geworden ist. Die nicht-materiellen Ersatzansprüche werden nun in verschiedenen, genau definierten Kategorien getrennt festgelegt. Der Vorteil ist, dass auch die beteiligten Sachverständigen genau wissen, welche Fragen sie zu beantworten haben. Es darf aber nicht vergessen werden, dass es sich hier um eine Praxis der Rechtsprechung und nicht um eine Gesetzesgrundlage handelt. Vereinzelt hängen Gerichte noch der früheren Praxis an.⁴ Neben der rein ärztlichen Aufarbeitung der ob-

jektiven Folgen eines Unfalls steht die Festlegung der funktionellen Verletzungsfolgen im Vordergrund, aufgeschlüsselt nach dem zeitlichen Ablauf, und gegebenenfalls auch eine Feststellung des Dauerschadens. Hierzu gibt es relativ stringente „Einschätzungsempfehlungen“, vergleichbar mit denen, die auch in Deutschland und Österreich im Recht der privaten Unfallversicherung gelten.

Hingegen werden Schmerzen im engen Sinn („*Souffrances*“) sehr pauschal, ausgehend von Erfahrungswerten bei vergleichbaren Verletzungen, bemessen. Andere Faktoren, wie psychische Belastung, Leid von Angehörigen des Opfers, allgemeine Einschränkungen der Lebensqualität usw. werden bei Bedarf jeweils in eigenen Punkten abgehandelt.

Dadurch kommt es zu einer Annäherung an die Situation in Deutschland und Österreich, wo im Haftpflichtrecht die Fragen nach den Körperschäden und deren Folgen von rein materiellen Fragen seit jeher getrennt behandelt werden.

Nicht vergessen werden darf, dass medizinische Sachverständige in Frankreich, wenn sie in die Listen der Gerichte eingetragen werden wollen, eine relativ anspruchsvolle zweijährige Zusatzausbildung mit einem Universitätsdiplom nachweisen müssen. Diese umfangreiche Ausbildung gewährleistet eine relativ einheitliche Handhabung der doch recht diffizilen Beurteilungskriterien und stellt einen großen strukturellen Unterschied zur Situation in Österreich oder gar in Deutschland dar. In Österreich wird die „Zertifizierung“ von Sachverständigen sehr allgemein gehalten, betrifft gleichermaßen Bau-, Kfz-, medizinische und andere Sachverständige, und umfasst lediglich rechtliche Basiskenntnisse. In Deutschland gilt nicht einmal das. Nach Meinung der Ärztekammern dort ist jeder approbierte Arzt befähigt, Gutachten zu erstellen, ein oft folgenschwerer Irrtum. (In den meisten anderen Bereichen gibt es durchaus von der zuständigen Industrie- und Handelskammer zertifizierte und allgemein beeedete Sachverständige.)

Im deutschsprachigen Raum werden im Sozialrecht⁵ und auch im Versicherungsrecht⁶ die gleichen Standard-Referenzwerke der Sachverständigen herangezogen. Im Haftpflichtrecht bei Körperschäden bestehen aber erhebliche Unterschiede: In Deutschland gibt es einen Schmerzensgeld-Anspruch (auf das „s“ kommt es an), der aber nicht vom Sachverständigen bewertet wird. Dieser muss sich auf die Feststellung objektivierbarer Schäden und der sich daraus aus medizinischer Sicht logisch ergebenden Funktionseinbußen beschränken. Auf dieser Basis stellt dann das Gericht unter Rückgriff auf frühere Rechtsprechung die Höhe des angemessenen Schmerzensgeldes fest. Hierzu gibt es Tabellen, die teils frei im Internet oder in den berufsspezifi-

³ RS0031307; RS0031232.

⁴ Näheres unter *Le Roy ua, L'évaluation du préjudice corporel* (2022).

⁵ *Schönberger/Mehrtens/Valentin, Arbeitsunfall und Berufskrankheit* (2017).

⁶ *Schiltenswolf/Hollo/Gaidzik* (Hrsg.), *Begutachtung der Haltungs- und Bewegungsorgane* (2020).

schen Portalen eingesehen werden können⁷ und laufend angepasst werden.

In Österreich hat sich eine Besonderheit dahingehend herausgebildet, dass einem medizinischen Sachverständigen nicht nur aufgegeben wird, objektive Tatsachen festzustellen, also Art und Umfang von Verletzungen, sondern auch die sich daraus ergebenden Schmerzen in drei Kategorien festzulegen. Diese „österreichische Lösung“ geht davon aus, dass ein medizinischer Sachverständiger besser als ein Gericht in der Lage sei, die konkret empfundenen Schmerzen eines Geschädigten zu beurteilen. Dies ist aus der historischen Auffassung abgeleitet, dass es, passend zu einem bestimmten mechanisch definierten Körperschaden, ein standardisierbares „Schmerzkorrelat“ gibt. Dieses Vorgehen der Rechtsprechung wird mit drei Schmerzkategorien nach Prof. *Holczabek* begründet, wobei die wesentlich differenziertere Analyse von Prof. *Holczabek* selbst aber geflissentlich verdrängt wird. Die allgemeinen Ausführungen von *Holczabek* haben an Aktualität nichts verloren, siehe weiter unten. *Holczabek* führt detailliert aus, dass nicht der Schmerz allein, sondern der „Leidenszustand insgesamt“ bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen sei. Seine Definitionen der „Schmerzzustände“ sind aber doch stark geprägt von den Standards der Generation der Weltkriegsteilnehmer, es bleibt eine argumentative Lücke zwischen den „Schmerzperioden“, wie er sie beschreibt, der objektivierbaren Umsetzung und der allgemeinen Einschränkung der Lebensqualität. Seine Publikation,⁸ so aktuell sie in einigen Passagen bleibt, beruht auch auf der Realität der 1970er-Jahre, damals wurden viele Krankheitszustände, die heute ambulant behandelt werden, in mehrwöchigen, gar monatelangen Krankenhausbehandlungen versorgt. Damit entfällt natürlich auch die tagtägliche Dokumentation des Zustands der Patienten. Diese stellt aber wiederum eine wichtige Grundlage für die Einteilung in Schmerzperioden nach *Holczabek* dar. Auch eine „Raffung“ nach Tagen sieht *Holczabek* zumindest für die Dauer der Krankenhausbehandlung nicht vor.

Unstreitig ist, als Folge der eingangs genannten europäischen Standardisierungsbemühungen auch wieder sehr aktuell, dass auch nicht direkt schmerzbedingte Unbill in Folge einer Schädigung zu kompensieren ist. Der OGH in Wien hat konsequenterweise wiederholt in Grundsatzentscheidungen festgelegt, dass es auf die Störung nicht nur der körperlichen Integrität, sondern auch des allgemeinen Wohlbefindens und den Folgen psychischer Belastung ankommt. Als Beispiele seien hier erwähnt: Entscheidungen betreffend die Zeit der Beatmung auf einer Intensivstation im „künstlichen Koma“, obwohl der Patient medizinischwissenschaftlich in dieser Zeit keinen Schmerz verspüren konnte. Ähnliches gilt für den Beinbruch bei einer Verletzung, die bereits vor dem aktuellen Unfall sensibel querschnittgelähmt war.⁹

Daraus folgt ganz allgemein, dass verschiedenste Beeinträchtigungen des „Wohlbefindens“ eines Geschädigten zu

berücksichtigen sind. Dazu gehören dann auch erzwungene Bettlägerigkeit, Einschränkungen der körperlichen Mobilität (zB Verbot ein Kfz zu führen wegen Nebenwirkung von Schmerzmitteln), Schlafstörungen infolge Schmerz oder Einschränkung der Vigilanz als Folge von Medikamenten-Nebenwirkungen. Alle diese Faktoren, die laut der „Nomenclature Dintilhac“ in Frankreich fein säuberlich getrennt zu bewerten sind, sollen hier von einem einzelnen chirurgischen Gutachter in globalen Schmerzperioden berücksichtigt werden, dies auch noch „zeitlich gerafft“. Da die Rechtsprechung dem Sachverständigen aber jeglichen Bemessungsmaßstab vorenthält, ist dieser mit der Aufgabe grundsätzlich überfordert. (Siehe unten: Was ist Schmerz?)

III. WAS IST SCHMERZ?

Allein diese Frage offenbart schon die Möglichkeit der Missverständnisse. Etwas flapsig formuliert: Für einen Mediziner, und erst recht einen Chirurgen, ist „Schmerz“ ein Zustand, in welchem der Betroffene „Au“ sagt. Im Folgenden werde ich dafür den Begriff „Au-Schmerz“ verwenden. Dieser „Au-Schmerz“ ist auch der zentrale Faktor bei der Einteilung nach *Holczabek*.

Für den Juristen hat die Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten aber andere Kriterien entwickelt, es kommt letztlich auf die Einschränkung der Lebensqualität insgesamt an. In der juristischen Literatur werden oft Extremfälle als Grundlage der Erläuterung herangezogen, die in der täglichen Praxis erfreulicherweise aber nur eingeschränkt anwendbar sind (siehe *Danzl*;¹⁰ auch ist die Rechtsprechung des OGH nicht immer kohärent¹¹).

Medizinisch gesehen ist Schmerz auf jeden Fall eine rein subjektive Empfindung, die daher prinzipiell nicht messbar ist. „Au-Schmerz“ oder äquivalente Empfindungen werden von allen Tieren, nach neueren Erkenntnissen sogar von Pflanzen empfunden. Teleologisch betrachtet bewirkt dies die Vermeidung von schädigendem Verhalten oder schädigenden Umwelteinflüssen: Hitze, Kälte, scharfkantige Gegenstände, aggressive chemische Substanzen etc. Es gibt Hinweise auf eine genetisch verankerte Schmerzempfindlichkeit, die beim Menschen in unterschiedlicher Ausprägung vorliegen kann.

Auf einer zweiten Ebene spielen kulturelle oder auf den Einzelfall bezogene Erziehungseinflüsse beim subjektiven „Schmerzempfinden“ eine Rolle. In der Algesiologie wurden in den letzten Jahrzehnten Fragebögen entwickelt, die einen Eindruck der subjektiv empfundenen Beeinträchtigung ermöglichen sollen. Die Interpretation ist aber schwierig und selbst in der Hand von Spezialisten sind die Ergeb-

⁷ *Hacks/Wellner/Häcker/Offenloch*, Schmerzensgeldbeträge 2023⁴¹ (2022).

⁸ *Holczabek*, Gerichtsmedizinische Grundlagen der Schmerzensgeldbestimmung, enthalten in *Gesellschaft der Gutachterärzte Österreichs*, Das Schmerzensgeld (1976) 24.

⁹ OGH 3 Ob 116/05 p; 3 Ob 78/08 d.

¹⁰ *Danzl*, Handbuch Schmerzensgeld (2019) 79 ff.

¹¹ RS0115189; RS0116865; RS0031307.

nisse oft nicht reproduzierbar – einmal abgesehen von der Möglichkeit eines „Lerneffekts“, also der bewussten Ergebnismanipulation durch den Probanden. Selbst die „Deutsche Schmerzgesellschaft eV“ stellt als parteiische Vertreterin von Schmerzpatienten fest: „Schmerzen sind zwar ein individuelles und von jedem Menschen anders empfundenes Sinnes- und Gefühlserlebnis. Dennoch können sie gemessen werden. Bis heute gibt es allerdings kein sicheres Verfahren, um ohne Mithilfe des Patienten die genaue Schmerzstärke zu ermitteln.“¹²

Die verschiedenen Messmethoden (visuelle Analogskala, Fragebögen etc) sind sicher sinnvoll, um zB den Verlauf bei ein und demselben Patienten zu beurteilen. Zum interindividuellen Vergleich sind sie unbrauchbar. Insbesondere ist auch einschränkend zu berücksichtigen, dass eine Begutachtung ja fast regelhaft Jahre nach dem auslösenden Ereignis stattfindet, auch der aufrichtigste Proband wird aber kaum in der Lage sein, zwei bis drei Jahre oder noch länger nach dem Schmerzereignis einen solchen Fragebogen korrekt zu beantworten. In der konkreten Behandlungssituation, zB nach einem Unfall, erfolgt eine solche im Verlauf mehrfach zu wiederholende Schmerzbewertung aber praktisch nie.

Der mancherorts als „Substitut“ herangezogene Umfang der medikamentösen Schmerzbehandlung ist ein völlig untaugliches Instrument, da Verordnung und Einnahme von Schmerzmitteln von einer nicht mehr überschaubaren Vielzahl von Faktoren abhängen. Dazu gehören die persönliche Einstellung der behandelnden Ärzte und deren schmerztherapeutische Kompetenz, eventuelle Therapieprotokolle in den Kliniken, aber auch Moden, die sich sehr schnell ändern können. So wurde die Verordnung von Opiaten (Morphium-Abkömmlinge) in den letzten 15 Jahren unter Einfluss US-amerikanischer Publikationen stark ausgeweitet und nach dem katastrophalen Anstieg von Opiatabhängigkeiten in den USA wieder zurückgefahren.¹³ Das alles hatte aber mit der subjektiven Schmerzempfindung von Patienten nichts zu tun. Die Verordnung von Opiaten als „starke“ Schmerzmittel (Gruppe III) führt bei manchen Sachverständigen aber zur Feststellung „starker Schmerzen“. Anders formuliert: Wenn der behandelnde Arzt unter dem Eindruck der US-amerikanischen Publikationen mehr oder we-

¹² www.schmerzgesellschaft.de/patienteninformationen/schmerzdiagnostik/

¹³ Wikipedia.org/wiki/Opioidkrise_in_den_Vereinigten_Staaten



Für Rechtsanwält:innen gemacht.

Effizientes & sicheres Arbeiten!

cloudANWALT garantiert Rechtsanwaltskanzleien mit einem oder mehreren Standorten effizientes und sicheres Arbeiten, vollkommen zeit-, orts- und geräteunabhängig. Erreichen Sie mit cloudANWALT ein Sicherheitsniveau für Ihre sensiblen Daten, wie es in fast keiner Kanzlei möglich ist.

Bereits ab
€ 45,-
pro
User/Monat

- ✓ Für ADVOKAT, jurXPERT, Archivium, ERV, oder Diktier- und Spracherkennungslösungen optimiert
- ✓ Spart Investitions- und Wartungskosten für lokale IT und Server
- ✓ Daten liegen sicher & DSGVO konform auf Ihrem virtuellen Server in einem österreichischen Rechenzentrum mit ISO 27001 Zertifizierung
- ✓ Schnelle Einrichtung, minimaler Umstiegsaufwand & maximale Flexibilität
- ✓ Rundum-sorglos-Paket für Ihre Kanzlei

Kostenlose Beratung vereinbaren!

sales@bds.info +43 664 3582075

Business Data Solutions GmbH

Fischauer Gasse 150, 2700 Wr. Neustadt

www.cloudanwalt.info | T +43 2622 82 570 | office@bds.info

niger Opiate verordnet, bekommt der Geschädigte auch mehr oder weniger Schmerzensgeld.

Ähnliche Schwierigkeiten treten bei der Bewertung des Schlafes auf. *Holzabek* selbst geht darauf nicht ein, irgendwann berücksichtigte die österreichische Rechtsprechung die Dauer des Schlafes mit acht Stunden/Tag als schmerzfrei. Ob und wie der Geschädigte tatsächlich zum Schlafen kommt, bleibt dabei außen vor. Es ist wohl notwendig, daran zu erinnern, dass Schlafentzug zu den effizientesten Foltermethoden einschlägiger Organisationen gehört, und über mehrere Tage anhaltende Störungen des Schlaf-Wachrhythmus nachhaltige Gesundheitsstörungen verursachen.

Im Übrigen wird die Schmerz-Empfindung neben der mechanischen oder chemischen Ursache moduliert:

- Durch die psychische Verfassung des Betroffenen: Ein und derselbe Mensch kann je nach seiner momentanen psychischen Verfassung die durch eine objektiv vergleichbare Körperschädigung verursachten Schmerzen sehr unterschiedlich empfinden.
- Durch die kulturelle Einflussnahme: Es seien hier nur die (dummen) Sprüche wie „ein Indianer kennt keinen Schmerz“ bis zum „Mamma mia“-Syndrom am anderen Ende der Skala erwähnt.
- Durch individuelle Unterschiede: Verschiedene Menschen reagieren sehr unterschiedlich auf vergleichbare Schädigungen. Moderne Gehirnforschung hat hierzu sogar genetisch festgelegte Eigenschaften objektivieren können, aber es ist auch eine sehr komplexe Wechselwirkung mit der sozialen Umgebung zu berücksichtigen.
- Durch die konkrete Situation, in der der Schmerz auftritt: Angst ist ein wesentlicher Teil der Schmerzempfindung, mechanisch vergleichbare Schmerzursachen werden daher je nach Umständen sehr unterschiedliche Schmerzempfindung auslösen.

Damit steht der medizinische Sachverständige bei der Forderung eines Gerichts nach Festlegung von Schmerzperioden nach *Holzabek* vor grundsätzlich unlösbaren Aufgaben, wenn ihm das Gericht nicht sehr präzise Fragen zur Bewertung stellt.

Ich will das an einem alltäglichen Fall erläutern (und nicht an seltenen Krankheitsmodellen wie „Apallischem Syndrom“ oder „Querschnittslähmung“, die nicht der Standard-Fragestellung entsprechen): Ein Mensch erleidet einen Beinbruch. Alltägliche Frage nach der Schmerzensgeldhöhe, nichts Besonderes. Er wird regelrecht behandelt, starke Schmerzen sind nur in den Stunden nach dem Unfall zu erwarten, mittlere „gerafft“ für ein bis zwei Tage (einschließlich Krankenhaus-Aufenthalt!). Also recht wenig „Au-Schmerzen“. Er kann aber sechs Wochen sein Bein überhaupt nicht belasten, ist auf Krücken oder einen Rollstuhl angewiesen, kann kein Kfz führen. Weitere sechs Wochen ist Teilentlastung angesagt, also weiterhin Gehen nur mit einer Krücke, und stark eingeschränkt. Das tut alles nicht „weh“, ist also nach *Holzabek* ursprünglich nicht in den Schmerzperioden zu berücksichtigen, bedingt aber den-

noch eine ganz erhebliche Einschränkung der Lebensqualität. *Wer bewertet nach welchen Kriterien diese Faktoren?* In den gerichtlich formulierten Gutachtenfragen wird darauf in der Regel nicht eingegangen, der Sachverständige also mehr oder weniger alleingelassen. Je nachdem wie er die verschiedenen Anforderungen nach eigenem Gutdünken interpretiert, kommen auch sehr diskrepante „Schmerzperioden“ dabei heraus.

Zusammengefasst muss daher die derzeitige Praxis der österreichischen „Schmerzensgeld“-Einschätzung als sehr problematisch gesehen werden. Selbst verfassungsrechtliche Gründe sprechen dagegen, da der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Willkürverbot nicht gewahrt werden. In deutschen wie österreichischen Standard-Kommentaren, aber auch bei *Holzabek* wird festgestellt, dass „vergleichbare Schädigungen vergleichbare Schmerzensgeldansprüche begründen sollten“,¹⁴ ein Grundsatz, der prinzipiell auch in der österreichischen Rechtsprechung gilt,¹⁵ auch bei Berücksichtigung der Einzelfallgerechtigkeit, die ebenfalls Verfassungsrang hat. Die Abwägung der Bedeutung dieser beiden Grundsätze kann nur durch das Gericht erfolgen. Ein unfallchirurgischer oder orthopädischer (oder sonstiger medizinischer) Sachverständiger ist nicht qualifiziert, eine solche Abwägung durchzuführen. Die immer noch angewandte „Dreiteilung“ von Schmerzen nach Prof. *Holzabek*, zu „raffen“ nach Regeln, die jeder SV nach eigenem Gutdünken festlegt, war, wie dargelegt, schon vor Jahrzehnten problematisch und ist heute wissenschaftlich als absolut obsolet anzusehen. Schwierig ist auch die Einordnung der verschiedenen „Schmerzkomponenten“.¹⁶

Daraus ergibt sich der Vorwurf an die Justiz, mit unpräzisen Gutachtenfragen Sachverständige zu Aussagen zu verleiten, die sie nicht machen dürften, weil ihnen trotz etablierter Kompetenz in ihrem Fachgebiet die nötigen Fach- und Sachkenntnisse zur Beurteilung des „Schmerzes“ im rechtlichen Sinne fehlen, und es auch keine Tabellen oder Kataloge gibt, die als Vergleichsmaßstab dienen könnten. Ein auf dieser Basis erbrachtes „Schmerzkalkül“ endet zwangsläufig im Nirwana der Willkürlichkeit mit allen sich daraus ergebenden rechtlichen und gesellschaftlichen Folgen. Die fast 50 Jahre alte Feststellung *Holzabeks*, dass „der Richter kritisch prüfen muß, ob nicht der Arzt seine Grenzen überschreitet“, ist nach wie vor uneingeschränkt gültig.

Exemplarisch hierzu seien zwei Fälle aus dem RIS herangezogen:

¹⁴ *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, Beck'sche Kurzkommentare zu § 253 Bd 64 (2022) Rz 15: „Für vergleichbare Verletzungen ist idR unabhängig vom Haftungsgrund ein annähernd gleiches Schmerzensgeld zu gewähren.“

¹⁵ RS0031075: „Bei der Bemessung des Schmerzensgelds ist einerseits auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen, andererseits zur Vermeidung einer völligen Ungleichmäßigkeit der Rechtsprechung ein objektiver Maßstab anzulegen. Es darf der von der Judikatur ganz allgemein gezogene Rahmen für die Bemessung im Einzelfall nicht gesprengt werden.“

¹⁶ Eine ziffernmäßig getrennte Bemessung nach seelischen und körperlichen Schmerzen ist unzulässig (*Danzl in Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, *Das Schmerzensgeld* (2014), RS0031058).

- 2 Ob 108/15 v: Ein Skilehrer wird auf einer einfachen Piste von einem ungeübten Fahrer umgefahren und klagt in der Folge über Kopf-, Hals- und Schulterschmerzen. Im Verlauf des Verfahrens wird (wohl vom medizinischen Sachverständigen) festgestellt, dass degenerative Vorschäden an der Halswirbelsäule und der Schulter bestehen, ein unfallbedingter Dauerschaden wird ebenso wie eine zukünftige Verschlechterung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen. Als Sachverständiger kann ich daraus folgende Schlüsse ableiten:

- Ein unfallbedingter Strukturschaden ist weder an der HWS noch an der Schulter nachgewiesen.
- Eine Schädelverletzung oder Hinweis auf Schädelprellung lag nicht vor.

Also ist ein relevanter Unfallschaden nicht nachgewiesen.

Erstinstanzlich und im Rekurs wird ein Schmerzensgeld von € 45.000,- zugesprochen. Der OGH reduziert diesen Betrag auf € 25.000,-.

- 2 Ob 214/14 f: Ein achtjähriger Bub erleidet eine Vorfußquetschung durch Überfahren. Es kommt neben Weichteilschäden zu Brüchen von Zehen und des zweiten Mittelfußknochens, letztlich muss die zweite Zehe im Mittelfußglied amputiert werden, es bleibt eine Narbe an der Fußsohle, vollständige Beschwerdefreiheit wird nicht mehr zu erreichen sein, die Sportfähigkeit bleibt dauerhaft erheblich eingeschränkt. Letztlich wird das Schmerzensgeld auf € 21.500,- festgelegt.

Aus ärztlicher Sicht ist auch nicht annähernd nachvollziehbar, warum trotz Fehlens eines Verletzungsnachweises, fehlender Dauerfolgen und Vorliegen unfallunabhängiger Alternativ-Ursachen für Beschwerden im ersten Fall ein deutlich höheres Schmerzensgeld zugesprochen wurde als im zweiten Fall, wo ein junger Mensch wohl bis an sein Lebensende mit jedem Schritt an das zugrundeliegende Unfallereignis erinnert werden wird. Ganz offensichtlich liegt hier eine Fehlinterpretation der „Schmerzperioden“ vor, auch bedingt durch die fehlende Differenzierung zwischen „Au-Schmerz“ und der eigentlich zu berücksichtigenden allgemeinen Unbill.

Dabei muss auch der grundsätzlich richtige Ansatz, dass die Vorgaben der Judikatur berücksichtigt werden müssen, differenziert werden. Im zweiten Fall stellt der OGH selbst fest, dass „Schmerzensgeld Zusprüche im Zusammenhang mit Zehenamputationen in der Judikatur – soweit ersichtlich – selten sind“. Als Konsequenz dieser Erkenntnis hätte man auf vergleichbare Funktionseinschränkungen von Füßen oder Beinen ausweichen müssen, also dem Sachverständigen die Frage nach den Funktionseinschränkungen und nicht nach den Schmerzperioden stellen müssen.

Im Übrigen mag sich jeder, der Erfahrung im Justizsystem hat, die Kosten der Verfahren durch drei Instanzen selbst errechnen. Sie liegen sicher im hohen fünfstelligen Bereich.

Bedenkt man, dass dies kein Einzelfall ist (nicht alles landet vor dem OGH), mag man sich auch ausrechnen, welch

hohe und **vermeidbare** Kosten der Allgemeinheit durch die geschilderte Praxis der Berechnung von Schmerzensgeld nach den „Holczabek-Regeln“ entstehen.

Als Lösung bieten sich an:

- einerseits die „Nomenclature Dintilhac“, wobei sich auch dort die Bewertung des „Au-Schmerzes“ nach dem Umfang der objektiv nachgewiesenen Verletzungen richtet, in einer „Globalbemessung“, die aber die Zeit der Heilung von den Schmerzen im Dauerzustand trennt. Eine der Willkür des Sachverständigen entspringende Einschätzung ist nicht vorgesehen;
- die deutsche Vorgehensweise, die nach Feststellung der objektiven Verletzungen und Funktionseinschränkungen das festzusetzende Schmerzensgeld aufgrund von Tabellen festlegt, die sich nach der bisherigen Rechtsprechung bei vergleichbaren Funktionseinschränkungen richten. Da Deutschland zehn Mal mehr Einwohner hat als Österreich, kann man extrapolieren, dass die Zahl der Entscheidungen, die zur Herstellung einer Analogie herangezogen werden können, auch zehn Mal so hoch ist. Angesichts der allgemein großen kulturellen und speziell sprachlichen Nähe sollte auch die österreichische Justiz auf diesen Erfahrungsschatz zugreifen können.

Im Hintergrund, und hier nur am Rande angesprochen, steht noch ein anderes Problem: Weltweit, und erst recht innerhalb der EU, ist die Freiheit des Reisens ein hohes Gut. Diese Reisefreiheit bringt es aber mit sich, dass Unfallverletzte aus verschiedenen Ländern kommen und die Versicherer in verschiedenen Staaten ihren Sitz haben können. Die sich daraus ergebenden Fragen hinsichtlich des anzuwendenden Rechts sind offensichtlich, die eingangs erwähnten Bemühungen, zumindest innerhalb der EU kohärente Bemessungsmaßstäbe für erlittenes Ungemach zu entwickeln, sollten wiederaufgenommen werden.

IV. FAZIT

- Die Entscheidung über die Höhe des Schmerzensgeldes ist eine genuine Aufgabe der Justiz. Diese kann sich nicht darin erschöpfen, „Schmerzperioden“, die ein Sachverständiger ohne Rahmenleitlinien nach eigenem Gutdünken festlegt, mit den entsprechenden Sätzen zu multiplizieren und daraus einen Schmerzensgeldanspruch zu errechnen. Dies führt de facto zur Delegation der wesentlichsten Aufgabe in einem Gerichtsverfahren an den dafür überhaupt nicht zuständigen Sachverständigen, also zu einem Systembruch. Dieser Grundsatz wird in der ständigen Rechtsprechung des OGH immer wieder bestätigt, leider halten sich aber viele periphere Gerichte in Österreich nicht daran.
- Die verfassungsgemäßen Grundrechte, hier also das Recht auf Gleichbehandlung, und das Willkürverbot, müssen gewahrt bleiben. Da ein Gericht aber genausowenig wie ein medizinischer Sachverständiger in der Lage ist, selbst eine objektiv nachprüfbare Einschätzung von Schmerz im ei-

- gentlichen Sinn („Au-Schmerz“) vorzunehmen, bleibt nur der Weg, dem einen „Leitrahmen“ zu Grunde zu legen, der typische Schäden katalogmäßig erfasst. Derartige Kataloge liegen in Form der deutschen Tabellen, der französischen „Schadenkataloge“ oder sonstiger ähnlicher Datensammlungen vor. Der Abgleich dieser Daten ist ausschließlich Aufgabe des Gerichts und nicht des Sachverständigen. Grundlage dieses Abgleichs im Rahmen der Beweiswürdigung wird freilich in wesentlichem Umfang das Gutachten des Sachverständigen sein. Dieser muss Funktionseinbußen nach objektivierbaren Kriterien feststellen, ebenso wie er Kausalitätsfragen präzise beantworten können muss. Prognosen sind bereits mit größeren Unsicherheiten verbunden, hier spielt die Motivationslage des Geschädigten ebenso eine Rolle, wie die Qualifikation der Behandler. Diese drei Punkte, und nur diese, können Grundlage der Beweiswürdigung durch das Gericht sein. Eine Teilvornahme der Beweiswürdigung durch den Sachverständigen, also Angabe von „Schmerzperioden“ nach sehr ungenauen Kriterien ohne mögliche Objektivierung und Quantifizierung, ist hingegen grundsätzlich als unzulässiger Rechtsbruch abzulehnen.
- Gerichtliche Sachverständige haben nur eingeschränkte Möglichkeiten, Forderungen nach Angabe von „Schmerzperioden“ durch die Gerichte abzuwehren. Folgen sie dieser Forderung nicht (was sie eigentlich tun müssten), bekommen sie keine weiteren Aufträge, womit sich das Pro-

blem für das Gericht erledigt. Es ist daher notwendig, innerhalb der Justiz dieses Thema aufzugreifen und zielgerichtet zu diskutieren.

- Ein Bewertungssystem von „Schmerzen“, das zu Diskrepanzen der Schmerzgeld-Zusprüche um ein Vielfaches bei vergleichbaren Körperschäden führt, ist jedenfalls nicht mehr rechtsstaatkompatibel. (Quelle: Im RIS dokumentierte Entscheidungen wie oben). Es muss darauf hingewirkt werden, dass dieser gravierende Missstand baldmöglichst beendet wird.
- Den Feststellungen von Prof. *Holczabek*, wie sie in der zitierten Publikation formuliert werden, ist fast uneingeschränkt zuzustimmen: Nur die von ihm genannten Schmerzperioden beruhen auf Konzepten und „Behandlungsumgebungen“, die heute nicht mehr existieren und nicht als verlässliche Grundlage der Schmerzgeld-Bestimmung herangezogen werden können. Die bereits von ihm festgestellten Dokumentationsmängel in den Krankenhaus-Akten haben massiv zugenommen, die „Kopftabellen“ sind längst dem Datenschutz zum Opfer gefallen, die Dauer von stationären Behandlungen ist im Vergleich zu 1976 auf einen Bruchteil zurückgegangen, die Dokumentation im ambulanten Bereich ist kaum existent, und letztlich muss man feststellen, dass die Beschreibung der drei Schmerzkatégorien von Anfang an den persönlichen Auffassungen der Gutachter einen viel zu hohen Spielraum gelassen hat.



Alle Bestimmungen zum Thema Weinerzeugung!

Die 7. Ergänzungslieferung bietet

- die Aktualisierung des Weingesetzes aufgrund der BGBl. I 2018/32, I 2019/48 und I 2023/91 sowie zahlreicher wichtiger Verordnungen!

Manz/Schroll/Schmid
Weingesetz

5. Auflage

ISBN 978-3-214-25390-5

150,00 EUR

shop.manz.at
