



© WILKE, WIEN

Mag. Georg Streit

ist Partner bei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Er ist Vortragender an der Universität Wien sowie Vorstandsmitglied der österreichischen Liga für Kinder- und Jugendgesundheit. Er publiziert regelmäßig in Fachzeitschriften und juristischen Büchern.

## *Schmerzensgeld trotz Verweigerung einer medizinisch notwendigen Operation zur Beseitigung der Schmerzursache*

- Der OGH legt klar, wie weit die Schadensminderungspflicht bei einer medizinisch indizierten Behandlung
- reichen kann<sup>1</sup>.

### Sachverhalt

Einem Patienten wurde im Zuge einer Operation an der Hüfte eine Prothese implantiert. Nach einer Verrenkung der Hüfte war eine neuerliche Operation erforderlich. „Entgegen den Regeln der ärztlichen Kunst“<sup>2</sup> verabsäumten die behandelnden Ärzte die Entnahme eines Abstrichs zur Bestimmung einer Bakterienkultur bzw. Resistenzbestimmung. Beim Patienten kam es in der Folge zu einer Wundinfektion, die einen neuerlichen operativen Eingriff erforderlich machte. Die aus der Infektion folgenden gesundheitlichen Probleme des schon mehrfach operierten Patienten konnten dadurch jedoch nicht zur Gänze beseitigt werden. Wegen fortdauernder Beschwerden durch die Infektion entschied er sich für den Einsatz einer weiteren Prothese. Dazu wurde ihm – in einem anderen Krankenhaus – zunächst ein Provisorium eingesetzt, das nach einigen Monaten durch eine endgültige Prothese ersetzt werden sollte.

Mit dem Krankenhaus als Rechtsträger des Spitals, an dem der Eingriff ohne Bestimmung der Bakterienkultur durchgeführt wurde, das zur Wundinfektion und damit den Problemen des Patienten geführt hatte, schloss der Patient einen Vergleich, der ihm Schmerzensgeld zuerkannte und die Haftung der beklagten Partei für sämtliche kausalen Folgen aus der unterlassenen Abstrichnahme anlässlich der ursprünglichen Operationen sicherte. Der Betrag für das Schmerzensgeld sollte auch die Schmerzen für die noch fehlende Operation zum Einsatz der endgültigen Prothese anstelle des Provisoriums am anderen Krankenhaus abdecken.

Was der Patient beim Abschluss des Vergleichs aber nicht wusste war, dass er aufgrund der bereits einmal erlittenen Infektion bei der noch folgenden Operation ein deutlich erhöhtes Infektionsrisiko zu befürchten habe. Daher verweigerte der bereits mehrfach operationserfahrene Patient die Operation, bei der ihm anstelle des Provisoriums eine endgültige Hüftprothese eingesetzt werden sollte. Dies trotz der aus orthopädischer Sicht unbestritten vorliegenden dringenden Erforderlichkeit der Operation. Allerdings war durch die bereits erlittene (wenn auch ausgeheilte) Infektion einerseits aber auch durch die Statur des Klägers, geprägt durch Adipositas und seinen hohen Blutdruck das Risiko einer neuerlichen Infektion um das rund Zweifache bis Sechsfache erhöht. Also entschied er sich gegen die Operation zum Ersetzen des Provisoriums durch die finale Prothese. Das Ausbleiben der Operation führte zu starken Schmerzen des (nunmehr zu zweiten Mal) Klägers. Die Gefahr des Ausbrechens des Provisoriums und der damit verbundenen besonders starken Schmerzen nahm er aus Angst vor einer weiteren Infektion in Folge einer weiteren Operation aber auf sich – und gegen die Schmerzen Medikamente.

### Die geltend gemachten Ansprüche

Der schmerzgeplagte Patient klagte nach einigen Jahren aber den Krankenhausträger erneut auf Schmerzensgeld. Dieser wiederum wandte eine Verletzung der Schadensminderungspflicht des Klägers ein. Hätte sich dieser schon vor Jahren der zumutbaren Operation zum Ersatz des Provisoriums durch die endgültige Prothe-

1 OGH 29.8.2019, 3 Ob 126/19d.

2 Wie die Gerichte ausführten.

se unterzogen, wäre er nun beschwerdefrei. Die Operationsschmerzen waren durch den Vergleich ja auch schon abgegolten. Da diese Operation aber gar nicht durchgeführt wurde, forderte der Krankenträger auch gleich den auf diese Operation entfallenden Teil des Schmerzensgeldbetrages aus dem Vergleich zurück.

### Der Verfahrensverlauf

Dieser Fall wirft die Frage auf, ob es zumutbar ist, Schmerzen und vor allem bei einem gegenüber dem durchschnittlichen deutlich erhöhten Risiko einer gesundheitlichen Komplikation auf sich zu nehmen, um als Geschädigter seiner Schadensminderungspflicht zu entsprechen. Dass grundsätzlich eine Schadensminderungspflicht, also die Obliegenheit des Geschädigten, alles vorzukehren, um eine unnötige Vergrößerung des Schadens hintanzuhalten<sup>3</sup>, besteht, ist unbestritten<sup>4</sup>. Eine Unterlassung der Schadensminderung kann dem Geschädigten zwar nur dann zum Nachteil gereichen, wenn die von ihm unterlassene und zumutbare Handlung geeignet gewesen wäre, den Schaden zu verringern<sup>5</sup>, das nahmen die Gerichte erster und zweiter Instanz aber an. Die Gerichte erster und zweiter Instanz nahmen auch an, dass sich ein Geschädigter einem medizinischen Eingriff (Operation) nur dann unterziehen muss, wenn ihm dies zumutbar ist<sup>6</sup>, was wiederum von den mit der Operation verbundenen Schmerzen und Gefahren sowie der Erfolgswahrscheinlichkeit abhängt. Ist die Operation nicht einfach und gefahrlos und ohne nennenswerte Schmerzen zu absolvieren und verspricht darüber hinaus nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit Aussicht auf Erfolg, kann vom Geschädigten jedoch auch im Rahmen der Schadensminderungspflicht nicht verlangt werden, diese auf sich zu nehmen.

Allerdings hatten die Gerichte 1. und 2. Instanz dem Patienten zu seinen Lasten angerechnet, dass er erst nach dem geschlossenen gerichtlichen Vergleich vom erhöhten Infektionsrisiko bei einer weiteren Operation erfahren habe. Dass er die Operation verweigere, falle daher ihm zur Last. Gleiches gelte für die körperliche Konstitution des Patienten, welche das Operationsrisiko deutlich erhöht. Denn aus rein orthopädischer Sicht lag kein Grund vor, die Operation zu unterlassen.

Vielmehr würde die bislang verweigerte letzte Operation das Leiden des Patienten mit hoher Wahrscheinlichkeit beenden.

### Die Entscheidung des OGH

Der OGH sah darin eine von ihm aufzugreifende „Fehlbeurteilung“. Im Wesentlichen stellte der OGH die Rechtslage im Hinblick auf die Schadensminderungspflicht im Zusammenhang mit dem die Inkaufnahme eines erheblichen gesundheitlichen Risikos durch eine – wenn auch medizinisch indizierte – Operation dar. Kein Zweifel besteht daran, dass eine Obliegenheit eines Geschädigten besteht, den Schaden möglichst gering zu halten und alles dafür zu tun. Die allerdings nur soweit, als ihm das eben möglich und zumutbar ist. Er darf dazu nichts unterlassen, was geeignet gewesen wäre, den entstandenen Schaden abzuwehren oder zu verringern, wenn ein „vernünftiger Durchschnittsmensch“ dies getan hätte. Daher muss sich ein Geschädigter einer – auch medizinisch indizierten notwendigen – Operation in Erfüllung seiner Schadensminderungspflicht grundsätzlich nur dann unterziehen, wenn die Operation einfach und gefahrlos ist und ohne nennenswerte Schmerzen sichere Aussicht auf Erfolg bietet.

Die Weigerung, sich einer medizinisch indizierten oder sogar (dringend) notwendigen Behandlung zu unterziehen, ist nach ständiger Rechtsprechung ungeachtet der zivilrechtlichen Konsequenzen rechtmäßig. Die Verletzung der Schadensminderungspflicht setzt kein rechtswidriges Verhalten des Geschädigten voraus, sondern begründet lediglich eine Obliegenheitsverletzung.<sup>7 8</sup> Die grundsätzliche Freiheit, über eine medizinische Behandlung zu entscheiden führt aber dazu, „derjenige, der eine für ihn objektiv ungünstige, gegen die Obliegenheit zur Schadensminderung verstoßende Gewissensentscheidung trifft, die aus der objektiven Ungünstigkeit der Entscheidung folgenden Nachteile zu tragen hat.“<sup>9</sup> Der Schädiger haftet dann für die nachteiligen Folgen dieser objektiv ungünstigen Gewissensentscheidung des Geschädigten nicht.<sup>10</sup>

Das hatten die Gerichte 1. und 2. Instanz auch schon richtig judiziert. Der OGH stellt aber explizit klar, dass

3 ZB OGH 31.01.2000, 3 Ob 286/99a.

4 OGH RS0027043.

5 OGH RS0109225.

6 ZB OGH 20.05.2009, 2 Ob 205/08y.

7 OGH RS0022681.

8 Die Entscheidung, medizinisch indizierte Behandlungen generell zu verweigern, ist nach der Rechtsprechung „objektiv ungünstig“, vgl OGH 3.9.1986, 1 Ob 586/86.

9 OGH 22.6.2011, 2Ob219/10k.

10 Ansonsten wäre das – wie die Gewissensfreiheit – verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrecht des Schädigers auf Eigentum gemäß Art 5 StGG betroffen (OGH 22.6.2011, 2Ob219/10k).

es dafür auch Grenzen gibt. Bei einem schweren, unter Umständen lebensgefährlichen Eingriff und wenn die körperliche und geistig-seelische Verfassung des Geschädigten durch die Unfallfolgen bereits beeinträchtigt ist, stellt nicht nur das Hinausschieben, sondern sogar die Verweigerung einer weiteren Operation, bei der ein Erfolg zweifelhaft, jedenfalls zumindest nicht sicher ist, keine Verletzung der Schadensminderungspflicht dar. Auch das ist bereits seit rund 60 Jahren ständige Rechtsprechung.<sup>11</sup>

Die Aussicht allein, dass eine Operation medizinisch – sogar dringend – indiziert ist, sagt noch nichts darüber aus, ob sie auch zumutbar ist, so der OGH, der auch damit auf seine (schon ältere) Rechtsprechung<sup>12</sup> verweist. Eine 30%ige Wahrscheinlichkeit, dass mit einer – medizinisch dringend indizierten – Operation eine potentiell lebensbedrohliche Infektion auftritt, macht diese Operation nicht zumutbar. Selbst dann, wenn das hohe Infektionsrisiko auch auf die nicht durch den Unfall ausgelöste körperliche Verfassung des Klägers zurückzuführen ist. Denn diese ist, ebenso wie die Angst vor einer weiteren Infektion vom Geschädigten nicht verschuldet. Daher kann sich daraus auch

kein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht ergeben.

Und letztlich ergab sich selbst aus der drohenden Gefahr, dass das Provisorium zerbricht, keine Verpflichtung, eine Operation auf sich zu nehmen. Denn daraus folgt nicht zwingend, dass die Operation tatsächlich irgendwann unvermeidlich sein wird. Andernfalls hätte sich ein vernünftiger Durchschnittsmensch trotz des hohen Infektionsrisikos eher früher als später der Operation ausgesetzt, um den Anstieg der Infektionsgefahr hintanzuhalten, findet der OGH.

Der Schmerzensgeldanspruch trotz Verweigerung einer Operation, die möglicherweise die Schmerzen beseitigt hätte, war somit gerechtfertigt. Allerdings musste der Kläger jenen Teilbetrag des Schmerzensgelds, der zur Abgeltung der durch die verweigerte Operation zu erwartenden Schmerzen entfiel, zurückzahlen. Denn die Umstände, die Grundlage für die gewährte Leistung, das Schmerzensgeld für die Operationen der Zukunft, waren, waren weggefallen. Das entspricht der Rechtsprechung zur Möglichkeit, im Voraus geleistete Heilungskosten zurückzufordern, wenn deren Zweck verfehlt wurde<sup>13</sup>.

11 OGH RS0031435.

12 OGH 12.03.1963, 8 Ob 34/63.

13 OGH RS0108906.