

Rechtsprechung

ZVR 2017/92

§§ 1304, 1327
ABGBOGH 31. 8. 2016,
2 Ob 148/15a
(OLG Wien
18. 5. 2015;
14 R 36/15i;
LGZ Wien
30. 12. 2014,
4 Cg 208/06.x)

→ Verweigerung einer Blutkonserve durch Zeugin Jehovas: keine Schadensminderungsverletzung trotz Todesfolge

§§ 1304, 1327 ABGB

Auch wenn die verletzte Person aus Glaubens- bzw. Gewissensgründen eine Bluttransfusion ablehnen darf und dieses Verhalten Einfluss auf die Höhe des Schadens hat, ist es bei Ermittlung der Schadenshöhe zu berücksichtigen. Typischerweise führt ein solches Verhalten zu einer Vergrößerung des Schadens. Würde allerdings das Alternativverhalten ohne

Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit zu einem höheren rechnerischen Schaden führen, steht dem anspruchsberechtigten Hinterbliebenen nach dem Prinzip des juristischen Gleichgewichts dessen ungekürzter Schaden (hier Begräbniskosten, Trauerschmerzensgeld) zu, soweit es sich um das gleiche Rechtsgut handelt (2. Rechtsgang zu 2 Ob 219/10k ZVR 2012/44 [Ch. Huber]).

Sachverhalt:

[Tod durch Verkehrsunfall und unterbliebene Bluttransfusionen als Zeugin Jehovas]

Am 20. 6. 2005 ereignete sich ein Verkehrsunfall, bei dem die damalige Ehefrau des Kl (im Folgenden: die Geschädigte) als Fußgängerin durch einen Sattelzug mit polnischem Kennzeichen erfasst und niedergestoßen wurde. Den Lenker des Sattelzugs trifft das Alleinverschulden an dem Unfall; er handelte grob fahrlässig. Der Geschädigten musste unfallbedingt ein Oberschenkel amputiert werden. Bei Eintreffen der Geschädigten im Krankenhaus bestand keine lebensbedrohliche Situation; es lag aber eine absolut dringliche und vitale Indikation zur Gabe von Blutkonserven vor. Es wurden allerdings keine Bluttransfusionen durchgeführt, weil die Geschädigte Zeugin Jehovas war und es auch eine Willenserklärung von ihr gab, keine Blutkonserven zu erhalten. Die Gabe von Blutkonserven wäre geeignet gewesen, bei der Geschädigten lebenserhaltend zu wirken. Diese verlor 4/5 ihres Gesamtblutvolumens, wobei dieser Blutverlust auch unter Hinwegdenken der Fettembolie, die bei ihr in weiterer Folge auftrat, absolut tödlich war. Dass eine Fettembolie auch bei Erhalt von Blutkonserven hätte auftreten können, kann nicht völlig ausgeschlossen werden. Sie verstarb am nächsten Tag trotz maschineller Beatmung mit hochkonzentriertem Sauerstoff infolge Blutverlustes und ausgeprägter Fettembolie.

Der Kl war mit der Geschädigten 44 Jahre verheiratet und hatte bis zu ihrem Tod stets mit ihr zusammengelebt. Der Nachlass wurde ihm als Alleinerbe zur Gänze eingantwortet.

[Klagebegehren]

Der Kl beehrte vom bekl. Versicherungsverband (im Folgenden: Verband) einen Betrag von € 16.572,80 sA, der ein Trauerschmerzensgeld von € 10.000,-, Begräbniskosten von € 5.772,80 sowie ein Schmerzensgeld für die Geschädigte von € 800,- umfasste.

[1. Rechtsgang]

Im ersten Rechtsgang gab das ErstG dem Klagebegehren im Betrag von € 16.274,80 sA statt (Trauerschmerzensgeld € 10.000,-; Begräbniskosten € 5.674,80; Schmerzensgeld für die Verletzte € 600,-) und wies unbekämpft das Mehrbegehren von € 298,- sA ab. Das

BerG bestätigte den Zuspruch von € 600,- sA (Schmerzensgeld für die Verletzte) als TeilU. Im Übrigen, somit hins € 15.674,80 sA, hob es das U des ErstG auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das ErstG zurück. Der OGH gab mit Beschluss vom 22. 6. 2011, 2 Ob 219/10k SZ 2011/76 = ZVR 2012/44 (Huber) = EvBl 2011/152 (Steininger) = JBl 2012, 251 (Kalb) = RdM 2011/168 (Leischner) = öarr 2013, 207 (Schacherreiter) dem Rek des Kl nicht Folge. Er bejahte in Übereinstimmung mit dem BerG die adäquate Verursachung der Todesfolge durch den Lenker des Sattelzugs sowie die Zurechenbarkeit einer (allfälligen) Verletzung der Schadensminderungspflicht der Geschädigten an den Kl und gelangte unter Berücksichtigung von einschlägiger Rsp und Lehre zu der Auffassung, dass die Geschädigte in ihrer Religions-, Glaubens- oder Gewissensfreiheit nicht beeinträchtigt gewesen sei. Als eigenberechtigter Person sei es ihr freigestanden, jegliche medizinische Behandlung, somit auch eine Bluttransfusion zu verweigern. Die Weigerung sei auch rechtmäßig gewesen. Die Verletzung der Schadensminderungspflicht setze aber kein rechtswidriges Verhalten voraus, sondern begründe lediglich eine Obliegenheitsverletzung.

Die Freiheit der Gewissensentscheidung bedeute nicht, dass derjenige, der eine für ihn objektiv ungünstige, gegen die Obliegenheit zur Schadensminderung verstoßende Gewissensentscheidung treffe, die aus der objektiven Ungünstigkeit der Entscheidung folgenden Nachteile nicht zu tragen habe. Diese Nachteile seien im gegenständlichen Fall möglicherweise der Tod der Geschädigten, aber auch, dass im Fall, dass bei medizinisch indizierter und durchgeführter Bluttransfusion die Verletzte überlebt hätte, der Schädiger für die nachteiligen Folgen dieser objektiv ungünstigen Gewissensentscheidung nicht einzustehen habe.

[Beiderseitiges Prozessvorbringen im 2. Rechtsgang]

Im 2. Rechtsgang brachte der Kl ergänzend vor, die Beweislast für die behauptete Verletzung der Schadensminderungspflicht treffe die beklP. Aufgrund des vorliegenden SV-GA sei der Beweis nicht gelungen, dass die Geschädigte an ihrer religiös motivierten Ablehnung von Fremdbluttransfusionen verstorben sei. Hinzu komme, dass das behauptete pflichtgemäße Verhalten, nämlich die Duldung der Verabreichung

Einwand des Mitverschuldens bei Hinterbliebenenschaden unbeachtlich, wenn rechnerischer Schaden ohne diesen Verstoß noch höher gewesen wäre.

von Blutkonserven, selbst dann, wenn dadurch der Tod verhindert worden wäre, keine Schadensminderung bei der bekIP bewirkt hätte. Wäre die Geschädigte am Leben geblieben, wären ihr unverhältnismäßig höhere Schadenersatzansprüche gegenüber der bekIP zugestanden. Durch den Unfall wären schwere Dauerfolgen in Form von Amputationen eingetreten, welche zu einer dauernden Pflegebedürftigkeit und auch unverhältnismäßig höheren Schmerzensgeldansprüchen geführt hätten. Eine Vergrößerung des rechnerischen Schadens sei jedenfalls nicht eingetreten. Es werde daher der Einwand der „Vorteilsanrechnung“ erhoben.

Die bekIP erwiderte, eine allfällige „Einsparung anderer Ansprüche“, die bei Überleben der Verletzten entstanden wären, ermögliche keine Vorteilsanrechnung zugunsten der Ansprüche des Kl. Die Ablehnung der Zufuhr von Blutkonserven sei eine anspruchvernichtende Obliegenheitsverletzung, da der Todeseintritt bei der Entgegennahme von Bluttransfusionen mit hoher Wahrscheinlichkeit hätte verhindert werden können.

[Entscheidungen der Vorinstanzen]

Das ErstG wies mit EndU das restliche Klagebegehren ab.

Das BerG hob dieses abermals auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach allfälliger Verfahrensergänzung an das ErstG zurück.

Der OGH gab dem Rek der bekIP Folge, hob den angefochtenen Beschluss auf und erkannte in der Sache selbst, dass er mit EndU die bekIP schuldig erkannte, dem Kl € 15.674,80 sA zu bezahlen.

Aus den Entscheidungsgründen:

[Zulässigkeit und Berechtigung des RM]

Der Rek ist zulässig, weil sich der OGH zur Frage der Anwendung der Rsp zum „rechtmäßigen Alternativverhalten“ im Fall des Todes einer zur Schadensminderung verpflichteten Person bisher noch nicht geäußert hat. Das RM ist im Ergebnis auch berechtigt, was allerdings zu einer (zulässigen) reformatio in peius (RIS-Justiz RS0043858; RS0043903; RS0043939) und zur Stattgebung des restl Klagebegehrens führt.

[RevVorbringen der bekIP in tatsächlicher Hinsicht]

Die bekIP macht geltend, das ErstG habe die ihm im ersten Rechtsgang aufgetragenen Feststellungen vollständig getroffen und wohl begründet. Die bekIP habe danach den Beweis einer dem Kl zuzurechnenden Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit erbracht. Hingegen habe der Kl im 1. Rechtsgang nicht behauptet, dass der Tod der Geschädigten auch bei Verabreichung von Blutkonserven mit hoher Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre. Somit lägen auch keine sekundären Feststellungsmängel vor. Ergänzende Feststellungen wären überschießend und würden zu einer unrichtigen rechtl Beurteilung der Sache führen. Selbst wenn das erst im 2. Rechtsgang erstattete Vorbringen zulässig sein sollte, sei bereits den gutachterl Äußerungen zu entnehmen, dass die Frage, ob die Geschädigte auch bei Verabreichung von Blutkonserven mit hoher Wahrscheinlichkeit verstorben wäre, nicht klärbar sei.

[RevVorbringen der bekIP in rechtl Hinsicht]

Es sei aber auch nicht zu prüfen, ob die Maßnahmen zur Schadensminderung tatsächlich zu einer Verminderung oder sogar zu einer Vergrößerung des Schadens geführt hätten. Der eingetretene Tod könne nicht als geringerer Schaden angesehen werden als das Weiterleben, sei doch das menschliche Leben das höchste Rechtsgut in der österr Rechtsordnung. Ein Vorteil sei aus dem Tod der Geschädigten niemandem entstanden. Das ausschließliche Abstellen auf die „pekuniäre Seite“ und die Höhe der denkmöglichen Ansprüche sei verfehlt. Es sei wohl anzunehmen, dass die fiktiven Ansprüche, die der Geschädigten im Fall ihres Weiterlebens zugestanden wären, höher als das Klagspunktum gewesen wären. Werde der Sachverhalt nach den Vorgaben des BerG durch das ErstG ergänzt, würde jede Variante zu einer Berechtigung des Klagebegehrens führen. Eine „Vermischung“ der fiktiven Ansprüche der Geschädigten mit den originären Ansprüchen des Kl sei jedoch nicht sachgerecht. Eine Haftung der bekIP wäre allenfalls dann zu bejahen, wenn die Geschädigte mit hoher Wahrscheinlichkeit auch nach Verabreichung von Blutkonserven und einer Schocktherapie an den Unfallfolgen verstorben wäre, nicht aber bei Unaufklärbarkeit dieser Frage oder der Feststellung, dass die Geschädigte nach entsprechender Therapie weitergelebt hätte.

[Zu den verfahrensrechtl Fragen]

Im 1. Rechtsgang hatte das ErstG die Rechtsansicht vertreten, die Verweigerung von Bluttransfusionen aus Glaubens- und Gewissensgründen begründe (grds) keine Verletzung der Schadensminderungspflicht. Davon ausgehend traf es keine Feststellungen zu der Frage, ob im konkreten Fall die Nichtverabreichung von Blutkonserven für den Tod der Geschädigten ursächlich war. Das BerG kam hingegen zu dem Ergebnis, dass die geltend gemachten Glaubens- und Gewissensgründe dem Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht nicht erfolgreich entgegengehalten werden könnten, und trug dem ErstG in seinem Aufhebungsbeschluss ergänzende Feststellungen zwecks Klärung der Berechtigung des Einwands auf.

[Ergänzendes Vorbringen im 2. Rechtsgang zulässig]

Der – durch den OGH bestätigte (2 Ob 219/10 k) – AufhebungsB des BerG erfolgte somit nach § 496 Abs 1 Z 3 ZPO, weil rechtserhebliche Tatsachen nicht erörtert wurden. Das bedeutet, dass im fortgesetzten Verfahren neues Vorbringen grds unbeschränkt zulässig war. Nur abschließend erledigte Streitpunkte durften nicht wieder aufgerollt werden (vgl RIS-Justiz RS0042435 [T 4, T 6, T 7]; RS0042441 [T 2, T 3]; RS0042458 [T 3, T 5, T 6 uva]). Abschließend geklärt wurde iZm dem (hier allein noch interessierenden) Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht im ersten Rechtsgang aber nur, dass die geltend gemachten Glaubens- und Gewissensgründe die Berechtigung dieses Einwands nicht hindern können, weil der Geschädigten in der konkreten Situation die Entgegennahme von Blutkonserven (objektiv und sub-

ktiv) zumutbar gewesen wäre. Abgesehen von diesem Thema war im 2. Rechtsgang ergänzendes Vorbringen uneingeschränkt zulässig. Das BerG hat sich daher zu Recht mit dem Vorbringen des Kl zur Beweislast, zum Beweismaß und zur „Vorteilsanrechnung“ inhaltlich befasst und es in seine Entscheidung einbezogen.

[...]

[Zum Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht]

Eine Verletzung der Schadensminderungspflicht liegt im Allg dann vor, wenn der Geschädigte Handlungen unterlassen hat, die geeignet gewesen wären, den Schaden abzuwehren oder zu verringern, obwohl sie – objektiv betrachtet – von einem verständigen Durchschnittsmenschen gesetzt worden wären, um eine nachteilige Veränderung des eigenen Vermögens hintanzuhalten (2 Ob 144/11 g; RIS-Justiz RS0023573). Die Obliegenheit, den Schaden möglichst gering zu halten, wird in stRsp aus § 1304 ABGB abgeleitet (RIS-Justiz RS0027043; *Reischauer in Rummel*, ABGB II/2 a³ § 1304 Rz 37). Die Unterlassung der Schadensminderung kann dem Geschädigten nur vorgeworfen werden, wenn die von ihm unterlassene und zumutbare Handlung geeignet gewesen wäre, den Schaden zu verringern (RIS-Justiz RS0109225). Die Behauptungs- und Beweislast für die Eignung einer Maßnahme zur Schadensverringerung trifft den Schädiger (vgl 9 Ob 83/15 v; RIS-Justiz RS0027129; *Karner in KBB*⁴ § 1304 Rz 11; *Reischauer in Rummel*, ABGB II/2 a³ § 1304 Rz 44), hier also die beklP.

[Ergänzungsaufträge im 1. Rechtsgang]

Der „Schaden“, aus dem der Kl die Ansprüche auf Trauerschmerzensgeld und Ersatz der Begräbniskosten ableitet, liegt im Tod der Geschädigten, seiner Ehefrau. Im 1. Rechtsgang wurde demnach darauf abgestellt, ob die – als zumutbar erachtete – Zustimmung zu Bluttransfusionen den Tod der Geschädigten (und damit den Ansprüchen des Kl zugrundeliegenden Schaden) verhindert hätte. Auf diese Frage bezogen sich auch die Ergänzungsaufträge an das ErstG.

[Entbehrlichkeit weiterer Tatsachenvorbringungen]

Obwohl das ErstG nach Durchführung eines umfangreichen Beweisverfahrens seine Feststellungen ergänzte, hält das BerG – abgesehen vom erwähnten Begründungsmangel – diese Tatsachenfrage noch nicht für ausreichend geklärt, weshalb es weiterer ergänzender Feststellungen bedürfe. Eine Verfahrensergänzung könnte aber schon im Hinblick auf das im 2. Rechtsgang zulässig erstattete neue Tatsachenvorbringen des Kl entbehrlich sein, wonach der Geschädigten im Fall ihres Überlebens infolge der erlittenen Verletzungen weitaus höhere Schadenersatzansprüche zugestanden wären, als sie der Kl hier geltend macht. Dieses Vorbringen ist von der hypothetischen Annahme getragen, dass die Geschädigte bei Verabreichung von Blutkonserven überlebt hätte. Könnte mit diesem Gegeneinwand der Vorwurf der Verletzung der Schadensminderungspflicht entkräftet werden, käme es auf die vom BerG für nötig befundenen Verfahrenser-

gänzungen nicht mehr an. Er ist daher vorrangig zu prüfen.

[Zum Gegeneinwand des Kl – dogmatische Einordnung und Qualifikation]

Dazu stellt sich zunächst die Frage, unter welchem rechtl Gesichtspunkt der Gegeneinwand des Kl zu prüfen ist. Nach Ansicht des BerG geht es dabei um einen Aspekt des rechtmäßigen Alternativverhaltens:

Es stützt sich damit auf die Auffassung *Ch. Hubers*, die dieser in seiner weiterführenden Glosse zur E 2 Ob 219/10k vertreten hat (ZVR 2012/44, 104). Darin betonte der Autor – freilich mit dem zutr Hinw auf (bis dahin) fehlendes Vorbringen des Kl –, dass die Verweigerung einer Blutkonserve nicht nur zu einer Vergrößerung des Schadens, sondern auch zu einer Verminderung führen kann. Aus schadensrechtlicher Sicht sei nämlich der Tod für den Ersatzpflichtigen weniger belastend als eine schwere Verletzung, möge eine solche Feststellung auch zunächst pietätlos erscheinen. Im konkreten Fall wären die Heilungskosten, der Erwerbs- und/oder Haushaltsführungsschaden sowie das Schmerzensgeld der Geschädigten nach einer Oberschenkelamputation wesentlich höher gewesen als die vom Kl begehrten Bestattungskosten und das Trauerschmerzensgeld (idS auch *Steininger*, Anm zu 2 Ob 219/10k, EvBl 2011/152, 1079; ebenso *Dullinger*, Mitwirkungspflichten im Rahmen der ärztlichen Behandlung, RdM 2012/136, 222 [228 ff]).

Alle drei soeben erwähnten Glossatoren halten deshalb die Ansprüche des Kl erkennbar für berechtigt. Uneinigkeit besteht nur in der rechtl Begründung des angestrebten Ergebnisses. Während etwa *Steininger* (aaO) schon das Vorliegen einer Obliegenheitsverletzung in Abrede stellt und *Dullinger* (aaO) die Berücksichtigung des hypothetischen Schadens im Weg der Vorteilsanrechnung vorschlägt, hält *Huber* die Kategorie des rechtmäßigen Alternativverhaltens, hier in der Form des „Alternativverhaltens ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit“, für vorzugswürdig (anders noch *ders* in Die Presse [Rechtspanorama] 2011/39/02). Diese könne nicht nur auf Schädigerseite Beachtung finden, sondern in Entsprechung von Verschulden und Mitverschulden auch auf Seiten des Geschädigten. Bei der von ihm ebenfalls in Erwägung gezogenen Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung gibt *Huber* zu bedenken, dass die „Verrechnung“ (von Vor- und Nachteilen auf Seiten des Schädigers) auf sachlich kongruente Leistungen zu beschränken sein könnte, was lediglich in Bezug auf Erwerbsschaden (bei Überleben) und Unterhaltersatz (beim Tod) gegeben wäre.

[Alternativverhalten ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit; Abstellen auf den rechnerischen, nicht den realen Schaden]

Der Sen hält wie das BerG den dogmatischen Ansatz *Hubers* für sachgerecht:

Zunächst vermag der gegen die Meinung *Hubers* vorgetragene Einwand *Dullingers* (aaO FN 58), dass in den einschlägigen Fallkonstellationen die Verweigerung der Behandlung andere reale Schäden verursacht habe, als bei deren Durchführung entstanden wären, nicht zu überzeugen. Er vernachlässigt die stRsp, nach

der beim rechtmäßigen Alternativverhalten nur auf den rechnerischen, nicht aber auf den realen Schaden abzustellen ist. Entscheidend ist, dass bei rechtmäßigem Verhalten derselbe rechnerische Schaden entstanden wäre; Unterschiede beim realen Schaden sind bedeutungslos (2 Ob 82/14 v mwN; RIS-Justiz RS0111706; *Reischauer in Rummel*, ABGB II/2 a³ § 1295 Rz 1 a).

[Argumente gegen die Vorteilsausgleichung]

Vor allem aber sind die Bedenken *Hubers* gegen die Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung im gegebenen Zusammenhang nicht von der Hand zu weisen. Nach stRsp kommt die Berücksichtigung von Vorteilen nur gegenüber sachlich und zeitlich kongruenten Schadensersatzansprüchen in Betracht (vgl 2 Ob 227/07 g ZVR 2009/10 [*Kathrein*]; RIS-Justiz RS0114259; RS0022826 [T 2, T 3, T 4]), was hier zu den von *Huber* aufgezeigten Konsequenzen führen würde. Die Ansprüche, welche die Geschädigte bei „rechtmäßigem“ Alternativverhalten, also im Fall ihres – hier unterstellten – Überleben gehabt hätte, wären zum Trauerschaden des Kl und zum Aufwand für die Begräbniskosten sachlich nicht kongruent. Dieses ihm nachteilige Ergebnis wird vom Kl mit seinem Gegeneinwand jedenfalls nicht angestrebt.

[Bei Mitverschulden kein rechtswidriges Verhalten Voraussetzung]

Der Beurteilung unter dem Aspekt des „rechtmäßigen“ Alternativverhaltens könnte entgegengehalten werden, dass sie rechtswidriges tatsächliches Verhalten voraussetzt. Dass der Geschädigten ein solches vorzuwerfen wäre, wurde aber schon im ersten Rechtsgang ausdrücklich verneint (2 Ob 219/10 k). Allerdings ist daran zu erinnern, dass die Schadensminderungspflicht (bzw Schadensminderungsobliegenheit) in § 1304 ABGB wurzelt, es sich daher um eine Form des Mitverschuldens handelt. Dieses setzt kein rechtswidriges Verhalten voraus. Es genügt Sorglosigkeit gegenüber den eigenen Gütern, worunter auch die Gesundheit fällt (RIS-Justiz RS0022681; RS0032045; *Reischauer in Rummel*, ABGB II/2 a³ § 1304 Rz 1). In Fällen, in denen die Sorgfaltswidrigkeit gegenüber eigenen Gütern nicht – wie etwa bei Verletzung eines Schutzgesetzes – rechtswidrig ist, wird Rechtswidrigkeit fingiert, um das Maß für die Verantwortung des Geschädigten zu finden (*Reischauer in Rummel*, ABGB II/2 a³ § 1304 Rz 1 und Rz 3). Dies wirft auch auf der Seite des Geschädigten die Frage nach dem „rechtmäßigen“ (bzw „sorgfältigen“) Alternativverhalten in eigenen Angelegenheiten auf, bei der es letztlich um die Ursächlichkeit der Sorgfaltsverletzung geht (*Reischauer in Rummel*, ABGB II/2 a³ § 1304 Rz 2).

[Verweis auf Vorjudikatur zum rechtmäßigen Alternativverhalten]

In der Rsp des OGH finden sich zahlreiche Beispiele für die Berücksichtigung des „rechtmäßigen“ Alternativverhaltens des Geschädigten bei der Ermittlung des Ersatzanspruchs. So ist etwa in Fällen eines Mitverschuldens wegen Verletzung der Gurtenanlegepflicht (vgl 8 Ob 45/87 ZVR 188/154; RIS-Justiz RS0038671), Nichttragen eines Sturzhelms (vgl 2 Ob 99/14 v ZVR 2014/218

[*Karner*]; RIS-Justiz RS0110803) oder Nichttragen einer Motorradschutzbekleidung (2 Ob 119/15 m ZVR 2016/10 [*Huber*]) nur jener Schaden gemindert, für den die Sorgfaltswidrigkeit (mit)ursächlich war, der also im Fall des „rechtmäßigen“ Alternativverhaltens des Geschädigten vermieden oder verringert worden wäre (vgl auch *Reischauer in Rummel*, ABGB II/2 a³ § 1304 Rz 30). Ebenso wurde in Fällen, in denen sich der Geschädigte selbst verkehrswidrig verhalten hatte, unter dem Aspekt des rechtmäßigen Alternativverhaltens die Ursächlichkeit der Schutznormverletzung für den erlittenen Schaden geprüft (2 Ob 21/92 ZVR 1993/122; vgl auch 2 Ob 20/99 a ZVR 1999/97; 2 Ob 204/05 x). Schließlich wurde einem Geschädigten zugestanden, dass er einen von ihm (möglicherweise) rechtswidrig getätigten Aufwand ersetzt bekommt, wenn der vom Schädiger rechtswidrig und schuldhaft verursachte Aufwand bei einem rechtmäßigen Verhalten des Geschädigten jedenfalls weit höher gewesen wäre als der tatsächlich getätigte (4 Ob 52/06 k EvBl 2007/75).

[Vorbringen des Kl mit der Etikettierung „Vorteilsausgleichung“ ausreichend]

Aufgrund dieser Erwägungen ist der Gegeneinwand des Kl iS des Einwands des „rechtmäßigen“ Alternativverhaltens oder, wie *Huber* es präziser formulierte, als Einwand des „Alternativverhaltens ohne Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht“ zu verstehen. Die vom Kl in Anlehnung an *Dullinger* vorgenommene dogmatische Einordnung unter die „Vorteilsanrechnung“ schadet nicht. Zwar hat die Prüfung des „rechtmäßigen“ Alternativverhaltens nicht von Amts wegen, sondern nur über entsprechenden Einwand zu erfolgen. Es genügt aber, wenn die (hier:) einen Haftungsausschluss hindernden Tatsachen vorgebracht worden sind (vgl 2 Ob 41/10 h mwN). Dieses Vorbringen hat der Kl im 2. Rechtsgang erstattet.

[Zumindest gleich hoher Schaden bei Zustimmung zur Bluttransfusion]

Es bleibt somit zu prüfen, ob ein zumindest gleichwertiger Schaden entstanden wäre, hätte die Geschädigte den (lebenserhaltenden) Bluttransfusionen zugestimmt.

[Beweislast kann offengelassen werden]

Nach Ansicht des BerG hat der Kl den Beweis zu erbringen, dass (lebenserhaltende) Bluttransfusionen auch nicht schadensmindernd gewirkt hätten. Dabei stützte es seine Überlegungen einerseits auf jene Rsp, die dem gegen ein Schutzgesetz verstößenden Schädiger den Entlastungsbeweis des rechtmäßigen Alternativverhaltens auferlegt (RIS-Justiz RS0027364; RS0112234 [T 5, T 14]), andererseits – weil die Geschädigte gegen keine Schutznorm verstieß – auf die zu Schiunfällen ergangene Rsp, wonach ein Schiläufer, dem eine bloße Sorglosigkeit (ein fahrtechnischer Fehler) unterlaufen ist, die entlastenden Umstände nachzuweisen hat (RIS-Justiz RS0023480).

Diese Überlegungen, denen der Kl in seiner RMBeantw entgegentritt, können im vorliegenden Fall aber auf sich beruhen. Das ErstG hat aufgrund des Kl Vorbringens die unfallbedingten Verletzungen der Ge-

schädigten im Detail festgestellt. Das genügt, um anhand der Rsp des OGH zu annähernd vergleichbaren Fällen die Aussage treffen zu können, dass die hypothetischen Ersatzansprüche der Geschädigten die geltend gemachten Ansprüche des Kl jedenfalls deutlich überstiegen hätten. Allein das angemessene Schmerzensgeld hätte ein Mehrfaches des Eingeklagten betragen (zum Schmerzensgeld bei Amputation von Gliedmaßen vgl 2 Ob 105/09 v mwN ZVR 2011/67 [Kathrein]). Insofern bedarf es auch keiner Verfahrensergänzung.

[Maßgeblichkeit des rechnerischen Schadens]

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es beim rechtmäßigen Alternativverhalten nur darauf ankommt, ob derselbe rechnerische Schaden entstanden wäre, während Unterschiede beim realen Schaden bedeutungslos sind. Das schließt zwar nicht aus, dass bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit des tatsächlich entstandenen und des hypothetischen Schadens nicht der Gesamtschaden entscheidet, sondern dass nach der Art des beeinträchtigten Rechtsguts differenziert wird, wenn also etwa bei rechtmäßigem Alternativverhalten nicht die Sachschäden, wohl aber die Personenschäden vermindert worden wären (vgl 2 Ob 21/92 ZVR 1993/122). Innerhalb dieser Grenzen bleibt aber dennoch nur der rechnerische Schaden relevant, widrigenfalls der durchzuführende Vergleich zwischen eingetretenem und hypothetischem Schaden nicht möglich wäre.

[Berücksichtigung des Alternativverhaltens ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit auch bei Ansprüchen der Hinterbliebenen]

Das gilt auch für den Fall, dass ein Unfallopfer – wie hier die Geschädigte – an den Unfallfolgen verstirbt. Hätten sie ihr zumutbare, von ihr jedoch abgelehnte medizinisch indizierte Maßnahmen am Leben erhalten, sind einander die im tatsächlichen und im hypothetischen Geldersatz zum Ausdruck kommenden Schäden rechnerisch gegenüberzustellen. In den vorzunehmenden Vergleich sind auch die vom Tod eines Angehörigen abhängigen Ansprüche der Hinterbliebenen mit einzubeziehen, wobei aber immer nur die Schäden der am Prozess beteiligten Personen zu berücksichtigen sind (vgl 2 Ob 204/05 x mwN). Müssen sich doch die

Anmerkung:

Realer und rechnerischer Schaden, Vorteilsausgleich und rechtmäßiges Alternativverhalten werden mitunter als sublimen dogmatische Kategorien des akademischen Unterrichts angesehen, die Praktiker häufig nicht beschäftigen. Die konkrete Entscheidung lehrt, wie wertvoll – jedenfalls in der Juristerei – präzise Begrifflichkeit ist, weil von dieser so manches Ergebnis abhängt.

Nach mehreren Anläufen gelangte der Witwer zu einem ungekürzten Zuspuch von Begräbniskosten und Trauerschmerzensgeld. Warum in concreto kein Haushaltsführerschaden anfiel, darüber kann man nur rätseln – womöglich hat die verstorbene Ehefrau mehr an „Geldunterhalt“ gekostet, als sie an „Gegenleistungen im Haushalt“ erbracht hat. Bei Berücksichtigung des Phänomens der fixen Kosten ist das selten, soll aber hier nicht weiter thematisiert werden.

Hinterbliebenen – dies ist hier nicht mehr strittig – auch die Verletzung der Schadensminderungspflicht oder ein sonstiges Mitverschulden des Geschädigten auf ihre Ansprüche anrechnen lassen, ob sie nun selbst mittelbar (§ 1327 ABGB; vgl RIS-Justiz RS0026892; RS0027341) oder unmittelbar (vgl 2 Ob 178/04 x ZVR 2004/105 [Danzl]; 2 Ob 161/12 h; 9 Ob 76/15 i) geschädigt sind. Dem Kl, auf den beides zutrifft (Anspruchgrundlage für die Begräbniskosten ist § 1327 ABGB [vgl RIS-Justiz RS0031439; Danzl in KBB⁴ § 1327 Rz 2], während es sich beim Trauerschaden um einen unmittelbaren Schaden handelt), muss daher aus Gründen des „juristischen Gleichgewichts“ (so schon 2 Ob 178/04 x ZVR 2004/105 [Danzl]) der Gegeneinwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens der Geschädigten mit der Rechtsfolge der Maßgeblichkeit auch seiner originären Ersatzansprüche bei der vorzunehmenden Vergleichsrechnung offenstehen (idS auch Huber, Anm zu 2 Ob 209/10 k, ZVR 2012/44, 104).

[Ergebnis – Rechtssache spruchreif iS der Klagestattgebung]

Aus den dargelegten Gründen erweisen sich die verbliebenen Ansprüche des Kl auf Trauerschmerzensgeld und Ersatz der Begräbniskosten unabhängig davon als berechtigt, ob das ErstG in einem weiteren Rechtsgang nach den Vorgaben des BerG einen „hochwahrscheinlichen Geschehnisablauf“ über die Todesursache feststellen kann. Selbst wenn mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit feststünde, dass die Bluttransfusionen lebenserhaltend gewirkt hätten, wäre dem Kl jedenfalls der Beweis gelungen, dass in diesem Fall der maßgebliche rechnerische Schaden höher gewesen wäre, als er durch den Tod der Geschädigten bewirkt worden ist.

Der Aufwand des Kl für die Begräbniskosten von € 5.647,80 und die Angemessenheit eines Trauerschmerzensgelds von € 10.000,- bilden in dritter Instanz zu Recht keinen Streitpunkt mehr (zur Höhe bisheriger Zusprüche vgl Danzl in KBB⁴ § 1329 Rz 29; ders in Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld¹⁰ 193 ff und 206 ff). Die Sache ist daher spruchreif. In Stattgebung des Rek ist in der Sache selbst dahin zu entscheiden, dass dem Klagebegehren im noch streitverfangenen Umfang stattzugeben ist.

Die zentrale Frage der Entscheidung kann so formuliert werden: Die Verletzte als Zeugin Jehovas verweigerte eine Bluttransfusion aus Glaubensgründen. Das mag man ihr zugestehen. Die Folgen dürfen freilich nicht dem Schädiger auf den Kopf fallen. Dieser ist so zu stellen, als hätte sie sich als „sorgfältiger Durchschnittsmensch“ verhalten und eine Bluttransfusion akzeptiert. Im Regelfall führt ein verweigerter Heileingriff zu einer Vergrößerung des Schadens. Bei Anlegen des Maßstabs des realen Schadens war das auch hier der Fall. Die Verletzte starb.

Bei rechnerischer Betrachtung kommt man zu einem gegenteiligen Ergebnis: Für den Ersatzpflichtigen ist der Tod – gegenüber einer schweren Verletzung – ein „Geschäft“: Die verletzte Person hätte einen Anspruch auf (weitere) Heilungskosten und Schmerzensgeld, einen Erwerbsschaden und vermehrte Bedürf-

nisse wegen der Pflege. Im Vergleich dazu belaufen sich die Ansprüche der Hinterbliebenen bloß auf einen (geringfügigen) Bruchteil: Der Unterhaltersatz macht stets nur einen Ausschnitt des Erwerbsschadens aus. Das Angehörigenschmerzensgeld ist im Vergleich zu dem der verletzten Person gering. Und auch die Begräbniskosten haben eher den Charakter einer Zugabe.

Je nachdem, ob man die Ablehnung der Blutkonserven und den dadurch erfolgten Tod sowie die insofern ausgelöste, gegenüber dem Verletzungsfall geringere Ersatzverpflichtung dogmatisch als (versagte) Vorteilsausgleichung oder „rechtmäßiges“ Alternativverhalten qualifiziert, hängt das Ausmaß des Ersatzes ab, erfolgt im Rahmen des Vorteilsausgleichs doch lediglich eine Verrechnung von zeitlich und sachlich kongruenten Ansprüchen, während der OGH beim rechtmäßigen Alternativverhalten – zu Recht – allein auf den rechnerischen Schaden im Rahmen des gleichen Rechtsguts abstellt. Folgerichtig unterscheidet er insoweit bloß zwischen Sach- und Personenschäden. Nach der Devise „guter Tropfen, böser Tropfen“, oder wie der OGH das eloquenter als „Prinzip des juristischen Gleichgewichts“ bezeichnet, muss sich der anspruchsberechtigte Hinterbliebene jegliches Verhalten des Getöteten zurechnen lassen. Wenn das so ist, dann muss das im Guten wie im Bösen gelten.

Führt man diesen Gedanken fort, wird die enorme Tragweite des für einen ausgerissenen Einzelfall mit überschaubarem Streitwert ausgesprochenen Rechtsatzes deutlich: ME ist nämlich nicht begründbar, warum ein Verhalten der getöteten Person bloß im Rahmen der Schadensbeseitigung beachtlich sein sollte, nicht aber auch bei Schadensentstehung. Es sind Konstellationen denkbar, in denen die getötete Person ohne Verstoß gegen die Schadensminderung überlebt hätte, aber schwer verletzt worden wäre, so etwa bei Verstoß gegen die Pflicht, einen Helm zu tragen oder sich anzuschnallen. Dann müssen die hier angestellten Gedanken mutatis mutandis gelten.

Der OGH führt aus, dass diese Überlegungen nur für die am Prozess beteiligten Personen gelten. Im Regelfall ist der Verletzungsschaden exorbitant höher als der Tötungsschaden. In ausgerissenen Fällen muss das aber nicht so sein, wenn etwa die getötete Person ohnehin nur noch kurz gelebt hätte und eine Vielzahl von Angehörigen einen Anspruch auf Trauerschmerzensgeld oder Schockschaden haben. Kommt es dann nach dem Prioritätsprinzip darauf an, der Prozess welcher Hinterbliebenen zuerst zu einem Urteil führt? Um

derartige Zufälligkeiten zu vermeiden, ist eine Bündelung sämtlicher Ansprüche in einem Prozess anzuraten. Sollten die Hinterbliebenenansprüche die der verletzten Person knapp überschreiten, ist die sachgemäße Rechtsfolge eine proportionale Kürzung sämtlicher Ansprüche.

Das Ergebnis des OGH überzeugt nicht nur in der Sache. Es hat auch den Vorzug der Verfahrensökonomie, indem es Beweiserhebungsaufwand erspart. Wie unwägbare die Kausalität der abgelehnten Bluttransfusion ist, zeigt gerade dieser Prozess. Die Entscheidung betont zu Recht: Weshalb das BerG zurückverwiesen hat, darauf kommt es nicht an. Entweder war die Verweigerung der Bluttransfusion nicht kausal für den Tod – dann hätte der Schädiger die begehrten Schadensposten des hinterbliebenen Ehemanns jedenfalls zu ersetzen gehabt; oder die Verweigerung der Bluttransfusion war kausal für den Tod; dann gebührt voller Ersatz immer dann, wenn der Verletzungsschaden – wie im Regelfall – in Summe höher gewesen wäre.

Dass es hier zu einer *reformatio in peius* gekommen ist, weil es nach einem RM des Ersatzpflichtigen gegen einen Aufhebungsbeschluss zu einer vollen Stattgebung gekommen ist, ist eine Besonderheit des Einzelfalls. Aber auch in diesem verlangt der OGH ein entsprechendes Vorbringen des Kl. Erforderlich ist dabei aber bloß das tatsächliche Substrat; dass der Kl anders als schlussendlich der OGH mit dem versagten Vorteilsausgleich anstelle des rechtmäßigen Alternativverhaltens argumentiert hat, schadet gemäß dem Prinzip *iura novit curia* der Partei nicht.

Die Frage der Beweislastverteilung zum rechtmäßigen Alternativverhalten war Anlass der RevZulassung durch das BerG. Der OGH hat das offengelassen, weil er in concreto einen Einzelfall zu entscheiden hatte und die Beweisergebnisse eindeutig waren. Der Glossator ist nicht an diese prozessualen Grenzen gebunden. Für den Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht und deren Kausalität in Bezug auf die Verminderung des Schadens ist der Schädiger beweisbelastet. Dass bei rechtmäßigem Alternativverhalten der Schaden aber noch viel höher wäre, dafür muss den Geschädigten als eine für ihn günstige Tatsache die Beweislast treffen. Dass es hier um kein klassisches Mitverschulden, sondern ein wie ein solches zurechenbares Verhalten ging, kann in Bezug auf die Beweislastverteilung keinen Unterschied machen.

Christian Huber,
RWTH Aachen

→ Schmerzensgeld für Folgen eines nicht erkannten Herzinfarkts

§ 1325 ABGB

→ Für die Folgen eines Herzinfarkts, den ein Patient nach einer Fehldiagnose erleidet (fünf Tage starke und 16 Tage mittelstarke Schmerzen, ständig weitere leichte Schmerzen; Einschränkung der körperlichen und psychischen Leistungsfähigkeit auf 50%; erhebliche psychische Belastungen), ist ein Schmerzensgeld in Höhe von € 90.000,- angemessen.

→ Bei der Bemessung des Anspruchs ist auch das Wissen des Geschädigten um seine durch den Herzinfarkt verkürzte Lebenserwartung zu berücksichtigen. Das hat nichts mit der Ablehnung von Schmerzensgeldansprüchen für einen verfrüht eingetretenen Tod zu tun.

ZVR 2017/93

§ 1325 ABGB

OGH 7. 6. 2016,
10 Ob 89/15 h
[OLG Innsbruck
29. 7. 2015,
10 R 45/15 s; -
LG Feldkirch
21. 4. 2015,
8 Cg 68/12 b]