

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.lexisnexus.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

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 beweiserrechtliche 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-

lich haftet, zumeist aus Delikt, etwa bei Beschädigung oder Zerstörung der dem Dritten gehörenden Sache bzw Verletzung oder Tötung einer Person, ergibt sich ein Regressanspruch **zusätzlich aus den Regeln über die Solidarschuld** (§§ 1302, 896). Der **Regress aus dem Innenverhältnis** kann aber umfangmäßig weiter reichen oder geringer ausfallen. Weiter reichend ist der Regress zB dann, wenn der Geschäftsherr dem Dritten eine Konventionalstrafe versprochen hat, die höher ist als der konkrete Schaden des Dritten. Der Gehilfe haftet freilich nur, wenn er für den Schaden des Geschäftsherrn kausal war (8 Ob 6/14m: Verneint bei Regress des Generalunternehmers gegen Subunternehmer). Eine Solidarschuld von Geschäftsherrn und Gehilfen gegenüber dem Dritten besteht dann nur im Ausmaß des geringeren konkreten Schadens. Ein diesbezüglicher Regressanspruch des Geschäftsherrn gegenüber dem Gehilfen gem §§ 1302, 896 ist insoweit begrenzt. Der Regressanspruch gem § 1313 orientiert sich demgegenüber an dem infolge der Konventionalstrafe zu zahlenden höheren Ersatzbetrag des Geschäftsherrn an den Dritten. Ein bloß gekürzter Regressanspruch ist gegeben, wenn das Innenverhältnis zwischen Geschäftsherr und Gehilfe ein Werkvertrag ist und den Geschäftsherrn als Besteller eine Warnpflicht gegenüber dem Unternehmer nach § 1168a getroffen hat (7 Ob 24/13z: Einbau von Fensterbänken durch das Fassadenunternehmen [Gehilfe], wobei der Planer [Geschäftsherr] unzureichende Anweisungen erteilt hat). Besteht **keine direkte Einstandspflicht des Gehilfen gegenüber dem Dritten**, so etwa bei einem **reinen Vermögensschaden des Dritten** infolge einer Vertragsverletzung des Geschäftsherrn, kommt lediglich ein Regressanspruch des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen gem § 1313 in Betracht (ecolex 1990, 406; 2 Ob 168/01x; 8 Ob 6/14m: Reiner Vermögensschaden, Einstandspflicht eines Generalunternehmers wegen Fehlverhaltens eines Subunternehmers).

Besteht zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen gegenüber dem Dritten eine **Solidarschuld**, **4** lässt **erst die Leistung des Geschäftsherrn an den Dritten**, meist in Form einer Geldzahlung, den Regressanspruch entstehen. Vor diesem Zeitpunkt könnte auch der Gehilfe vom Dritten in Anspruch genommen werden. Gibt es **keinen Direktanspruch des Dritten gegen den Gehilfen**, könnte der Schaden des Geschäftsherrn schon darin gesehen werden, dass das Vermögen des Geschäftsherrn noch vor der Begleichung der Schadenersatzpflicht gegenüber dem Dritten bereits mit einer Verbindlichkeit belastet ist, mit der Folge, dass der Geschäftsherr nicht selbst in Vorlage treten, sondern vom Gehilfen Freistellung von dieser Einstandspflicht gegenüber dem Dritten verlangen könnte. Anspruchsgrundlage wäre die Verletzung des zwischen ihm und dem Gehilfen geschlossenen Vertrags und dem daraus resultierenden Vermögensschaden. Doch auch in diesen Fällen geht die Rspr davon aus, die **Zahlung des Geschäftsherrn an den Dritten** als **Regressvoraussetzung** zu betrachten, wofür auch der Wortlaut „Rückersatz“ in § 1313 S 2 bemüht wird (SZ 60/73; ebenso 9 Ob 236/99t; 3 Ob 35/07d).

Bedeutsam ist das auch für den **Lauf der Verjährungsfrist** für den auf Schadenersatz gestützten Regressanspruch, der nicht mit Kenntnis des Schadens durch den Regressgläubiger, sondern **erst mit Zahlung** an den Drittgeschädigten zu laufen beginnt (4 Ob 2017/96p; 8 Ob 26/10x). Insofern ergibt sich aus § 1313 S 2 ein **späterer Beginn der Verjährungsfrist** als der sich aus der **Verletzung des Vertrags zwischen Regressgläubiger und Regressschuldner** ergebende Verjährungsbeginn, für den es nach § 1489 auf Kenntnis von Schaden und Schädiger ankommt. Ein vertraglicher Schadenersatzanspruch aus dem Subunternehmervertrag und ein Regressanspruch nach § 1313 S 2 bestehen nebeneinander mit der Folge unterschiedlicher Verjährungsfristen (3 Ob 35/07d). Hat ein Bauherr Schadenersatz- bzw Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Generalunternehmer durch eine **Haftrücklassgarantie** gesichert, die der Bauherr abrufen, kommt es für den Beginn der Verjährungsfrist des Regressanspruchs des Generalunternehmers (Regressgläubiger) gegen den Subunternehmer (Regressschuldner) gem § 1313 S 2 darauf an, zu welchem Zeitpunkt der Generalunternehmer gegenüber dem Drittgeschädigten die Inanspruchnahme aus der Garantie als Ersatz für die Kosten der Mangelbehebung angesehen hat. Das **bloße Abrufen der Garantie** ist hingegen ohne Bedeutung, weil es sich um eine **bloß vorläufige Zahlung** handelt und ein Regressanspruch nach § 1313 S 2 einen **berechtigten Anspruch des Drittgeschädigten gegen den Regressgläubiger** voraussetzt (3 Ob 186/10i sowie 3 Ob 182/11b [2. Rechtsgang]). **4a**

Hinzuweisen ist darauf, dass der OGH in 2 Ob 216/13y (Regressanspruch, der im Weg einer Legalzession nach § 13 VÖEG – nach dem Vorbild des § 1358 bzw § 67 VersVG – auf den Regressgläubiger übergegangen ist) für den Verjährungsbeginn nicht auf den Zeitpunkt der Zahlung, sondern – allein – den der Anspruchsentstehung abgestellt hat. Strukturell unterscheidet sich diese Konstellation nicht vom Regressanspruch nach § 1313 S 2, sodass der Regressgläubiger aus Vorichtsgründen gegen den Regressschuldner eine Feststellungsklage erheben oder diesem zumindest den Streit verkünden sollte.

- 5 Ausgangspunkt des Regressanspruchs des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen nach § 1313 S 2 ist der dem Dritten geschuldete Schadenersatz. Dazu kommen aber mitunter weitere **Verfahrenskosten**. Wird der Geschäftsherr nämlich vom Dritten belangt, leistet der Geschäftsherr häufig nicht freiwillig Ersatz. Er geht davon aus, dass der Gehilfe den Vertrag mit ihm ordnungsgemäß erfüllt hat, sodass auch seine Leistung an den Dritten ordnungsgemäß war. Im Regelfall geht es um den **gleichen Leistungsstandard**. Ist das Ergebnis des Prozesses zwischen dem Geschädigten und dem Geschäftsherrn, dass die Leistung ordnungsgemäß ist, stellt sich keine Regressfrage – der Geschäftsherr hat keinen Schaden erlitten. Führt der mit dem Dritten geführte Prozess jedoch zum Ergebnis, dass dem Dritten ein Schadenersatzanspruch zusteht, ist das Vermögen des Geschäftsherrn zusätzlich mit den **Verfahrenskosten des verlorenen Prozesses zwischen Drittem und Geschäftsherrn** belastet. Der Rückersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen nach § 1313 S 2 umfasst grundsätzlich auch diesen (2 Ob 256/00m; 2 Ob 168/01x; 3 Ob 53/02v), sofern der Prozess nicht von vornherein aussichtslos war (1 Ob 40/02t; 3 Ob 53/02v; 4 Ob 197/05g). In der E 3 Ob 313/01b wurde die Ersatzfähigkeit von einer vorausgehenden **Streitverkündung des Geschäftsherrn an den Gehilfen** abhängig gemacht. Eine solche sollte vom Geschäftsherrn schon aus Gründen der Bindungswirkung stets erfolgen; sofern er aber den Nachweis führen kann, dass die entsprechenden Prozesskosten auch bei Streitverkündung angefallen wären, weil der Gehilfe die Ordnungsgemäßheit der Leistung behauptete, ist diese Einschränkung nicht berechtigt, worauf in der Lit hingewiesen wurde.
- 6 War die Einstandspflicht des Geschäftsherrn gegenüber dem Dritten auf eine schuldhafte Verletzung des Vertrags zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen zurückzuführen, sieht § 1313 S 2 einen **Rückersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen** vor. Das **DHG korrigiert diese Wertung**: Bei **entschuldigbarer Fehlleistung** haftet der Arbeitnehmer gem § 2 Abs 3 DHG gar nicht, bei **leichter Fahrlässigkeit** kann die Einstandspflicht des Arbeitnehmers gemäßigt oder erlassen werden; und selbst bei **grober Fahrlässigkeit** kommt immer noch eine Mäßigung des Anspruchs in Betracht (§ 2 Abs 1 DHG). Dies führt dazu, dass der nach § 1313 S 2 vorgesehene Regressanspruch des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen, wenn es sich um Arbeitgeber und Arbeitnehmer handelt, in solchen Fällen nicht oder bloß partiell greift. Der Arbeitgeber kann auch gehalten sein, eine Rechtsschutz- und/oder Haftpflichtversicherung in Anspruch zu nehmen, wenn der Arbeitnehmer mitversichert ist und nicht einem Regressanspruch nach § 67 VersVG ausgesetzt ist (9 ObA 69/11d). Vielmehr kommt ausnahmsweise ein **Regressanspruch des Gehilfen gegen den Geschäftsherrn** in Betracht, wenn dieser dem Dritten, etwa wegen einer deliktischen Schädigung, unmittelbar haftet und der Dritte nicht den Arbeitgeber, sondern den Arbeitnehmer belangt. Im Fall der **Insolvenz des Arbeitgebers** schlägt die aus dem DHG sich ergebende „Haftungsprivilegierung“ des Innenverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht auf das Außenverhältnis des Arbeitnehmers gegenüber dem Dritten durch. Die Folge ist, dass der Geschädigte vom Arbeitnehmer in vollem Umfang Ersatz verlangen kann, ohne dass der Regressanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber wegen dessen Insolvenz zum Erfolg führt, was für den Arbeitnehmer bei Fehlen einer Haftpflichtversicherung **existenzbedrohende Folgen** haben kann. Ein Regressanspruch wird **erst nach Zahlung** angenommen, ein Befreiungsanspruch bei Eintritt des Schadens oder Geltendmachung des Anspruchs durch den geschädigten Dritten wird abgelehnt (8 ObA 33/11b: Pfändung des „Befreiungsanspruchs“ des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber).

Die §§ 3 und 4 DHG regeln ausdrücklich, dass der Regressanspruch **auch die notwendigen Verfahrenskosten** umfasst. Für den Regressanspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer folgt das schon aus der sich aus § 1313 S 2 ergebenden allgemeinen Regel. § 4 Abs 2 DHG ist insofern eine – unschädliche – Wiederholung bzw Klarstellung. § 3 Abs 2 DHG, der den **Regressanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber** regelt, hat hingegen **eigenständige normative Bedeutung**, weil sich aus § 1313 S 2 gerade kein Regressanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber ableiten ließe. § 4 Abs 2 DHG erwähnt indes, dass der Regress unter Einschluss der notwendigen Verfahrenskosten voraussetzt, dass der Arbeitgeber vor der Zahlung an den Dritten entweder das Einverständnis des Arbeitnehmers eingeholt hat oder die Zahlung aufgrund eines rechtskräftigen Urteils erfolgt sein muss. Der OGH hält sich an den **Wortlaut** und nimmt diesbezüglich **keine teleologische Reduktion** vor (9 ObA 183/91; 9 ObA 79/98b; 8 ObA 40/09d). Das ist in jenen Fällen misslich und im Ergebnis unberechtigt, in denen die Prozessführung aussichtslos ist. Zudem kann der **Arbeitgeber ein legitimes Interesse** daran haben, den **Streit mit dem Dritten außergerichtlich zu regulieren** oder erst gar nicht entstehen zu lassen. Für den Regressanspruch gegen den Arbeitnehmer wird der Arbeitgeber gezwungen, einen aussichtslosen Prozess zu führen, wodurch er an sich gegen seine Schadensminderungsobliegenheit (§ 1304) verstößt. Das ist nicht nur unsinnig, sondern auch unwirtschaftlich, weil auch der Rückersatz in Bezug auf die Verfahrenskosten dem Mäßigungsrecht unterliegt, sodass der Gesetzgeber den Arbeitgeber in eine Zwickmühle drängt, aus der es kein Entrinnen gibt. Das ist in der Lit bereits zu Recht heftig kritisiert worden. Den Interessen des Arbeitnehmers wäre ausreichend Rechnung getragen, wenn er beim Regressanspruch des Arbeitgebers gegen ihn alle Einwendungen entgegensetzen könnte, die auch im Außenverhältnis, also beim Schadenersatzanspruch des Dritten gegen den Arbeitgeber, hätten entgegengesetzt werden können.

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

Bei § 1313a geht es um ein 3-personales Verhältnis. Beteiligt sind Geschäftsherr, Gehilfe und Dritter. Zu unterscheiden ist zwischen dem Verhältnis des **Geschäftsherrn** und dem **Dritten** einerseits und dem zwischen dem **Geschäftsherrn** und dem **Gehilfen** andererseits. Der Gehilfe steht zum Dritten in keiner besonderen Beziehung, weshalb er dem Dritten im Regelfall gar **nicht** oder **allenfalls deliktisch** haftet, also bei Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechts des Dritten wie dessen Eigentum oder dessen körperlicher Integrität (unten Rz 20). Ausnahmsweise haftet im Rahmen des Anlegerschadens der Gehilfe dem Vertragspartner des Geschäftsherrn **auch für reine Vermögensschäden**, wenn sein Verhalten keinem Geschäftsherrn zugerechnet werden kann, der Gehilfe ein ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags hatte (2 Ob 66/11m: Bloßer Entgeltanspruch im Innenverhältnis nicht ausreichend) oder wenn er bei den Vertragsverhandlungen in besonderem Maß persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat (1 Ob 182/97i; 7 Ob 178/11v: Anlageberater langjähriger Bekannter des Ehegatten). Es wird ein stillschweigender Auskunftsvertrag angenommen, wenn der Anleger eine Vermögensdisposition treffen und der Berater durch die Auskunft das Zustandekommen des Geschäfts fördern will (9 Ob 5/10s; 2 Ob 66/11m). Für das Verhältnis des Geschäftsherrn zum Dritten ist das Bestehen einer **Sonderverbindung** Voraussetzung für die Anwendung des § 1313a. Ob der Dritte einen Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten des Geschäftsherrn hatte, ist ohne Bedeutung; maßgeblich ist allein, dass der Gehilfe in Verfolgung der Interessen des Geschäftsherrn eingesetzt wurde (ÖJZ 1973/262). Für § 1313a muss **kein bestimmtes Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen** bestehen. Häufig ist der Gehilfe **Arbeitnehmer** oder **Subunternehmer** des Geschäftsherrn. § 1313a ist auch anzuwenden, wenn der Gehilfe zur Erfüllung einer Sonderverbindung des Geschäftsherrn aus **Gefälligkeit** tätig wird (1 Ob 269/99m); ja sogar der **Arbeitnehmer des Vertragspartners** des Geschäftsherrn ist Erfüllungsgehilfe, wenn er zur Erfüllung des Vertrags vom Geschäftsherrn herangezogen wird (3 Ob 2035/96b).

- 2 Bei den allermeisten Verträgen ist **keine höchstpersönliche Erbringung der Leistung** vereinbart. Der Schuldner kann somit einen Gehilfen einsetzen. Der Gläubiger hat das hinzunehmen – wie der Schuldner bei der Zession die Aufdrängung eines anderen Gläubigers. Das **Korrelat** für die **Vorzüge der Arbeitsteilung** und die **Erweiterung des Aktionsradius** des Geschäftsherrn ist, dass sich dadurch die **Rechtsstellung** – bei der Zession die des Schuldners, hier die **des Gläubigers – nicht verschlechtern** darf (2 Ob 234/12v: Glaselemente): Der Geschäftsherr muss für den Gehilfen so einstehen, als hätte er das entsprechende Verhalten selbst gesetzt. Die weiterreichende Zurechnung des Gehilfenverhaltens bei § 1313a gegenüber § 1315 ist damit zu begründen, dass der Geschäftsherr seine eigenen Interessen gerade gegenüber diesem bestimmten in der Folge geschädigten Dritten verfolgt (7 Ob 519/94; 1 Ob 564/94; 9 Ob 510/95). Es geht dabei **nicht** um ein **eigenes Verschulden des Geschäftsherrn**, etwa bei Auswahl oder Überwachung, sondern die Zurechnung des Verhaltens des Gehilfen, so als ob es der Geschäftsherr gesetzt hätte. Der Gehilfe agiert ja auch anstelle des Geschäftsherrn. Bei Übernahme einer vertraglichen Pflicht ist im Zweifel nicht davon auszugehen, dass der Geschäftsherr bloß Dienste eines Dritten auswählen soll, sodass sich der Geschäftsherr das Fehlverhalten des eingesetzten Gehilfen nach § 1313a zurechnen lassen muss (7 Ob 122/12k: Vertraglich übernommene Pflicht zur Untersuchung eines gebrauchten Kranwagens auf „Herz und Nieren“).
- 3 Der Gesetzeswortlaut des § 1313a umfasst die Zurechnung des Fehlverhaltens des gesetzlichen Vertreters und des Erfüllungsgehilfen. Wichtige **gesetzliche Vertreter** sind die Eltern, der Vormund, der Sachwalter, der Masseverwalter (8 Ob 289/97a), der Verlassenschaftsverwalter (1 Ob 30/92) und nach hA auch der Testamentsvollstrecker, nicht aber Organe juristischer Personen oder geschäftsführende Gesellschafter von Personengesellschaften. Diese **repräsentieren** juristische Personen, während ein gesetzlicher Vertreter oder Erfüllungsgehilfe **fremde Interessen** wahrnimmt. Dem betreibenden Gläubiger wird das Fehlverhalten von Vollstreckungsbeamten nicht nach § 1313a zugerechnet (3 Ob 11/97g: Schäden des Mieters im Zug der Delogierung).
- 4 Der **prototypische Anwendungsbereich** der Erfüllungsgehilfenhaftung liegt bei der Zurechnung des Fehlverhaltens des Gehilfen im Rahmen der **Erfüllungshandlung**. Maßgeblich ist, ob der Gehilfe in das Interessenverfolgungsprogramm des Schuldners einbezogen war. Ob das so ist, ist danach zu bestimmen, worin der zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten **vereinbarte Leistungsinhalt** besteht. Mitunter ist die Zurechnung des Gehilfenverhaltens davon abhängig, zwischen welchen Personen ein Vertrag zustande kommt (2 Ob 206/11z: Monatskarte bei einem Verkehrsverbund; 1 Ob 257/11t: Überweisung eines Geldbetrags von Österreich nach England mit ausschließlicher Abhebungsbefugnis des Überweisenden; im Zweifel Bank selbst verpflichtet mit der Folge der Zurechnung des Fehlverhaltens des ausländischen Gehilfen bei Abhebung durch einen unbefugten Dritten). Beim **Werkvertrag** schuldet der **Unternehmer** die Herstellung eines Werkes, sodass er sich das Gehilfenverhalten zurechnen lassen muss (1 Ob 265/03g: Dichtungssystem eines Schwimmbades). Den Unternehmer trifft gem § 1168a S 3 eine Warnpflicht in Bezug auf den vom Besteller bereitgestellten Stoff, zu dem auch ein Plan zählt. Wenn aber Inhalt des Werkvertrags nicht nur ein bestimmter Erfolg ist, sondern der Besteller die Art der Herstellung verbindlich festlegt, übernimmt er insoweit den Unternehmer treffende Pflichten mit der Folge, dass er sich ein Fehlverhalten der von ihm herangezogenen Gehilfen nach § 1313a zurechnen lassen muss (5 Ob 16/13h: Festlegung von Art und Umfang der Pfahleinbringung sowie der Örtlichkeit durch den Bauherrn). Den **Besteller** trifft eine Fürsorgepflicht gem § 1169 (8 Ob 40/10f: Ablehnung der Zurechnung des Verhaltens anderer auf der Baustelle tätiger Firmen für ein unsachgemäß aufgestelltes Gerüst, von dem der Unternehmer abgestürzt ist, nach § 1313a, wenn Besteller dem Unternehmer [Fensterbauer] vertraglich zur Errichtung dieses Gerüsts nach § 1169 nicht verpflichtet war; 2 Ob 240/12a: Übertragung der Pflicht zur Aufstellung des Gerüsts vom Bauherrn an Bauaufzugsfirma; dann aber keine Haftung des Bauherrn für Fehlverhalten der Bauaufzugsfirma als Gehilfe nach § 1313a wegen Verstoßes gegen die Fürsorgepflicht nach § 1169, sondern bloß Haftung für Auswahlverschulden). Beim **Kaufvertrag** ist der Verkäufer nur im gewährleistungsrechtlichen Sinn verpflichtet, einwandfreie Ware zu liefern.

Ihn treffen aber grundsätzlich keine Untersuchungspflichten. Der **Zulieferer von Rohstoffen und Bestandteilen** ist weder Erfüllungsgehilfe des Produzenten (SZ 54/116; JBl 1988, 650) noch des Werkunternehmers (7 Ob 166/06x; 2 Ob 10/10z: Mischgut für den Straßenbelag der Autobahn; 2 Ob 234/12v: Glaselemente). Anderes gilt, wenn sich der Verkäufer zur **Herstellung der Kaufsache** verpflichtet hat (JBl 1989, 175; 1 Ob 564/94; 5 Ob 64/09m: Herstellung einer Wohnhausanlage durch eine Siedlungsgenossenschaft und Veräußerung einzelner Eigentumswohnungen), neben der Lieferung der Sache eine **konzeptive Aufgabe** übernommen hat (5 Ob 92/07a: Farbkonzept einer Verkäuferin von Natursteinen für die Inneneinrichtung eines Hauses) oder beim Werkvertrag der Unternehmer für die Anlieferung des Materials zuständig war und beim Transport das Eigentum des Bestellers beschädigt wurde (2 Ob 4/13x: Seilbahnunglück in Sölden; Zurechnung des Fehlverhaltens des Piloten an den Werkunternehmer).

Welches Verhalten eines Gehilfen dem Geschäftsherrn im Rahmen des § 1313a zugerechnet wird, ist in **Grenzfällen umstritten**: **Bejaht** wurde die **Erfüllungsgehilfeneigenschaft** in folgenden Fällen: Bei einem als Mietvertrag mit Dienstleistungsverpflichtung qualifizierten Vertrag bei Bereitstellung eines Krans mit Fahrer, wobei sich der Mieter ein Fehlverhalten des Kranfahrers (des Vermieters) bei Beschädigung des Krans als Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen muss (3 Ob 145/10k); unterlassener Aufklärung der **ärztlichen Schiedsstelle**, dass ein Antrag auf Prüfung des Sachverhalts die Verjährung nicht unterbricht – Zurechnung an den belangten Krankenhausträger (1 Ob 44/94); „kostenlose“ **Anziehen der Radmuttern** im Rahmen einer ständigen Geschäftsbeziehung (2 Ob 332/00p); nicht geschuldetem Aushub (4 Ob 57/02i); nicht geschuldeten Handlungen, die **vom sachlichen Zusammenhang mit der vom Schuldner angestrebten Interessenverfolgung nicht zur Gänze gelöst** sind und durch den Gehilfen aus eigenem Antrieb erfolgen (SZ 63/201; 4 Ob 35/10s: Ausfüllen eines Überweisungsauftrags durch Bankangestellte); wenn der Schuldner eine unentgeltliche Zusatzleistung nicht aus – bloßer – Gefälligkeit erbringt, sondern aus **Werbegründen** (2 Ob 10/86; 10 Ob 16/11t: Stapeln von Brettern zum Freiräumen des Platzes und Abtransport); einem **Reisebüro**, wenn dieses die Rolle des Reiseveranstalters hat, nicht aber, wenn es bloß Reisevermittler ist (1 Ob 80/11p: Tigerhai-Tauchsafari in Florida).

Verneint wurde die Zurechnung des Fehlverhaltens des Gehilfen im Rahmen des § 1313a in folgenden Fällen: Durchführung **zusätzlicher Arbeiten** des Baggerfahrers auf **Wunsch des Dritten** und aus Gefälligkeit (4 Ob 57/02i). Die Trennlinie zu SZ 63/201 ist wohl darin zu sehen, ob die Initiative zur Durchführung der vertraglich nicht geschuldeten Leistung vom Dritten einerseits oder vom Geschäftsherrn bzw dessen Gehilfen andererseits ausging. Abgelehnt wurde die Zurechnung nach § 1313a bei einer bloßen Gefälligkeitszusage ohne Eigeninteresse (2 Ob 19/97a: Gestattung von Vermessungen für eine Diplomarbeit durch den Betreiber eines Schaubergwerkes), bei einem Baustellenkoordinator im Verhältnis zum Bauherrn (2 Ob 272/03v) sowie bei einer Arbeitskräfteüberlassung (9 ObA 80/04m). Keine Zurechnung nach § 1313a erfolgt, wenn der **Geschäftsherr keinen Einfluss auf die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit** hat (7 Ob 250/10f: Mangelhafte Absicherung einer Treppe bei Arztpraxis, die im Wohnungseigentum steht, keine Einflussmöglichkeit des Arztes auf Hausverwaltung bzw Reinigungsunternehmen).

Eine **Sonderbeziehung** besteht nicht nur bei Einsatz eines Gehilfen im Rahmen der Vertragserfüllung; sie – und damit die Anwendung des § 1313a – ist auch gegeben ab dem Zeitpunkt der **Anbahnung des Vertrags** (1 Ob 62/11s: Einstandspflicht für Gehilfen nach § 1313a bei Unfall eines Kindes auf einer Seilrutsche auf einer Autobahnstation, unabhängig davon, ob bereits etwas konsumiert wurde) bzw einer **Vorbereitungshandlung** bis zu den **nachvertraglichen Pflichten** (abgelehnt – mE freilich zu Unrecht – in 9 ObA 104/07w: Verstoß eines Mitarbeiters eines ehemaligen Arbeitgebers, sich nicht negativ über Arbeitsleistung des ausgeschiedenen Arbeitnehmers Dritten gegenüber zu äußern; dazu § 1315 Rz 13). Der OGH verneint eine Sonderverbindung und damit Zurechnung eines Gehilfenverhaltens nach § 1313a, wenn die Mutter ihre Tochter von einer Bekannten abholt (2 Ob 79/11y: Schneeräumspflicht auf dem Gelände des Hauses, Bejahung der Haftung unter Bezug auf allgemeine Verkehrssicherungspflicht). Wie ein potentieller Kunde eines

Kaufhauses, bei dem eine Sonderverbindung bejaht wird, ist die Mutter der Tochter nicht eine x-beliebige Dritte, was für die Bejahung einer Sonderverbindung und damit die Zurechnung des Gehilfenverhaltens nach § 1313a sprechen würde. Vor allem die Phase **vor Vertragsschluss** ist kritisch: Das Fehlverhalten von **Abschlussgehilfen**, also der vom Geschäftsherrn zur Vorbereitung (7 Ob 2224/96a) oder zum Abschluss des Vertrags (JBl 1990, 599; 1 Ob 182/97i; 10 Ob 63/02s) eingesetzten Gehilfen, seien es Versicherungsagenten, Abschlussvermittler, Boten oder Vertreter, ist dem Geschäftsherrn nach § 1313a zuzurechnen. Maßgeblich ist, wie weit die **jeweilige Aufklärungspflicht** reicht, was namentlich bei Einsatz von **Versicherungsagenten** häufig umstritten ist (bejaht in 7 Ob 229/08i: Erstreckung des Feuerversicherungsschutzes für eine Holzerntemaschine in Schweden; 7 Ob 72/11f: Begrenzung der Haftung der Berufshaftpflichtversicherung für reine Vermögensschäden auf AS 100.000,- bei einer **Gynäkologin** – nach Ergehen der Rspr zu wrongful birth sogar nebenvertragliche, dem Vertragsschluss nachfolgende Beratungs- und Warnpflicht angenommen, wenn fehlender Versicherungsschutz ein existenzbedrohendes Risiko darstellt; verneint in 7 Ob 94/09p: Einbeziehung des Gehöfts in eine **Feuerversicherung**, die nur die Felder des landwirtschaftlichen Betriebs erfasste; 7 Ob 288/08s: Reduzierung der Versicherungssumme auf 50 % mit Erreichung des 15. Lebensjahres bei einer Kinderunfallversicherung). § 1313a wurde entsprechend angewendet, wenn **Organe juristischer Personen** ihre Vertretungsbefugnis überschreiten, nicht aber, wenn sie bloß gegen einen Zustimmungsvorbehalt im Innenverhältnis gem § 95 Abs 5 AktG oder § 30j Abs 5 GmbHG verstoßen (vgl dazu 3 Ob 509/95: Bürgermeister, der zwar zu Verhandlungen, aber nicht zum Vertragsschluss legitimiert war). Ob zum Zeitpunkt des in der Folge zuzurechnenden Fehlverhaltens des Gehilfen der **spätere Vertragspartner bereits feststand bzw bekannt** war, sollte keine Rolle spielen (so SZ 43/69: Reifenmontage eines Gebrauchtwagens, der zum Verkauf bestimmt war; ggt ÖJZ 1968/4: Für Handwerker, die der Vermieter vor Abschluss eines Bestandvertrags herangezogen hat – zu Recht krit die Lit, jedenfalls wenn es sich um eine gewerbsmäßige Vermietung handelte bzw eine solche zu diesem Zeitpunkt bereits beabsichtigt war). Auch bei unzureichenden Reinigungsarbeiten eines Kaufhauses, die dazu führen, dass ein späterer Kunde ausrutscht und sich verletzt, kommt es nicht darauf an, dass der Putzfrau die späteren potentiellen Kunden namentlich bekannt waren (argumentum ad absurdum). Eine Einstandspflicht für einen Gehilfen nach § 1313a ist auch gegeben bei einem Vertrag zugunsten Dritter (10 Ob 31/14b: Kauf von Wertpapieren durch die Eltern für den Mj) sowie einem **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** (7 Ob 165/08b: Heranziehung des Verkäufers als Gehilfe des Beladers [Käufers], bei Fehlverhalten des Gehilfen Haftung nach § 1313a auch gegenüber dem Unterfrachtführer, der begünstigter Dritter des Vertrags zwischen Belader und Hauptfrachtführer ist; 9 ObA 52/09a: Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Abschluss eines **Werkvertrags** gegenüber Arbeitnehmern des Bestellers, Zurechnung nach § 1313a der von ihm eingesetzten eigenen Arbeitnehmer; 2 Ob 210/10m: Transportvertrag zwischen Liegenschaftseigentümer und Werkunternehmer zugunsten der Automieter des Firmengeländes; 8 Ob 28/12v: Beschädigung von Kommunikationskabeln durch Subunternehmer des Bauunternehmens, das mit Grabungsarbeiten für Energieversorgungsunternehmen betraut war; Vertrag mit Schutzwirkung allein mit der örtlichen Nähe der Kabel begründet, so aber bereits 2 Ob 136/99k; 4 Ob 33/14b: Übertragung des Betriebs einer Müllinsel von der Gemeinde an Privatunternehmen; Schutzwirkung zugunsten der Bürger in Bezug auf die dort gebotene Schneeräumung; zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch § 1315 Rz 14). Diese Grundsätze sind **entsprechend auf den vorvertraglichen Bereich zu erstrecken** (7 Ob 20/11h: Verletzung eines Insassen eines Buses, der Schifahrer eines Sportvereins zu einer Lifтанlage befördert, wegen eines Fehlverhaltens des Gehilfen des Betreibers der Lifтанlage auf der Zufahrt zu dieser).

- 6a Einem vertraglichen Schuldverhältnis unter Einschluss der vorvertraglichen Phase gleichgestellt ist die **Erfüllung gesetzlicher Schuldverhältnisse** wie Unterhalt, Bereicherung, GoA oder die Erfüllung von Schadenersatzansprüchen (9 Ob 42/08d: Schädigung durch einen vom Haftpflichtversicherer des Schädigers namhaft gemachten Handwerker im Zuge der Erfüllung der Naturalrestitution). Drängt ein Gesetz einen bestimmten Schuldner in ein gesetzliches Schuldver-

hältnis, treffen ihn vergleichbare Pflichten wie einen Schuldner einer entgeltlichen Vertragsbeziehung. Es ist daher folgerichtig, dem Gläubiger das gleiche Schutzniveau in Bezug auf die Zurechnung des Fehlverhaltens des vom Schuldner eingesetzten Gehilfen zuzugestehen. Bei Einsatz von Gehilfen durch einen **Obsorgepflichtigen** ordnet § 264 Abs 2 indes eine dem § 1315 angenäherte **Haftung** gegenüber dem Mj an (bei der Gefährlichkeit kommt es nicht auf das Wissen des Geschäftsherrn an, bei der Untüchtigkeit ist aber Verschulden des Geschäftsherrn Voraussetzung der Zurechnung). Einzustehen ist darüber hinaus für ein Verschulden im Rahmen von Auswahl und Überwachung.

Der privatrechtlich begründeten steht eine **öffentlich-rechtliche Sonderverbindung** gleich. 7
Dem vorvertraglichen Bereich des Betretens eines Geschäfts durch einen Kunden in der Absicht, dort etwas zu kaufen, ist vergleichbar, wenn ein Bürger aufgrund einer behördlichen Erledigung ein **Amtsgebäude aufsucht** und dort wegen unzureichenden Aufwaschens des Bodens ausrutscht und sich verletzt (1 Ob 5/91: Aufsuchen des Polizeikommissariats, um dort neuen Wohnsitz zu melden und Nachsicht bei Strafmandat zu beantragen; 1 Ob 55/09h: Zeugenaussage auf Polizeikommissariat). Nach § 23 Abs 1 KAKuG besteht bei Behandlungsbedürftigkeit ein **Kontrahierungszwang der Krankenanstalt** zum Abschluss eines Behandlungsvertrags (4 Ob 36/10p: Zurechnung des Fehlverhaltens eines Pflegers). Wenn bei einer **Subventionsangelegenheit** der Subventionswerber geschädigt wird, dann handelt es sich um keine freigebige Zuwendung ohne Gegenleistung; vielmehr wird durch die Subventionsleistung eine Verhaltenssteuerung bezweckt mit der Folge, dass eine öffentlich-rechtliche Sonderverbindung zu bejahen und § 1313a anzuwenden ist (1 Ob 33/94: Subvention zur sinnvollen Erschließung des Forstes). Die gesetzliche Verpflichtung von **Rauchfangkehrern**, bestimmte Maßnahmen durchzuführen, ist ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis, das einer privatrechtlichen Verpflichtung gleichkommt (7 Ob 263/97w). Entsprechendes gilt bei Überantwortung von Schülern an ein Kajak-Unternehmen im Rahmen einer Schulsportwoche (1 Ob 296/03s). Wenn aber aus der Sonderbeziehung nicht bestimmte Gläubiger geschützt werden sollen, erfolgt die Zurechnung des Gehilfenverhaltens nicht nach § 1313a, weil es dadurch zu einem Gläubigerbegriff käme, der deutlich über die Qualität der Sonderbeziehung hinausginge (9 Ob 9/11f: „Revierorgan“ der Wildtierfütterung; mE in concreto fragwürdig, weil sich die Folgen – wie im Nachbarrecht – auf eine begrenzte Anzahl von Personen beschränkt).

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

In § 1313a heißt es „haftet ihm für das Verschulden ... der Personen, **deren er sich zur** 9
Erfüllung bedient, ...“. Diese Ausdrucksweise ist zumindest missverständlich. Auf ein **Verschulden des Gehilfen** bzw dessen Fachwissen kommt es gerade nicht an (10 Ob 8/11s: Verkauf von bei Salzstreuung ungeeignetem Stahlgeländer in der Nähe der Bundesstraße). Maßgeblich ist vielmehr, zu welcher **Sorgfalt der Geschäftsherr** aufgrund der bestehenden Sonderverbindung verpflichtet ist (1 Ob 531/91). Die Kontrollfrage lautet: Würde der Geschäftsherr haften, wenn er das Verhalten des Gehilfen selbst gesetzt hätte (6 Ob 257/03i; 5 Ob 29/09i: Keine Zurechnung des falschen Rates des herangezogenen Anwalts bei Prüfung grober Fahrlässigkeit nach § 33 Abs 2 MRG), wobei ein **zusätzliches Wissen des Gehilfen zu berücksichtigen** ist (JBl 1990, 656; VR 1992, 366). Bei Einsatz eines **Famulanten** in einem Krankenhaus kommt es somit nicht darauf

an, was man von diesem verlangen kann, sondern welche Sorgfalt der Krankenträger bei Durchführung der Operation durch einen Arzt einzuhalten gehabt hätte (1 Ob 532/94; ebenso 3 Ob 77/10k: Untersuchung durch eine am Sonntag allein anwesende **Spitalsärztin ohne Facharztausbildung** anstelle eines aufgrund der Perforation des Dickdarms erforderlichen Untersuchungs durch einen Internisten). Wer gewerbsmäßig **Autos abschleppt**, muss prüfen, ob sich aus dem Nichtabklemmen der Batterie Feuergefahren ergeben (4 Ob 146/10i: Keine Berufung darauf, dass der eingesetzte Fahrer kein Pannenfahrer mit Fachkenntnissen, sondern bloß ein Abschleppfahrer gewesen sei). Entsprechendes gilt beim Einsatz eines **Lehrlings**: Es kommt nicht auf den Kenntnisstand des betreffenden oder eines durchschnittlichen Lehrlings an, sondern darauf, wozu der Geschäftsherr verpflichtet ist, wenn er das selbst durchführen oder einen entsprechend kundigen Gehilfen einsetzen würde.

- 10 Charakteristisch für den Erfüllungsgehilfen ist, dass er **mit Willen des Geschäftsherrn zwecks Erfüllung von dessen Sonderverbindung** tätig geworden ist (SZ 63/201; 1 Ob 265/03g), wobei eine nachträgliche Zustimmung ausreichend ist (SZ 55/123). Wer einen Unternehmer bzw Generalunternehmer betraut, dem ist bewusst, dass dieser eigene Arbeitnehmer bzw Subunternehmer einsetzt (zur Gehilfenkette unten Rz 16).
- 11 **Keine Voraussetzung** der Zurechnung eines Verhaltens als Erfüllungsgehilfe ist das **Bestehen wirtschaftlicher Abhängigkeit** (1 Ob 269/99m: Wirtschaftlich selbständiger Anästhesist). Auch (selbständige) **Unternehmer** können daher Erfüllungsgehilfen sein (2 Ob 593/91; 1 Ob 265/03g). Selbst eine juristische Person kann Erfüllungsgehilfe sein (8 Ob 315/99b: Post Erfüllungsgehilfe der Postsparkasse; 2 Ob 593/91: Bundesheer Erfüllungsgehilfe des Heeresportvereins). Auswirkungen hat das auch auf das **vorvertragliche Schuldverhältnis**: Wenn im **Kaufhaus** ein Kunde ausrutscht, macht es keinen Unterschied, ob mit den Reinigungsarbeiten eigene Arbeitnehmer betraut waren oder im Zuge des Outsourcings eine fremde Reinigungsfirma dafür verantwortlich war. Bei Buchung einer (**Pauschal**-)Reise hat nicht nur der **Reisevermittler**, sondern auch der **Reiseveranstalter** darüber aufzuklären, dass im Urlaubsgebiet während eines bestimmten Zeitraums Hurrikangefahr besteht, mit der Folge, dass das Reisebüro und dessen Mitarbeiter als Erfüllungsgehilfe des Veranstalters tätig wird (4 Ob 130/09k: Badeurlaub auf Yucatan in der 2. Oktoberhälfte). Wegen der überlappenden Pflichtenkreise kommt eine doppelte Zurechnung des Reisebüromitarbeiters als Erfüllungsgehilfe in Betracht (zur Entsprechung beim Belegarztvertrag unten Rz 19). Wenn es um die **Zurechnung des Fehlverhaltens des Gehilfen im Rahmen des Mitverschuldens** geht, ist maßgeblich, ob den Geschäftsherrn eine entsprechende Obliegenheit traf, gegen die der Gehilfe, hätte es der Geschäftsherr gesetzt, verstoßen hat (8 Ob 9/13a). Der Umstand, dass es sich um einen **selbständigen Unternehmer** handelt, soll eine Rolle spielen (1 Ob 1/09t: Selbständiger Unternehmer idR nicht als „Bewahrungsgehilfe“ zu qualifizieren; ebenso 6 Ob 229/10k). Für die Zurechnung nach § 1313a ist maßgeblich, ob der herangezogene Dritte eine **Tätigkeit** verrichtet, zu der der **Besteller dem Werkunternehmer gegenüber verpflichtet** war (abgelehnt in 4 Ob 283/98s; 6 Ob 229/10k: Betrauung eines Transportunternehmens durch Besteller zur Mithilfe bei Montage eines Kessels durch den Unternehmer, keine Kürzung nach § 1304, sondern solidarische Haftung nach § 1302). Im Rahmen des Werkvertrags ist noch nicht abschließend entschieden, ob bei Bestellung eines **Architekten**, den eine **Koordinierungspflicht der einzelnen Werkunternehmer** trifft, der Besteller – Bauherr – sich dessen Fehlleistung im Rahmen des Mitverschuldens nach § 1313a zurechnen lassen muss (für eine solche Zurechnung 9 Ob 42/08d; 5 Ob 51/04t; ggt 2 Ob 272/03v; 2 Ob 162/08z; 8 ObA 6/08b; 3 Ob 44/07b: Baukoordinator erfüllt eigenverantwortlich eigene Pflichten, deshalb Haftung des Bauherrn nur für Auswahlverschulden; offenlassend 7 Ob 211/09v). Mitunter spricht die aus dem **Mandat des Gehilfen resultierende besondere Schutzbedürftigkeit des Geschäftsherrn** gegen eine Zurechnung des Gehilfenverhaltens (1 Ob 30/92: Bei Amtshaftungsanspruch keine Zurechnung des Fehlverhaltens des Verlassenschaftskurators, weil Gericht gerade zur Überwachung des Kurators berufen und Minderjähriger besonders schutzbedürftig ist; 6 Ob 183/13z: Keine Zurechnung des Fehlverhaltens des Geschäftsführers bei Schadenersatzanspruch

der GmbH gegenüber der mit dem Inkasso betrauten AnwaltsGbR bei überhöhter Abrechnung des Geschäftsführers, weil Anwaltsmandat GmbH gerade vor einem solchen Risiko bewahren sollte). Bei einem **Mietvertrag** kommt es darauf an, **welche Pflichten den Vermieter selbst** treffen, zu deren Erfüllung er sich eines Gehilfen bedient, und bei welchen er „bloß“ die Pflicht hat, einen Sachverständigen zu betrauen, wobei er insoweit nur für Auswahl- und Überwachungsverschulden einzustehen hat (7 Ob 26/11s: Zurechnung des Aufzugserviceunternehmens an den Vermieter zu dessen Erfüllung der Instandhaltungspflicht gegenüber dem Mieter, nicht aber für Sachverständigen, der nach WAZGaF eine jährliche Überprüfung vorzunehmen hat). Mustergültig klar hat die OGH-E 8 Ob 106/12i (Legionelleninfektion beim Duschen in einem Tiroler Sporthotel) ausgesprochen, dass ein **Beherbergungsvertrag** den Gastwirt bzw. Hotelier verpflichtet, dem jeweiligen Stand der Technik entsprechend für die Ausschaltung von Gefahrenquellen zu sorgen, mag er dafür auch selbst nicht über das nötige Know-how verfügen. Bei Einsatz eines Installationsunternehmens zur Überprüfung der Wasseraufbereitungsanlage geht es daher nicht um den bloßen Einkauf eines Produkts am Markt, sondern die Erfüllung einer dem Gast vertraglich geschuldeten Leistung durch Betrauung eines Gehilfen. Setzt der Geschädigte einen **Gehilfen zur Schadensbeseitigung** ein, muss er sich dessen Fehlverhalten nicht nach § 1313a zurechnen lassen, sondern hat nur für Auswahl- und Überwachungsverschulden einzustehen (6 Ob 217/10w: Herstellungsgehilfe zur Beseitigung eines Wasserschadens bei einem Verbindungsgang).

Beim **Anlegerschaden** hat der OGH eine Zurechnung des Gehilfenverhaltens des selbständigen Vermögensberaters an die Bank unter Bezugnahme auf § 43a VersVG (Zurechnung des „Pseudomaklers“ an den Versicherer in Anlehnung an den Versicherungsagenten) vorgenommen, die von den bisherigen Grundsätzen abweicht. Es geht dabei um die zentrale Frage, ob der freilich infolge einer Fehlberatung geschädigte Anleger allein gegen den Vermögensberater vorgehen kann, der trotz Konzessionspflicht und Pflichtversicherung bei Systemfehlern insolvent kann, oder auch einen Schadenersatzanspruch gegen die wirtschaftlich stärkere Bank hat. Ausgangspunkt ist, dass die Bank grundsätzlich darauf vertrauen darf, dass der Anlageberater den Kunden ordnungsgemäß berät. Da sie in solchen Fällen keine eigene Beratungspflicht trifft, ist ihr das Fehlverhalten des Gehilfen (Anlageberater) nicht nach § 1313a zuzurechnen (1 Ob 48/12h). Der OGH (4 Ob 129/12t) gelangt allerdings unter Bezugnahme der Inanspruchnahme der Vorteile der Arbeitsteiligkeit durch den Geschäftsherrn bei Ausgliederung des Vertriebs zu einem gegenteiligen Ergebnis, wenn der Vermögensberater **ständig von der Bank betraut** ist sowie eine **umsatz- und produktabhängige Provision** erhält, sodass die Bank dann nicht mehr auf eine objektive Beratung des Anlegers vertrauen dürfe. Da die Interessen von Anlageberater und Bank parallel laufen, wird das Verhalten des Anlageberaters (Gehilfen) der Bank (Geschäftsherrn) nicht nur irrtumsrechtlich (Anlageberater nicht Dritter iSv § 875), sondern auch schadenersatzrechtlich (Erfüllungsgehilfe nach § 1313a) zugerechnet. Eine abweichende Gestaltung in AGB wird nach § 879 Abs 3 als gröblich benachteiligend angesehen. Trotz Kritik der Lehre, dass § 43a VersVG ein „legistischer Betriebsunfall“ gewesen sei, weshalb diese Norm nicht verallgemeinerungsfähig sei, ansonsten eine Erstreckung auf weitere Fallgruppen drohe, hat der OGH (2 Ob 24/13p; 8 Ob 104/12w; 9 Ob 46/13z; 10 Ob 34/13t) an dieser Rspr festgehalten. Bei einer Anfrage des Anlegers nach dem **Verkauf** erworbener Aktien (bei noch gutem Wind) wurde indes eine Zurechnung an die Depotbank abgelehnt, weil insoweit keine (eigene) Beratungspflicht der Depotbank bestanden habe (8 Ob 25/14f).

Eine damit verwandte, aber nicht idente Frage ist die des Bestehens einer **Weisungsbefugnis**, gibt es doch auch Fälle, in denen selbst gegenüber einem Arbeitnehmer eine solche gerade nicht gegeben ist, so etwa in fachlicher Hinsicht des Krankenhausträgers gegenüber einem Arzt oder der Unternehmensleitung gegenüber einem Forscher im Labor. Der OGH hat in Bezug auf das Bestehen einer Weisungsbefugnis des Geschäftsherrn gegenüber dem Erfüllungsgehilfen nicht immer eine ganz klare Position eingenommen. In manchen Entscheidungen (JB1 1986, 789; SZ 63/201; 9 Ob 510/95) hat er eine solche als Voraussetzung für die Bejahung der Anwendbarkeit des § 1313a angesehen; in anderen (1 Ob 269/99m; 1 Ob 265/03g; 4 Ob 251/06z) wird

deutlich, dass es darauf nicht ankommt (anders bei der Leut haftung gem Art 19 Abs 1 Montrealer Abkommen, dazu 6 Ob 131/12a: Keine Zurechnung des Fehlverhaltens des Flughafenbetreibers an die Fluglinie). Auf das Bestehen einer Weisungsbefugnis kann es jedenfalls dann nicht ankommen, wenn **allein der Gehilfe über die entsprechende fachliche Expertise** verfügt (SZ 63/201: Herstellung einer Gemegeanlage). Die Lit stellt zu Recht darauf ab, dass es darauf keinesfalls ankommt. Maßgeblich ist allein der **Einsatz eines Gehilfen zur eigenen Rechtsverfolgung**. Wenn der Geschäftsherr sich in die Hände des Gehilfen begibt, ohne diesem Weisungen erteilen zu können, mag das Risiko des Geschäftsherrn größer sein; allein das ist kein Grund, das Fehlverhalten eines solchen Gehilfen dem Geschäftsherrn gegenüber dem geschädigten Dritten nicht zuzurechnen.

- 13 Eine zentrale Streitfrage bei der Reichweite der Zurechnung des Gehilfenverhaltens ist die Abgrenzung zwischen einer Schädigung des Dritten durch den Gehilfen **bei oder gelegentlich der Erfüllung**. Während eine Zurechnung des Fehlverhaltens des Gehilfen bei Erfüllung bejaht wird, wird eine solche gelegentlich der Erfüllung verneint. Die Gretchenfrage ist indes: Wann ist das eine oder andere gegeben? Durch das Abstellen auf den **inneren Zusammenhang** (JBl 1991, 387; 9 ObA 118/11k: Sexuelle Belästigung gegenüber einer begünstigten Behinderten; 10 Ob 16/11t: Bejaht bei Einsatz des Gehilfen zum Stapeln der Bretter, um Platz zu schaffen, sowie deren Abtransport) wird die Lösung auch nicht leichter. Um die Tragweite der Beantwortung auszuloten, sei darauf verwiesen, dass von der Bejahung oder Verneinung der Zurechnung abhängig ist, ob sich der geschädigte Dritte oder der Geschäftsherr mit dem Gehilfen auseinandersetzen und dessen **Insolvenzrisiko** tragen muss bzw wer das Risiko trägt, wenn feststellbar war, dass ein Erfüllungsgehilfe des Geschäftsherrn für den Schaden verantwortlich war, aber nicht welcher; zudem, ob gegen die häufig noch offene Entgeltforderung des Geschäftsherrn gegen den Dritten eine **Aufrechnung** des Dritten mit einer Schadenersatzforderung gegen den Geschäftsherrn in Betracht kommt. Handelt es sich um einen **reinen Vermögensschaden**, ist von der Reichweite der Zurechnung die Ersatzfähigkeit des Schadens zur Gänze abhängig, haftet der Gehilfe dem Dritten doch idR bloß deliktisch. Einigkeit besteht, dass eine Zurechnung bei einer Erfüllungshandlung zu erfolgen hat, wenn etwa der Gehilfe bei einer Kfz-Reparatur die Radmutter nicht vollständig angezogen hat und das Auto beschädigt wird, der Kellner den Mantel des Gastes an einem nicht gesicherten Ort ablegt und das Kleidungsstück verschwindet (JBl 1985, 239) oder der Tankwagenfahrer Öl auslaufen lässt, wodurch das sonstige Eigentum des Dritten beeinträchtigt wird (SZ 57/16). Entsprechendes gilt, wenn es zu Diebstählen kommt und die Hauptleistungspflicht die Bewachung ist (7 Ob 400/97t); ebenso, wenn es zum Aufgabenbereich eines Kellners gehört, betrunkene Gäste aus dem Lokal zu entfernen und dieser gegenüber einem solchen Gast so unsanft vorgeht, dass das nicht ohne Blessuren abgeht (SZ 51/55; ggt freilich 1 Ob 127/07v: tätliche Auseinandersetzung zwischen Kellner und Gast – angeblich – nicht wegen Eintreibung der Zeche und Entfernung wegen Alkoholismus, mE fragwürdig). Bei Erfüllung eines Vertrags handelt der Gehilfe, wenn er versucht, einen bei Vertragserfüllung verursachten Schaden zu beseitigen (1 Ob 150/13k: Anbohren der Wasserleitung, in der Folge versehentliches Öffnen des Gashahns in der Meinung, damit den Wasserabsperrhahn zu schließen).

- 13a Wird durch Verhalten eines **gesetzlichen oder bevollmächtigten Vertreters des Unternehmers oder Aufsehers im Betrieb** einem im gleichen Betrieb tätigen Arbeitnehmer **vorsätzlich** ein Personenschaden zugefügt, kommt zwar eine Zurechnung eines solchen Fehlverhaltens des Gehilfen an den Geschäftsherrn in Betracht. § 333 Abs 1 und 4 ASVG sehen indes – außer bei Vorsatz – eine Haftungsbefreiung des Arbeitgebers und eine Ersetzung durch Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung vor. Der Ausnahmetatbestand des Aufrechterbleibens des Schadenersatzanspruchs wird vom OGH (9 ObA 4/14z: Anordnung des Vorarbeiters, auf Verwendung des Sicherheitsseils zu verzichten) nur bei eigenem Vorsatz des Arbeitgebers bejaht. Unter dem Gesichtspunkt, dass namentlich bei schweren Verletzungen die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung erheblich hinter dem Schadenersatzanspruch zurückbleiben (können), ist diese restriktive Auslegung bedenklich.

Weitgehend einig über eine Bejahung der Zurechnung ist man sich darüber hinaus, wenn das Fehilverhalten bei **Tätigkeiten** gesetzt wird, die **typischerweise im Zuge der Vertragserfüllung** passieren. So soll es keinen Unterschied machen, ob ein Farbeimer oder eine Bierflasche vom Gertist fällt und der Dritte dadurch einen Schaden erleidet. Entsprechendes gilt, wenn durch Rauchen des Gehilfen ein Brand entsteht (ÖJZ 1972/59). Etwas anderes soll aber gelten, wenn es sich um einen Diebstahl handelt (ähnlich für Betrug 3 Ob 283/06y: Keine Zurechnung des betrügerischen Verhaltens des Kundenvermittlers an Kapitalanlageunternehmen). Das Risiko, bestohlen zu werden, sei ein **allgemeines Lebensrisiko**, das weder der Geschäftsherr noch der Dritte besser beherrschen könne, weshalb eine Zurechnung des Gehilfenverhaltens im Rahmen des § 1313a zu versagen sei (3 Ob 296/98w: Diebstahl eines Postsparbuches durch eine Stationsgehilfin in einem Pflegeheim). Der OGH verwarf in dieser E den Gedanken, dass durch den Vertrag das Risiko, bestohlen zu werden, erheblich gestiegen sei; in concreto lag die Gefahr, von einer Stationsgehilfin beklaut zu werden, mE aber erheblich höher als von einem x-beliebigen potentiellen Dieb, weil diese sich schon im Pflegeheim befand, unauffällig das Zimmer des Patienten zu den Zeiten aufsuchen konnte, in denen er sich anderswo aufhielt, udgl). In der E SZ 63/201 hatte er den Gedanken der **Öffnung der eigenen Sphäre** und der dadurch bewirkten Steigerung der Gefahr freilich als maßgeblich angesehen. Letztere E ist mE zutr. Zu bedenken ist: Der Geschäftsherr hat den betreffenden Gehilfen ausgesucht. Und aus der Sphäre des geschädigten Dritten macht es für dessen Schutzbedürftigkeit keinen Unterschied, ob bestimmte Schadenszufügungen noch im Kernbereich des Vertrags oder dessen nächster Umgebung liegen oder nicht (etwas großzügiger womöglich ecoplex 1991, 312: Zurechnung nach § 1313a, wenn der sachliche Zusammenhang mit der Interessenverfolgung des Schuldners nicht zur Gänze gelöst ist; womöglich Erweiterung vergleichbar mit dem Unterschied zwischen positiver und negativer Adäquanzformel im Rahmen der Kausalität). Entsprechende Grundsätze gelten auch für die Zurechnung des Organverhaltens nach dem AHG, wobei eine Zurechnung nur dann zu verneinen ist, wenn das vorgeworfene Verhalten seiner Art nach erkennbar nicht zum Vollzugsbereich des Organs zählt (1 Ob 79/05g; 1 Ob 121/09i; 1 Ob 208/12p).

Die **absolut geschützten Rechtsgüter des Vertragspartners nicht zu beeinträchtigen**, ist nicht nur eine deliktische Pflicht, sondern stets **auch eine vertragliche Nebenpflicht**. Es kann doch mE nicht ernstlich einen Unterschied machen, ob ein Mädchen in einem Fahrzeug bei einer Taxifahrt vergewaltigt wird oder beim Besuch des Installateurs zur Reparatur der Waschmaschine, weil im einen Fall der Dritte gemäß dem Vertrag seinen Körper der Obhut des Geschäftsherrn – und seinem Gehilfen – anvertraut, im anderen Fall aber nur seine Sache und der Zugriff auf den Körper nur ganz nebenbei erleichtert wird. Dieser Standpunkt wird aber in der Lit vertreten. Im einen wie im anderen Fall ist mE maßgeblich, ob sich die **Gefahr der Schadenszufügung durch die Öffnung der eigenen Sphäre** sowie den Einsatz eines Gehilfen durch den Geschäftsherrn im Verhältnis zu einer solchen Gefährdung durch einen beliebigen Dritten signifikant erhöht hat. Das Abstellen auf das **allgemeine Lebensrisiko** ist an sich der zutreffende Ansatzpunkt; freilich wurde er in der E 3 Ob 296/98w unrichtig angewendet. Wenn bei einem **Arbeitsvertrag** ein Vorgesetzter schuldhaft die Kündigung seines ihm unterstellten Arbeitnehmers bewirkt, muss sich der Arbeitgeber dessen Fehilverhalten nur zurechnen lassen, wenn der Vorgesetzte Repräsentant ist oder die Wahrnehmung der Fürsorge ihm überantwortet ist (9 ObA 141/09i: Anonyme Störanrufe des Vorgesetzten und jähzorniges Verhalten bei Beurteilung der Reduzierung einer Konventionalstrafe bei einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot). Das ist eine besonders arbeitgeberfreundliche Sicht; gut vertretbar wäre auch eine weiter gehende Zurechnung und ein Regressanspruch gegen den betreffenden Vorgesetzten. Auch bei Haftung aus culpa in contrahendo für einen Warenhausangestellten bei Schädigung eines potentiellen Käufers wird nicht verlangt, dass der Gehilfe dem Geschädigten zu besonderer Fürsorge verpflichtet war (ähnlich restriktiv bei der Zurechnung freilich auch 9 ObA 118/11k: Sexuelle Belästigung gegenüber einer begünstigt Behinderten; Zurechnung nur von **Personen mit selbständiger Ausübung von Unternehmer-, insb Arbeitgeberfunktion**; womöglich ist das noch enger als der Begriff des Repräsentanten). Dass

durch das GIBG eine Einengung der Zurechnung des Fehlverhaltens gegenüber den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regeln bewirkt werden sollte, erscheint fraglich.

- 16 Die **Erfüllung von Verträgen** hat **grundsätzlich nicht höchstpersönlich** zu erfolgen. Das gilt nicht nur für den Vertrag zwischen Geschäftsherrn und Dritten, sondern auch für den zwischen **Geschäftsherrn und Erfüllungsgehilfen**. Ist der Einsatz weiterer Erfüllungsgehilfen erlaubt, wie typischerweise im Verhältnis zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer (1 Ob 178/00h), muss sich der jeweilige Geschäftsherr das Verhalten aller Erfüllungsgehilfen, die für ihn tätig geworden sind, zurechnen lassen (6 Ob 296/01z: Erlaubter Einsatz weiterer Subunternehmer durch einen Subunternehmer). Es handelt sich dann um eine **Erfüllungsgehilfenkette**. Bei Einsatz eines Unternehmers als Gehilfen ist das praktisch immer der Fall, weil der Unternehmer seine Arbeitnehmer einsetzt. Ist der Einsatz von Erfüllungsgehilfen nach dem Vertrag nicht erlaubt, stellt schon die Betrauung einer weiteren Person ein Fehlverhalten dar (SZ 50/100).
- 17 Vom Einsatz eines Erfüllungsgehilfen ist die **Substitution** zu unterscheiden. Bei erlaubter Substitution tritt der Substitut an die Stelle des Schuldners; bei Einsatz eines Erfüllungsgehilfen setzt der Geschäftsherr einen Gehilfen für ein Verhalten ein, das er dem Dritten schuldet. Der Geschäftsherr haftet bei zulässiger Übertragung auf einen Substituten lediglich für ein **Verschulden bei der Auswahl**, bei **verbotener Übertragung** aber gem § 1010 S 1 schon deshalb, weil er das Geschäft unzulässigerweise übertragen hat (8 Ob 289/97a). Bei Notaren ist das Einschreiten eines Substituten besonders häufig. Der OGH (2 Ob 49/02y) beurteilt die Haftung des Notars gegenüber der Partei danach, ob eine nach dem Standesrecht der Notare zulässige Substitution (§§ 119 ff NO) gegeben war. Wenn das zu verneinen ist, erfolgt eine Zurechnung des Fehlverhaltens nach § 1313a. In der Lit wird demgegenüber zu Recht für maßgeblich gehalten, was nach bürgerlichem Recht maßgeblich wäre, was dazu führt, dass wegen der unzulässigen Betrauung eines Substituten der Notar nach § 1010 S 1 zu haften hätte. **Substitution** setzt voraus, dass **wesentliche Teile des Geschäfts** auf einen anderen übertragen werden. Keine Substitution liegt demgemäß vor, wenn ein schon vorbereitetes Grundbuchsgesuch durch einen beauftragten Treuhänder an einen anderen Anwalt übergeben wird; in einem solchen Fall wurde die Haftung für den Treuhänder nach § 1313a bejaht (4 Ob 2112/96h). Auch bei der **Arbeitnehmerverleihung** hat der Geschäftsherr für bloßes Auswahlverschulden einzustehen (SZ 55/155). Entsprechendes gilt für die Einschaltung einer Zweitbank als Zahlstelle (7 Ob 282/06f) sowie bei Bestellung eines Baustellenkoordinators nach dem BauKG (2 Ob 240/12a: Errichtung eines Gerüsts durch Personenaufzugsunternehmen). Bedient sich der Baustellenkoordinator eines Gehilfen, hat er für dessen Fehlverhalten bei Verletzung der auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer nach § 1313a einzustehen (2 Ob 272/03v; 2 Ob 162/08z).
- 18 Wie im Stellvertretungsrecht sich der Vertretene die Willenserklärungen eines Vertreters ohne Vollmacht zurechnen lassen muss, wenn er einen entsprechenden **Rechtsschein** gesetzt hat (Duldungs- und Anscheinsvollmacht), ist auch beim Erfüllungsgehilfen ein entsprechendes Phänomen zu beobachten: Bei entsprechendem Rechtsschein wird das Verhalten des Gehilfen dem Geschäftsherrn nach den Regeln des **Anscheinserefüllungsgehilfen** zugerechnet (10 Ob 528/94; 4 Ob 365/97y: Jeweils Bankangestellte; NZ 1992, 107: Konzipient einer Anwaltssozietät; 7 Ob 524/93: Reiseveranstalter; 4 Ob 210/07x: Urlaubsvertreter in den Räumen des niedergelassenen Arztes; 10 Ob 119/07h: Urlaubsvertreter eines Zahnarztes war Zimmermann von Beruf; 4 Ob 210/07x; 1 Ob 18/10v: Treuhandgeschäft bei Fertigteilhaus).
- 19 Besteht ein **Vertrag zwischen dem Patienten und dem Krankenträger**, also ein totaler Krankenhausaufnahmevertrag, ist der den Eingriff durchführende **Arzt** Erfüllungsgehilfe des Krankenträgers (4 Ob 509/95; 10 Ob 2350/96b; 6 Ob 168/10i: Trotz Aufklärung in der Privatordination des Primars). Das gilt auch für ein Universitätsklinikum. Da aber die Aufgaben einer Universitätsklinik untrennbar mit denen einer öffentlichen Krankenanstalt verbunden sind, kommt es zu einer solidarischen Haftung zwischen dem Bund und dem Träger der Krankenanstalt (1 Ob 91/99k). Da es auf das Innenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen nicht an-

kommt, spielt es keine Rolle, dass die Ärzte Bundesbedienstete sind (6 Ob 324/97h). Vor allem bei Entbindungen oder kleineren Operationen ist auch das **Belegarztsystem** verbreitet. Der Patient hat einen Behandlungsvertrag mit dem Arzt, nicht aber mit dem Krankenhaus (1 Ob 267/99t; 1 Ob 269/99m). Wenn der Belegarzt sich anderer Personen zur Erfüllung des Vertrags mit dem Patienten bedient, sind diese seine **Erfüllungsgehilfen**, auch wenn es sich um **Bedienstete des Krankenhauses** handelt (1 Ob 267/99t; 7 Ob 2/09h; 8 Ob 103/09v). Das gilt namentlich für eine fachgerechte Operationsvorbereitung, die beim Belegarztsystem Angelegenheit des Belegarztes ist (1 Ob 269/99m). Nach den abgeschlossenen Verträgen (Patient wegen ärztlicher Leistungen mit dem Arzt, hinsichtlich der pflegerischen Betreuung mit dem Krankenhaus) können sich die **Pflichtenkreise überschneiden**, was auch Auswirkungen auf die Zurechnung des Verhaltens von Gehilfen nach § 1313a hat, somit zum Arzt als auch zum Krankenhausträger (1 Ob 267/99t; 8 Ob 103/09v; Fehlverhalten der Stationsärztin im Zuge der Nachbehandlung nach einer Operation, keine saubere Trennung zwischen den Pflichtenkreisen möglich; zu einem strukturell vergleichbaren Fall bei Benutzung einer ausländischen Rodelbahn und der weitgehenden Verantwortung des Rodelverbands für die Sicherheit (5 Ob 1/08w). Sache des Krankenhausträgers ist es, durch eindeutige Vertragsgestaltung die Rechtsnatur des Krankenhausaufnahmevertrags zweifelsfrei zu bestimmen (3 Ob 268/06t). Mangels eindeutiger anderer Vertragsgestaltung ist unter Berücksichtigung der Verkehrsübung nicht von einem Belegarztvertrag, sondern von einem **totalen Krankenhausaufnahmevertrag** auszugehen, mit der Folge, dass der Krankenhausträger für das Fehlverhalten des Arztes nach § 1313a einzustehen hat (10 Ob 34/10p). Überweist ein Arzt einen Patienten zu einem anderen Facharzt, hat er bloß für Auswahlverschulden einzustehen (7 Ob 136/06k). Bedarf ein **Facharzt der Expertise eines anderen**, kommt es darauf an, ob es sich um ein internes Konsultationsverfahren handelt – dann Zurechnung des Fehlverhaltens des konsultierten Arztes an den behandelnden Arzt nach § 1313a – oder wegen der fehlenden Expertise des behandelnden Arztes dieser für den Patienten einen Vertrag mit dem Konsiliarius abschließt (so in 7 Ob 136/06k; Heranziehung eines Pathologen durch einen Dermatologen; 7 Ob 141/10a; Heranziehung eines Pathologen durch einen Gynäkologen).

Betraut der **Vermieter** im Rahmen seiner **Instandhaltungspflicht gegenüber dem Mieter** 20 einen Bauunternehmer mit Renovierungsarbeiten, hat der OGH das Fehlverhalten des Bauunternehmers dem Vermieter nach § 1313a zugerechnet (6 Ob 250/01k; ebenso zur Erhaltungspflicht nach § 1096 7 Ob 133/10z: Keine Überprüfung von alten Leitungswasserrohren nach mehreren vorangehenden diesbezüglichen Schäden). Das ist in der Lit auf mE unberechtigte Kritik gestoßen. Ins Treffen geführt wurde, dass, wie der **Verkäufer** bloß gewährleistetungsrechtlich für eine einwandfreie Kaufsache einzustehen habe, auch den Vermieter bloß die Pflicht treffe, ein mangelfreies Mietobjekt bereitzustellen. Er schulde aber anders als ein Werkunternehmer nicht persönlich einen entsprechenden Erfolg. Bewohnen das Mietobjekt **neben dem Mieter noch dessen unterhaltsberechtignte Familienangehörige**, haftet der Mieter für deren Fehlverhalten (SZ 44/74: Gasexplosion infolge Unvorsichtigkeit eines Familienmitglieds). Die passende Zurechnungsnorm ist aber nicht § 1313a, weil sich der Mieter nicht der Familienangehörigen als Gehilfen zur eigenen Rechtsverfolgung bedient. Vielmehr ist insoweit eine **Analogie zur Untervermietung gem § 1111** passend. Eine Besonderheit gegenüber der Zurechnung des Fehlverhaltens ergibt sich insoweit, als sich der Mieter damit entlasten kann, dass dem entsprechenden **Familienmitglied kein Verschuldensvorwurf** gemacht werden kann (SZ 53/41: Erbrechen des Kind), während es auf das Verschulden oder auch nur die Verschuldensfähigkeit bei § 1313a nicht ankommt. Stets zu prüfen ist freilich, ob die Eltern ihrer mietvertraglichen Pflicht, das Mietobjekt pfleglich zu behandeln, nachgekommen sind. Zieht der Mieter bei Umbauarbeiten eine Baufirma heran, muss er sich bei Schäden an allgemeinen Teilen des Hauses als auch an Bestandsobjekten anderer Mieter deren Fehlverhalten zurechnen lassen, weil die Baufirma Hilfe bei der Erfüllung der während des Vertrags bestehenden Obhutspflicht des Mieters gegenüber dem Vermieter ist (2 Ob 390/97k; 9 Ob 82/09p: Umbauarbeiten einer Wohnung unter Verwendung von Mischmaschine und Multi-Hämmern; 4 Ob 199/13p: Unsachgemäße Elektroinstallation durch einen vom

Mieter herangezogenen Handwerker; aA 7 Ob 199/11g sowie den gleichen Sachverhalt betreffend 2 Ob 164/11y: Keine Zurechnung des Fehlverhaltens des für die Sanierung einer Wohnung herangezogenen Fachmanns nach § 1313a, Einstandspflicht nur für Auswahlverschulden; Prüfung im Rahmen der Kündigung gem § 1118 Fall 1).

- 21 Wegen Bestehens einer Sonderbeziehung zwischen dem Geschädigten und dem Geschäftsherrn **haftet der Gehilfe dem Geschädigten idR nicht unmittelbar**. Zwischen ihm und dem Geschädigten besteht ja gerade keine Sonderbeziehung (6 Ob 26/09f: Ablehnung der persönlichen Haftung des Versicherungsagenten). Der OGH hat es auch zu Recht abgelehnt, den Vertrag zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen als einen **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des geschädigten Dritten** zu qualifizieren, mit der Folge der Möglichkeit direkter Inanspruchnahme des Gehilfen; dafür besteht kein Bedürfnis, weil dem **Geschädigten ein deckungsgleicher Anspruch gegen den Geschäftsherrn** zusteht (1 Ob 601/92; 6 Ob 250/01k; 2 Ob 128/09a: Vertrag zwischen Architekt und Bauherr kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Baufirma, wenn diese einen eigenen Anspruch gegen die Baufirma hat; 4 Ob 192/10d: Kein Anspruch des Bauherrn gegen die Baufirma bei Insolvenz des Generalunternehmers, wenn Vertrag zwischen Bauherrn und Generalunternehmer einerseits und Generalunternehmer und Baufirma andererseits; 7 Ob 170/11t: Kein Anspruch des Mieters gegen Installationsunternehmen, wenn dieses Erfüllungsgehilfe des Vermieters; Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit zwischen Vermieter und Mieter ändert daran nichts; 8 Ob 53/14y: Kein Anspruch des Passagiers gegen Flughafenbetreiberin [Gehilfen] wegen Ausrutschen auf Kot in der Abfertigungshalle wegen eines direkten Anspruchs gegen den Vertragspartner Fluglinie [Geschäftsherr]). Die Subsidiarität ist freilich nur gegeben bei einem vertraglichen Schadenersatzanspruch, nicht bei einem anderen Vertrag zugunsten Dritter (6 Ob 146/04w; 6 Ob 2/04p) oder einem deliktischen Anspruch (8 Ob 28/12v). Eine Haftung des Gehilfen kommt aber in Betracht bei **deliktischer Schädigung**, sei es wegen Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes oder Verstoßes gegen ein Schutzgesetz (4 Ob 524/92: Schutzgesetzverletzung eines Schilehrers). In solchen Fällen kommt es dann zu einer **solidarischen Haftung von Geschäftsherrn und Gehilfen** (1 Ob 39/91). Eine strafrechtliche Verurteilung des Erfüllungsgehilfen hat wegen Art 6 MRK (rechtliches Gehör) keine Bindungswirkung (1 Ob 169/11a: Zurechnung des Verhaltens eines Türstehers an Lokalbetreiber). Der Geschäftsherr haftet aus der Sonderverbindung, der Gehilfe aus Delikt. **Ausnahmsweise** besteht – auch bei reinen Vermögensschäden – eine **persönliche Haftung des Gehilfen** gegenüber dem Geschädigten, wenn der Gehilfe ein **ausgeprägtes eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrags zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten** hat, wobei ein Provisionsanspruch im Innenverhältnis nicht ausreichend ist (1 Ob 182/97i; 9 Ob 5/10s), oder bei den Verhandlungen **besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen** hat (5 Ob 506/96; 1 Ob 182/97i; 4 Ob 252/00p; 8 Ob 60/11y; 6 Ob 249/07x; 9 Ob 5/10s: Ablehnung der Haftung eines Anlageberaters als Erfüllungsgehilfen, aber Annahme einer Haftung wegen unrichtiger Auskunft nach § 1300; abgelehnt in 6 Ob 249/07x; 1 Ob 43/08t; 5 Ob 129/11y; 2 Ob 66/11m: Jeweils nachteilige Veranlagung) oder das Verhalten keinem Geschäftsherrn zugerechnet werden kann, wobei die Eigenhaftung seltene Ausnahme bleiben müsse).

- 22 Angesichts der weitreichenden Zurechnung des Fehlverhaltens eines Gehilfen bei Erbringung von Leistungen im Rahmen einer Sonderverbindung stellt sich die Frage der **Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses**, insb durch allgemeine Geschäftsbedingungen. Wenn ein Haftungsausschluss vereinbart wurde, ist bei der Auslegung zu beachten, dass sich dieser iZw auch auf Schädigungen durch den Gehilfen **bei der Erfüllung** bezieht; nicht erfasst sind Schädigungen **anlässlich der Erfüllung**, für die der Geschäftsherr freilich auch nicht nach § 1313a einzustehen hat. Ein **Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit des Erfüllungsgehilfen** des Betreibers des Spiels 6 aus 45 wurde bei Einsatz einer Lottoannahmestelle für zulässig angesehen (7 Ob 519/94). Unwirksam ist jedoch gem § 6 Abs 1 Z 9 KSchG der Ausschluss der Haftung für durch Erfüllungsgehilfen zugefügte **Personenschäden**. Das gilt auch für Unternehmerverträge (2 Ob 526/93: Unwirksamkeit einer Freizeichnungsklausel des Veranstalters eines Schirennens gegen-

über Rennläufern; 1 Ob 400/97y: Unwirksamkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Reiseveranstaltungsvertrags vor Inkrafttreten des auch für Unternehmerverträge geltenden § 31f KSchG).

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

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

Der in § 1315 geregelte Besorgungs- oder Verrichtungsgehilfe (synonyme Begriffe) stellt den **Gegenpol zu § 1313a** (Erfüllungsgehilfen) dar. Es geht um die **Zurechnung des Fehlverhaltens eines Gehilfen außerhalb einer Sonderverbindung**. Die Zurechnung bei § 1315 wird als zu wenig weitreichend angesehen. Diese rechtspolitische Einschätzung ist deshalb bedeutsam, weil sich die Rspr um eine **Gegensteuerung auf anderen Gebieten** bemüht: Zu nennen sind insb der weite Begriff des Repräsentanten (unten Rz 11 f), das Organisationsverschulden des Geschäftsherrn (unten Rz 13), die culpa in contrahendo sowie der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

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

Anders als bei § 1313a ist bei § 1315 umstritten, ob sich der Geschäftsherr auch das **Verhalten eines weisungsfreien Unternehmers** zurechnen lassen muss. Die ältere Rspr (SZ 48/110; JBI 1980, 590) bejaht das; neuere gibt es nicht. Die Lehre lehnt eine Zurechnung eines Unternehmers, soweit er keinen Weisungen des Geschäftsherrn unterworfen ist, strikt ab. Der Geschäftsherr kann in solchen Fällen nämlich keinen Einfluss auf den Gehilfen nehmen; umso weniger, wenn der betraute Unternehmer Arbeitnehmer einsetzt, wie das im Regelfall gegeben sein wird. Das bei § 1313a tragende Argument, dass sich niemand einer eigenen Verpflichtung – aus einer Sonderverbindung – durch Einsatz von (weisungsfreien) Unternehmern entziehen können soll, greift bei § 1315 gerade nicht. Bei Einsatz weisungsfreier Unternehmer befürwortet die Lehre bloß eine Haftung des Geschäftsherrn für **Auswahl- und Überwachungsver schulden**. Das Fehlverhalten des gesetzlichen Vertreters wird dem Mj nicht nach § 1315 zugerechnet, was mit dem Minderjährigenschutz begründet wird. Eine Ausnahme wird dann angenommen, wenn der Mj ein Unternehmen betreibt.

In der Lit werden Bedenken vorgebracht, dass es bei **Untüchtigkeit eines Gehilfen** zu einer **reinen Erfolgshaftung** komme, weil der Geschäftsherr, unabhängig von einem eigenen Verschul-

den bei der Auswahl oder Überwachung, einzustehen habe (so SZ 48/110). In der Praxis führt das aber deshalb kaum jemals zu unangemessenen Ergebnissen, weil ein Gehilfe typischerweise erst eingesetzt wird, nachdem der Geschäftsherr seine Eignung überprüft hat; und eine Untüchtigkeit wäre ihm dabei aufgefallen oder hätte ihm jedenfalls auffallen müssen. Dazu kommt, dass ein **einmaliges Versagen** grundsätzlich nicht als Untüchtigkeit zu qualifizieren ist (ÖJZ 1986/75). Die Untüchtigkeit ist ein relativer Begriff. Sie beurteilt sich nach der Tätigkeit, für die der Gehilfe vom Geschäftsherr eingesetzt worden ist (SZ 60/49: Journalist). Zudem muss ein **innerer Zusammenhang zwischen Untüchtigkeit und Schädigung** bestehen, wofür auf den Wortlaut „in dieser Eigenschaft“ verwiesen wird (ÖJZ 1986/75: Keine Zurechnung bei einer strafbaren Handlung, die inhaltlich mit auszuübender Tätigkeit nichts zu tun hat).

- 5 **Untüchtigkeit** ist nur dann gegeben, wenn es sich um einen **Dauerzustand** handelt, der Gehilfe nach **Ausbildung und Veranlagung** ungeeignet ist (ZVR 1990/85: Unzureichende Absicherung einer Baugrube in einem von Fußgängern stark frequentierten Bereich durch einen Polier), nicht über die **erforderlichen Kenntnisse** verfügt (SZ 48/110) oder auch **charakterliche Unzulänglichkeiten** wie etwa Trunksucht (SZ 25/68) aufweist. Weitere Indizien sind **mehrmaliges Versagen** (ÖJZ 1986/75) sowie **grob fahrlässiges Verhalten** (SZ 34/111: Grobe Unkenntnis betriebsnotwendiger Vorschriften; SZ 60/49: Gröbliche Verletzung journalistischer Sorgfalt; aA aber 2 Ob 107/98v; 9 Ob 79/06t; 7 Ob 185/11y: Kein Schluss von einmaligem Fehlverhalten, selbst wenn es grob fahrlässig war, auf Untüchtigkeit). Trotz Reformbedürftigkeit der Norm ist das keine Grundlage, das Kriterium der Untüchtigkeit interpretativ zu korrigieren und leicht fahrlässiges Verhalten als Untüchtigkeit zu werten (2 Ob 107/98v: Unzureichende Absicherung der Baustelle). Gleichwohl dürfte **in der Praxis aus einem gravierenden Fehler auf die Untüchtigkeit geschlossen** werden, hat doch der Geschädigte, der neben der Gehilfeneigenschaft und dem Fehlverhalten bei Besorgung einer Angelegenheit des Geschäftsherrn auch für das Vorliegen der Untüchtigkeit beweispflichtig ist (9 Ob 69/98g; 6 Ob 276/98a), keine näheren Kenntnisse aus der Sphäre des ersatzpflichtigen Geschäftsherrn. Die **Identität des jeweiligen Gehilfen ist nicht nachzuweisen**; ausreichend ist, dass das Verhalten – wer von den Gehilfen des Geschäftsherrn auch immer es gesetzt hat – den Schluss auf die Untüchtigkeit des Gehilfen zulässt (JBl 1978, 91; ZVR 1990/85). Die **Beweislast für die Untüchtigkeit des Gehilfen** trifft den Geschädigten (7 Ob 185/11y), bei Unterlassung kommt ihm freilich der prima-facie-Beweis zugute (2 Ob 127/08b; 2 Ob 173/11x: Streupflichtverletzung durch das betraute Unternehmen im Rahmen von § 93 Abs 5 StVO).
- 6 Die **Gefährlichkeit** eines Gehilfen beurteilt sich nach dessen körperlichen, geistigen oder charakterlichen Anlagen. Genannt werden Trunksucht, Kleptomanie oder Geisteskrankheit. Auch bei wiederholten Vorsatztaten ist Gefährlichkeit anzunehmen (ZVR 1987/109: Gebrauchsdiebstahl). Zudem muss ein Zusammenhang bestehen zwischen der Gefährlichkeit und dem eingetretenen Schaden (ZVR 1985/44), eine **Ausprägung der teleologischen Auslegung** der Norm. Zudem wird bei § 1315 – was nach der hier vertretenen Ansicht auch bei § 1313a richtig wäre – vertreten, dass eine Einstandspflicht des Geschäftsherrn nur gegeben ist, wenn durch Einsatz des Gehilfen zur Besorgung von Angelegenheiten des Geschäftsherrn das **Risiko des Geschädigten, durch den Gehilfen geschädigt zu werden, signifikant erhöht** wurde. Das bedeutet, dass der Geschäftsherr zwar einzustehen hat, wenn der Gehilfe durch die ihm übertragene Aufgabe günstigere Bedingungen für einen Diebstahl oder eine Vergewaltigung vorfindet, eine Haftung aber abzulehnen ist, wenn der Gehilfe einen Diebstahl auf dem Weg zur Arbeit begeht, weil sich insoweit nur **das allgemeine Lebensrisiko** verwirklicht.
- 7 Eine Einstandspflicht des Geschäftsherrn setzt zudem voraus, dass er von der Gefährlichkeit des Gehilfen **Kenntnis** hatte, was der Geschädigte zu beweisen hat (ZVR 1985/44; ZVR 1987/109; 3 Ob 296/98w). Das Wissen muss sich dabei bloß auf die Gefährlichkeit an sich beziehen, nicht auch auf die Möglichkeit einer Schadenszufügung. Schon die Gefährlichkeit wird aber selten gegeben sein; noch seltener freilich das Wissen des Geschäftsherrn darüber. Und selbst wenn beides einmal gegeben sein sollte, wird der Geschädigte das nicht beweisen können. Wie

das **Fehlen aktuellen Fallmaterials** belegt, hat die **Variante der Gefährlichkeit bei § 1315 kaum praktische Bedeutung**. Ist bei Gefährlichkeit auch Untüchtigkeit des Gehilfen gegeben, wird sich der Geschädigte für diese Variante entscheiden, weil es insoweit auf das Wissen des Geschäftsherrn nicht ankommt. Die Hürde des Wissens ist zudem heute schon deshalb überholt, weil selbst bei Wissenmüssen des Geschäftsherrn über die Gefährlichkeit des Gehilfen und einem Einsatz bzw einem Unterlassen von dessen unverzüglicher Abberufung ein Verstoß gegen die Verkehrssicherheit gegeben ist.

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

In anderem Zusammenhang hat der Gesetzgeber eine **weiter reichende Zurechnung des Gehilfenverhaltens außerhalb einer Sonderverbindung** vorgenommen. Bei der Wegehalterhaftung (§ 1319a) sowie in Art 19 S 2 Montrealer Abkommen (dazu 6 Ob 131/12a: Mangels Einflusses keine Zurechnung des Fehlverhaltens des Flughafenbetreibers an die Fluglinie, insoweit restriktiver als die Zurechnung nach § 1313a) ist eine Leutehaftung angeordnet; auch im Rahmen der **Gefährdungshaftung** (zB § 19 Abs 2 EKHG; § 56 Abs 2 ForstG) geht die Zurechnung weit über § 1315 hinaus. Das nimmt der OGH zum Anlass der **Ausdehnung der Zurechnung des Gehilfenverhaltens bei gefährlichen Betrieben**. Was ein gefährlicher Betrieb ist, ist dabei umstritten. Voraussetzung ist, dass eine besondere Gefahr nach der **Art des Betriebs** allgemein und regelmäßig vorhanden ist (JBl 1986, 525) bzw eine Gefährdung Dritter nicht bloß infolge zufälliger konkreter Umstände, sondern wegen der **allgemeinen Beschaffenheit des Betriebs in besonderem Maße** gegeben ist (9 Ob 79/06t: Abgelehnt bei Abbrucharbeiten neben einem Lebensmittelmarkt; implizit bejaht in 4 Ob 89/10g: Bei Abbrucharbeiten Anspruch nach § 364a bejaht, Haftung nur bei vorsätzlichem Verhalten des Baggerfahrers ausgeschlossen). Danach wurden als gefährliche Betriebe bejaht ein Sessellift (SZ 26/75) oder ein Feuerwerk (SZ 46/36), jedoch verneint bei einem Schlepplift (SZ 39/69; vor Inkrafttreten von § 9a EKHG), einem Sturmboot im Wiener Prater (JBl 1985, 556), einer Geisterbahn (3 Ob 5126/88), einer Sommerrodelbahn (1 Ob 549/92), einer Go-Kart-Bahn (2 Ob 239/99g; 2 Ob 84/00t) oder der Lagerung von Sprengstoff in einem Raum ohne Wissen des Wohnungsinhabers (1 Ob 306/99b).

Eine beträchtliche Erweiterung der Einstandspflicht des Geschäftsherrn für das Verhalten für ihn tätiger Personen erfolgt durch die **Zurechnung des Verhaltens von Organen an juristische Personen** gem § 26, sei es nun eine Kapitalgesellschaft wie eine AG oder GmbH (JBl 1990, 528), eine Gebietskörperschaft oder ein ideeller Verein (2 Ob 569/95). Dabei kommt es nicht auf das Bestehen von Allein- oder Gesamtvertretungsbefugnis an, weil es nicht um die Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung, sondern die **Zurechnung des (faktischen) Fehlverhaltens** geht. Beim Verhalten dieser Personen liegt terminologisch keine Zurechnung von fremdem Verhalten vor; vielmehr gilt das Verhalten solcher Organe als Verhalten der juristischen Person selbst. Auf deren Untüchtigkeit oder Gefährlichkeit kommt es nicht an – wie bei einem Verhalten des Geschäftsherrn selbst auch nur dessen rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten maßgeblich ist.

Die Zurechnung des Fehlverhaltens erfolgt bei solchen juristischen Personen über die **Organe** hinaus auch auf solches eines **Repräsentanten**. Grundgedanke ist, dass die Vermögensmasse, die den Vorteil des Machthabers genießt, auch die daraus entstehenden Nachteile zu tragen haben soll (3 Ob 180/03x; 9 Ob 9/11f). Angeknüpft wird dafür an § 337. Das ist eine Person in **verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion mit gehobenem Wirkungskreis** (2 Ob 107/98v: Der für eine Straßenbaustelle „bauleitende Ingenieur“ einer GmbH; 4 Ob 179/99y: Der für die Gebäudesicherheit zuständige Bautechniker der Bundesbaudirektion; 4 Ob 75/09x: Ver-

antwortlicher für die Sicherheit der Gräber auf einem Friedhof; 2 Ob 162/08z: Baustellenkoordinator). Auch wenn das ausdrücklich so noch nicht ausgesprochen wurde, handelt es sich jedenfalls bei **leitenden Angestellten** bzw Beamten mit vergleichbarem Aktionsradius um Repräsentanten (wohl noch weiter gehend 3 Ob 119/99t: Hauptkammermann). Darauf, ob der Wirkungskreis dem eines Organs entspricht, kommt es nicht an (2 Ob 107/98v; 4 Ob 179/99y; 7 Ob 271/00d; 4 Ob 75/09x; 9 Ob 9/11f: Revierorgan zur Rotwildfütterung; 7 Ob 185/11y: Gabelstaplerfahrer bei Verladung von Kühlaggregaten, obiter dictum). Maßgeblich ist die **eigenverantwortliche Entscheidungsbefugnis** (8 Ob 705/89: Beamter der steirischen Landesregierung im Enteignungsverfahren; 2 Ob 2416/96z: Repräsentant des Stadtgartenamtes; 1 Ob 687, 688/86: Chefredakteur). Lediglich für Personen, die in der betrieblichen Hierarchie darunter angesiedelt sind, ist weiterhin nach § 1315 einzustehen (3 Ob 119/99t: Kameraassistent des ORF; 4 Ob 179/99y: Angelegelter Gebäudeaufseher der öffentlichen Hand; 7 Ob 271/00d: Arbeiter eines Installationsunternehmens; 5 Ob 76/12f: Für die Schneeräumung zuständiges bei der WE-Gemeinschaft angestelltes Hausbesorgerehepaar).

- 12 Diese für die juristische Person entwickelte Erweiterung der **Zurechnung der Repräsentanten** wurde auf eine **Gesellschaft** (2 Ob 2398/96b: Jagdgesellschaft als GbR; 3 Ob 123/99f; Ärzte-GbR; 6 Ob 153/97m: Politische Partei) und sodann auch auf eine **Einzelperson** (2 Ob 107/98v: Haftung des Bauunternehmers wegen unzureichender Absicherung der Baustelle durch den leitenden Ingenieur; 5 Ob 173/02f: Einsatz des Ehemanns der Inhaberin eines Winterdienstes als Kontrollorgan) ausgedehnt. Wie beim Gehilfenverhalten wird nicht der Nachweis verlangt, welches Organmitglied bzw welcher Repräsentant sich rechtswidrig verhalten hat (6 Ob 220/99f: Abbrechende Uni-Balustrade; 7 Ob 271/00d: Abstellen von Kellerfenstergittern am Altpapiercontainer).
- 13 Abgedeckt wird die Haftung des Geschäftsherrn für das Fehlverhalten seiner Repräsentanten durch die **Kategorie des Organisationsverschuldens** (4 Ob 179/99y; 7 Ob 271/00d). Entweder ist es ein Organ oder ein Repräsentant, dem ein Vorwurf bezüglich des konkret schädigenden Verhaltens gemacht werden kann, oder aber es hat eine Person in der darunterliegenden Hierarchieebene das schädigende Verhalten gesetzt. Dann ist zu prüfen, ob eine solche **Delegation der Verantwortung zulässig** war (7 Ob 185/11y: Verladung eines Kühlaggregats durch Gabelstapler; 7 Ob 170/11t: Sicherheitsprüfung bei einem Installationsunternehmen) oder eine **wirksame(re) Kontrolle durch entsprechende Weisungen** hätte erfolgen müssen (4 Ob 179/99y; 6 Ob 220/99f; 7 Ob 271/00d; 5 Ob 291/01g; 2 Ob 36/12a: Schneeräumunternehmen) oder den Schädiger eigene Kontrollpflichten getroffen haben (2 Ob 79/11y: Sturz einer die Tochter abholenden Mutter gegen die Eigentümerin bei nicht gestreutem Weg im Garten, für dessen Streuung nach der familieninternen Aufteilung der Ehemann der Eigentümerin zuständig war). Entsprechendes gilt bei **personeller Unterbesetzung** (6 Ob/07m: Einsatz eines einzigen Mitarbeiters eines Leistungsschalters mit FI-Überwachungseinheit) oder **nicht ausreichender sachlicher Ausstattung** (2 Ob 47/07m: Winterräumdienst). Mitunter wird der Schadenersatzanspruch alternativ auf die eine (Repräsentantenhaftung) oder andere Begründung (Organisationsverschulden) gestützt, ohne dass im Detail festgestellt werden muss, welche Alternative gegeben war (4 Ob 179/99y: Bautechniker und angelegelter Gebäudeaufseher; 9 ObA 104/07w: Verstoß eines Mitarbeiters einer AG durch negative Äußerung über gekündigten AN nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses; in diesem Fall aber wegen Verstoßes gegen nachvertragliche Pflicht aus dem Arbeitsvertrag wohl Zurechnung des Fehlverhaltens nach § 1313a geboten).
- 14 Auch der **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** ist ein Vehikel, der unzureichenden Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen im deliktischen Bereich abzuhelfen (2 Ob 210/10m: Schädigung eines Parkplatzmieters durch vom Vermieter mit Transport eines Entlüfters betrautes Unternehmen). Prototypisch ist folgende Aussage des OGH: „Eine extensive Auslegung des Parteiwillens der Vertragsparteien dahin, dass auch Dritte geschützt werden sollen, ist demnach immer dann gerechtfertigt, wenn ansonsten ein Rechtsschutzdefizit vorläge (6 Ob 250/01k).“ Bei der Frage, ob Kunden des Mieters in die Schutzwirkung des zwischen Vermieter und Mieter

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

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

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

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

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

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

Dem **Wortlaut** nach wäre eine **reine Erfolgshaftung** gegeben; unabhängig von einer Sorgfaltswidrigkeit des Wohnungsinhabers bzw dessen Verschulden. Es stellt sich freilich die Frage, weshalb gerade für solche Gefahren eine derart strenge Haftung – wie nirgendwo sonst in der Rechtsordnung – eingreifen sollte. Ins Treffen geführt wird dafür der **Beweisnotstand des Geschädigten**. Diesem fällt eine Sache auf den Kopf; er kann aber nicht erkennen, wer dafür verantwortlich ist. Auch wenn er nachweisen kann und muss, aus welcher Wohnung die Sache stammt, fällt es ihm schwer, die **konkrete Person** namhaft zu machen. Wenn dagegen ins Treffen geführt wird, dass der Wohnungsinhaber nach § 1318 auch haftet, wenn der Verursacher feststeht (so in 7 Ob 609/88), so ist für den Geschädigten der **Wohnungsinhaber** doch typischerweise die Person, deren Identität er **leichter ermitteln** kann. Dass der Wohnungsinhaber sich mit dem Schädigen 3

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

- 4 Gegen die **Gefährlichkeit** wird in der Lit eingewendet, dass eine Sache nicht immer aus **großer Höhe** herabfällt und die in einer Wohnung aufbewahrte Flüssigkeitsmenge nicht immer eine **gefährliche Masse** aufweist (die Gefährlichkeit wegen der Höhe und der Wucht des Aufpralls offenlassend 1 Ob 306/99b). Das trifft zu; bei Übernahme einer antiken Regelung fehlt es mitunter aber an der gebotenen Differenziertheit. Das gesetzgeberische Dictum ist freilich dem Grunde nach zu respektieren. Soweit bei einer gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache eine zu § 1319 (Haftung für ein Bauwerk) vergleichbare Interessenlage besteht, ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ein Gleichklang mit dieser Norm herzustellen (unten Rz 8).
- 5 Es haftet derjenige, aus dessen „Wohnung“ eine Sache von oben nach unten gelangt ist. Einzustehen ist aber **nicht nur für eine Wohnung**. Auf die **Art der Nutzung** kommt es nicht an. Erfasst sind auch Geschäftsräume (2 Ob 90/98v), Amtsräume, ein Theater oder eine Garage. Obwohl kein Raum, sondern bloß eine Fläche, zählen zur Wohnung auch ein Balkon sowie eine Dachterrasse (4 Ob 179/98x). Nicht dazu zählen sollen allerdings ein Dachboden (ÖJZ 1965/256) oder die Laderampe eines Magazins (JBl 1958, 402). Die Lit kritisiert das zu Recht, weil es für den mit § 1318 verfolgten Schutzzweck auf die Verwendung eines Raumes nicht ankommen kann. Zur „Wohnung“ zählt auch die **Außenfläche eines Hauses** wie eine Reklametafel oder ein Geschäftsschild (2 Ob 90/98v). Zu Recht ausgeklammert werden der Vorplatz einer Garage (2 Ob 90/98v – das ist kein Raum, keine Gefährdung wegen der Höhe), ein Feld, auf dem ein dort liegendes Metallstück einen Mährescher beschädigt (9 Ob 33/13p), und eine Brücke (JBl 1986, 180: Keine Räumlichkeit, daher keine Haftung für herunterfallenden Schneematsch nach § 1318).
- 6 Ersatzpflichtig ist der **Wohnungsinhaber**. Das ist derjenige, der die **faktische Verfügungsgewalt** über die Wohnung hat – und der die Vorteile daraus zieht, also auf **dessen Rechnung** das Objekt betrieben wird. Im Ergebnis sollte auch bei § 1318 auf den **Halterbegriff** abgestellt werden, was bei Beantwortung so mancher Detailfrage eine überzeugende(re) Begründung ermöglicht: Wohnungsinhaber ist der Eigentümer, der die Wohnung selbst bewohnt, der Wohnungseigentümer (5 Ob 162/06v), der Mieter (SZ 60/38), der Pächter (7 Ob 609/88) sowie ein Nutzer bei längerer Raumbenutzung (7 Ob 15/95: Benutzungsüberlassung für mehrere Monate an Personen, die an einem Rehabilitationsprogramm teilnehmen; mE fragwürdig), sowie ein Untermieter und Prekarist (Haltereigenschaft fraglich), nicht aber ein Hotelgast, mit der Folge, dass Ansprüche gegen diesen auch nicht der 1-jährigen Präklusivfrist des § 1111 unterliegen (1 Ob 131/13s: Niederländischer Schulschikurs). Eine vorübergehende Ortsabwesenheit schadet nicht (10 Ob 374/98t: Ehemann wollte Ehefrau während deren Abwesenheit durch Anschluss einer Waschmaschine überraschen). Wegen der fehlenden Verfügungsmacht soll der Mieter nach Auszug nicht mehr nach § 1318 einstandspflichtig sein, auch wenn der Mietvertrag noch aufrecht ist. Das ist aber nur zutr, wenn er die Schlüssel zurückgegeben und damit dem Vermieter die Verfügungsmacht eingeräumt hat. Auch sonst erlischt die Halterhaftung nicht durch Dereliktion. Bei einem noch nicht bezugsreifen Bau trifft den Bauherrn keine Ersatzpflicht nach § 1318, weil ihm die Wohnung noch nicht übergeben worden ist und es deshalb an seiner Verfügungsgewalt fehlt. Bezüglich einer gefährlich aufgehängten oder gestellten Sache kommt freilich eine solche des Bauführers in Betracht. Wird eine Sache gewaltsam entzogen, etwa durch Räuber, Terroristen oder Hausbesetzer (10 Ob 374/98t), kommt ebenso wenig eine Einstandspflicht nach § 1318 in Betracht wie bei ordnungsgemäßem Abschluss der Wohnung und dem anschließenden Eindringen von Dritten, die eine Gefahrensituation schaffen (7 Ob 15/95). So verhält es sich auch bei der Haftung des **Halters eines Kfz**.

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

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

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

Das ist gegeben bei einer zu geringen Dimensionierung eines Anschluss Schlauches einer Waschmaschine (SZ 39/170; 10 Ob 374/98t) bzw eines Kaffeeautomaten (Miet 36.213), einer fehlerhaften Installation eines Waschmaschinenschlauches (SZ 59/189), einem schlecht verschlossenen Wasserhahn (ÖJZ 1989/48), einem nicht ordnungsgemäß versperrten Absperr- bzw Ausflusshahn (4 Ob 179/98x), bei Unterlassung des Einbaus einer „Wasserstopfeinrichtung“ und einer Überwachung in zumutbarem Ausmaß (Miet 33.231), alten undichten Rohren, wenn es davor schon zu Wasserschäden infolge des Alters der Leitungen gekommen ist (5 Ob 162/06v), nicht aber wegen des bloßen Überschreitens der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer alleine (7 Ob 193/11z: Schaden nach 30 Jahren bei einer betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer einer Wasserleitung von 25 Jahren; zu Recht krit freilich die Lit; strenger auch 7 Ob 193/11z zu § 1319 beim Alter eines Baumes; dazu § 1319 Rz 18), bei einer Leih-Kaffeemaschine, die kurz davor schon zweimal

repariert werden musste (SZ 59/189), bei einer Wohnung, die man in der kalten Jahreszeit leer stehen lässt (ÖJZ 1989/48), oder wenn ein Öltank jahrelang nicht gewartet wurde (SZ 60/38).

- 11 Bei der Beurteilung, ob ein **gefährlicher Zustand** gegeben ist, ist folgendes Kalkül zu beachten: Selbst wenn die Gefahr des Schadenseintritts an sich gering ist, der Schaden bei Realisierung der Gefahr aber wahrscheinlich sehr hoch, ist ein gefährlicher Zustand gegeben. Da die Schäden bei Auslaufen von Öl typischerweise höher sind als bei Wasser, sind Defizite bei Öleinrichtungen (Tank, Leitung) umso eher als gefährlich anzusehen (SZ 60/38). Eine besondere Gefährlichkeit wird auch einer während der Reparaturzeit zur Verfügung gestellten „Leihkaffeemaschine“ unterstellt, weil solche Geräte nach der Lebenserfahrung [des OGH?] eine sehr unterschiedliche Qualität aufweisen, mit der Folge, dass in der Leitung einer nicht einwandfrei funktionierenden Leih-Kaffeemaschine prima facie eine „gefährliche Verwahrung“ von Wasser gegeben sei (SZ 59/189). Geht es bei § 1318 im Kernbereich um Schäden durch **Sachen, die von oben nach unten fallen**, hat der OGH bei gefährlich verwahrten Flüssigkeiten § 1318 analog angewendet, wenn der Schaden nicht durch ein Herabfallen entstand (4 Ob 233/04z: Brechen einer Ölleitung im Keller und Verteilung des Öls auf der Nachbarliegenschaft). Das ist durchaus folgerichtig, würde es doch nicht einleuchten, dass ein Ersatzanspruch nach § 1318 nur besteht, wenn ein solcher Schaden bloß einen Unterlieger trifft, nicht aber einen Nachbarn – auf der horizontalen Ebene (so auch SZ 59/189). Nicht von § 1318 erfasst ist hingegen der Wassermehrverbrauch eines Miteigentümers (1 Ob 29/06f).
- 12 Freilich kann sich der **Ersatzpflichtige bei Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt entlasten** (5 Ob 246/06x: Jahrelanges unbeanstandetes Funktionieren bei Stellung der Heizung auf Frostwächter, keine Erkennbarkeit des Schadens für einen durchschnittlichen Installateur; 1 Ob 155/14x: Boiler reißt mehr als 2 Jahre nach der Übergabe aus der Verankerung, ungenügendes Montagematerial wäre ohne Demontage des Boilers nicht erkennbar gewesen; bedenklich SZ 59/189: Installation einer Leih-Kaffeemaschine während der Reparatur des vom Verpächter bereitgestellten Geräts durch den Vertragspartner des Verpächters; nicht erkennbar ist, welche – auch objektive – Sorgfaltswidrigkeit dem Pächter vorwerfbar sein soll; vgl auch 4 Ob 233/04z: Keine Gefährlichkeit des Öltanks wegen unterbliebener Wartung, weil schadensursächlich die unterliebene Bodenverankerung war). Zieht der Wohnungsinhaber einen Fachmann heran, fehlt es typischerweise an einer objektiven Vorwerfbarkeit. Eine solche Entlastung ist auch gegeben bei ordnungsgemäßem Abschluss der Wohnung und Eindringen von Dritten, die eine Gefahrensituation schaffen (7 Ob 15/95).
- 13 Der OGH (SZ 49/47; SZ 59/189) hat vereinzelt auch den **Handwerker**, der durch seine unsachgemäße Installation oder Reparatur einen Wasserschaden verschuldet hat, **nach § 1318 gegenüber dem geschädigten Dritten** einstehen lassen. Das ist unzutreffend, weil der Handwerker nicht Wohnungsinhaber ist. Es handelte sich um Fälle, in denen die geschädigten Dritten – zu Unrecht – nicht den Wohnungsinhaber, sondern den Handwerker verklagt haben. Der Handwerker mag aus § 1295 ABGB bei einer schuldhaften Eigentumsverletzung einzustehen haben. Eine verschuldensunabhängige Haftung gegenüber dem Geschädigten nach § 1318 besteht indes nicht. Wegen des Sorgfaltsmaßstabs des § 1299 wird idR eine schuldhafte Vertragsverletzung gegenüber dem Wohnungsinhaber bestehen. Wegen dessen Einstandspflicht nach § 1318 hat der schuldhafte Handwerker diesen von seiner Ersatzpflicht gegenüber dem Geschädigten zu befreien; jedenfalls steht dem Wohnungsinhaber ein Regressanspruch nach § 1313 zu.
- 14 Der Geschädigte hat zu beweisen, dass der erlittene **Schaden** durch eine aus einer bestimmten Wohnung herausgeworfene oder herausgegossene Sache oder eine gefährlich aufgehängte oder gestellte Sache **verursacht** wurde. Zudem hat er nachzuweisen, dass dies aufgrund eines **gefährlichen Zustands** erfolgte, wobei ihm der prima-facie-Beweis zugutekommen kann (SZ 59/189: Wasser in einer nicht einwandfrei funktionierenden Kaffeemaschine ist prima facie gefährlich verwahrt). Der Ersatzpflichtige kann seine Einstandspflicht abwenden, indem er nachweist, dass er **alle erforderliche Sorgfalt** aufgewendet hat (ÖJZ 1989/48; 7 Ob 15/95; 10 Ob

374/98t). Dass ihn kein Verschulden trifft, entlastet ihn nicht (Miet 37.201: Keine Möglichkeit, den geöffneten Wasserhahn infolge eines Schwindelanfalls zu schließen; 10 Ob 360/99k).

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

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

6. durch ein Bauwerk;

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

Schon nach der **allgemeinen Verkehrssicherungspflicht** muss der Halter eines Gebäudes haften, wenn er beim Geschädigten schuldhaft einen Schaden verursacht, sei es in dessen Eigentum oder in seiner körperlichen Integrität. Nach den Regeln des Deliktsrechts muss der Geschädigte einerseits sämtliche Voraussetzungen unter Einschluss des Verschuldens beweisen; andererseits haftet der Schädiger nur bei einem individuellen Verschuldensvorwurf. **§ 1319 verbessert die Rechtslage des Geschädigten** insoweit, als dieser bloß die Verursachung des Schadens durch die Mangelhaftigkeit des Werkes oder Gebäudes nachzuweisen hat. Sache des Halters des Gebäudes oder Werkes ist es sodann, sich zu entlasten, wobei der Nachweis, dass ihm kein subjektiver Vorwurf gemacht werden kann, zu keiner Haftungsbefreiung führt. Misslingt der Entlastungsbeweis, „dass er **alle zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt** angewendet habe“, muss er einstehen.