zu § 1308 ABGB (Huber)

§ 1308 ABGB

§ 1308. Wenn Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, oder Unmündige jemanden beschädigen, der durch irgendein Verschulden hierzu selbst Veranlassung gegeben hat, so kann er keinen Ersatz ansprechen.

FassungBGBl I 1999/164

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1308 ABGB

1 **Zielsetzung der Norm** ist der besondere Schutz Deliktsunfähiger. Das sind Unmündige, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 176), sowie Personen, die zwar älter sind, aber wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche sich in einem vergleichbaren Zustand befinden. Gleichgültig ist, ob dieser Zustand auf Dauer besteht oder nur im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses gegeben war. Bei schuldhafter Veranlassung des Schadens durch den Geschädigten führt § 1308 zu einer gegenüber § 1304 abweichenden Rechtsfolge. In einem solchen Fall gebührt dem Geschädigten überhaupt kein Ersatz, während nach allgemeinen Regeln eine Kürzung gem § 1304 die Folge wäre. § 1308 ist insofern abschließend, als dem Geschädigten auch kein Anspruch nach §§ 1309, 1310 zusteht (2 Ob 40/93).

2 Unter Veranlassen ist die **adäquate Verursachung einer Fehlreaktion** durch den Deliktsunfähigen zu verstehen. Ein Haftungsausschluss besteht auch bei vorsätzlichem Verhalten des Deliktsunfähigen. Zu bedenken ist, dass ein derartiges Verhalten bei diesem nicht ungewöhnlich ist, so etwa eine Ohrfeige nach einem Niederstoßen (6 Ob 566/94) oder ein Tritt, nachdem ein Erwachsener einem 5-jährigen am „Krawattl" gepackt hat (LG Ried/Innkreis 14 R 90/16k). § 1308 ist nicht anzuwenden, wenn nicht nur der Schädiger, sondern auch der Geschädigte deliktsunfähig ist (6 Ob 566/94, anders die ältere Rspr). Der Schutz solcher Personen kann nicht davon abhängig sein, ob sie Schädiger oder Geschädigter sind. Bei Hänseleien von unmündigen Kindern untereinander bleibt es deshalb bei den allgemeinen Regeln (§§ 1304, 1309 f). Umgekehrt ist die Norm analog anzuwenden, wenn der Deliktsunfähige Geschädigter ist, sodass er sich bei seinem Schadenersatzanspruch keine Kürzung wegen eines Mitverschuldens gefallen lassen muss. Der OGH hat in 6 Ob 566/94 aus Gründen der Rechtssicherheit bei Unmündigen (§ 153) die Altersgrenze strikt angewendet, was bei Schulkameraden in etwa gleichen Alters (knapp über bzw unter 14 Jahren) unbillig sein mag. Weicht man deshalb von der vom Gesetzgeber gezogenen Grenze ab (so 7 Ob 31/95 bei einem Rückgriffsanspruch gem § 1302 nach einer Einstandspflicht gem § 1310), ist eine neue Grenze zu ziehen, die erst wieder willkürlich ist. Die Wertung des § 1308 ist auch bei mehreren Schädigern und einem Rückgriffsanspruch nach § 1302 zu beachten, wobei in 7 Ob 31/95 eine Rolle gespielt haben dürfte, dass es sich um einen Rückgriffsanspruch zwischen Versicherern gehandelt hat.

3 **Keine Veranlassung** ist gegeben beim Nichtversperreneiner Hütte und dem Entfachen eines Feuers durch Kinder (SZ 52/168), dem Unterlassen einer ständigen Beaufsichtigung eines 8-jährigen Kindes im Freien (JBl 1982, 149), bei einem unvorsichtigen Autofahrer und einem blindlings über die Straße laufenden Kind (ZVR 1981/168) sowie bei Nichtabziehen eines

Zündschlüssels und einer dadurch ausgelösten Schwarzfahrt (OLG Wien ZVR 1995/158), es sei denn, der Halter wusste über die konkrete Gefahr wegen des Drangs des Deliktsunfähigen zum Autofahren Bescheid (ÖJZ 1964/124: Bejahung einer Aufsichtspflichtverletzung gem § 1310). Hier ist jeweils bloß ein Tatbeitrag des Schädigers gegeben, aber kein – ausschließliches – Veranlassen.

4 Die **Beweislast** für die fehlende Veranlassung liegt beim Geschädigten (2 Ob 40/93).

LexisNexis®

Christian Huber 25.1.2021

zu § 1309 ABGB (Huber)

§ 1309 ABGB
§ 1309. Außer diesem Falle gebührt ihm der Ersatz von denjenigen Personen, denen der Schade wegen Vernachlässigung der ihnen über solche Personen anvertrauten Obsorge beigemessen werden kann.

Fassung JGS 1811/946

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1309 ABGB

1 Erste Voraussetzung für die Einstandspflicht des Aufsichtspflichtigen ist, dass der Tatbestand des § 1308 nicht verwirklicht ist, der Geschädigte nicht schuldhaft das Verhalten des Deliktsunfähigen veranlasst hat. Zusätzlich ist zu prüfen, ob eine potentielle Haftung des Aufsichtspflichtigen ausscheidet, weil es infolge § 333ASVG zu einer **Haftungsersetzung** wegen Vorliegens eines **Arbeitsunfalls** kommt, wodurch Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung an die Stelle des zivilrechtlichen Schadenersatzanspruchs treten. Auch ein Unfall in einem Kindergarten oder einer Schule kann gem § 335 Abs 3ASVG ein solcher Arbeitsunfall sein. **Geschützt** werden soll durch § 1309 die **Allgemeinheit**, somit vom deliktsunfähigen Schädiger und dessen Aufsichtspflichtigen verschiedene Dritte, die geschädigt werden. Wird infolge einer Aufsichtspflichtverletzung nicht ein Dritter, sondern die zu beaufsichtigende Person geschädigt, ist ein möglicher Schadenersatzanspruch nicht nach § 1309 ABGB zu beurteilen. In Betracht kommen vielmehr eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Sonderverbindung bzw das allgemeine Deliktsrecht.

2 Voraussetzung für eine Einstandspflicht des Obsorgepflichtigen ist die Möglichkeit der Ausübung der Aufsicht über eine deliktsunfähige Person, die einem Dritten einen Schaden zufügt. Folgende Rechtsverhältnisse begründen eine solche Position: Die **Eltern** sind einem mj Kind gem den §§ 177 bis 179, also **kraft Gesetzes**, zur Obsorge verpflichtet. Bei Schülern besteht gegenüber dem **Schulerhalter** bzw den Lehrern gem § 51 SchUG ein **öffentlich-rechtliches Unterordnungsverhältnis** (7 Ob 752/80; 8 Ob 115/00w; 1 Ob 91/08a). Ein solches ist auch in Bezug auf Strafgefangene, die gem § 21StGB in einer **Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher** festgehalten werden, im Verhältnis zur Unterbringungsanstalt gegeben. Die Position der Obsorgeverantwortung kann zudem begründet werden durch **Rechtsgeschäft**, etwa der Betreuung von Kindern in einem Kindergarten (1 Ob 8/91; 10 Ob 2441/96k; OLG Linz EF 93.542 ff) oder durch außerschulische Kinderorganisationen (6 Ob 1/60; 7 Ob 251/06x: Jugendwohnheim). Bejaht wurde das zudem beim Lenker eines Kfz in Bezug auf einen minderjährigen Beifahrer (ZVR 1960/271), nicht aber beim Betreiber einer Sommerrodelbahn allein durch Verkauf einer Fahrkarte (9 Ob 49/12i) bzw beim Betreiber eines Schwimmbads bloß durch Verkauf einer Eintrittskarte (6 Ob 214/12g). Diese Pflicht endet bei einem Kindergartenkind nicht mit dem Erscheinen der das Kind abholenden Mutter; vielmehr kommt eine **nachvertragliche Verkehrssicherungspflicht** in Betracht (3 Ob 222/13p: 2-jähriges Kind trinkt aus einem in einem Plastikbecher in einem nicht versperrbaren Unterschrank der Küche verwahrten Geschirrspülmittel). Zudem kommt eine Übernahme im Rahmen einer **Gefälligkeit** in Betracht. Eine solche ist vergleichbar mit einer Einstandspflicht bei Ingerenz. Bei Ingerenz wird eine Gefahrenquelle geschaffen, hier wird eine übernommen. Bei rechtsgeschäftlicher Übernahme

sowie bei Gefälligkeit bedarf es jeweils einer Übergabe bzw Übernahme mit ausreichender Deutlichkeit und Bestimmtheit. Das bloße Dulden, dass ein Nachbarskind zum Spielen kommt und die beiläufige Bemerkung der Großmutter, dass sie sich nicht nur um den eigenen Enkel, sondern auch um das Nachbarskind kümmern werde, ist für eine Übernahme der Obsorge zu unbestimmt (3 Ob 35/98p).

3 Maßgeblich ist, dass durch eine **schuldhafte Sorgfaltspflichtverletzung des zur Obsorge Verpflichteten** bei einem Dritten ein Schaden verursacht wird. Dass der zur Obsorge anvertraute Deliktsunfähige bei Bestehen voller Deliktsfähigkeit für den Schaden einstehen müsste, ist keine Anspruchsvoraussetzung. Der Obsorgepflichtige haftet dem Dritten somit auch dann, wenn der Deliktsunfähige – etwa wegen eines Epilepsieanfalls – sein Verhalten nicht steuern kann, dem Obsorgepflichtigen eine solche Gefahr aber ex ante erkennbar war.

4 Die Erziehung von Kindern steht im Spannungsverhältnis zwischen der **Abwehr von Gefahren** und der Ermöglichung des **Heranwachsens in freier Selbstbestimmung**. Zumal bei größeren Kindern ist keine Überwachung auf Schritt und Tritt angezeigt, weil dadurch deren Entwicklung ungebührlich beeinträchtigt würde. Auch bei kleineren Kindern muss grds das **Spielen im Freien** erhalten bleiben (ZVR 1982/109; ZVR 1990/156), jedenfalls dann, wenn es die örtlichen Verhältnisse irgendwie gestatten. Verneint hat das der OGH (2 Ob 243/13v), als ein 2-jähriges Kind mit dem Laufrad in einer (einigermaßen bevölkerten) Fußgängerzone fuhr und mit einer sehbehinderten 80-jährigen Fußgängerin kollidierte, wobei der Großvater stets

Seite 1593

zwischen 3 und 6 m entfernt war. Der Unfall ereignete sich an einem Wochentag in einer Vorarlberger Kleinstadt – wie dicht bevölkert eine solche Fußgängerzone gewesen sein wird, kann man sich lebhaft vorstellen. Die E ist wenig kinderfreundlich; wo sonst, als an solchen Orten, sollen Kinder in diesem Alter sich mit ihrem Laufrad bewegen! Fußgängern – auch im fortgeschrittenen Alter – ist es durchaus zumutbar, in Fußgängerzonen auf Kleinkinder zu achten. Ein $8^1/_2$-Jähriger darf sich daher grds unbeaufsichtigt auf einem Kinderspielplatz aufhalten (OLG Wien EF 104.732). Maßgeblich ist aber nicht nur die **Sphäre des zu beaufsichtigenden Mj** ; beachtlich sind auch die Anforderungen, die von **verständigen Eltern vernünftigerweise gefordert** werden können und die nicht überspannt werden dürfen.

5 Für das Ausmaß der Obsorgeverpflichtung kommt dem **Alter des Kindes** eine zentrale Rolle zu: Je jünger das Kind, umso umfassender die Pflicht. Kleinkinder neigen nämlich häufig zu Spontanreaktionen (2 Ob 110/98k; OLG Linz EF 93.544),insb in ungewohnter Umgebung. In der Lit kritisiert wurde daher die E ZVR 1990/156, in der eine Aufsichtspflichtverletzung bei einem 2-jährigen Kind verneint wurde, das aus einem Garten auf eine stark frequentierte Straße lief und dort von einem Lkw erfasst und schwer verletzt wurde. Zu bedenken ist indes, dass das Kind von einem 4-jährigen Bruder beaufsichtigt wurde und die Mutter sich eine Viertelstunde vorher vergewissert hatte, ob das Gartentor geschlossen war, mag es auch unversperrt gewesen sein. Darüber hinaus handelte es sich um eine **alleinerziehende Mutter mit fünf Kindern**, die sich zum Zeitpunkt des Unfalls zu einer alten Frau begab – um diese zu pflegen. Die Verneinung der Aufsichtspflichtverletzung mag zugunsten der Mutter großzügig sein; die alleinige Zuweisung der Einstandspflicht an die Kfz-Haftpflichtversicherung wegen eines Verschuldens des Lkw-Lenkers ist aber im Ergebnis jedenfalls zutreffend, weil selbst bei Bejahung der Verletzung der Aufsichtspflicht der Zurechnungsgrund des Kfz-Unfalls so stark ist, dass dies für die vollständige Tragung des Schadens durch den schuldhaft handelnden Lkw-Lenker und die hinter diesem stehende Kfz-Haftpflichtversicherung spricht (in diesem Sinn ebenso bei einem vergleichbaren Sachverhalt OLG Innsbruck ZVR 1986/114). Neben dem Alter spielen **Eigenschaften des Kindes** für das Ausmaß der Aufsichtspflicht eine zentrale Rolle. Bedeutsam ist namentlich, ob es sich um ein folgsames Kind handelt bzw ob dieses – im Straßenverkehr – bereits in der Vergangenheit ein Fehlverhalten gesetzt hat, was zu einer umfassenderen Beaufsichtigung führen hätte müssen (ZVR 1997/35: Bei wiederholtem Fehlverhalten im Straßenverkehr Beaufsichtigung eines 5-Jährigen durch einen 10-Jährigen nicht ausreichend; ähnlich 2 Ob 154/02i: 3½-jähriges Kind ist in der Vergangenheit immer wieder zum Nachbarhof gegangen, ohne das seinen Eltern mitzuteilen).

6 Das Ausmaß der gebotenen Sorgfalt ist aber auch von Umständen aus der **Sphäre der Aufsichtspflichtigen** abhängig, bei den Eltern namentlich von deren **Anspannung im Beruf** (ZVR 1998/143; OLG Innsbruck ZVR 1986/114 unter Hinweis darauf, dass eine Hausfrau auch andere Arbeiten zu erledigen habe und sich nicht ständig um die Beaufsichtigung der Kinder kümmern könne) bzw den **sonstigen familiären Pflichten**. Weniger strenge Anforderungen werden gestellt, wenn die – meist mit der Beaufsichtigung betraute – Mutter mehrere Kinder – oder auch ältere pflegebedürftige Personen – zu betreuen bzw noch in der Landwirtschaft mitzuwirken hat. So hat der OGH einen Sorgfaltspflichtverstoß verneint bei einer 5-fachen Mutter und Kleinlandwirtin, die der 11-jährigen Tochter bloß das Radfahren auf der Straße verboten, aber sonst keine Sicherungsmaßnahmen getroffen hat (ZVR 1976/292); bei einer 5-fachen Mutter, die der 4-jährigen Tochter verboten hat, den Spielplatz hinter dem Haus zu verlassen, Hausarbeiten verrichtet und sich um die ½-jährigen Zwillinge, aber 1½ Stunden nicht um die Tochter gekümmert hat (ZVR 1965/8); ähnlich ZVR 1990/156: Alleinerziehende Mutter von fünf Kindern.

7 Ob eine Aufsichtspflichtverletzung gegeben ist, ist jeweils aus der **Sicht einer verantwortungsvollen Aufsichtsperson ex ante** zu beurteilen, wobei das Leben stets mit einem Restrisiko behaftet ist, das sich im jeweiligen Sachverhalt denn auch verwirklicht hat (10 Ob 2441/96k: Benutzung von Kinderspielgeräten auf Kinderspielplätzen). Deshalb ist die Beobachtung von Kindergartenkindern durch ein Fenster ausreichend, wenn diese am Spielplatz mit einer Wippschaukel spielen (OLG Wien EF 81.507). An den **Sorgfaltsmaßstab von Kin**

dergärtnerinnen, die stets eine Mehrzahl von Kindern beaufsichtigen, werden wegen deren Ausbildung und dem daraus abgeleiteten Maßstab als **Sachverständige iSd § 1299** mitunter strengere Anforderungen gestellt (4 Ob 99/17p: Kindergärtnerin ließ 21 allein betreute Kinder von einer 1,20 m eingehängten Langbank rutschen, als sie anderwärtig im Raum beschäftigt war und nicht neben der Rutschkonstruktion stehen konnte; 10 Ob 2441/96k: Einstandspflicht aber in concreto abgelehnt, weil – gemäß dem rechtmäßigen Alternativverhalten – der Unfall nicht vermeidbar gewesen wäre). Eine Aufsichtspflichtverletzung wurde verneint, wenn für den Aufsichtspflichtigen kein Anlass bestand, an der Einhaltung seiner Anordnungen zu zweifeln: Bobfahren nur in einem bestimmten, leicht befahrbaren Park (OLG Wien EF 100.742); wer 5- und 8-Jährige 150 m entfernt in einer Hütte spielen lässt, wo sie unvorhersehbar Streichhölzer finden, was schlussendlich zu einem Brandschaden führt (ÖJZ 1978/52; SZ 52/168); wer einem 8-Jährigen ein kleines Taschenmesser gibt und keine zusätzlichen Vorkehrungen trifft, weil er annehmen darf, dass der Sohn über die Gefährlichkeit des Messers Bescheid weiß (7 Ob 140/05x).

8 Die Anforderungen an die Aufsichtspflicht sind abhängig von der **Gefährlichkeit der jeweiligen Situation** (ZVR 1982/109). Je gefahrenträchtiger die Konstellation ist, umso strenger sind die Anforderungen an die Aufsichtspflicht. Eine Verletzung dieser wurde angenommen, wer 11- bis 13-Jährige mit einem Luftdruckgewehr schießen lässt (SZ 20/241) oder bei freier Verfügbarkeit über einen spitzen Bambuspfeil ohne Schutzhülle (LG Wien EF 72.181: Sportlehrer musste Gefahrenlage bekannt sein). Von erheblicher praktischer Bedeutung ist § 65 StVO, wonach einem noch nicht **12-Jährigen das Radfahren nur in Begleitung eines mindestens 16-Jährigen** gestattet ist. Das gilt auch für Wohnstraßen, sofern nicht ein Kinderfahrrad iSd § 2 Abs 1 Z 19 StVO verwendet wird (2 Ob 346/97i). Die Verletzung der Aufsichtspflicht wurde ebenfalls bejaht beim Radfahren des 9-jährigen Sohnes auf der Donauinsel, der mit einer Hand lenkte und in der anderen eine Trinkflasche hielt und sich immer wieder umdrehte, wobei die Mutter sich damit begnügte, in 100 m Entfernung dem Kind zu Fuß zu folgen (OLG Wien 11 R 18/06g). Bei einem 10-jährigen **Schifahrer** hat das OLG Innsbruck (ZVR 2006/65) das grundsätzliche Erfordernis einer Aufsichtspflicht – als Ausschlusskriterium für einen Anspruch des Geschädigten nach § 1310 – bejaht, es sei denn, es handelte sich um einen besonders guten Schifahrer mit besonders guten Kenntnissen der Piste, der sich in der Vergangenheit besonnen, aufmerksam und vorausblickend erwiesen habe. Abgelehnt wurde der Vergleich mit einem Radfahrer, weil Letzterer – anders als ein Schifahrer – eine Prüfung abgelegt

habe. ME wird insoweit die haftungsrechtliche Bedeutung einer derartigen Prüfung deutlich überschätzt.

9 Bedient sich der primär Aufsichtspflichtige eines **Gehilfen**, hat er für dessen Fehlverhalten nur im Rahmen des **Auswahl- und Überwachungsverschuldens** sowie gem § 1315 einzustehen, sofern nicht zwischen dem Geschädigten und dem Aufsichtspflichtigen eine Sonderbeziehung besteht.

10 Bei einem Schadenersatzanspruch des Geschädigten gegen den Aufsichtspflichtigen wegen eines schuldhaften Verstoßes gegen die Aufsichtspflicht kann der Aufsichtspflichtige ein **Mitverschulden des Geschädigten anspruchsmindernd** entgegensetzen (OLG Wien ZVR 2007/55).

11 Vom Tatbestand des § 1309 ist der Fall erfasst, dass durch eine unzureichende Beaufsichtigung ein Dritter geschädigt wird. § 1309 wird aber entsprechend herangezogen, wenn **der zu Beaufsichtigende von einem Dritten geschädigt** wird, wobei dafür nicht nur derDrittschädiger verantwortlich ist, sondern auch eine schuldhafte Aufsichtspflichtverletzung den Schaden verursacht hat. Prototypisches Beispiel ist: Die Mutter hat das Kind unzureichend beaufsichtigt. Es läuft auf die Straße und wird dort von einem Kfz-Lenker verletzt. Die Aufsichtspflichtverletzung führt nicht zu einer Kürzung des Schadenersatzanspruchs des verletzten Kindes gegen den Drittschädiger (1 Ob 2227/96y). Vielmehr hat dieser dem verletzten Kind gegenüber – gem § 1302 solidarisch neben dem Aufsichtspflichtigen – in vollem Umfang einzustehen; in Betracht kommt allenfalls ein **Regressanspruch des Drittschädigers gegen die Aufsichtsperson**, wobei das Verschulden des Kfz-Lenkers in Kombination mit der Gefährlichkeit des Fahrzeugs idR

Seite 1595

deutlich höher zu gewichten ist als der Sorgfaltsverstoß der Aufsichtspflichtverletzung (OLG Innsbruck ZVR 1986/114). Womöglich spielt zusätzlich eine Rolle, dass hinter dem Kfz-Lenker eine Kfz-Haftpflichtversicherung steht, die mit der Aufsicht betraute Person aber nicht immer haftpflichtversichert ist. Ähnlich 3 Ob 222/13p: 2-jähriges Kind trinkt im Kindergarten aus Plastikbecher ätzendes Geschirrspülmittel, das nicht versperrt war, während die das Kind abholende Mutter Gewand und Schuhe des Kindes einsammelte.

12 In der Lit wird eine **entsprechende Anwendung des § 1309 bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres** befürwortet, weil die Erziehungspflicht gem § 137 Abs 2 (ehemals § 146) erst dann ende. Verwiesen wird dafür auf die E SZ 44/8. In dieser war der Schädiger aber gerade noch nicht 14 Jahre alt! Zudem handelte es sich um den Fall der unzureichenden Verwahrung einer Pistole samt Munition durch einen Polizisten, derer sich der Sohn bemächtigte, in die Schule mitnahm, wobei sich dann ein Schuss löste. Der Grund der Einstandspflicht des Vaters war somit nicht – allein – der Verstoß gegen die Aufsichtspflicht, obwohl der Sohn in concreto gerade noch nicht 14 Jahre alt war, sondern ein Verstoß gegen die Verkehrssicherungspflicht. Da keine anderen E auffindbar sind, in denen bei einem Kind zwischen 14 und 18 Jahren eine Einstandspflicht des Aufsichtspflichtigen gemäß der analogen Anwendung des § 1309 bejaht wurde, dürfte die in der Lit bejahte solidarische Haftung zwischen Kind und Aufsichtspflichtigem ein eher akademisches Problem sein.

13 Der **Geschädigte** hat neben dem Schaden den Verstoß gegen die **objektive Sorgfaltspflicht** sowie deren Schadenskausalität zu beweisen (EF 63.250). Den **Ersatzpflichtigen** trifft die Beweislast, dass ihn aufgrund seiner besonderen Umstände **kein Verschulden** trifft (LGZ Wien EF 84.470). Dem Ersatzpflichtigen wird man jedenfalls eine **sekundäre Darlegungslast** auferlegen müssen, hat der Geschädigte doch typischerweise keine Kenntnisse aus der Sphäre des Ersatzpflichtigen. Er weiß, dass ihm von einem Mj ein Schaden zugefügt wurde; ob es sich um ein **folgsames Kind** handelte, von wem es zu beaufsichtigen war, welcher **beruflichen Anspannung die Eltern** ausgesetzt waren usw, weiß er nicht. Da es sich freilich um einen deliktischen Schadenersatzanspruch handelt, müsste nach allgemeinen Regeln der Geschädigte das Verschulden des Ersatzpflichtigen beweisen. Eine große Rolle wird

das in der Praxis nicht spielen. Die Grenzen zwischen einem Verstoß gegen die objektive Sorgfaltspflicht und der subjektiven Vorwerfbarkeit verschwimmen. Der jeweilige Aufsichtspflichtige wird im Regelfall zumindest durchschnittliche Fähigkeiten haben, sodass eine Entlastung wegen des fehlenden Verschuldens kaum in Betracht kommen dürfte. Sofern es sich – wie etwa bei einer Kindergärtnerin – um einen Sachverständigen iSd § 1299 handelt, kommt eine Berufung auf unterdurchschnittliche persönliche Fähigkeiten von vornherein nicht in Betracht.

14 Die Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit bei § 1309 ist häufig eine von den **singulären Verhältnissen des konkreten Falles abhängige Einzelfallbeurteilung ohne erheblichen Rechtscharakter** iSd § 502 Abs 1 ZPO (7 Ob 140/05x). Es kommt ihr keine Bedeutung zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung zu, weshalb eine Revision dann unzulässig ist. Die Würfel fallen beim Tatgericht. Die Judikatur der OLG hat deshalb bei § 1309 besondere Bedeutung.

LexisNexis®

Christian Huber 25.1.2021

zu § 1310 ABGB (Huber)

§ 1310 ABGB

§ 1310. Kann der Beschädigte auf solche Art den Ersatz nicht erhalten, so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege; oder, ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Verteidigung unterlassen habe; oder endlich, mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten, auf den ganzen Ersatz, oder doch einen billigen Teil desselben erkennen.

Fassung JGS 1811/946

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1310 ABGB

1 Ungeachtet des Umstands, dass der Schädiger deliktsunfähig ist, ordnet § 1310 seine **Einstandspflicht nach Maßgabe der Billigkeit** an. Obergrenze des zu leistenden Ersatzes ist

das Ausmaß der Ersatzpflicht, die bestünde, wenn der Schädiger deliktsfähigwäre (2 Ob 40/93; 7 Ob 55/99k; 2 Ob 83/09h; 3 Ob 111/16v). Es geht somit nicht um eine Ausweitung, sondern eine **Einschränkung der Ersatzpflicht des Deliktsunfähigen** (4 Ob 65/99h). Eine solche Einstandspflicht setzt voraus, dass der Geschädigte nicht gem § 1308 schuldhaft Anlass zur Schädigung durch den Deliktsunfähigen gegeben hat (ZVR 1994/149). Darüber hinaus ist Voraussetzung, dass der Geschädigte **keinen Ersatz vom Aufsichtspflichtigen** wegen einer von diesem zu verantwortenden Pflichtverletzung erhalten kann (OLG Innsbruck ZVR 2006/65), was der Geschädigte zu beweisen hat (1 Ob 55/13i: Verletzung durch Steinwurf eines 6-Jährigen).

2 Der Wortlaut „Kann der Beschädigte auf solche Art (arg: gem § 1309) den Ersatz nicht erhalten" ist zweideutig. Primär ist damit gemeint, dass den **Aufsichtspflichtigen keine Ersatzpflicht** trifft, weil er gegen eine solche nicht verstoßen hat, der Verstoß nicht ursächlich war oder ihn kein Verschulden trifft. Die ganz hM bezieht aber auch den Fall der **nicht erfolgreichen Durchsetzung eines Ersatzanspruchs gegen den Aufsichtspflichtigen** mit ein (ZVR 1984/323; 2 Ob 36/95). Dazu zählen neben Vermögenslosigkeit auch Unbekanntheit, unbekannter Aufenthalt und Exterritorialität. Entsprechendes gilt auch bei teilweiser Uneinbringlichkeit (OLG Wien EF 69.104). Das ist mE insoweit fragwürdig, als es im Deliktsrecht generell das Risiko des Geschädigten ist, einen – rechtlich bestehenden – Anspruch gegen den Ersatzpflichtigen faktisch durchsetzen zu können. Dem Deliktsunfähigen unter Berufung auf einen mehrdeutigen Wortlaut die Rolle eines Bürgen zuzuweisen, liegt jedenfalls nicht auf der Hand. Eine Versagung der Haftung des Deliktsunfähigen wird in der Lit von einer Einzelmeinung auch bei Einstandspflicht eines Dritten, der nicht Aufsichtspflichtiger ist, etwa einem Mitschädiger, befürwortet; der OGH (9 Ob 49/12i: Sommerrodelbahn; 6 Ob 214/12g: Turmspringen im Schwimmbad; jeweils unter Hinweis auf unterschiedliche Sachverhaltsausprägungen [Mitverschulden, Regress] in der Vorjudikatur) hat sich hingegen der Mehrheitsmeinung der Lit angeschlossen und seine in einem verstärkten Senat getroffene E SZ 44/48 bekräftigt, wonach **die Haftung eines Dritten die Einstandspflicht nach § 1310 nicht ausschließt**. Das ist für

den Geschädigten bedeutsam, wenn der Deliktsunfähige haftpflichtversichert ist, der Drittschädiger hingegen nicht und zudem vermögenslos ist; der Drittschädiger kann auf diese Weise einen Teil seiner Haftung abwälzen.

3 Während die Ersatzpflicht des Deliktsunfähigen sonst subsidiär ist, kommt es bei einer Einstandspflicht des Deliktsunfähigen wegen einer gegenüber dem **Aufsichtspflichtigen nicht durchsetzbaren Forderung** zu einer **solidarischen Haftung** gem § 1302. Das ist insofern folgerichtig, als – wenn schon – der Geschädigte begünstigt werden soll, aber nicht der Aufsichtspflichtige. Folgerichtigerweise müsste ein Rückgriffsanspruch gegeben sein, wenn der Aufsichtspflichtige später vermögend wird. Zum Nachweis der Vermögenslosigkeit – und damit dem Bestehen eines Anspruchs gegen den Deliktsunfähigen – ist aber nicht eine Klage oder gar Exekutionsführung gegen den Ersatzpflichtigen erforderlich. Vielmehr genügt eine entsprechende Behauptung sowie der Beweis darüber im Verfahren gegen den Deliktsunfähigen (2 Ob 36/95). Das (Kosten-)Risiko, den richtigen Ersatzpflichtigen zu verklagen, liegt beim Geschädigten. Klagt der Geschädigte schuldlos den Falschen, sollten die angefallenen Kosten auf den Schuldner, der den Schaden endgültig zu tragen hat, überwälzbar sein.Anzuraten ist jedenfalls eine Streitverkündung. Verjährungsrechtlich beginnt die Frist des § 1489 in Bezug auf den Anspruch gegen den Deliktsunfähigen aber erst zu laufen, wenn der Geschädigte Kenntnis von der Uneinbringlichkeit hat (1 Ob 201/05y). Mitunter wird in der Lit zu Unrecht auf „Wissen müssen" abgestellt. Wegen der Ungewissheit von Haftung und Einbringlichkeit kann es sinnvoll sein, die Prozesse gegen den Aufsichtspflichtigen und den Deliktsunfähigen zu verbinden (ÖJZ 1971/74). Eine Klage in eventu gegen das Kind für den Fall, dass die Klage gegen den Aufsichtspflichtigen nach § 1309 nicht erfolgreich sein sollte, ist indes als bedingte Prozesshandlung unzulässig (1 Ob 201/05y).

4 Gem § 333 Abs 4 iVm § 335 Abs 3ASVG kommt es zu einer **Haftungsfreistellung von Aufsichtspflichtigen** in der Schule. In einem solchen Fall wird wegen der Versagung eines Anspruchs gegen den Aufsichtspflichtigen ein **Billigkeitsanspruch gegen den Deliktsunfä**

higen gem § 1310 bejaht (OLGWien EF 87.350), wasinsb bedeutsam ist wegen des Bestehens eines **Schmerzengeldanspruchs**. Das ist fragwürdig, weil durch die §§ 333 ffASVG eine abschließende Haftungsprivilegierung gewollt ist, die zivilrechtliche Schadenersatzansprüche gerade ausschließen sollte, mag die Versagung des Schmerzengeldanspruchs rechtspolitisch auch bedenklich sein.

5 Ungeachtet seiner Deliktsunfähigkeit wird eine Einstandspflicht des Schädigers bejaht, wenn ihm **ausnahmsweise doch ein Verschuldensvorwurf** gemacht werden kann. Bedeutsam ist diese 1. Variante des § 1310 namentlich bei Raufereien (OLG Innsbruck 10 R 23/17h: Rauferei; Billigkeitsentscheidung des § 1310 Var. 1 ohne Auswirkungen auf die Kostenentscheidung nach § 43 Abs 2 S 2 ZPO, weil insoweit der Anspruchsgrund und anders als bei § 273 ZPO nicht bloß der Anspruchsumfang betroffen ist; mE fragwürdig, weil der Kl das Ausmaß des Zuspruchs ähnlich schwer ex ante abschätzen kann) oder im Straßenverkehr. Eine bedeutsame Grenze ist das **7. Lebensjahr** bzw der Umstand, ob der Deliktsunfähige bereits an der Verkehrserziehung teilgenommen hat. Personen unter 7 Jahren wird auch nicht ausnahmsweise ein Verschuldensvorwurf gemacht; bei denen über 7 Jahren kommt das umso eher vor, je näher das Alter an der **Mündigkeitsgrenze von 14 Jahren** liegt (ZVR 1986/77; OLG Wien ZVR 2001/66; 2 Ob 31/15w). Verneint wurde das bei einem 8-jährigen Kind, bei dem der Spieltrieb zu berücksichtigen sei (2 Ob 124/12t: Keine Kürzung wegen Mitverschuldens; den Spieltrieb als Entlastungskriterium ebenso betonend 8 Ob 103/82; 1 Ob 161/05x). **Bejaht** wurde ein ausnahmsweises Verschulden, wenn ein **9-Jähriger** einen 7-Jährigen auf einer Wohnstraße mit dem Fahrrad niederstößt (2 Ob 346/97); ein **10-Jähriger** mit Fahrradprüfung gegen den Vorrang verstößt (2 Ob 31/15w); ein **12-Jähriger** einen Gleichaltrigen gegen einen eben abfahrenden Bus stößt (OLG Graz ZVR 1993/103); ein **13-Jähriger** den 14-Jährigen auf die Fahrbahn „schubst" (2 Ob 168/12p); ein **13-jähriger** Radfahrer mit zu geringem Seitenabstand überholt (OLG Wien ZVR 1996/63); ein **fast 14-Jähriger** einen Radlader unbefugt in Betrieb nimmt (OLG Wien ZVR 1998/68). Auch wenn es keinen schematischen Maßstab gibt, die – oft leerformelartigen – Umstände des Einzelfalles beschworen werden, sind als Leitlinie

Erfahrungssätze gleichwohl heranzuziehen, was also eine Person in einem entsprechenden Alter eigentlich wissen und können müsste. Bei Geisteskranken gelten entsprechende Maßstäbe. Maßgeblich ist allein, ob diese das entsprechende (Geistes-)Niveau von 14-Jährigen erreichen; ob für diese ein **Sachwalter bestellt** wurde, ist im **Deliktsrecht bedeutungslos**. Zu beachten ist, dass bei Mitverschulden das Verhalten des Minderjährigen weniger streng beurteilt wird als das eines Erwachsenen (2 Ob 4/92: an sich ½, weil 12-Jähriger bloß ⅓). Dieser Umstand spielt auch dann eine Rolle, wenn der Minderjährige Schädiger ist (2 Ob 31/15w: 10-jähriger Radfahrer, der emotional aufgewühlt ist, Haftung bei Vorrangverletzung mit ¼).

6 Die **2. Variante** der Unterlassung der Verteidigung spielt **in der Praxis keine Rolle**. Es gibt dazu keine Rspr. Wer es als Geschädigter aus **Schonung des Schädigers** unterlässt, sich diesem gegenüber zu wehren, obwohl er dazu wegen des Vorliegens einer Notwehrsituation berechtigt wäre, verdient besonderen Schutz; wie § 1306a belegt, gilt das freilich nicht nur gegenüber einem Deliktsunfähigen.

7 Die **in der Praxis bedeutsamste Variante** ist die der **Tragfähigkeitshaftung**. Eine Überwälzung des beim Geschädigten eingetretenen Schadens erfolgt dann auf den deliktsunfähigen Schädiger, wenn dieser unter Berücksichtigung des Vermögens von Geschädigtem und Schädiger den Schaden nach Billigkeit ganz oder teilweise leichter tragen kann. Diese Abwägung kommt aber nur subsidiär zum Tragen, wenn der Geschädigte nicht Ersatz vom Aufsichtspflichtigen (§ 1309) oder vom Minderjährigen wegen der nach § 1310 Variante 1 bei diesem ausnahmsweise doch bestehenden Einsichtsfähigkeit erlangt (so ausdrücklich 6 Ob 214/12g: Turmspringer, dann Erörterung über die Vermögensverhältnisse des Schädigers entbehrlich, daher Haftung über die Deckungssumme hinaus; offener 9 Ob 49/12i: Berücksichtigung von Vermögen [Haftpflichtversicherung] sowie Verschulden; ebenso 3 Ob 177/12v: Sturz einer 12-Jährigen auf der Schipiste wegen relativ überhöhter Geschwindigkeit). Zum Vermögen zählt nicht nur das **Vermögen**, sondern auch das **Einkommen** ; freilich nur das jeweils eige

Seite 1598

ne, nicht auch das der Eltern des Deliktsunfähigen. Maßgeblich sind nicht nur Vermögensposten; auch das Schmerzengeld und dann selbstverständlich auch eine Verunstaltungsentschädigung sind einzubeziehen. Jedenfalls in Bezug auf das Schmerzengeld ist das fragwürdig, soll dieses doch der Abgeltung ideeller Nachteile dienen (vgl dazu 1 Ob 146/16a). Die ganz einhRspr erachtet primär eine Abwägung zwischen bestehenden **Ansprüchen des Geschädigten gegen einen Sozialversicherungsträger** (2 Ob 2325/96t) bzw eine **Schadensversicherung** (4 Ob 2107/96y) einerseits und dem **Deckungsanspruch des Deliktsunfähigen gegen seine Haftpflichtversicherung** (4 Ob 2107/96y; 7 Ob 200/98g; 4 Ob 65/99h) andererseits für bedeutsam. Erst wenn diese Deckungssummen ausgeschöpft sind, erfolgt in einer 2. Stufe eine Abwägung zwischen den – restlichen – Vermögen von Geschädigtem und deliktsunfähigem Schädiger. In der Praxis wird der Streit häufig nicht zwischenGeschädigtem und Schädiger ausgetragen, sondern im Rahmen eines Regressanspruchs zwischen Versicherungsträgern; durch eine (Legal-)Zession wird der Anspruch nicht verändert. Deshalb ist es kritikwürdig, wenn der OGH (7 Ob 164/14i) unter Hinweis auf die Sozialbindung der Haftpflichtversicherung ausspricht, dass zwar der Geschädigte eine Feststellungsklage gegen die (auch freiwillige) Haftpflichtversicherung erheben kann, wenn Gefahr besteht, dass der Deckungsanspruch des Schädigers gegen seine Haftpflichtversicherung namentlich wegen Fristablaufs gefährdet ist, dieses Recht aber dem Regressgläubiger, auf den der Schadenersatzanspruch nach § 67 VersVG übergegangen ist, nicht zugestanden wird.

8 In der Lit ist das kritisiert worden: Die Funktion einer Haftpflichtversicherung liege nämlich darin, dem Ersatzpflichtigen eine ohne das Bestehen einer Haftpflichtversicherung gegebene Einstandspflicht abzunehmen, nicht aber eine solche erst zu schaffen. Diese Ansicht entspricht dem **Trennungsprinzip** zwischen Haftung und Deckung: Eine Deckungspflicht der Haftpflichtversicherung besteht erst, wenn die Haftpflicht des Versicherungsnehmers bzw Versicherten feststeht. Es ist aber einzuräumen, dass der Ersatzpflichtige – bei Bestehen einer Haftpflichtversicherung – vom Malus abgesehen, bei Zubilligung von Ersatz an den Geschädigten wirtschaftlich davon nicht betroffen ist. Die Rspr zieht daraus den weitreichenden Schluss, dass

sogar **primär die jeweiligen Deckungssummen der beim Geschädigten und Schädiger vorhandenen Versicherungen ausgeschöpft** werden müssen, ehe das restliche Vermögen von Geschädigtem und Deliktsunfähigem gegenübergestellt wird (7 Ob 514/96).

9 Bei der Gegenüberstellung der Deckungssummen bestehender Versicherungen gilt das aus dem Regressrecht der Privat- und Sozialversicherer geläufige Prinzip der **sachlichen Kongruenz**. Einzubeziehen sind nur **solche Teile der Versicherungsleistungen**, die funktionell den gleichen Nachteil wie der korrespondierende Schadenersatzanspruch abdecken sollen. Bedeutsam ist das namentlich bei Versicherungen auf Seite des Geschädigten: Die Kaskoversicherung beinhaltet etwa nicht den merkantilen Minderwert bzw Mietwagenkosten; eine Unfallversicherung deckt kein Schmerzengeld ab; sie kann zudem als Schadens- oder Summenversicherung ausgestaltet sein (4 Ob 2107/96y). Während eine **Schadensversicherung** sowie Ansprüche gegen einen **Sozialversicherungsträger** einzubeziehen sind, weil es insoweit bloß zu einer Schadensverlagerung mit einem korrespondierendenRegressanspruch des Versicherers kommt, bleibt eine **Summenversicherung** ausgeklammert. Bei dieser ist für die Ersatzleistung nicht der – konkrete zivilrechtliche – Schaden maßgeblich, was freilich auch bei Sozialversicherungsleistungen nicht der Fall ist, deren Ausmaß sich nach der allgemeinen Minderung der Erwerbsfähigkeit richtet. Entscheidend ist aber, dass durch eine solche Versicherungsleistung der Geschädigte sich neben der Ersatzleistung einen zusätzlichen Vorteil – durch eine entsprechend höhere Prämie infolge des Fehlens eines Regressanspruchs des Versicherers – erkauft hat. Dieser Umstand ist auch bei der Tragfähigkeitshaftung im Rahmen des § 1310 zu respektieren, was zu einer **Ausklammerung der Versicherungsleistung aus einer Summenversicherung im Rahmen der Billigkeitsabwägung** führt.

10 Sofern die jeweilige Deckungssumme einer Versicherung, also der Schadens- und der Haftpflichtversicherung, den gesamten sachlich kongruenten Schaden deckt, den der Deliktsunfähige ersetzen müsste, wenn er deliktsfähig wäre, hat eine Aufteilung im **Verhältnis der Deckungshöchstsummen** stattzufinden (7 Ob 200/98g; 7 Ob 303/99p; ausdrückliches Abgehen

Seite 1599

von 7 Ob 31/95: Bei jeweils voller Deckung hälftige Tragung). Das führt in der Praxis dazu, dass wegen der meist viel höheren Deckungssumme einer Feuerversicherung gegenüber der einer Haftpflichtversicherung der Regress des Feuerversicherers bloß einen Bruchteil ausmacht (7 Ob 200/98g: 15 %). Die Folge ist, dass für **nicht kongruente Ansprüche** des Geschädigten ein entsprechender Teil der Haftpflichtversicherungssumme des Deliktsunfähigen übrig bleibt. Eine **Unterversicherung beim Geschädigten** führt demgegenüber zu einer stärkeren Belastung des Haftpflichtversicherers (7 Ob 514/96). Das ist konsequent, weil Letzterer ohne Bestehen eines Schadensversicherers auf Seite des Geschädigten auf jeden Fall den Schaden bis zur Deckungssumme in vollem Umfang tragen müsste. Allerdings kommt es nicht allein auf die Höhe der Deckungssummen an, sondern auf das billige Ermessen, ua das **Ausmaß der objektiven Sorgfaltswidrigkeit** (5 Ob 529/95; 2 Ob 83/09h: Schlagen mit einem Stock gegen einen Baum; Verletzung eines in der Nähe stehenden Kindes durch abgesplitterten Teil).

10a Das **gemeinsame Zündeln von Minderjährigen** führt nicht zu einer solidarischen Haftung aller Beteiligten, wenn für die Schadenszufügung das Verhalten bloß eines einzelnen Minderjährigen konkret ursächlich war, es sei denn, die anderen hätten den Geschädigten oder den Schädiger in ihrer Entscheidung zu zündeln, bestärkt oder eine Beihilfehandlung anderer Art gesetzt (1 Ob 713/85; 7 Ob 263/09s).

11 Auch im Rahmen der **Tragfähigkeitshaftung** führtein **Mitverschulden des Geschädigten** zu einer Kürzung seines Anspruchs (OLG Wien ZVR 2001/66). Die Rechtslage ist vergleichbar mit der beim Zusammentreffen der Zurechnung von Schadensfolgen nach der Verschuldens- und Gefährdungshaftung, etwa nach **§ 7 EKHG** . Kommt Variante 1 – trotz Deliktsunfähigkeit Vorwurf eines Verschuldens – zum Tragen, wird das Verschulden des Deliktsunfähigen – im Verhältnis zum Mitverschulden des Geschädigten – wesentlich geringer gewichtet. Eswäre mE wenig konsequent, dass bei Fehlen jeglichen Verschuldens des Deliktsfähigen bei der Tragfähigkeitshaftung dieser bei Mitverschulden des Geschädigten so

behandelt wird, als läge ein normales Verschulden – leichte Fahrlässigkeit – eines voll Deliktsfähigen vor.

12 Auch im Rahmen der Tragfähigkeitshaftung kommt ein **Feststellungsbegehren** in Betracht (SZ 60/180; 2 Ob 36/95). Maßgeblich sind – wie auch bei einem Leistungsbegehren – die Verhältnisse der letzten mündlichen Hauptverhandlung erster Instanz. Sollten der Geschädigte oder der bei Schadenszufügung Deliktsunfähige später über – nennenswertes – Vermögen bzw Einkommen verfügen, wird das mE ungeachtet des durch das Feststellungsurteil fixierten Grundes des Anspruchs zu berücksichtigen sein.

13 Konzipiert ist § 1310 für Personen unter 14 Jahrensowie Geisteskranke. Es ist aber folgerichtig, § 1310 auch auf **Schädiger** anzuwenden, die **aufgrund eines Augenblicksversagens schuldunfähig** sind. Praktische Folgen kann das bei einem Verkehrsunfall haben. Zwar nimmt der OGH (zuletzt 2 Ob 39/09p) bei Augenblicksversagen eines Lenkers kein unabwendbares Ereignis gem § 9 EKHG und damit eine Einstandspflicht des Halters nach § 1 EKHG an; die Subsumtion unter § 1310 Variante 3 ist aber bei großen Schäden gleichwohl bedeutsam, weil häufig die Betragsbeschränkung der Haftung gem § 15 EKHG eher an Grenzen stößt als die – höhere – Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung.

14 § 1310 regelt den Fall, dass der Deliktsunfähige als Schädiger ausnahmsweise einstandspflichtig ist. Die darin zum Ausdruck kommende Wertung ist entsprechend auf Fälle des **Mitverschuldens** des Deliktsunfähigen gem § 1304 heranzuziehen sowie dann, wenn dieser als einer von mehreren Schädigern im Rahmen des Regresses nach § 1302 herangezogen wird und schlussendlich der **Regressanspruch des vom Dritten belangten Schädigers** zu beurteilen ist. Das zur Einstandspflicht des Deliktsunfähigen Ausgeführte gilt entsprechend: Auch eine bloß objektive Sorgfaltswidrigkeit kann zur Anspruchskürzung führen (2 Ob 83/09h: Aufenthalt in der Nähe eines Baumes, 50 % Kürzung). Selbst wenn ein **(Mit-)Verschulden des Deliktsunfähigen bejaht** wird, ist es **weniger streng zu beurteilen** als das eines Deliktsfähigen (2 Ob 4/92). Das Alter von 7 Jahren bzw die vorausgegangene Teilnahme an der Verkehrserziehung bildet wiederum einen markanten Bezugspunkt. **Personen unter 7 Jahren** wird kaum jemals ein Mitverschulden vorgeworfen (2 Ob 106/19f: obiter dictum; unter Umständen

sogar Mitverschulden bei einem Kind unter 7 Jahren). Bei älteren Kindern ist die österr Rspr hingegen relativ streng. Ein Mitverschulden wurde etwa angenommen bei einem 8-jährigen Kind, das hinter einem Hauseck auf die Straße läuft (ZVR 1981/146; ebenso 2 Ob 106/19f: krass verkehrswidriges Verhalten eines knapp 8-jährigen, der plötzlich auf die Fahrbahn gelaufen ist; ggt allerdings 2 Ob 124/12t: Verneinung des Mitverschuldens eines 8-jährigen Kindes unter Hinweis auf den Spieltrieb; ebenso ZVR 1965/85; 8 Ob 103/82) oder das hinter einem am Fahrbahnrand stehenden Bus die Straße überquert (2 Ob 53/95). Da die deutsche Rspr ähnlich streng war, hat der deutsche Gesetzgeber eingegriffen und seit dem Jahr 2002 ein Mitverschulden eines Kindes bis **10 Jahren** im motorisierten Straßenverkehr durch § 828 Abs 2 BGB ausgeschlossen. Eine dem Mitverschulden entsprechende bzw abgemilderte Form kann auch bei einem **deliktsunfähigen Erwachsenen** gegeben sein (2 Ob 117/16v: Nicht schuldhaft unerkannte Beeinträchtigung der Fahrtauglichkeit bei Einnahme von Medikamenten zur Bekämpfung von Morbus Parkinson; Fehlreaktion nach einem geringfügigen Unfall).

zu § 1311 ABGB (Huber)

§ 1311 ABGB

4. durch Zufall;
§ 1311. Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Hat aber jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlasst; hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten; oder sich ohne Not in fremde Geschäfte gemengt; so haftet er für allen Nachteil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.

Fassung JGS 1811/946

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1311 ABGB

1 An die Spitze gestellt ist der Satz: **Ohne Schadensüberwälzungsnorm** hat **jeder Geschädigte den Schaden selbst zu tragen**. Nur wenn ein Schaden rechtswidrig und schuldhaft verursacht wurde oder ein Gefährdungshaftungstatbestand verwirklicht ist, somit sämtliche Elemente einer Schadensüberwälzungsnorm erfüllt sind, kann der Geschädigte den bei ihm eingetretenen Schaden auf einen Ersatzpflichtigen überwälzen. Sonst muss er ihn selbst tragen. Es hat sich dann bei ihm das **allgemeine Lebensrisiko** verwirklicht. Aus der Perspektive des potentiell Ersatzpflichtigen geht es um das Korrelat der **Bewegungsfreiheit**. Für die durch das eigene Verhalten verursachten Schäden muss man nur dann einstehen, wenn man durch rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten einen Schaden bei einem anderen verursacht hat, sonst eben nicht. Die casus-mixtus-Haftung (S 2 HS 1) hat heute keine eigenständige Bedeutung. S 2 HS 3 ist nicht mehr als eine Wiederholung des entsprechenden Grundsatzes bei der GoA (§ 1035). Die zentrale Bedeutung des § 1311 liegt beim **Schutzgesetz** (S 2 HS 2).

2 Im Deliktsrecht gibt es grds zwei Regelungstechniken, um rechtswidriges Verhalten zu umschreiben: Einerseits werden **absolut geschützte Rechtsgüter** wie körperliche Integrität, Eigentum und Freiheit statuiert, deren Beeinträchtigung durch einen Dritten die Rechtswidrigkeit indiziert. Oder aber es werden **durch Schutzgesetze bestimmte rechtswidrige Verhaltensweisen beschrieben**, so etwa die vorsätzliche Unterlassung der Verhinderung einer mit Strafe bedrohten Handlung gem § 286 Abs 1StGB (6 Ob 147/99g: Einbruchsdiebstahl). Die **Strafsanktionierung** ist dabei ein **Indiz für die Qualifikation als Schutzgesetz** (1 Ob 86/14s; 8 Ob 57/17s). Solche Verhaltensge- und -verbote finden sich über die gesamte Rechtsordnung verstreut. Erst in Kombination mit § 1311 führt ein schuldhafter Verstoß gegen eine solche Anordnung, durch den ein Schaden bei einer vom Handelnden verschiedenen Person hervorgerufen wird, zu einer Ersatzpflicht. Soweit es um den Schutz absolut geschützter Rechtsgüter geht, mag durch den (in einem Schutzgesetz geregelten) jeweiligen Verhaltenstatbestand das rechtswidrige Verhalten präziser beschrieben sein; die **größere Bedeutung** haben Schutzgesetze aber in dem Bereich, in dem es um den **Schutz des bloßen Vermögens** geht. In diesem Bereich kommt es zu einem Vermögensminus beim Geschädigten, ohne dass er an seinem Körper oder einer in seinem Eigentum stehenden Sache

eine reale Beeinträchtigung zu beklagen hat. Prototypische Beispiele sind die Selbstschädigung beim **Betrug** gem § 146StGB (5 Ob 537/94; 2 Ob 46/10v: Geschädigter bei einem

Pyramidenspiel – Bindungswirkung der strafgerichtlichen Verurteilung, auch wenn der Kläger als einer von 2.287 Geschädigten nicht namentlich im Strafurteil erwähnt ist; 8 Ob 17/12a: Persönliche Haftung des Vorstandsvorsitzenden der Emissionsbank als Organ der juristischen Person, wenn neben Pflichtverstoß gegenüber der Gesellschaft auch Normen zum Schutz der Gläubiger verletzt werden), ein Vermögensschaden infolge gefährlicher Drohung gem § 107StGB (ZVR 1998/138; 2 Ob 28/14b: Personenschutz mittels einer professionellen Personenschutzagentur und Detektei), Defizite bei der Einbringlichkeit einer offenen Forderung infolge eines **Kridadelikts** (§ 158StGB) oder Vermögensnachteile eines Erben wegen Verstoßes gegen die Wahrung des Amtsgeheimnisses gem § 49 Abs 1 Geo sowie dem Gebot der Akteneinsicht nur zu amtlichen Zwecken gem § 170 Abs 4 S 1 Geo idF vorBGBl I 2006/421 (1 Ob 208/12p: Vorarlberger Testamentsfälschungsaffäre). Das Vermögensminus wirkt sich in der Weise aus, dass der Geschädigte **weniger im Portemonnaie** hat. Praktische Bedeutung hat ein **Schutzgesetz** darüber hinaus auf **beweisrechtlicher Ebene**. In Bezug auf den Nachweis von Kausalität und Verschulden kommt es zu einer Begünstigung des Geschädigten gegenüber dem sonstigen Deliktsrecht (dazu unten Rz 18 f). Kann ein Anspruch sowohl auf eine Vertragsverletzung als auch auf ein Schutzgesetz gestützt werden, kann bedeutsam sein, dass für den auf das Schutzgesetz gestützten Anspruch die kürzere vertragliche Verjährungsfrist nicht zum Tragen kommt (6 Ob 3/15g: Anspruch der Gesellschaft gegen ein Organmitglied wegen Untreue nach § 1311 in Verbindung mit § 153StGB, keine Anwendung der gegenüber § 1489 kürzeren absoluten 5-jährigen Verjährungsfrist des § 84 Abs 6 AktG).

3 Ob der jeweilige Schädiger oder selbst ein maßstabgerechter Mensch das **Schutzgesetz gekannt** oder den **konkreten Schaden vorhersehen** konnte, ist ohne Bedeutung (SZ 69/8; 1 Ob 247/98z; 4 Ob 216/99i). Maßgeblich ist allein die Perspektive des Gesetzgebers. Wird durch ein Schutzgesetz ein absolut geschütztes Rechtsgut geschützt, ist entsprechend den allgemeinen Regeln (§§ 1323 f) nach Maßgabe des jeweiligen Verschuldensgrades **auch für Folgeschäden einzustehen** (1 Ob 168/01i).

4 Für die Qualifizierung einer Norm als Schutzgesetz muss es sich nicht unbedingt um ein Gesetz im staatsrechtlichen Sinn handeln. Ausreichend ist ein **Gesetz im materiellen Sinn**, also eine **Verordnung** (2 Ob 310/01d: Signal- und Betriebsvorschriften der ÖBB, wenn es sich um eine Verordnung handelt und diese nicht auf privatrechtlicher Anordnung beruhen; SZ 69/188: Technische Richtlinien für das Gas- und Wasserfach, die durch VO gem § 5 Abs 1 des Wiener Gasgesetzes anerkannt wurden). **Verkehrszeichen** sind bei ordnungsgemäßer Kundmachung solche Verordnungen und damit Schutzgesetze. Einem **Bescheid** kommt nur dann die Qualität eines Schutzgesetzes zu, wenn er die Anordnung eines Gesetzes im materiellen Sinn konkretisiert (1 Ob 178/00h; 10 Ob 273/02d; 2 Ob 7/10h: Durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde beruhende Betriebsvorschrift, die sich nur an Betriebsangehörige einer Sommerrodelbahn richtet und eine Gefährdung von Personen vermeiden soll; 2 Ob 18/16k: Eisenbahnunfall; 3 Ob 212/13t: Auf Bescheid einer Verwaltungsbehörde beruhende Betriebsvorschrift an das Flugpersonal bezüglich der Sicherheitsstandards beim Boarding eines Wasserflugzeugs; 2 Ob 223/15f: § 23 Abs 2 AM-VO wendet sich mit der Betriebsanweisung aber nur an den Schutz der Arbeitnehmer beim innerbetrieblichen Verkehr von selbstfahrenden Arbeitsmitteln, hier Schidoo, nicht aber dem von Dritten, hier Schifahrer). Wenn er mehr oder anderes auferlegt, somit ein fehlerhafter Bescheid gegeben ist, mag er vom Betreffenden zu befolgen sein; ihm kommt aber in Bezug auf einen Dritten nicht die Qualität eines Schutzgesetzes zu. Entsprechendes gilt für – militärische – Weisungen, die der Untergebene zwar zu befolgen hat; Dritte können daraus aber keine Rechte ableiten.

5 **Kein Schutzgesetz** sind eine interne **Arbeitsanweisung** eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens, dass im Transformator nach einer Kurzschlussmeldung die Leitung für das von der Störung betroffene Haus nicht zugeschaltet werden darf, sondern direkt zum Haus hinzufahren ist (4 Ob 216/99i), **Ö - Normen** (4 Ob 22/16p: Bloß Zusammenfassung üblicher Sorgfaltsanforderungen; ebenso 7 Ob 38/17i: Energieausweis), sofern sie nicht durch ein Ge

setz für verbindlich erklärt worden sind (ZVR 1984/17; 3 Ob 91/17d; 1 Ob 79/15x: Anwendung bei Vlbg BauG aber bejaht, weil VO auf den Standder Technik verweist, wie er sich in den einschlägigen Ö-Normen widerspiegelt; 2 Ob 213/18i), Sicherheitsvorschriften, sofern sie nicht auf gesetzlicher Grundlage beruhen oder zumindest behördlich genehmigt waren (2 Ob 167/17y: Unfall im Tunnel; Auswirkungen auf die Beweislastverteilung beim Mitverschulden), eine **Empfehlung** des Verbandes der Sportartikelerzeuger und Sportausrüster Österreichs (1 Ob 2051/96), eine **Richtlinie** betreffend die Einstellung von Sicherheitsbindungen (1 Ob 2139/96g), Thesen eines Seilbahnsymposions bzw ein Merkblatt der WKO zu Sicherheitseinrichtungen bei Schidoos (2 Ob 223/15f). Wie **Pistenregeln** können solche Zusammenfassungen von Sorgfaltsanforderungen richtig oder falsch sein; sie sind jedenfalls **nicht verbindlich wie ein Schutzgesetz**. Eine Privatperson ist zur Erlassung allgemein verbindlicher Normen nicht berufen. Anderes gilt bei einem beliehenen Unternehmer, wenn diesem die Befugnis übertragen worden ist, eine Verordnung zu erlassen.

6 Die Anordnung der Einstandspflicht bei schuldhafter Verursachung eines Schadens bei Übertretung eines Schutzgesetzes führt zu einer Haftungsausweitung. Im Rahmen dieser Einstandspflicht kommt der **logischen Auslegung** besondere Bedeutung zu. Mit gleichem Bedeutungsgehalt wird häufig auf den **Schutzzweck der Norm** bzw den **Rechtswidrigkeitszusammenhang** verwiesen. Es stellen sich namentlich folgende Fragen: Soll durch ein Gesetz **bloß die Allgemeinheit geschützt** werden oder – auch – der **Einzelne** ? Soll **jeder Einzelne** geschützt werden oder **bloß manche Personengruppen** ? Und schließlich geht es um die **Art der Schäden**, die vom jeweiligen Schutzgesetz erfasst sind, wobei ausreichend ist, dass die **Verhinderung bestimmter Schäden mitbezweckt** ist (2 Ob 112/10z: Verlust von Lasten eines Hubschraubers bei Unglück in Sölden; 6 Ob 118/18y: MuKiPassV). Dabei stellt sich die Frage, ob es auf die **Motive des jeweiligen Gesetzgebers** ankommt oder die eines **vernünftigen Gesetzgebers**. Wie es im Vertragsrecht die ergänzendeVertragsauslegung gibt, die darauf abstellt, welche Regelung vernünftige Parteien, wenn ihnen der konkrete Sachverhalt bewusst gewesen wäre, getroffen hätten, muss Entsprechendes bei der Auslegung von Schutzgesetzen gelten. Maßgeblich muss sein, wie ein **vernünftiger Gesetzgeber** bei Kenntnis des konkreten Falles seine Regelung verstanden wissen wollte. Eine Grenze ist dabei freilich insoweit zu beachten, als so mancher (Bundes- oder Landes-) Gesetzgeber eine **eingeschränkte Gesetzgebungskompetenz** hat (dazu die in der Lit kritisierte E ÖJZ 1960/127: In einer ortspolizeilichen Verordnung wurde ein Leinenzwang für Hunde mit dem Ziel des Schutzes öffentlicher Gartenanlagen angeordnet. Der OGH erweiterte den Schutzzweck bei Verletzung eines Kindes durch einen nicht angeleinten Hund; ebenso 3 Ob 133/08t; ggt 8 Ob 125/03w zu § 6a stmk Tierschutz- und TierhalteG: Leinenzwang und Maulkorbpflicht für Hunde kein Schutzgesetz in Bezug auf einen Gast, der mit dem Tier in einer Gastwirtschaft spielt und dabei gebissen wird).

7 Will eine Norm **bloß die Allgemeinheit** schützen, handelt es sich um **kein Schutzgesetz** zugunsten des **einzelnen Geschädigten** (SZ 61/189; 1 Ob 8/95), was besonders bedeutsam ist im Rahmen der **Amtshaftung** (1 Ob 55/95). Betrifft die Erfüllung öffentlicher Aufgaben eine so große und unbestimmte Zahl von Personen, dass diese mit der Allgemeinheit gleichzusetzen sind, liegt kein Schutzgesetz vor (1 Ob 157/16v: Vorwurf der unterlassenen Anzeige nach § 84StPO aF durch BWA bzw FMA bei einem Anlagebetrug mit Genussscheinen). Erforderlich ist für die Qualifikation als Schutzgesetz, dass der Einzelne immerhin **mitgeschützt** sein soll (1 Ob 247/98z: Brandstiftung durch einen geflüchteten Geisteskranken; 1 Ob 120/09t: Bejaht für raumordnungsrechtliche und baurechtliche Normen; 8 Ob 57/17s: Bejaht für die Verantwortung des gewerberechtlichen Geschäftsführers für die Einhaltung gewerberechtlicher Vorschriften gegenüber Behörde, Gewerbeinhaber und dessen Kunden); nicht ausreichend ist hingegen, wenn sich der Schutz des Einzelnen bloß aus einer **Reflexwirkung** ergibt (1 Ob 148/02z; 1 Ob 108/04w; 8 Ob 145/09w: §§ 39 ff BWG). Im Rahmen der Amtshaftung ist keine Voraussetzung für die Qualifizierung als Schutzgesetz, dass der Geschädigte ein Recht auf Vornahme einer Amtshandlung hat (SZ 60/177; SZ 61/43); der Schutz des reinen Vermögens ist aber fallweise davon abhängig, dass dem Betreffenden entsprechende subjektiv-öffentliche Rechte eingeräumt worden sind (1 Ob 20/93). Raumordnungsgesetze dienen nicht dem Schutz vermögensrechtlicher Anrainerinteressen (1 Ob 200/04z; 1 Ob 148/02z; 1 Ob 237/08x; 1 Ob

232/11s). Mitunter ist die Unerlaubtheit eines Verhaltens in mehreren Gesetzen geregelt. Ein Schadenersatzanspruch wegen Übertretung eines Schutzgesetzes ist schon dann gegeben, wenn **gegen ein Gesetz** verstoßen wurde (10 Ob 79/00s: Verkauf von Miniraketen nach dem PyrotechnikG erlaubt, nicht aber nach § 15 Abs 5 oö JugendschutzG, weshalb eine Schutzgesetzübertretung bei Veräußerung an ein Kind zutreffenderweise bejaht wurde). **Baurechtliche Vorschriften** wollen meist **jedermann** in seinen **absoluten Rechten** schützen, so in Bezug auf das Eigentum (1 Ob 22/95; 1 Ob 253/02s; 9 Ob 64/18d: Auflagen einer Baubewilligung; Adressat nicht nur der Bauherr, sondern auch der Werkunternehmer; Beschädigung der Nachbarhäuser durch Risse und Setzungen wegen nicht ausreichender Baugrubensicherung) als auch die körperliche Integrität, seien es nun Benutzer, Arbeiter, Besucher, Nachbarn oder Passanten (SZ 60/177; 1 Ob 253/02s; 1 Ob 79/15x: Kinder eines Klettergerüsts). Entsprechendes gilt für **raumordnungsrechtliche Normen** (1 Ob 120/09t: Arbeitsunfall im Sickerschacht durch überhöhten Kohlendioxidgehalt). Durch **Flächenwidmungspläne** werden lediglich die **Grundstückseigentümer** und deren Rechtsnachfolger geschützt, nicht aber die, die sich zu diesen in einer **obligatorischen Beziehung** befinden (SZ 55/190 zum Sbg ROG 1977; 1 Ob 2312/96y; 1 Ob 272/99b; 1 Ob 148/02z zu den §§ 1 ff oö ROG 1994). Selbst der **Hypothekargläubiger** soll ausgeschlossen sein (SZ 61/43). Diese Eingrenzung ist fragwürdig, weil einem obligatorisch Berechtigten bei Bestehen eines Rechts zum Besitz auch sonst ein quasi-dinglicher Schutz eingeräumt wird, etwa bei Beschädigung oder Zerstörung seiner Sache. Eine abweichende Differenzierung im Rahmen eines SchutzgesetzesiSd § 1311 ist mE wenig überzeugend (anders auch 1 Ob 48/00s zu § 1 NÖ AuskunftsG: Einbeziehung des Hypothekargläubigers bei Vorlage einer Baulandbestätigung). Die Normen zur Bestellung und Überwachung eines Sachwalters sollen bloß den Pflegebefohlenen schützen, nicht aber Dritte (1 Ob 97/07g; 1 Ob 95/12w: Jeweils geschädigte Bank).

8 In Bezug auf die **sachliche Reichweite von Schutzgesetzen** gibt es eine unübersehbare Judikatur. An dieser Stelle können nur einige charakteristische herausgegriffen werden. Besonders bedeutsam sind die **Normen der StVO**. Die allermeisten werden als Schutzgesetz qualifiziert (zB § 50 Z 16 StVO: Das Warnzeichen Wintersperre erfasst auch Risiken, die beim Bergen und Abschleppen liegen gebliebener Fahrzeuge entstehen, so ZVR 1990/150; das Zeichen „Andere Gefahr" soll andere Verkehrsteilnehmer zu einer Anpassung an die angekündigte Gefahr veranlassen und bezweckt die Verhinderung von Schäden, die aus der angekündigten Gefahr resultieren, so 2 Ob 19/12a: Schwertransporter mit Brückenwaage). Der OGH nimmt häufig an, dass sie vor **allen in Betracht kommenden Gefahren** schützen wollen (2 Ob 333/97b; 2 Ob 143/99i; 2 Ob 109/10h: Durch **Fahren auf Sicht** gem § 20 Abs 1 StVO soll allen Gefahren vorgebeugt werden, die eine erhöhte Geschwindigkeit mit sich bringt; 2 Ob 17/12g: § 20 Abs 1 letzter S StVO soll vor den Gefahren zu langsamen Fahrens schützen, hier 20 km/h auf der Autobahn – bei Dunkelheit und ohne Betrieb der Warnblinkanlage; 2 Ob 206/15f: Verbot des **Überfahrens einer Sperrlinie** nach § 9 Abs 1 StVO dient der Sicherheit aller Verkehrsteilnehmer; ebenso 2 Ob 124/16y: Verbesserung der Sicht undReaktionsmöglichkeiten auf vom Geh- und Radweg bzw Gehsteig kommenden Verkehrsteilnehmern, in concreto eines Radfahrers; präziser 2 Ob 237/18v: Nicht nur Schutz der Verkehrsteilnehmer jenseits, sondern auch diesseits der Sperrlinie, wenn ein Überholen ohne Überfahren der Sperrlinie nicht möglich wäre; in concreto von Kfz überholte Radfahrerin). Der Schutzzweck wird insoweit als besonders weitreichend angesehen, was in der Lit kritisiert wird. So soll eine **Geschwindigkeitsbeschränkung** gem § 43 StVO, die dem Lärmschutz dienen soll, auch alle anderen Gefahren des Straßenverkehrs verhindern helfen (2 Ob 2028/96). Entsprechendes gilt für das **Rechtsfahrgebot** gem § 7 StVO (2 Ob 143/99i). Nach § 17 Abs 2a StVO ist das Vorbeifahren an einem stehenden, mit einer gelb-roten quadratischen Tafel gekennzeichneten **Schulbus** bei eingeschalteterWarnblinkanlage verboten. Verhindert sollen primär Unfälle von Kindern mit Personenschäden; erfasst sind aber alle mit dem Halten von Schulbussen verbundenen Gefahren (2 Ob 165/09t: Öffnen der Fahrertür und Beschädigung dieser durch vorbeifahrendes Kfz – Zuspruch der Reparaturkosten). Die Transportbegleitung und Befugnis des Begleiters, anderen Verkehrsteilnehmern Anordnungen zu erteilen (§ 96 Abs 6, § 97 Abs 2 und 4 StVO) soll der Verhütung von Gefahren anderer Verkehrsteilnehmer dienen (2 Ob 19/12a: Schwertransport ei

ner Brückenwaage). Durch das Gebot in § 16 Abs 1 lit b StVO, beim **Überholen eine ausreichende Differenzgeschwindigkeit** einzuhalten, soll der Gegenverkehr, das überholte Fahrzeug und das beim Wiedereinordnen geschützt werden, aber weder der Querverkehr (2 Ob 17/03v; 2 Ob 64/09i) noch der (vorschriftswidrige) Linksabbieger (2 Ob 40/12i). Bei einem **Parkverbot** gem § 24 Abs 3 lit d StVO hat der OGH (ZVR 1990/126) einerseits ausgesprochen, dass die Norm das erlaubte Risiko zeitmäßig begrenze und gezielt der mit der Dauer des Parkens wachsenden Gefahr vor Unfällen entgegenwirken wolle, sodass die Norm auch Auffahrunfällen entgegenwirken wolle; andererseits wurde zu einem Parkverbot gem § 23 Abs 6 StVO ausgesprochen, dass das Verbot des Stehenlassens von Anhängern nach dem Be- und Entladen nicht der Verhinderung von Auffahrunfällen diene (2 Ob 19/91). Die einschränkende Sicht der letzteren E ist überzeugender. Bei einem **eingeschränkten Fahrverbot** ist zwar nach § 52 lit a Z 6a und 6c StVO bei bloßer Übertretung dieser Norm nicht zu haften, wenn durch die Missachtung solcher Fahrverbote keine Gefahren verwirklicht werden (2 Ob 10/83; 2 Ob 165/05m; 2 Ob 70/16p; 2 Ob 68/16p); das gilt aber nicht für ein **allgemeines Fahrverbot** nach § 52 lit a Z 1 StVO, das vor allen Gefahren schützen soll, die durch das verbotene Fahren verursacht oder erhöht werden (2 Ob 140/11v: Verletzung eines Vorarbeiters, der bei Zurechtweisung eines gegen ein solches Fahrverbot verstoßenden Lenkers sich in den Gefahrenbereich des Baggerfahrers begibt und von dessen Fahrer verletzt wird). Das Aufstellen von mobilen Baucontainern unter Wahrung der Sicherheit des Verkehrs gem § 90 Abs 1 und 3 StVO hat den Zweck, dass Verkehrsteilnehmer nicht daran gehindert werden, Straßenverkehrszeichen rechtzeitig wahrzunehmen (2 Ob 212/13k). Das für bestimmte Fahrzeuge in § 58 KDV festgelegte **Verbot der Überschreitung einer bestimmten Höchstgeschwindigkeit** stellt ein Schutzgesetz dar, das der Verhinderung aller Gefahren dient, die eine erhöhte Geschwindigkeit mit sich bringt (2 Ob 270/08g: Kollision eines Traktors mit Anhänger, der nur 10 bzw 25 km/h fahren durfte, mit einem entgegenkommenden Kfz, obwohl der Traktorfahrer innerhalb der halben Sichtweite zum Stillstand kam); Entsprechendes gilt für das in § 68 Abs 3a StVO normierte Gebot, dass sich ein Radfahrer an eine ungeregelte Radfahrerüberfahrt nur mit 10 km/h nähern darf (2 Ob 87/17h: Annäherung an eine Tankstellenausfahrt mit 15 km/h; Hinweis, dass das für Radfahrer schwer abschätzbar ist, weil ein Fahrrad nicht mit einem Tachometer ausgestattet sein muss). Das **Fahren auf Sicht** gem § 20 Abs 1 StVO verpflichtet den Lenker eines Kfz, seine Fahrgeschwindigkeit so zu wählen, dass er beim Auftauchen eines Hindernisses das Kfz rechtzeitig zum Stehen bringen kann, sofern es sich nicht um ein plötzlich, unvermutet und für ihn nicht vorhersehbares Hindernis handelt (2 Ob 32/10k: Somit nicht bei plötzlichem Auftauchen eines geplatzten Reifens auf der Autobahn). Ereignet sich ein Unfall knapp außerhalb des Ortsgebiets, steht die Überschreitung der im Ortsgebiet zulässigen Geschwindigkeit nicht mehr im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit § 20 Abs 2 StVO (2 Ob 155/17h: Kollision mit einem Radfahrer mit an der Unfallstelle zulässigen Geschwindigkeit). Durch die in § 106 Abs 1 S 2 KFG festgelegte Pflicht des Lenkers, Personen nur so zu befördern, dass dadurch der Lenker in seiner Aufmerksamkeit und Bewegungsfreiheit sowie seine freie Sicht nicht gefährdet werden, soll die Beeinträchtigung des Lenkers als auch die Gefährdung beförderter Personen vermieden werden (ZVR 1987/125; 2 Ob 96/89; 2 Ob 210/09k: Hinüberkippen des nicht angegurteten, alkoholisierten Lenkers auf den Beifahrersitz). Wenn eine **Raststätte infolge einer Massenkarambolage einen Verdienstentgang** erleidet, handelt es sich um einen nicht ersatzfähigen mittelbaren Schaden, weil die StVO die körperliche Integrität und das Eigentum von Verkehrsteilnehmern schützen soll, nicht aber **Dritte vor bloßen Vermögensschäden** bewahren will (2 Ob 110/03w). Auch die §§ 44 ff LFG wollen bloß die **körperliche Integrität** der Flugschüler wahren sowie ein hohes Ausbildungsniveau gewährleisten, einen Flugschüler aber nicht vor Vermögensnachteilen schützen (1 Ob 171/14z; 1 Ob 228/14g: Kein Ersatz frustrierter Ausbildungskosten bei Insolvenz der Flugschule, weil Austro-Control verspätet den Ausbildungsbetrieb untersagt hat). Durch die Vorgabe des § 52 Abs 1 LFG, dass Prüfungsflüge unter Aufsicht und Anleitung eines dazu berechtigten Zivilfluglehrers durchzuführen sind, wird dieser zum verantwortlichen Piloten nach § 125 LFG; dadurch soll auch der **Eigentümer** des Flugzeugs geschützt werden (7 Ob 231/16w: Beschädigung des Flugzeugs bei der Landung, weil der Prüfling nicht genau auf der vom Schnee geräumten Landebahnstreifens

gelandet und keinen ausreichenden Abstand zum Schneerand einhielt, wodurch das Flugzeug beschädigt wurde). Die Pflicht des Fahrzeuglenkers zur sorgfältigen **Beobachtung des Geschehens auf dem Schutzweg** nach § 9 Abs 2 StVO soll dem Fußgänger ein ungefährdetes Überqueren ermöglichen (2 Ob 259/04h; 2 Ob 63/11w). Das Gebot des **Linksabbiegens im weiten Bogen** gem § 13 Abs 1 StVO dient auch dem Schutz des nachfolgenden Verkehrs (2 Ob 205/09z: Kollision eines Quadfahrers beim Linksabbiegen mit nachfolgendem Kfz). Die Ausstattung des Rückspiegels eines LKWs nach § 18a Abs 2 KDV, damit für den Lenker auch ein Bereich von 2 m einsehen zu können, soll zwar primär schwächere Verkehrsteilnehmer schützen, kommt aber darüber hinaus bei sonstigen Gefahren des Straßenverkehrs zum Tragen (2 Ob 169/16s: Vorschriftswidriges Hineindrängen eines PKWs nach Anhalten des LKWs).

8a Das in einer auf § 30 Abs 2 Sbg LSG beruhenden VO, wonach Teile der **Schipiste**, die mit Hilfe von in der Dunkelheit schwer wahrnehmbaren Gegenständen präpariert werden zwischen 17 Uhr und 8 Uhr nicht befahren werden dürfen, erstreckt sich nicht auf Abfahrten mit der Rodel von einer Schihütte ins Tal um Mittenacht (2 Ob 185/17w: Versagung des Mitverschuldenseinwands bei Schädigung eines Rodlers durch einen Schidoolenker wegen dessen überhöhter Geschwindigkeit).

9 Die **hoheitliche Begutachtung eines Kfz nach § 57a KFG** dient der Verkehrs- und Betriebssicherheit des Fahrzeugs. Dadurch sollen Schäden durch Verkehrsunfälle verhindert werden; darüber hinaus sind auch Schäden am Fahrzeug vom Schutzzweck erfasst, die wegen Defiziten bei der Begutachtung entstanden sind, nicht aber reine Vermögensschäden (1 Ob 290/02g; 1 Ob 255/06s; 8 Ob 8/15g : Verkauf eines Fahrzeugs zu einem bestimmten Kaufpreis). Die Zulassungsvorschriften sowie § 37 Abs 2 lit f KFG dienen nicht dem Schutz des Erwerbers auf das Eigentum des Zulassungsbesitzers (1 Ob 235/18t: Gutgläubiger Erwerber, der sich gegenüber dem, der Eigentum nach Gutglaubensvorschriften verloren hatte, großzügig gezeigt und diesem den Kaufpreis bezahlt hatte, ging er – vergeblich – im Weg der Amtshaftung gegen die Republik vor). Die nach §§ 6–8 AM-VO betrauten Prüfer sind jedoch keine beliehenen Unternehmer und werden nicht hoheitlich tätig, woraus der OGH (2 Ob 205/17m: Nicht erkannter Bruch einer Hebebühne durch einen Prüfingenieur) den Schluss gezogen hat, dass sich der Vermieter deren Fehlverhalten nach § 1313a zurechnen lassen muss. Die **Ausstellung eines Typenscheins nach Verlust gem § 30 Abs 5 KFG** hat den Zweck, Gefahren im Straßenverkehr durch den Betrieb nicht typengerechter Fahrzeuge zu vermeiden. Außerhalb des Normzwecks liegt aber der Schaden eines Darlehensgebers, der den Typenschein eines Fahrzeugs in Verwahrung genommen hat, wenn die Behörde einen neuen Typenschein ausstellt (1 Ob 258/01z). Die **Erteilung eines Führerscheins mit der Auflage** gem § 5 Abs 5 iVm § 8 Abs 3 Z 2 und § 13 Abs 1 FSG, bei funktioneller Einäugigkeit eine Brille zu tragen, dient der Sicherung des Verkehrs (2 Ob 63/11w). Das **Gebot der sicheren Ladung gem § 101 Abs 1 lit e KFG** , der eine lex specialis zu § 61 StVO darstellt, bezweckt primär den Schutz anderer Verkehrsteilnehmer, kann aber auch bei der Mitverschuldensabwägung bei Beschädigung des eigenen Ladeguts bedeutsam sein (2 Ob 19/12a: Schwertransport einer Brückenwaage). Der Gefährdungsschutz, der einem **Anordnungsbefugten bei einer Ladung gem § 101 Abs 1a KFG** auferlegt ist, ist umfassend zu verstehen. Es soll niemand gefährdet werden, was auch den Schutz der körperlichen Integrität des Fahrers des Transportfahrzeugs beinhaltet (2 Ob 13/14x: Unzureichend verladene Schweinehälften). Die **Pflicht des Zulassungsbesitzers nach § 103 KfG**, für die Sicherheit des Fahrzeugs zu sorgen, erstreckt sich auch darauf, das Transportfahrzeug bzw die transportierten Güter nicht zu beschädigen, wobei bei einer unmittelbaren vertraglichen Beziehung die CMR vorgeht (7 Ob 105/16s: Transport eines Trafokerns, verantwortlich für Beladung der Käufer, Beschädigung des LKW; nicht so in 7 Ob 197/16w: Bei Anspruch des Absenders der Ware gegen den Unterfrachtführer kein Vorrang der CMR mangels Vorliegens einer Vertragsbeziehung zwischen Absender und Unterfrachtführer). Das in § 102 Abs 8 KfG angeordnete Gebot eines Lenkers, das **Fahrzeug nicht ohne Zustimmung des Zulassungsbesitzers einem Dritten zu überlassen**, erstreckt sich sowohl auf Schäden anderer Verkehrsteilnehmer als auch das Interesse des Zulassungsbesitzers an der Unversehrtheit des Eigentums am Fahrzeug (2 Ob 222/17m: Weitergabe an den Stiefsohn des Zulassungsbesitzers ohne Einholung von dessen Zustimmung, wobei es letztlich nicht darauf an

kam, ob die Lenkerin wusste, dass der Stiefsohn keinen Führerschein hatte). § 7 Abs 3 PSG dient dem Schutz der körperlichen Integrität, anders als das PHG aber nicht dem Schutz des Eigentums (1 Ob 103/14z: Keine Ersatzpflicht des Händlers gegenüber dem innocent bystander bei unterlassener Benachrichtigung des Kunden von der Gefährlichkeit eines diesem verkauften Akkus bei E-Bike). § 7 SaatG 1997 verbietet es, dass verunreinigtes Saatgut in Verkehr gebracht wird, weshalb der Veräußerer über die Gewährleistung hinaus für Folgeschäden beim Erwerber haftet (1 Ob 112/19f: Verkauf von Luzernesamen mit verunreinigter Kleeseide; Folge unter anderem, dass Klee- und Luzerneanbau 15 Jahre ausgesetzt werden muss; allerdings ⅓ Mitverschulden des Käufers wegen der Kenntnis, dass es sich nicht um ein amtlich anerkanntes und zertifiziertes Saatgut gehandelt habe).

9a Für die **Durchführung von Hubschrauberflügen** legt § 16 Abs 2 AOCV fest, dass die mit dem Transport von Außenlasten verbundenen Gefahren für die geschützten Rechtsgüter durch Einhaltung der dortigen Anordnungen so gering wie möglich zu halten sind; und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Arbeits- oder Transportflug handelt (2 Ob 112/10z: Unglück von Sölden); nahezu gleichlautende Anordnungen – und ebenfalls als SchutzG anzusehen – finden sich im behördlich genehmigten Flugbetriebshandbuch (2 Ob 215/07t; 2 Ob 119/09b). Die in § 10 NÖ VeranstaltungsG vorgesehene Prüfung der **Eignung der Veranstaltungsbetriebsstätte** ist ein Schutzgesetz zugunsten der Teilnehmer, deren Sicherheit gewährleistet werden soll (2 Ob 156/10w: Keine Bewilligung für Draisinenfahrt). Die Ausstellung von Erlaubniskarten nach § 47 Abs 1 EisbG dient dem Schutz des Eisenbahninfrastrukturunternehmens vor Schäden durch Beeinträchtigung des Eisenbahnbetriebs; sind Mitarbeiter eines Reinigungsunternehmens entsprechend geschult worden und sind sie dort zur Erfüllung der vertraglichen Pflicht ihres Arbeitgebers eingesetzt, führt das Fehlen einer Berechtigungskarte bei Verletzung eines Mitarbeiters bei Überqueren einer Brücke zu keinem Schadenersatzanspruch, weil der Schaden außerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhangs liegt (9 Ob 59/14p). Selbst wenn man die §§ 6, 7 PSG 2004 als Schutzgesetz qualifizieren sollte, stehen damit nur Personen-, nicht aber Sachschäden im Rechtswidrigkeitszusammenhang (1 Ob 103/14z: Unterlassener Rückruf gegenüber einem Käufer durch den Händler bei einem gefahrträchtigen Fahrrad-Akku, der zu einem Feuerschadenführte; ob §§ 6, 7 PSG Schutzgesetz sind, vom OGH offen gelassen). Nach Art 11 Medizinprodukte-RL trifft die Prüfstelle keine anlasslose Pflicht; sie muss jedoch tätig werden, wenn Medizinprodukte nicht den Anforderungen der RL genügen (EuGH C-219/15 : Haftung des TÜV Rheinland bei Brust-Silikonimplantaten; Haftung nach nationalem Recht zu beurteilen).

9b Die in § 31 Abs 3 ÄrzteG vorgesehene **Beschränkung der Fachärzte auf das jeweilige Sonderfach** ist keine bloß wettbewerbsrechtliche Norm zwischen den Ärzten, sondern ein **Schutzgesetz zugunsten der Patienten** (8 Ob 115/09h: Hüftoperation durch einen Unfallchirurgen und nicht einen Orthopäden, in concreto Verstoß verneint, weil es zwischen diesen Gebieten Überschneidungen gibt). Die 2-Wochen-Frist des § 6 ÄstOpG ist keine bloße Form- oder Ordnungsvorschrift, sondern dient der Selbstbestimmtheit des Patienten, der eine reifliche Überlegungsfrist und Reflexion zur Verfügung haben soll; der Verstoß führt dazu, dass keine wirksame Einwilligung in den ärztlichen Eingriff vorliegt und dieser somit rechtswidrig ist, wogegen dem Arzt nur der Beweis des rechtmäßigen Alternativverhaltens zusteht, dass die Einwilligung auch bei korrekter Einwilligung erteilt wordenwäre (6 Ob 120/18t: Verstoß bei einer lege artis durchgeführten Bruststraffung, bei der der Anästhesist nicht in das Aufklärungsgespräch einbezogen worden ist). Die Anordnung in § 12 Abs 1 Z 4 TierärzteG, dass **Injektionen an Tieren nur von Tierärzten** verabreicht werden dürfen, solldas Eigentum des Tierhalters schützen (2 Ob 213/13g: Einschläferung eines Pferdes nach einer Cortisonspritze durch denjenigen, bei dem Pferd eingestellt war). Die zwischen der Ärztekammer und der gesetzlichen Krankenversicherung vereinbarten **Niederlassungsrichtlinien für eine Kassenvertragsplanstelle** ist ein **Schutzgesetz zugunsten der Bewerber** (4 Ob 5/11f: Schadenersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse eines übergangenen Bewerbers). Das in den §§ 109 Abs 1 lit d sowie § 113 KFG niedergelegte Erfordernis, dass der **Inhaber einer** Fahrschule **diese unmittelbar persönlich leiten** muss, soll die sichere und gründliche Ausbildung von Fahrzeuglenkern gewährleisten, dient aber nicht dem Schutz vermögensrechtlicher Interessen Einzelner, weder dem der Fahrschüler noch einem Gesellschafter, der rechtswidrigerweise eine Mehrheits

beteiligung an der Fahrschule hält (3 Ob 235/12y: 95 %-Fremdanteil an einer GbR-Innengesellschaft).

10 **Öffentlich-rechtliche Bauvorschriften** haben den Zweck, jedermann vor Schäden durch nicht fachgerechte Ausführung von Bauarbeiten zu schützen (7 Ob 9/95: Schäden Dritter durch unzureichende Abschrankung; 1 Ob 79/15x: Kinder durch der BauO entsprechende Fangnetze bei einem Klettergerüst; 6 Ob 39/19g: § 29 Abs 1 Sbg BauTG: Brandschutz; Errichtung eines Kachelofens durch einen Pfuscher); allerdings nur dann, wenn sich daraus eine konkrete Verhaltensanordnung in Bezug auf eine konkrete Schutzmaßnahme entnehmen lässt (4 Ob 227/18p: Abgelehnt bei Einreichplan in Verbindung mit dem Baubescheid bei Errichtung eines Holzpodests nach § 1 Abs 1 Z 3 Sbg BauTG). Auch soll sich ein Bauwerber darauf verlassen dürfen, dass bei Erstellung des **Flächenwidmungsplanes** allgemeine Anforderungen an gesunde Arbeits- und Wohnverhältnisse berücksichtigt werden, das Gelände nicht unbenutzbar durch Altlasten kontaminiert ist oder in der Gefahrenzone (Hochwasser- und Lawinengefahr) liegt (1 Ob 158/06k zu § 12 Abs 1 Krnt GemeindeplanungsG; ebenso 1 Ob 178/06t zum oö Raumordnungsrecht). Solche Normen verfolgen aber **nicht den Schutz des Vermögens des Bauherrn**, wenn dieser ungeeignetes Material verwendet oder unrichtige Empfehlungen befolgt (1 Ob 253/02s; 8 Ob 95/16b sowie 4 Ob 245/18k: Pflichten des Prüfingenieurs nach §§ 125 Abs 2, 127 Abs 3 Wiener BauO bezwecken den Schutz derEigentümer bei Verstößen gegeninsb die Statik betreffende Abweichungen von Bauschriften, nicht aber den Schutz des Bauherrn oder späteren Erwerbern vor reinen Vermögensschäden). § 5 NÖ KFlSchG gebietet bei Pflanzung von Bäumen einen Mindestabstand von 3 m und bei einer Kulturumwandlung einen solchen von 6 m. Ziel ist der Schutz von landwirtschaftlichen Kulturflächen zur Erhaltung einer gesunden und leistungsfähigen Landwirtschaft, aber auch in der Verhinderung einer Beeinträchtigung der Bewirtschaftung der benachbarten Kulturflächen (8 Ob 139/17z: Nach Schlägerung eines älteren Waldbestands Setzen von Pappelsetzlingen im Abstand zwischen 2,22 m und 6,95 m; Abweisung eines Unterlassungsanspruchs des Nachbarn wegen fehlender unmittelbar drohender Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks; mE ist das fragwürdig, weil Pappeln – schnell – wachsen und die – künftige – Gefährdung absehbar ist). Geschützt werden aber nicht nur dinglich Berechtigte, sondern alle Personen, die sich dort aufhalten und deshalb mit der bestehenden Gefahr konfrontiert werden (1 Ob 120/09t: Arbeitsunfall von Arbeitnehmern eines Instandhaltungsunternehmens im Sickerschacht mit überhöhtem Kohlendioxidgehalt). Wer seinen Namen als Bauführer zur Verfügung stellt, damit ein anderer ein Bauwerk tatsächlich ausführen kann und damit womöglich zur Deckung von Schwarzarbeit beiträgt, ist ein **Scheinbauführer**. Ob ein solcher für Personen- und Sachschäden, die aufgrund mangelhafter Bauausführung oder Sicherungsmaßnahmen entstehen, einzustehen hat, richtet sich nach der Reichweite der jeweiligen landesgesetzlichen Normen (2 Ob 87/02m: Verneint für § 11 Sbg BauPolG, weil den Bauführer nur die Verantwortung für die Einhaltung der Bewilligung einschließlich der Pläne und der technischen Beschreibung trifft; bejaht in JBl 1989, 307 zu § 38 TirBauO und 4 Ob 2079/96f zu § 40 oöBauO, wonach der Bauführer auch für Sicherheitsvorschriften zu sorgen hat; ebenso 6 Ob 39/19g zu § 29 Sbg BauTG: Hafnerfirma hat Tätigkeit eines „Pfuschers" durch Ausstellung von Rechnungen und eines Endbefunds gedeckt). Sehen öffentlich-rechtliche Normen vor, dass **nach einer Bauführung Schäden an benachbarten Liegenschaften zu beseitigen** sind, was im Verwaltungsverfahren geltend zu machen ist, handelt es sich um kein Schutzgesetz, weil diese keinen Schadenseintritt vorzubeugen versuchen, sondern einen solchen geradezu voraussetzen (2 Ob 143/09g: § 34 Abs 5 und 6 TBO 2001; Beschädigung eines Servitutswegs bei Errichtung einer Reihenhausanlage). Die §§ 30 ff WRG dienen der Reinhaltung und dem Schutz der Gewässer, wodurch die Gefährdung der Gesundheit und des Lebens von Menschen hintangehalten werden soll, aber nicht der Bildung gasförmiger Beeinträchtigungen, soweit sie sich nicht über das **Medium Wasser** ausbreiten (1 Ob 120/09t: Arbeitsunfall in einem Sickerschacht mit zu hoher Kohlendioxidkonzentration). § 38 Abs 1 PyroTG 2010 ist ein Schutzgesetz, das Personen- und Sachschäden vorzubeugen sucht (1 Ob 178/18k: Abbrennen einer Thujenhecke durch Abschießen von Raketen in der Silvesternacht)

10a Bei Beschäftigung von **mehr als 20 Arbeitnehmern** gleichzeitig auf einer Baustelle für einen Zeitraum von **mehr als 30 Tagen** trifft den Bauherrn nach § 6 Abs 1 BauKG die Pflicht,

einen **Baustellenkoordinator** zu bestellen; und zwar für die Vorbereitungsphase einen Planungskoordinator und für die Ausführungsphase einen Baustellenkoordinator.Nicht maßgeblich ist, ob Arbeitnehmer mehrerer Arbeitgeber gleichzeitig oder nach einander auf einer Baustelle tätig sind (1 Ob 98/17v: Unterlassene Bestellung eines Baustellenkoordinators, Einstürzen eines Glasdachs). Das BauKG präzisiert und erweitert die **Fürsorgepflichten des Bauherrn** gegenüber § 1169 (2 Ob 240/12a: Gerüstaufstellung durch Aufzugsfirma; 1 Ob 98/17v: Unterlassene Bestellung eines Baustellenkoordinators bei Baustelle mit Glasdach, das einbrach; jeweils Hinweis, dass BauKG lex specialis zu § 1169), verlangt von ihm aber keine Überprüfung der einzelnen Arbeitnehmer imtäglichen Arbeitsablauf (8 Ob 26/13a: Abrissarbeiten). Das BauKG ist aber nur insoweit lex specialis gegenüber § 1169, als es um die Verwirklichung eines Risikos aus dem Zusammenwirken mehrerer Unternehmer auf einer Baustelle geht (2 Ob 35/19i: Verneint bei Bereitstellung eines Signalton-Warngeräts durch die Eisenbahnunternehmerin nach § 26 EisbAV). Die aus dem ASchG sich ergebenden Pflichten des Arbeitgebers erstrecken sich nicht nur auf eigene, sondern auch auf fremde Arbeitnehmer, die auf der Baustelle tätig sind. Das BauKG stellt ein **Schutzgesetz zugunsten der auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer** dar (2 Ob 272/03v; 7 Ob 17/09i; offen gelassen in 3 Ob 24/16z), nicht jedoch von – dort geschädigten – **Selbständigen**, was zur Folge hat, dass einerseits dazu führt, dass der Bauherr nach § 1169 haftet und sich das Fehlverhalten des Baustellenkoordinators nach § 1313a zurechnen lassen muss, eine Haftung des Baustellenkoordinators aber ausscheidet (1 Ob 174/16v: Betrauung einerGmbH mit Bohrungsarbeiten, Verletzung des Gesellschafter-Geschäftsführers durch einen nicht ausreichend gesicherten Schacht). Der Baustellenkoordinator hat nach § 5 Abs 2 BauKG dafür zu sorgen, dass der Arbeitgeber und die auf der Baustelle tätigen Selbständigen die **Grundsätze der Gefahrverhütung gem § 7 ASchG** anwenden, sofern das zum Schutz der Arbeitnehmer erforderlich ist (6 Ob 147/18p: Fehlen eines Baustellenkoordinators, unzureichende Absicherung bei einem Balkon; 9 ObA 141/08p: Schädigung einer Verkäuferin durch Vertreterin der Sicherheitsvertrauensperson; 2 Ob 211/12m: Verletzung durch Fallen von einer nicht gesicherten Leiter). Bestellt der Bauherr keinen Baustellenkoordinator, treffen ihn die Pflichten selbst (6 Ob 147/18p: Unzureichende Absicherung eines Balkons; Vorgängerfirma hatte Sicherung entfernt). Die aus § 8 Abs 1 ASchG sich ergebende Pflicht der dort tätigen Bauunternehmen, den Bauherrn auf die Bestellung eines Baustellenkoordinators hinzuweisen, führt aber bei Unterlassung nicht zu einem Direktanspruch des Verletzten gegen das Bauunternehmen, das eine solche Warnung unterlassen hat (7 Ob 17/09i sowie 2 Ob 211/12m: Unfall eines Arbeiters der Elektrofirma wegen einer nicht sicher aufgestellten bzw stehen gelassenen Leiter der Baufirma, die ihre Arbeiten bereits beendet hatte). § 3 Abs 1 ArbIG verpflichtet das Arbeitsinspektorat, darauf hinzuwirken, künftige Unfälle zu vermeiden; dessen Erhebungen dienen aber nicht dem Schutz des einzelnen verletzten Arbeitnehmers (1 Ob 81/19x: Kein Anspruch des verletzten Unternehmers wegen Vereitelung einer Integritätsabgeltung nach § 213aASVG wegen unzureichender Erhebungen des Arbeitsinspektorats). Ein **Anspruch gegen den eigenen Arbeitgeber** wird gem § 333ASVG durch Ansprüche gegen die gesetzliche Unfallversicherung verdrängt. Ein Anspruch gegen das mit der Bauaufsicht betraute Unternehmen wird abgelehnt, weil durch § 8 ASchG nur die Arbeitgeber bauausführender Arbeitnehmer angesprochen seien (2 Ob 211/12m); das ist fragwürdig, weil gerade das mit der Bauaufsicht betraute Unternehmen in besonderer Weise darauf achten sollte, dass es durch die Mehrzahl von Arbeitnehmern unterschiedlicher Unternehmen zu keinem Unfall kommt. Adressat von § 19 AM-VO (öffentlich-rechtliche Arbeitsnehmerschutzvorschrift bei Umgang mit Kranen) ist der Arbeitgeber, sodass eine Haftung des Kranführers ausscheidet (3 Ob 91/17d: Verletzung eines Bauarbeiters beim Absenken des Kranarms). § 43 WKG, das die **Wirtschaftskammer zur fachlichen Wahrnehmung der Interessen der Mitglieder verpflichtet**, ist kein Schutzgesetz (1 Ob 16/17k: Ohne Rücksprache mit dem WK-Mitglied, dem Bauunternehmen, Mitteilung durch die WK an den Bauherrn, dass Anzeige eines Dritten, dass verbautes Material möglicherweise den Sicherheitsstandards nicht genügt, worauf es zu einem teilweisen Baustopp und Stehzeiten beim Bauunternehmen kam; Fachgruppe hat einen nicht unerheblichen Ermessenspielraum).

10b § 4 Abs 3 BDG (im hoheitlichen Bereich) sowie § 4 StellenbesetzungsG (im privatwirtschaftlichen Bereich) sollen dafür sorgen, dass die öffentliche Hand dafür Sorge zu tragen hat, dass der **bestqualifizierte Bewerber** eine Stelle erhält; wird dagegen verstoßen, hat der übergangene Bewerber Anspruch auf Ersatz seiner **Vermögenseinbuße** (für Amtshaftungsansprüche nach § 4 Abs 3 BDG 1 Ob 17/99b; 1 Ob 278/04w; 1 Ob 210/11f; für Schadenersatzansprüche nach § 4 StellenbesetzungsG 7 Ob 119/09i; 8 Ob 10/14z; 1 Ob 218/14m: Übergehen der qualifiziertesten Bewerberin bei der Bestellung der Landesgeschäftsführerin des AMS); solche Ansprüche gehen über die nach dem GlBG bzw B-GlBG hinaus, weil sie eine weitere Zielsetzung verfolgen (1 Ob 218/14m). § 43a BDG sowie § 5 Abs 1 VBG sind jeweils Schutzgesetze, durch die **Mobbingopfer** geschützt werden sollen; bei Vorliegen der sonstigen Haftungsvoraussetzungen sind auch deren **Vermögensschäden** ersatzfähig (1 Ob 106/15t: Mobbing einer Schuldirektorin durch deren Vorgesetzte). Eine – auch unberechtigte – Versetzung, die zu einem Gesundheitsschaden führt, steht nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang, sofern es sich nicht um Mobbing bzw Bossing handelt (1 Ob 173/17y: Versetzung eines Werkstättenleiters als Servicetechniker; 1 Ob 114/19z: Versetzung von Planstelle der Verwendungsgruppe A auf eine B-Stelle; 1 Ob 81/19x: Einsatz eines Briefzustellers als „Springer" bzw für reine Innentätigkeit in einem Verteilerzentrum; in diesem Sinn bereits 1 Ob 214/15z). Für Mobbing ist ein systematisches, ausgrenzendes und prozesshaftes Geschehen über einen längeren Zeitraum durch systematische Verweigerung jeder Anerkennung, Isolation, Zurückhaltung von Informationen oder Rufschädigung typisch. Wenn es sich um Versetzung einer Berufsgruppe handelt, ist das von vorneherein nicht gegeben (1 Ob 81/19x: Umstrukturierung bei der Österreichischen Post AG).

11 Auch wenn durchBGBl I 2006/145 die Haftung der öffentlichen Hand als Betreiber von Glücksspielen gem § 25 GSpG massiv eingeschränkt wurde, gilt nach wie vor, was der OGH zur alten Rechtslage ausgesprochen hat, nämlich dass der **Betreiber Spielsüchtige vor sich selbst zu schützen** hat, um sie von **existenzgefährdendem Glücksspiel** fernzuhalten (1 Ob 214/98x; 1 Ob 175/02w; 1 Ob 52/04k; 5 Ob 243/12i; 9 Ob 22/17a: Kein Verstoß, wenn sich Spielbank vergewissert hat, dass aus Verkauf des Zinshauses und sonstige Vermögenswerte Spielverluste deutlich überstiegen). Selbst nach § 25 Abs 3 GSpG aF gilt das wegen des Verbots der Diskriminierung nach der Staatsbürgerschaft in Art 18 AEUV auch zugunsten von EU-Ausländern (6 Ob 250/11z; 2 Ob 186/11h: Jeweils Italiener). Das gilt auch für den rechtswidrigen Betrieb von Spielautomaten (6 Ob 118/12i: Haftung des Betreibers sowie des Aufstellers in dessen Kaffeehaus).

12 Die **Ad-hoc-Publizitätspflicht** (§ 48d Abs 1 BörseG) und das **Verbot marktmanipulativer Handlungen** (§ 48a Abs 1 Z 2 BörseG) sind Schutzgesetze zugunsten der **Anleger** (6 Ob 28/12d; 8 Ob 104/12w; 4 Ob 239/14x; 9 Ob 26/14k; 10 Ob 85/14v; 9 Ob 27/15h), die auch Vorrang vor den Normen über die Kapitalerhaltung genießen (7 Ob 77/10i; 6 Ob 28/12d). Diese **Pflicht zur anlassbezogenen Information** trifft den **Emittenten**, nicht aber den Rechtsträger, der die den Zertifikaten zugrunde liegenden Aktien emittiert hat (6 Ob 56/15a). Diese Normen dienen auch als Flankenschutz für das **Verbot des Insiderhandels** (1 Ob 86/14s) und ergänzen die regelmäßig und inhaltlich vorgegebene Information des Jahresabschlusses. Die **Prüfung des Jahresabschlusses durch Abschlussprüfer** nach § 275 UGB (ehemals § 275 Abs 2 HGB) dient im Interesse der Anteilseigner und der Gläubiger der Aufdeckung unrichtiger Rechnungslegung durch das Handlungsorgan der Gesellschaft, Vorstand der AG, Geschäftsführung derGmbH (8 Ob 141/99i; 5 Ob 262/01t; 4 Ob 89/04y; 8 Ob 93/14f: Der Schutzzweck erstreckt sich auf die Aufdeckung krimineller Machenschaften; 8 Ob 76/15g: Schutz der juristischen Person auch bei einer 1-Mann-GmbH, Unterlassung der bei ordnungsgemäßer Prüfung erfolgten Aufdeckung von Bilanzfälschungen, Verhinderung der weiteren Schädigung der Gesellschaft durch weiteres nachfolgendes rechtswidriges Verhalten der Organe der Gesellschaft). Das gilt zulasten des Wirtschaftsprüfers auch bei einem vorsätzlichen Verstoß gegen § 255 AktG, wobei der Anleger nicht dartun muss, dass er den Bestätigungsvermerk selbst gelesen hätte (10 Ob 46/13g; 6 Ob 187/13p; 4 Ob 210/13f: Veranlagung aufgrund eines zu Unrecht erteilten uneingeschränkten Bestätigungsvermerks).

12a Nach § 141 Abs 5 EO haftet der **Sachverständige im Zwangsvollstreckungsverfahren** dem Ersteher und allen Beteiligten für den (reinen) Vermögensschaden, den diese durch die Ermittlung eines falschen Schätzwertes der Liegenschaft erlitten haben. Das kann dazu führen, dass der Vertrauensschaden zu ersetzen ist, wenn der Bieter das Grundstück gar nicht erworben hätte (1 Ob 266/02b: Teilweise fehlende Baugenehmigung); oder der Erwerber kann die Differenz zwischen Meistbot und dem darüber liegenden Schätzwert begehren; er ist aber nicht so zu stellen, als hätte er zu einem bestimmten Prozentsatz des (richtigen) Verkehrswerts erworben (9 Ob 56/11t: Nicht berücksichtigtes Sanierungsdarlehen bei einer Eigentumswohnung). Selbst wenn bloß ein einziger Bieter vorhanden ist, kann dieser bei einem vom Sachverständigen zu niedrig ermittelten Schätzwert nicht die Differenz zu dem Wert verlangen, zu dem bei korrekter Ermittlung der Zuschlag an ihn erfolgt wäre, wenn der tatsächliche Zuschlag unter dem Verkehrswert lag (3 Ob 170/17x: Grundstück hatte um ein Drittel geringere Fläche). Der Schutzzweck des Gutachtens, das ein **Sachverständiger über die erforderlichen Erhaltungsarbeiten nach § 37 Abs 4 WEG** zu erstellen hat, besteht darin, einen – rechtlich oft unerfahrenen – Käufer bei Erwerb von Wohnungseigentum vom Wohnungseigentumsorganisator bei Wohnungen, die älter als 20 Jahre sind, die Abschätzung künftiger Erhaltungsarbeiten zu ermöglichen (6 Ob 141/16b: Keine Anwendung bei Erwerb von einer sonstigen Person, dann Möglichkeit der Freizeichnung des Sachverständigen, dass bestimmte Räume nicht besichtigt worden sind). § 19 TierärzteG ist kein Schutzgesetz, das Dritte vor reinen Vermögensschäden bewahren soll (8 Ob 96/19d: Unrichtiges Ankaufsgutachten, bei dem aber zudem eine Weitergabeverbot vereinbart war; keine Ersatzfähigkeit von Fütterungs- und Einstellkosten eines Dritten, der vom Käufer erworben hat).

12b Vorschriften der **Bankenaufsicht** sind keine Schutzgesetze zur Bewirkung von Individualrechtsschutz: 6 Ob 287/007: Großveranlagungsbestimmungen; 1 Ob 251/05a: Kein Schutz der Mehrheitsaktionäre; 1 Ob 142/06y: § 69 BWG dient nicht dem Schutz des einzelnen Einlegers oder Sparers; 6 Ob 229/14s: Schutzzweck der Konzessionspflicht dient nicht dem Schutz des selbst ohne erforderliche Konzession Bankgeschäfte Tätigenden; 8 Ob 145/09w: §§ 39 ff BWG sollen Strafbehörden erleichtern, Verschleierung von Vermögen zu verhindern, **Geldwäsche**, Terrorismusfinanzierung, Drogenhandel und organisiertes Verbrechen zu bekämpfen, aber haben nicht den Zweck, den Banken Schutzpflichten zugunsten der Opfer von Vermögensnachteilen aus Vortaten aufzuerlegen; 6 Ob 108/13w: §§ 22 ff BWG sollen zur Stabilisierung des Kapitalmarkts beitragen, aber sind kein Schutzgesetze zugunsten des Kreditinstituts; 8 Ob 66/16p: Pflicht zur Eröffnung eines Namenssparbuchs nach § 31 Abs 1 S 2, § 40 Abs 1 BWG dient nicht dem Zweck, Kunden vor betrügerischen Malversationen des Vermögensberaters zu schützen. Es geht um die Verfolgung von **Allgemeininteressen**, nicht um einen spezifischen Individualschutzzweck (1 Ob 44/07p; 8 Ob 48/08y; 9 Ob 75/09h; 8 Ob 166/09h; 3 Ob 154/12m – krit dazu die Lit).

13 Die Haftung einer juristischen Person (AG,GmbH) ist auf das Gesellschaftsvermögen begrenzt. Ausnahmsweise ist das Leitungsorgan (Vorstand der AG, Geschäftsführer derGmbH) aber persönlich haftbar. Das gilt auch für einen **faktischen Geschäftsführer** ; das ist einer, der zwar nicht förmlich bestellt ist, aber maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt (4 Ob 173/12p: Verneint bei bloßer Bereitstellung der Gewerbeberechtigung). Die §§ 158 fStGB sollen die **Gläubiger vor ungleicher Befriedigung schützen** (3 Ob 278/02g; 1 Ob 134/07y; 10 Ob 43/12i). Bedeutsam ist neben der **betrügerischen Krida** gem § 156StGB (3 Ob 29/15h:), der **Veruntreuung** nach § 133StGB (6 Ob 75/18z: Anvertraute Gelder einer Person aus dem Iran; Pflicht zur Rückzahlung nach Scheitern eines Geschäfts) sowie der **Vollstreckungsvereitelung** nach § 162StGB (9 Ob 92/18x: Ersatz setzt allerdings den Nachweis eines Schadens, somit die Durchsetzbarkeit der Forderung voraus) namentlich der Tatbestand der **Insolvenzverschleppung**, wenn der Vorstand bzw der Geschäftsführer gemäß entgegen den §§ 66 f, 69 IO trotz Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung keinen Insolvenzantrag stellt (6 Ob 19/15k). Es ist sowohl dem Geschäftsführer einerGmbH nach § 25 Abs 3 Z 2GmbHG als auch dem Vorstand einer AG nach § 86 Abs 3 Z 6 AktG untersagt, Zahlungen nach Eintritt der materiellen Insolvenz zu leisten; und nicht erst 60 Tage nach deren Eintritt gem § 69 Abs 2 in Verbindung mit Abs 4 IO (8 Ob 57/17s). Dem Geschäftsführer bzw

Vorstand steht der Gegenbeweis offen, dass trotz verspäteter Stellung eines Insolvenzantrags die Gläubiger keinen Schaden erlitten haben (8 Ob 57/17s). **Zahlungsunfähigkeit** ist gegeben, wenn bei mehr als 5 % der fälligen Verbindlichkeiten eine Zahlung nicht spätestens innerhalb von 3 Monaten erfolgt (3 Ob 99/10w; 2 Ob 117/12p); ansonsten liegt eine bloße **Zahlungsstockung** vor, die vom belangten Organ zu beweisen ist (8 Ob 117/15m). Zentral ist die Unterscheidung zwischen Alt- und Neugläubigern. Ein **Altgläubiger** ist ein Gläubiger, der gegen einen Schuldner, der in der Folge insolvent wird, bereits vor diesem Zeitpunkt eine Forderung innehatte. Durch die nicht rechtzeitige Stellung eines Insolvenzantrags erleidet dieser idR einen **Quotenschaden**, somit die Differenz zwischen der Quote bei rechtzeitiger Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der tatsächlichen Quote (1 Ob 50/99f). Durch den verspäteten Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird die Insolvenzmasse im Vergleich zu der bei rechtzeitiger Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschmälert. Gegenüber dem verantwortlichen Organwalter bzw Repräsentanten des Schuldners (unter Einschluss des faktischen Geschäftsführers, 8 Ob 124/07d), der die rechtzeitige Anmeldung der Insolvenz verschuldet hat, gebührt dem Gläubiger ein Anspruch auf das **Erfüllungsinteresse** (1 Ob 50/99f). Ein **Neugläubiger** ist ein solcher, der nach dem Zeitpunkt, zu dem der Schuldner insolvent war, diesem kreditiert hat (4 Ob 31/07y: Entsprechendes gilt für einen Neugesellschafter). Bei Kenntnis von der Insolvenz des Schuldners hätte er an diesen keine Vorleistung erbracht. Sein Schaden besteht im **Vertrauensinteresse**, geht es beim Vertrauen auch nicht um das des Zustandekommens eines Rechtsgeschäfts, sondern das der Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Er ist so zu stellen, als ob er keine Vorleistung erbracht hätte (7 Ob 2339/96p; 1 Ob 50/99f). Bei einem **Austauschvertrag** ergibt sich der Schaden des Gläubigers aus der Differenz zwischen dem Entgelt einerseits und der erzielten Insolvenzquote abzüglich der Gewinn- bzw Handelsspanne. Bei einem **Arbeitnehmer** ist der Ersatz des Vertrauensschadens vom Nachweis einer alternativen Entgelterzielungsmöglichkeit abhängig (9 ObA 117/06f). Auf ein konkretes Vertrauen kommt es insofern nicht an, als auch der **Sozialversicherungsträger** bezüglich der Sozialversicherungsbeiträge des vom Schuldner weiterbeschäftigten Arbeitnehmers (1 Ob 50/99f; 2 Ob 241/06i) so zu stellen ist wie ein Vertragspartner bei Vorleistung (7 Ob 2339/96p). Ob der Schaden des jeweiligen Gläubigers durch diesen selbst oder für die Gesamtheit treuhänderisch durch den Masseverwalter geltend zu machen ist, ist eine insolvenzrechtliche Spezialfrage, der hier nicht näher nachgegangen werden kann (für eine Aktivlegitimation des Gläubigers 6 Ob 196/05z; 6 Ob 72/06s). Hinzuweisen ist aber auf die Auswirkungen der **Novellierung des § 159StGB** durchBGBl I 2000/58. Anstelle einer Generalklausel ist eine taxative Aufzählung getreten; zudem wurde die **Strafbarkeit auf grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt**. Da auf diese Weise die Risikobereitschaft gefördert werden sollte, Strafen idR bloß bedingt verhängt wurden und zudem weniger einschneidend sind als die mitunter existenzvernichtende zivilrechtliche Haftung, ist davon auszugehen, dass bei leichter Fahrlässigkeit nicht nur die Strafbarkeit, sondern auch die schadenersatzrechtliche Einstandspflicht entfallen ist. Wie nach altem Recht ist eine **strafrechtliche Verurteilung nicht Voraussetzung für einen entsprechenden Schadenersatzanspruch** (7 Ob 2339/96p; 6 Ob 196/05z). Die 60-tägige Sanierungsfrist des § 69 Abs 2 IO ist strafrechtlich bedeutsam; deren Einhaltung macht aber das vorangegangene Fehlverhalten nicht rechtmäßig, sodass der Schadenersatzanspruch in jedem Fall gegeben ist (7 Ob 2339/96p; 1 Ob 50/99f). Aufgrund des durchBGBl I 2003/92 eingeführten § 69 Abs 5 IO können Konkursgläubiger Schadenersatzansprüche wegen einer Verschlechterung der Konkursquote infolge einer Verletzung der Pflicht nach § 69 Abs 2 IO erst nach Rechtskraft der Aufhebung des Konkurses geltend machen (8 Ob 108/08b). Entsprechende Grundsätze gelten auch für einen **faktischen Geschäftsführer** (8 Ob 124/07d; 8 Ob 108/08b). § 69 IO ist aber keine Schutznorm zugunsten des insolventen Unternehmens (9 Ob 99/00z; 10 Ob 5/11z: Schadenersatzanspruch des Unternehmensinhabers gegen die die Geschäftsaufsicht führende Kreditgeberin sowie gegen den Zwangsverwalter). Eine persönliche Haftung des Vorstands gegenüber Gesellschaftsgläubigern kommt darüber hinaus gem § 255 Abs 1 Z 1 AktG in Betracht, wenn dieser vorsätzlich gegen kapitalmarktorientierte Informationspflichten verstößt; bedingter Vorsatz ist ausreichend, nicht aber das Verschließen der Augen in „Vogelstraußmanier" (10 Ob 100/18f: Dem für den Vertrieb zuständigen Vorstand konnte nicht nachgewiesen werden, dass er Kenntnis von den Malversationen und der Kurs

manipulation hatte; zu verweisen ist darauf, dass etwa bei § 1489 gröbste Fahrlässigkeit der Kenntnis gleichgesetzt wird, was auch in concreto überlegenswert wäre). § 4 Abs 2 Z 2 iVm § 3 Abs 6 WAG 2007 sieht die Verpflichtung vor, dass ein **Wertpapierdienstleistungsunternehmen** entweder über eine Mindesteigenkapitalausstattung verfügen oder eine Haftpflichtversicherung abschließen muss; das ist ein **Schutzgesetz zugunsten der Anleger** mit der Folge, dass der Geschäftsführer einer solchenGmbH einem geschädigten Anleger persönlich haftet und ihn so zu stellen hat, als hätte das Unternehmen eine solche Haftpflichtversicherung abgeschlossen (6 Ob 32/14w zur Vorgängernorm des § 20 Abs 2 WAG 1996). § 24 Abs 1 WAG ordnet an, dass die Aufsichtsbehörde die **Wohlverhaltensregelnvon Wertpapierdienstleistungsunternehmen zu überwachen** hat; und zwar nicht nur im volkswirtschaftlichen Interesse an einem funktionstüchtigen Kapitalmarkt, sondern auch **zugunsten der Anleger**, sodass bei schuldhaftem Verstoß dem jeweils geschädigten Anleger ein Amtshaftungsanspruch zusteht (1 Ob 73/16s : Malversationen bei Ausgabe von Genussscheinen, Anspruch in concreto abgelehnt, weil Vorgangsweise der Aufsichtsbehörde ex ante vertretbar war)

13a Wenn der Geschäftsführer einerGmbH ein **dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dienendes Schutzgesetz** übertritt, haftet er den Gesellschaftsgläubigern persönlich für den dadurch verursachten Schaden, wenn der Anspruch gegen dieGmbH, namentlich bei deren Insolvenz, nicht durchsetzbar ist. Eine solche persönliche Haftung kommt bei Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 153c und dStGB) selbst bei solchen Personen in Betracht, die einer Gesellschaft, ohne faktischer Geschäftsführer zu sein, bloß die Gewerbeberechtigung zur Verfügung stellen. Normen der GewO sollen aber lediglich die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes gewährleisten, sie sollen aber grds keinen Schutz zugunsten des Vertragspartners bewirken, sodass der Vertragspartner keinen Anspruch gegen den gewerberechtlichen Geschäftsführer hat, sofern es bloß um eine mangelhafte Erfüllung des Werkvertrags geht, die Grenzen der Gewerbeberechtigung aber nicht überschritten worden sind (4 Ob 236/02p: Mangelhafte Dachdecker- und Spenglerarbeiten; bestätigt in 4 Ob 173/12p). Der **gewerberechtliche Geschäftsführer** haftet aber nach § 39 GewO nicht nur dem Gewerbeinhaber, sondern auch dessen Kunden dafür, dass diese wegen Verstößen gegen die GewO Schäden erleiden; insofern handelt es sich um eine drittschützende Norm (8 Ob 57/17s: Überschreitung der Gewerbebefugnis durch einen Erdbeweger, der nicht befugt ist, Aushubarbeiten mit mehr als 1,25 m Tiefe vorzunehmen). Eine gewisse Entsprechung zur Insolvenzantragspflicht besteht in der **Pflicht** einer **juristischen Person** oder einer unternehmerisch tätigen **eingetragenen Personengesellschaft**, die als Hauptmieter ein Geschäftslokal gemietet hat, sowie deren **Organen bzw Organwaltern**, dem Vermieter gem § 12a Abs 3 MRG die **Änderung der Mehrheitsverhältnisse anzuzeigen**, womit die Anhebung des bisherigen Mietzinses auf einen angemessenen Mietzins möglich ist (4 Ob 220/08v). Abweichend von der früheren Ansicht, dass primärer Haftungsträger der Mieter bleibe, (8 Ob 4/11p: Keine ordnungsgemäße Anzeige der Übernahme durch einen deutschen Konzern) anerkennt der OGH (1 Ob 125/14k: Übertragung von 99 % der Beteiligungen auf 3 Stiftungen) nun ausdrücklich eine **solidarische Haftung von Organwalter** – in concreto Geschäftsführer der Mieter-GmbH – **und juristischer Person**. Die Berechtigung des Begehrens gegen den Organwalter ist somit nicht abhängig vom Nachweis der Uneinbringlichkeit des sich aus der Mietzinsanhebung ergebenden Differenzbetrags gegen die Mieterin. Der entscheidende Unterschied gegenüber den Fällen der Insolvenzverschleppungshaftung besteht darin, dass den Gläubigern dort ein Schaden erst durch den unterlassenen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erwächst, während bei § 12a Abs 3 MRG das Recht zur Mietzinsanhebung mit der Änderung der Mehrheitsverhältnisse entsteht, somit unabhängig von einer Unterlassung eines gebotenen Verhaltens der Organwalter.

13b Eine **Veranlagung von Mündelvermögen in Aktien** darf nach § 220 (früher § 230e) das Pflegschaftsgericht nur nach Vorlage eines – positiven – gerichtlichen Gutachtens eines Sachverständigen für das Bank- und Börsewesen genehmigen, nicht aber bei Vorlage eines Privatgutachtens (1 Ob 210/10d: Wertverlust der Aktien im Ausmaß von 80 %).

13c § 18 Abs 1 Z 1 KartG 1988 (nunmehr § 37a KartG) sowie Art 101 AEUV haben den Zweck, die Marktteilnehmer – sowohl Letztverbraucher als auch Mitbewerber – vor überhöhten Preisen durch **Marktabsprachen durch die Kartellteilnehmer** zu schützen, was bei gemeinschaftlichem Vorsatz zu einer solidarischen Haftung nach § 1302 führt, ohne dass sich der Vorsatz auf den vollen Schadenserfolg erstrecken muss (5 Ob 39/11p: Aufzugskartell; 4 Ob 46/12m: Bankomatkartell; dazu auch 3 Ob 1/12m : Aufzugskartell; Abweisung eines Schadenersatzanspruchs von Abnehmern, Eigentümer von Zinshäusern, wegen Unschlüssigkeit in Bezug auf den behaupteten Schaden). Besondere Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass **Schäden typischerweise verlagert** werden; insoweit bleibt der Schädiger ersatzpflichtig, weil es sich um keinen (nicht ersatzfähigen) Drittschaden handelt (7 Ob 48/12b : Aufzugskartell). **Vergabegesetze** sollen bewirken, dass der Bestbieter den Zuschlag erhält; wird dagegen verstoßen, hat der **Bestbieter einen auf das Erfüllungsinteresse gerichteten Schadenersatzanspruch** (6 Ob 208/10x: Ausschreibung nach dem stmk VergabeG 1998 unter Beachtung der Umsetzung der RL 89/665/EWG – keine Maßgeblichkeit des Verschuldens der ausschreibenden Behörde). Die in § 54 Abs 8 S 2 UG angeordnete Pflicht, allenfalls durch Parallellehrveranstaltungen – auch in der vorlesungsfreien Zeit – dafür zu sorgen, dass Studierende ihr **Studium in der Mindestzeit** bewältigen können, ist nicht bloß eine Ordnungsvorschrift für die Universitäten, sondern ein **Schutzgesetz zugunsten der Studierenden** (1 Ob 93/10y: Verlängerung des Studiums eines Medizinstudenten wegen Versagung des Antretens zu einer Prüfung zum 2. Termin).

14 Als Schutzgesetz zu qualifizieren sind generelle Anordnungen, die das **Vertrauen Dritter auf die Identität des Namensträgers mit der entsprechenden Person** schützen (7 Ob 532/95: Gründung einer Tochterfirma durch die Sparkasse, Vertrauenstatbestand, wenn späterer Rückzug der Sparkasse, aber Belassen der Firma; 4 Ob 134/97b: Ersatzfähigkeit der Prozesskosten, wenn infolge eines falschen Impressums zunächst der falsche Medieninhaber verklagt wird).

14a Nach § 189 (bis 31. 1. 2013 § 178) steht dem **nicht sorgepflichtigen Elternteil** gegenüber dem sorgepflichtigen Elternteil ein **Auskunftsanspruch** zu. Dieser ist darauf gerichtet, dass der nicht sorgeberechtigte Elternteil sich vom Wohlergehen des Kindes unterrichten und überzeugen sowie an Maßnahmen in diesem Sinn mitwirken kann. § 189 (ehemals § 178) ist aber **kein Schutzgesetz**, das den nicht sorgeberechtigten Elternteil vor **Vermögensnachteilen** bewahren soll (6 Ob 197/08a: Verschwiegene Aufnahme einer Lehre der Tochter durch die Mutter gegenüber dem unterhaltspflichtigen Vater; Schadenersatzanspruch des Vaters aber unter Verweis auf § 21 UVG gleichwohl bejaht). Damit in Widerspruch steht aber das Judiz, dass das **Wohlverhaltensgebot jedes Elternteiles zur Förderung des Kindeswohls** gem § 159 (früher § 145b) bei schuldhafter Verletzung auch zu Schadenersatzansprüchen des in seiner Beziehung zum Kind beeinträchtigten Elternteiles führen kann (4 Ob 8/11x; 9 Ob 28/14d; 3 Ob 23/19g : Ersatz von Verfahrens- und Reisekosten, um den Kontakt mit seinem Kind, mit dem die Mutter nach Neuseeland „geflohen" ist, aufrechtzuerhalten). In beiden Fällen geht es darum, dass dem nicht primär sorgeberechtigten Elternteil Residualansprüche in Bezug auf das Wohl „seines Kindes zustehen. § 24 SchulpflichtG begründet keine Pflicht der Eltern, das minderjährige Kind bis zur Schule zu bringen (7 Ob 58/18g: Keine Sonderverbindung des Vaters gegenüber dem Schulerhalter, der nach Bringen des 8-jährigen Kindes auf der vereisten Stufe der Schule ausgerutscht und sich verletzt hat).

14b Die in § 3 IVO dem **Reisebüro** auferlegte Pflicht zur Information des Reisenden über die Pass- und Visumerfordernisse stellt ein Schutzgesetz dar (6 Ob 142/09i: Kein Einchecken zur Reise nach Marokko, weil mj Sohn bloß im Pass der Mutter eingetragen war).

14c § 107 TKG 2003 soll den Empfänger vor **ungebetenen E-Mails** schützen. Vom Rechtswidrigkeitszusammenhang allerdings nicht gedeckt ist die Einstandspflicht des Geschäftsführers einerGmbH für einen Prozesskostenanspruch wegen Unterlassung bei Insolvenz der gegen § 107 TKG 2003 verstoßendenGmbH (7 Ob 166/09a).

14d Auch wenn eine Jagdkarte lediglich bei **Einzahlung der Jagdhaftpflichtversicherung** gültig ist, trifft den Veranstalter einer Jagd keine Pflicht, die Einzahlung der Versicherungsprä

mie zu überprüfen (4 Ob 114/10h: § 37 Abs 1 stmk JagdG 1986, keine Haftung des Obmanns der Jagdgesellschaft). Gem § 96 Abs 1 NÖ JagdG darf nur an Orten gejagt werden, an denen die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit nicht gestört und Menschen nicht gefährdet werden; geschützt werden sollen dabei nicht bloß „erhöhte Menschenaufkommen", sondern auch der einzelne Mensch (10 Ob 55/13f: Angeschossener Forstarbeiter).

14e § 181fStGB in Umsetzung der RL 2008/99/EG soll die **Erhaltung der natürlichen Lebensräume wild lebender Tiere** schützen, sodass bei unberechtigtem Abschuss eines männlichen Luchses der Nationalparkbetreiber-Gesellschaft ein Anspruch auf die Anschaffungskosten eines solchen Tieres zusteht (6 Ob 229/16v); mE allerdings nur bei Durchführung der Restitutionsmaßnahme.

15 Gem § 3 Abs 2 Z 5WTBG sollen die Parteien davor geschützt werden, von **Personen beraten** zu werden, die über keine ausreichende bzw nicht durch eine **entsprechende Prüfung bescheinigte Ausbildung** verfügen (7 Ob 258/05z: Unzulässige Verfassung eines OEG-Gesellschaftsvertrags durch einen Steuerberater, Unzulässigkeit aus einem Gegenschluss abgeleitet, was ein Steuerberater darf). Solche eingeschränkte Berufsbefugnisse gelten auch für andere Berufsgruppen, namentlich freiberuflich Tätige.

16 Zwischen den **Ehegatten** besteht die Pflicht, **einander die Wahrheit zu sagen**. Wird dagegen verstoßen, sind Aufwendungen zur Führung eines Ehelichkeitsbestreitungsprozesses und zur Rückforderung von Unterhaltsleistungen an das **im Ehebruch gezeugte Kind** vom Rechtswidrigkeitszusammenhang gedeckt (EF 46.082/6; 4 Ob 82/18i unter ausdrücklicher Ablehnung der gegenteiligen Rechtsprechung des BGHs und Hinweis, dass für nicht eheliche Lebensgemeinschaften andere Kriterien gelten). Entsprechendes gilt für die Aufwendungen von Detektivkosten, um eine – zunächst – bestrittene ehewidrige Beziehung nachzuweisen (4 Ob 52/06k). Das Wohlverhaltensgebot jedes Elternteiles zur Förderung des Kindeswohls gem § 159 (früher § 145b) kann bei schuldhafter Verletzung auch zu Schadenersatzansprüchen des in seiner Beziehung zum Kind beeinträchtigten Elternteiles führen (4 Ob 8/11x; 9 Ob 28/14d; 3 Ob 23/19g : Ersatz von Verfahrens- und Reisekosten, um den Kontakt mit seinem Kind, mit dem die Mutter nach Neuseeland „geflohen" ist, aufrechtzuerhalten), jedoch dann nicht, wenn sich ein Elternteil bloß gegen die Kontaktrechtsanträge des anderen Teils zur Wehr setzt, weil es sich insoweit um die von der Rechtsordnung bereitgestellten Mittel handelt (10 Ob 27/15s). Der **Tatbestand der gefährlichen Drohung** (§ 107StGB) soll die psychische Gewissheit einer Person schützen, ohne die Gefahr einer vorsätzlichen Beeinträchtigung der körperlichen Integrität zu leben, weshalb Kosten für Abwehrmaßnahmen vom Schutzzweck gedeckt sind (2 Ob 28/14b in Abkehr von 10 Ob 342/97k). Eine entsprechende Pflicht zur Wahrheit besteht gem §§ 288 fStGB für **Zeugen** bei Aussagen vor Gerichten oder Verwaltungsbehörden. Wird dagegen verstoßen, sind **Detektivkosten zur Ermittlung des Sachverhalts ersatzfähig** (SZ 54/142). Nicht nur der Bürger ist mitunter zu einer sanktionsbewehrten wahren Aussage verpflichtet; Entsprechendes gilt auch für **Behörden** (1 Ob 48/00s: Kreditgewährung nach unrichtiger Baulandbescheinigung, Einstandspflicht für den dadurch hervorgerufenen Schaden gem § 1 NÖ AuskunftsG).

17 Die Anordnung der **Verwahrungshaft** gem § 175StPO hat den Zweck, Schäden an absolut geschützten Rechtsgütern Dritter zu vermeiden (SZ 62/73: Mordversuch). Ebenso sind bei einer **Aufnahmeuntersuchung** eines Geisteskranken gem § 10 Abs 1 UbG die erforderlichen Zwangsmaßnahmen zu ergreifen; bei Unterlassung ist für die infolge der Gefährlichkeit verursachten Schäden einzustehen (1 Ob 247/98z: Brandschaden). Die Strafbehörden sind aber nicht verpflichtet, die Personalien mj Straftäter festzuhalten, um dem Geschädigten die Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche gegen diese zu erleichtern (1 Ob 143/07x). Entsprechendes gilt für Hausdurchsuchung und Beschlagnahme (1 Ob 22/92). Die Anzeigepflicht strafbarer Handlungen von Behörden (BWA, FMA) gegenüber der Staatsanwaltschaft gem § 84 Abs 1 aFStPO bzw § 78 Abs 1StPO hat jedenfalls nicht den Zweck, Vermögensschäden künftiger Geschädigter zu verhindern (1 Ob 73/16s ; 1 Ob 157/16v; 1 Ob 163/16a: Strafbare

Malversationen bei der Vermittlung von Genussscheinen). Das gilt namentlich dann, wenn es um einen Anspruch gegen eine Person geht, die nicht als Straftäter angeklagt ist sowie bei Ermittlungen

Seite 1615

der Kriminalpolizei gem § 10 Abs 2StPO (1 Ob 81/19x: Unzureichende Erhebungen von Arbeitsinspektorat und Kriminalpolizei gegen den Arbeitgeber, was die Geltendmachung und Durchsetzung einer Integritätsentschädigung des verletzten Arbeitnehmers gegen die gesetzliche Unfallversicherung vereitelt hat). Die Normen der §§ 127 ffStPO (vor dem StRPG), die die **Vornahme von Leichenöffnung und Leichenbeschau** anordnen, dienen nicht dazu, den Angehörigen Aufwendungen durch Privatermittlungen zu ersparen (1 Ob 171/12x: Nachweis der Tötung des erwachsenen Sohnes durch Messerstiche durch ein Privatgutachten nach vorangehenden unzutreffenden Gerichtsgutachten). Nunmehr haben nach § 65 Z 1 lit bStPO bestimmte Angehörige den Status als Opfer, sodass der persönliche Anwendungsbereich des Schutzgesetzes weiter reichen könnte. Durch das ZustellG sollen Vermögensschäden, die durch **rechtswidrige Handlungen bei Zustellakten** erfolgen, und zwar nicht nur beim Empfänger, sondern auch beim Absender entstehen, vermieden werden (1 Ob 353/99i; zur eingeschränkten Nützlichkeit einer Einschreibsendung 6 Ob 178/08g). Wenn der Rechtsträger die jeweilige **Behörde mit zu geringen Ressourcen ausstattet**, sodass es zur Verzögerung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben kommt, ist der dem Bürger dadurch entstehende Schaden ersatzfähig (1 Ob 156/06y: Verspätetes Einschreiten einer Gewerbebehörde gegen Lärmimmissionen einer Diskothek). Erfasst ist jedoch stets nur der aus der Verzögerung des jeweiligen Verfahrens resultierende Schaden, nicht ein sonstiger Folgeschaden, weil es ansonsten – auch im Rahmen der Amtshaftung – zu einer uferlosen Haftung käme (1 Ob 138/19d: Unterlassene künftige Antragstellung für eine Wohnbeihilfe infolge der Verzögerung der Entscheidung im Anlassverfahren; Wohnbeihilfe kann nach dem Wr WFSG 1989 immer nur für einen Zeitraum von 2 Jahren rückwirkend gewährt werden). Eine vom Grundbuchsführer schuldhaft unterlassene Eintragung führt wegen der Gefahr uferloser Haftung gegenüber einer unbestimmten Anzahl von Personen zu keinem Ersatzanspruch desjenigen, der bei seiner Kreditierung bloß auf den Grundbuchsstand vertraut, aber kein dingliches Recht begründet (1 Ob 198/18a: Unterbliebene Eintragung eines dinglichen Belastungs- und Veräußerungsverbots nach § 364c mit der Folge der Kreditierung bloß im Vertrauen auf den Grundbuchsstand; Grundbuchsberichtigung sodann bei Begründung eines exekutiven Pfandrechts mit der Folge, dass Forderung wegen der Insolvenz des Schuldners nicht durchsetzbar war; in concreto hat sich mE damit ein Risiko realisiert, das zwar im Zeitpunkt der Kreditierung bereits gegeben war, sich aber in der Folge ohne Begründung eines dinglichen Sicherungsrechts jederzeit realisieren hätte können).

17a Gesetze,die eine **rasche und fristgerechte Erledigung eines Zivilprozesses** bewirken sollen (§ 49 Abs 1, § 110 Geo; § 180 Abs 3 ZPO) sind Schutzgesetze zugunsten der obsiegenden Partei (1 Ob 222/13y: Schutz des betreibenden Gläubigers im Zwangsvollstreckungsverfahren), dienen aber nicht dem Schutz der unterlegenen Partei vor der Zahlung von Verzugszinsen (1 Ob 101/13d). Selbst wenn ein Gericht ein iS von § 179 ZPO **verspätetes Beweisanbot** akzeptiert oder ungerechtfertigterweise eine **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** nach § 153 ZPO bewilligt, kann die durch eine in der Folge durch eine sie benachteiligende Entscheidung beschwerte Partei den dadurch erlittenen Vermögensschaden nicht im Weg der Amtshaftung ersetzt verlangen, weil der Schutzweck der jeweiligen verfahrensrechtlichen Normen nicht in der Vermeidung von Vermögensschäden der benachteiligten Partei liegt, dienen solche Maßnahmen nämlich letztlich lediglich der materiellen Gerechtigkeit (1 Ob 180/16a).

18 Im **Deliktsrecht** gilt der Grundsatz, dass den **Geschädigten** die **Beweislast in Bezug auf sämtliche anspruchsbegründenden Elemente** trifft, nämlich Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden, um die wichtigsten zu nennen. Abweichend von einem Anspruch, bei dem die Rechtswidrigkeit auf die Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes gestützt wird, gelten nach der Rspr bei **Übertretung von Schutzgesetzen** für die **Beweislastverteilung von Verursachung und objektiver Sorgfaltswidrigkeit bzw Verschulden abweichende** – aus dem Gesetz nicht ohne Weiteres ableitbare – **Grundsätze** : Der Geschädigte hat den **Schaden** (10 Ob 64/17k: Trotz Verstoßes gegen § 12 Abs 4 BTVG durch den Treuhänder durch Auszahlung des Treuhandgeldes an den Bauträger ohne

ausreichende Lastenfreistellungsurkunde der den Bauträger finanzierenden Bank kein Anspruch gegen den Treuhänder auf Ersatz der gegen den insolventen Bauträger nicht mehr durchsetzbaren „Strafzinsen",

Seite 1616

weil dem Wohnungseigentümer ein solcher Anspruch nur gegen den Bauträger und nicht gegen den Treuhänder zusteht; zudem diese Zinsen bei rechtmäßigem Verhalten niemals angefallen wären) sowie die **Schutzgesetzverletzung** zu beweisen (6 Ob 118/18y: MuKiPassV; objektive Übertretung der Schutznorm). In Bezug auf die **Kausalität** wird bei Nachweis der Übertretung des jeweiligen Schutzgesetzes vermutet, dass beim Geschädigten ein entsprechender Schaden eingetreten ist. In der **älteren Rspr** (2 Ob 290/99g; 8 Ob 141/99i, so aber auch 2 Ob 37/12y: Verstoß gegen § 11 Abs 2 StVO, nochmaliger Blick in den Rückspiegel, Schädiger hat Entlastungsbeweis nicht erbracht) wurde dem **Schädiger** der **Gegenbeweis** aufgebürdet, dass der Schaden bei vorschriftsgemäßem Verhalten ebenfalls bzw nicht in diesem Ausmaß eingetretenwäre (SZ 59/116; 2 Ob 36/94). Mitunter schwächt der OGH das insoweit ab, als er sich mit dem Gegenbeweis begnügt, dass durch Übertretung des Schutzgesetzes **mit Sicherheit keine Risikoerhöhung** stattgefunden hat (2 Ob 83/95; 2 Ob 594/95), oder der Ersatzpflichtige nachweist, dass die **Kausalität der Pflichtverletzung ernsthaft zweifelhaft** war (1 Ob 2192/96a; 1 Ob 2047/96b; 1 Ob 214/98x; 1 Ob 210/10d: Wertverlust der Aktien im Ausmaß von 80 %; 8 Ob 57/17s: Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers bei Überschreitung der Gewerbeberechtigung, in concreto eines Erdbewegers; widersprüchlich 1 Ob 79/15x: Entkräftung des Anscheinsbeweises bzw der Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität), was auf einen auch von der Lit gebilligten **prima-facie-Beweis** hinausläuft (so ausdrücklich 6 Ob 174/99g; 8 Ob 42/07w; 7 Ob 237/12x: Sturz infolge eines fehlenden linken Handlaufs bei einer Stiege), für dessen Erschütterung freilich schon ausreicht, dass andere Schadensursachen gleich wahrscheinlich waren (3 Ob 212/13t: Unterlassene Sicherungsmaßnahmen beim Boarding eines Wasserflugzeugs). Neuerdings findet sich der explizite Hinweis, dass bei Schutzgesetzen **keine Umkehr der Beweislast in Bezug auf die Kausalität** gegeben ist; es obliegt dem Schädiger, die **Kausalität der Pflichtverletzung ernsthaft zweifelhaft** zu machen (1 Ob 172/12v; 3 Ob 212/13t; 2 Ob 213/13g; 7 Ob 106/13h; 8 Ob 68/14d). Hat der Geschädigte den Beweis der Kausalität der Schutzgesetzverletzung erbracht, kann sich der Schädiger durch den vollen Beweis entlasten, dass ein solcher Schaden auch bei **rechtmäßigem Alternativverhalten** eingetretenwäre (8 Ob 115/09h; 6 Ob 147/18p: Sturzwäre auch bei Bestellung eines Baustellenkoordinators und Anbringen einer Schutzvorrichtung eingetreten, weil Sturz auf die unsachgemäße Verwendung der Leiter zurückzuführen war; fraglich mE aber Beweismaß „Absturzsicherung hätte Absturz **eher nicht** verhindern können"), was nicht von Amts wegen, sondern – wie das Mitverschulden – **nur über Einwand des Schädigers** zu berücksichtigen ist (2 Ob 41/10h: Verstoß gegen § 7 Abs 2 StVO – Rechtsfahrgebot), wobei diesen dafür die **Beweislast** trifft (8 Ob 76/15g: Sorgfaltswidrige Prüfung durch Wirtschaftsprüfer, die dazu führte, dassGmbH nicht schon früher einen Insolvenzantrag stellen musste; für Behauptung, dass auch bei korrekter Prüfung kein Schaden derGmbH, ist Wirtschaftsprüfer beweispflichtig). Inwieweit die Zulassung des prima-facie-Beweises eine Besonderheit von Schutzgesetzverletzungen sein soll, erscheint mE zweifelhaft, ist doch ein solcher im Rahmen der freien Beweiswürdigung auch sonst zulässig.

19 Nach allgemeinen Beweislastregeln muss der Geschädigte sowohl die **Rechtswidrigkeit** als auch das **Verschulden** beweisen. Bei Übertretung von Schutzgesetzen weicht die Rspr davon ab. Wenn ein schutzgesetzwidriger Zustand gegeben ist, zB das Fahrzeug sich entgegen dem Rechtsfahrgebot des § 7 StVO auf der linken Seite befindet, hat der Geschädigte für das Vorliegen einer **objektiven Sorgfaltswidrigkeit** lediglich zu beweisen, dass ein Schutzgesetz übertreten wurde, was daraus abgeleitet wird, dass ein Fahrzeug sich entgegen dem Rechtsfahrgebot des § 7 StVO auf der linken Seite befindet (ZVR 1984/154); dem Schädiger wird lediglich die Entlastungsmöglichkeit eingeräumt, nachzuweisen, dass ihm die objektive Übertretung nicht als schutzgesetzbezogenes Verhaltensunrecht anzulasten ist (7 Ob 82/00k; 2 Ob 143/99i; 7 Ob 276/03v; 2 Ob 152/11h; 2 Ob 242/14y), weil er etwa durch ein anderes Fahrzeug auf die linke Seite geschleudert worden ist. Entsprechendes gilt für das **Verschulden**. Unter Berufung auf § 1298 wird dem Ersatzpflichtigen bloß eine Entlastungsmöglichkeit eröffnet; das **Verschulden des Schädigers** wird **vermutet** (2 Ob 83/95; 2 Ob 181/99z; 2 Ob 15/99s;

2 Ob 63/11w; 3 Ob 11/12g; 2 Ob 242/14y; 1 Ob 39/15i). Eine solche Entlastung gelingt selten (so ausnahmsweise in 1 Ob 16/00k; 2 Ob 211/15s: Verstoß gegen die Streupflicht des Anrai

ners gem § 93 Abs 1 StVO, Unzumutbarkeit der Streuung, weil diese stündlich hätte vorgenommen werden müssen). Auch insoweit verweist die Lit darauf, dass § 1298 lediglich auf Sonderverbindungen anzuwenden und lediglich ein prima-facie-Beweis zu befürworten sei. Ansonsten ergebe sich nach der Verschuldenshaftung eine **ähnlich strenge Haftung wie nach dem EKHG**, bei dem dem Ersatzpflichtigen immerhin eine Betragsbeschränkung (§§ 15 f EKHG) zugute komme. In Bezug auf das Verschulden sei der Unterschied zudem marginal, weil es zwar Unterschiede zwischen dem Verschulden und jeder nach den Umständen in Betracht kommenden Sorgfalt gem § 9 EKHG gebe, aber bei Anwendung des Sachverständigenmaßstabs des § 1299 eine Berufung auf individuelle Defizite ausscheide. Bedeutsam ist die Kontroverse in den non-liquet-Situationen, bei denen beweisrechtliche Unsicherheiten bestehen bleiben. Während die OGH-Rspr den Geschädigten begünstigt, plädiert die Lit für eine stärkere Entlastung des Ersatzpflichtigen. Die geschilderten Grundsätze zur Beweislast beim Verschulden – und mE wohl auch hinsichtlich der Kausalität – gelten auch im Rahmen des Mitverschuldens nach § 1304 (2 Ob 21/07p; 2 Ob 177/14i). Die Reichweite des Rechtswidrigkeitszusammenhangs stellt sich auch im Rahmen des Mitverschuldenszusammenhangs (2 Ob 185/17w: Befahren eines Schidoos mit überhöhter Geschwindigkeit um Mitternacht; [zu Unrecht erhobener] Vorwurf an den verletzter Rodler, dass Abfahrt wegen Verbots des Befahrens zwischen 17 Uhr und 8 Uhr früh nicht benutz werden hätte dürfen; 2 Ob 167/17y: Unfall im Tunnel; Maßgeblichkeit für die Beweislastverteilung beim Mitverschulden, ob Sicherheitsvorschriften als Schutzgesetz zu qualifizieren sind).

20 Da die Verhinderung von Rechtsverletzungen Vorrang hat vor deren Beseitigung, hat derjenige, dem ein Schaden aus der Verletzung eines Schutzgesetzes vorerst nur droht, gegen den potentiellen Schädiger einen **Unterlassungsanspruch** (9 Ob 59/14p: Ausstellung von Erlaubniskarten nach § 47 Abs 1 EisbG).

LexisNexis®

Christian Huber 25.1.2021

ABGB: Taschenkommentar, Schwimann/Neumayr

zu § 1312 ABGB (Huber)

I. ABGB > Zweiter Teil Von dem Sachenrechte > Zweite Abteilung Von den persönlichen Sachenrechten > Dreißigstes Hauptstück Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung · Huber · 5. Aufl März 2020

§ 1312 ABGB

§ 1312. Wer in einem Notfalle jemanden einen Dienst geleistet hat, dem wird der Schade, welchen er nicht verhütet hat, nicht zugerechnet; es wäre denn, dass er einen andern, der noch mehr geleistet haben würde, durch eine Schuld daran verhindert hätte. Aber auch in diesem Falle kann er den sicher verschafften Nutzen gegen den verursachten Schaden in Rechnung bringen.

Fassung JGS 1811/946

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1312 ABGB

zu § 1313 ABGB (Huber)

§ 1313 ABGB

5. durch fremde Handlungen;
§ 1313. Für fremde, widerrechtliche Handlungen, woran jemand keinen Teil genommen hat, ist er in der Regel auch nicht verantwortlich. Selbst in den Fällen, wo die Gesetze das Gegenteil anordnen, bleibt ihm der Rückersatz gegen den Schuldtragenden vorbehalten.

Fassung JGS 1811/946

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1313 ABGB

1 S 1 stellt die selbstverständliche Regel auf, dass **jeder grds für sich selbst verantwortlich** ist. Es gibt idR keine Einstandspflicht für fremdes Verhalten. Selbst wenn das ausnahmsweise so sein sollte, so namentlich in den Fällen, in denen das Verhalten von Gehilfen dem Geschäftsherrn zugerechnet wird, ordnet S 2 einen Rückgriffsanspruch gegen den an, der den Schaden letztlich tragen soll. Bei § 1313 geht es stets um ein 3-Personen-Verhältnis: Dritter, Geschäftsherr, Gehilfe. Geht es im **Außenverhältnis** um den Schadenersatzanspruch des geschädigten Dritten gegen den Geschäftsherrn oder auch den Gehilfen, sind in Bezug auf das **Innenverhältnis** zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen auch die Begriffe **Regressgläubiger** und **Regressschuldner** gebräuchlich. Häufig ist der Regressgläubiger der Arbeitgeber oder Generalunternehmer, der Regressschuldner der Arbeitnehmer oder Subunternehmer. Nach der Konzeption des ABGB kommt bloß ein Regressanspruch des Geschäftsherrn gegen den Gehil

fen in Betracht, wenn der Geschäftsherr tatsächlich dem Dritten gegenüber haftet und Schadenersatz tatsächlich geleistet hat (8 Ob 6/14m). Unter dem Regime des **DHG** ist auch ein Regressanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber möglich.

2 Wer **Gehilfe** ist, ist in § 1313a sowie § 1315 geregelt. Zudem kennen auch viele **Gefährdungshaftungsgesetze eigenständige Zurechnungsnormen**, so die § 9 Abs 2, § 19 Abs 2 EKHG; §§ 149, 156, 158 LFG; §§ 19, 29b LuftVG; § 53 Abs 4 ForstG; § 79h Abs 2 GTG, um in der Praxis besonders wichtige zu nennen.

3 § 1313 regelt den **Regressanspruch wegen eines Verstoßes im Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen**. Ein solcher Regressanspruch setzt aber einen **Anspruch des Dritten gegen den Geschäftsherrn** voraus; ein solcher ist aber mitunter nur bei Verschulden gegeben, sodass trotz Verschuldens des Gehilfen ein Regressanspruch gegen diesen zu verneinen ist (4 Ob 192/15m: Schuldhafte verspätete Rückstellung des Bestandobjekts an den Verpächter durch den bisherigen Pächter, dadurch Schaden des neuen Pächters, aber abgelehnter Ersatz bei Abtretung von dessen Schadenersatzanspruch gegen den bisherigen Pächter an den neuen Pächter, weil es beim Anspruch des neuen Pächters gegenüber dem Verpächter [Geschäftsherrn] an dessen Verschulden fehlte). Wenn dem Dritten neben dem Geschäftsherrn der Gehilfe zusätzlich haftet, zumeist aus Delikt, etwa bei Beschädigung oder Zerstörung der dem Dritten gehörenden Sache bzw Verletzung oder Tötung einer Person, ergibt

sich ein Regressanspruch **zusätzlich aus den Regeln über die Solidarschuld** (§§ 1302, 896). Der **Regress aus dem Innenverhältnis** kann aber umfangmäßig weiter reichen oder geringer ausfallen. **Weiter reichend** ist der Regress in Bezug auf Verfahrenskosten und Verzugszinsen (Näheres unten Rz 5), aber auch dann, wenn durch die berechtigte Heranziehung eines **Herstellungsgehilfen** durch den Geschädigten im Rahmen der Selbstbehebung des Schadens es zu einer Schadensausweitung kommt, ohne dass den Geschädigten ein Auswahlverschulden trifft (8 Ob 10/17d: Sanierung eines Baumangels durch die Wohnungseigentumsgemeinschaft bei einem Baumangel, für den der Bauunternehmer gegenüber dem Bauträger einzustehen hat). Eine Ausweitung kommt auch dann in Betracht, wenn der Geschäftsherr dem Dritten eine Konventionalstrafe versprochen hat, die höher ist als der konkrete Schaden des Dritten. Der Gehilfe haftet freilich nur, wenn sein Verhalten für die Pflicht des Geschäftsherrn zur Leistung der Konventionalstrafe kausal war (8 Ob 6/14m: Verneint bei Regress des Generalunternehmers gegen den Subunternehmer, Fehlen der Ursächlichkeit; offengelassen, ob Subunternehmer für Konventionalstrafe einstehen muss). Ein bloß **gekürzter Regressanspruch** ist gegeben, wenn das Innenverhältnis zwischen Geschäftsherr und Gehilfe ein Werkvertrag ist und den Geschäftsherrn (als Besteller) eine **Warnpflicht** gegenüber dem Unternehmer (als Gehilfen) nach § 1168a getroffen hat (7 Ob 24/13z: Einbau von Fensterbänken durch das Fassadenunternehmen [Gehilfe], wobei der Planer [Geschäftsherr] unzureichende Anweisungen erteilt hat) oder im Innenverhältnis eine **Haftungsbegrenzung** zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen wirksam vereinbart wurde (3 Ob 82/17f: Vereinbarung zwischen Dachdecker und Systemlieferanten, dass letzterer bei Schadenersatzansprüchen gegen ihn nur für die reine Schadensbehebung, nicht aber auch für Folgeschäden und entgangenen Gewinn haften soll; insoweit vom OGH aber auch Haftung für Verzugszinsen für die Kosten der Schadensbehebung bejaht). Besteht **keine direkte Einstandspflicht des Gehilfen gegenüber dem Dritten**, so etwa bei einem **reinen Vermögensschaden des Dritten** infolgeeiner Vertragsverletzung des Geschäftsherrn, kommt lediglich ein Regressanspruch des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen gem § 1313 in Betracht (ecolex 1990, 406; 2 Ob 168/01x: Reiner Vermögensschaden, Einstandspflicht eines Generalunternehmers wegen Fehlverhaltens eines Subunternehmers). Dieser ist ersatzfähig, sofern er nicht völlig außerhalb des Schutzzwecks des verletzten Vertrags liegt. Der Schaden bemisst sich danach, in welchem Ausmaß der Geschäftsherr gegenüber dem Dritten einstandspflichtig ist, sofern das Verhalten des Gehilfen dafür kausal war (8 Ob 6/14m: In Betracht kommend Ersatzpflicht des Bestellers gegenüber einem Mieter in Höhe von Auf- und Abbaukosten der Einrichtung sowie dessen frustrierten Werbeaufwendungen bei Regress des Generalunternehmers gegen den Subunternehmer).

4 Besteht zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen gegenüber dem Dritten eine **Solidarschuld**, lässt **erst die Leistung des Geschäftsherrn an den Dritten**, meist in Form einer Geldzahlung, den Regressanspruch entstehen. Vor diesem Zeitpunkt könnte auch der Gehilfe vom Dritten in Anspruch genommen werden. Gibt es **keinen Direktanspruch des Dritten gegen den Gehilfen**, könnte der Schaden des Geschäftsherrn schon darin gesehen werden, dass das Vermögen des Geschäftsherrn noch vor der Begleichung der Schadenersatzpflicht gegenüber dem Dritten bereits mit einer Verbindlichkeit belastet ist, mit der Folge, dass der Geschäftsherr nicht selbst in Vorlage treten, sondern vom Gehilfen **Freistellung** von dieser Einstandspflicht gegenüber dem Dritten verlangen könnte (so 6 Ob 159/15y unter Hinweis darauf, dass es sich insoweit um einen positiven Schaden und Aufwendungen zur Naturalrestitution handle; vor allem dürfe dieser Weg nicht zu einer Verschiebung des Insolvenzrisikos führen – in concreto war sowohl über das Vermögen des Klägers als auch des Beklagten das Insolvenzverfahren eröffnet). Anspruchsgrundlagewäre die Verletzung des zwischen ihm und dem Gehilfen geschlossenen Vertrags und dem daraus resultierenden Vermögensschaden. Doch auch in diesen Fällen geht die Rspr davon aus, die **Zahlung des Geschäftsherrn an den Dritten** als **Regressvoraussetzung** zu betrachten, wofür auch der Wortlaut „Rückersatz" in § 1313 S 2 bemüht wird (SZ 60/73; ebenso 9 Ob 236/99t; 3 Ob 35/07d; 3 Ob 82/17f: Regress des Dachdeckers gegen den Systemlieferanten nach Inanspruchnahme des Dachdeckers durch den Generalunternehmer). Allerdings soll das nur für Schadenersatzansprüche des geschädigten Dritten gegen den Geschäftsherrn gelten, nicht aber einen auf Verschulden beruhenden Anspruch aus einem

Haftungsbescheid nach § 9 BAO (6 Ob 159/15y: Forderung des Finanzamtes wegen offener USt). Folgerichtig wäre, jedenfalls bei Bestehen eines Schadenersatzanspruchs zwischen Regressgläubiger und Regressschuldner, – zumindest wahlweise – einen Anspruch des Regressgläubigers gegen den Regressschuldner auf **Befreiung von der Schuld** anzunehmen.

4a Bedeutsam ist das auch für den **Lauf der Verjährungsfrist** für den auf Schadenersatz gestützten Regressanspruch, der nicht mit Eintritt des Schadens beim Dritten, der Kenntnis des Schadens durch den Regressgläubiger, sondern **erst mit Zahlung** des Regressgläubigers an den Drittgeschädigten zu laufen beginnt (4 Ob 2017/96p; 8 Ob 26/10x; 5 Ob 125/15s: Zahlung oder endgültige Entscheidung des Vorprozesses). Insofern ergibt sich aus § 1313 S 2 ein **späterer Beginn der Verjährungsfrist** als der sich aus der **Verletzung des Vertrags zwischen Regressgläubiger und Regressschuldner** ergebende Verjährungsbeginn, für den es nach § 1489 auf Kenntnis von Schaden und Schädiger ankommt. Ein vertraglicher Schadenersatzanspruch aus dem Subunternehmervertrag und ein Regressanspruch nach § 1313 S 2 bestehen nebeneinander mit der Folge **unterschiedlicher Verjährungsfristen** (3 Ob 35/07d). Hat ein Bauherr Schadenersatz- bzw Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Generalunternehmer durch eine **Haftrücklassgarantie** gesichert, die der Bauherr abruft, kommt es für den Beginn der Verjährungsfrist des Regressanspruchs des Generalunternehmers (Regressgläubiger) gegen den Subunternehmer (Regressschuldner) gem § 1313 S 2 darauf an, zu welchem Zeitpunkt der Generalunternehmer gegenüber dem Drittgeschädigten die Inanspruchnahme aus der Garantie als Ersatz für die Kosten der Mangelbehebung angesehen hat. Das **bloße Abrufen der Garantie** ist hingegen ohne Bedeutung, weil es sich um eine **bloß vorläufige Zahlung** handelt und ein Regressanspruch nach § 1313 S 2 einen **berechtigten Anspruch des Drittgeschädigten gegen den Regressgläubiger** voraussetzt (3 Ob 186/10i sowie 3 Ob 182/11b [2. Rechtsgang]). Hinzuweisen ist darauf, dass der OGH in 2 Ob 216/13y (Regressanspruch, der im Weg einer Legalzession nach § 13 VOEG – nach dem Vorbild des § 1358 bzw § 67 VersVG – auf den Regressgläubiger übergegangen ist) für den Verjährungsbeginn nicht auf den Zeitpunkt der Zahlung, sondern – allein – den der Anspruchsentstehung abgestellt hat. Strukturell unterscheidet sich diese Konstellation nicht vom Regressanspruch nach § 1313 S 2, sodass der Regressgläubiger aus Vorsichtsgründen gegen den Regressschuldner eine **Feststellungsklage** erheben oder diesem zumindest den **Streit verkünden** sollte.

5 Ausgangspunkt des Regressanspruchs des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen nach § 1313 S 2 ist der dem Dritten geschuldete Schadenersatz. Dazu kommen aber mitunter weitere **Verfahrenskosten**. Wird der Geschäftsherr nämlich vom Dritten belangt, leistet der Geschäftsherr häufig nicht freiwillig Ersatz. Er geht davon aus, dass der Gehilfe den Vertrag mit ihm

Seite 1620

ordnungsgemäß erfüllt hat, sodass auch seine Leistung an den Dritten ordnungsgemäß war. Im Regelfall geht es um den **gleichen Leistungsstandard**. Ist das Ergebnis des Prozesses zwischen dem Geschädigten und dem Geschäftsherrn, dass die Leistung ordnungsgemäß ist, stellt sich im Regelfall keine Regressfrage – der Geschäftsherr hat keinen Schaden erlitten. In Betracht kommen allenfalls Kosten des Geschäftsherrn für den eigenen Anwalt, die bei Insolvenz des Prozessgegners auch bei Obsiegen nicht überwälzbar sind. Insoweit liegt ein allgemeines Lebensrisiko vor; der Gehilfe ist schon deshalb nicht ersatzpflichtig, weildieser sich nicht rechtswidrig verhalten hat. Führt der mit dem Dritten geführte Prozess jedoch zum Ergebnis, dass dem Dritten ein Schadenersatzanspruch zusteht, ist das Vermögen des Geschäftsherrn zusätzlich mit den **des verlorenen Prozesses zwischen Drittem und Geschäftsherrn** belastet. Der Rückersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen nach § 1313 S 2 umfasst grds auch diese (2 Ob 256/00m; 2 Ob 168/01x; 3 Ob 53/02v; 5 Ob 125/15s; 7 Ob 114/15p ; 8 Ob 63/16x), sofern der Prozess nicht von vornherein aussichtslos war (1 Ob 40/02t; 3 Ob 53/02v; 4 Ob 197/05g). Insofern handelt es sich um einen Schadenersatzanspruch; die Prozesskosten sind eine kausale Folge der Schlechterfüllung (10 Ob 43/16w; 7 Ob 39/17m). Das giltinsb dann, wenn der Regressschuldner weiß, dass die Leistung einem Dritten zugute komme und der Regressgläubiger es nicht in der Hand habe, Prozesskosten zu vermeiden, wenn er vom Dritten verklagt werde (10 Ob 79/05y: Unzureichende Isolierung eines Mehrfamilienhauses durch

den Generalunternehmer). Bei einem Aktivprozess wird hingegen verlangt, dass der Gehilfe (= Regressschuldner) durch unrichtige Angaben den Geschäftsherrn (= Regressgläubiger) dazu veranlasst hat, den Vorprozess zu führen (6 Ob 50/16w). In der E 3 Ob 313/01b wurde die Ersatzfähigkeit von einer **vorausgehenden Streitverkündung des Geschäftsherrn an den Gehilfen** abhängig gemacht. Eine solche sollte vom Geschäftsherrn schon aus Gründen der **Bindungswirkung** stets erfolgen; sofern er aber den Nachweis führen kann, dass die entsprechenden Prozesskosten auch bei Streitverkündung angefallen wären, weil der Gehilfe die Ordnungsgemäßheit der Leistung behauptete, ist diese Einschränkung nicht berechtigt, worauf in der Lit hingewiesen wurde. Wurde vom Geschäftsherrn dem Gehilfen **im Vorprozess der Streit verkündet**, kann der Gehilfe nicht einwenden, dass der Geschäftsherr ihm gegenüber gegen die **Schadensminderungsobliegenheit** verstoßen hat, als er kein Rechtsmittel im Vorprozess eingelegt hat; das hätte der Nebenintervenient nämlich selbst machen können (7 Ob 114/15p).

6 War die Einstandspflicht des Geschäftsherrn gegenüber dem Dritten auf eine schuldhafte Verletzung des Vertrags zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen zurückzuführen, sieht **§ 1313 S 2** einen **Rückersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen** vor. Der für fremdes Handeln Haftende bildet wirtschaftlich gesehen nur das Durchgangsstadium der Haftung (so die prägnante Ausdrucksweise in 8 Ob 6/14m). Das **DHG korrigiert diese Wertung** : Bei **entschuldbarer Fehlleistung** haftet der Arbeitnehmer gem § 2 Abs 3 DHG gar nicht, bei **leichter Fahrlässigkeit** kann die Einstandspflicht des Arbeitnehmers gemäßigt oder erlassen werden; und selbst bei **grober Fahrlässigkeit** kommt immer noch eine Mäßigung des Anspruchs in Betracht (§ 2 Abs 1 DHG). Dies führt dazu, dass der nach § 1313 S 2 vorgesehene Regressanspruch des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen, wenn es sich um Arbeitgeber und Arbeitnehmer handelt, in solchen Fällen nicht oder bloß partiell greift. Der Arbeitgeber kann auch gehalten sein, eine Rechtsschutz- und/oder Haftpflichtversicherung in Anspruch zu nehmen, wenn der Arbeitnehmer mitversichert ist und nicht einem Regressanspruch nach § 67 VersVG ausgesetzt ist (9 ObA 69/11d). Vielmehr kommt ausnahmsweise ein **Regressanspruch des Gehilfen gegen den Geschäftsherrn** in Betracht, wenn dieser dem Dritten, etwa wegen einer deliktischen Schädigung, unmittelbar haftet und der Dritte nicht den Arbeitgeber, sondern den Arbeitnehmer belangt. Im Fall der **Insolvenz des Arbeitgebers** schlägt die aus dem DHG sich ergebende „Haftungsprivilegierung" des **Innenverhältnisses** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht auf das **Außenverhältnis** des Arbeitnehmers gegenüber dem Dritten durch. Die Folge ist, dass der Geschädigte vom Arbeitnehmer in vollem Umfang Ersatz verlangen kann, ohne dass der Regressanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber wegen dessen Insolvenz zum Erfolg führt, was für den Arbeitnehmer bei Fehlen einer Haftpflichtversicherung **existenzbedrohende Folgen** haben kann. Ein Regressanspruch wird **erst nach Zahlung** angenommen, ein **Befreiungsanspruch** bei Eintritt des Schadens oder Geltendma

chung des Anspruchs durch dengeschädigten Dritten wird mE zu Unrecht abgelehnt (8 ObA 33/11b: Pfändung des „Befreiungsanspruchs" des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber), kann doch das gesamte Vermögen des Arbeitnehmers unter Einschluss seines Wohnsitzes aufgezehrt sein, ehe er Rückersatz erlangen kann.

7 Die §§ 3 und 4 DHG regeln ausdrücklich, dass der Regressanspruch **auch die notwendigen Verfahrenskosten** umfasst. Dazu können auch die (Vertretungs-)Kosten einer außergerichtlichen Regulierung gehören; eine **Bindungswirkung der Vereinbarung** zwischen Geschäftsherrn und Drittem zu Lasten des Gehilfen besteht nicht, sodass der Gehilfe einwenden kann, dass der Geschäftsherr sich mit dem Dritten über eine überhöhte Schadenersatzforderung verglichen hat (8 Ob 6/14m). Für den Regressanspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer folgt der Einschluss der Verfahrenskosten schon aus der sich aus § 1313 S 2 ergebenden allgemeinen Regel. § 4 Abs 2 DHG ist insofern eine – unschädliche – Wiederholung bzw Klarstellung. § 3 Abs 2 DHG, der den **Regressanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber** regelt, hat hingegen **eigenständige normative Bedeutung**, weil sich aus § 1313 S 2 gerade kein Regressanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber ableiten ließe. § 4 Abs 2 DHG erwähnt indes, dass der Regress unter Einschluss der notwendigen Verfahrenskosten voraussetzt, dass der Arbeitgeber vor der Zahlung an den Dritten entweder das Einverständnis des Arbeitnehmers eingeholt hat oder die Zahlung aufgrund eines rechtskräftigen Urteils erfolgt

sein muss. Der OGH hält sich an den **Wortlaut** und nimmt diesbezüglich **keine teleologische Reduktion** vor (9 ObA 183/91; 9 ObA 79/98b; 8 ObA 40/09d). Das ist in jenen Fällen misslich und im Ergebnis unberechtigt, in denen die Prozessführung aussichtslos ist. Zudem kann der **Arbeitgeber ein legitimes Interesse** daran haben, den **Streit mit dem Dritten außergerichtlich zu regulieren** oder erst gar nicht entstehen zu lassen. Für den Regressanspruch gegen den Arbeitnehmer wird der Arbeitgeber gezwungen, einen aussichtslosen Prozess zu führen, wodurch er an sich gegen seine Schadensminderungsobliegenheit (§ 1304) verstößt. Das ist nicht nur **unsinnig**, sondern **auch unwirtschaftlich**, weil auch der Rückersatz in Bezug auf die Verfahrenskosten dem Mäßigungsrecht unterliegt, sodass der Gesetzgeber den Arbeitgeber in eine Zwickmühle drängt, aus der es kein Entrinnen gibt. Das ist in der Lit bereits zu Recht heftig kritisiert worden. Den Interessen des Arbeitnehmerswäre ausreichend Rechnung getragen, wenn er beim Regressanspruch des Arbeitgebers gegen ihn alle Einwendungen entgegensetzen könnte, die auch im Außenverhältnis, also beim Schadenersatzanspruch des Dritten gegen den Arbeitgeber, hätten entgegengesetzt werden können.

8 Beruht die Einstandspflicht des Geschäftsherrn gegenüber dem Dritten auf einer schuldhaften Vertragsverletzung des Gehilfen gegenüber dem Geschäftsherrn, hat der Geschäftsherr gegen den Gehilfen neben dem Anspruch aus § 1313 S 2, der eine Leistung des Geschäftsherrn an den Dritten voraussetzt, einen Schadenersatzanspruch wegen Vertragsverletzung. Ein vom Geschäftsherrn durch sein **Verhandlungsgeschick gegenüber dem Dritten erreichtes vorteilhaftes Verhandlungsergebnis** muss er grds nicht an den Gehilfen weitergeben, es sei denn, die Leistungen von General- und Subunternehmer sind so eng miteinander verbunden und gegenseitig abhängig, dass eine **strikte Trennung zu grob unbilligen Ergebnissen** führen würde (8 Ob 651/93; 6 Ob 40/98w; 5 Ob 48/15t : Werklohnklage des Subunternehmers gegen den Generalunternehmer).

LexisNexis®

Christian Huber 25.1.2021

ABGB: Taschenkommentar, Schwimann/Neumayr

zu § 1314 ABGB (Huber)

§ 1314 ABGB

§ 1314. Wer eine Dienstperson ohne Zeugnis aufnimmt oder wissentlich eine durch ihre Leibes- oder Gemütsbeschaffenheit gefährliche Person im Dienste behält oder ihr Aufenthalt gibt, haftet dem Hausherrn und den Hausgenossen für den Ersatz des durch die gefährliche Beschaffenheit dieser Personen verursachten Schadens.

Fassung RGBl 1916/69

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1314 ABGB

zu § 1315 ABGB (Huber)

§ 1315 ABGB
§ 1315. Überhaupt haftet derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheit bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt.

FassungRGBl 1916/69

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1315 ABGB

1 Der in § 1315 geregelte **Besorgungs- oder Verrichtungsgehilfe** (synonyme Begriffe) stellt den **Gegenpol zu § 1313a** (Erfüllungsgehilfen) dar. Es geht um die **Zurechnung des Fehlverhaltens eines Gehilfen außerhalb einer Sonderverbindung**, somit im deliktischen Bereich (7 Ob 58/18g: Ausrutschen des Vaters auf der Außentreppe bei Begleitung seines 8-jährigen Sohns; wenn nicht ausnahmsweise öffentlich-rechtliche Sonderbeziehung bloß allgemeine Verkehssicherungspflicht mit der Folge der Zurechnung des Verhaltens von Gehilfen nach § 1315). Die Zurechnung bei § 1315 wird als zu wenig weitreichend angesehen. Diese rechtspolitische Einschätzung ist deshalb bedeutsam, weil sich die Rspr um eine **Gegensteuerung auf anderen Gebieten** bemüht: Zu nennen sindinsb der weite Begriff des Repräsentanten (unten Rz 11 f), das Organisationsverschulden des Geschäftsherrn (unten Rz 13), die culpa in contrahendo sowie der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

2 Abgesehen vom Bestehen oder Fehlen einer Sonderverbindung gibt es zwischen einem Besorgungsgehilfen nach § 1315 und einem Erfüllungsgehilfen nach § 1313a **Gemeinsamkeiten und Unterschiede** : Wie beim Erfüllungsgehilfen kommt es beim Besorgungsgehilfen nicht darauf an, ob dieser **dauernd** oder **nur einmalig** – bei Setzung des Fehlverhaltens – für den Geschäftsherrn tätig war. Ebenso ohne Bedeutung ist, ob zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen ein **Vertragsverhältnis**, etwa ein Arbeitsvertrag, bestand oder der Gehilfe eine **bloß faktische Tätigkeit** ausgeübt hat (JBl 1968, 473: Arbeitsverhältnis nicht Voraussetzung für Zurechnung nach § 1315). Auf ein **Verschulden des Gehilfen** kommt es auch bei § 1315 nicht an. Noch heikler als bei § 1313a ist die Frage der Zurechnung des Verhaltens bei Besorgung von Angelegenheiten des Geschäftsherrn. Bei § 1313a kann man das immerhin an der **Erfüllung einer Sonderverbindung** oder der damit im Zusammenhang stehenden Verhaltensweise festmachen. Bei § 1315 muss es sich um **Tätigkeiten im Aufgaben- und Verantwortungsbereich des Geschäftsherrn** handeln; ein **innerer Zusammenhang** zu diesen muss gegeben sein (ZVR 1985/44: Abgelehnt bei Schwarzfahrt; diese ist keine Besorgung).

3 Anders als bei § 1313a ist bei § 1315 umstritten, ob sich der Geschäftsherr auch das **Verhalten eines weisungsfreien Unternehmers** zurechnen lassen muss. Die ältere Rspr (SZ 48/110; JBl 1980, 590) bejahte das; neuere gibt es nicht. Die Lehre lehnt eine Zurechnung eines Unternehmers, soweit er keinen Weisungen des Geschäftsherrn unterworfen ist, strikt ab. Der Geschäftsherr kann in solchen Fällen nämlich keinen Einfluss auf den Gehilfen nehmen; umso weniger, wenn der betraute Unternehmer Arbeitnehmer einsetzt, wie das im Regelfall gegeben sein wird. Das bei § 1313a tragende Argument, dass sich niemand einer eigenenVerpflichtung –

aus einer Sonderverbindung – durch Einsatz von (weisungsfreien) Unternehmern entziehen können soll, greift bei § 1315 gerade nicht. Bei Einsatz weisungsfreier Unternehmer befürwortet die Lehre bloß eine Haftung des Geschäftsherrn für **Auswahl-** und **Überwachungsverschulden** (3 Ob 45/16p: Übertragung der Schneeräumpflicht an einen Mieter; offen gelassen, ob eigenverantwortlich Handelnder oder Gehilfe nach § 1315). Sofern es sich um die **Übertragung von Pflichten an einen selbständig Handelnden** handelt, beschränkt sich die Haftung des ursprünglich Verpflichteten auf ein **Auswahl- und Überwachungsverschulden** ; bei Einsatz als Gehilfe hat der Geschäftsherr dafür ebenfalls einzustehen; zusätzlich aber noch nach § 1315 für dessen Untüchtigkeit und bei seinem Wissen auch für dessen Gefährlichkeit. Das Fehlverhalten des **gesetzlichen Vertreters** wird dem Mj **nicht** nach § 1315 zugerechnet, was mit dem Minderjährigenschutz begründet wird. Eine Ausnahme wird dann angenommen, wenn der Mj ein Unternehmen betreibt.

4 In der Lit werden Bedenken vorgebracht, dass es bei **Untüchtigkeit eines Gehilfen** zu einer **reinen Erfolgshaftung** komme, weil der Geschäftsherr, unabhängig von einem eigenen Verschulden bei der Auswahl oder Überwachung, einzustehen habe (so SZ 48/110). In der Praxis führt das aber deshalb kaum jemals zu unangemessenen Ergebnissen, weil ein Gehilfe typischerweise erst eingesetzt wird, nachdem der Geschäftsherr seine Eignungüberprüft hat; und eine Untüchtigkeitwäre ihm dabei aufgefallen oder hätte ihm jedenfalls auffallen müssen. Setzt der Geschäftsherr einen Gehilfen für die Schneeräumung, der noch nie bei einem Winterdienstunternehmen gearbeitet hatte, ist daraus nicht auf dessen Untüchtigkeit zu schließen, weil die Besorgung des Winterdienstes keine speziellen Fachkenntnisse erfordere (9 Ob 69/17p:

Seite 1639

Mitarbeiter hat lediglich vor dem Haus gestreut, nicht aber bei den hinteren Eingängen; womöglich war der Mitarbeiter der deutschen Sprache nicht mächtig oder der Geschäftsherr hat das unzureichend ausgedrückt, wurde doch schon im Vertrag zwischen Hauseigentümer und Geschäftsherrn [Winterdienstunternehmen] zu Unrecht auf § 93 StVO Bezug genommen, der den hinteren Bereich gerade nicht mit einschließen würde, was aber in concreto gewollt war). Dazu kommt, dass ein **einmaliges Versagen grds nicht als Untüchtigkeit** zu qualifizieren ist (ÖJZ 1986/75; 4 Ob 4/15i: In concreto freilich bejaht, weil aus den Umständen auf einen habituellen Hang zur Nachlässigkeit geschlossen werden kann; mE ist fraglich, ob dieses Kriterium greifbar bzw justiziabel ist; 2 Ob 15/16v: Einmalige Unaufmerksamkeit beim Anziehen einer Mutter bei einem Eisenbahnwaggon, was zudem mehrere tausend km gehalten hat). Die Untüchtigkeit ist ein relativer Begriff. Sie beurteilt sich nach der Tätigkeit, für die der Gehilfe vom Geschäftsherrn eingesetzt worden ist (SZ 60/49: Journalist). Zudem muss ein **innerer Zusammenhang zwischen Untüchtigkeit und Schädigung** bestehen, wofür auf den Wortlaut „in dieser Eigenschaft" verwiesen wird (ÖJZ 1986/75: Keine Zurechnung bei einer strafbaren Handlung, die inhaltlich mit auszuübender Tätigkeit nichts zu tun hat).

5 **Untüchtigkeit** ist nur dann gegeben, wenn es sich um einen **Dauerzustand** handelt, der Gehilfe nach **Ausbildung und Veranlagung** ungeeignet ist (ZVR 1990/85: Unzureichende Absicherung einer Baugrube in einem von Fußgängern stark frequentierten Bereich durch einen Polier), nicht über die **erforderlichen Kenntnisse** verfügt (SZ 48/110) oder auch **charakterliche Unzulänglichkeiten** wie etwa Trunksucht (SZ 25/68) aufweist. Weitere Indizien sind **mehrmaliges Versagen** (ÖJZ 1986/75) sowie **grob fahrlässiges Verhalten** (SZ 34/111: Grobe Unkenntnis betriebsnotwendiger Vorschriften; SZ 60/49: Gröbliche Verletzung journalistischer Sorgfalt; aA aber 2 Ob 107/98v; 9 Ob 79/06t; 7 Ob 185/11y: Kein Schluss von einmaligem Fehlverhalten, selbst wenn es grob fahrlässig war, auf Untüchtigkeit; 3 Ob 45/16p: Aus [vorübergehendem] Unterlassen des Streuens während eines Zeitraums von zwei Wochen infolge krankheitsbedingter Bettlägerigkeit nicht auf Untüchtigkeit zu schließen). Trotz Reformbedürftigkeit der Norm ist das keine Grundlage, das Kriterium der Untüchtigkeit interpretativ zu korrigieren und leicht fahrlässiges Verhalten als Untüchtigkeit zu werten (2 Ob 107/98v: Unzureichende Absicherung der Baustelle). Gleichwohl dürfte **in der Praxis aus einem besonders gravierenden Fehler (gröbste Fahrlässigkeit?) auf die Untüchtigkeit geschlossen** werden (4 Ob 4/15i: Völlig fehlende Gullyabdichtung sowie Unterbleiben einer Ichsenabdichtung im Duschraum eines Fitnessstudios, was den Eintritt eines Wasserschadens

nahezu zwingend vorhersehbar macht), hat doch der Geschädigte, der neben der Gehilfeneigenschaft und dem Fehlverhalten bei Besorgung einer Angelegenheit des Geschäftsherrn auch für das Vorliegen der Untüchtigkeit beweispflichtig ist (9 Ob 69/98g ; 6 Ob 276/98a), keine näheren Kenntnisse aus der Sphäre des ersatzpflichtigen Geschäftsherrn. Die **Identität des jeweiligen Gehilfen** ist **nicht nachzuweisen** ; ausreichend ist, dass das Verhalten – wer von den Gehilfen des Geschäftsherrn auch immer es gesetzt hat – den Schluss auf die Untüchtigkeit des Gehilfen zulässt (JBl 1978, 91; ZVR 1990/85). Die **Beweislast für die Untüchtigkeit des Gehilfen** trifft den **Geschädigten** (7 Ob 185/11y; 1 Ob 160/15h; 3 Ob 45/16p), bei Unterlassung kommt ihm freilich der prima-facie-Beweis zugute (2 Ob 127/08b; 2 Ob 173/11x: Streupflichtverletzung durch das betraute Unternehmen im Rahmen von § 93 Abs 5 StVO). Lässt man nicht gröbste Fahrlässigkeit beim konkreten (einmaligen) Schadensfall genügen, gerät der Geschädigte in enorme Beweisschwierigkeiten, hat er doch typischerweise keine Kenntnis, wie sich der – untüchtige – Gehilfe sonst verhalten hat. Insoweit ist dem Geschäftsherrn eine sekundäre Darlegungslast aufzuerlegen.

6 Die **Gefährlichkeit** eines Gehilfen beurteilt sich nach dessen körperlichen, geistigen oder charakterlichen Anlagen. Genannt werden Trunksucht, Kleptomanie oder Geisteskrankheit. Auch bei wiederholten Vorsatztaten ist Gefährlichkeit anzunehmen (ZVR 1987/109: Gebrauchsdiebstahl). Zudem muss ein Zusammenhang bestehen zwischen der Gefährlichkeit und dem eingetretenen Schaden (ZVR 1985/44), eine **Ausprägung der teleologischen Auslegung** der Norm. Zudem wird bei § 1315 – was nach der hier vertretenen Ansicht auch bei § 1313a richtig wäre – vertreten, dass eine Einstandspflicht des Geschäftsherrn nur gegeben ist, wenn durch Einsatz des Gehilfen zur Besorgung von Angelegenheiten des Geschäfts

Seite 1640

herrn das **Risiko des Geschädigten, durch den Gehilfen geschädigt zu werden, signifikant erhöht** wurde. Das bedeutet, dass der Geschäftsherr zwar einzustehen hat, wenn der Gehilfe durch die ihm übertragene Aufgabe günstigere Bedingungen für einen Diebstahl oder eine Vergewaltigung vorfindet, eine Haftung aber abzulehnen ist, wenn der Gehilfe einen Diebstahl auf dem Weg zur Arbeit begeht, weil sich insoweit nur **das allgemeine Lebensrisiko** verwirklicht.

7 Eine Einstandspflicht des Geschäftsherrn setzt zudem voraus, dass er von der **Gefährlichkeit des Gehilfen Kenntnis** hatte, was der Geschädigte zu beweisen hat (ZVR 1985/44; ZVR 1987/109; 3 Ob 296/98w). Das Wissen muss sich dabei bloß auf die Gefährlichkeit an sich beziehen, nicht auch auf die Möglichkeit einer Schadenszufügung. Schon die Gefährlichkeit wird aber selten gegeben sein; noch seltener freilich das Wissen des Geschäftsherrn darüber. Und selbst wenn beides einmal gegeben sein sollte, wird der Geschädigte das nicht beweisen können. Wie das **Fehlen aktuellen Fallmaterials** belegt, hat die **Variante der Gefährlichkeit bei § 1315 kaum praktische Bedeutung**. Ist bei Gefährlichkeit auch Untüchtigkeit des Gehilfen gegeben, wird sich der Geschädigte für diese Variante entscheiden, weil es insoweit auf das Wissen des Geschäftsherrn nicht ankommt. Die Hürde des Wissens ist zudem heute schon deshalb überholt, weil selbst bei Wissenmüssen des Geschäftsherrn über die Gefährlichkeit des Gehilfen und einem Einsatz bzw einem Unterlassen von dessen unverzüglicher Abberufung ein **Verstoß gegen die Verkehrssicherheit** gegeben ist.

8 Die Grundsätze des § 1315 gelten auch bei **Zurechnung des Gehilfenverhaltens** im Rahmen des **Mitverschuldens** (4 Ob 204/08s: Mitverschulden des Begleiters eines blinden Schifahrers; bestätigt in 6 Ob 182/09x; 8 Ob 21/11p, 8 Ob 9/13a). Der OGH beendet damit eine in der Lit außerordentlich kontrovers beurteilte Frage und schließt sich der „ **Gleichbehandlungsthese** " auf Schädiger- und Geschädigtenseite an. Bedeutsam ist sie in erster Linie dafür, wer sich mit dem schuldhaft handelnden Gehilfen auseinanderzusetzen und wer dessen Insolvenzrisiko zu tragen hat, nämlich typischerweise der **Schädiger** und nicht der geschädigte Geschäftsherr.

9 In anderem Zusammenhang hat der Gesetzgeber eine **weiter reichende Zurechnung des Gehilfenverhaltens außerhalb einer Sonderverbindung** vorgenommen. Bei der Wegehalterhaftung (§ 1319a) sowie in Art 19 S 2 Montrealer Abkommen (dazu 6 Ob 131/12a: Mangels Einflusses keine Zurechnung des Fehlverhaltens des Flughafenbetreibers an die Fluglinie,

insoweit restriktiver als die Zurechnung nach § 1313a) ist eine Leutehaftung angeordnet; auch im Rahmen der **Gefährdungshaftung** (zB § 19 Abs 2 EKHG [2 Ob 97/18f: Zurechnung des Fehlverhaltens eines von einem Drittunternehmen bereit gestellten Kleinwagenführers an das Eisenbahninfrastrukturunternehmen als Betriebsunternehmer nach § 5 EKHG; § 56 Abs 2 ForstG) geht die Zurechnung weit über § 1315 hinaus. Das nimmt der OGH zum Anlass der **Ausdehnung der Zurechnung des Gehilfenverhaltens bei gefährlichen Betrieben**. Was ein gefährlicher Betrieb ist, ist dabei umstritten. Voraussetzung ist, dass eine besondere Gefahr nach der **Art des Betriebs** allgemein und regelmäßig vorhanden ist (JBl 1986, 525) bzw eine Gefährdung Dritter nicht bloß infolge zufälliger konkreter Umstände, sondern wegen der **allgemeinen Beschaffenheit des Betriebs in besonderem Maße** gegeben ist (9 Ob 79/06t: Abgelehnt bei Abbrucharbeiten neben einem Lebensmittelmarkt; implizit bejaht in 4 Ob 89/10g : Bei Abbrucharbeiten Anspruch nach § 364a bejaht, Haftung nur bei vorsätzlichem Verhalten des Baggerfahrers ausgeschlossen). Danachwurden als **gefährliche Betriebe** bejaht ein Sessellift (SZ 26/75) oder ein Feuerwerk (SZ 46/36), jedoch verneint bei einem Schlepplift (SZ 39/69; vor Inkrafttreten von § 9a EKHG), einem Sturmboot im Wiener Prater (JBl 1985, 556), einer Geisterbahn (3 Ob 5126/88), einer Sommerrodelbahn (1 Ob 549/92), einer Go-Kart-Bahn (2 Ob 239/99g; 2 Ob 84/00t) oder der Lagerung von Sprengstoff in einem Raum ohne Wissen des Wohnungsinhabers (1 Ob 306/99b). Bei Schadenersatzansprüchen nach § 1330 ist § 1315 anzuwenden; in Bezug auf **Unterlassungsansprüche** findet jedoch eine weitergehende Zurechnung in Anlehnung an den (mittelbaren) Störerbegriff der actio negatoria statt (6 Ob 203/16w: Ruf schädigende Äußerungen eines Mitarbeiters; Bericht eines Medieninhabers über den Ankauf einer Luxusimmobilie eines der reichsten Fondsmanager Großbritanniens aufgrund

Seite 1641

einer Indiskretion der Maklerin, in concreto Anspruch abgelehnt wegen der Rolle der Medien las „public watchdog").

10 Eine beträchtliche Erweiterung der Einstandspflicht des Geschäftsherrn für das Verhalten für ihn tätiger Personen erfolgt durch die **Zurechnung des Verhaltens von Organen an juristische Personen** gem § 26, sei es nun eine Kapitalgesellschaft wie eine AG oderGmbH (JBl 1990, 528), eine Gebietskörperschaft oder ein ideeller Verein (2 Ob 569/95). Dabei kommt es nicht auf das Bestehen von Allein- oder Gesamtvertretungsbefugnis an, weil es nicht um die Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, sondern die **Zurechnung des (faktischen) Fehlverhaltens** geht (10 Ob 86/14s). Beim Verhalten dieser Personen liegt terminologisch keine Zurechnung von fremdem Verhalten vor; vielmehr gilt das **Verhalten solcher Organe** als **Verhalten der juristischen Person** selbst (10 Ob 86/14s). Auf deren Untüchtigkeit oder Gefährlichkeit kommt es nicht an – wie bei einem Verhalten des Geschäftsherrn selbst auch nur dessen rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten maßgeblich ist. Solche Organe haften dann **grds gegenüber geschädigten Dritten nicht persönlich** (8 Ob 62/16z: Beschädigung von Vorbehaltsware des Lieferanten beim Abbau zur Rückstellung nach Vertragsrücktritt nach Verzug durch den Vater derGmbH-Geschäftsführerin und dessen Helfer).

11 Die Zurechnung des Fehlverhaltens erfolgt bei solchen juristischen Personen über die **Organe** hinaus auch auf solches eines **Repräsentanten**. Grundgedanke ist, dass die Vermögensmasse, die den Vorteil des Machthabers genießt, auch die daraus entstehenden Nachteile zu tragen haben soll (3 Ob 180/03x; 9 Ob 9/11f). Angeknüpft wird dafür an § 337. Das ist eine Person in **verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion mit gehobenem Wirkungskreis** (2 Ob 107/98v: Der für eine Straßenbaustelle „bauleitende Ingenieur" einerGmbH; 4 Ob 179/99y: Der für die Gebäudesicherheit zuständige Bautechniker der Bundesbaudirektion; 4 Ob 75/09x: Verantwortlicher für die Sicherheit der Gräber auf einem Friedhof; 2 Ob 162/08z: Baustellenkoordinator; 7 Ob 197/16w: „Gehobene" Stellung; 2 Ob 73/17z: Bauleiter mit eigenständiger Leitungs- und Kontrollbefugnis zur Vermeidung von Arbeitsunfällen – in concreto bedeutsam wegen der Zurechnung des Verhaltens als Repräsentant nach § 334 Abs 1ASVG). Auch wenn das ausdrücklich so noch nicht ausgesprochen wurde, handelt es sich jedenfalls bei **leitenden Angestellten** bzw Beamten mit vergleichbarem Aktionsradius um Repräsentanten (wohl noch weiter gehend 3 Ob 119/99t: Hauptkameramann). Darauf, ob der **Wirkungskreis dem eines Organs** annähernd entspricht, kommt es nicht an (2 Ob 107/98v; 4 Ob 179/99y; 7 Ob 271/00d; 4 Ob 75/09x; 9 Ob 9/11f: Revierorgan zur

Rotwildfütterung; 7 Ob 185/11y: Gabelstaplerfahrer bei Verladung von Kühlaggregaten, obiter dictum; 1 Ob 86/14s; 10 Ob 86/14s; 7 Ob 197/16w). Maßgeblich ist die **eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnis** (8 Ob 705/89: Beamter der steirischen Landesregierung im Enteignungsverfahren; 2 Ob 2416/96z: Repräsentant des Stadtgartenamtes; 1 Ob 687, 688/86: Chefredakteur). Eine Haftung für einen solchen Repräsentanten ist nur dann ausgeschlossen, wenn dieser ein Verhalten gesetzt hat, das mit seiner Repräsentantenfunktion in keinem erkennbaren Zusammenhang steht (1 Ob 86/14s); es geht wohl um eine Unterscheidung, die vergleichbar ist mit der „ **bei Erfüllung** " oder „ **gelegentlich der Erfüllung** " bei § 1313a. Bei einem gewerberechtlichen Geschäftsführer wird nach einem strengeren Maßstab darauf abgestellt, ob das inkriminierte Verhalten zum Aufgabenbereich des Repräsentanten zählt (2 Ob 273/05v: Bestellung zur Güterbeförderung, Schaden bei Ausführung eines Abschleppauftrags, Zurechnung bejaht; 9 ObA 45/18k: Gewerberechtlicher Geschäftsführer zuständig für Verkauf, Vertrieb und Lagerwirtschaft, nicht aber Personal; keine Zurechnung der erheblich ehrverletzenden Äußerung „charakterlose Sau" ggü einem Arbeitnehmer, dessen Vorgesetzter er nicht war). Lediglich für Personen, die in der **betrieblichen Hierarchie darunter** angesiedeltsind, ist weiterhin nach § 1315 einzustehen (3 Ob 119/99t: Kameraassistent des ORF; 4 Ob 179/99y: Angelernter Gebäudeaufseher der öffentlichen Hand; 7 Ob 271/00d: Arbeiter eines Installationsunternehmens; 5 Ob 76/12f: Für die Schneeräumung zuständiges bei der WE-Gemeinschaft angestelltes Hausbesorgerehepaar). In 5 Ob 37/19f hat der OGH bei einem Hausbesorger für maßgeblich angesehen, ob dieser (ausnahmsweise; die Repräsentantenstellung eines „normalen" Hausbesorgers verneinend) den Winterdienst tatsächlich selbständig und eigenverantwortlich führen sollte oder nur ein faktisches Gewähren vorlag. Einerseits dürfte das in der Praxis kaum justiziabel

Seite 1642

sein; andererseits ist darauf zu verweisen, dass selbst ein Geschäftsführer einerGmbH, dessen Organstellung außer Streit steht, weisungsunterworfen ist. Gute Gründe sprechen mE dafür, auf die faktischen Verhältnisse abzustellen. Eine deliktische Haftung der juristischen Person für einen Repräsentanten ist zu verneinen, wenn dieser ein (Fehl-)Verhalten setzt, das **mit der Repräsentantenfunktion in keinem erkennbaren Zusammenhang** steht (10 Ob 86/14s). Insoweit gelten die gleichen Begrenzungen wie bei der Zurechnung des Verhaltens von Besorgungsgehilfen, freilich mit dem qualitativen Unterschied, dass das Aufgabenspektrum von Repräsentanten viel weiter reicht.

12 Diese für die juristische Person entwickelte Erweiterung der **Zurechnung der Repräsentanten** wurde auf eine **Gesellschaft** (2 Ob 2398/96b: Jagdgesellschaft als GbR; 3 Ob 123/99f: Ärzte-GbR; 6 Ob 153/97m: Politische Partei) und sodann auch auf eine **Einzelperson** (2 Ob 107/98v: Haftung des Bauunternehmers wegen unzureichender Absicherung der Baustelle durch den leitenden Ingenieur; 5 Ob 173/02f: Einsatz des Ehemanns der Inhaberin eines Winterdienstes als Kontrollorgan) ausgedehnt. Wie beim Gehilfenverhalten wird nicht der Nachweis verlangt, welches Organmitglied bzw welcher Repräsentant sich rechtswidrig verhalten hat (6 Ob 220/99f: Abbrechende Uni-Balustrade; 7 Ob 271/00d: Abstellen von Kellerfenstergittern am Altpapiercontainer).

13 Abgefedert wird die Haftung des Geschäftsherrn für das Fehlverhaltenseiner Repräsentanten durch die **Kategorie des Organisationsverschuldens** (4 Ob 179/99y; 7 Ob 271/00d). Entweder ist es ein Organ oder ein Repräsentant, dem ein Vorwurf bezüglich des konkret schädigenden Verhaltens gemacht werden kann, oder aber es hat eine Person in der darunterliegenden Hierarchieebene das schädigende Verhalten gesetzt. Dann ist zu prüfen, ob eine solche **Delegation der Verantwortung zulässig** war (7 Ob 185/11y: Verladung eines Kühlaggregats durch Gabelstapler; 7 Ob 170/11t: Sicherheitsprüfung bei einem Installationsunternehmen; 7 Ob 197/16w: Unterfrachtführer, der als Zulassungsbesitzer für die Überprüfung der Sicherheit des Lkw nach § 103 Abs 1 Z 1 KFG zuständig war) oder eine **wirksame(re) Kontrolle durch entsprechende Weisungen** hätte erfolgen müssen (4 Ob 179/99y; 6 Ob 220/99f; 7 Ob 271/00d; 5 Ob 291/01g; 2 Ob 36/12a: Schneeräumunternehmen; 7 Ob 197/16w: Unterfrachtführer) oder den Schädiger **eigene Kontrollpflichten** getroffen haben (2 Ob 79/11y: Sturz einer die Tochter abholenden Mutter gegen die Eigentümerin bei nicht gestreutem Weg im Garten, für dessen Streuung nach der familieninternen Aufteilung der

Ehemann der Eigentümerin zuständig war).Entsprechendes gilt bei **personeller Unterbesetzung** (6 Ob/07m: Einsatz eines einzigen Mitarbeiters eines Leistungsschalters mit FI-Überwachungseinheit) oder **nicht ausreichender sachlicher Ausstattung** (2 Ob 47/07m: Winterräumdienst). Mitunter wird der Schadenersatzanspruch alternativ auf die eine (Repräsentantenhaftung) oder andere Begründung (Organisationsverschulden) gestützt, ohne dass im Detail festgestellt werden muss, welche Alternative gegeben war (4 Ob 179/99y: Bautechniker und angelernte Gebäudeaufseher; 9 ObA 104/07w: Verstoß eines Mitarbeiters einer AG durch negative Äußerung über gekündigten AN nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses; in diesem Fall aber wegen Verstoßes gegen nachvertragliche Pflicht aus dem Arbeitsvertrag wohl Zurechnung des Fehlverhaltens nach § 1313a geboten). Der Geschädigte muss auch nicht nachweisen, **welcher Repräsentant** ein Fehlverhalten gesetzt hat (7 Ob 197/16w). **Schlüssig** ist ein Klagebegehren schon dann, wenn die Behauptung aufgestellt wird, dass für den Unfall kausale Wartungsmängel vorlagen, sofern für deren Überprüfung mindestens ein Repräsentant des Unternehmens zuständig war und dessen Delegierung an Personen in untergeordneter Stellung nicht zulässig gewesenwäre (7 Ob 197/16w: Überprüfung der Sicherheit des Lkw nach § 103 Abs 1 Z 1 KFG).

14 Auch der **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** ist ein Vehikel, der unzureichenden Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen im deliktischen Bereich abzuhelfen (2 Ob 210/10m: Schädigung eines Parkplatzmieters durch vom Vermieter mit Transport eines Entlüfters betrautes Unternehmen). Prototypisch ist folgende Aussage des OGH: „Eine extensive Auslegung des Parteiwillens der Vertragsparteien dahin, dass auch Dritte geschützt werden sollen, ist demnach immer dann gerechtfertigt, wenn ansonsten ein Rechtsschutzdefizit vorläge (6 Ob 250/01k)." Bei der Frage, ob Kunden des Mieters in die Schutzwirkung des zwi

Seite 1643

schen Vermieter und Mieter geschlossenen Mietvertrags einbezogen sind, hat der OGH das unter Hinweis auf die Gefahr der uferlosen Ausweitung der Vertragshaftung abgelehnt (2 Ob 70/12a: Sturz eines Patienten auf dem Weg zum Arzt, der Ordination in gemieteten Räumen betrieb; ggt allerdings 8 Ob 53/14y: Fluggast, der auf Kotstelle in Abfertigungshalle ausrutscht).

LexisNexis®

Christian Huber 25.1.2021

ABGB: Taschenkommentar, Schwimann/Neumayr

zu § 1316 ABGB (Huber)

I. ABGB > Zweiter Teil Von dem Sachenrechte > Zweite Abteilung Von den persönlichen Sachenrechten > Dreißigstes Hauptstück Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung · Huber · 5. Aufl März 2020

§ 1316 ABGB

§ 1316. Gastwirte, die Fremde beherbergen, sowie die anderen in § 970 bezeichneten Personen, ferner Fuhrleute haften für den Schaden, welchen ihre eigenen oder die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen an den eingebrachten oder übernommenen Sachen einem Gast oder Reisenden in ihrem Hause, ihrer Anstalt oder ihrem Fahrzeuge verursachen.

Fassung dRGBl I 1939, 2394

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1316 ABGB

ABGB: Taschenkommentar, Schwimann/Neumayr

zu § 1317 ABGB (Huber)

I. ABGB > Zweiter Teil Von dem Sachenrechte > Zweite Abteilung Von den persönlichen Sachenrechten > Dreißigstes Hauptstück Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung · Huber · 5. Aufl März 2020

§ 1317 ABGB

§ 1317. Inwiefern bei öffentlichen Versendungsanstalten für den Schaden eine Haftung übernommen werde, bestimmen die besonderen Vorschriften.

Fassung JGS 1811/946

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1317 ABGB

Christian Huber 25.1.2021

zu § 1318 ABGB (Huber)

§ 1318 ABGB

§ 1318. Wird jemand durch das Herabfallen einer gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache; oder, durch Herauswerfen oder Herausgießen aus einer Wohnung beschädigt; so haftet derjenige, aus dessen Wohnung geworfen oder gegossen worden, oder die Sache herabgefallen ist, für den Schaden.

Fassung JGS 1811/946

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1318 ABGB

1 § 1318 übernimmt die römisch-rechtliche actio de deiectis vel effusis. Zu Zeiten der Römer – und wohl auch noch im Mittelalter – wurde alles Mögliche aus dem Fenster geworfen. Das führte zu einer erheblichen **Gefährdung der Passanten und der darunter Wohnenden**. Für den daraus resultierenden Schaden sollte der Wohnungsinhaber aufkommen. Ungeachtet des undeutlichen Wortlauts „Wird jemand … beschädigt" ist sowohl für den **Personen** - als auch den **Sachschaden** einzustehen. Während eine Schädigung durch Herauswerfen und Herausgießen heute kaum noch vorkommt – die Verhältnisse haben sich seit der Zeit der alten Römer und auch des Mittelalters verändert –, ist die Norm in ihrem analogen Anwendungsbereich weiterhin bedeutsam, nämlich dort, wo es um die Einstandspflicht für Schäden der „Unterlieger" durch gefährlich verwahrte Flüssigkeiten,insb Wasser und Öl, geht (unten Rz 9 ff). Wegen der **vom individuellen Verschulden losgelösten Haftung** hat **dieser Tatbestand eigenständige normative Bedeutung**. Schon nach der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht ist jedermann gehalten, niemand anderen durch eigenes rechtswidriges Verhalten zu schädigen.

2 § 1318 erfasst **unterschiedliche Phänomene**, nämlich die Einstandspflicht für gefährlich aufgehängte und gestellte Sachen – prototypisch der Blumentopf am Fensterbrett, der hinunterfällt – sowie die aus der Wohnung geworfenen und gegossenen Sachen. Zudem wird nicht zwischen eigenem und fremdem Verhalten unterschieden. Gemeinsam ist immerhin, dass es sich um **Schäden durch Sachen** handelt, die sich – rasch – **von oben nach unten** bewegen (1 Ob 306/99b: Keine Haftung nach § 1318 bei Schäden an der Wohnung selbst – Abstellen von Sprengmaterial im Abstellraum eines Hotels durch Unbekannte, Erwerb des Hotels durch den Beklagten in der Zwangsversteigerung, Explosion durch Sanierungsarbeiten).

3 Dem **Wortlaut** nachwäre eine **reine Erfolgshaftung** gegeben; unabhängig von einer Sorgfaltswidrigkeit des Wohnungsinhabers bzw dessen Verschulden. Es stellt sich freilich die

Frage, weshalb gerade für solche Gefahren eine derart strenge Haftung – wie nirgendwo sonst in der Rechtsordnung – eingreifen sollte. Ins Treffen geführt wird dafür der **Beweisnotstand des Geschädigten**. Diesem fällt eine Sache auf den Kopf; er kann aber nicht erkennen, wer dafür verantwortlich ist. Auch wenn er nachweisen kann und muss, aus welcher Wohnung die Sache stammt, fällt es ihm schwer, die **konkrete Person** namhaft zu machen. Wenn dagegen ins Treffen geführt wird, dass der Wohnungsinhaber nach § 1318 auch haftet, wenn der Verursacher feststeht (so in 7 Ob 609/88), so ist für den Geschädigten der **Wohnungsinhaber** doch

typischerweise die Person, deren Identität er **leichter ermitteln** kann. Dass der Wohnungsinhaber sich mit dem Schädiger auseinandersetzen muss, ist sachgerecht, weil er diesen freiwillig in seine Sphäre gelassen und so die Schädigung ermöglicht hat (zu den Ausnahmen unten Rz 6). Der Wohnungsinhaber hat eine Art **Polizeifunktion** (7 Ob 15/95 – VersE 1653: Wohnungsinhaber für Ordnung verantwortlich), dass aus seiner Wohnung keine Schädigungen passieren. Zudem kann er sich gegen die schädigende Person im Regelfall regressieren (JBl 1989, 40; 1 Ob 306/99b).

4 Gegen die **Gefährlichkeit** wird in der Lit eingewendet, dass eine Sache nicht immer aus **großer Höhe** herabfällt und die in einer Wohnung aufbewahrte Flüssigkeitsmenge nicht immer eine **gefährliche Masse** aufweist (die Gefährlichkeit wegen der Höhe und der Wucht des Aufpralls offenlassend 1 Ob 306/99b). Das trifft zu; bei Übernahme einer antiken Regelung fehlt es mitunter aber an der gebotenen Differenziertheit. Das gesetzgeberische Dictum ist freilich dem Grunde nach zu respektieren. Soweit bei einer gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache eine zu § 1319 (Haftung für ein Bauwerk) vergleichbare Interessenlage besteht, ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ein Gleichklang mit dieser Norm herzustellen (unten Rz 8).

5 Es haftet derjenige, aus dessen „Wohnung" eine Sache von oben nach unten gelangt ist. Einzustehen ist aber **nicht nur für eine Wohnung**. Auf die **Art der Nutzung** kommt es nicht an. Erfasst sind auch Geschäftsräume (2 Ob 90/98v), Amtsräume, ein Theater oder eine Garage. Obwohl kein Raum, sondern bloß eine Fläche, zählen zur Wohnung auch ein Balkon sowie eine Dachterrasse (4 Ob 179/98x). Nicht dazu zählen sollen allerdings ein Dachboden (ÖJZ 1965/256) oder die Laderampe eines Magazins (JBl 1958, 402). Die Lit kritisiert das zu Recht, weil es für den mit § 1318 verfolgten Schutzzweck auf die **Verwendung eines Raumes** nicht ankommen kann. Zur „Wohnung" zählt auch die **Außenfläche eines Hauses** wie eine Reklametafel oder ein Geschäftsschild (2 Ob 90/98v). Zu Recht ausgeklammert werden der Vorplatz einer Garage (2 Ob 90/98v – das ist kein Raum, keine Gefährdung wegen der Höhe), ein Feld, auf dem ein dort liegendes Metallstück einen Mähdrescher beschädigt (9 Ob 33/13p), und eine Brücke (JBl 1986, 180: Keine Räumlichkeit, daher keine Haftung für herunterfallenden Schneematsch nach § 1318).

6 Ersatzpflichtig ist der **Wohnungsinhaber**. Das ist derjenige, der die **faktische Verfügungsgewalt** über die Wohnung hat – und der die Vorteile daraus zieht, also auf **dessen Rechnung** das Objekt betrieben wird. Im Ergebnis sollte auch bei § 1318 auf den **Halterbegriff** abgestellt werden, was bei Beantwortung so mancher Detailfrage eine überzeugende(re) Begründung ermöglicht: Wohnungsinhaber ist der Eigentümer, der die Wohnung selbst bewohnt, der Wohnungseigentümer (5 Ob 162/06v), der Mieter (SZ 60/38), der Pächter (7 Ob 609/88) sowie ein Nutzer bei längerer Raumbenutzung (7 Ob 15/95: Benutzungsüberlassung für mehrere Monate an Personen, die an einem Rehabilitationsprogramm teilnehmen; mE fragwürdig), sowie ein Untermieter und Prekarist (Haltereigenschaft fraglich), nicht aber ein Hotelgast, mit der Folge, dass Ansprüche gegen diesen auch nicht der 1-jährigen Präklusivfrist des § 1111 unterliegen (1 Ob 131/13s: Niederländischer Schulschikurs). Eine **vorübergehende Ortsabwesenheit** schadet nicht (10 Ob 374/98t: Ehemann wollte Ehefrau während deren Abwesenheit durch Anschluss einer Waschmaschine überraschen). Wegen der fehlenden Verfügungsmacht soll der Mieter nach Auszug nicht mehr nach § 1318 einstandspflichtig sein, auch wenn der Mietvertrag noch aufrecht ist. Das ist aber nur zutr, wenn er die Schlüssel zurückgegeben und damit dem Vermieter die Verfügungsmacht eingeräumt hat. Auch sonst erlischt die Halterhaftung nicht durch Dereliktion. Bei einem **noch nicht bezugsreifen Bau** trifft den Bauherrn keine Ersatz

pflicht nach § 1318, weil ihm die Wohnung noch nicht übergeben worden ist und es deshalb an seiner Verfügungsgewalt fehlt. Bezüglich einer gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache kommt freilich eine solche des **Bauführers** in Betracht. Wird eine Sache gewaltsam entzogen, etwa durch Räuber, Terroristen oder Hausbesetzer (10 Ob 374/98t), kommt ebenso wenig eine Einstandspflicht des Wohnungsinhabers nach § 1318 in Betracht wie bei ordnungsgemäßem Abschluss der Wohnung und dem anschließenden Eindringen von Dritten, die eine Gefahrensituation schaffen (7 Ob 15/95). So verhält es sich auch bei der Haftung des **Halters eines Kfz**.

7 Der OGH bejaht die **Einstandspflicht des Hoteliers** auch bezüglich der vermieteten Zimmer (SZ 51/116), was in der Lit vereinzelt kritisiert wurde. Dem OGH ist zu folgen, weil auch bei einem Kfz durch eine kurzfristige Gebrauchsüberlassung, etwa zu einer Probefahrt, die Haltereigenschaft nicht beendet wird. Es trägt vielmehr der Schutzzweck des § 1318: Der **Hotelier** kann viel leichter feststellen, wer das Zimmer bewohnt, während der geschädigte Dritte das typischerweise nicht kann. Zudem trifft allein der Hotelier Vorkehrungen, wie – gefährlich – Sachen aufgehängt und gestellt werden. Dementsprechend haftet auch ein vorübergehend in einer Privatwohnung aufgenommener Mitbewohner nicht nach § 1318 (SZ 39/170; ÖJZ 1967/366). Bei gemeinsamer Innehabung einer Wohnung,insb durch **Ehegatten**, haften beide (10 Ob 374/98t: Gemeinsame Haftung von Ehegatten, weil der Dritte in die Gestaltung des ehelichen Lebens keinen Einblick hat). Bei einer Wohnungseigentumsgemeinschaft bzw einer vermieteten Wohnung ist zu prüfen, wer in Bezug auf welchen Teil der Wohnung verfügungsberechtigt ist (5 Ob 162/06v: Leitungen einer Wohnungseigentumsgemeinschaft in deren Verfügungsgewalt, nicht in der des einzelnen Wohnungseigentümers; besonders bedenklich SZ 59/189: Einstandspflicht des Pächters nach Platzendes Wasserschlauchs einer Kaffee-Leihmaschine, wobei die Bereitstellung des Inventars an den Pächter Sache des Verpächters war, der auch Vertragspartner des Reparaturunternehmens war). Bei einer vermieteten Wohnung ist der Vermieter nicht nur bezüglich der in den Wänden verlaufenden Leitungen verfügungsbefugt, sondern auch hinsichtlich der Gemeinschaftseinrichtungen wie Waschküche, Stiegenhaus sowie des Daches.

8 Bezüglich des Maßstabs der Einstandspflicht ist zu unterscheiden zwischen einer **gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache** einerseits und einer **herausgeworfenen und herausgegossenen Sache** andererseits. Bei einer gefährlich aufgehängten und gestellten Sache besteht eine ähnliche Interessenlage wie bei § 1319, weshalb zwar ein gefährlicher Zustand bestehen muss, der Wohnungsinhaber aber dann nicht haftet, wenn er sich **objektiv sorgfaltsgemäß** verhalten hat. Auf ein – subjektives – Verschuldenkommt es nicht an. Die ältere Norm (§ 1318) ist im Lichte der jüngeren (§ 1319) auszulegen. Soweit es um das **Hinauswerfen und Hinausgießen** geht, fehlt eine Parallele zu § 1319, weshalb insoweit eine **Erfolgshaftung** zu bejahen ist. Dem Aufstellen und Aufhängen gleich steht das Unterlassen der unverzüglichen Beseitigung einer vorher geschaffenen Gefahrenlage nach Erwerb der Verfügungsmöglichkeit (1 Ob 306/99b).

9 In der Praxis am bedeutsamsten ist die Einstandspflicht für **gefährlich verwahrte Flüssigkeiten**, namentlich Wasser (4 Ob 179/98x; 5 Ob 162/06v) und Öl (SZ 60/38; 4 Ob 233/04z). Da die Verwahrung von Wasser an sich ebenso wenig als gefährlich anzusehen ist wie der Anschluss an eine mit Wasser arbeitende Maschine oder Einrichtung – Waschmaschine, Spülmaschine, Boiler – (7 Ob 626/90), führt ein Wasserrohrbruch als solcher noch nicht zu einer Haftung des Wohnungsinhabers nach § 1318 (5 Ob 246/06x). Es müssen noch zusätzliche Umstände hinzutreten, die einen Schadenseintritt wahrscheinlich machen (SZ 59/189). Die Schadensentwicklung musste vorhersehbar sein und durch den Wohnungsinhaber auch verhindert werden können (10 Ob 374/98t). Es musste nach allgemeinen Lebenserfahrungen und Lebensgewohnheiten eine objektiv kalkulierbare Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts bestanden haben, also einer Funktionsstörung oder eines Versagens von Vorrichtungen.

10 Das ist gegeben bei einer zu geringen Dimensionierung eines Anschlussschlauches einer Waschmaschine (SZ 39/170; 10 Ob 374/98t) bzw eines Kaffeeautomaten (Miet 36.213), einer fehlerhaften Installation eines Waschmaschinenschlauches (SZ 59/189), einem schlecht verschlossenen Wasserhahn (ÖJZ 1989/48), einem nicht ordnungsgemäß versperrten Absperr-

Seite 1646

bzw Ausflusshahn (4 Ob 179/98x), bei Unterlassung des Einbaus einer „Wasserstopfeinrichtung" und einer Überwachung in zumutbarem Ausmaß (Miet 33.231), alten undichten Rohren, wenn es davor schon zu Wasserschäden infolge des Alters der Leitungen gekommen ist (5 Ob 162/06v), nicht aber wegen des bloßen Überschreitens der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer alleine (7 Ob 193/11z: Schaden nach 30 Jahren bei einer betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer einer Wasserleitung von 25 Jahren; zu Recht krit freilich die Lit; strenger auch 7 Ob 193/11z zu § 1319

beim Alter eines Baumes; dazu § 1319 Rz 18), bei einer Leih-Kaffeemaschine, die kurz davor schon zweimal repariert werden musste (SZ 59/189), bei einer Wohnung, die man in der kalten Jahreszeit leer stehen lässt (ÖJZ 1989/48), oder wenn ein Öltank jahrelang nicht gewartet wurde (SZ 60/38).

11 Bei der Beurteilung, ob ein **gefährlicher Zustand** gegeben ist, ist folgendes Kalkül zu beachten: Selbst wenn die Gefahr des Schadenseintritts an sich geringist, der Schaden bei Realisierung der Gefahr aber wahrscheinlich sehr hoch, ist ein gefährlicher Zustand gegeben. Da die Schäden bei Auslaufen von Öl typischerweise höher sind als bei Wasser, sind Defizite bei Öleinrichtungen (Tank, Leitung) umso eher als gefährlich anzusehen (SZ 60/38). Eine besondere Gefährlichkeit wird auch einer während der Reparaturzeit zur Verfügung gestellten „Leihkaffeemaschine" unterstellt, weil solche Geräte nach der Lebenserfahrung [des OGH?] eine sehr unterschiedliche Qualität aufweisen, mit der Folge, dass in der Leitung einer nicht einwandfrei funktionierenden Leih-Kaffeemaschine prima facie eine „gefährliche Verwahrung" von Wasser gegeben sei (SZ 59/189). Geht es bei § 1318 im Kernbereich um Schäden durch **Sachen, die von oben nach unten fallen**, hat der OGH bei gefährlich **verwahrten Flüssigkeiten** § 1318 analog angewendet, wenn der Schaden nicht durch ein Herabfallen entstand (4 Ob 233/04z: Brechen einer Ölleitung im Keller und Verteilung des Öls auf der Nachbarliegenschaft). Das ist durchaus folgerichtig, würde es doch nicht einleuchten, dass ein Ersatzanspruch nach § 1318 nur besteht, wenn ein solcher Schaden bloß einen Unterlieger trifft, nicht aber einen Nachbarn – auf der **horizontalen Ebene** (so auch SZ 59/189). Nicht von § 1318 erfasst ist hingegen der Wassermehrverbrauch eines Miteigentümers (1 Ob 29/06f).

12 Freilich kann sich der **Ersatzpflichtige bei Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt entlasten** (5 Ob 246/06x: Jahrelanges unbeanstandetes Funktionieren bei Stellung der Heizung auf Frostwächter, keine Erkennbarkeit des Schadens für einen durchschnittlichen Installateur; 1 Ob 155/14x : Boiler reißt mehr als 2 Jahre nach der Übergabe aus der Verankerung, ungenügendes Montagematerialwäre ohne Demontage des Boilers nicht erkennbar gewesen; bedenklich SZ 59/189: Installation einer Leih-Kaffeemaschine während der Reparatur des vom Verpächter bereitgestellten Geräts durch den Vertragspartner des Verpächters; nicht erkennbar ist, welche – auch objektive – Sorgfaltswidrigkeit dem Pächter vorwerfbar sein soll; vgl auch 4 Ob 233/04z: Keine Gefährlichkeit des Öltanks wegen unterbliebener Wartung, weil schadensursächlich die unterbliebene Bodenverankerung war). Zieht der Wohnungsinhaber einen **Fachmann** heran, fehlt es typischerweise an einer **objektiven Vorwerfbarkeit**. Eine solche Entlastung ist auch gegeben bei ordnungsgemäßem Abschluss der Wohnung und Eindringen von Dritten, die eine Gefahrensituation schaffen (7 Ob 15/95).

13 Der OGH (SZ 49/47; SZ 59/189) hat vereinzelt auch den **Handwerker**, der durch seine unsachgemäße Installation oder Reparatur einen Wasserschaden verschuldet hat, **nach § 1318 gegenüber dem geschädigten Dritten** einstehen lassen. Das ist unzutreffend, weil der Handwerker nicht Wohnungsinhaber ist. Es handelte sich um Fälle, in denen die geschädigten Dritten – zu Unrecht – nicht den Wohnungsinhaber, sondern den Handwerker verklagt haben. Der Handwerker mag aus § 1295 ABGB bei einer schuldhaften Eigentumsverletzung einzustehen haben. Eine **verschuldensunabhängige Haftung gegenüber dem Geschädigten** nach § 1318 besteht indes nicht. Wegen des Sorgfaltsmaßstabs des § 1299 wird idR eine schuldhafte Vertragsverletzung gegenüber dem Wohnungsinhaber bestehen. Wegen dessen Einstandspflicht nach § 1318 hat der schuldhafte Handwerker diesen von seiner Ersatzpflicht gegenüber dem Geschädigten zu befreien; jedenfalls steht dem Wohnungsinhaber ein Regressanspruch nach § 1313 zu.

Seite 1647

14 Der Geschädigte hat zu beweisen, dass der erlittene **Schaden** durch eine aus einer bestimmten Wohnung herausgeworfene oder herausgegossene Sache oder eine gefährlich aufgehängte oder gestellte Sache **verursacht** wurde. Zudem hat er nachzuweisen, dass dies aufgrund eines **gefährlichen Zustands** erfolgte, wobei ihm der prima-facie-Beweis

zugutekommen kann (SZ 59/189: Wasser in einer nicht einwandfrei funktionierenden Kaffeemaschine ist prima facie gefährlich verwahrt). Der Ersatzpflichtige kann seine Einstandspflicht abwenden, indem er nachweist, dass er **alle erforderliche Sorgfalt** aufgewendet hat (ÖJZ 1989/48; 7 Ob 15/95; 10 Ob 374/98t). Dass ihn kein Verschulden trifft, entlastet ihn nicht (Miet 37.201: Keine Möglichkeit, den geöffneten Wasserhahn infolge eines Schwindelanfalls zu schließen; 10 Ob 360/99k).

15 **Nicht** § 1318, sondern **§ 1319** ist **anzuwenden** auf eine Dachlawine (JBl 1965, 469), herabfallende Fensterflügel und Balkontüren (SZ 37/145) sowie abgelöste Gebäudeteile wie Verputz- und Gesimsstücke. Weder schließt § 1318 die Einstandspflicht nach anderen Normen aus, etwa einen vertraglichen Anspruch nach § 1096 ABGB (7 Ob 133/10z: Zu beachten freilich Besonderheit des herabgesetzten Sorgfaltsmaßstabs bei Vertrag gegenüber Delikt sowie Erfordernis eines Verschuldens, bei Vertrag freilich Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen nach § 1313a), eine vorbeugende Unterlassungsklage nach § 364 Abs 2 (6 Ob 200/10w), eine verschuldensunabhängige Nachbarhaftung nach § 364a (abgelehnt bei einer Außenwasserleitung jedoch in 7 Ob 193/11z), noch ist die Haftung nach § 1318 zu verneinen, weil – gegen einen Dritten – ein gleichlautender Schadenersatzanspruch gegeben ist (4 Ob 179/98x: Kein Ausschluss der Haftung des Wohnungsinhabers gegenüber einem geschädigten Mitmieter [Unterlieger] nach § 1318 wegen eines gleichlautenden Schadenersatzanspruchs gegen den Hauseigentümer oder den schuldhaft handelnden Professionisten). Umstritten ist, ob § 1318 anzuwenden ist, wenn ein **Tier** aus dem Fenster auf einen Passanten am Gehsteig fällt. Das wird mit dem Argument verneint, dass die Regelung des § 1318 sich im Abschnitt über fremde Handlungen findet. Dieses systematische Argument kann bei einem Gesetz vom Alter des ABGB nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein. Zudem wird das Tier nicht gefährlich aufgehängt oder gestellt sein. Außerdem geht die Norm von leblosen Sachen aus. Wenn aber jemand seine Katze beim Fenster hinauswirft, die bei der „Landung" einen am Gehsteig spazierenden Passanten verletzt, dann ist mE nicht einzusehen, warum eine Haftung zu verneinen sein sollte.

16 Das **Sacherhaltungsinteresse** nicht nur an der betreffenden Wohnung, sondern am gesamten Gebäude ist bei einer Leitungswasserversicherung nicht nur beim (Wohnungs-)Eigentümer zu bejahen und beim Inhaber der Wohnung, bei dem eine Anmerkung der Zusage von Wohnungseigentum im Grundbuch einverleibt ist, sondern auch bei einem Käufer, dem die Wohnung ohne solche grundbücherliche Eintragung übergeben worden ist und der ab diesem Zeitpunkt Kosten und Gefahr der Wohnung trägt. Das hat zur Folge, dass dem **Leitungswasserversicherer** – anders als gegenüber einem Mieter bei **leichter Fahrlässigkeit** – **kein Regressanspruch** zusteht (7 Ob 176/12a).

LexisNexis®

Christian Huber 25.1.2021

zu § 1319 ABGB (Huber)

§ 1319 ABGB

6. durch ein Bauwerk;
§ 1319. Wird durch Einsturz oder Ablösung von Teilen eines Gebäudes oder eines anderen auf einem Grundstück aufgeführten Werkes jemand verletzt oder sonst ein Schaden verursacht, so ist der Besitzer des Gebäudes oder Werkes zum Ersatze verpflichtet, wenn die Ereignung die Folge der mangelhaften Beschaffenheit des Werkes ist und er nicht beweist, dass er alle zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt angewendet habe.

FassungRGBl 1916/69

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1319 ABGB

1 Schon nach der **allgemeinen Verkehrssicherungspflicht** muss der Halter eines Gebäudes haften, wenn er beim Geschädigten schuldhaft einen Schaden verursacht, sei es in dessen Eigentum oder in seiner körperlichen Integrität. Nach den Regeln des Deliktsrechts muss der

Geschädigte einerseits **sämtliche Voraussetzungen unter Einschluss des Verschuldens** beweisen; andererseits haftet der Schädiger nur bei einem **individuellen Verschuldensvorwurf**. **§ 1319 verbessert die Rechtslage des Geschädigten** insoweit, als dieser bloß die **Verursachung des Schadens durch die Mangelhaftigkeit des Werkes oder Gebäudes** nachzuweisen hat. Sache des Halters des Gebäudes oder Werkes ist es sodann, sich zu entlasten, wobei der Nachweis, dass ihm kein subjektiver Vorwurf gemacht werden kann, zu keiner Haftungsbefreiung führt. Misslingt der Entlastungsbeweis, „dass er **alle zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt** angewendet habe", muss er einstehen.

2 Der Gesetzeswortlaut nennt Schäden „durch Einsturz oder Ablösung von Teilen". Durch den Einsturz oder die Ablösung von Teilen werden aber nur die hervorstechendsten Gefahren umschrieben. Das steht pars pro toto. Der OGH bezieht **alle infolge typischer Gefahren eines mangelhaften Werkes entstandenen Schäden** Dritter am Eigentum und an der körperlichen Integrität mit ein (2 Ob 357/97g; 2 Ob 281/01i; 2 Ob 149/07m), namentlich solche, die sich aus der **Höhe oder Tiefe** (2 Ob 281/01i: Brückenwaage) bzw der **Statik oder Dynamik** ergeben (4 Ob 2334/96f: Kanaldeckel; 7 Ob 2404/96x: Sprungdeckel; 1 Ob 11/19b: Deckel eines Bewässerungsschachts am Golfplatz; 7 Ob 215/98p: Baugrube; 3 Ob 119/99t: Auf Stativ befestigte Fernsehkamera; 2 Ob 17/01s: Automatischer Absperrschranken). Die E Miet 34.290 drückt das – hochtrabend – in der Weise aus, dass durch § 1319 derjenige geschützt wird, der sich „im gerechtfertigten Vertrauen auf die Gefahrlosigkeit des Werkes dessen physikalischem Wirkungskreis aussetzt" und darauf vertrauen durfte, keinen Schaden zu nehmen. Von der Haftung von § 1319 soll nicht erfasst sein, wenn das **Werk durch eine Sturmböe bewegt** wird und eine andere Sache beschädigt (2 Ob 166/10s: Flugzeug, das infolge einer Sturmböe gegen ein anderes Flugzeug geworfen wurde, weil sich keine typische Gefahr verwirklicht habe;

immerhin ergibt sich mE eine besondere Gefährlichkeit aus der unzureichend verankerten Masse; s unten Rz 12).

3 Einzustehen ist für die **Mangelhaftigkeit** eines Gebäudes oder Werkes. Die – exakte – Abgrenzung zwischen **Gebäude** und **Werk** kann unterbleiben, weil sich daran die gleichen Rechtsfolgen knüpfen. Auch diese Begriffe werden **weit ausgelegt** (4 Ob 56/04w; 2 Ob 149/07m; 2 Ob 256/09z: Plakatständer; 1 Ob 150/15p: Absicherung eines Plateaus am Lieferantenzugang und Notausgang, das durch Geländer gesichert und geöffnet werden kann; 7 Ob 148/15p: Hauszugang zum Garagenbereich). Ein **Werk** zeichnet sich dadurch aus, dass es **willkürlich geschaffen** wurde und einen künstlichen Aufbau (4 Ob 2334/96f; 2 Ob 90/98v; 9 Ob 19/19p: Lichtschacht, der früher als Kohleabwurfschacht verwendet wurde) oder eine künstliche Bodenvertiefung (2 Ob 90/98v; 2 Ob 281/01i) oder Veränderung der Geländebeschaffenheit (2 Ob 215/98p) darstellt. Dazu zählt auch ein in den Boden versenkter Pilomat (2 Ob 60/11d) oder eine elektrische Viehsperre (8 Ob 103/17f)

4 Als Beispiele für ein **Gebäude** seien genannt ein Hallendach (6 Ob 20/98d), die Balustrade eines Gebäudes (4 Ob 179/99y) oder die Decke eines Wohnraums (5 Ob 29/00a). Für ein **Werk** seien angeführt ein vorübergehend aufgestellter Imbissstand (5 Ob 77/97b), eine Brückenwaage (2 Ob 281/01i), ein Grabstein (3 Ob 190/99h; 4 Ob 75/09x), ein Schranken (SZ 53/143; 2 Ob 17/01s), eine Übertragungskamera auf einer Holzplattform (3 Ob 199/99t), ein Kamin (1 Ob 334/99w), ein Müllcontainer (7 Ob 38/05x; vorsichtig distanzierend 2 Ob 166/10s) oder ein Zaun zur Begrenzung einer Schipiste (9 Ob 50/16t). Dazu zählen aber auch **kaum aufragende Erscheinungen** wie ein Kanaldeckel (4 Ob 2334/96f; 10 Ob 2444/96a), ein Elektrant (OLG Innsbruck 1 R 115/18y), ein Kanalgitter (6 Ob 30/98z), ein – aus dem Erdreich herausragender – Schlauch (6 Ob 80/02m) oder eine Absperrkette (2 Ob 357/97g; 1 Ob 75/02i). An **Vertiefungen** unterfallen dem § 1319 eine Baugrube (7 Ob 215/98p), ein Schacht (7 Ob 584/88; 1 Ob 129/02f) oder eine Regenwasserabflussleitung (2 Ob 657/85).

5 **Kein mangelhaftes Werk** ist gegeben bei **ganz geringfügigen Niveauunterschieden** oder **Unterschieden der Oberflächenbeschaffenheit** (9 Ob 27/04t: Kanaldeckel, der nicht so griffig ist wie der restliche Straßenbelag; 2 Ob 90/98v: Glatteisbildung auf mit Natursteinplatten belegtem Platz vor der Garage; 7 Ob 58/03k: Etwas hervorstehender Pflasterstein; 7 Ob 227/03p: Leicht wellige Niveauunterschiede auf einem Zebrastreifen). In der E 2 Ob 149/07m

Seite 1649

(Beschädigung eines Mähdreschers durch einen falsch platzierten Grenzstein im Maisfeld) wurde diese Schwelle überschritten. Die Haftung nach § 1319 wurde gleichwohl abgelehnt, weil nicht die Mangelhaftigkeit des Werks Ursache des Schadens sei, sondern erst dessen Verlagerung, sodass sich nicht die typische Gefahr eines Bauwerks verwirklicht habe. Die Lage sei nicht anders als bei einer sonst herumliegenden Sache. Zu bedenken ist freilich, dass das bei jedem Teil eines Werkes oder Gebäudes so ist – erst durch dessen willkürliche Positionierung wird es gefährlich. Das Ausmaß des Herausragens aus dem Erdreich war bestimmt höher als bei einem Schlauch aus dem Erdreich (zur Bejahung der Haftung in einem solchen Fall 6 Ob 80/02m).

6 Bildet eine Sache bloß ein **Hindernis**, war die Anwendung des § 1319 umstr (bejahend 2 Ob 357/97g: Schlecht erkennbares Seil als Straßensperre; offenlassend 6 Ob 180/99k; abl 2 Ob 256/09z: Kette, die Plakatständer befestigt hat). Die zentrale Streitfrage war aber, ob ein Anspruch nach **§ 1319** neben einem solchen nach **§ 1319a** besteht. Das wurde in 2 Ob 357/97g noch bejaht; die jüngere Rspr lehnt das indes ab (zuletzt 1 Ob 260/08d; Näheres dazu unten Rz 21). Erfolgt eine Schädigung durch eine unvermittelte Bewegung eines Schrankens, realisiert sich das Risiko der Dynamik eines Werkes, sodass § 1319 anzuwenden ist (2 Ob 17/01s: Automatische Steuerung erkennt sich nähernde Fahrzeuge nicht). Kein Fall des § 1319 ist gegeben bei **Arbeiten an einem Gebäude oder Werk** (Miet 31.255: Renovierung des Hausdaches; 9 Ob 79/06t: Abriss einer Hausmauer).

7 Ungeachtet der **weiten Auslegung des § 1319** hat der OGH dessen Anwendbarkeit abgelehnt, als es darum ging, dass die **über einem Gehweg hängende Baggerschaufel** eines

auf einer Messe ausgestellten Traktors jäh nach unten fiel und einen Besucher verletzte. Ein solches Werk sei nämlich nicht auf dem Grundstück aufgeführt (SZ 37/97 – krit dazu die Lit). Entsprechendes gilt für abgestellte Luft- und Kraftfahrzeuge (2 Ob 166/10s). Sehr wohl bejaht wurde die Haftung nach § 1319 bei einem – freilich längere Zeit – gefährlich aufgestellten Grabstein auf einem Privatgrundstück (RZ 1980/24) sowie einer vorübergehend aufgestellten Imbissbude (5 Ob 77/97b). Da auch eine bloß für ein Motocrossrennen installierte Kamera als Werk iSd § 1319 qualifiziert wurde (3 Ob 119/99t), wird deutlich, dass die **dauernde Belassungsabsicht kein maßgebliches Kriterium** sein kann. Offengelassen hat der OGH (2 Ob 47/14x) die Frage, ob ein Werk iSd § 1319 vorliegt bei Platzierung eines 500 kg schweren Siloballens auf einer abschüssigen Wiese, der sich in der Folge selbständig gemacht und einen Motorradfahrer geschädigt hat.

8 Da ein **Werk** dadurch charakterisiert ist, dass es **von Menschenhand geformt** wurde, kommt bei einem **Baum** bloß eine **analoge Anwendung des § 1319** in Betracht (SZ 59/121; 6 Ob 21/01h; 2 Ob 137/05v). Nicht der Baum als solcher ist eine gefährliche Sache; vielmehr ist dessen **Gefährlichkeit nur bei einem Mangel** gegeben, namentlich bei einer mechanischen Verletzung oder einer Krankheit (2 Ob 193/09k; 2 Ob 203/11h; 7 Ob 109/13z) oder den Nachbargrund schädigenden Wurzeln (10 Ob 47/13d). Für Schäden durch die durch Windböen ausgelöste Bewegung von Ästen wird nach § 1319 nicht gehaftet (2 Ob 193/09k: Beschädigung einer Grabstatue durch vom Wind bewegte Äste einer benachbarten Thuje). Allerdings kann in Bezug auf eine künftige Gefährdung durch tote Äste auch **Unterlassung** (7 Ob 109/13z) unter Einschluss der Beseitigung des gesetzwidrigen Zustands (4 Ob 43/11v) begehrt werden. Zu beachten ist, dass **Bäume im Verband** ein **geringeres Risikopotential** darstellen als **vereinzelte Bäume** (1 Ob 93/00h: Nach Rodungen auf einem Campingplatz verblieben nur vereinzelte Bäume zur Beschattung). Soweit für den Baumhalter eine gegenüber § 1319 privilegierte Haftung nach § 1319a zum Tragen kommt, ist er dafür beweispflichtig. Nach § 174 Abs 4 ForstG besteht eine **Haftung für Schäden auf Wegen**, die durch den **danebenliegenden Wald verursacht** werden, nur bei **grober Fahrlässigkeit** (9 Ob 261/99v: Halter beweispflichtig, dass es sich um einen Wald iS des ForstG handelt; 6 Ob 21/01h).

9 Nach Ansicht der hL fällt auch eine Schädigung durch eine **Dachlawine** unter § 1319, weil es nicht darauf ankommen kann, ob bloß Schnee und Eis – mit großer Wucht – herunterfallen oder sich darin auch Teile des Daches in einem ununterscheidbaren Gemisch befinden. Auch der Abgang von Schnee und Eis von Hausdächern gehört zu den **typischen Gefahren**

Seite 1650

eines solchen Bauwerks. Der OGH hat das bisher offengelassen (ZVR 1980/293). Unter Verweis auf das Schutzgesetz des § 93 Abs 2 StVO ist er zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt (ZVR 1975/269: Miet 30.242). Zur leichteren Durchsetzbarkeit eines Anspruchs bei einem Schutzgesetz, § 1311 Rz 18 f.

10 **Besitzer** iSd § 1319 ist nicht der des § 309 (2 Ob 657/85). Vielmehr kommt es darauf an, wer die **tatsächliche Verfügungsmacht** über die Sache und damit die **Möglichkeit der Gefahrenabwehr** hat (1 Ob 129/02f; 5 Ob 291/01g); und zudem, **auf wessen Rechnung** die Sache betrieben wird (4 Ob 2334/96f; 4 Ob 104/97s; 9 Ob 19/19p: ÖBB, auch wenn diese andere Unternehmen mit der Betreuung betraut). Es geht um den **Halter**, der auch in §§ 1318, 1319a sowie § 1320 und zudem in § 5 Abs 1 EKHG maßgeblich ist. Wer die **Vorteile** zieht, soll auch **haften** (SZ 61/132). Das ist zwar primär der die Sache selbst nutzende Eigentümer (JBl 1986, 523; 3 Ob 119/99t). Letztlich ist aber nicht das Eigentum entscheidend (2 Ob 657/85). Vielmehr kommen als Halter in Betracht der Fruchtnießer (2 Ob 90/98v; 6 Ob 21/01h), der Mieter und Pächter, der Wohnungseigentümer bzw die Wohnungseigentümergemeinschaft (5 Ob 291/01g; 4 Ob 56/04w; 5 Ob 162/06v; 7 Ob 148/15p), der Leihnehmer (5 Ob 77/97b : Jedenfalls der, der an der Aufstellung einer vorübergehenden Imbissbude selbst Hand anlegt), der Bauführer bis zur Übergabe an den Bauherrn (7 Ob 215/98p; 5 Ob 291/01g; 9 Ob 79/06t; 6 Ob 90/12x: Bei aufrechtem Vertragsverhältnis des Bauführers zum Bauherrn, auch wenn Baubehörde 4 Monate vor dem Umfallen der Mauer die Einstellung der Bauarbeiten verfügt hatte), nicht aber danach (OLG Innsbruck 1R 115/18y: Elektrant) sowie überhaupt jeder, dem die **Verfügungsmacht** sowie die Befugnis, die Sache zu nutzen, übertragen wurde (1 Ob 87/09i:

Interessentengemeinschaft zur Uferbefestigung). Beim **Bauführer** kommt es nicht auf den Zeitpunkt der förmlichen Bauabnahme an, sondern den der Beendigung der Bauarbeiten und der Übernahme der faktischen Verfügungsmacht durch den Bauherrn (SZ 61/132). Wenn bei einem **Grab** der **Nutzungsberechtigte** für die Sicherheit des Grabes verantwortlich ist und die Gemeinde Wien als Betreiber des Friedhofs lediglich, aber immerhin bei Gefahr im Verzug einzuschreiten hat, wird sie damit nicht zum Halter iSd § 1319 (4 Ob 75/09x).

11 Die Rechtsnatur der Haftung nach § 1319 ist umstr. Vertreten wird eine **Verschuldenshaftung mit Umkehr der Beweislast** (6 Ob 80/02m; 7 Ob 255/04g; 7 Ob 38/05x;OLG Innsbruck 1R 115/18y), eine **(eingeschränkte) Erfolgshaftung** (so ein Teil der Lit, abl 5 Ob 150/06d), eine **Gefährdungshaftung** (1 Ob 129/02f; 2 Ob 137/05v; 2 Ob 149/07m; 2 Ob 243/14w) oder ein Kompromiss zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung. Letztlich ist das ein **Streit um Worte**. Mit einer **klassischen Gefährdungshaftung wie der nach dem EKHG** hat die nach § 1319 gemeinsam, dass es auf ein Verschulden iS einer **subjektiven Vorwerfbarkeit** nicht ankommt sowie selbst die objektive Sorgfaltswidrigkeit nicht Anspruchsvoraussetzung, sondern der Nachweis von deren Fehlen bloße Entlastungsmöglichkeit ist. Diese ist bei § 1319 ähnlich formuliert wie bei **§ 9 EKHG** . Inhaltlich besteht zwischen jeder nach den Umständen gebotenen Sorgfalt (§ 9 EKHG) und aller zur Abwendung erforderlichen Sorgfalt (§ 1319) kein Unterschied. Auch in Bezug auf die objektive Vorhersehbarkeit wird man kaum Unterschiede ermitteln können (zum Maßstab bei § 1319: 2 Ob 137/05v; 5 Ob 150/06d). Es geht um nicht mehr als eine sprachliche Nuance. Bedeutsam ist freilich, dass es bei **Anwendung solcher Sorgfalt bei § 1319 stets zu einer Entlastung** kommt, während bei § 9 EKHG Mängel der Sache wie das Versagen der Verrichtungen oder Fehler in der Beschaffenheit sowie das Vorliegen einer außerordentlichen Betriebsgefahr (§ 9 Abs 1 EKHG) selbst bei größtmöglicher Sorgfalt jegliche Entlastung ausschließen. Nach der vorliegenden Judikatur sind Fälle der Haftung, in denen es zu dieser trotz Fehlens eines individuellen Schuldvorwurfs kommt, selten (1 Ob 129/02f: Verhinderung wegen Krankheit). Zu bedenken ist, dass es sich ja um **keine höchstpersönliche Pflicht des Halters** handelt, sodass er selbst bei Krankheit häufig noch in der Lage sein wird, Abhilfemaßnahmen zu veranlassen. Bedeutsam sind aber die **non liquet-Fälle**, in denen eine Beweislastentscheidung zu treffen ist und dem Ersatzpflichtigen der Entlastungsbeweis nicht gelingt. Mit der Einschätzung, wie häufig diese Nuance zum Tragen kommt, steht und fällt der Streit über die Reichweite des § 1319. Die vorliegende OGH-Judikatur belegt, dass der Entlastungsbeweis relativ häufig gelingt.

Seite 1651

12 Voraussetzung der Haftung nach § 1319 ist eine **mangelhafte Beschaffenheit** des Werks oder Gebäudes (Miet 34.289; 7 Ob 148/15p: Unzureichende Beleuchtung des Zugangs vom Haus zu den Garagen). Auch im Rahmen der analogen Anwendung von § 1319 muss sich die **typische Gefahr des Werks verwirklicht** haben (2 Ob 79/08v; 2 Ob 256/09z). Das ist nicht der Fall, wenn jemand mit der Reparatur betraut wurde und dabei einen Schaden erleidet (8 Ob 51/11x: Geschädigter durfte sich gerade nicht auf die Sicherheit und Bruchfestigkeit der Glastüre verlassen). Ob der Schaden durch den Einsturz oder ein Ablösen von Teilen erfolgt, darauf kommt es nicht an. Dieser Zustand bezieht sich entweder auf die Errichtung oder die Phase der Instandhaltung (4 Ob 179/99y: Balustrade des Universitätshauptgebäudes). **Ohne Bedeutung** ist, dass der Schaden eingetreten ist, weil **zusätzliche widrige Umstände** hinzugetreten sind, nämlich viele Menschen (4 Ob 179/99y: Einsturz der Balustrade bei Fest der Studenten) oder widrige Witterungseinflüsse (ZAS 1985, 24: Einsturz des Daches infolge der Schneelast; 5 Ob 77/97b : Ablösen der Dachplatte eines Imbissstandes durch starken Wind; 3 Ob 119/99t: Umfallen von Fernsehkamera und Stativ durch einen Windstoß; 2 Ob 90/98v: Dammbruch bei Baugrube in unmittelbarer Bachnähe nach plötzlichem heftigem Regen; 2 Ob 243/14w: Hangartor aus der Verankerung gerutscht bei Höchstwert der Windgeschwindigkeit von 97 km/h). Zutr wird betont, dass es sich um **vorhersehbare Witterungseinflüsse** handeln muss. Es sind somit **außergewöhnliche Naturereignisse**, mit denen nicht zu rechnen ist, außer Acht zu lassen (RZ 1988/44). Zu bedenken ist indes,dass – infolge des Klimawandels? – orkanartige Stürme heutzutage auch in unseren Breitengraden häufig vorkommen. Kommt es zu einer Schädigung nicht durch das mangelhafte Gebäude selbst, sondern im Zuge von Reparaturarbeiten, ist § 1319

nicht anzuwenden (Miet 31.255: Herabfallen von Schutt und Steinen infolge Dachreparatur; 8 Ob 52/11x: Reparatur einer beschädigten Glastüre).

13 Das **mangelhafte Gebäude oder Werk** muss **Ursache** für den Einsturz oder die Ablösung von Teilen sein (Miet 34.289, 34.290). Die Teile müssen aber nicht selbst die Verletzung ausgelöst haben (Miet 30.250: Fallen in eine Grube; ÖJZ 1958/5: Sturz bei Flucht vor der Gefahr). Kann ein Geländer auf dem Plateau eines Lieferantenzugangs und Notausgangs geöffnet werden, ist es mE fraglich, ob die unterbliebene feste Verankerung als Mangel, sondern vielmehr als Funktion anzusehen ist (aA 1 Ob 150/15p: Diesen Umstand beachtend, gleichwohl Qualifikation des Geländers als mangelhaft, weil von einem Geländer normalerweise zu erwarten ist, dass es vor einem Absturz bewahrt und daher fixiert ist; Zuspruch zudem deshalb bedenklich, weil die verletzte Person [eine Zigarette rauchend und sich am Geländer anlehnend] den Notausgang gar nicht betreten hätte dürfen, was vorgebracht, aber nicht gewürdigt wurde).

14 Im Rahmen des Entlastungsbeweises ist ein **objektiver Sorgfaltsmaßstab** anzulegen. Abzustellen ist auf Schutzvorkehrungen und Kontrollmaßnahmen, die **vernünftigerweise nach der Verkehrsauffassung** erwartet werden können (2 Ob 47/14x; 7 Ob 38/05x; 5 Ob 77/97b). Die Kriterien „vernünftigerweise" und „Verkehrsauffassung" räumen dem Gericht einen **sehr weiten Ermessensspielraum** ein. Insoweit lässt der OGH die (ordentliche) Revision nur bei einer auffallenden Fehlbeurteilung durch das BerG zu (2 Ob 47/14x). Der Organisator einer Party in einem Heustadel muss nicht damit rechnen, dass betrunkene und gewalttätige Gäste gegen eine gesicherte Türe geschleudert werden (1 Ob 122/13t). Ein Hinweisschild auf einer Privatstraße wurde als ausreichende Warnung vor einem versenkbaren Pilomaten angesehen (2 Ob 60/11d). Ansatzpunkt ist die **Erkennbarkeit der Gefahr** (1 Ob 334/99w; 3 Ob 128/10k: Objektiv nicht vorhersehbarer Felssturz; 7 Ob 148/15p; 8 Ob 33/15h: Herunterfallen einer Fensterscheibe auf ein in dieser Lagerhalle verwahrtes Fahrzeug; 9 Ob 50/16t: Zaun zur Begrenzung einer Schipiste – verneint; OLG Innsbruck 1R 115/18y: Elektrofant, dessen nur mit einem Imbusschlüssel zu öffnender Deckel von Unbekannten geöffnet wurde – Haftung verneint; 1 Ob 11/19b: Deckel eines Bewässerungsschlauchs am Golfplatz –Haftung verneint). Lässt der Bauzustand für den Halter das Vorliegen eines Baugebrechens nicht vermuten, muss er auch nicht den Befund eines Sachverständigen einholen (1 Ob 334/99w). Die Anforderungen an die Beobachtung des Bauzustands sind abhängig von der – ex ante erkennbaren! – Größe und Wahrscheinlichkeit der Gefahr (2 Ob 90/98v; 5 Ob 29/00a). Bei Platzierung eines 500 kg schweren Siloballens auf einer abschüssigen Wiese wurde der Entlastungsbeweis als erbracht angesehen, wenn es zuvor noch niemals zu einem Wegrollen gekommen ist (2 Ob 47/14x).

Seite 1652

15 Die Kontrollfrage lautet: **Was hätte ein sorgfältiger Hauseigentümer getan?** Beim **Mauerputz** hält die Rspr eine regelmäßige Überprüfung für zumutbar (Miet 22.193). Bei **Großbauten** wird man eine **regelmäßige Überprüfung durch versierte Personen** verlangen können, ob die Bausituation den **aktuellen Sicherheitsanforderungen** entspricht (4 Ob 179/99y: Das war nicht gegeben bei Überprüfung der Balustrade des Universitätshauptgebäudes durch angelernte Gebäudeaufseher anstelle von Bautechnikern). Ein Bauschacht ist abzudecken oder für den Verkehr zu sperren, wenn die Bauarbeiten abgeschlossen sind und sich die Handwerker nicht mehr um die Baustelle kümmern (SZ 61/132). Bei Kenntnis der Schadhaftigkeit der Deckenträme sind Sicherungsmaßnahmen wie der Einbau einer Verstärkungskonstruktion vorzunehmen (5 Ob 29/00a). Als unzumutbar angesehen wurde die Sicherung durch ein Schloss und laufende Kontrollen bei einem Elektrofanten (OLG Innsbruck 1 R 115/18y: Nur mit Imbusschlüssel zu öffnen).

16 Häufig stellt sich die Frage: Welchen Einfluss hat die **Heranziehung eines Fachmanns** durch den Halter eines Werkes oder Gebäudes? Bei einem **an sich gefahrenträchtigen Gebäudeteil** ist die **wiederkehrende technische Überprüfung durch einen Fachmann** geboten (2 Ob 243/14w: Schadensanfälligkeit und Kompliziertheit einer Schiebetoranlage eines Hangars, der von vielen Menschen betreten wird; Entlastungsbeweis schon deshalb nicht

erbracht, weil keine fachmännische Überprüfung, sondern bloß „optische Prüfung" durch Vereinsmitglieder; verneint aber von 5 Ob 118/19t: Kein weiteres Erfordernis als einer Sichtkontrolle bei vor 2½ Jahren renovierten Fassade). Wenn für den **Halter gewisse Gefahren nicht erkennbar** sind, dann ist der nach § 1319 geforderte Entlastungsbeweis erbracht, wenn er einen Fachmann eingesetzt und dieser keinen Mangel festgestellt hat (4 Ob 2334/96f). Bei **Einhaltung der geltenden technischen Standards** ist eine Haftung zu verneinen (2 Ob 37/13z: Schneerückhalteeinrichtung auf dem Dach nach dem neuesten Stand der Technik); die ursprünglich erteilte Baubewilligung ist für eine Entlastung nicht ausreichend (7 Ob 148/15p: Unzureichend beleuchteter Zugang vom Haus zur Garage); die laufende Adaptierung an einen höchstmöglichen Standard wird allerdings nicht geschuldet (7 Ob 95/11p: Keine Sensorleiste bei automatischer Außendrehtür eines Supermarkts, die zum Unfallzeitpunkt weder nach dem Stand der Technik geboten noch verkehrsüblich, aber auf dem Markt erhältlich war – aA das BerG). Ohne besondere Anhaltspunkte trifft den Halter freilich keine Pflicht zur Überprüfung durch einen Fachmann (Miet 35.260: 300-jährige Linde). Zieht der Halter einen **Fachmann** heran, wird er sich im Regelfall **auf dessen Expertise verlassen** dürfen (7 Ob 26/11s: Verneinung der Haftung bei unzureichend gesichertem Aufzug bei periodischer Betrauung eines Fachunternehmens mit der Überprüfung). Die **Überwachung des Fachmanns durch einen Laien** wird nicht verlangt. Durch die Betrauung eines Fachmanns wird der Halter aber nicht in jedem Fall von jeglichen Pflichten befreit (7 Ob 584/88). Der Halter darf dem **Fachmann nicht blind vertrauen**, insb nicht bei besserer Einsicht,insb wenn er als Nichtfachmann erkennen kann, dass die durchgeführten Maßnahmen unzureichend sind. Hat er mehr Fachwissen als ein Fachmann, muss er dieses einsetzen (SZ 59/121: Stadtgartenamt bei Beeinträchtigung der Statik eines Baumes und Beschädigung seiner Wurzeln bei Erdaushubarbeiten). Auch ist eine **gewisse Überwachungspflicht** angezeigt (7 Ob 193/11z: Einstandspflicht der Gemeinde trotz Übertragung der Überwachung von Bäumen an ein fachkundiges Unternehmen).

17 Der Anspruch gegen den Halter eines Werks oder Gebäudes nach § 1319 ist ein **deliktischer** Anspruch. Daraus folgt, dass eine **Zurechnung** des Fehlverhaltens **von Gehilfen nach § 1315** erfolgt. Soweit es sich um das Fehlverhalten von **Organen** und **Repräsentanten** handelt, kommt es indes auf die engen Voraussetzungen des § 1315 nicht an. Es gilt das zu § 1315 Ausgeführte (§ 1315 Rz 10 ff). Im Zusammenhang mit § 1319 hat der OGH das wie folgt präzisiert: Die Gebietskörperschaft muss sich das Verhalten des Bautechnikers als **Repräsentanten** zurechnen lassen, nicht aber das von angelernten Gebäudeaufsehern (4 Ob 179/99y: Einsturz der Balustrade des Universitätshauptgebäudes); der ORF das des Hauptkameramanns, nicht jedoch des Kameraassistenten (3 Ob 119/99t: Umfallen der Kamera samt Stativ); eine Wohnungseigentümergemeinschaft das des Hausverwalters (5 Ob 291/01g); ein Schulerhalter das des Direktors, aber nicht des Schulwarts (ZAS 1985, 24; vgl auch JBl 1986,

523: Keine Entlastung durch Übertragung der Überwachung an den Hausbesorger). In der Lit wird eine weiter gehende Zurechnung des Gehilfenverhaltens erwogen, weil es sich um eine Gefährdungshaftung handelt (zur Analogie in diesen Fällen § 1315 Rz 9). Vertreten wird darüber hinaus die Ansicht, dass bei grob fahrlässigem Verhalten eine Zurechnung nach dem Maßstab des § 1319a zu erfolgen habe, also für die vom Halter eingesetzten Leute. Jedenfalls die historische Interpretation spricht dagegen. Dem Gesetzgeber war der Status quo der Zurechnung bei § 1319 bekannt, als er den § 1319a eingeführt hat, ohne dass er eine Änderung der benachbarten Norm des § 1319 vorgenommen hat – was naheliegend gewesen wäre, wenn ein entsprechender Wille bestanden hätte. Der OGH hält deshalb bei § 1319 an der **Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen nach § 1315** fest (ÖJZ 1978/112; 6 Ob 30/98z). Da bezüglich der gebotenen Sorgfalt der Halter den Entlastungsbeweis zu führen hat, wird er bloß nachweisen müssen, dass sein Gehilfe nicht untüchtig war (anders, wenn es um den Nachweis der ausreichenden Überwachung geht, 6 Ob 30/98z) bzw er dessen Gefährlichkeit nicht erkannt hat.

17a In Betracht kommt auch eine **Übertragung der den Gebäudehalter treffenden Pflichten auf einen Dritten** (1 Ob 259/09h), der dann freilich dem Geschädigten nach dem Maßstab des § 1319 einzustehen hat. Durch die Übertragung der Pflicht kann es jedenfalls **nicht zu einer Verkürzung der Rechtsposition des Geschädigten** kommen. Ob der eingesetzte Dritte bloß Gehilfe ist, für dessen Fehlverhalten nach § 1315 einzustehen ist, oder diesem die

Pflichten mit der Folge überbunden wurden, dass den Gebäudehalter bloß eine Einstandspflicht für Auswahl- oder Überwachungsverschulden trifft, ist durch Auslegung der Vereinbarung zu ermitteln. Der Gebäudehalter ist diesbezüglich dem **Geschädigten auskunftspflichtig**.

18 Den **Geschädigten** trifft die **Beweislast** für die **Verursachung** des eingetretenen Schadens (SZ 59/121; 5 Ob 77/97b) durch Einsturz oder Ablösung von Teilen eines mangelhaften Gebäudes oder Werkes (1 Ob 93/00h; 1 Ob 129/02f). Dieser Nachweis wird häufig, aber nicht notwendigerweise durch Beiziehung eines Sachverständigen geführt. Aus dem eingetretenen Schaden kann mitunter **prima facie** auf die Mangelhaftigkeit des Gebäudes oder Werkes geschlossen werden. Die **Beweislastumkehr** bezieht sich auf die **Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Halters** (SZ 69/162). Dieser kann sich dadurch von der Haftung befreien, dass er den Nachweis führt, dass er vernünftige Schutzvorkehrungen getroffen hat (7 Ob 255/04g; 2 Ob 203/11h). Maßgeblich ist ein **objektiver Sorgfaltsbegriff** (4 Ob 2334/96f; 2 Ob 90/98v; 1 Ob 334/99w). Abzustellen ist auf die **durchschnittlichen Kenntnisse des jeweiligen Halters**, es sei denn, dieser verfügt über besondere Fachkenntnisse (SZ 59/121: Gartenbauamt; strengerer Sorgfaltsmaßstab für eine Stadtgemeinde; ebenso 2 Ob 203/11h: Stadtgemeinde bei faulem Baum). Aus dem – bloßen – Alter eines Baums an einer rege frequentierten Verkehrsfläche wurden besondere Überprüfungspflichten abgeleitet (2 Ob 203/11h; anders bei § 1318 in Bezug auf das Alter von Rohren 7 Ob 193/11z – dazu § 1318 Rz 10, wobei die weniger strengen Anforderungen bei § 1318 wenig folgerichtig erscheinen). Auch der **Nachweis mangelnder Erkennbarkeit** befreit von der Haftung. Kann dieser nicht geführt werden, kann sich der Ersatzpflichtige dadurch von der Ersatzpflicht befreien, dass er nachweist, dass der Schaden auch bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt eingetretenwäre (4 Ob 104/97s: Geländer; 5 Ob 118/19t: Herabfallen von Zierelementen von einer vor 2½ Jahren renovierten Fassade). Es handelt sich dabei um einen Fall des **rechtmäßigen Alternativverhaltens**, für das stets der **Schädiger beweisbelastet** ist. Sofern es um die **Zurechnung des Fehlverhaltens eines Gehilfen** geht, muss der Geschäftsherr nachweisen, dass dieser nicht untüchtig war bzw er dessen Gefährlichkeit nicht kannte; darüber hinaus auch, dass er ihn ausreichend überwacht hat (6 Ob 30/98z). Bei Einsatz eines Fachmannes hat der Halter nicht alle erforderliche Sorgfalt angewendet, wenn er mitzuteilende Umstände diesem verschwiegen hat (5 Ob 29/00a: Keine Erwähnung schon früher angebrachter Verstärkungskonstruktionen wegen schadhafter Deckenträme).

19 Ist für die Beschädigung eines Gebäudes oder Werkes ein Dritter verantwortlich, kommt eine Kürzung des Schadenersatzanspruchs in Betracht, wenn der geschädigte **Halter** sich eine **Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten** zurechnen lassen muss. Ein Mitverschulden im

Seite 1654

technischen Sinn ist nicht gegeben, weil es auf einen individuellen Verschuldensvorwurf bei § 1319 nicht ankommt (2 Ob 149/07m: Beschädigung der Tankraumdecke durch parkenden Lkw, 2/3-Tragung des Schadens durch den Geschädigten, wenn der Halter des Lkw nach EKHG haftet, aber für den Lkw-Fahrer nicht erkennbar ist, dass eine Tankraumdecke dafür nicht ausreichend dimensioniert ist).

20 Denkbar ist eine **Konkurrenz zu § 1318** (Miet 37.204: Offengelassen, ob Wasserleitung Werk iSd § 1319; abgelehnt bei einer Außenwasserleitung in 7 Ob 193/11z). Sofern aber die Norm im Bereich der gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache wie § 1319 interpretiert wird (dazu § 1318 Rz 8), ist die Subsumtion unter die eine oder andere Norm eine rein akademische Frage.

21 Bedeutsam ist die Frage der **Konkurrenz zu § 1319a** , da § 1319a lediglich eine Einstandspflicht bei **grober Fahrlässigkeit** vorsieht. Eine Anspruchskonkurrenz ist gegeben, soweit ein Werk iSd § 1319 keine Anlage iSd § 1319a ist: Verneint wurde das bei einer Kette, mit der ein Plakatständer an einer Säule festgemacht worden ist (2 Ob 256/09z), sowie einem im Boden versenkbaren Pilomaten (2 Ob 60/11d; 1 Ob 142/13h) und einem Elektranten (OLG Innsbruck 1 R 115/18y mit dem Hinweis, dass bei einem Entwässerungsschacht gegenteilig zu entscheiden wäre) – jeweils mit dem Argument, dass dieses **Werk nicht die bessere Benutzbarkeit der Verkehrsfläche fördere**. Ebenso wurde entschieden bei einem (nicht

befestigten) Geländer eines Lieferantenzugangs und Notausgangs auf einem Plateau (1 Ob 150/15p) sowie bei einem unbeleuchteten und nicht abgedeckten Lichtschacht an einer Hausmauer (9 Ob 19/19p). Wenn das Werk iSd § 1319 hingegen zugleich eine Anlage iSd § 1319a darstellt, die **Funktion des Verkehrswegs** somit **klar im Vordergrund** steht (2 Ob 36/13b: Versenktes Kanalgitter; 7 Ob 113/13p: Unbeleuchteter Weg), die Anlage der besseren Benutzbarkeit der Verkehrsfläche dient oder ein Hindernis für die Wegbenützung darstellen soll (8 Ob 103/17f: Elektrische Viehsperre), mag es sich auch um einen mangelhaften Gebäudeteil gehandelt haben (4 Ob 104/97s: Geländer; 7 Ob 58/03k: Pflasterstein; 1 Ob 260/08d: Treppe; zum Teil krit die Lit), nimmt die neuere Judikatur einen Vorrang des § 1319a – und damit eine Haftungsprivilegierung des Halters – an. Gegenteiliges gilt freilich, wenn der **(Wege-) Halter ein eigenes Interesse am betreffenden Werk** hat (2 Ob 281/01i: Brückenwaage; verneint in 8 Ob 103/17f: Elektrische Viehsperre; allerdings dient diese mE insoweit dem Interesse des Halters, als er sich dadurch eine Einzäunung erspart). Das OLG Innsbruck (1 R 115/18y) hat das auch bei einem Elektranten angenommen, der nicht dem besonderen Interesse der Stadtgemeinde als Wegehalterin diene, sondern dazu da ist, bei Veranstaltungen die Stromversorgung sicherzustellen; auch das ist kaum ein genuines Interesse der Stadtgemeinde selbst, sondern ein öffentliches, wenn auch von dem der einwandfreien Benutzbarkeit des Weges verschiedenes Interesse – das ausreichend ist für die Anwendbarkeit des § 1319. Während der Halter eines Weges bloß für grobe Fahrlässigkeit einzustehen hat, weil er den **Weg für die Allgemeinheit offen halten** muss, ohne dass er selbst einen erkennbaren Vorteil daraus zieht, ist bei Gebäuden und Werken, die **zum eigenen Vorteil des Halters** bestehen, eine gegenteilige Wertung angezeigt. Kommt es bei § 1319a gegenüber der **allgemeinen Verkehrssicherungspflicht** wegen der Einstandspflicht bloß bei **grober Fahrlässigkeit** zu einer **Haftungsprivilegierung des Ersatzpflichtigen**, wird die Haftung bei § 1319 gegenüber der allgemeinen **Verkehrssicherungspflicht verschärft** : Der Halter hat schon wegen eines objektiven Sorgfaltsverstoßes einzustehen; zudem wird ihm der Entlastungsbeweis auferlegt. Mitunter wird der Unterschied aber relativiert, indem auch bei § 1319 darauf abgestellt wird, was „vernünftigerweise" nach der „Auffassung des Verkehrs" verlangt werden kann (1 Ob 142/13h: Warnung vor versenkbaren Pollern in der Fußgängerzone durch Hinweisschild, das Verkehrsteilnehmer „studieren" kann; kein Verstoß, selbst wenn Segwayfahrer Unfall nicht vermeiden hätte können – fragwürdig). Stets ist zu prüfen, ob der Schaden durch den Weg oder eine **zum Weg gehörende Anlage** verursacht wurde oder durch ein **davon zu unterscheidendes Werk oder Gebäude** (10 Ob 27/07d: Schädigung nicht durch mangelhafte Fußgängerunterführung, sondern unzureichende Stützmauer einer angrenzenden Wiesenfläche, daher Haftung des Halters der Stützmauer nach § 1319 und nicht bloß nach § 1319a). Näheres zur Anspruchskonkurrenz zu § 1319a bei § 1319a Rz 44.

Seite 1655

21a § 176 ForstG verdrängt in seinem Anwendungsbereich § 1319 (9 Ob 7/18x: Schaden durch infolge Wurzelfäule umfallenden in einem Wald befindlichen Baum, was leicht fahrlässig nicht erkannt wurde).

22 Bei einer Vertiefung besteht eine **Konkurrenz zu § 364b** (8 Ob 100/11f: Stützmauer). Bei dieser haftet der Besitzer noch strenger, nämlich für den eingetretenen Erfolg ohne Entlastungsmöglichkeit wie nach § 1319. Zu beachten ist indes, dass § 364b eine Norm des Nachbarrechts ist, die über die dinglich Berechtigten auf **Rechtsbesitzer** ausgedehnt wird; ein **bloßer Bauführer** ist kein Rechtsbesitzer und unterliegt daher nicht der – noch – strengeren Haftung nach § 364b (7 Ob 215/98p: Baugrube einer Wohnanlage). Soweit ein Anspruch nach § 364 Abs 3 (Entzug von Licht oder Luft) besteht, ist dem beeinträchtigten Nachbarn bei Gefahr eines künftigen Schadenseintritts auch eine (vorbeugende) Unterlassungsklage zuzugestehen; er muss nicht warten, bis es zu einer Schädigung kommt, um dann einen Anspruch nach § 1319 zu erheben (1 Ob 84/16h).

23 In der E 1 Ob 129/02f hat der OGH ausgesprochen, dass § 1319 als **Gefährdungshaftungsnorm** zu qualifizieren sei, weshalb **neben dem Amtshaftungsanspruch gegen den Rechtsträger** ein gegen den Halter durchsetzbarer

Anspruch aus der Gefährdungshaftung in Betracht komme. Die E ist in vielerlei Hinsicht verfehlt. Durch die dem Bundesheer gefälligkeitshalber unentgeltlich eingeräumte Möglichkeit, die Scheune eines Bauernhofes zum Übernachten zu verwenden, wurde der Bauer – nach Ansicht des OGH – zum beliehenen Unternehmer. Als ein Soldat außerhalb der Vaterlandsverteidigung beim „Fensterln" in einen ungesicherten Schacht stürzte, nahm der OGH eine Einstandspflicht des Bauern außerhalb des AHG an, weil § 1319 eine Gefährdungshaftungsnorm sei. In der Lit wird zutr darauf hingewiesen, dass dies mit dem Schutzzweck des AHG, die Organwalter vor einer direkten Belangung durch die Geschädigten zu schützen, unvereinbar und jedenfalls dort bedenklich sei, wo keine Pflichthaftpflichtversicherung bestehe.

LexisNexis®

Christian Huber 25.1.2021

ABGB: Taschenkommentar, Schwimann/Neumayr

zu § 1320 ABGB (Huber)

I. ABGB > Zweiter Teil Von dem Sachenrechte > Zweite Abteilung Von den persönlichen Sachenrechten > Dreißigstes Hauptstück Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung · Huber · 5. Aufl März 2020

§ 1320 ABGB

7. durch ein Tier

§ 1320. (1) Wird jemand durch ein Tier beschädigt, so ist derjenige dafür verantwortlich, der es dazu angetrieben, gereizt oder zu verwahren vernachlässigt hat. Derjenige, der das Tier hält, ist verantwortlich, wenn er nicht beweist, dass er für die erforderliche Verwahrung oder Beaufsichtigung gesorgt hatte.

(2) In der Alm- und Weidewirtschaft kann der Halter bei Beurteilung derFrage, welche Verwahrung erforderlich ist, auf anerkannte Standards der Tierhaltung zurückgreifen. Andernfalls hat er die im Hinblick auf die ihm bekannte Gefährlichkeit der Tiere, die ihm zumutbaren Möglichkeiten zur Vermeidung solcher Gefahren und die erwartbare Eigenverantwortung anderer Personen gebotenen Maßnahmen zu ergreifen. Die erwartbare Eigenverantwortung der Besucher von Almen und Weiden richtet sich nach den durch die Alm- und Weidewirtschaft drohenden Gefahren, der Verkehrsübung und anwendbaren Verhaltensregeln.

FassungBGBl I 2019/69

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1320 ABGB

1 § 1320 enthält **zwei unterschiedliche Tatbestände** : In S 1 werden im Rahmen der **allgemein geltenden Verschuldenshaftung** die Fälle, dass jemand ein Tier angetrieben, gereizt oder verwahrt hat, erwähnt. In S 2 wird eine **Haftungsverschärfung des Halters** angeordnet, der sich von seiner Haftung durch ein von einem Tier verursachten Schaden nur dadurch befreien kann, dass er nachweist, dass er die für die **Verwahrung erforderliche objektive Sorgfalt** eingehalten hat. Der Streit, was im Einzelnen unter Antreiben (ZVR 1985/45: Rufen eines abgerichteten verkehrstüchtigen Münchener Polizeihundes, Kollision mit einem Radfahrer bei unbedachter Überquerung der Fahrbahn durch den Hund) oder Reizen (SZ 52/45: Standortveränderung von Pferden durch einen Fremden) zu verstehen ist, kann dahingestellt bleiben. Gäbe es § 1320 S 1 nicht, würde der Schädiger nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen nicht anders haften, nämlich bei Verursachung eines Schadens aufgrund des von ihm gesetzten rechtswidrigen Verhaltens, wobei ihn lediglich fehlendes Verschulden entlastet. Deshalb ist es auch eine bloß akademische Frage, ob von § 1320 S 1 der Fall des Lenkens eines Tieres erfasst ist (bejahend RZ 1983/67; 2 Ob 65/94; 2 Ob 46/01f).

2 In der Lit wird vereinzelt darauf hingewiesen, dass die Unterschiede der Verwahrung nach S 1 und S 2 „praktisch bedeutungslos" seien. Das trifft jedenfalls für die Rechtsfolgen nicht zu. Der Unterschied ist vergleichbar mit dem zwischen der **Verschuldenshaftung des Lenkers** nach ABGB und der **Gefährdungshaftung des Halters eines Kfz** nach dem EKHG. Der Halter haftet sehr viel strenger! Dass sich der Tierhalter bei Einhaltung der objektiv erforderlichen Sorgfalt nach § 1320 S 2 stets, der Halter eines Kfz aber bloß nach § 9 Abs 2 EKHG, nicht aber in den Fällen des § 9 Abs 1 EKHG entlasten kann, ist demgegenüber eine – wenn auch bedeutsame –

Nuance. Fehlendes subjektives Verschulden entlastet den Verwahrer nach S 1, nicht aber den Halter nach S 2 (2 Ob 46/01f; 2 Ob 211/09g: Pferdehalter erleidet einen Kollaps, das deshalb unbeaufsichtigte Pferd schädigt einen Dritten).

3 Wie die **Einstandspflicht des Halters bezeichnet** wird, ist eine – zunächst – rein terminologische Frage (zu den Auswirkungen im Rahmen der Gehilfenzurechnung unten Rz 24 f). Die Bandbreite reicht von Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweislast über keine (volle) Gefährdungshaftung (6 Ob 55/02k; 2 Ob 85/11f), keine Erfolgshaftung (3 Ob 2229/96g; 6 Ob 104/04v; nachdrücklich 5 Ob 224/11v: Grundsätzlich Verschuldens- und keine Erfolgshaftung; 5 Ob 5/13s: Pinzgauer Rinder; 1 Ob 35/13y: Stafford Terrier im Tierheim; 7 Ob 19/19y: Hundetrainer bei Hundetraining vom Hund gebissen; ebenso LG Leoben 1 R 160/11p) bis zum Kompromiss zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung bzw in die Form der Beweislastumkehr gekleidete Gefährdungshaftung (ÖJZ 1982/43). Worauf es ankommt, das ist, dass der **Halter eines Tieres – wie der eines Kfz – strenger haftet**, weil ein **Tier typischerweise eine „gefährliche Sache"** ist und der Halter wegen der geschaffenen Gefahrenlage, unabhängig von seinem subjektiven Verschulden, die dadurch entstehenden Nachteile tragen soll (3 Ob 2229/96g: Anbinden eines Pferdes am Transformator). Der Hauptgrund liegt darin, dass **Tiere von ihren Trieben und Instinkten gelenkt** sind, die sie durch ihre Vernunft nicht kontrollieren können (3 Ob 506/96: Hund beißt knapp vor Verenden den Tierarzt; zur Ausschaltung anderer Kontrollmechanismen im Fall sexueller Stimulierung beim Tier unten Rz 12). Der Halter hat aber nicht nur für die von **bösartigen** Tieren ausgehenden Gefahren einzustehen; beachtet er nicht die **objektiv erforderliche Sorgfalt**, hat er auch Ersatz für den durch ein **gutmütiges** Tier verursachten Schaden zu leisten (1 Ob 2351/96h: Deckung einer Rassehündin durch einen Mischlingsrüden; OLG Innsbruck ZVR 1997/49: Verspielter Hund läuft beim Apportieren eines geworfenen Holzstücks in ein Fahrrad; 2 Ob 196/12f: 13 Jahre alter Dackel).

4 Wie bei allen Schadenersatzansprüchen ist zu prüfen, ob der **Rechtswidrigkeitszusammenhang** gegeben ist, der freilich bei der Tierhalterhaftung **sehr weit verstanden** wird. Bejaht wurde dieser selbst dann, wenn ein Minderjähriger aus Angst vor dem Hund davongelaufen und gestürzt ist (5 Ob 559/85) oder das Bellen eines Hundes ein Pferd zum Scheuen brachte (1 Ob 638/82). Verneint wurde – ausnahmsweise – der Rechtswidrigkeitszusammenhang, wenn ein Tierarzt ein nach dem Unfall verschrecktes Tier aus seinem Versteck holt und im Zuge der Behandlung das Tier – kurz vor seinem Verenden – den Tierarzt beißt. Der OGH (3 Ob 507/96) hat das zutreffende Ergebnis, nämlich die **Versagung des Schadenersatz**

anspruchs, nach einem Lamento, dass alles so kompliziert sei, unter Bezugnahme auf das bewegliche System richtig gelöst. Die Prüfung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs allein hätte zum richtigen Ergebnis geführt. Es handelte sich nämlich schlicht um ein **Berufsrisiko des Tierarztes**, mit dem die unzureichende Verwahrung des Hundes durch den Halter nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang steht, weil er die Verletzung nicht beim Aufspüren des Hundes, sondern im Rahmen von dessen Behandlung erlitten hat. Dass in concreto womöglich ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben sein könnte, steht auf einem anderen Blatt. In Abgrenzung zu 3 Ob 507/96 hat der OGH (6 Ob 142/16z) einen – vollen – Ersatzanspruch bejaht, als ein Lkw-Fahrer, der sich um die Herstellung einer Durchfahrt nach einem Unfall kümmerte, von einem auf der Straße frei laufenden, angefahrenen – und offenbar unter Schock stehenden – Hund gebissen wurde, weil sich bei diesem gerade **nicht das Berufsrisiko verwirklicht** habe. Ebenso wurde voller Ersatz zugebilligt, als ein freilaufender Hund einen angeleinten Hund angesprungen ist, der zurückgesprungen und dabei durch Ziehen an der Leine die Verwahrerin zu Sturz gebracht hat (4 Ob 206/16x). Eine Mitverschuldenskürzung, die aus der Gefährlichkeit des angeleinten Hundes erwogen werden hätte können, wurde zu Recht verneint; sofern ein Verschuldensvorwurf gegeben ist, hat eine **Mitverantwortung ohne Verschuldenszurechnung** zurückzutreten.

5 Die **Modalitäten der Schädigung** sind abhängig von den **Eigenarten des jeweiligen Tieres**. In Betracht kommen Anspringen, Beißen, Stoßen, Aufbäumen, Durchgehen, Schlagen,

Laufen und Entlaufen, Ausschlagen bei Annäherung von hinten (4 Ob 2155/96g: Pferd), wobei Schäden durch **Hunde**, **Kühe** und **Pferde** dominieren. Es geht in erster Linie um **Personenschäden** und **Sachschäden** (Kfz, Kleidung, aber auch ansprüchige Sachen, dazu RZ 1983/27: Wild). Auch ausgefallene Schäden sind ersatzfähig, so wenn es infolge unzureichender Verwahrung zu einem **unerwünschten Deckakt** eines Mischlingsrüden an einer Rassehündin kommt, die deswegen in dieser Phase einerseits keine Rassewelpen hervorbringen kann und zudem in ihrem Veräußerungswert vermindert wird (1 Ob 2351/96h). In Betracht kommen könnte auch eine Schädigung wegen **Freiheitsentziehung**, wenn ein Wachhund einen harmlosen Passanten zu Unrecht stellt.

6 Der Begriff des **Halters** ist kein Spezifikum des § 1320. Nach allgemeinen Regeln ist das derjenige, der die **tatsächliche Verfügungsmacht** über eine Sache hat und auf **dessen Rechnung** sie betrieben wird. Meist ist das derjenige, der das **wirtschaftliche Risiko** des Verlustes trägt. Auf das **Eigentum** kommt es nicht an (8 Ob 681/89); es hat aber immerhin **Indizwirkung**. Auch der Dieb ist Halter sowie jede Person, der das Tier übertragen wird, ohne an Weisungen gebunden zu sein (2 Ob 66/14s: Verwahrung der Hunde durch fast blinden Vater; Hunde durften das tun, was Sohn ihnen nie erlaubt hätte). Halter ist auch ein **Fruchtnießer** sowie ein **Bestandnehmer** (Mieter und Pächter), jedenfalls bei längerer Dauer (ZVR 1973/157). Halter ist auch der **Betreiber eines Tierparks** (JBl 1983, 379; ÖJZ 1986/111; OLG Innsbruck ÖJZ 1986/115; 5 Ob 224/11v). Mehrere Personen können **Mithalter** sein, wie das typischerweise bei einem Ehepaar vorkommt (SZ 55/62: Wachhund der Eheleute auf gemeinsamer Liegenschaft) oder bei einer Lebensgefährtin des Hundeeigentümers (9 Ob 3/07t). Die **Aufteilung der Betreuungsaufgaben** steht der Qualifikation als Mithalter nicht entgegen (2 Ob 66/14s: Fast blinder Vater, der Hunde weder fütterte noch mit ihnen spazieren ging, als Mithalter von 2 Hunden). Bezüglich der Entlastung kommt es nicht allein auf den Zeitpunkt des Unfalls an; misslingt diese, kommt es zur solidarischen Haftung (2 Ob 540/91: Mehrere Prostituierte als Halter). Wer ein Tier freilässt, das immer wieder zu ihm zurückkehrt, ist nicht – mehr – sein Halter, mag er es auch füttern (JBl 1983, 379: Turkenten).

7 Bei einer **Agrargemeinschaft** hat der OGH (SZ 55/180) bei einem durch unbeaufsichtigtes Vieh zugefügten Schaden die Haltereigenschaft zu Recht verneint, aber ausgesprochen, dass diese gleichwohl die gleiche Haftung wie einen Halter wegen Verstoßes gegen die Verkehrssicherungspflicht treffe. In concreto ging es um die **nicht ausreichende Einzäunung**. Die Agrargemeinschaft hat insoweit eine mit einem Wegehalter vergleichbare Position, der nach § 1319a nur bei grober Fahrlässigkeit haftet. Es ist kurios, dass jemand deshalb strenger haftet, weil er einem anderen den Betrieb einer gefährlichen Sache auf seinem Gelände gestattet.

Seite 1678

Es würde kaum jemand auf die Idee kommen, den Betreiber eines Parkplatzes gegenüber Dritten nach dem EKHG haften zu lassen, weil die Halter der dort parkenden Autos nach dem EKHG einstandspflichtig sind. Als der Hund des im Gefängnis einsitzenden Zuhälters in einem Bordell die Bedienerin biss, wurde eine der „Freundinnen" des Betreibers als Halterin angesehen, weil diese die **faktische Verfügungsmacht** über das Tier hatte (2 Ob 540/91:Mehrheit von Prostituierten als Halter). Womöglich ist aber insoweit eine ähnliche Differenzierung geboten wie zwischen Besitzmittler und Besitzdiener: Nicht jeder, der eine faktische Verfügungsmacht hat, ist Besitzer; Entsprechendes gilt für den Halter. Auch das **Tierheim** sowie der **Tiertransporteur** werden in der Lit als Halter genannt. Beim Tierheim stimmt das mit der allgemeinen Halterdefinition freilich nur insoweit überein, als das Tier dort nicht – bloß vorübergehend – nach den Vorgaben des Halters untergebracht ist, wenn etwa der Halter selbst urlaubsbedingt abwesend ist. Ein Transporteur wird aber im Regelfall Weisungen des Halters unterworfen sein, sodass er gerade nicht Halter ist. Womöglich erfolgt die **Ausdehnung des Halterbegriffs**, weil der Geschädigte im Einzelfall den Falschen verklagt hat und eine Abweisung aus – vermeintlichen – Billigkeitsgründen unterblieben ist; oder aber es sollte durch eine Erweiterung des Halterbegriffs die enge Gehilfenhaftung „überwunden" werden (dazu unten Rz 24 f).

8 Wer einen **fremden Hund spazieren führt**, etwa den des Nachbarn, wird dadurch nicht zum Halter und haftet demgemäß bloß nach § 1320 S 1 Var 3, nicht aber § 1320 S 2, im Klartext nur bei einem **individuellen Verschuldensvorwurf** (ZVR 1985/45). **Kein Halter** sind der

Jagdberechtigte (ÖJZ 1986/111) sowie ein untersuchender Tierarzt (SZ 26/121). Ein weisungsgebundener Gehilfe ist nicht Halter.

9 Der **maßgebliche Parameter** für die Bejahung oder Verneinung derErsatzpflicht des Tierhalters ist die – **objektiv – gebotene Sorgfalt**. Bei deren Präzisierung bedient sich der OGH **verschiedenster Leerformeln**, mit denen – nahezu – jedes Ergebnis begründbar ist: Abzustellen ist darauf, was nach der **Verkehrsauffassung vernünftigerweise** geboten, **(orts)üblich** und **zumutbar** ist (ZVR 1982/235; ÖJZ 1986/111; 1 Ob 2351/96h; LG Leoben 1 R 160/11p;stRspr). Betont wird, dass eine **Interessenabwägung** vorzunehmen sei (ÖJZ 1982/43; 3 Ob 2229/96g; 3 Ob 110/07h: Hinweis darauf, dass der Unversehrtheit der Menschen – erfreulicherweise – ein besonders hoher Stellenwert zukommt; ebenso 5 Ob 224/11v: Schädigung eines Besuchers eines Wildparks durch Zwölfender-Rothirsch). Abweisende Entscheidungen enthalten meist den Vorspann, dass es zu **keiner unbilligen Überspannung** der Anforderungen an den Tierhalter kommen darf (SZ 52/86; 7 Ob 674/90; 1 Ob 2351/96h; OLG Innsbruck ZVR 2011/122). Solche Hinweise helfen in der Sache nicht weiter und sollten besser unterbleiben. Verwiesen wird häufig – wegen dieser Unwägbarkeit? – darauf, dass es sich um eine **Frage des Einzelfalles** handle und mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage (§ 502 Abs 1 ZPO) die Revision unzulässig sei (1 Ob 32/04v; 2 Ob 128/07y; 3 Ob 110/07h). Es soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, greifbare Ansatzpunkte für eine Bejahung bzw Verneinung der **objektiv gebotenen Sorgfalt** kaleidoskopartig darzulegen.

10 Auch wenn bei Haltung eines Tieres nicht jede denkbare Möglichkeit der Schädigung ausgeschlossen werden kann (2 Ob 8/94; 1 Ob 2351/96h), so ist für den Sorgfaltsmaßstab doch die **Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit einer Schadenszufügung** bedeutsam (RZ 1983/27; 2 Ob 65/94; 3 Ob 2229/96g; 5 Ob 5/13s: Möglichkeit der Schädigung durch das spezifische Tierverhalten der mit ruhigem Temperament ausgestatteten Pinzgauer Rinder). Maßgeblich ist dabei nicht nur das bisherige Tierverhalten (SZ 55/62). Bei hoher Adäquanz nimmt der OGH – durchaus zu Recht – auch eine Zurechnung für die Folgen eines bei der Behandlung der Verletzung durch einen groben ärztlichen Behandlungsfehlers eingetretenen Folgeschaden an (6 Ob 182/18k: Hundehalterin war bekannt, dass Hund andere Hunde nicht mochte und deshalb dazu neigte, sein Revier zu verteidigen; Arzt hat Schrauben nicht am verletzten äußeren sondern unverletzten inneren Schienbeinkopf angebracht, ein grober Behandlungsfehler, der einem Arzt schlechterdings nicht unterlaufen dürfe). Für die weite Zurechnung spricht, dass die Unwägbarkeiten, welcher Schaden durch welches Verhalten (allein) verursacht wurde, eher im Verhältnis zwischen Hundehalter und Arzt ausgetragen werden sollen,

Seite 1679

als den Geschädigten beim Anspruch gegen Arzt bzw Hundehalter damit zu belasten. Ob die hohe Adäquanz letztendlich für die weite Zurechnung ausschlaggebend sein soll, erscheint mE fragwürdig.

11 Einigkeit besteht darüber, dass bei **besonderer Gefährlichkeit des Tieres besondere Sorgfalt** geboten ist. So ist ein **Hund** gefährlicher als eine **Katze**. Aber auch innerhalb einer Tiergattung sind Abstufungen vorzunehmen. So ist ein **bösartiger** Hund in einem Zwinger aufzubewahren (ÖJZ 1980/49). Aber nicht nur die Eigenschaft desTieres ist bedeutsam, auch die Situation, in die es gebracht wird. Besonders gefährlich ist ein Tier, das in einem **Wettkampf** eingesetzt wird, weil es in einem solchen unter Stress steht (6 Ob 55/02k: Wegen dieses Umstands Zulässigkeit der Vereinbarung einer Erfolgshaftung für Schäden durch ein Rennpferd in allgemeinen Geschäftsbedingungen). Auch sollten bestimmte **Hunderassen** aufgrund ihrer Eigenheiten oder Größe per se als besonders gefährlich angesehen werden (aA 9 Ob 29/06i: Biss durch einen 70 kg schweren Hund [Neufundländer]).

12 Rechnung zu tragen ist den **Eigenarten des betreffenden Tieres**. Bei **Hunden** ist deren **Spieltrieb** bekannt, sodass auch ein gutmütiger Hund deshalb zur Gefahr werden kann (5 Ob 513/92: 30 kg schwerer **Neufundländer** mit phlegmatischem Naturell stößt Frau beim versuchten Spiel um; OLG Innsbruck ZVR 1997/49: Sehr verspielter **Terrier** läuft zu den nahe liegenden Fußballplätzen; 2 Ob 66/14s: Hyperaktiver 23 kg schwerer **Malinois**). Bei **Kühen** ist zur Verwahrung ein elektrischer Weidezaun ausreichend (SZ 58/56; 2 Ob 180/98d; 2 Ob

128/07y), und zwar grds auch in der Nähe von stark befahrenen Straßen (SZ 45/126; SZ 52/86; 2 Ob 180/98d), nicht aber, wenn der elektrische Weidezaun bloß wenige Meter von einer stark befahrenen Autobahn entfernt ist (2 Ob 85/11f: Ausbrechen eines Jungrinds von der Weide auf die Autobahn, die nur 10 m entfernt ist und an der Ausbruchstelle nur durch einfachen Draht gesichert war – Erfordernis einer 2- bis 3-fachen Drahtführung). Bei einem funktionierenden Kontrollgerät ist keine Überprüfung des Zaunes an Ort und Stelle geboten (SZ 52/86; 2 Ob 128/07y).

12a Der **Bewegungstrieb von Pferden**, die **Fluchttiere** sind, ist bekannt, weshalb an die Umzäunung der Weide, in der sie aufbewahrt werden, besonders strenge Anforderungen gestellt werden (2 Ob 13/93: 1,5 km Distanz zwischen Pferdeweide und öffentlicher Straße; 2 Ob 8/94: Umzäunung der Weide durch Elektrozaun genügt nicht, Pferde sind sensibel und leicht erregbar, erforderliche Zaunhöhe 1,40 bis 1,60 m; 1 Ob 221/03m: Aber bei Ponyhengst ausreichend nicht umzäuntes Grundstück, wenn an einem zum Halfter geführten Strick angebunden). In der E 2 Ob 70/16g hat der OGH aber schlussendlich **nur** noch die **Gefährlichkeit des Pferdes als Fluchttier** für maßgeblich angesehen mit der Folge, dass ein noch so sorgfältiges Führen des Pferdes außerhalb eines eingezäunten Bereichs als nicht objektiv sorgfaltsgemäß angesehen wurde. In concreto wurde das Pferd durch eine besonders qualifizierte Reiterin (= Tierhalterin) mit Halfter und Strick geführt, als sich das Pferd losriss. Der Nachweis, dass das Reißen des Haltestricks ursächlich war und auch das Führen am Zaumzeug den Unfall nicht verhindert hätte, somit der Schaden auch bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten eingetreten wäre, wurden für unbeachtlich gesehen. Womöglich gelangte der OGH deshalb zu einer Stattgebung des Begehrens, weil er sich auf eine nur **bedingt einschlägige Vorjudikatur** bezog (Erfordernis der Einzäunung, wobei ihm der Unterschied aber durchaus bewusst war – Hinweis auf unbeaufsichtigte Tiere in der Vorjudikatur) und er im Ausgangspunkt auf eine **Interessenabwägung** zwischen der geforderten Verwahrung des Tieres und der körperlichen Integrität des Menschen abstellte. Allenfalls lässt sich das Ergebnis im Rahmen der bisherigen Dogmatik damit rechtfertigen, dass das Reißen des Haltestricks ebenso zur Risikosphäre des Halters zählt wie das Ohnmächtig werden des Verwahrers (2 Ob 46/01f; 2 Ob 211/09g), in beiden Fällen keine objektiv gebotene Verwahrung vorlag. Sollte jedoch die **Gefährlichkeit eines Pferdes** wegen dessen Eigenschaft als **Fluchttier** der tragende Grund für die Haftung und diese E kein Ausreißer sein, ist jegliche Führung eines Pferdes außerhalb eines eingezäunten Bereichs, wie sorgfältig der Halter auch immer gewesen sein mag, ein potentieller Haftungsfall. Es erfolgt damit – jedenfalls für **Pferde** – eine **weitgehende Annäherung an eine Gefährdungshaftung**, bei der wie bei einem Kfz ein „Versagen der Verrichtun

Seite 1680

gen" allein ausschlaggebend für die Haftung ist, mag sich der Lenker auch supersorgfältig verhalten haben (§ 9 Abs 1 EKHG).

12b Das **Sexualverhalten** von – namentlich **männlichen** – Tieren kann dazu führen, dass deren triebhafte Steuerung ihre an sich schon gegebene Gefährlichkeit noch zusätzlich erhöht. So ist das bei **Hunden** (1 Ob 609/94: Sexlüsterner älterer **Fleischerhund** in ländlicher Gegend, der junge Hündin im Genitalbereich beschnuppert; 1 Ob 2351/96h: Deckakt eines **Mischlingsrüden** bei junger Rassehündin, der zu diesem Ziel nahezu jedes Hindernis überwindet), aber auch bei **Schafen** (9 Ob 132/04h: Zuchtwidder auf der Weide attackiert Kind, das ihn mit Holunderbeeren füttert). Bei **weiblichen** Tieren ist eine besondere Gefährlichkeit gegeben, wenn sich die Mutter um die Jungtiere kümmert (OLG Innsbruck ZVR 2000/10: Säugende **Hasenmutter** ; 3 Ob 110/07h: Gegenüber Hund aggressive **Mutterkühe** der Rasse Aubrac; 5 Ob 51/13s: Auch bei Kühen auf der Alm Erfordernis der gesonderten Verwahrung aggressiver Tiere).

13 Ein **vorangegangenes Fehlverhalten** wirkt sich in der Weise aus, dass der Tierhalter zu noch größerer Sorgfalt verpflichtet ist: Wenn ein Halter merkt, dass sein **Hund** nicht mehr am Hof bleibt, ist ein unbeaufsichtigtes Freilaufen unter keinen Umständen mehr zulässig (8 Ob 592/92). Es gibt **keinen Freibiss** (darauf Bezug nehmend freilich 6 Ob 64/18g unter Hinweis auf inzwischen überholte Jud); im Gegenteil, ein bereits erfolgter Biss erfordert vom Halter eine gesteigerte Sorgfalt (8 Ob 592/92). Weiß der Halter von seinen Rindern, dass diese gegenüber – auch angeleinten – Hunden aggressiv reagieren, muss er bei einem über die Weide führenden

Wanderweg zumindest ein **Warnschild** aufstellen (3 Ob 110/07h: Kenntnis des Halters von einer Schadenszufügung seiner Mutterkühe der Rasse Aubrac bei Begegnung mit Hunden). In der ebenso ausführlich wie sorgfältig begründeten E 5 Ob 168/19w, dessen Sachverhalt zu dem durch das HaftRÄG 2019 (BGBl I 2019/69) geführt hat, hat der OGH seine Rspr zusammengefasst und präzisiert: **Grundsätzlich** besteht **keine Pflicht zur Einzäunung auf Almen** ; bei Erkennbarkeit der besonderenGefahrensituation,insb bei Mutterkühen (bestimmter Rassen, in concreto Tiroler Grauvieh) gegenüber Hunden wegen deren Ähnlichkeit zu Wölfen, ist jedenfalls eine **Warntafel** geboten. Bei neuralgischen Punkten, somit besonders frequentierten Wegen (in concreto 60 m von der Gaststätte entfernte Gemeindestraße) ist zusätzlich eine **Einzäunung geboten**. Überzeugend begründet wird dies im Rahmen der Interessenabwägung damit, dass einerseits die Betreiber der Alm solche Umzäunungen auch anderswo (im eigenen Interesse) vornehmen und diese mit geringen Kosten und überschaubarem Arbeitsaufwand verbunden sind und es andererseits um das höchste Rechtsgut der körperlichen Integrität von gefährdeten Wanderern geht. Gebilligt wurde eine Kürzung wegen eines 50 %-igen Mitverschuldens, weil der – getötete – Wanderer trotz Warntafel nur 2 m an der Herde vorbeigegangen ist und den Hund an der kurzen Leine geführt hat mit der Folge, dass die sich gegen den Hund gerichtete Aggressivität sich auf die Person erstreckt hat. Hat der **Betreiber eines Tierparks** Kenntnis davon, dass sich Besucher nicht an das Fütterungsverbot der Hirsche halten, wodurch bei diesen „Fütterungsdressur", die er durch Verkauf von Futtersäckchen auch noch selbst fördert, entsteht mit der Folge der Gefährdung anderer Besucher durch die **Hirsche**, ist er zu besonderen Vorkehrungen verpflichtet (5 Ob 224/11v). Umgekehrt kann entlastend wirken, wenn es über einen langen Zeitraum zu keinem Zwischenfall gekommen ist (5 Ob 5/13s: Pinzgauer Rinder seit 1947 auf der Alm gehalten, vorliegender Fall des Angriffs auf Wanderer der erste, dann waren besondere Vorsichtsmaßnahmen nicht geboten).

14 Die **Nutzungsart** eines Tieres hat Auswirkungen auf den Sorgfaltsmaßstab. Wer sich ein Tier zum **reinen Vergnügen** hält, dem sind weiter gehende Pflichten aufzubürden als demjenigen, der es in seinem **Beruf einsetzt** (Wach- oder Spürhund) oder für seine **Lebensführung benötigt** (Blindenhund). Verwiesen sei auf die entsprechende Differenzierung in § 833 S 2 BGB. Wer sich den **Luxus eines Pferdes** leistet, kann sich nicht damit entlasten, dass er die Kosten eines erforderlichen teuren Weidezauns nicht aufbringen kann (2 Ob 19/93). Die Straßenverkehrsteilnehmer müssen wegen eines finanziellen Engpasses des Pferdehalters nicht einen verminderten Schutz in Kauf nehmen (SZ 58/56: Anforderungen an den Weidezaun). Wer einen **Tierpark** betreibt, kann sich dann, wenn es um den Schutz der körperlichen Un

Seite 1681

versehrtheit der Tierparkbesucher geht, nicht auf wirtschaftliche Unvertretbarkeit berufen (5 Ob 224/11v: Vorkehrungen zum Schutz vor einem durch „Fütterungsdressur" gefährlichen Zwölfender-Rothirsch). Auch wenn einem Landwirt eine Berufung auf den Mangel an Arbeitskräften und die ansonsten fehlende Betriebsrentabilität versagt wurde, um eine mangelhafte Verwahrung des Weideviehs zu rechtfertigen (ZVR 1980/158), wird im Kontext der **Landwirtschaft** doch eher darauf hingewiesen, dass es zu **keiner „unbilligen Belastung durch Überspannung der Anforderungen"** kommen dürfe (1 Ob 221/03m: Unzumutbarkeit für einen Landwirt, Weidetiere – hier Ponys – auch bei Einzäunung zu überwachen; 1 Ob 2351/96h: Ausreichende Verwahrung und deshalb grds keine Haftung bei freilaufendem Hund, der den Hof noch nie verlassen hat, wenn sich Hund doch einmal entfernt und einen Unfall verursacht, in concreto aber Haftung bejaht, weil der Halter das „ungehinderte und völlig unbeaufsichtigte triebhafte Umherlaufen" des Hundes zugelassen hat; OLG Innsbruck ZVR 2011/122: Kühe auf der Alm, Verweis auf Üblichkeit nach altem Herkommen; 2 Ob 25/15p: Versagung der Haftung bei Mutterkuh auf der Almweide wegen spezifischen Hinweises, dass besondere Gefahr bei mitgeführten Hunden). Ein erfahrener Hundehalter hat dafür zu sorgen, dass es bei Annäherung eines fremden Hundes eine Distanz zwischen den Hunden gewahrt wird (6 Ob 96/19i: Bejahung eines 50 %-igen Mitverschuldens wegen Verstoßes dagegen).

15 Im Ausgangspunkt wird das **freie Herumtollen von nicht bösartigen, folgsamen Hunden in ländlichen Gebieten** vom OGH gebilligt (1 Ob 57/02t; 6 Ob 104/04v; 4 Ob 20/18x: 10 Monate alter, noch verspielter französischer Hirtenhund auf Wiese außerhalb des Ortsgeländes). Dieser Grundsatz erfährt freilich **vielfältige Einschränkungen** : Selbst in

menschenarmem Gebiet darf einem Hund nicht gestattet werden, seinen Lauftrieb ohne jede menschliche Kontrolle auszuleben (JBl 1985, 679 : Umgestoßener Wanderer). Ein plötzlich auf die Straße laufender Hund ist auch für den Benutzer einer selten befahrenen Straße eine Gefahr (ZVR 1984/19); umso mehr gilt das für eine stark frequentierte Straße (6 Ob 142/16z). Eine **Teilnahme von Hunden am Straßenverkehr** ist überhaupt prinzipiell **nur unter Aufsicht zulässig** (3 Ob 507/96).

16 Auf **Almen** ist bei Wanderwegen **keine Umzäunung** erforderlich (2 Ob 18/93: Kühe neigen nicht dazu, Menschen anzugreifen; 8 Ob 91/02v: Haflingerfohlen, typischerweise nicht aggressiv; 5 Ob 5/13s: Pinzgauer Rinder; OLG Innsbruck ZVR 1997/69). Beim **Urlaub auf der Alm** gilt aber **Abweichendes**. Da es sich – für mit Tieren wenig vertraute Großstädter – nicht notwendigerweise um einen Abenteuerurlaub handelt, ist das freilaufende Vieh,insb verspielte und unberechenbare Jungtiere, ausreichend von den Hüttenbewohnern abzutrennen (OLG Innsbruck ZVR 1993/48). Entsprechendes gilt auch für schottische Hochlandrinder, deren Mutterkühe nach dem Kalben Wanderer bei einer Entfernung von unter 30 m angreifen (2 Ob 334/01h). Wenn Kühe in der Nähe eines stark frequentierten Weges zur Seilbahn weiden, ist eine Umzäunung vorzunehmen (SZ 55/180). Eine **erhöhte Sorgfaltspflicht** besteht generell bei **stark frequentierten Straßen** (2 Ob 18/93; OLG Innsbruck ZVR 1993/48). Ein Viehtrieb erfordert eine bestimmte Mindestanzahl von Treibern, um ein Ausbrechen von Tieren verhindern zu können (ZVR 1980/278: Führen einer Herde quer über die Straße erfordert mindestens 2 Treiber, einer zum Anhalten des Verkehrs, der andere muss für „den zügigen Viehtrieb von der Wiese über die Straße sorgen"; ZVR 1988/86: 1 Person kann 8 Kühe nicht ausreichend überwachen).

17 In **Haus und Garten** ist grds eine freie Haltung von Tieren unter Einschluss von Hunden zulässig (JBl 1982, 494; 8 Ob 125/03w; 1 Ob 31/04x;stRspr). Das gilt aber dann nicht, wenn **Kleinkinder** sich in der Nähe aufhalten (6 Ob 47/01g; ausnahmsweise ggt 2 Ob 167/12s: 7-Jähriger war mit Hunden vertraut) oder bei **bissigen Hunden**. Erhöhte Sorgfaltsanforderungen bestehen aber, wenn der Halter durch besonders lärmintensive Arbeiten selbst Anlass gegeben hat, dass sich das Tier der Verwahrung entzieht (OLG Innsbruck ZVR 1997/49: Weglaufen eines verspielten Terriers beim Zersägen von Steinen). Bei einer Verwahrung von Tieren außerhalb des Hauses ist vom Halter zu beachten, ob die grds sichere Verwahrung anfällig ist für Beeinträchtigungen durch Dritte (2 Ob 13/93: Häufig von Wanderern begangener und mit

Seite 1682

unter von Motorradfahrern benutzter Weg in einer Pferdekoppel mit der Gefahr, dass diese das Gatter offen lassen).

18 **Freilaufende Tiere**, insb Hunde und Pferde, stellen eine **Gefahr für den Straßenverkehr** dar. Die zunehmende Erschließung auch ehemals entfernt liegender Gebiete durch Straßen sowie das vermehrte Verkehrsaufkommen haben dazu geführt, dass **zunehmend strengere Anforderungen** an die Sorgfalt des Tierhalters gestellt werden: In SZ 55/180 hieß es noch, dass in der Nähe einer **stark frequentierten Straße** die Weide einzuzäunenwäre (ähnlich ZVR 1977/59: Bei an sich ungefährlichen Tieren ist keine Einzäunung erforderlich, wenn eine ausreichende Sicht gegeben ist auf Grundstück und Straße, die weder Autobahn noch Vorrangstraße ist; ebenso OLG Innsbruck ZVR 2011/122: Schädigung eines Busses durch eine Kuh, Straße auf der Alm, unbeaufsichtigter Weidegang nach altem Herkommen üblich). Die **jüngere Judikatur** ist **deutlich strenger** : Dort wird darauf verwiesen, dass das dichter werdende Straßennetz zu größerer Sorgfalt bei der Verwahrung von Tieren verpflichte (ZVR 1984/19); das unbeaufsichtigte Herumlaufenlassen von **Hunden** in Richtung Straßenverkehr grds eine Sorgfaltsverletzung darstelle (3 Ob 507/96; 2 Ob 196/12f: Nicht angeleinter Dackel, freilaufender Hund besonderes Gefahrenpotenzial für Benützer einspuriger Fahrzeuge, hier Sturz eines Radfahrers); und zwar vor allem in der Nähe zu einer frequentierten Straße (8 Ob 125/03w); aber **selbst bei geringem Verkehrsaufkommen** (ZVR 1985/172). In der Nähe eines Radwegs ist selbst das Anleinen oder Verpassen eines Beißkorbs bei einem Hund nicht jedenfalls eine ausreichende Verwahrung (8 Ob 110/15g: Angeleinter Hund gelangte auf die Mitte des Radwegs, Hund der verletzten Halterin sprang dadurch zur Seite, wodurch sich Leine des zur Seite springenden Hundes spannte und Inlineskaterin stürzte und sich verletzte). Noch strenger

sind die Anforderungen bei Verwahrung eines **Pferdes** : Trotz relativ großer Entfernung zur nächsten öffentlichen Straße – 1,5 km – ist dafür zu sorgen, dass das Pferd nicht entkommen kann (2 Ob 13/93: Temperamentvolle Araber-Lipizzaner-Stute) sowie dazu oben Rz 12a.

19 Auch im **ländlichen Bereich** sowie in Haus und Garten dürfen selbst **gutmütige Hunde** nicht frei herumlaufen, wenn **Kinder oder ältere gebrechliche Menschen** sich in der Nähe befinden (5 Ob 513/92: 30 kg schwerer Neufundländer; 8 Ob 592/92: Von Kleinkindern nicht zu erwarten, dass sie sich einem Hund gegenüber risikolos verhalten; 7 Ob 2008/96m: Kleinkinder durch große Hunde stets gefährdet; 6 Ob 47/01g: Spielen mit Schulfreund im Vorgarten; aA LG Leoben 1 R 160/11p: Wenn ein Postzusteller von einem solchen „gutmütigen" Hund gebissen wird – mE fraglich, weil dieser sich der Annäherung an einen solchen Hund nicht entziehen kann). Diese Regel gilt aber nicht nur für **Hunde**. Der Tierhalter muss wissen, dass bei **Hasen** säugende Muttertiere zu aggressivem Verhalten neigen und zubeißen (OLG Innsbruck ZVR 2000/10: Kind steckte Finger in Hasenkäfig). Besondere Sorgfalt ist in Bezug auf einen **Hund** gegeben, wenn Menschen sich zu einem Picknick niedergelassen haben (5 Ob 1529/93). Einerseits mag der Hund die Wurst riechen; andererseits können sich die angegriffenen Menschen in der Sitzhaltung schwer zur Wehr setzen. Unstatthaft ist es, einen Hund im Wald frei herumlaufen zu lassen, wenn sich dort ein Fitnessparcours befindet und demgemäß mit Freizeitsportlern zu rechnen ist (6 Ob 227/05h).

20 Lassen **zwei Hundehalter** ihre – gutmütigen und folgsamen – Hunde bei einem gemeinsamen Spaziergang herumtollen und kommt es dabei zur Schädigung des einen Tierhalters, kann dem anderen kein Sorgfaltsverstoß vorgeworfen werden. Beide Hundehalter haben nämlich konkludent zu erkennen gegeben, dass sie sich auf die von Hunden **üblicherweise ausgehenden Gefahren einlassen** (RZ 1985/28; 1 Ob 57/02t). Das ist aber **nicht** schon dann gegeben, wenn der jeweilige Hundehalter trotz Anleinpflicht sich darüber hinwegsetzt (6 Ob 104/04v: Hundespaziergang diesseits und jenseits des Flusses, Unfall bei zufälliger Begegnung auf der Brücke) oder die Halterin des kleineren Hundes diesen hochhebt, um ihn vor dem großen zu schützen, und dabei umgestoßen wird (3 Ob 133/08t; 4 Ob 206/16x: Unbeaufsichtigter Hund sprang auf den angeleinten Hund, der „zurücksprang", wodurch Person, die ihn an der Leine führte, umgerissen wurde, volle Haftung der Halterin des nicht angeleinten Hundes). Auch bei einem Unfall auf einem **Hundeabrichtplatz** gilt **kein herabgesetzter Haftungs**

maßstab, wenn sich der Unfall zwischen zwei Übungsstationen ereignet (8 Ob 6/15p: Hund an der langen Leine, keine unverzügliche Reaktion bei erkennbarer Gefahrenlage; vgl aber 7 Ob 19/19y: Biss des Hundetrainers, Haftung des Halters verneint). Spielt ein Gast mit dem Hund des Gasthauses und wird er dabei verletzt, haftet der Gastwirt als Halter des Tieres selbst dann nicht, wenn § 6a Stmk Tierschutz- und TierhalteG eine Beißkorb- und Anleinpflicht an öffentlichen Orten vorschreibt (8 Ob 125/03w). Insoweit ist der **Rechtswidrigkeitszusammenhang nicht gegeben**, weil die Norm denjenigen nicht schützen will, der die Gefahr kennt und sich in Kenntnis dieser darauf einlässt. Insofern ist ein **Handeln auf eigene Gefahr** gegeben.

21 Die Bandbreite der für die Verwahrung erforderlichen Maßnahmen reicht vom **Sperren in einen Zwinger** (1 Ob 2351/96h: Wegsperren einer Rassehündin bzw eines lüsternen Mischlingsrüden) bis zur bloßen **Anbringung einer Warntafel** (3 Ob 110/07h: Gefahr gegenüber angeleinten Hunden bei Rindern der Rasse Aubrac auf der Almweide). Bei **mehreren in Betracht kommenden Möglichkeiten der Verwahrung muss im Zweifel die mit einem höheren Maß an Sicherheit** gewählt werden (3 Ob 2070/96v: Sich losreißendes in der Nähe eines Transformators verwahrtes Pferd; 2 Ob 308/03p: Unzureichende Verwahrung im Garten durch Abtrennung bloß durch einen Zaun, wenn Kleinkind des Nachbarn schon einmal über diesen geklettert ist). Auf einer Alm kann die Aufstellung der **Warntafel „Achtung Tiere"** gem § 50 Z 13a StVO (2 Ob 18/93) bzw „Mitführen von Hunden auf eigene Gefahr" (3 Ob 110/07h) ausreichen. Die Haftung kann umso eher vermieden werden, je **spezifischer der Warnhinweis** ist (2 Ob 25/15p: „Achtung Mutterkühe! Mitführen von Hunden auf eigene Gefahr", das bei späterer Verletzung der Hundehalterin durch Mutterkuh für ausreichend angesehen wurde, weil auf die **spezifische Gefahr hingewiesen** worden ist). Die Aufstellung eines solchen

Gefahrenzeichens ist aber nicht ausreichend, um eine geeignete Aufsicht auf nicht abgezäunten Grundstücken zu ersetzen (2 Ob 2326/96i). In der E ÖJZ 1986/111 hat der OGH eine in einem Tierpark aufgestellte Tafel „Keine Haftung für Verletzung durch Tiere" im Wege der Auslegung nur auf solche Schäden bezogen, mit denen ein Besucher rechnen muss. Selbst bei Eindeutigkeit der Warntafel „Haftungsausschluss für solche Schäden, mit denen der Besucher rechnet" würde sich die Unwirksamkeit einer solchen Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen nunmehr aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG bzw § 879 Abs 3 ergeben (zur vergleichbaren Rechtslage bei Beförderungshilfen zur Ausübung des Schisports § 1319a Rz 41).

22 Im Rahmen der objektiv gebotenen Sorgfalt stellt sich die Frage, ob auf einen mit **durchschnittlichen Fähigkeiten** ausgestatteten Tierhalter (**§ 1297**) abzustellen ist oder auf einen mit entsprechendem **Sachverstand** (**§ 1299**). Bei **fachlich versierten Tierhaltern** hält der OGH § 1299 für maßgeblich (SZ 69/231; OLG Innsbruck ZVR 1993/48; OLG Innsbruck ZVR 1997/69: Sorgfalt eines ordentlichen Landwirts; ZVR 1984/123: Pferdezüchter muss unberechenbares Verhalten von Warmblutpferden als Fluchttieren bekannt sein; 1 Ob 2351/96h: Kenntnis der Hundezüchterin bezüglich der Gefahr unerwünschter Deckakte; ÖJZ 1986/111: Kenntnis des Halters eines Tierparks im Hinblick auf die spezifische Gefährlichkeit der im Tierpark gehaltenen Tiere – Hirsche zur Brunftzeit). Ansonsten wird – formal – auf § 1297 verwiesen (ZVR 1979/130; SZ 52/86). Der Sache nach dürfte – wie von einem Teil der Lit vermutet – der OGH **§ 1299** vor Augen haben (dazu 1 Ob 609/94: Offengelassen bei Hundehalter; 8 Ob 6/15p: Hundehalter hätten bei gehöriger Aufmerksamkeit nervöse Reaktionen, ungestümes Verhalten, Unfolgsamkeit udgl bekannt sein müssen). Wer ein Tier hält, muss sich mE **die für die Verwahrung erforderlichen Kenntnisse verschaffen** und sich nach diesem **objektiven Maßstab** messen lassen.

23 Grundsätzlich besteht **kein allgemeiner Leinenzwang**, sodass es nicht sorgfaltswidrig ist, gutmütige Hunde im freien Gelände unangeleint herumlaufen zu lassen (4 Ob 20/18x: 10 Monate alter, noch verspielter französischer Hirtenhund auf einer Weise außerhalb des Ortsgebiets). Die vom Tierhalter erwartete **Sorgfalt bei der Verwahrung** wird zum Teil aber durch – landesgesetzliche – **Schutznormen präzisiert**, so etwa das OÖ HundehalteG, das NÖ Polizeistrafgesetz, das Stmk Tierschutz- und TierhalteG oder das Wr Tierschutz- und TierhalteG (dazu OLG Wien EF 78.529: Hunde müssen an öffentlichen Orten Maulkorb tragen

Seite 1684

oder so an der Leine geführt werden, dass die jederzeitige Beherrschung des Tieres gewährleistet ist). Das Sbg LandessicherheitsG ermöglicht den Gemeinden eine solche Anordnung (6 Ob 64/18g: Hundebiss in einem Lokal; Einverständnis des später gebissenen Gastes, dass Hund unangeleint – Einverständnis wurde freilich nicht näher dargelegt). Rechtspolitisch ist anzumerken, dass in concreto der Föderalismus mE übertrieben wird, ist doch die Frage der Sorgfaltspflicht bei Verwahrung eines Tieres nicht von regionalen Besonderheiten abhängig. Bei Verstoß gegen ein Schutzgesetzt ist eine **Anspruchsgrundlagenkonkurrenz von § 1311 und § 1320** gegeben. Selbst wenn in einem Schutzgesetz keine Maulkorbpflicht bzw kein Leinenzwang angeordnet ist, kann sich gleichwohl eine Verpflichtung zu Maulkorb und/oder Anleinen im Rahmen des § 1320 ergeben (6 Ob 104/04v). Es kann daher nicht überzeugen, wenn bei einer Bissverletzung durch einen 70 kg schweren Neufundländer der OGH (9 Ob 29/06i) darauf verweist, dass im NÖ Polizeistrafgesetz bei einem Hund eine Pflicht zum Tragen eines Maulkorbs und zum Anleinen nur für ein Wohnhaus, nicht aber für eine Privatpension angeordnet sei, und infolge des Analogieverbots im Verwaltungsstrafrecht eine Ausdehnung des Schutzgesetzes nicht in Betracht komme. Diese Fixierung auf das Schutzgesetz hat den Blick dafür getrübt, dass ein 70 kg schwerer Neufundländer an sich schon ein gefährliches Tier ist. Geradezu zynisch ist der Hinweis, dass es sich um ein folgsames Tier handelte, was sich auch daraus ergebe, dass es nach entsprechendem Zuruf des Gehilfen des Halters nach (!) dem Biss vom Opfer sogleich abließ.

24 Der Anspruch des Geschädigten gegen den Tierhalter nach § 1320 S 2 ist ein **deliktischer Schadenersatzanspruch**. Dem entspricht es, dass der Geschäftsherr sich das **Fehlverhalten der Gehilfen bloß nach § 1315 zurechnen lassen muss** (2 Ob 8/94). Dass ihn der Entlastungsbeweis trifft, führt lediglich dazu, dass er beweisen muss, dass der eingesetzte Gehilfe

nicht untüchtig war (ÖJZ 1980/49: Alte, vergessliche Person meinte, scharfer Hund sei im Zwinger) bzw er nicht wusste, dass dieser gefährlich war. Darüber hinaus haftet der Halter dann, wenn ihn ein Verschulden für die **Auswahl** (7 Ob 61/99t: Kleines Kind für großen Hund) oder **Überwachung** trifft. Hat er jedoch das Tier einer **verlässlichen Person anvertraut**, haftet er – wegen der Zahnlosigkeit des § 1315 – grds nicht (LG Leoben 1 R 160/11p).

25 Es gibt deshalb **Vorschläge in der Lit, die Gehilfenhaftung auszudehnen**. Vorgeschlagen wird eine Analogie zu § 19 Abs 2 EKHG. Begründet wird dies damit, dass es sich bei § 1320 S 2 um eine Gefährdungshaftung handle und § 19 Abs 2 EKHG nicht nur für normal gefährliche, sondern auch minder gefährliche Fahrzeuge, die weniger als 10 km/h erreichen, gelte. Zudem handle es sich bei Tieren – wie bei Kraftfahrzeugen – um **dynamische Sachen**, weshalb sie in der Gefährlichkeit vergleichbar wären. Andere Stimmen in der Lit weisen darauf hin, dass es sich insoweit nicht um ein spezifisches Problem des § 1320 S 2 handle, sondern eines des § 1315. Wenn der Gesetzgeber eine – nach heutiger rechtspolitischer Wertung – unzureichende Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen im deliktischen Bereich normiert habe, sei das hinzunehmen und könne nicht für die Tierhalterhaftung abweichend gelöst werden.

26 Der **OGH** schwankt zwischen dem **Festhalten am Wortlaut** und dem **Willen des historischen Gesetzgebers** einerseits und der auch von ihm erkannten **unbefriedigenden Rechtslage** sowie den **Abhilfemöglichkeiten im Rahmen der Auslegung** andererseits. Die Entscheidung ÖJZ 1982/43 (Deutsche Dogge) hat bei gefährlichen Tieren eine Analogie zu § 19 Abs 2 EKHG bejaht, die Folgeentscheidungen (ÖJZ 1985/157: Rottweilermischung; 2 Ob 8/94: Pferd am Halfter; 9 Ob 29/06i: Biss durch einen 70 kg schweren Neufundländer vor dem Haus; ebenso LG Leoben 1 R 160/11p: Von einem „gutmütigen" Hund gebissener Postbote; offenlassend ZVR 1988/96: Kühe) haben neben der Zurechnung nach § 1315 eine solche bei **grober Fahrlässigkeit** des Gehilfen bejaht. Das ist weder Fisch noch Fleisch. Das Abstellen auf die **Gefährlichkeit des Tieres** hat eine Parallele zur Zurechnung des Gehilfenverhaltens bei gefährlichen Betrieben. Weder da noch hier gelingt eine – frei gegriffene und rational nachvollziehbare – Abgrenzung, was problematisch ist (dieses Dilemma erkennend ÖJZ 1985/157). Die Begrenzung auf grobe Fahrlässigkeit ist damit zu erklären, dass die Gefährdungshaftungsnormen eine unterschiedlich weitreichende Zurechnung vorsehen, jedenfalls aber eine solche bei

Seite 1685

grober Fahrlässigkeit, so nach § 35 Abs 3 AtomHG in der Fassung vor dem 1. 1. 1999. Der nunmehrige § 17 AtomHG 1999 sieht diese Restriktion nicht mehr vor. Das Anknüpfen an eine nicht mehr geltende Norm erscheint deshalb deplatziert. Und die Zurechnung der Tierhalterhaftung davon abhängig zu machen, wie der Gesetzgeber die Atomhaftpflicht ausgestaltet, erscheint geradezu anachronistisch, geht es doch um eine völlig anders gelagerte Gefahr. Wenn in der Lit eine Stimme darauf hinweist, dass es sich um ein Problem des § 1315 handle, sodass die Korrektur der rechtspolitisch verfehlten Wertung dort erfolgen sollte, ist das vom Ansatz her zutr. Wenn das aber nicht oder nicht in vollem Umfang greift (ÖJZ 1985/157: Ehefrau war möglicherweise nicht bloß Gehilfin, sondern Mithalterin) und es methodisch vertretbar ist, unangemessene Lösungen zumindest in einem Teilbereich zu beseitigen, sollte diese Abhilfe gewählt werden. Die **Analogie zu § 19 Abs 2 EKHG** liegt zwar nicht auf der Hand, ist aber **gut vertretbar**, jedenfalls besser als die Begrenzung auf gefährliche Tiere und grobe Fahrlässigkeit des Gehilfen. Erwogen werden sollte darüber hinaus die Prüfung, ob der Halter den weisungsunterworfenen Gehilfen über die Gefährlichkeit ausreichend aufgeklärt und instruiert hat; sollte das nicht der Fall sein, hat er selbst nicht für die erforderliche Verwahrung gesorgt.

27 Eine **Katze** ist grds ein ungefährliches Tier, sodass eine Absperrung zum Nachbarbalkon nicht geboten ist (1 Ob 25/02m: Biss in den Daumen nach Sprung über den Balkon). Das Gleiche gilt für **Hasen** ; allerdings stellt eine säugende Häsin im Käfig eine potentielle Gefahr für Kleinkinder dar (OLG Innsbruck ZVR 2000/10). **Geflügel** ist von Verkehrswegen fernzuhalten, sofern es sich um einigermaßen häufig befahrene Straßen handelt (SZ 41/161), was auch für einen Fahrradweg zutreffen kann (2 Ob 278/02z). Auch diesbezüglich zeigt sich, dass das vermehrte Verkehrsaufkommen, aber auch die gestiegene Sensibilität in Bezug auf die von Tieren

ausgehenden Gefahren für den Straßenverkehr zu einer **strengeren Haftung** führt. Für freigelassene und immer wieder zurückkehrende **Turkenten** wird nicht gehaftet (JBl 1983, 379).

28 Der Geschädigte hat bei einem Anspruch nach § 1320 S 2 die **Haltereigenschaft des Belangten** sowie die **Schädigung durch das Tier** zu beweisen (OLG Innsbruck ZVR 200/10). Der Ersatzpflichtige kann sich entlasten durch den Nachweis, dass er die **erforderliche Sorgfalt** eingehalten hat. Bei § 1319 hat der Geschädigte die Verursachung des Schadens durch die Mangelhaftigkeit des Gebäudes zu beweisen, bei § 1320 bloß die **Verursachung des Schadens durch das Tier**. Für den Entlastungsbeweis gilt jeweils ein **objektiver Sorgfaltsmaßstab** (2 Ob 46/01f; 6 Ob 55/02k; 2 Ob 40/03a; 8 Ob 6/15p;stRspr; zweifelhaft 6 Ob 64/18g: Darauf abgestellt, dass das Verhalten des Tiers für den [konkreten?] Halter unvorhersehbar war). Auf die subjektiven Fähigkeiten des Halters kommt es nicht an (6 Ob 142/16z: Halter konnte wegen eines Hüftleidens dem Hund nicht nachlaufen). Auch kann er sich nicht entlasten durch den Mangel an Arbeitskräften bzw die ansonsten nicht gegebene Rentabilität seines Betriebs (ZVR 1980/158) bzw die Kostspieligkeit einer Maßnahme (2 Ob 13/93). Die **Beweislastumkehr** bezieht sich auf **Rechtswidrigkeit**, nicht auf das Verschulden (RZ 1985/28; 3 Ob 2229/96g; 8 Ob 125/03w). Es gilt das Regelbeweismaß. Nicht zu verlangen ist eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit (diesbezüglich zu streng 2 Ob 40/03a: Einstandspflicht, weil ein Reitfehler nicht ausgeschlossen werden konnte). Misslingt der Entlastungsbeweis, ist für ein nicht rechtswidriges Verhalten einzustehen (3 Ob 105/94; 3 Ob 2229/96g; 8 Ob 125/03w; 5 Ob 224/11v). Insofern handelt es sich eben doch um eine **durch eine Entlastungsmöglichkeit abgeschwächte Gefährdungshaftung** (oben Rz 3).

29 Wer **entgegen einer Warnung** auf das Tier eingewirkt hat, hat keinen Anspruch (8 Ob 125/03w). Er handelt auf **eigene Gefahr**. Wer mit einem fremden Hund spielt, nimmt ein gewisses Gefahrenpotential in Kauf (1 Ob 35/13y: Hinunterbeugen zu einem schlecht hörenden und schielenden Stafford Terrier im Tierheim; Hundehalter muss nicht mit solchem Verhalten des Besuchers rechnen). Entsprechendes gilt, wenn ein Gast in einem Lokal einem Hund Leckerlis gibt, weil sich dadurch der Geschädigte selbst in die Gefahrensituation gebracht habe (6 Ob 64/18g). Der OGH nimmt hier im Ergebnis eine Kulpakompensation an; überlegenswertwäre eine Sanktionierung über das Mitverschulden nach § 1304, was ebenfalls zu einem gänz

Seite 1686

lichen Haftungsausschluss führen kann, aber eine differenziertere Beurteilung ermöglicht. Wenn es sich um ein gutmütiges Tier handelt, wird darauf verwiesen, dass den Tierhalter kein Mitverschulden treffe (ÖJZ 1967/451). Es geht aber nicht um ein Mitverschulden, steht doch die Haftung des Tierhalters infrage. Vielmehr ist das Zurechnungselement beim Geschädigten so stark, dass eine Haftung entfällt, wie es auch den umgekehrten Fall gibt, dass das Mitverschulden so schwach ausgeprägt ist, dass dies zu keiner Kürzung des Anspruchs nach § 1304 führt. Bedeutsam soll zudem sein, dass der Gast eines Lokals damit einverstanden war, dass der Hund unangeleint geblieben ist (6 Ob 64/18g: Womöglich daraus geschlossen, dass der später Gebissene dem Hund [im nicht angeleinten Zustand] zuvor Leckerlis gegeben hat).

30 **§ 1320 Abs 2** wurde durch das HaftRÄG 2019BGBl I 2019/69 eingeführt. Gem § 1503 Abs 12 ist es auf schädigende Ereignisse anwendbar, die sich nach dem auf die Kundmachung (23. 7. 2019) folgenden Tag ereignen. Anlass war die erstinstanzliche E der späteren OGH-E 5 Ob 168/19w.

31 Der Regelung ist zu bescheinigen, dass sie „ **gut gemeint** " war; nicht immer ist eine solche freilich auch wirklich „gut". Der OGH (1 Präs 1613-1423/19d vom 2. 5. 2019) hat – im Vorfeld! – eine **vernichtende Kritik** angebracht: „Die … Neuregelung führt … in keinem Punkt zu einem Gewinn an Rechtssicherheit, sie wirft vielmehr neue Probleme auf. Damit stellt sich die Frage nach ihrem rechtspolitischen Sinn. Ist es tatsächlich angebracht, eine bewährte, durch höchstrichterliche Rsp konkretisierte Norm mit **weitwendigen**, aber **keinen erkennbaren Mehrwert aufweisenden Formulierungen** aufzuladen, nur weil das möglicherweise einer **medial geschürten Erwartungshaltung** entspricht?" Das sei kein Beitrag, dass „Gesetzes einfacher, klarer und für die Bürgerinnen und Bürger verständlicher zu machen." Diese Kritik ist mE zutreffend.

32 Womöglich war es nicht allein eine „medial geschürte Erwartungshaltung", sondern vielmehr der Druck von **Interessen der Landwirtschaftskammer**. Es gehe aber nicht nur um deren Interessen, sondern auch darum, dass das **Wandern**, das auch aus gesundheitlichen Gründen sehr wichtig sei, nicht unnötig erschwert werden solle (so 623 der Beilagen 26. GP). Beachtenswert dürfte aber letztlich nicht die Förderung des Wanderns gewesen sein, das auch anderswo möglich wäre, sondern die **Interessen des Tourismus**, namentlich der regionalen Beherbergungsbetriebe und Alpengaststätten. Nach den Materialien (623 der Beilagen 26. GP) sollte ein **höheres Maß an Rechtssicherheit** erreicht und die **Eigenverantwortung des Geschädigten** stärker betont werden: Der Betreiber einer Alm und Halter von Weidetieren sollte ex ante besser abschätzen können, welche Maßnahmen geboten sind. Wird auf „weiche" oder sogar unzutreffende Kriterien verwiesen, wird dieses Ziel kaum erreicht. Durch den Hinweis auf die Eigenverantwortung sollte eine stärkere Entlastung der Haftung des Tierhalters von Weidekühen auf Almen erreicht werden.

33 Die Materialien verweisen auf die Verhaltensregeln für ein Miteinander auf Österreichs Almen – **10 Regeln für den richtigen Umgang mit Weidetieren**, veröffentlicht unter www.sichere-almen.at . Vor dem Hintergrund des Falls, der zu der – stets fragwürdigen – Anlassgesetzgebung geführt hat, sind diese freilich mindestens zwiespältig: Der Sachverhalt der E 5 Ob 168/19w war dadurch gekennzeichnet, dass die schlussendlich Getötete **60 m von der Gaststätte entfernt** auf einer Gemeindestraße **2 m an einer Rinderherde** vorbeiging, den **Hund mit einem Karabiner angeschnallt an der kurzen Leine** führte und von hinten von den Kühen angegriffen wurde. Die 10 Regeln, sofern sie nicht Selbstverständlichkeiten ausdrücken, sind zum Teil zu wenig konkret, zum Teil kontraproduktiv: Im Punkt 1 wird verlangt, **sicheren Abstand** zu halten. Wäre insofern nicht die Nennung eines **Mindestabstands** hilfreich? In Punkt 4 wird angeraten, **Hunde an der kurzen Leine** zu führen. Gerade das war in concreto freilich die Ursache des tödlichen Unfalls. In Punkt 4 wird der „vermeintlich" gute Rat erteilt: „Ist ein Angriff durch ein Weidetier abzusehen: Sofort ableinen." Gerade das war im konkreten Fall gerade nicht mehr möglich! In Punkt 5 heißt es: „Wanderwege auf Almen und Weiden nicht verlassen!" Gerade das hat der OGH im Rahmen der Mitverschuldenskür

Seite 1687

zung der Besucherin zum Vorwurf gemacht, dass sie nicht eine **Route** genommen hat, die einen **größeren Abstand zu den Tieren** ermöglicht hätte.

34 Nach Abs 2 soll auf die „ **anerkannten Standards der Tierhaltung** "zurückgegriffen werden, wobei (jedenfalls „auch" oder womöglich sogar „primär") maßgeblich sein soll, was die **landwirtschaftlichen Interessenvertretungen** an Standards vorgeben. Der OGH (1 Präs 1613-1423/19d vom 2. 5. 2019) qualifiziert den Sinn dieser Bestimmung als „dunkel". Zutreffend verweist er darauf, dass es dafür an einer **verfassungsrechtlichen Grundlage** fehle, soweit damit von den Leitlinien der OGH-Jud abgewichen werde; soweit sie deckungsgleich sind, bringen sie keinen Nutzen. Sie sind somit eher schädlich als nützlich, was auch durch einen Verweis auf die FIS-Regeln beim Schifahren nicht übertüncht werden kann.

35 Die in der OGH-E 5 Ob 168/19w zusammengefassten Grundsätze sind durchaus stimmig: **Grundsätzlich** besteht für den Halter von Weidetieren **keine Pflicht zur Einzäunung** auf Almen. Bei **Erkennbarkeit von besonderen Gefahren**, insb bei Mutterkühen und bestimmten Rassen, sind jedenfalls **Warntafeln** geboten. Entlang von **neuralgischen Bereichen**, also solchen bei hoher Besucherfrequenz, ist darüber hinaus eine **Einzäunung** geboten, wenn die Kosten relativ zur Gefahr der Gefährdung der körperlichen Sicherheit oder gar des menschlichen Lebens gering sind. Dass der Betreiber einer solchen Alm derartige Abzäunungen durchaus vornimmt, wenn es um das eigene Interesse geht, kommt hinzu. Im Sinn der Rechtssicherheit ist einzuräumen, dass es insoweit **Ermessensspielräume** geben mag, was als **neuralgische „Bereiche"** anzusehen ist. Insoweit bringt Abs 2 freilich auch keine greifbare Konkretisierung. Zumindest die Materialien hätten insofern – unter Bezugnahme auf die Anlassentscheidung – deutlicher werden können: Der Fall der **hohen Besucherfrequenz bei einer Alpengaststätte** wäre so ein prototypischer Anwendungsfall. Auch könnte die Expertise der Landwirtschaftskammern insoweit hilfreich sein, als es **Rinderrassen** geben mag, bei denen

typischerweise mit aggressivem Verhalten zu rechnen ist und solchen, bei denen das nicht der Fall ist. Auch **Formulierungshilfen für die Warnhinweise** wären denkbar gewesen, wobei zu bedenken ist, dass diese notwendigerweise kurz gehalten sein müssen, um gelesen zu werden. Warum die Informationen im Internet (Abruf am 19. 7. 2020) nur in **englischer** und **schwedischer Sprache** abrufbar sind, ist ebenfalls nicht selbsterklärend. Womöglichwäre auch die Normierung der Pflicht zum Abschluss einer Pflichthaftpflichtversicherung – nicht nur für Weidetiere, sondern für jegliche Tierhaltung, die typischerweise zu einer Haftung führen kann (somit nicht für Kanarienvögel) – angebracht, mag das freilich auch mit der Zielrichtung kollidieren, die Betreiber von Almen zu entlasten.

36 Bezug genommen wird auf die „ **erwartbare Eigenverantwortung der Besucher** ". Die Materialien verweisen darauf, dass „ein Bewusstsein über solche Gefahren mittlerweile allgemein vorhanden ist. … Diese Eigenverantwortung kann haftungsrechtlich als Mitverschulden ausschlagen oder nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls die Haftung des Tierhalters überhaupt verdrängen". Wenn ein allgemeines Bewusstsein als bestehend unterstellt wird, könnte das in der Weise gedeutet werden, dass **Warnungen durch Tafeln** – wie bisher – künftig (deshalb?) **entbehrlich** sein könnten. Daswäre freilich fragwürdig, weil mit geringem Aufwand ein maßgeblicher Beitrag zur Gefahrenabwehr bewirkt werden kann. Normativen Gehalt mag die Regelung insoweit haben, als der **Sorgfaltsmaßstab des Tierhalters** an dem **erwartbaren Verhalten des Besuchers** orientiert. Soweit freilich bei Verstößen des Besuchers auf das Mitverschulden hingewiesen wird,wäre eine solche Regelung in § 1320 **systemwidrig**, geht es doch in dieser Norm um die Haftung des Tierhalters von Weidevieh (so auch 1 Präs 1613-1423/19d vom 2. 5. 2019); zudem ist das ein Umstand, der in der Jud des OGH im Rahmen des § 1304 auch bisher schon berücksichtigt wurde, was in Extremfällen auch zur Versagung der Haftung geführt hat. Soweit der GesGeb insoweit einen Appell zu einer **stärkeren Gewichtung des Mitverschuldens des Besuchers** iS einer **geringeren Haftungsquote des Tierhalters von Weidevieh** ausdrücken wollte, bleibt abzuwarten, ob dieser von der Rspr aufgegriffen wird.

LexisNexis®

Christian Huber 25.1.2021

ABGB: Taschenkommentar, Schwimann/Neumayr

zu § 1321 ABGB (Huber)

I. ABGB > Zweiter Teil Von dem Sachenrechte > Zweite Abteilung Von den persönlichen Sachenrechten > Dreißigstes Hauptstück Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung · Huber · 5. Aufl März 2020

§ 1321 ABGB

§ 1321. Wer auf seinem Grund und Boden fremdes Vieh antrifft, ist deswegen noch nicht berechtiget, es zu töten. Er kann es durch anpassende Gewalt verjagen; oder, wenn er dadurch Schaden gelitten hat, das Recht der Privat-Pfändung über so viele Stücke Viehes ausüben, als zu seiner Entschädigung hinreicht. Doch muss er binnen acht Tagen sich mit dem Eigentümer abfinden, oder seine Klage vor den Richter bringen; widrigenfalls aber das gepfändete Vieh zurückstellen.

Fassung JGS 1811/946

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1321 ABGB

ABGB: Taschenkommentar, Schwimann/Neumayr

zu § 1322 ABGB (Huber)

I. ABGB > Zweiter Teil Von dem Sachenrechte > Zweite Abteilung Von den persönlichen Sachenrechten > Dreißigstes Hauptstück Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung · Huber · 5. Aufl März 2020

§ 1322 ABGB

§ 1322. Das gepfändete Vieh muss auch zurückgestellet werden, wenn der Eigentümer eine andere angemessene Sicherheit leistet.

Fassung JGS 1811/946

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1322 ABGB

zu § 1323 ABGB (Huber)

§ 1323 ABGB

Arten des Schadenersatzes
§ 1323. Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muss alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder, wenn dieses nicht tunlich ist, der Schätzungswert vergütet werden. Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so wird er eigentlich eine Schadloshaltung; sofern er sich aber auch auf den entgangenen Gewinn und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt, volle Genugtuung genannt.

Fassung JGS 1811/946

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1323 ABGB

1 § 1323 dient der begrifflichen Unterscheidung zwischen der vorrangigen **Naturalrestitution** und dem **Ersatz des rechnerischen Schadens** sowie zwischen der Schadloshaltung (positiver Schaden) und dem darüber hinausgehenden entgangenen Gewinn, die zusammengenommen als Interesse bezeichnet werden.

2 Primär soll eine **Zurückversetzung in den vorigen Stand** durch **Beseitigung des realen Schadens** (ZVR 1987/94; ÖJZ 1989/103; JBl 1990, 721), nämlich durch Wiederherstellung des gleichwertigen Zustandes wie vor dem schädigenden Ereignis (1 Ob 15/02s; 1 Ob 195/03p), erfolgen. Bei einem Schadenersatz wegen Nichterfüllung kann das restliche Erfüllungsinteresse verlangt werden, nicht aber die Kosten der Beseitigung der bisher erbrachten Leistung (4 Ob 34/18f: Cover-Up einer Tätowierung, lediglich Kosten der Fertigstellung nach einer Teilleistung, nicht aber Beseitigung der Teilleistung). Vom schadenersatzrechtlichen Anspruch auf Naturalrestitution nach § 1323 ist zu unterscheiden der eigentumsrechtliche **Anspruch auf Beseitigung** nach § 523, der nicht auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands, sondern Eliminierung der Störungsquelle gerichtet ist; da wie dort geht es um die **Herstellung einer wirtschaftlich gleichwertigen und gleichartigen Ersatzlage** (5 Ob 143/04x: Errichtung einer 2. Heizungsanlage bei Doppelwohnhaus; 5 Ob 198/16b: Abwehr eines eigenmächtigen Eingriffs eines anderen Wohnungseigentümers gegen den Ausschluss von der Benutzung eines allgemeinen Teils der Liegenschaft); auch sind jeweils dem Begehren Grenzen unter dem Gesichtspunkt der **Tunlichkeit** gesetzt (1 Ob 62/16y:Abstellen auf Verhalten des Anspruchsinhabers bei Selbsttragung des Schadens; keine Maßnahme geboten bei € 250,– Wertminderung und Beseitigungskosten von € 7.800; 1 Ob 209/16s: Behebungskosten bei Austausch von Fliesen wegen Farbunterschieden ein Vielfaches der Anschaffungskosten der Fliesen; zur Tunlichkeit Näheres unter Rz 18 ff). Wenig folgerichtig erscheint es jedoch, diese – an sichklare – Unterscheidung je nach **Schwere der Zurechnungsmomente unterschiedlich** zu definieren (so aber 1 Ob 62/16y: Negative Feststellungsklage nach außergerichtlichem Begehren auf Beseitigung von Geröll aus einem Gebirgsbach; je schwerer das Verschulden, umso eher Annäherung des Begriffs der Beseitigung in § 523 an den der Wiederherstellung in § 1323). Sehr gut nachvollziehbar ist jedoch, bei optischen Beeinträchtigungen strengere Anforderungen zu stel

len als bei funktionalen Defiziten (2 Ob 166/16z: Austausch von Fliesen wegen Farbunterschieden). Zurückversetzung in den vorigen Stand bedeutet bei **abhandengekommenen und zerstörten Sachen** deren Wiederbeschaffung; bei **Beschädigung** kommen Ersatzbeschaffung oder Reparatur in Betracht. Ein besonders wichtiges Anwendungsfeld ist die Beschädigung oder Zerstörung von **Kraftfahrzeugen** und **Gebäuden**. In letzter Zeit haben auch Schäden infolge fehlerhafter **Anlageberatung** große Bedeutung erlangt. Soweit es nicht um die reale Beschädigung einer körperlichen Sache geht, kann die Verschaffung des Zustands verlangt werden, der ohne schädigendes Ereignis bestünde. Im Fall der **Doppelveräußerung von Liegenschaften** hat namentlich bei einem durch Besitz verstärkten Recht der Ersterwerber einen Anspruch auf Übertragung gegen den Zweiterwerber, wobei selbst leichte Fahrlässigkeit des Zweiterwerbers genügt (6 Ob 169/07g; 1 Ob 140/13i ; beachte aber 2 Ob 87/15f: Kein Anspruch, wenn kein Eingriff des Zweitkäufers und Erstkäufer sich jahrelang passiv verhalten hat); hat der Ersterwerber den Kaufpreis noch nicht bezahlt, kann der Ersterwerber die Rückübertragung der Liegenschaft nicht an sich, sondern lediglich an den Veräußerer verlangen (4 Ob 198/08h); das gilt grds auch bei Vereitelung einer Schenkung auf den Todesfall (2 Ob 137/16k: Von der Mutter geerbter Anspruch des Sohnes, versuchte Vereitelung durch schenkungsweise Übertragung auf die neue Ehefrau). Bei treuwidriger Weiterveräußerung einer Liegenschaft durch den Treuhänder kann der Treugeber von Treuhänder die Wiederverschaffung des Treuguts verlangen (6 Ob 214/19t). Liegt der Schaden im **Bestehen einer Verbindlichkeit**, kann nicht sofortige Zahlung, sondern Freistellung als Ausprägung der Naturalrestitution verlangt werden; es wird damit die gesamte weitere Auseinandersetzung mit dem Drittgläubiger dem Schädiger übertragen (1 Ob 121/17a: Anspruch des schuldhaften handelnden Gynäkologen gegen den eigenen Anwalt, der schuldhafterweise die Erhebung der Verjährungsreinrede unterlassen hat). Das Freistellungsbegehren ist ein Leistungsbegehren, das zu einem vollstreckbaren Leistungstitel führt, der als vertretbare Handlung nach § 353 EO vollstreckbar ist. Sofern es sich –wie in der E 1 Ob 121/17a – um einen Befreiungsanspruch von einer Verbindlichkeit nach § 1327 handelt, kann ungeachtet des Ausnahmecharakters des § 406 S 2 ZPO auch auf künftige Leistung geklagt werden. Verweigert der Schädiger die begehrte Freistellung, muss dem Geschädigten die Möglichkeit einer Zahlungsklage zugebilligt werden (6 Ob 159/15y: Anspruch des bestelltenGmbH-Geschäftsführers gegen den zuvor tätigenGmbH-Geschäftsführer auf Befreiung von einer Abgabenschuld; Hinweis darauf, dass es dadurch zu keiner Verschiebung des Insolvenzrisikos kommen dürfe).

3 Seit JBl 1985, 41 wird deutlicher zwischen Wiederherstellung des realen Zustandes (**Restitution**) und Wertersatz iS der Auffüllung der gerissenen Vermögenslücke (**Kompensation**) unterschieden: Die **Aufwendungen zur Schadensbeseitigung** sind nach hM nur **bei realer Schadensbeseitigung** zu ersetzen, nicht bereits mit Eintritt des schädigenden Ereignisses. Die abschließende Festlegung des geschuldeten Ersatzes ist somit nicht bereits in der logischen Sekunde nach dem schädigenden Ereignis möglich, sondern erst, wenn feststeht, ob und auf welche Weise eine Restitution erfolgt ist oder eine solche unterbleibt. Mitunter lässt der OGH – zu Unrecht – das Erfordernis einer Ersatzbeschaffung genügen, was namentlich dann bedenklich ist, wenn es um an sich ideelle Schäden geht (6 Ob 229/16v: Erfordernis der Anschaffung eines zu Unrecht abgeschossenen Luchses im Nationalpark). Wenn feststeht, dass die Wiederherstellung unterbleibt, gebührt lediglich die objektive Wertminderung (8 Ob 43/17g: Nicht herausgegebenes Silberbesteck). Im Lichte der E 8 Ob 43/17g (Versagung fiktiver Reparaturkosten beim Werkvertrag) sowie 1 Ob 105/19a (Reparaturkosten stets nur als Vorschuss)wäre es folgerichtig, die für den Ersatz der Reparaturkosten aufgestellten Grundsätze auch den Wertersatz zu übertragen. Das würde bedeuten, dass der Geschädigte die über die objektive Wertminderung hinausgehenden konkreten Wiederbeschaffungskosten bloß vorschussweise begehren kann.

4 **Restitution** und **Kompensation** sind **keine schroffen Gegensätze**. Kommt es nur zur Annäherung des ohne das schädigende Ereignis bestehenden Zustands, nennt man das die „ **Schaffung einer Ersatzlage** ". Im Rahmen der Restitution kann das Integritätsinteresse des Geschädigten verschieden stark ausgeprägt sein: Bei **Beschädigung seines Kfz** bevorzugt der Geschädigte typischerweise die **Reparatur** ; bei Beschädigung eines neuen Fahrzeugs kann der Geschädigte bei erheblicher Beschädigung auf der **Lieferung eines Neufahrzeugs** bestehen

und eine noch so fachgerechte und umfassende Reparatur als unzureichend ablehnen (2 Ob 162/06x: Schwere Havarie eines Neuwagens). Bei Teilreparatur verbleibt ein **technischer Minderwert** ; selbst nach umfassender und fachgerechter Reparatur ein **merkantiler Minderwert**, der das **restliche Kompensationsinteresse** bildet. Auch wenn der Geschädigte einen **besseren** (als den vertragsgemäßen) **Zustand** herstellt, hat er Anspruch auf die notwendigen Behebungskosten (4 Ob 47/01t; 5 Ob 53/12y: Erfordernis des Abrisses einer Einfriedungsmauer). Bei Verstoß gegen ein Drittverbot im Exekutionsverfahren und Haftung des Schädigers gem § 385 EO kann die Herstellung einer Ersatzlage darin bestehen, dass der Schädiger, der dagegen verstoßen hat, die Rückforderung des zu Unrecht ausbezahlten Betrags unterlässt (3 Ob 216/13f: Rückforderung des zu Unrecht an den Ehemann ausbezahlten Guthabens des Verrechnungskontos unter Berücksichtigung der Kosten für die Rückforderung). Bei Verzug mit Lieferung einer Sache und anschließendem berechtigtem Rücktritt des Käufers lehnt es der OGH – mE zu Unrecht – ab, im Rahmen des Deckungskaufs eine höherwertige Sache anzuschaffen unter Anrechnung des Vorteils „neu für alt" (2 Ob 132/14x: Maispflücker).

5 Der **merkantile Minderwert,** von der Rspr bei Kfz-Schäden entwickelt, aber nicht auf diese begrenzt (1 Ob 620/94: Hangrutschung; 1 Ob 321/99h: Minderbewehrte Stahlbetondecke; SZ 60/157: Abgelehnt bei einer Buddha-Statue aus dem 19. Jahrhundert, weil es bei antiken Kunstgegenständen unbeschädigte Exemplare nicht gibt), ist **positiver Schaden** (ZVR 1983/280; ZVR 1987/38; 5 Ob 47/98t), weil der Geschädigte bei Weiterveräußerung gegenüber einem potentiellen Käufer zur Offenlegung verpflichtet und deshalb mit einem Preisabschlag rechnen muss.

6 Der **merkantile Minderwert** sanktioniert nicht eine bloß gefühlsmäßige Abneigung (so aber ZVR 1977/298), sondern stellt einen von konkreter Veräußerungsabsicht unabhängigen **Risikoabschlag wegen der mit jeder Reparatur verbundenen Unwägbarkeit** dar, uzw entgegen einer Lit Ansicht gleichgültig, ob die Sache ihrer Art nach typischerweise veräußert wird. Wenig nachvollziehbar ist schließlich, dass die hM zwar einen merkantilen Minderwert zubilligt, aber **keinen Zweithandzuschlag**. Sowohl der Umstand, dass eine zusätzliche Person im Typenschein eingetragen ist, als auch das Risiko, dass das Gebrauchtfahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe und in der Gewährleistungsfrist nicht nachweisbare, im Zeitpunkt der Übergabe aber schon bestehende Mängel hat, ist mit der Interessenlage beim merkantilen Minderwert durchaus vergleichbar.

7 Wegen des Wandels der dogmatischen Fundierung (früher mithilfe der objektiv-abstrakten Schadensberechnung) gebührt der merkantile Minderwert **ausschließlich nach Vollendung der Reparatur**. Seine Höhe ist verkehrt proportional zur **Reparaturqualität** : Je umfassender und fachgerechter die Reparatur, umso geringer der merkantile Minderwert, je notdürftiger die Reparatur, umso höher der merkantile Minderwert (OLG Wien ZVR 1994/10; 7 Ob 2062/96b: Verschiedene Formen der Hangsanierung; anders ZVR 1982/194: Reparatur in Afghanistan, merkantiler Minderwert wie bei Reparatur in Österreich).

8 Eine **Beseitigung des Schadens** ist durch den **Schädiger** oder den **Geschädigten** möglich. Im **Kfz-Haftpflichtrecht** wird angenommen, dass den **Schädiger keine Wiederherstellungspflicht** treffe; begründet wird das damit, dass Geldersatz zur Naturalrestitution vorrangig im Interesse des Geschädigten liege (zuletzt 6 Ob 176/16z: Mangelfolgeschaden eines mangelhaft reparierten Kleintransporters). ME ist die Besonderheit daraus erklärbar, dass der Haftpflichtversicherer im Rahmen des Deckungsanspruchs nach § 149 VersVG seinem Versicherungsnehmer Geldersatz schulden mag; und diese Restriktion auch im Rahmen des § 26 KHVG (action directe) durchschlagen mag, sodass gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer lediglich ein Anspruch auf Geldersatz besteht. Warum aber das Bestehen der Kfz-Haftpflichtversicherung, die dazu dienen soll, die Durchsetzung des Anspruchs des Geschädigten zu erleichtern, zu einer Einschränkung seiner Wahlmöglichkeit nach Schadenersatzrecht führen soll, ist mE nicht einzusehen. Im **Regelfall** wird sich der Geschädigte **gegen die Schadensbeseitigung durch den Schädiger** entscheiden. Zu diesem besteht **kein besonderes Vertrauensverhältnis**, hat dieser dem Geschädigten doch einen Schaden

zugefügt, nämlich seine Sache kaputt gemacht. Für die Wahl der **Schadensbeseitigung durch den Schädiger können aus**

nahmsweise folgende Umstände sprechen: Dass eine Naturalrestitution **ohne Mitwirkung des Schädigers gar nicht möglich** ist (SZ 43/124: Geländeversetzung in vorigen Zustand; SZ 49/139: Weiterbelassung der „Dienstwohnung" bei wirksamer rechtswidriger Entlassung; 9 Ob 138/06v sowie im Anschlussverfahren 6 Ob 244/12v: Korrektur einer treuwidrigen Kapitalerhöhung eines Treuhänders durch Kapitalherabsetzung), der Schädiger eher über das **entsprechende Know-how** verfügt (6 Ob 176/16z: Kfz-Werkstätte als Schädiger eher in der Lage als der Geschädigte, Abschleppen eines Kleintransporters von Berlin in die [österreichische] Werkstätte zu organisieren) oder dass **dem Geschädigten Zeit und Mühe der Schadensbehebung abgenommen** werden, sei es auch nur die **Auswahl und Überwachung der herangezogenen Professionisten** (1 Ob 620/94) oder die **Organisation des Transports** (6 Ob 176/16z: Mangelfolgeschaden bei einem unsachgemäß reparierten Kleintransporter; Pflicht des Schädigers, für Transport des beschädigten Fahrzeugs von Berlin zu sorgen bzw bei Weigerung Transportkosten samt Mietwagen- und Mautkosten zu bezahlen). Während bei Unternehmen dieser Zeitaufwand zumindest ansatzweise für ersatzfähig angesehen wird (prototypisch SZ 40/144: 12%iger Verwaltungskostenzuschlag der ÖBB), versagt die hM zu Unrecht einem Nichtunternehmer jeglichen Ersatz, weil es sich angeblich um einen **bloßen Freizeitverlust** handle (dazu unten Rz 87).

9 Bei **Mitverschulden des Geschädigten** oder **Vorschäden** (1 Ob 15/02s) ist nach der L **Naturalrestitution durch den Schädiger** ausgeschlossen und der Geschädigte auf den Ersatz des Wertinteresses oder der – gekürzten – Aufwendungen zur Schadensbeseitigung beschränkt. Jedenfalls wenn dem Geschädigten die zur Schadensbeseitigung aufgewendete Zeit und Mühe nicht abgegolten werden (Rz 8), muss diesem mE auch die Möglichkeit offenstehen, durch Zahlung seines Schadensanteils dem Schädiger die Mühewaltung der Schadensbeseitigung aufzubürden. Die Regeln zur **Bevorschussung bei Schadensbeseitigung** durch den Geschädigten (unten Rz 29 f) sind spiegelverkehrt anzuwenden. Das vermeintliche argumentum ad absurdum der Lehre dagegen, dass der Schädiger von zwei Dellen nur eine beseitigen soll, ist damit widerlegt.

10 Wählt der Geschädigte die Restitution, wird sein **Integritätsinteresse umfassend berücksichtigt** und der **Ausgleichsgedanke am besten verwirklicht** (1 Ob 620/94: Hangrutschung; 7 Ob 2062/96b: Setzungsschäden), gleichgültig, ob er eine **Vermögenseinbuße** erleidet, weshalb auch bei **ideellen Schäden** Naturalrestitution verlangt werden kann. Damit entfällt so manches beim Kompensationsinteresse sich ergebende **knifflige Bewertungsproblem** (1 Ob 15/02s: Rechtswidrige Entfernung eines Schutzwaldes; 9 Ob 138/06v sowie im Anschlussverfahren 6 Ob 244/12v: Korrektur einer treuwidrigen Kapitalerhöhung eines Treuhänders durch Kapitalherabsetzung und Verschaffung einer entsprechenden Einflussposition in der Gesellschaft; 10 Ob 11/07a: Rückabwicklung einer Argentinienanleihe nach falscher Anlageberatung). Der Geschädigte hat somit ein **Wahlrecht** zwischen Restitution und Wertersatz; und innerhalb der Restitution zwischen Aufwendungen zur Schadensbeseitigung und Naturalrestitution durch den Schädiger. Bei einer **Wohnungseigentumsgemeinschaft** kann **jeder Eigentümer** Schadenersatz einzeln geltend machen, wobei dem freilich ein Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft vorausgehen muss (5 Ob 21/09p: Ansprüche gegen den Bauträger). Soweit die Aufwendungen in **durch Bescheide festgesetzten Abgaben** bestehen, muss der Ersatzpflichtige diesen Betrag erstatten, auch wenn er nicht am Verfahren beteiligt war, es sei denn, der Geschädigte hat gegen die Schadensminderungsobliegenheitverstoßen (4 Ob 94/06m; 2 Ob 210/07g; 4 Ob 7/08w; 6 Ob 1/08i; 2 Ob 9/09a). Diese Grundsätze gelten auch bei **gerichtlicher Festsetzung einer Sachwalterentschädigung** (2 Ob 71/15b). Bei Schadenersatzansprüchen wegen einer **Warnpflichtverletzung** beim Werkvertrag gibt es Konstellationen, bei denen zwar die Behebungskosten ersatzfähig sind, aber keine durch die Warnpflichtverletzung verursachte Wertminderung feststellbar ist, weshalb bei Unterbleiben der Behebung kein Ersatz gebührt (4 Ob 41/15b).

11 § 1323 **ist grds auf alle Schadenersatzansprüche anzuwenden**, einschließlich **vertraglicher** Schadenersatzansprüche (4 Ob 41/15b: Warnpflichtverletzung beim Werkvertrag) sowie **nachbarrechtlicher Ausgleichsansprüche** gem §§ 364 ff (1 Ob 620/94; 7 Ob 103/98t; 1 Ob 15/02s; 6 Ob 219/10i; 4 Ob 25/11x und 5 Ob 23/17v: § 364b). Für alle gilt das Prinzip, dass

Seite 1692

ohne Durchführung einer Reparatur keine – fiktiven – Reparaturkosten (JBl 1985, 41; ZVR 1987/38: Jeweils Kfz-Schäden; 1 Ob 620/94: Hangrutschung; 1 Ob 16/09y: Vertraglicher Schadenersatzanspruch) bzw nur solche **bis zur Grenze der Wertminderung** (6 Ob 88/98d: Schäden des Mieters an der Wand und an den Innenfenstern) zugesprochen werden (aA 4 Ob 86/08p; 5 Ob 53/12y: Begrenzung der fiktiven Reparaturkosten mit objektiver Wertminderung bei beschädigten Liegenschaften oder Gebäuden nicht uneingeschränkt anwendbar). Bei einem **außerbücherlichen Erwerb** muss der im Grundbuch eingetragene Zweiterwerber, wenn er bei **Kenntnis** eines bereits abgeschlossenen Kaufvertrags eines Ersterwerbers (7 Ob 191/11f: Kenntnis der Scheidungsvereinbarung; 1 Ob 140/13i : Punktation genügt) oder leicht fahrlässig das **durch Besitz verstärkte und dadurch sozial-typisch erkennbare Forderungsrecht** des Ersterwerbers nicht beachtet hat, die Liegenschaft im Weg der Naturalrestitution an den Ersterwerber Zug um Zug gegen Zahlung des mit dem Verkäufer vereinbarten Kaufpreises herausgeben (6 Ob 169/07g; 7 Ob 191/11f; 7 Ob 63/12h) und nicht bloß an den Verkäufer rückübereignen (1 Ob 140/13i). Das Begehren muss durch Vorlage von Plänen ausreichend bestimmt sein. Die Durchführung der Zu- und Abschreibung eines Grundbuchskörpers erfolgt nach demLiegTeilG (9 Ob 57/10p). Bei Verzug des Verkäufers mit der Lieferung der Kaufsache kommt unter dem Gesichtspunkt der „Rettungskosten" ein Ersatz von Aufwendungen in Betracht, die ein „ **wirtschaftlich vernünftig handelnder** " Geschädigter getätigt hätte, wobei der OGH (2 Ob 132/14x: Maispflücker) einen Überhang von 50 % als unverhältnismäßig angesehen hat. Dabei sollte mE zugunsten des Geschädigten berücksichtigt werden, dass dieser – in concreto – unter **Zeitdruck** stand und bei Verzicht auf die Vornahme eines Deckungskaufs der **Verlust von Stammkunden** womöglich gedroht hätte.

11a Zum Teil wird § 1323 **durch Sonderregelungen überlagert** :Bei **vertraglichen Schadenersatzansprüchen** räumt § 933a Abs 2 dem Schuldner vorrangig die Möglichkeit der Mangelbeseitigung ein. Da der **Schuldner** die Schadensbeseitigung **kostengünstiger** als der Gläubiger beheben kann, er selbst über entsprechende Ressourcen verfügt oder doch über leichteren Zugang zu versierten Professionisten verfügt, räumt ihm das Gesetz dieses Recht ein. Daran ist der **Schuldner idR interessiert**, weil seine Belastung dadurch viel geringer ist als bei Überwälzung eines vom Gläubiger für eine Schadensbehebung eingesetzten Dritten und diesem gezahlten Entgelts. Das gilt freilich nur für die **Beseitigung des Mangels der vertraglich geschuldeten Leistung** selbst, nicht aber für Mangelfolgeschäden. Zwar gilt auch für die Behebung der Mangelfolgeschäden der Grundsatz der Naturalrestitution; insoweit kann der Geschädigte aber wahlweise Geldersatz verlangen (9 Ob 31/13v: Funktionsuntüchtige Heizungsanlage infolge mangelhafter Planung). Fragwürdig ist indes, wenn dem Geschädigten die vollen Restitutionskosten zuerkannt werden und nicht bloß ein Kapital, über dessen widmungsgemäße Verwendung der Geschädigte abrechnen muss (so aber zutr 3 Ob 191/13d: Sanierung eines Schwimmbiotops); Geldersatz im Rahmen der Kompensation gebührt mE nämlich lediglich für die Werteinbuße, was typischerweise sehr viel weniger ist (Näheres unter Rn 38 f).

11b Im **Enteignungsrecht**, das auf § 1323 verweist (SZ 51/175), steht nicht nur dem **Eigentümer**, sondern jedem **dinglich Berechtigten** ein eigener Anspruch zu; Ansprüche **obligatorisch Berechtigter** wie die eines Bestandnehmers hat der Eigentümer unter sinngemäßer Anwendung des § 5 EisbEG für diesen zu liquidieren (7 Ob 39/13f). Ersatz gebührt nicht nur bei vollständiger Enteignung, sondern auch bei Begründung von Zwangsservituten (8 Ob 34/13f; 3 Ob 204/15v: Bau der U-Bahnlinie U-2, 13,8 m unter dem Grundstück). Maßgeblich ist der **Zeitpunkt der Rechtskraft des Enteignungsbescheids** (8 Ob 84/13f). Liegt zwischen dem Zeitpunkt des Vollzugs der Enteignung und dem der gerichtlichen Festsetzung des Entschädigungsbetrags ein beträchtlicher Zeitraum, in dem der Geschädigte weder das Grundstück nutzen kann, noch eine Entschädigung erhält, hat eine **inflationsmäßige**

Aufwertung zu erfolgen (1 Ob 148/97i: Mehr als 10 Jahre, Indexsteigerung 32 %; 3 Ob 97/03s: 11 Jahre, Indexsteigerung 29 %; 1 Ob 138/13w: 6 Jahre, Indexsteigerung 13 %; 6 Ob 203/15y sowie 8 Ob 113/15y: Jeweils 7 Jahre, Indexsteigerung 16,9 %; anders aber 3 Ob 204/15v: Zwangsservitut 13,8 m unter dem Grundstück wegen Bau der U-2; hier keine konkrete Nutzungsbeeinträchtigung; offen gelassen, ob 3 Jahre und Indexsteigerung von 6,1 % ausreichend wären). ME sollte

Seite 1693

es für die Festsetzung eines Aufwertungsbetrags weniger auf den Zeitraum, sondern das **Ausmaß der akkumulierten Inflation** ankommen. Der Verkehrswert ist der wichtigste Faktor für die Bemessung (6 Ob 161/10k; 1 Ob 138/13w). DurchBGBl 2010/24 wurde § 18 Abs 1 BStG so gefasst, dass bei der Bemessung der Entschädigung auf jene Widmung abzustellen ist, die im Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Gemeinde von den Planungsabsichten des Bundes bei der öffentlichen Auflage eines Bundesstraßenplanungsgebiets (§ 14) oder,falls ein solches nicht aufgelegt wurde, bei der öffentlichen Auflage des Bundesstraßenbauvorhabens (§ 4) gegeben war. Bis dahin waren auch **realistisch beurteilte künftige Verwendungsmöglichkeiten samt ihrer Auswirkungen auf den Marktwert** einzubeziehen (7 Ob 158/15h; 1 Ob 138/13w; 10 Ob 109/15z: Bevorstehende Umwidmung von landwirtschaftlichen Grundstücken am Stadtrand von Wien in Bauerwartungsland unabhängig von Umsetzung bereits im Flächenwidmungsplan). Der Enteignete kann nicht nur den Wiederbeschaffungswert des enteigneten Grundstücks verlangen, sondern auch – fiktive – Kosten der **Verbücherung**, **Vertragserrichtung** und **Abwicklung eines Liegenschaftskaufes** in Form eines **Pauschalbetrages in Höhe von 9 % des Verkehrswertes**, bei konkretem Anfall aber die tatsächlichen Kosten (4 Ob 213/10t; 8 Ob 84/13f). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Enteignung (SZ 50/158). Zum Hinweis der Lit auf die Parallele zu den fiktiven Reparaturkosten entgegnet der OGH, dass die Interessenlage eine andere sei: Womöglich finde der Enteignete nicht zeitnah ein passendes Ersatzgrundstück. ME kann die großzügige Bemessung damit begründet werden, dass die **Entschädigungssumme zeitnah abschließend festgesetzt** werden soll.

12 Das **AHG**, **OrgHG** und **StEG kennen lediglich Geldersatz** ohne Wahlmöglichkeit des Geschädigten, dass der Ersatzpflichtige sich um die Beseitigung des realen Schadens kümmert (1 Ob 186/11a: Unzureichende Aufsichtstätigkeit der FMA). Bestritten ist, ob der Geschädigte die **Naturalrestitution durch den Schädiger** wählen kann, wenn dieser **haftpflichtversichert** ist. Der OGH beschränkt diesfalls den Geschädigten unter Hinweis auf § 49 VersVG auf den Geldersatz (ZVR 1961/313; SZ 45/63). Das ist unzutr, weil § 49 VersVG lediglich das **Innenverhältnis zwischen dem Schädiger als Versichertem und seiner Haftpflichtversicherung** regelt, was naturgemäß ohne Einfluss auf das **Außenverhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger** bleiben muss. Zudem ist selbst dem KHVG eine dem § 115 Abs 1 dt VVG entsprechende Regelung zur ausschließlichen Geldzahlungsverpflichtung des Haftpflichtversicherers unbekannt. In den letzten Jahren ist eine Gegentendenz mit dem **Wunsch der Haftpflichtversicherer** nach einem „ **Schadenmanagement** " zu beobachten, weil der Haftpflichtversicherer etwa die **Verwertung von Wracks** sowie die **Anschaffung und Reparatur von Kraftfahrzeugen** häufig effizienter bewirken kann. Dem ist unter Wahrung des Integritätsinteresses des Geschädigten mE Rechnung zu tragen und folglich bei **Verwertung des Wracks** sowie bei **Anschaffung eines Neufahrzeugs** die Schadensbehebung dem Haftpflichtversicherer zu überlassen, nicht aber bei einer Reparatur, bei der dem Geschädigten die Möglichkeit erhalten bleiben muss, die **Werkstätte seines Vertrauens** mit der Reparatur zu betrauen. Entsprechendes gilt für die Anschaffung eines **Gebrauchtfahrzeugs** in Bezug auf das vertraute Autohaus.

13 **Keinen Anspruch auf Naturalrestitution** hat, wer selbst ein Verhalten gesetzt hat, das eine spätere Maßnahme erforderlich gemacht hat (4 Ob 25/11x: Anschüttung des eigenen Grundstücks durch den später Geschädigten, der Beseitigung einer vom Nachbarn errichteten Stützmauer durchgesetzt hatte, weil diese 7 cm auf sein Grundstück geragt hatte und der nach Abriss Wiedererrichtung der Mauer verlangte, weil diese ihn vorher gegen Erosionsschäden geschützt hatte). Der Eigentümer kann aber das Abtragen einer auf seinem Grundstück befindlichen Mauer vom Schädiger verlangen; das ist nicht untunlich, wenn der Schädiger oder

dessen Rechtsvorgänger die Mauer hat errichten lassen (4 Ob 229/19h: Anspruch auf Entfernung der Mauer im Rahmen des § 523)

13a Die **Wiederherstellung** ist iSd S 1 dann „ **nicht tunlich** ", und folglich der **Schätzwert** zu ersetzen, wenn entweder der Geschädigte die Restitution ablehnt (4 Ob 343/99s; LGZ Wien ZVR 2010/11: Reparaturkosten unter dem Wiederbeschaffungswert, gleichwohl Verkauf, Ersatz durch „Marktzeitwertvergleich") oder das Interesse des Schädigers am Wertersatz **unver**

Seite 1694

hältnismäßig größer ist als das des Geschädigten am Naturalersatz (1 Ob 535/90: Vertraglicher Anspruch aus dem Werkvertrag nach alter Rechtslage). In letzterem Fall trifft den Ersatzpflichtigen die Beweislast (8 ObA 34/10y: Herausgabe eines Sparbuches, das der AG trotz Verstoßes gegen das KautSchG innehatte).

13b Kritisch kann die Abgrenzung zwischen der **Beeinträchtigung einer Sache** und einem (nicht ersatzfähigen) **reinen Vermögensschaden** sein. In der E (7 Ob 28/18w) hatte der OGH zu beurteilen, ob der Inhaber eines künftigen Fohlens, das bei einem Verkehrsunfall im Mutterleib einer Leihstute (eines Dritten) getötet wurde, Ersatz verlangen kann. Der OGH nahm einen (nicht ersatzfähigen) reinen Vermögensschaden an, konnte das aber letztlich offenlassen, weil für den Ersatz nach der CMR grobe Fahrlässigkeit gegeben sein hätte müssen. Bei einem trächtigen Schwein hat er die Verwertungsmöglichkeit der künftigen Ferkel zu Recht als positiven Schaden qualifiziert (2 Ob 286/63; ähnlich 6 Ob 560/78: Vernichtung eines Bienenvolks mit der Folge des Verlustes der Verwertung des Honigs).Auf das Auseinanderfallen von Eigentum am getöteten Muttertier und dem in Entstehung befindlichen Jungtier kann es letztlich nicht ankommen; vielmehr ist das mithilfe der Drittschadensliquidation zu bewältigen.

14 Die **Höhe des zu leistenden Geldbetrags** hängt davon ab, ob es dem Geschädigten bloß um das **Wertinteresse** (die Auffüllung der Vermögenslücke) oder um **Geldersatz zur Wiederherstellung** des realen Zustands geht, wie er ohne das schädigende Ereignis bestünde. Das Ergebnis kann stark differieren (1 Ob 345/98m: Differenz zwischen Wertersatz nach Art 25 Abs 1 CMR und den aufgewendeten Reparaturkosten; 1 Ob 103/08s: Beschädigung der Deckenpaneele, Reparaturkosten € 5.500, Wertminderung € 180). Diese Unterscheidung wird mitunter durch den – unreflektierten und unzutreffenden – Stehsatz verdunkelt, dass es den **Ersatzpflichtigen nichts angehe**, **wie der Geschädigte den Ersatzbetrag verwendet** (ZVR 1983/36; SZ 63/46; 1 Ob 620/94). Gelegentlich folgt die Einschränkung, dass fiktive Reparaturkosten dann nicht zustehen, wenn sie die Werteinbuße übersteigen (so seit JBl 1985, 41;stRspr: 2 Ob 5/94; 1 Ob 620/94; 7 Ob 2062/96b). Das wird in aller Regel der Fall sein (ggt aber 2 Ob 158/07k: Fiktive Reparaturkosten bei einem Kfz geringer als objektive Wertminderung; vermutlich auf Fehler der Sachverständigenschätzung zurückzuführen).

15 Im Rahmen des **Wertinteresses** kann der geringere Betrag von Wertminderung oder fiktiven Reparaturkosten **ohne weiteren Verwendungsnachweis** verlangt werden (1 Ob 620/94; 1 Ob 331/98b). Ein **höherer Ersatzanspruch** ist vom **Nachweis widmungsgemäßer Verwendung** abhängig (zur Kritik an der bloßen Absicht unten Rz 36). Auch beim Erwerbsschaden eines Unternehmers stehen Gewinnentgang und Ersatzkraftkosten im Spannungsverhältnis von Kompensation und Restitution (§ 1325 Rz 62). Begehrt der Geschädigte zu Unrecht fiktive Restitutionskosten, ist sein Geldersatzbegehren dennoch bis zur Höhe der Werteinbuße berechtigt, weshalb ein Teilzuspruch, nicht eine gänzliche Abweisung zu erfolgen hat. Um eine unnötige – und sei es auch nur terminologische – Verwirrung zu vermeiden, sollte man auf den **überkommenen Begriff der Dispositionsfreiheit verzichten** und die Bezeichnung „Zuspruch von Reparaturkosten" nur bei deren tatsächlichem Anfall verwenden.

16 Hat der Geschädigte die **Naturalrestitution durch den Schädiger** gewählt, ist er wie bei einer Wahlschuld gem § 906 grds an das **ausgeübte Wahlrecht gebunden** (4 Ob 343/99s: Begehren auf Naturalherstellung durch den Haftenden, der in der Folge insolventwird – Beseitigung einer Zaunbeschädigung und Wiederherstellung des Wegniveaus). Bei **Verzug** des Schädigers kann der Geschädigte jedoch gem **§§ 917 ff** nach Setzung einer angemessenen

Nachfrist anstelle der getroffenen Wahl Geldersatz zur Naturalrestitution verlangen; auch in einem solchen Fall kann er das Restitutionsinteresse begehren, ohne auf den geringeren Wertersatz beschränkt zu sein (gegen eine Mindermeinung in der Lehre).

17 Hat der Geschädigte die Schadensbeseitigung durch einen vom Schädiger oder dessen Haftpflichtversicherung **benannten Professionisten** akzeptiert, ist der **Schädiger für zusätzliche Schäden** im Zuge der Schadensbehebung **verantwortlich** (9 Ob 42/08d: Nach einem Wasserschaden Folgeschaden an Möbelstücken infolge – übertriebener – Trockenlegung durch die vom Haftpflichtversicherer eingesetzte Sanierungsfirma. Entsprechendes gilt, wenn der Geschädigte – mit Zustimmung des Schädigers – einen Unternehmer einsetzt, um die vom Schä

Seite 1695

diger geschuldete Naturalrestitution zu bewirken (8 Ob 10/17d: Behebung von Schäden der Rampenheizung einer Tiefgaragenauffahrt, für die der Generalunternehmer des Bauträgers einzustehen hatte, durch einen von der WE-Gemeinschaft betrauten Unternehmer, wobei weitere Schäden entstanden). Der OGHhat darüber hinaus ausgesprochen, dass bei Behebung eines solchen Schadens durch einen **vom Geschädigten eingesetzten Fachmann** (Herstellungsgehilfen) und dadurch hervorgerufenen Folgeschäden der Geschädigte bloß für **Auswahl- und Überwachungsverschulden** haftet, er sich das Fehlverhalten aber nicht nach § 1313a zurechnen lassen muss (6 Ob 217/10w: Feuchtigkeitsschaden in einem Zwischengang). Das ist zutr, war es doch der Schädiger, der dafür verantwortlich ist, dass der Geschädigte in eine solche Malaise geraten ist. Auf eine Betrauung durch den Schädiger oder dessen Haftpflichtversicherung kommt es somit ebenso wenig an wie auf eine Zustimmung des Schädigers in Bezug auf den vom Geschädigten herangezogenen Professionisten.

18 Die von S 1 für die Naturalrestitution (durch den Schädiger oder den Geschädigten) geforderte **Tunlichkeit** setzt ihre **Möglichkeit** voraus: Die Unmöglichkeit erfasst die **tatsächliche**, die Untunlichkeit die **normative** Ebene (dieBeweislast für die Untunlichkeit trifft den Schädiger: 1 Ob 620/94; 7 Ob 2062/96b; 9 Ob 303/99w). **Untunlichkeit** wird angenommen, wenn ein wirtschaftlich vernünftig denkender Mensch mit ausreichenden finanziellen Mitteln bei Selbsttragung des Schadens auf eine Restitution verzichten würde (6 Ob 219/10i; 5 Ob 61/11y; 2 Ob 166/16z: Farbunterschiede von Fliesen, Austausch erfordert Sanierungskosten im Ausmaß eines Vielfachen des Anschaffungswertes der Fliesen). Aber auch bei der Beurteilung der **Unmöglichkeit** spielen Wertungsfragen eine Rolle, zB bei der Entscheidung, welcher Zustand – noch – als ein solcher ohne schädigendes Ereignis bzw als akzeptable Ersatzlage anzusehen ist (ZVR 1988/104: Pflanzung von 8–12 m hohen Fichten bei einer Hecke unmöglich – wirklich?; ÖJZ 1989/103: 5 m hohe Fichtenhecke, Ersatzpflanzung möglich, aber tunlich bloß dann, wenn nur dadurch Sichtschutz). In der E 8 Ob 43/17g (Nicht herausgegebenes Silberbesteck) hat der OGH zu Recht auch die **Suchkosten** (vertretbaren Besorgungsaufwand) sowie die **Dauer der Suche** (unter Einbeziehung der Recherchemöglichkeiten im Internet) als maßgebliches Kriterium angesehen, wobei er bei Sammlerstücken, die im Alltag nicht oder nur selten verwendet werden, einen längeren Zeitraum für zumutbar angesehen hat. Aus der Unvertretbarkeit einer Sache oder daraus, dass sie Gegenstand einer **Speciesschuld** ist, ist **keine Unmöglichkeit** nach § 1323 S 1 abzuleiten.

19 Das Kriterium der **Selbsttragung des Schadens** wird in verschiedenen Nuancen verwendet: Mitunter wird nur darauf verwiesen (1 Ob 620/94: Hangrutschung; 7 Ob 2062/96b: Setzungsschäden; 1 Ob 163/10t: Zerstörung eines Gebäudes; 2 Ob 132/14x: Verzug mit vertraglich geschuldeter Lieferung eines Maispflückers) oder es wird auf den wirtschaftlich denkenden Menschen (1 Ob 103/08s; ÖJZ 1989/103) oder den wertverbundenen, vernünftigen Menschen (ZVR 1979/304) abgestellt. Es erfolgt eine Bezugnahme auf den Verkehrswert, außer bei Sachen mit ausschließlich oder überwiegend immateriellem Wert. § 1332a trifft eine Regelung für ein Tier. Bei anderen Sachen mit überwiegend ideellem Charakter wie etwa einem Sakralbau mit kulturhistorischem Wert ist diese Wertung entsprechend heranzuziehen.

20 Der **Maßstab der Selbsttragung des Schadens** ist mit der Gefahr **vorschneller Annahme der Untunlichkeit** verbunden, weil sich der Geschädigte realiter häufig aus Sparsamkeit oder wegen Geldmangels mit **Behelfslösungen** zufriedengeben würde, was § 1323 S 1 gerade nicht

verlangt. Prototypisch ist der Verweis auf die Selbsttragung des Schadens bei Verletzung eines Haushaltsführers, weil kaum jemand eine bezahlte Ersatzkraft ohne Kostenüberwälzungsmöglichkeit einstellt. Wenn man schon auf das **Kriterium der Schadensselbsttragung** verweist, muss es unbedingt durch das Kriterium des **mit ausreichenden finanziellen Mitteln ausgestatteten homo oeconomicus** ergänzt werden. Zusätzlich ist zu fragen, ob er auf die Herstellung des verlangten Zustands unter allen Umständen verzichtet hätte. Untunlichkeit ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Geschädigte eine solche Restitutionsmaßnahme unterlassen hätte und sie vom Schädiger nur deshalb verlangt, weil eine Überwälzung gegeben ist (**deep pocket Argument**).

Seite 1696

21 Nach einhM dürfen die **Reparaturkosten** den **Wiederbeschaffungswert maßvoll übersteigen**. Bei **Kraftfahrzeugen** bewegt sich der tolerable Zuschlag auf ca **15 %,** bei einem **Gebäude** oder einer Liegenschaft liegt er **darüber** (1 Ob 620/94; 4 Ob 343/99s; 1 Ob 163/10t: Vorrang der Naturalrestitution im besonderen Maß Geltung zu verschaffen; ebenso 6 Ob 219/10i: Betonsockel eines Zauns; 5 Ob 61/11y: Weißbuchen- oder Eibenhecke; 2 Ob 176/14t : Reparaturkosten für Dampfsperre eines Gebäudes). Zusätzlich ist das **Verschulden des Schädigers** zu beachten (6 Ob 219/10i); mE fragwürdig: Je gravierender dieses, umso weiter ist die Tunlichkeitsschwelle zugunsten des Geschädigten erhöht (ÖJZ 1989/103: 5 m hohe Fichtenhecke; 9 Ob 303/99w: Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch, bei dem volles Interesse gebührt; keine Untunlichkeit, obwohl Sanierungsaufwand für ein Schloss den Sachwert um 17 % überstieg; ähnlich 5 Ob 61/11y: Hecke; beachte auch 2 Ob 166/16z: Bei Schadenersatzanspruch gegenüber Gewährleistungsanspruch bei begehrtem Austausch von Fliesen wegen Farbabweichung anders als bei Gewährleistungsanspruch auch Mangelfolgeschaden der Entwertung des Hausgrundstücks einzubeziehen).

22 Der OGH **lehnt** für die tolerable Überschreitung der Reparaturkosten nach Rz 21 **fixe Prozentsätze ab** und stellt auf den **Einzelfall** ab. Da es sich um eine Einzelfallbeurteilung handelt, erfolgt auch nur ausnahmsweise eine Überprüfung zweitinstanzlicher Entscheidungen durch den OGH (ZVR 1987/38; 9 Ob 303/99w; 2 Ob 162/06x; 5 Ob 23/17v). Das ist eine erhebliche **Einschränkung der Rechtssicherheit**, weil der Geschädigte nie weiß, ob er bei der von ihm gewünschten Restitutionsmaßnahme mit Kostendeckung durch den Schädiger rechnen darf oder bloß Wertersatz erhält; bei Letzterem erhält er womöglich bloß 50 % des Ersatzes. Deshalb sollte bei einer ex post vom Gericht dekretierten Untunlichkeit der Zuspruch an den Geschädigten wenigstens bis zu dem Ausmaß erfolgen, bis zu dem die Tunlichkeit der betreffenden Maßnahme bejaht worden wäre.

23 Bei der Wiederherstellung des vorigen Standes kann der Geschädigte mitunter zwischen **bloß funktioneller** oder zusätzlich **auch optischer Wiederherstellung** wählen. Der OGH räumt dem Geschädigten zu Recht die Möglichkeit ein, durch eine **qualitativ oder quantitativ minderwertige Form** bzw den Verzicht auf eine Naturalrestitution de luxe die Abrechnung auf Basis der Restitution zu erhalten (1 Ob 620/94: Hangrutschung einer Fremdenpension, Sanierung durch Anschüttung anstelle der Errichtung einer Stützmauer). Per saldo erhält damit der Geschädigte einen erheblich höheren Ersatzbetrag; freilich setzt das die **Durchführung der entsprechenden Maßnahme** voraus.

24 **Ohne Naturalrestitution** (weil nicht gewollt oder weder möglich noch tunlich) ist der **Schätzwert** zu vergüten. Diesen ermittelt der OGH in folgender Subsidiaritätsfolge nach dem **Austausch-**, **Ertrags-** oder **Herstellungswert** (1 Ob 54/03b; 1 Ob 143/04t ; 2 Ob 176/07g; 5 Ob 65/16v: Wert von Bildern, Verkäufermarkt, maßgeblich Preis bei Auktionen; 1 Ob 27/16t: Totalschaden eines Porsche Cabrio): Kann kein Austauschwert ermittelt werden, kommt der Ertragswert zum Zug, fehlt ein solcher, ist der Herstellungswert maßgeblich. Eine **revisionsrechtliche Überprüfung der Wertermittlung** durch den Sachverständigen ist nur in engen Grenzen möglich (5 Ob 65/16v: Wert von verliehenen Bildern; Verstoß gegen zwingende Denkgesetze oder abstrakte Überlegungen ohne entsprechende Tatsachenermittlungen).

Steuereinbußen wegen zur Unzeit realisierter stiller Reserven bei einer Enteignung sind nicht ersatzfähig (1 Ob 218/08b). Gegen das hierarchische Abstellen auf Austausch-, Ertrags- und Herstellungswert bestehen vornehmlich dann Bedenken, wenn zumindest die Herstellung einer Ersatzlage möglich ist. Kritikwürdig ist zudem, dass der OGH dann, wenn der Geschädigte kein Händler ist, beim Austauschwert auf den **Wiederbeschaffungswert** abstellt, während der Geschädigte ohne schädigendes Ereignis nur den geringeren **Veräußerungswert** hätte lukrieren können, sodass er insoweit bereichert ist (besonders eindrücklich 2 Ob 176/07g: Über 100 Jahre altes Gebäude, seit 10 Jahren leer stehende Bauruine). Bei einem **Händler** ist jedoch gerade gegenläufig vorzugehen, somit primär auf den **Wiederbeschaffungswert** abzustellen, weil er ansonsten um den nur bei grober Fahrlässigkeit zustehenden, darüber hinausgehenden entgangenen Gewinn bereichertwäre (zutreffend 1 Ob 227/16t: Totalschaden eines Porsche Cabrio bei einem Kfz-Händler). Geht es um den **Ersatz einer ansprüchigen Sache**, gebührt

Seite 1697

der Wiederbeschaffungswert nur bei tatsächlicher Restitution; davor kann – wie bei Reparaturkosten einer Sache sowie Heilungskosten einer Person – lediglich ein Vorschuss verlangt werden (6 Ob 229/16v: Unberechtigter Abschuss eines geschützten eurasischen Luchses aus dem Nationalpark). Warum auf den stets mit vielen Unwägbarkeiten behafteten Ertrags- bzw Herstellungswert abzustellen sein soll, ist fragwürdig, ist doch bei jeder Sache ein Veräußerungswert ermittelbar.

25 Wo ein **Gebrauchtwarenmarkt fehlt** wie bei Gebäuden (4 Ob 98/01t: Almhütte), Möbeln (2 Ob 285/01b) oder Verkehrslichtsignalanlagen (OLG Wien ZVR 2010/59; ZVR 2012/178) bzw dem Geschädigten eine gebrauchte Sache **nicht zumutbar** ist (so etwa Secondhand-Bazar bei Kleidungsstücken) oder die **Suchkosten unverhältnismäßig** sind (8 Ob 43/17g: Herausgabe eines Silberbestecks), kommt als **Referenzgröße** lediglich der **Neuwert** einer entsprechenden Sache in Betracht (10 Ob 31/00g; 1 Ob 16/06v; beachte aber 2 Ob 132/14x: Abgelehnt aber bei einem **vertraglichen** Anspruch nach Verzug und Rücktritt, Abmilderung allerdings durch Verweis auf – normativ begrenzten – Rettungsaufwand), wodurch das Problem „neu für alt" entsteht (10 Ob 31/00g: Neuerrichtung eines Teils des Hauses nach vom Schädiger zu verantwortenden Teilabbruch). Würde der Geschädigte statt der gebrauchten Sache eine neue oder technisch ausgereiftere (OLG Wien ZVR 2012/178: Modernere Verkehrslichtsignalanlage) bekommen, kann es passieren, dass er insoweit – auch vermögensmäßig – bessergestellt ist. Das Problem ist vergleichbar mit dem der **aufgedrängten Bereicherung**. Es besteht freilich der – formale – Unterschied, dass nicht der Schuldner dem Gläubiger einen – ungebetenen – Vorteil aufdrängt, sondern als Ansatzpunkt für die Berechnung des Ausmaßes des Schadenersatzes der Wert einer neuen Sache zugrunde gelegt wird. Um bei Ersatz einer gebrauchten Sache durch eine neue eine Bereicherung des Geschädigten zu vermeiden, erfolgt ein **Abzug neu für alt**, sofern die neue Sache dem Geschädigten tatsächlich mit Sicherheit eine längere Brauchbarkeit bietet (3 Ob 165/04t; OLG Wien ZVR 2012/178). Das gilt entsprechend für Teile einer Sache, wobei es darauf ankommt, ob die **Gesamtsache länger nutzbar** ist (2 Ob 285/01b; 2 Ob 272/07t). Bei Sachen mit enorm langer Laufzeit (zum Beispiel Kunstgegenstände; verwiesen sei auf 8 Ob 43/17g [Silberbesteck]) wird das kaum ins Gewicht fallen.

26 Für die Errechnung der **Abzugshöhe** geht der OGH vonden **Neuerrichtungskosten** (anders noch SZ 51/37: Spezialfahrzeug) aus und ermittelt den Buchwert, indem er von der geschätzten Gesamtnutzungsdauer unter Berücksichtigung der Arbeitsleistungen (SZ 54/65: Installationsarbeiten bei Hochspannungsleitung) die **bisherige Nutzungsdauer** abzieht (JBl 1987, 325: Restlebensdauer der alten Brücke 48 Jahre, der neuen 80 Jahre, 60 % der angemessenen Neubaukosten; 4 Ob 98/01t: Neuerrichtung einer Almhütte, Restlebensdauer 15 Jahre bei angenommenen 100 Jahren). In der E 2 Ob 234/05h (Ziegelgewölbekeller; Restnutzungsdauer des neuen 300 Jahre, Restnutzungsdauer der zerstörten Sache 100 Jahre) hat er einen Abzug neu für alt zu Recht versagt, was den Eindruck erweckt, dass bei ausreichend langer Restnutzungsdauer ein Abzug neu für alt unterbleiben könne. Das OLG Wien (ZVR 2012/178) hat bei Beschädigung einer Verkehrslichtsignalanlage bei Zerstörung zum Zeitpunkt des Ablaufs der Hälfte der Nutzungsdauer einen Abschlag von 30 % vorgenommen.

27 Das **Ergebnis** des geringeren Abzugs als bei mechanisch-proportionaler Betrachtung der Nutzungsdauer lässt sich **wirtschaftswissenschaftlich gut begründen**, wenn man eine **Abzinsung künftiger Nutzungsvorteile** vornimmt. Danach fällt ein Nutzungsvorteil umso weniger ins Gewicht, je weiter er in der Zukunft liegt (fragwürdig deshalb JBl 1987, 325: Brücke; 10 Ob 31/00g: Bei Neuerrichtung eines Teils eines HausesWertsteigerung abzuziehen) und je höher der zugrunde gelegte Zinssatz ist. Darüber hinaus sollte dieser Ansatz nach der hier vertretenen Ansicht nur dann gewählt werden, wenn der Geschädigte eine **Restitution** vornimmt, nicht aber dann, wenn er bloß Wertersatz verlangt, weil dem Geschädigten an der beschädigten Sache nur insofern gelegen ist, als sie einen Vermögenswert verkörpert und er auch ohne schädigendes Ereignis bloß den **typischerweise geringeren Veräußerungswert** erzielt hätte.

28 Ein **Abzug neu für alt unterbleibt**, wenn der Geschädigte durch eine **neue Sache keinen Vermögensvorteil** hat (SZ 56/54: Zahnbrücke; 3 Ob 1560/91: Erdkabel der Telekom; 10 Ob 31/00g: Teilweise Neuerrichtung eines Teils des 13 Jahre alten Hauses wegen nicht lege artis

Seite 1698

erfolgter Bohrungen; allenfalls Abzug neu für alt). Freilich wird man prüfen müssen, ob **tatsächlich kein Vorteil** gegeben ist. Das OLG Wien (ZVR 2010/59) hat angenommen, dass der Austausch einer 20 Jahre alten Ampelanlage durch eine neue, dem heutigen Stand entsprechende, abgesehen von der Ersparnis von Wartungsarbeiten, ohne Abzug neu für alt möglich ist. Das ist fragwürdig, weil einerseits die alte im – osteuropäischen – Ausland noch verwertbar gewesen wäre, andererseits zwar eine 20 Jahre alte nicht mehr am Markt vorhanden sein wird, wohl aber eine, die nicht dem allerneuesten Stand der Technik entspricht. Insoweit ist die Kategorie der „ **Schaffung einer Ersatzlage** " auch in diesem Zusammenhang heranzuziehen. Die nachfolgende E OLG Wien ZVR 2012/178 hat bei vergleichbarem Sachverhalt (Beschädigung einer 10 Jahre alten Verkehrslichtanlage) bei Installierung einer neuen wegen der um die Hälfte verlängerten Benutzungsdauer einen **Abzug neu für alt** im Ausmaß eines **Abschlags von 30 %** vorgenommen.

28a In Konstellationen der **überholenden Kausalität** unter Einschluss des **Ablaufs der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer** einer Sache kommt aber auch eine Berechnung des Schadens dergestalt in Betracht, dass ermittelt wird, welche später ebenfalls anfallenden Aufwendungen der Geschädigte nun früher tätigen muss, sodass ihm letztlich nur die **Vorfinanzierungskosten** zustehen (2 Ob 88/14a: Brücke, deren Abriss bzw Generalsanierung in 4 Jahren angestandenwäre mit zutreffendem Hinweis auf die Parallelen zwischen Sach- und Personenschaden). Korrekterweise ist davon die Preissteigerung bei späterer Errichtung in Abzug zu bringen; ist die Inflation höher als die Finanzierungskosten, ist **kein rechnerischer Schaden** gegeben, weshalb auch kein Ersatz gebührt. Ein Abstellen auf die **objektiv-abstrakte Schadensberechnung** würde demgegenüber zu einer **unberechtigten Aufblähung des Schadensumfangs** führen und zu einem mit dem Ausgleichsprinzip nicht zu vereinbarenden Ersatzbetrag.

29 Bei **Reparatur einer beschädigten Sache mit Neuteilen** kommt ein **Abzug neu für alt grds nicht** in Betracht, ausnahmsweise aber doch, wenn es zu einer **Wertsteigerung der Gesamtsache** kommt (SZ 55/104; 2 Ob 285/01b jeweils Kfz-Schaden,hier verneint; 2 Ob 285/01b: Bei Einbau unselbständiger Teile in eine unbewegliche Sache, hier eingebautes Wohnzimmer, Wohnzimmerdecke, Heizkörperverbauung). Das gilt entsprechend bei **späterem schadensunabhängigen Austausch von Verschleißteilen** (SZ 55/104: Anschaffung neuer Reifen demnächst) bzw Instandsetzungsinvestitionen (SZ 55/28: Fundierungsarbeiten durch Rammpfähle; 1 Ob 15/02s: Verlust der Stütze durch Beseitigung von Schutt und Lehm) oder bei Aufwendungen für Inspektionen (ZVR 1987/101: Kontrollmaßnahmen bei einem Flugzeug). Wie beim Vorziehen eines Hausverputzes (SZ 56/126: Hier um 10 Jahre) liegt der **Schaden** nicht im Aufwand, sondern lediglich im **früheren Anfall** (so auch 1 Ob 163/10t: Betonung, dass es nicht bloß um einmaliges Vorziehen geht). In der Lit ist umstritten, ob der Geschädigte ein Darlehen aufnehmen muss und dafür die Zinsen verlangen kann oder der Schädiger ein zinsloses Darlehen zu leisten hat. Letzteres ist die angemessenere Lösung.

30 Diese Ansätze entsprechen lupenrein dem **Ausgleichsprinzip**. Esbleibt freilich zu bedenken, dass ein **Sachschaden relativ rasch**, jedenfalls durch einen **Kapitalbetrag,** reguliert werden sollte. Die dargestellten Literaturmeinungen führen jedoch dazu, dass eine wenig praktikable jahrzehntelange Dauerrechtsbeziehung zwischen Geschädigtem und Schädiger entsteht. Auch in diesem Zusammenhang ist der Gedanke hilfreich, dass bei Ermittlung eines Barwertes Lasten oder Nutzen umso geringer zu veranschlagen sind, je weiter sie in der Zukunft liegen, weil schon die Abzinsung dafür sorgen wird, dass nur marginal geringe Werte in der Gegenwart verbleiben. Ist der Zinssatz freilich gering, die Inflation hoch, wird dieser Effekt gedämpft oder er ist uU gar nicht vorhanden.

31 Bedeutet die **Zerstörung eines Gebäudes** zugleich eine **Wertsteigerung der Liegenschaft**, ist diese im Wege der **Vorteilsausgleichung** zu berücksichtigen (2 Ob 176/07g: Höherer Wert der Liegenschaft im Ausmaß der Abbruchkosten nach Brand; Regress des Feuerversicherers, der seine Versicherungsleistung nach dem Buchwert des Gebäudes zu erbringen hatte). Der von der Sachversicherung **nach dem Versicherungsvertrag zu ersetzende Schaden** ist nicht – immer – mit dem **gesetzlich geschuldeten bürgerlich-rechtlichen Schaden** deckungsgleich.

Seite 1699

32 **Vorteilsausgleichung** wie **Abzug neu für alt** ist **nicht amtswegig** zu berücksichtigen, sondern nur bei **Vorbringen des Ersatzpflichtigen**, den auch die Behauptungs- und Beweislast trifft (stRspr, zB 9 Ob 415/97p; 2 Ob 234/05h; 3 Ob 77/09h). Die bloße Einwendung ohne Substanziierung ist zu wenig (2 Ob 159/98s).

33 Für die Ermittlung des **Ersatzumfanges** ist nach § 193 ZPO der Zeitpunkt des **Schlusses der mündlichen Streitverhandlung** maßgeblich (2 Ob 82/97s : Heilungskosten; 4 Ob 2088/96: Reparatur; 5 Ob 65/16v: Keine Rückgabe von Bildern; Maßgeblichkeit des Zeitpunktes der Schädigung gilt nichtuneingeschränkt, inflationäre Entwicklung ist bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung 1. Instanz zu berücksichtigen). Daran ändert auch die objektiv-abstrakte Schadensberechnung nichts (JBl 1990, 718: Schädigung wegen Setzungsarbeiten; später herausgekommen, dass schon ursprünglich höherer Schaden wegen anderer Einwirkungen vorhanden war). Einige ältere Entscheidungen, denen zufolge **nach Durchführung der Reparatur der tatsächliche Aufwand** zu ersetzen ist, davor aber die **fiktiven Reparaturkosten** (SZ 51/7; ZVR 1982/194; OLG Wien ZVR 1993/9), sind abzulehnen, weil ein Anreiz für ein unproduktives Zuwarten geschaffen wird und zudem eine Überkompensation gegeben ist. Das hat der OGH (1 Ob 105/19a: Sanierungskosten beim Werkvertrag bloß als Vorschuss) für **sämtliche Schadenersatzansprüche**, seien sie **deliktischer** oder **vertraglicher** Natur, nun klargestellt.

34 Das grundlose Zögern des Geschädigten, die Werkstätte **mit der Reparatur** zu betrauen, bildet einen **Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit gem § 1304** (ZVR 1984/281). Der Geschädigte darf für seine weiteren Dispositionen aber das von einem **Sachverständigen eingeholte Gutachten** abwarten (ZVR 1977/229). Er benötigt ein solches häufig zur **Beweissicherung**, in aller Regel aber als **Entscheidungshilfe**, ob und auf welche Art er das Unfallfahrzeug reparieren oder ein Ersatzfahrzeug anschaffen soll. Dafür wird ihm eine **angemessene Überlegungsfrist** eingeräumt (ZVR 1975/165: 10 Tage; ZVR 1977/229; ZVR 1984/281: 1 Woche; ZVR 1979/305: 14 Tage; OLG Innsbruck ZVR 2011/183: 5 Werktage zu wenig). Grundsätzlich ist ein Zuwarten des Geschädigten bis zur Genehmigung des Haftpflichtversicherers nicht gerechtfertigt (zu Ausnahmen: ZVR 1977/229; s auch unten Rn 38).

35 Der Schadenersatzanspruch wird erst mit **Zugang eines ziffernmäßigen Begehrens** fällig (SZ 54/119), weil der Ersatzpflichtige erst dann weiß, was und wie viel er schuldet; das gilt auch für einen Vorschuss (ZVR 1977/304).

36 Seit JBl 1985, 41 ist unbestritten, dass **ohne Durchführung einer Reparatur bloß die geringere Wertminderung**, nicht aber die höheren Reparaturkosten gebühren. So einig man sich darüber im **Grundsatz** ist, so **unvollständig** wurde dieser **im Detail umgesetzt**. DiestRspr gab sich für den Zuspruch fiktiver Reparaturkosten in kritikwürdiger Weise mit der **Reparaturabsicht** des Geschädigten zufrieden (statt vieler 1 Ob 620/94; 2 Ob 5/94; 2 Ob 116/08k ; 1 Ob 163/10t; 5 Ob 61/11y: Keine konkreten Gründe, an der Wiederherstellungsabsicht des Anspruchstellers zu zweifeln; 6 Ob 219/10i: Keine Feststellungen, dass keine Absicht besteht) und versagte den Reparaturkostenzuspruch lediglich dann, wenn feststand, dass die **Reparatur unterblieb** (3 Ob 225/98d; 1 Ob 103/08s; 1 Ob 16/09y sowie 5 Ob 53/12y; 4 Ob 41/15b: Jeweils vertraglicher Schadenersatzanspruch) oder der Geschädigte selbst sie offenlässt (2 Ob 5/94: Kfz-Schaden; 9 Ob 303/99w: Schloss; 2 Ob 82/97s : Dann nicht einmal Zuspruch eines Vorschusses im Rahmen der Heilungskosten). Dies stand überdies im Widerspruch zur Judikatur, dass den Geschädigten die Beweislast für die über die objektive Wertminderung hinausgehenden Reparaturkosten trifft (2 Ob 5/94; ähnlich 2 Ob 11/96: Fiktive Kosten mit objektiver Wertminderung begrenzt). Nunmehr hat der OGH (1 Ob 105/19a: Sanierungskosten bloß Vorschuss, soweit sie über die Wertminderung hinausgehen) klargestellt, dass der Geschädigte Reparaturkosten nur dann endgültig behalten darf, wenn er deren widmungsgemäße Verwendung für die Reparatur nachweist.

37 Zutr ist zwar, dass der Geschädigte für die Bewirkung der Restitution **nicht mit eigenem Kapital in Vorlage** treten muss (2 Ob 620/94; 6 Ob 219/10i), sondern vom Schädiger einen Vorschuss verlangen kann, wobei der Geschädigte nicht gegen seine Schadensminderungsobliegenheit verstößt, wenn er mit der Durchführung der Maßnahme bis zur Leistung des Vorschusses zuwartet (3 Ob 191/13d: Sanierung eines Schwimmbiotops). Es gebührt dem Ge

schädigten in dieser Phase aber eben **lediglich ein Vorschuss**, nicht ein Zuspruch ohne Wenn und Aber. Abgesehen davon, dass der Beweis der Absicht schwer zu würdigen ist, gebühren die über die Wertminderung hinausgehenden Restitutionskosten dann nicht, wenn der Geschädigte seinen Entschluss in der Folge nicht in die Tat umsetzt oder die Restitution kostengünstiger zu bewerkstelligen ist.

38 Dass der Geschädigte den realen Schaden vorweg beseitigt, ist keine allg Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht (2 Ob 5/94; 1 Ob 620/94; 9 Ob 303/99w). Für den **Vorschussanspruch** genügt die **Absicht der Schadensbeseitigung** (1 Ob 620/94; 4 Ob 2088/96d; 4 Ob 41/15b; in 1 Ob 103/08s hat der OGH aus dem Umstand, dass der Geschädigte die Durchführung der Reparatur erst nach Verurteilung des Ersatzpflichtigen beabsichtigte, den Schluss gezogen, dass der Geschädigte bei Selbsttragung die Maßnahme unterlassen hätte und daraus – zu Unrecht – die Untunlichkeit abgeleitet; 1 Ob 109/09z: Behebungskosten von über € 6.000, Zeitwert € 200, Reparatur untunlich, Abweisung der Reparaturkosten aber begründet mit Beweislast des Anspruchstellers, Reparatur durchführen zu wollen). Wartet der Geschädigte bis zur **Leistung des Deckungskapitals** zu, verstößt er nicht gegen die Schadensminderungsobliegenheit (1 Ob 163/10t: Ersatz der entgehenden Vermietungserlöse). Bei Naturalherstellung durch den Geschädigten hat dieser bei entsprechendem Begehren gegen den Schädiger eine **Vorschussanspruch** (2 Ob 5/94: Kfz-Schaden; 2 Ob 82/97s : Heilungskosten). Das gilt auch für einen Mietvertrag, wenn der Vermieter für die Wiederherstellung von Teilen der Wohnung Geldersatz zu leisten hat (6 Ob 88/98d: Wandmalerei, Tapeten; dass die Wand im Eigentum des Vermieters steht, ist ohne Bedeutung; bezüglich ernster Schäden ist das Außerstreitverfahren zu beschreiten). Die Anforderungen bei § 1323 sollten denen entsprechen, die bei einer **Wiederherstellungsklausel** bei einer **Sachversicherung im Privatversicherungsrecht** verlangt werden (dazu 7 Ob 217/10b; 7 Ob 190/11h).

39 Die **Vorschusshöhe** bemisst sich nach den Restitutionskostenzum Zeitpunkt der voraussichtlichen Vornahme (5 Ob 21/09p: Inflationsbedingte Anpassung des Vorschusses bei Deckungskapital für Behebung von Baumängeln während des Prozesses zulässig, dann aber Verzinsung nicht ab Klagseinbringung). Der Geschädigte hat vorzutragen,

welcheSanierungsmaßnahmen mit welchen Kosten durchgeführt werden sollen (3 Ob 191/13d: Sanierung eines Schwimmbiotops). Der **Vorschuss** ist **zweckgebunden** und somit **bei Zweckverfehlung rückforderbar** (2 Ob 82/97s ; 2 Ob 176/14t ; OLG Linz ZVR 1999/99). Bei Erkennbarkeit höherer Kosten ist er aufzustocken (3 Ob 191/13d: Sanierung eines Schwimmbiotops). Bei Feststehen des Unterbleibens der Restitutionsmaßnahme ist er zurückzuzahlen. Der Geschädigte hat eine **Rechenschafts-** und **Rechnungslegungspflicht**, der Ersatzpflichtige ein entsprechendes **Überwachungsrecht** (2 Ob 82/97s ; 3 Ob 191/13d). Für die Durchführung der vorschussbezogenen Maßnahme hat der Geschädigte eine **angemessene Frist. Gerechtfertigte Verzögerungsgründe** auf Geschädigtenseite sind bei einer Kfz-Reparatur weniger vorstellbar als bei einem Heileingriff. Bei einer Wohnung mag eine erforderliche Sanierungsmaßnahme nicht zu jeder Jahreszeit genehm sein. Wird innerhalb angemessener Frist keine widmungsgemäße Verwendung nachgewiesen, kann der Ersatzpflichtige den Vorschuss (mE samt den angefallenen Zinsen) nach Fristsetzung gem § 918 zurückverlangen.

40 Aus der fehlenden Eigenfinanzierungsobliegenheit des Geschädigten folgt die **Ersatzfähigkeit von Finanzierungskosten** (Kreditzinsen, entgangene Veranlagungszinsen: StRspr, zB 1 Ob 315/97y [verst Senat]; 3 Ob 225/98d; 7 Ob 24/99a). Kreditzinsen für einen aufgenommenen Kredit kann der Geschädigte unabhängig von seinen Vermögensverhältnissen verlangen (2 Ob 5/94), weshalb er diese auch nicht offenlegen muss. Solche Aufwendungen gehören zum ursprünglichen Schaden und sind **nicht erst unter den Voraussetzungen des Verzugsschadens ersatzfähig**. Selbst bei Unklarheit der eigenen Ersatzpflicht riskiert der Ersatzpflichtige somit bei Verweigerung eines begehrten Vorschusses ein Anwachsen des Schadens (Folgeschäden oder hohe Finanzierungskosten auf Seite des Geschädigten).

41 Die Ersatzfähigkeit von **Finanzierungskosten** gilt **ausschließlich für Restitutionsmaßnahmen** (Reparatur einer Sache, Anmietung einer Ersatzsache, Heilungskosten sowie die Heranziehung von Ersatzkräften). Sofern sich die jeweiligen Gläubiger des Geschädigten, die dieser

Seite 1701

mit der jeweiligen Restitutionsmaßnahme betraut, auch mit einer **Kostenübernahmeerklärung eines solventen Kfz-Haftpflichtversicherers** begnügen, kann auch das eine taugliche Maßnahme sein. Höhere als die gesetzlichenVerzugszinsen gebühren auch **ohne vorausgehende Aufforderung zur Vorschussgewährung** (1 Ob 315/97y; 7 Ob 24/99a; anders noch ZVR 1976/263; ZVR 1991/33). Selbst wenn man in der unterlassenen Aufforderung einen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit sehen sollte, ist zu bedenken, dass es allein um den Teil der Finanzierungskosten geht, der beim Geschädigten in höherem Ausmaß als beim Schädiger angefallen wäre. Auch Letzterer verwahrt sein Geld nicht im Sparstrumpf, sondern kann typischerweise durch die spätere Zahlung die **Inanspruchnahme seines Kontokorrentkredits** vermeiden. Hat der Ersatzpflichtige auch nach Klagseinbringung keine Leistung erbracht, gilt die Vermutung, dass er auch keinen Vorschuss geleistet hätte (1 Ob 315/97y; 3 Ob 225/98d; 7 Ob 24/99a).

42 Sofern **das ohne Bonusverlust** möglich ist, hat der Geschädigte eine **Kaskoversicherung** heranzuziehen (ZVR 1981/216; OLG Wien ZVR 1994/66). Nach der Rspr gilt das stets, wenn dadurch **Kreditkosten vermieden** werden können (ZVR 1978/45; ZVR 1981/216). Das gilt mE dann nicht, wenn dem Geschädigten ex ante ohne Weiteres erkennbar ist, dass der **Rückstufungsschaden** sehr viel höher ist als die **Finanzierungskosten**. Ungewiss ist freilich, wann der Ersatzpflichtige zahlen wird. Zu bedenken ist außerdem, dass sich der Verlust des Schadensfreiheitsrabatts auf die Folgejahre auswirkt.

43 Der OGH hat in einer älteren Entscheidung (JBl 1987, 723) bei **Beteiligung von ausländischen Fahrzeugen** die **Inanspruchnahme der Kaskoversicherung** auch ohne Zahlungsaufforderung an den gegnerischen Haftpflichtversicherer gebilligt und den daraus resultierenden Verlust des Schadensfreiheitsrabatts als ersatzfähigen Vermögensschaden zuerkannt. Die Begründung war, dass bei Kfz-Schäden, bei denen eine ausländische Kfz-Haftpflichtversicherung (in concreto eine italienische) einstandspflichtig ist, stets mit Scherereien

und zeitlichen Verzögerungen zu rechnen sei. Zu bedenken ist, dass seit Umsetzung der KH-Richtlinien der Geschädigte nunmehr einen inländischen Ansprechpartner hat, sodass fraglich ist, ob die in JBl 1987, 723 eingenommene Position für solche Schadensfälle heute noch gültig ist.

44 Bei der **Regulierung von Kfz-Sachschäden**, einem Hauptanwendungsgebiet des § 1323, ist zwischen **technischem und wirtschaftlichem Totalschaden** zu unterscheiden. Der eher seltene **technische Totalschaden** (Kfz ist plattgedrückt) liegt vor, wenn eine Reparatur technisch nicht möglich ist. Beim **wirtschaftlichen** Totalschaden ist eine Reparatur zwar technisch möglich, jedoch unwirtschaftlich (näher Rz 45 ff). Dies führt dazu, dass der Geschädigte deren Durchführung nicht auf Kosten des Schädigers verlangen kann.

45 Für die Beurteilung, ob ein **wirtschaftlicher Totalschaden** gegeben ist, wärennach betriebswirtschaftlichem Kalkül die Reparaturkosten zuzüglich des merkantilen Minderwerts einerseits und der Wiederbeschaffungswert abzüglich des Restwertes anderseits gegenüberzustellen. Der OGH hingegen vergleicht lediglich **Reparaturkosten** und **Wiederbeschaffungswert** (ZVR 1987/38; ZVR 1987/94). Wenn eine Frage im Grenzbereich zwischen zulässiger Reparaturkostenabrechnung und Verweis auf dieTotalschadensabrechnung zu beurteilen ist, macht der Geschädigte den **merkantilen Minderwert** nicht geltend, mit der Folge, dass ihn auch der OGH nicht in seine Abwägung einbezieht. Für die Beurteilung der **Tunlichkeitsschwelle** ist das im Ausgangspunkt mE unzutr; vielmehrwäre er zu schätzen und in die Vergleichsrechnung aufzunehmen. Der **Wiederbeschaffungswert** ist die zutreffende Vergleichsgröße und nicht der Veräußerungswert; der Geschädigte steht ja vor der Alternative zu kaufen, nicht aber zu verkaufen.

46 Der OGH klammert den **Restwert** aus (ZVR 1978/115; 1 Ob 620/94; 2 Ob 162/06x), ebenso der deutsche BGH, der dies mit der umstrittenen Restwertermittlung und dem Zeitdruck der Klärung begründet, ob der Geschädigte eine Reparatur auf Kosten des Schädigers durchführen könne. Angesichts der jüngsten Problemhäufung (unten Rz 62 f) könnte die BGH-Begründung auch für den OGH eine rationale Begründung darstellen.

47 Bei der Feststellung, dass die Reparaturkosten – samt dem merkantilen Minderwert – den Wiederbeschaffungswert maßvoll übersteigen dürfen, ist **nicht nur der Prozentsatz bedeutsam**, um den das zulässig ist. Bedeutsam ist auch, **welche Größen einander gegenüberge**

Seite 1702

stellt werden. Durch die Ausklammerung des Restwertes wird das Integritätsinteresse des Geschädigten am Behalten seines Fahrzeugs in sehr viel höherem Maße für beachtlich angesehen, als wenn man – bei gleichen Prozentsätzen – den Restwert einbeziehen würde.

48 Es stellt sich die grundsätzliche Frage, weshalb dem Geschädigten die Möglichkeit eingeräumt wird, das **beschädigte Fahrzeug – auf Kosten des Schädigers – reparieren zu lassen**, obwohl dieser **bei Anschaffung eines gleichwertigen Fahrzeugs viel geringer belastet** würde. Die Antwort lautet: Die auf dem **Gebrauchtwagenmarkt befindlichen Fahrzeuge** stellen eine **negative Auslese** dar. Autos werden heute typischerweise verkauft, weil sie Macken haben. Selbst ein **seriöser Gebrauchtwagenhändler** kann bei einer Überprüfung **nicht alle Defizite** entdecken; zudem sind nicht alle Gebrauchtwagenhändler seriös. Die Gefahr, dass der Geschädigte auf dem Gebrauchtwagenmarkt ein Fahrzeug mit Macken erwirbt, ist daher nicht zu vernachlässigen. Obwohl sein Fahrzeug einen Unfallschaden hat, zieht er die Reparatur des eigenen Fahrzeugs der Anschaffung eines Gebrauchtfahrzeugs, dessen Macken er nicht kennt, vor. Das ist – bis zu einer gewissen Schwelle – **durchaus rational**. Das mag auch mehr als die vom OGH gebilligten 10–15 % ausmachen. Aber ein rational handelnder Geschädigter würde eben sämtliche Komponenten, auch den Restwert und den merkantilen Minderwert, in sein Kalkül einbeziehen.

49 Der OGH lehnt **starre Grenzen** für den zulässigen Überhang der Reparaturkosten gegenüber dem Wiederbeschaffungswert ab (ZVR 1977/167; SZ 51/37: Tankwagenanhänger,

Ausgangspunkt Neufahrzeug, Abzug neu für alt; 2 Ob 162/06x: 9,4 % wären noch tolerabel). Jedenfalls bei Kfz-Schädenwäre aus Gründen der **Rechtssicherheit** – für den Geschädigten als auch den Ersatzpflichtigen – ein **bestimmter Prozentsatz wünschenswert**.

50 Vom OGH bisher nicht entschieden ist das Problem des **Prognoserisikos**. Soll der Schädiger auch dann zur Tragung der vollen Reparaturkosten verpflichtet sein, wenn ein Sachverständiger diese unterhalb der Tunlichkeitsschwelle schätzt, nach der Reparatur sich aber das Übersteigen dieser Schwelle herausstellt. Nach Ansicht der Lehre hat der **Schädiger ein solches Prognoserisiko zu tragen**. Dem ist zuzustimmen, wenn – wie in Österreich üblich – der Kfz-Haftpflichtversicherer den Sachverständigen benannt hatte. Bei Betrauung des Sachverständigen durch den Geschädigten soll mE der Schädiger das Prognoserisiko aber nur bis zur äußersten Tunlichkeitsschwelle (115 % des Wiederbeschaffungswertes) tragen. In einem solchen Fall besteht die **Gefahr eines arglistigen Zusammenwirkens zwischen Geschädigtem und Sachverständigen zulasten des Haftpflichtversicherers**, ohne dass dieser nachweisen kann, dass die höheren Kosten dem Sachverständigen ex ante erkennbar waren. Risiko des Geschädigtenwäre es dann, dem von ihm herangezogenen Experten nachzuweisen, dass die Kosten jenseits der Tunlichkeitsschwelle erkennbar waren, was den Geschädigten bei Kenntnis von der Durchführung einer Reparatur abgehalten hätte, weil der Ersatzpflichtige Ersatz nur nach Maßgabe der Totalschadensabrechnung leisten hätte müssen.

51 Lässt der Geschädigte eine **Reparatur** durchführen, auch wenn die **Sachverständigenschätzung** die **Tunlichkeitsschwelle überschreitet**, so kann er entgegen älteren E (ZVR 1971/100, 1975/163: Verweis auf die Totalschadensabrechnung) gleichwohl die tatsächlich angefallenen Reparaturkosten geltend machen, wenn er damit **innerhalb der Tunlichkeitsschwelle** bleibt (ZVR 1987/38) oder dies durch **Zuschuss eigener Mittel** erreicht. Mindestvoraussetzung ist, dass das Fahrzeug nach den Kriterien des § 57a KFG **verkehrssicher** ist.

52 Als **Obergrenze der Reparaturkosten** wird der **Neuwagenpreis** angenommen (ZVR 1975/79; 2 Ob 162/06x: Abrechnung auf Neuwagenbasis bei schwerer Havarie, Obergrenze Neuwagenpreis; ggt ZVR 1978/115: Reparaturkosten über den Neuwagenpreis hinaus). Sachgerechterwäre eine Begrenzung mit der **Differenz zwischen Neuwagenpreis und Wrackwert**, jedenfalls dann, wenn das für den Geschädigten erkennbar ist. Während es in sonstigen Fällen sachgerecht ist, dass sich der Geschädigte für die Reparatur und gegen die Anschaffung eines Gebrauchtwagens entscheiden kann, weil einem solchen eben versteckte Mängel anhaften können, ist diese Gefahr bei Anschaffung eines Neufahrzeugs vernachlässigbar gering, ganz abgesehen davon, dass in einem solchen Fall neben der Gewährleistung gegen den Verkäufer ein Garantieanspruch gegen den Hersteller besteht.

Seite 1703

53 Der bei der Reparaturkostenabrechnung zusätzliche Anspruch des Geschädigten auf den **merkantilen Minderwert** ist bei **ganz geringfügigen Schäden** zu vernachlässigen (ZVR 1977/298; ZVR 1983/280). Zu Berechnungen des merkantilen Minderwertes gibt es kaum OGH-Rspr; in der außergerichtlichenPraxis gab es früher folgende Grenzwertkombination, die schon bei Überschreitung eines Kriteriums eine Zuerkennung merkantilen Minderwerts ausschließt: Alter maximal 4½ Jahre, Erstbesitz, 60.000–70.000 gefahrene km, kein Vorschaden.

54 Das OLG Innsbruck (ZVR 2008/242) hat demgegenüber einen **merkantilen Minderwert trotz Überschreitung mehrerer Ausschlusskriterien** zugebilligt (Unfallfahrzeug 5½ Jahre alt, 2 Voreigentümer, 70.000 gefahrene km, Vorschaden; dazu ZVR 1990/49: Auch erheblicher Vorschaden schließt merkantilen Minderwert nicht aus). Der OGH (2 Ob 200/17a: Oldtimer Mercedes Benz 300 SL, Coupé Baujahr 1956) hat selbst bei drei Vorschäden einen merkantilen Minderwert (in concreto € 60.000 bei einem Reparaturschaden von € 20.573) für möglich angesehen. In Deutschland gibt es weniger strenge Ausschlusskriterien: Alter 12–15 Jahre, Fahrleistung 150.000 km. Es ist wenig plausibel, dass das Käuferverhalten in Bezug auf

die Skepsis von Reparaturen bei Unfallfahrzeugen und dem daraus resultierenden Preisabschlag bei einem Ankauf in Deutschland und Österreich völlig unterschiedlich ist. Der heute zu beobachtenden längeren Haltbarkeit von Fahrzeugen ist in der Weise Rechnung zu tragen, dass **auch bei älteren Fahrzeugen** ein **merkantiler Minderwert** zuzubilligen ist.

55 Da der Geschädigte berechtigt ist, das Unfallfahrzeug auf Kosten des Schädigers in der Werkstätte seines Vertrauens reparieren zu lassen (ZVR 1974/217), kann er auch den **Ersatz der Überstellungskosten** verlangen, wenn diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Reparaturkosten stehen (ZVR 1982/160; 6 Ob 176/16z: Mangelfolgeschaden an Kleintransporter nach unsachgemäßer Reparatur; Pflicht des Schädigers, sich um das Abschleppen des Fahrzeugs von Berlin in die Werkstätte zu kümmern oder dessen Wahlrecht, für eine Reparatur in Berlin zu sorgen oder die dafür erforderlichen Kosten zu übernehmen).

56 Bei der **Reparatur in der eigenen Werkstätte** schwankenOGH und Lehre zwischen dem Ersatz des **tatsächlichen Aufwands** und eines **zusätzlichen Gewinnes**. Letzterer soll bloß einem **gewerblichen Unternehmer** gebühren (SZ 51/7; 2 Ob 128/89), uzw unter der lebensfremden Annahme, dass dieser stets voll ausgelastet sei (ZVR 1976/230; SZ 51/7). Zur Begründung werden zusätzlich Bereicherungsrecht und Geschäftsführung ohne Auftrag bemüht (SZ 63/46), obwohl das Schadenersatzrecht ausreicht, sofern man nicht den Nachweis zusätzlicher Ausgaben verlangt, sondern auf den **messbaren Wertverzehr** abstellt. Auch die USt ist nur bei tatsächlichem Anfall ersatzfähig (SZ 63/46). Wozu man sich bei den **Betriebsreservekosten** (unten Rz 75 ff) durchgerungen hat, muss für die **Eigenreparatur** entsprechend gelten.

57 Der Streit über die **Ersatzfähigkeit eines Gewinnes** (SZ 40/144: Bejaht bei ÖBB; SZ 51/7: Verneint bei der Bundesstraßenverwaltung: ZVR 1984/235: Bejaht bei Mietwagenunternehmen, das eigenes Fahrzeug einsetzt) wird durch Anerkennung der Ersatzfähigkeit einer **üblichen Eigenkapitalverzinsung** sowie des **Unternehmerlohns** weitgehend entschärft. Die Bezugnahme auf das Bereicherungsrecht und die GoA führt zu der im dortigen Kontext wenig sachgerechten Differenzierung, dass **im Rahmen des Berufes erbrachte Arbeitsleistungen ersatzfähig** sind, dieselbe Tätigkeit aber außerhalb eines konkreten Berufes als nicht ersatzfähig angesehen oder nur mit einem Bagatellbetrag abzugeltende ideelle Einbuße qualifiziert wird.

58 Den Geschädigten trifft grds **keine Obliegenheit, die beschädigte Sache selbst zu reparieren** (anders JBl 1988, 319: Nur dann, wenn sich der Schädiger seiner Pflicht zur Leistung des Naturalersatzes entzieht oder wegen der Kompliziertheit des Schadensbehebungsvorgangs dazu nicht in der Lage ist). Die bei ihm angefallenen Kosten stehen ihm bis zur **Obergrenze einer fachgerechten Professionistenreparatur** zu. Ein Abschlag ist vorzunehmen, wenn die Reparatur qualitativ und/oder quantitativ hinter den Vorgaben des Sachverständigen zurückbleibt. Ist die Behebung des Schadens **nur durch den Geschädigten selbst** möglich, kann der den Stundenlohn einer **entsprechend qualifizierten Ersatzkraft** für seine Mühewaltung „in der Freizeit" verlangen (1 Ob 37/12s: Versehentliche Löschung von Daten auf der Festplatte eines Bausachverständigen, Rekonstruktion durch ihn selbst; 8 Ob 106/15v: Versehent

Seite 1704

liche Entsorgung einer externen Festplatte; insoweit ging es um eine **Diplomarbeit** ; zu bedenken ist, dass eine solche **höchstpersönlich** zu erbringen ist, was eine rechtmäßige Auslagerung unmöglich macht, mE am vorgenommenen Wertansatz aber nichts ändern kann; die vom Senat vorgenommene Aufspaltung in wissenschaftliche Arbeiten und reine Schreibarbeiten orientiert sich am Arbeitsstil eines [Höchst-]Richters, der seine Urteile verfasst, abdiktiert und durch die Schreibstube tippen lässt; bei den allermeisten Menschen erfolgt wissenschaftliches Arbeiten und Tippen heutzutage zumeist in **einem** Arbeitsgang). Eigener Personalaufwand zur Schadensbehebung ist ersatzfähig (9 Ob 83/15v), mag das Personal auch nicht für die Schadensbehebung eingestellt worden sein; insoweit besteht eine **Strukturparallele zu den Betriebsreservekosten** (unten Rz 75 ff).

59 Der **Anspruch auf Zahlung der Reparaturkosten** kann wie jeder andere schuldrechtliche Anspruch in dem Umfang **abgetreten** werden, in dem er besteht. Der debitor cessus darf nach der Abtretung nicht stärker belastet werden. Darüber hinaus müssen die schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sein,insb die **Durchführung der Reparatur**. Eine solche Abtretung ist deshalb nicht selbstverständlich, weil die gegenüber der Wertminderung höheren Reparaturkosten nur wegen des besonderen Restitutionsinteresses des Geschädigten am Erhalt seines Fahrzeugs gebühren. Veräußert er das Fahrzeug, bekundet er freilich, dass ihm daran nicht gelegen ist.

60 Der OGH bejahte in der E SZ 51/163 die **Reparaturkostenforderung des Zessionars gegenüber dem Schädiger** ungeachtet des Umstands, dass der Zessionar das Gebäude in der Folge abriss. Kann der Zedent keine fiktiven Reparaturkosten verlangen, stehen sie auch dem Zessionar nicht zu. Wenn der Zedent Verbraucher und der Zessionar Unternehmer ist, kann der Zessionar keine **USt** verlangen, weil diese bei ihm nicht anfällt. Im umgekehrten Fall kann der Zessionar die USt nicht verlangen, weil es durch die Abtretung zu keiner Ausweitung des Schadenersatzanspruchs kommen darf.

61 Bei einer **Totalschadensabrechnung** ist die Differenz zwischen dem Wiederbeschaffungswert (auch Zeitwert genannt: ZVR 1976/15) und dem Restwert zu ersetzen (ZVR 1984/344). Der **Wiederbeschaffungswert** ist der Kaufpreis bei einem **seriösen Gebrauchtwagenhändler nach Inspektion und mit Werkstattgarantie**. Bei Entfall einer Restitution sollte man freilich den geringeren Veräußerungswert zugrunde legen, weil der Geschädigte den im Fahrzeug verkörperten Vermögenswert auch ohne das schädigende Ereignis nur zum Veräußerungswert zu Geld machen hätte können.

62 Bei der **Ermittlung des Restwerts des Wracks** sind folgende gegenläufigen Interessen zu beachten: Das **Autohaus** oder die **Werkstätte** des Geschädigten sind daran interessiert, dass das Wrack zu einem möglichst geringen Preis an sie verhökert wird. Der **Haftpflichtversicherer** ist an einem möglichst hohen Wert interessiert, weil seine Ersatzpflicht umso geringer ist, je höher der Erlös für das Wrack ist. Für den **Geschädigten** ist die Höhe des Wrackwertes so lange ohne Bedeutung, als sein gesamter Schaden ersetzt wird. Sobald er wegen eines **Mitverschuldens** einen Teil des Schadens selbst zu tragen hat, ist auch der Geschädigte an einem möglichst hohen Restwert interessiert, weil dann der von ihm selbst zu tragende Schaden umso kleiner ist, je höher der Restwert ist. Die Problematik hat sich seit der **Öffnung der Ostmärkte 1989**, der Verbilligung des Transports solcher Wracks aufgrund verbesserter Logistik und trotz steigender Spritpreise, vor allem aber wegen des Einsatzes von **internetbasierten Wrackbörsen**, grundlegend verändert.

63 Fraglich ist, ob die **Wrackwertermittlung** nach dem **höchsten Gebot einer Internetwrackbörse** oder nach dem **Durchschnittswert am lokalen Markt (** OLG Innsbruck ZVR 2008/126; LGZ Wien ZVR 2008/243) erfolgen soll. Es geht um **Spannen bis zu 300 %.** Der OGH (2 Ob 18/13f: Verkauf eines Audi A4 an den [geschiedenen] Ehemann für € 8.863; bei Verkauf an eine sonstige Privatperson Erlös jedoch € 14.760) hat klargestellt, dass der – unkundige – Geschädigte weder an eine Privatperson verkaufen muss, die ihm mehr bietet als eine Werkstätte oder ein Autohaus, noch Marktforschung betreiben muss, um den Bestbieter herauszufinden. Da es bloß um das **Wertinteresse** geht, ist mE der mithilfe der Internetbörse ermittelte Wert maßgeblich, vorausgesetzt, der Geschädigte wird **vor seiner Disposition aus**

Seite 1705

reichend aufgeklärt und ihm werden alle zusätzlichen Mühen und Risiken bei Veräußerung an den Bestbieter aus der Wrackbörse gegenüber der Inzahlunggabe an den örtlichen Händler abgenommen. Der gegnerische (Kfz-)Haftpflichtversicherer muss dem Geschädigten „quasi auf dem **Silbertablett** " ein annahmefähiges, mit einer umfassenden Aufklärung verbundenes Angebot liefern, das dieser durch ein einziges Telefonat nur noch annehmen muss (so auch 2 Ob 18/13f). An diesen zu Recht strengen Anforderungen scheitert der Kfz-Haftpflichtversicherer häufig (LG Leoben Zak 2011/140: Kein Hinweis auf inkludierte USt und unentgeltliche Abholung;

OLG Innsbruck ZVR 2011/183: Keine Beifügung des Gutachtens des Kfz-Sachverständigen, nach dessen infolge Mahnung des Geschädigten erfolgten Zugang Ablauf der Bindungsfrist der Restwertangebote; OLG Wien 11 R 118/11w: Fehlender Hinweis auf Zusage der Barzahlung bei Abholung und Gewährleistungsausschluss). Enthält das vom **Sachverständigen des Geschädigten** ermittelte Gutachten einen höheren Wrackwert als das **Angebot des gegnerischen Kfz-Haftpflichtversicherers**, verstößt der Geschädigte gegen die **Schadensminderungsobliegenheit**, wenn er sich nicht – in einem einzigen Telefonat – nach dem Anbieter erkundigt, sondern das Wrack zu dem vom eigenen Sachverständigen benannten geringeren Betrag an eine ihm nahestehende Person veräußert (OLG Innsbruck ZVR 2010/179 sowie ZVR 2012/9: Veräußerung eines Betonmischers an den eigenen Geschäftsführer für € 5.340 bei einem vom eigenen Sachverständigen geschätzten Wert von € 18.000). S dazu auch § 1332 Rz 3a.

64 Zu betonen ist, dass die Entscheidung des Geschädigtenfür oder gegen die **Reparatur des Fahrzeugs nicht von der Höhe des Wrackwerts** abhängt, weil die Bezugsgröße lediglich der Wiederbeschaffungswert, nicht aber die Differenz zwischen Wiederbeschaffungswert und Restwert ist. Der OGH hat auch in E 2 Ob 249/08v (Kfz-Totalschaden eines Franzosen) lediglich ausgesprochen, dass es darauf ankomme, ob für die Kaskoversicherung erkennbar war, dass bei Veräußerung des Wracks in Österreich oder Frankreich ein signifikant unterschiedlicher Erlös erzielt werden könne. Ob der Geschädigte bzw der Kaskoversicherer vor der Verwertung des Wracks **mit dem Haftpflichtversicherer Kontakt aufnehmen** muss, um diesem Gelegenheit zu geben, mitzubieten, wofür namentlich bei einem Kaskoversicherer gute Gründe bestehen, hat er sich nicht geäußert.

65 Bei **Beschädigung eines neuen Fahrzeugs** bevorzugt der Geschädigte die Anschaffung eines Neufahrzeugs gegenüber der Reparatur. Das Besondere der **Neuwagenabrechnung** besteht darin, dass der Geschädigte berechtigt ist, auf Kosten des Schädigers ein Neufahrzeug zu beschaffen. Es handelt sich bei der Neuwagenabrechnung nicht um eine Ausprägung der Totalschadensabrechnung, sondern ein **besonders qualifiziertes Integritätsinteresse** (2 Ob 162/06x: Abrechnung auf Neuwagenbasis bei schwerer Havarie), mit der Folge, dass nur dann auf dieser Basis abgerechnet werden kann, wenn der Geschädigte ein Neufahrzeug auch anschafft. Eine solche Abrechnung ist nach dem OGH auf Fahrzeuge bis zu einem Alter von ca **1 Monat** und **1000 gefahrenen km** mit schwerer Havarie beschränkt (2 Ob 162/06x); eine solche istinsb anzunehmen, wenn für die Sicherheit maßgebliche Teile betroffen sind. Bei Feststellung des Neuwertes ist nicht auf den Listenpreis, sondern den **vom Geschädigten zumutbarerweise erzielbaren Preis** abzustellen.

66 Bei Beschädigung eines **Leasingfahrzeuges** beurteilt sich die Aktivlegitimation für den Ersatzanspruch nach den vertraglichen Beziehungen der Leasingparteien. Beim Totalschaden kann der **Leasinggeber** den Wiederbeschaffungswert – abzüglich des Restwertes – ungeachtet des Umstands verlangen, dass der Leasingnehmer die Raten in vollem Umfang weiter zu entrichten hat (2 Ob 2419/96s: Unter Hinweis auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung). Ist der **Leasingnehmer** nach dem Leasingvertrag zur Reparatur verpflichtet, liegt eine Schadensverlagerung vor, mit der Folge, dass ihm die Reparaturkosten vom Schädiger zu ersetzen sind (2 Ob 33/95). Hat der Leasingnehmer alle Risiken zu tragen und ist er auch zur Wiederherstellung verpflichtet, steht ihm auch dann, wenn er nach § 12 UStG das Recht zum Vorsteuerabzug hat, nach Art XII Z 3 EGUStG zunächst der Ersatzbetrag inklusive USt zu (1 Ob 60/09v) – dazu unten Rz 84.

Seite 1706

67 Nach LGZ Wien ZVR 1995/116 hat der **Leasingnehmer** keine Aktivlegitimation zur **Geltendmachung des merkantilen Minderwerts**, weil das die Einbuße bei Veräußerung des vermeintlich reparierten Fahrzeugs sei und dazu nur der Eigentümer berechtigt sei. Muss der Leasingnehmer ungeachtet der infolge der Drittschädigung mit Risiken behafteten Nutzungsmöglichkeit die vollen Leasingraten bezahlen, ohne im Verhältnis zum Leasinggeber

Abhilfe verlangen zu können, wirkt sich diese Vermögenseinbuße aber bei ihm aus, sodass die besseren Gründe dafür sprechen, die **Aktivlegitimation** dem **Leasingnehmer** zuzuweisen.

68 Bei Beschädigung oder Zerstörung eines Fahrzeuges kann der Geschädigte neben dem Substanzschaden (Reparatur oder Ersatzbeschaffung) auch den **Nutzungsausfallsschaden** geltend machen. Auch dabei ist zwischen Restitution und Kompensation zu unterscheiden. Der Ersatz von **Mietwagenkosten** folgt aus dem **Prinzip der Naturalrestitution** (ZVR 1975/219), genauer dem der **Herstellung einer Ersatzlage** (ZVR 1977/78; ZVR 1977/297). In der Praxis spielt dieser Schadensposten eine durchaus untergeordnete Bedeutung, weil sich die allermeisten Geschädigten für die **Tarifvariante A** im Rahmen des **Spalttarifs** entschieden haben. Für das Äquivalent einer geringeren Prämie erfolgt ein Verzicht auf den Nutzungsausfallsschaden (zur bejahten Zulässigkeit einer solchen Gestaltung SZ 48/22). Praktisch bedeutsam ist die Frage des Nutzungsausfallsschadens somit bei solchen Geschädigten, die sich für die **Tarifvariante B** entschieden haben, namentlich bei **Transportunternehmen**, sowie bei Schadenersatzansprüchen von und gegen **Ausländer**, nämlich Personen mit Wohnsitz im Ausland, die keine Kfz-Haftpflichtversicherung mit einem österreichischen Versicherer abgeschlossen haben.

69 Die **Mietwagenkosten** gebühren vom Unfallzeitpunkt bis zum Abschluss der Restitution. Der Geschädigte darf ein **Gutachten** einholen. Nach dessen Vorliegen steht ihm eine **angemessene Überlegungsfrist** zu, welche Disposition er trifft (ZVR 1977/297; ZVR 1980/153: Maßgeblich Zeitpunkt, zu dem Reparatur bei rechtzeitiger Veranlassung beendet worden wäre; 2 Ob 148/12x: Behalten des Mietfahrzeugs auf Dauer, auch wenn keine exakte Gleichwertigkeit mit dem Unfallfahrzeug). An diese schließt sich jedenfalls eine **angemessene Reparaturdauer** (ZVR 1984/281) bzw der **Zeitraum für die Beschaffung eines Ersatzfahrzeugs** (ZVR 1978/77) an. Mietwagenkosten für eine unvorhergesehen lange Reparaturdauer sind nur bei zumutbaren Beschleunigungsbemühungen des Geschädigten ersatzfähig. Bei sehr langer Reparaturdauer kann eine Zwischennutzung des provisorisch instandgesetzten Fahrzeuges zumutbar sein (ZVR 1980/153; ZVR 1983/275). Im Regelfall muss der Geschädigte kein **Interimsfahrzeug** anschaffen (einschränkend OLG Innsbruck ZVR 1989/161: Ex ante erkennbare sehr lange Reparaturdauer).

70 Entscheidet sich der Geschädigte für eine andere Restitutionsform als die, die ihm zumutbar ist, bzw für eine solche jenseits der Tunlichkeitsschwelle, gilt für die **Dauer der Mietwagenkosten die zumutbare Restitutionsart** (ZVR 1977/297; OLG Innsbruck ZVR 1989/161: Trotz Zumutbarkeit der Reparatur Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs; maßgeblich Reparaturdauer). Insb wenn Teile betroffen sind, die für die Sicherheit bedeutsam sind, wird man den Geschädigten wegen seines Sicherheitsrisikos nicht aufgrund bloßer Zahlenrelationen auf eine bestimmte Schadensbeseitigungsart festlegen können (so auch 2 Ob 162/06x: Neuwagenabrechnung; 2 Ob 158/07k: Anschaffung eines Gebrauchtwagens anstelle einer Reparatur, auch wenn dadurch höhere Belastung des Schädigers).

71 Um einer **Ausuferung der Mietwagenkosten** zu begegnen, verlangt der OGH das **berechtigte Interesse** eines vernünftig denkenden Menschen (ZVR 1980/153): Vermieden werden sollen besonders hohe km-Leistungen mit dem Mietfahrzeug (ZVR 1979/304) bzw unverhältnismäßig hohe Mietkosten (ZVR 1983/275). Die Anmietung eines Luxusersatzfahrzeuges soll nur bei besonderem Repräsentationsbedarf (ZVR 1975/98; aA OLG Wien ZVR 1993/163: In Österreich beschädigter Mercedes eines Deutschen) zulässig sein, sonst grds nur die Anmietung eines Mittelklassemietwagens (ZVR 1971/156). Beiverhältnismäßig seltener Autobenutzung gebühren nur Taxikosten (ZVR 1974/68). Auch darf kein Missverhältnis zwischen den Mietwagenkosten und dem dadurch vermiedenen geringeren Verdienstentgang bestehen (ZVR 1979/304; großzügiger ZVR 1977/78: Nur bei **vielfachem Kostenaufwand** Verweis auf ein Taxi;

Seite 1707

OLG Wien ZVR 1995/8: Taxiunternehmen, Mietwagen für beschädigtes Auto). Bei Verfügbarkeit mehrerer Luxuslimousinen ist die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs unstatthaft (ZVR 1991/92).

72 In der L ist diese **engherzige Haltung des OGH zu Recht kritisiert** worden. Im Schadenersatzrecht geht es nämlich nicht um die Abwendung einer besonderen **Notlage**, sondern um Ausgleich und Wiederherstellung des vorherigen realen Zustands. Beim ansonsten eintretenden Verdienstentgang ist mitunter eine **langfristige Perspektive** bedeutsam, etwa der **Verlust von Stammkunden**. Wer auf ein eigenes Zweitfahrzeug zurückgreift, geht nach hM – zu Unrecht – leer aus. Würdeman in einem solchen Fall wie bei den **Betriebsreservekosten** eine angemessene Abgeltung zubilligen, würde man den Anreiz zur Anmietung eines Fahrzeugs am Markt deutlich reduzieren. Zudem ist da wie dort der **eingetretene Wertverzehr** abzugelten.

73 Die von der Praxis regelmäßig abgezogene **Eigenersparnis des Geschädigten** von **10 bis 15 %** (ZVR 1985/131) ist **viel zu hoch**. Was sich der Geschädigte bei seinem – reparierten oder als Ersatz beschafften – Fahrzeug erspart, das ist lediglich die **verschleißabhängige Abnutzung**. Die **altersabhängige** schreitet nämlich in gleicher Weise voran. Dass sich die Ersparnis durch Anmietung eines weniger komfortablen Fahrzeugs nicht vermindert, ist dogmatisch zutreffend; das unberücksichtigt zu lassen, ist aber unbillig. Angemessenwäre eine Verrechnung der Eigenersparnis des Geschädigten mit der Ersparnis des Ersatzpflichtigen bei Anmietung eines weniger komfortablen Fahrzeugs, worauf **jeder redliche Ersatzpflichtige ex ante** eingehen würde.

74 Dem **Leasingnehmer** stehen nicht nur die frustrierte Kfz-Steuer und Versicherungskosten (OLG Wien ZVR 1993/38) zu, sondern auch ein **Ersatz von Mietwagenkosten** (2 Ob 17/92; 2 Ob 533/92). Entsprechendes muss für den **Mieter** gelten.

75 Vornehmlich bei **Verkehrs- und Transportunternehmen** stellt sich das Problem der Ersatzfähigkeit von **Betriebsreservekosten**. Um einenregelmäßigen Fahrplan bzw die pünktliche Belieferung der Kunden sicherzustellen, muss ein solches Unternehmen Reservefahrzeuge halten. Wird ein im Einsatz befindliches Fahrzeug beschädigt, wird auf das Reservefahrzeug zurückgegriffen. Es geht dann um die Frage, ob und in welchem Umfang die Kosten des Reservefahrzeugparks ersatzfähig sind. Die Rspr bemüht Hilfskonstruktionen wie die **Geschäftsführung ohne Auftrag gem §§ 1036 f** (stRspr, zB SZ 60/65; 2 Ob 10/95; 2 Ob 54/95; 2 Ob 272/01s; 2 Ob 166/16z) oder die Analogie zu **§§ 1097** oder **1042**.

76 Von der Rspr zu Recht abgelehnt wurden **Korrekturvorschläge** der Lehre, wonach Betriebsreservekosten nur gebühren, wenn ein **zusätzliches** Fahrzeug wegen fremd verschuldeter Unfälle angeschafft werden musste (2 Ob 10/95; bestätigt in 2 Ob 166/16z) oder der Gewinn oder auch nur der Umsatz des Geschädigten ohne Einsatz des Reservefahrzeugs bzw der Betriebsreservekosten geringerwäre (SZ 60/65: Darauf kommt es nicht an).

77 Bei den Betriebsreservekosten geht es nicht darum, zur Bewältigung der Probleme von Verkehrs- und Transportunternehmen aus Billigkeitsgründen (ZVR 1988/125; SZ 60/65) eine zusätzliche dogmatische Figur zu entwickeln. Vielmehr handelt es sich um den Anwendungsfall einer durchaus häufigen Fallgruppe, nämlich der, dass der **Geschädigte zur Schadensbeseitigung auf ein ansonsten brachliegendes Nutzungspotential zurückgreift und dieses für Zwecke der Schadensbeseitigung einsetzt** ; der dabei **betriebswirtschaftlich ausreichend präzise messbare Wertverzehr** stellt den ersatzfähigen Vermögensschaden dar.

78 Ersatzfähig sind folglich **sämtliche fixen Kosten** der Fahrzeuge (für Abschreibung, Unterbringung und Wartung, Finanzierungskosten und Versicherungsprämien: SZ 60/65); dass sich diese nicht auf bestimmte Reservefahrzeuge beziehen, weil ein **Rotationsverfahren** besteht, spielt keine Rolle (zutr SZ 60/65; ZVR 1988/125; 2 Ob 10/95). Bei Verkehrs- und Transportunternehmen bleibt als Besonderheit die Berücksichtigung des **Unterauslastungszuschlags**, weil die für alle möglichen Eventualfälle gebildete Betriebsreserve naturgemäß nicht ständig im Einsatz steht; es werden **Tagessätze** gebildet, bei denen ein bestimmter **Leerstand berücksichtigt** wird (zum Berechnungsmodus: SZ 60/65; ZVR 1988/125; 2 Ob 10/95).

79 Der OGH sieht die **Obergrenze** ersatzfähiger **Betriebsreservekosten** in den Kosten eines **Mietfahrzeugs** (2 Ob 272/01s; 2 Ob 166/16z). Im Regelfall wird das keine Rolle spielen, weil **Fahrzeuge von Transport- und Verkehrsbetrieben häufig so spezialisiert** sind, dass **keine zeitnahe Substitution auf dem Markt** in Betracht kommen wird. Der OGH hat ausgesprochen, dass Eisenbahnschienen, die ohnehin dauernd für den Verkehr zur Verfügung stehen, nicht der Reservehaltung dienen (ZVR 1988/126). Ob das beschädigte oder das eingeschobene Fahrzeug darüber rollt, macht – nach Ansicht des OGH – keinen Unterschied.

80 Mit den Betriebsreservekosten verwandt sind die **Betriebserschwerniskosten** (2 Ob 2006/96f: ÖBB).Im konkreten Sachverhalt ging es darum, dass nach Beschädigung eines Schrankenbaumes die Züge langsamer fahren mussten, was Personalmehraufwand erforderte und sich entschädigungspflichtige Nachteile bei den Kunden wegen der Verspätung der Züge ergaben.

81 All diese Aspekte (Rz 75 ff), bisher auf Transport- und Verkehrsunternehmen beschränkt, müssen **auch bei geschädigten Verbrauchern** gelten. Es ist widersprüchlich, einem Verbraucher, der über ein **Zweitfahrzeug** verfügt oder auf das eines **Familienangehörigen** zurückgreifen könnte, bei Anmietung eines Ersatzfahrzeugs einen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit vorzuwerfen, ihm aber die Inanspruchnahme des Zweitfahrzeugs entschädigungslos abzuverlangen.

82 Nicht überzeugen kann diestRspr des OGH, die den **Ersatz von „bloßen Gebrauchsnachteilen"** ablehnt, weil es sich dabei um einen ideellen Schaden handle und ein Schmerzengeld für solche Unbill nicht vorgesehen sei (zB SZ 42/33, 48/22, 59/65; zuletzt 1 Ob 331/98b). Vermietet der Eigentümer eine Sache, kann er bei Beschädigung den wegen § 1096 Abs 1 S 2 entgehenden Mietzins verlangen. Entsprechendes gilt bei Leasingfahrzeugen. Muss der Leasingnehmer die Leasingraten weiterentrichten, ist ein ersatzfähiger verlagerter Schaden gegeben (2 Ob 17/92). Warum es bei „Vermietung bzw Verleasung an sich selbst" an jeglicher Vermögenseinbuße fehlen soll, ist nicht einzusehen.

83 Bei **Liegenschafts- und Gebäudeschäden** nimmt die Rspr zu Recht eine **hinausgeschobene Tunlichkeitsschwelle** an (stRspr, zB 7 Ob 103/98t; 9 Ob 303/99w; 1 Ob 15/02s; 5 Ob 23/17v: Grenze aber überschritten, wenn bei Hangrutschung Kosten bei 3-fachem des Liegenschaftswertes liegen). Maßgeblich ist mE der Umstand, dass selbst die Schaffung einer Ersatzlage durch Anschaffung eines Ersatzgrundstücks mit einem darauf befindlichen Gebäude idR schwierig ist (5 Ob 23/17v: Abgelehnt, wenn nach Hangrutschung bei Sanierung auch Eingriff in Grundstücke Dritter erforderlich wäre). Noch mehr als zu Haustieren hat der Geschädigte zu seinem Wohnsitz eine – schützenswerte – **emotionale Bindung**.

84 Gem Art 12 Z 3 EGUStG soll der Schadenersatzprozess nicht durch die **Frage der Vorsteuerabzugsberechtigung des Geschädigten** verzögert werden (SZ 53/154: Fahrzeug eines Taxiunternehmers; 7 Ob 147/00v: Wasserschadensversicherung; 7 Ob 301/01t: Lieferung eines Tischkühlers aus Deutschland; 4 Ob 193/10a: Mangelfolgeschaden eines nicht buchführungspflichtigen Landwirts nach § 22 UStG; 6 Ob 67/12i: Hinweis, dass das auch bei Anspruch aus Bereicherung und auf Prozesskostenersatz gilt; bei Deckungskapital bei Unterlassung unverzüglicher Durchführung Rückforderungsanspruch gem Art XII Z 3 EGUStG; 1 Ob 60/09v: Verweigerung der Zahlung der USt, bei Stattgebung des Begehrens kein Amtshaftungsanspruch des Ersatzpflichtigen wegen einer unvertretbaren Rechtsansicht) und deshalb auf alle Fälle dem Geschädigten **Ersatz** für die **volle USt** zustehen; stellt sich nachträglich die Vorsteuerabzugsberechtigung des Geschädigten heraus, steht diesem als Ersatzpflichtigem ein Rückforderungsanspruch gem Art XII Z 3 EGUStG zu (RdW 1985, 273: Rückerstattungsanspruch ist ein zivilrechtlicher Bereicherungsanspruch), ohne Rücksicht darauf, ob dem Geschädigten die Vorsteuer tatsächlich erstattet worden war; es genügt, dass er sie bei gebotener Durchführungder Restitution und entsprechender Geltendmachung gegenüber dem

Finanzamt bekommen hätte (SZ 53/154; SZ 63/46; 7 Ob 301/01t). Der **Geschädigte** wird mit den **Kosten des Zweitprozesses belastet**, wenn er die USt nicht freiwillig zurückzahlt, weil er sie „eigentlich" nicht verlangen hätte dürfen (SZ 50/8; SZ 63/46: Zulassung der compensando-Einwendung im gleichen Prozess nach Zahlung der USt an den vorsteuerabzugsberechtigten Geschädigten). Der Geschädigte ist zur Auskunft über seine Berechtigung zum Vorsteuerabzug ver

Seite 1709

pflichtet (ÖJZ 1976/22; RZ 1976, 15). Ist der Geschädigte der **Bund**, steht ihm die USt in vollem Umfang zu, weil er **nicht vorsteuerabzugsberechtigt** ist. Dass dem Bund als Fiskus die Einnahmen aus der USt zufließen, ist ohne Bedeutung (2 Ob 152/01v).Führt der Schädiger die Naturalrestitution durch, stellt sich dieses Problem nicht, weil zwischen Geschädigtem und Schädiger kein der USt unterliegender Leistungsaustausch erfolgt (SZ 54/174; SZ 63/46). Wenn der Geschädigte eine Eigenreparatur durchführt, macht der OGH jedenfalls nach durchgeführter Reparatur – offenbar entgegen Art 12 Z 3 S 1 EGUStG – den Ersatz der USt vom Nachweis ihres Anfalls abhängig (SZ 63/46).

85 Wegen der zahlreichen ungelösten Folgeprobleme (zB bei Insolvenz des Geschädigten nach Erhalt der Umsatzsteuer) sollte **Art 12 Z 3 EGUStG so restriktiv wie möglich** ausgelegt werden. Der OGH (2 Ob 148/12x) verneint wegen der Verweisung auf § 12 UStG eine analoge Anwendung des Art 12 Z 3 EGUStG bei einem Auslandsbezug mit Deutschland. Einerseits sind aber die **Umsatzsteuerprobleme bei Auslandssachverhalten** gewiss noch **komplizierter** als bei rein innerstaatlichen Fällen; andererseits sollte das **Reverse-Charge-Verfahren** dazu führen, dass sich jedenfalls im EU-Binnenmarkt USt-Probleme bei Auslandsumsätzen im Regelfall nicht stellen (sollten).

86 Den **ÖBB** sprach der OGH den Ersatz eines 12%igen Verwaltungskostenzuschlags für die **Schadensbearbeitungskosten** zu (SZ 40/144: Zeitaufwand für Sachverhaltsermittlung, Anspruchsverfolgung sowie die Auswahl und Überwachung derSchadensbeseitigung bzw im Zusammenhang damit stehende Umdispositionen), während solche Kosten **Privaten** oder Vertretern mit schlechtem Leumund wie **Unfallhelfern** (ZVR 1989/86) versagt werden. Der Grund könnte darin liegen, dass Großunternehmen darauf verweisen, dass bei ihnen wegen der Komplexität der Betriebsstruktur nur eine Pauschalierung infrage komme, was die Gerichte akzeptieren, ohne eine Darlegung der einzelnen Aufwendungen zu verlangen. Bei natürlichen Personen wird demgegenüber ein substanziiertes Begehren verlangt. Sollte das zutreffen,wäre das nicht überzeugend.

87 In der Lehre wird die Haltung des OGH zum Ersatz der **Schadensbearbeitungskosten** (Bejahung des Ersatzes des Mehraufwandes für Zeit und Geld im Zusammenhang mit der Schadensbehebung) als zu weitgehend kritisiert. Bei **Privatpersonen** wird das in den Bereich des nicht ersatzfähigen immateriellen Schadens verwiesen und damit eine – bloß homöopathische – Abgeltung des Freizeitopfers befürwortet. Viele Geschädigte scheuen sich offenbar, solche Schadensposten zu erheben, was das **Fehlen jüngerer OGH-Judikatur** erklärt. ME sprechen **gute Gründe für eine generelle Ersatzfähigkeit**, also eine solche zugunsten von Unternehmern und Privaten. Der Verweis auf einen ansonsten entstehenden Verdienstentgang in der unternehmerischen Sphäre ist bei Anlegung des üblichen Beweismaßes eine Schimäre. Was die Privatperson betrifft, so ist keinesfalls jegliche Tätigkeit, die diese außerhalb der unmittelbaren beruflichen Erwerbstätigkeit ausübt, bloße Freizeitgestaltung. Einmal mehr kann der Zuspruch unter Bezugnahme auf die **Aktivierung eines beim Geschädigten ansonsten brachliegenden Nutzungspotentials** als tauglicher Begründungsansatz herangezogen werden (in diesem Sinn 1 Ob 37/12s: Arbeiten in der Freizeit zur Wiederherstellung der Festplatte des eigenen Computers).

88 Zur **Beweisbarkeit des Tatsachensubstrats** so manchen Ersatzanspruchs muss der Geschädigte den Schädiger **überwachen** (lassen). Außerdem gibt es Dauerschuldverhältnisse (Ehe, Arbeitsvertrag, Gesellschaft), bei denen ein Vertragspartner nach Vorliegen von Verdachtsmomenten ein legitimes Interesse daran hat, ob das **Verhalten des anderen Vertragspartners treuwidrig** ist. Insoweit handelt es sich bei den **Überwachungskosten**,

meist solchen für einen **Detektiv,** um **Schadenersatzansprüche** und nicht um vorprozessuale Kosten (6 Ob 315/00t; 4 Ob 166/02v): Daher gebührt Ersatz der Detektivkosten für die Überwachung eines treuwidrigen Arbeitnehmers (ÖJZ 1981/121; SZ 52/138: Arbeitgeber und Ehemann) sowie eines treuwidrigen Ehepartners. Der Ehestörer haftet solidarisch mit dem treuwidrigen Ehegatten (6 Ob 315/00t; 7 Ob 44/99d; 4 Ob 166/02v), allerdings nur dann, wenn ihm der Ehebruch erkennbar ist. Bei Verschleierungsgefahr ist besonders intensive Überwachung angemessen (ÖJZ 1978/26), ebenso bei Leugnen des Betroffenen (7 Ob 382/98x; 7 Ob 195/02f).

Seite 1710

Von vornherein unzweckmäßige Kosten sind nicht ersatzfähig (ÖJZ 1978/26: Beobachtung einer ehebrecherischen Lehrerin während der Unterrichtszeit).

89 Bei **Ehewidrigkeiten** besteht ein Ersatzanspruch unabhängig von der Absicht der Einleitung eines Scheidungsverfahrens (7 Ob 74/99d; 6 Ob 315/00t; 7 Ob 195/02f) und unabhängig davon, ob das Verhalten des Dritten für die Zerrüttung kausal ist (6 Ob 315/00t). Ein Überwachungskostenersatz ist wegen § 1295 Abs 2 zu versagen, wenn die Ehegatten wechselseitig ihre **Gleichgültigkeit am Privatleben des anderen** zu erkennen gegeben haben (SZ 58/164; 6 Ob 315/00t; 7 Ob 195/02f); aus dem Verlassen der Ehewohnung allein ist allerdings noch nicht fehlender Ehefortsetzungswille abzuleiten (7 Ob 382/98x). Die Rechtsgüterabwägung kann zu einer umfänglichen Beschränkung führen (SZ 58/164: € 18.500). Wenn auch Dienstgeberinteressen zu berücksichtigen sind, ist das zusätzlich zu veranschlagen (SZ 52/138).

90 Bei der **Verfolgung von Warenhausdieben** sind zwar nicht allgemeine Kontrollmaßnahmen, durchaus aber Tätigkeiten für die Verfolgungbestimmter Täter von der Verdachtentstehung bis zur Überführung zu ersetzen (SZ 40/144), unabhängig davon, ob ein Detektivunternehmen betraut wurde oder eigene Arbeitnehmer eingesetzt wurden. Eine angemessene **Fangprämie**, die in angemessenem Verhältnis zum Warenwert steht, ist mE ersatzfähig.

91 Namentlich die **Finanzkrise** hat es mit sich gebracht, dass bei einer **fehlerhaften Anlageberatung** Schäden eingetreten sind, wenn der Kunde eine **risikoträchtigere Anlage** erworben hat als vereinbart, das Risiko schlagend geworden ist und der Kunde feststellt, dass er anstelle erhoffter Zinsen oder Gewinne **beträchtliche Verluste** erlitten hat. In einer Vielzahl von Entscheidungen musste sich der OGH namentlich in den letzten Jahren mit der **Art der Ersatzleistung** beschäftigen, wobei sich gezeigt hat, dass bei Anlageschäden **Besonderheiten hinsichtlich Naturalrestitution und Wertersatz** zu beachten sind, die im Folgenden dargestellt werden:

92 Die **Fallgruppen** sind **breit gestreut** : Häufig meint der Anleger, ein so sicheres Wertpapier wie ein **Sparbuch** erworben zu haben, während ihm in Wahrheit eine **Aktie** verkauft wurde (4 Ob 28/10m). Das Wertpapier wird dabei vom **Emittenten** erworben oder von einem **Dritten** nach fehlerhafter Beratung bzw unzureichender Aufklärung durch den Vertragspartner des Kunden (7 Ob 77/10i: Unzureichende Information aus Kapitalerhöhungsprospekt; 4 Ob 47/16i: Fehlen eines Kapitalmarktprospekts bei Nachrangdarlehen mit 4-jähriger Laufzeit; 6 Ob 97/18k: Fehlen eines Kapitalmarktprospekts bei Nachrangdarlehen mit 2-jähriger Laufzeit; 7 Ob 188/16x: Unterlassene Information über Nichtplatzierung der Kapitalerhöhungen; 2 Ob 99/16x ; 10 Ob 58/16a: Verschweigen von Kick-Back-Provisionen trotz Entlohnung der vermittelnden Bank durch ein [frei ausgehandeltes] Agio – HollandFonds; abzustellen nach dem Rechtswidrigkeitszusammenhang darauf, ob der Erhalt einer Innenprovision kausal war für die Empfehlung; 8 Ob 109/16m: Möglichkeit des Gegenbeweises der Bank, dass diese Innenprovision für die Vermittlung nicht kausal war; 2 Ob 172/17h: Keine Entlastung der Bank dadurch, dass sie für alle vertriebenen Produkte eine Innenprovision erhalte; 3 Ob 190/16m sowie 6 Ob 118/16w [Merkur Sky]: Pflicht zur Aufklärung, wenn Weichkosten mehr als 15 % betragen, in concreto 20 bis 29 %) oder im Vertrauen auf einen **unrichtigen Bestätigungsvermerk des Wirtschaftsprüfers** (10 Ob 46/13g; 6 Ob 187/13p; 4 Ob 210/13f); es kommt zum **Verkauf von Wertpapieren ohne Weisung** (1 Ob 46/11p), zum **Abhalten vom Verkauf von Wertpapieren** durch den Anlageberater (6 Ob 91/10s; 8 Ob 129/10v ; 4 Ob 19/12s; 3 Ob

220/12t; 2 Ob 17/13h) oder die Bank (8 Ob 39/12m), zur Beteiligung an einem **Bauherrnmodell** (1 Ob 208/11m), einem Anspruch aus der **Prospekthaftung** (6 Ob 28/12d), einer **Rekonvertierung eines Fremdwährungskredits** aus einem **unzulässigen Stop-Loss-Limit** (2 Ob 22/12t: Darlehen in Schweizer Franken; 8 Ob 66/12g: Konvertierung in Schweizer Franken und anschließend in Yen; 5 Ob 9/13d: Konvertierung von Schweizer Franken in Yen; 7 Ob 17/19d: Schweizer Franken), einer widmungswidrigen Tilgung eines anderen als eines Fremdwährungskredits durch eine fällig gewordene Lebensversicherung (4 Ob 1/20f: Keine Verrechnung mit SFR-Kredit) oder einem **nicht ausgeführten Auftrag aus einer Stop-Loss-Order** (2 Ob 74/12i). Die Grundsätze gelten auch für die fehlerhafte Beratung bei Lebensversicherungen (7 Ob 196/17z: Fondsgebundene Lebensversicherung ohne Kapitalgarantie anstelle einer

Seite 1711

mit Kapitalgarantie). Wie sich aus der kursorischen Aufzählung ergibt, sind ganz unterschiedliche Senate zuständig, was der Herausbildung einer einheitlichen Rspr nicht unbedingt förderlich ist.

93 Der Geschädigte möchte primär so gestellt werden, als hätte er die **verlustreiche Veranlagung nicht** getätigt (zur Übertragung dieser Grundsätze auf ein vertragliches Aufklärungsverschulden eines Immobilienmaklers 5 Ob 93/16m: Keine Aufklärung über fehlende Nutzung des Wellnessbereichs bei Erwerb einer Eigentumswohnung, Nachweisobliegenheit des Geschädigten über alternatives Verhalten im Rahmen des Vertrauensschadens). Dafür kommen verschiedene Rechtsbehelfe in Betracht, nämlich die **Anfechtung wegen Irrtums** (§ 871) oder **Täuschung** (§ 870), **Gewährleistung** (§ 933) oder **Schadenersatz** (§ 1295). Bei der Anfechtung oder dem Rücktritt im Rahmen des Gewährleistungsrechts kommt es zur **Rückabwicklung** der jeweils erbrachten Leistungen. Es gelten gegenüber dem Schadenersatzanspruch **kürzere Fristen** ; bei der Irrtumsanfechtung und Gewährleistung kommt es auf ein **Verschulden** nicht an. Der zusätzliche Schaden, der in den **Zinsen aus einer Alternativveranlagung** erzielt worden wäre, kann mithilfe dieser Rechtsbehelfe aber nicht begehrt werden. Bei einem Schadenersatzanspruch können nicht pauschal 4 % als Mindestschaden begehrt werden; vielmehr ist die **Höhe der erzielten Zinsen bei der alternativen Veranlagung** nachzuweisen (1 Ob 84/10z; 1 Ob 85/11y: 2,27 % nachKESt bei einem Sparbuch mit durchschnittlich 3-jähriger Bindung anstelle von Argentinien-Anleihen). Soweit **allein die Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts** begehrt wird, besteht eine Konkurrenz zu dem auf Naturalrestitution gerichteten Schadenersatzanspruch. Ist somit ein Prozess wegen Anfechtung wegen Irrtums (§ 871) oder Täuschung (§ 870) bereits anhängig, ist eine weitere auf Schadenersatz gestützte Klage wegen **Streitanhängigkeit** unzulässig (7 Ob 194/10w; 7 Ob 207/10g; 1 Ob 177/10a; 4 Ob 174/11h;stRspr); bloß der weitere Zinsschaden kann als positiver Schaden zusätzlich gefordert werden (1 Ob 177/10a; 5 Ob 7/11g).

94 Im Regelfall hat der Geschädigte bloß einen Anspruch auf das **Vertrauensinteresse** ; er kann also verlangen, so gestellt zu werden, als hätte er die verlustreiche Anlage nicht getätigt (8 Ob 123/05d, 4 Ob 28/10m; 7 Ob 8/12w; 4 Ob 140/12k; 10 Ob 7/12w). Bei einer **Vermögensverwaltung** steht hingegen ein Anspruch auf das **Erfüllungsinteresse** zu (9 Ob 85/09d; 7 Ob 21/15m: Maßgeblich fiktive Entwicklung des Portfolios); ebenso bei einer **nicht ausgeführten Stop-Loss-Order** (2 Ob 74/12i). Dem Geschädigten steht aber nur der eine oder der andere Anspruch zu; ist der Zuspruch des Vertrauensschadens in Rechtskraft erwachsen, kann der Geschädigte nicht den darüber hinausgehenden Erfüllungsschaden ersetzt verlangen (8 Ob 60/14b).

95 Außer Streit steht, dass der (reale) **Schaden** des Anlegers im **nicht gewünschten Erwerb einer Anlage mit höherem Risikopotenzial** liegt (7 Ob 77/10i; 4 Ob 65/10b; 4 Ob 200/10f; 8 Ob 66/14k; 3 Ob 112/15i). Auf eine Vermögenseinbuße bzw die weitere Kursentwicklung kommt es daher nicht an (8 Ob 66/14k); ausreichend ist, dass die **Vermögenszusammensetzung nicht dem im Vertrag fixierten Willen des Geschädigten** entspricht (6 Ob 145/08d; 6 Ob 9/11h; 8 Ob 135/10a; 2 Ob 74/12i). Er kann Rückzahlung des für die Veranlagung gezahlten Geldbetrags Zug um Zug gegen Rückerstattung des Finanzprodukts begehren (7 Ob 188/16x: Fälschliches Abraten vom Verkauf einer gehaltenen Anlage; 7 Ob 196/17z: Falsche Beratung über Lebensversicherung ohne Kapitalgarantie;

Abtretung der Ansprüche gegen die Lebensversicherung). Im Rahmen eines Schadenersatzanspruchs sind iS desAusgleichsprinzips auch die **vereinnahmten Zinsen und Dividenden** (5 Ob 246/10b; 4 Ob 65/10b; 8 Ob 132/10k; 4 Ob 200/10f; 1 Ob 51/12z) sowie die **vermögensmäßigen Auswirkungen einer alternativen Veranlagung** bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung 1. Instanz zu beachten. Bei Schlechterfüllung eines Vermögensverwaltungsvertrags, bei dem eine Gesamtstrategie verfolgt wird, kann sich der Geschädigte nach Maßgabe einer „ **Rosinentheorie** " nicht eine isolierte Betrachtung einzelner Wertpapiere herauspicken (7 Ob 21/15m).

96 Der Geschädigte muss sich entgegenhalten lassen, welche **Verluste er bei einer alternativen Veranlagung** erlitten hätte (7 Ob 77/10i). Der OGH sieht diese Einbeziehung nicht als rechtmäßiges Alternativverhalten, sondern als realen Schaden und damit als **Frage der Scha**

Seite 1712

densberechnung (8 Ob 132/10k; 2 Ob 177/13h; 7 Ob 188/16x: Unzulässiges Abraten vom Verkauf), woraus folgt, dass den **Geschädigten** die **Beweislast** trifft (7 Ob 77/10i; 6 Ob 28/12d; 4 Ob 67/12z; 1 Ob 51/12z; 6 Ob 32/17z: Nicht bewiesene Behauptung der Veranlagung in Gold; 8 Ob 2/17b: Nur Angabe, welche Gruppe von Anlageprodukten mit welcher Risikoklasse sonst gewählt worden wäre). Er verneint eine Beweislastumkehr wie bei der Arzthaftung (3 Ob 225/11a; 4 Ob 67/12z), gesteht dem Geschädigten aber eine **Beweiserleichterung** zu, weil das **Beweismaß für Unterlassungen generell geringer** ist, somit auch das der unterlassenen alternativen Veranlagung (6 Ob 231/10d; 6 Ob 8/11m; 2 Ob 17/13h; 8 Ob 2/17b). Bei einer Haftung wegen unrichtiger Angaben im Prospekt muss der geschädigte Anleger den **Kausalitätsbeweis** führen, dass die unrichtigen Angaben Grundlage seiner Disposition waren; ein Anscheinsbeweis für Fragen des Kausalitätszusammenhangs zwischen unrichtigen Angaben im Prospekt und dem Anlageentschluss des Geschädigten ist unzulässig (1 Ob 35/18f). Der Geschädigte genügt seiner Beweislast durch Darlegung eines **plausiblen Verhaltens (6 Ob 32/17z)** ; ausreichend ist **überwiegende Wahrscheinlichkeit**, was unter dem Regelbeweismaß der ZPO liegt (4 Ob 67/12z; 7 Ob 221/13w; 2 Ob 99/16x). Ausreichend ist die Bekanntgabe einer **Anlagegattung** (1 Ob 35/18f: Angabe von Risikoklasse und Anlageziele), deren weitere Entwicklung nach dem gewöhnlichen Lauf **durch Indices abgebildet** werden kann (4 Ob 67/12z; 2 Ob 17/13h: Ursprünglich Immobilienaktien, in der Folge Veranlagung in Goldminen-Aktien und Inflationsschutz-Aktien; 10 Ob 34/13t: Keine zu strengen Anforderungen, ausreichend Feststellung, Alternativanlage hätte zumindest Kapital erhalten; 6 Ob 32/17z: Gold oder Immobilien) oder der Gruppe der Anlageprodukte mit einer bestimmten Risikoklasse sowie die Anlageart (8 Ob 2/17b: Investition von 500.000 € nach Verkauf einer Wohnung). Dass nur größere Geldbeträge für die Veranlagung in Immobilien geeignet wären, lässt der OGH nicht gelten (8 Ob 2/17b: Teilfinanzierung von Wohnungen, Beteiligung als Gesellschafter an einem Immobilienprojekt). Bei Nachweis, dass die Alternativveranlagung zur Kapitalerhaltung geführt hätte, ist der Kaufpreis zuzusprechen und nicht die Verschaffung einer Alternativanlage (4 Ob 67/12z; 2 Ob 99/16x). Der Schädiger kann dann den Gegenbeweis führen, dass eine andere Verhaltensweise eine höhere Wahrscheinlichkeit gehabt hätte (2 Ob 17/13h: Unzulässiges Abraten vom Verkauf). Das ist eine Art **Prima-facie-Beweis** (8 Ob 132/10k: Hinweis auf Index inländischer Immobilienaktien). Hätte der Geschädigte den veranlagten Geldbetrag – wie etwa bei einer Veranlagung im Weg eines Strukturvertriebs – ansonsten auf einem **Sparbuch** belassen, wird ihm dieser Beweis leicht fallen (8 Ob 132/10k: Veranlagungsziel einer AHS-Lehrerin Anlage so sicher wie ein Sparbuch, dann 2/3 Verlust). Bei Entnahme aus einem Wertpapierdepot, noch dazu auf Initiative der (Haus-)Bank kann das bisherige Depot über die Risikogeneigtheit des Anlegers liefern (8 Ob 2/17b: Vorsorgeorientierter Anleger mit einer Schmerzgrenze von 10 % Verlust). Bei einer **großvolumigen Veranlagung in einer Aktie** wird dieser Beweis indes kaum gelingen (7 Ob 77/10i: Veranlagung von 4 Mio € in Aktien eines bestimmten Unternehmens durch eine Privatstiftung). In einem solchen Fall besteht die Naturalrestitution durch Zurverfügungstellung der Wertpapiere bzw Vermittlung jener Anlagen, die der Anleger bei richtiger Beratung erworben hätte (2 Ob 17/13h; 8 Ob 66/14k: Austausch der Risikopapiere gegen sichere Wertpapiere). Das beinhaltet auch die Berücksichtigung der dabei anfallenden Spesen, sofern insoweit nicht auf die reale Anlage, sondern bloß den Vermögenswert abgestellt wird. Empfangene Erträge (Zinsen, Dividenden) sind im Rahmen des **Vorteilsausgleichs** zu berücksichtigen (10 Ob 11/07a; 2 Ob 24/13p; 6 Ob 192/14z). Der

vereinfacht als „ **Naturalrestitution** " bezeichnete Anspruch, der auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen einen Bereicherungsausgleich durch Übertragung des noch vorhandenen Finanzprodukts an den Schädiger gerichtet ist, ist beim **Anlegerschaden** somit eine **besondere Berechnungsform des Geldersatzes** (8 Ob 66/14k; 2 Ob 99/16x ; 8 Ob 79/16z). Die Herausgabe der Aktien ist Teil der Vorteilsausgleichung, was vom Schädiger einzuwenden ist. Unterbleibt eine solche Einwendung im Anlegerprozess, kann der Schädiger nach Rechtskraft dieses Prozesses nicht Herausgabe verlangen (8 Ob 79/16z: Spaltung der AG, an der Aktien erworben wurden). Da es sich um eine besondere Berechnungsart handelt, führt das in der Insolvenz des Schuldners dazu, dass § 21 IO nicht analog anzuwenden ist, weil die Zug-um-Zug-Abwicklung bei Anlegerschäden keine Sicherungsfunktion wie das Zurückbehaltungsrecht nach § 1052 hat sondern eine Form des Bereicherungsausgleichs ist; der

Seite 1713

Schadenersatzanspruch ist vielmehr in entsprechender Anwendung des § 14 Abs 1 IO zu schätzen. Bei Werthaltigkeit der Anlage ist kein Abzug vorzunehmen und die Differenz als unbedingte Insolvenzforderung anzumelden (4 Ob 57/18g; 9 Ob 81/17b; 1 Ob 208/17w; 3 Ob 89/18m).

96a Wenn der Geschädigte das risikoträchtige Wertpapier nach Kenntnis des Umstands behält, dass dies nicht seinem geäußerten Willen entspricht, ist darin idR **kein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit** gem § 1304 zu sehen, weil die Kursentwicklung ungewiss ist (2 Ob 17/13h: Unzulässiges Abraten vom Verkauf). In Betracht kommt allerdings die Obliegenheit, mit dem Berater Kontakt aufzunehmen, um diesem eine Naturalrestitution iS der Rücknahme des Wertpapiers Zug um Zug gegen Rückzahlung des Veranlagungsbetrags zu ermöglichen. Bei (schuldhafter) Unterlassung soll der Anlageberater für den weiteren Verlust nicht haften. Es trifft allerdings den **Anlageberater** die **Beweislast**, bei rechtzeitiger Aufforderung des Kunden reagiert und Ersatz geleistet zu haben. Bestreitet der Anlageberater im Prozess seine Haftung, wird dieser Beweis idR misslingen. Eine Verletzung der Schadensminderungsobliegenheit ist jedenfalls für die Phase bis zur Klärung der wechselseitigen Standpunkte zu verneinen (2 Ob 74/12i: Nicht ausgeführter Stop-Loss-Order). Hat der Geschädigte die **Risikoträchtigkeit des erworbenen Wertpapiers erkannt** und könnte er es – zu diesem Zeitpunkt noch – mit Gewinn veräußern, verstößt er bei Unterlassen der Veräußerung gegen die Schadensminderungsobliegenheit mit der Konsequenz, dass er die **Folgeverluste nicht ersetzt** verlangen kann (1 Ob 118/16h: Geschädigter sollnicht auf Kosten des Schädigers spekulieren dürfen). Ausgesprochen hat der OGH (2 Ob 17/13h) darüber hinaus, dass dem Kunden aus dem Halten der – nicht gewollten – Wertpapiere nur dann ein Mitverschuldensvorwurf gemacht werden kann, wenn er selbst **auf dem Anlagesektor hervorragende Kenntnisse** besitzt, sodass ihm die Unrichtigkeit der Anlageberatung auffallen hätte müssen. Das wird nur in ganz ausgerissenen Konstellationen zu bejahen sein, benötigt ein solcher Kunde gerade keinen – vermeintlich fachkundigen – Rat, mit der Folge, dass er dann selbst veranlagen und Kosten sowie Provisionen sparen wird.

96b Wenn der Geschädigte die in den Unterlagenenthaltenen **Warnhinweise** oder das **Anlegerprofil ungelesen unterschreibt**, kommt eine Kürzung wegen Mitverschuldens gem § 1304 in Betracht (10 Ob 30/11a: **25 %;** 4 Ob 140/12k; 10 Ob 70/15i; 9 ob 85/15p: Erfahrener Anleger und Jurist: **1/3** ; 5 Ob 106/05g: Absolventin einer Handelsakademie; 8 Ob 135/10a: **50 %** – Anleger war Akademiker; ebenso 2 Ob 99/16x : Anlegerin war Rechtsanwältin und Insolvenzverwalterin; 10 Ob 58/16a: Selbständiger Unternehmer, Gesellschafter einer anderen KG, Aufsichtsrat; 7 Ob 95/17x: Vorstand einer EG und Geschäftsführer einer international tätigenGmbH – OGH verweist zutreffend darauf, dass ein solcher Anleger über „Grundkenntnisse einer Unternehmensführung und Gesellschaftsbeteiligungen verfügt" – dem kann man nur zustimmen), was der Schädiger freilich in 1. Instanz einwenden muss (5 Ob 35/11z: Unzureichend bloßer Hinweis, dass Kunde Anlegerprofil ungelesen unterschrieben habe). Es ist dabei eine Korrelation zum jeweiligen Aufklärungsfehler herzustellen (8 Ob 93/14f; 2 Ob 99/16x ; 8 Ob 2/17b: Bei Unterbleiben des Investments infolge eines Aufklärungsfehlers maßgeblich Zeitpunkt des Vertragsschlusses; 7 Ob 95/17x: Maßgeblich Mitverschulden am Schadenseintritt, nicht an der vom Schädiger zu vertretenden Aufklärungspflichtverletzung). In 10 Ob 7/12w weist der OGH darauf hin, dass der Schädiger sich durch ein 25%iges Mitverschulden nicht beschwert

erachten dürfe, weil der Kunde nach der Wertung des § 864a darauf vertrauen dürfe, dass das Kleingedruckte nicht von der Risikobeschreibung des Anlageberaters abweiche. Daraus ist zu schließen, dass bei einem – in concreto nicht eingelegten – Rechtsmittel des geschädigten Anlegers der OGH die **Kürzung wegen Mitverschuldens abgelehnt** hätte oder diese deutlich geringer ausgefallen wäre. Bei einem **unerfahrenen Anleger** und **mündlichen Zusicherungen des Beraters** wurde ein **Mitverschulden** bei einem unterlassenen Lesen der ganz klein gedruckten Risikohinweise im Beratungsprotokoll **verneint** (10 Ob 34/13t; 7 Ob 178/11v: Fehlendes Durchlesen führt bei starkem Vertrauensverhältnis und grober Fahrlässigkeit des Anlageberaters zu keiner Mitverschuldenskürzung; 2 Ob 133/16x; ähnlich 2 Ob 172/17h: Zusicherung bei einer Kommanditeinlage, dass schlimmstenfalls nur das eingesetzte Kapital zurückgezahlt werde; bei an Vorsatz grenzender grober Fahrlässigkeit unterlassene Lektüre der Warnhinweise durch An

Seite 1714

leger vernachlässigbar; ohne Kürzungwegen Mitverschuldens sogar 6 Ob 97/18k: Ein als gerichtlicher Sachverständiger tätiger Unternehmer bei einem Nachrangdarlehen ohne [gebotenen] Prospekt). Es ist somit eine Tendenz zu beobachten, dass das **Mitverschulden zunehmend geringer gewichtet**, ja zum Teil **gänzlich verneint** wird. Auch bei irreal hohen Gewinnversprechen, die nicht hinterfragt wurden, kommt ein Mitverschulden in Betracht (5 Ob 106/05g: 40 % Gewinnversprechen; anders aber 3 Ob 40/07i: 8,75 %; 2 Ob 133/16x: 7 %). Womöglich ist diese Marge geringer anzusetzen für die Phase des Niedrigstzinsniveaus, wie es in den 2020er Jahren herrscht; plausibelwäre eine Bezugnahme auf den Leitzins der EZB.

97 Eine **Naturalrestitution** kommt nicht nur dann in Betracht, wenn der Geschädigte ein Wertpapier vom Vertragspartner, etwa dem Emittenten, erworben hat, sondern **auch bei Vermittlung durch einen Anlageberater** (8 Ob 129/10v ; 8 Ob 135/10a; 6 Ob 9/11h; 8 Ob 39/12m ; 8 Ob 66/14k; 2 Ob 133/16x; zu Besonderheiten bei einer treuhänderisch erworbenen Kommanditbeteiligung 8 Ob 135/10a); jedenfalls muss er noch Inhaber des Anlageprodukts sein. Eine **vollständige Naturalrestitution** beinhaltet mE die **Verschaffung des gewünschten Alternativprodukts**, mit der Folge, dass für den Geschädigten nicht abermals – oft beträchtliche – Ankaufsspesen anfallen. Bei einem **Bauherrnmodell** hat der OGH (1 Ob 208/11m) die **Tunlichkeit der Naturalrestitution** abgelehnt, weil dadurch der Anlageberater Mitglied einer Gemeinschaft von Bauherren würde und ihm dadurch auch Pflichten träfen; zudem könnten bei der Veranlagung **steuerliche Überlegungen des Investors** eine Rolle gespielt haben, die beim Anlageberater nicht gegeben sein könnten. In der Lit wird dagegen zu Recht eingewendet, dass die Beteiligung an einem Bauherrenmodell **kein höchstpersönliches Recht** sei, sodass es allein um die Frage gehe, wer sich um die Veräußerung zu kümmern habe. Wertungsgründe sprechen dafür, dieses **Risiko dem Schädiger** aufzubürden (dazu 8 Ob 39/12m : Auf die Lage des Ersatzpflichtigen, die sich durch den Schadenersatz zwangsläufig verschlechtert, kommt es nicht an). Bei Rückabwicklung einer Kommanditbeteiligung hat der OGH (2 Ob 99/16x) **Unmöglichkeit** der Naturalrestitution verneint, sofern die anderen Gesellschafter die Zustimmung zur Übertragung nicht bereits verweigert haben bzw feststünde, dass sie das tun würden (so auch 10 Ob 70/15i); **Untunlichkeit** wegen langfristiger Bindung hat der OGH (2 Ob 99/16x) abgelehnt, wenn eine Beteiligung nach 10 Jahren gekündigt werden kann.

98 Bezüglich der **Art der Geltendmachung** kommen **alternative Arten** in Betracht, die sich **wechselseitig ausschließen** (8 Ob 123/05d: Entweder Anspruch auf Verlust bei Verkauf oder Naturalrestitution, somit Wahlrecht zwischen Leistungsklage auf das Kompensationsinteresse oder Leistungsklage auf Naturalrestitution und Feststellungsklage auf späteren rechnerischen Schaden). Sofern der Emittent insolvent ist, muss der Anleger nicht das Insolvenzverfahren abwarten, sondern kann seinen Schaden ohne Anrechnung geltend machen, wobei von einem Totalverlustrisikos auszugehen ist; sollten wider Erwarten in der Insolvenz des Emittenten Zahlungen erfolgen, steht dem Berater ein Regressanspruch gegen den Anleger zu (4 Ob 140/12k; 6 Ob 97/18k: Nachrangdarlehen ohne gebotenen Kapitalmarktprospekt). **Naturalrestitution** kann der Geschädigte nur verlangen, wenn er die **Wertpapiere noch nicht veräußert** hat; äußert er sich dazu nicht, ist das Begehren unschlüssig (6 Ob 7/15w: Geschädigten trifft Beweislast, dass er die Wertpapiere zum Ende der mündlichen

Streitverhandlung 1. Instanz noch hat). Sofern bei den erworbenen Wertpapieren nach dem Erwerb, etwa im Wege einer **Verschmelzung** ein Umtausch stattgefunden hat, soll dem Geschädigten das Recht auf Naturalrestitution jedoch nicht mehr zustehen, weil ohne ausreichende Spezifikation die begehrte Naturalrestitution als unmöglich anzusehen ist (1 Ob 103/15a: Das ungeachtet der Angabe von ISIN-Nummern sowie nach einem Umtauschschlüssel auch die Stückzahl). Das ist mE wenig nachvollziehbar, weil nicht einzusehen ist, warum solche Umstände dazu führen sollen, dass dem Geschädigten ein Weg der Schadensbeseitigung genommen werden soll. Der Geschädigte kann das **ungewünschte Anlageprodukt aber auch veräußern**, wodurch ein **bezifferbarer rechnerischer Schaden** entsteht, den er im Rahmen des Kompensationsinteresses mithilfe einer Leistungsklage geltend machen kann (8 Ob 123/05d; 4 Ob 28/10m/11p; ebenso 5 Ob 9/13d: Ausschluss der Naturalrestitution nach Tilgung eines Fremdwährungskredits nach Konvertierung in Euro gegen den Willen des Kreditnehmers, sodass der rechnerische

Seite 1715

Schaden ermittelbar war). Auch das Gericht kann bei einem Anlegerschaden bei einem Begehren auf Ersatz des Differenzschadens nicht als Minus eine Zahlungspflicht Zug um Zug gegen Rückgabe der Wertpapiere auferlegen, weil Voraussetzung dafür ein entsprechendes **Anbieten der Gegenleistung** wäre (6 Ob 7/15w). Bei Unbestimmtheit der Zug-um-Zug zu erbringenden Gegenleistung ist das Begehren nicht ausreichend iSv § 7 EO (1 Ob 103/15a).

98a Zu bedenken ist indes, dass womöglich nicht nur das **Finanzprodukt verlustträchtig**, sondern auch der **Schädiger**, sei es der **Emittent** oder der **Anlageberater, insolvent** ist; je mehr geschädigte Anleger ihn auf diese Weise belangen, umso größer ist diese Gefahr. Bei **Insolvenz des Emittenten** kommt es auf den Verkauf des Anlageprodukts nicht an. Der Geschädigte kann den rechnerischen Schaden jedenfalls verlangen. Ein **Zuwarten bis zum Abschluss des Insolvenzverfahrens**, ob und welche Quote er erhält, ist ihm **nicht zumutbar** (10 Ob 7/12w). Bei Zahlung von Schadenersatz durch den Schädiger geht der Anspruch auf die Konkursquote auf den Schädiger im Weg des § 1358 über (4 Ob 140/12k). Alternativ kann der Geschädigte **Naturalrestitution** im Weg der Rückabwicklung Zug um Zug unter Anrechnung vereinnahmter Vorteile und dem Begehren entgangener Vorteile aus einer Alternativveranlagung begehren.

99 Ein Streit ist entbrannt, ob der Geschädigte namentlich bei **fragwürdiger Bonität des Schädigers** mit dem Verkauf der Wertpapiere bzw dem Begehren auf Naturalrestitution zuwarten kann, in der Hoffnung, dass sich der Kurs erholen werde und sein Vermögensnachteil, den er letztlich tragen muss, schlussendlich geringer ausfällt. Der OGH hat zunächst ausgesprochen, dass eine **Feststellungsklage** ein **subsidiärer Rechtsbehelf** sei, der dem Geschädigten nicht zustehe, wenn er sein Rechtsschutzziel mit einer Leistungsklage verfolgen könne (6 Ob 231/10d; 6 Ob 8/11m). Zudem bestehe die Gefahr, dass der **Geschädigte auf dem Rücken des Schädigers spekulieren** könne, wenn er den Zeitpunkt der Geltendmachung wählen könne, kann es doch passieren, dass sich das Wertpapier nicht erhole, sondern weiter an Wert verliere (6 Ob 103/08b; 6 Ob 9/11h; 8 Ob 129/10v). Auch sei denkbar, dass der Geschädigte die Wertpapiere veräußere, bei weiterem Fallen des Kurses aber ein Begehren auf Naturalrestitution stelle und für die Rückabwicklung diese dann billiger erwerbe (6 Ob 7/15w). **Ein Teil der OGH-Rspr** (namentlich 1 Ob 251/11k; in diesem Sinn für eine solche Zulässigkeit bereits 9 Ob 53/03i) nimmt indes eine **gegenteilige Position** ein: Durch das Begehren auf Naturalrestitution ist noch nicht der Gewinn aus der alternativen Veranlagung abgedeckt, was für die **Zulässigkeit der Feststellungsklage** spreche (7 Ob 77/11s: Anders bei Schäden an körperlichen Sachen – keine Feststellungsklage bei unrichtigem Gutachten eines Dritten über Bodenbeschaffenheit). Zudem könne der Geschädigte nach erfolglosem Begehren auf Naturalrestitution auf Geldersatz umsteigen. Dann sei es aber folgerichtig, dass er immer dann eine Feststellungsklage erheben könne, wenn der Schaden noch nicht bezifferbar sei. Wenn man zu Recht – wie bei § 933a Abs 2 S 3 – **vorrangig eine Aufforderung zur Naturalrestitution** verlange, stehe dem die Ablehnung der Ersatzpflicht durch den Schädiger gleich. Namentlich bei **Gefahr der Uneinbringlichkeit seiner Schadenersatzforderung** gegen den Schädiger soll der Geschädigte nicht bloß auf eine Form des Ersatzes verwiesen werden. Da der **Schädiger** stets die Möglichkeit habe, dem Geschädigten den veranlagten Betrag Zug um Zug gegen Rücknahme des

Anlageprodukts zurückzuzahlen, sei auch das Argument des Spekulierens auf dem Rücken des Schädigers vom Tisch. Der OGH (1 Ob 251/11k) hat aber insoweit bloß Bezug genommen auf die Anschaffungskosten. Völlig klaglos gestellt ist der Geschädigte allerdings erst dann, wenn ihm der positive **Differenzbetrag aus konkreter und alternativer Veranlagung** ebenfalls ersetzt wird. Vertreten hat der OGH (3 Ob 44/15i) auch die Ansicht, dass vor einer Veräußerung des Wertpapiers dem Geschädigten kein Anspruch auf Naturalrestitution, sondern lediglich Feststellung zustünde, wobei das Gericht bei einem nicht fälligen Leistungsbegehren dem Begehren als Minus in Form einer Feststellungsklage stattgeben könne (gegenteilig aber 6 Ob 7/15w). Dieses Judikat des 3. Senats steht im Gegensatz zu mehreren Linien anderer Senate. Bedenken gegen die **Stattgebung in Form eines Feststellungsbegehrens** bei einem gestellten Leistungsbegehren ergeben sich schon daraus, dass das Gericht damit in die Lage kommt, ein solches formulieren zu müssen, was an sich **Aufgabe der klägerischen Partei** und deren Anwalt ist.

Seite 1716

99a Ein Feststellungsinteresse istjedenfalls bei **Untunlichkeit der Naturalrestitution** zu bejahen, was gegeben ist bei **Uneinbringlichkeit** der Ersatzforderung gegen den Schädiger (1 Ob 251/11k), **komplexen Finanzprodukten mit mehreren Vertragspartnern** (3 Ob 49/12w; 8 Ob 66/14k: Fondsgebundene Lebensversicherung und Kreditvertrag; 1 Ob 104/14x: Pensionsvorsorgemodell aus Kombination von Fremdwährungskredit, Rentenversicherung und fondsgebundener Lebensversicherung; 8 Ob 66/12g: Finanzierung einer Eigentumswohnung über einen Fremdwährungskredit in Kombinationmit einer fondsgebundenen Lebensversicherung; 1 Ob 208/11m: Bauherrnmodell; 8 Ob 135/10a: Rückübertragung einer Kommanditeinlage bei einerGmbH & Co KG) sowie dann, wenn **künftige, mit einer Leistungsklage nicht erfasste Schäden zumindest nicht ausgeschlossen** sind (1 Ob 251/11k; 8 Ob 39/12m), wobei der Geschädigte für das rechtliche Interesse an der Feststellung gem § 228 ZPO beweispflichtig ist (8 Ob 39/12m ; 8 Ob 66/14k). Abgelehnt wurde die Untunlichkeit der Naturalrestitution und damit das Feststellungsinteresse bei einer möglichen **Rekonvertierung eines Darlehens in Schweizer Franken** nach einem unzulässigen automatischen Stop-Loss-Limit (2 Ob 22/12t; 6 Ob 241/17k; 4 Ob 1/20f). Indem der Geschädigte durch Rekonvertierung Naturalrestitution verlangen kann, ist bei dessen Durchführung ein weiterer Schaden ausgeschlossen, was eine **Feststellungsklage unzulässig** macht; entscheidet er sich hingegen gegen die Rekonvertierung, führt das zu einem unzulässigen Spekulieren auf dem Rücken des Ersatzpflichtigen mit der Folge, dass weitergehende Schäden dem Schädiger nicht mehr zurechenbar sind (6 Ob 241/17k: Verstoß gegen Stop-Loss-Order eines Kreditvertrags von SFR in €). Abgelehnt hat der OGH (8 Ob 66/14k) eine Feststellungsklage bei einer Kombination aus Kredit und fondsgebundener Lebensversicherung, wenn mit dem Hauptbegehren auf Tilgung der Kredite ein Feststellungsbegehren für künftige Schäden kombiniert wird.

100 Str ist, ob der Geschädigte – in einer **objektiv-abstrakten Schadensberechnung** bzw unter Bezugnahme auf die Naturalrestitution – die **weitere Entwicklung ausblenden** kann und lediglich Zug um Zug Rückzahlung des Veranlagungsbetrags gegen Rückgabe der Veranlagung begehren kann. Während das ein Teil der Lit befürwortet, weil bei körperlichen Sachen dem Geschädigten auch nicht der Beweis abverlangt werde, dass er das Geld nicht auch sonst – zum Teil – verloren hätte und solche Weiterungen bei den Rechtsbehelfen Irrtumsanfechtung und Rücktritt bei Gewährleistung ohne Bedeutung seien, sodass sie bei einem zusätzlich Verschulden erfordernden Schadenersatzanspruch ausgeklammert bleiben müssten, lehnt das der OGH ab. Er betont, dass die **objektiv-abstrakte Schadensberechnung** für die **Beschädigung und Zerstörung körperlicher Sachen** entwickelt worden sei, aber nicht ohne Weiteres auf andere Fälle übertragbar sei (6 Ob 244/12v: Verstoß gegen Treuhandvertrag; 2 Ob 74/12i: Keine Anwendung des § 376 UGB bei nicht erfüllter Stop-Loss-Order). Der Geschädigte habe bei (volatilen) Wertpapieren – anders als bei Schäden an körperlichen Sachen – wegen der Gefahr seiner Bereicherung **kein Wahlrecht**, seinen **Schaden objektiv-abstrakt zu berechnen** ; es gelte **ausschließlich** die **subjektiv-konkrete** Schadensberechnung (1 Ob 46/11p: Verkauf von Wertpapieren ohne Weisung; ebenso bei der **Anlegerhaftung** : 8 Ob 123/05d; 6 Ob 231/10d; 6 Ob 7/15w; bei Verstoß gegen einen Syndikats- bzw Treuhandvertrag: 6 Ob 244/12v sowie bei

unzulässigem Abraten vom Verkauf: 2 Ob 17/13h). An dieser Stelle erweist sich einmal mehr die – von manchen überschätzte – in Wahrheit aber **begrenzte Tauglichkeit der objektiv-abstrakten Schadensberechnung**, konkrete Probleme zu lösen, was der OGH hier dezidiert ausspricht.

101 Sowohl beim vorläufigen Behalten des Anlageprodukts und dem Begehren auf Naturalrestitution in Kombination mit einer Feststellungsklage als auch bei Veräußerung und einer Leistungsklage auf den realisierten Verlust stellt sich das Problem, dass der Schädiger ein nicht gewünschtes Anlageprodukt verschafft hat, das **volle Ausmaß der Verluste** sich aber daraus ergibt, dass **kriminelle Machenschaften beim Schuldner** stattgefunden haben, die der Schädiger nicht vorhersehen konnte. Der Schädiger hat für diese einzustehen, wenn er durch das fehlerhafte Anlageprodukt ein **solches Risiko nicht unerheblich erhöht** hat (8 Ob 132/10k; 5 Ob 246/10b, 4 Ob 70/11i: Jeweils versprochen Anlage so sicher wie ein Sparbuch; ebenso 10 Ob 7/12w: Sichere Veranlagung für 2 Jahre; 4 Ob 50/11y: Unterlassung der Aufklärung, dass keine Bankkonzession; aber geringeres Risiko wegen strengerer Geschäftsführungs- und

Seite 1717

Eigenkapitalvorschriften von Banken). Lag das **Malversationsrisiko innerhalb der vom Anleger gebilligten Veranlagung**, hat der Berater für das (normale) Insolvenzrisiko nicht einzustehen (10 Ob 30/11a: Beweislast dafür beim Schädiger).

LexisNexis®

Christian Huber 25.1.2021

zu § 1324 ABGB (Huber)

§ 1324 ABGB

§ 1324. In dem Falle eines aus böser Absicht oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugtuung; in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt. Hiernach ist in den Fällen, wo im Gesetze der allgemeine Ausdruck: Ersatz, vorkommt, zu beurteilen, welche Art des Ersatzes zu leisten ist.

Fassung JGS 1811/946

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1324 ABGB

1 § 1324 ordnet eine **Abstufung des Ersatzes beim Vermögensschaden** nach dem Grad der Vorwerfbarkeit an. Bei **leichter Fahrlässigkeit** und – auch im Rahmen der **Gefährdungshaftung** – ist bloß der **positive Schaden** ersatzfähig. Bei **grober Fahrlässigkeit** (und Vorsatz, der aber im Schadenersatzrecht eine untergeordnete Rolle spielt) ist das gesamte Interesse unter Einschluss des **entgangenen Gewinns** ersatzfähig (1 Ob 140/13i : Vorsatz bei Doppelveräußerung). Erforderlich ist für den Ersatz des entgangenen Gewinns ein entsprechendes Begehren (10 Ob 27/16t : Totalschaden bei Porsche Cabrio eines Händlers, umstritten, ob zu ersetzen Händlereinkaufs- oder -verkaufspreis, kein Begehren wegen des entgangenen Gewinns, daher Ersatz nur auf Basis des – geringeren – Wiederbeschaffungswertes). Früher meinte man, dass bei leichter Fahrlässigkeit der Schaden bloß objektiv-abstrakt berechnet werden könne. Diese Methode verliert immer mehr an Bedeutung, ganz abgesehen davon, dass niemals feststand, wovon man imEinzelnen abstrahieren soll und was objektive Schadensberechnung eigentlich bedeutet. Häufig war es eine Krücke für Begründungsdefizite eines vermeintlichen Billigkeitsjudikates (zur Untauglichkeit der objektiv-abstrakten Schadensberechnung beim Anlegerschaden § 1323 Rz 100).

2 Einzuräumen ist, dass dem historischen Gesetzgeber eine solche Abstufung sachgerecht erschien. In der Praxis stößt sie auf beträchtliche Schwierigkeiten. Der OGH unternimmt zahlreiche **Kunstgriffe**, um den **Begriff des positiven Schadens auszuweiten** (dazu unten Rz 4), wodurch die Abstufung des Ersatzes nach dem Verschuldensgrad an Bedeutung verliert. Manche Stimmen in der Lit ermuntern den OGH sogar, die Unterscheidung durch eine Rechtsfortbildung zu beseitigen.

3 Früher war bedeutsam, ob das Verhalten des Schädigers grob fahrlässig war, weil davon sowohl die **subjektiv-konkrete Berechnung** alsauch der Ersatz des **entgangenen Gewinns** abhing. Lediglich die Beseitigung des Schadens durch den Schädiger sah man als Fall der Naturalrestitution an. Diese Sicht hat sich gewandelt: Auch die Herstellung der Restitution durch den Geschädigten bzw die Herstellung einer Ersatzlage wird als Restitution angesehen. Bedeutsamer als die **Abgrenzung zwischen objektiv-abstrakter und subjektiv-konkreter Schadensberechnung** ist die zwischen **Restitution und Kompensation**, also der Herstellung des **realen Zustands**, wie er ohne Schädigung bestanden hätte, und dem Ersatz des **Wertinteresses**. Da Aufwendungen im Rahmen der Restitution stets in vollem Umfang ersatzfähig sind, ist die Differenzierung nach dem Grad des Verschuldens im Rahmen des Geldersatzes nicht mehr so bedeutsam.

4 Dazu kommt, dass der OGH sich bemüht hat, den **positiven Schaden extensiv auszulegen**. Im Rahmen des **Erwerbsschadens** klammert er indes sämtliche Vorteile aus, die im Unfallzeitpunkt nicht der **typischen Erwerbsschadensbiografie** entsprochen haben, somit außerordentliche Gewinne, mag deren Eintritt – jedenfalls ex post betrachtet – auch hoch wahrscheinlich bzw sicher gewesen sein (2 Ob 270/98i: Vereitelung einer Gesellschafterstellung eines Arbeitnehmers; 2 Ob 27/99f: Verletzungsbedingt unterbliebene Hofübertragung; 2 Ob 191/07p: Unfallbedingt vereitelte Bilder eines Kunstmalers, die dieser nicht verkauft, sondern als Altersvorsorge behalten hätte; 2 Ob 114/11w: Durch nicht steuerbare Schaden

Seite 1718

ersatzrente verursachter Steuernachteil bei Verlusten aus der Beteiligung als atypischer stiller Gesellschafter). ME sollte man beim Erwerbsschaden wie bei einem Sachfolgeschaden für die Abgrenzung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn – wie auch sonst – bloß auf das **Beweismaß** abstellen. Wenn es sich um eine **gesicherte Rechtsposition** handelt, ist ein **positiver Schaden** gegeben (ZVR 1980/15: Erwerbsschaden eines Fuhrwerksunternehmers bei Beschädigung seines Lkw; 1 Ob 147/02b: Verdienstentgang des Unternehmers durch Entzug der Sache durch die Polizei; 1 Ob 15/92: Erträge aus festverzinslichen Wertpapieren; 8 Ob 102/15f: Unterlassene Einstellung der Zwangsversteigerung; Umsetzung des Verkaufs an einen konkreten Interessenten nur an Uneinigkeit über Verkaufsmodalitäten gescheitert; 5 Ob 14/15t : Abgelehnt bei alternativer Veranlagung mit 2 % Verzinsung pro Monat; maßgeblich Sicht ex ante, solche Rendite bei typischen Marktverhältnissen gerade nicht praktisch gewiss; 1 Ob 157/19y: Entgangener Kursgewinn aus dem Handel mit Wertpapieren kein positiver Schaden; überlange Dauer der Depotübertragung).

5 Die Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit ist aber nicht nur für das Ausmaß des Vermögensschadens im ABGB bedeutsam. **Trauerschmerzengeld** gebührt nur bei grober Fahrlässigkeit (zuletzt 2 Ob 189/16g). **§ 1319a** knüpft die Einstandspflicht an das Vorliegen grober Fahrlässigkeit; ein grob fahrlässiges Verhalten ist darüber hinaus bedeutsam in einer **Vielzahl von Nebengesetzen**, etwa in den §§ 213aASVG (10 ObS 96/18t: Grobe Fahrlässigkeit muss nur in Bezug auf Verletzung vonArbeitnehmerschutzvorschriften gegeben sein, nicht hinsichtlich der Herbeiführung des Unfalls), 332 Abs 5, 334, 335ASVG, § 2 DHG, §§ 6, 61 VersVG, § 22 UVG und § 175 Abs 3 ForstG, § 2 Abs 1 Fall 2 NWG (Begehren auf Einräumung eines Notwegs unzulässig, wenn der Mangel der Wegeverbindung auf eine auffallende Sorglosigkeit des Grundeigentümers zurückzuführen ist; dazu 5 Ob 93/18i: Grobe Fahrlässigkeit bejaht, weil Erfordernis nicht nur eines Gehrechts, sondern einer Zufahrt leicht vorhersehbar war; 4 Ob 232/18y: Grobe Fahrlässigkeit zu bejahen, wenn vom Schenkenden Zufahrt zu erlangen gewesen wäre, nicht aber Unterlassen der Verbücherung eines durch Ersitzung begründeten Wegerechts; 4 Ob 182/19x: Grobe Fahrlässigkeit bejaht, wenn bei Erwerb Baulandpreis bezahlt wurde, Hinweis auf Abkehr von 5 Ob 1/04b: Ankauf einer Bauliegenschaft ohne Zufahrt noch nicht per se grob fahrlässig; anders bei Umwandlung in Bauland) sowie Art 29 CMR (Vorsätzliche Verursachung des Schaden oder durch ein dem Frachtführer zur Last fallendes, das nach dem Recht des angerufenen Gerichtes dem Vorsatz gleichsteht, in Österreich grobe Fahrlässigkeit; dazu 7 Ob 28/18w: Tötung des „nasciturus" einer Stute). Gem § 349 UGB ist bei Unternehmergeschäften stets auch der entgangene Gewinn zu ersetzen. Mitunter wird auch rechtsgeschäftlich die Haftung des Erfüllungsgehilfen (§ 1313a) auf grobe Fahrlässigkeit begrenzt (1 Ob 49/13g: Begrenzung der Haftung des Vermögensberaters gegenüber dem Finanzdienstleister; Anpreisung von Aktien als sicheres und risikoloses Investment grob fahrlässig).

6 Ein Synonym für **leichte Fahrlässigkeit** ist ein **minderer Grad des Versehens**. Das wird angenommen, wenn trotz Vorwerfbarkeit des Verhaltens bloß eine Verkettung unglücklicher Umstände einen Schaden hervorgerufen hat (ZVR 1982/365). **Grobe Fahrlässigkeit** setzt demgegenüber eine **auffallende Sorglosigkeit** voraus. Es muss ein **extremer Abstand** zur gebotenen Sorgfalt bestehen. Die Sorgfaltsverletzung muss sich **erheblich** und **ungewöhnlich** vom Regelfall abheben (2 Ob 62/91 zu § 1319a; 6 Ob 193/00a zu § 175 Abs 3 ForstG; 10 ObS 96/18t zu § 213aASVG). Zusätzlich muss der Eintritt des Schadens **wahrscheinlich** und nicht bloß als möglich vorhersehbar sein (10 ObS 51/13t: Integritätsabgeltung nach § 213aASVG; 5 Ob

93/18i: Grobe Fahrlässigkeit bejaht, weil Erfordernis einer Zufahrt zu Wochenendhaus vorhersehbar war).

7 **Grobe Fahrlässigkeit** ist gegeben, wenn bei **geringster Aufmerksamkeit** hätte einleuchten müssen, dass ein anderes Verhalten geboten gewesenwäre (SZ 56/166: Brandschaden einer Diskothek), oder wenn **einfache und naheliegende Überlegungen nicht angestellt** worden sind (10 ObS 2338/96p; 10 ObS 95/18t; 10 ObS 96/18t zu § 213aASVG). Es besteht eine Parallele zum schweren Verschulden im Strafrecht. Umgekehrt ist aber nicht bei jeder strafgerichtlichen Verurteilung grobe Fahrlässigkeit iSd § 1324 gegeben (10 ObS 84/95 zu § 213aASVG). Mitunter rückt der OGH das Vorliegen grober Fahrlässigkeit nahezu in die **Nähe eines**

Charakterfehlers, wenn er ausführt, dass es sich um eine auffallende und ungewöhnliche Vernachlässigung der Sorgfaltspflicht handeln müsse, die nur bei leichtsinnigen Menschen vorkommen könne (SZ 43/80: Mankohaftung eines Filialleiters; 2 Ob 41/98p zu § 22 Abs 1 UVG). Jedenfalls muss auch eine **schwere subjektive Vorwerfbarkeit** gegeben sein (2 Ob 293/98x zu 1319a; 7 Ob 35/01z: Übertretung eines Schutzgesetzes; 10 ObS 95/18w: § 213aASVG, Sorgfaltsverstoß muss auch **subjektiv „schwerstens" vorzuwerfen** sein; 1 Ob 157/19y: Gleiche Formulierung bei überlanger Depotübertragung; sehr viel moderateres Kriterium aber in 4 Ob 232/18y: Bei § 2 Abs 1 NWG muss objektiv besonders schwerwiegender Sorgfaltsverstoß **„auch subjektiv vorwerfbar"** sein), wobei auch auf die berufliche Erfahrung des Schädigers Bedacht zu nehmen ist (ZVR 1984/326). Dass gravierende Folgen eingetreten sind, ist jedoch kein verlässliches Indiz für das Vorliegen grober Fahrlässigkeit (SZ 38/140). Bezüglich des zulässigen Haftungsausschlusses bei Bankauskünften hat der OGH sogar eine Differenzierung zwischen schlichter und krasser grober Fahrlässigkeit vorgenommen (SZ 57/184; SZ 62/107).

8 Die **Beweislast** für das Vorliegen grober Fahrlässigkeit trifft den **Geschädigten** (4 Ob 104/97s; 2 Ob 27/99f).

LexisNexis®

Christian Huber 25.1.2021

ABGB: Taschenkommentar, Schwimann/Neumayr

zu § 1325 ABGB (Huber)

I. ABGB > Zweiter Teil Von dem Sachenrechte > Zweite Abteilung Von den persönlichen Sachenrechten > Dreißigstes Hauptstück Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung · Huber · 5. Aufl März 2020

§ 1325 ABGB

Insbesondere
1. bei Verletzungen an dem Körper;
§ 1325. Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten, ersetzt ihm den entgangenen, oder wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftigen entgehenden Verdienst; und bezahlt ihm auf Verlangen überdies ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzengeld.

Fassung JGS 1811/946

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1325 ABGB

Gliederung		Rz
A. Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung		1
B. Die einzelnen Schadensposten des Personenschadens bei Verletzung		2
C. Kapital oder Rente		8
D. Restitution und Kompensation		13
E. Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Ansprüchen		15
F. Bedeutung von Sozialversicherungsleistungen – Regress gem § 332ASVG		16
G. Steuern		25
H. Heilungskosten		26
I. Vermehrte Bedürfnisse		37
J. Erwerbsschaden		53
K. Rehabilitation		98
L. Schmerzengeld		105
M. Schockschaden, Fernwirkungsschaden, Trauerschaden, mittelbarer Schaden		134

A. Körperverletzung und Gesundheitsbeeinträchtigung

1 **Körperverletzung** ist jede **Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit** (gem § 22 auch beim Embryo unter der Voraussetzung einer Lebendgeburt SZ 52/136); eine **äußerlich sichtbare Folge** ist nicht erforderlich (2 Ob 45/93; 2 Ob 79/00g; 7 Ob 103/19a: 1x1 cm großes Metallstück in Konservendose, das zu krankheitsbedingter psychischer Zwangsstörung führte). Körperverletzung ist auch ein **ärztlicher Eingriff ohne ausreichende Einwilligung** mit der Folge der Haftung, auch wenn der Eingriff lege artis erfolgt ist, sich aber ein bestimmtes Risiko verwirklicht hat (10 Ob 50/07m: Arthroskopie im Knie zu Diagnosezwecken, Durchführung einer Operation, die zu Schmerzen führte; 6 Ob 168/10i: Fortsetzung einer Ohroperation, obwohl der angestrebte Erfolg nicht mehr zu erreichen war; 1 Ob 215/11s:

Seite 1720

Schiefzehe, anschließende Bildung von Arthrose und Nekrose), ferner Beeinträchtigungen der Haarpracht (OLG Innsbruck ZVR 1997/118: Haarausfall infolge fehlerhafter Haarbehandlung), oder Haarkürzung ohne Einwilligung (SZ 47/147: Schönheitsberaterin mit hüftlangem Haar). Bei **bloß psychischer Beeinträchtigung** liegt Körperverletzung nur bei **massiver Einwirkung in die psychische Sphäre** vor (2 Ob 99/95; 2 Ob 79/00g; 7 Ob 160/09v: Sexueller Missbrauch); zumindest ist erforderlich, dass sie **behandlungsbedürftig** oder wenigstens ärztlich diagnostizierbar und damit **medizinisch fassbar** ist (stRspr, zB 8 Ob 127/02p; 2 Ob 120/02i; 1 Ob 200/03y),insb dann, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass die Folgen von selbst verschwinden oder zu befürchten ist, dass eine dauernde gesundheitliche Störung zurückbleibt (2 Ob 45/93: Trennungserlebnis eines 20 Monate alten Kindes; 7 Ob 160/09v: Reaktion der Familie auf einen sexuellen Missbrauch einer Minderjährigen). Die Rechtsfolgen des § 1325 werden auch dann ausgelöst, wenn sich **negative Folgen erst geraume Zeit nach der Zufügung eines realen Schadens** einstellen, seien es auch solche im Zuge der **Schadensverarbeitung** (9 Ob 78/99g; ZVR 2000/44: seelische Irritationen aufgrund von Befragungen nach sexuellem Missbrauch des Kindes; ähnlich 7 Ob 160/09v; 4 Ob 200/11g; weiter 1 Ob 200/03y: Psychische Störungen infolge eines Raubüberfalls; 2 Ob 163/06v: Schlaflosigkeit und Erschöpfungszustände erst in der Phase der Betreuung eines schwerstverletzten Kindes). Ein **Feststellungsurteil** hat dabei **keine Bindungswirkung**, dass das haftungsbegründende Verhalten für einen späteren Schaden ursächlich ist (2 Ob 167/10p: Besserung des außen rotierenden Gangbildes im Lauf der Zeit). **Keine Körperverletzung** liegt vor bei **bloßem Unbehagen** und Unlustgefühlen (2 Ob 99/95; 2 Ob 79/00g; 4 Ob 48/16m) sowie bei **Verärgerung** und Aufregung (9 Ob 147/00h).

1a Eine Obliegenheit zur **Schadensminderung** durch Vornahme einer Operation trifft den Verletzten nur dann, wenn sie **einfach und gefahrlos** ist und **ohne nennenswerte Schmerzen sichere Aussicht auf Erfolg** bietet; dass die Operation medizinisch dringend indiziert ist, macht sie nicht unbedingt zumutbar (3 Ob 126/19d: Bei nachfolgender Korrekturoperation Wahrscheinlichkeit von 30 % einer potentiell lebensbedrohlichen Infektion mit multiresistenten Keimen, wobei Ursache zwischen 5 und 16 % auf Voroperation zurückzuführen ist, Rest auf Übergewicht und Bluthochdruck).

1b Sowohl bei Vermögensschaden als auch beim Schmerzengeld ist die Abschätzung weit in der Zukunft liegender Nachteile schwierigbzw mit erheblichen Unwägbarkeiten verbunden. Häufig ist eine **Feststellungsklage** sinnvoll bzw geboten. Damit kommt es zu einer **Unterbrechung der Verjährung** ; jedenfalls wird der **Grund des Anspruchs rechtskräftig festgestellt**, spätere Einwendungen zur quotenmäßigen Kürzung wegen Mitverschuldens oder Betriebsgefahr ausgeschlossen. An die **Zulässigkeit des Feststellungsbegehrens** werden geringe Anforderungen gestellt. Unzulässig ist ein Feststellungsbegehren nur, wenn Spätfolgen „schlechthin und absolut" bzw „gänzlich und bestimmt" bzw „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" ausgeschlossen werden können. Da im Zivilprozess Tatsachenfeststellungen niemals mit absoluter Sicherheit getroffen werden können, ist lediglich ein Beweis der höchsten, eben an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit geboten (2 Ob 11/18h: Ausführliche Auseinandersetzung mit den bisher üblichen Urteilsformeln). Geboten sind entsprechend **präzise Fragestellungen an den Sachverständigen** bzw **klare Formulierungen von tatrichterlichen Entscheidungen**.

B. Die einzelnen Schadensposten des Personenschadens bei Verletzung

2 § 1325 nennt nur **Heilungskosten** und **Erwerbsschaden** sowie das **Schmerzengeld** ; nach § 1325 ebenfalls ersatzfähig sind die **vermehrten Bedürfnisse**. Es handelt sich dabei grundsätzlich um einen **positiven Schaden** (zu Ausnahmen beim Erwerbsschaden unten Rz 53 ff). § 1325 regelt den Haftungsumfangund ist eine Spezialnorm gegenüber den §§ 1323 f. Bei Beeinträchtigung der körperlichen Integrität als absolut geschütztem Rechtsgut besteht grundsätzlich ein **deliktischer Schadenersatzanspruch** unter Einschluss der **Gefährdungshaftung** ; § 1325 gilt aber auch bei **vertraglicher Haftung**, bei der eine Zurechnung des Gehilfenverhaltens nach § 1313a stattfindet.

Seite 1721

3 **Modernere Haftpflichtgesetze** mit detaillierteren Regelungen sind bei der Auslegung **ergänzend heranzuziehen**, insb das **EKHG** (stRspr, zB ZVR 1982/67; ZVR 1984/322).

4 **Heilungskosten** sind der Aufwand zur Verbesserung des Zustands, der bei Betrachtung **ex ante** als **zweckmäßig** zur gänzlichen oder teilweisen Heilung anzusehen ist (ZVR 1984/393; 2 Ob 103/01p; 7 Ob 281/02b; OLG Innsbruck ZVR/223), auch die Kosten einer versuchten Heilung (ZVR 1972/56: Reisekosten). Heilungskosten weisen eine **dynamische Komponente** auf und unterscheiden sich insoweit von den **vermehrten Bedürfnissen**. Solche sind gegeben, wenn ein **nicht mehr veränderbarer Zustand** vorliegt und eine Annäherung an den Zustand wie ohne Verletzung bewirkt werden soll. Die Kosten einer **Perücke** für die Phase des Nachwachsens der Haare sind somit Heilungskosten (OLG Innsbruck ZVR 1997/118); würde die Perücke mangels Nachwachsens der Haare dauerhaft getragen, handelte es sich um vermehrte Bedürfnisse.

5 Bei den **vermehrten Bedürfnissen** geht es um die Aufwendungen, die getätigt werden, um dem Geschädigten in seinem **Privatleben** möglichst eine solche Führung zu ermöglichen, als ob er nicht verletzt wordenwäre (2 Ob 2031/96g; 7 Ob 281/02b). Es handelt sich um die **Schaffung einer Ersatzlage**. Eine **Dauerhaftigkeit** der Behinderung ist nicht erforderlich (2 Ob 104/05s). Die vermehrten Bedürfnisse lassen sich gegenüber den in § 1325 aufgezählten Schadenskategorien wie folgt **abgrenzen** : Bei den **Heilungskosten** geht es um eine Verbesserung des Status quo oder zumindest um eine Verhinderung der Verschlimmerung des Leidens (OLG Innsbruck ZVR 2011/223: Reiten und Schwimmen zur Vermeidung der Zunahme der Spastizität). Vermehrte Bedürfnisse entstehen bei Annäherung an den bisherigen Lebenszuschnitt, auch wenn der Gesundheitszustand sich nicht mehr bessert. Ein **Erwerbsschaden** liegt dann vor, wenn durch **Betätigung der Arbeitskraft ein Vermögenswert** geschaffen oder eine **Marktleistung substituiert** wird (bei Haushaltsdienstleistungen, wenn namentlich ein wirtschaftlich vernünftig denkender Mensch bei Betätigung seiner Arbeitskraft im Beruf wegen eines dort erzielten höheren Entgelts für die Führung des eigenen Haushalts eine Ersatzkraft beschäftigt). Hingegen decken **vermehrte Bedürfnisse** die Tätigkeiten ab, die **jeder selbst** verrichten würde, wenn er gesund ist, bei denen er aber verletzungsbedingt auf fremde Hilfe angewiesen ist. Ist der Geschädigte **infolge der Verletzung auf ein Fahrzeug angewiesen**, sind die Aufwendungen dafür zum Erwerbsschaden zu zählen, wenn er das Fahrzeug für die **Ausübung des Berufs** benötigt, jedoch zu den **vermehrten Bedürfnissen**, wenn es für die Freizeitgestaltung eingesetzt wird (2 Ob 2031/96g: Ersatz für die Anschaffung eines Kfz, unabhängig, ob es für berufsbedingte Fahrten benötigt wird). Gegenüber dem **Schmerzengeld** sind die **vermehrten Bedürfnisse** in der Weise abzugrenzen, dass es bei diesen um **einzelne konkrete Aspekte der Annäherung der Lebensführung des Geschädigten** an die als Gesunder geht, während das **Schmerzengeld** einen Pauschalbetrag für die Bereiche gewährt, in denen das nicht gelingt bzw dem Geschädigten daran nicht gelegen ist.

6 Der **Erwerbsschaden** iSd § 1325 ist die Fähigkeit, in einer der Ausbildung, den Anlagen und der bisherigen Tätigkeit entsprechenden Stellung den Lebensunterhalt zu verdienen (ZVR

1979/232; 2 Ob 38/02f); zu ergänzen ist die Fähigkeit zur Haushaltsführung für andere. Wird das verletzungsbedingt entfallende Erwerbseinkommen durch den Schadenersatzanspruch substituiert, kann die verletzte Person vom Unterhaltspflichtigen keine Erhöhung des Unterhalts begehren (10 Ob 42/17z: Begehren auf Unterhaltserhöhung nach einvernehmlicher Scheidung nach § 55a Abs 2 EheG). Es kommt beim Erwerbsschaden nicht auf die medizinisch-physiologische Arbeitsfähigkeit oder die Minderung der Erwerbsfähigkeit iS des Sozialversicherungsrechts an (stRspr, zB ZVR 1979/232; 2 Ob 161/98k; 2 Ob 324/00m; 2 Ob 81/15y). Maßgeblich sind die **Auswirkungen beim jeweils ausgeübten Beruf bzw der jeweiligen Haushaltstätigkeit**. Ein verkrüppelter Finger verhindert bei einem Klavierspieler die bisherige Berufsausübung (ZVR 1979/232), während eine solche Verletzung bei einem Fußballspieler ohne Auswirkung bleibt. Ob die Erwerbsfähigkeit beeinträchtigt ist, ist eine Tatfrage. Ein Erwerbsschaden liegt auch dann vor, wenn zwar die Erwerbsfähigkeit in vollem Umfang wiederhergestellt ist, der nunmehr Gesunde aber keine Arbeit findet (SZ 51/91). Ein zentrales Problem sind die Unsicherheiten der **Erwerbsprognose** (2 Ob 15/07f: Verdienstentgang eines türkischen Saisonarbeiters; die Unwägbarkeit der

Seite 1722

Verlängerung einer saisonal erteilten Beschäftigungsbewilligung geht zu seinen Lasten). Sowohl die Wirtschaftskrise sowie die Corona-Pandemie – ein vorübergehendes Phänomen? – als auch dienicht mehr stets ununterbrochenen Erwerbsbiografien führen zur Zunahme der Prognoseprobleme. Im Fall einer Verletzung der nachvertraglichen Fürsorgepflicht hat der OGH bei einem Arbeitsvertrag angenommen, dass der Erwerbsschaden nur bis zum Ende der Probezeit des neuen Arbeitsverhältnisses reicht, weil selten nachweisbar sei, wie dieses weiterverlaufenwäre (9 Ob 56/11t: Vereitelte neue Arbeitsstelle durch früheren Arbeitgeber mit marktbeherrschender Stellung). Jedenfalls bei einer Körperverletzungwäre dieser Ansatz viel zu restriktiv; vielmehr ist dem Anspruchsteller ein **Schätzungsbonus** einzuräumen, weil der Schädiger ihn in diese missliche Beweislage gebracht hat. Bei einem Selbständigen hat der OGH (2 Ob 159/18y: Fensterbauer, dessen 1-Mann-GmbH verletzungsbedingt liquidiert werden musste) – zu Recht – gebilligt, dass sein Verdeinstentgang ohne Verletzung jedenfalls um die **Geldentwertung valorisiert** wird.

6a Ersatzfähig sind **frustrierte Aufwendungen** infolge der Verletzung einer Person, wenn es sich um eine **zeitlich konkrete Nutzung** einer **einmalig erworbenen Rechtsposition** handelt, nicht aber die allgemeinen, zeitweilig leer laufenden Lebenshaltungskosten. Das gilt dann umso mehr für Abstandszahlungen, wenn solche Gegenleistungen nicht in Anspruch genommen werden (2 Ob 113/09w: € 500 verletzungsbedingte Stornokosten für eine gebuchte Indienreise); Näheres in § 1393 Rz 8a und b.

7 Das **Schmerzengeld** ist ein ideeller Schaden, der mit Ausnahme des § 213aASVG dem Geschädigten ohne Klärung der Frage zusteht, ob ein Rechtsübergang auf den Sozialversicherungsträger nach § 332ASVG stattgefunden hat. Die Bemessung ist in hohem Maße vom richterlichen Ermessen abhängig. Namentlich bei **schweren und schwersten Verletzungen** hat in den letzten Jahrzehnten eine **Steigerung** stattgefunden, die **beträchtlich über der Inflationsrate des Verbraucherpreisindexes** liegt. In vielen Fällen wird bei der Regulierung des Personenschadens das Schmerzengeld in seiner Gewichtigkeit überschätzt. Die Abgeltung für Pflegedienstleistungen sowie für die Beeinträchtigung der Haushaltstätigkeit und der beruflichen Erwerbsarbeit machen meist ein Vielfaches aus.

C. Kapital oder Rente

8 Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution hat der Geschädigte Anspruch auf einen **Kapitalbetrag** oder bei zukünftigem Schadenseintritt uU auf eine **Rente** ; Anspruch auf einen Kapitalbetrag besteht für die **Heilungskosten**. Bei den **vermehrten Bedürfnissen** ist grundsätzlich eine Rente geschuldet. Für ein erforderliches **Gebrauchsgut** sowie dessen Ersetzung in der Zukunft kann aber ein **Kapitalbetrag** verlangt werden, etwa für einen behindertengerechten Wohnsitz, ein entsprechendes Fahrzeug oder einen Treppenlift (2 Ob 48/14v). Zu bedenken ist freilich, dass der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die **Instandhaltung** und die **Betriebskosten** dieses Gebrauchsgutes erfasst, sodass für diese

künftigen Aufwendungen eine Rente zusteht. Geschuldet sind auch Abbruchkosten; insoweit kann freilich kein Vorschuss begehrt werden, weil die Fälligkeit nicht absehbar ist (2 Ob 48/14v). Das **Schmerzengeld** ist im Regelfall in Form eines Kapitalbetrags zu leisten; nur ausnahmsweise wird auf Verlangen des Verletzten eine Rente zuerkannt. Der – künftige – **Erwerbsschaden** kann in Form einer Rente ersetzt verlangt werden, weil eine solche Schadensrente als künftige Alimente nach § 406 S 2 ZPO qualifiziert wird (ZVR 1975/198; 1 Ob 211/14g: Allerdings in concreto abgelehnt, weil Anspruchsgrund nicht eine Körperverletzung oder Gesundheitsbeeinträchtigung bzw Freiheitsentziehung war, was § 1325 voraussetze, sondern eine gegen § 9StPO und Art 6 Abs 1EMRK verstoßende überlange Verfahrensdauer, sodass ein **bloßer Vermögensschaden** gegeben sei, nämlich die Unmöglichkeit, eine andere Stelle im Bankensektor wegen des so langen Finanzstrafverfahrens, bei dem schlussendlich ein Freispruch erfolgte, zu erlangen; ebenso 1 Ob 54/20b: Versagung einer künftigen Rente bei unberechtigtem Übergehen von Beförderungen; weshalb soll aber unter Wertungsgesichtspunkten eine unterschiedliche Behandlung bezüglich des Zuspruchs einer künftigen Rente angezeigt sein, ob es sich um einen Eingriff in ein absolutes Rechtsgut oder einen reinen Vermögensschaden handelt? ME

Seite 1723

wäre daher eine Analogie zu § 1325 berechtigt gewesen), sofern es sich nicht um ein bestimmtes Projekt handelt (2 Ob 56/95: Kapitalzahlung bei Errichtung eines Eigenheims). Bis zur **Konsolidierung der Verletzung** gebührt ein Kapitalbetrag. Möglich ist auch die Kombination von Feststellungsbegehren und jeweils **Abrechnung einer Periode (ein Jahr) im Nachhinein** ; das führt zwar zu präziseren Ergebnissen, ist aber mit **erheblichem Regulierungsaufwand** verbunden. Soweit eine Leistungsklage erhoben werden kann, führt eine – insoweit – unzulässige Feststellungsklage zu keiner Unterbrechung der Verjährung (1 Ob 214/15z: Mobbing gegenüber einem Grundbuchsführers, Versetzung in die Frühpension infolge Mobbings). Die Unterscheidung zwischen Kapital und Rente spielt auch beim **Deckungskonkurs** nach Erschöpfung der Versicherungssumme der Haftpflichtversicherung eine Rolle; ein Rentenanspruch kann dabei nicht dadurch in einen für den Geschädigten und den persönlich haftenden Schädiger günstigeren Kapitalbetrag umgewandelt werden, indem der akkumulierte Rentenbetrag nach einem Feststellungsurteil jeweils für die Vergangenheit als Kapital verlangt wird (2 Ob 227/11p). Der Zuspruch einer künftigen Rente setzt ein entsprechendes Begehren voraus; steht materiell-rechtlich eine Rente zu, wird aber ein Kapitalbetrag verlangt, ist das Begehren abzuweisen (5 Ob 175/14t: Künftiger Pensionsschaden; 1 Ob 146/16a: Anspruch nach dem StEG). Sollten Zweifel über die Ersatzmodalität bestehen (Kapital oder Rente), sollte der Kläger ein **Eventualbegehren** stellen. Reduziert der Anspruchsteller ggü dem Kfz-Haftpflichtversicherer sein Rentenbegehren, um den Einwand der Kürzung der Rente wegen des Deckungskonkurses abzuwenden, erscheint es mE treuwidrig, in der Folge eine Erhöhung wegen veränderter Umstände (Erhöhung der Dienstbezüge zu verlangen. Der OGH versagt dem ersatzpflichtigen Haftpflichtversicherers aber den Einwand des Deckungskonkurses, wenn für diesen die schlussendlich vom Anspruchsteller begehrten Erhöhungen vorhersehbar waren (2 Ob 142/16w: Erwerbsschaden eines Polizisten).

9 Auch bei einem Rentenanspruch für künftigen Schaden kann der **Geschädigte** analog § 14 Abs 3 EKHG **aus wichtigem Grund** eine **Kapitalabfindung wählen** (stRspr, zB SZ 34/27; SZ 40/56; SZ 41/155); den wichtigen Grund hat der Geschädigte zu beweisen (ZVR 1990/121). Die Kapitalabfindung muss freilich dem **Schädiger wirtschaftlich zumutbar** sein, was bei Einstandspflicht einer Kfz-Haftpflichtversicherung stets der Fall ist (ÖJZ 1973/260). Der Schädiger soll dadurch nicht stärker und nicht weniger belastet werden als bei einer Rente (ZVR 1989/107). Das Fehlen jüngerer Judikatur ist damit zu erklären, dass über die Voraussetzungen und den Umfang der Kapitalabfindung nicht bis zum Höchstgericht prozessiert wird. Im Rahmen der außergerichtlichen Regulierung hat die Kapitalabfindung durchaus Bedeutung.

10 Häufig können aber der Geschädigte und sein Anwalt die Nachteile einer Kapitalabfindung gegenüber einer Rente nicht zutreffend beurteilen. Der **Abzinsungsfaktor von 5 oder 5,5 %** ist bei der heutigen Verzinsung mündelsicherer Anlagen unter Berücksichtigung derKESt **viel zu hoch**. Je höher der Zinssatz, umso geringer der Kapitalbetrag. Renten müssen **indexiert** werden. Die Verwendung **aktueller Sterbetafeln** spielt bei lebenslangen Renten eine wichtige Rolle. Schon um den Vorwurf eines anwaltlichen Kunstfehlers zu vermeiden, sollte der

Geschädigtenanwalt bei einer Kapitalabfindung einen – unabhängigen – Versicherungsmathematiker beiziehen. Sollte über die Festlegung der Determinanten der Ermittlung des Barwertes keine Einigkeit erzielt werden, ist es für den Geschädigten meist vorzugswürdig, auf die Kapitalabfindung zu verzichten.

11 Die **Rentenbemessung** hat nach den Verhältnissen zum Schluss der mündlichen Verhandlung 1. Instanz zu erfolgen (2 Ob 79/97z). Die Rspr ist in Bezug auf die **Einbeziehung künftiger Umstände** restriktiv: Nur **greifbare Anhaltspunkte** für eine zu einem bestimmten Zeitpunkt eintretende Änderung in einem bestimmten Umfang sind zu berücksichtigen (2 Ob 82/00y: Absehbar, dass die Verletzte ab einem bestimmten Zeitpunkt anstelle einer Halbtags- eine Ganztagsbeschäftigung ausgeübt hätte; 2 Ob 142/16w: Einkommenssteigerungen eines Polizisten). Ansonsten wird auf die **Umstandsklausel** bei der Rente verwiesen (2 Ob 79/97z: Verdienstentgangsrente). Bei der Anpassung trifft die **Beweislast** für eine Erhöhung den Geschädigten (ZVR 1985/11), für eine Herabsetzung den Ersatzpflichtigen (ZVR 1975/168). Die Geltendmachung kann durch Klage (2 Ob 228/04z) oder Oppositionsklage erfolgen (3 Ob 193/

Seite 1724

00d), soweit es sich um eine nicht vorhersehbare Entwicklung handelt (1 Ob 155/97v: Zu einer Rente nach § 1327); auch die Geldwertverdünnung ist zu berücksichtigen (JBl 1985, 551); wegen § 8 Abs 2 EO scheitert die Bindung der Rente an einen Index nicht am **Bestimmtheitserfordernis** (2 Ob 79/97z: Keine Bindung einer Erwerbsschadensrente eines in Ungarn beschäftigten Geschädigten an den österr Verbraucherpreisindex, weil Einkommensentwicklung in Ungarn einen ganz anderen Verlaufnehmen kann als in Österreich; 2 Ob 142/16w: Keine Bindung der Erwerbsschadensrente eines Polizisten an den Verbraucherpreisindex). Unter Berufung darauf hat der OGH (2 Ob 27/16h: Gesellschafter-Geschäftsführer einer 1-Mann-GmbH) ausgesprochen, dass eine künftige Erwerbsschadenrente weder an den Verbraucherpreisindex noch an den Anpassungsfaktor des § 108fASVG gebunden werden könne. Das ist deshalb bedenklich, weil es jedenfalls in 2 Ob 27/16h durchaus plausibel ist, dass ein Unternehmer seinen Gewinn jährlich jeweils um die Inflation steigert; für die Einkommensentwicklung in Ungarn (2 Ob 79/97z) mag der österreichische Verbraucherpreisindex in der Tat keine taugliche Anknüpfung sein. Bei Indexierung nach dem Verbraucherpreisindex wird immerhin die **Schaffung einer Ersatzlage** bewirkt; der Verweis auf die Anpassung bei geänderten Verhältnissen benachteiligt jedoch typischerweise den Geschädigten (dazu sogleich Rz 12). Außer bei einem Verstoß gegen Denkgesetze ist die **Bemessung der künftigen Rente nicht revisibel** (ZVR 1987/113; ZVR 1988/130; 2 Ob 38/02f).

12 Die Zurückhaltung der Gerichte beider **Berücksichtigung künftiger Umstände** bei Bemessung der **Rentenhöhe** wirkt sich typischerweise zulasten des Geschädigten aus: Eine **Anpassung der Rente** kann stets bloß bei **wesentlicher Änderung** vorgenommen werden und dann lediglich für die **Zukunft**, jedenfalls aber wegen § 1480 **nicht für länger als 3 Jahre zurück**. Zwar ist das Ausmaß der künftigen Inflation nicht exakt vorhersehbar; dass es eine absolute Geldwertstabilität gibt, ist aber gewiss die unwahrscheinlichste Entwicklung. Eine **indexgebundene Rente** sollte der **Regelfall** und nicht – wie heute noch üblich – die Ausnahme sein (aA 2 Ob 142/16w: Erwerbsschaden eines Polizisten; Zuspruch einer nominell gleich bleibenden Rente).

D. Restitution und Kompensation

13 Auch § 1325 als Spezialregelung zu den §§ 1323 f steht im **Spannungsverhältnis zwischen Restitution und Kompensation** : Der Anspruch auf Heilungskosten, vermehrte Bedürfnisse, die Einstellung einer Ersatzkraft im Rahmen vermehrter Bedürfnisse oder des Erwerbsschadens – im Haushalt wie im Beruf – sowie Rehabilitationsmaßnahmen sind Ausprägungen der **Restitution** ; folglich sind derartigeAufwendungen nur als Vorschuss bzw bei Nachweis ihres Anfalls zu ersetzen. Der – neben der Einstellung einer Ersatzkraft oder vergleichbaren Maßnahmen (unentgeltliches Einspringen Dritter, überobligationsgemäße Anstrengung des Verletzten) verbleibende – Verdienstentgang sowie das Schmerzengeld sind Formen der **Kompensation**, bei der es auf eine **widmungsgemäße Verwendung des Ersatzbetrags nicht** ankommt.

14 Da die **körperliche Integrität** ein **Rechtsgut mit besonders hoher Wertigkeit** ist, ist die **Tunlichkeitsschwelle** gegenüber dem Sachschaden zugunsten des Geschädigten hinausgeschoben. Ferner ist eine Bündelung der **Aktivlegitimation** beim unmittelbar Verletzten sinnvoll. Das Problem stellt sich namentlich dann, wenn Dritte – unentgeltlich, häufig in Erfüllung einer Unterhalts- oder Beistandsverpflichtung – einspringen und für den Zustand sorgen, der schadenersatzrechtlich geschuldet ist (2 Ob 238/07z: Erwerbsschaden eines Gesellschafters einer Personengesellschaft, Bündelung der Aktivlegitimation schon aus prozessökonomischen Gründen sinnvoll). Die **objektiv-abstrakte Schadensberechnung** kann nur im Rahmen des **Wertersatzes** eine Rolle spielen. Betont wird, dass gerade bei einer Personenverletzung die Objektivierung unbefriedigend sei, weil diese stets von den jeweils konkreten Umständen abhängig sei (2 Ob 231/99f). Der OGH verzichtet in zunehmendem Ausmaß auf diese, weil das Ergebnis durch andere Ansätze überzeugender begründet werden kann.

Seite 1725

E. Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Ansprüchen

15 Die einzelnen Schadenskategorien des § 1325 stehen teilweise zueinander in **Wechselbeziehungen** wie der **Inhalt kommunizierender Gefäße** : Bei Unterbleiben der **Heilbehandlung** (zB Verzicht auf eine kosmetische Operation) hat das Schmerzengeld höher auszufallen (2 Ob 82/97s). Wird ein konkreter Bedarf nicht im Rahmen der **vermehrten Bedürfnisse** abgedeckt, erhöht dies das Schmerzengeld (dazu 2 Ob 10/91: Argumentation gerade gegenläufig, kein Anspruch auf die Errichtung eines Schwimmbades an einen jugendlichen Verletzten mit Unterschenkelamputation wegen der Berücksichtigung dieses Umstands beim Schmerzengeld). Die Verpflegungsersparnis bei einem Krankenhausaufenthalt kann nicht sowohl bei den Heilungskosten als auch beim Erwerbsschaden abgezogen werden. Bisher dürfte freilich kaum berücksichtigt worden sein, dass die Kosten für ein Fahrzeug oder den Wohnsitz – nicht dessen behindertengerechte Ausstattung – im späteren Leben aus dem Erwerbseinkommen bestritten worden wären, sodass insoweit beim Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse eine Kürzung angebracht ist.

F. Bedeutung von Sozialversicherungsleistungen – Regress gem § 332ASVG

16 Gem § 332ASVG (ähnlich: § 125 B-KUVG, § 178 BSVG, § 190 GSVG) gehen zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses zeitlich, persönlich und sachlich mit **Sozialversicherungsleistungen korrespondierende Schadenersatzansprüche** gegen den Ersatzpflichtigen vom Verletzten auf den **Sozialversicherungsträger** über. Die beim Verletzten verbleibenden Anspruchsteile und die auf den Sozialversicherungsträger übergehenden haben in der Folge ein **getrenntes Schicksal** (insb in verjährungsrechtlicher Hinsicht). Der Anspruchsübergang nach § 332ASVG erfolgt im Zeitpunkt des Eintritts des realen Schadens beim Verletzten, mit der Folge, dass der Verletzte darüber **nicht mehr disponieren** kann. Bei freiwilligen Versicherungsleistungen findet ein Anspruchsübergang jedoch wie nach § 67 VersVG erst mit Leistungserbringung statt (zurAbgrenzung zwischen Pflichtleistungen, freiwilligen Leistungen und nicht rein freiwilligen, somit ermessensgebundenen Leistungen 2 Ob 163/08x). Aus der Sicht des Sozialversicherungsträgers ist der Forderungsübergang im Zeitpunkt des realen Schadens des Verletzten deshalb bedeutsam, damit eine **Verfügung** des – womöglich unbedarften – **Geschädigten zulasten des Sozialversicherungsträgers durch einen Abfindungsvergleich** mit dem Ersatzpflichtigen bzw dessen Haftpflichtversicherer ausgeschlossen wird. Schließt der Verletzte mit dem Haftpflichtversicherer einen Vergleich, bei dem eine abschließende Regelung erfolgt und eine Globalsumme ausbezahlt wird, sollte der Geschädigte einen Vorbehalt sowie eine verjährungsrechtliche Absicherung in Bezug auf die Anspruchsteile machen, bei denen bei Vergleichsschluss von einer künftigen Leistungspflicht des Sozialversicherungsträgers ausgegangen wurde, die aber vom Sozialversicherungsträger wegen Einstellung seiner Leistungen tatsächlich nicht erbracht wird. Das ist infolge der demografischen Entwicklung nicht von der Hand zu weisen. Bei einem entsprechenden Vorbehalt kann der Anspruchsteller diese Anspruchsteile vom Ersatzpflichtigen verlangen, der sich den Regress des

Sozialversicherungsträgers erspart. Unterlässt der Geschädigtenanwalt einen solchen Vorbehalt, ist das ein anwaltlicher Kunstfehler.

17 Der Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers ist **doppelt begrenzt**, einerseits durchdie vom **Sozialversicherungsträger zu erbringenden Leistungen**, andererseits durch den **Schadenersatzanspruch des Verletzten gegen den Schädiger**. Bei nicht vollständiger Deckung des Schadens durch Ersatzanspruch plus Sozialleistung – bei Mitverschulden des Geschädigten oder betraglich beschränkter Haftung, etwa nach dem EKHG – nimmt der OGH ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage ein **Quotenvorrecht des Sozialversicherungsträgers** an. Aus dem um das Mitverschulden gekürzten Schadenersatzanspruch kann sich zunächst der regressierende Sozialversicherungsträger befriedigen; erst ein allfälliger Rest bleibt beim Verletzten (SZ 56/173; 2 Ob 178/04x; 10 Ob 34/10p). Das ist in der Lit vereinzelt zu Recht auf Kritik gestoßen, weil die Anspruchsberechtigten für die empfangenen Leistungen Sozialversicherungsbeiträge abführen, wodurch sie sich die Gegenleistung „verdienen". Das Argument des OGH (2 Ob 207/14a), dass die Abänderung dieser Rechtslage Aufgabe des Ge

Seite 1726

setzgebers sei, ist insofern unzutreffend, als es nämlich keine gesetzliche Regelung dafür gibt; der OGH müsste – bloß, aber immerhin – von seiner bisherigen Rechtsprechung abgehen.

18 Der Regressanspruchdes **Sozialversicherungsträgers** hat jedoch **keine** Sonderstellung, wenn das der **Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Ersatzpflichtigen** oder die **Deckungssumme der Haftpflichtversicherung** nicht ausreicht; dann erfolgt konkursmäßig eine quotenmäßige Befriedigung (SZ 58/78: Gleicher Rang zwischen Ansprüchen des Verletzten und der Sozialversicherungsträger). Lediglich ein **gerichtlich festgestellter Schmerzengeldanspruch** ist bei unzureichender Deckungssumme gem § 336 S 2ASVG vorrangig zu befriedigen. Der Schadenersatzanspruch geht auch dann auf den Sozialversicherungsträger über, wenn der Kfz-Haftpflichtversicherer im Verhältnis zum Versicherungsnehmer bzw Versicherten leistungsfrei ist und dem Verletzten nur nach § 158c VersVG haftet (ZVR 1976/52).

19 Für den Übergang sind bei den **Heilungskosten** die Selbstkosten des Sozialversicherungsträgers bei Behandlung des Verletzten in einer eingegliederten Anstalt maßgeblich (ZVR 1966/66). Als **vermehrte Bedürfnisse** sind beim Pflegegeld die Aufwendungen für Verrichtungen sachlich kongruent, bei denen ein Kranker auf fremde Hilfe angewiesen ist (SZ 44/24) sowie die Haushaltsführung für sich selbst (2 Ob 150/04d; 10 Ob 34/10p). Beim eigenen **Haushaltsführungsaufwand** wird angenommen, dass bei einem 2-Personen-Haushalt die **Hälfte** der Zeit auf die Haushaltsführung für sich selbst entfällt, mit der Folge, dass nur dieser Anspruchsteil kongruent zum Pflegegeld ist (ZVR 1989/16; 2 Ob 86/95; 2 Ob 150/04d); bei einem 3-Personen-Haushalt ist das dementsprechend bloß ein **Drittel** (6 Ob 11/10a: Selbst dann, wenn das zu betreuende Schulkind am Nachmittag im Hort ist) – es erfolgt somit eine Quotelung nach Kopfteilen; auszuklammern sind diesbezüglich die Arbeiten in Haus und Garten (JBl 1989, 654).

20 Beim **Erwerbsschaden** sind jene Sozialleistungen **sachlich kongruent**, die das **Erwerbseinkommen substituieren** sollen, wie das Krankengeld (ZVR 1985/39), das Arbeitslosengeld (SZ 43/130), die Versehrtenrente (stRspr, zB 2 Ob 51/02t; 1 Ob 165/06f; 2 Ob 226/07) und die Invaliditätspension (stRspr, zB 2 Ob 59/94; 2 Ob 2380/96v; 2 Ob 323/97g). Tritt bei einer ersten Verletzung zwar eine allgemeine Minderung der Erwerbsfähigkeit ein, aber keine Einkommenseinbuße, steht dem Sozialversicherungsträger mangels rechnerischen Schadens beim Verletzten kein Regressanspruch zu. Kommt es in der Folge zu einer weiteren Verletzung, die zur Arbeitsunfähigkeit führt, steht dem Sozialversicherungsträger nach der Zweitverletzung ein voller Regress für die zu entrichtende Versehrtenrente zu, so als ob die erste Verletzung nicht bestanden hätte (2 Ob 134/14s: Querschnittslähmung bei 2. Arbeitsunfall). Bejaht wird ein **Regressanspruch** wegen entgehender **Trinkgelder** (2 Ob 69/04d), bei Einkommen aus **Schwarzarbeit** (RZ 1976/79; ZVR 1978/293) sowie bei einer allenfalls nicht sozialversicherungspflichtigen **Nebentätigkeit** (2 Ob 207/14a: Fußballtrainer), nicht aber in

Bezug auf den Erwerbsschaden einer Hausfrau (ÖJZ 1972/2). In der Lit wird darauf hingewiesen, dass ein Übergang fragwürdig sei, soweit für das vereitelte Erwerbseinkommen keine Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden. Darauf kommt es aber gerade nicht an, weshalb der – im Gegensatz zu Deutschland – versagte Regress des Sozialversicherungsträgers beim Erwerbsschaden des Haushaltsführers bedenklich ist und bei diesem zu einer Überkompensation führt.

21 Der Regressanspruch besteht auch bei **Bezuschussung der Lohnfortzahlung** des Arbeitgebers durch einen Sozialversicherungsträger nach § 53bASVG sowie bei der Bezuschussung eines Arbeitsplatzes an den Arbeitgeber in Gestalt der **Übernahme der Kosten für einen Arbeitshelfer**, damit dieser den verletzten Arbeitnehmer weiterbeschäftigt (2 Ob 163/08x: Rauchfangkehrergeselle). Ungeachtet der Auszahlung der Sozialleistung an den Arbeitgeber wurde die **persönliche Kongruenz** zu Recht bejaht. Erhält der Sozialversicherungsträger – etwa von einer Gebietskörperschaft – einen Zuschuss für die von ihm erbrachte Heilmaßnahme, muss folgerichtigerweise Entsprechendes gelten.

22 Der OGH verneint den Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers bei der **Notstandshilfe** (SZ 43/130; ZVR 1976/29; 2 Ob 345/00z), weil der Verletzte darauf **keinen durchsetzbaren Anspruch** habe; da die Sozialleistung nicht den Schädiger entlasten soll, ist die Anrechnung zu versagen (2 Ob 120/00m; 6 Ob 260/03h). Die Folge ist freilich das merkwürdige

Seite 1727

Ergebnis, dass der Verletzte Ausgleich seinesSchadens während der Phase des Bezugs von Arbeitslosengeld bekommt, während **ab dem Bezug der Notstandshilfe eine Überkompensation** erfolgt. Es sollte daher auch in diesem Fall ein Regressanspruch bejaht werden. Sachgerecht ist indes ein Anspruchsübergang erst bei Erbringung der Leistung, damit der Anspruchsberechtigte nicht zwischen zwei Stühlen sitzt.

23 Die **erhöhte Familienbeihilfe** wegen der Kindesverletzung muss sich das **verletzte Kind** nicht auf den Schadenersatzanspruch wegen erforderlicher Pflegedienstleistungen anrechnen lassen, weil dadurch nicht der Schädiger entlastet werden soll (8 Ob 27/09t). Entsprechendes gilt bei **wrongful birth** (1 Ob 203/18m: Trisonomie 21 bei Pränataldiagnostik nicht erkannt, Kindwäre nicht geboten worden). Bei sachlicher Kongruenz sollte der Regress aber nicht daran scheitern, dass die Familienbeihilfe an die Eltern treuhänderisch ausbezahlt wird. Staatliche Unterstützungsleistungen erfolgen in unterschiedlicher Gestalt (Transferleistung an verletzte Person, an die Eltern, steuerliche Vergünstigung); nicht immer ist eine Legalzession vorgesehen. Wertungsgesichtspunkte sprechen für eine **einheitliche Handhabung**, somit für eine Anrechnung beim Anspruchsteller und einen Regress des Drittleistenden. Während in 1 Ob 203/18m (wrongful birth) das Pflegegeld des Kindes auf den Ersatzanspruch der Eltern angerechnet wurde, wurde eine Anrechnung des Pflegegeldes in 2 Ob 179/18i (Haushaltsführung zugunsten des Schwagers) versagt. Wertungsgesichtspunkte sprechen für eine Gleichbehandlung iS der Anrechnung. Sofern man das nicht für machbar ansieht, ist eher eine Doppelliquidation beim Anspruchsteller in Kauf zu nehmen, weil der Drittleistende das eher in Kauf nimmt, als den Schädiger zu entlasten (so 1 Ob 203/18m). Die Umstellung des vom vorangehenden sozialversicherungspflichtigen Arbeitseinkommen abhängigen Karenzgeldes zu einem davon unabhängigen **Kinderbetreuungsgeld** hat dazu geführt, dass Letzteres – abweichend vom Karenzgeld (2 Ob 17/99k; ebenso Kinderzuschuss bei Invaliditätspension 2 Ob 184/04g) – nicht mehr als Lohnersatzleistung qualifiziert wird und damit eine sachliche Kongruenz zum Erwerbsschaden zu verneinen ist (2 Ob 59/07a).

24 Das **Schmerzengeld** ist der Schadensposten, bei dem es nur hinsichtlich der **Integritätsabgeltung gem § 213aASVG** eine sachlich kongruente Leistung gibt. § 332 Abs 1 S 3ASVG, wonach Ansprüche auf Schmerzengeld auf den Sozialversicherungsträger nicht übergehen, ist daher **teleologisch zu reduzieren**. Wenn die Leistungspflicht eines weiteren Schädigers gegeben ist, besteht ein Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers gegenüber diesem in Bezug auf die dem Schmerzengeld funktional entsprechende Integritätsabgeltung (9 ObA 84/93; 2 Ob 185/99s).

G. Steuern

25 Löst die Schadenersatzleistung eine **Pflicht zur Zahlung von ESt** aus, ist das bei der Ersatzbemessung zu berücksichtigen (dazu Rz 97). Folglich ist dem Geschädigten die vom Schadenersatzbetrag zu zahlende ESt zusätzlich zu ersetzen (2 Ob 68/95; 2 Ob 79/97z; 2 Ob 147/98a; 2 Ob 1/15h), wovon er abermals ESt zu entrichten hat (2 Ob 38/02f; OLG Wien ZVR 2000/32). Die **Fälligkeit der Steuer** ist nicht Voraussetzung für die Berücksichtigung bei der Bemessung des Ersatzanspruchs (SZ 60/67: Rente nach § 1327; 2 Ob 68/95; 2 Ob 147/98a), schon gar nicht deren **Bezahlung** (OLG Wien EF 78.537). Lässt sich die künftige Steuerbelastung abschätzen, kann es sinnvoll sein, diese in einem **Pauschbetrag** zuzusprechen (SZ 60/67). Ansonsten kann der Geschädigte nach der allgemeinen Regel des § 1323 einen **Vorschuss** verlangen, über dessen **widmungsgemäße Verwendung** er abrechnen muss. Ungeachtet eines Feststellungsurteils ist die 3-jährige Frist des § 1480 zu beachten (2 Ob 33/09f: Rente auf Pflegeaufwand). Der OGH (2 Ob 210/07g: Zu einem Rentenanspruch nach § 1327) meint zutr, dass **auch das oberste Zivilgericht keine selbständige Prüfung der Vorfrage** vornimmt, ob eine Steuerpflicht besteht oder nicht; maßgeblich ist vielmehr die Steuervorschreibung an den Geschädigten durch das Finanzamt. Unterschiedliche Ansichten bestehen über die Anwendung des § 67 Abs 8 lit a und cEStG auf die Verdienstentgangsentschädigung (OLG Linz Zak 2018/372: Fünftelregelung nicht anzuwenden; ggtl LStR2002 Rz 656c). Sind die Parteien unsicher, ob eine bestimmte Schadenersatzleistung der ESt unterliegt, sollte im Urteil oder Ver

Seite 1728

gleich festgehalten werden, dass bei Anfall von ESt – sei es auch nur im Zuge einer Betriebsprüfung – der Schädiger zu deren Ersatz verpflichtet ist, damit dem Geschädigten der ihm gebührende Nettobetrag verbleibt.

H. Heilungskosten

26 Bei den **Heilungskosten** erfolgt nur in dem von Sozialversicherungsleistungen nicht gedeckten Bereich eine **direkte Auseinandersetzung** zwischen dem Verletzten und dem Schädiger. Eine **Obliegenheit** des Geschädigten zur **Vornahme eines ärztlichen Eingriffs** besteht nur dann, wenn der Eingriff einfach, gefahrlos und ohne nennenswerte Schmerzen Aussicht auf Erfolg verspricht (ZVR 1983/276; 3 Ob 126/19d). Nicht nur bei Handwerkerleistungen sind Verböserungen möglich; das gilt für Eingriffe von Ärzten in gleicher Weise. Das spricht für **äußerste Zurückhaltung** bei Annahme eines Verstoßes gegen die Schadensminderungsobliegenheit.

27 Die **Ersatzfähigkeit der höheren Gebührenklasse** bejaht der OGH dann, wenn diese **medizinisch geboten** (ZVR 1977/15; 2 Ob 231/99f) oder doch ein **günstigeres Behandlungsergebnis** zu erwarten war (ZVR 1977/15; ZVR 1977/226). Die Konsultierung eines Privatarztes wird gebilligt, wenn zu diesem ein **besonderes Vertrauensverhältnis** besteht (2 Ob 284/01f: Betrauung des langjährigen Hausarztes; Mehrkosten gegenüber dem Ambulatorium der Gebietskrankenkasse). Die Ersatzfähigkeit einer privatärztlichen Behandlung in einer Privatklinik wird namentlich dann bejaht, wenn ihr eine **fehlerhafte Behandlung in einem öffentlichen Krankenhaus vorausgegangen** ist (10 Ob 24/05k: Fehlbehandlung eines Bandscheibenleidens; OLG Innsbruck ZVR 1999/27: Privatarztbehandlung nach unzureichender Behandlung in Universitätsklinik).

28 Darüber hinaus werden die Kosten einergehobenen Gebührenklasse dann ersetzt, wenn diese den **Lebensverhältnissen des Geschädigten** entspricht und der Geschädigte sich das bei **Selbsttragung des Schadens** geleistet hätte (SZ 43/32: Begüterter Landwirt; ZVR 1977/226: Pensionierter Schuldirektor; 2 Ob 284/01f: Frau eines Anwalts; demgegenüber ZVR 1977/15: öS 6000 Monatseinkommen, daher 2. Klasse). Das Kriterium der **Selbsttragung des Schadens** ist für eine abschließende Beurteilung unangebracht, weil es nicht nur einen Unterschied machen kann, sondern auch machen darf, ob eine Überwälzung auf einen Schädiger möglich ist. Bei Selbsttragung nimmt der Geschädigte – mitunter wegen seiner begrenzten Mittel – Notlösungen in Kauf; der Schädiger schuldet aber volle Restitution. Selbst wenn man auf die Verhältnisse des Geschädigten abstellt,wäre maßgeblich, wie der **Verletzte diese Phase des Lebens als**

Gesunder verbracht hätte. Bei Anlegung dieses Maßstabs, nämlich der Herstellung einer Ersatzlage, wird man so gut wie jedem Geschädigten die gehobene Pflegeklasse zugestehen müssen, weil kaum jemand –insb in der Nacht – im Privatleben dem Schnarchen oder den Ausdünstungen anderer Menschen ausgesetzt ist, sondern allein oder in der Nähe des von ihm ausgewählten (Ehe-)Partners schläft. Weitere Kriterien für den Zuspruch wie Alter (ZVR 1977/226: Geschädigter über 80 Jahre) oder besonders schweres Verschulden (OLG Linz ZVR 1995/47: Einer Frau vorsätzlich zugefügte Schnittwunden) bedarf es dann nicht.

29 Bei **Außenseitermethoden** ist grundsätzlich darauf abzustellen, dass eine zumutbare Behandlung nach wissenschaftlich anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst nicht zur Verfügung stand oder eine solche erfolglos blieb (3 Ob 116/19h) und es sich um einen **ex ante zweckmäßig gemachten Aufwand** handelt (EF 41.110; ZVR 1984/303; OLG Innsbruck ZVR 1993/151: Akupunktur zur Bekämpfung der psychischen Folgen eines Raubüberfalls; OLG Innsbruck ZVR 2011/223: Ungekürzter Zuspruch für Schwimmen und Reiten zur Vermeidung der Zunahme der Spastizität). Soweit der Verletzte ohne Schädigung diese – sportliche – Tätigkeit als **Hobby** ausgeübt hätte, könnte mE eine **Vorteilsausgleichung** in Betracht kommen, wofür freilich den Ersatzpflichtigen die Beweislast trifft. Allerdings ist zu beachten, dass namentlich eine kostspielige Tätigkeit wie das Reiten dem Verletzten hier „aufgedrängt" wird. Die Kosten für eine **Delphintherapie** in Höhe von € 14.000 – bei einem Gesamtbegehren von € 740.000 – hat der OGH (3 Ob 283/08a) bei einem infolge eines ärztlichen Kunstfehlers schwerstverletzten Kind indes unter restriktiveren Bedingungen zuerkannt, weil nachgewiesen worden war,

Seite 1729

dass die **Schulmedizin versagte** und die **Krankenversicherung solche Kosten übernehme**, sofern der Geschädigte die Maßnahme vorfinanziere und diese erfolgreich gewesen sei. In 7 Ob 63/10f hat der OGH den Zuspruch damit begründet, dass auf die Delphintherapie auch nach § 133 Abs 2ASVG ein Anspruch bestanden habe, was voraussetze, dass der Verletzte zunächst eine billigere herkömmliche Tiertherapie versucht habe. Mag es sich auch um etwas ganz Ausgefallenes handeln: Weder kannes auf die Ersatzfähigkeit im Rahmen der Krankenversicherung ankommen noch darauf, dass der Geschädigte in der Lage ist, die Maßnahme vorzufinanzieren. Wie auch sonst muss die **Zweckmäßigkeit ex ante** allein genügen, um einen Anspruch auf einen Vorschuss zu begründen. Zu bedenken ist, dass Eltern eines schwerstverletzten Kindes eine solche Reise in die USA nicht aus Jux und Tollerei unternehmen, sondern weil sie sich an einen Strohhalm klammern, um dem Kind ein wenig Linderung der Beschwerden zu ermöglichen. Dass die Maßnahme **ex post erfolgreich** war, darauf allein kann es nicht ankommen (aA 7 Ob 102/19d: Keine Ersatzfähigkeit eines Softlasers zur Narbennachbehandlung, weil das weder medizinisch notwendig noch evidenzbasiert war). Die **Maßgeblichkeit der Sinnhaftigkeit ex ante** gilt umso mehr, wenn die Verletzte selbst (wie in 7 Ob 102/19d) Ärztin war, sich somit nicht jeden Hokuspokus aufschwatzen ließ.

30 Schadenersatzrechtlich geschuldet sind auch **kosmetische Operationen**, wenn dadurch das Erscheinungsbild des Verletzten wie vor dem schädigenden Ereignis wiederhergestellt wird (stRspr, zB ZVR 1987/45; 2 Ob 46/92; 1 Ob 161/00h). Besonders augenscheinlich ist die Zuerkennung der Kosten für ein Facelifting bei einer an einer psychischen Erkrankung leidenden trauergeschädigten 45-jährigen Mutter nach 15 kg Gewichtsabnahme innerhalb eines halben Jahres (2 Ob 7/05a). Der Kostenersatz für kosmetische Operationen setzt deren **tatsächliche Durchführung** voraus (2 Ob 82/97s), wofür ein Vorschuss verlangt werden kann, außer der Geschädigte hat nicht einmal die Absicht zur Durchführung des Eingriffs bescheinigt. Gegenüber einem Begehren ohne Wenn und Aber stellt der Anspruch auf Vorschuss kein Aliud, sondern ein Minus dar mit der Folge, dass bei einem unbeschränkten Begehren das Gericht den verlangten Betrag als Vorschuss zuzusprechen hat (2 Ob 173/14a: Korrekturoperation bei Reithosendeformität wegen Verschlechterung des optischen Erscheinungsbildes; bedeutsam insoweit 1 Ob 105/19a, wonach jede Entscheidung im Zweifel so zu verstehen ist). Der nicht verbrauchte Teil ist zurückzuzahlen (OLG Linz ZVR 1999/88). Bei allen ärztlichen Eingriffen, die durch die gesetzliche Krankenversicherung nicht zur Gänze gedeckt sind, besteht ein solcher Vorschussanspruch aber nur dann, wenn ein **konkreter Bedarf unmittelbar bevorsteht** und die ernste Absicht besteht, diesen zu decken (5 Ob 123/09p: Gefahr eines späteren Zahnverlustes). Mag ein solcher Bedarf auch in Zukunft mit Sicherheit bestehen, kann der

Verletzte dafür zunächst keinen Vorschuss verlangen, sondern muss sich durch Erwirkung eines **Feststellungsurteils** absichern (1 Ob 48/11g: Künftige Zahnrekonstruktion; 2 Ob 48/14v: Abbruchkosten beim Treppenlift). Soweit hinter dem Schädiger keine – zahlungsfähige – Haftpflichtversicherung steht, hat der Geschädigte mE einen Anspruch auf Sicherstellung, namentlich gegen eine juristische Person.

30a **Pauschaliert** der Krankenhausträger seine Kosten, ist das nach – allerdings kritikwürdiger – Ansicht des OGH (2 Ob 231/99f) für die Schadensabrechnung auch dann hinzunehmen, wenn ein nicht sozialversicherter ausländischer Patient für die gleiche Behandlung bloß einen Bruchteil bezahlen müsste. Einerseits muss die Privatautonomie des Krankenhausträgers in Bezug auf den Abrechnungsschlüssel respektiert werden, andererseits bestehen Bedenken, wenn bei einem inländischen sozialversicherten Patienten erheblich höhere Kosten überwälzbar sind als bei einem ausländischen nicht sozialversicherten Patienten, ist doch davon auszugehen, dass dieser wenigstens die – nicht subventionierten – Selbstkosten des Krankenhausträgers bezahlen muss.

31 Ersatzfähig sind außerdem **behandlungskonnexe Aufwendungen**, wie **Kosten für den Transport** (ZVR 1990/132: Hubschraubertransport; 8 ObA 107/04z: Eigene Reisekosten des Verletzten; 1 Ob 161/00h: Kosten zu den Therapiestätten), **Trinkgeld** (ZVR 1973/38: Berücksichtigung der gesellschaftlichen Stellung und des Einkommens des Verletzten) sowie **kleinere Geschenke an das Pflegepersonal** (ZVR 1979/133).

Seite 1730

32 Die **Aktivlegitimation** zur Geltendmachung von Heilungskosten steht nicht nur dem Verletzten zu, sondern bei einem Kind auch dem **gesetzlichen Unterhaltsschuldner** (so auch bezüglch des Erwerbsschadens des Kindes wegen verspäteten Berufseintritts; dazu 2 Ob 18/18 p sowie Rn 85); dieser kann neben einem Leistungsbegehren ein **Feststellungsbegehren** gegen den Schädiger auch erheben, wenn der Anspruch des verletzten mj Kindes gegen den Schädiger bereits rechtskräftig festgestellt worden ist (1 Ob 2201/96z).

33 Wegen der Unterstellung, dass Verwandtenbesuche für den Fortgang des Gesundungsprozesses förderlich sind, sind **Besuchskosten** grundsätzlich ersatzfähig (stRspr, zB 7 Ob 281/02b).

34 Ersetzt werden nur die Kosten von **Besuchen bestimmter Angehöriger** wie des **Ehepartners** sowie der **sorge- und beistandspflichtigen nächsten Verwandten** ; dazu zählen in erster Linie Eltern und Kinder (2 Ob 2220/96a: Mutter; 7 Ob 281/02b: Erwachsener Sohn, wobei der OGH zurückverwiesen hat, um zu klären, ob die Kontaktnahme hier medizinisch förderlich war), aber auch der **Lebensgefährte** (2 Ob 103/01p), **Geschwister**, wenn sie im **gleichen Familienverband** leben (EF 56.995), nicht jedoch Schwiegereltern und Schwiegerkinder (EF 54.250) sowie nicht im gleichen Haushalt lebende Geschwister (EF 36.178) oder gute Bekannte. Auch wenn es beim **Trauerschmerzengeld** um den ideellen Schaden der Angehörigen, bei den Heilungskosten jedoch um deren Beitrag zur Gesundung des Verletzten geht, sollten in Bezug auf den **Personenkreis** die **gleichen Kriterien** angelegt werden. In Bezug auf die in die Hausgemeinschaft aufgenommenen Personen sollte mE großzügig verfahren werden.

35 Die **Ersatzfähigkeit der Besuchskosten** hängt von deren **Zweckmäßigkeit und Angemessenheit** ab (2 Ob 103/01p: In concreto € 7.100), die maßgeblich von der **Schwere der Verletzung** bestimmt werden. **Telefonkosten** sind ersatzfähig, sofern auch Besuchskosten dieser Personen ersatzfähig gewesen wären (2 Ob 103/01p; 7 Ob 281/02b). Bei Fahrten mit dem Auto ist das amtliche **km-Geld** ersatzfähig (ZVR 1985/102: In concreto 3.656 km), bei wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit auch Mautkosten (2 Ob 103/01p), nicht jedoch der Zeitaufwand während der Besuche (8 Ob 64/05b), wohl aber der Ersatz für **Babysitterkosten** für Kinder, die man nicht mitnehmen kann (2 Ob 103/01p), sowie **unabdingbarer Verdienstentgang** (EF

46.648: Ersatz wegen des erforderlichen unbezahlten Urlaubs; ebenso 1 Ob 97/16w: Eltern des minderjährigen Kindes). Werden Eltern auf ärztliches Anraten bei Verletzung eines Kindes stationär aufgenommen, sind auch diese Kosten ersatzfähig (OLG Innsbruck ZVR 2001/100).

36 Wie bei den Heilungskosten sind **aktivlegitimiert** nicht nur der Verletzte selbst (ZVR 1973/38; SZ 62/116; 2 Ob 2220/96a), sondern auch die jeweiligen Besucher bzw derjenige, der die Kosten getragen hat (ZVR 1980/299: Vater fürdas mj Kind; EF 36.180: Ehemann für Ehefrau). Auch insoweit erscheint eine **Bündelung der Aktivlegitimation** beim Verletzten wünschenswert. Ansprüche nach § 1358 sowie § 1042 müssen nach Tätigen des entsprechenden Aufwands daneben aber immer möglich sein; bedeutsam könnte das bei **Insolvenz des Verletzten** oder **zerrütteten Familienverhältnissen** (instruktiv 6 Ob 149/14a: Streit um die im Nachlass befindliche Leistung der Haftpflichtversicherung für Pflegeleistungen des schwerst verletzten Verkehrsunfallopfers zwischen der betreuenden Mutter und dem minderjährigen Kind, vertreten durch dessen Mutter nach Tod des Verkehrsunfallopfers, als Erben) sein.

I. Vermehrte Bedürfnisse

37 Der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse entsteht bereits mit deren Entstehung (ZVR 1979/226; ZVR 1987/128). Das entspricht den Grundsätzen der Restitution, weshalb der Geschädigte **nicht mit Eigenmitteln in Vorlage** treten muss, sondern unabhängig von seiner Vermögenslage einen **Vorschuss** verlangen kann, dessen **widmungsgemäße Verwendung** er freilich in der Folge nachweisen muss. Unterbleibt sie, ist der Vorschuss zurückzuzahlen. Eine fiktive Abrechnung nach der bestmöglichen Restitution ist unzulässig (dazu § 1323 Rz 11). Das Bestehen einer **familienrechtlichen Pflicht** eines Angehörigen entlastet den Schädiger nicht (2 Ob 83/09h). Die wichtigsten Fälle vermehrter Bedürfnisse sind verletzungsbedingt benötigte **Gebrauchsgüter** sowie deshalb erforderliche **Dienstleistungen**. Im Rah

Seite 1731

men der Gebrauchsgüter haben die größte Bedeutung das Fahrzeug und der Wohnsitz. Als vermehrtes Bedürfnis kommt zusätzlich die **Prämienerhöhung bei Versicherungsverträgen** als Verletzungsfolge in Betracht.

38 Mit der zunehmenden Motorisierung ist es heute selten, dass ein Erwachsener über kein Kfz verfügt, wobei freilich in städtischen Ballungsgebieten, namentlich in Wien, in jüngerer Zeit auch der gegenteilige Trend zu beobachten ist. Es geht daher idR lediglich um den **Ersatz einer Sonderausstattung** (2 Ob 2/91: Querschnittgelähmter; 2 Ob 2031/96g: Amputation des linken Beins; 2 Ob 104/05s: Schwere Beinverletzung). Die **Kosten für das Fahrzeug** gebühren nur, wenn es ein Kind oder ein Erwachsener, der bisher auf ein eigenes Fahrzeug verzichtet hat, verletzungsbedingt benötigt (stRspr, zB 2 Ob 2031/96g; 2 Ob 253/00w; 8 Ob 127/05t). Voraussetzung ist dabei nicht unbedingt eine Beinverletzung (7 Ob 17/10s: Zuspruch bei einer Schulterblattverletzung nach Einwand des Ersatzpflichtigen, dass solcher Anspruch nur bei Gehbehinderung gebühre). Ein Sonderfall ist die **bisherige Privatnutzung eines Firmenfahrzeuges**, das nach Verletzung nicht mehr zur Verfügung steht (2 Ob 89/06m); in einem solchen Fall gehört lediglich der Mehraufwand, der darin liegt, dass der Geschädigte nun auch für solche Tätigkeiten ein eigenes Fahrzeug haben muss, auf das er im gesunden Zustand nicht angewiesen war, zu den vermehrten Bedürfnissen. Der OGH hat auch den Wegfall der Nutzungsmöglichkeit des Firmenfahrzeugs – zu Unrecht – als vermehrtes Bedürfnis angesehen; insoweit liegt ein Erwerbsschaden vor. Zu Recht hat er eine Kürzung vorgenommen, soweit der Verletzte – wegen der vermehrten Freizeit – zusätzliche Privatfahrten unternimmt.

39 Da der Verletzte auf ein zuverlässiges Fahrzeug angewiesen ist, kann er idR **nicht auf ein Gebrauchtfahrzeug verwiesen** werden (2 Ob 2031/96g; 2 Ob 253/00w; aA 2 Ob 253/00w mit dem fragwürdigen Argument, dass der Geschädigte auch selbst bisher stets einen Gebrauchtwagen angeschafft habe); daher sind auch **Garagenkosten** ersatzfähig (2 Ob 50/90). Ist der **Einbau einer notwendigen Sonderausstattung in sein Kfz nicht möglich** und muss der Geschädigte ein Neufahrzeug anschaffen, kann er zwar die Anschaffungs- und Einbaukosten der Sonderausstattung in vollem Umfang verlangen, muss sich aber im Übrigen einen **Abzug neu für alt** gefallen lassen (2 Ob 104/05s). Kann der Verletzte auch ein behindertengerechtes

Fahrzeug nicht selbst chauffieren und stehen keine öffentlichen Verkehrsmittel zur Verfügung, kann er für Einkaufsfahrten und solche zum auswärtigen Wochenendhaus den Ersatz von **Taxikosten** verlangen (2 Ob 47/05h). Auch die Kosten für die behindertengerechte Ausstattung eines Motorrads neben einem Kfz sind geschuldet, wenn der Verletzte vor dem Unfall beides benutzt hat. Soweit erforderlich kann ein Verletzter auch eine **Begleitperson für Spaziergänge** verlangen.

40 Ersatzfähig sind die Kosten für einen **behinderungsgerechten Wohnungsumbau** (stRspr, zB RZ 1984/12; 1 Ob 161/00h; 7 Ob 281/02b) unter Einschluss eines Aufzugs (EF 54.266), einer Garage (2 Ob 50/90) sowie eines Treppenlifts (2 Ob 48/14v). Die Errichtungskosten für ein **privates Schwimmbad** hat der OGH (2 Ob 10/91) – mE zu Unrecht – mit dem Hinweis abgelehnt, dass dies schon durch das Schmerzengeld abgedeckt sei (dazu oben Rz 15). Eine Versagung käme allenfalls unter Hinweis auf die Untunlichkeit bzw Unwirtschaftlichkeit in Betracht, wobei stets zu bedenken ist, dass das Rechtsgut der körperlichen Integrität einen besonders hohen Rang aufweist (dazu § 1323 Rz 18). Ob das Haus oder die Wohnung im Eigentum des Verletzten steht, ist ohne Bedeutung (2 Ob 48/14v: Treppenlift im Miethaus).

41 Weitere Arten vermehrter Bedürfnisse sind Gebrauchsgüter, deren Benutzung erst als Verletzungsfolge erforderlich wurde, wie eine **Prothese** (ZVR 1979/135; ZVR 1983/281) oder ein **Computer**, um die Kommunikation des Verletzten mit der Umwelt zu ermöglichen (7 Ob 281/02b). Soweit heute nahezu jeder über einen Computer verfügt, gelten die zum Kfz gemachten Ausführungen (oben Rz 38).

42 Dabei fallen nicht allein **Anschaffungskosten**, sondern auch Kosten für **Instandhaltung** (2 Ob 2031/96g), **Betriebskosten** (2 Ob 104/05s) sowie solche für die **Reinvestition** an. Insoweit steht neben dem einmaligen – oder wegen der Reinvestition mehrmaligen – Kapitalbetrag eine Rente zu, wobei auch eine ausschließliche Bemessung in Form einer alle diese Umstände berücksichtigenden Rente in Betracht kommt. Der Ersatzpflichtige kann sich von

Seite 1732

seiner Schadenersatzpflicht dadurch befreien, dass er den **Gebrauch** zur Verfügung stellt, aber selbst Eigentümer der Sache bleibt oder wird, mag dem Verletzten auch die Auswahl des Gebrauchsgutes überlassen bleiben. Im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse ist nur die Deckung eines Bedarfs geschuldet, nicht aber eine **Vermögensmehrung im Weg der Eigentumsübertragung**. Dieser Umstand wirkt sich namentlich dann aus, wenn der Bedarf wegfällt, meist durch Tod des Verletzten, das Gebrauchsgut aber noch einen ins Gewicht fallenden Wert hat. Dieser verbleibt dann dem Ersatzpflichtigen und fällt nicht den Erben zu. Bei überholender Kausalität, wenn das Gebrauchsgut wegen des fortschreitenden Alters ohnehin benötigt worden wäre, kann der Ersatzpflichtige Rückstellung oder ein Mietentgelt für die Zukunft verlangen, während bei Eigentumsübertragung der OGH lediglich auf den Zeitpunkt des erstmaligen Bedarfs abstellt (2 Ob 48/14v: Treppenlift).

43 Tätigkeiten im Rahmen vermehrter Bedürfnisse sind solche, die ein **gesunder Mensch selbst erledigen** würde, wie Aus- und Ankleiden, Körperpflege, Selbstversorgung bei Wunden (ZVR 1977/58: Verletzter kann sich wegen einer späteren unfallunabhängigen Erkrankung nicht mehr selbst bandagieren) sowie die Haushaltsführung für sich selbst (2 Ob 86/95). Auch die Vermögensverwaltung, die – gegen Entgelt – ein Sachwalter ausübt, gehört dazu, wobei der Ersatzpflichtige – ohne am Verfahren beteiligt zu sein – die vom Gericht festgesetzte Entschädigung grundsätzlich hinzunehmen hat, es sei denn, der Geschädigte hat gegen die Schadensminderungsobliegenheit verstoßen.

44 Für solche **Pflege- und Betreuungstätigkeiten** kann der Verletzte auf Kosten des Schädigers eine **Ersatzkraft** in Anspruch nehmen. Dem steht gleich, wenn er sich **selbst mehr anstrengt** (ZVR 1987/56) oder solche Tätigkeiten von **Angehörigen** verrichten lässt. Nach der Wertung des § 14 Abs 4 EKHG sollen solche freiwilligen und unentgeltlichen Leistungen Dritter den Schädiger nicht entlasten (stRspr, zB 6 Ob 143/98t; 2 Ob 345/00z; 2 Ob 148/01f; 2 Ob

27/12b). Insofern handelt es sich um einen Fall der **Schadensverlagerung** (2 Ob 49/98i; 2 Ob 99/02a). Dass auf dem Arbeitsmarkt nur Vollzeitkräfte zu bekommen sind, ist jedenfalls bei Auffangen des Schadens ohne Einstellung solcher unbeachtlich (2 Ob 164/15d). Während des stationären Krankenhausaufenthalts gebührt keine Abgeltung, sofern nicht konkrete Pflegeleistungen erbracht worden sind (2 Ob 148/19g; 2 Ob 110/16i; 2 Ob 176/05d). Eine angestellte Ersatzkraftwäre freilich während dieses Zeitraum s weiterzubezahlen.

44a Leistungen nach dem BPGG haben den Zweck, der pflegebedürftigen Person die notwendige Betreuung und Hilfe zukommen zu lassen. Die Leistungen sind auf den Ersatzanspruch anzurechnen; und zwar auch in den Fällen von wrongful birth (1 Ob 203/18m: Soweit das Kind einen Anspruch auf eine solche Transferleistung hat, entsteht den Eltern mangels Verpflichtung, insoweit Pflege zu leisten, kein Schaden). Die Eltern werden in solchen Fällen unterhaltsrechtlich durchaus zur Pflege verpflichtet sein; allerdings haben sie das Recht, den vom Kind vereinnahmten Betrag zur Abgeltung ihres Einsatzes zu verwenden.

45 Vor allem bei **schweren Verletzungen** (24-h-Betreuung) ergibt sich ein **enormer Zeitaufwand** (2 Ob 60/92: Entgelt von 4 Krankenschwestern in Höhe von ca € 3.700 pro Monat; restriktiver 2 Ob 49/98i; 6 Ob 143/98t: 2 Pflegekräfte in Höhe von € 4.740; bei Blindheit immerhin 5 Stunden ein Leben lang 3 Ob 128/11m). Auch bei einem Kleinkind, bei dem auch ohne Verletzung eine rund um die Uhr dauernde Pflege und Betreuung erforderlich ist, kann ein Mehrbedarf anfallen, wenn bestimmte Pflegemaßnahmen aufwändiger sind und länger dauern (8 Ob 81/16v: Gehirngeschädigtes Kind; auszuklammern sind Zeiten bloßer Zuwendung). Der OGH hält die **tatsächlich entstandenen Kosten** für ersatzfähig, auch wenn sie im Einzelfall besonders hoch sind (2 Ob 152/99p; 8 Ob 81/16v: Gehirngeschädigtes Kleinkind). Bei einem **Kleinkind** ist allerdings in Ansatz zu bringen, dass dieses auch ohne Behinderung in den **ersten 3 Jahren** ständig beaufsichtigt werden hätte müssen, sodass bei zeitlich enormer Beanspruchung für eine Abgeltung einer Rufbereitschaft wegen vereitelter Freizeitaktivitäten kein Raum bleibt (8 Ob 72/18 y: 2. Rechtsgang zu 8 Ob 81/16v). Mitunter wird pauschal nach § 273 ZPO ein Zuschlag von 10 % gebilligt (2 Ob 148/19g: Kind mit epileptischen Anfällen). Das ist im Ansatz durchaus überzeugend; das Argument des OGH, dass eine Betreuungsperson nie mehr als 24 Stunden aufwenden könne, ist aber dann nicht überzeugend, wenn der

Seite 1733

schadensbedingte Betreuungsbedarf darüber hinausgeht, ganz abgesehen davon, dass das Abstellen auf das Ausmaß von Freizeitaktivitäten außer Haus durchaus fragwürdig ist (siehe dazu Rn 46). Der Geschädigte muss sich nicht auf ein **billigeres Pflegeheim verweisen** lassen (2 Ob 338/99s). Das ist völlig zutr. Wenn der Geschädigte sich für die Reparatur und gegen die Ersatzbeschaffung bei Beschädigung seines Fahrzeugs entscheiden darf, auch wenn der Schädiger dadurch doppelt so hoch belastet wird (dazu § 1323 Rz 47), muss das wegen des **höheren Rangs des Rechtsgutes der körperlichen Integrität** erst recht für den Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse gelten (2 Ob 186/03x).

46 Die Ersatzhöhe bemisst sich nach dem Entgelt für eine **professionelle Pflegekraft** (ZVR 1984/322; ZVR 1987/128; ZVR 1988/14; 2 Ob 63/11w: **€ 30 pro Stunde**, Entscheidung der 1. Instanz im Jahr 2010), wobei die Rspr nach einem Vorschlag der Lit unter Bezugnahme auf das richterliche Schätzungsermessen nach § 273 ZPO zwischen den **Nettokosten einer Hilfskraft** und den **Bruttokosten einer professionellen Pflegekraft** schwankt (6 Ob 143/98t). Ein Zuschlag für die Abgeltung nicht eingenommener Mahlzeiten, der nach dem Mindestlohntarif nicht vorgesehen ist, gebührt nicht, weil ersatzfähig nur das **objektiv Erforderliche** ist (8 Ob 72/18 y: Offen gelassen, wenn auf dem lokalen Markt keine Pflegekraft ohne diesen Entgeltbestandteil zu bekommen ist). Auch bei einem Anspruch nach § 1435 ABGB wird auf diese Grundsätze verwiesen, wobei der Mindestlohntarif für Krankenbetreuer von € 7,27 und nicht ein Stundenlohn von € 12 für maßgeblich angesehen wurde (6 Ob 76/12p). In 2 Ob 189/16g wurden – für Vorarlberg – 23 € Stundenlohn angesetzt. Bei Einstellung einer Pflegekraft soll es auf die tatsächlichen Kosten ankommen (2 Ob 152/99p: Ehefrau hatte ihren Mann als angestellten Pfleger beschäftigt; dazu auch unten Rz 50). Für die **Bereitschaftszeiten** gelten die Kosten einer professionellen Pflegekraft nach dem OGH nur dann, wenn der einspringende Angehörige ansonsten die **Freizeit außer Haus** verbracht hätte (2 Ob 99/02a; 7 Ob 63/10f; 2 Ob 110/16i:

Solcher Freizeitverlust der betreuenden Mutter allerdings auch dann abzugelten, wenn Freizeitaktivität außer Haus wegen Be- oder Überlastung durch die Pflege unterbleibt; 8 Ob 72/18 y). Fragwürdig ist daher auch die Versagung, weil die Betreuungsperson wegen eines nachgeborenen Kleinkindes keine Freizeit außer Haus verbringen hätte können (2 Ob 148/19g: 1 Jahr davor geborener Bruder). Folglich bleiben nächtliche Bereitschaftszeiten unentschädigt und jene während des Tages sind vom Vorbringen abhängig, dass der Angehörige in dieser Phase sich ins Kino oder Theater oder in die Berge begeben hätte (2 Ob 49/98i; 2 Ob 152/99p; 2 Ob 195/02v). In der Lit wurde das als „anwaltliche Kreativitätsprämie" gegeißelt. Wenn der OGH schon davon nicht abrückt,wäre denkbar, dass er lediglich die Tätigkeiten erfasst, in denen Tätigkeiten im Haushalt erledigt werden (8 Ob 72/18y: Eigene Hausarbeit, Einnahme der Mahlzeiten; auszuklammern sind aber mE jedenfalls die Nachtzeiten, weil es unangemessen ist, bloß die tatsächlichen Verrichtungen von jeweils 15 Minuten abzugelten, wenn die Nachtruhe 3 x unterbrochen wird).

47 Bei **hohem Pflegeaufwand** sucht der OGH mit untauglichen Erwägungen nach **Ansatzpunkten für Kürzungen**. Dassin unserer Wirtschaftsordnung ein Bankdirektor das 100- oder 1000-Fache eines Stahlarbeiters verdient, wird als selbstverständlich hingenommen. Wenn ein Angehöriger Leistungen erbringt im Ausmaß von 4 oder 6 bezahlten Pflegekräften, schwindet sehr rasch der Glaube, dass so etwas möglich sein soll.

48 Für eine Eindämmung hohen Pflegeaufwandes ist beim **Zeitumfang** auf die erforderlichen Verrichtungen abzustellen und zu prüfen, ob darüber hinaus eine Bereitschaft gegeben sein muss. Wären professionelle Pflegekräfte billiger, ist das beim Stundenlohn (nicht bei der Verrichtungsdauer) zu berücksichtigen. Unzulässig ist, ein nächtliches 4-maliges Umbetten von je 15 Minuten mit 1 Stunde abzugelten. Bei der **Qualifikation** pflegender Angehöriger sollte man freilich großzügig sein und auf das Betreuungsergebnis abstellen.

49 Zentrale Bedeutung hat die Ermittlung des **maßgeblichen Stundenlohnes**. Zu ermitteln sind die **Kosten einer Arbeitsstunde**. In Österreich werden mindestens **14 Monatslöhne** gezahlt; ein Arbeitnehmer arbeitet aber maximal **10 Monate**, weil die Summe aus bezahlten Feiertagen, Urlauben sowie sonstiger Arbeitsverhinderung, etwa wegen Krankheit, sich zu mindestens 2 Monaten pro Jahr akkumuliert. Zu bedenken ist, dass beim **Arbeitsentgelt**

grundsätzlich auch die **Lohnnebenkosten** als Entgeltbestandteil anerkannt sind (so im Rahmen der Lohnfortzahlung, dazu unten Rz 54). Wenn für den einspringenden Angehörigen die eine oder andere Sozialabgabe zu keinem greifbaren Vermögensvorteil führt, etwa weil er schon eine Altersrente bezieht, deshalb nicht mehr arbeitslos werden kann, eine zusätzliche Krankenversicherung für ihn ohne Nutzen ist, mag ein Abzug angebracht sein, was der subjektiv-konkreten Schadensberechnung entsprechen, freilich die Regulierung verkomplizieren würde (großzügiger allerdings 5 Ob 50/99k; 5 Ob 38/04f; 7 Ob 63/10f: Voller Zuspruch **sämtlicher Lohnnebenkosten auch bei Familienangehörigen ohne Wenn und Aber**). In 8 Ob 15/11f hat der OGH in Auseinandersetzung mit Stimmen der Lit nochmals bekräftigt, dass **auch die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung** geschuldet sind. Der Geschädigte solle abstrakt in die Lage versetzt werden, sich jederzeit auf dem freien Markt entsprechende Leistungen zu beschaffen. Bei dieser strikten Position des OGH bietet es sich an, eine solche **Rente an den Index einer entsprechend entlohnten Person** zu binden. Zu bedenken ist zusätzlich, dass der schwer Verletzte eine Versorgung an 365 Tagen im Jahr benötigt, sodass **Zuschläge für Sonn-** und **Feiertage** sowie für die **Nacht** in Ansatz zu bringen sind. In der E 2 Ob 63/11w hat der OGH € 30 pro Stunde als sehr hohen Stundensatz angesehen, diesen aber gebilligt (bloß Revision des Klägers). Werden Leistungen durch Angehörige erbracht, stellt der OGH (2 Ob 148/19g: Betreuung eines Kindes) darauf ab, ob für **bestimmte Verrichtungen eine diplomierte Pflegekraft erforderlich** ist, was häufig zu verneinen ist. Damit weicht er freilich von seinem eigenen Postulat ab, wonach der objektive Wert der Einstellung einer professionellen Pflegekraft anfallenden Kosten zu ersetzen ist; und eine solche wird typischerweise nach der anspruchsvollsten Tätigkeit entlohnt, ganz abgesehen davon, dass eine beliebige Aufspaltung in einzelne Detailverrichtungen praktisch nicht möglich ist.

50 Das Ausmaß des Ersatzes hängt nicht von der **Anstellung eines Familienangehörigen** ab. Diese ist lediglich ein Indiz, dass das volle Spektrum der durch die Sozialabgaben bewirkten Absicherung konkret benötigt wird, was aber umfänglich den benötigten Ersatz gar nicht abschließend festlegt, weil wegen der **Arbeitnehmerschutzbestimmungen** der Pfleger meist nur kürzer arbeiten darf als für die Pflege erforderlich und somit schadenersatzrechtlich geschuldet ist. In solchen Fällen sind die **zusätzlich erforderlichen Pflegetätigkeiten angemessen abzugelten**. Ist bei Auszahlung einer Ersatzrente an den Verletzten oder von diesem an den betreuenden Angehörigen keine ESt zu entrichten, hat auch der Schädiger keine zu bezahlen; entscheidend ist diesbezüglich die Vorschreibung des Finanzamtes an den Geschädigten (dazu oben Rz 25). Sichergestellt werden sollte im jeweiligen Urteil oder in der entsprechenden außergerichtlichen Vereinbarung, dass diese Kosten zu bezahlen sind, wenn der Angehörige – aus welchen Gründen immer – nicht mehr zur Verfügung steht und der Verletzte dann auf die Inanspruchnahme von Marktleistungen, etwa einer Ersatzkraft oder eines Pflegedienstes, angewiesen ist, wobei dann sowohl Sozialversicherungsbeiträge als auch Steuern anfallen.

51 **Nicht immer** ist der **Marktwert der Pflegeleistung** maßgeblich. Eine Hauptschullehrerin, die ihre Berufstätigkeit unterbricht, um sich der Pflege und Therapie ihres Kindes zu widmen, muss sich nicht mit dem Stundenlohn einer Pflegekraft begnügen, sondern kann die **Opportunitätskosten ihres Einkommensausfalls im Erwerbsleben** verlangen, wenn eine gleichwertige Alternative nicht verfügbar und die Tätigkeit neben dem Beruf nicht zumutbar ist (4 Ob 78/08m: € 21 statt € 11–14 Stundenlohn). Ersatzfähig ist zudem der Schaden der betreuenden Mutter, der darin besteht, dass diese wegen des betreuungsbedürftigen Kindes die Arbeitszeit in ihrem Beruf nicht aufstocken bzw diesen schlussendlich aufgeben muss (5 Ob 68/18p: Ärztlicher Kunstfehler bei Behandlung des Sohnes, Abschluss des Behandlungsvertrags durch die Mutter, sodass insoweit auch der reine Vermögensschaden ersatzfähig war; auf diese vertragliche Konstruktion kann es schadensrechtlich mE aber nicht ankommen). Abgelehnt hat der OGH (2 Ob 189/16g: Betreuung der schwer verletzten Tochter durch die Eltern) die Differenz zwischen den Kosten einer Pflegekraft und dem Verdienstentgang des Vaters, soweit dieser seinen Urlaub für die Pflege der Tochter verwendet hat. Ob ein Elternteil (weil er sich leistenkann oder will) unbezahlten Urlaub nimmt und damit seinen Pflegeaufwand „monetarisiert" oder seinen Urlaub dafür einsetzt, kann schadenersatzrechtlich mE kei

Seite 1735

nen Unterschied machen. Zu verweisen ist einmal mehr auf EuGH (C-619/16 und C-684/16), wonach der nicht konsumierte Urlaub Vermögenswert hat. Bei der **Gleichwertigkeit der Alternative** ist zu beachten, dass es darum geht, dass für Therapieübungen mit dem Kind die Ersatzkraft dann zur Verfügung stehen müsste, wenn das Kind dafür aufnahmefähig ist und sie in etwa die Einfühlungsfähigkeit und das Engagement wie die Mutter aufbringt, was kaum der Fall sein wird. Bei **enorm hohem Erwerbseinkommen** wird man dem Angehörigen zubilligen müssen, den Einkommensausfall **bis zur Grenze der Tunlichkeit** zu verlangen.

52 **Anspruchsberechtigt** ist der **Verletzte** ; außerdem wird **denjenigen**, die die **Pflegeleistungen erbringen**, die **Aktivlegitimation** eingeräumt (stRspr, zB ZVR 1982/269; 6 Ob 143/98t; 2 Ob 99/02a). Auch hier ist die Bündelung des Anspruchs in Hand des Verletzten vorzuziehen (dazu oben Rz 14), wobei für in der Vergangenheit erbrachte Leistungen ein Rückgriffsanspruch nach §§,1042 oder 1358 in Betracht kommt (RZ 1984/12; ZVR 1987/9). Ist der Unterhaltsverpflichtete zugleich einer von mehreren Schädigern, steht ihm ein Rückgriffsanspruch gegen den weiteren Schädiger zu (2 Ob 2220/96a).

52a Wird eine Person mit Wohnsitz im Ausland in Österreich verletzt, ist auf den **in Österreich maßgeblichen Standard des Heilbehelfs** abzustellen, nicht auf jenen in dem Staat, wo der Verletzte seinen Wohnsitz hat. Zu denken ist daran, dass es etwa bei Prothesen solche gibt, die wegen der aufwendigen Technologie besonders teuer sind und die es im Wohnsitzstaat des Verletzten gar nicht gibt. Das Entschädigungsniveau des Behindertenwohnsitzes bzw -fahrzeugs sowie der Pflegeleistungen richtet sich hingegen nach dem Preisniveau des Ortes, an dem sich die verletzte Person aufhält. Dieser Maßstab gilt auch für die Bemessung des Schmerzengeldes (dazu unten Rz 124).

J. Erwerbsschaden

53 Beim **beruflichen Erwerbsschaden** (zur außerberuflichen Erwerbstätigkeit unten Rz 57) ist zwischen dem eines **unselbständig** tätigen Geschädigten (Arbeitnehmer, Beamten) und dem eines geschädigten **Unternehmers** zu unterscheiden. Der unselbständig Erwerbstätige muss wegen der Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber sowie der Sozialversicherungsleistungen (Krankengeld, Versehrtenrente oder Invaliditätspension) nur die dadurch **nicht gedeckte Schadensspitze** direkt beim Schädiger durchsetzen (2 Ob 269/04d: Trinkgelder des Zahlkellners); ansonsten bestehen Regressansprüche der in Vorlage Tretenden.

53a Ersatzfähig ist die **während eines bestimmten Zeitraums insgesamt eintretende Vermögenseinbuße**. Unzulässig ist es, die Vermögenseinbuße bloß bei einer bestimmten verletzungsbedingt nicht mehr möglichen Tätigkeit für bestimmte Tage herauszupicken (7 Ob 102/19d: Tätigkeit als Arbeitsmedizinerin und Sachverständige weiterhin möglich, nicht aber als Notärztin; durch Verweigerung der Vorlage der ESt-Bescheide Mutmaßung, dass Einbußen in einem Bereich durch Mehreinkommen in anderen Bereichen kompensiert wurde).

53b Wird eine Person in den vorzeitigen Ruhestand versetzt, ist die dadurch verursachte Vermögenseinbuße zu ersetzen, mag die **Unfallverletzung auch nicht der einzige Grund** für die Versetzung in den vorigen Ruhestand gewesen sein (2 Ob 115/18b: Postbeamtin). Ausreichend ist, dass die Unfallverletzung der sprichwörtliche Tropfen war, der das Fass zum Überlaufen brachte; der Ersatzpflichtige muss den Geschädigten so nehmen, wie er ist; er kann nicht verlangen, so behandelt zu werden, als hätte er einen Gesunden verletzt. Dem Schädiger steht im Rahmen der überholenden Kausalität der Gegenbeweis offen, dass es zu einer Versetzung in den vorigen Ruhestand auch ohne die von Unfallverletzung gekommen wäre, wofür freilich den Ersatzpflichtigen die Beweislast trifft. Bestand die Arbeitsunfähigkeit aber schon vor dem schädigenden Ereignis, besteht kein Anspruch auf Verdienstentgang (3 Ob 221/17x).

53c Wird einem Beamten – bei einem Arbeitnehmerwäre es nicht anders – eine **Abgeltung für den nicht konsumierten Urlaub** bezahlt, muss sich der Beamte diesen Zufluss nicht auf seinen Erwerbsschaden anrechnen lassen (2 Ob 63/18f: Vorzeitige Versetzung eines Polizeibeamten in den vorzeitigen Ruhestand). Die Begründung des OGH, dass Urlaubsabfindung Urlaubsentschädigung keinen Verdienst darstellen, ist angesichts der E des EuGH (C-619/16 und

C-684/16) durchaus fragwürdig. Das Judiz ist gleichwohl richtig. Die zutreffende Begründung liegt aber darin, dass es sich um Zeiten handelt, die der Beamte bzw Arbeitnehmer durch Betätigung seiner Arbeitskraft verdient hat.

54 Seit 1994 steht der **Regressanspruch des Arbeitgebers** gegen den Schädiger für **fortgezahlten Lohn** fest. Es geht um den Ersatz des Schadens des Arbeitnehmers, wenn der Arbeitgeber nicht aufgrund seiner gesetzlich ihm auferlegten vertraglichen Fürsorgepflicht zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet wäre. Dabei kann der **Schaden des Arbeitgebers** infolge des verletzungsbedingten Unterbleibens der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers **größer oder kleiner** sein. Größer ist der Schaden, wenn etwa durch Säumnis bei Fertigstellung einer Anlage eine Gewinneinbuße entsteht. Ersatzfähig ist aber nur der **trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung fortgezahlte Lohn**, nicht der darüber hinausgehende Schaden des Arbeitgebers (1 Ob 50/20i: Kein Ersatz des über die Entgeltfortzahlung hinausgehenden Schadens des Arbeitgebers durch Einstellung eines „Leiharbeitnehmers"). Der Schaden kann aber auch geringer sein. Das ist dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer wegen Auftragsflaute ohnehin nicht sinnvoll beschäftigt werden hätte können. Ob im letztgenannten Fall der Ersatz entfällt, ist zweifelhaft, mE aber ein Regress des Arbeitgebers zu versagen. Nach der **Rentabilitätshypothese** spricht die Vermutung indes dafür, dass ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer wirtschaftlich so einsetzen kann, dass er damit wenigstens die Kosten des ihm gezahlten Entgelts verdient. Weder nach § 3 VerkehrsopferG noch nach § 3 VOEG steht dem Arbeitgeber ein Regressanspruch gegen den Fachverband der Versicherungsunternehmen bei Fahrerflucht des schädigenden Halters zu, weil diese Gesetze jeweils nur im **Härtefall** dem

unmittelbar Geschädigten einen Anspruch einräumen, nicht aber Regressgläubigern, zu denen neben den Sozialversicherungsträgern auch der Arbeitgeber zählt (2 Ob 6/09k).

55 Die **Höhe des überwälzbaren Lohnfortzahlungsschadens** des Unternehmers richtet sich im Ergebnis nach dem **Entgelt für die nicht erbrachte Gegenleistung**, weshalb im Detail zu ermitteln ist, **welche Leistungen im Synallagma** stehen (für 10 Monate Arbeit sind 14 Monatsbezüge zu bezahlen, was zur Erhöhung des Tagessatzes führt). In das Entgelt sind nicht nur die Lohnnebenkosten zur Sozialversicherung einzubeziehen, sondern auch alle fringe benefits wie Rückstellungen zur betrieblichen Altersversorgung, Dienstauto, Dienstwohnung, Diensttelefon udgl (2 Ob 2056/96h). Diese Grundsätze sind entsprechend anzuwenden, wenn der Arbeitgeber aufgrund des BEinstG verpflichtet ist, seinen verletzten Arbeitnehmer zum gleichen Entgelt weiterzubeschäftigen (2 Ob 303/04d).

56 **Zulagen** beeinflussen den Erwerbsschaden nur, soweit sie **nicht Abgeltung eines Mehraufwands**, sondern **echtes Einkommen** sind (ZVR 1978/165; SZ 56/117: Treueprämie öffentlich Bediensteter; ZVR 1987/121: Erschwerniszulage und Tagegeld, Aufwandsentschädigung); die steuerrechtliche Qualifikation ist unmaßgeblich. Den Geschädigten trifft die **Beweislast**, dass es sich in Wahrheit um Erwerbseinkommen handelt oder der konkreten Aufwand geringer ist als die Zahlung (2 Ob 176/16w: Spesenvergütung nach dem Kollektivvertrag für Dienstnehmer in privaten Autobusbetrieben). **Naturalbezüge** wie Dienstwohnung (SZ 41/55; ZVR 1978/165), Dienstauto (ZVR 1982/417) oder subventionierte Mahlzeiten (ZVR 1978/165: Freie Station eines Landarbeiters) sind in Geld zu ersetzen. Ersatzfähige, vermögenswerte Gegenleistungen sind ferner der Wegfall eines Jahreswagens eines Automobilherstellers, Rabatte bei Einkäufen sowie ein kostengünstiger Urlaub im vom Arbeitgeber bereitgestellten Quartier. Bei **Überstunden** kommt es darauf an, ob und in welchem Ausmaß sie in Zukunft angefallen wären (5 Ob 52/09x: Deutscher Verletzter, bei dem Überstunden durch Entgeltfortzahlung nicht gedeckt waren). Der Erwerbsausfall für **Nebeneinkünfte** ist zu ersetzen, auch wenn diese unregelmäßig angefallen wären. Bei der **Rente** ist dann ein **Durchschnittswert** zugrunde zu legen (ZVR 1971/126). Abzustellen ist auf einen Gesamtzeitraum und nicht auf einen vom Verletzten willkürlich herausgegriffenen Zeitraum (2 Ob 235/14v: Versicherungskauffrau, für Gesamtzeitraum keine Differenz). **Arbeitseinkommen aus Haupt- und Nebentätigkeit** sind zusammenzurechnen, weshalb ein Ausfall bei der Nebentätigkeit nur in eingeschränktem Ausmaß begehrt werden kann, wenn aus der Haupttätigkeit nach der Verletzung ein entsprechend höheres Einkommen erzielt wird (2 Ob 227/07g: Unfallbedingt bei der Haupttätigkeit –

Seite 1737

früher Vulkanisierarbeiter, nunmehr EDV-Techniker – höheres Einkommen als früher, aber Nebentätigkeit im elterlichen Betrieb nicht mehr möglich).

57 Bei Berechnung des Erwerbsschadens sind jene **Aufwendungen** abzuziehen, die sich der **Verletzte erspart**, weil er **keiner beruflichen Erwerbstätigkeit** oder einer **anderen** nachgeht; zB die Ersparnis von Fahrtkosten (2 Ob 226/07k), jedoch nicht nach dem amtlichen km-Geld und ohne Berücksichtigung der Zeitersparnis, die bloß als Freizeit genutzt werden kann, ferner die Differenz zur billigeren häuslichen Verpflegung, schließlich die Kosten, im Beruf adrett gekleidet zu sein. Abgelehnt hat die E 7 Ob 240/09h die Anrechnung von ersparter Nahrung, Kleidung und Wohnung, weil der Schwerstverletzte über die vonder gesetzlichen Krankenkasse getragene Sondennahrung ernährt werde, keine oder kaum Kleidung benötige und – gratis – bei den Eltern wohne. Der OGH hat die **versagte Vorteilsausgleichung** damit begründet, dass die jeweiligen Dritten nicht den Schädiger entlasten wollten. Soweit bestimmte Aufwendungen nicht entstehen, trägt dieses Argument indes nicht; bedeutsam ist vielmehr, dass der Schädiger **keinen Vorteil aus dem Konsumverzicht** ziehen soll, den er dem Verletzten aufgezwungen hat. Wird eine Arbeitnehmerin nach einem 8-monatigen Krankenstand als Filialleiterin gekündigt und ist sie in der Folge als Arbeitnehmerin mit geringerem Einkommen beschäftigt, muss der Schädiger die volle Einkommensdifferenz ersetzen; die Verletzte verstößt nicht gegen die Schadensminderungsobliegenheit, wenn sie **keine Kündigungsanfechtung** vornimmt, weil deren Chancen als gering einzustufen sind (6 Ob 22/14z: Bootsausflug in der Dominikanischen Republik).

58 Bei der **Befristung der Rente** berücksichtigt der OGH lediglich den Umstand, dass der Verletzte **über das Regelpensionsalter** (Männer 65, Frauen 60 Jahre) hinaus arbeitet (SZ 44/183). Eine längere Arbeitstätigkeit hat der Geschädigte zu beweisen (stRspr, zB ZVR 1985/11; 2 Ob 38/02f; OLG Innsbruck ZVR 1998/145), eine kürzere der Schädiger. Nur wenn der Verletzte auch nach dem Rentenalter keine Altersversorgung bekommen sollte, steht ihm eine lebenslange Rente zu (SZ 52/77). Diese Beweislastverteilung widerspricht dem Postulat, dass von der **wahrscheinlichsten Entwicklung** auszugehen ist. Gerade **Lehrer** oder **ÖBB-Bedienstete** beziehen ihre Altersversorgung deutlich früher. MEwäre es daher sachgerecht, von den Verhältnissen der **jeweiligen Berufsklasse** auszugehen. Im Ergebnis würde das zu einer **Verschiebung der Beweislast zulasten des Geschädigten** führen. Zu bedenken ist freilich, dass das **Renteneintrittsalter** schon wegen des **demografischen Wandels** in den nächsten Jahren oder zumindest Jahrzehnten steigen wird. Aus diesemGrundwäre es sinnvoll, wenn der Verletzte insoweit einen **Vorbehalt** macht. Welches sein Renteneintrittsalter dann als Gesunder gewesen wäre, kann bei Kenntnis der dann geltenden Rechtslage besser beurteilt werden. Bei einer Kapitalabfindung bzw der Errechnung eines Barwertes wegen Erschöpfung der Deckungssumme bleibt aber nichts anderes übrig, als diesbezüglich eine Prognose anzustellen.

59 Bei Ermittlung des Erwerbsschadens ist zu berücksichtigen, dass jeder seine **gesetzliche Altersrente** durch die **während seiner Aktivzeit geleisteten Beiträge** erwirtschaftet. Im Verletzungsfall in dieser Phase sind zwei Arten der Schadenberechnung möglich: Entweder der Geschädigte verlangt laufend die Mittel für eine **freiwillige Altersversicherung**, um eine Lücke bei der späteren Altersrente zu vermeiden (ZVR 1976/207; 2 Ob 38/02f); oder aber der Verletzte verlangt **erst bei Eintritt in den Altersruhestand** den Betrag, um den seine Altersrente wegen seiner verletzungsbedingt geringeren Anwartschaften geringer ausfällt (SZ 52/77). Vorzugswürdig aus der Sicht des Geschädigten ist allein die Schaffung einer Ersatzlage. Das **Insolvenzrisiko** des Schädigers ist geringer, was bei Einstandspflicht eines Haftpflichtversicherers vernachlässigbar sein mag. Der Nachweis der **Dynamisierung der Rente** ist mit Unwägbarkeiten und Nachweisproblemen verbunden. Ausschlaggebend ist aber, dass sich eine unterschiedliche **Absicherung der Angehörigen** ergibt. Stirbt der Verletzte eines natürlichen Todes, haben der Ehegatte bzw die Kinder bei Ansammlung von Anwartschaften durch eine freiwillige (Sozial-)Versicherung Anspruch auf eine Hinterbliebenenrente; bei Auszahlung erst bei Erreichen der Altersgrenze des Verletzten gehen sie bei dessen vorzeitigem Tod leer aus, weil der Schädiger nur die Verletzung, nicht aber den Tod verursacht hat. Der Verletzte ist bei Ausübung seines Wahlrechts an dieses gebunden. Sache des Geschädigten ist

Seite 1738

es, abzuschätzen, wie hoch die monatlichenBeiträge sein müssen, damit bei Abschluss einer privaten Versicherung, somit der Schaffung einer Ersatzlage, eine Rente in der Höhe herauskommt, alswäre er nicht verletzt worden (2 Ob 184/17 y: Wegen Bezugs einer Invaliditätspension keine Möglichkeit einer Höherversicherung im Rahmen der Sozialversicherung). Wenn der Verletzte lediglich die Arbeitnehmerbeiträge zur Pensionsversicherung verlangt, wird das (jedenfalls) zu wenig sein (so in 2 Ob 184/17 y); wegen der Bindung an das Wahlrecht kommt ein Nachschlag nicht in Betracht.

60 Grundsätzlich ist auch der **Unternehmergewinn positiver Schaden**, wenn er nach dem **gewöhnlichen Lauf der Dinge** erzielt wordenwäre (2 Ob 16/01v; 1 Ob 147/02b; 1 Ob 230/05p), bei besonderen Konstellationen kann dieser ausnahmsweise entgangener Gewinn sein (2 Ob 270/98i; RdW 1999, 19: Aufnahme als Gesellschafter der Arbeitgeber-Gesellschaft; 2 Ob 27/99f; ZVR 2000/17: Übernahme des elterlichen Hofs; 2 Ob 82/00y: Ganztagsverdienst; 2 Ob 191/07p: Nicht verkaufte Bilder eines Kunstmalers als Altersvorsorge). Ein entgangener Gewinn und damit eine Ersatzfähigkeit auch bei grober Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn selbst bei einem **geringeren Beweismaß** – nämlich **überwiegender Wahrscheinlichkeit** – der Nachweis, dass der Gewinn erzielt worden wäre, als erbracht angesehen wird.

61 Der **Erwerbsschaden eines Unternehmers** ist entweder der **entgangene Betriebsertrag** oder es sind die **Aufwendungen zur Abwendung einer Umsatzeinbuße**. Der Nachweis erfolgt häufig durch die geringeren Einnahmen (ZVR 1985/47: Bäcker; OLG Wien ZVR

2000/51: Koch; 6 Ob 565/92: Gastwirt); bei trotz Verletzung gleichgebliebenem Gewinn ist nachzuweisen, dass der Gewinn ohne Verletzung gestiegenwäre (SZ 41/46: Baustoffgroßhändler). Bei einem nach der Einnahmen-Ausgaben-Rechnung ermittelten Gewinn sind Betriebsausgaben, die vor dem Unfall anfielen, aber erst nach dem Unfall gezahlt wurden, ungeachtet der steuerlichen Berücksichtigungsfähigkeit im Jahr,in dem es zur Verletzung gekommen ist, auszuklammern, weil sie – schadenersatzrechtlich – nicht kausal waren (2 Ob 1/15h: Wegen dieser nachträglichen Betriebsausgaben geringerer Gewinn und deshalb höherer [begehrter] Verdienstentgang).

62 Mitunter ist bei verletzungsbedingtem Ausfall die **Einstellung einer Ersatzkraft** möglich (2 Ob 191/07p: Nicht so bei einem Kunstmaler). Bei tatsächlicher Einstellung hat der Schädiger für die Kosten der Ersatzkraft im Rahmen der **Schaffung einer Ersatzlage** aufzukommen (2 Ob 2053/96t: Einstellung eines Kochs durch Hotelier; 7 Ob 33/98y: Landwirt; 2 Ob 135/03x : Tischlermeister). Das gilt selbst dann, wenn die Kosten der Ersatzkraft **erheblich höher** liegen als der **Gewinnentgang** ohne Einstellung einer Ersatzkraft (2 Ob 22/92: Aushilfskraftentschädigung von € 222.000 bei einem Landwirt in keiner Relation zum tatsächlichen Verdienstentgang von € 35.000; gleichwohl Zuspruch; 2 Ob 22, 23/92: Jedenfalls kurzfristig keine Verkleinerung möglich; Aufgabe des Betriebs kann nicht verlangt werden). Das ist namentlich dann berechtigt, wenn es sich um einen **vorübergehenden Gewinnentgang** handelt und der Verletzte ein **anerkennenswertes Restitutionsinteresse an der Fortführung seines Unternehmens** hat, wie das namentlich in der Landwirtschaft vorkommt.

63 Nach der Rspr kann der Verletzte seinen **Gewinnentgang auch anhand der Kosten einer Ersatzkraft** berechnen (2 Ob 56/95), selbst wenn eine solche nicht eingestellt wurde und auch keine Dritten helfend eingesprungen sind. Dem liegt die zu beweisende Annahme zugrunde, dass ein Unternehmer durch seine Arbeitskraft iZw mindestens so viel verdient wie ein angestellter Arbeitnehmer. Dieser Beweis ist unzulässig, wenn das **Unternehmen nicht mehr fortgeführt** wird (2 Ob 54/94: Einschränkung eines landwirtschaftlichen Betriebs auf die Selbstversorgung; ebenso 7 Ob 33/98y: Landwirt, obiter dictum). Denkbar ist ein zusätzlicher Schaden des Unternehmers, dass dieser durch die **verletzungsbedingte Veräußerung seines Unternehmens zur Unzeit** eine Einbuße erleidet.

64 Der Einstellung einer Ersatzkraft entspricht es, wenn der **Verletzte sich selbst überobligationsgemäß anstrengt**, zB durch Verzicht auf Urlaub, Tätigkeiten außerhalb der normalen Arbeitszeit (ZVR 1984/177: Das als Rettungsaufwand zu vergüten); oder **Mitarbeiter** unentgeltlich Überstunden leisten und dadurch einen Umsatzrückgang verhindern (ZVR 1985/47); oder **Nachbarn** unentgeltlich helfen (ZVR 1987/56); oder **Kinder** der verletzten Landwirtin

Seite 1739

ihre Mithilfe intensivieren (ZVR 1989/30). All das soll nicht den Schädiger entlasten (ZVR 1987/56; 2 Ob 54/94), weshalb der Geschädigte die **Bruttokosten einer fiktiven Ersatzkraft** ersetzt verlangen kann.

65 Der Verletzte kann wählen zwischen dem **Gewinnentgang** und den **Kosten einer Ersatzkraft** (2 Ob 54/94; 7 Ob 33/98y; OLG Wien ZVR 2000/51), nicht jedoch beides kumulieren. Es kommt aber doch eine **partielle Kombination** in Betracht. Die eingestellte Ersatzkraft muss sich einarbeiten und ist mit den Verhältnissen nicht so vertraut wie der verletzte Unternehmer. Kommt es trotz Einstellung einer Ersatzkraft zu einer Gewinneinbuße, ist diese neben den Ersatzkraftkosten auszugleichen (SZ 41/46: Baustoffgroßhändler; 2 Ob 156/06i: Inhaber einer Gaststätte; OLG Wien ZVR 2000/51: Koch). Durch die Einstellung einer Ersatzkraft wird eine Ersatzlage geschaffen; der **restliche Gewinnentgang** ist das **verbleibende Kompensationsinteresse**. Das Risiko der Untauglichkeit der Ersatzkraft hat der Schädiger zu tragen. Es besteht insoweit eine Parallele zur Kfz-Reparatur (§ 1323 Rz 50). Eine Obliegenheit des Unternehmers zur Einstellung einer Ersatzkraft ist nur mit äußerster Zurückhaltung anzunehmen. Das gilt vor allem bei Tätigkeiten, die von der jeweiligen Unternehmerpersönlichkeit abhängig sind, wie das namentlich bei künstlerischer bzw freiberuflicher Tätigkeit oder auch bei einer Gastwirtschaft der Fall ist.

66 Während der OGH einem **Unternehmer** eine **lebenslange Rente** gewährt (ZVR 1989/30: Selbständige Landwirtin) und lediglich einen Gegenbeweis des Schädigers zugelassen hat (ZVR 1962/60), plädiert die Lehre für eine Grenze von 65 Jahren für Männer und 60 bei Frauen und begründet das damit, dass ein Unternehmer das leicht entkräften könne. ME ist auf die **wahrscheinlichste Entwicklung der jeweiligen Berufsgruppe** abzustellen. Jedenfalls hat ein **gestaffelter Altersabschlag** zu erfolgen, weil die Kräfte jenseits der 60 bzw 65 erfahrungsgemäß mit steigendem Alter nachlassen (vgl 2 Ob 27/16h: Fitnesstrainer hätte seinen Beruf bis ins hohe Alter ausüben können – aber wie viele Kunden wollen von einem Methusalem trainiert werden?).

67 Ein verletzter **geschäftsführender Gesellschafter einer Personengesellschaft** kann jedenfalls seine **Einbuße am Gewinnentgang** fordern (4 Ob 2396/96y; 7 Ob 33/98y; 2 Ob 156/06i; bis dahinstRspr). Bei vereinbarter **Tätigkeitsvergütung** sind die Regeln über die **Lohnfortzahlung** anzuwenden, sodass die trotz Verletzung gezahlte Vergütung ersatzfähig ist. Bisweilen wird ein über die Gewinneinbuße hinausgehender Ersatz mit der Begründung vorgeschlagen, dass den verletzten Gesellschafter eine gesellschaftsrechtliche Anpassungspflicht treffe, er sich wegen seiner Verletzung mit einer geringeren Gewinnbeteiligung zufriedengeben oder für die Kosten einer Ersatzkraft sorgen müsse. Das Gesellschaftsrecht kennt solche Pflichten in der Tat, allerdings erst nach sehr langer Dauer. In der vereinzelten E GesRZ 1985, 138, hat der OGH die vollen Kosten einer Ersatzkraft bei einer Ehegatten-Gesellschaft unter Berufung auf die objektiv-abstrakte Schadensberechnung auch dann zugesprochen, wenn der nicht verletzte Ehegatte einen Gewinnentgang der Gesellschaft durch Mehranstrengungen abgewendet hat.

68 Nunmehr hat der OGH den **vollen Ersatzkraftkostenersatz** ohne Bezugnahme auf die **objektiv-abstrakte Schadensberechnung** gewährt (2 Ob 238/07z). Die E vermittelt den Eindruck, als ginge es nur um die Zuweisung der Aktivlegitimation an den Verletzten bei einer Vielzahl unentgeltlich einspringender Dritter (dazu oben Rz 52).

69 Bei Berechnung der Schadenshöhe ist zu unterscheiden:Bei Gewinnbeteiligung eines geschäftsführenden Gesellschafters trotz seines **verletzungsbedingten Ausfalls** handelt es sich um eine Schadensverlagerung auf die Gesellschaft bzw die Mitgesellschafter, soweit die Gewinnbeteiligung eine Abgeltung seines – vereitelten – Arbeitskrafteinsatzes darstellt. Hingegen stellt der Teil der Gewinnbeteiligung, der **Gegenleistung für die Kapitalbereitstellung** ist, regelmäßig keinen ersatzfähigen Schaden dar, weil insoweit keine verletzungsbedingte Beeinträchtigung vorliegt. Soweit darüber hinaus der Vermögenswert der Gesellschaftbeeinträchtigt wird, kann **nur der verletzte Gesellschafter** die Vermögensminderung seines Kapitalanteils geltend machen; die Wertminderung der Kapitalanteile der übrigen Gesellschafter stellt hingegen einen bloß mittelbaren Schaden dar. Grundsätzlich kommt somit eine Kumulierung

Seite 1740

von Entgeltfortzahlungsschaden des Gesellschafter-Geschäftsführers sowieWertminderung seines Kapitalanteils in Betracht; sofern allerdings der Firmenwert nahezu ausschließlich im Arbeitskraftpotential des Gesellschafter-Geschäftsführers liegt, ist kaum vorstellbar, dass insoweit eine ersatzfähige Einbuße an derGmbH gegeben ist (aA 2 Ob 2/19m: Unternehmenswert von 1.102.000 € eines Unternehmers, der Personal Training betreibt; Zurückverweisung durch den OGH, um Höhe zu klären).

70 Bei einer **Kapitalgesellschaft** erhält der Geschäftsführer stets einen **Geschäftsführerbezug**, sodass im Verletzungsfall die Regeln über die **Lohnfortzahlung** heranzuziehen sind; und zwar auch dann, wenn eine Weiterwälzung über mehrere Gesellschaften im Konzern erfolgt (2 Ob 27/12b: Niederländische Fleischverarbeitung unter Bezugnahme auf 8 Ob 118/04t: Von der Stadt Wien ausgelagerteGmbH). Betreibt ein Einzelunternehmer eine Ein-Mann-GmbH, stellt er weder eine Ersatzkraft ein noch erfolgt die Abwendung einer Gewinneinbuße durch eigene überpflichtgemäße Anstrengungen oder das Einspringen Dritter, ist der Gewinnentgang schwer nachzuweisen; der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Ein-Mann-

GmbH kann aber das fortgezahlte Entgelt verlangen. Ob der **Gesellschaftsgewinn ausgeschüttet** bzw die Ausschüttung fällig ist, spielt keine Rolle (2 Ob 27/16h: Gesellschafter-Geschäftsführer einer 1-Mann-GmbH). Letztlich kann es auch nicht darauf ankommen, ob im **Anstellungsvertrag eine Entgeltfortzahlung vereinbart** worden ist (so aber 10 Ob 98/18m: 1-Mann-GmbH mit identem Geschäftsführer); entscheidend kann allein sein, dass bei Fortzahlung des Entgelts – aus welchem Rechtsgrund immer – vom unmittelbar verletzten Geschäftsführer auf die Gesellschaft verlagert worden ist. Da bei einer 1-Mann-GmbH alle Positionen in einer Hand vereinigt sind, herrschen mitunter „schlampige" Verhältnisse. Auch wenn es mE für das Schadenersatzrecht darauf nicht ankommen kann, hat das der OGH in 10 Ob 98/18m gegenteilig beurteilt, sodass eine klare Regelung bezüglich der Entgeltfortzahlung getroffen werden sollte; jedenfalls sollte der Geschäftsführer – zur Sicherheit – seinen Ersatzanspruch an dieGmbH abtreten.

71 Nach Ansicht des OGH kann der Schädiger nicht einwenden, dass der **Geschäftsführerbezug im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gesellschaft unangemessen** sei, sodass den Gesellschafter-Geschäftsführer eine gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Herabsetzung treffe (4 Ob 299/98v). Die Lit wendet dagegen zu Recht ein, dass die Gesellschaft derart überhöhte Bezüge auf Dauer nicht leisten hätte können. Jedenfalls ist mE eine **normative Kontrolle** angezeigt,insb wenn Gesellschafter und Geschäftsführer die gleiche Person sind, weil dann ein **In-sich-Geschäft** vorliegt, bei dem stets die Gefahr von Dispositionen zulasten Dritter besteht. Die Anerkennung eines solchen Geschäftsführerbezugs als **steuerlich abzugsfähige Betriebsausgabe** könnte ein **Ansatzpunkt für eine marktkonforme Gestaltung** sein. Der Gesellschafter-Geschäftsführer einer 1-Mann-GmbH kann aber (alternativ) auch die Gewinneinbuße derGmbH verlangen (2 Ob 14/18z: Gesellschafter-Geschäftsführer macht von „Bilanzverlust" von 70.000 € 28.800 € geltend – Verstauchung des Mittelfingers eines IT-Fachmanns).

72 Bei einer **Personengesellschaft** ist es wegen der unbeschränkten Haftung für die Gläubiger gleichgültig, ob den Schadenersatzanspruch der verletzte Gesellschafter oder bei einer Tätigkeitsvergütung die Gesellschaft erhebt. Bei einer **Kapitalgesellschaft** ist der Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, weshalb bei Fortzahlung eines Geschäftsführerbezugs bloß die **Gesellschaft für den Ersatzanspruch aktivlegitimiert** sein sollte; bei Bejahung der Aktivlegitimation des Gesellschafter-Geschäftsführers sollte dieser – hinsichtlich des fortbezahlten Geschäftsführerbezugs – bloß Zahlung an die Gesellschaft verlangen können (vgl dazu 2 Ob 27/16h: Festhalten an der Aktivlegitimation des Gesellschafter-Geschäftsführers zur Zahlung an sich selbst, in concreto freilich ohne Bedeutung, weil dieGmbH nach dem Unfall veräußert wurde).

73 Bei **Mithilfe von Familienangehörigen ohne ausdrückliche vertragliche Regelung** (ZVR 1975/99 Bauernsohn; SZ 41/58: Altbauer; JBl 1987, 575: In Gastwirtschaft mithelfender Beamter) steht dem Verletzten der Ersatz des Erwerbsschadens auch dann zu, wenn er keine Gegenleistung erhalten hat, weil die **aktivierte Arbeitskraft einen Vermögenswert** hat und es kei

Seite 1741

nen Unterschied macht, ob der Verletzte im gesunden Zustand für seinen Arbeitskrafteinsatz ein Entgelt genommen und das dem Leistungsempfänger geschenkt hätte oder von vornherein darauf verzichtet hat (ZVR 1982/188). Die Bemessung des Erwerbsschadens sollte davon abhängen, ob der Verletzte eine Tätigkeit in abhängiger oder eigenverantwortlicher Stellung wahrgenommen hat. Entsprechendes gilt für einen Ordensangehörigen (SZ 48/119: Klostergärtner der Pallottiner).

74 Bei einem **Dauerschaden** hat der Verletzte mitunter **zunächst keinen konkreten Verdienstentfall**, weil er sich besonders anstrengt. Dadurch verbraucht er sich – womöglich – rascher, mit der Folge, dass sein Arbeitsplatz – im Konkurrenzkampf mit gesunden Arbeitnehmern – stärker gefährdet ist und er diesen später verliert oder eine Einkommensminderung erleidet. Wenn sich das **Risiko realisiert**, kann er **nicht beweisen**, dass

Ursache die lange zurückliegende Unfallverletzung ist. In einem solchen Härtefall spricht der OGH eine **abstrakte Rente** zu.

75 Bei einem Dauerschaden muss sowohl die Ausgleichsfunktion als auch die Sicherungsfunktion verwirklicht sein (2 Ob 9/00p; 2 Ob 133/02a). Unter **Ausgleichsfunktion** versteht man, dass sich der Verletzte – im Vergleich zu seinem Zustand als Gesunder – für die bisherige Tätigkeit mehr anstrengen muss und die Gefahr besteht, dass er sich rascher erschöpft. Unter **Sicherungsfunktion** versteht man, dass eine Einkommensminderung zu erwarten ist oder doch wahrscheinlich sein muss (2 Ob 9/00p; 2 Ob 133/02a; 2 Ob 194/06b). Zu beiden Funktionen muss der Geschädigte ein **Vorbringen** erstatten (7 Ob 91/15f: Kein Vorbringen zur Ausgleichsfunktion; 2 Ob 230/15k: Schüler, Erfordernis der Behauptung konkreter Umstände, die Verlust des Arbeitsplatzes und damit Einkommenseinbuße wahrscheinlich machen).Für eine Gefährdung des Arbeitsplatzes hat der Arbeitnehmer die **Wahrscheinlichkeit** des Verlustes nachzuweisen. Die **bloße Möglichkeit** künftiger Einkommensverluste genügt nicht (ZVR 1984/325). Selbst bei einer Minderung der Erwerbsfähigkeit um 70 % wurde bei einem „geschützten Arbeitsplatz" keine Gefährdung angenommen (ZVR 1989/133); als nicht gefährdet wurde auch der Arbeitsplatz eines älteren Facharbeiters bewertet, der seine Hände nur eingeschränkt einsetzen konnte und dem eine Gehaltserhöhung im Gegensatz zu seinen Kollegen verweigert wurde (2 Ob 9/93). ME hätte die Versagung der abstrakten Rente in diesem Fall damit begründet werden müssen, dass ein konkreter Verdienstentgang durch die Versagung der Teilhabe an der Lohnanhebung bereits gegeben war.

76 Auch ein **Arbeitsloser** kann eine abstrakte Rente begehren, wenn er bei Zutreffen aller anderen Tatbestandselemente bei der Suche nach einer Stelle benachteiligt ist (2 Ob 234/08p: Referenzgröße für die Mehranstrengung ist die des Verletzten gegenüber gesunden Mitbewerbern im neuen Beruf als Bilanzbuchhalter, nicht in Bezug auf den früheren Beruf als Bauarbeiter). Auch der Arbeitsplatz eines **Unternehmers** kann gefährdet sein, kommt es doch bei diesem in besonderer Weise darauf an, dass sein Arbeitskrafteinsatz zu einem wirtschaftlichen Erfolg führt, sodass die Gefahr von Einkommenseinbußen hier in besonderer Weise gegeben ist (2 Ob 176/09k: Vermögensberater). Für den „außerhäuslichen Beruf", in concreto die **Haushaltstätigkeit**, kann **keine abstrakte Rente** begehrt werden (7 Ob 91/15f: Keine Feststellung, dass Haushaltsführer Absicht hatte, wieder ins Berufsleben einzusteigen). Das gilt auch für einen Verletzten, der **noch nicht im Erwerbsleben**, ja noch nicht einmal in einer Berufsausbildung stand (2 Ob 230/15k: Wunschberuf Kfz-Techniker; in concreto aber Abweisung schon damit zu begründen, dass nach dem Unfall Beschäftigung bei einer Autotechnikfirma ohne Angabe von Gründen in der Probezeit aufgelöst).

77 Die abstrakte Rente setzt voraus, dass **bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung kein konkreter Schaden** eingetreten ist. Während es bei der abstrakten Rente eines Unternehmers nicht um Einbußen während des Heilungsverlaufs geht (2 Ob 176/09k), erleidet ein Arbeitnehmer in dieser Phase häufig keine Einbuße, weil sein Erwerbsschaden im Wege der Lohnfortzahlung auf den Arbeitgeber verlagert wird.

78 Ist bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung eine konkrete Vermögenseinbuße als Erwerbsschaden eingetreten, kann keine abstrakte Rente begehrt werden. Der Geschädigte hat dann **kein Wahlrecht zwischen abstrakter Rente und konkretem Verdienstentgang** (ZVR

1985/11). Auch die Kumulierung beider Methoden ist ausgeschlossen (ZVR 1990/121). Ist kein konkreter Erwerbsschaden eingetreten, steht dem Verletzten ab dem Schluss der mündlichen Verhandlung im Verfahren 1. Instanz, nicht schon für den Zeitraum ab der Verletzung (ZVR 1974/223; ÖJZ 1982/2) bis zum Ruhestand (ZVR 1967/216), eine abstrakte Rente zu. Ein **später eintretender konkreter Erwerbsschaden** ist damit **ausgeschlossen** (stRspr, zB SZ 47/20; ZVR 1976/293; ZVR 1990/121). Ausgenommen sind aber mE nicht vorhersehbare Verschlechterungen des Gesundheitszustands, für die auch beim Schmerzengeld eine Nachklage zulässigwäre (dazu unten Rz 130). **Alternativ** kann der Verletzte eine **Feststellungsklage** erheben und bei Realisierung des Risikos den dann eintretenden konkreten Schaden verlangen;

ein Feststellungsurteil hindert den Zuspruch einer abstrakten Rente nicht, weil sich ein solches nicht allein auf den Erwerbsschaden bezieht (ZVR 1983/84; 2 Ob 9/00p).

79 Nach der ***Pieglerschen* Formel** steht dem Geschädigten bei der abstrakten Rente Ersatz im Ausmaß der **Hälfte der prozentualen Erwerbsminderung** zu (JBl 1966, 567; RZ 1982, 33). Eine Indexbindung wird versagt (OLG Innsbruck ZVR 1984/48), was von der Lehre kritisiert wird. Da aber die abstrakte Rente eine frei gegriffene Billigkeitsentschädigung ist, die zum konkreten Risiko in keinem rationalen Verhältnis steht, mag die Indexbindung mE zwar plausibel sein, ist aber keinesfalls zwingend.

80 Die abstrakte Rente ist mit der **objektiv-abstrakten Schadensberechnung** begründet worden (2 Ob 143/03y). Diese argumentiert mit dem **Rechtsfortwirkungsgedanken**, dass anstelle des verletzten Rechtsgutes der Schadenersatzanspruch tritt. Damit unvereinbar ist, dass die abstrakte Rente erst ab dem Ende der mündlichen Verhandlung erster Instanz zugebilligt wird. Zudem ist Anknüpfungspunkt die Beeinträchtigung des Rechtsgutes der Erwerbsfähigkeit. Damit unvereinbar ist das Abstellen auf eine wahrscheinliche künftige Einkommenseinbuße.

81 Der OGH hat sich aber – nach kurzem Zögern (2 Ob 133/02a) – für die **Fortführung der Zubilligung einer abstrakten Rente im bisherigen Rahmen** ausgesprochen, betont aber die restriktive Handhabung im Rahmen eines Härtefalls (2 Ob 143/03y; 2 Ob 67/05z; 2 Ob 126/06b; 2 Ob 230/15k: Schüler).

82 Nach einem Teil der Lehre soll die **Erschwernis der Arbeit** im Rahmen des **Schmerzengeldes** berücksichtigt werden. Dies würde aber bloß zu einem homöopathisch höheren Schmerzengeld führen. In **allen anderen Fallkonstellationen** werden **überobligationsgemäße Anstrengungen im Rahmen des Vermögensschadens erfasst**, was zu einem wesentlich höheren Ersatz führt. Bei einem konkret alsbald drohenden Einkommensausfall begibt sich der Geschädigtenanwalt geradezu in die Nähe eines anwaltlichen Kunstfehlers, wenn er – ohne zureichende Aufklärung des Klienten – für den Geschädigten eine abstrakte Rente verlangt, weil die Differenz gegenüber dem alsbald häufig viel höheren Schaden durch die gebildeten Rücklagen nicht gedeckt ist und auch nicht mehr verlangt werden kann.

83 Angesichts dieses **Risikopotentials** muss es verwundern, wie häufig Geschädigte damit spekulieren, dass die weitere Entwicklung anders verläuft als angenommen und ihnen dann ein **Trostpflaster für die Mehranstrengung** verbleibt, ohne dass ein **rechnerischer Schaden** eintritt (so etwa 2 Ob 230/15k: Vereitelte Möglichkeit des Traumberufs eines Kfz-Technikers für einen Schüler). Zu bedenken ist, dass die abstrakte Rente einen **Anreiz für den Geschädigten** darstellt, sich besonders anzustrengen, um den bestehenden Arbeitsplatz zu behalten, weil er dann zwar zum Erwerbseinkommen ein Zubrot erhält, ansonsten aber weniger als seine Einbuße. Insofern ist die **Belastung des Schädigers geringer**, als wenn der Verletzte bei durchschnittlicher Anspannung seiner Kräfte den Arbeitsplatz verliert und keine neue Stelle findet, mit der Folge, dass der Schädiger dann das gesamte entfallende Erwerbseinkommen ersetzen muss.

84 Auch bei **unrechtmäßiger Erwerbstätigkeit** gebührt Ersatz des Erwerbsschadens (zB SZ 54/70: **Prostituierte** unter Hinweis auf übliche Vorkasse – nicht das Ergebnis, wohl aber die Begründung inzwischen überholt; 2 Ob 289/97g: **Pfuscher**). Auch bei diesen Tätigkeiten

Seite 1743

ist die ESt-Pflicht zu berücksichtigen, beim Pfusch mE auch die bei Nachweis von Schwarzarbeit zu entrichtenden Verwaltungsstrafen.

85 Bei **Personen**, die **noch nicht im Erwerbsleben** stehen (zB Kind, Student), liegt der ersatzfähige Erwerbsschaden **nicht in den frustrierten Aufwendungen** für die Phase der unterbrochenen Ausbildung, sondern für den **Entgang ab dem Eintritt ins Erwerbsleben ohne Verletzung** (ZVR 1990/88; EF 46.095; 2 Ob 138/00h). **Aktivlegitimiert** sind – in Entsprechung zu den Regeln der Lohnfortzahlung bzw zu den Heilungskosten (dazu Rn 32) – auch die Eltern,

allerdings erst nach Erbringung der Leistung; davor steht ihnen bloß ein Feststellungsanspruch zu (2 Ob 18/18 p: Medizinstudentin, die vor Inangriffnahme des Studiums verletzt wurde). Nach Erbringung der Leistung geht der Ersatzanspruch des verletzten Kindes nach § 1358 auf die Eltern über. Bei einem Studium, bei dem – wie im Regelfall – das Erwerbseinkommen bei Berufsantritt höher ist als der Unterhaltsanspruch gegen die Eltern, steht dem Kind der restliche Differenzanspruch gegen den Schädiger zu. Bei einem „brotlosen" Studium, bei dem das Erwerbseinkommen des Kindes bei Berufsantritt geringer ist als der Unterhaltsanspruch gegen seine (begüterten) Eltern, steht den Eltern in Bezug auf die Differenz kein Regress nach § 1358 zu, weil ersatzfähig nur der Schaden des Kindes ist. Häufig wird Ersatz lediglich verlangt für den Zeitraum, um den der Verletzte **später in das Erwerbsleben eintritt**. Das ist aber zu wenig. In vielen Berufen ist das Erwerbseinkommen von einer vorangehenden beruflichen Tätigkeit abhängig. Bei Beamten ist die Vorrückung nach dem **Bienniensystem** ein ganzes (Beamten-)Leben vom Zeitpunkt des Eintritts als Beamter abhängig. Ersatz gebührt deshalb auch für diesen Folgeschaden. Bedeutsam ist zudem, dass für die Zeit, in der der Eintritt ins Berufsleben später erfolgt, auch **keine Anwartschaften für die Altersversorgung** erworben werden konnten, was gleichfalls berücksichtigungsfähig ist (zur Art des Ersatzes oben Rz 59).

86 In je früherem Alter bei einem Dauerschaden die Verletzung passiert, umso größer sind die **Unwägbarkeiten der Prognose** (2 Ob 16/01v; 1 Ob 256/01f: Kochlehrling; 1 Ob 256/01f). Maßgeblich sind die beim **Kind** bis dahin zu beobachtenden Fähigkeiten und Neigungen. Hilfsweise ist abzustellen auf die **Erwerbsbiografie der Eltern** sowie der **Geschwister**. Auch ist heranzuziehen, wie das – verletzte – Kind auf den **Schicksalsschlag reagiert** hat. Es ist dem Verletzten ein **Schätzungsbonus** einzuräumen, weil es der Schädiger war, der den Verletzten in diese Beweisschwierigkeiten gebracht hat. Bei besonders herausragenden Berufen der Eltern ist der Buddenbrook-Effekt zu beachten, dass sich Sonderbegabungen nur ausnahmsweise in der nächsten Generation wiederfinden. Beachtet werden sollte, dass es nicht allein um Defizite im beruflichen Erwerbsleben geht, sondern auch Beeinträchtigungen bei der Haushaltsführung.

87 Bei Verletzung des **Haushaltsführers** wird die Beeinträchtigung der Haushaltsführung für den Verletzten als Anspruch wegen **vermehrter Bedürfnisse** qualifiziert (2 Ob 86/95), die für andere Familienmitglieder als **Erwerbsschaden** (2 Ob 533/94). Für das Ausmaß des Ersatzes ist es **gleichgültig, wie der Schaden aufgefangen wird**, ob eine Ersatzkraft eingestellt wird, sich der verletzte Haushaltsführer überobligationsgemäß anstrengt, Familienangehörige oder Dritte einspringen oder das Dienstleistungsniveau absinkt (2 Ob 26/02s; 6 Ob 109/06g), also der Haushalt sonst „verlottern" würde. Ersatz gebührt ebenso, wenn der Haushaltsführer für die bisherige Tätigkeit verletzungsbedingt länger braucht (7 Ob 14/10z: Lymphödemrisiko, schmerz- und vorsichtsbedingte Verzögerungen). Einem Anwalt, der einem Lkw-Fahrer eine Broschüre über mögliche Ansprüche aushändigt, ist kein haftungsbegründender Beratungsfehler nach § 9 RAO vorzuwerfen, wenn dieser nach Beeinträchtigungen des beruflich erwerbstätigen Ehemanns in der Haushaltsführung nicht extra nachfragt (1 Ob 135/15g: Bei Verdienstentgang Hinweis auf Ersatz für Haushaltshilfen, in concreto aber Mehranstrengung der Ehefrau; sprachliche Probleme bei der Erfassung des juristischen Informationsmaterials als unbeachtliche Neuerung qualifiziert; das sehr anwaltsfreundlich, weil Hinweis auf Haushaltshilfen bei Verdienstentgang angeführt war und nicht jeder über die Möglichkeit fiktiver Abrechnung Bescheid weiß; zudem zieht Klient gerade deshalb einen Anwalt heran, weil er mehr Rat erwartet als die Aushändigung einer Broschüre).

88 Auch wenn der Haushaltsführer bereits vor der Verletzung eine Haushaltshilfe beschäftigt hatte, gewährt ihm der OGH nach der Verletzung Ersatz (unter Kritik der Lehre), weil er nun auf die **Haushaltshilfe angewiesen** ist und verletzungsbedingt nicht mehr die Wahl hat, den Haushalt selbst zu besorgen (2 Ob 2123/96m). ME ist das nur ersatzfähig, wenn sich die nun Verletzte eines Tages als Gesunde – aus welchen Gründen immer – dazu entschlossen hätte, den Haushalt selbst zu erledigen. Im Schadenersatzrecht kommt es nämlich stets darauf an, wie man sich verhalten hätte, nicht, wie man sich verhalten hätte dürfen.

89 Nach dem OGH ist die Rente für **Beeinträchtigung der Haushaltsführung konkreter Verdienstentgang** (2 Ob 83/99s) und keine abstrakte Rente. Sie gebührt auch bei bloßer Mehranstrengung (ZVR 1989/30; 6 Ob 143/98t; 2 Ob 26/02s; ZVR 2003/45). Das hat zur Folge, dass sie auch für die Vergangenheit (JBl 1968, 143) und nicht bloß bis zum Renteneintrittsalter (ZVR 1985/46) zusteht. Zudem kommt eine Indexierung und Anpassung an veränderte Verhältnisse in Betracht (ZVR 1979/182).

90 Die Hausfrauenrente ist von der **Einstellung einer Ersatzkraft unabhängig** (6 Ob 11/10a). Wegen des Zugangs zu sämtlichen Bereichen des Wohnsitzes und dem damit verbundenen Vertrauen wird auf die Einstellung einer fremden Ersatzkraft mitunter verzichtet; vielmehr springen häufig **Angehörige sowie Verwandte und Bekannte** ein. Zudem scheuen sich viele Geschädigte, eine Ersatzkraft einzustellen, solange nicht feststeht, ob die Kosten überwälzbar sind (zutr 2 Ob 42/92: Bei Anspruch nach § 1327 Hinweis, dass bei Zuspruch voller Kosten nur bei Einstellung einer Ersatzkraft Begünstigung gut situierter Familien). Zudem wird es jedenfalls an manchen Orten schwierig sein, eine **vertrauenswürdige Person über die Stunde zu finden**, die sich vom Zeitbudget zudem an den womöglich wechselnden Bedarf infolge von Krankenhausaufenthalten und dem Gesundungsprozess des verletzten Haushaltsführers anzupassen bereit ist. Wird eine Ersatzkraft oder Reinigungsfirma beschäftigt (ZVR 1979/182), sind die anfallenden Kosten ersatzfähig.

91 Die österr Rspr verzichtet – anders als in Deutschland und der Schweiz – bei Ermittlung des Zeitumfangs auf die **Heranziehung statistischer Untersuchungen**. Auch die **unterschiedliche Qualifikation einer Ersatzkraft** zur Bewältigung der Hausarbeit wird nicht diskutiert. So findet sich eine Aussage, dass es keinen Unterschied mache, ob die Hausfrau berufstätig war (JBl 1968, 143); auch während des Krankenhausaufenthalts wird die Rente nicht gekürzt (ZVR 1984/322). In den Nachbarrechtsordnungen hat die **Heranziehung statistischer Untersuchungen zu einem signifikanten Anstieg des Ersatzumfangs** geführt (mehrere 100 %). Bei ganz geringfügigen Defiziten (2 Ob 100/07f: Abschmecken von Speisen, wofür den Lebensgefährtinnen der Söhne ein Entgelt gezahlt wurde) hat der OGH zu Recht einen Vermögensschaden verneint.

92 Bei ausreichender Präzisierung des Klagebegehrens gewährt der OGH **nicht nur den Bruttostundenlohn einer Ersatzkraft**, sondern die **Arbeitskraftkosten**, somit auch die Weihnachtsremuneration und den Urlaubszuschuss sowie einen Zuschuss für Leistungen an Sonn- und Feiertagen unter Einschluss der Sozialversicherungsbeiträge (ZVR 1987/56; 2 Ob 345/00z). Auch hier ist zu berücksichtigen, dass eine Ersatzkraft zwar 14 Bezüge erhält, aber maximal 10 Monate im Jahr arbeitet. Die Kritik der Lit und der Vorschlag auf die Verweisung auf das Mittelmaß des Mindest- und Höchststundensatzes nach richterlichem Ermessen gem § 273 ZPO sind in diesem Zusammenhang ebenso unangebracht wie bei den Pflegedienstleistungen. Für die Jahre 2012 und 2013 hat der OGH (2 Ob 164/17g: Bäckereiverkäuferin) 12 € angenommen (oben Rz 46, 49).

93 Unter **Haushaltsführung im engeren Sinn** ist die klassische Haushaltsarbeit zu verstehen wieinsb Einkaufen, Kochen, Wäschewaschen, Wohnungsreinigung, Betreuung von Kindern. Darüber hinaus fallen in einem Haushalt aber **weitere entschädigungspflichtige Tätigkeiten** an, wenn diese verletzungsbedingt nicht mehr ausgeübt werden können: Pflege kranker Familienangehöriger (2 Ob 533/94), Betreuung von Garten und Haustieren (OLG Innsbruck ZVR 2006/158: Haltung eines Hundes), Instandhaltungs- und Instandsetzungsarbeiten des Wohnsitzes (ZVR 1982/188) und des Fahrzeugs, Schriftverkehr mit Banken, Versicherun

Seite 1745

gen und Behörden, Betrauung und Überwachung von Handwerkern, Chauffeurdienste für mj Kinder, Grabpflege (SZ 51/131).

94 Ob die verletzte Person bei ihrer Haushaltstätigkeit eine Unterhaltspflicht erfüllt hat, ist ohne Bedeutung (2 Ob 56/95); zu Recht hat auch die **Lebensgefährtin** einen entsprechenden Anspruch (JBl 1961, 419). Folgerichtig hat der OGH (2 Ob 179/18i) das auf die Haushaltsführung

zugunsten des **Schwagers** erstreckt. Die Restriktion, dass keine bloß zufällige Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft vorlag, sondern ein stillschweigendes Einvernehmen über eine dauerhafte Haushaltszugehörigkeit und –versorgung bestand, mag für den Zuspruch einer Rente bedeutsam sein; die Ersatzfähigkeit des Einsatzes der Arbeitskraft für derartige Tätigkeiten kann davon aber nicht abhängen. Auch der **Ehemann** hat Anspruch auf Abgeltung seiner verletzungsbedingt vereitelten Mitwirkung im Haushalt, selbst wenn die Ehefrau nicht im Beruf steht (SZ 55/167). Die Aufteilung der Hausarbeit zwischen den Ehegatten dürfte heute der Regelfall sein, sodass stets zu prüfen ist, ob neben der Beeinträchtigung der beruflichen Erwerbsarbeit auch eine solche bei der Haushaltstätigkeit gegeben ist.

95 **Aktivlegitimiert** ist allein der **verletzte Haushaltsführer**, nicht auch Drittgeschädigte, denen Dienstleistungen entgehen (2 Ob 533/94; 2 Ob 156/02h). Die Rente bei Verletzung des Haushaltsführers soll keiner zeitlichen Begrenzung unterliegen (ZVR 1985/46; 2 Ob 345/00z). Wird der ältere Haushaltsführer das Nachlassen der Kräfte auch durch die größere – dann zur Verfügung stehende – Zeit kompensieren, der Zuspruch einer ungekürzten Rente bis zum Lebensende ist mE des Guten gewiss zu viel.

96 Zu ersetzen sind auch **Eigenleistungen** des Verletzten, namentlich für die **Errichtung** und den **Ausbau eines Eigenheims**, gleichgültig, wem die Liegenschaft gehört (6 Ob 75/08k : Verletzungsbedingte Vereitelung des Ausbaus des Hauses der Ehefrau; SZ 50/77: Haus eines Maurers auch für die Söhne). Bei wechselseitiger Nachbarschaftshilfe schließt der Erwerbsschaden dann das „Zurückarbeiten" des Verletzten an die zunächst bei ihm mithelfenden Nachbarn mit ein (2 Ob 56/95; 1 Ob 261/02t). Bei einem konkreten Projekt hat Ersatz in Form eines **Kapitalbetrags** und nicht einer Rente zu erfolgen (2 Ob 56/95). Bisher haben die Verletzten ein entsprechendes Begehren gestellt ohne Anrechnung von sozialversicherungsrechtlichen Lohnersatzleistungen. Womöglich wurden keine solchen bezogen. Sollte das der Fall sein,wäre die **sachliche Kongruenz** mE zu bejahen.

97 NachVfGH B 242/06 ist die **Rente wegen vermehrter Bedürfnisse nicht ESt-pflichtig**. Die Steuerpflicht für den Ersatz für die **Beeinträchtigung bei der Haushaltsarbeit** ist fraglich. Bei der Haushaltsarbeit für sich selbst ist die Parallele naheliegend, bei der für andere Familienmitglieder jedoch fraglich. Sofern durch Eigenleistung ein Vermögenswert geschaffen wird, trägt das Argument desVfGH jedenfalls nicht, mag auch die ursprüngliche Tätigkeit nicht einkommensteuerpflichtig gewesen sein. Bei der Regulierung sollte eine drohende Steuerpflicht jedenfalls bedacht werden. Sollte sie eintreten, sollte sichergestellt werden, dass die anfallende Steuer vom Schädiger zu tragen ist. Steuerpflichtig ist jedenfalls die Einstellung einer Ersatzkraft; dann ist das erzielte Einkommen bei dieser zu versteuern.

K. Rehabilitation

98 Der Schadenersatzanspruch nach § 1325 umfasst auch Aufwendungen der **sozialen und beruflichen Rehabilitation**. Es geht nicht bloß um **Vermögensinteressen**, sondern darum, den Verletzten in die Lage zu versetzen, ein **selbstbestimmtes Leben** zu führen sowie nach Maßgabe der ihm verbliebenen Fähigkeiten seine Arbeitskraft sinnvoll betätigen zu können.

99 Der Rehabilitationsschaden wurde bisher unter dem Gesichtspunkt der **Schadensminderungsobliegenheit gem § 1304** betrachtet (2 Ob 324/00m). Hingewiesen wurde auf die Interessen beider Teile und die Grundsätze des redlichen Verkehrs (SZ 49/19; 2 Ob 147/98a). Mit solchen Leerformeln lässt sich – nahezu – jedes Ergebnis begründen. Die Schwierigkeit besteht darin, dass der Verletzte nicht gezwungen werden darf, jede x-beliebige Tätigkeit anzunehmen (zutreffend ZVR 1989/203), zugleich aber seine Fähigkeiten verletzungsbedingt vermindert sind, sodass er die ursprüngliche Tätigkeit gerade nicht mehr wahrnehmen kann

Seite 1746

(fragwürdig daher SZ 49/19: Wer den Beruf eines Malers erlernt hat, dem ist der Beruf eines Portiers nicht zuzumuten). Zu beachten ist, dass die Anforderungen bezüglich des zumutbaren

Erwerbs sich von denen des Beamtenrechts – Schutz der bisherigen Stelle – und des Arbeitslosenversicherungsrechts – weniger strenge Anforderungen als im Schadenersatzrecht, da eine Sozialleistung stets nur einen Mindeststandard gewährleisten kann – unterscheiden.

100 Hat der **Verletzte seine frühere Erwerbsfähigkeit nicht in vollem Umfang wiedererlangt**, was auch bei Ausheilung der Körperverletzung, aber einer verletzungsbedingt erfolgten psychischen Fehlverarbeitung der Fall sein kann (2 Ob 167/10p: Rotierendes Gangbild, das aber trotz körperlicher Ausheilung psychogen fortbesteht), muss der **Schädiger nachweisen**, dass der Verletzte eine bestimmte ihm **zumutbare Ersatzbeschäftigung ausgeschlagen** hat (2 Ob 2182/96p; 2 Ob 324/00m; 2 Ob 164/17g: Beinverletzung einer Bäckereiverkäuferin). Einige Haftpflichtversicherer bieten deshalb dem Verletzten eine Stelle in ihrem Unternehmen an (2 Ob 147/98a). Für den Haftpflichtversicherer hat das auch dann Sinn, wenn der Verletzte für die angebotene Stelle eine Minderleistung erbringt. Findet der Verletzte nämlich keine andere Stelle, muss er jedenfalls das volle – frühere – Entgelt als Ersatz bezahlen, ohne irgendeine Gegenleistung zu erhalten.

101 Hat der **Geschädigte seine volle Erwerbsfähigkeit wiedererlangt**, muss er nachweisen, dass er trotz angemessener Bemühungen keine entsprechende Stelle gefunden hat, was in der Lehre kritisiert wird. Der Geschädigte genügt freilich seiner Schadensminderungsobliegenheit, wenn er sich beim Arbeitsmarktservice meldet und dessen Weisungen befolgt (stRspr, zB 2 Ob 147/98a; 2 Ob 161/98k; 2 Ob 324/00m). Das **Fehlverhalten des Arbeitsmarktservice** hat nicht der Verletzte zu vertreten (ZVR 1980/152; OLG Wien ZVR 1995/132: Kein Hinweis durch Arbeitsmarktservice). Selbst wenn der Verletzte solche Meldungen unterlassen hat, steht ihm der Gegenbeweis offen, dass er dennoch keine Stelle gefunden hätte (2 Ob 161/98k: Langzeitarbeitsloser).

102 Umschulungskosten wie auch das Risiko, dass der Verletzte **nach Umschulung keine passende Stelle** findet, trägt der Schädiger (4 Ob 146/19b: Hauspflegerin, die sich zur Badeaufsichtshilfe und dann für Tätigkeit im Bereich der Wassertherapie umschulen lässt, Aufwendungen in Höhe von 16.430 €). Der Verletzte ist zu einer solchen Umschulung verpflichtet, wenn die neue Ausbildung keine nennenswerte Verschlechterung der sozialen Lebensstellung zur Folge hat (ZVR 1989/203: Kfz-Mechaniker). Lehnt der Verletzte eine solche Umschulung ab, muss er sich das nach einer solchen Umschulung erzielbare Erwerbseinkommen anrechnen lassen (2 Ob 2182/96p); davon sind die Kosten der Umschulung abzuziehen und zugleich dem Schädiger der Strengbeweis aufzuerlegen, dass eine derartige Stelle dann auch erlangbar gewesen wäre. Der Verletzte kann Einkommenszuwächse in seinem angestammten Beruf jedenfalls ersetzt verlangen, wenn diese durch eine Tätigkeit nach Umschulung nicht verdient werden können (SZ 49/19). Gibt der Geschädigte eine erste Tätigkeit, die er nach der Verletzung wahrgenommen hat, auf, weil er **gemobbt** wurde, trägt er das Risiko, dass er bei einer sodann aufgenommenen selbständigen Tätigkeit einen Minderverdienst erzielt, sofern nicht gesundheitliche Beeinträchtigungen zu besorgen oder bereits eingetreten sind (2 Ob 205/08y). In der Lit ist dagegen eingewendet worden, dass ein Wechsel der Stelle ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit – und somit auf Risiko des Schädigers – möglich sein müsse, wenn der bisherige Arbeitgeber einen begründeten Anlass zur Kündigung der Stelle aus wichtigem Grund gegeben hat. Diesem Ansatz folgt der OGH in 2 Ob 164/17g: Die zur Buchhalterin umgeschulte Bäckereiverkäuferin löst **nach bereits einer Woche** das Arbeitsverhältnis einvernehmlich auf, weil sie sich nicht „wohl" fühlte und **nach Kritik des Vorgesetzten überfordert** war; der OGH hat einen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit verneint, jedenfalls sah er den Beweis durch den Schädiger als nicht erbracht an. Stutzig macht dabei, dass die Überforderung bereits innerhalb einer Woche beurteilt werden konnte; im Regelfall ist das erst nach einer Phase der Einarbeitung möglich. Keine Rolle spielen darf, dass ein Arbeitnehmer bei – überall vorkommenden – Unpässlichkeiten seine Stelle aufgeben darf, weil der Schädiger jedenfalls für seinen Erwerbsschaden aufkommt.

102a Ist die Rechtsfigur des **selbständigen, durch den haftungsbegründenden Vorgang nicht herausgeforderten Entschlusses** schon in 2 Ob 205/08y fragwürdig, wird diese in 2 Ob 114/11w abermals bemüht, wobei sie insoweit noch weniger passend ist: Der Verletzte bezog nach dem Unfall anstelle seines steuerpflichtigen Erwerbseinkommens als Arbeitnehmer zum Teil eine steuerfreie Schadenersatzrente. Die Folge war, dass er bei einer **Verlustbeteiligung als atypischer stiller Gesellschafter** eine viel geringere Steuergutschrift erhielt. Der OGH sah das – mE zu Unrecht – unter Berufung auf die angeführte Begründung nicht einmal bei grober Fahrlässigkeit als ersatzfähige Einbuße an. Dass Bürger Vermögensvorteile erwirtschaften, indem sie Steuervorteile – auch solche durch Verlustzuweisungen – ausnutzen, ist so ungewöhnlich nicht. Weshalb ein solcher Nachteil nicht ersatzfähig sein sollte, ist mE nicht einzusehen. Zu bedenken ist immerhin, dass der Anspruchsteller dann – nach der vom OGH eingenommenen Position folgerichtigerweise – auch die Vorteile in der – hoffentlich folgenden – Gewinnphase ohne Anrechnung behalten darf.

103 Bezüglich der **Ersatzfähigkeit von Rehabilitationskosten** hat der OGH (2 Ob 163/08x) einem Sozialversicherungsträger die Kosten der **Bezuschussung eines Arbeitsplatzes eines verletzten Rauchfangkehrergesellen durch Beistellung eines Arbeitshelfers** als ersatzfähigen Schaden gegenüber dem Haftpflichtversicherer zugesprochen, und zwar für ein Jahr gegenüber einem Kleinunternehmen. Die Ersatzfähigkeit solcher Kosten setzt bei § 332ASVG einen derartigen Anspruch des Verletzten voraus. Da sich die Lage nach dem Auslaufen der Bezuschussung durch den Sozialversicherungsträger nicht anders darstellt, steht dann die Aktivlegitimation zur Geltendmachung dem Verletzten selbst zu.

103a Beim Regressanspruch des Landes OÖ bezüglich der Ersatzfähigkeit der **Kosten einer geschützten Werkstätte** hat der OGH (2 Ob 190/09v: Begehren der Bruttolohn- und Sachkosten abzüglich des wirtschaftlichen Gewinns umgelegt auf Tage) das Begehren aber – zu Unrecht – wegen Unschlüssigkeit abgewiesen, weil er nicht erkannt hat, dass es sich insoweit um einen **verlagerten Schaden** handelt. Die Unterbringung in einer solchen Einrichtung kostet häufig mehr als der von der behinderten Person erzielte Arbeitsertrag. Dass der OGHden vom Land durchaus **plausibel berechneten Tagessatz nicht nachvollziehen** konnte, sollte einer grundsätzlichen Ersatzfähigkeit nicht im Wege stehen. Beim strukturell vergleichbaren Problem der Betriebsreservekosten sind derartige Berechnungsprobleme auch bewältigt worden (dazu § 1323 Rz 78). In der Folge (E 2 Ob 200/11t) führte die Unsicherheit über die Qualifizierung des Anspruchs – Erwerbsschaden oder vermehrte Bedürfnisse – dazu, dass das Begehren scheiterte, weil eine rechtsgeschäftliche Abtretung bzw eine Legalzession verneint wurde. Zutreffenderweise handelt es sich bei einer Beschäftigungstherapie um vermehrte Bedürfnisse, die neben dem Erwerbsschaden gebühren.

104 Bisher sind derartige Ansprüche lediglich von **Sozialversicherungsträgern** erhoben worden. Künftig ist damit zu rechnen, dass die Verletzten ihr Schicksal – in stärkerem Ausmaß – selbst in die Hand nehmen. Solche Maßnahmen sind dann nicht nur unter dem Gesichtspunkt ersatzfähig, dass sie sich per saldo für den Schädiger rechnen, also seine Ersatzpflicht vermindern. Vielmehr geht es insoweit um ein **anerkennenswertes Integritätsinteresse des Verletzten**, seinen angestammten Beruf weiterhin ausüben zu können. Der ersatzfähige Zuschuss bemisst sich dabei danach, wie viel ein rational handelnder Unternehmer benötigt, um eine solche verletzte Person trotz ihrer Behinderung marktkonform entlohnen zu können. In diesem Zuschuss ist der Ersatz eines konkreten Schadens zu sehen, sodass dem Verletzten dann keine abstrakte Rente zusteht.

L. Schmerzengeld

105 Das Schmerzengeld soll einen Ausgleich schaffen für die erlittenen **körperlichen und seelischen Schmerzen** unter Einschluss des Bewusstseins eines Dauerschadens und der Gefahr, dass sich der bestehende Zustand verschlechtern kann (ZVR 1975/220). Dass die **psychischen Schmerzen überwiegen**, hat keine spezifische Auswirkungen auf die Bemessung des Schmerzensgeldes als Globalbetrag (2 Ob 143/18w: Absturz mit einer Cessna). Im Rahmen der Globalbemessung sind psychische Schmerzen nicht anders zu behandeln als körperliche Schmer

zen (5 Ob 34/18p: Gangstörung nach Operation). Es soll dem Verletzten ermöglichen, sich als Ausgleich für Leiden und entzogeneLebensfreude **Annehmlichkeiten** und **Erleichterungen** zu verschaffen (ZVR 1980/233; ZVR 1987/93; 10 Ob 89/15h: Infolge Fehldiagnose Herzinfarkt mit Lebensverkürzung). Der OGH verwendet auch die Formulierung „Genugtuung für alles Ungemach, das der Verletzte erduldet" (ZVR 1984/15; 2 Ob 175/14w). Treffender ist die Umschreibung „ **Ausgleich für erlittene Schmerzen und entgangene Lebensfreude** " (ZVR 1990/155; OLG Innsbruck ZVR 1997/118). Das Schmerzengeld dient nicht der Abdeckung des **Sonderbedarfs des Verletzten** (6 Ob 175/18f: Keine Berücksichtigung als Eigeneinkommen des Verletzten im Rahmen des **Unterhalts**). Auch beim **Unterhaltspflichtigen** ist es nicht in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen (4 Ob 156/18x). Entsprechendes gilt für die Verunstaltungsentschädigung, Gegenteiliges aber für den Erwerbsschaden (4 Ob 156/18x). Bei bloß psychischen Beeinträchtigungen geringeren Ausmaßes (Unbehagen, Unlustgefühle: 9 Ob 78/99g; ebenso 5 Ob 176/11k: Starker und unangenehmer Ölgeruch im Einfamilienhaus) wie bei schlichten Angstgefühlen (9 Ob 36/00k) gebührt kein Schmerzengeld.

106 **Seelische Schmerzen** lassen sich nur schwer messen. Diese sind ersatzfähig, wenn sie **Folge einer Körperverletzung** sind (SZ 47/147: Abschneiden der Haare ohne Einwilligung; 4 Ob 48/16m: Abgebrochene Scherenspitze im Körper, nicht erforderlich, dass äußerlich sichtbar; Zuspruch von € 5.500; ZVR 1984/45: 16-jähriges Mädchen leidet unter Entstellung). Sie sind auch ohne gesonderte Behauptung zu berücksichtigen, wenn nach Lage des Falles mit seelischen Schmerzen zu rechnen ist (ZVR 1989/135: Länger dauernde Ungewissheit einer Schauspielerin, ob sie Beruf wieder ausüben kann; 2 Ob 96/95: Sorge einer Medizinstudentin, das Studium nicht beenden zu können). Sind **seelische Schmerzen kein Folgeschaden einer Körperverletzung**, gebührt **Ersatz nur bei schwerwiegenden Eingriffen in die psychische Sphäre** (6 Ob 248/09b: Todesangst wegen lebensbedrohlicher Komplikationen wegen zu früher Entlassung eines Diabetikers aus dem Krankenhaus; 9 Ob 36/00k: Rechtswidrige Bekanntgabe der Identität einer Person, Angst einer Denunziantin; 1 Ob 91/99k:Geburt eines missgebildeten Kindes; 2 Ob 143/18w: Todesangst bei Absturz einer Cessna) oder wegen Sorgen bei Schwangerschaftsproblemen (2 Ob 2009/96x: Befürchtete Frühgeburt; OLG Linz ZVR 1997/137: Sorge um die Gesundung des Kindes). Für das Nichterkennen einer Autoimmunerkrankung hat der OGH den Zuspruch von € 5.000 wegen der damit verbundenen Einwirkung auf die Persönlichkeitsstruktur gebilligt (2 Ob 23/08h). Bei **psychischen Schäden mit Krankheitswert** bei Eingriffen in die Privatsphäre gebührt Ersatz sowohl nach § 1325 als auch nach § 1328a; freilich darf es zu **keiner Doppelliquidation** kommen (4 Ob 200/11g: Doktorspiel mit einer 7-jährigen durch einen Pädophilen; 3 Ob 28/15m: Sexueller Missbrauch durch den Vater; Zuspruch von € 55.000). Entsprechendes gilt für eine **Aufnahme sexueller Handlungen** und deren **Hochladen im Internet ohne Zustimmung** der Betroffenen mit 10.000-en Klicks (OLG Wien 11 R 119/15y: Zuspruch der begehrten € 8.000 nach § 1325 wegen einer psychischen Störung, die einer sozialen Phobie entspricht, sowie nach § 33 Abs 1 DSG in Verbindung mit Art 8 MRK und unter Bezugnahme auf § 7 Abs 1 MedienG), Ersatz für eine psychische Erkrankung mit Krankheitswert gebührt auch bei **Mobbing** (9 ObA 132/10t: Lehrbuchbeispiel für Mobbing – € 5.900; 9 ObA 77/11f: Erfordernis einer detaillierten Substanziierung; 1 Ob 214/15z: Gemobbter Grundbuchsführer, von diesem zu beweisen, dass er über einen längeren Zeitraum systematisch gegenüber den übrigen Bediensteten benachteiligt und ausgegrenzt wurde, ohne **Nachweis einer solchen Motivation** kein Schmerzengeld; ebenso 1 Ob 114/19z: Degradierung durch Betrauung mit Tätigkeiten der Verwendungsgruppe B trotz Ernennung auf einer Planstelle der Verwendungsgruppe A). Mobbing setzt ein **systematisches, ausgrenzendes und prozesshaftes Geschehen** über einen **längeren Zeitraum** voraus. Eine nicht rechtskonforme dienstrechtliche Maßnahme ist dafür nicht ausreichend. Mobbing ist insbesondere nicht gegeben, wenn im Zuge einer Umstrukturierung mehrere Personen betroffen sind und es dafür womöglich sogar noch sachliche Gründe gibt (1 Ob 173/17y: Versetzung eines Beamten wegen einer Organisationsänderung; 1 Ob 114/19z: Dienstzuteilung als Springer bei Beamten der Österreichischen Post AG nach Verweigerung des freiwilligen Übertritts in ein neues Gleitsystem). Fehlt es an einer psychischen Beeinträchtigung mit Krankheitswert, kann aufgrund von Mobbing kein Ersatz verlangt werden (1 Ob 170/18h: Volksschullehrerin in einem öffentlich-rechtlichen Dienstver

hältnis in der Steiermark). § 8 Abs 3 MRG sieht eine – dem Schmerzengeld verwandte – **Entschädigung für Ungemach** vor, wenn der Vermieter Sanierungsarbeiten in rücksichtsloser Art grob fahrlässig gegenüber dem Mieter durchführt (5 Ob 218/05b: Generalsanierung eines Hauses). Ein solcher Anspruch kann auch einer juristischen Person zustehen (5 Ob 234/10p: 4-Stern-Pension in Form einer KG), wobei eine Bemessung nach Tagessätzen unstatthaft ist (so auch 7 Ob 198/15s: Sexueller Missbrauch).

107 Für die seelische Erkrankung eines Ehepartners wegen eines **ehewidrigen Verhaltens** des anderen steht dem erkrankten Partner kein Schmerzengeld zu (6 Ob 124/02g).Auch kann der Vater nicht Abgeltung seines **Seelenschmerzes** verlangen, weil nach der Scheidung die Mutter des Kindes **Besuche bei seinem Kind** verhindert (8 Ob 133/06a; anders aber 4 Ob 8/11x: Schmerzengeld bei psychischer Gesundheitsbeeinträchtigung mit Krankheitswert – dazu Rz 139). Bei einer **Begehrensneurose** flüchtet der Verletzte mehr in den Schmerz, als dieser tatsächlich besteht. Durch den Zuspruch von Schmerzengeld wird dieser Zustand verfestigt. Die Versagung eines Schmerzengeldes unter Hinweis auf eine **Begehrensneurose** ist in den letzten Jahrzehnten seltener geworden. Nicht das Phänomen dürfte sich geändert haben, sondern der Umgang damit. An die Stelle der Einschätzung, dass der Verletzte bei entsprechender Willensanspannung ausreichend gegensteuern könne, ist die Erläuterung der medizinischen Sachverständigen getreten, dass dem nicht so sei (dazu 2 Ob 12/93). Entsprechendes gilt für eine **Verbitterungsstörung**, die darin besteht, dass der Anspruchsteller die von ihm gehegte Erwartungshaltung, aufgrund der unfallbedingten posttraumatischen Belastungsstörung arbeitsunfähig zu sein, nicht erfüllt sah (2 Ob 221/18s: LKW-Fahrer, Übergang von posttraumatischer Belastungsstörung zu posttraumatischer Verbitterungsstörung; in concreto Verdienstentgang begehrt). Der Schädiger hat dafür selbst dann in vollem Umfang einzustehen, wenn die krankhafte Wunschvorstellung, weiterhin krank zu sein, ihre Ursache nicht nur in der Unfallverletzung hat. Korrektivist ein schuldhafter Verstoß gegen die Schadensminderung, was allerdings voraussetzt, dass der Geschädigte dieser wirksam begegnen kann. Für den Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit wie auch eine überholende Kausalität ist der Ersatzpflichtige darlegungs- und beweispflichtig (2 Ob 221/18s: Vorbringen des Ersatzpflichtigen ist unterblieben; 5 Ob 34/18p: Beweise, dass beim Verletzten gleiche Schmerzen auch ohne Operation – mit dem Beweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit – eingetreten wären, nicht gelungen).

108 Die Schmerzengeldbemessung vollzieht sich zwischen der **Anlegung eines objektiven Maßstabs** und der **Beurteilung des Einzelfalles**. Ein objektiver Maßstab wird bemüht für die annähernde **Gleichbehandlung vergleichbarer Verletzungen** (2 Ob 65/93). Der von der Judikatur allgemein gezogene Rahmen darf aber nicht gesprengt werden (2 Ob 66/92; 6 Ob 2394/96; 2 Ob 237/01v; 2 Ob 83/14s). Daswäre wohl bei einem Schmerzengeldbegehren von **€ 1 Mio** der Fall (so die Klagsausdehnung in 3 Ob 183/12a; noch krasser 5 Ob 175/14t:Begehren **€ 1,8 Mio** für massive physische und psychische Qualen während eines 13-jährigen Heimaufenthalts). Diese Formel lässt eine **deutlich über dem Verbraucherpreisindex liegende kontinuierliche Anhebung** zu, namentlich bei besonders schweren Verletzungen. Ausgedrückt wird das in der Weise, dass das Schmerzengeld tendenziell **nicht zu knapp bemessen** werden soll (2 Ob 237/01v; 7 Ob 281/02b; 7 Ob 36/03z; 2 Ob 83/14s; 2 Ob 175/14w; mustergültig transparent 3 Ob 128/11m: Schmerzengeld eines seit Geburt blinden Kindes – explizite Bezugnahme auf Vorjudikatur und Aufwertung nach Verbraucherpreisindex – dazu unten Rz 118a).

108a Sowohl für die Ermittlung des einzuklagenden Betrags durch den klägerischen Anwalt als auch die Festsetzung der Höhe durch das Gericht kommen zwei **alternative**, **einander nicht ausschließende Methoden** in Betracht. Entweder wird auf eine **möglichst vergleichbare VorE** Bezug genommen, wobei eine inflationsbedingte Aufwertung sowie zusätzlich eine bei schweren Verletzungen vorzunehmen ist (1 Ob 114/16w: Schockschaden bei Tod eines Fötus, Verweis auf Bandbreite des Zuspruchs bei Tötung eines Kindes; lehrreich 2 Ob 214/14f: Bei Amputation einer Zehe Bezugnahme des BerG auf Amputation des Mittelfingers [das schon nicht ganz passend]; dann aber Verwechslung von öS und € [das ganz weit daneben], zutreffende

Korrektur durch den OGH). Dabei sollte namentlich das Alter des Verletzten bzw die **restliche Schmerzdauer** berücksichtigt werden, der Umstand, ob es sich um eine **Globalab**

geltung oder einen Teilzuspruch handelte, und wer Revision eingelegt hat, mit anderen Worten, ob der vom Kläger begehrte Betrag zu **100 % zugesprochen** worden ist, was ein Indiz sein kann, dass bei höherem Begehren auch noch mehr zuerkannt wordenwäre (zur kostenneutralen Überklagung nach § 43 Abs 2 ZPO unten Rz 117). Zudem ist zu beachten, ob es sich um eine ordentliche oder eine außerordentliche Revision handelt, bei der bloß eine **eklatante Fehlbemessung** korrigiert wird (so in 1 Ob 22/16s: Zuspruch von € 20.000 an 13½-jährige Tochter bei Tod des Vaters bei Schockschaden nicht unvertretbar niedrig). Oder aber es wird Bezug genommen, bei **welchem Krankheitsbild** der **begehrte Betrag** zuerkannt wurde, was dann einen ebenso hohen Zuspruch bzw einen im begehrten Ausmaß (so 2 Ob 175/14w: Bezugnahme auf Fälle einer Querschnittslähmung) rechtfertigt oder doch einen mit einem gewissen Abschlag (2 Ob 108/15v : Reduktion das Zuspruchs von € 45.000 auf € 20.000, weil € 45.000 bei schweren Brüchen, hier aber „bloß" Kopfschmerzen für ein halbes Jahr; 7 Ob 46/16i: Schulterverletzung, unzureichende ärztliche Aufklärung bezüglich Schonarbeit, Bezugnahme auf Entscheidungen mit vergleichbaren Schmerzperioden; 10 Ob 89/15h: Lebensverkürzung bei Herzinfarkt infolge Diagnosefehler, Vergleich mit schwersten Verletzungen wie Schädelhirntrauma, Reduktion von € 150.000 auf € 90.000; 5 Ob 120/17h: Zuspruch von 110.000 € bei Verletzung des linken Arms seit Geburt; Bezugnahme auf die 6 Jahre ältere E 3 Ob 128/11m, in dereiner seit Geburt blinden Person 150.000 € zuerkannt wurden; 5 Ob 34/18p: Bei psychischen Schäden mit Krankheitswert Bezugnahme auf Angehörigenschmerzengeld). Bei der zweiten Methode ist das Ergebnis weniger präzise, ganz abgesehen davon, dass die bezogenen Fälle mit dem konkret zu beurteilenden nur ansatzweise Gemeinsamkeiten aufweisen, weshalb diese Methode lediglich als **Plausibilitätskontrolle** eingesetzt werden sollte.

109 Statt der Bemühung des **beweglichen Systems** (1 Ob 200/03y; 5 Ob 34/18p), mit dem fast jedes Ergebnis – ex post – gut begründbar ist, soll sich die Bemessung primär an der **Dauer und Intensität der Schmerzen** orientieren (so auch ZVR 1986/19; 1 Ob 2227/96y). Durch den zusätzlichen Verweis auf die Schwere der Verletzung und die Beeinträchtigung des Gesundheitszustands (ZVR 1990/155; 1 Ob 2227/96y) wird das eher vernebelt als verdeutlicht. Durchaus im Einklang damit hat das OLG Innsbruck ausgesprochen, dass ein Schmerzengeld, das Versorgungscharakter habe und die zukünftigen Schmerzen abgelten soll, nicht für die **Rückzahlung von Verfahrenshilfe nach § 71 Abs 1 ZPO** herangezogen werden dürfe (OLG Innsbruck 4 R 59/15f: Vergleichsweise Einigung auf € 60.000 abschließend für alle Zukunft bei einer Herzklappenentzündung mit Lebensgefahr infolge eines ärztlichen Kunstfehlers).

109a Selbst für **geringfügige Verletzungen** gebührt Schmerzengeld, so bei geringfügigen Verbrennungen in einer Gesamtausdehnung von 20 x 30 cm infolge einer nicht fachgerechten Enthaarung (€ 1.000). Bei einem beidseitigen Tinnitus wurden € 4.000 zuerkannt (2 Ob 79/10x).

110 Bei einem Dauerschaden sollten das **Alter** bzw die sich bei unverkürzter Lebenserwartung daraus ergebende **restliche Schmerzdauer** das **zentrale Bemessungskriterium** sein (vorbildlich 6 Ob 12/12a: Hinweis auf Alter Klägers – 30 Jahre – und prognostizierte Lebenserwartung – 82 Jahre – bei Stimmbandverletzung; ähnlich 2 Ob 105/09v: Zuschlag als Folge der größeren Länge der Dauerfolge; 2 Ob 143/18w: Pro Jahr auf eine Lebenszeit von 20 Jahren noch 76 Tage mittlere und 228 Tage leichte Schmerzen). Wer als Querschnittgelähmter noch 40 Jahre Schmerzen vor sich hat, muss mE ein nahezu proportional höheres Schmerzengeld erhalten als derjenige, der nur noch 20 Jahre in diesem Zustand erdulden muss (2 Ob 55/91: Höchstes bis dahin zugesprochene Schmerzengeld unter Hinweis darauf, dass der Verletzte erst 25 Jahre alt ist). Die Korrektur gegenüber einer der voraussichtlichen Leidensdauer entsprechend proportionalen Bemessung ergibt sich daraus, dass die **allererste Phase der Umgewöhnung** vom Zustand als Gesunder in den eines „Leidenden" **besonders schmerzlich** ist. Der Gesichtspunkt der Gewöhnung spielt mE hingegen eine ganz untergeordnete Rolle. Dazu kommt, dass – wie beim Vermögensschaden – künftige Nachteile weniger schwer wiegen und deshalb schon wegen der zeitlichen Entfernung – ganz abgesehen von der abnehmenden Wahrscheinlichkeit des Erlebens – abzuzinsen sind. Bei einem bloßen Zuschlag (2 Ob 105/09v)

besteht die Gefahr, dass die Schwere der Verletzung an sich der primäre Ansatz ist und das Ausmaß des Zuschlags wenig genau bestimmbar ist.

Seite 1751

111 In **verschiedenem Alter** werden **Beeinträchtigungen unterschiedlich belastend empfunden**, so etwa Störungen der **Sexualität** (5 Ob 44/11y:Gebärmutterverletzung mit der Folge der Entfernung der Eierstöcke bei einer 36-Jährigen; Begrenzung der vorhersehbaren Dauerfolgen bis zum Eintritt der natürlichen Menopause; 2 Ob 175/14w: Verunmöglichung sexuell-partnerschaftlicher Aktivitäten einer 56-jährigen sportlichen Frau). Die **Blindheit** ist besonders bedrückend, wenn sie seit Geburt besteht (3 Ob 128/11m mit Verweis auf 2 Ob 59/84: Blindheit erst ab 17 Jahren). Eine **Narbenbildung** ist namentlich bei Mädchen im heiratsfähigen Alter besonders belastend (ZVR 1973/111). Das OLG Wien (EF 54.257) hält die seelische Beeinträchtigung eines Kleinkindes für besonders gewichtig. Am bedrückendsten sind mE Entbehrungen für denjenigen, der mitten im Leben steht und weiß, was er verliert.

112 Weder **klares Bewusstsein** noch **rationale Verarbeitung** der Schmerzen sind Ersatzvoraussetzungen (stRspr, zB JBl 1984, 673; ZVR 1985/49; 2 Ob 146/89). Auch Bewusstlosigkeit schließt einen Schmerzengeldanspruch nicht aus (SZ 42/32). Wenn der Verletzte wieder erwacht, kann er sich dafür Annehmlichkeiten verschaffen, dass er die Phase im Koma nicht selbstbestimmt erleben konnte. Der OGH hat bei einer Knieverletzung eines Querschnittgelähmten € 14.000 anstelle von € 18.000, die einem Gesunden zugestanden wären, zuerkannt (3 Ob 78/08d); er hat dies damit begründet, dass ein Querschnittgelähmter zwar am Knie keine Schmerzen mehr empfinden könne, die sonstigen Umständeaber für einen Querschnittgelähmten belastender seien als für einen Gesunden. Bei geringerem Schmerzempfinden mindert sich das Schmerzengeld. Wer **Schmerzmittel** einnimmt und deshalb geringere Schmerzen verspürt, kann nicht verlangen, ein Schmerzengeld in der Höhe zu erhalten, als wären ihm die Schmerzmittel nicht verabreicht worden (1 Ob 5/09f: Keine fiktive Abrechnung).

113 Für **schwerste Verletzungen und Verlust der Schmerzempfindungsfähigkeit** setzt der OGH die eigene Fallgruppe der **Zerstörung der Persönlichkeit** ein, bei der ohne Schmerzwahrnehmung gleichwohl Schmerzengeld in fast der Höhe wie bei normaler Schmerzempfindungsfähigkeit zustehen soll (6 Ob 535, 1558/92: € 73.000; 10 Ob 505/95: € 102.000), was in der Lehre geteiltes Echo gefunden hat (die bisherige Judikatur bekräftigend 2 Ob 106/10t). Das Schmerzengeld kann in einem solchen Fall seine genuine Aufgabe, dem Verletzten eine Abhilfe zu verschaffen, in keiner Weise erfüllen. Manche billigen als Kompromiss den Zuspruch eines symbolischen Betrags (vgl dazu 2 Ob 48/16x: € 2.000 für Überleben des Unfalls um 1 Tag; Hinweis auf Erfordernis, dass Körperverletzung noch als abgrenzbare immaterielle Beeinträchtigung gesehen werden kann). Andere lehnen – konsequenterweise – jeglichen Ersatz ab, weil es insoweit lediglich um eine Bereicherung der Erben geht, auch der, die sich nie um den Verletzten gekümmert haben. Gibt es keine Erben, fließt dieser Betrag dem Fiskus zu. Immerhin hat der OGH den Erben Schmerzengeld dafür verwehrt, dass dem Verstorbenen durch seinen Tod ein Teil seines Lebens entgangen ist (2 Ob 55/04h: Tod der 22-jährigen Ehefrau mit einer Lebenserwartung von noch 58,9 Jahren; Begehren pro Lebensjahr € 2.000).

114 Auch folgende Umstände können sich bei **umfassendem Vortrag des Anwalts des Geschädigten schmerzengelderhöhend** auswirken: Unzahl von Operationen, trotz starker Medikamente ständige Schmerzen sowie psychische Beeinträchtigungen (2 Ob 83/14s), Behinderungen bei der **Sportausübung** (ZVR 1981/17; 2 Ob 105/09v; 2 Ob 175/14w: Aus einem besonders sportlichen Leben gerissen), eine besondere Empfindsamkeit (ZVR 1981/242), das Bewusstsein, dass es sich um eine Dauerfolge handelt (ZVR 1979/263), ein langwieriger Heilungsverlauf und die **Ungewissheit seines Ausgangs** (RZ 1978/85: Angst vor völliger Erblindung; 2 Ob 175/14w: Zukunfts- und Todesangst, Warten auf eine Spenderleber; 10 Ob 89/15h: Angst wegen verringerter Lebenserwartung – Abgrenzung von 2 Ob 55/04h; 8 Ob

64/05b: Kein Ersatz der Angehörigen für verlorene Jahre des Getöteten), Nachteile bei **Berufsausübung**, die sich auf die Psyche schlagen (ZVR 1968/186: Gastwirtin; ZVR 1989/135: Erfolgreiche Schauspielerin; 10 Ob 89/15h: Existenzängste wegen verlorener Arbeitsfähigkeit), vor allem, wenn mit dem Beruf ein hohes Maß an Selbstverwirklichung verbunden ist, Auswirkungen auf die Lebensführung (2 Ob 105/09v: Amputation des Beins bei einer 14-Jährigen) sowie eine **erhöhte Reizbarkeit bzw psychische Labilität** (6 Ob 12/12a: Stimmbandschaden). Ein ungekürztes Schmerzengeld steht grundsätzlich auch dann zu, wenn der Verletzte

Seite 1752

bereits psychisch labil war (9 Ob 36/00k). Auswirkungen einer Krankheitsanlage des Verletzten mindern das Schmerzensgeld nicht, es sei denn, Schmerzen wären auch ohne das Schädigerverhalten eingetreten, wofür aber nach den Regeln der **überholenden Kausalität** der **Schädiger beweisbelastet** ist (4 Ob 204/13y: Kalziumunverträglichkeit; 2 Ob 164/17g: Bäckereiverkäuferin, Verletzung am linken Bein; 5 Ob 34/18p: Von Kindheit an bestehende Schmerzen an der linken Ferse, unzureichende Aufklärung bei Operation; 7 Ob 103/19a: 1 x 1 cm großes Metallstück in Konservendose, das in einem Ausmaß von 10 bis 15 % ursächlich für psychische Störung war – volle Haftung des Schädigers, sofern dieser nicht nachweisen kann, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt der gleiche Schaden auch ohne schädigendes Ereignis eingetreten wäre). Damit im Widerspruch steht, dass es der OGH (5 Ob 34/18p: Gangstörung nach Operation) gebilligt hat, dass das Schmerzengeld geringer auszufallen hat wegen der „nicht dem **objektiven Maßstab des Durchschnittsmenschen entsprechenden Empfindsamkeit** ". Das widerspricht dem anerkannten Postulat, dass der Schädiger den Geschädigten so zu nehmen hat, wie er ist – im Guten wie im Bösen. Soweit die Voraussetzungen eines Schockschadens zusätzlich gegeben sind, ist das im Rahmen der Schmerzensgeldbemessung zu berücksichtigen (2 Ob 143/18w: Schwer verletzt Überlebender eines Cessna-Absturzes, Miterleben des Todes von Freunden). Auch neben einer Verunstaltungsentschädigung gebührt zusätzlich ein Schmerzengeld (EF 38.593), weil es nach Ansicht der Rspr bei § 1326 um die Abgeltung eines Vermögensschadens geht (dazu § 1326 Rz 22). Durch die Verletzung ausgelöste **Unlustgefühle während des Urlaubs** sind unbeachtlich, soweit sie nicht über das normale Maß psychischer Alterationen hinausgehen (OLG Graz ZV 2019/163).

115 Auf die **Vermögensverhältnisse** des Verletzten kommt es bei Schmerzengeldbemessung nicht an. Umstr ist, ob die **soziale Stellung** (JBl 1988, 46; JBl 1990, 456: Verneinend jeweils bei Freiheitsentziehung) und die **kulturellen Bedürfnisse** (SZ 58/80: Bejahend bei Notzucht) berücksichtigt werden sollen. Dafür spricht, dass das Schmerzengeld lediglich das **restliche Kompensationsinteresse** darstellt, soweit eine Restitution oder Schaffung einer Ersatzlage nicht in Betracht kommt. Eswäre wenig folgerichtig, dass im Rahmen der **Restitution** diese **subjektiven Umstände** zu berücksichtigen sind, bei dem restlichen Pauschalbetrag jedoch nicht. Auchwäre nicht einzusehen, weshalb Beeinträchtigungen bei der Sportausübung in Anschlag zu bringen sind, Defizite im musischen Bereich jedoch ausgeklammert bleiben sollten.

116 Auch das **Verschulden** des Schädigers hat keinen Einfluss auf den Umfang des Schmerzengeldes (ÖJZ 1959/186; ZVR 1963/20). Zu erwägen ist ein Zuschlag für Vorsatztaten, wenn kein Haftpflichtversicherungsschutz besteht. Ob der **Schädiger** arm oder reich ist, ist für die Bemessung des Schmerzengeldes ohne Bedeutung (ZVR 1976/208). Auch **vorsätzliches Verschleppen der Schadensregulierung durch den Haftpflichtversicherer** soll – anders als im dt Recht – keinen Einfluss auf den Umfang des Schmerzengeldes haben (ZVR 1983/346; zur ausnahmsweisen Beachtlichkeit im Rahmen des Erwerbsschadens bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung 2 Ob 63/06p). Sollte das zu einer besonderen Verbitterung des Verletzten führen, ist das fragwürdig. Wegen des Direktanspruchs käme bei der Kfz-Haftpflichtversicherung in Betracht, dafür nur den die Regulierung vorsätzlich verschleppenden Haftpflichtversicherer zu belangen.

117 Das Schmerzengeld ist **global zu bemessen** ;der Gegensatzwäre eine **tageweise Bemessung** (7 Ob 281/02b). Globalbemessung bedeutet, dass nach dem **Gesamtbild** ein **einheitlicher Betrag** festzusetzen ist, der körperliche und seelische Schmerzen nicht trennt und sämtliche Beeinträchtigungen erfasst (7 Ob 102/19d: Keine gesonderte Abgeltung für

Kopfschmerzen in Höhe von 10.000 €). Andernfalls befürchtet das OLG Linz (ZVR 1993/124; ZVR 1994/138), dass der Richter durch einen Taschenrechner ersetzbar sei (ZVR 2002/68). Dennoch hat sich in der Praxis eine Taxierung der Schmerzen in leichte, mittlere und starke, die mit geringfügigen Abweichungen mit € 100, € 200 und € 300 bemessen werden, etabliert. Diese von*Hartl*jährlich (zuletzt Zak 2020, 69) aktualisierte Zusammenstellung wird vom OGH nur als **Bemessungshilfe** und **nicht als Berechnungsmethode** bezeichnet (2 Ob 292/04m; 1 Ob 200/03y). Betont wird, dass das Schmerzengeld nicht nach starren Regeln zu bemessen sei (5 Ob 34/18p). Mitunter sind die Schmerzen noch gravierender (5 Ob 44/11y: Zerreißung der Gebärmutter, Folge:

Seite 1753

Höchstmögliche, existierende Schmerzbelastung). Zum Tagessatzsystem kommen dann je nach den Befindlichkeiten des jeweils Verletzten mehr oder minder große Zuschläge. Das System verliert umso mehr an Bedeutung, je gravierender die Verletzung ist. In der E 4 Ob 204/13y hat der OGH darauf hingewiesen, dass auf der Basis der Schmerzperioden sich ein höheres Schmerzengeld ergeben hätte, der zuerkannte Betrag aber unter Bezugnahme auf das höchste bisher zuerkannte Schmerzengeld, wenn auch unter Berücksichtigung der Geldentwertung, reduziert wurde. Das ist mE fragwürdig, weil die **Schmerzdauer** der **zentrale Bemessungsansatz** sein müsste und nicht die Verletzung an sich. Stellt man darauf ab,wäre auch zu berücksichtigen, ob das Schmerzengeld als Globalabfindung für die **gesamte Zukunft** gilt oder bloß für einen **begrenzten Zeitraum**. In der E 2 Ob 83/14s wurde der Zuspruch von € 170.000 an eine 48-jährige Frau gebilligt, obwohl sich die Abgeltung trotz Begehrens bis zum 60. Lebensjahr nur auf den Zeitraum bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz, als die Kl 51 Jahre alt war, bezog; der Zuspruch erscheint dann enorm großzügig! Auch seelische Schmerzen entziehen sich in höherem Maße einer derart pauschalen Quantifizierung (2 Ob 99/08k: Fernwirkungsschaden). Die **Offenlegung der Bemessungsdeterminanten** beim Schmerzengeld und die Beseitigung der Aura des Geheimnisvollen bei der Festlegung der Höhe würde eine bessere Berechenbarkeit ermöglichen. Der Transparenz förderlich wäre, wenn der sich aus der „Berechnungshilfe" ergebende Wert ausgewiesen und sodann im Detail begründet würde, weshalb in welchem Ausmaß ein Zuspruch in Abweichung von dem sich mithilfe der Bemessungshilfe ermittelten Betrag ergibt. Die Bemessung des Schmerzengeldes würde auf diese Weise von der Aura des Geheimnisvollen befreit; die Parteien empfinden den Richterspruch mitunter ähnlich wie das Orakel von Delphi. Dem Kostenrisiko der Überklagung hilft § 43 Abs 2 ZPO ab, wonach bei einer **Überklagung bis 100 % keine nachteiligen Kostenfolgen für den Kläger** eintreten.

118 Immer wieder werden bei Schwerstverletzungen neue **Höchstsummen** zugesprochen (OLG Linz 2 R 150/14p: € 220.000); schon wegen der Geldentwertung kann es keine starren Obergrenzen geben (2 Ob 55/91). Nach der Devise „Das Schmerzengeld soll tendenziell nicht zu knapp bemessen werden" (2 Ob 237/01v; 7 Ob 281/02b; 7 Ob 36/03z; 2 Ob 83/14s) werden die **Ersatzbeträge bei Schwerstverletzungen** dabei **deutlich stärker angehoben** (2 Ob 218/17y: Schädelhirmtrauma mit Verlust des Augapfels: € 100.000). So spektakulär ein solcher einmaliger Kapitalbetrag auch ist, für das Opfer ist es ungleich bedeutsamer, dassim Rahmen des Verdienstentgangs und der Pflegedienstleistungen eine voll angemessene Abgeltung stattfindet; die diesbezüglichen Ersatzbeträge übersteigen das Schmerzengeld mitunter um ein Vielfaches.

118a Mit der E 3 Ob 128/11m (Blindheit eines Kindes seit Geburt statt erheblicher Seekrafteinbuße) hat der OGH das **generelle Postulat der deutlichen Anhebung quantitativ präzisiert**. Er hat Bezug genommen auf den Höchstzuspruch und vergleichbare Entscheidungen, diese aber mit dem **Verbraucherpreisindex valorisiert** und zusätzlich betont, dass wegen des höheren Stellenwerts von psychischen Beeinträchtigungen eine stärkere Anhebung geboten sei. In concreto hat er für eine vom Schädiger zu verantwortende seit Geburt bestehende Blindheit gegenüber einer sonst bestehenden Schwersichtigkeit € 150.000 zugesprochen. Auch in einer Folgeentscheidung wurde auf den Verbraucherpreisindex Bezug genommen (2 Ob 214/14f: Bezugnahme auf Wertsicherungsrechner der Statistik Austria unter Hinweis auf die Internetquelle, um Verwechslung von öS und € durch das BerG aufzudecken; ebenso 2 Ob 218/17y: Schweres Schädelhirntrauma und Verlust des Augapfels; Bezugnahme auf die aufgewerteten Vorentscheidungen).

119 Dazu, ob namentlich bei ärztlichen Eingriffen im Rahmen des Schmerzengeldes eine **Vorteilsausgleichung** statthaft ist, sind die Meinungen geteilt (10 Ob 209/02m: Offenlassend; 5 Ob 242/03d: Ablehnend; 2 Ob 285/08p: Eine Vorteilsausgleichung bejahend). Auch die Lit ist gespalten. ME ist eine Vorteilsausgleichung grundsätzlich vorzunehmen. Ein Korrektiv könnte sein, dass man an den Nachweis der auch bei rechtmäßigem Eingriff verursachten ideellen Nachteile **strenge Beweisanforderungen** stellt.

120 Bei Verletzung der **Sicherheitsgurtpflicht** beim Kfz oder **Sturzhelmpflicht** beim Motorrad (§ 106 Abs 2 bis 8 KFG) hat der Gesetzgeber angeordnet, dass Sanktionen auf das Schmer

Seite 1754

zengeld beschränkt sein sollen, vermutlich, um die Regressrechte der Sozialversicherungsträger nicht zu beschneiden. Der OGH hat gegen diese gesetzliche Anordnung keine verfassungsrechtlichen Bedenken (2 Ob 62/05i). Üblich ist eine **Kürzung um 25 %** (2 Ob 42/08b); mE ist diese globale Kürzung zu pauschal; gebotenwäre vielmehr eine Abwägung mit der Stärke der Zurechnungsmomente auf Seite des Schädigers, was häufig zu einer geringeren Kürzung führen wird. Dem Geschädigten steht der Gegenbeweis zu, dass auch bei Einhaltung dieser Pflicht eine gleich gravierende Verletzung eingetretenwäre (stRspr, zB 2 Ob 30/90; 2 Ob 21/92; 7 Ob 41/99a). In 2 Ob 99/14v hat der OGH diese Rechtsfolge durchaus einfühlsam auf **sportlich ambitionierte Radfahrer** bei Unterlassung des Helmtragens erstreckt, in 2 Ob 119/15m auf das Unterlassen des Tragens von Motorradschutzkleidung (kurze Hose, T-Shirt, Arbeitsschuhe auf der Heimfahrt vom Fischteich). In 2 Ob 44/17k wurde klargestellt, dass das nicht nur für Überlandfahrten, sondern auch im Stadtverkehr gilt (ebenso bereits OLG Wien 15 R 38/17v).

121 Schmerzengeld ist **grundsätzlich in Form eines Kapitalbetrags** festzusetzen, **nur ausnahmsweise in Rentenform** (stRspr, zB 2 Ob 242/98x; 2 Ob 244/01s; 2 Ob 292/03k). Der Geschädigte kann stets einen Kapitalbetrag wählen (ZVR 1976/30; ZVR 1977/169; 2 Ob 145/02s). Das Recht, neben dem Kapitalbetrag eine **Rente** zu wählen, steht **nur bei besonders schweren Verletzungen** zu; Maßstab ist dabei die Querschnittverletzung (ZVR 1986/50; 2 Ob 145/02s; 2 Ob 292/03k; abgelehnt bei einer Stimmbandverletzung in 6 Ob 12/12a). Bei Kapital und Rente sollte ein gleich hoher Betrag herauskommen (2 Ob 145/02s; 2 Ob 292/03k). Bei einer Kombination ist im Rahmen der Globalbemessung vom Kapitalbetrag der Barwert der Rente abzuziehen, damit daraus entsprechend der Lebenserwartung ein monatlicher Betrag bezahlt werden kann (2 Ob 145/02s). Um der Unwägbarkeit der künftigen Verletzungsfolgen zu begegnen, kann eine Rente auch nur bis zu einem bestimmten Endpunkt festgesetzt werden, wenn eine abschließende Bemessung noch nicht möglich ist (ZVR 1984/90). Auch insoweit käme ein Kapitalbetrag in Betracht. Sofern eine Gobalbemessung wegen der fehlenden Absehbarkeit der künftigen Entwicklung nicht möglich ist, kommt auch eine Rente nicht in Betracht, weil die gebotene Vergleichsrechnung zwischen Kapital und Rente dann nicht angestellt werden kann (5 Ob 120/17h: Verletzung des linken Arms seit Geburt).

122 Der **tragende Grund für eine Rente** ist die Vermeidung des **Prognoserisikos**, nämlich der **Dauer der Schmerzen**. Mit deren Wegfall, meist durch Tod, endet die Rente. Wenn die Rspr beim Schmerzengeld – zu Unrecht – bloß auf die **Schwere der Verletzung** abstellt, kann es für einen **jungen Verletzten** mit einer langen Leidensdauer sinnvoll sein, eine Schmerzengeldrente zu verlangen, einem älteren Verletztenwäre hingegen davon abzuraten. Für den Geschädigten besteht bei der Einklagung einer Rente kein Kostenrisiko, weil das Gericht dann eben den korrespondierenden Kapitalbetrag zuerkennt, wenn es die Voraussetzungen für eine Rente als nicht gegeben erachtet (2 Ob 68/92). Da sich das Unwägbarkeitsrisiko der Lebenserwartung bei jedem Dauerschaden stellt, ist das Erfordernis einer schweren Verletzung vom Ausmaß einer Querschnittlähmung unbegründet. In Deutschland wird darauf abgestellt, dass keine Schmerzengeldrente unter **€ 100 pro Monat** verlangt werden kann, weil dann der zusätzliche **Regulierungsaufwand** einer Rente in keiner sinnvollen Relation zu ihren Vorteilen steht. Dieser pragmatische Gesichtspunkt erscheint auch für Österreich überlegenswert.

123 Der Schmerzengeldanspruch **entsteht** ab dem Zeitpunkt der Zufügung einer körperlichen Beeinträchtigung, womit im Regelfall Schmerzen verbunden sind. Ab diesem Zeitpunkt ist er **abtretbar und vererblich** (6 Ob 2068/96b). Für die **Fälligkeit** verlangt der OGH, dass der Verletzte dem Schädiger ein zahlenmäßig bestimmtes Begehren sowie die Grundlagen für die Beurteilung der Höhe des Schmerzengeldanspruchs übermittelt. Ab diesem Zeitpunkt beginnt **objektiver Verzug** mit der Folge des Laufes der gesetzlichen Verzugszinsen (SZ 41/97; 3 Ob 2295/96p; 2 Ob 88/17f). Dass der Ersatzpflichtige die Berechtigung der Höhe überprüfen kann, ist für die Fälligkeit nicht erforderlich (5 Ob 120/17h: Verletzung des linken Arms seit Geburt). Jedenfalls laufen Verzugszinsen ab dem Tag der Mahnung, der Klageeinbringung (1 Ob 2227/96y; 3 Ob 2295/96p) bzw ab Klagserweiterung (ZVR 1972/196). Die Beschränkung auf die gesetzlichen Verzugszinsen (ZVR 1978/115) ist in der Lehre auf berechtigte Kritik gestoßen.

Seite 1755

Höhere als die gesetzlichen Verzugszinsen (in der Niedrigzinsphase eher selten) gebühren indes nur bei subjektivem Verzug, sobald also der Ersatzpflichtige die Berechtigung des begehrten Schmerzengeldbetrags beurteilen konnte.

124 Bei einem **ausländischen Verletzten** hängen die **Währungsverhältnisse** von seinem Wohnsitz am Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz ab (ZVR 1988/66; ZVR 1989/203). Davon zu unterscheiden ist die **Kaufkraftparität**, die keine Rolle spielen soll (SZ 44/186). Das wird von der Lehre kritisiert. Da diese auch bei den vermehrten Bedürfnissen zu berücksichtigen ist, muss Entsprechendes für das Schmerzengeld gelten.

125 Bei unzureichender Versicherungssumme hat im **Deckungskonkurs** ein **gerichtlich festgestellter Schmerzengeldanspruch** gem § 336 S 2ASVG **Vorrang** vor den Ansprüchen der (Sozial-)Versicherungsträger (ÖJZ 1978/12; SZ 51/63). Das Abstellen auf den „ **gerichtlich** festgestellten Schmerzengeldanspruch" kann das Ziel der Vermeidung von Benachteiligungen des Sozialversicherungsträgers nicht erreichen, wenn der Beklagte im Prozess nicht erscheint oder Einwendungen unterlässt. Es entstehen bloß zusätzliche Kosten. Der OGH hat noch nicht entschieden, ob der Sozialversicherungsträger gegenüber einem gerichtlich festgestellten Schmerzengeldanspruch die Einwendung erheben kann, dass dieser unangemessen hoch sei. Jedenfalls Sittenwidrigkeit (§ 879) oder Rechtsmissbrauch (§ 1295 Abs 2) sind mE äußerste Grenzen einer zulässigen Gestaltung zwischen Verletztem und Ersatzpflichtigem – zulasten anderer Gläubiger.

126 Bei einem **Arbeitsunfall** steht dem verletzten Arbeitnehmer wegen seiner Verweisung auf die gesetzliche Unfallversicherung gem § 333 Abs 1ASVG außer bei Vorsatz **grundsätzlich kein Schmerzengeldanspruch** zu (1 Ob 251/03y: Unfall in der Schule; 2 Ob 38/08i: Dienstgeberhaftungsprivileg der Bundesimmobiliengesellschaft schließt Schmerzengeld aus; 2 Ob 214/11a: Maßgeblich allein Eingliederung in den Betrieb, auf Abschluss eines Arbeitsvertrags kommt es nicht an; offengelassen in 8 Ob 52/11x: Reparatur gefälligkeitshalber). Begründet wird dies neben der **alleinigen Finanzierung der gesetzlichen Unfallversicherung durch die Arbeitgeber** mit der **Erhaltung des Betriebsfriedens** (SZ 50/156). Der OGH nimmt das auch dann an, wenn der Arbeitgeber keine Kfz-Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat, obwohl er das hätte tun müssen (9 ObA 48/11s), oder die Daten desKundenfahrzeugs nicht bekannt sind (9 ObA 147/12a). Das ist fragwürdig. Warum der Arbeitgeber durch den unterlassenen Abschluss einer Kfz-Haftpflichtversicherung den verletzten Arbeitnehmer um den berechtigten Schmerzengeldanspruch bringen können soll, ist überhaupt nicht einzusehen.

126a Sofern der Arbeitgeber **grob fahrlässig** gegen Arbeitnehmerschutzvorschriften verstoßen hat und es zu einem Dauerschaden gekommen ist, bei dem der Arbeitnehmer eine **erhebliche und dauernde Beeinträchtigung** der körperlichen oder geistigen Integrität erlitten hat, wofür er einen Anspruch auf eine **Versehrtenrente** hat, kann er gem § 213aASVG zusätzlich eine Integritätsabgeltung verlangen (10 Ob 2338/96; 2 Ob 185/99s). Für den Arbeitsunfällen gleichgestellte Unfälle gebührt keine Integritätsabgeltung (10 ObS 152/07m:

Hepatitis C-Erkrankung bei Blutspenden). Darüber hinaus wird die Haftungsprivilegierung des Arbeitgebers gem § 333 Abs 3ASVG durchbrochen, wenn für einenArbeitsunfall der **Zugriff auf eine gesetzliche Kfz-Haftpflichtversicherung** besteht. Seine Haftung wird letztlich nur deshalb angeordnet, um dem Verletzten und den Sozialversicherungsträgern einen **Zugriff auf die Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung** zu ermöglichen. Die Haftung des Arbeitgebers ist deshalb auch bei einer Verschuldenshaftung darauf beschränkt (2 Ob 181/98a). Der Verletzte hat nicht nur Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung, sondern auch auf Schadenersatz unter Einschluss des Schmerzengeldes. Das gilt auch in den Fällen, in denen für **langsam fahrende Fahrzeuge** im Sinn von § 1 Abs 2 lit b KFG anstelle einer Kfz-Haftpflichtversicherung der Fachverband der Versicherungsunternehmen nach § 6 VOEG einstandspflichtig ist (2 Ob 112/15g: Gabelstapler; 2 Ob 20/16d: Elektrohubstapler unter Bezugnahme auf die Neufassung durch Art 6 Z 2 MinVersValG 2016BGBl I 2017/19).

127 Das Schmerzengeld ist nicht nur **global zu bemessen** (dazu oben Rz 117); es kann **grundsätzlich nur einmal** erhoben werden (stRspr, zB ZVR 1985/39; 2 Ob 255/01s; 9 Ob 38/07i;

Seite 1756

2 Ob 83/14s; 10 Ob 89/15h). Die **Beweislast** für 10 Ob 89/15h liegt beim **Geschädigten** (10 Ob 89/15h: Herzinfarkt mit der Folge der Lebensverkürzung infolge einer Fehldiagnose; Möglichkeit der Globalbemessung bejaht, weil Gesundheitszustand für einen **längeren Zeitraum stabil** gehalten werden kann). Für das Ausmaß maßgeblich ist die **Prognose der künftig zu erwartenden Schmerzen** – ob diese mit hinreichender Sicherheit bereits überblickt werden können (bejaht in 3 Ob 128/11m: Blindheit seit Geburt; Bezugnahme auch auf soziale Entwicklung und psychische Situationeines solchen Menschen in der Pubertät und darüber hinaus). Kommt das Gericht bei einer **Nachklage** zum Ergebnis, dass bei der ersten Anspruchserhebung die künftigen Schmerzen ausreichend verlässlich abzuschätzen waren, ist eine **Nachklage** – trotz eines erklärten Vorbehalts (1 Ob 56/97; 2 Ob 242/98x: Selbst bei einem Versäumnisurteil ist das so) und **trotz Feststellungsklage** – **unzulässig** (großzügiger 3 Ob 241/10b: Maßgeblich, dass der Kläger im Vorprozess nicht auf Geltendmachung weiteren Schmerzengeldes verzichtet hat). Ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens, wozu den Geschädigten keine Obliegenheit trifft, ist der Wissensstand eines **Laien** maßgeblich (6 Ob 204/98p; 2 Ob 103/10a). Bei Einschaltung eines **medizinischen Sachverständigen** kommt es auf den in dessen Gutachten zum Ausdruck kommenden Wissensstand an; zur Vermeidung von Missverständnissen und Haftungsfallen sollte dieser deutlich aussprechen, ob künftige Schmerzen **wahrscheinlich eintreten** werden oder eine **abschließende Abklärung noch nicht möglich** ist (2 Ob 70/11z: Zweideutige Ausdrucksweise des medizinischen Sachverständigen „zu erwarten bzw möglich" Ursache für Streit bei Nachklage). Maßgeblich ist die Sicht ex ante; der Geschädigte muss das Sachverständigengutachten nicht kritisch hinterfragen (3 Ob 28/15m: Im Strafverfahren nicht erkennbare andauernde Persönlichkeitsverletzung nach Extrembelastung, die bei Erstbemessung unberücksichtigt blieb). Zudem hat der medizinische Sachverständige lediglich **Tatfragen** zu beantworten, sich aber nicht zu Rechtsfragen zu äußern (7 Ob 160/09v: Sexueller Missbrauch, durch den OGH zutreffende Korrektur der Aussage des Sachverständigen, dass wegen vorhandener Vorschäden in der Biografie nur 50 % der Schmerzen zu werten seien – dasRechts- und nicht Tatfrage). Da der Schädiger den Geschädigten so zu nehmen hat, wie er ist, hat keine Kürzung des Schmerzengeldes zu erfolgen, wenn der **Anspruchsteller bereits vorgeschädigt** war (2 Ob 113/11y: Psychisches Belastungsgefühl eines Triebwagenfahrers bereits durch Vorunfälle erhöht; durch nachfolgenden Unfall Tropfen, der das Fass zum Überlaufen brachte).

128 Die möglichen Überraschungen bei **unpräzisen Sachverständigengutachten** zeigt eindrucksvoll OGH 2 Ob 23/06p: Während die Parteien das Gutachten als noch **nicht abschließende Beurteilung** verstanden, hielt der OGH eine Globalbemessung aufgrund des Gutachtens im Vorprozess für möglich und wies eine Nachklage ab. Im umgekehrten Fall, wenn das Gericht einen Anspruch auf Globalbemessung wegen fehlender Voraussetzungen ablehnt und eine Teilabweisung ausspricht, ist eine Nachklage später möglich (1 Ob 150/06g). Wenn die Schmerzen bis zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz absehbar sind, das Ausmaß der künftigen Schmerzen aber nicht, soll bloß eine **Teilglobalbemessung** der bis zum Ende der

mündlichen Verhandlung 1. Instanz erlittenen Schmerzen möglich sein, nicht aber auch künftiger, selbst wenn in einem Mindestausmaß deren Eintreten jedenfalls vorhergesehen werden kann (2 Ob 242/09s: Beeinträchtigung des Kreuz-Darmbein-Gelenks und Genitalbereichs; 2 Ob 59/17s: Schwere Beinverletzung; keine abschließende Globalbemessung, wenn der SV bloß in der Lage ist, Schmerzen bei günstigen und – zu 10 bis 20 % Wahrscheinlichkeit – solche bei ungünstigem Heilverlauf vorherzusagen; 2 Ob 230/18i: Lebensbedrohliches Schädel-Hirn-Trauma; 5 Ob 120/17h: Seit Geburt bestehende Beeinträchtigung des linken Arms). Aus prozessökonomischen Gründen und im Sinn des Anspruchstellers sollte es mE aber möglich sein, auch für die **künftigen jedenfalls eintretenden Schmerzen** eine Abgeltung zu erhalten; hinzuweisen ist darauf, dass bei der Beschreibung, was abgegolten ist und was nicht, besondere Präzision geboten ist. Bei Begehren einer solchen Teilglobalbemessung kann das Tatgericht aber auch den Zuspruch auf den Zeitraum bis zum Ende der mündlichen Hauptverhandlung 1. Instanz vornehmen (2 Ob 83/14s: Verkehrsunfall 2010, bis 30. 10. 2013 und nicht bis zum Jahr 2022; in diesem Sinn auch 2 Ob 59/17s: Maßgeblich nicht Zeitpunkt der Einholung des medizinischen Gutachtens, sondern des Endes der mündlichen Verhand

Seite 1757

lung 1. Instanz – der klägerische Anwalt muss insoweit bei Gefahr sonstiger Präklusion bzw eines anwaltlichen Kunstfehlers das Begehren ausdehnen).

129 Die **Geltendmachung eines Teilbetrags** mit einer **späteren Nachklage** (Teilbemessung) ist nur aus **besonderen Gründen** zulässig. Den Geschädigten trifft die Beweislast, dass keine Berücksichtigung im Vorprozess möglich war (2 Ob 255/01s). Der wichtigste Fall ist, dass **zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz die Folgen nicht überschaubar** waren, nämlich gar nicht oder der künftige Zeitpunkt des Eintritts bzw ihre Intensität bzw diese Folgen nicht abschätzbar waren (stRspr, zB ZVR 1990/158; 2 Ob 255/01s; 2 Ob 154/03s). Das ist etwa dann gegeben, wenn der Sachverständige zwischen einem günstigenHeilungsverlauf und mit einer Wahrscheinlichkeit von 10 bis 20 % ungünstigen Verlauf mit der Notwendigkeit operativer Eingriffe unterscheidet (2 Ob 59/17s: Offener Verrenkungsbruch des Sprunggelenks, mehrere nicht unfallkausale Vorerkrankungen). Die Abgeltung erfasst dann **lediglich die bis zum Ende der mündlichen Verhandlung eintretenden Schmerzen** (5 Ob 120/17h; 5 Ob 34/18p). Zu beachten ist, dass das eingeholte Sachverständigengutachten bzw die vorgenommene Untersuchung deutlich vor diesem Zeitpunkt liegen, sodass eine Anpassung, im Klartext Ausdehnung des Begehrens angezeigt ist (2 Ob 59/17s). In solchen Fällen soll die **Einbringung einer Feststellungsklage** – zur Verjährungsvermeidung (ZVR 1986/5) – angezeigt sein (2 Ob 254/98m; 1 Ob 134/00p; OLG Innsbruck ZVR 2001/74). Auch in solchen Fällen ist bedeutsam, dass sich aus dem Ersturteil ergibt, welche Schmerzen es bei der Bemessung berücksichtigt hat (10 Ob 89/15h: Herzinfarkt mit der Folge einer Lebensverkürzung infolge eines ärztlichen Diagnosefehlers; Globalbemessung unter Zugrundelegung des jetzt vorliegenden Dauerzustands). Auch bei einem **Abfindungsvergleich**, namentlich wenn er im Rahmen eines Prozesses abgeschlossen wird, ist präzise festzulegen, **welche künftigen Schmerzen** durch einen solchen erfasst sind (2 Ob 70/11z: Vorbehalt im Prozess und Feststellungsklage, missverständliche Äußerung des Sachverständigen, sodann vom Wortlaut her nicht eindeutiger Vergleich). Im Zweifel sind bei einem Schmerzengeldanspruch nur die bekannten oder vorhersehbaren Folgen miteinbezogen (2 Ob 164/17g: Defizite im linken Bein einer Bäckereiverkäuferin), es sei denn, es ist etwas anderes vereinbart worden (so in 2 Ob 36/15f : Nach dem klaren Wortlaut **auch Einbeziehung auch unvorhersehbarer Folgen**). Wird in einem Vergleich eine Globalbemessung für die vorhersehbaren Schmerzen angestrebt, kann der Verletzte bei unvorhersehbaren Schmerzen, namentlich einer Operation, eine Abgeltung verlangen, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Abgeltung im Vergleich großzügig oder engherzig war; es ist **eine vom Vergleichsbetrag unabhängige neue Globalbemessung** vorzunehmen. Gegenteiliges gilt, wenn durch den Vergleich nur eine Teilbemessung beabsichtigt war; dann ist – wie bei einer Gerichtsentscheidung – bei der nachfolgenden Festsetzung der Höhe eine Gesamtbetrachtung eine Globalbemessung unter Einbeziehung der (aufgewerteten) Teilleistung vorzunehmen, mit der Folge, dass es sich auswirkt, ob der erste Vergleichsbetrag großzügig oder engherzig ausgefallen ist (2 Ob 164/17g: Verletzung am linken einer Bäckereiverkäuferin). Das ist zwar kompliziert, aber überzeugt. Wenn nach Erhebung eines bestimmten Begehrens zwar keine neue Schadensfolgen eintreten, der Verletzte aufgrund eines

unverhofft günstigen Sachverständigengutachtens aber eine **Klagsausdehnung** vornimmt, lässt der OGH eine solche beim Schmerzengeld **bei Erhebung einer Feststellungsklage** auch nach Ablauf der Verjährungsfrist zu (stRspr 1 Ob 134/00p; 2 Ob 58/07d; 4 Ob 78/08m; 3 Ob 183/12a; 2 Ob 68/18s: Ebenso bei einer Nachklage aus prozessualen Gründen), nicht aber bei anderen Ansprüchen wie **Pflegedienstleistungen**, was dort deshalb bedeutsam ist, weil trotz Feststellungsklage die 3-jährige Verjährungsfrist des § 1480 für wiederkehrende Ansprüche gilt (2 Ob 33/09f; 5 Ob 110/17p; krit die Lit). Das OLG Wien (ZVR 2012/163) hat eine solche Klagsausdehnung bei Erhebung der **Schmerzengeldklage durch den Erben** abgelehnt, weil dieser – mangels drohender künftiger Schmerzen – keine Feststellungsklage mehr erheben konnte. Das ist unzutr, weil in einem solchen Verfahren der Behelf der Feststellungsklage nicht zur Verfügung steht. Diese Rsp muss auch sonst Auswirkungen auf die **Zulässigkeit einer Feststellungsklage** haben, die schon dann zulässig sein muss, wenn nicht auszuschließen ist, dass durch das Sachverständigengutachten ein höherer Ersatzbetrag sich ergibt.

Seite 1758

130 Eine **Nachklage** ist darüber hinaus dann zulässig, wenn der Geltendmachung eines höheren Schmerzengeldbetrags **prozessuale Umstände** entgegenstehen, zB wenn der Geschädigte einen Schmerzengeldbetrag unter der bezirksgerichtlichen Streitwertgrenze annehmen durfte, nach Vorliegen des Sachverständigengutachtens aber ein besserer Kenntnisstand vorliegt und die Gegenpartei sich gem § 235 ZPO gegen die Überschreitung der bezirksgerichtlichen Streitwertgrenze ausspricht (6 Ob 204/98p; 2 Ob 173/01g). Das gilt nicht, wenn das Einklagen eines zu geringen Betrags **vorwerfbar** wäre; das ist nur gegeben, wenn aus den unstrittigen Verletzungsfolgen ein **unverhältnismäßig höheres Schmerzengeld** ableitbarwäre (2 Ob 68/18s: In concreto bei einem Geburtsschaden abgelehnt). Das gilt auch in Bezug auf den Betrag, bis zu dem eine Ausdehnung bis zur bezirksgerichtlichen Streitwertgrenze ohne Zustimmung des Beklagten möglich wäre; begründet wird das zu Recht damit, dass eine Globalbemessung in einem Verfahren dadurch ohnehin nicht möglich ist (2 Ob 68/18s: Kunstfehler bei Geburt). Wenn der Kläger aber eine **Ausdehnung nicht vornimmt**, sondern sich eine solche bloß vorbehält, ist eine spätere Nachklage unzulässig, ohne Möglichkeit des Gegenbeweises, dass der Beklagte nicht zugestimmt hätte (2 Ob 44/14f), ein Anerkenntnisurteil erfolgte (ZVR 1973/93) oder der Beklagte den gegen den Zahlungsbefehl erhobenen Einspruch zurückgezogen hat (2 Ob 103/10a). Eine noch fehlende pflegschaftsbehördliche Genehmigung der Klagsausdehnung ist kein Grund für eine Teilklage (2 Ob 232/07t).

131 Auch bei Zulässigkeit von Vor- und Nachklage ist nur eine Bemessung nach **Zeitabschnitten** zulässig, nicht eine nach Verletzungen (ZVR 1980/19). Im Rahmen eines Vergleichs ist eine solche Regulierung möglich; maßgeblich ist allein, was von der Bereinigungswirkung des Vergleichs erfasst sein soll (2 Ob 218/17y: Schädelhirntrauma mit Verlust des Augapfels). Sofern im Zeitpunkt der Nachklage die künftige Entwicklung noch immer nicht ausreichend sicher abzuschätzen ist, ist eine weitere Teilbemessung zulässig (5 Ob 120/17h: Beeinträchtigung des linken Arms bei Geburt; Nachuntersuchung nach 10 Jahren sinnvoll). Isteine Nachklage zulässig, kommt es nicht darauf an, dass die Vorklage als **Teilklage bezeichnet** worden ist (2 Ob 508/91; 2 Ob 173/01g). Sicherzustellen ist in jedem Fall, dass durch eine **mehrmalige Bemessung** der Verletzte **nicht mehr erhält als bei einer einmaligen Bemessung** (stRspr, zB ZVR 1990/158; 2 Ob 242/98x; 9 Ob 38/07i). Bei der nachfolgenden Bemessung hat eine Globalbemessung nach Maßgabe der Schmerzen bis zur letzten mündlichen Verhandlung des Folgeprozesses zu erfolgen (5 Ob 120/17h: Verletzung des linken Armes seit Geburt). Änderungen des Geldwertes seit dem Unfall sind durch Aufwertung der Teilzahlungen entsprechend der inzwischen gesunkenen Kaufkraft zu berücksichtigen (stRspr, zB ZVR 1989/203; 2 Ob 242/98x). Konsequenterweise muss das **Entschädigungsniveau bei der erstmaligen Bemessung** maßgeblich sein, weil es wenig sachgerecht wäre, den Ersatzpflichtigen stärker zu belasten, weil bei der erstmaligen Bemessung die Folgen nicht ausreichend absehbar waren und das Schmerzengeldniveau seither signifikant gestiegen ist. Zu bedenken ist, dass zwischen der erstmaligen und der abschließenden Bemessung **Jahrzehnte** liegen können. Bei Geltendmachung einer Globalbemessung kann das Gericht auch eine Teilbemessung vornehmen, wenn es sich zu einer Globalbemessung nicht in der Lage sieht (2 Ob

59/17s). Das hat für den Kläger allenfalls Kostenfolgen, wenn der Rahmen des § 43 Abs 2 ZPO überschritten werden sollte. Bei Geltendmachung einer Teilbemessung, bei der das Gericht aber eine Globalbemessung vornimmt, besteht die Gefahr, dass im Zeitpunkt der möglichen Ausdehnung bereits Verjährung eingetreten ist.

131a Bei Anschluss als **Privatbeteiligter im Strafverfahren** ist zu beachten, dass die Strafgerichte bloß geringe Mindestbeträge zusprechen (13 Os 141/11a; 13 Os 160/11w: Jeweils € 500 an Mutter und Schwester). Wurde nicht mehr begehrt, besteht die Gefahr, dass der darüber hinausgehende Anspruch verjährt (so in 2 Ob 213/15k: Geltendmachung eines Schmerzengeldes in Höhe eines vorläufigen Teilbetrags in Höhe von € 1.000; dadurch keine Unterbrechungswirkung für den darüber hinausgehenden Betrag) oder durch die Globalbemessung als präkludiert angesehen wird (3 Ob 28/15m: Zuspruch von € 12.100 im Strafverfahren, Nachklage von € 65.000; in concreto Stattgebung, weil künftige Beeinträchtigungen nicht vorhersehbar waren; weiter gehend aber 8 Ob 15/15m: Bei **Privatbeteiligung** grundsätzlich **Ausnahme vom sonst geltenden Grundsatz der Globalbemessung** aufgrund der Eigenheiten des Adhäsionsverfahrens; anzumerken ist, dass das Risiko der Verjährung aber bleibt, weil durch den

Seite 1759

Privatbeteiligtenanschluss eine Verjährungsunterbrechung nur in Höhe des geltend gemachten Betrags erfolgt).

132 Bei den vom Haftpflichtversicherer vorformulierten **Abfindungserklärungen**, mit einem bestimmten Schmerzengeldbetrag **vollständig und endgültig abgefunden** zu sein, kann sich nachträglich ein **krasses Missverhältnis** des geleisteten Betrags zu den tatsächlich eingetretenen Schmerzen herausstellen. Als Hilfe für den **übervorteilten Geschädigten** legt der OGH eine Vereinbarung im Zweifel in der Weise aus, dass davon nur solche Schmerzen erfasst sind, die der Verletzte gekannt bzw der Sachverständige erkannt und in sein Gutachten einbezogen hat (2 Ob 150/06g; 2 Ob 233/06p); bei **eindeutigem Wortlaut** („Abgeltung aller vergangenen und künftigen Schmerzen, mögen sie vorhersehbar sein oder auch nicht") nimmt der OGH bei einem **ganz krassen und dem Geschädigten völlig unzumutbarem Missverhältnis Sittenwidrigkeit der Vereinbarung** an (2 Ob 130/97x). Bei welcher Relation des fiktiven Zuschlags des Schmerzengeldes wegen nicht erkannter zukünftiger Beschwerden zum Abfindungsbetrag eine Sittenwidrigkeit anzunehmen ist, hat der OGH bisher noch nicht abschließenStellung genommen ([vorläufig] abgelehnt bei einer Relation von 1:2 zwischen Abfindungsbetrag und objektiv zustehendem Schmerzengeld in 2 Ob 71/16d; ob eine solche Relation der taugliche Ansatzpunkt ist, erscheint mE fragwürdig; welche sachliche Legitimität besteht seitens des Ersatzpflichtigen, die Auszahlung des unstreitig bestehenden Schmerzengeldes von einem solchen pauschalen Verzicht auf jegliche künftige Ansprüche abhängig zu machen – mE ist das **per se sittenwidrig** ; dass sich die Verletzte in einer wirtschaftlichen Notlage befunden hat, kann in 2 Ob 59/17s noch hinzu). Der Geschädigte sollte eine derartige – vom Haftpflichtversicherer vorformulierte Vereinbarung – im Zweifel nicht unterfertigen; jedenfalls sollte er sich erläutern lassen, um wie viel der Abfindungsbetrag höher ausfällt, weil der Geschädigte einen Verzicht auf die Abgeltung derzeit nicht erkennbarer, aber möglicherweise eintretender künftiger Schmerzen leistet. Der Ersatzpflichtige wiederum kann ein künftiges Verdikt einer Sittenwidrigkeit abwenden, wenn er den Risikozuschlag für einen solchen pauschalen Verzicht offen ausweist. Zu beachten ist, dass bei einer endgültigen Abfindungserklärung auch ein **Folgeschaden entschädigungslos** bleibt, den der Geschädigte bei einem späteren Unfall erleidet, der auf die **Primärverletzung zurückzuführen** ist (2 Ob 36/15f : Nachfolgender Sturz und Schulterverletzung infolge einer bei dem Erstunfall erlittenen Peronaeus-Laesion). Wird in einem Vergleich ein bestimmter Teilbetrag für die Schmerzen einer künftigen Operation festgelegt, kann der Ersatzpflichtige diesen Teilbetrag zurückfordern, wenn die Operation innerhalb eines angemessenen Zeitraumes unterbleibt; insoweit besteht eine Parallele zur Leistung eines **Vorschusses für die Operationskosten** (5 Ob 123/09p: Kein Anspruch auf Vorschuss, wenn Zeitpunkt des Eingriffs noch nicht feststeht). Allerdings gebührt dem Verletzten ein zusätzlicher Anspruch für die ohne Operation eintretenden Schmerzen, wenn er die Operation ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit aufschiebt (3 Ob 126/19d: Aufschub der Operation wegen der Wahrscheinlichkeit von 30 %, dass potenziell

lebensbedrohliche Infektion mit multiresistenten Keimen). Wenn der Geschädigte eine verordnete Behandlung wegen einer Anpassungsstörung abbricht, muss das nicht unbedingt ein Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit sein (5 Ob 110/17p).

133 Die **Bemessung** des Schmerzengeldes durch das OLG ist **keine erhebliche Rechtsfrage** iSd § 502 Abs 1 ZPO, sodass sie nur bei **eklatanter Fehlbemessung revisibel** ist (stRspr, zB 2 Ob 180/04s ; 9 Ob 97/09v; bejaht in 7 Ob 160/09v: € 28.100 statt € 10.000 durch das BerG bei sexuellem Missbrauch; 3 Ob 128/11m: € 150.000 statt € 100.000 durch das BerG bei Erblindung seit Geburt; 2 Ob 55/12w: € 75.000 statt € 40.000, keine Berücksichtigung der künftigen Schmerzen bei 90 % Sehbeeinträchtigung; 2 Ob 108/15v : € 20.000 statt € 45.000 für ein halbes Jahr Kopfschmerzen; 4 Ob 48/16m: Für im Körper verbliebene Scherenspitze € 5.500, weil Folge einer Körperverletzung, nicht bloß € 500), nicht schon dann, wenn Bemessung bloß an der **Obergrenze** (3 Ob 241/10b) oder **Untergrenze** (1 Ob 22/16s: Schmerzengeld von € 20.000 an minderjährige Tochter im Rahmen eines Schockschadens nach Tod des Vaters) angesiedelt ist. Dafür ist der Rechtsmittelwerber beweisbelastet (3 Ob 28/15m: Eklatante Fehl

bemessung schon deshalb nicht, weil der Beklagte es unterlässt, den seines Erachtens angemessenen Betrag zu nennen).

M. Schockschaden, Fernwirkungsschaden, Trauerschaden, mittelbarer Schaden

134 Bei einem **Schockschaden**, einem **Fernwirkungsschaden** und einem **Trauerschaden** hat der Schädiger den Anspruchsberechtigten nicht unmittelbar beeinträchtigt, sondern dessen psychische Beeinträchtigung durch Verletzung oder Tötung des unmittelbar Geschädigten ausgelöst. Ein **Schockschaden** liegt vor, wenn eine Person durch das Miterleben eines Unfalls eine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert erleidet (so erstmals 2 Ob 45/93: Zuspruch von Schmerzengeld; zum Zuspruch von Verdienstentgang in einer vergleichbaren Konstellation bereits ZVR 1977/54). Bei einem **Fernwirkungsschaden** erleidet eine Person eine psychische Erkrankung, obwohl sie beim Unfallgeschehen nicht dabei war. Ein **Trauerschaden** liegt vor, wenn es infolge des Todes einer Person oder einer besonders schweren Verletzung zwar zu keiner psychischen Erkrankung eines Angehörigen kommt, dieser aber Trauer empfindet, die als ideeller Schaden entschädigt wird. Als Anspruchsgrundlage kommt nicht nur ein deliktischer Anspruch in Betracht, sondern – namentlich im Rahmen der Arzthaftung – auch ein **vertraglicher Schadenersatzanspruch**, wird doch der Vertrag zwischen – schließlich getötetem – Patienten und **Arzt bzw Krankenhaus** als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter angesehen (9 Ob 83/09k: Magen-Bypass-Operation der dabei verstorbenen Ehefrau, psychische Beeinträchtigung des Ehemanns mit Krankheitswert), was in der Lit kritisiert wird, weil ärztliche Aufklärung und lege artis vorzunehmende Behandlung nur gegenüber dem Patienten geschuldet sind. Bei einem **nicht im gleichen Haushalt lebenden Bruder**, mag zu diesem auch eine besonders enge Beziehung bestanden haben, lehnt das der OGH (7 Ob 105/17t: Unterlassene Thromboseabklärung) ab, weil nach objektiver Auslegung des Behandlungsvertrags für den Arzt bzw das Krankenhaus eine derartige Nahebeziehung nicht vorhersehbar ist. Das gilt auch für **fast erwachsene Geschwister**, die im **gleichen Haushalt** leben (4 Ob 176/19i: Sorgfaltswidrige Verschreibung einer Anti-Baby-Pille, 17-jährige Schwester der 20-jährigen getöteten Schwester). Der OGH hat dabei darauf hingewiesen, dass das **Alter** sowie der **Altersunterschied** bedeutsam sein könnten, hat aber betont, dass es keine strikte Altersgrenze gebe. Bei Erstattung eines Gutachtens durch einen Gerichtssachverständigen entfaltet diese Rechtsbeziehung keine Schutzwirkung zugunsten des Ehegatten des Anspruchstellers (4 Ob 105/19y: Ablehnung von Schmerzengeld des Ehemanns wegen Verlustes des Arzthaftungsprozesses der Ehefrau). Für den deliktischen Anspruch wird der Kreis der Anspruchsberechtigten hingegen weiter gezogen (unten Rn 142). Einfach ist diese Differenzierung (Alter, Altersunterschied, Vertrag/Delikt) nicht, eher rabulistisch. Einen vertraglichen Anspruch gegen das **Reisebüro** bejaht hat auch 1 Ob 80/11p (Tigerhai-Tauchsafari in Florida mit tödlichem Ausgang für den **Lebensgefährten**, der Reise buchte).

135 Beim Schmerzengeld wird eine **seelische Beeinträchtigung mit Krankheitswert** einer **Körperverletzung gleichgehalten**. Der prototypische Fall eines **Schockschadens** liegt

darin, dass ein Angehöriger durch das **Mitansehen** des Unfalls so stark beeinträchtigt wird, dass er eine seelische Erkrankung erleidet (2 Ob 58/07d: Mitansehen der schweren Unfallverletzung des Vaters durch 7 bzw 10 Jahre altes Kind; € 7.500 bzw € 9.600 an 7 bzw 10 Jahre altes Kind, gleichzusetzen mit 60 bzw 100 Tagen leichten Schmerzen; beachte aber 5 Ob 26/15g: Abgelehnt aber bei Schockschaden infolge des Ansehens des obduzierten Säuglings, bei dem Organe entnommen worden sind, durch eine gläubige Muslimin, nicht in hohem Maß geeignet, bei einem nahen Angehörigen eine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert auszulösen – Begründung mE fragwürdig). Im Ausgangsfall 2 Ob 45/93, bestätigt durch 2 Ob 99/95, wurde die 20 Monate alte Klägerin bei dem Verkehrsunfall im Auto der Mutter zwar nur leicht verletzt, sie konnte aber infolge des langen Krankenhausaufenthalts der Mutter die Trennung seelisch nicht adäquat verarbeiten. Die zunächst vorhandene leichte Körperverletzung des Kindes und das Miterleben des Unfalls standen mit dem „Folgeschaden" der psychischen Fehlverarbeitung somit in einem bloß zufälligen Zusammenhang. Ersatz bei einem Schockschaden gebührt freilich nur dann, wenn das Verhalten des Schädigers in Bezug auf die Primärverletzung – Tod oder schwerste Verletzung – **kausal** war, wofür der Geschädigte beweis

Seite 1761

belastet ist (4 Ob 71/10k: Miterleben der Ehefrau, dass Arzt nach einem Herzinfarkt unzureichend reagiert, fraglich aber, ob Ehemann bei prompter Reaktion überlebt hätte). Eine **bloß mittelbare Verursachung** führt jedoch zu keinem ersatzfähigen Schockschaden (2 Ob 215/14b: Infolge des Todes des Halbbruders Vernachlässigung des Anspruchstellers durch die Mutter, wodurch psychische Krankheit ausgelöst worden ist).

136 Die Ersatzfähigkeit eines **Schockschadens** hängt von der **Umschreibung der psychischen Beeinträchtigung durch den jeweiligen Sachverständigen** ab. Eine Schlafstörung liegt regelmäßig vor. Dazu muss eine weitere Beschwerde kommen, zB völlige Schwunglosigkeit (2 Ob 136/00i), Erschöpfungszustände (8 Ob 127/02p), posttraumatische Belastungsstörung (2 Ob 120/02i), traurige Verstimmung sowie Antriebsstörungen (2 Ob 186/03x) oder eine Erschöpfungserscheinung (2 Ob 163/06v). Die Schwelle für den Schockschaden ist eine **Behandlungsbedürftigkeit der psychischen Beeinträchtigung** ; ob diese in der Folge tatsächlich behandelt wird, ist unerheblich (2 Ob 163/06v: Für Behandlung der psychischen Beeinträchtigung keine Zeit). Bei Erwähnung von Krankheitssymptomen ist trotz Fehlbezeichnung ein Klagebegehren als Trauerschmerzengeld schlüssig (2 Ob 138/10y: Versäumnisurteil, spätere Einwendung der Unschlüssigkeit).

137 Die Ersatzfähigkeit eines **Schockschadens** setzt in der Regel voraus, dass der psychisch Beeinträchtigte ein **naher Angehöriger** des Getöteten oder Schwerstverletzten ist. Diese psychische Krankheit ist typischerweise von einem medizinischen Sachverständigen zu bescheinigen (6 Ob 213/11h: Befund des Sachverständigen, dass Verbitterungsstörung einer Mutter, die durch ärztlichen Kunstfehler Kind verloren hat, nicht kausal ist, weil diese auch bei Geburt des ansonsten schwer behinderten Kindes gegeben gewesen wäre, somit Versagung der Kausalität). Abgestellt wird darauf, ob das **Schockerlebnis typischerweise geeignet** ist, eine Folge wie die ausgelöste herbeizuführen und dies ein maßstabgerechter Mensch ex ante erkennen konnte. In Betracht kommt freilich auch, dass der Schädiger dem Geschädigten eine unmittelbare psychische Schädigung zufügt, ohne dass es darauf ankommen kann, ob auch eine geringfügige zusätzliche Körperverletzung verursacht wurde (dazu 2 Ob 120/02i: Auslösung einer posttraumatischen Belastungsstörung bei der körperlich unverletzten Lenkerin eines Kfz durch Anblick der beim Unfall getöteten Motorradfahrerin; 2 Ob 39/09p: psychische Krankheit als Beifahrer des Bruders durch dessen Tod infolge Augenblicksversagens).
Angehörigeneigenschaft wird angenommen bei **Eltern** und **Kindern**, aber auch bei einem **Lebensgefährten** (8 Ob 127/02p; 2 Ob 212/04x; 2 Ob 15/07f; 1 Ob 80/11p) sowie (erwachsenen) **Geschwistern**, soweit zwischen diesen eine **intensive Gefühlsgemeinschaft** besteht (2 Ob 90/05g; 2 Ob 99/05f). Insofern gilt der **gleiche Maßstab** wie beim **Fernwirkungs-** und **Trauerschaden**. Auch wenn es bei den **Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten** (oben Rz 53 ff: Ausklammerung der Geschwister) um die Förderung der Gesundheit des Verletzten, beim Schockschaden um die Abgeltung der psychischen Beeinträchtigung der Angehörigen geht, sollte mE schon aus pragmatischen Gründen der ersatzberechtigte Personenkreis der gleiche sein.

137a Bei **Tötung eines (geliebten) Haustieres** (1 Ob 125/16p: Im Rahmen der pflegschaftsgerichtlichen Prozessführung; aA OLG Wien ZVR 2012/35: Tötung eines kindesgleich geliebten Hundes, seelische Schmerzen mit Krankheitswert) sowie bei **Beschädigung einer Sache**, etwa eines Autos (2 Ob 100/05b: Begründet freilich mit fehlender Adäquanz; nicht das Ergebnis, wohl aber die Begründung mE fragwürdig), **Verhaftung eines Angehörigen** (1 Ob 88/07h: Haft von 2 Tagen) oder einem **falschen Sachverständigengutachten** (1 Ob 171/12x: Tötung durch Messerstiche des erwachsenen Sohnes war vom Gerichtssachverständigen nicht erkannt worden) wird die **Ersatzfähigkeit eines Schockschadens verneint**. Ein Schmerzengeld gebührt grundsätzlich nur bei **Tod eines Angehörigen** ; bei dessen Verletzung werden entweder **schwerste Verletzungen iS einer dauernden Pflegebedürftigkeit**, die in ihrer **Zeitdauer** eine psychische Krankheit auslösen, verlangt (2 Ob 77/09a: Arbeitsunfähigkeit des Ehepartners verbunden mit der reduzierten Fähigkeit, zielgerichtete Aktivitäten über längere Zeit durchzuhalten und emotionale Labilität; vom OGH trotz psychotherapeutischer Behandlung nur unter dem Gesichtspunkt des Trauerschmerzengeldes beurteilt) oder die Nachricht über

Seite 1762

das – tatsächliche – Bestehen einer **akuten Lebensgefahr** oder die **konkrete Gefahr einer dauernder Pflegebedürftigkeit**, mag im Nachhinein auch eine Besserung eintreten (2 Ob 136/11f: Schwer Verletzte, die 10 Tage in der Intensivstation war; abzustellen, ob tatsächlich Lebensgefahr oder das bloß Vorsichtsmaßnahme der Ärzte). In Betracht kommen kann auch die Verletzung des absolut geschätzten Persönlichkeitsrechts der geschlechtlichen Selbstbestimmung (§ 1328), insbesondere der **sexuelle Missbrauch von Minderjährigen**, wobei aber auchhier eine Erheblichkeitsschwelle wie bei schwersten Körperverletzungen verlangt wird (9 Ob 1/19s: Abgelehnt bei einer 9-jährigen, die bei Griff in dieUnterhose und Belastungen selbstbewusst reagiert und die Mutter informiert hat; ebenso 3 Ob 214/19w: Depression des Ehemanns nach – nicht dem freien Willen entsprechenden – Ehebruch der Ehefrau mit dem Ausbildungsleiter eines staatlich anerkannten Ausbildungsinstituts für psychosoziale Psychotherapie und Psychoanalyse bei **Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses nach § 212StGB**). Der schwer(st)en Körperverletzung gleichwertig ist eine **Vertauschung von neugeborenen Kindern** ; auch bei einem vertraglichen Schadenersatzanspruch der Mutter und des Kindes, in den kraft Schutzwirkung auch der Vater einbezogen ist allerdings für reine Trauer grobe Fahrlässigkeit erforderlich (4 Ob 208/17t: Zuspruch von jeweils 20.000 € an die Eltern und das vertauschte Kind).

138 Bei Schockschäden kommen neben dem **Schmerzengeld** auch **Heilungskosten** (2 Ob 7/05a: Facelifting bei krankheitswidrig trauergeschädigter 45-jährigen Mutter nach 15 kg Gewichtsabnahme innerhalb eines halben Jahres; 2 Ob 202/18x: Kosten für psychotherapeutische Behandlungen des Vaters nach Tötung des Sohnes) sowie ein **Erwerbsschaden** in Betracht (ZVR 1977/54: Verdienstentgang eines Opernsängers; 2 Ob 186/03x: Verlust der Ehefrau und aller 3 Kinder; 2 Ob 202/18x: Nur mehr eingeschränkte Ausübung der Tätigkeit als selbständiger Tischler und Flößer infolge chronifizierten psychischen Leidens nach Tod des Sohnes). Abgelehnt hat das OLG Wien (15 R 67/15f) die Kosten für die **Errichtung einer Kapelle** in Höhe von € 22.000 (zusätzlich zu einem Schmerzengeld von € 28.000) zur Bewältigung der Trauer. Soweit es um die **Substitution** von Kosten für die Psychiatrie sowie Psychopharmaka geht,wäre mE ein **Mindestzuspruch** durchaus erwägenswert.

139 Ein **Fernwirkungsschaden** gebührt ausschließlich **Angehörigen** (2 Ob 111/03t: Tochter; 2 Ob 79/00g: Vater; 8 Ob 127/02p: Lebensgefährtin). Die **krankhafte psychische Beeinträchtigung** stellt sich durch die **Nachricht vom Tod** (2 Ob 79/00g; 2 Ob 136/00i) oder bei einer **lebensbedrohlichen Verletzung** (2 Ob 72/13x: € 10.000) **im Zuge der Pflege und Betreuung des Schwerstverletzten** ein (2 Ob 79/00g; 2 Ob 163/06v: Schlaflosigkeit erst in der Phase der Betreuung, € 7.000 Schmerzengeld an die Eltern). Für den Nachweis der psychischen Erkrankung ist die Konsultierung eines Psychologen hilfreich (2 Ob 72/13x: 3 Sitzungen à € 100). Dem Fernwirkungsschaden gleichgestellt wird ein **Verstoß eines Elternteils gegen den damaligen § 145b (außer Kraft getreten am 31. 1. 2013, nunmehr § 159)**, wenn der Elternteil, der das Kind betreut, dem anderen Elternteil in rechtswidriger Weise den Kontakt mit dem Kind vorenthält und dadurch beim anderen Elternteil eine krankhafte seelische

Störung hervorruft (4 Ob 8/11x: Kind bei der Mutter, Anspruch des Vaters). Sofern sich der betreuende Elternteil gegen die Kontaktrechtsanträge des anderen Elternteiles widersetzt, führt das zu keinem Schadenersatzanspruch des anderen Elternteiles (10 Ob 27/15s: Vorenthalten der Kontakte des Vaters mit seinem minderjährigen Kind ohne [festgestellte] Einflussnahme auf das Kind). Bei ehewidrigen Beziehungen während einer Ehe steht ein solcher Anspruch – **Schmerzengeld für verlorene Liebe** – nicht zu, weil durch die Scheidung eine Möglichkeit besteht, den mit der Eheverfehlung verbundenen Leidenszustand zu beenden, während eine solche Möglichkeit für das Eltern-Kind-Verhältnis nicht besteht (6 Ob 124/02g; 1 Ob 134/12f: Umso weniger Anspruch gegen den Ehestörer). Diese Begründung ist mE deshalb fragwürdig, weil der seelische Schaden bereits eingetreten ist, ehe die Abhilfemöglichkeit durch Scheidung besteht.

140 Das **Ausmaß des Ersatzes** wegen krankhafter psychischer Beeinträchtigungen wird in **Anlehnung an die Einteilung von Schmerzen in leichte, mittlere und starke** ermittelt. Bei einer schweren lebensbedrohenden Magersucht einer 14-jährigen Tochter eines schwer

Seite 1763

verletzten Elternpaares hat der OGH € 21.500 zugesprochen (2 Ob 111/03t), einer 31-jährigen zweifachen Mutter nach Tod des Mannes, einem Gewichtsverlust von 23 kg mit Suizidgefahr, aber bei Aufnahme einer neuen Beziehung nach 1 Jahr € 25.000 (2 Ob 292/04m). Der diesbezügliche **Höchstzuspruch mit € 65.000** erfolgte an einen Ehemann und Vater, der gleichzeitig die Ehefrau und alle 3 Kinder verloren hatte (2 Ob 186/03x), wobei der Erwerbsschaden infolge der vorzeitigen Pensionierung in diesem Fall ein Vielfaches betragen haben dürfte. In 5 Ob 168/19w (Tötung der Ehefrau auf der Alm durch Mutterkühe) billigte der OGH einen Zuspruch für den Witwer (ungekürzt) für einen **Zeitraum von 4 ½ Jahren** von **€ 30.000** als nicht unvertretbar niedrig.

141 Bei **Tötung eines Angehörigen** infolge **grober Fahrlässigkeit** (verneint in 7 Ob 65/11a: Aufnahmeritual in einen Motorradclub durch Einflößen großer Mengen von Alkohol) gebührt auch ohne Nachweis einer psychischen Erkrankung ein **Schmerzengeld für das Bestehen der Trauer an sich**. In der AusgangsE 2 Ob 84/01v bestand eine Haftung nach dem EKHG für die Tötung der 8-jährigen Tochter, was namentlich die schwangere Mutter seelisch nur sehr schwer verkraften konnte. Die Rspr-Änderung könnte dadurch veranlasst gewesen sein, dass diese Eltern sich nicht auf die Couch des Psychiaters gelegt haben oder sich zumindest durch einen einschlägigen Sachverständigen behandlungsbedürftige seelische Beeinträchtigungen mit Krankheitswert haben bescheinigen lassen, wie das in gutbürgerlichen Kreisen der Fall gewesen wäre. Durch die Verwendung des Trauerschmerzengeldes, etwa durch Unternehmen einer größeren Reise, sollen die Angehörigen auf andere Gedanken kommen. Es ist daher folgerichtig, dass insoweit lediglich ein **Kapitalbetrag**, nicht aber eine Rente geschuldet ist (2 Ob 150/08k). In der Lehre ist diese Rspr-Änderung in mancherlei Hinsicht kritisiert worden. Die einen wenden sich gegen den Zuspruch überhaupt unter Hinweis darauf, dass es dafür keine gesetzliche Grundlage gebe. Die anderen plädieren für eine **Ausdehnung auch bei leichter Fahrlässigkeit** und in den Fällen der **Gefährdungshaftung**. Letzterer Ansicht ist mE schon aus pragmatischen Gründen zu folgen. Derzeit werden bei den Betroffenen nämlich Begehrensvorstellungen geweckt, die beträchtliche Regulierungskosten auslösen, in der Praxis aber meist nur bei **Alkoholisierung des Fahrzeuglenkers** zu einem Zuspruch führen, weil es sonst häufig am Vorliegen grober Fahrlässigkeit fehlt. Die Schwelle für das Vorliegen grober Fahrlässigkeit ist hoch; verlangt wird ein objektiv schwerwiegender Sorgfaltsverstoß, der zudem subjektiv schwer bzw schwerstens (2 Ob 109/19x: Abgelehnt bei Verstoß gegen Verkehrssicherungspflicht einer Schipiste) vorwerfbar sein muss und der Schadenseintritt auch noch voraussehbar sein muss (2 Ob 192/19b: Ablehnung grober Fahrlässigkeit bei Tötung eines Fußgängers während des Überquerens bei Grünlicht, weil es dunkel war und der Lenker die an sich angemessene Abbiegegeschwindigkeit eingehalten hatte; 2 Ob 109/19x: Verstoß gegen Pistensicherungspflicht nicht grob fahrlässig). Der OGH (2 Ob 189/16g: Fall einer schweren Verletzung; 4 Ob 208/17t: Vertauschung von Kindern; 2 Ob 109/19x: Pistensicherungspflicht) hat aber an seiner Rspr festgehalten.

142 Der **Angehörigenkreis** ist beim Trauerschmerzengeld der gleiche wie beim Schockschaden und beim Fernwirkungsschaden. Maßgeblich ist eine **intensive Gefühlsgemeinschaft**, die bei Bestehen einer **Haushaltsgemeinschaft vermutet** wird (4 Ob 176/19i: 17-jährige Schwester der 20-jährigen Getöteten; sorgfaltswidrige Verschreibung einer Anti-Baby-Pille), sonst aber zu beweisen bzw zu bescheinigen ist (2 Ob 141/04f: Wohnsitz der Mutter vis-à-vis; 2 Ob 90/05g: Zwischen 2 Brüdern – Beziehung einem Vater-Sohn-Verhältnis ähnlich). Der Kreis der Angehörigen ist bei einem deliktischen Anspruch weiter als bei einem Anspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (dazu oben Rn 134). Auch bei Totgeburt eines Kindes (OLG Graz ÖJZ 2014/76 ; 1 Ob 114/16w: Fötus 3 Wochen vor der Geburt) wurde ein Anspruch der Eltern bejaht, sofern es sich um ein Wunschkind gehandelt hat. Der OGH hat einen konkreten Fall entschieden und in der Begründung ganz häufig das Wort „jedenfalls" hinzugefügt. ME steht ein Anspruch grundsätzlich **ab der Zeugung** zu; und zwar auch dann, wenn vor der Schadenszufügung die Eltern von der Schwangerschaft keine Kenntnis hatten. Dass der Umfang mit **€ 20.000 für die Mutter** und **€ 10.000 für den Vater** differenziert ausgefallen ist, ist zu billigen; bei entsprechendem Begehren hätte die Spreizung noch stärker zugunsten der Mutter ausfallen können bzw müssen. Dass in concreto keine

Seite 1764

Haushaltsgemeinschaft bestand, sah der OGH für nicht maßgeblich an, weil das bloß ein Indiz für die Gefühlsgemeinschaft sei. Bei Tötung eines Kindes wenige Stunden nach der Geburt wurde ein Anspruch auf Trauerschmerzengeld der knapp **2-jährigen Schwester** verneint, weil ein 2-jähriges Kind von einem nachhaltigen Trauerprozess nicht betroffen sein kann (6 Ob 103/19v). Der OGH hält diese Sicht für „vertretbar". Bei Verlust eines Elternteilswäre das mE gegenteilig zu beurteilen, können sich Auswirkungen infolge des Verlustes des leiblichen Elternteils nämlich auch deutlich später, namentlich in der Pubertät zeigen. Offen ist, ab welchem Alter eines Kindes eine zu einem Trauerschmerzengeld führende Trauerreaktion anzunehmen ist. Die Argumentation, dass ein Kind, das auf die Geburt eines Geschwisterkinds während der Schwangerschaft der Mutter vorbereitet wird, bei Tod von diesem Trauer empfindet, ist durchaus nicht von der Hand zu weisen. Die **Intensität der Gefühlsgemeinschaft** ist ansonsten eine **zentrale Bemessungsdeterminante**, weil man davon ausgeht, dass die Trauer umso größer ist, je intensiver dieGefühlsgemeinschaft war. Die Eigenschaft als naher Angehöriger geht nicht dadurch verloren, dass die **gefühlsmäßige Verbundenheit im Unfallzeitpunkt gestört** oder belastet war (2 Ob 79/00g). Allerdingswäre bei einer **völlig zerrütteten Ehe** die Zubilligung von Trauerschmerzengeld wenig angebracht. Folgerichtig ist, einem Kleinkind, das im zeitlichen Naheverhältnis nach dem Tod noch gar nicht begreift, was passiert ist, einen Trauerschaden zu versagen (2 Ob 41/03y: Abweisung des Anspruchs eines 7 Monate alten Kindes wegen Verlustes des Großvaters). Sofern nicht einmal eine außereheliche Lebensgemeinschaft vorliegt, entsteht kein Trauerschmerzengeldanspruch (2 Ob 15/07f: Freund, mit dem das Eingehen einer Lebensgemeinschaft geplant war).

143 Der **Umfang des Ersatzes** ist bei Schock- bzw Fernwirkungsschaden einerseits und dem (bloßen) Trauerschmerzengeld andererseits verschieden. Das Trauerschmerzengeld begründet einen **Mindestersatz** ; wird eine **krankhafte psychische Beeinträchtigung** nachgewiesen, kommt ein **Zuschlag** in Betracht; die Übergänge sind fließend: Der Ersatzumfang für Schockschaden und Fernwirkungsschaden darf jedenfalls das Ausmaß eines bloßen Trauerschadens nicht unterschreiten. Es handelt sich jedenfalls **nicht** um **getrennte Ansprüche** ; vielmehr hat eine Globalbemessung für psychischeBeeinträchtigungen mit und ohne Krankheitswert zu erfolgen (2 Ob 143/15s: Bei Tötung des Sohns € 30.000 an die Mutter, € 25.000 an den Vater bei psychischen Folgen mit Krankheitswert, die zu reiner Trauer dazukamen). Die Globalbemessung wegen psychischer Beeinträchtigungen ist auch vorzunehmen, wenn zu den Schmerzen wegen einer eigenen Körperverletzung noch psychische Beschwerden wegen Tötung eines nahen Angehörigen dazukommen (2 Ob 217/16z: Körperverletzung sowie Tod des Lebensgefährten 14 Monate nach dem Unfall). Wenn die **reine Trauer mangels grober Fahrlässigkeit nicht ersatzfähig** ist, kann ein deutlich geringerer Ersatzbetrag gebühren (2 Ob 109/19x: Witwe bei **Schockschaden mit Krankheitswert von 39 Tagen € 8.000**). Bei **Tötung eines Haustieres**, bei dem ein Schockschaden zuerkannt wurde, kann kein zusätzliches Trauerschmerzengeld begehrt werden (10 Ob 3/20v: Tot gebissene Hunde nach Provokation durch [die Hunde der] Klägerin; mit ausführlicher Auseinandersetzung

der österreichischen deutschen Rsp und L; OLG Wien ZVR 2012/35: Kind-gleich geliebter Hund). Bedenkt man, dass eine besonders schwere Verletzung bei einem Angehörigen verlangt wird, erscheint es mE unvorstellbar, bei Tötung eines Tieres, und sei es eines heiß geliebten Haustieres, Ersatz des ideellen Schadens in solchen Fällen zuzusprechen.

144 Tendenziell spricht der OGH bei **Tod von Kindern** an die Eltern die höchsten Werte zu (2 Ob 263/06z: € 20.000 an Eltern für Verlust eines 6-jährigen Kindes, auch wenn noch weitere Kinder vorhanden; 2 Ob 55/08i: € 20.000 für Eltern einer 19-jährigen Tochter; OLG Graz ÖJZ 2014/76 : € 10.000 bei einer Totgeburt eines Wunschkindes), etwas weniger im **umgekehrten Verhältnis** (2 Ob 141/0f: € 13.000 bei Tod der 61-jährigen Mutter mit engem Verhältnis zum 40-jährigen erwachsenen Sohn; 1 Ob 22/16s: € 20.000 an 13½-jährige Klägerin bei Tod des Vaters, nicht unvertretbar gering), etwa ebenso viel bei Verlust eines **Ehepartners** oder Lebensgefährten und relativ am wenigsten bei **Geschwistern** (2 Ob 90/05g: € 9.000 zwischen 2 Brüdern bei einer Beziehung, die einem Vater-Sohn-Verhältnis ähnlich; 2 Ob 55/08i: € 20.000 für Eltern, hingegen € 15.000 für annähernd gleichaltrige Geschwister). Die Trauer über einen weiteren Familienangehörigen, der nicht zur Kernfamilie gehört, führt nicht zur Kürzung des Trauerschmerzengeldes wegen des Todes des Getöteten (2 Ob 161/

Seite 1765

12h: Tötung des Vaters durch den Bruder, der beim Unfall ebenfalls ums Leben kam – Zuspruch von € 15.000). Ohne Haushaltsgemeinschaft wird vermutet, dass die Gefühlsbeziehung weniger eng ist, wobei eine Tendenz auszumachen ist, dass die Werte im Laufe der – noch jungen Rspr – **moderat nach oben** weisen. Kommt eine psychische Erkrankung hinzu, fallen die Werte etwas höher aus (2 Ob 135/07b: € 35.000, 17-Jähriger, Tod der Mutter, diese einzige Bezugsperson, am Ende Suizid; 2 Ob 212/04x: € 11.000 für Lebensgefährten, wenn psychische Erkrankung dazu kommt; 2 Ob 99/08k: € 20.000 bei Tod der 12-jährigen Tochter und Nachweis einer Psychotherapie mit 33 Sitzungen).

145 Wie bei § 1327 (dazu Rz 135 f) handelt es sich beim Schockschaden, Fernwirkungsschaden und Trauerschmerzengeld um einen **abgeleiteten Anspruch**. Hätte der nunmehr Getötete im Verletzungsfall keinen Anspruch, steht seinen Hinterbliebenen ebenfalls keiner zu. Das hat zur Folge, dass ein **Mitverschulden** des Getöteten sich **anspruchsmindernd** auswirkt (2 Ob 178/04x: Zechtour, Getöteter konnte erkennen, dass er sich einem alkoholisierten Lenker anvertraute; 2 Ob 219/10k sowie 2 Ob 148/15a [2. Rechtsgang]: Tod einer Zeugin Jehovas nach schwerer Verletzung infolge Verweigerung einer Blutkonserve; vom OGH nunmehr ausgesprochen, dass der rechnerische Schaden bei Tötung geringer ist als bei Verletzung, was aus Gründen des „ **juristischen Gleichgewichts** " im Rahmen des Alternativverhaltens ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit zu beachten ist; abzustellen ist dabei nicht auf diesachliche Kongruenz wie bei der Vorteilsausgleichung, vorzunehmen ist vielmehr eine Vergleichsrechnung im Rahmen des Personenschadens, somit eine Ausklammerung des Sachschadens). Die in der Lit vertretene Gegenansicht, dass der Getötete und der Dritte Nebentäter seien und der Dritte sich beim Nachlass regressieren könne, ist unnötig kompliziert und leuchtet auch in der Sache nicht ein. Was für das Mitverschulden gilt, ist auch auf einen Arbeitsunfall anzuwenden. Die **Haftungsausschlussnorm** des **§ 333ASVG** führt zur Versagung eines Schmerzengeldanspruchs der Angehörigen (2 Ob 82/05f). Trifft den Getöteten jedoch bloß ein **Mitverschulden an seiner Behandlungsbedürftigkeit**, stünde ihm, wenn er überlebt hätte, ein ungekürzter Anspruch gegen den Arzt oder den Krankenhausträger zu, wenn ein Behandlungsfehler vorliegt. Dann ist es aber folgerichtig, dass ein solches Mitverschulden zu keiner Kürzung des Anspruchs bei einem Schockschaden führt (anders noch OGH 4 Ob 36/10p: Unterlassene ärztliche Untersuchung eines fremdsprachigen Patienten und anschließender Tod durch Übernachtung in einer Wohnung wegen Kohlenmonoxidausstoßes des Heizofens; unter ausdrücklichem Abgehen davon nun aber 9 Ob 76/15i: Behandlungsfehler des Notarztes nach Verkehrsunfall, bei dem den Verletzten ein Mitverschulden traf; Anspruch nach § 1327).

145a Bei der abschließenden Regulierung sollte der Haftpflichtversicherer darauf achten, dass er präzise umschreibt, welche Ansprüche erfasst werden und welche ausgeklammert bleiben sollen. Dabei sollte aus Vorsichtsgründen neben dem **Trauerschmerzengeld** auch explizit ein

allfälliger **Schockschaden** angesprochen werden (dazu 2 Ob 143/15s: Nach Regulierung des Trauerschmerzengeldes Verlangen eines zusätzlichen Schockschadens).

146 Erleidet der Ehepartner (in concreto die Ehefrau) infolge der **erektilen Dysfunktion** eine psychische Beeinträchtigung, lehnt der OGH jeglichen Ersatz ab (2 Ob 70/14d). Je nach dem, welchen Stellenwert man der **Sexualität** einräumt, ist das zu billigen oder als bedenklich einzustufen. Für eine Rechtsfortbildung würde mE sprechen, dass es sich nicht um irgendeine Einbuße an Lebensfreude, sondern bei rechtmäßigem Verhalten in der Ehe, die auch Geschlechtsgemeinschaft mit Treuepflicht ist, es sich – anders als beim Schockschaden nach Tötung – um eine dauernde Beeinträchtigung auf einem **ganz zentralen Gebiet des ehelichen Zusammenlebens** handelt.

LexisNexis®

Christian Huber 25.1.2021

ABGB: Taschenkommentar, Schwimann/Neumayr

zu § 1326 ABGB (Huber)

I. ABGB > Zweiter Teil Von dem Sachenrechte > Zweite Abteilung Von den persönlichen Sachenrechten > Dreißigstes Hauptstück Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung · Huber · 5. Aufl März 2020

§ 1326 ABGB
§ 1326. Ist die verletzte Person durch die Misshandlung verunstaltet worden; so muss zumal, wenn sie weiblichen Geschlechtes ist, insofern auf diesen Umstand Rücksicht genommen werden, als ihr besseres Fortkommen dadurch verhindert werden kann.

Fassung JGS 1811/946

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1326 ABGB

Gliederung		Rz
A. Funktion des § 1326		1

A. Funktion des § 1326

1 Der Begriff „Verunstaltungsentschädigung" ist kein Gesetzesbegriff des ABGB; er kommt aber etwa in § 13 Z 5 EKHG vor und ist auch bei § 1326 gebräuchlich. Misshandlung ist ein Synonym für Körperverletzung. Ein **prototypischer Fall** ist die **Entstellung des Gesichts einer Frau** (2 Ob 266/97z), was für diese negative Auswirkungen im **Erwerbsleben** sowie bei der **Suche nach einem Ehemann** hat. Hinzuweisen ist darauf, dass die – mechanische – Erwerbsfähigkeit durch eine Verunstaltung nicht unbedingt beeinträchtigt sein muss: Eine Person, deren Gesicht durch Narben entstellt ist, kann deshalb genauso gut tippen wie mit einem makellosen Äußeren. Ob sie bei der Bewerbung für eine Stelle die gleichen Chancen hat, den Zuschlag zu bekommen, steht auf einem anderen Blatt. § 1326 soll der verunstalteten Person ein **„Trostpflaster" für solche unwägbaren Nachteile** bescheren. Insofern stellt es eine dritte Schicht gegenüber dem positiven Schaden und dem entgangenen Gewinn dar. Die Besonderheit besteht darin, dass der Eintritt eines solchen künftigen Schadens **noch schwerer nachweisbar** ist als der entgangene Gewinn, eine Verunstaltungsentschädigung aber bei jedem Verschulden sowie bei Verwirklichung eines Gefährdungshaftungstatbestands gebührt.

2 Über die Einordnung als **Vermögensschaden** oder **immateriellen Schaden** besteht Uneinigkeit. Die Lit verortet § 1326 im Grenzbereich zwischen materiellem und immateriellem Schaden. Die **Rspr** betont den Charakter als **Vermögensschaden**. Das liegt bei den Nachteilen im – beruflichen – **Erwerbsleben** auf der Hand. Aber auch bei **Vereitelung einer Heiratsaussicht** lässt sich das rational begründen. Die Möglichkeit des Eingehens einer Ehe hat auch ökonomische Sicherungsaspekte. Im Fall der Beeinträchtigung der Erzielung eines Erwerbseinkommens im Beruf oder im Krankheitsfall findet eine – erste – Abfederung durch die bestehende Beistandspflicht (§§ 90 ff) statt. Die Fixkostendegression beim Wohnsitz und der

Haushaltsführung bewirken, dass der Lebensstandard auch des beruflich erwerbstätigen Ehegatten durch Eingehung einer Ehe steigt (folgerichtig daher SZ 32/122: Zuspruch an eine berufstätige Frau; ZVR 1976/19: Ausübung einer eigenen Berufstätigkeit schließt nicht Verbesserung der wirtschaftlichen Lage durch Verehelichung aus).

3 **Manche Argumentationsmuster** weisen aber **Parallelen zum Schmerzengeld** auf. Bei Festsetzung des Umfangs wird unter Bezugnahme auf das Schmerzengeld darauf hingewiesen, dass die Verunstaltungsentschädigung **nicht zu knapp** bemessen werden soll (7 Ob 36/03z; 2 Ob 105/09v: Bei Oberschenkelamputation Verweis auf 8 Ob 52/86; in der älteren E Zuspruch von € 11.000, nun € 20.000; vgl aber auch 3 Ob 283/08a: Bezugnahme auf Vorentscheidungen unter Berücksichtigung **bloß der Geldentwertung** in den letzten 10 Jahren; 2 Ob 105/09v: € 20.000 bei Beinamputation; 2 Ob 218/17y: Zuspruch von € 25.000 bei entstellender Gesichtsverletzung, Hinweis auf Tendenz zu „schrittweise" höheren Entschädigungsbeträgen). Wie beim Schmerzengeld wird betont, dass es nicht darauf ankommt, dass der Geschädigte in der Lage ist, die Verunstaltung als solche zu erkennen (2 Ob 66/92). Zur Vermeidung von Ungleichheiten ist ein **objektiver Maßstab** anzulegen (7 Ob 36/03z; 2 Ob 105/09v). Bei Qualifikation als Vermögensschaden ist das subjektive Empfinden von vornherein irrelevant. Im Rahmen der Unterhaltsbemessung ist sowohl beim Unterhaltspflichtigen als auch Unterhaltsberechtigten der Zufluss einer Verunstaltungsentschädigung wie bei dem von Schmerzengeld auszuklammern (4 Ob 156/18x: Zufluss beim Anspruchsberechtigten). Geht es beim Anspruch nach § 1326 um einen Vermögensschaden, ist das wenig konsequent; aus pragmatischen Gründen ist das zu billigen, weil eine Zurechnung über den gesamten Zeitraum der Einbuße geboten wäre, was zu einer homöopathischen Anrechnung führen würde.

4 Folge des Übergangs vom Patriarchat zum Partnerschaftsprinzip ist die **geschlechtsneutrale Auslegung** des § 1326. Für die Dimension der beruflichen Nachteile kann das gar nicht anders sein. Aber auch bei verminderten Heiratsaussichten wird dem **Mann** ein Anspruch zugestanden (ZVR 1983/38; ZVR 1987/127; 9 Ob 728/00y). Nach Anerkennung einer eingetrage

nen gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft wird § 1326 auch auf **gleichgeschlechtliche Beziehungen** auszudehnen sein.

5 Ist eine Person verunstaltet, hat diese es naturgemäß schwerer, einen Ehepartner zu finden. In der E 2 Ob 266/97z bejahte der OGH die grundsätzliche Ersatzfähigkeit der **Kosten eines Partnervermittlungsinstituts**, lehnte diese aber in concreto ab, weil die Verletzte bereits eine Verunstaltungsentschädigung begehrtund erhalten hatte. In der Lit wird die Ansicht vertreten, dass solche Kosten niemals ersatzfähig seien. ME trifft das Gegenteil zu. Führt die Partnervermittlung **nicht** zum angestrebten Erfolg, ist die Verunstaltungsentschädigung ebenso wenig zu kürzen wie ein Schmerzengeld nach einem vergeblichen Heileingriff. Die **Kosten der Partnerschaftsvermittlung** lassen sich als unfallbedingt entstandene **vermehrte Bedürfnisse** begreifen, die eine Betätigung des Restitutionsinteresses darstellen. Die Verunstaltungsentschädigung zielt demgegenüber auf die Abgeltung des restlichen Kompensationsinteresses. Einer verheirateten, nicht mehr im Erwerbsleben stehenden Person steht ein Feststellungsanspruch zu, wofürinsb spricht, dass die Bestandskraft einer Ehe auch von der äußerlichen Attraktivität des jeweiligen Ehepartners abhängt.

6 Die beiden Ausprägungen, in denen sich Vermögensnachteile infolge einer Verunstaltung manifestieren, sind Nachteile im – beruflichen – **Erwerbsleben** sowie in Bezug auf die Chance einer **Eheschließung**. Mitunter fasst der OGH diese beiden Bereiche unter dem Oberbegriff der „ **Gewinnung einer günstigeren Lebenslage** " zusammen (ZVR 1980/74; 1 Ob 161/00h; 2 Ob 105/09v). Ob es neben den genannten Bereichen eine restliche Sphäre gibt, für die nach § 1326 eine Entschädigung begehrt werden kann, etwa Beeinträchtigungen im geselligen Bereich, einem Vereinsleben etc., ist offen. Ist das zu verneinen, ist die Leistung einer Verunstaltungsentschädigung zu versagen, wenn eine Person verheiratet ist und nicht mehr im Erwerbsleben steht.

7 Von § 1326 erfasst sind die sich durch Verunstaltung ergebenden potentiellen Vermögensnachteile im Rahmen des **Erwerbsschadens**, die praktisch aber **kaum oder sehr schwer zu beweisen** sind (ZVR 1984/236: Maurer, Polier; ZVR 1987/47: Frau, Modebranche). Eine Verunstaltungsentschädigung gebührt nicht nur dann, wenn eine Person im Rahmen ihrer Berufstätigkeit mit einer Vielzahl von Menschen zu tun hat und ihr Erwerbseinkommen von deren Sympathie abhängig ist, was durch die Verunstaltung getrübt sein kann. Zu bedenken ist, dass bei jeder Einstellung einer Person deren Äußeres ein – häufig unausgesprochener – Gesichtspunkt ist, der in jedem Fall bedeutsam ist, mitunter aber auch den Ausschlag für so manche Personalentscheidung gibt (insoweit zu eng 4 Ob 515/93: Beinamputierte Logopädin, Verunstaltungsentschädigung, weil diese unmittelbaren Kontakt zu Menschen hat).

8 Der OGH gewährt auch einem **Kind** einen Anspruch auf Verunstaltungsentschädigung, der mit der Geltendmachung fällig ist und der selbst dann gebührt, wenn nicht feststeht, ob das verletzte Kind das Heirats- und/oder Berufsalter überhaupt erreichen wird (ZVR 1978/292; 1 Ob 2227/96y; 1 Ob 161/00h;stRspr). Begründet wird dies damit, dass es beim Anspruch nach § 1326 um eine **Abgeltung unwägbarer Zukunftsrisiken** geht. Diese Argumentation vermag aber das Ergebnis nicht zu stützen. Der abzugeltende Vermögensschaden kann frühestens eintreten mit dem **heiratsfähigen Alter** bzw dem **potentiellen Eintritt ins Erwerbsleben**. Nicht einmal Gründe der Einfachheit der Regulierung vermögen die sofortige Auszahlung einer Verunstaltungsentschädigung zu tragen, erstreckt sich ein solcher Schaden doch in aller Regel weit in die Zukunft. Vereinbaren die Parteien eine einmalige Kapitalabfindung,wäre mE zu beachten, dass die Verunstaltungsentschädigung dann abzuzinsen ist.

9 Ist eine Person verletzungsunabhängig **endgültig aus dem Berufsleben ausgeschieden**, wird eine diesbezügliche Verunstaltungsentschädigung zu Recht versagt (ZVR 1983/16; OLG Wien ZVR 2009/208: 62-jährige in Pension befindliche Gemüsefrau). Auch einer **Hausfrau** wird eine Verunstaltungsentschädigung versagt, weil bei dieser ein darauf zurückzuführender Erwerbsschaden auszuschließen sei (ZVR 1976/231; ZVR 1977/17). Infolge des Umstands, dass sich im Rahmen einer Erwerbsbiografie heute öfter als früher Änderungen ergeben, ist mE einer Hausfrau, die vor der Verletzung noch keine Altersrente bezogen hat, wie einer verheirateten Person (dazu unten Rz 11) ein Feststellungsanspruch einzuräumen.

Seite 1768

10 Neben den verunstaltungsbedingten Nachteilen im beruflichen Erwerbsleben gebührt der Anspruch nach § 1326 für Nachteile beim Finden eines Ehepartners. Das Bestehen einer **Lebensgemeinschaft** ist dafür ebenso wenig ein Hindernis (OLG Wien ZVR 1996/101; OLG Wien ZVR 2009/208) wie eine bestehende **Verlobung** (ZVR 1978/21; OLG Wien ZVR 1996/101). Das ist schon deshalb zutr, weil einerseits eine Lebensgemeinschaft weniger Sicherheit bietet als eine Ehe und andererseits die Gefahr besteht, dass diese gerade wegen der Verunstaltung zerbricht.

11 Da es sich bei der Verunstaltungsentschädigung um den Anspruch einer **unverheirateten Person** handelt, gibt der OGH einem diesbezüglichen Leistungsbegehren im Rahmen des § 1326 dann statt, wenn die Ehe bei der letzten mündlichen Verhandlung 1. Instanz nicht mehr besteht, mag sie im Unfallzeitpunkt auch noch bestanden haben (ZVR 1997/81; 2 Ob 2076/96z). Auf den Grund der Auflösung der Ehe kommt es nicht an (2 Ob 81/95; OLG Wien ZVR 2001/43). In der Lit wird aber zu Recht darauf hingewiesen, dass es bei der Verunstaltungsentschädigung um die Abgeltung künftiger potentieller Nachteile geht. Da heute viele Ehen geschieden werden, in den Städten noch mehr als auf dem Lande, ist es daher folgerichtig, dass der verunstaltete **Ehepartner** das **mögliche künftige Risiko** durch eine **Feststellungsklage** absichern kann. Sollte die Ehe enden, durch Scheidung oder Tod (zum Zuspruch einer Verunstaltungsentschädigung, wenn bei einem Unfall der Ehemann getötet, die Ehefrau verunstaltet wurde, RZ 1992/32), besteht dann ein Leistungsanspruch. Es bestehen insoweit Parallelen zu § 1327, wonach ein derzeit nicht bestehender, aber in Zukunft möglicher Unterhaltsanspruch durch eine Feststellungsklage gesichert werden kann.

12 Der prototypische Fall einer Verunstaltung istjede **wesentliche nachteilige Veränderung** der **nach außen hin bemerkbaren Erscheinung** (2 Ob 66/92; 4 Ob 2107/96y; 1 Ob 2227/96y;stRspr). Abzustellen sein soll auf die Lebensanschauung (2 Ob 89/99y: Unsachgemäße Nachbehandlung einer Lippentätowierung) sowie einen ästhetischen Maßstab (1 Ob 2227/96y). Nach Kritik an der Rspr durch die Lit hat der OGH auch **nicht äußerlich sichtbare Verunstaltungen** genügen lassen (ZVR 1989/74: Taubheit; ZVR 1989/31: Verlust der Sehfähigkeit; 4 Ob 2107/96y: Starre Kontaktlinse nach Verletzung des Auges; 2 Ob 89/99y: Sprechfehler und intellektuelle Defizite; ZVR 1989/74: Impotenz; OLG Wien ZVR 1993/105: Erektionsstörung; 9 ObA 2153/96z: Störungen der Sexualfunktion). ME ist zu differenzieren, je nachdem, ob es sich um eine Vereitelung der Heiratsaussichten oder Nachteile im Beruf geht. Da sich die Partner im Zuge der Anbahnung einer Ehe näherkommen, wird insoweit eine Entstellung an einer im Alltagsleben bekleideten Stelle eher nachteilig sein als im beruflichen Umfeld (2 Ob 81/95: Operationsnarben am Oberschenkel; vgl auch 2 Ob 163/89: Zu Unrecht keine Berücksichtigung des Ausbleibens der Monatsblutung bei einer 27-jährigen unverheirateten Frau; zutr 2 Ob 67/93: Eine durch Haare verdeckte Narbe am Kopf keine Verunstaltung, es sei denn, sie würde bei intimer Begegnung als störend empfunden). ME zu Unrecht hat der OGH im Fall einer infolge eines ärztlichen Kunstfehlers bewirkten Unfruchtbarkeit einer (jungen) Frau eine Verunstaltungsentschädigung versagt, weil die Unfruchtbarkeit nicht äußerlich sichtbar sei. Das mag ebenso wenig eine Verunstaltung sein wie eine Sehstörung und eine Harninkontinenz, bei der ein Anspruch nach § 1326 bejaht wurde; Wertungsgründe sprechen mE aber für eine analoge Anwendung, weil eine solche Frau vor einer Eheschließung über diese Eigenschaft den potentiellen Partner redlicherweise aufklären muss, was dazu führen kann, dass es dann nicht zur Eheschließung kommt. Manche Defizite wie Impotenz und Erektionsstörung sollten im Beruf – im Regelfall, Ausnahme Pornoschauspieler – gar keine Rolle spielen. Darüber hinaus wird je nach – möglichem – Beruf zu differenzieren sein. Bei einer Empfangsdame wird das äußere Erscheinungsbild bedeutsamer sein als bei einer Putzhilfe.

13 Eine Verunstaltungsentschädigung gebührt, wenn eine **Bagatellschwelle überschritten** ist (das angenommen in 9 Ob 47/17b: Zahlreiche sichtbare Narben am rechten Unterschenkel und eine optisch erkennbare Delle im Bereich der Schienbeinvorderkante; Zuspruch von € 2.000). Zu versagen ist sie bei einer unbedeutenden Narbenbildung (ZVR 1984/345; OLG Linz ZVR 2001/64) oder einer völlig unwesentlichen Veränderung (OLG Innsbruck ZVR 1997/107: Jus-Student, geringfügige Narbe am Finger; OLG Wien ZVR 2012/60: Versteifung des

Seite 1769

Zwischengelenks der linken Großzehe mit der Folge, keine Sandalen und auch keine Schuhe mit hohen Absätzen tragen zu können; OLG Innsbruck ZVR 2012/131: Narbe an der großen Zehe, Beeinträchtigung beim Barfußgehen). Nicht zu verlangen ist ein **abstoßendes, abscheuerregendes oder mitleiderweckendes Aussehen** (ZVR 1984/345; ZVR 1987/70; 4 Ob 515/93). Ist die Verunstaltung nur nackt oder in Badekleidung sichtbar, ist sie bei Gefährdung der Heiratsaussichten beachtlich (ZVR 1987/127), nicht aber beim beruflichen Fortkommen (ZVR 1984/21).

14 Keine Voraussetzung für die Zubilligung einer Verunstaltungsentschädigung ist das Vorliegen eines **Dauerschadens** (ZVR 1976/269; ZVR 1978/21). Allerdings muss das Fortkommen während der Phase der gegebenen Verunstaltung beeinträchtigt sein (ZVR 1963/237), wobei auch insoweit die **Gefährdung** genügen muss (SZ 36/37: Heiratsaussichten einer 24-Jährigen, die 2 Jahre entstellt war). Einerseits wird sich der Umstand der bloß temporären Entstellung im Rahmen der Bemessung dämpfend auswirken, andererseits ist zu bedenken, dass sowohl bei der Suche nach einem Ehepartner als auch im beruflichen Erwerbsleben **bestimmten Phasen besondere Bedeutung** zukommt. Defizite in diesen pflanzen sich mitunter weit in die Zukunft fort.

15 Abzustellen ist auf die **Verhältnisse zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz** (2 Ob 81/95; 2 Ob 2076/96z; OLG Wien ZVR 2001/43). Bedeutsam ist dasinsb in Bezug auf den **Status als verheiratet oder nicht verheiratet**. Insoweit mag ein nicht verheirateter Geschädigter mit einer geplanten Eheschließung bis nach diesem Zeitpunkt zuwarten, um sich

nicht um die Verunstaltungsentschädigung zu bringen oder bei zusätzlicher Berechtigung eines Zuspruchs wegen beruflicher Beeinträchtigung eine Kürzung hinnehmen zu müssen.

16 Ausreichend ist ein **geringer Grad der Wahrscheinlichkeit** (2 Ob 2076/96z; 2 Ob 113/01h; 2 Ob 105/09v; 2 Ob 105/09v). Nicht ausreichend ist eine **bloß abstrakte oder theoretische Möglichkeit** (2 Ob 290/05v). Der Schaden darf **nicht praktisch ausgeschlossen** sein (2 Ob 111/04v; 2 Ob 290/05v). Auch diesbezüglichwird zwischen der Vereitelung einer Heiratsaussicht und einem möglichen Nachteil im Beruf zu unterscheiden sein. Der Beweis verminderter Heiratsaussicht wird kaum zu führen sein, weshalb insoweit die Möglichkeit als solche genügen muss. Im beruflichen Kontext ist darauf abzustellen, ob ein verunstaltungsbedingter Nachteil einigermaßen plausibel ist. Auch das sollte man nicht leichtfertig verneinen, lassen sich doch die Unsicherheiten der Zukunft kaum verlässlich abschätzen, was umso mehr gilt, je jünger ein Verletzter ist. Jedenfalls geht es um einen ganz anderen Maßstab als den bei der abstrakten Rente. Verlangt die Rspr bei dieser einen nach dem gewöhnlichen Lauf voraussichtlichen Nachteil, genügt bei der Verunstaltungsentschädigung, dass ein solcher durchaus in Betracht kommen könnte (1 Ob 161/00h).

17 Entsprechend **geringe Anforderungen** werden an **Behauptungs- und Beweislast** gestellt (ZVR 1982/115; 2 Ob 2076/96z),insb wenn sich der mögliche Nachteil „nach der Lebenserfahrung von selbst ergibt" (ZVR 1982/114). Ansonsten genügt die bloße Behauptung einer Verunstaltung freilich nicht (ZVR 1990/88; 8 Ob 300/00a). Das Vorbringen muss erkennen lassen, **worin die Möglichkeit der Behinderung** liegt (2 Ob 2076/96z; OLG Wien ZVR 1995/156). Schon um dem Gericht eine umfassende Bemessung zu ermöglichen, sollte der klägerische Anwalt wenigstens angeben, ob die Verunstaltung die **Heiratsaussichten** und/oder das **berufliche Fortkommen** gefährdet.

18 Das **Ausmaß der Verunstaltungsentschädigung** ist abhängig von der **Schwere der Verletzung** sowie der **Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines künftigen verunstaltungsbedingten Schadens** (1 Ob 2227/96y; 1 Ob 161/00h; OLG Wien ZVR 1995/156: Geringe Wahrscheinlichkeit). Bei Erblindung wurden € 15.000 für angemessen angesehen (3 Ob 128/11m), bei einer Beinamputation € 20.000 (2 Ob 105/09v), bei einer Versteifung des Zwischengelenks der Großzehe sowie Narbe über dem linken Auge € 2.000 (OLG Wien ZVR 2012/60). Mitunter erfolgt eine zu starre Anlehnung an den Schweregrad der Verletzung. So hat etwa das OLG Graz (ZVR 2008/191) einem seit dem 13. Lebensjahr aufgrund eines Unfalls querschnittgelähmten Verletzten nach einer infolge eines ärztlichen Kunstfehlers mit 39 Jahren erfolgten Unterschenkelamputation € 15.000 Verunstaltungsentschädigung zugebilligt. Das erscheint deshalb zu hoch,

Seite 1770

weil es nicht darauf ankommen kann, ob ein oder mehrere Schädiger verantwortlich sind. Die zusätzliche Unterschenkelamputation würdebei **einem** Schädiger wohl kaum dazu führen, dass die Verunstaltungsentschädigung gegenüber einer Querschnittlähmung um € 15.000 angehoben würde, liegt doch der Höchstzuspruch bei einer Verunstaltungsentschädigung derzeit bei € 30.000 (7 Ob 36/03z: 8-jähriges Mädchen, Amputation beider Arme; 2 Ob 104/06t: 20-jähriger Mann, schwerste Verletzungen, Schmerzengeld € 180.000). Dieser Höchstzuspruch wird dann als Referenzgröße benutzt (so in 2 Ob 105/09v: Beinamputation einer 14-Jährigen). Der OGH (2 Ob 218/17y: Bei 23-jähriger Asymmetrie des Gesichts, Glasauge, Sattelnase sowie verbliebene Narben deutlich für jedermann sichtbar, Verlassen durch die Lebensgefährtin, Zuspruch von € 25.000) betont zu Recht das Gebot der Aufwertung nach dem Verbraucherpreisindex sowie die Tendenz, schrittweise höhere Entschädigungsbeträge zuzusprechen; zu Recht verweist er auch darauf, dass es auf die jeweilige Verletzung ankomme (Querschnittlähmung oder Gesichtsverletzung) und Vergleichswerte von Entscheidungen von Beginn der 80-er Jahre sind – namentlich ohne Aufwertung – „allesamt ungeeignet".

19 Bedeutsam ist darüber hinaus, ob sich die Verunstaltung lediglich auf die **Heiratschance** auswirkt oder auch auf den **Beruf** (1 Ob 161/00h). Es erfolgt indes **keine gesonderte Ausmessung für diese beiden Bereiche** (SZ 41/92; ZVR 1976/270), was mE wünschenswert, wegen der Rechtsfolgen im Sozialversicherungs- und Steuerrecht sogar gebotenwäre (dazu unten

Rz 23). Das OLG Wien (ZVR 2009/208) hat bei einer 62-jährigen nicht mehr im Erwerbsleben stehenden Gemüsefrau die Verunstaltungsentschädigung unter Hinweis darauf mit € 9.000 begrenzt, dass die Verletzte sich schon im **fortgeschrittenen Alter** befinde. Für Nachteile im Berufsleben sollte das ganz selbstverständlich sein, weil der potentielle Schaden umso geringer ist, je geringer die Zeitdauer einer Person zur Altersversorgung ist. Das gilt aber in entsprechender Weise auch für eine vereitelte Eheschließungschance, weil der Zeitraum der unterbliebenen Versorgung ebenfalls abhängig ist von der restlichen Lebenserwartung.

20 Die Verunstaltungsentschädigung ist in einem **Kapitalbetrag** zuzusprechen (ZVR 1976/270; ZVR 1984/303; ZVR 1986/77). Vereinzelt wurde früher auch einmal eine Rente zuerkannt (zuletzt SZ 40/125). Wie beim Schmerzengeld gebührt ein Nachschlag, wenn sich herausstellt, dass unvorhersehbare Verletzungsfolgen auftreten. Auch dann ist freilich zu beachten, dass der zuerkannte Betrag nicht über den hinausgeht, der bei einmaliger Ausmessung geschuldetwäre (ZVR 1981/41).

21 Bei **Erwerbsunfähigkeit** steht dem Geschädigten eine Verunstaltungsentschädigung bloß für die vereitelte Heiratschance zu, weil in solchen Fällen der Erwerbsschaden einerseits gewiss ist und andererseits ohnehin vollständig abgegolten wird (ZVR 1986/77; 4 Ob 515/93; 1 Ob 161/00h). Die Lit befürwortet das mit dem Hinweis, dass zwar derErwerbsschaden sich dann konkret berechnen lasse, nicht aber der Vermögensschaden wegen Entgangs der Heiratschance. Das ist zutr. § 1326 will im Rahmen des Erwerbsschadens die unwägbaren Nachteile abgelten, die aufgrund der Verunstaltung bestehen, wofür auch ein herabgesetztes Beweismaß gilt. Bei mancher erwerbswirtschaftlichen Betätigung wird sich die Auswirkung einer Verunstaltung auf das Erwerbseinkommen einigermaßen präzise beziffern lassen, so etwa bei einem Schauspieler, einem Fotomodell oder einer Prostituierten. Bei vielen anderen Erwerbstätigkeiten ist das weniger auf der Hand liegend, weshalb bei einer **bloßen Beeinträchtigung** der Erwerbsfähigkeit eine Verunstaltungsentschädigung auch einem verheirateten Verletzten gebührt (ZVR 1978/176; 2 Ob 290/05v).

22 Da es sich bei § 1326 um einen **Vermögensschaden** handelt, besteht neben der Verunstaltungsentschädigung ein Anspruch auf **Schmerzengeld** gem § 1325 (ZVR 1977/133). Die seelischen Beeinträchtigungen der verletzten Person, dass sie mit der Verunstaltung leben muss, sind im Rahmen des Schmerzengeldes abzugelten (4 Ob 515/93). Der ideelle Schaden ist meist auch dann gegeben, wenn die Verunstaltung zu keiner Abgeltung nach § 1326 führt, weil die verletzte Person einerseits verheiratet ist und andererseits nicht mehr im Erwerbsleben steht. Die Besonderheit des Schmerzensgeldes, dass ein Mitverschulden wegen unterlassener Verwendung des Sicherheitsgurtes oder Tragen von Motorradschutzkleidung nach § 106

Seite 1771

Abs 2 und 7 KFG zu kürzen ist, gilt für die Verunstaltungsentschädigung nach § 1326 nicht, weil es sich um einen Vermögensschaden handelt (2 Ob 44/17k).

23 Die **sachliche Kongruenz von Lohnersatzleistungen im Sozialversicherungsrecht** gegenüber der Verunstaltungsentschädigung wird verneint. Jedenfalls in Bezug auf den Teil, der auf die Abgeltung **berufsbedingter Nachteile** gerichtet ist; mE ist kein Argument ersichtlich, warum das so sein soll. In der Lit wird die Ansicht vertreten, dass die Verunstaltungsentschädigung nur dann der **ESt** unterliegen soll, wenn sie in **Rentenform** ausbezahlt wird. In Bezug auf die Abgeltung berufsbedingter Nachteile gibt es dafür mE keine sachlichen Gründe. Der bisher unterbliebene Zugriff des Fiskus ist wohl darauf zurückzuführen, dass die Rspr die Abgeltung der Nachteile für eine vereitelte Heirat und solche im Beruf in einem Pauschalbetrag auswirft. Eine solche Vernebelung bewirkt einen größtmöglichen richterlichen Freiraum; eine solche Bemessungspraxis soll aber nicht dazu führen, die Abführung geschuldeter ESt, die nach dem Nettoprinzip zusätzlich vom Schädiger zu tragen wäre, zu vereiteln.

zu § 1327 ABGB (Huber)

§ 1327 ABGB
§ 1327. Erfolgt aus einer körperlichen 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.

FassungRGBl 1916/69

Zum aktuellen Rechtsstand von § 1327 ABGB

Gliederung		Rz
A. Sonderstellung des § 1327		1
B. Ersatz der durch den Tod verursachten Kosten		15
C. Ehegatte		20
D. Kind		41
E. Sachliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen		46
F. Steuerrecht		47
G. Geburt eines unerwünschten Kindes		48

A. Sonderstellung des § 1327

1 Bei Verletzung absolut geschützterRechtsgüter hat grds nur **der in seinen Rechten unmittelbar Beeinträchtigte** einen Schadenersatzanspruch. § 1327 durchbricht diese Regel insofern, als er die Kosten des Todesfalls denen zuspricht, die diese tragen, sowie den gesetzlichen Unterhaltsberechtigten einen **Ausschnitt aus dem Erwerbsschaden** des Getöteten zubilligt. Der Erwerbsschaden kann in der Erzielung von Geldeinkommen bzw sonstiger vermögenswerter Vorteile liegen oder in der Haushaltsführung im engeren und weiteren Sinn (dazu unten Rz 21 ff sowie § 1325 Rz 53 ff). Insofern ist eine **Sonderregel zugunsten bloß mittelbar Geschädigter** gegeben (2 Ob 22/97t; 2 Ob 157/00b ; 2 Ob 156/02h). Keine Rolle spielt hingegen, ob der Ersatzanspruch auf **Delikt oder Vertragsverletzung** gestützt wird, was namentlich bei der Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen bedeutsam ist.

2 Anspruchsberechtigt sind die **gesetzlichen Unterhaltsgläubiger** im Ausmaß des entzogenen Unterhalts, also die Ehegatten untereinander (§ 94), ein Kind gegenüber den Eltern (§ 140), ein Kind gegenüber den Großeltern (§ 141), was jeweils auch für das nicht eheliche Kind (§ 166 S 2) und das Adoptivkind (§§ 182 f) gilt, sowie die Eltern bzw Großeltern gegenüber dem Kind (§ 143) sowie gleichgeschlechtliche Partner gem § 12 EPG. Maßgeblich ist, ob im Zeitpunkt der

Verletzung eine solche potentielle Unterhaltsbeziehung bestand. Die Folge ist, dass ein zum Verletzungszeitpunkt gezeugter Nasciturus anspruchsberechtigt ist, nicht aber danach gezeugte Kinder sowie ein Ehepartner aus einer nach dem Verletzungszeitpunkt geschlossenen Ehe (5 Ob 41/17s: So bezüglich Ehepartner und danach gezeugtem Kind unter überzeugendem Hinweis auf den Gleichlauf mit § 12 Abs 2 EKHG). Bei einer Unterhaltspflicht von Ausländern ist diese nach deren Personalstatut zu ermitteln (4 Ob 36/10p; 2 Ob 37/15b:

Seite 1772

Schadenersatzanspruch nach deutschem Recht, Unterhaltspflicht nach österreichischem Recht zu beurteilen). Ein **bloß vertraglich begründeter Unterhaltsanspruch** führt bei Tötung des Unterhaltsschuldners zu keinem Ersatzanspruch nach § 1327 (2 Ob 12/91; 2 Ob 55/97w). Nicht ersatzfähig ist der Entwertungsschaden der Erbschaft (OLG Wien 11 R 220/10v: Einstellung von Ersatzarbeitskräften in der Landwirtschaft, Aufgabe der Lammfleischproduktion). Entsprechendes gilt für den Vermögensnachteil, dass das vom Getöteten betriebene Unternehmen zur Unzeit verkauft werden muss.

3 Es handelt sich um einen **Schadenersatzanspruch**, **nicht** um einen **Unterhaltsanspruch** (1 Ob 155/97v; 2 Ob 175/00z; 2 Ob 41/08f;stRspr). Auswirkungen hat das im Exekutionsrecht (§ 291b EO) sowie Insolvenzrecht (§ 51 Abs 1 IO). Die für Unterhaltsansprüche bestehenden Privilegierungen sowie der Umstand, dass Unterhaltsansprüche jeweils neu entstehen, gelten nicht; bei § 1327 handelt es sich um einen Schadenersatzanspruch, der im Insolvenzverfahren mit seinem Barwert – für alle Zukunft – zu berücksichtigen ist (3 Ob 70/17s). Weiters folgt daraus, dass etwa bei einem Verkehrsunfall, bei dem den Getöteten ein Mitverschulden trifft und der Getötete für einen dem Schädiger zugefügten Schaden einstandspflichtig ist, der Schädiger mit seinem Schadenersatzanspruch nicht gegen die Forderungen der Unterhaltsersatzgläubiger **aufrechnen** kann (SZ 36/133). Eine Aufrechnung ist nur gegenüber den **Erben** möglich, die mit den gesetzlichen Unterhaltsersatzgläubigern aber nicht – vollkommen – ident sein müssen. Da es sich um keinen Unterhaltsanspruch handelt, kommt es auf die **Leistungsfähigkeit des Schädigers nicht** an. Alle Umstände, die bei Bemessung des Erwerbsschadens des Getöteten eine Rolle gespielt hätten,wäre er am Leben geblieben, sind auch beim Anspruch nach § 1327 beachtlich, nämlich die Versagung des Anspruchs bei Vorliegen eines **Arbeitsunfalls** nach § 333ASVG (2 Ob 282/05g: Todesfallskosten), die Kürzung wegen **Mitverschuldens** (2 Ob 38/95; 2 Ob 219/10k sowie 2 Ob 148/15a [2. Rechtsgang]: Tod einer Zeugin Jehovas nach schwerer Verletzung infolge Verweigerung einer Blutkonserve; vom OGH nunmehr ausgesprochen, dass der rechnerische Schaden bei Tötung geringer ist als bei Verletzung, was aus Gründen des „juristischen Gleichgewichts" im Rahmen des Alternativverhaltens ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit zu beachten ist; abzustellen ist dabei nicht auf die sachliche Kongruenz wie bei der Vorteilsausgleichung, vorzunehmen ist vielmehr eine Vergleichsrechnung im Rahmen des Personenschadens, somit eine Ausklammerung des Sachschadens), Besonderheiten des **DHG** (ÖJZ 1975/104) sowie die Unbeachtlichkeit eines Verstoßes gegen die **Gurtenanlegepflicht** (nunmehr § 106 Abs 2 KFG) im Rahmen des Vermögensschadens (2 Ob 150/08k). Trifft den Getöteten jedoch bloß ein **Mitverschulden an seiner Behandlungsbedürftigkeit**, stünde ihm, wenn er überlebt hätte, ein ungekürzter Anspruch gegen den Arzt oder den Krankenhausträger zu, wenn ein Behandlungsfehler vorliegt. Dann ist es folgerichtig, dass ein **solches Mitverschulden** zu keiner Kürzung des Anspruchs nach § 1327 führt (anders noch OGH 4 Ob 36/10p: Unterlassene ärztliche Untersuchung eines fremdsprachigen Patienten und anschließender Tod durch Übernachtung in einer Wohnung wegen Kohlenmonoxidausstoßes des Heizofens; unter ausdrücklichem Abgehen davon nun aber 9 Ob 76/15i: Behandlungsfehler des Notarztes nach Verkehrsunfall, bei dem den Verletzten ein Mitverschulden traf).

4 Umstr ist das **Verhältnis zwischen § 1327 und § 12 EKHG** . Vertreten wird, dass das EKHG als Gefährdungshaftung bloß **Mindestansprüche** gewähre, während das ABGB wegen des stärkeren Zurechnungsgrundes des Verschuldens weiter gehende Ansprüche zubillige. Es findet sich aber auch die Gegenposition, dass, von der betraglichen Haftungsbeschränkung abgesehen, **keine Unterschiede zwischen EKHG und ABGB** bestehen; wegen der höheren Detailliertheit des EKHG und dem Umstand, dass es sich um das modernere Gesetz handle, seien dessen Anordnungen bei der Auslegung des § 1327 ergänzend zu berücksichtigen. Diese Ansicht ist mE

überzeugender. Bisher nicht abschließend geklärt ist, inwieweit auf **konkrete Zahlungsströme** abzustellen ist (so 2 Ob 94/13g: Getöteter Vater hat Wohnung und Auto finanziert) oder eine **normative Korrektur** vorzunehmen ist, wie die Tragung der Lasten unter Berücksichtigung auf Partnerschaftsprinzip und Leistungsfähigkeit zu erfolgen hatte; namentlich in den Fällen, in denen die Eltern nicht verheiratet waren, macht das einen Unterschied. ME sprechen die besseren Gründe für eine **normative Korrektur**, ganz abgesehen davon,

dass mitunter kaum beweisbar sein wird, wer – kontinuierlich – welche Zahlungen geleistet hat bzw hätte.

5 Bezüglich des **Ausmaßes des geschuldeten Unterhalts** verfährt der OGH indes gegenteilig. Während nach **§ 12 Abs 2 EKHG** nur der **gesetzlich geschuldete Unterhalt** ersatzfähig ist (2 Ob 281/02s: Abweisung des Regresses des Sozialversicherungsträgers wegen hohen Eigeneinkommens der Witwe, wobei die Fixkosten nicht berücksichtigt wurden; 2 Ob 119/09b: Nicht eheliches Kind), ist nach **§ 1327** der **tatsächliche Unterhalt** ersatzfähig, wenn er nur „einigermaßen mit der gesetzlichen Unterhaltspflicht ins Verhältnis gesetzt und gerechtfertigt werden" kann (2 Ob 57/92; 2 Ob 157/00b ; abgelehnt in 2 Ob 62/12z: Unterhaltsersatzanspruch der Mutter bei Tötung des Sohnes, wenn Mutter selbsterhaltungsfähig und deren Einkommen von knapp € 2.000 40 % des gemeinsamen Einkommens ausmacht; 2 Ob 145/14h: Ausdehnung nach Maßgabe der Unterschiede von EKHG und ABGB beim Kindesunterhalt). Auch ein reichlich bemessener Unterhalt (2 Ob 157/00b) bzw freiwillige über den gesetzlichen Unterhalt hinausgehende Leistungen (2 Ob 41/08f; 2 Ob 119/09b) sind ersatzfähig, sofern sie **nicht auffallend über das gesetzliche Ausmaß hinausgehen** (2 Ob 33/91) und es sich um Leistungen mit Unterhaltscharakter handelt (2 Ob 99/06g; 2 Ob 11/06s). Bei überdurchschnittlichen Verhältnissen ist eine „Luxusgrenze" zu beachten (7 Ob 62/18w: Der Entscheidung ist zu entnehmen, dass es eine solche gibt, aber nicht ab welcher Größenordnung eine solche beachtlich sein könnte; mE ist für wohlhabende Menschen der Geldbetrag relativ hoch, den sie als [angemessenen] Unterhalt betrachten). Ob der Unterhalt in diesem Ausmaß gerichtlich durchsetzbar wäre, ist ohne Bedeutung.

6 Der **Unterschied** zwischen dem gesetzlichen Unterhalt iSd § 12 Abs 2 EKHG und dem nach § 1327 dürfte mE **in der Praxis viel geringer** sein, als es die **Leitsätze vermuten** lassen. Auch im Rahmen des gesetzlichen Unterhalts ist die **jeweilige Gestaltung der Ehepartner maßgeblich**, also wer in welchem Ausmaß einer beruflichen Erwerbsarbeit nachgeht und wer sich um Haushalt und Kinder kümmert (2 Ob 37/15b: Ehefrau kümmerte sich auch um ihre Mutter, [getöteter] berufstätiger Ehemann übernahm Teil der Haushaltstätigkeit, diese ersatzfähig; hätte sich der Ehemann um die Pflege der Schwiegermutter gekümmert, wären diese Tätigkeiten mE indes nicht ersatzfähig). Zu berücksichtigen wird dabei auch die jeweilige – auch physische – Leistungsfähigkeit von Unterhaltsgläubiger und Unterhaltschuldner sein. Jedenfalls ist Maßstab des Ersatzes bei Tötung des Unterhaltsschuldners nicht die **Lage einer zerrütteten Familie**, wie sie bei Unterhaltsprozessen gegeben ist; sonst würde man nicht vor Gericht um das Ausmaß des Unterhalts prozessieren. Gegenüber einem klagenden Unterhaltsgläubiger räumt die Rechtsordnung dem Unterhaltsschuldner in einem Unterhaltsprozess einen gewissen **Selbstbehalt** ein; mit einem Unterhaltsgläubiger in einer **intakten Familie** würde der Unterhaltsschuldner indes das letzte Stück Brot teilen.

7 Hat der Unterhaltsschuldner in der Vergangenheit **weniger als den gesetzlichen Unterhalt** geleistet, kann der Unterhaltsgläubiger **mindestens den gesetzlichen Unterhalt** fordern, weil ihm aufgrund der Tötung des Unterhaltsschuldners die Möglichkeit genommen wurde, das zu tun (2 Ob 22/97t; 2 Ob 243/99w; 2 Ob 119/09b). Nach Ansicht des OGH kann nach § 1327 der **Unterhaltsrückstand** nicht vom Schädiger verlangt werden (SZ 34/1; ZVR 1965/226). In der Lit wird das für den Fall bestritten, dass gerade durch die Tötung die Uneinbringlichkeit bewirkt wird. Rein faktisch spricht dafür der erste Anschein, weil niemand auf Dauer ein so geringes Erwerbseinkommen erzielt, dass er nicht einmal seine Unterhaltsschulden begleichen kann. Zu bedenken ist, dass diese wiederum von der jeweiligen Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners abhängig sind.

8 Wird der gesetzliche Unterhaltsschuldner getötet, kommt es häufig dazu, dass ein **subsidiär Unterhaltspflichtiger** leistungspflichtig wird. Darauf kann sich der Schädiger aber gerade nicht berufen. Es handelt sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass der Schädiger näher daran ist, was auch in § 14 Abs 4 EKHG ausdrücklich festgeschrieben ist (ZVR 1978/16; ZVR 1978/118; 2 Ob 38/95). Folgerichtig ist es daher, dass sich der Schädiger nicht darauf berufen kann, dass der Unterhaltsgläubiger **Ansprüche gegen die Erbschaft** stellen kann (so zu Recht im Verhältnis der Ehegatten gem § 796 SZ 38/186; 2 Ob 38/95; ggt mE zu Unrecht ge

genüber einem Kind nach § 142 SZ 48/32; 2 Ob 38/95: Differenzierung danach, ob der Erbe einen Nachteil hat). Der **Stamm der Erbschaft** führt zu keinem anrechnungspflichtigen Vorteil (2 Ob 106/98x; 2 Ob 148/01f; 2 Ob 130/17g: Hälfteanteil des bewohnten Einfamilienhauses), und zwar auch dann nicht, wenn der Unterhaltsgläubiger diese nach dem gewöhnlichen Lauf nicht erlangt hätte (2 Ob 106/98x). Einnahmen aus der Erbschaft sind gemäß der **Quellentheorie** nur anzurechnen, wenn sie auch bisher für den Unterhalt der Familie verwendet worden sind und weiter dafür verwendet worden wären (ZVR 1977/112; 2 Ob 57/10m; 2 Ob 130/17g). Zumeist wird es aber mE so sein, dass der **Unterhalt aus dem Erwerbseinkommen** bestritten wird und nicht aus den Einkünften eines Vermögens.

9 Eine **Summenversicherung**, insb eine Lebensversicherung, ist wie eine Erbschaft zu behandeln. Es erfolgt **keine Anrechnung**. Der OGH hat auch die Anrechnung einer den gesetzlichen Unterhaltsgläubigern, die gleichzeitig gesetzliche Erben sind, nach § 23 Abs 6 AngG zustehenden **Abfertigung** verneint (ZVR 1980/323). **Kongruente Sozialversicherungsrenten** sind indes anrechnungspflichtig (2 Ob 77/94); insoweit kommt es zu einem **Regress des Sozialversicherungsträgers** (Näheres dazu unten Rz 46).

10 Für Unterhaltsersatzansprüche kann der jeweilige Unterhaltsgläubiger eine **Rente** verlangen. **Nur ausnahmsweise** gebührt ein **Kapitalbetrag**, so bei Verlust einer Dienstwohnung die Aufwendungen für deren Beschaffung sowie den Umzug (unten Rz 27), bei Vereitelung der Arbeitsleistungen für Errichtung eines Eigenheimes (unten Rz 46) oder der dem Kind gebührenden Ausstattung nach § 1220 (unten Rz 44). Bei mehreren Unterhaltsersatzgläubigern, typischerweise dem Ehegatten und den Kindern, hat **jeder Anspruch ein eigenes Schicksal** (EF 46.114; 2 Ob 33/92). Die **Fixkosten** sind auf die einzelnen Unterhaltsgläubiger – iZw nach Köpfen – aufzuteilen. Bedeutsam ist das einerseits wegen der **sachlichen Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen** (ZVR 1990/86; 2 Ob 361/99y; OLG Wien ZVR 1995/157); andererseits wegen der Anrechnung der **Unterhaltsersparnis**, die sich nur beim Ehegatten, nicht aber bei einem Kind auswirkt. War beim beruflich erwerbstätigen Ehegatten die Unterhaltsersparnis sehr hoch, der auf ihn entfallende Haushaltsbeitrag aber sehr gering, entfällt womöglich ein Unterhaltsersatzanspruch zur Gänze. Ökonomisch betrachtet hat der **Haushaltsführer** dann für diesen **mehr gekostet**, als er an Gegenleistung erbracht hat. Dies wird allerdings selten so sein. Beim Unterhaltsersatzanspruch eines Kindes stellt sich diese Konstellation von vornherein nicht. Die Kosten für die Betreuung des Kindes im Kindergarten nach Tötung der Mutter sind Teil des Anspruchs des Kindes (SZ 57/61; 2 Ob 361/99y). Es geht insoweit um die Schaffung einer Ersatzlage.

11 Zwischen den Ansprüchen des Ehepartners und der Kinder besteht **Teilgläubigerschaft**, keine Gesamtgläubigerschaft (2 Ob 158/11s; 2 Ob 94/13g). In der Praxis dürfte häufig sowohl von den Unterhaltsersatzgläubigern als auch den Sozialversicherungsträgern übersehen werden, dass die einzelnen **Unterhaltsersatzansprüche** zwar jeweils ein eigenes Schicksal haben, aber doch **wechselseitig miteinander verknüpft** sind. Diefixen Kosten, seien es solche beim Geld- oder Dienstleistungsunterhalt, werden auf die einzelnen Unterhaltsersatzgläubiger – iZw nach Köpfen – aufgeteilt. Das muss aber zur Folge haben, dass bei **Erlöschen der Unterhaltspflicht** gegenüber einem Unterhaltsersatzgläubiger, etwa der Selbsterhaltungsfähigkeit eines Kindes oder Wiederverheiratung des Ehegatten, eine **Neuzuweisung der Fixkosten** an die verbliebenen Unterhaltsersatzgläubiger zu erfolgen hat. Denn es ist das Wesen fixer Kosten, dass diese nicht von der Anzahl der Unterhaltsersatzgläubiger abhängig sind, was nicht nur bei Tötung des Unterhaltsschuldners gilt, sondern auch bei Reduzierung des Haushalts um eine Person aus sonstigen Gründen.

12 Einigkeit besteht im Grundsatz, dass **künftige Änderungen bei der Festsetzung der Rente nach Möglichkeit zu berücksichtigen** sind (ZVR 1973/160: Zukünftige Einkommenserhöhungen; 2 Ob 94/13g). Die Rspr verlangt dafür freilich, dass zum Ende der mündlichen Verhandlung **greifbare Anknüpfungstatsachen** vorhanden sind (ZVR 1989/76: Annuitätendarlehen einer Wohnung mit absehbarer Laufzeit – verneint aber in 2 Ob 145/14h: Nicht zu berücksichtigen die in einigen Jahren endende Tilgung von Krediten; 8 Ob 51/86: Konkrete Absicht, dem Ehegatten den Haushalt zu übertragen; 2 Ob 99/06g: Mit Pensionierung des

Seite 1775

Ehemanns Ausweitung der bisherigen hälftigen Berufstätigkeit der Frau; 2 Ob 22/95 : Konkrete Absicht, dass Frau ohne Tod des Mannes ihren Beruf aufgegeben hätte, wenn der Mann ein Nettoeinkommen in bestimmter Größenordnung erzielt; 2 Ob 3/08t: Bevorstehende Übernahme der Betreuung des Kindes nach Pensionierung). Bei **Prognosen** über einen längeren Zeitraum ist die **Rspr zurückhaltend** und verweist die Parteien darauf, die sich aus unvorhersehbaren Änderungen ergebenden Anpassungen in einem gesonderten Rechtsstreit geltend zu machen (1 Ob 155/97v; 6 Ob 203/00x: Pensionseintritt; 2 Ob 145/14h: Nicht unvertretbar, dass keine Altersstaffel beim Kindesunterhalt, keine Begrenzung des Betreuungsunterhalts mit dem 18. Lebensjahr sowie keine Begrenzung mit Kredittilgung für Wohnversorgung). Ein Feststellungsurteil ist dafür nicht erforderlich (2 Ob 150/08k).

13 Wie beim Erwerbsschaden und einer Rente wegen Pflegeleistungen (dazu § 1325 Rz 8 ff) trägt eine **indexgebundene (dynamische) Rente** am ehesten dem Ausgleichsgedanken Rechnung. Die frühere Verweisung, bei Änderung des allgemeinen Preis- und Lohngefüges unter Bezugnahme auf die clausula rebus sic stantibus eine Anpassung verlangen zu können (EF 36.213; 2 Ob 228/04z), ist seit der **Möglichkeit der Schaffung eines indexgebundenen Exekutionstitels gem § 8 Abs 2 EO** obsolet. Zwar wird eine rückwirkende Aufwertung zugelassen, wenn dem Schädiger das Aufwertungsbegehren außergerichtlich zur Kenntnis gebracht worden ist (SZ 36/132). Namentlich der Gläubiger steht aber vor dem Dilemma, dass er nur bei **wesentlicher Änderung** Anpassung verlangen kann und **die bis dahin akkumulierten Nachteile zu seinen Lasten** gehen; zudem ist die 3-jährige Verjährung des § 1480 zu beachten. Bei Zuspruch einer Rente durch ein Gerichtsurteil wie bei einer außergerichtlichen Einigung ist zudem penibel darauf zu achten, von welchen Annahmen die Rente ausgeht, mit anderen Worten, welche künftige Entwicklung in diese schon „eingepreist" ist bzw bei **welchen Änderungen** eine **Anpassung** begehrt werden kann. Für eine Anpassung bei unvorhersehbarer Änderung ist kein Feststellungsurteil erforderlich (1 Ob 155/97v).

14 Die Unterhaltsersatzrente ist mit dem **Ende der Unterhaltsverpflichtung des getöteten Unterhaltsschuldners zu befristen**. Ansatzpunkt ist dessen **hypothetische Lebenserwartung**. Je älter er im Tötungszeitpunkt war und je aktuellere Sterbetafeln herangezogen werden, umso höher fällt sie aus. Bei einem Kind ist der Unterhaltsersatzanspruch zudem mit dessen **Selbsterhaltungsfähigkeit** begrenzt. Eine zeitliche Begrenzung ist entbehrlich, wenn davon auszugehen ist, dass der Unterhaltspflichtige den Unterhaltsberechtigten jedenfalls überlebt hätte (ZVR 1979/43). Bei gleicher Lebenserwartung erfolgt kein Zuspruch auf Lebenszeit (SZ 45/73). Die Probleme der Begrenzung der Rente bei Selbständigen (§ 1325 Rz 65) und beim Haushaltsführer (§ 1325 Rz 87 ff) kehren bei § 1327 wieder; und wenn nicht bei erstmaliger Festsetzung, dann jedenfalls im Zuge eines Anpassungsprozesses (6 Ob 203/00x: Berufung des Schädigersauf Reduzierung der Rente wegen des – fiktiven – Pensionseintritts des getöteten Unterhaltsschuldners). Soweit das Weiterleben des Getöteten dazu führt, dass die Witwe eine höhere Witwenrente bei seinem natürlichen Tod erhalten hätte, ist dieser „Pensionsschaden" der Witwe ersatzfähig und auch nach § 332ASVG regressfähig (2 Ob 239/18p).

B. Ersatz der durch den Tod verursachten Kosten

15 Die Anordnung des **Ersatzes der durch den Tod verursachten Kosten** hat eine **eigenständige normative Bedeutung**. Da gewiss ist, dass jeder Mensch einmal stirbt, wären

diese jedenfalls angefallen. Die Kausalität, Voraussetzung eines jeden Schadenersatzanspruchs, fehlt somit. Die Rechtsordnung legt deren Tragung gleichwohl dem Schädiger auf. Zu begründen ist das damit, dass ohnehin bloß ein **Teil der durch die Tötung verursachten Nachteile ersatzfähig** ist. Ausgenommen ist etwa der Nachteil, dass das Vermögen des Getöteten, zB ein Unternehmen, zur Unzeit und daher mit Verlust verkauft werden muss oder der nunmehr Getötete bis zu seinem natürlichen Tod weiteres Vermögen gebildet hätte, wovon die Erben profitiert hätten.

16 Während § 12 Abs 1 Z 5 EKHG den Ersatz auf die **Kosten einer angemessenen Bestattung** begrenzt, ist der Wortlaut des § 1327 – sehr viel – weiter: „ **alle Kosten** ". Dazu zählen die Bestattung unter Einschluss der Nachrufkosten (ZVR 1979/168), das Totenmahl und die Totenbeschau (ZVR 1979/168), die Reisekosten der Angehörigen (ZVR 1979/168), der Trauer

gottesdienst sowie Kränze (JBl 1962, 93: Auch für Kinder und Enkel), Todesanzeigen, Danksagung sowie Begräbnisfotos (ZVR 1970/54; OLG Wien EF 68.593) und ein Grabdenkmal mit üblichem Zubehör (JBl 1990, 723 : Bei einem Familiengrab, was für den Getöteten allein erforderlich wäre). Ersatzfähig ist auch die Trauerkleidung der nächsten Angehörigen (ZVR 1979/168; ZVR 1961/196: Sogar die der langjährigen Lebensgefährtin). Da die **Trauerkleidung** heutzutage bloß beim Begräbnis getragen wird, wird eine Vorteilsausgleichung verneint. Zu bedenken ist indes, dass derartige Kleidungsstücke auch bei anderen Anlässen getragen werden können, was mE für eine restriktive Handhabung spricht. In der E ZVR 1979/168 hat der OGH auch den durch die Ausrichtung des Begräbnisses entstandenen **Verdienstentgang** für ersatzfähig angesehen, was in der Lit – mE zu Unrecht – kritisiert worden ist. Einerseits handelt es sich um Begleitkosten der Schadensbeseitigung, die der OGH auch in anderem Zusammenhang für ersatzfähig angesehen hat (§ 1323 Rz 71 f). Andererseits könnte man zur Vermeidung der Ausuferung des Ersatzumfangs auf den Maßstab verweisen, der für den Ersatz des Verdienstentgangs bei den Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten gilt (dazu § 1325 Rz 35).

17 Der Maßstab für das Ausmaß der ersatzfähigen Kosten sind der **Ortsgebrauch** sowie **Stand und Vermögen des Getöteten**. Beim Ortsgebrauch kommt es in Österreich auf ein **Stadt-Land-Gefälle** an (SZ 44/168: Teurere Beisetzung im vorhandenen Familiengrab statt billigerer Beisetzung auf anderem Friedhof), bei Sachverhalten mit **Auslandsberührung** auf die dort mitunter völlig anderen Sitten und Gebräuche (OLG Wien ZVR 2010/35: Bedenken gegenüber € 12.000 für ein Trauermahl in Serbien; Supermultiplikator aus muslimischem und serbisch-orthodoxem Brauch; zu beachten ist jeweils aber auch die Kaufkraftparität). Bei der Trauerkleidung soll es auf den Stand des Verstorbenen und nicht der Angehörigen ankommen (6 Ob 297/98i; 4 Ob 55/99p). Selbst wenn der Verstorbene bettelarm war, wird mE eine angemessene Trauerkleidung der Angehörigen vom Schädiger verlangt werden können. Insoweit ist im Schadenersatzrecht eine andere Interessenlage gegeben als im Erbrecht. Bei Tötung eines – noch nicht oder gerade erst im Erwerbsleben stehenden – **Kindes** gilt das nicht nur für die Trauerkleidung. Der Maßstab der ersatzfähigen Kosten orientiert sich an der **Stellung der Eltern** (EF 51.515; OLG Wien ZVR 2010/35).

18 Die **Kosten der Verlassenschaftsabhandlung** werden für **nicht ersatzfähig** angesehen (1 Ob 282/00b). In der Lit ist die Gegenposition eingenommen worden. Obwohl die Pflege und Instandhaltung des Grabes bis zum wahrscheinlichen natürlichen Tod des Getöteten vom Ersatzpflichtigen verursacht wurde, werden diese Kosten für nicht ersatzfähig angesehen (SZ 62/140).

19 **Anspruchsberechtigt** ist derjenige, der die Kosten zu tragen **verpflichtet** ist – somit die Erben (SZ 45/95: Absicht zur Errichtung eines Grabmals ist ausreichend; krit dazu § 1323 Rz 36) – oder der sie **tatsächlich getragen** hat (ZVR 1973/194: Tragung der Beerdigungskosten durch den Bruder), so ausdrücklich § 12 Abs 1 Z 5 EKHG. Der Anspruchsberechtigte kann für die erforderlichen Kosten einen Vorschuss verlangen. In aller Regel sind die allermeisten Aufwendungen so rasch zu tätigen, dass eine Vorschussgewährung infolge der Dauer der

Schadensregulierung kaum rechtzeitig erfolgen wird. Es sind dann ab Geltendmachung aber Verzugszinsen bzw bei subjektivem Verzug höhere Finanzierungskosten geschuldet.

C. Ehegatte

20 Der überlebende Ehegatte hat einen ungekürzten Anspruch nach § 1327 gegen den Schädiger, sofern er weder abermals heiratet noch eine Lebensgemeinschaft oder gleichgeschlechtliche eingetragene Partnerschaft eingeht. Mit der **Wiederverheiratung** soll der Anspruch nach § 1327 **erlöschen** (SZ 60/249), bei **Eingehung einer Lebensgemeinschaft** kommt es bloß zu einer Anrechnung der Vorteile, soweit sie dem Unterhalt entsprechen, der der Witwe von ihrem Ehemann vor dem Zeitpunkt des Todes geleistet wurde (SZ 53/155; 2 Ob 130/17g). Das wird in der Lehre zu Recht kritisiert. Nicht immer hat die nach dem Tod des ersten Ehepartners eingegangene folgende Ehe die gleiche Qualität wie die erste. Jedenfalls sollte mE bei **Beendigung der zweiten Ehe** der Schadenersatzanspruch gem § 1327 aus erster Ehe wieder

aufleben, aus welchem Grund auch immer die zweite Ehe beendet worden ist. Darüber hinaus sprechen gute Gründe dafür, den Unterhalt aus zweiter Ehe nur **anzurechnen**, mag die Ehe auch mehr sein als eine Institution mit bloßem Unterhaltsversorgungszweck. In § 1327 geht es darum, den – unterhaltsrechtlichen – Status quo zu erhalten. Dass eine solche Anrechnung mit unüberwindbaren Bemessungsproblemen verbunden ist, trifft nicht zu, müssen diese doch auch bei einer Lebensgemeinschaft bewältigt werden. Zudem würden Ehe und Lebensgemeinschaft gleich behandelt, was während ihres Bestehens wegen des gleichen faktischen Zustands sachgerecht ist. Der Unterhaltsersatzanspruch nach § 1327 sollte somit für den jeweiligen Zeitraum nur dann ruhen, wenn das durch den neuen Partner geleistete Unterhaltsniveau über dem des Verstorbenen liegt.

21 Der **Geldunterhalt gegen den Schädiger** geht einem **Unterhaltsanspruch gegen die Erbschaft** nach § 796 vor (dazu oben Rz 8). Gegen den Schädiger besteht ein Schadenersatzanspruch sowohl wegen des entgangenen **Barunterhalts** bzw der Erbringung eines entsprechenden Vermögensäquivalents als auch wegen **Haushaltsdienstleistungen** im engeren und weiteren Sinn.

22 Ausgangspunkt beim **Geldunterhalt** ist das **Nettoeinkommen** (2 Ob 195/98k; OLG Wien ZVR 1999/5). Wie beim Erwerbsschaden sind **Überstunden** zu berücksichtigen, wenn sie dauerhaft geleistet worden wären. **Spesen** und **Aufwendungsersatz** sind insoweit einzubeziehen, als es sich um Einkommen gehandelt hat. Auch das aus **Schwarzarbeit** erzielte Einkommen soll dazu zählen. Das ist mit der Einschränkung zutr, dass jeder Unterhaltsschuldner auf Dauer seine Familie unterhalten muss; und sollte das aus Schwarzarbeit erzielte Einkommen wegfallen, müsste er sich um eine andere Erwerbsquelle umsehen. Zum Unterhalt zählt nicht nur, was aktuell für den Konsum verbraucht wird, sondern auch die **Bildung von Rücklagen und Rückstellungen** ; solche für die private Altersversorgung werden wegen der Einschnitte im staatlichen Sozialversicherungssystem in den kommenden Jahrzehnten eine immer größere Rolle spielen, weshalb die Rspr insoweit großzügig sein sollte. Der OGH (ZVR 1989/109) hat auch bei Bezug von **Notstandshilfe** einen Anspruch nach § 1327 bejaht. Dabei ist zutr, dass der Getötete als Bezieher wegfällt; soweit aber der Unterhaltsgläubiger von der gleichen Institution im Ausmaß seines entgangenen Unterhalts Notstandshilfe bezieht, hat sich die **Quelle** nicht geändert, was gegen einen Ersatzanspruch nach § 1327 spricht. Dass es sich bei § 1327 um einen Ausschnitt des Erwerbsschadens nach § 1325 handelt, ist ebenfalls ein Argument gegen die Zubilligung eines Ersatzanspruchs bei Wechsel des Gläubigers, der nun Notstandshilfe bezieht.

23 **Welchen Anteil** welcher von mehreren Unterhaltsersatzgläubigern erhält, wird als **Konsumquote** bezeichnet (2 Ob 33/92; 1 Ob 155/97v; 6 Ob 203/00x). Dem **erwerbstätigen Ehepartner** wird dabei idR eine **höhere Quote** zugebilligt, jedenfalls wenn er in einer gehobenen Position tätig ist (EF 36.216; 2 Ob 33/92). Es kommt aber auf die Umstände des Einzelfalles an. Kein Zuschlag ist geboten, wenn der im Erwerbsleben stehende Unterhaltsschuldner seine unmittelbare Wohnungsumgebung nicht einmal zur Berufsausübung

verlassen musste (6 Ob 203/00x: Hausbesorger). Sie kann bei besonderer Arbeitsbelastung sogar geringer sein, weil der im Berufsleben stehende Unterhaltsschuldner keine Zeit hat, sein Geld auch auszugeben (ZVR 1990/87: Konsumquote der nicht beruflich erwerbstätigen Frau höher). Neben einem Kind wurde der Anteil des nicht – beruflich – erwerbstätigen Ehegatten mit einem Drittel veranschlagt (ZVR 1963/270).

24 Die Rspr nimmt eine **Sättigungsgrenze** an, wenn ein „ **geradezu sinnloser Aufwand** " betrieben wird (2 Ob 57/92: So zum Dienstleistungsunterhalt; Rasenmähen 65 Stunden pro Monat); Entsprechendes gilt für den **Geldunterhalt**. Für den Kindesunterhalt wird eine solche Sättigungsgrenze eher erreicht als beim Ehegattenunterhalt. Da im Unterhaltsrecht häufig Mehrkosten wegen des Bestehens von zwei Haushalten gegeben sind, könnten diese Werte einen Anhaltspunkt liefern. In einer intakten Familie fallen insoweit geringere Kosten an, sodass der Wert tiefer liegen sollte. Freilich ist zu bedenken, dass in einer intakten Familie so manche Unterhaltsleistung freiwillig und mit gutem Grund erbracht wird, die man bei Gericht eben nicht durchsetzen kann.

Seite 1778

25 Zu dem nach § 1327 ersatzfähigen Unterhalt zählen auch **Versicherungsaufwendungen** für die Kranken-, Unfall- und Lebensversicherung (ZVR 1978/23). Entsprechendes muss für eine Haushalts- und Haftpflichtversicherung gelten. Verlangt werden kann die Differenz bei der Witwen- oder Witwerpension. Der Unterhaltsgläubiger muss aber nicht bis zum Tag des Anfalls dieses Differenzschadens zuwarten, sondern kann – wie beim Erwerbsschaden (dazu § 1325 Rz 59) – nach den Regeln der **Schaffung einer Ersatzlage** die entsprechenden Beiträge verlangen, um eine gleichwertige Altersversorgung aufzubauen.

26 Mindestens so bedeutsam wie die Höhe der Konsumquote ist die Ermittlung der **fixen Kosten**. Darunter versteht man solche, die in einem Haushalt weitgehend **unabhängig von der Anzahl der Personen** anfallen. In Wahrheit handelt es sich um das Phänomen der **Kostenremanenz**. Durch die Verringerung des Haushalts um eine Person sinken manche Kosten nicht oder nur unbeträchtlich. Das gilt namentlich für den Wohnsitz und das Kfz (2 Ob 2430/96h; 2 Ob 108/05d; 2 Ob 94/13g). Beim **Kfz** sind nicht nur die **Betriebs- und Instandhaltungskosten** unter Einschluss der Autobahnvignette ersatzfähig, sondern auch die **Leasing- oder Darlehensraten** (2 Ob 2430/96h). Entsprechendes gilt für einen Campingbus, der für Familienurlaube verwendet worden ist (ZVR 1990/87). Da die Ersatzfähigkeit nicht von der **Art der Finanzierung abhängig** sein kann und ein Fahrzeug – im Unterschied zum Wohnsitz – nach absehbarer Zeit nicht mehr gebrauchsfähig ist und deshalb durch ein anderes ersetzt werden muss, können wegen der Verstetigung der Rente auch **Rückstellungen für eine Ersatzinvestition** verlangt werden. In 4 Ob 46/13p nimmt der OGH an, dass die Grundsätze des § 1327 nicht auf den Scheinvaterregress nach § 1042 übertragbar sein sollen, weil bei letzterem Anspruch die tatsächlichen Leistungen bei gemeinsamer Haushaltsführung leichter nachweisbar sein sollen, weshalb es einer solchen Pauschalierung nicht bedürfe. Das dürfte indes eine petitio principii sein.

27 Für den **Wohnsitz** gilt Entsprechendes (2 Ob 57/92: Auch für den Zweitwohnsitz). Auch bei diesem fallen **Fixkosten** an (2 Ob 178/04x; 2 Ob 108/05d), wie etwa das Mietentgelt oder Darlehensrückzahlungsraten (ZVR 1989/76: Annuitäten;ZVR 1990/87: Egal, ob Miete oder Eigentum; 2 Ob 74/01y) unter Einschluss der Prämien für eine zur Kreditbesicherung abgeschlossenen Lebensversicherung (2 Ob 74/01y; 2 Ob 108/05d). In wessen **Eigentum** der Wohnsitz steht, ist ohne Bedeutung (ZVR 1990/87). Zu den Fixkosten des Wohnsitzes gehören auch die Aufwendungen für Energie, ORF, Telefon sowie die den Wohnsitz betreffenden Versicherungen. Führt der Tod des Unterhaltsschuldners zum **Verlust der Dienstwohnung**, haben die Unterhaltsgläubiger Anspruch auf **Schaffung einer Ersatzlage** (SZ 41/155; ZVR 1976/144; 6 Ob 203/00x). Ersatzfähig sind insoweit nicht bloß die Anschaffungskosten unter Einschluss einer **Maklergebühr**, so eine solche anfällt, sondern auch die **Umzugskosten**. Da die Unterhaltsgläubiger ohnehin einen anderen Wohnsitz beziehen (müssen), ist dem Umstand

Rechnung zu tragen, dass sie wegen der Tötung des Unterhaltsschuldners einen **geringeren Raumbedarf** haben. Das wird sich freilich im Regelfall nicht auswirken, weil bei Tötung des Vaters jedes Kind ein Zimmer benötigt und lediglich das Schlafzimmer nur noch von einer Person bewohnt wird (strenger 2 Ob 94/13g). Zu bedenken ist freilich, dass sie ein **legitimes Integritätsinteresse** haben, in der vertrauten Umgebung zu bleiben und nicht immer genau das – zu dem Zeitpunkt – am Markt angeboten wird, was schadenersatzrechtlich geschuldet ist. Müssen die Unterhaltsgläubiger den bisherigen Wohnsitz wegen infolge der Nichtzahlung der geschuldeten Schadenersatzleistung beengten finanziellen Verhältnisse aufgeben und sich mit einer notdürftigen Wohnversorgung zufriedengeben, sind nicht diese Kosten maßgeblich (so aber 2 Ob 94/13g); vielmehr darf dieses Verhalten den Schädiger gerade nicht entlasten; schon für die Vergangenheit nicht – und noch weniger für die Zukunft.

28 Die **Ermittlung der fixen Kosten** spielt im Rahmen des § 1327 eine ganz **zentrale Rolle**. Je höher diese ausfallen, umso höher fällt der Schadenersatzanspruch der Unterhaltsersatzgläubiger insgesamt aus. Diese werden nämlich **vorweg vom Nettoeinkommen abgezogen**, dann erfolgt eine Verteilung des restlichen Nettoeinkommens auf die Unterhaltsersatzgläubiger unter Abzug der Konsumquote des getöteten Unterhaltsschuldners. Danach werden die fixen Kosten auf die Unterhaltsersatzgläubiger wieder aufgeteilt. Je geringer die fixen Kosten

Seite 1779

sind, umso höher ist das zu verteilende Resteinkommen. Und umso höher wirkt sich aber auch die **wegfallende Konsumquote des Getöteten** aus. Es liegt daher am Anwalt der Unterhaltsersatzgläubiger, die anfallenden Fixkosten möglichst präzise darzulegen. Dabei zeigt sich, dass diese beim **Wohnsitz umso höher** sind, in je höherem Ausmaß der Wohnsitz mit **Fremdmitteln finanziert** wurde.

29 Ersatzfähig sind auch **Arbeitsleistungen zur Errichtung eines Wohnsitzes**, wie das namentlich in ländlichen Gebieten durchaus weit verbreitet ist (6 Ob 203/00x). Bedeutsam ist, dass nicht nur die Arbeiten für das eigene Haus ersatzfähig sind. Hätte der Getötete in der Folge bei Nachbarn und Bekannten geholfen, wofür diese auch bei ihm Hand angelegt hätten, sind auch diese durch die Tötung vereitelten Arbeitsleistungen ersatzfähig (8 Ob 92/87; ZVR 1989/136). Hat der Getötete vorgeleistet, mag insoweit ein Bereicherungsanspruch bestehen. Ob nach dem Verständnis der Betroffenen in solchen Fällen bei Vereitelung der „Gegenleistung" ein Geldbetrag geschuldet sein soll, ist fraglich. ME wird das nach der Vorstellung der Parteien im Regelfall zu verneinen sein. Der OGH spricht die Errichtungskosten unabhängig davon zu, ob ein entsprechender Wohnsitz in der Folge tatsächlich errichtet wurde (8 Ob 92/87; 6 Ob 203/00x; 2 Ob 31/13t: Umschichtung der Arbeitskraft in der Landwirtschaft). Da es sich insoweit um **fiktive Kosten** handelt, ist das mE fragwürdig. Jedenfalls können für den Zeitraum ab der fiktiven Fertigstellung nicht zusätzlich die Kosten eines anderen Wohnsitzes als fixe Kosten begehrt werden.

30 Wird das **Unternehmen durch den überlebenden Ehegatten fortgeführt**, der vorher nicht oder jedenfalls nicht in leitender Position mitgewirkt hat, ist jedenfalls der **Unternehmerlohn** für den nunmehr **überobligationsgemäßen Einsatz der Arbeitskraft des überlebenden Ehegatten** in Abzug zu bringen (OLG Wien EF 63.281). Dass dem überlebenden Ehegatten ein Gesellschaftsanteil zuwächst, dessen Inhaber der Getötete war, ist ohne Bedeutung (OLG Wien EF 81.553). Der OGH berücksichtigt anspruchsmindernd die Erträge, die aus dem Unternehmen fließen (ZVR 1979/137; 2 Ob 202/05b; 2 Ob 31/93: Hinweis auf Besonderheiten in der Landwirtschaft). Ein Anhaltspunkt könnte sein, welcher Ertrag bei **Verpachtung eines Unternehmens** erzielt werden kann. Dafür spricht, dass sich durch den Tod des Unterhaltsschuldners die Quelle, aus der der Unterhalt bestritten wird, nicht verändert hat. Sind die Einkünfte aus dieser für den angemessenen Unterhalt ausreichend, könnte das gegen einen Ersatz sprechen. Gegen die Versagung eines solchen Ersatzes und für die Zubilligung von Unterhaltsentgang nach § 1327 spricht indes, dass die allermeisten Menschen den **Unterhalt primär aus dem durch Verwertung ihrer Arbeitskraft erzielten Erwerbseinkommen** bestreiten. Was das Vermögen abwirft, dient idR der weiteren Vermögensakkumulierung, aber nicht dem Unterhalt. Da § 1327 bloß einen Ausschnitt des nach § 1325 ersatzfähigen

Erwerbsschadens darstellt, würde auch diese Sichtweise für einen weiter gehenden Ersatz sprechen.

31 Hat der **getötete Ehegatte Beistandsleistungen im Beruf** erbracht, sind diese wie ein sonstiges Erwerbseinkommen aus der Verwertung der Arbeitskraft zu berücksichtigen (2 Ob 2430/96h). In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass diesbezüglich die Abgeltungsverpflichtung nach § 98 zu verrechnen ist. Da es bei § 1327 auf die tatsächliche Gestaltung ankommt, wird man auch insoweit nicht allein darauf abstellen dürfen, welche Abgeltung gesetzlich geschuldet ist; jedenfalls in einer gewissen Bandbreite wird es auf die **tatsächliche Gestaltung** ankommen. Kann der überlebende Ehegatte seine Mitwirkung im Beruf des anderen wegen dessen Tötung und Liquidierung des Unternehmens nicht fortführen, trägt der Schädiger das Risiko, ob der hinterbliebene, bis dahin im Unternehmen mitwirkende Ehegatte eine gleichwertige Stelle findet (2 Ob 37/15b: Ehefrau nach dem Tod des [Unternehmer-]Ehemanns als Teilzeitmasseuse tätig; zum deutschen Recht). Sofern der Unterhaltsersatzanspruch allerdings auch entgehende Unterhaltsersatzleistungen des berufstätigen Ehemanns im Haushalt umfasst, ist es mE der Witwe zumutbar, ihr Freiwerden der Arbeitskraft aus dem **zeitlich reduzierten Haushaltsbedarf** sowie der **wegfallenden Mitwirkungen im Beruf** dafür zu verwenden; sie kann insoweit keinen Ersatz verlangen (aA 2 Ob 37/15b: Vertretbar, dass Vorteilsausgleichung zu unbilliger Entlastung des Schädigers führen würde; möglicherweise unzureichendes Vorbringen; zum deutschen Recht).

Seite 1780

32 Das **Freiwerden der Arbeitskraft des Haushaltsführers**, weil er dem im Erwerbsleben stehenden getöteten Partner nicht mehr den Haushalt führen muss, stellt per se keinen anrechnungspflichtigen Vorteil dar. Der OGH nimmt an, dass die **Witwe keine Obliegenheit zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit** trifft (ÖJZ 1981/91). Die Lehre kritisiert dies, sofern es sich um eine **junge kinderlose Witwe** handelt. Zu bedenken ist mE, dass das Freiwerden der Arbeitskraft im Haushalt kaum jemals das Ausmaß erreicht, um insoweit eine Erwerbstätigkeit aufnehmen zu können, weil dabei das Phänomen der **fixen Kosten** bzw der **Kostenremanenz** zum Tragen kommt. Wenn es sich um eine junge kinderlose Witwe handelt, wird diese idR alsbald heiraten oder eine Lebensgemeinschaft eingehen, was den Unterhaltsersatzanspruch dämpft oder zum Erlöschen bringt. Sollte das nicht der Fall sein, ist auf die wahrscheinliche Entwicklung abzustellen. Wären Kinder geplant gewesen, die entfallen, wird ihr eine berufliche Erwerbstätigkeit zumutbar sein. Bekommt die Witwe 10 Jahre nach Tötung des Unterhaltsschuldners von einem anderen Mann ein Kind, meinte der OGH, dass es sich insoweit nicht um eine Verwirklichung der ursprünglichen Lebensplanung handelte, sodass sich die Witwe das Einkommen aus einer ohne dieses Kind zumutbaren Erwerbstätigkeit anrechnen lassen müsse (2 Ob 175/08m). Diese E steht freilich im Widerspruch zu der zum nachehelichen Unterhalt ergangenen E 3 Ob 134/09s, wonach es Risiko des Unterhaltsschuldners sei, dass die geschiedene Ehefrau nach der Scheidung von einem anderen Mann ein Kind empfängt, weshalb ihr eine berufliche Erwerbstätigkeit nicht zumutbar sei. Wenn das zwischen **geschiedenen Ehepartnern** so ist, muss das **umso mehr im Schadenersatzrecht** gelten. Beim Unterhaltsschuldner ist auch dessen begrenzte Leistungspflicht zu berücksichtigen; der Schädiger ist demgegenüber in höherem Maße verpflichtet, Umstände aus der Sphäre des Unterhaltsgläubigers gegen sich gelten zu lassen.

33 Ersatzfähig ist auch der **Unterhalt zwischen Geschiedenen** gem § 68 EheG. Soweit es sich um einen nachehelichen Unterhalt im Zuge einer einvernehmlichen Scheidung gem § 55a Abs 2 EheG handelt, ist dieser nach § 69a EheG dem gesetzlichen Unterhalt gleichzuhalten, soweit er den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessen ist (SZ 54/17).

34 Der **Barunterhaltsanspruch** ist **zeitlich zu begrenzen**, und zwar mit der **Lebenserwartung des jeweils Getöteten** (ZVR 1978/23). Einer ausdrücklichen Befristung mit dem Zeitpunkt der **Wiederverheiratung** bedarf es nicht, weil es sich insoweit um eine gesetzliche Rechtsfolge handelt (ZVR 1981/121; ZVR 1990/86). Auch mit dem Zeitpunkt der

Pensionierung erlischt die Unterhaltsverpflichtung nicht (6 Ob 203/00x). In vielen Fällen wird sie aber wegen des geringeren Nettoeinkommens deutlich geringer ausfallen.

35 Nicht nur bei Tötung des Unterhaltsschuldners, der durch Einsatz seiner Arbeitskraft den Barunterhalt der gesetzlichen Unterhaltsgläubiger erwirtschaftet, auch bei **Tötung des Haushaltsführers** gebührt ein Anspruch nach § 1327. Wie bei § 1325 ermittelt die österr Praxis – anders als in der Schweiz und Deutschland – das **Ausmaß der anfallenden Arbeiten ohne Bezugnahme auf statistische Untersuchungen**. Der Haushaltsaufwand wird **über den Daumen gepeilt**, was tendenziell zu einer **Unterschätzung** führt (dazu § 1325 Rz 91). Zu unterscheiden ist zwischen Haushaltsführung im engeren und weiteren Sinn. Zu Ersterer zählen das Einkaufen, Kochen, Putzen, Waschen, Bügeln sowie die Betreuung der Kinder. Die **Haushaltsführung im weiteren Sinn** umfasst etwa Tätigkeiten wie die Betreuung von Haustieren (8 Ob 129/14z), die Instandhaltung und Pflege des Gartens und des Kfz, der Schriftverkehr mit Banken, Versicherungen und Behörden. Dass so mancher eine solcheTätigkeit als Hobby ansieht, nimmt ihr nicht den Unterhaltscharakter (OLG Wien EF 81.551: Gartenarbeit; restriktiver freilich 2 Ob 57/92: Bei einem Garten mit hundert Bäumen und hundert Sträuchern Begrenzung auf den Aufwand, der notwendig ist, „um Haus und Garten in einem der Verkehrsübung entsprechenden Zustand zu erhalten"). Zum ersatzfähigen Unterhalt zählen auch Pflegeleistungen zugunsten eines kranken Familienmitglieds (2 Ob 157/00b).

36 So restriktiv beim Stundenausmaß verfahren wird, so großzügig ist der Bemessungsansatz beim **maßgeblichen Stundenlohn**. Der Anspruchsberechtigte soll Leistungen finanzieren können, die es ihm ermöglichen, „sich in der im Leben üblichen Weise wirtschaftlich gleichwertige Dienste zu verschaffen" (2 Ob 338/99s). Es kommt somit darauf an, was **professionel**

Seite 1781

le Kräfte bei Erbringung derartiger Dienstleistungen kosten würden (ZVR 1987/56; 2 Ob 42/92; 8 Ob 129/14z; unter Hinweis und Ablehnung kritischer Stimmen der Lit; ebenso 2 Ob 145/14h). Auf die Einstellung einer derartigen Ersatzkraft kommt es nicht an. In der E 2 Ob 42/92 begründete das der OGH damit, dass **ansonsten gutsituierte Familien begünstigt** würden, die eine Ersatzkraft auch dann einstellen, wenn noch nicht feststeht, ob der Schädiger in vollem Umfang dafür aufkommen muss, während weniger finanzkräftige Geschädigte so etwas erst dann tun, wenn die Einstandspflicht des Schädigers – in diesem Umfang – feststeht. Das wird in der Lehre kritisiert, wobei immerhin zugestanden wird, dass bei späterer Einstellung einer Ersatzkraft die dann höheren Kosten zu entrichten sind. Die Position des OGH ist mE im Wesentlichen berechtigt, weil der ohne oder gegen ein geringeres Marktentgelt einspringende Dritte die Leistung einer professionellen Ersatzkraft erbringt und sein Entgegenkommen nicht den Schädiger entlasten soll. Es handelt sich um das gleiche Problem wie bei den **Pflegedienstleistungen** (§ 1325 Rz 23) sowie beim **Haushaltsführerschaden im Verletzungsfall** (§ 1325 Rz 87). Ersatzfähig ist nicht allein der Lohn, sondern vielmehr die **Arbeitskraftkosten**, sodass nicht nur Steuern und Lohnnebenkosten in Anschlag zu bringen sind, sondern zu berücksichtigen ist, dass eine Ersatzkraft 14 Bezüge erhält, aber im Jahr maximal 10 Monate arbeitet, was einen weiteren Aufschlag von ca 30 % zur Folge hat. Der Unterschied zwischen dem durchschnittlichen Stundenlohn von € 12 brutto gegenüber den in concreto zugesprochen € 23 ist beträchtlich, nämlich fast 1:2 (8 Ob 129/14z)

37 Wie beim Barunterhalt findet sich das Phänomen **fixer Kosten** bzw präziser das der **Kostenremanenz auch beim Dienstleistungsunterhalt**. Die Reduzierung des Haushalts um eine Person führt nicht dazu, dass der Haushaltsführungsaufwand proportional sinkt. Obwohl eine Person weniger dem Haushalt angehört, sinkt der Aufwand für die Wohnungsreinigung, das Einkaufen und Kochen oder die Betreuung des Haustieres bzw Gartens nicht. Lediglich die von einer bestimmten Person erbrachten Leistungen – wie etwa das Bügeln der Hemden – fällt weg. Die den fixen Kosten entsprechenden Anteile sind aufzuteilen, iZw nach **Kopfteilen** (ZVR 1981/121; 2 Ob 121/99d). Jeder Unterhaltsersatzgläubiger ist nur aktivlegitimiert, den auf ihn entfallenden Anteil geltend zu machen (2 Ob 38/00b). Das gilt für entgangene Leistungen für das Führen des Haushalts ebenso wie für die Wohnraumbeschaffung (2 Ob 197/17k). Der Unterhaltsersatzgläubiger (Witwe, Witwer), der den Unterhalt für weitere ggü dem Schädiger anspruchsberechtigte Unterhaltsersatzgläubiger (Kinder) befriedigt, ist für bereits erbrachte

Leistungen ggü dem Schädiger aktivlegitimiert; wenn ihn gesetzliche Unterhaltspflicht trifft, kommt es zu einer Legalzession nach § 1358; wenn ihn ggü dem Unterhaltsersatzgläubiger (Kind) keine gesetzliche Unterhaltspflicht trifft (Stiefkind in einer Patchworkfamilie), ist ein Anspruch nach § 1042 gegeben. Ob die Aufteilung nach Kopfquoten immer sachgerecht ist, ist fragwürdig. Die früher tw vertretene Aktivlegitimation des überlebenden Ehegatten auch für die Fixkosten der Kinder wird abgelehnt wegen der bedeutsamen Aufteilung der Regressansprüche der Sozialversicherungsträger nach § 332ASVG. Soweit zum Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses Schadenersatzansprüche auf den Regressgläubiger nach § 332ASVG übergehen, kann auch durch eine nachfolgende Leistung des überlebenden Elternteils an die Kinder kein Schadenersatzanspruch mehr übergehen, weil infolge des Anspruchsübergangs auf den Sozialversicherer nichts mehr vorhanden ist, was im Leistungszeitpunkt übergehen könnte. Die exakte Zuordnung ist durchaus folgerichtig. Sehr wahrscheinlich wird in der Praxis aber in der Folge nicht beachtet, dass es bei Ausscheiden eines Kindes infolge Selbsterhaltungsfähigkeit die Fixkosten auf die verbleibenden Unterhaltsersatzgläubiger neu verteilt werden müssen; denn es ist das Wesen von Fixkosten, dass diese gerade von der Anzahl der Personen unabhängig sind. Bei früherer Bejahung der Aktivlegitimation des überlebenden Elternteils war dem gegenüber gewährleistet, dass diese ersatzfähigen Kosten nicht mit Ausscheiden eines Kindes – zu Unrecht – unentschädigt bleiben.

38 Bei Tötung des Haushaltsführers muss sich der Ehegatte, der für den Barunterhalt aufgekommen ist, den **Abzug des ersparten Unterhalts** gefallen lassen (ZVR 1981/121; ZVR 1989/106; ZVR 1990/50;stRspr). Auch insoweit sind aber nicht die Werte heranzuziehen, die als Unterhalt in **Unterhaltsprozessen** zugesprochen werden. Die Rechtslage bei § 1327 ist deshalb unterschiedlich, weil es nicht um getrennte Haushalte geht. Der überlebende Ehegat

Seite 1782

te erspart sich durch die Tötung des Haushaltsführers **nur die variablen Kosten**, somit die Aufwendungen, die für Nahrung, Kleidung und Schmuck sowie die Freizeitaktivitäten (Besuch von Theater, Kino und Schwimmbad) des Haushaltsführers angefallen sind.

39 Auch die **Rente wegen Tötung des Haushaltsführers** ist **zeitlich jedenfalls nach dessen Lebenserwartung zu begrenzen**. Wie beim Erwerbsschaden des Haushaltsführers (dazu § 1325 Rz 15) wird diese auf Lebenszeit zuerkannt. Das ist insofern zutr, als ein Haushaltsführer mit Erreichen eines bestimmten Lebensalters – anders als ein im Berufsleben Stehender – nicht von heute auf morgen seine bisherigen Erwerbsaktivitäten einstellt. Freilich werden die Kräfte im Laufe der Jahre nachlassen, sodass **in höherem Alter ein Abschlag angebracht** wäre.

40 Sind **beide Ehepartner ganz oder teilweise berufstätig**, hat der OGH instRspr ausgesprochen, dass die Witwe sich das Eigeneinkommen nur dann anrechnen lassen muss, wenn sie daraus schon zu Lebzeiten freiwillig einen Beitrag für den Unterhalt geleistet hat (2 Ob 22/95 ; 2 Ob 175/98m; 2 Ob 99/06g). Jedenfalls unangebracht ist eine Einschränkung auf die **Ehefrau** ; das gesamte Eherecht ist insofern **geschlechtsneutral** ausgestaltet, was auch bei § 1327 zu beachten ist. Abgesehen davon, dass sich eine solche interne Absprache kaum verifizieren oder falsifizieren lässt, erscheint es fragwürdig, ob sich diese tatsächlich zulasten des Schädigers auswirken soll. Ungeachtet der Gestaltungsbefugnisse der Ehegatten gem § 91 kommt es mE bei § 1327 auf das **durch die Anspannung der Kräfte der Ehegatten erzielte Unterhaltsniveau** an; und wie es bei einem Einfamilienhaus (oben Rz 35) und einer Gesellschaft (oben Rz 30) nicht darauf ankommt, in wessen Eigentum die jeweilige Sache steht, sollten **derartige Absprachen mE unbeachtlich** sein.

D. Kind

41 Beim **Kindesunterhalt** geht es ebenfalls um die Komponenten **Bar- und Betreuungsunterhalt**. Umfangmäßig entwickeln sich diese **spiegelverkehrt** mit dem **Heranwachsen des Kindes**. Der Barunterhalt nimmt zu, der Betreuungsunterhalt nimmt ab. Zu beachten ist, dass auch dann, wenn ein Elternteil nicht im beruflichen Erwerbsleben steht, der berufstätige Elternteil heute stärker in der Kindererziehung engagiert ist, als das früher der Fall

war. Das hat zur Folge, dass bei seiner Tötung beim Anspruch nach § 1327 nicht bloß der Barunterhalt ersatzfähig ist, sondern auch die von ihm erbrachten Dienstleistungen abzugelten sind, wie das ohnehin selbstverständlich ist, wenn beide Eltern berufstätig sind (2 Ob 191/16a: Dienstleistungsschaden des berufstätigen Vaters gegenüber seinen Kindern; Pflegeleistungen sind Unterhaltsleistungen in anderer Form). Nach dem traditionellen Familienverständnis war der Vater für die Berufsarbeit, die Mutter für den Haushalt zuständig. Der OGH hat daher die Berücksichtigung des Erwerbseinkommens einer berufstätigen Mutter vom Nachweis abhängig gemacht, dass es sich auf die Lebensverhältnisse des Kindes ausgewirkt hat (ZVR 1976/46), oder er hat angenommen, dass die Eltern hälftig beitragen (ZVR 1973/70). Plausibel ist mE die Annahme, dass in Bezug auf den Barunterhalt sich das **jeweils erzielte Erwerbseinkommen anteilig auf den Kindesunterhalt** auswirkt (OLG Wien ZVR 1995/157).

42 Beim **Dienstleistungsunterhalt** sind ersatzfähig die Beaufsichtigung, Erziehung, elterliche Zuwendung, Körperpflege sowie die Reinigung und Instandhaltung der Kleidung. Der OGH hat aber auch anerkannt, dass der Zeitaufwand für die **Pflege des Kindes** (2 Ob 121/99d; 8 Ob 60/07t: Begehren nach dem Regelbedarf, was bei Kleinkindern mE viel zu wenig ist) sowie das **Spielen mit diesem** (2 Ob 156/02h; 2 Ob 191/16a) ersatzfähig sind. In jüngeren Entscheidungen wurde betont, dass auch die **sportliche Betreuung** eines Kindes (2 Ob 119/09b: Tennis- und Schiurlaube) unter Einschluss des Transportes zum Training und Schirennen sowie das Aushandeln von Sponsoring-Verträgen zum ersatzfähigen Unterhalt zählt (2 Ob 41/08f: Und das sogar im Rahmen des § 12 Abs 2 EKHG).

42a Auch beim Kindesunterhalt spielt das Phänomen der **fixen Kosten** bzw der **Kostenremanenz** eine Rolle (2 Ob 94/13g: Berechnung ohne Berücksichtigung fixer Kosten verfehlt; vgl auch 2 Ob 191/16a: Abgestellt vom klägerischen Anwalt auf die %-Judikatur bei streitigen Unterhaltsprozessen; das ergibt viel zu geringe Beträge, weil einerseits die fixen Kosten nicht er

Seite 1783

fasst werden, andererseits es bei § 1327 grds auf die tatsächlichen Leistungen ankommt). Ziehen bei Tötung beider Eltern die Tante mit deren Kind und die Großmutter in die elterliche Wohnung, um die Betreuung der Vollwaisen vorzunehmen, ist der Wert des Wohnens für die Betreuungspersonen nicht anzurechnen (2 Ob 40/10m: Ungekürzter Ersatz des Wohnaufwands; anders in 2 Ob 212/77, ZVR 1978/274: Begrenzung des ersatzfähigen Wohnaufwands des Kindes auf ein Drittel nach Wiederverheiratung der Mutter; mE fragwürdig, wenn der Stiefvater keinen Beitrag zum Wohnaufwand tragen kann). Die **unehelichen Kinder** können die **vollen Wohnkosten** bei Tötung des Vaters auch dann verlangen, wenn die mit dem Vater nicht verheiratete Mutter mit ihnen im Haus wohnen bleibt und die Mutter keinen Unterhaltsanspruch nach § 1327 erheben kann, weil sie nicht mit dem Vater verheiratet war (2 Ob 149/09i: Erwerb des Einfamilienhauses durch die Mutter aus dem Nachlass der Kinder und Übernahme der Rückzahlung des Darlehens samt Zinsen; 2 Ob 94/13g: Umzug in die Wohnung des Großvaters).

43 Die **Familienbeihilfe** ist eine staatliche Transferleistung, die widmungsgemäß für das Kind zu verwenden ist. Geht durch den Tod des bis dahin bezugsberechtigten Unterhaltsschuldners die Aktivlegitimation auf den anderen Elternteil über, ist insoweit kein nach § 1327 ersatzfähiger Schaden gegeben, weil sich nur die formale Bezugsberechtigung, nicht aber die **Quelle** geändert hat (SZ 54/24). Zu beachten ist auch **eigenes Einkommen des Kindes nach § 140 Abs 3** .

44 Beim Kindesunterhalt ist eine **Sättigungsgrenze** zu beachten (2 Ob 119/09b: Hinweis bei einem nicht ehelichen Kind auf das Maximum der Düsseldorfer Tabelle). Ein höherer Unterhalt, etwa wegen eines **Sonderbedarfs**, wäre im Einzelfall nachzuweisen. Die Sättigungsgrenze spielt beim **Barunterhalt**, nicht aber beim Dienstleistungsunterhalt eine Rolle. Ein Kind kann durch zu hohe Vermögenswerte verzogen werden, aber kaum durch zu viel Zuwendung und Betreuung. Der Unterhaltsersatzanspruch ist zeitlich bis zur **Selbsterhaltungsfähigkeit** zu begrenzen. Sofern konkrete Anhaltspunkte gegeben sind, dass das Kind studieren wird, hat ein Zuspruch der Rente über die Vollendung des 18. Lebensjahres hinaus zu erfolgen. Bei einer an den Rollstuhl gefesselten Richterin, der der Vater Betreuungsdienstleistungen erbracht hat, hat der OGH (2 Ob 55/97w; 2. Rechtsgang 2 Ob 338/99s) bei Tötung des Vaters darauf abgestellt, ob die Tochter

selbsterhaltungsfähig sei, das aber in concreto verneint. Er hat zu Recht ausgesprochen, dass sich der Unterhaltsersatzgläubiger lediglich das Pflegegeld anrechnen lassen müsse, nicht aber sein sonstiges Erwerbseinkommen, um daraus die Dienstleistungen zu bezahlen, die durch den Tod des Vaters entgangen sind.

44a Nach Erreichen der Selbsterhaltungsfähigkeit gebührtder **Ausstattungsanspruch nach § 1220** wie ohne Tötung in Form eines Kapitalbetrags und nicht in Form einer Rente als letzte Leistung von Unterhalt, sodass bei Tötung des Unterhaltsschuldners auch insoweit ein Anspruch nach § 1327 besteht (SZ 45/78; bestätigt von 2 Ob 57/10m: 30 % des Jahresnettoeinkommens, sofern der höchstpersönliche Anspruch noch zu Lebzeiten der Verpflichteten bestanden hätte); sinnvoll ist es, einen solchen Anspruch durch **Feststellungsklage** zu sichern, weil der Zeitpunkt des Eintritts der künftigen Selbsterhaltungsfähigkeit ungewiss ist. Der Anspruch nach § 1327 besteht jedenfalls insoweit, als die nach § 1220 geschuldete Ausstattung aus dem erzielten – und infolge der Tötung vereitelten – **Erwerbseinkommen** geleistet worden wäre.

45 Das **Einspringen Dritter** soll den **Schädiger nicht entlasten**. Das wirkt sich beim Anspruch eines Halb- oder Vollwaisen bei folgenden Konstellationen aus: Der Anspruchsberechtigte muss sich nicht auf die **Kosten einer Heimunterbringung** verweisen lassen; maßgeblich sind vielmehr die konkreten Verhältnisse, etwa bei Betreuung und Unterbringung durch die Großeltern (ZVR 1978/173; SZ 54/24). Die Kinder ziehen samt Mutter zum Großvater (2 Ob 94/13g). Der Umstand, dass der überlebende Elternteil wiederheiratet und der Stiefelternteil dem Halbwaisen faktisch Unterhalt leistet, entlastet den Schädiger nicht (SZ 61/215: Betreuung durch die Stiefmutter). Wird ein Kind **adoptiert**, wird gem § 182 ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch gegen die Adoptiveltern begründet. Gleichwohl bleibt der Schadenersatzanspruch aufrecht (RZ 1982/52). Das ist auch damit zu begründen, weil ansonsten ein von der Rechtsordnung gewünschter institutioneller Vollzug eines faktischen Zustands blockiert würde. Wurde in

Seite 1784

der E SZ 48/32 noch ausgesprochen, dass der Anspruch nach § 142, also des Kindes gegen den für den Unterhalt zureichenden Nachlass ausschließe, hat der OGH unter Bezugnahme auf die Kritik der Lehre in der E 2 Ob 38/95 das nur mit der Einschränkung aufrechterhalten, dass dem Erben kein Nachteil entstehe, was in concreto verneint wurde. ME sollte auch diese Einschränkung fallengelassen werden. Der **Schädiger** ist im Vergleich zum **Erben** näher daran, den Nachteil zu tragen. Typischerweise wird ein Nachteil des Erben aber auch gegeben sein, weil im Regelfall im Verlauf des Lebens das Vermögen jedenfalls nominell eher zu- als abnimmt. Zudem ist kein Grund ersichtlich, zwischen dem Anspruch des Ehegatten (§ 796) und dem des Kindes (§ 142) gegen die Erbschaft zu unterscheiden (oben Rz 8).

45a Rentenansprüche unterliegen der 3-jährigen Verjährung des § 1480. Eine Ausdehnung ist darüber hinaus aber bei Einbringung einer Feststellungsklage und geltend gemachter Rentenbeträge während des laufenden Feststellungsprozesses noch möglich (2 Ob 33/09f; 2 Ob 145/14h: Nachforderung von Kindesunterhalt nach dem Maßstab von § 1327 gegenüber § 12 EKHG). Aus Sicht des Klägers ist daher anzuraten, möglichst früh ein Feststellungsbegehren einzubringen, weil sich die Anpassung künftiger Renten nach dem Zeitpunkt der Einbringung der Feststellungsklage beurteilt. Bei Kfz-Unfällen ist zusätzlich zu beachten, dass es durch Anmeldung des Anspruchs beim Versicherer nach § 27 Abs 2 KHVG bis zur endgültigen Ablehnung zu einer Hemmung kommt. Bei Abweisung eines Leistungsbegehrens infolge der Aktivlegitimation eines anderen Unterhaltsersatzgläubigers ist dem Feststellungsbegehren als Minus des Leistungsbegehrens stattzugeben (2 Ob 197/17k: Mutter hatte wegen Fixkosten auch Begehren der Kinder geltend gemacht).

E. Sachliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen

46 Der Anspruch der nach § 1327 Anspruchsberechtigten gegen den Schädiger besteht insoweit nicht, als es bezüglich **sachlich, zeitlicher und persönlich kongruenter Sozialversicherungsleistungen** zu einem **Anspruchsübergang nach § 332ASVG** gekommen ist. Das wird bejaht in Bezug auf das **Sterbegeld** und die nach § 1327 ersatzfähigen

Kosten (JBl 1975, 155). Dies wird auch in Bezug auf die **Witwer- bzw Witwenpension** bejaht, selbst wenn der Sozialversicherungsträger gegenüber der höheren Pension an den Getöteten nunmehr eine geringere an den Witwer bzw die Witwe auszuzahlen hat. Schadenersatzrechtlich vermag das mE nicht zu überzeugen, ist aber nach einer breiten DiskussionstRspr (SZ 56/173; 2 Ob 2266/96s; 2 Ob 105/05p). Beim Unterhaltsersatz wird die sachliche Kongruenz zu Recht auch in Bezug auf **Beistandsleistungen in der Haushaltsführung** bejaht (JBl 1990, 723 : Mithilfe des Ehemannes im Haushalt), während das beim Erwerbsschaden des Haushaltsführers in Bezug auf Lohnersatzleistungen zu Unrecht abgelehnt worden ist (dazu § 1325 Rz 20). Unzutr ist mE darüber hinaus die Verneinung der sachlichen Kongruenz zwischen Witwen- bzw Witwerpension und dem Unterhaltsersatzanspruch wegen entgehender Arbeitsleistungen zur Errichtung eines Eigenheims (2 Ob 58/86). Zu beachten ist, dass nach Durchsetzung des Unterhaltsersatzanspruchs gegen den Schädiger dem Unterhaltsersatzgläubiger wegen des dann sich ergebenden Wegfalls von Sozialleistungen weniger verbleiben kann als ohne Durchsetzung des Anspruchs nach § 1327 (1 Ob 66/09z: Nach Entfallder Ausgleichszulage kein Ersatz für verlorene Befreiung von der Rezeptgebühr). Ein Regress nach § 332ASVG wird auch bejaht, wenn durch die Tötung des Unterhaltsschuldners die gesetzliche Krankenversicherung wegfällt (ÖJZ 1971/211). Zu Recht hat der OGH (2 Ob 8/13k) die sachliche Kongruenz bei einer „fingierten Invaliditätspension nach § 254 Abs 2ASVG bejaht, wobei diese Norm zum 31. 12. 2010 außer Kraft getreten ist. Zu Recht bejaht der OGH (2 Ob 258/12y: Legalzession nach § 1358 bei Gewährung eines Versorgungsgenusses nach dem PensionsG 1965) einen Anspruchsübergang auch ohne explizite Regressnorm wie § 332ASVG oder § 125 B-KUVG. Auch beim **Unterhaltsersatzanspruch des Kindes** ist die Waisenrente nicht bloß in Bezug auf den Barunterhalt, sondern auch den **Dienstleistungsunterhalt sachlich kongruent** (ZVR 1980/71). Das hat der OGH zu Recht auch dann bejaht, wenn § 332ASVG oder eine diesem entsprechende spezialgesetzliche Regressnorm fehlt (2 Ob 205/07x: Regress der Rechtsanwaltskammer). Der OGH bejaht – ohne gesetzliche Grundlage – instRspr (2 Ob 268/06k; 2 Ob 157/09s) ein **Quotenvorrecht des**

Seite 1785

Sozialversicherungsträgers ; um dieses geltend zu machen, muss sich der Ersatzpflichtige aber darauf nicht bereits bei einem Zwischenurteil oder Feststellungsurteil berufen (7 Ob 89/14k).

F. Steuerrecht

47 Fällt bei einer Rente nach § 1327 ESt an, hat diese der Schädiger zu bezahlen (SZ 60/67; 2 Ob 286/14p; 2 Ob 197/17k). Ob eine Steuerpflicht gegeben ist, ist nach Ansicht des OGH nicht von ihm zu entscheiden (2 Ob 210/07g). Die **Fälligkeit der Steuern** ist wegen der Verstetigung der Rente **keine Voraussetzung der Ersatzfähigkeit** (2 Ob 228/08f). Seit dem „ **Wartungserlass 2009** " unterliegen Unterhaltsersatzrenten nicht (mehr) der ESt; hat der Unterhaltsersatzgläubiger die jeweiligen Unterlagen demErsatzpflichtigen vorgelegt und in Unkenntnis der geänderten Rechtslage ESt auf die Renten bezahlt, kann er diese vom Ersatzpflichtigen erstattet verlangen, wenn eine Wiederaufnahme mit der Folge einer Steuerrückerstattung gegenüber dem Finanzamt nicht möglich ist. Die Unkenntnis der Änderung der Rechtslage im Steuerrecht ist dem Schadenersatzgläubiger nicht als Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit anzurechnen (2 Ob 186/14p). Zwar ist die Unterhaltsersatzrente steuerfrei, nicht aber die vom Sozialversicherungsträger dem Unterhaltsersatzgläubiger geleistete Sozialrente. Der Regress des Sozialversicherungsträgers ist 2-fachbegrenzt, nämlich durch die Höhe des Schadenersatzanspruchs sowie dem Anspruch des Geschädigten auf Sozialversicherungsleistungen (2 Ob 57/18y: In concreto war der zugesprochene [Netto]Betrag geringer als der Schadenersatzanspruch).

G. Geburt eines unerwünschten Kindes

48 Quasi spiegelverkehrt zur Tötung desUnterhaltsschuldners stellen sich vergleichbare Berechnungsprobleme bei Geburt eines unerwünschten Kindes. Eine schadenersatzrechtliche Einstandspflicht ergibt sich häufig wegen eines ärztlichen Kunstfehlers, sei es aus solchen der Sterilisation, der Präimplantationsdiagnostik bzw von Untersuchungen während der

Schwangerschaft, die bei frühzeitiger Erkennbarkeit der Behinderung des Kindes den Eltern bzw der Mutter die Abtreibung ermöglichen. Während der OGH bei **Geburt eines unerwünschten gesunden Kindes** einen Ersatz versagt, sofern **keine soziale Härtesituation** gegeben ist (6 Ob 101/06f; 6 Ob 148/08w), bejaht er bei Geburt eines behinderten Kindes den Ersatz des vollen Unterhaltes (1 Ob 91/99k: Begehren nur des behinderungsbedingten Mehraufwands; 5 Ob 165/05h: Zuspruch des vollen Unterhaltes), somit des normalen Unterhaltes unter einschließlich des infolge der Behinderung anfallenden Sonderbedarfs. Schadenersatzrechtliche Gründe sprechen mE für eine **volle Ersatzfähigkeit**. Die Formel, dass die Grundsätze der Personenwürde und der Familienfürsorge Vorrang vor den Schadenersatzfunktionen und Haftungsgründen haben (6 Ob 101/06f), ist viel zu unwägbar, um einen Haftungsausschluss zu begründen. Wie wenig die „soziale Indikation" in der Praxis greift, belegt die E 9 Ob 37/14b: Bei einer Mutter mit 5 Kindern, die mit ihrem Mann von Sozialleistungen am Existenzminimum lebt, wurde eine „ **ganz außergewöhnliche Belastung** " bzw eine „ **existenzielle Notlage** " verneint, wobei die Abweisung auch auf das unzureichende Vorbringen gestützt wurde. Man fragt sich indes, welche Umstände noch gegeben sein müssen, um den Ausnahmetatbestand bejahen zu können. Sachgerechterwäre es, in solchen Fällen den konkreten Unterhaltsmehraufwand ohne Wenn und Aber nach dem schadenersatzrechtlichen Ausgleichsprinzip zuzubilligen. Die Berechnungsmodalitäten könnten sich an denen des § 1327 bei Tötung eines Unterhaltsschuldners orientieren.

Seite 1786

LexisNexis®

Christian Huber 25.1.2021