

ABGB

Taschenkommentar

mit EheG, EPG und EKHG

herausgegeben von
em. o. Univ.-Prof. Dr. Michael Schwimann

 LexisNexis®

Die LexisNexis-Gruppe weltweit

Australien	LexisNexis, CHATSWOOD, New South Wales
Benelux	LexisNexis Benelux, AMSTERDAM
China	LexisNexis China, PEKING
Deutschland	LexisNexis Deutschland GmbH, MÜNSTER
Frankreich	LexisNexis SA, PARIS
Großbritannien	LexisNexis Butterworths, a Division of Reed Elsevier (UK) Ltd
Hongkong	LexisNexis Hong Kong, HONGKONG
Indien	LexisNexis Butterworths Wadhwa Nagpur, NEU DELHI
Irland	Butterworths (Ireland) Ltd, DUBLIN
Italien	Giuffrè Editore, MAILAND
Japan	LexisNexis Japan, TOKIO
Kanada	LexisNexis Canada, MARKHAM, Ontario
Korea	LexisNexis, SEOUL
Malaysien	Malayan Law Journal Sdn Bhd, KUALA LUMPUR
Neuseeland	LexisNexis NZ Ltd, WELLINGTON
Österreich	LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, WIEN
Polen	Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis Ltd., WARSCHAU
Singapur	LexisNexis Singapore, SINGAPUR
Südafrika	LexisNexis Butterworths, DURBAN
Ungarn	HVG-Orac, BUDAPEST
USA	LexisNexis, DAYTON, Ohio

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7007-4575-4

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, Wien
<http://www.lexisnexus.at>
Wien 2010
Best.-Nr. 31.73.01

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Fachbuch trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Herausgebers, der Autoren oder des Verlags ausgeschlossen ist.

Druckerei: Ferdinand Berger & Söhne GesmbH, 3580 Horn, Wiener Straße 80

§ 1307. Wenn sich jemand aus eigenem Verschulden in einen Zustand der Sinnesverwirrung oder in einen Notstand versetzt hat, so ist auch der in demselben verursachte Schaden seinem Verschulden zuzuschreiben. Eben dieses gilt auch von einem Dritten, der durch sein Verschulden diese Lage bei dem Beschädigter veranlasst hat.

Um Schadenersatz beanspruchen zu können, ist Verschulden des Schädigers nötig; am Verschulden fehlt es, wenn der Schädiger zum Zeitpunkt der Tat zurechnungsunfähig ist. Die Zurechnungsunfähigkeit kann auch durch einen „Zustand der Sinnesverwirrung“ – also vor allem Alkohol-, Drogen- und Medikamentenmissbrauch – herbeigeführt werden. Es belastet den Schädiger, wenn er sich durch eigenes Verschulden in einen solchen Zustand versetzt. § 1307 regelt somit einen Fall der Einlassungsfahrlässigkeit. Nach § 1307 S 2 ist auch ein Dritter schadenersatzrechtlich verantwortlich, wenn er die Sinnesverwirrung beim Schädiger schuldhaft herbeiführt.

Nach hA ist es nicht erforderlich, dass der Schädiger (bevor er sich in den Zustand der Sinnesverwirrung versetzte) die Gefährdung fremder Güter voraussehen konnte (2 Ob 380/70; 7 Ob 49/88: Alkoholisierter händigt Fahrzeugschlüssel an alkoholisierte Person aus).

Das Verschulden, das schadenersatzpflichtig macht, ist daher nur im Hinblick auf das Herbeiführen des Zustandes der Sinnesverwirrung notwendig. Beim Mitverschulden soll aber die Vorhersehbarkeit nach hA eine Rolle spielen (etwa 8 Ob 200/64; 2 Ob 380/70: jeweils auch zum Mitverschulden von alkoholisierten Geschädigten – Fahrzeuglenker bzw. „hinausbeförderter“ Wirtshausgast); vgl ferner ZVR 1989/24; 1985/30. Verschulden könnte allenfalls dann ausgeschlossen werden, wenn das erste Mal berauschende Substanzen zu sich genommen werden oder (in ihrer Kombination) die Wirkung – etwa aufgrund Unverträglichkeit – nicht bekannt war. Befand sich die sinnesverwirrte Person in einer Notstandslage, so ist – entgegen dem Wortlaut des § 1307 – zu differenzieren: Bei leichter Sorglosigkeit am Zustand der Sinnesverwirrung und einer massiven Gefährdung der zu rettenden Güter führen trotzdem zur Haftungsfreiheit infolge eines rechtfertigenden Notstands (hL).

Hat sich der Geschädigte selbst in einen Zustand der Sinnesverwirrung versetzt, wendet die Rspr § 1307 auch auf den Geschädigten an (s Rspr bei Rz 3).

§ 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.

Zielsetzung der Norm ist der besondere Schutz Deliktsunfähiger. Das sind Unmündige, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 153), 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).

Unter Veranlassen ist die **typische 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). § 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 anzu-

wenden, 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 Nichtversperren einer Hütte und dem Entfachen eines Feuers durch Kinder (SZ 52/168), dem Unterlassen einer ständigen Beaufsichtigung eines 8-jährigen Kindes im Freien (JBI 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).

§ 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.

- 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 § 333 ASVG 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 3 ASVG 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 §§ 44, 144, 146 ABGB, also **kraft Gesetzes**, zur Obsorge verpflichtet. Bei Schülern besteht gegenüber dem Schulerhalter bzw den Lehrern gem § 51 SchUG ein **öffentlich-rechtliches Unterordnungsverhältnis**. Ein solches ist auch in Bezug auf Strafgefangene, die gem § 21 StGB 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 (10 Ob 2441/96k; OLG Linz EF 93.542 ff) oder durch außerschulische Kinderorganisationen. 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 n
für eine t

Ma
Verpflich
Deliktsu
Anspruch
Deliktsu
Obsorgej

Die
fahren u
Beren Ki
wicklung
Spielen i
örtlichen
aufsichti
nicht nu
von vers
werden (

Für
le zu: Je
Spontan
bung. In
bei einer
ße lief u
das Kind
vorher v
sein. Da
zum Zei
Aufsich
Einstand
ist aber
pflicht d
des Sch
Kfz-Ha
Innsbru
der Auf
Kind ha
gesetzt
Bei wie
10-Jähr

D.
sichtsp
1998/1.
Arbeite
können)
wenn d
pflgebe
hat der
wirtin,
Sicher

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).

Maßgeblich ist, dass durch eine **schuldhaft**e Sorgfaltspflichtverletzung des zur Obsorge **3** **Verpflichteten** bei einem Dritten ein Schaden verursacht wird. Dass der zur Obsorge anvertraute Deliktsunfähige bei Bestehen voller Deliktsfähigkeit für den Schaden eintreten 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.

Die Erziehung von Kindern steht im Spannungsverhältnis zwischen der **Abwehr von Ge-** **4** **fahren** 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 grundsätzlich das Spielen im Freien erhalten bleiben (ZVR 1982/109; ZVR 1990/156), jedenfalls dann, wenn es die örtlichen Verhältnisse irgendwie gestatten. Ein $8\frac{1}{2}$ -Jähriger darf sich daher grundsätzlich 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.

Für das Ausmaß der Obsorgeverpflichtung kommt dem **Alter des Kindes** eine zentrale Rol- **5** **le** zu: Je jünger das Kind, umso umfassender die Pflicht. Kleinkinder neigen nämlich häufig zu Spontanreaktionen (2 Ob 110/98k; OLG Linz EF 93.544), insbesondere 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 hat, 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 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).

Das Ausmaß der gebotenen Sorgfalt ist aber auch von Umständen aus der **Sphäre der Auf-** **6** **sichtspflichtigen** 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-jäh-

rigen Tochter verboten hat, den Spielplatz hinter dem Haus zu verlassen, Hausarbeiten verrichtet und sich um die ½-jährigen Zwillinge, aber 1½ Stunden nicht um 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 Kindergärtnerinnen, die stets eine Mehrzahl von Kindern beaufsichtigen, werden wegen deren Ausbildung und dem daraus abgeleiteten Maßstab als Sachverständige iSd § 1299 mitunter strengere Anforderungen gestellt (10 Ob 2441/96k: Einstandspflicht aber in concreto abgelehnt, weil – gem 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 (OLG Wien EF 100.742: Bobfahren nur in einem bestimmten leicht befahrbaren Park); 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. Ein Verletzung dieser wurde angenommen, wer 11- bis 13-Jährige mit 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. 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 vorausschauend 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 (zur entsprechenden eingeschränkten Zurechnung von Gehilfen bei Schädigung desjenigen, dem gegenüber der Aufsichtspflichtige zur Obsorge verpflichtet war, s § 264 Abs 2).

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 der Drittschädiger

verantwort
sacht hat.
läuft auf d
führt nicht
schädiger
ben dem A
Regressan
Lenkers in
als der Sor
lich spielt
steht, die

In de
bensjahr
dafür auf
handelte
einen Pol
Schuss lö
gen die A
ein Verste
einem Ki
analogen
zwischen

Der
sowie de
weislast,
84.470).
müssen,
pflichtige
folgsame
die Elter
ersatzans
Ersatzpfi
zwischen
verschw
Fähigkei
kommer
iSd § 12
vornehe

Di
hältniss
charakt
der Rec
zulässig
besonde

§
Richte
seines
den zu
digung

verantwortlich ist, sondern auch eine schuldhaftige 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 – solidarisch neben dem Aufsichtspflichtigen – in vollem Umfang einzustehen; in Betracht kommt allenfalls ein Regressanspruch des Drittschädigers gegen die Aufsichtsperson, wobei das Verschulden des Kfz-Lenkens in Kombination mit der Gefährlichkeit des Fahrzeugs idR 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.

In der Lit wird eine **entsprechende Anwendung des § 1309 bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres** befürwortet, weil die Erziehungspflicht gem § 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 gem der analogen Anwendung des § 1309 bejaht wurde, dürfte die in der Lit bejahte solidarische Haftung zwischen Kind und Aufsichtspflichtigem ein eher akademisches Problem sein.

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 vorneherein nicht in Betracht.

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. Der Judikatur der OLG hat deshalb bei § 1309 besondere Bedeutung.

§ 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 Bschädigers

richtet
ZVR
ntwor-
siko
6k:
ig von
ipp-
die
daraus
ellt
igen
stzung
s ner
leicht
invor-
52;
rkeh-
cheid
er je-
ger
ver
gbar-
ste
ei-
igen
19
ht
der
uit
er
-als
es
er
eht
i-
ung
n
ien,
4,
1
er-
zu
xis

und des Beschädigten, auf den ganzen Ersatz, oder doch einen billigen Teil desselben erkennen.

- 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 deliktsfähig wäre (2 Ob 40/93; 7 Ob 55/99k). 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).
- 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 Deliktsfähigen 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 auch bei Einstandspflicht eines Dritten, der nicht Aufsichtspflichtiger ist, befürwortet; offen ist, ob der Deliktsunfähige auch bei Erfolglosigkeit der Durchsetzung des Anspruchs gegen diesen eintreten muss.
- 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 3 ASVG 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 Deliktsunfähigen gem § 1310 bejaht** (OLG Wien EF 87.350), was insbesondere bedeutsam ist wegen des Bestehens eines Schmerzensgeldanspruchs. Das ist fragwürdig, weil durch die §§ 333 ff ASVG eine abschließende Haftungsprivilegierung gewollt ist, die zivilrechtliche Schadenersatzansprüche

gerade auss
bedenklich

Unge
wenn ihm :
ist diese 1.
7. Lebensja
genommen h
gemacht; b
keitsgrenze
ausnahmsv
dem Fahr
abfahrende
Seitenabst
in Betrieb
die – oft l
Erfahrung
eigentlich
geblich ist
diese ein !

Die
dazu kein
gegenübe
wäre, ver
Deliktsun

Die
zung des
diger, we
Schaden
das Verr
Eltern de
geld und
ganz ein
digten g
(4 Ob 21
pflichtve
Erst wei
zwische
Praxis v
im Rahr
Anspruc

In
lich dar
Einstan
dem Tr
sicheru
Es ist a
vom M
betroffi
Decku
geschö
gent

gerade ausschließen sollte, mag die Versagung des Schmerzengeldanspruchs rechtspolitisch auch bedenklich sein.

Ungeachtet seiner Deliktsunfähigkeit wird eine Einstandspflicht des Schädigers bejaht, **5** wenn ihm **ausnahmsweise doch ein Verschuldensvorwurf** gemacht werden kann. Bedeutsam ist diese 1. Variante des § 1310 namentlich 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). Bejaht wurde ein ausnahmsweises Verschulden, wenn ein 9-Jähriger einen 7-Jährigen auf einer Wohnstraße mit dem Fahrrad niederstößt (2 Ob 346/97); ein 12-Jähriger einen Gleichaltrigen gegen einen eben abfahrenden Bus stößt (OLG Graz ZVR 1993/103); 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.

Die 2. Variante der Unterlassung der Verteidigung spielt in der Praxis keine Rolle. Es gibt **6** 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.

Die in der Praxis bedeutsamste Variante ist die der **Tragfähigkeithaftung**. Eine Überwäl- **7** zung 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. Zum Vermögen zählt nicht nur das Vermögen, sondern auch das Einkommen; freilich nur das jeweils eigene, nicht auch das der Eltern des Deliktsunfähigen. Maßgeblich sind nicht nur Vermögensposten; auch das Schmerzengeld und dann selbstverständlich auch eine Verunstaltungsentschädigung sind einzubeziehen. 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; 4 Ob 65/99h; 7 Ob 200/98g) 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 zwischen Geschädigtem und Schädiger ausgetragen, sondern im Rahmen eines Regressanspruchs zwischen Versicherungsträgern; durch eine Zession wird der Anspruch nicht verändert.

In der Lit ist das kritisiert worden: Die Funktion einer Haftpflichtversicherung liege näm- **8** lich 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 Schmerzgeld ab; sie kann zudem als Schadens- oder Summenversicherung ausgestaltet sein (4 Ob 2107/96y). Während eine Schadensversicherung sowie gesetzliche Ansprüche gegen einen Sozialversicherungsträger einzubeziehen sind, weil es insoweit bloß zu einer Schadensverlagerung mit einem korrespondierenden Regressanspruch des Versicherers kommt, bleibt eine Summenversicherung ausgeklammert. Bei dieser ist für die Ersatzleistung nicht der – konkrete zivilrechtliche – Schaden maßgeblich, was auch bei Sozialversicherungsleistungen 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 – erkaufte 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 den gesamten sachlich kongruenten Schaden deckt, den der Deliktsunfähige ersetzen müsste, wenn er deliktstüchtig wäre, hat eine Aufteilung im **Verhältnis der Deckungshöchstsummen** stattzufinden (7 Ob 200/98g; 7 Ob 303/99p; ausdrückliches Abgehen 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.
- 11 Auch im Rahmen der **Tragfähigkeitshaftung** führt ein **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. Es wäre mE wenig konsequent, dass bei Fehlen jeglichen Verschuldens des Deliktstüchtigen bei der Tragfähigkeitshaftung dieser bei Mitverschulden des Geschädigten so behandelt wird, als läge ein normales Verschulden – leichte Fahrlässigkeit – eines voll Deliktstüchtigen 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 Deliktstüchtige 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 Jahren sowie 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

Betragsbesch
ckungssumme

§ 1310
pflichtig ist.
Mitverschul
einer von m
schlussendli
Das zur Ein
(Mit-)Versch
eines Delikt
der Verkehr
wird kaum
Rspr hingeg
Kind, das h
Fahrbahnra
streng war,
eines Kind
Abs 2 BGE

§ 13
ereignet. I
das den z
fremde G
wäre.

An c
digte den
sacht wur
einer Sch
Schaden
dann bei
satzpflich
ten verur
schuldha
casus-mi
mehr als
Bedeutu

Im
zu umsc
Eigentur
indiziert
beschri
Handlur
-verbote
führt ein
Handel
Schutz
jeweilig
Bedeut

Betragsbeschränkung der Haftung gem § 15 EKHG eher an Grenzen stößt als die – höhere – Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung.

§ 1310 regelt den Fall, dass der Deliktsunfähige als Schädiger ausnahmsweise einstands-¹⁴ pflichtig ist. Die darin zum Ausdruck kommende Wertung ist aber 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: 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. Bei älteren Kindern ist die österreichische 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) 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 legislative Anordnung (§ 828 Abs 2 BGB) ausgeschlossen.

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.

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).¹

Im Deliktsrecht gibt es grundsätzlich zwei Regelungstechniken, um rechtswidriges Verhalten² 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 1 StGB (6 Ob 147/99g: Einbruchsdiebstahl). 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 Ver-**

mögens 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 § 146 StGB (5 Ob 537/94), ein Vermögensschaden infolge gefährlicher Drohung gem § 107 StGB (ZVR 1998/138) oder Defizite bei der Einbringlichkeit einer offenen Forderung infolge eines Kridadelikts (§ 158 StGB). 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).

- 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 GesGeb. 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). 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), **ÖNormen**, sofern sie durch ein Gesetz nicht für verbindlich erklärt worden sind (ZVR 1984/17), eine **Empfehlung** des Verbandes der Sportartikelhersteller und Sportausrüster Österreichs (1 Ob 2051/96), eine **Richtlinie** betreffend die Einstellung von Sicherheitsbindungen (1 Ob 2139/96g). 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 beliebigen 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 teleologischen 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. Dabei stellt sich die Frage, ob es auf die **Motive des jeweiligen Gesetzgebers** ankommt oder die eines **vernünftigen Gesetzgebers**. Wie es im Vertragsrecht die ergänzende Vertragsauslegung 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 vernünftig wollte. Eine (des-)GesGeb ÖJZ 1960/12 Ziel des Schu bei Verletzung 8 Ob 125/ Hunde kein S und dabei ge

Will ei zugunsten de Rahmen der dass der Ein flüchteten G bloß aus ein ist keine Vo auf Vornahn ist aber mit Rechte eing mehreren G zes ist scho Miniraketer halb eine S **Baurechtli** in Bezug a es nun Ben **Flächenwi** folger gesc (SZ 55/19 ff oö ROC Eingrenzu zum Besit Zerstörung § 1311 ist hung des die Ausgr ein Ausscl

In B dikatur. A bedeutsar (zB § 50 Abschlep an, dass s 143/99i). kritisiert dienen sc Entsprec gem § 24 das erlat Gefahr v ken woll

...igten, ohne Beeinträchtigung gem § 146 StGB (ZVR) eines Kridadehligte wenigstens auf beweism es zu einer R 18 f).

Schutzgesetz (SZ 69/8; Virid durch allgemeinen Geschäden

dingt um ein Sinn, also es sich um SZ 69/188; es Wiener nachung solqualität eines siert (1 Ob ter Bescheid f einen Drit- weisungen, bleiben.

rgungsun- was von der izufahren ist worden sind vortaurüster tsbindungen sanforde- gesetz. Eine eres gilt bei e Verord-

adens bei Leser Ein- eichem Be- litzzusam- z bloß die schützt wer- Schäden, wie Motive Wie es im g lung ver- tren hätten, ss 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-)GesGeb eine eingeschränkte Gesetzgebungskompetenz hat (dazu die in der Lit kritisierte EÖJZ 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; gegenteilig 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).

Will eine Norm **bloß die Allgemeinheit** schützen, handelt es sich um kein Schutzgesetz 7 zugunsten des **einzelnen Geschädigten** (SZ 61/189; 1 Ob 8/95), was besonders bedeutsam ist im Rahmen der Amtshaftung (1 Ob 55/95). Erforderlich ist für die Qualifikation als Schutzgesetz, dass der Einzelne immerhin mitgeschützt sein soll (1 Ob 247/98z: Brandstiftung durch einen geflüchteten Geisteskranken); nicht ausreichend ist hingegen, wenn sich der Schutz des Einzelnen bloß aus einer Reflexwirkung ergibt (1 Ob 148/02z; 1 Ob 108/04w). 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 mitunter davon abhängig, dass dem Betreffenden entsprechende subjektiv-öffentliche Rechte eingeräumt worden sind (1 Ob 20/93). Mitunter ist die Erlaubtheit 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) als auch die körperliche Integrität, seien es nun Benutzer, Arbeiter, Besucher, Nachbarn oder Passanten (SZ 60/177; 1 Ob 253/02s). 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 Schutzgesetzes iSd § 1311 ist mE wenig überzeugend (anders auch 1 Ob 48/00s zu § 1 NÖ AuskunftsG: Einbeziehung des Hypothekargläubigers bei Vorlage einer Baulandbestätigung). Das gilt umso mehr für die Ausgrenzung dinglich Berechtigter, wie etwa einen Hypothekargläubiger, denen ja immerhin ein Ausschnitt des Eigentums zusteht.

In Bezug auf die sachliche Reichweite von Schutzgesetzen gibt es eine unübersehbare Ju- 8 dikatur. An dieser Stelle können nur wenige 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). Der OGH nimmt häufig an, dass sie vor **allen in Betracht kommenden Gefahren** schützen wollen (2 Ob 333/97b; 2 Ob 143/99i). 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). 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. 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).

- 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: Verkauf eines Fahrzeugs zu einem bestimmten Kaufpreis). 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).
- 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 Abschränkung). Auch soll sich ein Bauwerber darauf verlassen dürfen, dass bei Erstellung des Flächenwidmungsplanes allgemeine Anforderungen an gesunde Arbeits- und Wohnverhältnisse berücksichtigt werden, dass Gelände nicht unbenützbar durch Altlasten kontaminiert ist oder in der Gefahrenzone (Hochwasser- und Lawinengefahr) liegt (1 Ob 158/06k zu § 12 Abs 1 Krt 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). 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; gegenteilig zu JBl 1989, 307 § 38 TirBauO und 4 Ob 2079/96f zu § 40 oöBauO, wonach der Bauführer auch für Sicherheitsvorschriften zu sorgen hat).
- 11 Auch wenn durch BGBl 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).
- 12 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 der GmbH (8 Ob 141/99i; 5 Ob 262/01t; 4 Ob 89/04y).
- 13 Die §§ 158 f StGB sollen die **Gläubiger vor ungleicher Befriedigung schützen** (3 Ob 278/02g; 1 Ob 134/07y). 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 Ein-

schluss des dem Gläubiger ein solcher (4 Ob 31/0 des Schuldensinteresses, so Vorleistung sich der Sozialzielten Ins der Ersatz abhängig der Sozialweiterbespartner be selbst ode eine insol Aktivlegit wirkungesel ist ein eingeschr bedingt v nichtende die Straft altem Re Schadene Abs 2 K verhalten 2339/96f nen Konl infolge e Konkurs

Als die Ident einer To kasse, al eines fal

Ge raten zu beschei schaftsv ein Steu grupper

Zu gegen v zur Rü widrigk von De 52/06k Aussag ten zur

schluss des faktischen Geschäftsführers 8 Ob 124/07d), der die 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 Zustandekommen 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 § 159 StGB** durch BGBl 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 KO 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 durch BGBl I 2003/92 eingeführten § 69 Abs 5 KO können Konkursgläubiger Schadenersatzansprüche wegen einer Verschlechterung der Konkursquote infolge einer Verletzung der Pflicht nach § 69 Abs 2 KO erst nach Rechtskraft der Aufhebung des Konkurses geltend machen (8 Ob 108/08b).

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). 14

Gem § 3 Abs 2 Z 5 WTBG 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. 15

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). Entsprechendes gilt für die Aufwendungen von Detektivkosten, um eine – zunächst – bestrittene ehewidrige Beziehung nachzuweisen (4 Ob 52/06k). Eine entsprechende Pflicht zur Wahrheit besteht gem §§ 288 f StGB 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 16

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 § 175 StPO 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). 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).

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**: In Bezug auf die Kausalität wird bei Nachweis der Übertretung des jeweiligen Schutzgesetzes vermutet, dass beim Geschädigten ein entsprechender Schaden eingetreten ist. Dem **Schädiger** wird der **Gegenbeweis** aufgebürdet, dass der Schaden bei vorschriftsgemäßigem Verhalten ebenfalls (2 Ob 290/99g; 8 Ob 141/99i) bzw in diesem Ausmaß eingetreten wäre (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), was auf einen auch von der Lit gebilligten **prima-facie-Beweis** hinausläuft (so ausdrücklich 6 Ob 174/99g; 8 Ob 42/07w).

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), 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). Eine solche Entlastung gelingt selten (so ausnahmsweise in 1 Ob 16/00k). 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 Un
des Sachver
Bedeutsam
cherheiten t
Lit für eine

§ 131
Schade, we
dern, der n
auch in die
den in Rec

§ 131
men hat, i
das Gegen
ten.

S 1 s
antwortlic
nahmsweis
dem Gescl
den Schad
ter, Gesch
geschädigt
Innenverf
Regresssch
ternehmer.
des ABGE
Unter dem
geber mög

Wer
dungshaf
§§ 149, 15
besonders

§ 13
Geschäft
lich hafte
renden Se
(§§ 1302,
ist zB dan
die höher
Gehilfen
Ein diesb
896 ist in
dem info
den Dritt
bei einen
herrn, ko

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.

§ 1312. Wer in einem Nothfalle jemanden einen Dienst geleistet hat, dem wird der Schaden, 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.

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.

S 1 stellt die selbstverständliche Regel auf, dass **jeder grundsätzlich 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 Gehilfen in Betracht. Unter dem Regime des DHG ist auch ein Regressanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber möglich, wenngleich in der Praxis selten.

Wer **Gehilfe** ist, ist in den §§ 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.

§ 1313 regelt den **Regressanspruch wegen eines Verstoßes im Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen**. Wenn dem Dritten neben dem Geschäftsherrn der Gehilfe zusätzlich haftet, zumeist aus Delikt, etwa bei Beschädigung oder Zerstörung der dem Dritten gehörenden Sache, ergibt sich ein Regressanspruch zusätzlich aus den Regeln über die Solidarschuld (§§ 1302, 896). Der Regress aus dem Innenverhältnis kann aber umfangmäßig weiter reichen. Das ist zB dann der Fall, wenn der Geschäftsherr dem Dritten eine Konventionalstrafe versprochen hat, die höher ist als der konkrete Schaden des Dritten. Eine Solidarschuld von Geschäftsherrn und Gehilfen gegenüber dem Dritten besteht dann nur im Ausmaß des geringeren konkreten Schadens. Ein diesbezüglicher Regressanspruch des Geschäftsherrn gegenüber dem Gehilfen gem §§ 1302, 896 ist insoweit begrenzt. Der Regressanspruch gem § 1313 orientiert sich dem gegenüber an dem infolge der Konventionalstrafe zu zahlenden höheren Ersatzbetrag des Geschäftsherrn an den Dritten. Besteht keine direkte Einstandspflicht des Gehilfen gegenüber dem Dritten, so etwa bei einem reinen Vermögensschaden des Dritten infolge einer 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).

- 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. Anspruchsgrundlage wäre 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).
- 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 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 keine Regressfrage – der Geschäftsherr hat keinen Schaden erlitten. Führt der mit dem Dritten geführte Prozess jedoch zum Ergebnis, dass dem Dritten ein Schadenersatzanspruch zusteht, ist das Vermögen des Geschäftsherrn zusätzlich mit den **Verfahrenskosten des verlorenen Prozesses zwischen Drittem und Geschäftsherrn** belastet. Der Rückersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen nach § 1313 S 2 umfasst grundsätzlich auch diese (2 Ob 256/00m; 2 Ob 168/01x; 3 Ob 53/02v), sofern der Prozess nicht von vorneherein aussichtslos war (1 Ob 40/02t; 3 Ob 53/02v; 4 Ob 197/05g). 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, was in der Literatur auch kritisiert wurde.
- 6 War die Einstandspflicht des Geschäftsherrn gegenüber dem Dritten auf eine schuldhaft Verletzung des Vertrags zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen zurückzuführen, sieht § 1313 S 2 einen **Rückersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen** vor. 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, nicht greift; 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 der Insolvenz zum Erfolg

führt, was für Folgen haben

Die §§
Verfahrenskosten
ergibt sich die
ist insofern ein
gressanspruch
normative F
gegen den A
Einschluss d
an den Dritt
aufgrund ein
nimmt diesb
40/09d). Da
rung aussich
mit dem Dr
Regressansp
Prozess zu
verstößt. Da
in Bezug au
Arbeitgeber
bereits zu F
Rechnung g
gen entgege
Dritten gege

§ 1313
schulden so
dient, wie f

Bei §
und Dritter.
einerseits u
steht zum I
oder allenf
Dritten wie
nis des Ge
die Anwen
Geschäftsh
der Interes
stimmtes R
Arbeitnehr
Gehilfe zu
(1 Ob 269/
lungsgehil
2035/96b).

Bei d
bart. Der S
- wie bei c
der Arbei
bei der Ze

führt, was für den Arbeitnehmer bei Fehlen einer Haftpflichtversicherung existenzbedrohende Folgen haben kann.

Die §§ 3 und 4 DHG regeln ausdrücklich, dass der Regressanspruch auch die notwendigen Verfahrenskosten umfasst. Für den Regressanspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer ergibt sich das 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 Literatur bereits zu Recht heftig kritisiert worden. Den Interessen des Arbeitnehmers wäre 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.

§ 1313a. Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.

Bei § 1313a geht es um ein 3-personales Verhältnis. Beteiligt sind Geschäftsherr, Gehilfe 1 und Dritter. Zu unterscheiden ist zwischen dem Verhältnis des **Geschäftsherrn** und dem **Dritten** einerseits und dem zwischen dem **Geschäftsherrn** und dem **Gehilfen** andererseits. Der Gehilfe steht zum Dritten in keiner besonderen Beziehung, weshalb er dem Dritten im Regelfall gar nicht oder allenfalls deliktisch haftet, also bei Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechts des Dritten wie dessen Eigentum oder dessen körperlicher Integrität (unten Rz 20). Für das Verhältnis des Geschäftsherrn zum Dritten ist das Bestehen einer Sonderverbindung Voraussetzung für die Anwendung des § 1313a. Ob der Dritte einen Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten des Geschäftsherrn hatte, ist ohne Bedeutung; maßgeblich ist allein, dass der Gehilfe in Verfolgung der Interessen des Geschäftsherrn eingesetzt wurde (ÖJZ 1973/262). Für § 1313a muss kein bestimmtes Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen bestehen. Häufig ist der Gehilfe Arbeitnehmer oder Subunternehmer des Geschäftsherrn. § 1313a ist auch anzuwenden, wenn der Gehilfe zur Erfüllung einer Sonderverbindung des Geschäftsherrn aus **Gefälligkeit** tätig wird (1 Ob 269/99m); ja sogar der **Arbeitnehmer des Vertragspartners** des Geschäftsherrn ist Erfüllungsgehilfe, wenn er zur Erfüllung des Vertrags vom Geschäftsherrn herangezogen wird (3 Ob 2035/96b).

Bei den allermeisten Verträgen ist keine höchstpersönliche Erbringung der Leistung vereinbart. 2 Der Schuldner kann somit einen Gehilfen einsetzen. Der Gläubiger hat das hinzunehmen – wie bei der Zession die Aufdrängung eines anderen Gläubigers. Das **Korrelat** für die **Vorzüge der Arbeitsteilung** und die **Erweiterung des Aktionsradius** des Geschäftsherrn ist, dass – wie bei der Zession – sich dadurch die **Rechtsstellung des Gläubigers nicht verschlechtern** darf:

Der Geschäftsherr muss für den Gehilfen so einstehen, als hätte er das entsprechende Verhalten selbst gesetzt. Die weiter reichende Zurechnung des Gehilfenverhaltens bei § 1313a gegenüber § 1315 ist damit zu begründen, dass der Geschäftsherr seine eigenen Interessen gerade gegenüber diesem bestimmten in der Folge geschädigten Dritten verfolgt (7 Ob 519/94; 1 Ob 564/94; 9 Ob 510/95). Es geht dabei nicht um ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn, etwa bei Auswahl oder Überwachung, sondern die Zurechnung des Verhaltens des Gehilfen, so als ob es der Geschäftsherr gesetzt hätte. Der Gehilfe setzt ja auch das vom Geschäftsherrn geschuldete Verhalten.

- 3 Der Gesetzeswortlaut des § 1313a umfasst die Zurechnung des Fehlverhaltens des gesetzlichen Vertreters und des Erfüllungsgehilfen. Wichtige **gesetzliche Vertreter** sind die Eltern, der Vormund, der Sachwalter, der Masseverwalter (8 Ob 289/97a), der Verlassenschaftsverwalter (1 Ob 30/92) und nach hA auch der Testamentsvollstrecker, nicht aber Organe juristischer Personen oder geschäftsführende Gesellschafter von Personengesellschaften. Diese repräsentieren juristische Personen, während ein gesetzlicher Vertreter oder Erfüllungsgehilfe fremde Interessen wahrnimmt. Keine Zurechnung nach § 1313a an den betreibenden Gläubiger erfolgt bei Vollstreckungsbeamten (3 Ob 11/97g; Schäden des Mieters im Zug der Delogierung).
- 4 Der **prototypische Anwendungsbereich** der Erfüllungsgehilfenhaftung liegt bei der Zurechnung des Fehlverhaltens des Gehilfen im Rahmen der **Erfüllungshandlung**. Ob ein solches vorliegt, ist danach zu bestimmen, worin der zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten **vereinbarte Leistungsinhalt** besteht. Beim **Werkvertrag** schuldet der Unternehmer die Herstellung eines Werkes, sodass er sich das Gehilfenverhalten zurechnen lassen muss (1 Ob 265/03g; Dichtungssystem eines Schwimmbades). Beim **Kaufvertrag** ist der Verkäufer nur im gewährleistungsrechtlichen Sinn verpflichtet, einwandfreie Ware zu liefern. Ihn treffen aber grundsätzlich keine Untersuchungspflichten. Der Zulieferer von Rohstoffen und Bestandteilen ist weder Erfüllungsgehilfe des Produzenten (SZ 54/116; JBl 1988, 650) noch des Werkunternehmers (7 Ob 166/06x). Anderes gilt, wenn sich der Verkäufer zur Herstellung der Kaufsache verpflichtet hat (JBl 1989, 175; 1 Ob 564/94) oder neben der Lieferung der Sache eine konzeptive Aufgabe übernommen hat (5 Ob 92/07a: Farbkonzentrat einer Verkäuferin von Natursteinen für die Inneneinrichtung eines Hauses).
- 5 Welches Verhalten eines Gehilfen dem Geschäftsherrn im Rahmen des § 1313a zugerechnet wird, ist in **Grenzfällen umstritten**: **Bejaht** wurde die **Erfüllungsgehilfeneigenschaft** in folgenden Fällen: unterlassene Aufklärung der ärztlichen Schiedsstelle, dass ein Antrag auf Prüfung des Sachverhalts die Verjährung nicht unterbricht – Zurechnung an den belangten Krankenträger (1 Ob 44/94); „kostenloses“ Anziehen der Radmuttern im Rahmen einer ständigen Geschäftsbeziehung (2 Ob 332/00p); nicht geschuldeter Aushub (4 Ob 57/02i); nicht geschuldete Handlungen, die vom sachlichen Zusammenhang mit der vom Schuldner angestrebten Interessenverfolgung nicht zur Gänze gelöst sind, durch den Gehilfen aus eigenem Antrieb (SZ 63/201). **Verneint** wurde die Zurechnung des Fehlverhaltens des Gehilfen im Rahmen des § 1313a in folgenden Fällen: Durchführung zusätzlicher Arbeiten des Baggerfahrers auf Wunsch des Dritten und aus Gefälligkeit (4 Ob 57/02i). Die Trennlinie zu SZ 63/201 ist wohl darin zu sehen, ob die Initiative zur Durchführung der vertraglich nicht geschuldeten Leistung vom Dritten einerseits oder vom Geschäftsherrn bzw dessen Gehilfen andererseits ausging. Abgelehnt wurde die Zurechnung nach § 1313a bei einer bloßen Gefälligkeitszusage ohne Eigeninteresse (2 Ob 19/97a: Gestattung von Vermessungen für eine Diplomarbeit durch den Betreiber eines Schaubergwerkes), bei einem Baustellenkoordinator im Verhältnis zum Bauherrn (2 Ob 272/03v) sowie bei einer Arbeitskräfteüberlassung (9 ObA 80/04m).
- 6 Eine Sonderbeziehung besteht nicht nur bei Einsatz eines Gehilfen im Rahmen der Vertrags-erfüllung; sie – und damit die Anwendung des § 1313a – ist auch gegeben ab dem Zeitpunkt der **Anbahnung des Vertrags** bzw einer **Vorbereitungshandlung** bis zu den **nachvertraglichen Pflichten**. Vor allem die Phase vor Vertragsschluss ist kritisch: Das Fehlverhalten von **Abschlussgehilfen**, also der vom Geschäftsherrn zur Vorbereitung (7 Ob 2224/96a) oder zum Abschluss des

Vertrags (JBl
vermittler, B
de entsprech
schreiten, ni
§ 95 Abs 5 A
zwar zu Verl
in der Folge
feststand bz
brauchtwege
Vermieter vo
jedenfalls w
Zeitpunkt be
ses, die dazi
an, dass der
ad absurdun
gleichgestel
GoA oder ö
vom Haftpf
lung der Na
Schuldverhi
Vertragsbez
auf die Zur
Bei Einsatz
§ 1315 ang
das Wissen
Voraussetz
von Auswa

Der p
verbindun
Kunden in
hördlichen
des Bodent
neuen Wof
aussage au
ber geschä
vielmehr v
dass eine ö
33/94: Sul
Rauchfang
verhältnis.

Der
fen ein. E
eines best
jeder in d
Anschau
die Bedie
indem er
nicht zust
hen. Der
lungsgehi
einer der

Vertrags (JBl 1990, 599; 1 Ob 182/97i; 10 Ob 63/02s) eingesetzten Gehilfen, seien es Abschlussvermittler, Boten oder Vertreter, ist dem Geschäftsherrn nach § 1313a zuzurechnen. § 1313a wurde entsprechend angewendet, wenn Organe juristischer Personen ihre Vertretungsbefugnis überschreiten, nicht aber, wenn sie bloß gegen einen Zustimmungsvorbehalt im Innenverhältnis gem § 95 Abs 5 AktG oder § 30j Abs 5 GmbHG verstoßen (vgl dazu 3 Ob 509/95: Bürgermeister, der zwar zu Verhandlungen, aber nicht zum Vertragsschluss legitimiert war). Ob zum Zeitpunkt des in der Folge zuzurechnenden Fehlverhaltens des Gehilfen der **spätere Vertragspartner bereits feststand bzw bekannt** war, sollte keine Rolle spielen (so SZ 43/69: Reifenmontage eines Gebrauchtwagens, der zum Verkauf bestimmt war; gegenteilig ÖJZ 1968/4 für Handwerker, die der Vermieter vor Abschluss eines Bestandvertrags herangezogen hat – zu Recht kritisch die Literatur, jedenfalls wenn es sich um eine gewerbsmäßige Vermietung handelt bzw eine solche zu diesem Zeitpunkt bereits beabsichtigt war). Auch bei unzureichenden Reinigungsarbeiten eines Kaufhauses, die dazu führen, dass ein späterer Kunde ausrutscht und sich verletzt, kommt es nicht darauf an, dass der Putzfrau die späteren potentiellen Kunden namentlich bekannt waren (argumentum ad absurdum). Einem vertraglichen Schuldverhältnis unter Einschluss der vorvertraglichen Phase gleichgestellt ist die **Erfüllung gesetzlicher Schuldverhältnisse** wie Unterhalt, Bereicherung, GoA oder die Erfüllung von Schadenersatzansprüchen (9 Ob 42/08d: Schädigung durch einen vom Haftpflichtversicherer des Schädigers namhaft gemachten Handwerker im Zuge der Erfüllung der Naturalrestitution). Drängt ein Gesetz einen bestimmten Schuldner in ein gesetzliches Schuldverhältnis, treffen ihn vergleichbare Pflichten wie einen Schuldner einer entgeltlichen Vertragsbeziehung. Es ist daher folgerichtig, dem Gläubiger das gleiche Schutzniveau in Bezug auf die Zurechnung des Fehlverhaltens des vom Schuldner eingesetzten Gehilfen zuzugestehen. Bei Einsatz von Gehilfen durch einen **Obsorgepflichtigen** ordnet § 264 Abs 2 indes eine dem § 1315 angenäherte **Haftung** gegenüber dem Mj an (bei der Gefährlichkeit kommt es nicht auf das Wissen des Geschäftsherrn an, bei der Untüchtigkeit ist aber Verschulden des Geschäftsherrn Voraussetzung der Zurechnung). Einzustehen ist darüber hinaus für ein Verschulden im Rahmen von Auswahl und Überwachung.

Der privatrechtlich begründeten steht eine **gleichwertige öffentlich-rechtliche Sonderverbindung** gleich. Dem vorvertraglichen Bereich des Betretens eines Geschäfts durch einen Kunden in der Absicht, dort etwas zu kaufen, ist vergleichbar, wenn ein Bürger aufgrund einer behördlichen Erledigung ein Amtsgebäude aufsucht und dort wegen unzureichenden Aufwaschens des Bodens ausrutscht und sich verletzt (1 Ob 5/91: Aufsuchen des Polizeikommissariats, um dort neuen Wohnsitz zu melden und Nachsicht bei Strafmandat zu beantragen; 1 Ob 55/09h: Zeugenaussage auf Polizeikommissariat). Wenn bei einer Subventionsangelegenheit der Subventionswerber geschädigt wird, dann handelt es sich um keine freigebige Zuwendung ohne Gegenleistung; vielmehr wird durch die Subventionsleistung eine Verhaltenssteuerung bezweckt mit der Folge, dass eine öffentlich-rechtliche Sonderverbindung zu bejahen und § 1313a anzuwenden ist (1 Ob 33/94: Subvention zur sinnvollen Erschließung des Forstes). Die gesetzliche Verpflichtung von Rauchfangkehrern, bestimmte Maßnahmen durchzuführen, ist ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis, das einer privatrechtlichen Verpflichtung gleichkommt (7 Ob 263/97w).

Der Geschäftsherr setzt typischerweise nicht nur einen, sondern eine Vielzahl von Gehilfen ein. Erfüllungsgehilfe ist **nicht nur der Gehilfe**, der vom Geschäftsherrn mit der **Erfüllung eines bestimmten Vertrags** mit dem in der Folge geschädigten Dritten betraut wurde, sondern **jeder in der arbeitsteiligen Organisation des Geschäftsherrn von diesem eingesetzte Gehilfe**. Anschaulich ist das in der Literatur gebildete Beispiel, dass ein bestimmter Kellner lediglich für die Bedienung von Gästen an bestimmten Tischen zuständig ist. Beschädigt ein solcher Kellner, indem er etwa Speisen oder Getränke über Kleidungsstücke eines Gastes leert, für dessen Tisch er nicht zuständig ist, muss der Geschäftsherr für dieses Verhalten gleichwohl nach § 1313a einstehen. Der Geschädigte muss wiederum nicht den namentlichen Nachweis führen, welcher Erfüllungsgehilfe ihn geschädigt hat; er genügt seiner Beweislast, dass er den Nachweis führt, dass es einer der Erfüllungsgehilfen des Geschäftsherrn war.

- 9 In § 1313a heißt es „haftet ihm für das Verschulden ... der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, ...“. Diese Ausdrucksweise ist zumindest missverständlich. Auf ein **Verschulden des Gehilfen** kommt es gerade nicht. Maßgeblich ist vielmehr, zu welcher **Sorgfalt der Geschäftsherr** aufgrund der bestehenden Sonderverbindung verpflichtet ist (1 Ob 531/91). Die Kontrollfrage lautet: Würde der Geschäftsherr haften, wenn er das Verhalten des Gehilfen selbst gesetzt hätte, wobei ein zusätzliches Wissen des Gehilfen zu berücksichtigen ist (JBl 1990, 656; VR 1992, 366). Bei Einsatz eines Famulanten in einem Krankenhaus kommt es somit nicht darauf an, was man von diesem verlangen kann, sondern welche Sorgfalt der Krankenhausträger bei Durchführung der Operation durch einen Arzt einzuhalten gehabt hätte (1 Ob 532/94). Entsprechendes gilt beim Einsatz eines Lehrlings: Es kommt nicht auf den Kenntnisstand des betreffenden oder eines durchschnittlichen Lehrlings an, sondern darauf, wozu der Geschäftsherr verpflichtet ist, wenn er das selbst durchführen oder einen entsprechend kundigen Gehilfen einsetzen würde.
- 10 Charakteristisch für den Erfüllungsgehilfen ist, dass er **mit Willen des Geschäftsherrn zwecks Erfüllung von dessen Sonderverbindung** tätig geworden ist (SZ 63/201; 1 Ob 265/03g), wobei eine nachträgliche Zustimmung ausreichend ist (SZ 55/123). Wer einen Unternehmer bzw Generalunternehmer betraut, dem ist bewusst, dass dieser eigene Arbeitnehmer bzw Subunternehmer einsetzt (zur Gehilfenkette unten Rz 16).
- 11 Keine Voraussetzung der Zurechnung eines Verhaltens als Erfüllungsgehilfe ist das Bestehen wirtschaftlicher Abhängigkeit (1 Ob 269/99m: wirtschaftlich selbständiger Anästhesist). Auch (selbständige) **Unternehmer** können daher Erfüllungsgehilfen sein (2 Ob 593/91; 1 Ob 265/03g). Selbst eine juristische Person kann Erfüllungsgehilfe sein (8 Ob 315/99b: Post Erfüllungsgehilfe der Postsparkasse; 2 Ob 593/91: Bundesheer Erfüllungsgehilfe des Heeressportvereins). Auswirkungen hat das auch auf das vorvertragliche Schuldverhältnis: Wenn im Kaufhaus ein Kunde ausrutscht, macht es keinen Unterschied, ob mit den Reinigungsarbeiten eigene Arbeitnehmer betraut waren oder im Zuge des Outsourcing eine fremde Reinigungsfirma dafür verantwortlich war. Wenn es um die Zurechnung des Fehlverhaltens des Gehilfen im Rahmen des Mitverschuldens geht, soll der Umstand, dass es sich um einen selbständigen Unternehmer handelt, jedoch eine Rolle spielen (1 Ob 1/09t: selbständiger Unternehmer idR nicht als „Bewahrungsgehilfen“ zu qualifizieren).
- 12 Eine damit verwandte, aber nicht idente Frage ist die des Bestehens einer **Weisungsbefugnis**, gibt es doch auch Fälle, in denen selbst gegenüber einem Arbeitnehmer eine solche gerade nicht gegeben ist, so etwa in fachlicher Hinsicht des Krankenhausträgers gegenüber einem Arzt oder der Unternehmensleitung gegenüber einem Forscher im Labor. Der OGH hat in Bezug auf das Bestehen einer Weisungsbefugnis des Geschäftsherrn gegenüber dem Erfüllungsgehilfen nicht immer eine ganz klare Position eingenommen. In manchen Entscheidungen (JBl 1986, 789; SZ 63/201; 9 Ob 510/95) hat er eine solche als Voraussetzung für die Bejahung der Anwendbarkeit des § 1313a angesehen; in anderen (1 Ob 269/99m; 1 Ob 265/03g; 4 Ob 251/06z) wird deutlich, dass es darauf nicht ankommt. Auf das Bestehen einer Weisungsbefugnis kann es jedenfalls dann nicht ankommen, wenn allein der Gehilfe über die entsprechende fachliche Expertise verfügt (SZ 63/201: Herstellung einer Gemegeanlage). Die Literatur stellt zu Recht darauf ab, dass es darauf keinesfalls ankommt. Maßgeblich ist allein der Einsatz eines Gehilfen zur eigenen Rechtsverfolgung. Wenn der Geschäftsherr sich in die Hände des Gehilfen begibt, ohne diesem Weisungen erteilen zu können, mag das Risiko des Geschäftsherrn größer sein; allein das ist kein Grund, das Fehlverhalten eines solchen Gehilfen dem Geschäftsherrn gegenüber dem geschädigten Dritten nicht zuzurechnen.
- 13 Eine zentrale Streitfrage bei der Reichweite der Zurechnung des Gehilfenverhaltens ist die Abgrenzung zwischen einer Schädigung des Dritten durch den Gehilfen **bei oder gelegentlich der Erfüllung**. Während eine Zurechnung des Fehlverhaltens des Gehilfen bei Erfüllung bejaht wird, wird eine solche gelegentlich der Erfüllung verneint. Die Gretchenfrage ist indes: Wann ist

das eine oder 387) wird die rauf verwiesen geschädigte I venzrisiko tra des Geschäfts häufig noch o Dritten mit ei es sich um ei fähigkeit des tisch. Einigke etwa der Gef Auto beschä und das Kle lässt, wodur des gilt, wer 400/97t); eb Lokal zu em ohne Blessu zwischen K wegen Alko

Weitge Fehlverhalte passieren. S rüst fällt un des Gehilfe nen Diebsta haltens des sei ein allg könne, wes (3 Ob 296/ Der OGH werden, er werden, er Pflegeheim er sich and nen Sphäre Letztere E ausgesuch keinen Ur dessen nä Zurechnu Schuldner zwischen

Die nur eine (nicht erns oder bei l gem dem im ander wird. Die

das eine oder andere gegeben? Durch das Abstellen auf den inneren Zusammenhang (JbI 1991, 387) wird die Lösung auch nicht leichter. Um die Tragweite der Beantwortung auszuloten, sei darauf verwiesen, dass von der Bejahung oder Verneinung der Zurechnung abhängig ist, ob sich der geschädigte Dritte oder der Geschäftsherr mit dem Gehilfen auseinandersetzen und dessen Insolvenzrisiko tragen muss bzw wer das Risiko trägt, wenn feststellbar war, dass ein Erfüllungsgehilfe des Geschäftsherrn für den Schaden verantwortlich war, aber nicht welcher; zudem, ob gegen die häufig noch offene Entgeltforderung des Geschäftsherrn gegen den Dritten eine Aufrechnung des Dritten mit einer Schadenersatzforderung gegen den Geschäftsherrn in Betracht kommt. Handelt es sich um einen reinen Vermögensschaden, ist von der Reichweite der Zurechnung die Ersatzfähigkeit des Schadens zur Gänze abhängig, haftet der Gehilfe dem Dritten doch idR bloß deliktisch. Einigkeit besteht, dass eine Zurechnung bei einer Erfüllungshandlung zu erfolgen hat, wenn etwa der Gehilfe bei einer Kfz-Reparatur die Radmutter nicht vollständig angezogen hat und das Auto beschädigt wird, der Kellner den Mantel des Gastes an einem nicht gesicherten Ort ablegt und das Kleidungsstück verschwindet (JbI 1985, 239) oder der Tankwagenfahrer Öl auslaufen lässt, wodurch das sonstige Eigentum des Dritten beeinträchtigt wird (SZ 57/16). Entsprechendes gilt, wenn es zu Diebstählen kommt und die Hauptleistungspflicht die Bewachung ist (7 Ob 400/97t); ebenso, wenn es zum Aufgabenbereich eines Kellners gehört, betrunkene Gäste aus dem Lokal zu entfernen und dieser gegenüber einem solchen Gast so unsanft vorgeht, dass das nicht ohne Blessuren abgeht (SZ 51/55; gegenteilig freilich 1 Ob 127/07v: tätliche Auseinandersetzung zwischen Kellner und Gast – angeblich – nicht wegen Eintreibung der Zeche und Entfernung wegen Alkoholismus, mE fragwürdig).

Weitgehend einig über eine Bejahung der Zurechnung ist man sich darüber hinaus, wenn das Fehlverhalten bei **Tätigkeiten** gesetzt wird, die **typischerweise im Zuge der Vertragserfüllung** passieren. So soll es keinen Unterschied machen, ob ein Farbeimer oder eine Bierflasche vom Gerüst fällt und der Dritte dadurch einen Schaden erleidet. Entsprechendes gilt, wenn durch Rauchen des Gehilfen ein Brand entsteht (ÖJZ 1972/59). Etwas anderes soll aber gelten, wenn es sich um einen Diebstahl handelt (ähnlich für Betrug 3 Ob 283/06y: keine Zurechnung des betrügerischen Verhaltens des Kundenvermittlers an Kapitalanlageunternehmen). Das Risiko, bestohlen zu werden, sei ein allgemeines Lebensrisiko, das weder der Geschäftsherr noch der Dritte besser beherrschen könne, weshalb eine Zurechnung des Gehilfenverhaltens im Rahmen des § 1313a zu versagen sei (3 Ob 296/98w: Diebstahl eines Postsparbuches durch eine Stationsgehilfin in einem Pflegeheim). Der OGH verwarf in dieser E den Gedanken, dass durch den Vertrag das Risiko, bestohlen zu werden, erheblich gestiegen sei; in concreto lag die Gefahr, von einer Stationsgehilfin beklaut zu werden, erheblich höher als von einem x-beliebigen potentiellen Dieb, weil diese sich schon im Pflegeheim befand, unauffällig das Zimmer des Patienten zu den Zeiten aufsuchen konnte, in denen er sich anderswo aufhielt, udgl). In der E SZ 63/201 hatte er den Gedanken der **Öffnung der eigenen Sphäre** und der dadurch bewirkten Steigerung der Gefahr freilich als maßgeblich angesehen. Letztere E ist mE zutreffend. Zu bedenken ist: Der Geschäftsherr hat den betreffenden Gehilfen ausgesucht. Und aus der Sphäre des geschädigten Dritten macht es für dessen Schutzbedürftigkeit keinen Unterschied, ob bestimmte Schadenszufügungen noch im Kernbereich des Vertrags oder dessen nächster Umgebung liegen oder nicht (etwas großzügiger womöglich eolex 1991, 312: Zurechnung nach § 1313a, wenn der sachliche Zusammenhang mit der Interessenverfolgung des Schuldners nicht zur Gänze gelöst ist; womöglich Erweiterung vergleichbar mit dem Unterschied zwischen positiver und negativer Adäquanzformel im Rahmen der Kausalität).

Die absolut geschützten Rechtsgüter des Vertragspartners nicht zu beeinträchtigen, ist nicht nur eine deliktische Pflicht, sondern stets auch eine vertragliche Nebenpflicht. Es kann doch mE nicht ernstlich einen Unterschied machen, ob ein Mädchen in einem Fahrzeug vergewaltigt wird oder bei Besuch des Installateurs zur Reparatur der Waschmaschine, weil im einen Fall der Dritte gem dem Vertrag seinen Körper der Obhut des Geschäftsherrn – und seinem Gehilfen – anvertraut, im anderen Fall aber nur seine Sache und der Zugriff auf den Körper nur ganz nebenbei erleichtert wird. Dieser Standpunkt wird aber in der Literatur vertreten. Im einen wie im anderen Fall ist mE

maßgeblich, ob sich die Gefahr der Schadenszufügung durch die Öffnung der eigenen Sphäre sowie den Einsatz eines Gehilfen durch den Geschäftsherrn im Verhältnis zu einer solchen durch einen beliebigen Dritten signifikant erhöht hat. Das Abstellen auf das allgemeine Lebensrisiko ist an sich der zutreffende Ansatzpunkt; freilich wurde er in der E 3 Ob 296/98w unrichtig angewendet.

16 Die Erfüllung von Verträgen hat grundsätzlich nicht höchstpersönlich zu erfolgen. Das gilt nicht nur für den Vertrag zwischen Geschäftsherrn und Dritten, sondern auch für den zwischen Geschäftsherrn und Erfüllungsgehilfen. Ist der Einsatz weiterer Erfüllungsgehilfen erlaubt, wie typischerweise im Verhältnis zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer (1 Ob 178/00h), muss sich der jeweilige Geschäftsherr das Verhalten aller Erfüllungsgehilfen, die für ihn tätig geworden sind, zurechnen lassen (6 Ob 296/01z: erlaubter Einsatz weiterer Subunternehmer durch einen Subunternehmer). Es handelt sich dann um eine **Erfüllungsgehilfenkette**. Bei Einsatz eines Unternehmers als Gehilfen ist das praktisch immer der Fall, weil der Unternehmer seine Arbeitnehmer einsetzt. Ist der Einsatz von Erfüllungsgehilfen nach dem Vertrag nicht erlaubt, stellt schon die Betrauung einer weiteren Person ein Fehlverhalten dar (SZ 50/100).

17 Vom Einsatz eines Erfüllungsgehilfen ist die **Substitution** zu unterscheiden. Bei erlaubter Substitution tritt der Substitut an die Stelle des Schuldners; bei Einsatz eines Erfüllungsgehilfen setzt der Geschäftsherr einen Gehilfen für ein Verhalten ein, das er dem Dritten schuldet. Der Geschäftsherr haftet bei zulässiger Übertragung auf einen Substituten lediglich für ein Verschulden bei der Auswahl, bei verbotener Übertragung aber gem § 1010 S 1 schon deshalb, weil er das Geschäft unzulässigerweise übertragen hat (8 Ob 289/97a). Bei Notaren ist das Einschreiten eines Substituten besonders häufig. Der OGH (2 Ob 49/02y) beurteilt die Haftung des Notars gegenüber der Partei danach, ob eine nach dem Standesrecht der Notare zulässige Substitution (§§ 119 ff NO) gegeben war. Wenn das zu verneinen ist, erfolgt eine Zurechnung des Fehlverhaltens nach § 1313a. In der Literatur wird demgegenüber für maßgeblich gehalten, was nach bürgerlichem Recht maßgeblich wäre, was dazu führt, dass wegen der unzulässigen Betrauung eines Substituten der Notar nach § 1010 S 1 zu haften hätte. Substitution setzt voraus, dass wesentliche Teile des Geschäfts auf einen anderen übertragen werden. Keine Substitution liegt demgemäß vor, wenn ein schon vorbereitetes Grundbuchgesuch durch einen beauftragten Treuhänder an einen anderen Anwalt übergeben wird; in einem solchen Fall wurde die Haftung für den Treuhänder nach § 1313a bejaht (4 Ob 2112/96h). Auch bei der Arbeitnehmerverleihung hat der Geschäftsherr für bloßes Auswahlverschulden einzustehen (SZ 55/155). Entsprechendes gilt für die Einschaltung einer Zweitbank als Zahlstelle (7 Ob 282/06f).

18 Wie im Stellvertretungsrecht sich der Vertretene die Willenserklärungen eines Vertreters ohne Vollmacht zurechnen lassen muss, wenn er einen entsprechenden Rechtsschein gesetzt hat (Duldungs- und Anscheinsvollmacht), ist auch beim Erfüllungsgehilfen ein entsprechendes Phänomen zu beobachten: Bei entsprechendem Rechtsschein wird das Verhalten des Gehilfen dem Geschäftsherrn nach den Regeln des **Anscheinserfüllungsgehilfen** zugerechnet (10 Ob 528/94; 4 Ob 365/97y: jeweils Bankangestellte; NZ 1992, 107: Konzipient einer Anwaltssozietät; 7 Ob 524/93: Reiseveranstalter; 4 Ob 210/07x: Urlaubsvertreter in den Räumen des niedergelassenen Arztes; 10 Ob 119/07h: Urlaubsvertreter eines Zahnarztes Zimmermann von Beruf; 4 Ob 210/07x).

19 Besteht ein Vertrag zwischen dem Patienten und dem Krankenhausträger, ist der den Eingriff durchführende **Arzt** Erfüllungsgehilfe des Krankenhausträgers (4 Ob 509/95; 10 Ob 2350/96b). Das gilt auch für ein Universitätsklinikum. Da aber die Aufgaben einer Universitätsklinik untrennbar mit denen einer öffentlichen Krankenanstalt verbunden sind, kommt es zu einer solidarischen Haftung zwischen dem Bund und dem Träger der Krankenanstalt (1 Ob 91/99k). Da es auf das Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen nicht ankommt, spielt es keine Rolle, dass die Ärzte Bundesbedienstete sind (6 Ob 324/97h). Vor allem bei Entbindungen oder kleineren Operationen ist auch das **Belegarztsystem** verbreitet. Der Patient hat einen Behandlungsvertrag mit dem Arzt, nicht aber mit dem Krankenhaus (1 Ob 267/99t; 1 Ob 269/99m). Wenn der Belegarzt sich anderer Personen zur Erfüllung des Vertrags mit dem Patienten bedient, sind diese seine

Erfüllungsg
7 Ob 2/09h
arztsystem
gen (Patien
mit dem Ki
auf die Zur
zum Krank
einer auslä
Sicherheit
bloß für Au

Betra
einen Bau
nehmers de
Kritik gest
sache einz
bereitzuste
sprechende
berechtigt
infolge Un
§ 1313a, w
folgung be
Eine Beso
der Mieter
vorwurf g
oder auch
ob die Elte
men sind.

Weg
herrn **haft**
Geschädig
den Vertra
ten des ge
nahme de
Anspruch
Gehilfen
eines abs
Schutzges
schen Hat
Sonderve
des Gehil
ches Inter
hat oder l
(5 Ob 50
jeweils na

Ang
gung von
eines Ha
ausschluss
Schädigu
lässlich
hat. Ein

Erfüllungsgehilfen, auch wenn es sich um Bedienstete des Krankenhauses handelt (1 Ob 267/99t; 7 Ob 2/09h). Das gilt namentlich für eine fachgerechte Operationsvorbereitung, die beim Belegarztsystem Angelegenheit des Belegarztes ist (1 Ob 269/99m). Nach den abgeschlossenen Verträgen (Patient wegen ärztlicher Leistungen mit dem Arzt, hinsichtlich der pflegerischen Betreuung mit dem Krankenhaus) können sich die Pflichtenkreise überschneiden, was auch Auswirkungen auf die Zurechnung des Verhaltens von Gehilfen nach § 1313a hat, somit entweder zum Arzt oder zum Krankenhausträger (1 Ob 267/99t; zu einem strukturell vergleichbaren Fall bei Benutzung einer ausländischen Rodelbahn und der weitgehenden Verantwortung des Rodelverbands für die Sicherheit 5 Ob 1/08w). Überweist ein Arzt einen Patienten zu einem anderen Facharzt, hat er bloß für Auswahlverschulden einzustehen (7 Ob 136/06k).

Betrachtet der Vermieter im Rahmen seiner Instandhaltungspflicht gegenüber dem Mieter einen Bauunternehmer mit Renovierungsarbeiten, hat der OGH das Fehlverhalten des Bauunternehmers dem Vermieter nach § 1313a zugerechnet (6 Ob 250/01k). Das ist in der Literatur auf Kritik gestoßen. Wie der Verkäufer bloß Gewährleistungsrechtlich für eine einwandfreie Kaufsache einzustehen hat, trifft auch den Vermieter bloß die Pflicht, ein mangelfreies Mietobjekt bereitzustellen. Er schuldet aber anders als ein Werkunternehmer nicht persönlich einen entsprechenden Erfolg. Bewohnen das Mietobjekt **neben dem Mieter noch dessen unterhaltsberechtigten Familienangehörige**, haftet er für deren Fehlverhalten (SZ 44/74: Gasexplosion infolge Unvorsichtigkeit eines Familienmitglieds). Die passende Zurechnungsnorm ist aber nicht § 1313a, weil sich der Mieter nicht der Familienangehörigen als Gehilfen zur eigenen Rechtsverfolgung bedient. Vielmehr ist insoweit eine Analogie zur Untervermietung gem § 1111 passend. Eine Besonderheit gegenüber der Zurechnung des Fehlverhaltens ergibt sich insoweit, als sich der Mieter damit entlasten kann, dass dem entsprechenden Familienmitglied kein Verschuldensvorwurf gemacht werden kann (SZ 53/41: erbrechendes Kind), während es auf das Verschulden oder auch nur die Verschuldensfähigkeit bei § 1313a nicht ankommt. Stets zu prüfen ist freilich, ob die Eltern ihrer mietvertraglichen Pflicht, das Mietobjekt pfleglich zu behandeln, nachgekommen sind.

Wegen Bestehens einer Sonderbeziehung zwischen dem Geschädigten und dem Geschäftsherrn **haftet der Gehilfe dem Geschädigten idR nicht unmittelbar**. Zwischen ihm und dem Geschädigten besteht ja gerade keine Sonderbeziehung. Der OGH hat es auch zu Recht abgelehnt, den Vertrag zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen als einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des geschädigten Dritten zu qualifizieren mit der Folge der Möglichkeit direkter Inanspruchnahme des Gehilfen; dafür besteht kein Bedürfnis, weil dem Geschädigten ein deckungsgleicher Anspruch gegen den Geschäftsherrn zusteht (1 Ob 601/92; 6 Ob 250/01k). Eine Haftung des Gehilfen kommt aber in Betracht bei deliktischer Schädigung, sei es wegen Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes oder Verstoßes gegen ein Schutzgesetz (4 Ob 524/92: Schutzgesetzverletzung eines Schullehrers). In solchen Fällen kommt es dann zu einer solidarischen Haftung von Geschäftsherrn und Gehilfen (1 Ob 39/91). Der Geschäftsherr haftet aus der Sonderverbindung, der Gehilfe aus Delikt. **Ausnahmsweise besteht eine persönliche Haftung des Gehilfen** gegenüber dem Geschädigten, wenn der Gehilfe ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten hat oder bei den Verhandlungen besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat (5 Ob 506/96; 1 Ob 182/97i; 4 Ob 252/00p; in concreto abgelehnt in 6 Ob 249/07x; 1 Ob 43/08t; jeweils nachteilige Veranlagung).

Angesichts der weitreichenden Zurechnung des Fehlverhaltens eines Gehilfen bei Erbringung von Leistungen im Rahmen einer Sonderverbindung stellt sich die Frage der **Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses**, insb durch allgemeine Geschäftsbedingungen. Wenn ein Haftungsausschluss vereinbart wurde, ist bei der Auslegung zu beachten, dass sich dieser iZw auch auf Schädigungen durch den Gehilfen bei der Erfüllung bezieht; nicht erfasst sind Schädigungen anlässlich der Erfüllung, für die der Geschäftsherr freilich auch nicht nach § 1313a einzustehen hat. Ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit des Erfüllungsgehilfen des Betreibers des

Spiels 6 aus 45 wurde bei Einsatz einer Lottoannahmestelle für zulässig angesehen (7 Ob 519/94). Unwirksam ist jedoch gem § 6 Abs 1 Z 9 KSchG der Ausschluss der Haftung für durch Erfüllungsgehilfen zugefügte Personenschäden. Das gilt auch für Unternehmerverträge (2 Ob 526/93: Unwirksamkeit einer Freizeichnungsklausel des Veranstalters eines Schirennens gegenüber Rennläufern; 1 Ob 400/97y: Unwirksamkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Reiseveranstaltungsvertrags vor Inkrafttreten des auch für Unternehmerverträge geltenden § 31f KSchG).

§ 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.

§ 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.

- 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. 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 sind insb 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) bejaht 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 eigenen Verpflichtung – 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 Auswahlverschulden. 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.

In der
einer **reinen**
schulden bei
das aber des
erst eingese
tigkeit wäre
ein **einmalig**
Die Untücht
vom Geschä
menhang zu
Eigenschaft
inhaltlich n

Untücht
Gehilfe na
sicherung (e
Polier), nic
Unzulängli
ges Versag
betriebsnot
aber 2 Ob
fahrlässig
das Kriteri
Untüchtigl
dürfte in d
doch der (e
einer Ange
ist (9 Ob (e
Geschäfts
dass das V
Schluss a
127/08b v
kommt ih

Die
charakter
bei wieder
stahl). Za
tretenen
Zudem v
– vertrete
des Gehi
Gehilfen
zwar ein
gungen
ist, wenn
allgemei

Ein
was der
sen mus
Schader
das Wis
der Ges

In der Literatur 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 Eignung überprüft hat; und eine Untüchtigkeit wäre ihm dabei aufgefallen oder hätte ihm jedenfalls auffallen müssen. Dazu kommt, dass ein **einmaliges Versagen** grundsätzlich nicht als Untüchtigkeit zu qualifizieren ist (ÖJZ 1986/75). Die Untüchtigkeit ist ein relativer Begriff. Sie beurteilt sich nach der Tätigkeit, für die der Gehilfe vom Geschäftsherr 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 ausübender Tätigkeit nichts zu tun hat).

Untüchtigkeit ist nur dann gegeben, wenn es sich um einen **Dauerzustand** handelt, der die Hilfe 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: kein Schluss von einmaligem Fehlverhalten, selbst wenn es grob fahrlässig war, auf Untüchtigkeit). 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 gravierenden Fehler auf die Untüchtigkeit geschlossen werden, hat doch der Geschädigte, der neben der Hilfeneigenschaft 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). Durch 2 Ob 127/08b wurde klargestellt, dass auch bei Unterlassung den Geschädigten die Beweislast trifft; es kommt ihm freilich der prima-facie-Beweis zugute.

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 eigener Angelegenheiten 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.

Eine Einstandspflicht des Geschäftsherrn setzt zudem voraus, dass er davon **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 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 des blinden Schifahrers). Der OGH beendet damit eine in der Literatur außerordentlich kontrovers beurteilte Frage. 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 Dritte 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) hat er eine Leutehaftung angeordnet; auch im Rahmen der **Gefährdungshaftung** (zB § 19 Abs 2 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). Danach wurden 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).
- 10 Eine beträchtliche Erweiterung der Einstandspflicht des Geschäftsherrn für das Verhalten für ihn tätiger Personen erfolgt durch die Repräsentantenhaftung. **Ausgangspunkt** ist die **Zurechnung des Verhaltens von Organen an juristische Personen** gemäß § 26, sei es nun eine Kapitalgesellschaft wie eine AG oder GmbH (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 Fehlverhaltens geht. Beim Verhalten dieser Personen liegt terminologisch keine Zurechnung von fremdem Verhalten vor; vielmehr gilt das Verhalten solcher Organe als Verhalten der juristischen Person selbst. 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.
- 11 Die Zurechnung des Fehlverhaltens erfolgt bei solchen juristischen Personen über die Organe hinaus auch auf solches eines **Repräsentanten**. Angeknüpft wird dafür an die §§ 335 f). Das ist eine Person in **verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion mit gehobenem Wirkungskreis** (2 Ob 107/98v: der für Straßenbaustelle „bauleitende Ingenieur“ einer GmbH; 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). 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: Hauptkammermann). Darauf, ob der Wirkungskreis dem eines Organs entspricht, kommt es nicht an (2 Ob 107/98v; 4 Ob 179/99y; 7 Ob 271/00d). 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). Lediglich für Personen, die in der

betrieblicher
119/99t: Kar
Hand; 7 Ob

Diese 1
ten wurde at
GbR; 6 Ob
Haftung des
tenden Inge
Kontrollorg
ches Organ
abbrechend
tainer).

Abgel
ten durch d
der ist es ei
Verhaltens
chiebene
Verantwort
hätte erfolg
des gilt bei
Leistungss
(2 Ob 47/
eine (Repr
dass im De
niker und

§ 13
Personen
nen zugev
Gast oder

§ 13
tung übe

§ 1:
stellten §
digt; so
Sache he

§ 1:
und woh
zu einer
resultier
Wortlaut
einzuste
vorkom
verände
dort, wo
Flüssigk
losgelös

betrieblichen Hierarchie darunter angesiedelt sind, ist weiterhin nach § 1315 einzustehen (3 Ob 119/99t: Kamaraassistent des ORF; 4 Ob 179/99y: angelegener Gebäudeaufseher der öffentlichen Hand; 7 Ob 271/00d: Arbeiter eines Installationsunternehmens).

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).

Abgefedert wird die Haftung des Geschäftsherrn für das Fehlverhalten seiner 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 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). Entsprechendes gilt bei personeller Unterbesetzung (6 Ob 108/07m: 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 angelegener Gebäudeaufseher).

§ 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.

§ 1317. In wie fern bey öffentlichen Versendungsanstalten für den Schaden eine Haftung übernommen werde, bestimmen die besonderen Vorschriften.

§ 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.

§ 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, niemanden 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** nach wäre 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. 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 (JBI 1989, 40; 1 Ob 306/99b).
- 4 Gegen die **Gefährlichkeit** wird in der Literatur 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 (JBI 1958, 402). Die Literatur 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) und eine Brücke (JBI 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 länger
nen, die a
und Prekz
(10 Ob 3
Waschma
zug nicht
Das ist al
Verfügun
Bei einer
ihm die V
fehlt. Be:
des Baufr
oder Hau
Betracht
von Dritt
des Halte

De:
mer (SZ
auch bei
Halterei;
lier kann
typische
chen auf
Privatwe
gemeins
meinsan
Einblick
zu prüfe
Leitung
einzelne
ters nac
Inventar
ternehm
Wände
einricht

B:
**aufgeh
senen** ;
ähnlich
der Wo
Auf ein
der jün
eine Pa
und Au
fenen (

I:
keiten
die Ve:
an ein
ler – (‘
nungs:

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). 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 zutreffend, 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 Ersatzpflicht 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 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 bei der Haftung des Halters eines Kfz.

Der OGH bejaht die **Einstandspflicht des Hoteliers** auch bezüglich der vermieteten Zimmer (SZ 51/116), was in der Literatur 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 Platzen des 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.

Bezüglich des Maßstabs der Einstandspflicht ist zu unterscheiden zwischen einer **gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache** einerseits und einer **herausgeworfenen und herausgeschossenen 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 – Verschulden kommt 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).

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- 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 mehrmals zu Wasserschäden infolge des Alters der Leitungen gekommen ist (5 Ob 162/06v), 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 gering ist, 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 gestellte „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, 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; 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 ordnungsgemäßigem 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 Wohn-
Handwerker
steht dem W

Der G
ten Wohn-
oder gestell
lichen Zus
Wasser in
verwahrt).
er alle erfo
ihn kein V
Wasserhah

Nich
rabfallende
putz- und
noch ist di
Schadener
inhabers g
lautenden
Professor
einen Pas
§ 1318 si
bei einem
das Tier
Sachen at
am Gehst
zu vernei

§ 1
deren au
verursach
Ereignis
daß er a

Sc
des haft
Eigentü
Geschä
anderer
bessert
des Sch
Halters
kein su
Entlast
habe“;

D
den Ei
umsch
mange

Huber

Huber

dem Wohnungsinhaber bestehen. Wegen dessen Einstandspflicht nach § 1318 hat der schuldhaft Handwerker diesen von seiner Ersatzpflicht gegenüber dem Geschädigten zu befreien; jedenfalls steht dem Wohnungsinhaber ein Regressanspruch nach § 1313 zu.

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 verursacht wurde. Zudem hat er nachzuweisen, dass dies aufgrund eines gefährlichen Zustands erfolgte, wobei ihm der prima-facie-Beweis zugute kommen 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 ihm kein Verschulden trifft, entlastet ihn nicht (Miet 37.201: keine Möglichkeit, den geöffneten Wasserhahn infolge eines Schwindelanfalls zu schließen; 10 Ob 360/99k).

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, 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 [Untertier] 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.

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.

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 durch 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.

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; 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 aussetzen“ und darauf vertrauen durfte, keinen Schaden zu nehmen.

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). Ein Werk zeichnet sich dadurch aus, dass es willkürlich geschaffen wurde und einen künstlichen Aufbau (4 Ob 2334/96f; 2 Ob 90/98v) oder eine künstliche Bodenvertiefung (2 Ob 90/98v; 2 Ob 281/01i) oder Veränderung der Geländebeschaffenheit (2 Ob 215/98p) darstellt.

4 Beispielsweise seien genannt für ein **Gebäude** 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) oder ein Müllcontainer (7 Ob 38/05x). Dazu zählen aber auch **kaum aufragende Erscheinungen** wie ein Kanaldeckel (4 Ob 2334/96f; 10 Ob 2444/96a), 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 (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, so dass 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; ablehnend die Literatur). 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 – kritisch dazu die Literatur).

Sehr wohl 1
aufgestellte
aufgestellte
Kamera als
Belassungs

Da ein
bei einem E
2 Ob 137/0
als vereinz
vereinzelte
Haftung zu
Haftung fü
bei grober
ForstG han

Nach
es nicht da
oder sich
der Abgan
chen Bauw
Schutzgese
Miet 30.24
Rz 18 f.

Besit
wer die ta
renabweh
trieben wi
sowie § 1:
haften (SZ
523; 3 Ob
kommen
Pächter, d
4 Ob 56/0
lung einer
an den Ba
Verfügung
ressenteng
der förmli
me der fal
Nutzungs
Betreiber
sie damit

Die
haftung 1
geschrän
kungshal
Verstulc
sischen C
auf ein V
Sorgfalts
Diese ist

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.

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). 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 zur Beschattung). Soweit für den Baumhalter eine gegenüber § 1319 privilegierte Haftung zum Tragen kommt, ist er dafür beweispflichtig. Nach § 174 Abs 4 ForstG besteht eine Haftung für Schäden auf Wegen, die durch den daneben liegenden Wald verursacht werden, nur bei grober Fahrlässigkeit (9 Ob 261/99v: Halter beweispflichtig, dass es sich um einen Wald iSd ForstG handelt; 6 Ob 21/01h).

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 eines solchen Bauwerks. Der OGH hat das bisher offen gelassen (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.

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). 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 (JB1 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 Wohnungseigentümergeinschaft (5 Ob 291/01g; 4 Ob 56/04w; 5 Ob 162/06v), 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) 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).

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), eine (**eingeschränkte**) **Erfolgshaftung** (so ein Teil der Lit, ablehnend 5 Ob 150/06d), eine **Gefährdungshaftung** (1 Ob 129/02f; 2 Ob 137/05v; 2 Ob 149/07m) 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 iSe subjektiven Vorwerfbarkeit nicht ankommt sowie selbst die objektive Sorgfaltswidrigkeit nicht Anspruchsvoraussetzung, sondern 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 Vorrichtungen sowie 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.

- 12 Voraussetzung der Haftung nach § 1319 ist eine **mangelhafte Beschaffenheit** des Werks oder Gebäudes (Miet 34.289). 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: Dambruch bei Baugrube in unmittelbarer Bachnähe nach plötzlichem heftigen Regen). Zutreffend 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).
- 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).
- 14 Im Rahmen des Entlastungsbeweises ist ein **objektiver Sorgfaltsmaßstab** anzulegen. Abzustellen ist auf Schutzvorkehrungen und Kontrollmaßnahmen, die **vernünftigerweise nach der Verkehrsauffassung** erwartet werden können (7 Ob 38/05x; 5 Ob 77/97b). Die Kriterien „vernünftigerweise“ und „Verkehrsauffassung“ räumen dem Gericht einen sehr weiten Ermessensspielraum ein. Fester Ansatzpunkt ist immerhin die Erkennbarkeit der Gefahr (1 Ob 334/99w). 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).
- 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 angelegerte Gebäudeaufseher anstelle von Bautechnikern). Ein Bauschacht ist abzudecken oder für den Verkehr zu sperren.

wenn die B
kümmern (§
nahmen wie

Häufig
durch den I
erkennbar s
Fachmann e
re Anhaltsp
(Miet 35.26
fall auf des
wird nicht
Fall von je
vertrauen, i
erkennen ka
als ein Fac
Statik eines

Der A
Anspruch.
erfolgt. So
es indes au
(§ 1315 R
Gebietskör
lassen, nic
trade des
Kameraass
gemeinsch
nicht des S
der Überw
Gehilfenve
diesen Fäl
Verhalten
Halter ein
geber war
ohne dass
liegend ge
bei § 1319
6 Ob 30/9
hat, wird
den Nach

Den
(SZ 59/12
oder Wer
digerweis
kann mit
den. Die
(SZ 69/1
dass er v
jektiver
durchsch
Fachkennt
Auch der

wenn die Bauarbeiten abgeschlossen sind und sich die Handwerker nicht mehr um die Baustelle kümmern (SZ 61/132). Bei Kenntnis der Schadhafteit der Deckenträume sind Sicherungsmaßnahmen wie der Einbau einer Verstärkungsstruktur vorzunehmen (5 Ob 29/00a).

Häufig stellt sich die Frage: Welchen Einfluss hat die **Heranziehung eines Fachmanns** 16 durch den Halter eines Werkes oder Gebäudes? 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). 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. 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, insbesondere nicht bei besserer Einsicht, insbesondere, 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).

Der Anspruch gegen den Halter eines Werks oder Gebäudes nach § 1319 ist ein deliktischer 17 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 angelehrten 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 Wohnungseigentümergeinschaft das des Hausverwalters (5 Ob 291/01g); ein Schulerhalter das des Direktors, aber nicht des Schulwirts (ZAS 1985, 24; vgl auch JBl 1986, 523: keine Entlastung durch Übertragung der Überwachung an den Hausbesorger). In der Lit wird eine weitergehende 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 nahe liegend 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).

Den **Geschädigten** trifft die **Beweislast** für die Verursachung des eingetretenen Schadens 18 (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). 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). 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 eingetreten wäre (4 Ob 104/97s: Geländer). 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; 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 verschwiegen hat (5 Ob 29/00a: keine Erwähnung schon früher angebrachter Verstärkungsstrukturen 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 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 Halter des Lkw nach EKHG haftet, aber für Lkw-Fahrer nicht erkennbar ist, dass eine Tankraumdecke dafür nicht ausreichend dimensioniert ist).
- 20 Denkbar ist eine **Konkurrenz zu § 1318** (Miet 37.204: Wasseraustritt infolge eines Rohrgebrechens). 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. Die neuere Judikatur nimmt einen Vorrang des § 1319a – und damit eine Haftungsprivilegierung des Halters – an, wenn die Funktion des Verkehrswegs klar im Vordergrund steht, 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), es sei denn, der (Wege-)Halter hat ein eigenes Interesse am betreffenden Werk (2 Ob 281/01i: Brückenwaage). 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 Sorgfaltsverstößes einzustehen; zudem wird ihm der Entlastungsbeweis auferlegt. 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 durch nicht 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 43.
- 22 Bei einer Vertiefung besteht eine Konkurrenz zu § 364b. 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).
- 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 unent-

geltlich eingeden, wurde d außerhalb de nahm der OC fährdungshaf Schutzzweck zu schützen, selbst in solc ter belangt w kein Bedürfn

§ 1319 an seinem E derjenige fi ges als Halt oder grob fa widmungsw nützer entw Abschränki der Geschä

(2) Ein gleichen Be benützt we ist; zu eine den Anlage Pflanzunge Art des We sen und zu

(3) Ist so haften a

Die W 8 Ob 164/0 kehrssicher 2 Ob 26/06 halter einer das Fehlve Fahrlässigk Pflicht han widrig; es 357/97g; 2 lichen Err die bei § 1

§ 131 lagert. Die Tragen, so geben ist. Haftungsn bei § 131

geltlich eingeräumte Möglichkeit, die Scheune eines Bauernhofes zum Übernachten zu verwenden, wurde der Bauer – nach Ansicht des OGH – zum beliebigen 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 zutreffend darauf hingewiesen, dass dies mit dem Schutzzweck des AHG, die Organwalter vor einer direkten Belangung durch die Geschädigten zu schützen, jedenfalls dort bedenklich sei, wo kein Pflichthaftpflichtversicherung bestehe. Aber selbst in solchen Fällen kann dann der Rechtsträger mE als Versicherungsnehmer oder Versicherter belangt werden, sodass für eine direkte Belangung des Organwalters kein Raum ist und auch kein Bedürfnis besteht.

6a. durch einen Weg;

§ 1319a. (1) Wird durch den mangelhaften Zustand eines Weges ein Mensch getötet, an seinem Körper oder an seiner Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so haftet derjenige für den Ersatz des Schadens, der für den ordnungsgemäßen Zustand des Weges als Halter verantwortlich ist, sofern er oder einer seiner Leute den Mangel vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat. Ist der Schaden bei einer unerlaubten, besonders auch widmungswidrigen, Benützung des Weges entstanden und ist die Unerlaubtheit dem Benützer entweder nach der Art des Weges oder durch entsprechende Verbotsschilder, eine Abschränkung oder eine sonstige Absperrung des Weges erkennbar gewesen, so kann sich der Geschädigte auf den mangelhaften Zustand des Weges nicht berufen.

(2) Ein Weg im Sinne des Abs. 1 ist eine Landfläche, die von jedermann unter den gleichen Bedingungen für den Verkehr jeder Art oder für bestimmte Arten des Verkehrs benützt werden darf, auch wenn sie nur für einen eingeschränkten Benützerkreis bestimmt ist; zu einem Weg gehören auch die in seinem Zug befindlichen und dem Verkehr dienenden Anlagen, wie besonders Brücken, Stützmauern, Futtermauern, Durchlässe, Gräben und Pflanzungen. Ob der Zustand eines Weges mangelhaft ist, richtet sich danach, was nach Art des Weges, besonders nach seiner Widmung, für seine Anlage und Betreuung angemessen und zumutbar ist.

(3) Ist der mangelhafte Zustand durch Leute des Haftpflichtigen verschuldet worden, so haften auch sie nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

Die Wegehalterhaftung des § 1319a ist eine Ausprägung der Deliktshaftung (1 Ob 529/94; 1 8 Ob 164/00a; 5 Ob 111/01m; stRspr). Sie ist eine lex specialis gegenüber der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht. Ansprüche aus dieser werden durch § 1319a verdrängt (2 Ob 310/98x; 2 Ob 26/06x). Die Besonderheit der Einstandspflicht gemäß § 1319a liegt darin, dass der Wegehalter einerseits bloß für **grobe Fahrlässigkeit** haftet, sich aber andererseits über § 1315 hinaus das **Fehlverhalten seiner Leute** zurechnen lassen muss. Die Haftungseinschränkung auf grobe Fahrlässigkeit wird sachlich damit begründet, dass es sich um eine dem Wegehalter auferlegte Pflicht handelt, ohne dass er am Weg ein eigenes Interesse hat. § 1319a ist **nicht verfassungswidrig**; es liegt kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor (VfGH ZVR 1978/262; 2 Ob 357/97g; 2 Ob 281/01i; 8 Ob 93/04s; stRspr). Zu beachten ist indes, dass der OGH einen beträchtlichen Ermessensspielraum bei der Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit hat, die bei § 1319a die Grenze zwischen Haftungsfreiheit und Einstandspflicht markiert.

§ 1319a wird durch zahlreiche weiterreichende konkurrierende Anspruchsgrundlagen überlagert. Die Beschränkung der Einstandspflicht bei grober Fahrlässigkeit kommt lediglich zum Tragen, sofern nicht nach anderen Normen eine Ersatzpflicht auch bei leichter Fahrlässigkeit gegeben ist. Zu nennen sind dabei die **vertragliche bzw vorvertragliche Haftung**, bei der der Haftungsmaßstab wegen des Bestehens einer Sonderbeziehung womöglich noch strenger ist als bei § 1319a (unten Rz 29 ff), sowie die **Schneeräum- und Streupflicht des Anrainers nach**

§ 93 Abs 1 StVO. Während bei Bestehen einer Sonderbeziehung die Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen in weiterreichendem Ausmaß nach § 1313a erfolgt, wobei der Geschäftsherr auch für weisungsunabhängige Unternehmer einzustehen hat und zudem die Beweislastumkehr für Erfolgsverbindlichkeiten nach § 1298 anzuwenden ist, erfolgt die Gehilfenzurechnung bei § 93 StVO nach § 1315; zudem trifft den Geschädigten – wie bei § 1319a – die Beweislast für sämtliche anspruchsbegründenden Elemente. § 1319a hat daher idR bloß Bedeutung, wenn keine solche speziellere Anspruchsgrundlage gegeben ist.

- 3 Einzustehen ist nach § 1319a für **Schäden des Benutzers** eines mangelhaften Wegs, nicht aber für solche eines Anrainers (SZ 55/179: Durchnässung der Holzverkleidung eines Geschäfts durch Pfützenbildung auf einer stark befahrenen Straße; 3 Ob 77/09h: Fassadenschaden durch Salzstreuung; insoweit § 364a anzuwenden). **Weg iSd § 1319a Abs 2** wird **sehr weit ausgelegt**. Es handelt sich um eine Landfläche, die von jedermann unter den gleichen Bedingungen benutzbar ist (2 Ob 335/97x). Dazu zählen öffentliche Verkehrsflächen aller Art wie eine Straße, eine Mountainbikestrecke (1 Ob 260/05z), eine Zufahrt zu einem Parkhaus, ein nach Betriebsschluss in der Nacht allgemein zugängliches Tankstellenareal (2 Ob 59/05y), ein Bringungs- und Forstweg, ein Wanderweg, ein Gebirgspfad (SZ 60/189: Klettersteig), aber auch eine Rodelbahn (ZVR 1991/132; 8 Ob 164/00a), eine Langlaufloipe (ZVR 1984/176) und eine Schipiste (8 Ob 164/00a; OLG Innsbruck ZVR 1985/157). Unmaßgeblich ist, ob der Weg künstlich angelegt ist.
- 4 Bedeutsam ist die **Widmung des Weges** als Landfläche, die von jedermann unter den gleichen Bedingungen benutzbar ist. Dass eine Benutzung nur durch Geübte erfolgen soll (SZ 60/189: Klettersteig; OLG Innsbruck ZVR 1985/87: Markierung der Schiabfahrt als schwierig), ist der Qualifikation als Weg iSd § 1319a Abs 2 nicht hinderlich. Bedeutsam ist darüber hinaus die sachliche Widmung. Darf jemand einen Parkplatz nicht benutzen und rutscht er beim Einsteigen in das Fahrzeug auf dem vereisten Parkplatz aus, ist er gemäß § 1319a anspruchsberechtigt, weil er den Parkplatz als Fußgänger benutzen durfte (9 ObA 83/97i). Soll bei einer Straße jegliche Nutzung durch die Allgemeinheit ausgeschlossen werden, muss das hinreichend deutlich erfolgen (SZ 55/142: durch Tafel „Fahrverbot, Anrainer ausgenommen“ kein Ausschluss der Benutzung als Fußgänger; ähnlich 2 Ob 23/94: Forststraße; dazu unten Rz 44 ff). Eine Widmung als Weg kann auch schlüssig erfolgen (SZ 54/183; ZVR 1984/141: Präparierung bestimmter Teile einer Schipiste). Zum Weg zählt auch dessen Randbereich, insb, wenn er gefährlich ist (7 Ob 24/02h: unbefestigter Randbereich einer Forststraße; 6 Ob 21/01h: Steilabhang am Rande der Straße; 4 Ob 299/98v: in Bergwerksstollen führendes Felsloch am Rande der Schipiste). Kein Weg iSd § 1319a ist ein Weg in einem abgeäugten Grundstück wie einem Innenhof einer Wohnhausanlage (2 Ob 335/97x: Miethaus; 5 Ob 117/07b: Wohnungseigentumsanlage; 2 Ob 217/08p: anders aber bei einem durch die Wohnhausanlage führenden Verbindungsweg, sofern kein Schild angebracht, das Allgemeinheit Durchgang verbietet), einer Fabrik, einem Krankenhaus, einem privaten Park oder Wald (8 Ob 64/00a).
- 5 Zum Weg zählen auch die zu diesem gehörenden **Anlagen** wie eine Straßenbeleuchtung (RZ 1988/44), ein Geländer (4 Ob 104/97s), eine Stützmauer (7 Ob 597/91), eine Pflanzung (SZ 52/27) oder das Halteseil eines Klettersteigs (SZ 60/189). Während der Gleisübergang einer Eisenbahn zum Weg gehört, ist das beim restlichen Gleiskörper anders (ZVR 1989/160). Die Aufzählung im Gesetz ist demonstrativ (4 Ob 104/97s).
- 6 In Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen ist **Halter eines Weges** derjenige, der die **Kosten für die Errichtung und Erhaltung** trägt sowie die **Verfügungsmacht** über diesen hat (SZ 51/129; 5 Ob 283/99z; 8 Ob 164/00a; stRspr). Da es auf das Eigentum nicht ankommt (4 Ob 104/97s: Geländer), wird durch eine Eigentumsübertragung nicht notwendigerweise die Haltereigenschaft geändert (7 Ob 597/91: Stützmauer). Halter wird, wem die Instandhaltungspflicht vertraglich übertragen wird (3 Ob 36/98k; 8 Ob 164/00a). Zu beachten ist freilich, ob sämtliche den Halter treffenden Pflichten übertragen werden, oder bloß ein Ausschnitt (zur partiellen Übertragung der Schneeräumungspflicht unten Rz 27). Auch ein Bauführer wurde als Halter iSd § 1319a angesehen; jedenfalls wurde die Zurechnungsnorm für das grob fahrlässige Verhalten

seiner Mit-
bungsarbei-
person ode-
eigentums,
3/93; 1 Ob
Art 104 A
gleichwoh
bei Übertr.

Die I
faltswidri
und Zum
wie – jed-
forderung-
Kletterstei
(OLG Inn
dards wird
– nicht mi
Einzusteh
293/98y: /
Wildunfál
an sich ge
mangelha:
gemessen
bestreut w
(OLG Wie

Gen:
kehrsvor:
muss vor
cherung g
der Halter
29/95). D
nicht um
solches at
StVO; 2 C
gen nach
für die Ar
zungslinik
Halter in
zeugen zu
die Erlass
Behörde
Schleude:
abwarten
weisen. V
die Haftu
haftung s

Je e
men, das:
eines We
ZVR 199
auf den C

seiner Mitarbeiter entsprechend angewendet (OLG Wien ZVR 1998/24: Bauführer von Aufgrabungsarbeiten). Mithalter haften solidarisch (ZVR 1990/120). Halter kann entweder eine Privatperson oder eine juristische Person des Privatrechts sein (zur Passivlegitimation einer Wohnungseigentumsgemeinschaft 5 Ob 335/99x; 5 Ob 283/99z) oder die öffentliche Hand (SZ 51/129; 2 Ob 3/93; 1 Ob 29/95; stRspr). Wenn der Bund im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung gemäß Art 104 Abs 2 B-VG die ihn treffenden Pflichten durch ein Bundesland besorgen lässt, bleibt gleichwohl der Bund Halter (SZ 59/129: Wiener Reichsbrücke; 1 Ob 29/95). Entsprechendes gilt bei Übertragung von einem Bundesland auf eine Gemeinde (2 Ob 3/93).

Die Determinanten des Maßstabs, an dem die **Mangelhaftigkeit des Weges** sowie die **Sorgfaltswidrigkeit des Verhaltens des Wegehalters** gemessen werden, sind **Verkehrsbedürfnis und Zumutbarkeit**. Diese Begriffe sind als Leerformeln so allgemein, dass mit ihnen – so gut wie – jedes Ergebnis begründbar ist. Zutreffend ist indes, dass an eine Autobahn andere Anforderungen zu stellen sind als an einen Klettersteig (SZ 60/189: auf die Eigentümlichkeit als Klettersteig hinweisend). Auch wird der jeweiligen lokalen Ausprägung Rechnung zu tragen sein (OLG Innsbruck ZVR 1996/6: Kopfsteinpflaster in historischer Altstadt). Gewisse Mindeststandards wird man auch hier verlangen können, wobei der Benutzer dort – wie auf einem Klettersteig – nicht mit Stöckelschuhen herumstelen muss; im Mittelalter hat man das ja auch nicht getan! Einzustehen ist für die Verkehrssicherheit des Wegs im weitesten Sinn (SZ 55/142 sowie 2 Ob 293/98y: Ausstattung mit entsprechenden Verkehrseinrichtungen; 2 Ob 62/91: Maßnahme gegen Wildunfälle; 6 Ob 21/01h: Steinschlag auf Forststraße). Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem an sich geschuldeten Zustand und den Anforderungen, in welchem Zeitraum der Halter einen mangelhaften Zustand zu beseitigen hat. Keine Fahrlässigkeit ist demnach gegeben, wenn bei angemessener sachlicher und persönlicher Ausstattung zuerst die am meisten frequentierten Straßen bestreut werden und dann erst die nicht dem fließenden Verkehr dienenden Autobahnparkplätze (OLG Wien ZVR 1994/51).

Generell muss eine Straße so beschaffen sein, dass sie **bei Beachtung der Straßenverkehrs Vorschriften gefahrlos benutzbar** ist (ZVR 1986/101; ZVR 1989/131; stRspr). Der Halter muss vor **faktischen Gefahren** warnen bzw eine Absicherung vornehmen (SZ 52/53: Nichtsicherung gegen Absturz; ZVR 1985/171: Säuberung und Bestreuung). Darüber hinaus muss sich der Halter eines Wegs um die **Aufstellung von Verkehrsschildern** kümmern (2 Ob 62/91; 1 Ob 29/95). Die StVO räumt ihm die Möglichkeit ein, § 1319a verpflichtet ihn dazu. Sofern es sich nicht um ein Verkehrszeichen nach § 44 Abs 1 StVO handelt, darf der Halter eines Weges ein solches auch ohne behördliche Genehmigung aufstellen (2 Ob 298/00p: Schild gemäß § 98 Abs 3 StVO; 2 Ob 45/00g: Weiderost auf Mountainbikestrecke). Ebenso darf er Verkehrsleiteinrichtungen nach § 57 Abs 1 StVO anbringen wie Leitplanken oder Schneestangen. Entsprechendes gilt für die Anbringung von Bodenmarkierungen mit reiner Verkehrsleitfunktion (Rand- und Begrenzungslinien). Das gehört nicht zum Bereich der Hoheitsverwaltung (1 Ob 2183/96b). Bringt der Halter in der Mitte eines Radwegs eine Stahlsäule an, um das Befahren mit mehrspurigen Fahrzeugen zu verhindern, ist das kein Mangel des Weges (2 Ob 298/00p: Radfahrerunfall). Soweit die Erlassung einer Verordnung nach § 43 StVO nach § 1319a erforderlich ist, muss er das der Behörde anzeigen (2 Ob 293/98x: Schnellstraßenabfahrt – Geschwindigkeitsbegrenzung wegen Schleudergefahr). Der Straßenerhalter darf nicht das Tätigwerden der Straßenaufsichtsbehörde abwarten. Vielmehr muss er Maßnahmen selbst treffen bzw die zuständige Behörde darauf hinweisen. Wenn die Behörde nicht oder unzureichend reagiert, hat sie im Rahmen des AHG ohne die Haftungsprivilegierung des § 1319a einzustehen (1 Ob 2183/96b). Halterhaftung und Amtshaftung sind nebeneinander möglich (1 Ob 29/95; 1 Ob 2183/96b).

Je exponierter die **geografische Lage des Weges**, umso stärker ist darauf Bedacht zu nehmen, dass bestimmte Restrisiken nicht völlig vermeidbar sind (JBl 1986, 113: extreme Hanglage eines Weges, Setzungen, Rutschungen; 7 Ob 632/89: Steinschlag auf Passstraße; OLG Innsbruck ZVR 1996/12: keine völlig gefahrlose Benutzbarkeit im Gebirge). Bedacht zu nehmen ist auch auf den Gefahrenbereich, der sich aus der Umgebung des Weges ergibt (6 Ob 21/01h: Steilabhang

neben der Straße – Steinschlag, Murenabgang, Baumsturz). Zu berücksichtigen sind die jahreszeitlichen Bedingungen, namentlich die Witterungsverhältnisse (OLG Innsbruck ZVR 1996/12).

- 10 Der Sorgfaltsmaßstab ist abhängig vom **Leistungsvermögen des jeweiligen Wegehalters**. Der **öffentlichen Hand** ist mehr abzuverlangen als einer **Privatperson**; kleineren Gemeinden ist weniger zuzumuten als großen (ZVR 1979/316: Gemeinde mit 1100 Einwohnern, Straße ohne überregionale Bedeutung; ZVR 1983/14: von Berggemeinde nicht zu verlangen, dass Eisrillen händisch abgetragen werden). Die öffentliche Hand kann die sie als Straßenhalter treffenden Pflichten nicht durch Dienstanweisungen einschränken (2 Ob 62/91). Wird die Wegehaltung nur gefälligkeitshalber übernommen, ist der Sorgfaltsmaßstab relativ gering anzusetzen (SZ 60/189: Betreuung eines Klettersteigs durch einen alpinen Verein). Freilich darf auch hier ein Mindeststandard nicht unterschritten werden. Eine jährliche Überprüfung sowie eine solche nach Naturkatastrophen sind geboten. Der Halter darf nicht auf jedwede Überprüfung verzichten und sich nicht darauf verlassen, dass Wegbenutzer Mängel melden.
- 11 Das **Spektrum der Sicherungsmaßnahmen** reicht von Schutzvorkehrungen bis zur bloßen Warnung (OLG Innsbruck ZVR 1996/12: Steinschlag) und der Sperre der Straße (ZVR 1983/83). Aus der Pflicht, Gefahren abzuwenden, ergibt sich die vorgelagerte Pflicht, entsprechende Erhebungen durchzuführen (2 Ob 62/91: mehrere vorangehende Wildunfälle auf der Autobahn). Allerdings ergeben sich insoweit auch Grenzen derartiger Kontrollmaßnahmen (ÖJZ 1979/61: Kontrolle von Felswänden in größerer Entfernung von der Straße nicht zu erwarten). Die Aufstellung von Warmschildern ist nicht ausreichend, wenn eine Gefahrenbeseitigung zumutbar ist (SZ 60/189: Klettersteig durch alpinen Verein; OLG Wien ZVR 1998/24: Gefahrenzeichen „Achtung Baustelle“ nicht genügend).
- 12 Eine Ersatzpflicht des Wegehalters nach § 1319a setzt **grobe Fahrlässigkeit** voraus. Folgende allgemeine Umschreibungen finden sich: Das ist eine auffallende Sorglosigkeit, bei welcher „die gebotene Sorgfalt nach den Umständen des Falles in ungewöhnlichem Maße verletzt wird und der Eintritt des Schadens nicht nur als möglich, sondern geradezu als wahrscheinlich vorauszusehen ist“ (2 Ob 298/00p; 2 Ob 26/06x), wobei der „objektiv besonders schwere Verstoß auch subjektiv schwer anzulasten ist“ (6 Ob 570/92; 2 Ob 26/06x). Grob fahrlässig handelt, wer „ganz einfache und nahe liegende Überlegungen“, um eine Schädigung zu vermeiden, nicht anstellt (ZVR 1984/142). Es handelt sich um ein extremes Abweichen von der objektiv gebotenen Sorgfalt (6 Ob 193/00a), das auch subjektiv schwer anzulasten ist (4 Ob 104/97s; 6 Ob 103/99m). Soweit der Halter ein Fachmann ist, kommt es nach § 1299 auf die individuelle Vorwerfbarkeit nicht an. Zwei ganz zentrale Bezugspunkte sind das **gravierende Defizit an sich** sowie die **Zeitdauer**, in der der Wegehalter auf ein Defizit nicht reagiert hat.
- 13 In folgenden Fällen wurde wegen der **Schwere des Mangels** grobe Fahrlässigkeit angenommen: Eine Langlaufloipe fällt plötzlich 80 cm ab, auch wenn sie als „sportlich reizvoll“ und „teilweise schwierig“ beschrieben worden ist (ZVR 1984/176); ein kaum sichtbarer Draht über eine Forststraße, der zum Sturz eines Radfahrers geführt hat (2 Ob 23/94); eine Baumwurzel, die die Asphaltdecke um 10 cm gehoben hatte, sodass eine Schwelle entstanden war (4 Ob 72/01v); die Unterlassung einer auch nur oberflächlichen Überprüfung der Mittelleitschienen auf einer Autobahn (2 Ob 151/01x).
- 14 Je **länger der Wegehalter untätig** bleibt, obwohl er nach **Kenntnis eines Gebrechens** oder einer **gebotenen Kontrollmaßnahme** hätte einschreiten müssen, umso eher ist sein Verhalten als grob fahrlässig zu beurteilen: Wenn die Beseitigung eines gefährlichen, längst bekannten Hindernisses (ZVR 1982/139) unterlassen wurde; an einem Geländer in all den Jahrzehnten seit der Errichtung kein Rütteltest vorgenommen worden ist (4 Ob 104/97s); eine stark frequentierte Brücke jahrzehntelang nicht überprüft worden ist (ZVR 1975/176); eine Schadstelle in einer Fußgängerzone mehrere Monate nicht beseitigt worden ist (ZVR 1990/103); trotz mehrerer Wildunfälle in den letzten Jahren keine Wildschutzmaßnahmen ergriffen worden sind (2 Ob 62/91); eine 10 cm hohe durch eine Baumwurzel verursachte Asphalterhebung lange Zeit nicht beseitigt wurde (4 Ob

72/01v); eine wurde (OLG I bzw gewartet (2 Ob 1104/94

Nicht in sig führt. Mit das Verhalten für sich bloß Fahrlässigkeit Erhebungen : lenden Langl durch die Sch und auch kein

Jedenfa ren leicht be; Hindernis re; der Sphäre d; Vorwurf gro; zu kontrollie Autobahnpa; Stellen (Brü nicht abgesi schlag, wen worden ist (nicht kontro

Obwol sich der We sind diejeni Insoweit ist Gehilfen in; Bei § 1315 deren Gefäl Geschäftsh nur insofer Personen – zelfall best heverhältnis ZVR 1988. lichen Han Rechtsträg ankomme, und des W mE insow erledigung

Wen eigentüme 283/99z). ten handl maßstabs grob fah

72/01v); eine für einen Mountainbiker schwer sichtbare Aufwölbung 2 Jahre lang nicht behoben wurde (OLG Innsbruck ZVR 2002/42); ein Drahtseil auf einem Klettersteig ein Jahr nicht geprüft bzw gewartet wurde (JBl 1988, 41); ein mehrmaliger Verstoß gegen die Streupflicht gegeben ist (2 Ob 1104/94).

Nicht immer ist es ein Vorwurf allein, der zur Beurteilung eines Verhaltens als grob fahrlässig führt. Mitunter ist es erst das **Zusammentreffen mehrerer Faktoren**. Zu bedenken ist, dass das Verhalten mehrerer jeweils dem Halter zugerechnet wird, sodass die einzelne Fehlleistung, die für sich bloß leicht fahrlässig ist, erst in der Summe beim Wegehalter sich zum Vorwurf grober Fahrlässigkeit akkumuliert (2 Ob 62/91: untaugliche Dienstanweisung, Unterlassung notwendiger Erhebungen sowie Nichtaufstellen von Gefahrenzeichen). Auch bei der plötzlich 80 cm abfallenden Langlaufloipe wurde zusätzlich darauf hingewiesen, dass dieser jähe Niveauunterschied durch die Schneefräsung auf der querenden Straße entstanden ist, keine Loipenkontrolle erfolgte und auch keine Warntafeln aufgestellt worden sind (ZVR 1984/176).

Jedenfalls **grobe Fahrlässigkeit** wurde **verneint**, wenn ein sorgfältiger Fahrer den Gefahren leicht begegnen kann (ZVR 1979/316) oder wenn mit geringfügigen Anstrengungen auf ein Hindernis reagiert werden kann (5 Ob 2023/96b). Neben diesen entlastenden Gesichtspunkten aus der Sphäre des Geschädigten sind es auch Umstände aus der Sphäre des Ersatzpflichtigen, die den Vorwurf grober Fahrlässigkeit ausschließen: So ist es nicht zumutbar, jedes Straßenstück dauernd zu kontrollieren (ZVR 1991/48: Bestreuung vereister Flächen in der Fußgängerzone); wenn ein Autobahnparkplatz deshalb Glatteis aufweist, weil die Autobahnmeisterei zunächst die kritischen Stellen (Brücken, Steigungen) streuen ließ (OLG Wien ZVR 1994/51); das Ende der Rodelbahn nicht abgesichert wurde, obwohl dort Kfz abgestellt wurden (JBl 1991, 652); bei einem Steinerschlag, wenn jeweils eine Kontrolle im Frühjahr nach der Frost- und Tauperiode vorgenommen worden ist (OLG Innsbruck ZVR 1996/12); eine Felswand in großer Entfernung von der Straße nicht kontrolliert wurde und dort noch nie ein Felssturz passiert war (ÖJZ 1979/61).

Obwohl es sich bei § 1319a um einen deliktischen Schadenersatzanspruch handelt, muss sich der Wegehalter – über § 1315 hinaus – das **Verhalten seiner Leute zurechnen** lassen. Das sind diejenigen, die er im Rahmen der Erfüllung seiner Pflichten als Wegehalter eingesetzt hat. Insoweit ist eine Parallele zu § 1313a gegeben, als dem Geschäftsherrn das Fehlverhalten der Gehilfen insoweit zugerechnet wird, als diese bei Erfüllung einer Sonderverbindung tätig werden. Bei § 1315 genügt für die Zurechnung – allerdings nur bei Untüchtigkeit sowie bei Wissen um deren Gefährlichkeit – die Tätigkeit bei Besorgung von – irgendwelchen – Verrichtungen für den Geschäftsherrn. Abweichend von § 1313a muss sich der Wegehalter das Verhalten „seiner Leute“ nur insofern zurechnen lassen, als es sich um Mitarbeiter oder Dienstnehmer handelt oder doch Personen – **Unternehmer** –, denen gegenüber eine **Weisungsbefugnis im maßgeblichen Einzelfall** besteht (ZVR 1982/162: Dienstnehmereigenschaft ist nicht Voraussetzung, wohl aber Naheverhältnis mit Weisungsmöglichkeit; ÖJZ 1981/231: abgelehnt bezüglich der Straßenmeisterei; ZVR 1988/128: Transportunternehmer). Bei der Übertragung von einem Rechtsträger der öffentlichen Hand auf den anderen werden die Organe und ausführenden Personen des untergeordneten Rechtsträgers zu den Leuten gezählt, weil eine Weisungsbefugnis bestehe, wobei es nicht darauf ankomme, ob von dieser Gebrauch gemacht werde (2 Ob 3/93: Übertragung der Instandhaltung und des Winterdienstes vom Land auf eine Gemeinde kraft Landesgesetzes). Merkwürdig ist das mE insoweit, als jeweils faktisch die Straßenmeisterei – wohl mit gleicher Freiheit der Aufgabenverledigung – tätig wird.

Wenn für eine **Wohnungseigentumsgemeinschaft** abwechselnd die einzelnen Wohnungseigentümer den Winterdienst besorgen, wurden diese vom OGH zu den Leuten gezählt (5 Ob 283/99z). In der Lit wurde zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich vielmehr um Repräsentanten handle, was freilich zu keinen unterschiedlichen Rechtsfolgen führt. Bezüglich des Sorgfaltsmaßstabs der groben Fahrlässigkeit kommt es – wie bei § 1313a – darauf an, ob das Verhalten als **grob fahrlässig** anzusehen wäre, wenn es der Geschäftsherr, hier also der **Wegehalter**, gesetzt

hätte. In der Lit wird darauf hingewiesen, dass zu prüfen sei, welche Aufgaben der Geschäftsherr dem Gehilfen übertragen habe (2 Ob 64/98w) und sich die deliktische Instandspflicht des Gehilfen gegenüber der des Geschäftsherrn unterscheiden könne. Zutreffend ist, dass der Sorgfaltsmaßstab im Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen ein milderer sein kann, etwa bei Einsatz eines Lehrlings, als im Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und geschädigtem Dritten. Sollte man bei einer deliktischen Instandspflicht des Gehilfen, etwa eines Arbeitnehmers, gegenüber dem Dritten auch für leichte Fahrlässigkeit eintreten lassen, ist Folgendes zu bedenken: Gemäß § 3 Abs 2 DHG wird der Arbeitnehmer im Regelfall vom Dienstgeber vollen Regress erhalten, sodass auf diese Weise – jedenfalls im wirtschaftlichen Ergebnis – die vom Gesetzgeber gewollte Haftungsprivilegierung des § 1319a unterlaufen würde. Das spricht mE dafür, bei Bestehen eines solchen Regressanspruchs auch die Haftung des Gehilfen im Außenverhältnis zu begrenzen.

- 19 **Nicht zu den Leuten zählen** – wie bei § 1315 – **weisungsungebundene Unternehmer** (ZVR 1988/127 und 168; stRspr) und andere juristische Personen (ZVR 1988/50), kurzum solche, die nicht in den Herrschafts- und Organisationsbereich des Halters eingegliedert sind. Für solche haftet der Wegehalter – wie bei § 1315 – lediglich bei einem Auswahl- und Überwachungsver schulden (2 Ob 151/01x). In einer neueren E (2 Ob 217/08p: Organisations- und Überwachungsver schulden, unzureichende Ausstattung des herangezogenen Unternehmers) führt freilich auch leichte Fahrlässigkeit bei Auswahl und Überwachung zu einer Ersatzpflicht gegenüber dem Geschädigten. Der OGH begründet dies unter Berufung auf den Wortlaut des § 1319a, weil sich das Haftungsprivileg nur auf die Herbeiführung des mangelhaften Zustands beziehe. Das ist jedenfalls ein Kunstgriff; motiviert dürfte das Überspringen der von § 1319a geforderten Schwelle der groben Fahrlässigkeit mit der aus Sicht des OGH fehlenden sachlichen Überzeugungskraft dieser Haftungsprivilegierung (dazu ZVR 1988/128: ohnehin als problematisch empfundene Haftungsbeschränkung des § 1319a).
- 20 Während ein Unternehmer, der mit Sanierungsarbeiten an einem Weg betraut war, für die Verkehrssicherung nach allgemeinen Grundsätzen haftet, ihm das Haftungsprivileg des § 1319a nicht zugute kommt und er auch für leichte Fahrlässigkeit einzustehen hat (7 Ob 24/02h: Billigsanierung der Verschleißschicht eines Forstwegs ohne Aufklärung des Bauherrn über Gefahrenpotential bei bestimmten Witterungsverhältnissen), wurde ein Brückensachverständiger, aufgrund dessen schuldhaft falscher Expertise eine Instandsetzungsmaßnahme unterblieb, was zur Schädigung eines Dritten führte, zu den Leuten gezählt (RZ 1979/70). In der Lit wird letztere Haftungsprivilegierung damit gerechtfertigt, dass **jeder, der mit der Wegeerhaltung zu tun habe, nicht strenger haften sollte als der Wegehalter selbst**, also bloß für grobe Fahrlässigkeit. ME mag das insofern überzeugend sein, als der jeweilige Unternehmer gerade die gegenüber der Allgemeinheit vom Wegehalter geschuldeten Pflichten ausübt. Für eine Haftungsprivilegierung des Brückenbausachverständigen besteht hingegen kein Anlass. Da das Sanierungsunternehmen – wie der Brückenbausachverständige – gegenüber dem Wegehalter über zusätzliche Sachkompetenz (§ 1299) verfügte, sollten solche Sachverständigen gegenüber geschädigten Dritten nach allgemeinen Grundsätzen einzustehen haben. Die besondere Wertung des § 1319a, dass sich der Wegehalter einer ihm gesetzlich aufgezwungenen Pflicht nicht entziehen kann, trägt gegenüber Sachverständigen, die für ihre Tätigkeit marktkonform entlohnt werden, nämlich nicht.
- 21 Wenn **der Geschädigte einen Weg nicht hätte benutzen dürfen**, kann er sich gemäß § 1319a Abs 1 S 2 auf dessen Mangelhaftigkeit nicht berufen. Insoweit ist dann ein „**Handeln auf eigene Gefahr**“ gegeben. An die Erkennbarkeit, dass der Weg nicht benutzt werden darf, stellt der OGH strenge Anforderungen (JBI 1998, 715; 2 Ob 23/94; 2 Ob 59/05y; stRspr). Selbst wenn die Unbenutzbarkeit nicht erkennbar sein sollte, kommt immer noch eine Kürzung wegen Mitverschuldens (SZ 60/189) oder gar eine Versagung eines Schadenersatzanspruchs (OLG Innsbruck ZVR 1985/87) in Betracht, wenn sich ein Ungeübter auf einen Weg im Gebirge begibt. Selbst bei ausreichender Erkennbarkeit der Nichtbenutzbarkeit ist stets zu prüfen, ob ein Rechtswidrigkeitszusammenhang besteht zwischen der Unerlaubtheit der Benutzung und dem

Schadenseint
625/94: unzu
durch die K
keine Parkge
indes: Wer e
einem eing
Haftungsrisi
dass eine Ve
großzügig zu

Den G
stand eines V
Stützmauer)
für Gehilfen
Wegehalters
nis, welches
dass ihm di
(Lehrbuch-)
aber schon
Leistungspf
Alternativv
104/97s).

In An
auf einen v
maßgeblich
lässig, dass
(2 Ob 151/
Rechtsträge
meisters un
Fahrlässigk
für den Ha
einschreite
übernomm
ist, ob alle
den nicht i

Der I
ten nach al
die einges
§ 1315 (Z
nicht einzi
anders haf
führen, da
vilegierun
ausweitun
eine Versch
nämlich d
forderung
möglich.
rade den
auf Schri
enge Gre
Gehilfen

Schadenseintritt (verneint von JBl 1988, 655: nur Anrainer dürfen einen Innenhof benutzen; 1 Ob 625/94: unzutreffende Widmung eines Weges in einer Wanderkarte, was mE fragwürdig ist, weil durch die Kennzeichnung durchaus ein Vertrauenstatbestand geschaffen wird; 9 ObA 83/97i: keine Parkgenehmigung, Ausrutschen beim Einsteigen auf vereistem Parkplatz). Zu beachten ist indes: Wer eine bestimmte Landfläche, etwa eine Privatstraße oder einen Verbindungsweg, nur einem eingeschränkten Publikum öffnet, möchte dadurch – legitimerweise jedenfalls auch – das Haftungsrisiko gegenüber sonstigen Personen ausschließen. Das spricht dafür, bei der Annahme, dass eine Verletzung nicht vom Rechtswidrigkeitszusammenhang gedeckt ist, nicht vorschnell großzügig zu sein.

Den **Geschädigten** trifft die **Beweislast** für die Schädigung durch den mangelhaften Zustand eines Weges (OLG Innsbruck ZVR 1996/6), die Haltereigenschaft des Belangten (SZ 52/27: Stützmauer) sowie dessen grobe Fahrlässigkeit (2 Ob 509/92). Wie auch sonst bei der Haftung für Gehilfen muss der Geschädigte nicht nachweisen, dass eine bestimmte Person der Leute des Wegehalters das angeprangerte Fehlverhalten gesetzt hat (2 Ob 62/91: kein Nachweiserfordernis, welches Organ grob fahrlässig gehandelt hat). Den **Schädiger** trifft der Entlastungsbeweis, dass ihm die objektiv grobe Fahrlässigkeit nicht persönlich vorwerfbar ist (2 Ob 509/92). Als (Lehrbuch-)Beispiel wird dabei genannt, dass der Wegehalter krank war. In der Praxis spielt das aber schon deshalb keine Rolle, weil es sich bei der Wegehaltung um keine höchstpersönliche Leistungspflicht handelt. Der mangelnden persönlichen Vorwerfbarkeit steht ein rechtmäßiges Alternativverhalten gleich, für dessen Vorliegen ebenfalls der Wegehalter beweisbelastet ist (4 Ob 104/97s).

In Analogie zu § 93 Abs 5 StVO hält der OGH eine **Übertragung der gesetzlichen Pflicht auf einen weisungsfreien Unternehmer** (ÖJZ 1981/231; ZVR 1990/16; 7 Ob 24/02h; stRspr: maßgeblich ist eigener Organisations- und Verantwortungsbereich) mit der Rechtsfolge für zulässig, dass der Wegehalter nur noch für eigenes Verschulden bei Auswahl und Überwachung (2 Ob 151/01x) einzustehen hat (anders 2 Ob 3/93: Übertragung der Verantwortung von einem Rechtsträger auf einen anderen, in concreto vom Land auf die Gemeinde; Haftung des Bürgermeisters und der ihm unterstellten Mitarbeiter als Leute des Landes, somit Haftung nur bei grober Fahrlässigkeit). Eine solche Übertragung kann auch schlüssig erfolgen (ZVR 1988/50). Wenn für den Halter erkennbar ist, dass der Unternehmer seinen Pflichten nicht nachkommt, muss er einschreiten (ZVR 1990/120: ein Mithalter stellt die gegenüber dem anderen Mithalter vertraglich übernommene Schneeräumung durch den zunächst damit betrauten Unternehmer ein). Zu prüfen ist, ob alle Halterpflichten übertragen worden sind. Ist das nicht der Fall, ist der Wegehalter für den nicht übertragenen Teil des Aufgabenspektrums weiterhin verantwortlich.

Der Unternehmer, dem diese Aufgabe übertragen worden ist, haftet dem geschädigten Dritten nach allgemeinen Grundsätzen, somit zwar bereits ab **leichter Fahrlässigkeit, nicht aber für die eingesetzten Leute, sondern nur für das Fehlverhalten der eingesetzten Gehilfen nach § 1315** (ZVR 1988/127; ZVR 1988/128; ZVR 1990/16). Das wird in der Lit heftig kritisiert, weil nicht einzusehen sei, warum ein Unternehmer, der die Position des Wegehalters übernehmen soll, anders haften soll als der Wegehalter selbst. Für die strengere Haftung könnte man ins Treffen führen, dass er – vom Wegehalter – typischerweise ein Entgelt erhält, sodass eine Haftungsprivilegierung nicht angezeigt erscheint. Hält man die Leutehaftung für eine bedeutsame Haftungsausweitung, ist aus der Sicht des geschädigten Dritten in der Tat nicht einzusehen, warum dieser eine Verschlechterung seiner Rechtsposition hinnehmen soll, wenn der eigentlich Haftpflichtige, nämlich der Wegehalter, die ihn treffende Pflicht auf einen Dritten überträgt. Durch strenge Anforderungen an das Überwachungsver schulden ist diesbezüglich eine gewisse Gegensteuerung möglich. Zu bedenken ist indes, dass die Übertragung an einen weisungsfreien Unternehmer gerade den Sinn hat, dass dieser eigenverantwortlich tätig werden soll, ohne dass seine Tätigkeit auf Schritt und Tritt überwacht werden muss. Der diesbezüglichen Gegensteuerung sind daher enge Grenzen gesetzt. Zu bedenken ist schließlich, dass selbst ein grob fahrlässiges Verhalten der Gehilfen des Unternehmers nicht – stets – mit Untüchtigkeit gleichgesetzt werden kann, was dazu

führt, dass bei Erledigung der Arbeiten durch Gehilfen – so wohl der Regelfall – und deren grob fahrlässigem Verhalten der Geschädigte leer ausgeht.

- 25 Gemäß § 93 Abs 1 StVO trifft den Eigentümer einer Liegenschaft im Ortsgebiet mit Ausnahme von unverbauten, land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken die Pflicht zur Schneeräumung des Gehsteigs bzw Gehwegs von 6 bis 22 Uhr, und zwar in einer Breite von nicht mehr als 3 m; wenn kein Gehsteig vorhanden ist, dann am Straßenrand im Ausmaß von 1 m. Erfasst sind von dieser **Anrainerpflicht** lediglich die dem öffentlichen Verkehr dienenden Gehsteige entlang von Straßen (2 Ob 194/07d: Straße mit öffentlichem Verkehr iSv § 1 StVO, also Widmung für Fußgänger- oder Fahrzeugverkehr). Das hat zur Folge, dass Gehwege innerhalb einer Wohnanlage davon nicht erfasst sind (2 Ob 217/08p). Nicht immer wurde das so deutlich gesehen (Einstandspflicht nach § 93 StVO bejaht von 2 Ob 47/07m: Gehweg neben der Müllinsel, der zu Parkplätzen und anderen Wohnhäusern führt; kein Schild, dass kein öffentlicher Weg oder nur für eingeschränkten Benutzerkreis; 2 Ob 127/08b: Gehweg zwischen den Häusern). Selbst wenn zwischen der Straße und dem angrenzenden Grundstück ein Zwischenstück liegt, etwa ein Graben oder ein Grünstreifen, ist eine Räumspflicht gegeben, wenn zwischen Gehsteig und Liegenschaft nicht mehr als 3 m liegen. Die Räumspflicht erstreckt sich dann auf den gesamten Gehsteig (2 Ob 26/06x; 2 Ob 86/06w). Wurde nicht gestreut, haftet der Anrainer auch dann, wenn der Unfall außerhalb der Grenze von 3 m (Gehsteig bzw Gehweg) bzw 1 m (Fehlen eines Gehsteigs) passiert, weil der Fußgänger dort geht, wo es am wenigsten gefährlich ist (5 Ob 173/02f; 2 Ob 86/06w).
- 26 Durch die in § 93 Abs 1 StVO geregelte Einstandspflicht des Anrainers wird diesem eine Verkehrssicherungspflicht auferlegt und dessen Verhaltenspflicht relativ genau beschrieben (welche Anrainer, Zeitraum). Es gelten im Übrigen die **allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regeln des Deliktsrechts**, nämlich **Haftung bei jedem Verschulden**, auch bei leichter Fahrlässigkeit (SZ 59/112; 1 Ob 529/94; 2 Ob 20/95; stRspr), und **Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen nach § 1315** (5 Ob 173/02f; 2 Ob 291/03p). Klargestellt wurde durch die E 2 Ob 127/08b, dass es auch bei einer Unterlassung bei der Beweislast des Geschädigten für die Untüchtigkeit des Besorgungsgehilfen bleibt, diesem aber der prima facie-Beweis in Bezug auf die Untüchtigkeit des Gehilfen zugute kommt, wenn gar nicht gestreut worden ist. § 1319a ist eine neben § 93 StVO bestehende Haftungsnorm, die auf die Auslegung des § 93 StVO ohne Einfluss ist (SZ 54/92; 5 Ob 173/02f; 2 Ob 26/06x; stRspr).
- 27 Das wird in der Lit zum Teil heftig kritisiert. Verwiesen wird auf die **Wertungsgleichheit zwischen Wegehalter und Anrainer**. Sogar der Größenschluss wird herangezogen, dass nämlich der Anrainer eine gesetzliche Pflicht erfüllen muss, ohne über den Gehsteig auch nur verfügungsbefugt zu sein, während der Wegehalter wenigstens eine solche Verfügungsbefugnis hat. Auch die Einschränkung der Anrainerhaftung gemäß § 176 Abs 4 ForstG wird bemüht. Die Folgerung ist eine Haftungseinschränkung auf grobe Fahrlässigkeit sowie eine Erweiterung der Zurechnung des Gehilfenverhaltens über § 1315 hinaus auf die „Leute“ iSv § 1319a. Dass diese Ansicht aus Wertungsgesichtspunkten stimmig ist, trifft zu. Der OGH hält sich aber an den Gesetzeswortlaut und bemüht sich um andere Mechanismen zur Gegensteuerung, um ein angemessenes Ergebnis zu erzielen. Nach seiner Ansicht (ZVR 1985/171; ZVR 1987/8; ZVR 1990/107; stRspr) bestehen beide Ansprüche nebeneinander.
- 28 Wie der Wegehalter kann auch der **Anrainer seine gesetzliche Pflicht auf einen weisungsfreien Unternehmer übertragen** (2 Ob 156/05p: Überbindung der Anrainerpflicht sogar auf eine Filialleiterin als wirksam angesehen; das mE bedenklich, weil ein Arbeitnehmer sich weder die Zeit einteilen noch Gerätschaften anschaffen kann); für den Anrainer ist das **in § 93 Abs 5 StVO explizit geregelt**. Eine solche Übertragung ist auch schlüssig möglich (2 Ob 1104/94; 2 Ob 119/98h). Diese Person tritt dann haftungsrechtlich an die Stelle des Anrainers (5 Ob 173/02f). Beim Anrainer verbleibt bloß ein Auswahl- und Überwachungsver schulden (ZVR 1990/107). Zu beachten ist freilich, dass sich durch die Übernahme der Sorgfaltsmaßstab nicht verändert. Das ist insb dann bedeutsam, wenn eine Gemeinde, weil sie für den Winterdienst der Straße zuständig ist, auch die Gehsteigräumung und -streuung übernimmt. Während es in Bezug auf die Straßenräu-

mung wegen
den Bereich, i
insb Durchzug
nicht berufen.
daher zeitnah
pflicht auf die
2 Ob 119/98h
kümmert). Mi
156/05p: Übe
6 und 22 Uhr

Wie auc
tanten sowie
Womöglich v
eine Filialleit
reits verlörer
sentanten, et
zu Recht auf
legitimiert a
bei Wissentl
verschulden
erfüllt hat, d

Ergebe
wie Anrain
wird das noc
Ersatzpfiel
einen Vertra
zu nachvert
Dritter. Ein
stärkere Re
nach § 1298
Um es auf d
nur bei gro
nach § 131
einer Sonde

Schor
Schuldverl
Vertragspa
zum Erwe
schaften d
Selbst auf
ankommer
Schaufensl
Bereich v
der Gehste
festgelegt

Häuf
dar. So ist
sellschaft
Verletzung
Straße). E
(ZVR 198

Huber

Räumung wegen der begrenzten Ressourcen, etwa einer Gemeinde, nicht zu beanstanden sein kann, den Bereich, in dem der Unfall passiert ist, zunächst hintanzustellen, weil wichtigere Bereiche, insbesondere Durchzugsstraßen fahrtüchtig gemacht werden müssen, kann sich der Anrainer darauf gerade nicht berufen. Der von ihm zu räumende Bereich ist meist überschaubar und die Schneeräumung daher zeitnah zu bewältigen (2 Ob 1104/94: Prüfung, ob schlüssige Übertragung der Anrainerpflicht auf die Stadtgemeinde, dann aber gleicher Haftungsmaßstab wie beim Anrainer; ebenso 2 Ob 119/98h: Kirche hielt es – in Tirol – für selbstverständlich, dass öffentliche Hand sich darum kümmert). Möglicherweise übernimmt ein Mieter auch nur einen Teil der Anrainerpflichten (2 Ob 156/05p: Übertragung der Räumung während der Geschäftsöffnungszeiten, aber nicht zwischen 6 und 22 Uhr wie der Anrainer).

Wie auch sonst hat derjenige, der die Anrainerpflicht übernommen hat, für seine **Repräsentanten** sowie ein **eigenes Organisationsverschulden** einzustehen (2 Ob 291/03p; 2 Ob 47/07m). Womöglich wurde diese Kategorie in der E 2 Ob 156/05p (Überbindung der Anrainerpflicht auf eine Filialleiterin) – irrtümlich? – herangezogen, nachdem die Geschädigte einen Vorprozess bereits verloren hatte. Es macht aber einen Unterschied, ob man das Fehlverhalten eines Repräsentanten, etwa einer Filialleiterin, dem Unternehmer, der die Anrainerpflicht übernommen hat, zu Recht außerhalb des § 1315 zurechnet; oder ob man diesen Repräsentanten selbst für passiv legitimiert ansieht. Für einen solchen Gehilfen hat auch ein Unternehmer nur bei Untüchtigkeit, bei Wissentlichkeit von dessen Gefährlichkeit sowie bei eigenem Auswahl- und Überwachungsverschulden einzustehen (2 Ob 158/06h: wenn Hausbetreuer jahrelang seine Pflicht zuverlässig erfüllt hat, dann keine besonderen Kontrollmaßnahmen erforderlich).

Ergeben sich schon aus der Konkurrenz zwischen **Wegehalterhaftung nach § 1319a** sowie wie **Anrainerhaftung nach § 93 StVO** beträchtliche Inkongruenzen und Abgrenzungsprobleme, wird das noch zusätzlich überlagert, wenn eine **Sonderbeziehung zwischen Geschädigtem und Ersatzpflichtigem** besteht. Der Bogen reicht dabei vom vorvertraglichen Schuldverhältnis, über einen Vertrag, bei dem die Benutzung eines mangelfreien Wegs Haupt- oder Nebenpflicht ist, bis zu nachvertraglichen Pflichten und der Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Ein auf eine Sonderverbindung gestützter Anspruch verschafft dem Geschädigten eine stärkere Rechtsposition, weil für jedes Verschulden gehaftet wird, es zu einer Beweislastumkehr nach § 1298 kommt und vor allem das Fehlverhalten von Gehilfen nach § 1313a zuzurechnen ist. Um es auf den Punkt zu bringen: Die jeweilige Schwäche eines Anspruchs nach § 1319a (Haftung nur bei grobem Verschulden) bzw § 93 StVO (Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen nur nach § 1315) wird kumulativ überwunden. Deshalb ist eine Anspruchsgrundlage bei Bestehen einer Sonderverbindung stets der primäre Anknüpfungspunkt für den Geschädigten.

Schon mit Aufnahme des rechtsgeschäftlichen Kontakts entsteht ein **vorvertragliches Schuldverhältnis**. Unabhängig vom Zustandekommen eines Vertrags haftet der – potentielle – Vertragspartner nach Vertragsgrundsätzen. So ist das bei einem Gast (SZ 52/135) oder beim Weg zum Erwerb einer Bahnfahrkarte (2 Ob 139/08t: ungeachtet des Gestrüpps von Tochtergesellschaften der ÖBB Passivlegitimation der Gesellschaft, die für Personenverkehr zuständig ist). Selbst auf die Absicht, einen Vertrag schließen zu wollen, soll es nach einer Literaturansicht nicht ankommen. Es soll dem Besichtigungswilligen bereits der haften, der eine Verkehrsfläche zwecks Schaufensterbesichtigung eröffnet. Zu beachten ist freilich, dass davon nur der unmittelbarste Bereich vor dem Geschäftslokal erfasst ist (9 Ob 162/00i; 2 Ob 158/06h; 2 Ob 60/08z), nicht aber der Gehsteig in seiner ganzen Breite von bis zu 3 m, wie das in § 93 Abs 1 StVO für den Anrainer festgelegt ist.

Häufig stellt die Bereitstellung eines mangelfreien Wegs eine **vertragliche Nebenpflicht** dar. So ist das beim Beförderungsvertrag (SZ 53/169: Einstandspflicht der Flughafenbetriebsgesellschaft gegenüber den Passagieren aus dem mit der Fluggesellschaft geschlossenen Vertrag für Verletzung der Streupflicht auf dem Flughafenvorfeld; 2 Ob 35/97d: U-Bahn-Station, Ausgang zur Straße). Der Betreiber einer Tankstelle schuldet den potentiellen Käufern eine gefahrlose Zufahrt (ZVR 1984/140). Den Besteller eines Werkvertrags trifft die Nebenpflicht, dass der Unternehmer

Huber
 en grob
 it Aus-
 Schnee-
 ht mehr
 Erfasst
 eige ent-
 vidmung
 Wohn-
 gesehen
 , der zu
 der nur
 bst wenn
 Graben
 enschaft
 eig (2 Ob
 rfall au-
 passiert,
 5/06w).
 ine Ver-
 (welche
 n Regeln
 issigkeit
 von Ge-
 127/08b,
 gkeit des
 chtigkeit
 93 StVO
 92; 5 Ob
 eichheit
 nämlich
 rfügungs-
 hat. Auch
 olgerung
 rechnung
 sicht aus
 wortlaut
 Ergebnis
 bestehen
 weisungs-
 ogar auf
 ch weder
 93 Abs 5
 94; 2 Ob
 173/02f).
 1/107). Zu
 t. Das ist
 ändig ist,
 traßenräu-

nicht bei Ausführung des Werks zu Schaden kommt (JBI 1986, 113: Beschotterung eines Weges). Wenn eine solche Pflicht gegenüber einem Handwerker besteht, ist es wenig folgerichtig, dass ein Paketzusteller lediglich auf deliktische Schadenersatzansprüche angewiesen sein soll (so aber 2 Ob 335/97x; anders bezüglich eines Zeitungszustellers 2 Ob 78/08x). Bei einem Bestandvertrag ist nicht nur der Mieter als Vertragspartner geschützt, sondern auch dessen Familienangehörige sind in diesen Vertrag einbezogen, weil es sich um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter handelt (2 Ob 513/96; 2 Ob 335/97x). Ausgedehnt wird das auch auf Arbeitnehmer des Mieters (2 Ob 216/03h). Folgerichtig wäre mE eine Erstreckung auf die vom Mieter beschäftigten Handwerker, weil er diesen – wie gegenüber den Familienangehörigen und den Arbeitnehmern – verpflichtet ist, ein gefahrloses Benutzen des entsprechenden Weges zu ermöglichen (aA aber 2 Ob 335/97x: Paketzusteller). Die E 2 Ob 60/08z hat klargestellt, dass die Pflicht des Vermieters in Bezug auf den Mieter den gleichen räumlichen Bereich erfasst wie die eines Anrainers gegenüber einem Fußgänger, wobei das Argument ins Treffen geführt wird, dass der Mieter die Instandhaltung über die Zahlung der Betriebskosten finanziere.

33 Die Bereitstellung eines mangelfreien Wegs kann auch als **Hauptpflicht eines Vertrags** geschuldet sein. Die beiden wichtigsten Ausprägungen sind die entgeltliche Bereitstellung einer Straße sowie von Pisten für Langlauf, Schifahren und Rodeln, was jeweils ein mietähnliches Verhältnis darstellt. Bei einer **Autobahn oder sonstigen Mautstraße** besteht der Inhalt der Hauptleistungspflicht des „Vermieters“ in der Bereitstellung eines verkehrssicheren Zustands (2 Ob 33/01v; 2 Ob 133/00y). Der Versuch des Gesetzgebers trotz Einhebung einer Gegenleistung für die Benutzung der Autobahnen eine Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit gesetzlich festzuschreiben, wurde vom VfGH unterbunden, der das einschlägige Gesetz als verfassungswidrig aufgehoben hat (VfGH G 1383/95). Bei Entrichtung eines Entgelts ist nicht bloß nach § 1319a, sondern nach Vertragsgrundsätzen zu haften; ob ein Entgelt zeitabhängig oder fahrleistungsabhängig eingehoben wird, ist für die – vertragliche – Haftung ohne Bedeutung (2 Ob 33/01v).

34 Dass der Bund der ASFINAG bezüglich der Bundesautobahnen ein Fruchtgenussrecht eingeräumt hat, ist für deren Halterstellung bedeutsam. In Bezug auf die Vertragshaftung kommt es lediglich darauf an, dass die **ASFINAG Vertragspartner** geworden ist (2 Ob 130/00y; 2 Ob 33/01v). Ihr Vertragspartner ist derjenige, der die Mautvignette – vulgo Pickerl – erwirbt. Es handelt sich dabei um einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter. Einen – abgeleiteten – vertraglichen Anspruch hat jeder, der mit Willen des Vertragspartners, also typischerweise des Halters oder Lenkers des Fahrzeugs, sich im oder auf dem Fahrzeug (Motorrad) befindet, kurzum die Insassen unter Einschluss eines Autostoppers sowie des Eigentümers des Fahrzeugs und des transportierten Gutes.

35 Von der vertraglichen Haftung erfasst sind die Autobahn selbst sowie deren **Zu- und Abfahrten** (2 Ob 133/00y), sofern die Zufahrt nicht auch zu einem anderen Ziel führt (2 Ob 181/02k: Ausklammerung der 31 km langen Zufahrt, die auch zu anderen Destinationen führt). Ein entsprechendes Problem stellt sich bei der Zufahrt zu einem Parkhaus. Wegen des zufließenden Entgelts kann der Benutzer auf **höhere Sicherheitsstandards** vertrauen (VfGH G 1383/95). Die Fahrbahn ist vor Glatteis zu sichern (2 Ob 133/00y); und auch die Überholspur ist von Schnee zu säubern (ZVR 1990/14). Freilich dürfen auch bei einer Autobahn die **Sorgfaltsanforderungen nicht überspannt** werden (2 Ob 177/05a; 2 Ob 10/07w). Es geht um eine Verschuldens-, nicht um eine Erfolgshaftung (2 Ob 178/07a: Verlust von Eisengittern auf Autobahn durch einen unbekanntem LKW unmittelbar vor dem Unfall, 1 Minute vor dem Unfall erst Meldung des Vorfalls an die Straßenmeisterei, alle 2 Stunden Kontrollfahrten; offengelassen wurde, ob eine Nebenpflicht der Herausgabe der Daten, welche Fahrzeuge im Rahmen des Road-Pricing GO-Box passiert haben, gegeben ist; eine Haftung wegen der Versagung wurde abgelehnt, weil der Kausalitätsbeweis nicht geführt wurde, dass auch bei Herausgabe eine Ausforschung möglich gewesen wäre).

36 Bei der Bereitstellung von Loipen oder Pisten ist eine Entgeltsbeziehung nicht nur dann zu bejahen, wenn für die Nutzung der Loipe oder Piste selbst ein Entgelt verlangt wird. Wird ein **Entgelt für die Aufstiegshilfe** bezahlt, die idR nur benutzt wird, um mit den Schiern oder einer

Rodel abzu-
keine bloße
kehrsabgabal
SZ 54/183;
ebenso ÖJZ
die Benutzung
auch kontro-
ber eine Fr
einem solch
Keine Inter
wenn ein V
(8 Ob 164/
von Bedeu
1979/74: g
kauf (§ 92
zuzurechne

Auch
entgeltliche
ren befahre
– vertraglic
1991/132).
Gegenleist
dem Gelän
Gebot des
bei Rodelt
(2 Ob 509.
insb, wenn
bis 40 cm
fixe Bahn
(OLG Inns
als Weg ar
Haftung k
heitsvorke

Die
in einen s
ohne Gef
derungsur
Pistenhalt
sind vor a
Berücksic
wortungsv
dem Maß
jedes denl
531/92: o
flachen P:
zu nehme
stehender
ralgischer
sichern al
vernünfti;
(SZ 63/58

Rodel abzufahren, so ist die Bereitstellung einer ordentlich präparierten Piste eine Haupt- und keine bloße Nebenleistung (3 Ob 2295/96p). Umstr ist, ob die **Entrichtung einer Fremdenverkehrsabgabe** als Gegenleistung anzusehen ist, die eine vertragliche Haftung auslöst (ablehnend SZ 54/183; 3 Ob 36/98k; offengelassen in ZVR 1984/176: zusätzlich Kauf eines Loipenplans; ebenso ÖJZ 1983/90). Es sprechen mE gute Gründe dafür. Das muss jedenfalls dann so sein, wenn die Benutzung einer Loipe von der Entrichtung eines Entgelts abhängig ist, was an der Strecke auch kontrolliert wird, der im Ort wohnende Gast davon aber befreit ist, weil sein Quartiergeber eine Fremdenverkehrsabgabe im Wege des Übernachtungsentgelts einhebt und abführt. In einem solchen Fall ist der Entgeltcharakter der Fremdenverkehrsabgabe mit Händen zu greifen. Keine Interessenneutralität ist gegeben, was die strengere vertragliche Haftung zur Folge hat, wenn ein Verein eine Schirennstrecke zur Nachwuchsförderung oder Mitgliederwerbung betreibt (8 Ob 164/00a). In Schilaufläufen mit Massenzulauf und hohen Einnahmen ist auch die Werbung von Bedeutung; es ist dann ein besonders hohes Maß an Sicherungspflichten zumutbar (ZVR 1979/74: gepflegte Piste; ÖJZ 1983/90: ideales Schilanglaufgelände). Wie beim Gebrauchsgüterkauf (§ 922 Abs 2) gilt das dann, wenn die Werbung dem Vertragspartner des Nutzers der Piste zuzurechnen ist.

Auch eine **Rodelbahn** ist ein Weg (ZVR 1991/132; 8 Ob 164/00a). Bei Bereitstellung einer entgeltlichen Aufstiegshilfe hat der Vertragspartner dafür einzustehen, dass die Piste ohne Gefahren befahren werden kann (3 Ob 2295/96p; OLG Innsbruck ZVR 1995/42). Keine – verschärfte – vertragliche Haftung gilt, wenn bloß für die Benutzung der Rodel ein Entgelt gezahlt wird (ZVR 1991/132). Letztlich wird das eine Frage der – ergänzenden – Vertragsauslegung sein, welche Gegenleistung ein redlicher Zahler erwarten darf. Der Rodler hat durch kontrollierte Fahrweise dem Gelände und seinem Können angepasst zu fahren (3 Ob 2295/96p; 1 Ob 325/99x). Es gilt das Gebot des Fahrens auf Sicht (ZVR 1991/132: schlecht beleuchtetes Ende einer Rodelbahn). Auch bei Rodelbahnen ist – wie bei Loipen und Schipisten – nur vor atypischen Gefahren zu warnen (2 Ob 509/92; 3 Ob 2295/96p). Maßgeblich ist, mit welchen Gefahren ein Rodler nicht rechnet, insb, wenn sie für ihn nicht ohne Weiteres erkennbar sind (3 Ob 2295/96p: Wellen und Mulden bis 40 cm sind während des Tages keine außergewöhnliche Gefahr, anders bei Nachtbetrieb ohne fixe Bahnausleuchtung). Bei einer Nachtrodelbahn ist für ausreichende Beleuchtung zu sorgen (OLG Innsbruck ZVR 1995/42). Neben den Naturrodelbahnen wird auch eine Sommerrodelbahn als Weg angesehen (bedenklich, weil man sich nicht frei bewegen kann; wegen der vertraglichen Haftung kommt es darauf aber nicht an). Gegen einen Auffahrunfall sind erforderliche Sicherheitsvorkehrungen zu treffen (ZVR 1986/16; 5 Ob 52/09x).

Die **Schipiste** muss vom Vertragspartner, typischerweise dem Beförderungsunternehmen, in einen solchen Zustand versetzt werden, dass ein **verantwortungsvoller Schifahrer** diese **ohne Gefährdung** – von sich und anderen – befahren kann. Ist der Pistenhalter vom Beförderungsunternehmen verschieden, muss sich der Beförderungsunternehmer das Verhalten des Pistenhalters als das seines Erfüllungsgehilfen nach § 1313a zurechnen lassen. Zu beseitigen sind vor allem **atypische Gefahren** (ÖJZ 1981/169). Was eine atypische Gefahr ist, ist unter Berücksichtigung des Erscheinungsbilds und des Schwierigkeitsgrads der Piste für einen verantwortungsvollen Schifahrer zu beurteilen (1 Ob 309/97s; OLG Innsbruck ZVR 1985/87). Nach dem Maßstab des verantwortungsvollen Pistenbenutzers ist dem Pistenhalter nicht zuzumuten, jedes denkbare Hindernis für einen „blind“ fahrenden Schifahrer aus der Welt zu schaffen (4 Ob 531/92: ohne Weiteres erkennbare Markierungsstange mitten auf einer fast 50 m breiten, eher flachen Piste). Unvernünftiges darf nicht verlangt werden. Auf das Landschaftsbild ist Bedacht zu nehmen (1 Ob 533/91; 6 Ob 531/92). Insbesondere ist nicht zumutbar, jeden am Pistenrand stehenden Baum zu sichern (ZVR 1988/142). Anderes gilt, wenn sich der Baum an einer neutralen Stelle mitten auf der Piste befindet. Künstlich geschaffene Gefahren sind eher abzusichern als natürliche. Künstlich geschaffene Hindernisse und Gefahrenquellen dürfen für einen vernünftigen Durchschnittsfahrer auch bei schlechten Sichtverhältnissen keine Gefahr darstellen (SZ 63/58; 8 Ob 155/99y).

39 Häufig umstr ist die Frage, ob die – verschärfte – vertragliche Haftung nur **innerhalb der vom Pistenhalter präparierten Piste** gegeben ist, oder **darüber hinaus** reicht; nämlich gerade bis dort, wo der konkrete Unfall passiert ist. Wird durch die Schifahrer die Piste verbreitert, ohne dass dem Schifahrer erkennbar ist, wo die vom Pistenhalter präparierte Piste endet, ist der Pistenhalter auch für den verbreiterten Bereich verantwortlich (ZVR 1985/101; SZ 50/54; jedenfalls, wenn nicht unterscheidbar; SZ 63/58). Das Publikum bringt diesem Teil dasselbe Vertrauen entgegen (OLG Innsbruck ZVR 1987/55). Dazu kommt, dass der Pistenhalter durch die Widmung diese Gefahr geschaffen hat; zudem könnte er durch entsprechende Absperrungen die Grenzen seines Verantwortungsbereichs deutlich machen. Insofern spricht viel dafür, die aus der Rechtsgeschäftslehre bekannten Kategorien bei der Zurechnung von Willenserklärungen hier entsprechend anzuwenden. Das bedeutet, dass das Vertrauen als solches noch nicht ausreichend ist, sehr wohl aber eine Einstandspflicht besteht, wenn der Verantwortliche durch ein ihm zurechenbares Verhalten einen Vertrauensstatbestand gesetzt hat. Abgesehen von der durch das Publikum vorgenommenen Pistenverbreiterung ist der Pistenhalter für das Pistenumfeld im Ausmaß einer Schilänge – ungeachtet der Tendenz zu Kurzskiern – in einem Umfang von ca 2 m verantwortlich (ZVR 1988/152; ZVR 1989/132), weil er stets damit rechnen muss, dass der Schifahrer am Rand stürzt (4 Ob 299/98v: in Bergwerksstollen führendes Felsloch).

40 Die für den **Normalbetrieb** von Schipisten, also deren **Benutzung während der Betriebszeiten des Beförderungsunternehmens** bestehenden Pflichten erfahren **Verschärfungen oder Abschwächungen** bei folgenden Konstellationen: Handelt es sich um eine Rennstrecke, sind die Anforderungen am allerstrengsten, weil ein Rennfahrer möglichst rasch die Piste bewältigen will – das ist der Sinn der Sache! – und sich ganz auf diese Aufgabe konzentrieren will (2 Ob 526/93). Bei einem Profi kommt dazu, dass sein Erwerbseinkommen umso höher ist, je besser ihm das gelingt. Bei einem Amateur gelten etwas weniger strenge Anforderungen, weil dieser in höherem Maß die Geschwindigkeit seiner sportlichen Leistungsfähigkeit anzupassen hat (1 Ob 309/97s). Noch etwas geringer, aber immer noch deutlich höher als gegenüber einer „normalen“ Piste ist der Sorgfaltsmaßstab bei permanenten – für das allgemeine Publikum frei gegebenen – Geschwindigkeitsmessstrecken (1 Ob 309/97s). Selbst solche fordern aus Gründen der Selbstbestätigung zu riskanter Fahrweise heraus. Ist ein Rennen beendet und der Veranstalter dabei, die Einrichtungen abzubauen, weiß er aber, dass weiterhin die mit restlichen Toren versehene Strecke – rennmäßig – befahren wird, treffen ihn gleichwohl – abgeschwächte – Sicherungspflichten (8 Ob 164/00a: blaues Plastikseil in 1,10 m Höhe, Verletzung einer Schifahrerin, die die Piste rennmäßig bei Abbauarbeiten befuhr; Bejahung einer Einstandspflicht gestützt auf Verstoß gegen allgemeine Verkehrssicherungspflicht). Entsprechend verminderte Pflichten treffen den Pistenbetreiber nach Einstellung des Liftbetriebs (2 Ob 213/05w; 9 Ob 28/08w: Unfall bei Absicherung von Pistenpräparierungsgeräten durch ein Seil auf der Piste nach Einstellung des Liftbetriebs und ohne zureichende Warnung; offengelassen, ob Anspruch nicht nur auf § 1319a, sondern auf Verstoß gegen (nach-)vertragliche Pflicht gestützt wurde).

41 Für **Schirouten** besteht keine Pflicht zur Präparierung oder Kontrolle des Wegs, wohl aber eine solche zur Warnung vor Lawinen (ZVR 1991/144). Die Benutzung von **wilden Abfahrten** erfolgt auf eigene Gefahr (ZVR 1979/74; SZ 54/183; ZVR 1984/141 stRSpr). Für das **ungesicherte Gelände** besteht keine Pistensicherungspflicht (1 Ob 75/00m).

42 In den Fällen der vertraglichen Haftung wird eine **Freizeichnung** von der Lit abgelehnt. Eine Freizeichnung für Personenverletzungen für leichte Fahrlässigkeit ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 6 Abs 1 Z 9 KSchG jedenfalls für Verbraucherverträge unwirksam. Das wird aber in gleicher Weise für Unternehmerverträge angenommen. Bei Sachschäden ist nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG eine Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit an sich zulässig; sofern derjenige, der einen Weg bereitstellt, ein Monopolist oder Oligopolist ist, nimmt die Lit nach § 879 Abs 3 aber Sittenwidrigkeit an. Das wird namentlich bei Mautstraßen und Aufstiegs- hilfen zur Ausübung des Wintersportes der Fall sein.

Einer Bürger bei der dafür v. Fahrlässigl ihrer Gehil 1 Ob 5/91: ladene Zeu

Häufi eines solch schädigte (deshalb bei der allgem halten wird des Halters kann. Die über eine l das Verhalt konkurrenz Kanalscha den Vorran liches Inter Geländer; l Ob 260/0

Diese neben § 12 rungspflicht dem Werk darauf, das ihm nicht Gehilfen g und 1319a als der Zuf wie ein Ge ge bescher § 1319a da Interesse h schädigten gegen den

Im Z beachtlich. eines sonst pflichtung de Widmu pflicht auf ob der Hal gesetzt hat schäftslehr des Festste bloß in de gesetzt; es

Einer vertraglichen steht eine öffentlich-rechtliche Sonderverbindung gleich. Erleidet der Bürger bei Aufsuchen einer Behörde einen Schaden infolge eines mangelhaften Weges, kann sich der dafür Verantwortliche nicht auf § 1319a berufen. Die öffentliche Hand haftet auch bei leichter Fahrlässigkeit. Es gilt die Beweislastumkehr des § 1298. Zudem muss sie sich das Fehlverhalten ihrer Gehilfen nach § 1313a zurechnen lassen (jeweils auf dem Weg zu einem Polizeikommissariat 1 Ob 5/91: Einholung von Rechtsauskünften; 1 Ob 55/09h: im Verwaltungsstrafverfahren vorgeladene Zeugin).

Häufig enthält ein Weg auch Werke. Es stellt sich dann die Frage, ob bei Mangelhaftigkeit eines solchen Werkes, der Halter des Weges **lediglich nach § 1319a** einzustehen hat oder der Geschädigte das Wahlrecht hat, seinen Schadenersatzanspruch **auch auf § 1319** zu stützen. Das ist deshalb bedeutsam, weil die beiden Normen vom Deliktsrecht abweichen. Nach Deliktsrecht, also der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht, ist bei jedem Verschulden zu haften. Das Gehilfenverhalten wird nach § 1315 zugerechnet. § 1319 sieht eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Halters vor, von der sich dieser durch den Gegenbeweis aller erforderlichen Sorgfalt entlasten kann. Die Zurechnung des Gehilfenverhaltens erfolgt nach § 1315. § 1319a sieht dem gegenüber eine Einstandspflicht bloß bei grober Fahrlässigkeit vor; freilich muss sich der Wegehalter das Verhalten seiner Leute zurechnen lassen. Die ältere Judikatur hat eine Anspruchsgrundlagenkonkurrenz angenommen, was ein Wahlrecht des Geschädigten zur Folge hatte (4 Ob 2334/96f: Kanalschacht; 2 Ob 19/95: Abdeckplatten auf Pumpenschacht). Die neuere Judikatur befürwortet den Vorrang von § 1319a, sofern der Halter des Werkes an diesem kein eigenständiges wirtschaftliches Interesse hat (2 Ob 357/97g: nicht gut sichtbare Kette auf Wirtschaftsweg; 4 Ob 104/97s: Geländer; 2 Ob 281/01i: Spalt in Brückenwaage; 10 Ob 27/07d: Unfall auf Wiesengrundstück; 1 Ob 260/08d: Sturz über Treppe der TU Innsbruck).

Diese Judikatur entspricht einerseits einer **Literaturkritik**, die freilich in solchen Fällen neben § 1319a noch eine Einstandspflicht wegen Verstoßes gegen die allgemeine Verkehrssicherungspflicht befürwortet; eine andere Stimme will die Konkurrenzfrage danach beurteilen, ob von dem Werk – gegenüber dem restlichen Weg – eine eigenständige Gefahr ausgeht. Verwiesen wird darauf, dass § 1319 nicht in jeder Beziehung für den Geschädigten vorzugswürdig sei; es solle ihm nicht ohne Grund die Norm mit der weiterreichenden Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen genommen werden. Sind Gebäude- und Wegehalter verschieden, sollen jeweils §§ 1319 und 1319a anzuwenden sein (2 Ob 38/99y). Dieses Judiz erscheint insofern wenig überzeugend, als der Zufall des Auseinanderfallens der Haltereigenschaft von Werk und Weg dem Geschädigten wie ein Geschenk des Himmels in den Schoß fällt und ihm eine zusätzliche Anspruchsgrundlage beschert. Folgerichtig wäre, das Bestehen eines zusätzlichen Anspruchs nach § 1319 neben § 1319a davon abhängig zu machen, ob ein einheitlicher Halter an dem Werk ein eigenständiges Interesse hätte. Ist das – wie bei einem Kanaldeckel – nicht der Fall, wäre ein Anspruch des Geschädigten gegen den Halter des Werkes abzuweisen, was einen Regressanspruch des Wegehalters gegen den Halter des Werkes nicht ausschließt.

Im Zusammenhang mit der Haftung für einen mangelhaften Weg ist auch § 176 ForstG beachtlich. Gemäß § 176 Abs 4 ForstG gilt § 1319a auch für den Zustand einer Forststraße oder eines sonstigen Weges im Wald (6 Ob 21/01h; 7 Ob 24/02h). Für eine Forststraße gilt diese Verpflichtung uneingeschränkt; für einen sonstigen Weg nur dann, wenn der Halter eine entsprechende Widmung der Benützung durch die Allgemeinheit vorgenommen hat. Wie bei der Einstandspflicht außerhalb einer vom Pistenhalter präparierten Piste (oben Rz 38) kommt es darauf an, ob der Halter des Waldes bezüglich dieses Weges einen ihm zurechenbaren Vertrauenstatbestand gesetzt hat. Insoweit besteht eine Parallele zur Anscheins- und Duldungsvollmacht der Rechtsgelehrten (bedenklich insoweit 1 Ob 625/94: Aufnahme eines Weges in eine Karte; Ablehnung des Feststellungsbegehrens, weil es nicht auf die Kennzeichnung in einer Wanderkarte, sondern bloß in der Natur ankomme. Damit ist freilich ein erster Ansatz für einen Vertrauenstatbestand gesetzt; es gilt der Grundsatz: Wehret den Anfängen).

- 47 Neben der Einstandspflicht des Wegehalters in § 176 Abs 4 S 1 ForstG normiert § 176 Abs 4 S 2 ForstG eine solche des **Eigentümers des Waldes** für Schäden auf Wegen durch den **daneben liegenden Wald**. Einbezogen werden auch sonstige an der Waldbewirtschaftung mitwirkende Personen und deren Leute. Diese sollen keinesfalls strenger als der Wegehalter haften. Der Wortlaut stellt darauf ab, dass insoweit einerseits der Eigentümer, andererseits aber auch der Unternehmer haftpflichtig werden kann, der im Rahmen der Waldbewirtschaftung eingesetzt wird und dessen Leute. Wahrscheinlich ist gemeint, dass es einerseits nicht allein auf die formale Eigentümerposition ankommt, sondern wie beim Weg die des Halters maßgeblich ist; andererseits soll nicht eine Einstandspflicht der Leute begründet werden, sondern bloß deren Zurechnung. Soweit ersichtlich hat das in der Praxis aber bisher noch zu keinen Problemen geführt.
- 48 Ein **Abgrenzungsproblem zweifacher Art** stellt sich aber bei einer **Schädigung auf einem Weg durch einen Baum**. Nach § 176 Abs 4 S 2 ForstG haftet der Eigentümer eines Waldes für den Schaden eines Weges durch den Zustand des **daneben liegenden Waldes**. § 176 Abs 2 ForstG schließt eine Haftung freilich aus, wenn ein Schaden auf einem Weg durch den **Zustand des Waldes abseits von öffentlichen Straßen und Wegen** hervorgerufen worden ist. Es geht somit um die Frage, was ist daneben liegend und was benachbart. Die E 6 Ob 21/01h hat diesbezüglich keine bestimmte Entfernung für maßgeblich angesehen. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Waldeigentümer damit rechnen musste, dass die Sicherheit der Straße durch einen Baum, mag er bei einem Steilhang auch 100 m von dieser entfernt sein, gefährdet sein kann. Für die Haftung des Waldeigentümers ist nicht Voraussetzung, dass er auch Wegehalter ist; dessen Haftung besteht neben der des Waldeigentümers (6 Ob 21/01h). Keine grobe Fahrlässigkeit ist gegeben, wenn ein Fachmann bei einem Baum, der bis 10 m Höhe eine intakte Rinde aufweist, keine Gefahr für dessen Standfestigkeit feststellt (6 Ob 570/92). Erfolgt die Schädigung auf einem Weg aber nicht durch einen Baum eines daneben liegenden Waldes, sondern durch einen **einzelnen Baum**, ist die wesentlich **strengere Haftung nach § 1319** anzuwenden (6 Ob 21/01h). Bei Bestehen eines Waldes ist § 176 Abs 4 S 2 ForstG gegenüber § 1319 die speziellere Norm (1 Ob 93/00h: stehen gebliebener einzelner Baum auf einem Campingplatz). Die Beweislast, dass es sich um einen Wald und nicht um einen einzelnen Baum handelt, somit die gegenüber § 1319 wesentlich mildere Haftung des § 176 Abs 4 S 2 ForstG anzuwenden ist, trägt der Waldeigentümer (9 Ob 261/99v).
- 49 Sofern es sich um ein Verkehrszeichen nach § 44 Abs 1 StVO handelt, ist die Aufstellung nur einer Behörde gestattet. Das stellt eine Ausübung der Hoheitsverwaltung dar, sodass ein **Verstoß nach dem AHG** zu beurteilen ist (SZ 54/12). Denkbar ist, dass gegen den Rechtsträger sowohl ein Anspruch aus dem AHG als auch ein solcher nach § 1319a gegeben ist, wenn er für die Aufstellung eines Verkehrszeichens zuständig und zugleich Straßenhalter ist. Die Unterlassung der Streuung des Kasernengeländes ist ein Akt in Vollziehung der Hoheitsverwaltung, sodass bei schuldhafter Unterlassung dem verletzten **Soldaten** insofern **bloß ein Amtshaftungsanspruch** zusteht. Der Rechtsträger hat – wie bei einer öffentlich-rechtlichen Sonderbeziehung im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung (oben Rz 42) auch für leichte Fahrlässigkeit einzustehen. Bedeutsam ist, dass bei Einklagung des Anspruchs als bürgerlich-rechtlichen Schadenersatzanspruch – ohne Aufforderung des Rechtsträgers nach § 8 Abs 1 AHG – das Begehren als unzulässig zurückzuweisen ist (JBl 1986, 730).
- 50 Handelt es sich bei einem **Wegeunfall** um einen **Arbeitsunfall**, bei dem der Arbeitgeber nach bürgerlich-rechtlichen Normen (§ 1319a, § 93 StVO, Bestehen einer Sonderverbindung) einstandspflichtig wäre, wird diese zivilrechtliche Haftung verdrängt durch das **Haftungsprivileg des Dienstgebers gemäß § 333 Abs 1 ASVG** und **der ihm gleichgestellten Vertreter sowie Aufseher im Betrieb gemäß § 333 Abs 4 ASVG** (2 Ob 196/07y: Arbeitswegunfall nach § 175 Abs 2 ASVG eines Gemeindebediensteten auf einer Gemeindestraße). Außer bei Vorsatz besteht Haftungsfreiheit. Dem Verletzten bzw bei Tötung den anspruchsberechtigten Hinterbliebenen stehen lediglich Ansprüche gegen die gesetzliche Unfallversicherung zu. Diese Regelung gilt auch für Schüler und Studierende (2 Ob 340/99k: Pädagogische Akademie des Bundes). Ein Schadenersatzanspruch nach bürgerlichem Recht kommt dem gemäß nur in Betracht, sofern kein

Versicherungs
Wien). Uneinl
Dritten übertr
auf dem Weg
bäudemanage
Sturz einer Au
des Immobili
BIG, Arbeits
Haftungsprivi
der Arbeitgeb

§ 1320.
der es dazu
Tier hält, ist
oder Beaufsi

§ 1320
mein geltenc
verwahrt hat,
von seiner H
dass er nach
Der Streit, w
tüchtigen Mi
der Fahrbahr
einen Fremd
der Schädige
lich bei Veru
wobei ihn le
Frage, ob vo
65/94; 2 Ob

In der
S 1 und S 2
Der Unterse
ABGB und
sehr viel str
nach § 1320
Fällen des §
– Nuance. I
Halter nach
unbeaufsich

Wie d
logische Fr
Bandbreite
fährdungsh
Kompromis
tumkehr ge
Halter ein
„gefährlich
seinem sub

Schwimm (Hrs

Versicherungsfall nach dem ASVG gegeben ist (so 4 Ob 179/99y: Studentenfest an der Universität Wien). Uneinheitlich ist die Rechtsprechung, wenn der Arbeitgeber die Instandhaltung an einen Dritten überträgt (1 Ob 236/07y: Versagung eines Arbeitsunfalls einer Lehrerin bei Verletzung auf dem Weg zum Parkplatz wegen nicht ausreichender Ausleuchtung; hier Übertragung des Gebäudemanagements vom Bundesland Oberösterreich auf die Stadt Linz; gegenteilig 2 Ob 38/08i: Sturz einer Arbeitnehmerin auf für die Öffentlichkeit nicht zugänglichen Innenhof, Übertragung des Immobiliareigentums von Gebäuden des Bundes sowie der Instandhaltungspflicht auf die BIG, Arbeitsunfall und Haftungsprivilegierung bejaht). Zutreffend ist mE die Anwendung des Haftungsprivilegs, weil sich die Rechtslage des Geschädigten nicht deshalb verbessern soll, weil der Arbeitgeber die an sich von ihm zu bewältigenden Aufgaben durch Dritte besorgen lässt.

7. durch ein Tier

§ 1320. 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.

§ 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 dahin gestellt 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).

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 dem gegenüber 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).

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), keine Erfolgshaftung (3 Ob 2229/96g; 6 Ob 104/04v) 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 bössartigen 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).

- 4 Wie bei allen Schadenersatzansprüchen ist zu prüfen, ob der **Rechtswidrigkeitszusammenhang** gegeben ist. Das ist nicht der Fall, wenn ein Tierarzt ein nach dem Unfall verschrecktes Tier aus seinem Versteck holt und im Zuge der Behandlung das Tier – kurz von seinem Verenden – den Tierarzt beißt. Der OGH (3 Ob 507/96) hat das zutreffende Ergebnis, nämlich die Versagung des Schadenersatzanspruchs, 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.
- 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 anspruchige 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 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. Halter ist auch ein Fruchtnießer sowie ein Bestandnehmer (Mieter und Pächter), jedenfalls bei längerer Dauer (ZVR 1973/157). Fraglich ist mE, weshalb es insoweit auf die Dauer ankommen soll. Halter ist auch der Betreiber eines Tierparks (JBl 1983, 379; ÖJZ 1986/111; OLG Innsbruck ÖJZ 1986/115). Mehrere Personen können Mithalter sein, wie das typischerweise bei einem Ehepaar vorkommt (SZ 55/62: Wachhund der Eheleute auf gemeinsamer Liegenschaft). 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. Zudem ist es kurios, dass jemand deshalb strenger haftet, weil er einem anderen den Betrieb einer gefährlichen Sache auf seinem Gelände gestattet. Es würde kaum je-

mand auf (haften zu sind. Als d wurde ein **Verfügung** Womöglich und Besitz des gilt fü genannt. I überein, a bracht ist, im Regelf lich erfolg verklagt h aber es so werden (c

Wer Halter un einem inc (ÖJZ 198 ist nicht I

Der halters is **verschie** ist darauf bar ist (Z senabwä; dass der kommt). Überspa 2351/96l Verwiesc Einzelfa Revisor Versuch **objektiv**

Au geschlos **Möglich** 65/94; 3

Ei falt gebe sind Ab (ÖJZ 19 die es g weil es Vereind bedingt se als b Hund []

mand 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).

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.

Der maßgebliche Parameter für die Bejahung oder Verneinung der Ersatzpflicht 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; 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). 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). Solche Hinweise helfen in der Sache nicht weiter und sollten besser unterbleiben. Verwiesen wird dann – 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.

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). Maßgeblich ist dabei nicht nur das bisherige Tierverhalten (SZ 55/62).

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 bössartiger Hund in einem Zwinger aufzubewahren (ÖJZ 1980/49). Aber nicht nur die Eigenschaft des Tieres 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). Bei **Kühen** ist zur Verwahrung ein elektrischer Weidezaun ausreichend (SZ 58/56; 2 Ob 180/98d; 2 Ob 128/07y). Bei einem funktionierenden Kontrollgerät ist keine Überprüfung des Zaunes an Ort und Stelle geboten (SZ 52/86; 2 Ob 128/07y). Der **Bewegungstrieb eines Pferdes**, das ein Fluchttier ist, 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). 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).
- 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; 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 – angeleiteten – 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 Schädigung seiner Mutterkühe der Rasse Aubrac bei Begegnung mit Hunden).
- 14 Die **Nutzungsart** eines Tieres hat Auswirkungen auf den Sorgfaltsmaßstab. Wer sich ein Tier zum **reinen Vergnügen** hält, dem sind weitergehende 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 deshalb nicht wegen eines finanziellen Vorteils des Pferdehalters einen verminderten Schutz in Kauf nehmen (SZ 58/56: Anforderungen an den Weidezaun). 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 – selbst bei Einzäunung zu überwachen; 1 Ob 2351/96h: ausreichende Verwahrung und deshalb grundsätzlich 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).
- 15 Im Ausgangspunkt wird das **freie Herumtollen von nicht bössartigen, folgsamen Hunden in ländlichen Gebieten** vom OGH gebilligt (1 Ob 57/02t; 6 Ob 104/04v). Dieser Grundsatz erfährt freilich vielfältige Einschränkungen: Selbst in menschenarmem Gebiet darf einem Hund nicht gestattet werden, seinen Lauftrieb ohne jede menschliche Kontrolle auszuleben (JB1 1985.

679: umge:
zer einer se
Straßenver

Auf /
nicht dazu,
OLG Innst
für mit Tie
handelt, ist
chend von
gilt auch fi
Entfernung
quentierter
erhöhte Sc
bruck ZVF
Ausbreche
Straße erfc
zügigen V
nicht ausre

In H
Hunden zu
wenn Klei
Sorgfaltsa
selbst Anl
laufen ein
außerhalb
fällig ist fi
mitunter v
Gatter offi

Freil
verkehr c
ßen sowie
Anforder
der Nähe
bei an sich
gegeben i
Judikatur
zu größer
tigte Her
verletzung
125/03w)
die Anfor
öffentlich
13/93: ter

Auc
frei herur
(5 Ob 51:
dass sie s
ße Hunde
aber nich
aggressiv
in Hasenl

679: umgestoßener Wanderer). Ein plötzlich auf die Straße laufender Hund ist auch für den Benutzer einer selten befahrenen Straße eine Gefahr (ZVR 1984/19). Eine Teilnahme von Hunden am Straßenverkehr ist überhaupt prinzipiell nur unter Aufsicht zulässig (3 Ob 507/96).

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; 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, insbesondere 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).

In **Haus und Garten** ist grundsätzlich 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) oder bei bissigen Hunden. Erhöhte Sorgfaltsanforderungen bestehen aber, wenn der Halter durch besonders lärmintensive Arbeiten selbst Anlass gegeben hat, dass sich das Tier dem 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 grundsätzlich sichere Verwahrung anfällig ist für Beeinträchtigungen durch Dritte (2 Ob 13/93: häufig von Wanderern begangener und mitunter von Motorradfahrern benutzter Weg in einer Pferdekoppel mit der Gefahr, dass diese das Gatter offen lassen).

Freilaufende Tiere, insbesondere 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 einzuzäunen wäre (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). 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 grundsätzlich eine Sorgfaltsverletzung darstelle (3 Ob 507/96); und zwar in der Nähe zu einer frequentierten Straße (8 Ob 125/03w); aber selbst bei geringem Verkehrsaufkommen (ZVR 1985/172). 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-Lippizaner-Stute).

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). 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 dem gemäß 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 Anleinplicht 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). 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 Anleinplicht 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 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 losreisendes 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“** gemäß § 50 Z 13a StVO (2 Ob 18/93) bzw „Mitführen von Hunden auf eigene Gefahr“ (3 Ob 110/07h) ausreichen. Die Aufstellung eines solchen Gefahrenzeichens ist aber nicht ausreichend, um eine geeignete Aufsicht auf nicht abgezaunten 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). Wer ein Tier hält, muss sich mE die für Verwahrung erforderlichen Kenntnisse verschaffen und sich nach diesem objektiven Maßstab messen lassen.
- 23 Die vom Tierhalter erwartete **Sorgfalt bei der Verwahrung** wird zum Teil durch – landesgesetzliche – **Schutznormen präzisiert**, so etwa das OÖ HundehalteG, das NÖ Polizeistrafgesetz,

das Stmk Tier
78.529: Hund
den, dass die
grundlagenk
pflicht bzw k
Rahmen des
verletzung d
dass im NÖ
Anleinen nu
Analogiever
komme. Die
Neufundlän
sich um ein
Zuruf des G

Der A
Schadeners:
Gehilfen bl
trifft, führt
war (ÖJZ 1
wusste, das
für die Aus
jedoch das
§ 1315 – g

Es gil
wird eine /
um eine G
sondern at
handle es
Gefährlich
soweit nic
der Gesetz
Fehlverha
könne nic

Der
schen Ge
sowie der
ÖJZ 1982
bejaht, di
ter; 9 Ob
ZVR 198
keit des
des Tiere
Weder d:
was gefä
lässigkei
reichend
§ 35 Abs
diese Re
halb dep
Gesetzg
doch un

das Stmk Tierschutz- und TierhalteG oder das Wr Tierschutz- und TierhalteG (dazu OLG Wien EF 78.529: Hunde müssen an öffentlichen Orten Maulkorb tragen oder so an der Leine geführt werden, dass die jederzeitige Beherrschung des Tieres gewährleistet ist). Insoweit ist eine Anspruchsgleichung zu § 1311 gegeben. Selbst wenn in einem Schutzgesetz keine Maulkorbpflicht bzw kein Leinenzwang angeordnet ist, kann sich gleichwohl eine solche Verpflichtung 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.

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 das Tier gefährlich war. Darüber 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 – grundsätzlich nicht.

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.

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: Rottweilmischung; 2 Ob 8/94: Pferd am Halfter; 9 Ob 29/06i: Biss durch einen 70 kg schweren Neufundländer vor dem Haus; 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 gefährlich ist (dieses Problem 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 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 gerade 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 zutreffend. 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 grundsätzlich 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 frei gelassene und immer wieder zurückkehrende Turkenten wird nicht gehaftet (JBI 1983, 379)

28 Der Geschädigte hat bei einem Anspruch nach § 1320 S 2 die Haltereigenschaft des Belagten 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 reicht die Verursachung des Schadens durch das Tier allein. Für den Entlastungsbeweis gilt jeweils ein objektiver Sorgfaltsmaßstab (2 Ob 46/01f; 6 Ob 55/02k; 2 Ob 40/03a; stRspr). Auf die subjektiven Fähigkeiten des Halters kommt es nicht an. 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 die allgemeine Beweiswürdigung. Nicht zu verlangen ist 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). 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. 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.

§ 1321. Wer auf seinem Grund und Boden fremdes Vieh antrifft, ist deswegen noch nicht berechtigt, 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 Eigenthümer abfinden, oder seine Klage vor den Richter bringen; widrigensfalls aber das gepfändete Vieh zurückstellen.

§ 1321
eine andere

§ 1321
gen Stand
werden. B
haltung; s
sachten B

§ 1321
on und der
Schaden) i
Interesse b

Bei I
in den vor
1990, 721
Ereignis (
Sachen de
in Betracht
zeugen ur

Seit
1985, 41 v
ersatz im
Aufwend
zu ersetze
des gesch
Ereignis
ist oder e

Res
näherung
fung ein
ten versc
typische
bei erhe
so fachg
Havarie
umfasse
sationsin

De
se begre
60/157:
gegenst
1987/38
Käufer

D
ZVR 10
abschl
einer li