

ZVR 2009/173

§§ 1297, 1298,
1315 ABGB;
§ 93 StVOOGH 17. 12. 2008,
2 Ob 127/08b
(LG Linz
25. 2. 2008,
14 R 157/07 t;
BG Linz
21. 5. 2007,
33 C 82/06 s)

⇒ Beweislastverteilung bei Unterlassung der gebotenen Räum- und Streupflicht eines Wegs durch Besorgungsgehilfen

§§ 1297, 1298, 1315 ABGB; § 93 StVO

Der Geschädigte hat sowohl bei durch Handlung als auch bei durch Unterlassung verursachter Schädigung (hier: Verletzung der Räum- und Streupflicht

Sachverhalt:

[Unfallhergang]

Die 1990 geborene Kl stürzte am 16. 2. 2005 um ca 7.05 Uhr auf dem Gehweg, der zwischen den im Eigentum der Bekl stehenden Häusern liegt, da ihr der li Fuß seitlich wegrutschte. Sie erlitt hiedurch einen Bruch des li Außenknöchels. Die Schneeräumung und Streuung des Wegs wird für die Bekl schon seit mehreren Jahren von ihrem Hausbesorger durchgeführt.

[Klagebegehren]

Die Kl begehrt € 5.600,-, davon € 5.550,- Schmerzensgeld und € 50,- Spesen, sowie die Feststellung der Haftung der Bekl für alle zukünftigen Folgen des Sturzes. Infolge des mangelhaften Winterdienstes sei der Weg weder vom Schnee geräumt noch bestreut gewesen. Die Bekl wäre gem § 93 Abs 1 StVO verpflichtet gewesen, den Weg zu räumen und zu streuen. Sie habe ein allfälliges Versäumnis des Hausbesorgers zu vertreten.

[Entlastung der Bekl]

Die Bekl bestritt und brachte ua vor, die Schneeräumung und Streuung an ihren Hausbesorger durch Dienstvertrag übertragen zu haben, weshalb sie keine Haftung nach § 93 StVO treffe.

[E der Vorinstanzen]

Die Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren ab.

Der OGH gab der Rev der Kl Folge, hob die E der Vorinstanzen auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und E an das ErstG zurück.

Aus der Begründung:

[Festhalten der Kl an der bisherigen Rsp – Verweis auf ein Organisations- bzw Überwachungsver schulden der Organe]

Die RevWerberin bezieht sich zunächst auf die schon vom BerG zit, von diesem abgelehnte Rsp des OGH, wonach bei durch Unterlassen verursachter Schädigung der Schädiger die Tüchtigkeit seines Besorgungsgehilfen zu beweisen habe. Weiters führt sie ins Treffen, die Bekl hafte deliktisch für die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch ihre Organe, die es unterlassen hätten, durch entsprechende Weisungen und Kontrollen sicherzustellen, dass von ihrem Hausbesorger ausreichend geräumt und gestreut werde. Es sei weder von der Bekl vorgebracht worden noch festgestellt, dass die Organe bzw Repräsentanten der Bekl für die erforderliche Überwachung des Besorgungsgehilfen gesorgt hätten, wofür aber die Bekl beweispflichtig gewesen wäre.

durch Hausbesorger) die Untüchtigkeit des Besorgungsgehilfen zu beweisen; dafür ist der Anscheinsbeweis zulässig (Ablehnung der bisherigen Rsp).¹⁾

Hiezu wurde erwogen:

[Bei weisungsunterworfenem Gehilfen Zurechnung des Fehlverhaltens bei der Schneeräumung nach § 1315 ABGB iVm § 93 Abs 5 StVO]

1. Nach ständiger oberstgerichtl Rsp und überwiegender Lehre muss der Liegenschaftseigentümer, der seine aus § 93 Abs 1 StVO entspringenden Pflichten durch Rechtsgeschäft gem § 93 Abs 5 Satz 2 StVO auf einen anderen übertragen hat, für diesen als seinem Besorgungsgehilfen gem § 1315 ABGB einstehen (6 Ob 99/64 JBl 1965, 469; ZVR 1967/97; 1 Ob 93/67; ZVR 1970/70; ZVR 1972/174; MietSlg 27.224; 5 Ob 657/80; ZVR 1982/261; 2 Ob 77/88; 2 Ob 34/89 ZVR 1990/107; 2 Ob 11/95; 5 Ob 173/02 f ZVR 2003/108; RIS-Justiz RS0023340; RS0023377; Reischauer in Rumme³ § 1315 Rz 20 iVm Rz 1: Dann, wenn der Beauftragte in einem Unterordnungsverhältnis bezüglich der vorzunehmenden Verrichtungen – wie etwa der Hausbesorger – stehe; Dittrich/Stolzlechner, StVO § 93 Rz 52; Danzl in KBB² § 1319 a Rz 9; aA Pürstl, StVO¹² § 93 Anm 11 aE). An dieser Rsp wird festgehalten; dies jedenfalls dann, wenn es sich beim Beauftragten wie hier um keinen selbständigen, weisungsfreien Unternehmer handelt (die Anwendbarkeit von § 1315 ABGB ohne Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses offen lassend 2 Ob 45/97 z; vgl auch RIS-Justiz RS0028463; RS0029035).

[Beweislast: Meinungsunterschiede Rsp – Lehre]

2. Nach einer RspLinie des OGH hat bei durch Unterlassung verursachter Schädigung der Schädiger die Tüchtigkeit seines Besorgungsgehilfen und nicht der Geschädigte die Untüchtigkeit dieses Gehilfen zu beweisen (RIS-Justiz RS0026331). Der OGH stützte sich dabei auf Ehrenzweig, Das Recht der Schuldverhältnisse 689.

Dazu im Gegensatz stehen jedoch E des OGH, in denen er ua iVm § 93 Abs 5 StVO ausgesprochen hat, der Hauseigentümer werde von seiner Haftung gem § 93 Abs 1 StVO befreit, wenn er die aus dieser Bestimmung genannten Verpflichtungen an einen Dritten übertragen habe und dessen Untüchtigkeit nicht erwiesen sei (RIS-Justiz RS0023340; JBl 1965, 469; ZVR 1967/97; ZVR 1972/174; 2 Ob 11/95; 1 Ob 231/98 x; 6 Ob 276/98 a bei Unterlassung; implizit so auch 9 ObA 83/97 i ZVR 1998/22; vgl auch RIS-Justiz RS0023286; RS0029068). Jene Rsp, wonach im Fall der Unterlassung der Schädiger die Tüchtigkeit des Besorgungsgehilfen zu beweisen habe, wird – wie bereits das BerG zutreffend ausgeführt hat – in der jüngeren Lehre einhellig

¹⁾ Siehe hiezu auch den Beitrag von Kienast, Haftungsfragen bei mangelnder Gehsteigräumung, ZVR 2009/316 (in diesem Heft).

OGH erleichtert in dieser (von Huber in seiner Glosse als „Erdbeben“ bezeichneten und für die Praxis eminent wichtigen) E das bisherige Beweislast(verteilungs)modell bei Schadenszufügung wegen unterlassener Streu- und Räumpflichten durch einen vom primär hierfür Verantwortlichen bestellten Besorgungsgehilfen durch Zulassung des Prima-facie-Beweises (s hiezu auch – krit – Kienast ZVR 2009, 316, in diesem Heft).

abgelehnt (*Ostheim*, Gedanken zur deliktischen Haftung für Repräsentanten anlässlich der neueren Rsp des OGH, JBl 1978, 57 [59] Fn 16; *Reischauer*, Verschulden und Beweislast, ZVR 1978, 129 [138]; *ders* in *Rummel*³ § 1315 Rz 9; *Harrer* in *Schwimmann*³ § 1315 Rz 12 f).

[Übernahme der Position der Lehre]

Der erk Senat teilt die Argumente der Lehre, wie sie vom BerG dargestellt und wiedergegeben wurden,²⁾ und folgt jener RspLinie, nach der bei durch Unterlassung verursachter Schädigung der Schädiger die Tüchtigkeit des Besorgungsgehilfen zu beweisen hat (RIS-Justiz RS0026331), nicht. Die Kl trifft somit als Geschädigte grundsätzlich die Behauptungs- und Beweislast für die Untüchtigkeit des von der Bekl eingesetzten Gehilfen, nämlich des Hausbesorgers.

[Keine Beweislastumkehr, wohl aber Zulassung des Prima-facie-Beweises]

3. Damit steht jedoch die Spruchreife iS der Klagsabweisung entgegen der Ansicht der Vorinstanzen nicht fest. Schon *Ostheim*, aaO FN 16, hat darauf hingewiesen, es liege auf der Hand, dass dem Geschädigten, insb wenn man mit dem OGH habituelle Untüchtigkeit verlange, mit der Beweislast regelmäßig Unmögliches abverlangt werde, da er ja mit dem Besorgungsgehilfen in vielen Fällen erst anlässlich der Schädigung in irgendeinen Kontakt trete und daher Umstände, die auf eine habituelle Untüchtigkeit schließen ließen, regelmäßig nicht kennen könne. Der OGH habe daher mit der Beweislastumkehr einem durchaus richtigen Rechtsempfinden nachgegeben. Der Weg zu diesem Ergebnis führe aber nicht über die untaugliche Differenzierung zwischen schädigender Handlung oder Unterlassung, sondern über den Gedanken, dass regelmäßig der zum Schaden führende Geschehensablauf oder auch schon der eingetretene Erfolg prima-facie für die Untüchtigkeit des Besorgungsgehilfen sprechen werde. Der Geschädigte genüge daher seiner Beweisspflicht durch den Beweis des Geschehensablaufs bzw des eingetretenen Erfolgs, während dem Geschäftsherrn sodann die Entkräftung dieses Prima-facie-Beweises durch den Nachw der Tüchtigkeit des Gehilfen vorbehalten bleibe.

Reischauer, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1975) 104 meint, die Beweislast bleibe beim Geschädigten. Die Untüchtigkeit werde sich zum Teil prima-facie aus dem Schädigungsvorgang oder dem schädigenden Erfolg ableiten lassen. In *Rummel*³ § 1315 Rz 9 führt er zur Untüchtigkeit des Besorgungsgehilfen aus, der Indizienbeweis oder Prima-facie-Schlussfolgerung könnten weiterhelfen (vgl auch *Harrer*, aaO § 1315 Rz 12).

[Anwendungsbereich des Prima-facie-Beweises]

Nach der Rsp ist der Anscheinsbeweis nur zulässig, wenn eine typische formelhafte Verknüpfung zwischen der tatsächlich bewiesenen Tatsache und dem

gesetzlich geforderten Tatbestandselement besteht; er darf nicht dazu dienen, Lücken der Beweisführung durch bloße Vermutungen auszufüllen. Der Anscheinsbeweis wird in den Fällen als sachgerecht empfunden, in denen konkrete Beweise vom Beweispflichtigen billigerweise nicht erwartet werden können (RIS-Justiz RS0040287 [T 2]). Die wichtigsten Anwendungsgebiete des Anscheinsbeweises liegen im Schadenersatzrecht (RIS-Justiz RS0040274 [T 4]). Die zit Äußerungen der Lehre zum Prima-facie-Beweis hinsichtlich der Untüchtigkeit des Gehilfen stehen im Einklang mit der zum Anscheinsbeweis ergangenen Rsp.

4. Zusammenfassend ergibt sich somit: Der Geschädigte hat sowohl bei durch Handlung als auch bei durch Unterlassung verursachter Schädigung die Untüchtigkeit des Besorgungsgehilfen zu beweisen. Dafür ist der Anscheinsbeweis zulässig.³⁾

[Schlussfolgerungen für den konkreten Fall]

5. Für den vorliegenden Fall folgt daraus: Die Kl hat vorgebracht, es sei weder geräumt noch gestreut gewesen. Nach den angestellten Erwägungen impliziert dieses Vorbringen die Behauptung, der von der Bekl eingesetzte Besorgungsgehilfe (Hausbesorger) sei untüchtig iSd § 1315 ABGB gewesen. Es liegen keine Feststellungen darüber vor, ob an der Stelle, wo die Kl gestürzt ist, ordnungsgemäß geräumt und gestreut war. Schon deshalb ist die Sache nicht spruchreif. Sollte der Kl der Beweis der mangelnden Streuung oder Räumung gelingen, wäre mit den Parteien die dargestellte Beweislastverteilung zu erörtern und der Bekl die Gelegenheit zu geben, die ernstliche Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs zu behaupten und zu beweisen, aus der sich die Tüchtigkeit des Besorgungsgehilfen ergäbe.

Die U der Vorinstanzen waren daher aufzuheben.

→

2) Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen: Grundsätzlich trage der Geschädigte nach stRsp die Beweislast in Bezug auf die Untüchtigkeit des Gehilfen iSd § 1315 ABGB. Eine davon abweichende Beweislastverteilung solle nach der überwiegenden Rsp des OGH dann eintreten, wenn die Schadensursache – wie im vorliegenden Fall durch die behauptete unterbliebene Schneeräumung bzw Streuung – in einer Unterlassung bestehe: Bei durch Unterlassung verursachter Schädigung habe demnach der Schädiger die Tüchtigkeit seines Besorgungsgehilfen und nicht der Geschädigte die Tüchtigkeit dieses Gehilfen zu beweisen (RIS-Justiz RS0023841; RS0026331). Diese Rsp werde von der Lehre einhellig aus folgenden Erwägungen abgelehnt: Zwischen der Unterlassung einer gebotenen Handlung und der Vornahme einer fehlerhaften Handlung bestehe kein struktureller Unterschied (*Harrer* in *Schwimmann*³ § 1315 Rz 13). Die sich idR auf *Ehrenzweig* berufende Rsp übersehe, dass dieser zu diesem Ergebnis nur komme, weil er glaube, dass § 1298 ABGB schlechthin bei Unterlassungen anzuwenden sei. Die Meinung *Ehrenzweigs*, bei Schädigung durch positives Tun sei § 1297, bei Unterlassungen aber § 1298 ABGB anzuwenden, entbehre jedoch jeglicher rationaler Begründung, weshalb ihr zu Recht nicht gefolgt werde (*Reischauer* in *Rummel*³ § 1315 Rz 9). Ferner verweise *Reischauer* auf einzelne E (ZVR 1998/22; 6 Ob 276/98 a), in denen der OGH (auch bei Unterlassungen) von der Beweislast des Geschädigten für die Untüchtigkeit ausgegangen sei. Das BerG schließe sich aus den von der Lehre gegebenen Begründungen dieser zuletzt zit Rsp zur Beweislastverteilung bei Schädigung durch Unterlassen an. Im vorliegenden Fall treffe daher die Behauptungs- und Beweislast für die Untüchtigkeit des Besorgungsgehilfen die Geschädigte, somit die Kl.

Anmerkung:

Eine vorbildliche E, in der scheinbar meilenweite Gegensätze zwischen Lehre und OGH aufgelöst werden und dabei auch noch **beiden Ansätzen Tribut** gezollt wird: Es wird der Ansatz der Lehre übernommen, dass es bei den **allgemeinen Beweislastregeln** bleibe, weil – aus dem Gesetz – kein Grund ersichtlich sei, dass bei einer Schadenszufügung durch Unterlassung etwas Abweichendes gelten soll. Soweit der **dogmatische Purismus**. Wie so häufig hat aber ein Sonderweg der Rsp durchaus Gründe. Die richterliche Sensibilität für die besonderen Nöte einer Partei hat auf **Abwege** geführt. Diese werden durch diese E zwar berücksichtigt, aber **systemkonform aufgelöst**:

Die Beweislast bleibt beim Geschädigten; diesem kommt aber der Prima-facie-Beweis zugute. Die mangelhafte Schneeräumung und Streuung könne dabei ein **Indiz** für die Untüchtigkeit des Gehilfen sein. Zu betonen ist, dass ein einmaliges Versagen aber noch nicht als Untüchtigkeit qualifiziert wird. Da der Geschädigte

mit dem Ersatzpflichtigen und dessen Gehilfen häufig erst anlässlich des schädigenden Ereignisses das erste Mal in Berührung kommt, wird man dem Ersatzpflichtigen auf entsprechende Behauptung des Geschädigten eine **sekundäre Darlegungslast** auferlegen (müssen). Vom **dogmatischen Ansatz** her hat ein **Erdrutsch** stattgefunden; was tatsächlich bewegt wurde, dürfte in der Praxis viel weniger weitreichend, wenn nicht gar **bloß „homöopathisch“** sein.

Offen ist, warum die Geschädigte ihr Begehren ausschließlich auf § 93 StVO iVm § 1315 ABGB gestützt hat. Im Rahmen des **§ 1319a ABGB** muss zwar der Nachweis **grober Fahrlässigkeit** geführt werden; insofern kommt es aber zur Zurechnung des Fehlverhaltens des Gehilfen. Und selbst grobe Fahrlässigkeit dürfte eher nachzuweisen sein als die Untüchtigkeit des Gehilfen im Rahmen des § 1315 ABGB; uzw auch unter Zuhilfenahme des Prima-facie-Beweises.

Christian Huber, RWTH Aachen

ZVR 2009/174

§ 1299 ABGB

OGH 25. 11. 2008,
9 Ob 43/08 a
(LG Graz
10. 12. 2007,
17 R 141/07 s;
BG Graz-Ost
29. 6. 2007,
41 C 1419/06 v)

→ **Keine Haftung des SV bei GA mit Risikohinweis**

§ 1299 ABGB

Wenn dem SV nicht nachgewiesen werden kann, dass sein GA nicht lege artis erstellt worden ist, haftet er dann nicht, wenn er ausreichend deutlich macht, dass seine Schlussfolgerungen auf Hypothesen beruhen, die angreifbar sind – auch wenn

Sachverhalt:

[Gutachtensauftrag]

Die Kl hatte als Haftpflichtversicherer die Folgen eines von ihrem VersN verschuldeten Verkehrsunfalls zu regulieren und dabei die Schmerzensgeldansprüche des beim Unfall Verletzten zu begleichen. Sie beauftragte den Bekl, der bereits ein GA über die Folgen der unfallsbedingten Verletzungen erstattet hatte, eine Stellungnahme darüber abzugeben, „ob es angesichts der Fahrzeugbeschädigung bei angelegtem Gurt zu einer Minderung der Verletzungsfolgen und bei nicht verwendetem Gurt zu einer Vergrößerung kommen hätte können“. Dem Auftrag waren Fotokopien von Fotos des beschädigten Fahrzeugs des Verletzten, die maßgebenden Krankengeschichten und eine Ambulanzkarte eines behandelnden Krankenhauses angeschlossen. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass von den intervenierenden Gendarmeriebeamten festgestellt worden sei, dass der Verletzte beim Unfall nicht angegurtet gewesen sei, und dass die erstversorgende Ärztin zu dieser Frage keine Angaben machen können. Der Verletzte behauptete jedoch, angegurtet gewesen zu sein. Der Bekl erstattete daraufhin ein GA, in dem er Folgendes ausführte:

[Inhalt des (1.) Gutachtens]

„...Das Verletzungsmuster, speziell das der inneren Verletzungen, ... weist auf ein Verletzungsmuster durch Aufprall auf das Lenkrad hin. Aus dem Bericht

diese schlussendlich vom Gerichtsgutachter **gegenteilig** beurteilt werden. Wenn der **Besteller des GA** nur unzureichende Unterlagen für die Erstellung desselben liefert, trifft den **SV** keine Pflicht, die Ergänzung der Unterlagen zu verlangen.

geht jedoch nicht hervor, wie schnell die Dezellerationsgeschwindigkeit war. ... In Beantwortung des eingangs erstellten Fragenkataloges (Stellungnahme, ob es angesichts der Fahrzeugbeschädigung bei angelegtem Gurt zu einer Minderung der Verletzungsfolgen von Herrn ... bzw bei nicht verwendetem Gurt zu einer Ausweitung kommen hätte können) kommt der Gutachter zu folgender Annahme: Dass, wie im Unfallbericht der intervenierenden Gendarmen bereits festgestellt worden ist, es sich bei diesem Verletzungsmuster nicht um eine Gurtverletzung, sondern um eine Verletzung durch den Aufprall auf das Lenkrad gehandelt haben könnte. Dafür spricht ... Es wurden auch keine Gurtmarken im Aufnahmebefund beschrieben.

Zusammenfassend stellt der Gutachter fest, dass dieses Verletzungsmuster für die Nichtanlegung des Gurts spricht. Die Schwere der inneren Verletzungen hängt vom Aufpralldruck des Dezellerationsraums ab. Hier ist es nur sehr schwer abzuschätzen, ob eine Akrivierung der Verletzungen auch möglich gewesen wäre. Diese könnte bei größerem Aufpralldruck in Form einer Leberzerreißung und einer Brustbeinfraktur mit Gesichtsverletzungen bei Durchschlagen der Windschutzscheibe möglich sein. Ob die Windschutzscheibe intakt war, geht aus den Bildern nicht hervor.

Ob diese Hypothese eine Auswirkung auf den seinerzeit erstellten Schmerzkatolog hat, kann nur bedingt beantwortet werden. In dR kommt es bei Gurtenanlegung zu weniger akrivierenden inneren Verletzungen. Dauerfolgen, welche nach einem Eröffnen der Bauch-

Der OGH führt seine Rsp zur Verneinung einer SV-Haftung bei GA mit Risikohinweis im Anschluss an SZ 57/140 fort.