

Österreichisches

ANWALTSBLATT

Organ des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages

Oktober 1997

■ Ärztliche Substitutionsbefugnis

DDr. Peter Steiner und Dr. Gerald Fleisch, Innsbruck

■ Überlegungen zur Höhe des Schmerzensgeldes

Ing. MMag. Dr. Hermann Wenusch, Wien

■ Kostenersatz des freigesprochenen Disziplinarbeschuldigten im Disziplinarverfahren am Beispiel des Ziviltechnikerkammergesetzes 1993

RA Dr. Michael Sallinger, Innsbruck
Nachbemerkung: RA Prof. Dr. Walter Strigl, Wien



Wir sprechen für Ihr Recht.
DIE ÖSTERREICHISCHEN
RECHTSANWÄLTE

MANZ



nen unterliegt³⁶). Daß der Vertreter gleichsam im Namen des Vertretenen behandelt, stört jedenfalls den OGH³⁷) – der solches „als bloß administrativ bedingte Erscheinung“ gewertet hatte, die jedoch nicht imstande sei „am Grundsatz der eigenverantwortlichen Berufsausübung des Arztes zu rütteln“ – offenbar nicht.

VI. Resümee

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß die inkonsequente Rsp nicht darüber hinwegtäuschen sollte, daß gegenüber dem Patienten die Erfüllung **anstelle** des Vertragspartners (statt **für** diesen), also iS einer Substitution nach § 1010 ABGB, unter Ärzten weiterhin die Ausnahme bleiben wird und höchstens im Fall der Urlaubsvertretung (und auch dort nur unter gewissen Vorbehalten) zum Tragen kommen kann. In allen

anderen Fällen (Beziehung von Gehilfen, Beziehung eines Konsiliarius, mangelhafte Substitution, Erfüllung durch einen angestellten Arzt) ist von einer Erfüllungsgehilfenhaftung des Vertretenen nach § 1313 a ABGB bzw davon auszugehen, daß – mangels vertraglichem Behandlungsverhältnis zwischen Patient und Erstbehandler als notwendige Voraussetzung für eine mögliche Vertretung – der „Vertreter“ nur vermeintlich das **alter ego** des Erstbehandlers ist, in Wahrheit jedoch vollkommen eigenverantwortlich tätig wird.

36) Vgl dazu *Englähringer*, Ärztlicher Behandlungsvertrag, ÖJZ 1993, 488 (mwN), die der Meinung ist, daß die Ansicht des OGH (SZ 27/6), wonach ein Arzt schon begrifflich kein Erfüllungsgehilfe mehr sein könne, eine Einzelercheinung und so nicht haltbar sei.

37) OGH 13. 1. 1954, 2 Ob 805/53 =KRSlg 607 = JBl 1954, 437 = SZ 27/6.

Ing. MMag. Dr. Hermann Wenusch

Überlegungen zur Höhe des Schmerzensgeldes

Was ist „angemessen“?

§ 1325 ABGB: „Wer jemanden [...] verletzt, [...] bezahlt [...] ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.“

Welchen **Umständen** muß das Schmerzensgeld angemessen sein?

Dem Verschulden oder der Leistungsfähigkeit des Schädigers einerseits oder der Verletzung, dem Schmerz oder dem Einkommen (Vermögen) des Verletzten andererseits?

Schon allein gefühlsmäßig wird die Antwort wohl lauten, daß das Schmerzensgeld dem Schmerz des Verletzten entsprechen soll. Doch abgesehen von diesem Gefühl gibt es noch stichhaltige Begründungen: Dem ABGB in seiner Gesamtheit fehlt grundsätzlich der pönale Aspekt¹⁾; vielmehr steht der Ausgleich von erlittenem Schaden und entzogenem Nutzen im Vordergrund. Vor allem aber die Einordnung der Schmerzensgeldregelung bei den Bestimmungen über Schadenersatz lassen es unzweifelhaft erscheinen, daß das Schmerzensgeld ein Ausgleich für den erlittenen Schmerz sein und daher diesem angemessen sein soll. Diese Interpretation des Schmerzensgeldes als besonderer Schadenersatz entspricht sowohl der Rechtsprechung²⁾ als auch der Lehre. Sie ist offenbar so offensichtlich, daß sie kaum problematisiert³⁾ wird. Die getroffene Feststellung ist aber Fundament für die weiteren Überlegungen und zugleich hilfreich für das Verständnis.

Ist die Festsetzung des Schmerzensgeldes nun dem absolut freien Ermessen des Richters überlassen, wie verschiedentlich behauptet wird⁴⁾? Oder kann eine juristische und sozialwissenschaftliche Argumentation dazu doch etwas beitragen? Daß dies möglich ist, soll hier aufgezeigt werden:

Das Schmerzensgeld soll also dem erlittenen Schmerz angemessen sein. Das kann wohl nur bedeuten, daß die Bezahlung des Schmerzensgeldes grundsätzlich als solche Wohltat empfunden werden soll, daß der (das) erlittene Schmerz (Leid) genau ausgeglichen wird. Mit anderen Worten: Wohltat und Leid sollen sich die Waage halten. Oder „mathematisch“ ausgedrückt: Der absolute Betrag von Wohltat und Leid, die sich jedenfalls durch ihr Vorzeichen unterscheiden, soll gleich sein. Theoretisch angemessen ist – noch anders ausgedrückt – also grundsätzlich ein solches Schmerzensgeld, das den Vorfall (bestehend aus Verletzung und Schmerzensgeldzahlung) in der Erinnerung des Verletzten als neutral erscheinen läßt (die Erinnerung ist weder positiv noch negativ). Ist also jener Betrag

1) Zu beachten in diesem Zusammenhang aber möglicherweise: §§ 1310, 1324, 1331 f ABGB.

2) „Schmerzensgeld ist nicht Sühne für den Angriff“, sondern echter Schadenersatz: *Dittrich/Tades*, ABGB³⁴, E 275 zu § 1325.

3) Vgl *Jarosch et al*, Das Schmerzensgeld⁶, 188.

4) Siehe beispielsweise *Huber*, Fragen der Schadensberechnung², 17.

das angemessene Schmerzensgeld, um das man sich auch absichtlich verletzen ließe? Im allgemeinen sicher nicht. Gründe dafür gibt es wahrscheinlich mehrere – und zwar solche, die auf einfachen ökonomischen Überlegungen fußen als auch solche, die psychologisch begründet sind. Nur einige sollen hier beispielsweise angeführt werden:

a) Freiwillig „gibt“ man im allgemeinen nichts umsonst; daher möchte man auch davon profitieren, wenn man jemandem eine Körperverletzung am eigenen Leib erlaubt – ein einfacher Ausgleich ist zuwenig.

b) Jemand der dafür Geld offeriert, einem eine Verletzung zufügen zu dürfen, zieht daraus offensichtlich einen Nutzen – dieser Nutzen soll geteilt werden.

c) Jede absichtliche Körperverletzung beinhaltet ein bestimmtes Maß an Kränkung – was aber nichts anderes bedeutet als zusätzlichen Schmerz und damit zusätzliches „Entgelt“.

d) Die konkrete Erwartung zukünftig Schmerz zu erleiden, die man ja naturgemäß hat, wenn man einer Verletzung im voraus zustimmt, ist zusätzlich schmerzlich – zusätzlicher Schmerz bedeutet aber zusätzliches „Entgelt“.

Wie berechnet man nun im Fall einer konkreten Verletzung die tatsächliche Höhe des „angemessenen Schmerzensgeldes“?

Zunächst zum **Schmerz**: Dieser ist wahrscheinlich selbst bei absolut gleicher Verletzung nicht bei jedem Menschen gleich, sondern hängt – ganz grob gesprochen – von der Sensibilität der Rezeptoren, der Leitfähigkeit der Nerven und der Konditionierung des Gehirnes ab⁵⁾. Die ersten beiden Faktoren lassen sich wohl naturwissenschaftlich ziemlich exakt messen. Die Konditionierung des Gehirnes aber ist – zumindest mit den derzeitigen Erkenntnissen der Wissenschaft – wenn überhaupt nur ordinal meßbar⁶⁾: Ein Stuntman, Boxer oder Eishockeyspieler ist wahrscheinlich eher weniger schmerzempfindlich als der sog Durchschnittsbürger⁷⁾; die gleiche Verletzung wird vom einen weniger schmerzhaft als vom anderen empfunden. Eine Katalogisierung von Schmerzensgeldsätzen (ausschließlich) aufgrund der erlittenen Verletzung kann daher nicht sachgerecht sein: „Was dem Durchschnitt zum Ausgleich reicht, mag für den einen zu wenig, für den anderen zu viel sein. Im ersten Fall würde man der Funktion des Schmerzensgeldes nicht gerecht, im zweiten würde der Verletzte unzulässigerweise bereichert.“⁸⁾

Damit zum **Ausgleich**: Schmerzensgeld in welcher Höhe wird im Einzelfall als solche Wohltat empfunden, daß das erlittene Leid ausgeglichen wird?

Wie eine bestimmte Verletzung von verschiedenen Menschen als unterschiedlich großes Leid empfunden wird, wird ein bestimmter Geldbetrag – und nur ein solcher kommt in Betracht – als unterschiedliche Wohltat empfunden. Als welche Wohltat ein bestimmter Geldbetrag bei einem bestimmten Menschen

empfunden wird, läßt sich – wie die Konditionierung des Gehirnes und überhaupt jeder psychische Eindruck – nur ordinal messen, wenn überhaupt. Ein Schilling ist aber sicher nicht für jeden Menschen gleich viel wert – das Wohlgefühl, das ein (zusätzlicher) Schilling bewirkt, ist von Mensch zu Mensch unterschiedlich. Dies hat auch der Gesetzgeber erkannt, wie aus mehreren Regelungen zu erkennen ist: Im Strafrecht wird der Geldbetrag einer Strafe durch Tagessätze ermittelt und im Steuerrecht unterliegt der Steuertarif sogar einer progressiven Steigerung. Sicher nicht ganz unverständlich ist, daß dabei das Einkommen als Merkmal der Kategorisierung verwendet wird, um festzustellen, welches Wohlgefühl durch einen bestimmten Geldbetrag erzielt wird (in den angeführten Fällen eigentlich besser: welcher Verlust an Wohlgefühl). Im Strafrecht führt das dazu, daß sich die Geldstrafe, die für eine bestimmte Tat zu verhängen ist, proportional zu dem Einkommen des Täters verhält. Noch viel stärker das Steuerrecht: Die Abgabepflicht steigt überproportional mit dem Einkommen des Steuerpflichtigen. Beide Regelungen sind nicht gleichheitswidrig, da eben nicht die Geldbeträge, sondern die subjektiv empfundenen Lasten (entspricht einem Verlust an Wohlgefühl und kann in diesem Zusammenhang mit dem Begriff „Leid“ gleichgesetzt werden) zu vergleichen sind⁹⁾. Daß weder im Straf- noch im Steuerrecht neben dem Einkommen (Vermögen) grundsätzlich keine weiteren subjektiven Aspekte bei der Bemessung der Geldstrafe bzw der Steuerschuld berücksichtigt werden, ist übrigens ohne Frage eine dem Gleichheitssatz nicht widersprechende Vereinfachung (Durchschnittsbetrachtung)¹⁰⁾.

Legt man die gleiche „Latte“ nun auch bei der Festsetzung von Schmerzensgeld an – und läßt zunächst einmal die unterschiedlichen Schmerzempfindlichkeiten außer Betracht –, so bedeutet dies, daß der Betrag des Schmerzensgeldes um so höher sein muß, je größer das Einkommen (ggf auch das Vermögen) des Verletzten ist. Das ist auch sicher einleuchtend: Ein Unterstandsloser empfindet S 1000,- möglicherweise als solch eine Wohltat, die den Schmerz eines gebrochenen Fingers ausgleicht, ein Millionär wahrscheinlich nicht. Wie im Straf- und

5) Jarosch et al, Das Schmerzensgeld.

6) Zum Begriff des Meßniveaus vgl beispielsweise Friedrichs, Methoden empirischer Sozialforschung¹¹, 99.

7) Vgl dazu Wolff in Klang, Kommentar zum ABGB², Bd 6, 138.

8) Reischauer in Rummel, 2477, Rz 47.

9) Offensichtlich ist die Sachgerechtigkeit der straf- und steuerrechtlichen Regelungen so augenscheinlich, daß weder das Tagessatzsystem noch die Steuerprogression als solche beim VfGH als gleichheitswidrig angefochten wurden. Auch in der Literatur fand der Autor keine entsprechenden Abhandlungen.

10) Vgl beispielsweise Doralt/Ruppe, Grundriß des österreichischen Steuerrechts II³, 176 ff.

Steuerrecht ist übrigens auch ein ausschließliches Abstellen auf das Einkommen (Vermögen) eine sicher zulässige Vereinfachung.

Erhebt sich die Frage, ob bei der Berechnung der Höhe des angemessenen Schmerzensgeldes neben der Schmerzempfindlichkeit und dem Einkommen (Vermögen) des Verletzten auch das Verschulden des Verletzers eine Rolle spielt? Da Schmerzensgeld nichts anderes ist als Schadenersatz, drängt sich § 1324 ABGB auf, demzufolge jemand, der aus „böser Absicht“ oder „auffallenden Sorglosigkeit“ Schaden verursacht „volle Genugtuung“ leistet – dh auch einen „entgangenen Gewinn“ zu ersetzen hat. Weiter oben wurde dargestellt, daß der Betrag, der für eine bestimmte absichtliche Verletzung verlangt würde, im allgemeinen höher ist als der Betrag, der bei gleicher aber „zufällig“ zugefügter Verletzung ausreicht, um den erlittenen Schmerz gleichermaßen zu „neutralisieren“. Dafür wurden auch ökonomische Gründe angeführt: Unter anderem wurde ins Treffen geführt, daß der Verletzte aus einer absichtlichen Verletzung, auch wenn er selbst einwilligt, Gewinn ziehen will. Es mag sich die Frage aufdrängen, ob bei einer absichtlich oder durch „auffallende Sorglosigkeit“ zugefügten Verletzung daher auch dieser „entgangene Gewinn“ zu ersetzen sei. Diese Frage müßte ganz klar verneint werden. Der Verletzte hätte nämlich dann, wenn die Verletzung unterblieben wäre, eben keinen Gewinn erzielt – daher kann ihm auch kein Gewinn entgehen.

Mit welchen Gegenargumenten ist bezüglich der bisherigen Überlegungen zu rechnen – und sind diese auch beachtlich? Das Argument „Schmerz ist Schmerz und der ist bei Arm und Reich gleich“, das in diesem Zusammenhang wahrscheinlich vorgebracht wird, ist ohne jeden Zweifel richtig, doch wäre der Schluß eben falsch, daß daher für einen bestimmten erlittenen Schmerz immer der (nominal) gleiche Betrag an Schmerzensgeld zu bezahlen ist. Es soll nämlich nicht für die Schmerzzufügung „bezahlt“, sondern durch die Schmerzensgeldzahlung ein ausgleichendes Wohlgefühl erzeugt werden („bezahlt“ für eine Zufügung von Schmerz wird durch eine gegebenenfalls verhängte Strafe). Und um dieses Wohlgefühl zu erzeugen, sind eben unterschiedliche Geldbeträge notwendig, deren Höhe eben sicher vom Einkommen (Vermögen) abhängen.

Daher ist auch das Argument¹¹⁾ von Grund auf falsch, daß das Schmerzensgeld nicht vom Einkommen (Vermögen) abhängen kann, da es Arm und Reich in die Lage versetzen soll, sich die gleichen Güter beschaffen zu können, die eben die gleichen Wohlgefühle entstehen lassen: Ein Durchschnittsbürger empfindet eine Reise in die Südsee sicher als viel größere Wohltat als jemand, der es sich leisten kann – und auch leistet – jeden Urlaub dort zu verbringen. Es wird ganz einfach das negiert,

was in der Sozialwissenschaft als „Grenznutzen des Geldes“¹²⁾ bezeichnet wird.

Unverständlich ist auch die Argumentation¹³⁾, daß eine Berücksichtigung der subjektiven Verhältnisse des Verletzten zu einer „heillosen Ungleichmäßigkeit“ der Rechtsprechung führen würde: Auch daß bei Verhängung von Geldstrafen die Höhe der Tagessätze von Fall zu Fall festgesetzt wird, führte bisher zu keiner solchen Heillosigkeit.

Das Argument¹⁴⁾ schließlich, daß bei individueller Bemessung des Schmerzensgeldes das Gericht dessen Verwendung durch den Verletzten zu kontrollieren hätte, ist vollkommen unverständlich. Da für dieses nicht nachvollziehbare Argument auch überhaupt keine Begründung angeboten werden kann, erübrigt sich eine Kritik (offensichtlich dürfte aber einfach nicht verstanden werden, wie eine Geldwirtschaft mit freiem Warenverkehr funktioniert).

Weiters könnte noch vorgebracht werden, daß die Höhe des möglicherweise zu bezahlenden Schmerzensgeldes bei individueller Berechnung im Sinne der hier angestellten Überlegungen nicht vorhersehbar ist. Dieses Argument wäre irrelevant, da übersehen würde, daß in den seltensten Fällen die Höhe des Schadenersatzes vorhersehbar ist: Wer beispielsweise eine Stop-Tafel überfährt und dadurch einen Verkehrsunfall verschuldet, muß den daraus resultierenden Schaden bezahlen, gleichgültig ob dadurch ein VW-Käfer mit einem Wert von S 1000,- oder ein Porsche mit einem Wert von S 1.000.000,- zerstört wird.

Schlußendlich ist noch mit dem (sozialpolitischen) Argument zu rechnen, daß bei individueller Berechnung des gebührenden Schmerzensgeldes nicht besonders vermögende Personen vornehmlich Ziel von Aggressionen würden, da es – einmal abgesehen von der strafrechtlichen Sanktion – „billig“ wäre, sie beispielsweise zu verprügeln. Dabei wird übersehen, daß Aggression kaum von wirtschaftlichem Kalkül geleitet wird, sonst würden beispielsweise nur billige Autos von Vandalen beschädigt, doch ist bekanntermaßen genau das Gegenteil der Fall. Selbst im unwahrscheinlichen Fall, daß doch einmal ein Opfer nach der Höhe des Schmerzensgeldes „ausgesucht“ würde, so empfindet dieses den erlittenen Schmerz bei einem angemessenen Schmerzensgeld – im nachhinein – ohnehin nicht als Nachteil: Das Schmerzensgeld soll ja eben die negativen Empfindungen ausgleichen. Und schließlich muß der

11) Vgl beispielsweise Jarosch, Das Schmerzensgeld⁶, 187 f.

12) Als Grenznutzen des Geldes kann – vereinfacht gesagt – das zusätzliche (subjektive) Wohlgefühl verstanden werden, das entsteht, wenn eine zusätzliche Geldeinheit zur Verfügung gestellt wird; s dazu ausführlicher den Anhang „Der Grenznutzen des Geldes“.

13) Vgl beispielsweise Jarosch, Das Schmerzensgeld⁶, 187.

14) Vgl beispielsweise Jarosch, Das Schmerzensgeld⁶, 187.

„kalkulierende Aggressor“ auch berücksichtigen, daß zwar vielleicht das zu zahlende Schmerzgeld niedriger ist, daß aber das angestellte Kalkül erschwerend im Strafprozeß ist und zu einer höheren Strafe führt.

Ganz besonders muß betont werden, daß die Feststellung, daß sich die Höhe des Schmerzgeldes (auch) am Einkommen (Vermögen) des Verletzten orientieren muß, keinesfalls mit der Aussage kritisiert werden kann, daß die Gesundheit bei allen Menschen gleich wertvoll ist: Das Schmerzgeld gebührt nämlich nicht zur (Finanzierung der) Genesung oder zur Abgeltung von gesundheitlichen Dauerschäden udgl, sondern ausschließlich (!) dazu, den erlittenen Schmerz – also ein subjektives Gefühl – auszugleichen¹⁵⁾.

Gleiches Schmerzgeld bei gleicher Verletzung (und gleichem Verschulden des Verletzers) aber unterschiedlichem Einkommen (Vermögen) kann also nur dann sachgerecht sein, wenn die Verletzung unterschiedlichen Schmerz verursacht – wenn also die Schmerzempfindlichkeit der Verletzten unterschiedlich ist. Eigentlich nur die Konditionierung des Gehirnes (siehe oben) ist dabei ein Gegenstand der freien Würdigung des Richters.

Gleiches Schmerzgeld bei gleicher Verletzung und gleicher Schmerzempfindlichkeit aber unterschiedlichem Einkommen (Vermögen) ist dabei als „Gleichbehandlung von Ungleichem“ sicher gleichheits- und damit verfassungswidrig¹⁶⁾. Warum soll der Grenznutzen des Geldes, von dem im allgemeinen angenommen wird, daß er abnimmt, nur dann Berücksichtigung finden, wenn es darum geht, nominal höhere Lasten aufzubürden?

Verfehlt ist daher jede Rechtsprechung, die davon ausgeht, daß die Vermögensverhältnisse des Verletzten bei der Berechnung des Schmerzgeldes nicht zu berücksichtigen sind¹⁷⁾; ebenso jeder Versuch einer Pauschalierung, der entweder nur auf die erlittenen Schmerzen oder überhaupt nur auf die erlittene Verletzung abstellt.

Aus dem Wesen des Schmerzgeldes als Schadenersatz ergibt sich also zusammenfassend, daß bei dessen Berechnung der Schmerz (als Funktion von Verletzung und Schmerzemp-

findlichkeit) und das Verhältnis Geld zu Wohlgefühl (als Funktion des Einkommens [Vermögens]) zu berücksichtigen ist. Verneint man dieses, so verneint man die Eigenschaft des Schmerzgeldes als Schadenersatz.

Anhang: Der Grenznutzen des Geldes

Unter „Grenznutzen des Geldes“ (synonym: „Grenznutzen des Einkommens“) soll jene subjektive Empfindung eines Menschen verstanden werden, die entsteht, wenn ihm eine (einzige) weitere Geldeinheit (zusätzlich) zur Verfügung gestellt wird. Diese wahrscheinlich immer angenehme Empfindung wird synonym auch als Wohltat, Nutzen, etc bezeichnet. Man kann auch eine negative Definition wählen: Der „Grenznutzen des Geldes“ ist jene – negative – subjektive Empfindung, die entsteht, wenn eine Geldeinheit entzogen wird. Synonym können die Begriffe Leid, Last, Unlust etc verwendet werden.

Im allgemeinen wird angenommen, daß der „Grenznutzen des Geldes“ abnimmt: Ein Millionär empfindet weniger Freude über eine zusätzliche Geldeinheit als ein Habenicht – umgekehrt ärgert ihn auch der Verlust einer Geldeinheit weniger. Grundgedanke dabei ist, daß das Wohlgefühl, das ein pekuniäres Vermögen vermittelt, nicht proportional zu dessen Höhe wächst. Diese Überlegung dient ua zur (wissenschaftlichen) Rechtfertigung der Steuerprogression: Jeder Bürger soll subjektiv die gleiche Last zur Finanzierung des Staates tragen. Ein Beitrag von S 50.000,- wird beispielsweise demnach von einer Person mit einem Vermögen von S 100.000,- als gleiche Last empfunden wie ein Beitrag von S 1000,- von einer Person mit einem Vermögen von nur S 10.000,-, obwohl im ersten Fall 50%, im zweiten Fall nur 10% des Vermögens aufgewendet werden müssen. Der Verlauf der Progressionskurve ist eine Frage der Wirtschaftspolitik; er läßt sich nur ideologisch (zB „sozial gerecht“) rechtfertigen.

Auch im Strafrecht wird von einem abnehmenden Grenznutzen des Geldes ausgegangen. Ein Tagessatz-System wird dabei beispielsweise so begründet, daß der Verlust eines Tages-Einkommens von allen Menschen als gleiche Last empfunden wird. Das heißt nichts anderes, als daß der „Grenznutzen des Geldes“ ganz genau proportional mit der Höhe des Einkommens (Vermögens) sinkt.

15) Vgl *Dittrich/Tades*, ABGB³⁴, E 283 zu § 1325.

16) Siehe beispielsweise *Öhlinger*, Verfassungsrecht², 267.

17) Beispielsweise *Dittrich/Tades*, ABGB³⁴, E 361 zu § 1325.