

Einsätze des neuen Geräts. **Nicht** die Be- oder Entladung war das Ziel der Übung, sondern der Erwerb der dafür erforderlichen Fertigkeiten.

Die Überlegung des BerG, die Übungstätigkeiten des Unimog-Fahrers, die es als „Probelauf“ für bevorstehende Entladevorgänge im Tunnel bezeichnete (ob es sich dabei tatsächlich um „Entladung“ handelt, kann hier dahinstehen), seien „gleich gefahrenträchtig“ wie die Arbeit im Tunnel, mag zutreffen. Diese Wertung gilt grundsätzlich aber in jedem Fall, in welchem ein Kfz mit entsprechender Sonderausstattung nicht zur Selbstbeladung, sondern als ortsgebundene Arbeitsmaschine eingesetzt wird. Die in der Rsp dennoch vorgenommene Unterscheidung dahin, ob die Gefahr dem „Betrieb“ des Kfz zuzurechnen ist oder nicht, beruht auf der pauschalen Anknüpfung an die typische Gefährlichkeit eines Kfz (als solchem), aber eben auch nur an diese (vgl. *Schauer in Schwimann*, ABGB VII³ § 1 EKHG Rz 43; *Apathy*, EKHG [1992] § 1 Rz 35). Unter diesem Gesichtspunkt liegt aber auch kein „nicht überbrückbarer Wertungswiderspruch“, wie ihn das BerG annahm, vor.

[Übung von Arbeitsvorgängen gehört nicht zum Betrieb des Kfz]

Somit kann als **Zwischenergebnis** festgehalten werden, dass der Unfall des Geschädigten, der sich im

Zuge der Übungstätigkeiten des Unimog-Fahrers ereignet hat, mit dem „eigentlichen Vorgang“ des Be- und Entladens und daher mit der Nutzung als Kfz in keinem sachlichen Zusammenhang steht. Verwirklicht hat sich nicht die spezifische Gefährlichkeit des Kfz (Unimogs), sondern jene des außerhalb desselben betätigten Krans samt der daran befestigten Vorrichtung (Rohrgreifer). Die Haftung der erstbeklP als mögliche (Mit-)Halterin des Fahrzeugs kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil der Unimog als ortsgebundene Arbeitsmaschine verwendet wurde. Es liegt kein Unfall vor, der sich „beim Betrieb“ eines Kfz iSd § 1 EKHG ereignet hat.

VersSchutz zufolge „Verwendung“ des versicherten Fahrzeugs iSd § 2 Abs 1 KHVG besteht zwar bei Gebrauch (Verwendung) des Fahrzeugs als solches schlechthin (7 Ob 83/13 a ZVR 2014/93; 7 Ob 87/13 i; 2 Ob 47/14 x; RIS-Justiz RS0088976; RS0088978). Jedoch besteht nach § 4 Abs 1 Z 4 KHVG die Möglichkeit, Ersatzansprüche aus der Verwendung des Kfz als ortsgebundene Kraftquelle oder zu ähnlichen Zwecken vertraglich vom VersSchutz auszuschließen. Das ist nach den Feststellungen hier geschehen. Somit scheidet auch eine aus der „Verwendung“ des Unimogs abgeleitete Haftung der zweitbeklP aus.

[...]

Praxistipp:

Siehe hierzu auch den krit. Besprechungsaufsatz von *Perner/Spitzer*, Betrieb, Betriebsbegriff und Verwendung des Kfz – Bemerkungen anlässlich OGH 2 Ob 181/15 d, ÖJZ 2017, 186.

Karl-Heinz Danzl

→ Für Aktivlegitimation bei Unterhaltersatz ist Statusbeziehung im Verletzungs- und nicht im Todeszeitpunkt maßgebend

§§ 1304, 1325, 1327 ABGB; § 12 Abs 2 EKHG
Während § 12 Abs 2 EKHG den Anspruch auf entgangenen Unterhalt ausdrücklich davon abhängig macht, dass das unterhaltsbegründende Verhältnis bereits „zur Zeit der Verletzung“ bestand, enthält § 1327 ABGB keine derartige Einschränkung. Trotzdem steht ein Schadenersatzanspruch für entgangenen Unterhalt nach § 1327 ABGB eben-

falls nur Hinterbliebenen zu, die bereits im Verletzungs- (und nicht erst im Todes-)zeitpunkt in einem unterhaltsbegründenden Verhältnis zum Getöteten standen; nicht anspruchsberechtigt sind daher der Ehegatte, wenn die Ehe erst nach der Verletzung (durch ärztlichen Kunstfehler) geschlossen, und ein Kind, wenn es erst nach der Verletzung gezeugt worden ist.

Sachverhalt:

Die Kl sind die Angehörigen (Ehegatte und mj Sohn) einer verstorbenen Patientin des bekl Gynäkologen.

[Chronologie der Behandlung: 13. 9. 1999 bis 18. 3. 2010]

Der Bekl behandelte die Verstorbene zwischen 13. 9. 1999 und 18. 3. 2010. Im Jänner 2000 gebar sie den Zweitkl. In den folgenden Jahren suchte sie mehrfach die Ordination des Bekl auf. Dabei erfolgten Krebsvorsorgeuntersuchungen am Gebärmutterhals mit koloskopischen Untersuchungen und Abnahmen von PAP-Tests. Aufgrund abnormaler Ergebnisse die-

ser Tests wurde sie im März 2002, Jänner 2004, Juni 2004, April 2006 und Februar 2007 schriftlich zur Kontrolle einberufen. Sie hielt die vorgeschriebenen Kontrollintervalle (drei bis sechs Monate) zumeist nicht ein. IdR verging mehr als ein Jahr nach Erhalt der Aufforderung bis zum Besuch der Ordination. Der PAP-Test ist eine im Vorfeld der eigentlichen Diagnostik angesiedelte Screening-Untersuchung und dient der Krebsvorsorge, nicht der Krebsdiagnostik.

Im Februar 2002 ergab sich erstmals ein abnormales Testergebnis (PAP IIID: Verdacht auf ein Krebsvorstadium). Die Tests von Dezem-

ZVR 2018/185

§§ 1304, 1325,
1327 ABGB;
§ 12 Abs 2 EKHG

OGH 4. 5. 2017,
5 Ob 41/17 s
(OLG Linz
17. 11. 2016,
4 R 168/16 b;
LG Steyr
21. 7. 2016,
4 Cg 163/13 y)

OGH schreibt hins Aktivlegitimation Gleichklang zwischen § 1327 ABGB und § 12 Abs 2 EKHG fest.

ber 2003, Mai 2004 und März 2006 zeigten unklare Befunde (PAP III), die eine sichere Beurteilung zwischen gut- und bösartig nicht zuließen. Angesichts der Testergebnisse hätte nach dem Stand der Medizin bereits im Mai 2004, spätestens jedoch im März 2006, eine histologische Abklärung der wiederholt auffälligen oder unklaren PAP-Tests erfolgen müssen, was der Bekl jedoch unterließ. Eine derartige Abklärung hätte mit hoher Sicherheit die sich entwickelnde Erkrankung entdeckt und den Krankheitsverlauf sowie die Behandlung entscheidend modifiziert. Ein frühes invasives Krebsleiden lag mit hoher Wahrscheinlichkeit bereits 2007 vor. Der vorletzte PAP-Test erfolgte Anfang 2007.

[Feststellung eines Tumors am 16. 3. 2010 und Empfehlung eines stationären Aufenthalts]

Mit Jänner 2010 beendete die Patientin die Schwangerschaftsverhütung. Aufgrund von Blutungen kam sie am 16. 3. 2010 in die Ordination des Bekl, der bei der Spiegeleinstellung einen großen Tumor im Bereich des Muttermunds feststellte und einen bereits am folgenden Tag mit PAP V befundeten Krebsabstrich nahm. Am 18. 3. 2010 kam die Patientin wieder in die Ordination. Der Bekl informierte sie über den Krebsbefund und wies sie darauf hin, dass sie sich umgehend in stationäre Behandlung begeben solle, um den Umfang des Tumors und die weiteren Behandlungsmöglichkeiten abzuklären. Er teilte ihr auch mit, dass das Ausmaß einer Operation von der Abklärung im Krankenhaus abhängt.

[Weitere Untersuchung bei anderer Gynäkologin am 18. 5. 2010]

Die Patientin und der ErstKl (damals noch Lebensgefährtin) kontaktierten ihren Hausarzt. Dieser erfragte beim Bekl die genaue Diagnose und erläuterte den beiden die Sachlage. Der ErstKl bat die Patientin, sich eine zweite Meinung einzuholen. Am 18. 5. 2010 suchte die Patientin die Ordination einer Gynäkologin auf. Diese führte eine Zervix-Untersuchung durch, wobei es zu einer Blutung (aus dem Tumor) kam, welche die Gynäkologin nicht stillen konnte. Sie bat die Patientin deshalb, zunächst im Wartezimmer zu warten, um später kontrollieren zu können, ob die Blutung gestillt sei. Die Patientin verließ jedoch die Ordination. Die Gynäkologin erkundigte sich aufgrund der suspekten Zervix nach dem Ergebnis des von ihr durchgeführten PAP-Abstrichs. Dabei erfuhr sie, dass bereits im März 2010 ein PAP-V-Ergebnis vorgelegen war. Daraufhin kontaktierte sie die Patientin telefonisch und bot ihr die Organisation einer zügigen stationären Aufnahme im Krankenhaus an. Die Patientin teilte ihr mit, dass sie aufgrund der bevorstehenden Hochzeit erst nach Rückkehr von der Hochzeitsreise am 2. 6. 2010 in das Krankenhaus fahren wolle. Sie wurde darauf hingewiesen, dass sie wegen Verblutungsgefahr keinen Geschlechtsverkehr haben sollte.

[5 cm großer Tumor; Rückkehr von Hochzeitsreise am 2. 6. 2010]

Am 22. 5. 2010 heiratete sie den ErstKl und fuhr anschließend auf Hochzeitsreise. Nach der Rückkehr am 2. 6. 2010 suchte sie die gynäkologische Ambulanz ei-

nes Krankenhauses auf. Dort wurde bei einer Untersuchung ein 5 cm großer exophytischer Tumor der Zervix sichtbar, bei beginnender vaginaler Infiltration und histologisch mäßig differenziertem Plattenepithelkarzinom. Das Angebot zur stationären Aufnahme am 7. 6. 2010 nahm die Patientin nicht wahr. Etwa am 5. 6. 2010 trat die Schwangerschaft ein. Am 11. 6. 2010 schickte ein Oberarzt des Krankenhauses einen eindringlichen Brief an die Patientin, in dem er auf den aktuellen histologischen Befund und den bösartigen Tumor ausgehend vom äußeren Muttermund hinwies und dringend eine weitere Abklärung und Behandlung nahelegte, weil es ansonsten unweigerlich zu einem Fortschreiten der Erkrankung kommen würde.

[Nach Kenntnis der Schwangerschaft bewusste Entscheidung der Mutter gegen ihr eigenes Leben retten könnenden Abtreibung]

Kurz vor oder am 20. 6. 2010 erkannte die Patientin ihre Schwangerschaft, was sie dem ErstKl am 20. 6. 2010 mitteilte. Die Schwangerschaft wurde ärztlich im August 2010 festgestellt. Der Patientin wurde ein Schwangerschaftsabbruch angeraten, um die notwendigen medizinischen Krebsbehandlungen (radikale Hysterektomie mit Lymphadenektomie oder Radiochemotherapie) durchführen zu können. Die Patientin entschloss sich jedoch, das Kind auszutragen und mit der schulmedizinischen Behandlung erst nach der Geburt des Kindes zu beginnen. In der Zwischenzeit versuchte sie alternative Behandlungsmethoden. Sie wollte sich bis zuletzt den Kinderwunsch erfüllen. Am 15. 11. 2010 wurde die weitere Vorgehensweise besprochen und ein Sectio-Termin vor Weihnachten vereinbart. Am 17. 12. 2010 wurde der DrittKl mittels Sectio zur Welt gebracht. Die Patientin verstarb in der Folge an ihrem Krebsleiden.

[Überlebenswahrscheinlichkeit am 18. 3. 2010]

Zum 18. 3. 2010 hatte sie eine Fünf-Jahres-Überlebensrate von 63%. Eine Fünf-Jahres-Überlebensrate von 60% bei einer Tumorerkrankung bedeutet, dass die Mehrheit der an dieser Erkrankung leidenden Personen innerhalb der nächsten 20 Jahre versterben wird. Mit der Entscheidung zur Beibehaltung der Schwangerschaft waren die Möglichkeiten, das Leben der Patientin mittels einer noch im Juni 2010 begonnenen, angepassten Tumorthherapie zu retten, praktisch nicht mehr vorhanden. Die Verzögerung von drei Monaten (März bis Juni 2010), die Ablehnung der stationären Aufnahme im Juni sowie das Ignorieren des eindringlichen ärztlichen Rats führten dazu, dass nicht einmal die notwendigen diagnostischen Schritte zum Tumor-Staging vor Beginn einer operativen Therapie gesetzt werden konnten. Mit der Entscheidung für das Kind und gegen die Therapie war der sichere Tumortod im Lauf des Jahres 2011 unverrückbar festgelegt.

[Beiderseitiges Prozessvorbringen]

Die Kl werfen dem Bekl vor, eine zum Tod der Patientin führende Krebserkrankung viel zu spät erkannt zu haben, weil er sich bei Vorsorgeuntersuchungen auf eine seit Jahren nicht mehr als lege artis anerkannte Methode beschränkt habe. In einem Vorverfahren

wurde der Verlassenschaft nach der Patientin rk ein Schmerzensgeld von € 23.333,33 sA zugesprochen. Diesem Zuspruch lag eine Verschuldensteilung von 1:2 zu Lasten des Bekl zugrunde. Das Verhalten der Patientin ab März 2010 blieb dabei ausdrücklich unberücksichtigt.

Der ErstKl (Witwer) begehrt Todfallskosten sowie Kosten der Betreuung des Zweit- und DrittKl (Söhne der Patientin) durch ein Kindermädchen sowie dessen Lebenshaltungskosten und Haushaltsfixkosten. Der ZweitKl (Sohn der Patientin) begehrt (Schock-)Schmerzensgeld. Der DrittKl (gemeinsamer Sohn der Patientin und des ErstKl) begehrt so wie die anderen Angehörigen die Feststellung der Haftung für sämtliche zukünftige, aus dem Tod der Patientin resultierende Schäden im Ausmaß von zwei Dritteln.

Der bekl Gynäkologe wendete ein, seine Patientin habe seit März 2010 von der Krebserkrankung gewusst und sei sich des Risikos ihres Ablebens bewusst gewesen. Eine andere Ärztin habe ihr gesagt, sie solle keinen Geschlechtsverkehr durchführen. Dennoch habe sie sich in einer selbstbestimmten Entscheidung für eine Schwangerschaft und die Geburt eines Kindes entschieden, was den Kausalzusammenhang zwischen der Behandlung und ihrem Tod unterbreche. Sie hätte auch einer Operation im Zuge der Krebsbehandlung nicht zugestimmt. Behandlungsaufforderungen sei keine Folge geleistet worden. Deshalb müsse das im Vorverfahren mit 1/3 beurteilte Mitverschulden neu bewertet werden, soweit es den Verlauf ab dem 16. 3. 2010 betreffe. Das Verhalten nach Bekanntwerden der Krebserkrankung sei eine Verletzung der Schadensminderungspflicht gewesen. Erst- und DrittKl seien nicht aktiv legitimiert. Im Zeitpunkt des behaupteten Behandlungsfehlers sei der ErstKl noch nicht mit der Patientin verheiratet, der DrittKl noch nicht geboren gewesen.

[Entscheidungen der Vorinstanzen]

Das ErstG erkannte das Begehren des ErstKl auf Zahlung der Todfallskosten dem Grunde nach zur Hälfte zu Recht bestehend und wies das Mehrbegehren von € 47.903,47 (Kosten des Kindermädchens, Haushaltsfixkosten) ab. Es sprach aus, dass das Begehren des ZweitKl (Schmerzensgeld) dem Grunde nach zur Hälfte zu Recht bestehe und stellte die Haftung des Bekl für die Hälfte künftiger, dem ZweitKl aus dem Tod der Patientin resultierender Schäden fest. Die Feststellungsbegehren des Erst- und DrittKl wies es ab.

Das BerG gab der Ber des ErstKl tw sowie den Ber des Zweit- und des DrittKl zur Gänze Folge. Die Ber des Bekl wurde hingegen nicht als berechtigt erachtet. Es wies das Begehren des ErstKl auf Ersatz der Kosten des Kindermädchens sowie der Haushaltskosten ab und sprach aus, dass das Klagebegehren des ErstKl auf Ersatz der Todfallkosten sowie jenes des ZweitKl auf Ersatz von Schmerzensgeld dem Grunde nach zur Gänze zu Recht bestehe. Zusätzlich stellte es fest, dass der Bekl dem Kl für sämtliche zukünftige aus dem Tod der Patientin resultierende Schäden im Ausmaß von zwei Dritteln hafte.

Der ErstKl bekämpft in seiner Rev die Abweisung des Begehrens auf Ersatz der Kosten des Kindermäd-

chens und der Haushaltsfixkosten iHv insgesamt € 47.903,46. Die Rev des Bekl richtet sich gegen den gesamten klagsstattgebenden Teil der zweitinstanzl Entscheidung.

Der OGH wies die Begehren des ErstKl (mit Ausnahme der Todfallkosten zu 2/3) und das gesamte Begehren des DrittKl mangels Aktivlegitimation ab und gab dem Begehren des ZweitKl (auf Schockschadenschmerzensgeld dem Grunde nach sowie dem Feststellungsbegehren jeweils zu 2/3) statt.

Aus den Entscheidungsgründen:

Beide Rechtsmittel sind zulässig. Allerdings ist nur die Rev des Bekl – zT – berechtigt.

[...]

[Adäquater Kausalzusammenhang iZm ärztlichem Kunstfehler]

Der bekl Gynäkologe sieht nach wie vor im Verhalten seiner verstorbenen Patientin ab Kenntnis der Krebsdiagnose am 16. 3. 2010 einen den Kausalzusammenhang unterbrechenden atypischen Verlauf.

Ein adäquater Kausalzusammenhang liegt auch vor, wenn eine weitere Ursache für den entstandenen Schaden dazu gekommen ist, die jedenfalls nicht außerhalb der menschlichen Erfahrung liegt (RIS-Justiz RS0022918 [T 4]). Adäquanz wird im Allg nur infolge einer ganz außergewöhnlichen Verkettung von Umständen verneint (RIS-Justiz RS0022918 [T 14]; RS0022944 [T 5]). Die Zurechnung eines adäquaten Folgeschadens wird dann nicht mehr als gerechtfertigt angesehen, wenn sie auf einem selbstständigen, durch den haftungsbegründenden Vorgang nicht herausgeforderten Entschluss des Verletzten selbst beruht (RIS-Justiz RS0022918 [T 11]). Zum Teil wird darauf abgestellt, ob das Verhalten des Dritten, der auch der Verletzte sein kann, nicht außerhalb jeglicher Wahrscheinlichkeit liegt (RIS-Justiz RS0022575 [T 2]; RS0022621 [T 2]). Zum Teil wird auch das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung als Kriterium für die Beurteilung der fehlenden Adäquanz herangezogen. Überwiegen die Belastungsmomente auf Seiten des Verletzten jene auf Seiten des Ersttätlers bei weitem, soll es danach nicht mehr gerechtfertigt sein, den Schaden noch zuzurechnen (RIS-Justiz RS0022607 [T 4]; RS0022912 [T 2]; RS0022918 [T 10]).

Zu 4 Ob 2129/96h RIS-Justiz RS0022546 [T 8] sah der OGH den Verdienstentgang durch Karenzurlaub nicht als völlig atypische Folge eines ärztlichen Kunstfehlers an. Der Zusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler (unterlassene Entfernung der Spirale) und dem Karenzurlaub sei ganz eindeutig: Infolge der Spirale ging der Kinderwunsch der Kl und ihres Mannes nicht in Erfüllung, was zu einer schweren Ehekrise und in der Folge zu einem stärkeren berufl Engagement der Frau führte. Dies löste den Verdacht des Mannes aus, die Kl wolle gar kein Kind. Daraufhin nahm die Kl den Karenzurlaub, um ihrem Mann durch den Verzicht auf die Berufstätigkeit zu beweisen, dass sie ihn noch liebe und unbedingt ein Kind wolle.

Es liegt nicht außerhalb jeglicher Lebenserfahrung, dass sich eine ca 30-jährige Frau, die kurz vor der

Hochzeit mit ihrem Lebenspartner steht und mit diesem unbedingt den Wunsch nach einem gemeinsamen Kind verwirklichen will, unmittelbar nach einer Krebsdiagnose nicht sofort für eine radikale schulmedizinische Behandlung (Entfernung der Gebärmutter/Radiochemotherapie) entscheidet. Ihr Verhalten mag retrospektiv ausschließlich unter dem Aspekt ihres eigenen Überlebens betrachtet extrem unvernünftig erscheinen. Es ist aber angesichts ihrer Lebenssituation und der offenbar über alles gestellten Wunschvorstellung nach einem gemeinsamen Kind mit ihrem Lebenspartner nicht außerhalb jeder Vorstellungskraft, zu welchen Entscheidungen Menschen fähig sein können.

IS einer umfassenden Interessenabwägung muss der knappe Zeitraum berücksichtigt werden, der ab der Diagnose für eine, die Überlebenschancen zumindest verbessernde, schulmedizinische Behandlung zur Verfügung stand. Selbst wenn sich die Patientin sofort nach der Diagnose ohne weiteres Hinterfragen von Behandlungsmaßnahmen der Krebstherapie in einem Spital unterzogen hätte, hätte sie statistisch nur eine Fünf-Jahres-Überlebensrate von 63% gehabt. Der Vorwurf, sie habe bewusst entgegen dem ärztlichen Rat Geschlechtsverkehr gehabt und damit die Schwangerschaft verursacht, ist zu relativieren. Vom Geschlechtsverkehr wurde ihr wegen der Gefahr von Blutungen abgeraten. Der Vorgang per se schloss ihre Chancen auf Überleben noch nicht aus, dies tat erst ihre Entscheidung gegen die Abtreibung und für das Überleben des Kindes. Zwar wurde sie in der Zeit zwischen Diagnose und Hochzeit bzw Antritt der Hochzeitsreise zwei Mal auf die Notwendigkeit einer stationären Aufnahme hingewiesen. Am 11. 6. 2010 wurde ihr in einem „eindringlichen“ Brief dringend eine weitere Abklärung und Behandlung nahegelegt, weil es ansonsten unweigerlich zu einem Fortschreiten der Erkrankung kommen werde. Es wurde aber nicht festgestellt, dass sie eine Zukunftsprognose erhielt, bei nicht sofort oder innerhalb eines knapp bemessenen Zeitraums einsetzender schulmedizinischer Behandlung werde sie innerhalb nicht einmal eines Jahres tot sein. Ebenso wenig steht fest, dass sie sich in Kenntnis des sicheren Todes bewusst für Geschlechtsverkehr, Schwangerschaft und Geburt entschied, um Unterhaltspflichten auf den behandelnden Gynäkologen zu überwälzen und diesen damit zu schädigen.

Aus diesen Erwägungen ist die Auffassung der Vorinstanzen zur adäquaten Verursachung der aus dem Tod der Patientin resultierenden Schäden als zutr zu bezeichnen.

[Anspruchsberechtigung des Erst- und Drittkl nach § 1327 ABGB]

Erfolgt aus einer körperl Verletzung der Tod, so müssen nicht nur alle Kosten, sondern auch den Hinterbliebenen, für deren Unterhalt der Getötete nach dem Gesetz zu sorgen hatte, das, was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden (§ 1327 ABGB). Es ist nicht umstritten, dass der Behandlungsfehler des Bekl – die Unterlassung histologischer Abklärung – zum (früheren) Eintritt des invasiven Krebsleidens als Körperverletzung iSd § 1325 ABGB (vgl RIS-Justiz RS0026511) führte.

Begräbniskosten sind – unabhängig von der Eigenschaft als unterhaltsberechtigter Hinterbliebener – der Person zu ersetzen, die sie tatsächlich getragen hat (RIS-Justiz RS0031439; RS0031315). Hier werden sie vom Witwer (ErstKl) zu 2/3 gefordert. Gegen den Zuspriech der „Todfallskosten“ dem Grunde nach bringt der Bekl in seiner Rev keinerlei Argumente.

§ 1327 ABGB enthält eine Sonderregelung zugunsten mittelbar Geschädigter. Sie gewährt nach stRsp den nach dem Gesetz unterhaltsberechtigten Personen einen auf den Ersatz einer entgangenen tatsächlichen Unterhaltsleistung gerichteten Schadenersatzanspruch (RIS-Justiz RS0031342). Im vorliegenden Fall ist die Frage zu beantworten, ob der Schädigungs-/Verletzungs- oder der Todeszeitpunkt für den Kreis der Unterhaltsberechtigten ausschlaggebend und ob demnach die Aktivlegitimation des Erst- und Drittkl gegeben ist.

[Standpunkt der Rsp]

Nach der Rsp, die auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Verletzung abstellt (RIS-Justiz RS0031469; RS0031835 [T 13]), setzt der Hinterbliebenenanspruch einer Witwe/eines Witwers voraus, dass die Ehe im Verletzungszeitpunkt schon geschlossen war (SZ 6/400), jener eines Kindes, dass es zu diesem Zeitpunkt bereits gezeugt war (2 Ob 291/68 SZ 42/19). Zentrales Argument des OGH war zu 2 Ob 291/68 die iS der Einheit der Rechtsordnung geforderte Gleichstellung des § 1327 ABGB mit dem österr Kfz-Haftpflichtrecht, nunmehr § 12 Abs 2 EKHG. Diese jüngere Bestimmung stelle für das Verhältnis zwischen Getötetem und Anspruchsberechtigtem auf den Zeitpunkt der Verletzung ab und sei für die Auslegung des § 1327 ABGB maßgeblich. Der OGH verneinte einen Ersatzanspruch des zum Zeitpunkt der Verletzung seines Vaters (durch einen Verkehrsunfall) noch nicht gezeugten Sohns, der – im Gegensatz zum nasciturus – noch nicht als Person existiert habe.

[Standpunkt der Lehre]

Ehrenzweig (in System des Schuldrechts II/1, 362) stellte auf den Verletzungszeitpunkt ab, während es für *Wolff* (in Klang VI, 149) genügte, dass die Unterhaltsberechtigung zum Todeszeitpunkt bestand. Als Beispiel nannte er den Fall einer Frau, die den Verletzten noch vor dessen Tod geheiratet habe.

Koziol (Österr Haftpflichtrecht II² 153 f) folgt dem – „schwer zu entkräftenden“ – Argument des OGH zur Auslegung des § 1327 ABGB nach § 12 Abs 2 EKHG letztlich doch, obwohl er Bedenken an der Schlechterstellung jener Kinder äußert, welche der Getötete erst nach der Verletzung gezeugt habe. Nach der hA müsse ein verantwortungsbewusster Mann nach einer möglicherweise zum Tod führenden Verletzung sowohl eine Heirat als auch die Zeugung von Kindern unterlassen, was eine unzumutbare Einschränkung im Interesse des Schädigers bedeute. Das Gegenargument, der Verletzte könnte sonst bloß zur Begründung auf Unterhaltsansprüche heiraten und Kinder zeugen, überzeuge nicht. Liege ausnahmsweise nur die Absicht vor, Ersatzansprüche gem § 1327 ABGB zu verschaffen, so könne über § 1295 Abs 2 ABGB abgeholfen werden.

Reischauer (in *Rummel*, ABGB II/1³ § 1327 ABGB Rz 18) sieht hingegen eine Differenzierung zwischen § 1327 ABGB und § 12 Abs 2 EKHG als nicht von vornherein sachwidrig an. Man könne aus Gefährdungshaftung weniger Last auferlegen bzw dem daraus Berechtigten (seinen Hinterbliebenen) mehr Zukunftsrisiken aufbürden. Die Einheit der Rechtsordnung erfordere im Verhältnis von § 1327 ABGB und § 12 Abs 2 EKHG zueinander insofern keine Gleichstellung.

Hinteregger (in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1327 Rz 13 [Stand 1. 7. 2016, rdb.at] und *Danzl* (in *KBB*⁴ § 1327 ABGB Rz 5) stellen – die E SZ 42/19 zitierend – auf den Verletzungszeitpunkt ab. Nach *Harrer/Wagner* (in *Schwimmann/Kodek*, ABGB VI⁴ § 1327 ABGB Rz 11) zählen Kinder zu den Anspruchsberechtigten, sofern sie im Todeszeitpunkt lebten oder zumindest gezeugt waren. Als Belegstelle wird SZ 44/39 zitiert, wo sich diese Aussage so nicht findet. Der OGH stellte in der Entscheidungsbegründung auf die Unterhaltsberechtigung des Sohns eines bei einem Verkehrsunfall Getöteten ab, die aufgrund der zum Unfall-/Todeszeitpunkt bereits eingetretenen Selbsterhaltungsfähigkeit verneint wurde.

[Begrenzung der Anspruchsberechtigten sachgerecht]

Ungeachtet der im Schrifttum geäußerten Bedenken an der Einschränkung der persönlichen Entscheidungsfreiheit einer verletzten Person, das ihr noch verbleibende Leben nach ihren Vorstellungen zu gestalten, insb noch zu heiraten oder Kinder zu bekommen, sowie an einer zwingenden Gleichstellung von § 1327 ABGB mit § 12 Abs 2 EKHG ist eine Begrenzung der Anspruchsberechtigten iS der hM – gerade für den vorliegenden Fall – sachgerecht.

§ 1327 ABGB enthält eine Sonderregelung zugunsten mittelbar Geschädigter. Als solche bedeutet er eine Ausnahme vom Grundsatz, dass mittelbare Schäden nicht zu ersetzen sind. Dieser Aspekt spricht dafür, den Kreis der Anspruchsberechtigten – aus der Sicht des Schädigers – überschaubar zu halten. Ähnliche Überlegungen finden sich in der höchstgerichtl Judikatur zur Bemessung von Ansprüchen Hinterbliebener nach § 1327 ABGB, wenn sie bei der Prognose einer zukünftigen Entwicklung der Lebens- und Einkommensverhältnisse von Ehegatten lediglich konkrete, nach dem übrigen Verlauf der Dinge realitätsnah erscheinende Gestaltungsänderungen berücksichtigt, nicht aber eine abstrakt mögliche, von Unsicherheitsfaktoren geprägte künftige Lebensplanung wie die Verwirklichung eines Kinderwunsches (2 Ob 175/08 m).

[Rechtswidrige Schadenszufügung durch wiederholtes Verhalten]

Das BerG meint, mangels Verletzung der später verstorbenen Patientin könne für die Anspruchsberechtigung nicht der Verletzungszeitpunkt maßgeblich sein. Es handle sich hier um eine Schadenszufügung durch fortgesetztes oder wiederholtes Unterlassen.

Eine fortgesetzte Schädigung kann durch aktives Tun oder durch Unterlassen hervorgerufen werden. Beispiele sind etwa eine schädigende Anlage, Nichtbeseitigen eines gefährd bzw rechtswidrigen Zustands;

ebenso wiederholte schädigende Handlungen, von denen jede den Tatbestand einer neuen Rechtsverletzung verkörpert und jede für sich Schadensursache ist (6 Ob 232/15 h mwN; RIS-Justiz RS0034365).

Vor der Untersuchung mit anschließender Krebsdiagnose im Jahr 2010 war die Patientin das letzte Mal Anfang 2007 im Rahmen einer Krebsvorsorge untersucht worden. Das Ergebnis (PAP III) hätte – wie bereits in den Jahren zuvor – Anlass für eine histologische Abklärung geboten. Danach verstrichen mehr als drei Jahre, bis die Patientin erst am 16. 3. 2010 wieder die Ordination des Gynäkologen aufsuchte. Bereits im Jahr 2007 war ein frühes invasives Krebsleiden vorgelegen. Das rechtswidrige Verhalten des Gynäkologen (keine histologische Abklärung im Rahmen von Krebsvorsorgeuntersuchungen und Veranlassung einer Behandlung des bereits eingetretenen Krebsleidens) endete **spätestens** am 16. 3. 2010. Damit ist eine Eingrenzung des Verletzungszeitraums durchaus möglich.

Ab dem Zeitpunkt der Krebsdiagnose hatte der Gynäkologe keinen Einfluss mehr auf die Entscheidung der Patientin für die Familiengründung. Das im Schrifttum gebrachte Argument eines Wertungswiderspruchs – unzumutbare Einschränkung der Gestaltungsfreiheit im Interesse des Schädigers – verfangt hier deshalb nicht, weil sich die Patientin nach der Diagnose Zervixkrebs bewusst für eine Schwangerschaft entschieden und damit gerade eine Behandlung des vom Krebs betroffenen Körperteils ausgeschlossen hat. Die Zeugung eines Kindes durch einen schwer Verletzten, der aufgrund der Verletzungsfolgen mit seinem (früheren) Tod rechnet oder rechnen kann, ist mit dieser Situation nicht vergleichbar.

Das Begehren des Erst- und DrittKl scheitert somit an ihrer fehlenden Anspruchsberechtigung iSd § 1327 ABGB.

[Ansprüche des ErstKl auf Ersatz von Kosten des Kindermädchens und Haushaltsfixkosten]

Nach der Rsp kann der Unterhaltspflichtige den Schaden, der ihm aufgrund seiner ges Unterhaltspflicht durch die Heilungskosten gegenüber seinem verletzten mj Kind entstanden ist, analog § 1358 ABGB im eigenen Namen geltend machen (RIS-Justiz RS0108085; 4 Ob 15/05 t; 1 Ob 2201/96 z). Der Ersatzanspruch schließt einen (konkurrenzierenden) Anspruch nach § 1042 ABGB nicht aus (4 Ob 15/07 i; RIS-Justiz RS0022789 [T 13]). Diese Judikatur nutzt dem ErstKl aber nichts:

Dass der ErstKl gegenüber dem ZweitKl, dem 2000 aus einer anderen Verbindung geborenen Sohn der Patientin, nach deren Tod unterhaltspflichtig ist, ergibt sich aus den Feststellungen nicht. Warum diese Unterhaltspflicht bestehen sollte, zeigt der ErstKl in seiner Rev auch nicht auf. Die Argumentation zur Einstellung eines Kindermädchens und den damit verbundenen Kosten als Sonderbedarf bezieht sich ausschließlich auf den am 17. 12. 2010 geborenen DrittKl. Diesem standen jedoch – wie bereits ausgeführt – keine eigenen, auf § 1327 ABGB beruhenden Ansprüche gegen den Schädiger zu, die nach § 1358 ABGB oder § 1042 ABGB auf seinen Vater, den ErstKl, hätten übergehen können. Schon mangels rechtl Relevanz war das BerG nicht verpflichtet zu erörtern, ob der ErstKl die im ei-

genen Namen eingeklagten Forderungen auf diese Anspruchsgrundlagen stützen kann. In Ansehung des ZweitKl wäre der ErstKl jedenfalls verpflichtet gewesen, in der Rev darzulegen, was er im Fall der gewünschten Erörterung vorgebracht hätte, um die vom BerG verneinte Aktivlegitimation doch begründen zu können. Dies unterlässt er jedoch.

[Ansprüche des ZweitKl]

Der Bekl zieht in seiner Rev nicht in Zweifel, dass der im Jahr 2000 geborene Sohn der 2011 verstorbenen Patientin als Folge des Krebsstods seiner Mutter einen sog „Schockschaden“ mit Krankheitswert erlitten und deshalb nach § 1325 ABGB Anspruch auf Ersatz eines angemessenen Schmerzensgeldes hat. Das Begehren des ZweitKl auf Schmerzensgeld sowie jenes auf Feststellung der Haftung für künftige Schäden besteht – wie eingeklagt mit 2/3 – zu Recht.

[Schadensminderungspflicht]

Alle Kl berücksichtigen die im Vorprozess festgelegte Mitverschuldensquote im Ausmaß eines Drittels. Die Frage, ob die Patientin nach der Krebsdiagnose zu Unrecht eine Behandlung verweigerte und damit gegen ihre Schadensminderungspflicht verstieß, mit der Konsequenz einer weiteren Teilung des Schadens nach § 1304 ABGB, stellt sich nicht. Der Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht gehört nicht zum

Anmerkung:

Die Adäquanz ist ein Filter, der nur in ganz ausserisnen Fällen zur Versagung eines Schadenersatzanspruchs führt. Auch im konkreten Sachverhalt hat er nicht zu einer Versagung der Haftung geführt. Der dogmatischen Klarheit halber ist zu unterscheiden zwischen fehlender Adäquanz und selbständigem, durch das schädigende Ereignis nicht herausgefordertem Entschluss des Verletzten; Letzteres ist ein zusätzlicher Filter, auch wenn die Adäquanz bereits bejaht ist. Der Verweis auf 4 Ob 2129/96h belegt, wie bedeutsam auch im österr Recht das Auffinden möglichst passgenauer Vorentscheidung ist. Der Verweis auf diese hat die zutr Begründung noch vertieft und abgerundet.

Das zentrale Problem der Entscheidung war, ob der Verletzungs- oder der Tötungszeitpunkt für die Aktivlegitimation der Unterhaltersatzgläubiger maßgeblich ist. Letztendlich hat sich der OGH für den Gleichklang mit § 12 Abs 2 EKHG entschieden. Auch in anderem Zusammenhang wird darauf verwiesen, dass die ältere Norm (§ 1327 ABGB – für § 1325 ABGB gilt Entsprechendes) im Licht der neueren und detaillierteren Norm des EKHG auszulegen sei. Aus pragmatischen Gesichtspunkten spricht viel für diese Vorgangsweise. Die weiteren Argumente sprechen eher dagegen oder sind wenig überzeugend. Dass jemand nach einer Verletzung, von der er weiß, dass sie zum Tod führen wird, Kinder „am laufenden Band“ zeugt, so er dazu überhaupt in der Lage ist, weil die Folgekosten den Schädiger treffen, ist eher abwegig; weniger lebensfremd ist es freilich, dass er dann noch heiratet, um dem Partner Ersatzansprüche zu verschaffen. Die Frage, ob insoweit

Anspruchsgrund, sondern betrifft die Schadenshöhe (RIS-Justiz RS0040783 [T 1]). Der Bekl befasst sich in der Rev ausschließlich mit dem Grund des Anspruchs, indem er seine Haftung wegen eines inadäquaten Kausalverlaufs und der fehlenden Anspruchsberechtigung des Erst- und DrittKl verneint. Die rechtl Beurteilung des BerG, das eine Verletzung der Schadensminderungspflicht verneint hat, greift er damit nicht an.

[Ergebnis]

Der zu 2/3 eingeklagte Anspruch des ErstKl (Witwers) auf Ersatz von „Todfallskosten“ (§ 1327 ABGB) besteht dem Grunde nach zu Recht. Sein Begehren auf Ersatz der Kosten eines Kindermädchens und der Haushaltsfixkosten sowie mangels Aktivlegitimation, jenes auf Feststellung der Haftung für künftige aus § 1327 ABGB abgeleitete Schäden ist deshalb abzuweisen, weil er zum maßgeblichen Schädigungs-/Verletzungszeitpunkt noch nicht mit der fehlbehandelten, später verstorbenen Patientin verheiratet war. Der DrittKl ist als nach dem Schädigungs-/Verletzungszeitpunkt Geborener ebenfalls nicht legitimiert, Ansprüche nach § 1327 ABGB geltend zu machen. Sein – ausschließlich erhobenes – Feststellungsbegehren ist zur Gänze abzuweisen. Berechtig ist hingegen das Begehren des ZweitKl auf Schockschmerzensgeld (dem Grunde nach) und jenes auf Feststellung der Haftung für künftige, aus dem Tod seiner Mutter resultierende Schäden – jeweils wie eingeklagt zu 2/3.

ein Rechtsmissbrauch gegeben ist, erspart man sich bei Abstellen auf den Verletzungszeitpunkt.

Der Verweis darauf, dass § 1327 ABGB eine Ausnahmeregelung sei und der Kreis der Ersatzberechtigten überschaubar bleiben müsse, ist wenig überzeugend. Man muss sich nämlich vor Augen halten, dass der Unterhaltersatzanspruch nach § 1327 ABGB nichts weiter ist als die partielle Verlängerung des Erwerbsschadens des Verletzten in dem Ausmaß, in dem er aus seinem Erwerbseinkommen gesetzl Unterhaltspflichten erfüllt hat; und das ist beim Haushaltsführer gerade so wie bei dem Unterhaltsschuldner, der Geld leistet, abgesehen davon, dass man beim Haushaltsführer terminologisch nicht von Erwerbseinkommen spricht. Der Verweis auf 2 Ob 175/08 m ist wenig weiterführend, würde sich doch eben der Maßstab, dass „lediglich konkrete, nach dem übrigen Verlauf der Dinge realitätsnah erscheinende Gestaltungsänderungen berücksichtigt, nicht aber eine abstrakt mögliche, von Unsicherheitsfaktoren geprägte künftige Lebensplanung wie die Verwirklichung eines Kinderwunsches“ zu berücksichtigen sind, im Verletzungsfall bei § 1325 ABGB in gleicher Weise stellen.

Der Ehemann der Mutter hat sich durch Erhebung des Begehrens wegen der Betreuungskosten der Kinder keinen Gefallen getan; bzgl des eigenen Kindes war weder seine noch die Aktivlegitimation des Kindes gegeben; in Bezug auf das weitere Kind der Mutter war er nicht unterhaltspflichtig. Bei dieser Konstellation lag die Abweisung auf der Hand. Die beiden Kinder haben immerhin ein Feststellungsbegehren erhoben. Dieses ist freilich – gemessen am Zeitpunkt der Einbringung der Klage – nur

für künftige Ansprüche zulässig; und auch nur insoweit, als nicht eine Leistungsklage erhoben werden kann.

Abgesehen von diesem prozessualen Fallstrick könnte der Ehemann der Mutter bzw Vater des mit der Getöteten gezeugten Kindes schlussendlich noch „einige Kastanien aus dem Feuer holen“. Ob ein Kind betreut wird oder zwei, macht keinen ganz großen Unterschied; jedenfalls gibt es das Phänomen fixer Kosten gerade so wie beim Geldunterhalt in Bezug auf den Wohnsitz. Das Kind der Mutter aus einer früheren Beziehung hat insoweit einen Anspruch gegen den Schädiger, so etwa auch in Bezug auf das Kindermädchen. Soweit es sich insoweit um fixe Kosten handelt, kann das neugeborene Kind – und damit mittelbar auch der Vater – daran partizipieren. Das hat der OGH in 2 Ob 40/10m ZVR 2011/120 (*Ch. Huber*) so judiziert.

Bei flüchtiger Lektüre möglicherweise unbeachtet bleibt die Aussage des OGH, dass der Einwand der

Verletzung der Schadensminderungspflicht nicht zum Anspruchsgrund gehört, sondern die Schadenshöhe betrifft. In der Ber hat der Bekl dazu noch ausreichend vorgetragen, indem er dezidiert auf die Verletzung der Schadensminderungspflicht (korrekt: -obliegenheit) hingewiesen hat. In der Rev ist das offenbar unterblieben. Da das Begehren aus anderen Gründen weitgehend abgewiesen wurde, sind die Auswirkungen überschaubar. Dazu kommt, dass damit die Erörterung unterbleiben konnte, ob die schadenersatzrechtl Belastung des Schädigers bei Verhalten unter Beachtung der Schadensminderungsobliegenheit nicht ohnehin deutlich höher gewesen wäre, was nach der bahnbrechenden E 2 Ob 148/15a ZVR 2017/92 (*Ch. Huber*) zur Zeugin Jehovas jeweils gezuzurechnen ist.

*Christian Huber,
RWTH Aachen*

→ Sturz auf Mountainbike-Freeride-Parcours

§§ 1295, 1325 ABGB

Keine Haftung des Errichters eines frei und unentgeltlich benützbaren Mountainbike-Freeride-Parcours wegen Verletzung von Verkehrssicherungspflichten, wenn die zum Sturz eines (erfahrenen) Mountainbikers führende Stelle zwar eine besondere Herausforderung und ein technisches Hindernis darstellte, dessen Gefährlichkeit jedoch für ei-

Sachverhalt:

[Parcours-Beschreibung]

Der Kl verletzte sich bei der Fahrt mit seinem Mountainbike auf einem (frei zugänglichen) sog Freeride-Parcours, der vom bekl Verein errichtet wurde und unentgeltlich zu benützen war. Der Kl gehörte einer Gruppe erfahrener Mountainbiker aus den NL an, die in den Tagen zuvor einige Mountainbike-Routen, Wanderwege und öff Straßen, jedoch keine speziellen Parcours befuhren. Die Bewältigung des Freeride-Parcours der Strecke sollte der krönende Abschluss ihrer Tour sein. Die Gruppe wollte sich bewusst einer Herausforderung stellen.

Die Teilnehmer der Gruppe waren keine Freerider oder Downhill-Fahrer und auch nicht mit entsprechender Schutzausrüstung (zB Vollvisierhelm, Protektoren) ausgestattet. Schon aus der Gestaltung des Startbereichs geht für einen durchschnittl Mountainbiker hervor, dass es sich um keine gewöhnl Mountainbikestrecke handelt, sondern um eine technische Strecke, auf der mit besonderen Herausforderungen und Hindernissen zu rechnen ist. Es ist für jedermann erkennbar, dass besondere Vorsicht geboten ist. Auch einem gewöhnl Mountainbiker ist bekannt und bewusst, dass vor der erstmaligen Fahrt eine Besichtigung einer solchen Strecke mit ihren Hindernissen notwendig und auch üblich ist.

Aufgrund von Hinweisen eines Gruppenmitglieds, das die Strecke gut kannte, wusste der Kl von Hindernissen auf der Strecke, eine Besichtigung führte er nicht durch. Er absolvierte bereits eine Runde unfall-

nen durchschnittl Teilnehmer des Parcours erkennbar war und der Kl vom Hindernis auch nicht überrascht hätte werden können, weil er vor dem Unfall bereits den gesamten Parcours mit weitaus gefährlicheren Hindernissen absolvierte und auch zuvor von einem anderen Teilnehmer erinnert worden war, auf die konkrete Stelle besonders aufzupassen.

frei und wurde danach vom besagten Gruppenmitglied aufgefordert, bei einem bestimmten Hindernis aufzupassen.

[Beschreibung des Sturzhindernisses]

Bei diesem Hindernis handelt es sich um eine künstl Brücke (Plattform), die in ihrem mittleren Bereich (nicht aber auf der re und li Seite) abrupt endete. In diesem Bereich kam der Kl bei seiner zweiten Runde zu Sturz und verletzte sich schwer. Es steht nicht fest, wie der Kl bei seiner ersten Abfahrt diese Brücke bewältigte und ob er das abrupte Ende in der Mitte bemerkte. Bei einer Besichtigung vor der Benützung hätte der Kl erkennen können, wie man das Hindernis gefahrlos (durch Überspringen, Ausweichen) bewältigt. Für den Unfall war auch die – für derartige Parcours – ungenügende Beherrschung seines Fahrrads kausal.

Die Brücke (inkl ihres „ungünstigen“, abrupten Endes bei mittlerer Fahrweise) ist für einen Freeride-Parcours kein atypisches Hindernis und bedeutet keine Gefahr, sondern eine erwünschte Herausforderung. Die Benützer eines derartigen Parcours erwarten genau solche Hindernisse. Die Brücke kann auch im mittleren Bereich mit entsprechender hoher Geschwindigkeit bewältigt werden. Die Brücke ist nicht das anspruchsvollste Hindernis des Parcours, danach folgen noch schwierigere, die der Kl bei seiner ersten Runde wahrnehmen konnte. Im unteren Teil des Parcours müssen etwa Hindernisse mit weiten Sprüngen und zT sehr hohen Luftständen bewältigt werden. →

ZVR 2018/186

§§ 1295, 1325
ABGB

OGH 22. 3. 2018,
4 Ob 39/18s
(OLG Linz
12. 1. 2018,
1 R 145/17x)

Erfahrener Mountainbiker hat Sturzfolgen über anspruchsvolles, aber erwartbares Hindernis selbst zu tragen.