

nach dieser Bestimmung jedoch (ua) dann aus, wenn eine durch einen nicht beim Betrieb tätigen Dritten ausgelöste außergewöhnliche Betriebsgefahr unmittelbare Ursache des Unfalls ist. Ein solcher Dritter kann auch ein anderer Fahrgast (Liftbenützer) sein (vgl 2 Ob 2433/96 z ZVR 1998/44; 2 Ob 114/06 p).

[Außergewöhnliche Betriebsgefahr]

Nach der Rsp des OGH ist eine außergewöhnliche Betriebsgefahr bei einer besonderen Gefahrensituation anzunehmen, die nicht bereits regelmäßig und notwendig mit dem Betrieb verbunden ist, sondern durch das Hinzutreten besonderer, nicht schon im normalen Betrieb liegender Umstände vergrößert wurde (2 Ob 114/06 p ZVR 1998/44; 2 Ob 215/07 t ZVR 2009/54; 2 Ob 170/12 g mwN; RIS-Justiz RS0058467). Die Frage, ob eine außergewöhnliche Betriebsgefahr unmittelbare Unfallursache war, kann immer nur anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden (2 Ob 114/06 p ZVR 1998/44; 2 Ob 122/08 t; RIS-Justiz RS0058444).

Die Kl vertritt die Auffassung, dass durch das Verhalten jenes Buben, der seinen Schistock verloren hatte und von der Sesselbahn wieder herabspringen wollte, eine außergewöhnliche Betriebsgefahr ausgelöst worden sei. Habe doch dieses Verhalten den Liftbediensteten zu dem Warnruf veranlasst, von dem die Kl nur das Wort „Halt“ wahrgenommen habe. Dieser Warnruf habe den normalen Ablauf der Dinge verändert und für die gerade im Zugangsbereich befindliche Kl die Betriebsgefahr erhöht.

Mit dieser Argumentation wird jedoch keine vom OGH iSd § 502 Abs 1 ZPO wahrzunehmende Fehlbeurteilung des BerG aufgezeigt:

Es ist zwar richtig, dass sich die Kl nach dem durch einen Dritten veranlassten Warnruf des Liftbediensteten länger im Bereich des geöffneten Schrankens (im Gefahrenbereich) aufhielt, als sie dies bei „normalem“ Ablauf getan hätte, sodass sich die vom Schließmechanismus des Schrankens ausgehende Gefahr verwirklichen konnte. Der entscheidende Grund für dieses längere Verweilen im Gefahrenbereich lag bei genauer Betrachtung aber nicht im Warnruf des Liftbediensteten („Halt, sitzen bleiben!“), sondern in dessen Missverstehen durch die Kl, die nur das Wort „Halt“ wahrnahm und diese Aufforderung fälschlich auf sich bezog. Dieser Umstand, in welchem die Kl das zum normalen

Betrieb der Anlage hinzutretende besondere Gefahrenmoment erblickt, stammt jedoch weder aus der Sphäre des Dritten noch aus jener der beklP, sondern aus der Sphäre der Kl selbst.

[Auslösung durch den Geschädigten führt in casu zur Haftungsbefreiung]

Wird die außergewöhnliche Betriebsgefahr durch den Geschädigten selbst ausgelöst, so ist anerkannt, dass die Haftungsbefreiung nach § 9 Abs 2 EKHG bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen gegenüber dem Geschädigten möglich bleibt. Bei einem Verkehrsunfall bedarf es allerdings eines – schuldhaft oder schuldlos – verkehrswidrigen Verhaltens des Geschädigten, um den Zurechnungsgrund der außergewöhnlichen Betriebsgefahr in der Sphäre des Haftpflichtigen aufzuwiegen (vgl 2 Ob 210/09 k mwN ZVR 2011/194; Schauer in Schwimann, ABGB VII³ § 9 EKHG Rz 46).

Die Rechtsansicht des BerG steht mit dieser Rsp im Einklang. Es ist naheliegend und daher zumindest vertretbar, dem „verkehrswidrigen Verhalten“ des Geschädigten hier die – wenngleich schuldlose – Missachtung der Anordnung des Betriebsunternehmers gleichzustellen, nach welcher bei Öffnen der Schranken bis zum Einstieg vorzugehen ist. Somit schließt aber das Vorliegen einer außergewöhnlichen Betriebsgefahr, so eine solche zu bejahen wäre (was nicht abschließend geklärt werden muss), unter den gegebenen Umständen die Haftungsbefreiung der beklP nicht von vornherein aus. Die vom BerG als erheblich bezeichnete Rechtsfrage ist unter diesen Prämissen für die Entscheidung nicht präjudiziell (vgl zuletzt 2 Ob 106/15 z mwN; RIS-Justiz RS0088931).

Die in der Rev zit E (2 Ob 2433/96 z ZVR 1998/44; 2 Ob 114/06 p; bei ZVR 1996/79 [1 Ob 49/95] handelt es sich offensichtlich um ein Fehlzitat) bieten keine tragfähige Grundlage für eine Korrektur der zweitinstanzl Rechtsansicht.

Gegen die Auffassung der Vorinstanzen, die beklP und ihre Betriebsgehilfen hätten jede nach den Umständen des Falls gebotene Sorgfalt obwalten lassen, der Entlastungsbeweis sei also gelungen, führt die Kl nichts mehr ins Treffen. Die Beurteilung, für die beklP liege ein unabwendbares Ereignis iSd § 9 Abs 2 EKHG vor, wirft daher auch unter diesem Gesichtspunkt keine erhebliche Rechtsfrage auf.

⇒ **Verhältnismäßiger Rettungsaufwand bei vertraglicher Nichterfüllung**

§§ 921, 1293, 1295, 1304 ABGB

Kann der Käufer nach Abschluss eines Kaufvertrags über eine gebrauchte Sache, schuldhafter Nichterfüllung durch den Verkäufer und anschließendem Rücktritt kurzfristig keine solche gebrauchte Sache auf dem Markt erwerben, obwohl er sie für eigene Zwecke und die Ausführung fremder Geschäfte dringend benötigt, und kauft er daraufhin eine höherwertige neue Sache, kann er den Sachverhalt:

[Vertragsschluss und Nichterfüllung durch den Bekl]

Über Inserat des Kl meldete sich der Bekl und bot einen Maispflücker O um € 14.000,- zum Verkauf an.

Differenzschaden nicht nach den Mehraufwendungen für die erworbene neue Sache berechnen. Es besteht jedoch ein Anspruch nach den Regeln des Rettungsaufwands. Dieser gebührt allerdings nur bis zur Grenze der Verhältnismäßigkeit, die dann zu verneinen ist, wenn die Mehraufwendungen für eine Ersatzanschaffung den sonst entgehenden Gewinn um mehr als 50% übersteigen.

Der Kl kaufte am 24. 8. 2012 das etwa fünf Jahre alte, sechsheilige „Maisgebiss“ um € 14.400,- und leistete eine Anzahlung von € 400,-. Der restliche Kaufpreis sollte bei Abholung des „Maisgebisses“ nach dem Ur-

ZVR 2016/81

§§ 921, 1293, 1295, 1304 ABGB

OGH 23. 4. 2015, 2 Ob 132/14 x (OLG Linz 24. 4. 2014, 1 R 59/14 y; LG Wels 7. 2. 2014, 26 Cg 212/12 y)

laub des Kl Anfang Sept 2012 in bar geleistet werden. Nach seiner Rückkehr aus dem Urlaub versuchte der Kl Kontakt zum Bekl aufzunehmen, erreichte ihn aber nicht. Letztlich verweigerte der Bekl die Übergabe des „Maisgebisses“. Der Kl richtete über seinen RA am 17. 9. 2012 ein Schreiben an den Bekl mit der Aufforderung, das „Maisgebiss“ bis 21. 9. 2012 zu übergeben. Der Bekl antwortete nicht. Der Kl trat daraufhin mit Schreiben vom 26. 9. 2012 unter Setzung einer Nachfrist bis zum 5. 10. 2012 vom Vertrag zurück.

[Reaktion des Kl auf die Nichterfüllung]

Der Kl musste, um seine eigenen Maisanbauflächen dreschen zu können und darüber hinaus diverse Lohn-dreschtaufträge von anderen Landwirten erfüllen zu können, einen Deckungskauf tätigen. Er bemühte sich daher, schnellstmöglich ein Ersatzgerät zu bekommen. Da im September die Hochsaison für derartige Geräte ist, war ein gleichwertiges, gebrauchtes Modell auf dem Markt nicht verfügbar. Auch im Internet wurde kein gleichwertiges Modell angeboten. Der Kl kontaktierte auch einen Vertriebs für Landwirtschaftsgeräte in Bayern, konnte aber nur ein fünfreihiges „Maisgebiss“ auftreiben, das für ihn nicht von Interesse war. Der Kl sah sich daher gezwungen, einen neuen Maispflücker der Marke F um € 43.000,- anzuschaffen.

Beim ursprünglich vom Bekl zum Verkauf angebotenen Maispflücker handelte es sich um einen solchen mit starrer Ausführung, dessen Transportbreite 4.200 mm beträgt. Angesichts seines sehr guten Allgemeinzustands hatte er einen Wert von € 14.500,-. Der neu angeschaffte Maispflücker weist hingegen eine klappbare Ausführung auf, die Transportbreite beträgt 3.150 mm. Das vom Kl ersatzweise angeschaffte Gerät ist technisch höherwertig als der O. Die Lieferzeit für ein gleichwertiges neues O-Gerät hätte sechs bis acht Wochen betragen. Ein solches Gerät hätte dann € 31.013,54 gekostet.

[Beiderseitiges Prozessvorbringen]

Der Kl begehrt € 29.500,- sA. Es sei für ihn in Anbetracht der landwirtschaftlichen Erntetätigkeiten für sich selbst und die umliegenden Bauern in der Hochsaison unerlässlich gewesen, ein neues „Maisgebiss“ zu kaufen. Andernfalls wäre es zu einer Geschäftseinbuße gekommen. Aufgrund des Verzugs des Bekl sei der Kl berechtigt, aus dem Titel des Schadenersatzes den Differenzschaden zu begehren, der sich auf € 28.600,- belaufe. Hinzu kämen € 500,- Spesen für den Ankauf des neuen „Maisgebisses“ sowie die geleistete Anzahlung.

Der Bekl bestritt und wandte ein, das vom Kl neu angeschaffte Gerät sei höherwertig. Selbst wenn man den Schadenersatzanspruch des Kl bejahte, treffe ihn ein Verstoß gegen seine Schadenminderungspflicht.

[Entscheidungen der Vorinstanzen]

Das ErstG gab dem Klagebegehren statt.

Das BerG sprach € 200,- sA als Spesenersatz gem § 273 ZPO zu (rk) und wies das Mehrbegehren von € 29.300,- sA ab.

Der OGH gab der Rev des Kl statt, hob die Entscheidungen der Vorinstanzen im Umfang des Abweigungsbetrags auf und verwies die Rechtssache an das ErstG zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurück.

Aus der Begründung:

Die Rev ist zulässig, weil das BerG von der Judikatur des OGH zum Ersatz des Nichterfüllungsschadens bei Rettungsaufwand abgewichen ist; sie ist deshalb auch iS des eventualiter gestellten Aufhebungsantrags berechtigt.

[Ansprüche nach § 921 ABGB]

Auszugehen ist davon, dass nach den den OGH bindenden Feststellungen der Tatsacheninstanzen der Bekl vertragsbrüchig wurde und daher der Kl zu Recht den Rücktritt vom Vertrag erklärte. Nach § 921 ABGB lässt der Rücktritt vom Vertrag den Anspruch auf Ersatz des durch verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens unberührt.

Die Bestimmung gewährt dem Gläubiger nach dem Rücktritt einen auf das Erfüllungsinteresse gerichteten Schadenersatzanspruch. Der Schuldner muss – Verschulden vorausgesetzt – das positive Vertragsinteresse leisten (RIS-Justiz RS0018463). Für das Vorliegen eines realen Schadens reicht es nach 6 Ob 145/08 d aus, dass die Zusammensetzung des Vermögens des Geschädigten nach dem schadensbegründenden Ereignis nicht seinem Willen entspricht. IdS liegt der Schaden bei der Nichteinhaltung einer vertraglichen Verpflichtung daher schon darin, dass der Geschädigte den vertraglichen Leistungsanspruch verliert.

[Berechnung des Differenzanspruchs]

Im Hinblick auf die Beseitigung des Vertragsverhältnisses kommt die Schadensberechnung nur in Form des Differenzanspruchs in Betracht (RIS-Justiz RS0018463). Besitzt die Gegenleistung einen Marktpreis, hat der vertragstreue Teil ein Wahlrecht, ob er den Schaden konkret oder abstrakt berechnet. Eine Kombination beider ist allerdings nicht zulässig (1 Ob 565/86). Der konkrete Schaden besteht entweder in dem Nachteil, den der Gläubiger dadurch erleidet, dass er die Leistung nicht erhält, oder in dem Aufwand, den er gemacht hat, um sich eine Leistung gleicher Art anderweitig zu beschaffen (RIS-Justiz RS0018463; RS0018591). Im Fall der konkreten Schadensberechnung ergibt sich der zu ersetzende Schaden aus den Mehrkosten des abgeschlossenen Deckungsgeschäfts oder im konkreten Ausfall, der dadurch entsteht, dass der vertragstreue Teil die Leistung nicht erhält (vgl 7 Ob 187/10 s).

Als alternative Möglichkeit kann der Veräußerungsgewinn oder stattdessen der entgangene Gewinn ersatzfähig sein, der dadurch entsteht, dass eine vom Geschädigten erworbene Maschine nun nicht zur Produktion eingesetzt werden kann und er dadurch einen Produktionsausfall erleidet (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/84; *Gruber in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 921 Rz 4; *Reischauer in Rumme*³ § 921 Rz 2 und § 1293 Rz 8). Wäre ein bestimmter Verdienst mit ho-

OGH präzisiert, unter welchen Voraussetzungen der Nichterfüllungsschaden nicht nach einem Deckungskauf, sondern unter dem Gesichtspunkt des Rettungsaufwands ersatzfähig ist.

her oder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eingetreten, ist dieser wertungsmäßig einem Verdienstentgang aufgrund einer rechtlich gesicherten Position gleichzusetzen und als positiver Schaden ersatzfähig (*Reischauer in Rummel*, aaO § 1293 Rz 8).

Den Geschädigten trifft die Obliegenheit, den Schaden möglichst gering zu halten und ein möglichst günstiges Deckungsgeschäft vorzunehmen. Es handelt sich dabei um einen Fall der Schadenminderungspflicht (RIS-Justiz RS0018262). Der Zeitpunkt des Abschlusses eines Deckungsgeschäfts bei der Wahl der konkreten Schadensbemessung hat ausschließlich unter dem Gesichtspunkt eines allfälligen Verstoßes gegen die Schadenminderungspflicht Bedeutung (RIS-Justiz RS0018262 [T 5] = 6 Ob 145/08 d).

[Deckungskauf nur durch Erwerb einer gleichartigen Sache]

Nach der stRsp, die ihren Ausgangspunkt in 1 Ob 744/77 unter Berufung auf *Gschnitzer in Klang IV/1²* 485 genommen hat, kann Gegenstand des Deckungskaufs immer nur eine **gleichartige Sache** sein. Die Kosten der Anschaffung einer qualitativ höherwertigen Sache können nach der Rsp nicht auf den vertragsbrüchigen Schuldner überwält werden (RIS-Justiz RS0018463, zuletzt etwa 4 Ob 133/11 d).

Auch im Schrifttum wird grds darauf hingewiesen, dass ausschließlich Güter gleicher Art wie die ursprünglich vertraglich geschuldete Leistung Inhalt des Deckungsgeschäfts sein dürfen (*Gruber in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 921 Rz 10; *Gschnitzer*, aaO). *Reidinger in Schwimann/Kodek⁴* § 921 Rz 12 ff, *Reischauer in Rummel³* § 921 Rz 3 und *Koziol/Welser II¹³* 58 schränken den Abschluss eines Deckungsgeschäfts nicht explizit auf Leistungen gleicher Art ein, sondern beschränken sich auf den Hinweis der konkreten Berechnung des Schadenersatzanspruchs nach § 921 ABGB und das Erfordernis des Nachweises eines Deckungsgeschäfts. *P. Bydlinski* schließt unter Bezugnahme auf die Rsp den Erwerb einer deutlich höherwertigen Sache als unzulässig aus (KBB⁴ § 921 Rz 3 unter Hinweis auf 4 Ob 133/11 d). Unter Hinweis auf „Treu und Glauben“ und die Schadenminderungspflicht werden ebenfalls Einschränkungen beim Abschluss des Deckungsgeschäfts und der anhand der konkreten Umstände gebotenen Sorgfalt gesehen bzw wird angenommen, dass der Geschädigte sich um ein günstiges Deckungsgeschäft bemühen muss (*Reidinger in Schwimann/Kodek⁴* § 921 Rz 14; *Koziol/Welser II¹³* 59; *Reischauer in Rummel³* § 921 Rz 3).

Hier konnte der Kl nach den maßgeblichen Feststellungen kurzfristig vor Erntebeginn keine gleichwertige Sache erwerben. Ein Anspruch auf die Aufwendungen aus dem Deckungskauf steht ihm daher mangels Gleichwertigkeit der ersatzweise angeschafften Sache nicht zu. Auch einen Verdienstentgang hat er nicht geltend gemacht, weil er einen solchen tatsächlich nicht erlitten hat.

Daher bleibt dem Kl der Anspruch auf Ersatz des Aufwands, den er getätigt hat, um den Eintritt des zu erwartenden Schadens zu verhindern.

[Zum Rettungsaufwand]

Aufwendungen zur Schadensabwehr oder Schadensbeseitigung sind positiver Schaden und als solche auch bei leichter Fahrlässigkeit zu ersetzen (RIS-Justiz RS0023516; *Reischauer in Rummel³* § 1293 Rz 10; *Karner in KBB⁴* § 1293 Rz 7; *Harrer in Schwimann*, ABGB³ § 1293 Rz 43; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/85). Sie sind ersatzfähig, wenn sie tatsächlich getätigt wurden, erforderlich waren, um den drohenden Schaden abzuwehren, und zweckmäßig insoweit waren, als ein maßgerechter „vernünftiger“ Durchschnittsmensch in der konkreten Lage die getroffenen Maßnahmen ebenfalls gesetzt hätte (RIS-Justiz RS0023055; 8 Ob 6/09 d; 4 Ob 31/94 SZ 67/35). Der Nachteil ist konkret zu berechnen (*Koziol*, aaO Rz 2/85 und 2/66).

[Kauf einer höherwertigen Ersatzsache grds erforderlich zur Abwendung eines drohenden Verdienstentgangs]

Der Kaufvertrag über den Maispflücker sollte den Kl nach seinem Vorbringen in die Lage versetzen, seine eigenen Maisanbauflächen und die Flächen diverser anderer Landwirte, mit denen er diesbzgl Lohndreschverträge abgeschlossen hatte, abzurufen. Durch die Nichterfüllung des Vertrags drohte ihm daher die Gefahr eines Schadens wegen unterbleibender Einnahmen aus der Lohndrescherei sowie der Kosten der Ernte seiner eigenen Anbauflächen durch einen anderen Lohndrescher. Um diesen Schaden abzuwenden, kaufte der Kl das höherwertige „Maisgebiss“, weil er ein anderes kurzfristig (und rechtzeitig) vor Erntebeginn nicht aufreiben konnte. Dass die Aufwendungen vom Kl hier tatsächlich getätigt wurden und grds erforderlich waren, um den drohenden Verdienstentgang abzuwehren, liegt auf der Hand und wurde vom Bekl auch nicht substantiell, sondern nur pauschal bestritten.

[Ex-ante-Maßstab eines vernünftigen Menschen in der Situation des Kl]

Ihre Zweckmäßigkeit ist wie gesagt danach zu beurteilen, ob ein „vernünftiger“ Mensch in der Position des Kl – ex ante gesehen – den Aufwand getätigt hätte. Ist dies zu bejahen, kann der Rettungsaufwand prinzipiell auch höher sein als der zu erwartende Schaden, er darf nur nicht so unverhältnismäßig höher sein, dass ein als Maßstab heranzuziehender „vernünftiger“ Mensch in der Situation des Kl ihn nicht erbracht hätte.

[Dringlichkeit der Anschaffung nur für die Erntesaison 2012]

Hier ist weiters zu berücksichtigen, dass die jahres- und damit erntezeitmäßige Zeitknappheit sowie die damit einhergehende mangelnde Möglichkeit, ein gleichwertiges, gebrauchtes „Maisgebiss“ zu erwerben, nur für die Erntesaison 2012 bestand. Bis zur Ernte im darauffolgenden Jahr blieb grds ausreichend Zeit, ein entsprechendes Ersatzgerät zu finden. Lediglich soweit auch danach mit einem nicht kompensierbaren Verlust von Kunden durch den Ausfall der Erntesaison 2012 gerechnet werden musste, wäre auch dieser drohende Verdienstentgang in die Zweckmäßigkeitsbetrachtung einzubeziehen.

[Den abgewendeten Schaden um mehr als 50% übersteigender Rettungsaufwand ist unverhältnismäßig]

Den durch die Nichtlieferung des „Maisgebisses“ ex ante zu erwartenden Verdienstentgang hat der Kl für die Erntesaison 2012 mit rund € 11.000,- beziffert, für danach mit rund € 8.000,-, insgesamt daher – nach seinem bisherigen Vorbringen – mit rund € 19.000,-. Träfe dieses Vorbringen zu, stünde diesem zu erwartenden Verdienstentgang ein begehrter Rettungsaufwand von € 28.600,- gegenüber. Ein Rettungsaufwand, der den zu erwartenden Schaden um mehr als 50% übersteigt, ist jedenfalls als unverhältnismäßig iS der oben dargestellten Zweckmäßigkeitsbetrachtung anzusehen. Ein „vernünftiger“ Mensch in der Situation des Kl würde – hätte er den Schaden selbst zu tragen – keinen Rettungsaufwand treiben, der 50% höher ist als der zu erwartende Schaden.

Anmerkung:

Mehrere Wege führen zum Ziel; das gilt auch für den hier zu beurteilenden Sachverhalt: Ein Verkäufer liefert die verkaufte gebrauchte Sache schuldhaft nicht zum Fälligkeitstermin. Der Käufer benötigt diese aber dringend, weil er sie zur Ernte für eigene Felder einsetzen will und darüber hinaus auch „Aufträge“ anderer übernommen hat. Trotz umfassender Bemühungen findet er keine „solche gebrauchte“ Sache, sondern lediglich eine „höherwertige neue“. Unabhängig von jeglicher dogmatischer Kleinarbeit sagt einem das Rechtsgefühl, dass der Käufer hier Ersatz bekommen muss, wenn auch nicht in Höhe der vollen Differenz zwischen dem Preis für die gebrauchte und dem für die neue Sache. Umstritten kann somit lediglich das Ausmaß sein – aA freilich das OLG Linz als BerG.

Der OGH lehnt die Berechnung des Differenzschadens unter Bezugnahme auf einen Deckungskauf ab. Maßgeblich sei die Gleichartigkeit einer Sache, was bei einer qualitativ höherwertigen zu verneinen sei. Dafür werden solche und auch weniger einschränkende Literaturstimmen bemüht. Im Schadenersatzrecht ist aber der Begriff der „Schaffung einer Ersatzlage“ geläufig (Ch. Huber in *Schwimann*, TaKomm ABGB³ § 1323 Rn 4). Wenn keine Naturalrestitution iS möglich ist, dann gebühren die Aufwendungen für die – größtmögliche – Annäherung an diesen Zustand. Genau das hat der – zeitlich unter Druck stehende – Kl aber hier gemacht. Dass er sich im Weg des Vorteilsausgleichs bzw des Abzugs neu für alt sowie höherwertig statt minderwertig eine Kürzung gefallen lassen hätte müssen, steht auf einem anderen Blatt.

Der OGH wählt den durchaus auch gangbaren Weg über den Rettungsaufwand. Er stellt durchaus zutr die Frage: Wie hätte ein „vernünftiger“ Mensch in der Lage des Kl ex ante reagiert? Dazu verweist er zurück, um den Parteien ergänzendes Vorbringen zu ermöglichen. Dem ErstG gibt er immerhin mit auf den Weg, dass kein vernünftiger Mensch einen Rettungsaufwand treiben würde, der 50% höher ist als der zu erwartende Schaden. Ersatzfähig soll der Teil der Anschaffungs-

[Begrenzung des Rettungsaufwands auf den eines maßstabgetreuen „vernünftigen“ Menschen]

Daher ist dem Kl nur jener Teil des Rettungsaufwands zu ersetzen, den auch ein maßstabgetreuer „vernünftiger“ Mensch im Hinblick auf den drohenden Schaden aus Verdienstentgang getrieben hätte. Zum zu erwartenden Verdienstentgang hat der Kl zwar wie erwähnt Vorbringen erstattet, es fehlen aber aufgrund der vom OGH nicht geteilten rechtl Beurteilung der Vorinstanzen Feststellungen. Diese werden im fortgesetzten Verfahren – nach Erörterung mit den Parteien, denen hierzu auch Gelegenheit zu geben sein wird, entsprechendes ergänzendes Sach- und Rechtsvorbringen zu erstatten (§ 182 a ZPO) – nachzuholen und auf ihrer Basis nach den obigen Ausführungen zu entscheiden sein, welcher Teil der Anschaffungskosten des vom Kl tatsächlich erworbenen „Maisgebisses“ als zweckmäßiger Rettungsaufwand ersatzfähig ist.

kosten sein, der als zweckmäßiger Rettungsaufwand anzusehen ist.

Gegen diesen Ansatz bestehen Bedenken: Zu verweisen ist darauf, dass der Kl eine Entscheidung rasch treffen musste. Im Nachhinein ist es leicht, klug zu sein. Zudem würde es sich bei der Unverhältnismäßigkeit von Aufwendungen um einen Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit handeln. Diese setzt eine (Mit-)Verschulden beim Geschädigten voraus und wäre als anspruchshindernde Einwendung vom Schädiger zu beweisen. Der Knackpunkt wird darin liegen, wie man den drohenden Verlust eines Kundenstamms bewertet. Möglicherweise war das Vorbringen des Kl insoweit etwas dürftig, als er das nicht quantifiziert hat. Der Verlust wird aber deutlich über dem Gewinn des betreffenden und des Folgejahrs liegen. Die vom OGH normativ gezogene Grenze von 50% erscheint ebenfalls angreifbar.

Der vom OGH entschiedene Fall ist vergleichbar mit der Anmietung eines Ersatzfahrzeugs zur Abwendung einer Gewinneinbuße. Da es wegen des gespaltenen Haftpflichttarifs in Österreich dazu keine Judikatur gibt, sei ein Blick nach Deutschland erlaubt. Bei *Geigel/Knerr* (Haftpflichtprozess²⁷ [2015] Kap 3 Rn 88 f) finden sich folgende Ausführungen: Die Verhältnismäßigkeit ist erst überschritten, wenn für den Unternehmer die Anmietung eines Ersatzfahrzeugs in der betreffenden Situation „völlig unvertretbar“ war (uHa BGH 4. 12. 1984, VI ZR 225/82 NJW 1985, 793); und weiters: Abzulehnen ist eine Regelgrenze, und sei es, dass der Preis für den Mietwagen den Verdienstaufschlag um das Doppelte überschreitet. Genannt werden bei einem Taxiunternehmer ua Kriterien wie Zusammensetzung der Kundschaft, Markt- und Wettbewerbsstruktur; es findet sich der Schlusssatz, dass dies meist dazu führen werde, dass marktgerechte Kosten eines Ersatztaxi noch als erforderlich – und nicht unverhältnismäßig – anzusehen sind (unter Bezugnahme auf BGH 19. 10. 1993, VI ZR 20/93 NJW 1993, 3321). Dieser Maßstab ist deutlich geschädigtenfreundlicher als der des OGH.

Um zum Schlusspunkt zu gelangen: Selbst wenn nach dem hier vertretenen, der *business judgement rule*

angenäherten Maßstab die getätigte Investition wirtschaftlich sinnvoll war, spricht doch rein gar nichts dagegen, den Rahm abzuschöpfen, im Klartext beim Geschädigten die Vorteile in Abzug zu bringen, die bei ihm durch das neue Gerät eingetreten sind. Das sind einerseits die längere Nutzungsdauer, andererseits aber möglicherweise auch eingesparte Personal- und/oder Treibstoffkosten, wobei insoweit durchaus die Grundsätze der aufgedrängten Bereicherung zum Tragen kommen. Das Judiz des OGH mag im konkreten Fall von dem hier vertretenen Lösungsansatz nur marginal entfernt sein; in künftigen Konstellationen mag das

aber ganz anders sein. Nach den Regeln des Deckungskaufs wäre man zu einem durchaus ähnlichen, mE sogar gleichen Ergebnis gekommen. Die Anwälte der Parteien mögen daraus lernen, dass zwar hier der OGH zurückverwiesen hat, um ihnen ergänzendes Vorbringen zu ermöglichen, weil er sich für den einen und gegen den anderen Begründungsansatz entschieden hat, es aber die Vorsicht gebietet, jeweils sämtliche in Betracht kommenden Argumente für den eigenen Standpunkt und gegen den des Prozessgegners vorzubringen.

Christian Huber,
RWTH Aachen

→ Keine Ersatzfähigkeit der Kosten einer Gedenkstätte

§ 1325 ABGB

Auch wenn die an einer psychischen Krankheit leidende Mutter nach Tötung ihrer Tochter eine Kapelle zur Bewältigung ihrer Trauerarbeit errichten

Sachverhalt:

[Familiäres Umfeld vor Tötung der Tochter]

Am 19. 4. 2012 wurde die Tochter der Kl bei einem Verkehrsunfall so schwer verletzt, dass sie noch an der Unfallstelle verstarb. Die Haftung der zweitbekl HaftpflichtVers ist unstrittig. Die Kl pflegte zu ihrer Tochter ein inniges Verhältnis; sie hatte zwar als auswärtige Studentin eine eigene Studentenwohnung, war aber am Wochenende und auch unter der Woche immer wieder bei ihrer Mutter und übernachtete auch bei dieser. Die familiäre Situation der Kl war in der Zeit vor dem Unfall von einer weiteren belastenden Situation geprägt: Beim (erwachsenen) Sohn der Kl wurde fünf Monate vor dem Unfall ein Gehirntumor diagnostiziert; dieser wurde gleich operiert, der Tumor war behandelbar, der Sohn der Kl ist gesund. Die schwere Erkrankung des Sohnes wurde in der Familie intensiv besprochen. Seine später beim Unfall ums Leben gekommene Schwester kümmerte sich intensiv um ihren Bruder und meinte, dass dann, wenn ihm „etwas passiere“ (er also die schwere Erkrankung nicht überlebe), zu seinem Gedenken eine Kapelle errichtet werden solle.

[Reaktion der Mutter und deren wirtschaftliche Verhältnisse]

Durch den plötzlichen Unfalltod der Tochter trat bei der Kl ein psychisches Trauma bzw ein Schockschaden ein, der zu einer protrahierten depressiven Erlebnisreaktion von Krankheitswert mit Schlafstörungen, sozialem Rückzug und Änderung der gewohnten Lebensweise führte. Im Zustand schwerer Trauer entschloss sie sich, wie von ihrer Tochter iZm der schweren Erkrankung des Sohnes angedacht, eine Kapelle samt Inventar für € 21.920,24 errichten zu lassen (€ 17.743,99 Baumeister, € 1.000,- Fenster, € 2.208,- Kunstschmiedearbeiten, € 707,75 Madonna mit Kind und € 260,50 Verwaltungsabgaben). Bei einem mtl Einkommen von rund € 1.150,- netto (14-mal pro Jahr) konnte sie die Baukosten nicht aus dem laufenden Einkommen finanzieren. Sie griff daher auf vorhandene Ersparnisse zu-

lässt, sind die Kosten vom Schädiger jedenfalls dann nicht zu ersetzen, wenn in medizinischer und therapeutischer Hinsicht keine Notwendigkeit zur Errichtung bestand.

rück; einen Kredit musste sie nicht aufnehmen. Die Kl ist nicht verheiratet, hat noch eine mj Tochter zu versorgen und lebt in einem Haus mit ihrer Mutter. Ihre langjährige Lebensgemeinschaft ging nach dem Unfalltod der Tochter und den daraus resultierenden schweren Folgen für die Kl in die Brüche.

[Durch Kapellenbau zwar Hilfe bei der Trauerarbeit, aber kein therapeutischer Einfluss auf die psychische Krankheit]

Eine gewisse Hilfestellung bei der Trauerarbeit hat die Kapelle geleistet, da der Bau einer solchen Gedenkstätte immer bei der Trauerarbeit helfen kann und auch konkret bei der Kl offensichtlich geholfen hat. Therapeutisch hat der Bau der Kapelle die Schmerzperioden nicht beeinflusst. Generell hilft die Errichtung einer Gedenkstätte oder eines Marterls oder einer Kapelle bei der Trauerbewältigung. Ein Kreuz bzw eine kostengünstigere Gedenkstätte hätte ebenso auch diese Wirkung gehabt. Die Errichtung ist für die Trauerarbeit günstig, um Abstand vom Ereignis zu gewinnen. Eine unbedingte – zwingende – therapeutische Notwendigkeit, eine Kapelle errichten zu lassen, bestand jedoch nicht.

[Beiderseitiges Prozessvorbringen]

Die Kl begehrte insgesamt € 62.999,69 sA. Sie habe durch den plötzlichen Unfalltod ihrer Tochter schwere Schmerzen erlitten, wobei ihre Trauer massiven Krankheitswert erreicht habe. Es stehe ihr daher ein Schmerzensgeld iHv € 30.000,- zu. Die Errichtung der Kapelle auf Eigengrund sei schon aus rein medizinischen Gründen zweckmäßig gewesen; es habe ihr entscheidend bei der Trauerarbeit geholfen und sei ihr auch empfohlen worden.

Die beklP wendeten ein, dass lediglich die Kosten eines Grabdenkmals mit üblichem Zubehör ersatzfähig seien, nicht jedoch die Baukosten der Kapelle, die im Übrigen auch nicht mit den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Kl in Einklang zu bringen seien. →

ZVR 2016/82

§ 1325 ABGB

OLG Wien
21. 5. 2015,
15 R 67/15f
(LG St. Pölten
12. 2. 2015,
40 Cg 63/13z)

Erstmalige Äußerung eines Gerichts zur (in concreto versagten) Ersatzfähigkeit der Kosten einer Kapelle zur Bewältigung der Trauerarbeit.