

Nebenwirkungen eintreten oder das auch nur zu befürchten sein, ist es Sache des kl Anwalts, das entsprechend vorzutragen, weil sich dieser Umstand im Rah-

men der Globalbemessung schmerzensgelderhöhend auswirkt.

Christian Huber, RWTH Aachen

ZVR 2010/8

§§ 896, 1302, 1304, 1315 ABGB

OGH 20. 1. 2009, 4 Ob 204/08 s (LG Salzburg 4. 8. 2008, 53 R 230/08 t; BG St. Johann/Pongau 21. 4. 2008, 2 C 1487/07 y)

→ Zurechnung des Fehlverhaltens eines Bewahrungsgehilfen im Rahmen des Mitverschuldens nach § 1315 ABGB¹⁾

§§ 896, 1302, 1304, 1315 ABGB

Im Rahmen des Mitverschuldens findet die Zurechnung des Fehlverhaltens eines Gehilfen, dem der Geschädigte seine Rechtsgüter anvertraut hat (Bewahrungsgehilfe), bei deliktischer Schädigung nach den gleichen Grundsätzen statt wie die Zurechnung

des Fehlverhaltens des Gehilfen auf Seite des Schädigers, somit gem § 1315 ABGB bei Einsatz eines untüchtigen oder wesentlich gefährlichen Gehilfen bzw bei einem Auswahl- oder Überwachungsverschulden.

Sachverhalt

[Unfallhergang und Klagebegehren]

Der Kl erlitt am 10. 1. 2007 einen Schiunfall, an dem er, sein Schiführer und der Bekl beteiligt waren. Der 1960 geborene Kl ist seit 1999 fast blind. Er betreibt seit drei Jahren Schisport mit jenem Schiführer, mit dem er am Unfalltag unterwegs war; dieser ist als Schiführer für sehbehinderte und blinde Menschen ausgebildet. Beide sind ein „eingespieltes Team“. Über ein Funksprechgerät erteilt der Schiführer dem Kl die notwendigen Kommandos. Der Schiführer fährt dem Kl in einem Abstand von rd einem Meter, der sich fallweise auch auf bis zu zwei Meter vergrößern kann, voraus.

Der Schiführer nahm den Bekl in einer nicht näher festgestellten Entfernung unterhalb vor sich in der linken Pistenhälfte erstmals wahr, zog daraus den Schluss, dass dieser Schiläufer keine Gefahr für ihn und den Kl bedeute, und schenkte ihm daher kein weiteres Augenmerk mehr. In der Folge kam es zu einer Kollision. Der Kl hatte infolge seiner Erblindung den Bekl nicht sehen können. Er erlitt infolge des Zusammenstoßes erhebliche Verletzungen.

Der Kl begehrt Schmerzensgeld, Kosten für Besuchsfahrten, Heilkosten, Sachschadenersatz, Ersatz pauschaler Unkosten und die Feststellung der Haftung des Bekl für künftige Schäden aus dem Unfall.

[E der Vorinstanzen]

Das ErstG erkannte den Bekl – ausgehend von einem Vermögensschaden des Kl iHv € 10.454,30 und einer Verschuldensteilung 2:1 zu Lasten des Kl – schuldig, € 3.484,77 sA zu zahlen und wies das Mehrbegehren ab.

Das BerG bestätigte dieses U.

Der OHG gab der Rev des Kl Folge und gab dem gesamten Klage-(Leistungs- wie Feststellungs-)begehren mit Ausnahme von € 50,- sA statt.

Aus den Entscheidungsgründen:

[RM-Vorbringen]

Der Kl bestreitet nicht mehr, dass sowohl der Schiführer als auch der Bekl rechtswidrig gehandelt haben; er

macht jedoch geltend, es fehle an einer Rechtsgrundlage, nach der ihm im Rahmen des geltend gemachten deliktischen Anspruchs das Verschulden des Schiführers zugerechnet werden könne. § 1313a ABGB komme auch als analoge Anspruchsgrundlage nicht in Betracht, weil es andernfalls zu einer sinnvoll nicht mehr begrenzbaren Haftung käme; der den Kl begleitende Schiführer sei auch nicht untüchtig iSd § 1315 ABGB. Untzutreffend sei die Beurteilung des Schiführers als „Bewahrungsgehilfe“, habe doch der Kl im Unfallszeitpunkt nicht einmal teilweise die Gewahrsame über ein Rechtsgut ausüben und dessen Verhalten in keiner Weise kontrollieren können. Der Kl habe daher Anspruch auf Ersatz seines gesamten Schadens; davon unberührt bleibe ein allfälliger Rückgriff des bekl Mitschädigers gegenüber dem Schiführer.

[Unterscheidung der Zurechnung des Gehilfenverhaltens im Rahmen des Mitverschuldens bei Vertrag und Delikt]

Im Schrifttum ist allgemein anerkannt, dass das Verschulden von Hilfspersonen auf Seiten des Geschädigten, den kein eigenes Verschulden trifft, nicht schlechthin bedeutungslos sein kann und dass der Geschädigte sich das mitwirkende Verschulden solcher Personen im Rahmen schuldrechtlicher Sonderverbindungen entsprechend § 1313a ABGB entgegenhalten lassen muss. Nach welchen Grundsätzen eine Verschuldensanrechnung jedoch im Bereich der deliktischen Schädigung zu erfolgen habe, ist umstritten.

[Literaturstimmen, die eine umfassende Zurechnung befürworten]

Ehrenzweig (System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Das Recht der Schuldverhältnisse II/1, 58) führt unter Hinweis auf § 254 dBGB ohne weitere Begründung aus, dass dem Beschädigten, der die Verhütung oder Minderung von Schäden anderen überlassen hat, das fremde Verschulden auch außerhalb von Schuldverhältnissen analog zu § 1313a ABGB als eigenes Verschulden angerechnet werden müsse.

Dullinger (Mitverschulden des Gehilfen, Zum Verhältnis zwischen § 1302 und § 1304 ABGB, JBl 1990, 20 ff, 91 ff; Zum Mitverschulden von Gehilfen bei Haf-

1) Siehe Beitrag *Karner* in diesem Heft ZVR 2010/3.

tung ex delicto, JBl 1992, 407 ff) gelangt in einer ausführlichen Untersuchung zum Ergebnis, dass der Geschädigte im Rahmen des § 1304 ABGB gegenüber einem zweiten Schädiger das Mitverschulden seiner Bewahrungsgehilfen unabhängig vom Haftungsgrund und für alle Schadensarten gleichermaßen ohne zusätzliche Anforderungen zu vertreten habe. Als Bewahrungsgehilfen bezeichnet sie Personen, denen der Geschädigte seine Güter bewusst überantwortet hat oder deren er sich zur Wahrnehmung seiner vertraglichen Gläubigerobliegenheiten bedient hat. Eine Einzelanalogie zu §§ 1313 a und 1315 ABGB lehnt diese Autorin ab; eine solche setze voraus, dass die für die Gehilfenzurechnung auf Schädigerseite im Detail maßgeblichen Wertungen auch für den Geschädigten passten, was nicht der Fall sei. Beim Mitverschulden des Geschädigten handle es sich nicht um ein „echtes“ Verschulden, gemeint sei vielmehr eine Sorglosigkeit gegenüber den eigenen Gütern. Entsprechendes müsse auch für das Verschulden der Gehilfen gelten. Die Funktion des Bewahrungsgehilfen unterscheide sich deutlich von dem zielgerichteten Einsatz eines Erfüllungsgehilfen iSd § 1313 a ABGB, der in fremde Rechtsbereiche einwirke und dort gewünschte Änderungen vornehmen solle. Weil das Mitverschulden nicht als etwas „Deliktähnliches“ angesehen werden könne, seien auch die durch § 1315 ABGB zum Ausdruck kommenden Wertungen nicht auf die Geschädigtenseite übertragbar. Es komme somit auf Geschädigtenseite – anders als auf Seiten des Schädigers – zu keiner Differenzierung der Haftung zwischen Erfüllungs- und Besorgungsgehilfen; der Geschädigte müsse sich deren Verhalten in gleichem Maß zurechnen lassen.

Dieser – auch als „Verschärfungsthese“ (vgl. *F. Bydliński*, Gehilfenmitverschulden beim Arbeitgeber und betriebliche Hierarchie, in FS Tomandl [1998] 45, 54) bezeichneten – Auffassung von *Dullinger* haben sich *Jabornegg* (Buchbesprechung von *Kletečka*, Mitverschulden durch Gehilfenhaftung, ÖJZ 1993, 431), *Koziol* (Haftpfllichtrecht I³ Rz 12/64 ff; Die Zurechnung des Gehilfenverhaltens im Rahmen des § 1304 ABGB, JBl 1997, 201 ff) und *Reischauer* (in *Rummel*, ABGB³ § 1304 Rz 7) angeschlossen, *Kerschner* (DHG² § 2 Rz 21) mit der Einschränkung, dass seiner Obliegenheit gem § 1304 ABGB bereits entsprochen habe, wer seine Rechtsgüter (ohne Auswahlverschulden) anderen tauglichen Personen anvertraut.

[Literaturstimmen, die eine nach §§ 1313 a, 1315 ABGB differenzierende Zurechnung befürworten]

Kletečka (Mitverschulden durch Gehilfenverhalten [1991]) hat mit seiner Dissertation neue Gesichtspunkte in die Diskussion eingebracht. Nach der von ihm vertretenen „Gleichbehandlungsthese“ erkenne man bei den Voraussetzungen, die für die Berücksichtigung des Mitverschuldens zum Tragen kämen, dass sich das Mitverschulden stark an den auf Schädigerseite erforderlichen Tatbestandselementen wie Kausalität, Adäquanz, Maßgeblichkeit des Normzwecks und Deliktstfähigkeit orientiere. Daran zeige sich, dass von einer Gleichbehandlung von Schädiger und Geschädigtem ausgegangen werden müsse; die Zurechnungsnormen, die auf Schädigerseite das Entstehen für Drittver-

halten regelten, seien entsprechend auf die Geschädigtenseite zu übertragen. Eine Zurechnung des Bewahrungsgehilfen zum Geschädigten habe daher unter denselben Voraussetzungen zu erfolgen wie auf Schädigerseite, weshalb in beiden Fällen danach zu unterscheiden sei, ob es sich um einen Gehilfeneinsatz im Zusammenhang mit Schuldverhältnissen (dann Zurechnung wie § 1313 a ABGB) oder im deliktischen Bereich (dann Zurechnung wie § 1315 ABGB) handle.

Der Auffassung von *Kletečka* haben sich *F. Bydliński* (Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-RLVorschlag, JBl 1992, 347 ff; Gehilfenmitverschulden beim Arbeitgeber und betriebliche Hierarchie, in FS Tomandl [1998] 45 ff), *Grassl-Palten* (Gehilfenmitverschulden, Fremdsicherung und anderes, JBl 1992, 501 ff) und *Harrer* (in *Schwimann*, ABGB³ § 1304 Rz 30) angeschlossen.

Auch *Karollus* (Gleichbehandlung von Schädiger und Geschädigtem bei der Zurechnung von Gehilfenverhalten, ÖJZ 1994, 257 ff) geht grundsätzlich vom Gleichbehandlungsgebot aus, versteht dieses aber insofern enger als *Kletečka*, als er nur die Grundwertungen der „weiten“ Zurechnung (nach dem Rechtsgedanken des § 1313 a ABGB) oder der „engen“ Zurechnung (in Anlehnung an § 1315 ABGB), nicht aber alle – für die Geschädigtenseite seines Erachtens teilweise nicht passenden – Tatbestandsmerkmale übernimmt. Seine Grundwertung der Gleichbehandlung entspricht dem Modell von *Kletečka*, die für die Feinabstimmung herangezogene Figur des Bewahrungsgehilfen entstammt hingegen den Lehren von *Dullinger* und *Kerschner*. § 1304 ABGB sei Ausdruck der Gleichbehandlung von Schädiger und Geschädigtem. Dieselbe Gleichbehandlung müsse dann auch im Hinblick auf die Zurechnung von Drittverhalten erfolgen, denn eine Norm, die prinzipiell eine Gleichbehandlung anordne, sei auch im Detail soweit als möglich iS einer solchen Gleichbehandlung auszulegen. Eine „spiegelbildliche“ Übertragung der den Schädiger betreffenden Gehilfenhaftungsnormen stoße jedoch an ihre Grenzen, weil die maßgeblichen Fragestellungen auf Schädiger- und Geschädigtenseite durchaus unterschiedlich seien. Beim Schädiger gehe es um die Zurechnung im Hinblick auf die Herbeiführung der pflichtwidrigen Schädigung eines anderen, weshalb man einen Bezug der Gehilfen-tätigkeit zu den einschlägigen Schädigungsverböten herstellen müsse; beim Geschädigten gehe es hingegen um die Zurechnung für die Frage der mangelhaften Bewahrung der eigenen Güter und Interessen. Die spiegelbildliche Übertragung der Begriffe des Erfüllungs- und Besorgungsgehilfen auf die Geschädigtenseite gehe als zu eng am eigentlichen Zurechnungsproblem auf Geschädigtenseite vorbei. Die Mitverschuldensproblematik ziele auf die Bewahrung der eigenen Güter und Interessen, also auf das „Bewahrungsrisiko“, ab, weshalb auch der Kreis der potenziell zurechenbaren Personen nach diesem Ansatz abzugrenzen sei. Die Figur des Bewahrungsgehilfen solle die insoweit nicht passende Zurechnungsfigur des Besorgungsgehilfen ersetzen. Mit der Figur des Bewahrungsgehilfen werde aber nur der abstrakt zurechenbare Personenkreis festgelegt, und nur insoweit seien alle Haftungsfälle im Prinzip gleich zu behandeln. Bei der konkreten Zurechnung sei zu un-

terscheiden: Bestehe eine Sonderbeziehung, werde das Verhalten des Bewahrungsgehilfen stets zugerechnet, bei rein deliktischer Haftung hingegen nur im Fall der Betrauung eines (objektiv) untüchtigen Gehilfen, bei wissentlicher Bestellung eines gefährlichen Gehilfen und – wie § 1315 ABGB allgemein zu ergänzen sei – bei Auswahl- oder Überwachungsverschulden.

[Bisherige OGH-Rsp]

Die Rsp zur Zurechnung des Gehilfenverhaltens im deliktischen Bereich nach Einführung der Erfüllungsgehilfenregelung des § 1313 a ABGB ist spärlich.

In der E 7 Ob 27/91 (SZ 64/140 in RIS-Justiz RS0026815) schloss sich der OGH dem damals herrschenden Schrifttum an und sprach im Anschluss an *Dullinger* aus, dass dann, wenn eine Ware einem Frachtführer übergeben und bei einem Unfall, den ein Dritter und der Frachtführer mitverschuldet haben, zerstört wurde, der geschädigte Eigentümer der Ware gegenüber dem schädigenden Dritten für das Verschulden des Frachtführers im Rahmen des § 1304 ABGB einzustehen habe.

In der E 1 Ob 76/98 b lagen die Voraussetzungen einer Verschuldenszurechnung bei deliktischem Anspruch nach § 1315 ABGB vor, weshalb dort eine Auseinandersetzung mit den im Schrifttum strittigen Fragen des Gleichbehandlungsgebots unterblieb.

E zur Zurechnung von Gehilfenverhalten im Anwendungsbereich des EKHG („Betriebsgehilfenhaftung“; 2 Ob 2136/96 y; vgl auch 8 Ob 68/85 ZVR 1985/33; 2 Ob 194/64 ZVR 1965/65; wN bei *F. Bydliński*, Gehilfenmitverschulden FN 21) werden mit den Besonderheiten dieses Gesetzes begründet.

Der hier zu beurteilenden Interessenlage vergleichbar sind Sachverhalte, bei denen der Schädiger eines Kindes eine Aufsichtsverletzung der Eltern als Mitverschulden des Kindes geltend macht. Nach stRsp muss sich im Fall der Verletzung eines deliktsunfähigen Minderjährigen das verletzte Kind ein allfälliges fehlerhaftes Verhalten des Aufsichtspflichtigen nicht als Mitverschulden zurechnen lassen (RIS-Justiz RS0027026, zuletzt 6 Ob 317/02 i mwN).

Zu erwähnen ist weiters die Rsp, wonach sich der Bauherr das Verschulden der allein in seinem Interesse beigezogenen Bauaufsicht nicht anrechnen lassen muss (vgl RIS-Justiz RS0108535). Bei solchen Sachverhalten wird demnach die Anrechnung eines Mitverschuldens auch für einen Fall der Vertragshaftung ausgeschlossen, welches Ergebnis sich mit dem Pflichtenprogramm der Verträge zwischen dem Bauherrn und den einzelnen Werkunternehmern rechtfertigen lässt: Ist nämlich der Bauherr den einzelnen Werkunternehmern gegenüber vertraglich nicht zur Bauaufsicht verpflichtet, kann ihm ein „Verschulden“ der von ihm eingeschalteten Bauaufsicht auch nicht schaden.

[Bezugnahme auf Gremien, die Vorschläge de lege ferenda machen]

Die mit Vorarbeiten für eine Schadenersatz-Reform beauftragte Arbeitsgruppe (dazu *Apathy*, Die Reform des österreichischen Schadenersatzrechts, VR 2006, 187 ff; *Griss*, Der Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2005, 273 ff; *Reischauer/Spielbüch-*

ler/Welser, Reform des Schadenersatzrechts III, Vorschläge eines Arbeitskreises) hat sich auch mit dem Thema der Gehilfenzurechnung auf Geschädigtenseite auseinandergesetzt. Nach § 1313 Abs 2 ABGB idF des von der Arbeitsgruppe 2005 vorgelegten Entwurfs wird nur das Fehlverhalten von Personen zugerechnet, denen der Geschädigte die geschädigten Güter anvertraut hat (Bewahrungsgehilfe), sofern es sich dabei um keinen selbständigen Unternehmer handelt. Ob aber der Bewahrungsgehilfe dem Geschädigten uneingeschränkt oder nur unter den Voraussetzungen des § 1315 ABGB zugerechnet werden soll, blieb in der Arbeitsgruppe umstritten.

[Festschreibung der Gleichbehandlungsthese, Ablehnung der Verschärfungsthese]

Der Senat ist (im Anschluss an *Kletečka, Karollus* und *F. Bydliński*) der Auffassung, dass für das geltende Recht allein die Gleichbehandlungsthese methodisch vertretbar ist. Deren Begründung liegt in § 1304 ABGB, welche Bestimmung das dort eindeutig geregelte eigene Verschulden des Geschädigten „gegen sich selbst“ gleich gewichtet wie das „echte“ – mit Rechtswidrigkeit verbundene – Verschulden auf Schädigerseite; Gleiches gilt für § 11 Abs 1 Satz 2 EKHG im Zusammenhang mit der Gefährdungshaftung, wo die dortigen besonderen Zurechnungsgründe (außergewöhnliche oder gewöhnliche Betriebsgefahr) auf beiden Seiten des Schadenersatzverhältnisses ganz gleichmäßig beachtet werden. Fehlt es demnach im Gesetz und den erkennbaren Gesetzeszwecken an einem tragfähigen Anhaltspunkt dafür, dass es bei der Zurechnung der „persönlichen Sphäre“ der Beteiligten, also bei der Zurechnung ihrer Gehilfen, grundsätzlich ganz anders als gleichmäßig zugehen sollte, kann die Gesetzeslücke bei der Gehilfenzurechnung auf Geschädigtenseite aufgrund der bei den verwandten Zurechnungsfragen unzweifelhaften Gleichbehandlungsmaxime des Gesetzes nur im selben Sinn der Gleichbehandlung geschlossen werden. Dies entspricht auch dem Gleichmaßgedanken der Gerechtigkeit (*F. Bydliński*, Gehilfenmitverschulden 58 ff).

Notwendige Folge der gebotenen Gleichbehandlung von Schädiger- und Geschädigtenseite ist die Unterscheidung von Schädigung im Schuldverhältnis und Schädigung außerhalb eines solchen auch für die Gehilfenzurechnung. Im ersten Fall besteht für beide Seiten eine Sonderbeziehung, die eine auf Erfüllung und Sorgfalt ausgerichtete Vertrauenslage des Kontaktpartners begründet und besonders schutzwürdig ist (*F. Bydliński*, aaO 49 f), weshalb dem Geschädigten das Verhalten seiner Gehilfen idR (analog § 1313 a ABGB) zuzurechnen ist. Außerhalb eines Schuldverhältnisses muss sich der künftig Geschädigte bei Einschaltung einer Hilfsperson deren Verschulden nur dann (analog § 1315 ABGB) wie eigenes anrechnen lassen, wenn die Hilfsperson habituell untüchtig ist oder der Geschädigte deren Gefährlichkeit kennt, sowie bei Auswahl- oder Überwachungsverschulden (*Karollus*, aaO 261).

[Resümee]

Die voranstehenden Erwägungen lassen sich in folgender Weise zusammenfassen: Im Fall einer deliktischen Schädigung kann dem Geschädigten, den kein eigenes Verschulden trifft, das für den Schadenseintritt mitwir-

kende Verschulden von Hilfspersonen, denen der Geschädigte seine Güter bewusst überantwortet hat („Bewahrungsgehilfen“), jedenfalls dann nicht wie eigenes Verschulden angerechnet werden, wenn die Voraussetzungen des § 1315 ABGB nicht vorliegen.

Im Anlassfall fällt dem nahezu blinden Kl kein eigenes Verschulden am Unfall zur Last. Fest steht auch, dass der ihn im Unfallszeitpunkt begleitende Schiführer eine Ausbildung als Schiführer für sehbehinderte und blinde Personen besitzt. Unter diesen Umständen muss

sich der Kl nach den zuvor dargestellten Grundsätzen das mitwirkende Verschulden des Schiführers am unfallkausalen Schaden des Kl nicht zurechnen lassen. Da sich die Anteile von Schiführer und Bekl an den Verletzungen des Kl nicht bestimmen lassen, haften beide gem § 1302 ABGB solidarisch für den gesamten Schaden; davon unberührt bleibt der Rückgriff zwischen ihnen (§ 896 ABGB). Auf die in der Rev ebenfalls aufgeworfene Frage der Verschuldensteilung kommt es damit hier nicht an.

Anmerkung:

1. Der OGH hat in einer GrundsatzE die in der Literatur heftig umstrittene Frage der Zurechnung des Fehlverhaltens des Bewahrungsgehilfen im Rahmen des Mitverschuldens iS der Ablehnung der **Verschärfungsthe**se und der Befürwortung der **Gleichbehandlungsthe**se entschieden. Es ist beeindruckend, wie viele Autoren(-innen), namentlich aus dem Umfeld der *Bydlin-ski*-Schule, sich zu dieser Frage geäußert haben, wobei es zu der raren Erscheinung kommt, dass die Altmeister *Bydlin-ski* und *Koziol* eine unterschiedliche Auffassung vertreten. Der OGH hat – neben einer fast schon rechtsgeschichtlich anmutenden Bezugnahme auf *Ehrenzweig* – in der E alle diese Stimmen berücksichtigt und erwogen. Ja, er hat sogar auf die Arbeiten zur laufenden Schadenersatzreform Bezug genommen! Und er ist schlussendlich zum Ergebnis gekommen, dass bei deliktischer Schädigung auf Geschädigtenseite „nichts Anderes“ gelten könne als auf Schädigerseite.

2. Illustrativ könnte sein, sich vor Augen zu führen, um **weil** zentrale Frage es in **Wahrheit** geht, dass sich so viele gelehrte Köpfe dazu literarisch geäußert haben. Anhand des vorliegenden Sachverhalts sei das verdeutlicht: Dass letztendlich der Gehilfe und der Drittschädiger den Schaden im Verhältnis 2:1 zu tragen haben werden, dürfte völlig außer Streit sein. Worum allein gerungen wird, das ist die Frage, ob der Geschädigte wegen der in der Praxis nur ausnahmsweise greifenden Zurechnung des Fehlverhaltens des Gehilfen nach § 1315 ABGB gegen den **Drittschädiger** einen **ungekürzten Anspruch** erheben kann – so der OGH – oder der Geschädigte sich beim Anspruch gegen den Drittschädiger eine **Anspruchskürzung** gefallen lassen und den **Rest vom Gehilfen** ersetzt verlangen muss.

3. Das vom **OGH** erzielte **Ergebnis** führt zu **größeren** **Komplikationen**. Der Drittschädiger muss zunächst in vollem Umfang leisten und kann dann – hoffentlich noch innerhalb der Verjährungsfrist – Regress beim Gehilfen nehmen. Sollte der Gehilfe im Innenverhältnis zum Geschädigten den vom Drittschädiger auf

ihn überwältzten Anteil nicht endgültig tragen müssen, was gerade beim Arbeitsverhältnis häufig vorkommen wird, dann ist für die endgültige Schadenstragung ein weiterer Regressanspruch erforderlich. Wäre das Gehilfenverschulden beim Anspruch des Geschädigten gegen den Drittschädiger umfassend zu berücksichtigen, könnte der Drittschädiger seine Einstandspflicht von vorneherein auf das Ausmaß beschränken, das er letztlich tragen muss; und der Geschädigte muss für den Rest den Gehilfen belangen oder bei einem besonderen Verhältnis den Schaden selbst tragen. Der vom **OGH** **gewählte Weg** eröffnet dem **Geschädigten** die **bequemere** **Anspruchsdurchsetzung** und bewahrt ihn vor der Tragung des **Insolvenzrisikos seines Gehilfen**. Man wird schwerlich behaupten können, dass dieses Ergebnis sachgerecht ist. Im Deliktsrecht kann zwar einer von mehreren Schädigern niemals darauf vertrauen, dass der Mitschädiger solvent ist und damit der Rückgriffsanspruch erfolgreich ist. Wenn es schon um eine wertungsmäßige Abwägung geht, dann sprechen aber gute Gründe dafür, das Insolvenzrisiko dem zuzuweisen, der den betreffenden Schädiger ausgesucht hat.

4. Der OGH hat durch die umfassenden Belegstellen aus Lit und Judikatur eine richtungweisende E treffen wollen – und womöglich auch getroffen. Er hat in dieser E betont, dass der diesem am nächsten liegende Sachverhalt der war, bei dem es um die Verletzung eines Kindes und eine Aufsichtsverletzung der Eltern gegangen ist. Womöglich hat er dabei einen **maßgeblichen Gesichtspunkt übersehen**: Ein Kind sucht sich seine Eltern niemals aus, weshalb es folgerichtig ist, dass es einen ungekürzten Anspruch gegen den Drittschädiger hat. Selbst bei einem fast blinden – volljährigen – Schiführer ist das freilich anders. Womöglich wäre dieses ohne weiteres nachvollziehbare tertium comparationis viel naheliegender gewesen als der „Gleichmaßgedanken der Gerechtigkeit“, aus dem sich für die praktische Rechtsanwendung selten konkrete Rechtsfolgen ableiten lassen werden.

Christian Huber, RWTH Aachen