

ABGB

Taschenkommentar

mit EheG, EPG, KSchG, ASVG und EKHG

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

 LexisNexis®

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 978-3-7007-6143-3

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, Wien

<http://www.lexisnexis.at>

Wien 2015

Best.-Nr. 31.073.003

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: C.H. Beck Nördlingen

- 3 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; RS0026843: „Geschädigten, der sich vor dem Antritt der Fahrt sinnlos betrunken und damit selbst außerstande gesetzt hat nachzuprüfen, ob er sich dem Fahrer eines Kraftfahrzeuges anvertrauen darf, trifft ein Mitverschulden an dem ihm zugestoßenen Unfall, der durch die Trunkenheit des Fahrers herbeigeführt wurde“.

Verschulden könnte allenfalls dann ausgeschlossen werden, wenn das erste Mal berausende 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).

- 4 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.

- 1 **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).

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

- 3 **Keine Veranlassung** ist gegeben beim 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.

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.

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 **Haftungersetzung** 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.

Voraussetzung für eine Einstandspflicht des Obsorgepflichtigen ist die Möglichkeit der Ausübung der Aufsicht über eine deliktsunfähige Person, die einem Dritten einen Schaden zufügt. Folgende Rechtsverhältnisse begründen eine solche Position: Die **Eltern** sind einem mj Kind gem den §§ 177 bis 179, also **kraft Gesetzes**, zur Obsorge verpflichtet. Bei Schülern besteht gegenüber dem **Schulerhalter** bzw den Lehrern gem § 51 SchUG ein **öffentlich-rechtliches Unterordnungsverhältnis** (7 Ob 752/80; 8 Ob 115/00w; 1 Ob 91/08a). Ein solches ist auch in Bezug auf Strafgefangene, die gem § 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 (1 Ob 8/91; 10 Ob 2441/96k; OLG Linz EF 93.542 ff) oder durch außerschulische Kinderorganisationen (6 Ob 1/60; 7 Ob 251/06x: Jugendwohnheim). Bejaht wurde das zudem beim Lenker eines Kfz in Bezug auf einen minderjährigen Beifahrer (ZVR 1960/271), nicht aber beim Betreiber einer Sommerrodelbahn allein durch Verkauf einer Fahrkarte (9 Ob 49/12i) bzw beim Betreiber eines Schwimmbads bloß durch Verkauf einer Eintrittskarte (6 Ob 214/12g). Diese Pflicht endet bei einem Kindergartenkind nicht mit dem Erscheinen der das Kind abholenden Mutter; vielmehr kommt eine nachvertragliche Verkehrssicherungspflicht in Betracht (3 Ob 222/13p: 2-jähriges Kind trinkt aus einem in einem Plastikbecher in einem nicht versperrbaren Unterschrank der Küche verwahrten Geschirrspülmittel). Zudem kommt eine Übernahme im Rahmen einer **Gefälligkeit** in Betracht. Eine solche ist vergleichbar mit einer Einstandspflicht bei Ingerenz. Bei Ingerenz wird eine Gefahrenquelle geschaffen, hier wird eine übernommen. Bei rechtsgeschäftlicher Übernahme sowie bei Gefälligkeit bedarf es jeweils einer Übergabe bzw Übernahme mit ausreichender Deutlichkeit und Bestimmtheit. Das bloße Dulden, dass ein Nachbarskind zum Spielen kommt und die beiläufige Bemerkung der Großmutter, dass sie sich nicht nur um den eigenen Enkel, sondern auch um das Nachbarskind kümmern werde, ist für eine Übernahme der Obsorge zu unbestimmt (3 Ob 35/98p).

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

Anspruchsvoraussetzung. Der Obsorgepflichtige haftet dem Dritten somit auch dann, wenn der Deliktunfähige – etwa wegen eines Epilepsieanfalls – sein Verhalten nicht steuern kann, dem Obsorgepflichtigen eine solche Gefahr aber ex ante erkennbar war.

- 4 Die Erziehung von Kindern steht im Spannungsverhältnis zwischen der **Abwehr von Gefahren** und der Ermöglichung des **Heranwachsens in freier Selbstbestimmung**. Zumal bei größeren Kindern ist keine Überwachung auf Schritt und Tritt angezeigt, weil dadurch deren Entwicklung ungebührlich beeinträchtigt würde. Auch bei kleineren Kindern muss grundsätzlich das Spielen im Freien erhalten bleiben (ZVR 1982/109; ZVR 1990/156), jedenfalls dann, wenn es die örtlichen Verhältnisse irgendwie gestatten. Verneint hat das der OGH (2 Ob 243/13v), als ein 2-jähriges Kind mit dem Laufrad in einer (einigermaßen bevölkerten) Fußgängerzone fuhr und mit einer sehbehinderten 80-jährigen Fußgängerin kollidierte, wobei der Großvater stets zwischen 3 und 6 m entfernt war. Der Unfall ereignete sich an einem Wochentag in einer Vorarlberger Kleinstadt – wie dicht bevölkert eine solche Fußgängerzone gewesen sein wird, kann man sich lebhaft vorstellen. Die E ist wenig kinderfreundlich; wo sonst, als an solchen Orten, sollen Kinder in diesem Alter sich mit ihrem Laufrad bewegen! Fußgängern – auch im fortgeschrittenen Alter – ist es durchaus zumutbar, in Fußgängerzonen auf Kleinkinder zu achten. Ein 8½-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.
- 5 Für das Ausmaß der Obsorgeverpflichtung kommt dem **Alter des Kindes** eine zentrale Rolle zu: Je jünger das Kind, umso umfassender die Pflicht. Kleinkinder neigen nämlich häufig zu Spontanreaktionen (2 Ob 110/98k; OLG Linz EF 93.544), insb in ungewohnter Umgebung. In der Lit kritisiert wurde daher die E ZVR 1990/156, in der eine Aufsichtspflichtverletzung bei einem 2-jährigen Kind verneint wurde, das aus einem Garten auf eine stark frequentierte Straße lief und dort von einem Lkw erfasst und schwer verletzt wurde. Zu bedenken ist indes, dass das Kind von einem 4-jährigen Bruder beaufsichtigt wurde und die Mutter sich eine Viertelstunde vorher vergewissert hatte, ob das Gartentor geschlossen war, mag es auch unversperrt gewesen sein. Darüber hinaus handelte es sich um eine alleinerziehende Mutter mit fünf Kindern, die sich zum Zeitpunkt des Unfalls zu einer alten Frau begab – um diese zu pflegen. Die Verneinung der Aufsichtspflichtverletzung mag zugunsten der Mutter großzügig sein; die alleinige Zuweisung der Einstandspflicht an die Kfz-Haftpflichtversicherung wegen eines Verschuldens des Lkw-Lenkers ist aber im Ergebnis jedenfalls zutreffend, weil selbst bei Bejahung der Verletzung der Aufsichtspflicht der Zurechnungsgrund des Kfz-Unfalls so stark ist, dass dies für die vollständige Tragung des Schadens durch den schuldhaft handelnden Lkw-Lenker und die hinter diesem stehende Kfz-Haftpflichtversicherung spricht (in diesem Sinn ebenso bei einem vergleichbaren Sachverhalt OLG Innsbruck ZVR 1986/114). Neben dem Alter spielen **Eigenschaften des Kindes** für das Ausmaß der Aufsichtspflicht eine zentrale Rolle. Bedeutsam ist namentlich, ob es sich um ein folgsames Kind handelt bzw ob dieses – im Straßenverkehr – bereits in der Vergangenheit ein Fehlverhalten gesetzt hat, was zu einer umfassenderen Beaufsichtigung führen hätte müssen (ZVR 1997/35: Bei wiederholtem Fehlverhalten im Straßenverkehr Beaufsichtigung eines 5-Jährigen durch einen 10-Jährigen nicht ausreichend; ähnlich 2 Ob 154/02i: 3½-jähriges Kind ist in der Vergangenheit immer wieder zum Nachbarhof gegangen, ohne das seinen Eltern mitzuteilen).
- 6 Das Ausmaß der gebotenen Sorgfalt ist aber auch von Umständen aus der **Sphäre der Aufsichtspflichtigen** abhängig, bei den Eltern namentlich von deren **Anspannung im Beruf** (ZVR 1998/143; OLG Innsbruck ZVR 1986/114 unter Hinweis darauf, dass eine Hausfrau auch andere Arbeiten zu erledigen habe und sich nicht ständig um die Beaufsichtigung der Kinder kümmern könne) bzw den **sonstigen familiären Pflichten**. Weniger strenge Anforderungen werden gestellt, wenn die – meist mit der Beaufsichtigung betraute – Mutter mehrere Kinder – oder auch ältere pflegebedürftige Personen – zu betreuen bzw noch in der Landwirtschaft mitzuwirken hat. So hat der OGH einen Sorgfaltspflichtverstoß verneint bei einer 5-fachen Mutter und Kleinlandwirtin,

die der 11-jährigen Tochter bloß das Radfahren auf der Straße verboten, aber sonst keine Sicherungsmaßnahmen getroffen hat (ZVR 1976/292); bei einer 5-fachen Mutter, die der 4-jährigen Tochter verboten hat, den Spielplatz hinter dem Haus zu verlassen, Hausarbeiten verrichtet und sich um die ½-jährigen Zwillinge, aber 1½ Stunden nicht um die Tochter gekümmert hat (ZVR 1965/8); ähnlich ZVR 1990/156: Alleinerziehende Mutter von fünf Kindern.

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 – gemäß dem rechtmäßigen Alternativverhalten – der Unfall nicht vermeidbar gewesen wäre). Eine Aufsichtspflichtverletzung wurde verneint, wenn für den Aufsichtspflichtigen kein Anlass bestand, an der Einhaltung seiner Anordnungen zu zweifeln: Bobfahren nur in einem bestimmten, leicht befahrbaren Park (OLG Wien EF 100.742); wer 5- und 8-Jährige 150 m entfernt in einer Hütte spielen lässt, wo sie unvorhersehbar Streichhölzer finden, was schlussendlich zu einem Brandschaden führt (ÖJZ 1978/52; SZ 52/168); wer einem 8-Jährigen ein kleines Taschenmesser gibt und keine zusätzlichen Vorkehrungen trifft, weil er annehmen darf, dass der Sohn über die Gefährlichkeit des Messers Bescheid weiß (7 Ob 140/05x).

Die Anforderungen an die Aufsichtspflicht sind abhängig von der **Gefährlichkeit der jeweiligen Situation** (ZVR 1982/109). Je gefahrenträchtiger die Konstellation ist, umso strenger sind die Anforderungen an die Aufsichtspflicht. Eine Verletzung dieser wurde angenommen, wer 11- bis 13-Jährige mit einem Luftdruckgewehr schießen lässt (SZ 20/241) oder bei freier Verfügbarkeit über einen spitzen Bambuspfel 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 vorausblickend erwiesen habe. Abgelehnt wurde der Vergleich mit einem Radfahrer, weil Letzterer – anders als ein Schifahrer – eine Prüfung abgelegt habe. ME wird insoweit die haftungsrechtliche Bedeutung einer derartigen Prüfung deutlich überschätzt.

Bediene 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).

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 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 – gem § 1302 solidarisch neben dem Aufsichtspflichtigen – in vollem Umfang einzustehen; in Betracht kommt allenfalls ein Regressanspruch des Drittschädigers gegen die Aufsichtsperson, wobei das Verschulden des Kfz-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 haftpflicht-versichert ist. Ähnlich 3 Ob 222/13p: 2-jähriges Kind trinkt im Kindergarten aus Plastikbecher ätzendes Geschirrspülmittel, das nicht versperrt war, während die das Kind abholende Mutter Gewand und Schuhe des Kindes einsammelte.
- 12 In der Lit wird eine **entsprechende Anwendung des § 1309 bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres** befürwortet, weil die Erziehungspflicht gem § 146 erst dann ende. Verwiesen wird dafür auf die E SZ 44/8. In dieser war der Schädiger aber gerade noch nicht 14 Jahre alt! Zudem handelte es sich um den Fall der unzureichenden Verwahrung einer Pistole samt Munition durch einen Polizisten, derer sich der Sohn bemächtigte, in die Schule mitnahm, wobei sich dann ein Schuss löste. Der Grund der Einstandspflicht des Vaters war somit nicht – allein – der Verstoß gegen die Aufsichtspflicht, obwohl der Sohn in concreto gerade noch nicht 14 Jahre alt war, sondern ein Verstoß gegen die Verkehrssicherungspflicht. Da keine anderen E auffindbar sind, in denen bei einem Kind zwischen 14 und 18 Jahren eine Einstandspflicht des Aufsichtspflichtigen gemäß der analogen Anwendung des § 1309 bejaht wurde, dürfte die in der Lit bejahte solidarische Haftung zwischen Kind und Aufsichtspflichtigem ein eher akademisches Problem sein.
- 13 Der **Geschädigte** hat neben dem Schaden den Verstoß gegen die **objektive Sorgfaltspflicht** sowie deren Schadenskausalität zu beweisen (EF 63.250). Den **Ersatzpflichtigen** trifft die Beweislast, dass ihn aufgrund seiner besonderen Umstände **kein Verschulden** trifft (LGZ Wien EF 84.470). Dem Ersatzpflichtigen wird man jedenfalls eine sekundäre Darlegungslast auferlegen müssen, hat der Geschädigte doch typischerweise keine Kenntnisse aus der Sphäre des Ersatzpflichtigen. Er weiß, dass ihm von einem Mj ein Schaden zugefügt wurde; ob es sich um ein folgsames Kind handelte, von wem es zu beaufsichtigen war, welcher beruflichen Anspannung die Eltern ausgesetzt waren usw, weiß er nicht. Da es sich freilich um einen deliktischen Schadenersatzanspruch handelt, müsste nach allgemeinen Regeln der Geschädigte das Verschulden des Ersatzpflichtigen beweisen. Eine große Rolle wird das in der Praxis nicht spielen. Die Grenzen zwischen einem Verstoß gegen die objektive Sorgfaltspflicht und der subjektiven Vorwerfbarkeit verschwimmen. Der jeweilige Aufsichtspflichtige wird im Regelfall zumindest durchschnittliche Fähigkeiten haben, sodass eine Entlastung wegen des fehlenden Verschuldens kaum in Betracht kommen dürfte. Sofern es sich – wie etwa bei einer Kindergärtnerin – um einen Sachverständigen iSd § 1299 handelt, kommt eine Berufung auf unterdurchschnittliche persönliche Fähigkeiten von vornherein nicht in Betracht.
- 14 Die Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit bei § 1309 ist häufig eine von den **singulären Verhältnissen des konkreten Falles abhängige Einzelfallbeurteilung ohne erheblichen Rechtscharakter** iSd § 502 Abs 1 ZPO (7 Ob 140/05x). Es kommt ihr keine Bedeutung zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung zu, weshalb eine Revision dann unzulässig ist. Die Würfel fallen beim Tatgericht. Die Judikatur der OLG hat deshalb bei § 1309 besondere Bedeutung.

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

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

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 Deliktunfähigen unter Berufung auf einen mehrdeutigen Wortlaut die Rolle eines Bürgen zuzuweisen, liegt jedenfalls nicht auf der Hand. Eine Versagung der Haftung des Deliktunfähigen wird in der Lit von einer Einzelmeinung auch bei Einstandspflicht eines Dritten, der nicht Aufsichtspflichtiger ist, etwa einem Mitschädiger, befürwortet; der OGH (9 Ob 49/12i: Sommerrodelbahn; 6 Ob 214/12g: Turmspringen im Schwimmbad; jeweils unter Hinweis auf unterschiedliche Sachverhaltsausprägungen [Mitverschulden, Regress] in der Vorjudikatur) hat sich hingegen der Mehrheitsmeinung der Lit angeschlossen und seine in einem verstärkten Senat getroffene E SZ 44/48 bekräftigt, wonach die Haftung eines Dritten die Einstandspflicht nach § 1310 nicht ausschließt. Das ist für den Geschädigten bedeutsam, wenn der Deliktunfähige haftpflichtversichert ist, der Drittschädiger hingegen nicht und zudem vermögenslos ist; der Drittschädiger kann auf diese Weise einen Teil seiner Haftung abwälzen.

Während die Ersatzpflicht des Deliktunfähigen sonst subsidiär ist, kommt es bei einer **Einstandspflicht des Deliktunfähigen** 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 Deliktunfähigen – 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 Deliktunfähigen (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 Deliktunfähigen 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 insb 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 ausschließen sollte, mag die Versagung des Schmerzensgeldanspruchs rechtspolitisch auch bedenklich sein.
- 5 Ungeachtet seiner Deliktsunfähigkeit wird eine Einstandspflicht des Schädigers bejaht, wenn ihm **ausnahmsweise doch ein Verschuldensvorwurf** gemacht werden kann. Bedeutsam ist diese 1. Variante des § 1310 namentlich 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). Verneint wurde das bei einem 8-jährigen Kind, bei dem der Spieltrieb zu berücksichtigen sei (2 Ob 124/12t: Keine Kürzung wegen Mitverschuldens; den Spieltrieb als Entlastungskriterium ebenso betonend 8 Ob 103/82; 1 Ob 161/05x). **Bejaht** wurde ein ausnahmsweises Verschulden, wenn ein **9-Jähriger** einen 7-Jährigen auf einer Wohnstraße mit dem Fahrrad niederstößt (2 Ob 346/97); ein 12-Jähriger einen Gleichaltrigen gegen einen eben abfahrenden Bus stößt (OLG Graz ZVR 1993/103); ein **13-Jähriger** den 14-Jährigen auf die Fahrbahn „schubst“ (2 Ob 168/12p); ein **13-jähriger** Radfahrer mit zu geringem Seitenabstand überholt (OLG Wien ZVR 1996/63); ein **fast 14-Jähriger** einen Radlader unbefugt in Betrieb nimmt (OLG Wien ZVR 1998/68). Auch wenn es keinen schematischen Maßstab gibt, die – oft leerformelartigen – Umstände des Einzelfalles beschworen werden, sind als Leitlinie Erfahrungssätze gleichwohl heranzuziehen, was also eine Person in einem entsprechenden Alter eigentlich wissen und können müsste. Bei Geisteskranken gelten entsprechende Maßstäbe. Maßgeblich ist allein, ob diese das entsprechende (Geistes-)Niveau von 14-Jährigen erreichen; ob für diese ein Sachwalter bestellt wurde, ist im Deliktsrecht bedeutungslos.
- 6 Die **2. Variante** der Unterlassung der Verteidigung spielt **in der Praxis keine Rolle**. Es gibt dazu keine Rspr. Wer es als Geschädigter aus **Schonung des Schädigers** unterlässt, sich diesem gegenüber zu wehren, obwohl er dazu wegen des Vorliegens einer Notwehrsituation berechtigt wäre, verdient besonderen Schutz; wie § 1306a belegt, gilt das freilich nicht nur gegenüber einem Deliktsunfähigen.
- 7 Die **in der Praxis bedeutsamste Variante** ist die der **Tragfähigkeitshaftung**. Eine Überwälzung des beim Geschädigten eingetretenen Schadens erfolgt dann auf den deliktsunfähigen Schädiger, wenn dieser unter Berücksichtigung des Vermögens von Geschädigtem und Schädiger den Schaden nach Billigkeit ganz oder teilweise leichter tragen kann. Diese Abwägung kommt aber nur subsidiär zum Tragen, wenn der Geschädigte nicht Ersatz vom Aufsichtspflichtigen (§ 1309) oder vom Minderjährigen wegen der nach § 1310 Variante 1 bei diesem ausnahmsweise doch bestehenden Einsichtsfähigkeit erlangt (so ausdrücklich 6 Ob 214/12g: Turmspringer, dann Erörterung über die Vermögensverhältnisse des Schädigers entbehrllich, daher Haftung über die Deckungssumme hinaus; offener 9 Ob 49/12i: Berücksichtigung von Vermögen [Haftpflichtversicherung] sowie Verschulden; ebenso 3 Ob 177/12v: Sturz einer 12-Jährigen auf der Schipiste wegen relativ überhöhter Geschwindigkeit). Zum Vermögen zählt nicht nur das **Vermögen**, sondern auch das **Einkommen**; freilich nur das jeweils eigene, nicht auch das der Eltern des Deliktsunfähigen. Maßgeblich sind nicht nur Vermögensposten; auch das Schmerzensgeld und dann selbstverständlich auch eine Verunstaltungsentschädigung sind einzubeziehen. Jedenfalls in Bezug auf

das Schmerzgeld ist das fragwürdig, soll dieses doch der Abgeltung ideeller Nachteile dienen. Die ganz einh. Rspr. 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 dem – 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 (Legal-)Zession wird der Anspruch nicht verändert.

In der Lit. ist das kritisiert worden: Die Funktion einer Haftpflichtversicherung liege nämlich 8 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).

Bei der Gegenüberstellung der Deckungssummen bestehender Versicherungen gilt das aus dem Regressrecht der Privat- und Sozialversicherer geläufige Prinzip der **sachlichen Kongruenz**. 9 Einzu beziehen 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 freilich auch bei Sozialversicherungsleistungen nicht der Fall ist, deren Ausmaß sich nach der allgemeinen Minderung der Erwerbsfähigkeit richtet. Entscheidend ist aber, dass durch eine solche Versicherungsleistung der Geschädigte sich neben der Ersatzleistung einen zusätzlichen Vorteil – durch eine entsprechend höhere Prämie infolge des Fehlens eines Regressanspruchs des Versicherers – 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.

Sofern die jeweilige Deckungssumme einer Versicherung, also der Schadens- und der Haftpflichtversicherung, den gesamten sachlich kongruenten Schaden deckt, den der Deliktsunfähige 10 ersetzen müsste, wenn er deliktsfähig 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. Allerdings kommt es nicht allein auf die Höhe der Deckungssummen an, sondern auf das billige Ermessen, ua das **Ausmaß der objektiven Sorgfaltswidrigkeit** (5 Ob 529/95; 2 Ob 83/09h: Schlagen mit einem Stock gegen einen Baum; Verletzung eines in der Nähe stehenden Kindes durch abgespritzten Teil).

- 10a** Das **gemeinsame Zündeln von Minderjährigen** führt nicht zu einer solidarischen Haftung aller Beteiligten, wenn für die Schadenszufügung das Verhalten bloß eines einzelnen Minderjährigen konkret ursächlich war, es sei denn, die anderen hätten den Geschädigten oder den Schädiger in ihrer Entscheidung zu zündeln, bestärkt oder eine Beihilfehandlung anderer Art gesetzt (1 Ob 713/85; 7 Ob 263/09s).
- 11** Auch im Rahmen der **Tragfähigkeitshaftung** 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 Deliktsfähigen bei der Tragfähigkeitshaftung dieser bei Mitverschulden des Geschädigten so behandelt wird, als läge ein normales Verschulden – leichte Fahrlässigkeit – eines voll Deliktsfähigen vor.
- 12** Auch im Rahmen der Tragfähigkeitshaftung kommt ein **Feststellungsbegehren** in Betracht (SZ 60/180; 2 Ob 36/95). Maßgeblich sind – wie auch bei einem Leistungsbegehren – die Verhältnisse der letzten mündlichen Hauptverhandlung erster Instanz. Sollten der Geschädigte oder der bei Schadenszufügung Deliktsunfähige später über – nennenswertes – Vermögen bzw Einkommen verfügen, wird das mE ungeachtet des durch das Feststellungsurteil fixierten Grundes des Anspruchs zu berücksichtigen sein.
- 13** Konzipiert ist § 1310 für Personen unter 14 Jahren sowie Geistesranke. Es ist aber folgerichtig, § 1310 auch auf **Schädiger** anzuwenden, die **aufgrund eines Augenblicksversagens schuldunfähig** sind. Praktische Folgen kann das bei einem Verkehrsunfall haben. Zwar nimmt der OGH (zuletzt 2 Ob 39/09p) bei Augenblicksversagen eines Lenkers kein unabwendbares Ereignis gem § 9 EKHG und damit eine Einstandspflicht des Halters nach § 1 EKHG an; die Subsumtion unter § 1310 Variante 3 ist aber bei großen Schäden gleichwohl bedeutsam, weil häufig die Betragsbeschränkung der Haftung gem § 15 EKHG eher an Grenzen stößt als die – höhere – Deckungssumme der Kfz-Haftpflichtversicherung.
- 14** § 1310 regelt den Fall, dass der Deliktsunfähige als Schädiger ausnahmsweise einstandspflichtig ist. Die darin zum Ausdruck kommende Wertung ist entsprechend auf Fälle des **Mitverschuldens** des Deliktsunfähigen gem § 1304 heranzuziehen sowie dann, wenn dieser als einer von mehreren Schädigern im Rahmen des Regresses nach § 1302 herangezogen wird und schlussendlich der **Regressanspruch des vom Dritten belangten Schädigers** zu beurteilen ist. Das zur Einstandspflicht des Deliktsunfähigen Ausgeführte gilt entsprechend: Auch eine bloß objektive Sorgfaltswidrigkeit kann zur Anspruchskürzung führen (2 Ob 83/09h: Aufenthalt in der Nähe eines Baumes, 50 % Kürzung). Selbst wenn ein (Mit-)Verschulden des Deliktsunfähigen bejaht wird, ist es weniger streng zu beurteilen als das eines Deliktsfähigen (2 Ob 4/92). Das Alter von 7 Jahren bzw die vorausgegangene Teilnahme an der Verkehrserziehung bildet wiederum einen markanten Bezugspunkt. Personen unter 7 Jahren wird kaum jemals ein Mitverschulden vorgeworfen. Bei älteren Kindern ist die österr Rspr hingegen relativ streng. Ein Mitverschulden wurde etwa angenommen bei einem 8-jährigen Kind, das hinter einem Hauseck auf die Straße läuft (ZVR 1981/146; ggt allerdings 2 Ob 124/12t: Verneinung des Mitverschuldens eines 8-jährigen Kindes unter Hinweis auf den Spieltrieb; ebenso ZVR 1965/85; 8 Ob 103/82) oder das hinter einem am Fahrbahnrand stehenden Bus die Straße überquert (2 Ob 53/95). Da die deutsche Rspr ähnlich streng war, hat der deutsche Gesetzgeber eingegriffen und seit dem Jahr 2002 ein Mitverschulden eines Kindes bis 10 Jahren im motorisierten Straßenverkehr durch § 828 Abs 2 BGB ausgeschlossen.

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).

Im Deliktsrecht gibt es grundsätzlich zwei Regelungstechniken, um rechtswidriges Verhalten zu umschreiben: Einerseits werden **absolut geschützte Rechtsgüter** wie körperliche Integrität, Eigentum und Freiheit statuiert, deren Beeinträchtigung durch einen Dritten die Rechtswidrigkeit indiziert. Oder aber es werden **durch Schutzgesetze bestimmte rechtswidrige Verhaltensweisen beschrieben**, so etwa die vorsätzliche Unterlassung der Verhinderung einer mit Strafe bedrohten Handlung gem § 286 Abs 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 Vermögens** geht. In diesem Bereich kommt es zu einem Vermögensminus beim Geschädigten, ohne dass er an seinem Körper oder einer in seinem Eigentum stehenden Sache eine reale Beeinträchtigung zu beklagen hat. Prototypische Beispiele sind die Selbstschädigung beim **Betrug** gem § 146 StGB (5 Ob 537/94; 2 Ob 46/10v: Geschädigter bei einem Pyramidenspiel – Bindungswirkung der strafgerichtlichen Verurteilung, auch wenn der Kläger als einer von 2.287 Geschädigten nicht namentlich im Strafurteil erwähnt ist; 8 Ob 17/12a: Persönliche Haftung des Vorstandsvorsitzenden der Emissionsbank als Organ der juristischen Person, wenn neben Pflichtverstoß gegenüber der Gesellschaft auch Normen zum Schutz der Gläubiger verletzt werden), ein Vermögensschaden infolge gefährlicher Drohung gem § 107 StGB (ZVR 1998/138; 2 Ob 28/14b: Personenschutz mittels einer professionellen Personenschutzagentur und Detektei), Defizite bei der Einbringlichkeit einer offenen Forderung infolge eines **Kridadelikts** (§ 158 StGB) oder Vermögensnachteile eines Erben wegen Verstoßes gegen die Wahrung des Amtsgeheimnisses gem § 49 Abs 1 Geo sowie dem Gebot der Akteneinsicht nur zu amtlichen Zwecken gem § 170 Abs 4 S 1 Geo idF vor BGBl I 2006/421 (1 Ob 208/12p: Vorarlberger Testamentsfälschungssaffäre). 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).

Ob der jeweilige Schädiger oder selbst ein maßstabgerechter Mensch das **Schutzgesetz gekannt** oder den **konkreten Schaden vorhersehen** konnte, ist ohne Bedeutung (SZ 69/8; 1 Ob

247/98z; 4 Ob 216/99i). Maßgeblich ist allein die Perspektive des Gesetzgebers. Wird durch ein Schutzgesetz ein absolut geschütztes Rechtsgut geschützt, ist entsprechend den allgemeinen Regeln (§§ 1323 f) nach Maßgabe des jeweiligen Verschuldensgrades **auch für Folgeschäden einzustehen** (1 Ob 168/01i).

- 4 Für die Qualifizierung einer Norm als Schutzgesetz muss es sich nicht unbedingt um ein Gesetz im staatsrechtlichen Sinn handeln. Ausreichend ist ein **Gesetz im materiellen Sinn**, also eine **Verordnung** (2 Ob 310/01d: Signal- und Betriebsvorschriften der ÖBB, wenn es sich um eine Verordnung handelt und diese nicht auf privatrechtlicher Anordnung beruhen; SZ 69/188; technische Richtlinien für das Gas- und Wasserfach, die durch VO gem § 5 Abs 1 des Wiener Gasgesetzes anerkannt wurden). **Verkehrszeichen** sind bei ordnungsgemäßer Kundmachung solche Verordnungen und damit Schutzgesetze. Einem **Bescheid** kommt nur dann die Qualität eines Schutzgesetzes zu, wenn er die Anordnung eines Gesetzes im materiellen Sinn konkretisiert (1 Ob 178/00h; 10 Ob 273/02d; 2 Ob 7/10h: Durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde beruhende Betriebsvorschrift, die sich nur an Betriebsangehörige einer Sommerrodelbahn richtet und Gefährdung von Personen vermeiden soll; 3 Ob 212/13t: Auf Bescheid einer Verwaltungsbehörde beruhende Betriebsvorschrift an das Flugpersonal bezüglich der Sicherheitsstandards beim Boarding eines Wasserflugzeugs). Wenn er mehr oder anderes auferlegt, somit ein fehlerhafter Bescheid gegeben ist, mag er vom Betreffenden zu befolgen sein; ihm kommt aber in Bezug auf einen Dritten nicht die Qualität eines Schutzgesetzes zu. Entsprechendes gilt für – militärische – Weisungen, die der Untergebene zwar zu befolgen hat; Dritte können daraus aber keine Rechte ableiten.
- 5 **Kein Schutzgesetz** sind eine interne **Arbeitsanweisung** eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens, dass im Transformator nach einer Kurzschlussmeldung die Leitung für das von der Störung betroffene Haus nicht zugeschaltet werden darf, sondern direkt zum Haus hinzufahren ist (4 Ob 216/99i), **Ö-Normen**, sofern sie nicht durch ein Gesetz für verbindlich erklärt worden sind (ZVR 1984/17), eine **Empfehlung** des Verbandes der Sportartikelerzeuger 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, wobei ausreichend ist, dass die Verhinderung bestimmter Schäden mitbezweckt ist (2 Ob 112/10z: Verlust von Lasten eines Hubschraubers bei Unglück in Sölden). 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 vernünftiger Gesetzgeber bei Kenntnis des konkreten Falles seine Regelung verstanden wissen wollte. Eine Grenze ist dabei freilich insoweit zu beachten, als so mancher (Bundes- oder Landes-) Gesetzgeber eine **eingeschränkte Gesetzgebungskompetenz** hat (dazu die in der Lit kritisierte E ÖJZ 1960/127: In einer ortspolizeilichen Verordnung wurde ein Leinenzwang für Hunde mit dem Ziel des Schutzes öffentlicher Gartenanlagen angeordnet. Der OGH erweiterte den Schutzzweck bei Verletzung eines Kindes durch einen nicht angeleiteten Hund; ebenso 3 Ob 133/08t; ggt 8 Ob 125/03w zu § 6a

stmk Tierschutz- und TierhalteG: Leinenzwang und Maulkorbpflicht für Hunde kein Schutzgesetz in Bezug auf einen Gast, der mit dem Tier in einer Gastwirtschaft spielt und dabei gebissen wird).

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 geftüchteten Geisteskranken; 1 Ob 120/09t: Bejaht für raumordnungsrechtliche und baurechtliche Normen); nicht ausreichend ist hingegen, wenn sich der Schutz des Einzelnen bloß aus einer Reflexwirkung ergibt (1 Ob 148/02z; 1 Ob 108/04w; 8 Ob 145/09w: §§ 39 ff BWG). Im Rahmen der Amtshaftung ist keine Voraussetzung für die Qualifizierung als Schutzgesetz, dass der Geschädigte ein Recht auf Vornahme einer Amtshandlung hat (SZ 60/177; SZ 61/43); der Schutz des reinen Vermögens ist aber fallweise davon abhängig, dass dem Betreffenden entsprechende subjektiv-öffentliche Rechte eingeräumt worden sind (1 Ob 20/93). Raumordnungsgesetze dienen nicht dem Schutz vermögensrechtlicher Anrainerinteressen (1 Ob 200/04z; 1 Ob 148/02z; 1 Ob 237/08x; 1 Ob 232/11s). Mitunter ist die Unerlaubtheit eines Verhaltens in mehreren Gesetzen geregelt. Ein Schadenersatzanspruch wegen Übertretung eines Schutzgesetzes ist schon dann gegeben, wenn **gegen ein Gesetz** verstoßen wurde (10 Ob 79/00s: Verkauf von Miniraketen nach dem PyrotechnikG erlaubt, nicht aber nach § 15 Abs 5 oö JugendschutzG, weshalb eine Schutzgesetzübertretung bei Veräußerung an ein Kind zutreffenderweise bejaht wurde). **Baurechtliche Vorschriften** wollen meist **jedermann** in seinen absoluten Rechten schützen, so in Bezug auf das Eigentum (1 Ob 22/95; 1 Ob 253/02s) als auch die körperliche Integrität, seien es nun Benutzer, Arbeiter, Besucher, Nachbarn oder Passanten (SZ 60/177; 1 Ob 253/02s). Entsprechendes gilt für **raumordnungsrechtliche Normen** (1 Ob 120/09t: Arbeitsunfall im Sickerschacht durch überhöhten Kohlendioxidgehalt). Durch **Flächenwidmungspläne** werden lediglich die **Grundstückseigentümer** und deren Rechtsnachfolger geschützt, nicht aber die, die sich zu diesen in einer **obligatorischen Beziehung** befinden (SZ 55/190 zum Sbg ROG 1977; 1 Ob 2312/96y; 1 Ob 272/99b; 1 Ob 148/02z zu den §§ 1 ff oö ROG 1994). Selbst der Hypothekargläubiger soll ausgeschlossen sein (SZ 61/43). Diese Eingrenzung ist fragwürdig, weil einem obligatorisch Berechtigten bei Bestehen eines Rechts zum Besitz auch sonst ein quasi-dinglicher Schutz eingeräumt wird, etwa bei Beschädigung oder Zerstörung seiner Sache. Eine abweichende Differenzierung im Rahmen eines Schutzgesetzes iSd § 1311 ist mE wenig überzeugend (anders auch 1 Ob 48/00s zu § 1 NÖ AuskunftsG: Einbeziehung des Hypothekargläubigers bei Vorlage einer Baulandbestätigung). Die Normen zur Bestellung und Überwachung eines Sachwalters sollen bloß den Pflegebefohlenen schützen, nicht aber Dritte (1 Ob 97/07g; 1 Ob 95/12w: Jeweils geschädigte Bank).

In Bezug auf die **sachliche Reichweite von Schutzgesetzen** gibt es eine unübersehbare 8 Judikatur. 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; das Zeichen „Andere Gefahr“ soll andere Verkehrsteilnehmer zu einer Anpassung an die angekündigte Gefahr veranlassen und bezweckt die Verhinderung von Schäden, die aus der angekündigten Gefahr resultieren, so 2 Ob 19/12a: Schwertransporter mit Brückenwaage). Der OGH nimmt häufig an, dass sie vor **allen in Betracht kommenden Gefahren** schützen wollen (2 Ob 333/97b; 2 Ob 143/99i; 2 Ob 109/10h: Durch Fahren auf Sicht gem § 20 Abs 1 StVO soll allen Gefahren vorgebeugt werden, die eine erhöhte Geschwindigkeit mit sich bringt; 2 Ob 17/12g; § 20 Abs 1 letzter S StVO soll vor den Gefahren zu langsamen Fahrens schützen, hier 20 km/h auf der Autobahn – bei Dunkelheit und ohne Betrieb der Warnblinkanlage). Der Schutzzweck wird insoweit als besonders weitreichend angesehen, was in der Lit kritisiert wird. So soll eine **Geschwindigkeitsbeschränkung** gem § 43 StVO, die dem Lärmschutz dienen soll, auch alle anderen Gefahren des Straßenverkehrs verhindern helfen (2 Ob 2028/96). Entsprechendes gilt für das **Rechtsfahrgebot** gem § 7 StVO (2 Ob 143/99i). Nach § 17 Abs 2a StVO ist das Vorbeifahren an einem stehenden, mit einer

gelb-roten quadratischen Tafel gekennzeichneten **Schulbus** bei eingeschalteter Warnblinkanlage verboten. Verhindert sollen primär Unfälle von Kindern mit Personenschäden; erfasst sind aber alle mit dem Halten von Schulbussen verbundenen Gefahren (2 Ob 165/09t: Öffnen der Fahrertür und Beschädigung dieser durch vorbeifahrendes Kfz – Zuspruch der Reparaturkosten). Die Transportbegleitung und Befugnis des Begleiters, anderen Verkehrsteilnehmern Anordnungen zu erteilen (§ 96 Abs 6, § 97 Abs 2 und 4 StVO) soll der Verhütung von Gefahren anderer Verkehrsteilnehmer dienen (2 Ob 19/12a: Schwertransport einer Brückenwaage). Durch das Gebot in § 16 Abs 1 lit b StVO, beim **Überholen eine ausreichende Differenzgeschwindigkeit** einzuhalten, soll der Gegenverkehr, das überholte Fahrzeug und das beim Wiedereinordnen geschützt werden, aber weder der Querverkehr (2 Ob 17/03v; 2 Ob 64/09i) noch der (vorschriftswidrige) Linksabbieger (2 Ob 40/12i). Bei einem **Parkverbot** gem § 24 Abs 3 lit d StVO hat der OGH (ZVR 1990/126) einerseits ausgesprochen, dass die Norm das erlaubte Risiko zeitmäßig begrenze und gezielt der mit der Dauer des Parkens wachsenden Gefahr vor Unfällen entgegenwirken wolle, sodass die Norm auch Auffahrunfällen entgegenwirken wolle; andererseits wurde zu einem Parkverbot gem § 23 Abs 6 StVO ausgesprochen, dass das Verbot des Stehenlassens von Anhängern nach dem Be- und Entladen nicht der Verhinderung von Auffahrunfällen diene (2 Ob 19/91). Die einschränkende Sicht der letzteren E ist überzeugender. Bei einem **eingeschränkten Fahrverbot** ist zwar nach § 52 lit a Z 6a und 6c StVO bei bloßer Übertretung dieser Norm nicht zu haften, wenn durch die Missachtung solcher Fahrverbote keine Gefahren verwirklicht werden (2 Ob 10/83; 2 Ob 165/05m); das gilt aber nicht für ein **allgemeines Fahrverbot** nach § 52 lit a Z 1 StVO, das vor allen Gefahren schützen soll, die durch das verbotene Fahren verursacht oder erhöht werden (2 Ob 140/11v: Verletzung eines Vorarbeiters, der bei Zurechtweisung eines gegen ein solches Fahrverbot verstoßenden Lenkers sich in den Gefahrenbereich des Baggerfahrers begibt und von dessen Fahrer verletzt wird). Das Aufstellen von mobilen Baucontainern unter Wahrung der Sicherheit des Verkehrs gem § 90 Abs 1 und 3 StVO hat den Zweck, dass Verkehrsteilnehmer nicht daran gehindert werden, Straßenverkehrszeichen rechtzeitig wahrzunehmen (2 Ob 212/13k). Das für bestimmte Fahrzeuge in § 58 KDV festgelegte **Verbot der Überschreitung einer bestimmten Höchstgeschwindigkeit** stellt ein Schutzgesetz dar, die der Verhinderung aller Gefahren dient, die eine erhöhte Geschwindigkeit mit sich bringt (2 Ob 270/08g: Kollision eines Traktors mit Anhänger, der nur 10 bzw 25 km/h fahren durfte, mit einem entgegenkommenden Kfz, obwohl der Traktorfahrer innerhalb der halben Sichtweite zum Stillstand kam). Das **Fahren auf Sicht** gem § 20 Abs 1 StVO verpflichtet den Lenker eines Kfz, seine Fahrgeschwindigkeit so zu wählen, dass er beim Auftauchen eines Hindernisses das Kfz rechtzeitig zum Stehen bringen kann, sofern es sich nicht um ein plötzlich, unvermutet und für ihn nicht vorhersehbares Hindernis handelt (2 Ob 32/10k: somit nicht bei plötzlichem Auftauchen eines geplatzten Reifens auf der Autobahn). Durch die in § 106 Abs 1 S 2 KFG festgelegte Pflicht des Lenkers, Personen nur so zu befördern, dass dadurch der Lenker in seiner Aufmerksamkeit und Bewegungsfreiheit sowie seine freie Sicht nicht gefährdet werden, soll die Beeinträchtigung des Lenkers als auch die Gefährdung beförderter Personen vermieden werden (ZVR 1987/125; 2 Ob 96/89; 2 Ob 210/09k: Hinüberkippen des nicht angegurten, alkoholisierten Lenkers auf den Beifahrersitz). Wenn eine Raststätte infolge einer Massenkarambolage einen Verdienstentgang erleidet, handelt es sich um einen nicht ersatzfähigen mittelbaren Schaden, weil die StVO die körperliche Integrität und das Eigentum von Verkehrsteilnehmern schützen soll, nicht aber **Dritte vor bloßen Vermögensschäden** bewahren will (2 Ob 110/03w). Auch die §§ 44 ff LFG wollen bloß die körperliche Integrität der Flugschüler wahren sowie ein hohes Ausbildungsniveau gewährleisten, einen Flugschüler aber nicht vor Vermögensnachteilen schützen (1 Ob 171/14z: Kein Ersatz frustrierter Ausbildungskosten bei Insolvenz der Flugschule, weil Austro-Control verspätet den Ausbildungsbetrieb untersagt hat). Die Pflicht des Fahrzeuglenkers zur sorgfältigen **Beobachtung des Geschehens auf dem Schutzweg** nach § 9 Abs 2 StVO soll dem Fußgänger ein ungefährdetes Überqueren ermöglichen (2 Ob 259/04h; 2 Ob 63/11w). Das Gebot des **Linksabbiegens im weiten Bogen** gem § 13 Abs 1 StVO dient auch dem Schutz des nachfolgenden Verkehrs (2 Ob 205/09z: Kollision eines Quadfahrers beim Linksabbiegen mit nachfolgendem Kfz).

Die **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). Die Erteilung eines Führerscheins mit der Auflage gem § 5 Abs 5 iVm § 8 Abs 3 Z 2 und § 13 Abs 1 FSG, bei funktioneller Einäugigkeit eine Brille zu tragen, dient der Sicherung des Verkehrs (2 Ob 63/11w). Das **Gebot der sicheren Ladung gem § 101 Abs 1 lit e KFG**, der eine lex specialis zu § 61 StVO darstellt, bezweckt primär den Schutz anderer Verkehrsteilnehmer, kann aber auch bei der Mitverschuldensabwägung bei Beschädigung des eigenen Ladeguts bedeutsam sein (2 Ob 19/12a: Schwertransport einer Brückenwaage). Der Gefährdungsschutz, der einem **Anordnungsbefugten bei einer Ladung gem § 101 Abs 1a KFG** auferlegt ist, ist umfassend zu verstehen. Es soll niemand gefährdet werden, was auch den Schutz der körperlichen Integrität des Fahrers des Transportfahrzeugs beinhaltet (2 Ob 13/14x: Unzureichend verladene Schweinehälften). § 7 Abs 3 PSG dient dem Schutz der körperlichen Integrität, anders als das PHG aber nicht dem Schutz des Eigentums (1 Ob 103/14z: Keine Ersatzpflicht des Händlers gegenüber dem innocent bystander bei unterlassener Benachrichtigung des Kunden von der Gefährlichkeit eines diesem verkauften Akkus bei E-Bike).

Für die **Durchführung von Hubschrauberflügen** legt § 16 Abs 2 AOCV fest, dass die mit dem Transport von Außenlasten verbundenen Gefahren für die geschützten Rechtsgüter durch Einhaltung der dortigen Anordnungen so gering wie möglich zu halten sind; und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Arbeits- oder Transportflug handelt (2 Ob 112/10z: Unglück von Sölden); nahezu gleichlautende Anordnungen – und ebenfalls als SchutzG anzusehen – finden sich im behördlich genehmigten Flugbetriebshandbuch (2 Ob 215/07t; 2 Ob 119/09b). Die in § 10 NÖ Veranstaltungsg vorgesehene Prüfung der **Eignung der Veranstaltungsbetriebsstätte** ist ein Schutzgesetz zugunsten der Teilnehmer, deren Sicherheit gewährleistet werden soll (2 Ob 156/10w: keine Bewilligung für Draisinenfahrt).

Die in § 31 Abs 3 ÄrzteG vorgesehene **Beschränkung der Fachärzte auf das jeweilige Sonderfach** ist keine bloß wettbewerbsrechtliche Norm zwischen den Ärzten, sondern ein Schutzgesetz zugunsten der Patienten (8 Ob 115/09h: Hüftoperation durch einen Unfallchirurgen und nicht einen Orthopäden, in concreto Verstoß verneint, weil es zwischen diesen Gebieten Überschneidungen gibt). Die Anordnung in § 12 Abs 1 Z 4 TierärzteG, dass Injektionen an Tieren nur von Tierärzten verabreicht werden dürfen, soll das Eigentum des Tierhalters schützen (2 Ob 213/13g: Einschläferung eines Pferdes nach einer Cortisonspritze durch denjenigen, bei dem Pferd eingestellt war). Die zwischen der Ärztekammer und der gesetzlichen Krankenversicherung vereinbarten **Niederlassungsrichtlinien für eine Kassenvertragsplanstelle** ist ein Schutzgesetz zugunsten der Bewerber (4 Ob 5/11f: Schadenersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse eines übergangenen Bewerbers). Das in den §§ 109 Abs 1 lit d sowie § 113 KFG niedergelegte Erfordernis, dass der Inhaber einer **Fahrschule diese unmittelbar persönlich leiten** muss, soll die sichere und gründliche Ausbildung von Fahrzeuglenkern gewährleisten, dient aber nicht dem Schutz vermögensrechtlicher Interessen Einzelner, weder dem der Fahrschüler noch einem Gesellschafter, der rechtswidrigerweise eine Mehrheitsbeteiligung an der Fahrschule hält (3 Ob 235/12y: 95 %-Fremdanteil an einer GbR-Innungsgesellschaft).

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, das Gelände nicht unbenutzbar durch Altlasten kontaminiert ist oder in der Gefahrenzone (Hochwasser- und Lawinengefahr) liegt (1 Ob 158/06k zu § 12 Abs 1 Krnt GemeindeplanungsG; ebenso 1 Ob 178/06t zum öö 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). Geschützt werden aber nicht nur dinglich Berechtigte, sondern alle Personen, die sich dort aufhalten und deshalb mit der bestehenden Gefahr konfrontiert werden (1 Ob 120/09t: Arbeitsunfall von Arbeitnehmern eines Instandhaltungsunternehmens im Sickerschacht mit überhöhtem Kohlendioxidgehalt). Wer seinen Namen als Bauführer zur Verfügung stellt, damit ein anderer ein Bauwerk tatsächlich ausführen kann und damit womöglich zur Deckung von Schwarzarbeit beiträgt, ist ein **Scheinbauführer**. Ob ein solcher für Personen- und Sachschäden, die aufgrund mangelhafter Bauausführung oder Sicherungsmaßnahmen entstehen, einzustehen hat, richtet sich nach der Reichweite der jeweiligen landesgesetzlichen Normen (2 Ob 87/02m: Verneint für § 11 Sbg BauPolG, weil den Bauführer nur die Verantwortung für die Einhaltung der Bewilligung einschließlich der Pläne und der technischen Beschreibung trifft; ggt JBl 1989, 307 zu § 38 TirBauO und 4 Ob 2079/96f zu § 40 ööBauO, wonach der Bauführer auch für Sicherheitsvorschriften zu sorgen hat). Sehen öffentlich-rechtliche Normen vor, dass **nach einer Bauführung Schäden an benachbarten Liegenschaften zu beseitigen** sind, was im Verwaltungsverfahren geltend zu machen ist, handelt es sich um kein Schutzgesetz, weil diese keinen Schadenseintritt vorzubeugen versuchen, sondern einen solchen geradezu voraussetzen (2 Ob 143/09g; § 34 Abs 5 und 6 TBO 2001; Beschädigung eines Servitutswegs bei Errichtung einer Reihenhausanlage). Die §§ 30 ff WRG dienen der Reinhaltung und dem Schutz der Gewässer, wodurch die Gefährdung der Gesundheit und des Lebens von Menschen hintangehalten werden soll, aber nicht der Bildung gasförmiger Beeinträchtigungen, soweit sie sich nicht über das **Medium Wasser** ausbreiten (1 Ob 120/09t: Arbeitsunfall in einem Sickerschacht mit zu hoher Kohlendioxidkonzentration).

10a Bei Beschäftigung von mehr als 20 Arbeitnehmern gleichzeitig auf einer Baustelle für einen Zeitraum von mehr als 30 Tagen trifft den Bauherrn nach § 6 Abs 1 BauKG die Pflicht, einen **Baustellenkoordinator** zu bestellen. Das BauKG präzisiert und erweitert die Pflichten des Bauherrn gegenüber § 1169 (2 Ob 240/12a: Gerüstaufstellung durch Aufzugsfirma, BauKG lex specialis zu § 1169), verlangt von ihm aber keine Überprüfung der einzelnen Arbeitnehmer im täglichen Arbeitsablauf (8 Ob 26/13a: Abrissarbeiten). Die aus dem ASchG sich ergebenden Pflichten des Arbeitgebers erstrecken sich nicht nur auf eigene, sondern auch auf fremde Arbeitnehmer, die auf der Baustelle tätig sind. Das BauKG stellt ein Schutzgesetz zugunsten der auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer dar (2 Ob 272/03v; 7 Ob 17/09i). Das gilt auch für das ASchG (9 ObA 141/08p: Schädigung einer Verkäuferin durch Vertreterin der Sicherheitsvertrauensperson; 2 Ob 211/12m: Verletzung durch Fallen von einer nicht gesicherten Leiter). Bestellt der Bauherr keinen Baustellenkoordinator, treffen ihn die Pflichten selbst. Die aus § 8 Abs 1 ASchG sich ergebende Pflicht der dort tätigen Bauunternehmen, den Bauherrn auf die Bestellung eines Baustellenkoordinators hinzuweisen, führt aber bei Unterlassung nicht zu einem Direktanspruch des Verletzten gegen das Bauunternehmen, das eine solche Warnung unterlassen hat (7 Ob 17/09i sowie 2 Ob 211/12m: Unfall eines Arbeiters der Elektrofirma wegen einer nicht sicher aufgestellten bzw stehen gelassenen Leiter der Baufirma, die ihre Arbeiten bereits beendet hatte). Ein Anspruch gegen den eigenen Arbeitgeber wird gem § 333 ASVG durch Ansprüche gegen die gesetzliche Unfallversicherung verdrängt. Ein Anspruch gegen das mit der Bauaufsicht betraute Unternehmen wird abgelehnt, weil durch § 8 ASchG nur die Arbeitgeber bauausführender Arbeitnehmer angesprochen seien (2 Ob 211/12m); das ist fragwürdig, weil gerade das mit der Bauaufsicht betraute Unternehmen in besonderer Weise darauf achten sollte, dass es durch die Mehrzahl von Arbeitnehmern unterschiedlicher Unternehmen zu keinem Unfall kommt.

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; 5 Ob 243/12i). Selbst nach § 25 Abs 3 GSpG aF gilt das wegen des Verbots der Diskriminierung nach der Staatsbürgerschaft in Art 18 AEUV auch zugunsten von EU-Ausländern (6 Ob 250/11z; 2 Ob 186/11h: Jeweils Italiener). Das gilt auch für den rechtswidrigen Betrieb von Spielautomaten (6 Ob 118/12i: Haftung des Betreibers sowie des Aufstellers in dessen Kaffeehaus).

Die Ad-hoc-Publizitätspflicht (§ 48d Abs 1 BörseG) und das Verbot marktmanipulativer Handlungen (§ 48a Abs 1 Z 2 BörseG) sind Schutzgesetze zugunsten der Anleger (8 Ob 104/12w), die auch Vorrang vor den Normen über die Kapitalerhaltung genießen (7 Ob 77/10i; 6 Ob 28/12d). 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). Das gilt zulasten des Wirtschaftsprüfers auch bei einem vorsätzlichen Verstoß gegen § 255 AktG, wobei der Anleger nicht dartun muss, dass er den Bestätigungsvermerk selbst gelesen hätte (10 Ob 46/13g; 6 Ob 187/13p; 4 Ob 210/13f: Veranlagung aufgrund eines zu Unrecht erteilten uneingeschränkten Bestätigungsvermerks).

Nach § 141 Abs 5 EO haftet der **Sachverständige im Zwangsvollstreckungsverfahren** dem Ersteher und allen Beteiligten für den (reinen) Vermögensschaden, den diese durch die Ermittlung eines falschen Schätzwertes der Liegenschaft erlitten haben. Das kann dazu führen, dass der Vertrauensschaden zu ersetzen ist, wenn der Bieter das Grundstück gar nicht erworben hätte (1 Ob 266/02b: Teilweise fehlende Baugenehmigung); oder der Erwerber kann die Differenz zwischen Meistbot und dem darüber liegenden Schätzwert begehren; er ist aber nicht so zu stellen, als hätte er zu einem bestimmten Prozentsatz des (richtigen) Verkehrswerts erworben (9 Ob 56/11t: Nicht berücksichtigtes Sanierungsdarlehen bei einer Eigentumswohnung).

Vorschriften der Bankenaufsicht sind keine Schutzgesetze zur Bewirkung von Individualrechtsschutz: 6 Ob 287/007: Großveranlagungsbestimmungen; 1 Ob 251/05a: Kein Schutz der Mehrheitsaktionäre; 1 Ob 142/06y: § 69 BWG dient nicht dem Schutz des einzelnen Einlegers oder Sparers; 8 Ob 145/09w: §§ 39 ff BWG sollen Strafbehörden erleichtern, Verschleierung von Vermögen zu verhindern, **Geldwäsche**, Terrorismusfinanzierung, Drogenhandel und organisiertes Verbrechen zu bekämpfen, aber haben nicht den Zweck, den Banken Schutzpflichten zugunsten der Opfer von Vermögensnachteilen aus Vortaten aufzuerlegen; 6 Ob 108/13w: §§ 22 ff BWG soll zur Stabilisierung des Kapitalmarkts beitragen, aber ist kein Schutzgesetz zugunsten des Kreditinstituts. Es geht um die Verfolgung von Allgemeininteressen, nicht um einen spezifischen Individualschutzzweck (1 Ob 44/07p; 8 Ob 48/08y; 9 Ob 75/09h; 8 Ob 166/09h; 3 Ob 154/12m – krit dazu die Lit).

Die Haftung einer juristischen Person (AG, GmbH) ist auf das Gesellschaftsvermögen begrenzt. Ausnahmsweise ist das Leitungsorgan (Vorstand der AG, Geschäftsführer der GmbH) aber persönlich haftbar. Das gilt auch für einen faktischen Geschäftsführer; das ist einer, der zwar nicht förmlich bestellt ist, aber maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt (4 Ob 173/12p: Verneint bei bloßer Bereitstellung der Gewerbeberechtigung). Die §§ 158 f StGB sollen die **Gläubiger vor ungleicher Befriedigung schützen** (3 Ob 278/02g; 1 Ob 134/07y; 10 Ob 43/12i). Bedeutsam ist namentlich der Tatbestand der Insolvenzverschleppung, wenn der Vorstand bzw Geschäftsführer entgegen den §§ 66 f IO trotz Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung keinen Insolvenzantrag stellt. Zahlungsunfähigkeit ist gegeben, wenn bei mehr als 5 % der fälligen Verbindlichkeiten eine Zahlung nicht spätestens innerhalb von 3 Monaten erfolgt (3 Ob 99/10w; 2 Ob 117/12p); ansonsten liegt eine bloße Zahlungsstockung vor. 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 **Quoten-**

schaden, somit die Differenz zwischen der Quote bei rechtzeitiger Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der tatsächlichen Quote (1 Ob 50/99f). Durch den verspäteten Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird die Insolvenzmasse im Vergleich zu der bei rechtzeitiger Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschmälert. Gegenüber dem verantwortlichen Organwalter bzw Repräsentanten des Schuldners (unter Einschluss des faktischen Geschäftsführers, 8 Ob 124/07d), der die 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 Zustandekommens eines Rechtsgeschäfts, sondern das der Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Er ist so zu stellen, als ob er keine Vorleistung erbracht hätte (7 Ob 2339/96p; 1 Ob 50/99f). Bei einem **Austauschvertrag** ergibt sich der Schaden des Gläubigers aus der Differenz zwischen dem Entgelt einerseits und der erzielten Insolvenzquote abzüglich der Gewinn- bzw Handelsspanne. Bei einem **Arbeitnehmer** ist der Ersatz des Vertrauensschadens vom Nachweis einer alternativen Entgelterzielungsmöglichkeit abhängig (9 ObA 117/06f). Auf ein konkretes Vertrauen kommt es insofern nicht an, als auch der **Sozialversicherungsträger** bezüglich der Sozialversicherungsbeiträge des vom Schuldner weiterbeschäftigten Arbeitnehmers (1 Ob 50/99f; 2 Ob 241/06i) so zu stellen ist wie ein Vertragspartner bei Vorleistung (7 Ob 2339/96p). Ob der Schaden des jeweiligen Gläubigers durch diesen selbst oder für die Gesamtheit treuhänderisch durch den Masseverwalter geltend zu machen ist, ist eine insolvenzrechtliche Spezialfrage, der hier nicht näher nachgegangen werden kann (für eine Aktivlegitimation des Gläubigers 6 Ob 196/05z; 6 Ob 72/06s). Hinzuwiesen 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 IO ist strafrechtlich bedeutsam; deren Einhaltung macht aber das vorangegangene Fehlverhalten nicht rechtmäßig, sodass der Schadenersatzanspruch in jedem Fall gegeben ist (7 Ob 2339/96p; 1 Ob 50/99f). Aufgrund des durch BGBl I 2003/92 eingeführten § 69 Abs 5 IO können Konkursgläubiger Schadenersatzansprüche wegen einer Verschlechterung der Konkursquote infolge einer Verletzung der Pflicht nach § 69 Abs 2 IO erst nach Rechtskraft der Aufhebung des Konkurses geltend machen (8 Ob 108/08b). Entsprechende Grundsätze gelten auch für einen **faktischen Geschäftsführer** (8 Ob 124/07d; 8 Ob 108/08b). § 69 IO ist aber keine Schutznorm zugunsten des insolventen Unternehmens (9 Ob 99/00z; 10 Ob 5/11z: Schadenersatzanspruch des Unternehmensinhabers gegen die die Geschäftsaufsicht führende Kreditgeberin sowie gegen den Zwangsverwalter). § 4 Abs 2 Z 2 iVm § 3 Abs 6 WAG 2007 sieht die Verpflichtung vor, dass ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen entweder über eine Mindesteigenkapitalausstattung verfügen oder eine Haftpflichtversicherung abschließen muss; das ist ein Schutzgesetz zugunsten der Anleger mit der Folge, dass der Geschäftsführer einer solchen GmbH einem geschädigten Anleger persönlich haftet und ihn so zu stellen hat, als hätte das Unternehmen eine solche Haftpflichtversicherung abgeschlossen (6 Ob 32/14w zur Vorgängernorm des § 20 Abs 2 WAG 1996).

- 13a Wenn der Geschäftsführer einer GmbH ein **dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dienendes Schutzgesetz** übertritt, haftet er den Gesellschaftsgläubigern persönlich für den dadurch verursachten Schaden, wenn der Anspruch gegen die GmbH, namentlich bei deren Insolvenz, nicht durchsetzbar ist. Eine solche persönliche Haftung kommt bei Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 153c und d StGB) selbst bei solchen Personen in Betracht, die einer Ge-

sellschaft, ohne faktischer Geschäftsführer zu sein, bloß die Gewerbeberechtigung zur Verfügung stellen. Normen der GewO sollen aber lediglich die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes gewährleisten, sie sollen aber grundsätzlich keinen Schutz zugunsten des Vertragspartners bewirken (4 Ob 173/12p). Eine gewisse Entsprechung zur Insolvenzantragspflicht besteht in der **Pflicht einer juristischen Person** oder einer unternehmerisch tätigen **eingetragenen Personengesellschaft**, die als Hauptmieter ein Geschäftslokal gemietet hat, sowie deren **Organen bzw Organwaltern**, dem Vermieter gem § 12a Abs 3 MRG die **Änderung der Mehrheitsverhältnisse anzuzeigen**, womit die Anhebung des bisherigen Mietzinses auf einen angemessenen Mietzins möglich ist (4 Ob 220/08v). Abweichend von der früheren Ansicht, dass primärer Haftungsträger der Mieter bleibe, (8 Ob 4/11p: Keine ordnungsgemäße Anzeige der Übernahme durch einen deutschen Konzern) anerkennt der OGH (1 Ob 125/14k: Übertragung von 99 % der Beteiligungen auf 3 Stiftungen) nun ausdrücklich eine solidarische Haftung von Organwalter – in concreto Geschäftsführer der Mieter-GmbH – und juristischer Person. Die Berechtigung des Begehrens gegen den Organwalter ist somit nicht vom Nachweis der Uneinbringlichkeit des sich aus der Mietzinsanhebung ergebenden Differenzbetrags gegen die Mieterin. Der entscheidende Unterschied gegenüber den Fällen der Insolvenzverschleppungshaftung besteht darin, dass den Gläubigern dort ein Schaden erst durch den unterlassenen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erwächst, während bei § 12a Abs 3 MRG das Recht zur Mietzinsanhebung mit der Änderung der Mehrheitsverhältnisse entsteht, somit unabhängig von einer Unterlassung eines gebotenen Verhaltens der Organwalter.

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

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

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 Impressum zunächst der falsche Medieninhaber verklagt wird).

Nach § 178 steht dem **nicht sorgepflichtigen Elternteil** gegenüber dem sorgepflichtigen Elternteil ein **Auskunftsanspruch** zu. Dieser ist darauf gerichtet, dass der nicht sorgerechtere

Elternteil sich vom Wohlergehen des Kindes unterrichten und überzeugen sowie an Maßnahmen in diesem Sinn mitwirken kann. § 178 ist aber **kein Schutzgesetz**, das den nicht sorgeberechtigten Elternteil vor **Vermögensnachteilen** bewahren soll (6 Ob 197/08a: Verschwiegene Aufnahme einer Lehre der Tochter durch die Mutter gegenüber dem unterhaltspflichtigen Vater; Schadenersatzanspruch des Vaters aber unter Verweis auf § 21 UVG gleichwohl bejaht).

- 14b** Die in § 3 IVO dem **Reisebüro** auferlegte Pflicht zur Information des Reisenden über die Pass- und Visumerfordernisse stellt ein Schutzgesetz dar (6 Ob 142/09i: Kein Einchecken zur Reise nach Marokko, weil mj Sohn bloß im Pass der Mutter eingetragen war).
- 14c** § 107 TKG 2003 soll den Empfänger vor **ungebetenen E-Mails** schützen. Vom Rechtswidrigkeitszusammenhang allerdings nicht gedeckt ist die Einstandspflicht des Geschäftsführers einer GmbH für einen Prozesskostenanspruch wegen Unterlassung bei Insolvenz der gegen § 107 TKG 2003 verstoßenden GmbH (7 Ob 166/09a).
- 14d** Auch wenn eine Jagdkarte lediglich bei **Einzahlung der Jagdhaftpflichtversicherung** gültig ist, trifft den Veranstalter einer Jagd keine Pflicht, die Einzahlung der Versicherungsprämie zu überprüfen (4 Ob 114/10h: § 37 Abs 1 stmk JagdG 1986, keine Haftung des Obmanns der Jagdgesellschaft). Gem § 96 Abs 1 NÖ JagdG darf nur an Orten gejagt werden, an denen die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit nicht gestört und Menschen nicht gefährdet werden; geschützt werden sollen dabei nicht bloß „erhöhte Menschengruppen“, sondern auch der einzelne Mensch (10 Ob 55/13f: Angeschossener Forstarbeiter).
- 15** 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.
- 16** Zwischen den **Ehegatten** besteht die Pflicht, **einander die Wahrheit zu sagen**. Wird dagegen verstoßen, sind Aufwendungen zur Führung eines Ehelichkeitsbestreitungsprozesses und zur Rückforderung von Unterhaltsleistungen an das im Ehebruch gezeugte Kind vom Rechtswidrigkeitszusammenhang gedeckt (EF 46.082/6). Entsprechendes gilt für die Aufwendungen von Detektivkosten, um eine – zunächst – bestrittene ehewidrige Beziehung nachzuweisen (4 Ob 52/06k). Der Tatbestand der gefährlichen Drohung (§ 107 StGB) soll die psychische Gewissheit einer Person schützen, ohne die Gefahr einer vorsätzlichen Beeinträchtigung der körperlichen Integrität zu leben, weshalb Kosten für Abwehrmaßnahmen vom Schutzzweck gedeckt sind (2 Ob 28/14b in Abkehr von 10 Ob 342/97k). Eine entsprechende Pflicht zur Wahrheit besteht gem §§ 288 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 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). Entsprechendes gilt für Hausdurchsuchung und Beschlagnahme (1 Ob 22/92). Die Normen der §§ 127 ff StPO (vor dem StRPG), die die Vornahme von Leichenöffnung und Leichenbeschau anordnen, dienen nicht dazu, den Angehörigen Aufwendungen durch Privatermittlungen zu ersparen (1 Ob 171/12x: Nachweis

der Tötung des erwachsenen Sohnes durch Messerstiche durch ein Privatgutachten nach vorangehenden unzutreffenden Gerichtsgutachten). Nunmehr haben nach § 65 Z 1 lit b StPO bestimmte Angehörige den Status als Opfer, sodass der persönliche Anwendungsbereich des Schutzgesetzes weiter reichen könnte. Durch das ZustellG sollen Vermögensschäden, die durch **rechtswidrige Handlungen bei Zustellakten** erfolgen, und zwar nicht nur beim Empfänger, sondern auch beim Absender entstehen, vermieden werden (1 Ob 353/99i; zur eingeschränkten Nützlichkeit einer Einschreibsendung 6 Ob 178/08g). Wenn der Rechtsträger die jeweilige **Behörde mit zu geringen Ressourcen ausstattet**, sodass es zur Verzögerung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben kommt, ist der dem Bürger dadurch entstehende Schaden ersatzfähig (1 Ob 156/06y: Verspätetes Einschreiten einer Gewerbebehörde gegen Lärmimmissionen einer Diskothek).

Gesetze, die eine **rasche und fristgerechte Erledigung eines Zivilprozesses** bewirken sollen (§ 49 Abs 1, § 110 Geo; § 180 Abs 3 ZPO) sind Schutzgesetze zugunsten der obsiegenden Partei (1 Ob 222/13y: Schutz des betreibenden Gläubigers im Zwangsvollstreckungsverfahren), dienen aber nicht dem Schutz der unterlegenen Partei vor der Zahlung von Verzugszinsen (1 Ob 101/13d). 17a

Im **Deliktsrecht** gilt der Grundsatz, dass den Geschädigten die **Beweislast in Bezug auf sämtliche anspruchsbegründenden Elemente** trifft, nämlich Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden, um die wichtigsten zu nennen. Abweichend von einem Anspruch, bei dem die Rechtswidrigkeit auf die Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes gestützt wird, gelten nach der Rspr bei **Übertretung von Schutzgesetzen** für die **Beweislastverteilung von Verursachung und objektiver Sorgfaltswidrigkeit bzw Verschulden abweichende** – aus dem Gesetz nicht ohne Weiteres ableitbare – **Grundsätze**: Der Geschädigte hat den **Schaden** sowie die **Schutzgesetzverletzung** zu beweisen. In Bezug auf die **Kausalität** wird bei Nachweis der Übertretung des jeweiligen Schutzgesetzes vermutet, dass beim Geschädigten ein entsprechender Schaden eingetreten ist. In der älteren Rspr (2 Ob 290/99g; 8 Ob 141/99i, so aber auch 2 Ob 37/12y: Verstoß gegen § 11 Abs 2 StVO, nochmaliger Blick in den Rückspiegel, Schädiger hat Entlastungsbeweis nicht erbracht) wurde dem **Schädiger** der **Gegenbeweis** aufgebürdet, dass der Schaden bei vorschriftsgemäßigem Verhalten ebenfalls bzw nicht 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; 1 Ob 210/10d: Wertverlust der Aktien im Ausmaß von 80 %), was auf einen auch von der Lit gebilligten **prima-facie-Beweis** hinausläuft (so ausdrücklich 6 Ob 174/99g; 8 Ob 42/07w; 7 Ob 237/12x: Sturz infolge eines fehlenden linken Handlaufs bei einer Stiege), für dessen Erschütterung freilich schon ausreicht, dass andere Schadensursachen gleich wahrscheinlich waren (3 Ob 212/13t: Unterlassene Sicherungsmaßnahmen beim Boarding eines Wasserflugzeugs). Neuerdings findet sich der explizite Hinweis, dass bei Schutzgesetzen keine Umkehr der Beweislast in Bezug auf die Kausalität gegeben ist; es obliegt dem Schädiger, die Kausalität der Pflichtverletzung ernsthaft zweifelhaft zu machen (1 Ob 172/12y; 3 Ob 212/13t; 2 Ob 213/13g; 7 Ob 106/13h; 8 Ob 68/14d). Hat der Geschädigte den Beweis der Kausalität der Schutzgesetzverletzung erbracht, kann sich der Schädiger durch den vollen Beweis entlasten, dass ein solcher Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre (8 Ob 115/09h), was nicht von Amts wegen, sondern – wie das Mitverschulden – **nur über Einwand des Schädigers** zu berücksichtigen ist (2 Ob 41/10h: Verstoß gegen § 7 Abs 2 StVO – Rechtsfahrgebot). 18

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 ein- 19

geräumt, nachzuweisen, dass ihm die objektive Übertretung nicht als schutzgesetzbezogenes Verhaltensunrecht anzulasten ist (7 Ob 82/00k; 2 Ob 143/99i; 7 Ob 276/03v; 2 Ob 152/11h), weil er etwa durch ein anderes Fahrzeug auf die linke Seite geschleudert worden ist. Entsprechendes gilt für das **Verschulden**. Unter Berufung auf § 1298 wird dem Ersatzpflichtigen bloß eine Entlastungsmöglichkeit eröffnet; das Verschulden des Schädigers wird vermutet (2 Ob 83/95; 2 Ob 181/99z; 2 Ob 15/99s; 2 Ob 63/11w; 3 Ob 11/12g). 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 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 Notfalle 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.

- 1 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, wenn der Geschäftsherr tatsächlich dem Dritten gegenüber haftet und Schadenersatz tatsächlich geleistet hat (8 Ob 6/14m). Unter dem Regime des **DHG** ist auch ein Regressanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber möglich, wenngleich in der Praxis selten.
- 2 Wer **Gehilfe** ist, ist in § 1313a sowie § 1315 geregelt. Zudem kennen auch viele **Gefährdungshaftungsgesetze eigenständige Zurechnungsnormen**, so die § 9 Abs 2, § 19 Abs 2 EKHG; §§ 149, 156, 158 LFG; §§ 19, 29b LuftVG; § 53 Abs 4 ForstG; § 79h Abs 2 GTG, um in der Praxis besonders wichtige zu nennen.
- 3 § 1313 regelt den **Regressanspruch wegen eines Verstoßes im Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen**. Wenn dem Dritten neben dem Geschäftsherrn der Gehilfe zusätz-