

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

*Chefredakteur* Gerhard Hopf  
*Redaktion* Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer  
*Evidenzblatt* Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer,  
Martina Weixelbraun-Mohr  
*Anmerkungen* Andreas Konecny, Martin Spitzer

August 2018

16

697 – 744

## Aktuelles

Tätigkeitsbericht des VfGH 2017 ➔ 697

## Beiträge

**Der Verbesserungsverzug nach  
Verbesserungszusage im  
Gewährleistungsrecht** *Nina Lehfuss* ➔ 701

**Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel  
der Rechtsprechung III/2017** *Evelyn Völkl und Wolfgang Völkl* ➔ 709

**Ausgewählte Rechtsfragen zum elektronisch  
überwachten Hausarrest (eüH)** *Caroline Walser* ➔ 716

## Evidenzblatt

**Verlängerung einer „Anti-Stalking-EV“** *Julius Schumann* ➔ 722

**Kein Ersatzanspruch für Trauerschmerzen/Schockschäden nach Tod  
des Bruders infolge Behandlungsfehlers** *Martin Spitzer* ➔ 729

**Erschöpfung des Instanzenzugs vor Erneuerungsantrag** ➔ 735

## Sprache und Recht

**Abstrakte Verkehrsunfälle** *Eduard Strauss* ➔ 744

## → Kein Ersatzanspruch für Trauerschmerzen/Schockschäden nach Tod des Bruders infolge Behandlungsfehlers

### § 1325 ABGB (§§ 881 und 1295 ff ABGB)

Der Kreis der von den Schutz- und Sorgfaltspflichten aus einem Behandlungsvertrag umfassten Drit-

ten schließt erwachsene Geschwister des Vertragspartners (wie zB den Bruder eines verstorbenen Patienten) nicht ein.

### Sachverhalt:

Der ZweitKl und der am 12. 5. 2010 verstorbene A waren Brüder.

Die bekl Gebietskörperschaft (ein Bundesland) ist Trägerin des Landeskrankenhauses W.

Der im November 1984 geborene A (Bruder des ZweitKl) verletzte sich am 17. 4. 2010 im Bereich des linken Kniegelenks und wurde in die unfallchirurgische Ambulanz des Landeskrankenhauses gebracht, wo ein Riss seiner linken Kniescheibensehne diagnostiziert und er stationär aufgenommen wurde; noch am Unfalltag wurde in Spinalanästhesie seine linke Kniescheibensehne bei offener Wunde genäht und postoperativ eine Oberschenkelspaltgipshülle angelegt. Am 24. 4. 2010 wurde er in häusliche Pflege entlassen.

Bei einer Kontrolle am 12. 5. 2010 schilderte A dem Arzt Schmerzen im Oberschenkel und er wies auf eine Schwellung im operierten Bein hin. Da der Bruder des

ZweitKl Risikopatient war und wegen der geschilderten Schwellung sowie der Schmerzen, hätte der Arzt sofort eine Thromboseabklärung veranlassen müssen, was er jedoch nicht tat. Bei nur dem geringsten Thromboseverdacht muss eine Ultraschalluntersuchung durchgeführt werden. A wurde demgegenüber nur zur nächsten Kontrolle in zwei Wochen wiederbestellt.

Nach dem Kontrolltermin noch am 12. 5. 2010 wurde der Bruder des ZweitKl tot aufgefunden. Unmittelbare Todesursache war eine Lungenembolie ausgehend von einer Thrombose im linken Bein.

Zwischen dem ZweitKl, geboren im August 1986, und seinem verstorbenen Bruder bestand eine sehr innige Gefühlsgemeinschaft, die über die übliche Beziehung zwischen erwachsenen Brüdern hinausgeht. Die beiden sahen sich fast täglich, telefonierten mehrmals täglich miteinander und unternah-

EvBI 2018/105

§ 1325 ABGB  
(§§ 881 und  
1295 ff ABGB)

OGH 29. 11. 2017,  
7 Ob 105/17 t  
(OLG Wien  
15 R 34/17 f;  
LG St. Pölten  
10 Cg 27/16 i)

In der – gekürzt wiedergegebenen – Entscheidung verneint der OGH generell allfällige Schutzwirkungen aus dem Behandlungsvertrag gegenüber Geschwistern des Patienten.

men viel gemeinsam. Die Eltern der Brüder hatten sich früh scheiden lassen und der verstorbene Bruder übernahm die „Vaterrolle“ in der Familie.

Der Bruder unterstützte sowohl die Mutter als auch den ZweitKl finanziell. Der Bruder hatte seit 2006 eine Lebensgefährtin, die er heiraten wollte. Sie lebten ca zwei bis drei Jahre bis zum Tod des Bruders in Haushaltsgemeinschaft in einer von der Lebensgefährtin gemieteten Wohnung. Die Wochenenden verbrachte der Bruder des ZweitKl meistens in der Wohnung seiner Mutter, in der auch der ZweitKl lebt.

Der ZweitKl begehrte € 20.000,- sA für Schock- und Trauerschäden sowie die Feststellung, dass die Bekl für alle künftig entstehenden Schäden resultierend aus dem Tod seines Bruders hafte. Der bekl Spitalserhalter hafte für das Fehlverhalten seiner Organe bzw Erfüllungsgelhilfen. Es bestehe eine vertragliche Anspruchsgrundlage, weil in der Verletzung der Hauptleistungspflicht gegenüber dem Bruder auch eine Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten gegenüber dem ZweitKl liege. Dieser sei aus dem Behandlungsvertrag so geschützt, dass er für den eingetretenen Schock- und Trauerschaden mit Krankheitswert vom Bekl als Vertragspartner des Verstorbenen Ersatz begehren könne. Es bestehe aber auch eine deliktische Haftung des Bekl für das grob fahrlässige Verhalten des behandelnden Arztes. Der Bruder sei für den ZweitKl Ratgeber in allen Lebenslagen und gleichzeitig bester Freund gewesen. Der ZweitKl könne weder ins Berufsleben finden noch sei er in der Lage, von dem ihn tief traumatisierenden Tod des älteren Bruders Abstand zu gewinnen. Der ZweitKl bedürfe permanenter psychiatrischer Betreuung und Behandlung. Spätfolgen könnten nicht ausgeschlossen werden. Weitere Behandlungskosten wären gewiss, weshalb auch ein Feststellungsinteresse bestehe.

Die Bekl wendete ein, es habe kein Behandlungsfehler vorgelegen. Zum ZweitKl habe kein Vertragsverhältnis bestanden. Eine Schadenersatzverpflichtung der Bekl aufgrund der Verletzung vertraglicher Pflichten scheide aus. Der ZweitKl sei kein naher Angehöriger des Verstorbenen iSd E 9 Ob 83/09k gewesen. Er sei dem Verstorbenen gegenüber weder zu Unterhaltsleistung noch sonst ges zum Beistand verpflichtet gewesen. Die Brüder hätten nicht in Wohngemeinschaft gelebt und es habe zwischen ihnen keine über das normale geschwisterliche Naheverhältnis hinausgehende besonders innige Beziehung bestanden, die eine Zurechnung des ZweitKl in den Behandlungsvertrag des Verstorbenen gerechtfertigt hätte. Es liege kein Trauerschaden mit Krankheitswert vor.

Das ErstG wies mit seinem TeilU die Begehren des ZweitKl Zahlung und Feststellung ab.

Das BerG gab der Berufung des ZweitKl nicht Folge.

Der OGH gab der Rev des ZweitKl nicht Folge.

**Aus den Entscheidungsgründen:**

**[Sorgfalts- und Schutzpflichten zugunsten nicht am Vertrag Beteiligter]**

[...]

4. Von einer Sorgfalts- und Schutzpflicht zugunsten Dritter am Vertrag nicht beteiligter Personen ist [...]

nur dann auszugehen, wenn bei objektiver Auslegung des Vertrags anzunehmen ist, dass eine Sorgfaltspflicht auch in Bezug auf die dritte Person übernommen wurde (2 Ob 266/74 SZ 48/23; RIS-Justiz RS0017195). Auch der begünstigte Personenkreis wird durch objektive Auslegung des Vertrags bestimmt (RIS-Justiz RS0037785 [T 25]; RS0034594 [T 19]). Soll die vom Gesetzgeber getroffene unterschiedliche Ausgestaltung von Delikts- und Vertragsrecht nicht aufgehoben oder verwischt werden, muss der Kreis der geschützten Personen, denen statt/neben delikts- auch vertragsrechtliche Schadenersatzansprüche zugebilligt werden, eng gezogen werden (RIS-Justiz RS0022814), soll doch der Schuldner seine Risiken überschauen können (6 Ob 21/04p; 7 Ob 50/86 SZ 59/189 = JBl 1987, 40 = MietSlg 38/43; RIS-Justiz RS0034594 [T 12]).

[...]

**[Entscheidungen zur Schutzwirkung zu Gunsten Dritter beim ärztlichen Behandlungsvertrag]**

5.1. In der E 8 Ob 127/02 p (ZVR 2002/96 [Karner]) billigte der dort erkSen einem ärztlichen Behandlungsvertrag die Schutzwirkung zu Gunsten einer dritten Person (dort: der Lebensgefährtin des später verstorbenen Patienten) grds zu. Generelle Überlegungen zum Kreis der erfassten dritten Personen wurden dort allerdings nicht angestellt.

5.2. Der E 5 Ob 18/08 w lag ebenfalls ein Behandlungsvertrag mit der fraglichen Schutzwirkung zu Gunsten Dritter zugrunde. Dort wurde ein Ersatzanspruch allerdings bereits aufgrund anderer Zurechnungsdefizite verneint.

5.3. Die E 4 Ob 36/10 p (RdM 2010/152 [krit Bernat]) betraf demgegenüber ein Fehlverhalten eines Krankenpflegers, der behandlungsbedürftige Personen ohne Befassung eines Arztes abgewiesen hatte. Dort wurden (ua) Ansprüche kraft rechtlicher Sonderbeziehung wegen des Todes des Sohnes und Enkels untersucht (krit dazu Haag, Angehörigenschmerzensgeld bei ärztlichen Behandlungsfehlern? „Zusätzlicher“ Mitverschuldenseinwand bei Angehörigenschmerzensgeld? RdM 2011/34, 45).

6. Der 9. Senat ist in seiner E 9 Ob 83/09k (ÖZPR 2010/116 [krit K. Mayr]; EvBl 2010/132) davon ausgegangen, dass im Fall eines ärztlichen Kunstfehlers mit der Folge des Todes des Patienten auch der in aufrechter Lebensgemeinschaft mit dem Patienten lebende Ehegatte aus dem Behandlungsvertrag derart geschützt sei, dass er für einen bei ihm eingetretenen Trauerschaden mit Krankheitswert vom Vertragspartner des Getöteten (Träger der Krankenanstalt) Ersatz wegen Verletzung vertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten begehren könne. Der Senat führte aus: „Bei einer Krankenbehandlung bzw Operation steht der Ehegatte eines Patienten jedenfalls dann in einem a priori erkennbaren, durch seine Angehörigeneigenschaft begründeten Naheverhältnis zum Patienten, wenn die Lebensgemeinschaft aufrecht ist und keine Hinweise auf eine bereits eingetretene Entfremdung (wie zB durch eine de facto vorgenommene oder beabsichtigte Trennung) bestehen. Nicht zuletzt aufgrund der gegenseitigen Beistandspflicht nach § 90 Abs 1 ABGB, die nicht nur materiell, sondern auch immateriell zu gewähren ist, be-

steht ein erkennbares unmittelbares vertragliches Interesse beider Ehegatten an einer erfolgreichen Behandlung.“

#### [Naheverhältnis des Dritten zur Vertragsleistung vorweg objektiv zu prüfen]

7. Zur Vertragsauslegung, ob im vorliegenden Fall der ZweitKl abstrakt („a priori“) zu dem durch den Behandlungsvertrag gegebenenfalls geschützten Personenkreis gehört, ist zunächst eine generalisierende objektive Betrachtung erforderlich (Punkt 4.), die auch tatsächlich gewährleistet, dass für den Vertragspartner das Naheverhältnis des Dritten zur Vertragsleistung vorhersehbar und offensichtlich ist. Erst nach Bejahung dieser Voraussetzung ist in einem späteren Schritt für den konkret betroffenen Dritten das tatsächliche Vorliegen eines Schockschadens bzw von Trauerschmerzen zu prüfen.

#### [Beurteilung des konkreten Falls – objektive Auslegung des Behandlungsvertrags]

8. Dabei ist hier maßgeblich, dass der ZweitKl der Bruder des verstorbenen Patienten war. Der Bruder war zum Todeszeitpunkt 36 Jahre, der ZweitKl 34 Jahre alt [Anm: richtig 26 bzw 24 Jahre]. In einem solchen Alter ist zwischen Brüdern bei dem gebotenen objektiven Verständnis typischerweise keine auffal-

lend innige soziale Nahebeziehung zu erwarten. Dass im Einzelfall besondere, von den üblichen Sozialstrukturen abweichende Verhältnisse vorgelegen haben mögen, ist für die zunächst vorzunehmende objektive Auslegung der personellen Reichweite möglicher Schutzwirkungen des Behandlungsvertrags nicht von Belang. Die in der E 9 Ob 83/09 k für die Einbeziehung des Ehegatten in den vom Behandlungsvertrag geschützten Personenkreis betonten Elemente der wechselseitigen gesetzlichen Unterhalts- und Beistandspflicht liegen zwischen Geschwistern ebenfalls nicht vor. Bei dieser Sachlage ergibt eine objektive Auslegung des Behandlungsvertrags, dass der Kreis der von seinen Schutz- und Sorgfaltspflichten umfassten Dritten erwachsene Geschwister des Vertragspartners (= behandelte Patient) nicht mehr einschließt. Diese Personengruppe hat zum behandelten Patienten bei vorerst abstrakter Bewertung regelmäßig keine derartig innige familiäre Beziehung, dass der aus dem Behandlungsvertrag Hauptleistungspflichtige mit deren Einbeziehung in den geschützten Personenkreis rechnen müsste. Es fehlt dann an der objektiven Vorhersehbarkeit eines darauf gerichteten Interesses des behandelten Patienten. Die Abweisung der vom ZweitKl erhobenen Begehren durch die Vorinstanzen erweist sich daher als zutreffend, weshalb der Rev nicht Folge zu geben war.

#### Hinweis:

Das Rechtsansicht der Vorinstanzen, wonach eine **deliktische Haftung** des bekl Spitalerhalters auf der Grundlage der Repräsentantenhaftung **ausscheidet**, trat der ZweitKl in seiner Rev **nicht** entgegen. Auf diese Anspruchsgrundlage war daher **nicht mehr einzugehen** (vgl RIS-Justiz RS0043338 [T 4, T 13, T 15, T 27]).

Der ZweitKl stützte seinen Anspruch auf **Schadenersatz für Schockschaden und Trauerschmerzen** in der Rev **nur mehr** auf den sog Vertrag mit **Schutzwirkung zugunsten Dritter**. Soweit sich der ZweitKl zu diesem Zweck auf Entscheidungen stützte, in denen solche Ansprüche naher Angehöriger auf **deliktischer Grundlage** geltend gemacht und beurteilt wurden, waren diese **nicht (unmittelbar) einschlägig**.

Helge Hoch

#### Anmerkung:

Schock- und Trauerschäden sind Dauerbrenner in Rsp und L, die die schwierige Aufgabe haben, ihnen Kontur zu geben. Die ungebrochene Aktualität zeigen gleich zwei Beiträge in der aktuellen FS Danzl (*Hinteregger* 71; *Karner* 87, jeweils mit ausf Nw). Die ungebrochene Schwierigkeit zeigte zuletzt die E des OGH zum vertauschten Baby (4 Ob 208/17 t), in der wohl nicht unabsichtlich die brisante Frage offenblieb, inwieweit *ex contractu* ein verstärkter Schutz der Gefühlssphäre in Frage kommt.

Im hier vorliegenden Fall hätte sich der OGH aber auf gesichertem Boden bewegen können. Zwar denkt man bei Schock- und Trauerschäden instinktiv an

Schadenersatz *ex delicto*, wobei die Rechtswidrigkeit beim Schockschaden aus einem Eingriff in das absolut geschützte Rechtsgut (psychische) Gesundheit des Geschockten folgt, während der Trauerschaden auf die besondere Schwere der Zurechnungsgründe im Rahmen einer Gesamtanalogie gestützt wird.

Flankierend zum deliktischen Schutz können aber natürlich auch vertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten (zugunsten Dritter) bestehen. Das ist weder neu noch besonders: Der Maurer, der den Ziegel auf das Kind der Werkbestellerin fallen lässt und es so am Körper verletzt, haftet dem Kind aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Das ist bei Schock- und Trauerschaden nicht anders. Lässt der Maurer den Ziegel auf die Mutter fallen, resultieren die Schock- und Trauerschaden-Ansprüche des Kindes aus dem Vertrag mit Schutzwirkung (vgl zum Behandlungsvertrag 9 Ob 83/09 k; diff *Huber*, ZVR 2018, 196).

Immer ist abzustecken, welchen „über die Bande“ in Mitleidenschaft gezogenen Personen Ersatz gebührt. In der vorliegenden E hat sich der 7. Senat nun damit beschäftigt, ob der erwachsene Bruder des Opfers Ersatz seines Schockschadens aus einem Vertrag mit Schutzwirkung verlangen kann. Wo *ex delicto* die Gefährlichkeit der Verletzung des Opfers gegenüber dem Schockgeschädigten über dessen Schadenersatzanspruch entscheidet, gibt im Vertrag mit Schutzwirkungen die vorhersehbare Mitbetroffenheit den Ausschlag. Große Unterschiede im Kreis der geschützten Personen sind nicht zu erwarten. Allenfalls könnte der vertragliche Anspruch die Grenzen weiter ziehen. →



Aus diesem Grund erstaunt die vorliegende Entscheidung zu erwachsenen Brüdern in „*sehr inniger Gefühlsgemeinschaft*“, „*die über die übliche Beziehung zwischen erwachsenen Brüdern hinausgeht. Die beiden sahen sich fast täglich, telefonierten mehrmals täglich miteinander und unternahmen viel gemeinsam*“. Die Frage nach der Ersatzberechtigung kann man immer stellen, der OGH hat darüber aber bei Brüdern in „*intensiver fürsorglicher Beziehung, die nahezu einer väterlichen Beziehung gleichkam und über ein durchschnittliches geschwisterliches Verhältnis*“ hinausging, schon einmal entschieden und *ex delicto* Ersatz für einen Trauerschaden zuerkannt (2 Ob 90/05 g). Warum sollte das beim Schockschaden aus einem Vertrag mit Schutzwirkung anders sein?

Der 7. Senat distanzierte sich von dieser E auch nicht, sondern nahm darauf gar keinen Bezug und meinte, dass Entscheidungen, in denen „*Ansprüche naher Angehöriger auf deliktischer Grundlage geltend gemacht und beurteilt wurden, [für den hier relevanten Vertrag mit Schutzwirkung] nicht (unmittelbar) einschlägig*“ seien. Das kann man so kaum sagen, wenn, liegt überhaupt ein Größenschluss nahe. Wie soll deliktisch geschützt sein, was vertraglich sanktionslos bleibt?

Der Ersatzanspruch scheidet für den 7. Senat dann daran, dass der Vertrag mit Schutzwirkung eine „*generalisierende objektive Betrachtung*“ erfordere, bei der eine so innige Nahebeziehung zwischen erwachsenen Brüdern nicht anzunehmen sei. Wo *ex delicto*

die Gefährlichkeit gegenüber dem erwachsenen Bruder ausgereicht hat, wird die Schutzwirkung verneint, weil man mit so inniger Verbundenheit nicht rechnen könne? Da beide Sachverhalte strukturell identisch sind, muss einer der beiden Lösungsansätze irrig sein. Es ist jener des 7. Senates (krit dazu auch *Huber, ZVR 2018, 196; Karner, RdM 2018*). Vielleicht durch die in diesem Bereich omniprésente Befürchtung einer Haftungsausuferung zur Zurückhaltung motiviert, bleibt die E auf halbem Weg stecken, weil natürlich keine präzise Vorherbestimmtheit der geschützten Personen erforderlich ist. Es genügt das, was der OGH selbst sagt: eine generalisierende objektive Betrachtung. Ob das Opfer verheiratet ist oder verpartnert oder in Lebensgemeinschaft lebt, ob seine Eltern noch leben oder nicht, ob er ein Kind hat oder sieben: Es ist das engste persönliche Umfeld („Kernfamilie“), das von der sorgfaltswidrigen Tötung typischerweise mitbetroffen ist. Dass dieser Kreis bei manchen größer und bei manchen kleiner, bei einigen schwieriger und bei anderen leichter zu bestimmen ist, liegt in der Natur der Dinge, hat mit Haftungsausuferung aber ebenso wenig zu tun, wie dass die Tötung des unterhaltspflichtigen Familienvaters weniger „günstig“ kommt als jene der Urgroßmutter. Mehr Schaden ist mehr Haftung, mehr Haftung aber nicht gleich Haftungsausuferung.

Martin Spitzer,  
Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht,  
WU Wien

