

Urlaub. Dann tritt das Vermögensminus klar hervor. Wer sich das nicht leisten kann, weil es auch um das Verdienen des eigenen Unterhalts geht – die Loyalität gegenüber dem Arbeitgeber mag gegeben oder vorge-schoben sein –, verhält sich überobligationsgemäß. Schon dieser Ansatz spricht dafür, den Pflegeaufwand nach dem Stundenlohn der Erwerbsarbeit abzugelten. Darüber hinaus lässt sich argumentieren, dass Erwerbsarbeit mitsamt dem Erholungsurlaub eben einen bestimmten Marktwert hat; wird ein Teil davon für die Pflege verwendet, ist diese mit diesem Entgelt zu bewerten.

Dagegen ist sogleich der Einwand zu erwarten, dass es sich insoweit um einen nicht ersatzfähigen mittelbaren Drittschaden handle. Dem ist freilich nicht so. Ersatzfähig ist zwar lediglich der Schaden der Verletzten selbst; aber diese darf es sich auf Kosten des Schädigers – jedenfalls bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit – leisten, nicht durch irgendeine Pflegeperson, sondern die ihr vertraute Familienangehörige gepflegt zu werden. Und von dieser kann man fairerweise nur verlangen, dass sie die Pflege übernimmt, wenn man dieser abgilt, was diese sonst in dieser Zeit in ihrem Beruf verdient hätte. Das hat der OGH bereits einmal zu Recht ausgesprochen, so in der E 4 Ob 78/08 m (SZ 2008/81; zust. *Ch. Huber*, Schadenersatzrechtliche Auswirkungen eines ärztlichen Kunstfehlers bei der Geburt des verunstalteten Kindes für die „betroffene“ Mutter, iFamZ 2009, 27 ff). Und je höher der Stundenlohn der familiären Betreuungsperson über dem einer x-beliebigen Pflegekraft liegt, umso bedeutsamer ist das. In concreto war der Stundenlohn einer Pflegekraft auf dem Niveau des Stundenlohns des Vaters, sodass es ohne Auswirkungen geblieben ist. Für welche Tätigkeit freilich die in der Entscheidung erwähnten € 8,50 angemessen sein können, ist – gerade im Hochlohnbundesland Vorarlberg – kaum nachvollziehbar. Zu verweisen ist darauf, dass nach gefestigter OGH-Judikatur (Nachw bei *Ch. Huber* in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm<sup>4</sup> § 1325 Rn 46) maßgeblich die Arbeitskraftkosten (unter Einschluss sämtlicher Lohnnebenkosten) sind, nicht aber das Entgelt einer ausländischen Schwarzarbeiterin!

Ob der Urlaubsverzicht des Vaters ein Vermögensschaden ist oder eine ideelle Beeinträchtigung, mag in concreto ein Grenzfall sein. Für solche hätte das Angehörigenschmerzensgeld eine berechtigte Funktion, gerade bei einer besonders schweren Verletzung eines Familienangehörigen, um den sich die anderen „rund um die Uhr“ dann kümmern (müssen). Die ideelle Beeinträchtigung ist durch die über einen längeren Zeit-

raum andauernde Pflege noch höher als im Fall eines Todes. Die Abgeltung vom Nachweis einer psychischen Erkrankung abhängig zu machen, ist wenig angemessen. Das fordert zu Inszenierung und Dramatisierung der Situation heraus; wer das tut und einen möglichst eloquenten „Seelendoktor“ findet, bekommt Ersatz – mitsamt den Kosten für die Pillen und den Seelendoktor. Wer als rechtschaffener Bürger aber sein gesamtes Augenmerk auf die Gesundung des zum Pflegefall gewordenen Familienangehörigen lenkt und seine eigene seelische Befindlichkeit hintanstellt, geht leer aus. Aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit will das wenig einleuchten.

Das BerG hat die Rev zugelassen, damit der OGH die Möglichkeit habe, dazu Stellung zu nehmen, ob es auch im Fall einer schwer(st)en Verletzung nicht nur einen Anspruch auf einen Schockschaden, sondern auch einen solchen auf ein Angehörigen-/„Trauer“-schmerzensgeld geben soll. Wegen der – im Übrigen durchaus berechtigten Verneinung grober Fahrlässigkeit – musste sich der OGH damit nicht befassen; er hat das Begehren aber auch nicht aus diesem Grund abgelehnt. Mit dieser Entscheidung dürfte die OGH-Linie damit auf Jahre zementiert sein. Abhilfe wäre nur vom Gesetzgeber zu erwarten, der freilich – im Moment – ganz andere Prioritäten hat, etwa die abermalige Verschärfung des Strafrechts. Der deutsche Gesetzgeber ist demgegenüber aktiv geworden, hat aber – durchaus zu Unrecht – Fälle wie diesen ausgespart und ein Angehörigenschmerzens(s)geld auf den Tötungsfall begrenzt, weshalb er das auch „Hinterbliebenengeld“ genannt hat (dazu umfassend *Ch. Huber* in *Ch. Huber/Kadner Graziano/Luckey*, Hinterbliebenengeld [2018]; *ders*, ZVR 2017, 214 und 416). Da wie dort bleibt den Angehörigen nichts anderes übrig, als die eigenen seelischen Leiden zu zelebrieren, sich entsprechend zu inszenieren und einen eloquenten Seelendoktor aufzusuchen; und sei es für wenige Sitzungen (prototypisch OGH 2 Ob 136/11 f EvBl 2013/3 [*Spitzer*] = ZVR 2012/204 [*Karner*], türkischer Gastarbeiter konnte € 300,- für Psychotherapie nachweisen; Schockschaden wurde daher – folgerichtigerweise – bejaht). Dass diese Rsp nicht nur ungerecht, sondern auch volkswirtschaftlich ineffizient ist, sei der guten Ordnung halber erwähnt. Die Pflege durch die eigenen Eltern ist zumeist die erfolgversprechendste Reha-Maßnahme; auch das Schadenersatzrecht sollte dafür die „richtigen“ Anreize schaffen.

*Christian Huber,  
RWTH Aachen*

## → Kein Trauer- oder Schockschadenschmerzensgeld nach Tod des Bruders durch Behandlungsfehler

### § 1325 ABGB

Der erwachsene Bruder eines aufgrund eines Behandlungsfehlers in einer Krankenanstalt verstorbenen Patienten gehört nicht zum Kreis der durch den Behandlungsvertrag (mit)geschützten Personen, weil zwischen erwachsenen Geschwistern (bei generalisierender objektiver Betrachtung und

abstrakter Bewertung) keine derartig innige familiäre Beziehung besteht, dass der aus dem Behandlungsvertrag Hauptleistungspflichtige mit deren Einbeziehung in den geschützten Personenkreis rechnen müsste – daher Abweisung des Klagebegehrens auf Trauer- und Schockschadenschmerzensgeld. →

ZVR 2018/103

§ 1325 ABGB

OGH 2B, 11. 2017,

2 Ob 105/17f

(OLG Wien

27. 3. 2017,

15 R 34/17f.

LG St. Pölten  
3. 1. 2017,  
10 Cg 27/161

### Sachverhalt:

#### [Behandlungsfehler führt zum Tod des Bruders]

Der Bruder des ZweitKl (geb 1984) verletzte sich am 17. 4. 2010 im Bereich des li Kniegelenks. Er wurde in die unfallchirurgische Ambulanz des Landeskrankenhauses, dessen Träger das bekl Bundesland ist, gebracht, wo ein Riss der li Kniescheibensehne diagnostiziert wurde.

Der Bruder des ZweitKl wurde stationär aufgenommen; noch am Unfalltag wurde in Spinalanästhesie die li Kniescheibensehne bei offener Wunde genäht und postoperativ eine Oberschenkelspaltgipschlinge angelegt. Am 24. 4. 2010 wurde der Bruder des ZweitKl in häusliche Pflege entlassen. Bei einer Kontrolle am 12. 5. 2010 schilderte der Bruder des ZweitKl dem Arzt Schmerzen

im Oberschenkel und er wies auf eine Schwellung im operierten Bein hin. Aufgrund des Umstands, dass 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. Der Bruder des ZweitKl wurde demgegenüber nur zur nächsten Kontrolle in zwei Wochen wiederbestellt; nach dem Kontrolltermin noch am 12. 5. 2010 wurde er tot aufgefunden. Unmittelbare Todesursache war eine Lungenembolie ausgehend von einer Thrombose im li Bein.

#### [Sehr innige Gefühlsbeziehung zwischen beiden erwachsenen Brüdern]

Zwischen dem ZweitKl, geb im Jahr 1986, und seinem verstorbenen Bruder bestand eine sehr innige Gefühlsgemeinschaft, die über die übliche Beziehung zwischen erwachsenen Brüdern hinausgeht. Die beiden sahen sich fast tgl, telefonierte mehrmals tgl miteinander und unternahm 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 und seine Partnerin waren seit 2006 Lebensgefährten und wollten heiraten. 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.

#### [Beiderseitiges Prozessvorbringen]

Der ZweitKl beehrte von der Bekl die Zahlung von € 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.

Die Bekl beantragte Abweisung des Klagebegehrens. Ein Behandlungsfehler habe nicht 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 Verstor-

benen iS der 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.

#### [Entscheidungen der Vorinstanzen]

ErstG und BerG wiesen das Begehren mit TeilU ab; das BerG ließ die oRev wegen fehlender Rsp des OGH zum Anspruch von Geschwistern auf Schmerzensgeld wegen Trauerschmerzen und/oder Schockschäden gegenüber dem Träger einer Krankenanstalt zu.

Der OGH gab der Rev des ZweitKl nicht Folge.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Die Rev ist aus dem vom BerG genannten Grund zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

#### [Keine Repräsentantenhaftung]

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

#### [Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter]

Der ZweitKl stützt 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 stützt, in denen solche Ansprüche naher Angehöriger auf deliktischer Grundlage geltend gemacht und beurteilt wurden, sind diese nicht (unmittelbar) einschlägig.

#### [Grundsatz: Anspruchsberechtigt nur Vertragspartner]

Grundsätzlich macht eine Vertragsverletzung nur dem Gläubiger gegenüber ersatzpflichtig. Nach gesicherter Rsp bestehen aber Schutz- und Sorgfaltspflichten aus einem Vertragsverhältnis nicht nur zwischen den unmittelbaren Vertragsparteien, sondern auch gegenüber dritten Personen, die durch die Vertragserfüllung erkennbar in erhöhtem Maß gefährdet werden und der Interessensphäre eines Vertragspartners angehören. Begünstigt sind Dritte, deren Kontakt mit der vertraglichen Hauptleistung bei Vertragsabschluss vorhersehbar war und die der Vertragspartner (des Hauptleistungspflichtigen) entweder erkennbar durch Zuwendung der Hauptleistung begünstigte, an denen er ein sichtbares eigenes Interesse hat oder denen er selbst offensichtlich rechtlich zur Fürsorge verpflichtet ist (4 Ob 33/14 b mwN; RIS-Justiz RS0020769).

### [Ausnahme: Sorgfalts- und Schutzpflicht zugunsten Dritter]

Von einer Sorgfalts- und Schutzpflicht zugunsten Dritter am Vertrag nicht beteiligter Personen ist aber 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 21/04 p; 7 Ob 50/86 SZ 59/189 = JBl 1987, 40 = MietSlg 38/43; RIS-Justiz RS0034594 [T 12]).

### [Bezugnahme auf Vorjudikatur]

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.

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.

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“ Mitverschuldens einwand bei Angehörigenschmerzensgeld? RdM 2011/34, 45).

Der 9. Senat ist in seiner E 9 Ob 83/09 k (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 Sen 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 Hinw 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, besteht ein erkennbares unmittelbares vertragliches Interesse beider Ehegatten an einer erfolgreichen Behandlung.“

### [Generalisierende objektive Betrachtung bei Vertragsauslegung]

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, 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.

### [Anwendung auf den konkreten Fall]

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 [sic; richtig: 26 und 24 Jahre]. In einem solchen Alter ist zwischen Brüdern bei dem gebotenen objektiven Verständnis typischerweise keine auffallend 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 ges 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.

aber mittelbar Geschädigte, um eine Ausuferung von Schadenersatzpflichten zu vermeiden. Im Deliktsrecht bedeutet das, dass grds nur derjenige, der in einem ab-

### Anmerkung:

Ein Prinzip im Schadenersatzrecht lautet: Anspruchsberechtigt ist nur der unmittelbar Geschädigte, nicht

solut geschützten Rechtsgut beeinträchtigt ist und gegen den sich der Angriff des Schädigers gerichtet hat, für den bei ihm eingetretenen Schaden anspruchsberechtigt ist. Bei einem vertraglichen Schadenersatzanspruch ist grds nur der Vertragspartner anspruchsberechtigt, nicht sonstige Dritte. Es ist das Wesen von Grundsätzen, dass sie durch – sachlich begründungsbedürftige – Ausnahmen durchbrochen werden (können).

Fernwirkungsschäden zeichnen sich dadurch aus, dass das Verhalten des Schädigers, das bei einem Primärgeschädigten zum Tod oder zu einer sehr schweren Verletzung führt, ausnahmsweise auch in Bezug auf nahe Angehörige als rechtswidrig angesehen wird, wenn durch die Nachricht von einer erheblichen körperl Beeinträchtigung beim Primärgeschädigten bei einem Angehörigen eine seelische Krankheit ausgelöst wird. Auch unter dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit muss ein Schädiger damit rechnen, dass eine solche „Nebenwirkung“ ausgelöst wird.

Bei vertragl Ansprüchen wird anderen Personen als dem Vertragspartner ein vertragl Schadenersatzanspruch eingeräumt, wenn bestimmte Personen in die Schutzwirkung des Vertrags einbezogen sind. Bedeutsam ist das namentlich deshalb, weil es bei einem vertragl Schadenersatzanspruch zu einer Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB kommt, vor allem aber die Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen nach § 1313a ABGB und nicht bloß nach § 1315 ABGB erfolgt. Der prototypische Fall der Erstreckung der vertraglichen Schutzwirkung ist der folgende: Der Vater mietet eine Ferienwohnung. Der Vermieter unterlässt es, für die Überprüfung der Sicherheit zu sorgen, was dazu führt, dass die Decke den in der Wohnung befindlichen Personen auf den Kopf fällt. Dass dies zu einem beträchtlichen Körperschaden führt, kann man sich leicht vorstellen. In einem solchen Fall steht nicht nur dem Vertragspartner, dem Vater, ein vertraglicher Schadenersatzanspruch zu, sondern auch der Ehefrau und den Kindern, weil der Vater den Familienangehörigen zu Fürsorge verpflichtet ist, er ein Interesse hat, dass die Vermieterpflichten denen gegenüber gerade so sorgfältig erfüllt werden wie ihm gegenüber, aber auch für den Vermieter ohne Weiteres erkennbar war, dass dort nicht allein der Vater wohnen wird, sondern auch dessen Familienangehörige; wer immer das auch sein mag – und sei es ein mitgenommenes Nachbarskind.

Die Besonderheit des vom OGH zu beurteilenden Falls lag darin, dass allein der Rechtsträger der Krankenanstalt verklagt wurde, nicht jedoch zusätzlich der Arzt, der einen Kunstfehler begangen hat. Das hat etwas für sich, weil der Anspruch – so er besteht – gegen den Rechtsträger jedenfalls durchsetzbar ist. Auf die Qualifikation des schuldhaft handelnden Arztes als Repräsentanten hat sich der Kl vor dem OGH nicht mehr berufen. Womöglich wurde dieses Vorbringen übereilt zurückgezogen, geht doch der Repräsentantenbegriff über den eines Organs weit hinaus (Nachw bei Ch. Huber in *Schwimann/Neumayr*, TaKomm ABGB<sup>4</sup> § 1315 Rn 11). Und Ärzte sind häufig – jedenfalls in Bezug auf medizinische Maßnahmen – in eigenverantwortlicher

Stellung tätig. Der OGH konnte die Prüfung der Repräsentanteneigenschaft des sorgfaltswidrig handelnden Arztes daher mit dem Hinweis abtun, dass der Kl dieses Vorbringen nicht mehr aufrechterhalten habe.

Der Kl hat sich – im Verfahren vor dem OGH – allein auf eine vertragl Anspruchsgrundlage gestützt. Die zentrale Frage ist, ob der in einer besonders innigen Beziehung stehende Bruder in die Schutzwirkungen des ärztlichen Behandlungsvertrags einbezogen ist. Der OGH hat das mit der Begründung abgelehnt, dass es um ergänzende Vertragsauslegung gehe, die generalisierend und abstrakt vorzunehmen sei; und bei solcher Betrachtung sei für den Vertragspartner die Einbeziehung des Ehepartners zu billigen, nicht aber eines auch noch so fürsorglichen Bruders. Dass bei der Beurteilung des Alters der beiden ein – betrüblicher – Additionsfehler unterlaufen ist (*iudex non calculat*), sei erwähnt. Auch wenn darauf hingewiesen wird, dass keine besondere Fürsorge zwischen 36- und 34-jährigen Brüdern bestehe, diese in Wahrheit freilich 26 und 24 Jahre alt waren, war dieses Argument doch kein die Entscheidung tragendes.

ME ist grundsätzlich darauf zu verweisen, dass in concreto die Erstreckung der vertragl Schutzwirkung auf Dritte nicht vergleichbar ist mit den prototypischen Fällen, in denen eine solche bejaht wird. Im obigen Mietvertragsfall ist für den Vermieter ex ante klar, dass die Inanspruchnahme der Hauptleistung, nämlich die Benutzung der Wohnung, nicht nur vom Vertragspartner erfolgt, dem Mieter, sondern auch von dessen Familienangehörigen. Die ärztl Behandlung ist hingegen ausschließlich dem Patienten zu erbringen. Von daher sprechen mE gute Gründe, eine Erstreckung der vertragl Schutzwirkung auf Angehörige a priori auszuschließen.

Oder aber man kommt im Weg der ergänzenden Vertragsauslegung zu dem Ergebnis, dass die Behandlung des Patienten als Vertragspartner nicht nur deshalb sorgfaltsgemäß zu erfolgen hat, damit dessen körperl Integrität nicht beeinträchtigt wird, sondern auch deshalb, um auch die psychische Gesundheit der Angehörigen nicht zu beeinträchtigen. Die Abwägung für die Ersatzfähigkeit von Schockschäden im Deliktsrecht würde insoweit auf das Vertragsrecht übertragen – das ist diskutabel, aber keinesfalls zwingend.

Der OGH hat nicht nur in der E OGH 9 Ob 83/09k ÖZPR 2010/116 (*Mayr*) = Zak 2010/613 (*Schmaranzer*) eine Einbeziehung des Ehepartners bejaht, sondern in der E OGH 8 Ob 127/02 p ZVR 2002/96 (*Karner*) eine solche eines Lebensgefährten. Einzuräumen ist, dass sich in letzterer sowohl der OGH als auch *Karner* nur mit der Reichweite des Angehörigenbegriffs befassten, das Sonderproblem des vertragl Anspruchs aber jedenfalls nicht thematisiert haben. Wenn man eine solche Einbeziehung wie diese beiden Vorentscheidungen vornimmt (krit *Mayr*, ÖZPR 2010, 127 [128]; *Schmaranzer*, Zak 2010, 355 f), dann kann es für die in concreto zu beurteilende Frage der Ersatzfähigkeit des Schockschadens aber nicht darauf ankommen, ob eine familienrechtliche Beistands- oder Unterhaltungspflicht be-

steht. Der in Anspruch genommene Rechtsträger hat auch kein schützenswertes Interesse, nur mit – potenziellen – Ansprüchen von bei Abschluss des Behandlungsvertrags namentlich bekannten Personen rechnen zu müssen. Ob jemand verheiratet ist oder nicht, mag bei Einlieferung ins Krankenhaus womöglich anzukreuzen sein; wie viele Kinder – in bestehender Hausgemeinschaft – der Patient hat, erfährt der Spitalhalter schon nicht mehr. Im prototypischen oben geschilderten Mietvertragsfall ist die Erstreckung auf die Familienmitglieder auch nicht davon abhängig, dass bei Abschluss des Mietvertrags der Mieter dem Vermieter Anzahl bzw Namen der weiteren Personen bekannt gibt, die in der Ferienwohnung übernachten. Maßgeblich ist allein, auch für die ergänzende Vertragsauslegung, ob eine bestimmte Person in abstracto zum schutzwürdigen Personenkreis zählt. Maßgeblich wäre im konkreten Fall, wenn man überhaupt eine Schutzwirkung bejaht, eine Erstreckung auf Personen mit besonderer Gefühlsbeziehung; dass in Bezug auf diese Unterhalts- bzw Beistandspflichten bestehen oder dem Krankenhausträger namentlich bekannt waren, kann hingegen keine Rolle spielen.

Im konkreten Fall hat der OGH das Begehren gegen den Rechtsträger des Krankenhauses rk abgewiesen. So der Anspruch nicht inzwischen verjährt ist, besteht jedoch ein deliktischer Anspruch gegen den sorgfaltswidrigen Arzt, wobei einzuräumen ist, dass schon auf der Ebene der Beweislast die Durchsetzung gegen diesen schwieriger sein wird. Liegt beim Arzt – wie im Regelfall

– bloß leichte Fahrlässigkeit vor, hat der Arzt nach § 3 DHG einen Rückgriffsanspruch gegen den Rechtsträger, sodass die Abwehr des Direktanspruchs des Anspruchstellers gegen den Krankenhausträger ein – bloß vorläufiger – Sieg war. Dem Geschädigtenanwalt ist in allen solchen Fällen zu empfehlen, die gegen den Rechtsträger des Krankenhauses erhobene Klage gegen den jeweiligen Arzt auszudehnen, sobald im Verfahren gegen den Rechtsträger des Krankenhauses feststeht, wer das sorgfaltswidrige Verhalten gesetzt hat. Auch kann es hilfreich sein, schon vorprozessual den Krankenhausträger aufzufordern, Auskunft darüber zu geben, welche Stellung der betreffende Arzt hatte, um eine Zurechnung als Repräsentant beurteilen zu können. Eine verweigerte bzw falsche Auskunft hätte dann jedenfalls Kostenfolgen, wenn der Anspruch gegen den verantwortlichen Arzt deshalb verjährt, jedoch noch weitergehende.

ME gelten diese Grundsätze auch für Fälle eines Angehörigenschmerzensgeldes, wenn also der Anspruchsteller keine psychische Erkrankung nachweisen kann. Allerdings ist insoweit der Nachweis grober Fahrlässigkeit erforderlich. Nach der im deutschen Recht vor Kurzem eingeführten Regelung des § 844 Abs 3 BGB würde sich eine solche Frage von vornherein nicht stellen, weil der Gesetzgeber einen solchen Anspruch bei vertragl Ansprüchen versagt hat (krit dazu *Ch. Huber* in *Ch. Huber/Kadner Graziano/Luckey*, Hinterbliebenengeld [2018] Teil Deutschland Rn 38 ff).

*Christian Huber,  
RWTH Aachen*

## → Zulässigkeit einer Nachtankklausel in einem Kfz-Mietvertrag

### §§ 864 a, 879 Abs 3 ABGB; § 29 KSchG

→ Eine Vertragsklausel über die Folgen eines Fehlbestands (hier: Kosten des Nachtankens bei Mietwagen, der nach dem Vertrag vollgetankt zurückgegeben werden soll) kann einen durchschnittlichen Konsumenten weder wegen des Inhalts der Klausel noch wegen ihrer Stellung im Vertragsgefüge überraschen oder überrumpeln, wenn der Treibstoff nicht im Mietpreis inkludiert ist und die Klausel im Abschn über „Betriebsmittel“ steht.

→ Die Pauschalierung eines Aufwandsatzes in einer vertraglichen Nebenbestimmung ist nicht von vornherein unzulässig, solange damit die kon-

kreten Kosten nicht grob überschritten werden. Bei einer solchen Pauschalierung ist eine Durchschnittsbetrachtung vorzunehmen. Dass im Einzelnen Härtefälle auftreten können, macht die Pauschalierung nicht unzulässig, sondern liegt in der Natur der Sache.

→ In einem Kfz-Mietvertrag ist eine Klausel, wonach der Mieter bei Verletzung seiner vertraglichen Pflicht zur Rückgabe des Kfz mit vollem Tank einen Betrag von € 3,80 pro fehlendem Liter Treibstoff zu zahlen hat, im Hinblick auf den mit dem Nachtanken für den Unternehmer verbundenen höheren Aufwand nicht gröblich benachteiligend.

*vollen Kraftstofftank zurückzugeben. Wird das Fahrzeug nicht vollständig betankt zurückgestellt, wird S die Betankung durch eigene Mitarbeiter durchführen und dem Mieter dafür Kosten in Höhe von € 3,80/Liter fehlenden Kraftstoffs in Rechnung stellen. [...]“*

### [Gründe für Kostenbelastung]

Es verursacht für die bekIP einen erheblichen Aufwand, wenn ein Mietwagen nicht mit vollem Tank zurückgestellt wird. Zum Tanken müssen jeweils öff Tankstellen angefahren werden, der Zeitpunkt bis zur nächsten Vermietung dauert etwa ½ Stunde länger und an den Standorten muss eine größere Anzahl von

ZVR 2018/104

§§ 864 a, 879  
Abs 3 ABGB;  
§ 29 KSchG

OGH 24. 8. 2017,  
4 Ob 143/17h  
(OLG Wien  
19. 4. 2017,  
4 R 152/16a;  
LG Wr Neustadt  
29. 8. 2016,  
28 Cg 11/16.m)

### Sachverhalt:

[Inhalt der beanstandeten AGB-Klausel]

Die kIP ist zur Verbandsklage nach § 29 KSchG berechtigt. Die bekIP betreibt ein Mietwagenunternehmen und bietet ihre Leistungen bundesweit an. Ihren Verträgen liegen Allgemeine Vermietbedingungen zugrunde, nach denen die Kosten für Tanken und Benzin nicht im Mietpreis enthalten sind. In P A.4 dieser AGB heißt es:

„A. Fahrzeugstand, Reparaturen, Betriebsmittel  
[...]

4. Dem Mieter wird das Fahrzeug mit vollem Tank übergeben. Im Gegenzug hat der Mieter das Fahrzeug bei Beendigung des Mietverhältnisses ebenso mit einem

Der OGH skizziert die Anforderungen an die Pauschalierung eines Aufwandsatzes in AGB.