

Entscheidungen des österreichischen OGH zum Schadenersatz- und Privatversicherungsrecht

Christian Huber*

Nach dem Bericht in HAVE 2015, 161 ff., folgt ein Jahr später ein Bericht über zentrale Entscheidungen des österreichischen OGH zum Schadenersatz- und Privatversicherungsrecht.

I. Schadenersatzrecht

1. Drastische Folgen einer Schwarzfahrt – OGH 8.6.2015 2 Ob 59/15p, ZVR 2015/164 (REISINGER) = ecosex 2015/316 (SCHODITSCH)

Sachverhalt

Eine junge (volljährige) Österreicherin war in einen Flüchtling verliebt. Sie meinte, er sei schon älter als 18 Jahre, was aber nicht zutraf. Sie nahm zudem irrtümlicherweise an, dass er einen Führerschein habe, weil er schon öfter mit dem Kfz gefahren sei, als sie daneben sass. Auf seine Bitte, dass er ihr Auto für eine Fahrt benötige, um seinen Vater zu einem Anwaltstermin in H. zu chauffieren, gab sie es ihm um 6 Uhr früh an ihrer Arbeitsstelle mit der Absprache, es vollbetankt um 12 Uhr wieder dorthin zurückzustellen. Der Lenker beabsichtigte aber von vorneherein, mit seinen Freunden eine Spritztour an einen anderen Ort zu unternehmen. Er rauchte während der Fahrt einen Jamaika-Golden-Joint, wodurch er in seiner Fahrtüchtigkeit beeinträchtigt wurde. Bei einem anschliessenden Unfall beging er Fahrerflucht. Verletzt wurde auch einer der Insassen. Dieser begehrte Ersatz von der Kfz-Haftpflichtversicherung der Halterin. Der Fachverband der Versicherungsunternehmen ist dem Verfahren als Nebenintervenient beigetreten. Das BerG gab – anders als das ErstG – dem Begehren gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer statt.

OGH: Stattgebung der Revision der Bekl. und Wiederherstellung des abweisenden Ersturteils

Der beklagte Kfz-Haftpflichtversicherer haftet nach § 2 Abs. 2 KHVG (Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungsgesetz) nur, wenn der Halter des Kfz haftet. Es liegt eine Schwarzfahrt vor, weil die Halterin dem Lenker das Fahrzeug nur für einen bestimmten

Zweck geliehen hat. Bei einer Schwarzfahrt gilt für den Insassen ein Haftungsausschluss nach § 3 Z. 2 EKHG (Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz). In Betracht kommen könnte eine Einstandspflicht der Halterin wegen Gefährdung der Allgemeinheit aus der Verschuldenshaftung, weil sie nicht überprüft hatte, ob der Lenker einen Führerschein besass. Das war aber vom OGH nicht zu beurteilen, weil sich das Vorbringen sowohl des Insassen als auch des Versicherungsverbands bloss auf den Gefährdungshaftungsstatbestand beschränkte.

Kommentar

Der Umstand, dass es sich um eine Schwarzfahrt handelte, führte in concreto dazu, dass der Insasse (allein wegen dieses Umstandes) lediglich einen – kaum durchsetzbaren – Anspruch gegen den Lenker hatte, dazu noch einen (weniger weitreichenden) Anspruch gegen die Verkehrsofferhilfe, nicht aber einen (vollen) Anspruch gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer. Wäre ein schuldhafter Verstoss der Halterin behauptet worden, dass sie sich nicht vergewissert hatte, ob der Lenker über einen Führerschein verfüge, hätte das zu einer Verschuldenshaftung der Halterin und damit einer Ersatzpflicht der Kfz-Haftpflichtversicherung geführt. Das unterlassene Vorbringen, namentlich des Anwaltes des Versicherungsverbands, ist im Lichte der OGH-Entscheidung wohl als Anwaltsverschulden zu qualifizieren. Hätte die Halterin ausgesagt, dass sie dem Lenker das Kfz auch für die Spritztour zur Verfügung gestellt hätte – vor Antritt der Fahrt war sie ja noch verliebt! – hätte das ebenfalls zur Einstandspflicht des Kfz-Haftpflichtversicherers geführt, weil bei hypothetischer Einwilligung (geringfügige) Überschreitungen des Zwecks, zu dem das Fahrzeug zur Verfügung gestellt worden ist, das Odium der Schwarzfahrt beseitigen mit der Folge, dass der Halter haftet und der Lenker mitversichert (gewesen) wäre. Der Insasse hat bei einer Schwarzfahrt keinen Ersatzanspruch gegen den Halter; ein beliebiger Dritter bleibt jedoch anspruchsberechtigt (dazu der Parallelfall OGH 9.9.2015, 2 Ob 120/15h, ZVR 2016/11: der Lenker hat durch Vorlage eines gestohlenen Führerscheins einem Möbelhändler einen Pritschenwagen herausgelockt und mit diesem einem Dritten einen Schaden zugefügt; Bejahung der Haftung des Halters). In concreto mag der verletzte Insasse von der Schwarzfahrt gewusst haben, weshalb er nicht schutzwürdig ist. Der Wortlaut des § 3 Z. 2 EKHG stellt aber allein auf den Umstand der Schwarzfahrt ab. Dabei kann auch ein «Unschuldiger» zum Handkuss kommen. Sachgerecht wäre m.E. eine teleologische Reduktion dergestalt,

* Prof. Dr., Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der Rheinisch-westfälischen Technischen Hochschule Aachen.

dass nur der Insasse von der EKHG-Haftung des Halters ausgeschlossen wird, dem die Schwarzfahrt erkennbar war, mag der Insasse dafür auch beweispflichtig sein.

2. **Motorradschutzkleidung und Mitverschulden – OGH 12.10.2015, 2 Ob 119/15m, ZVR 2016/10 (CH. HUBER) – dazu CH. HUBER, Das Unterlassen der Benutzung von Sicherheitseinrichtungen (Gurt, Helm, Schutzkleidung) – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda aus Anlass von OGH 27.8.2014, 2 Ob 99/14v, ÖJZ 2015/37, ÖJZ 2016/13**

Sachverhalt

Der Kläger fuhr am frühen Abend mit seiner Honda vom Fischteich zu seinem 5 Minuten entfernten Wohnsitz. Er trug feste Schuhe und Sturzhelm, aber bloss kurze Hose und T-Shirt. Es kam zu einem vom beklagten Lenker verschuldeten Unfall. Hätte der Motorradlenker Schutzkleidung getragen, wäre die Verletzung weniger schlimm ausgefallen. Strittig war, ob dieser Umstand bei der Schmerzensgeldbemessung zu berücksichtigen war. Die Vorinstanzen gaben dem Begehren in vollem Umfang statt.

OGH: Stattgebung der Revision der Beklagten und Kürzung des Begehrens um das kausalitätsbedingte Mitverschulden im Ausmass von 25%

Der OGH nimmt Bezug auf die Radfahrerhelm-Entscheidung HAVE 2015, 163 (3), und überträgt die dort für den ambitionierten Fahrradfahrer in Bezug auf das Helmtragen ausgesprochenen Grundsätze auf das Tragen von Schutzkleidung beim Motorradfahren: Jeder vernünftige Mensch würde beim Motorradfahren Schutzkleidung tragen. Deshalb erfolgt eine Berücksichtigung beim Schmerzensgeld auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung. Da vom Gesetzgeber die Sanktion bei Verstoss gegen das Anlegen des Gurtes beim Autofahren und des Helmtragens beim Motorradfahren auf das Schmerzensgeld (§ 106 Abs. 2 und 7 KfG [Kraftfahrzeuggesetz]) begrenzt ist, muss die gesetzgeberische Wertung auch auf diesen Fall erstreckt und die Sanktion auf das Schmerzensgeld begrenzt werden. Es erfolgt eine – pauschale – 25%ige Kürzung, soweit durch das Tragen von Schutzkleidung die Verletzung geringer ausgefallen wäre und damit geringere Schmerzen zu erdulden gewesen wären.

Kommentar

Der OGH setzt seine strenge Linie folgerichtig fort. Motorradfahren ist etwas Gefährliches, nicht nur für andere, sondern auch für Lenker und Beifahrer, wenn sie zu Sturz kommen, was schon wegen des Umstandes, dass es sich um ein einspuriges

Fahrzeug handelt, nicht ganz selten vorkommt. Der OGH begründet sein Ergebnis durch Bezugnahme auf eine empirische Untersuchung, aus der sich ergibt, dass nur 17,6% der Motorradfahrer keine Schutzkleidung tragen. Auch wenn insoweit ein – nicht immer zulässiger – Schluss vom Sein auf das Sollen gezogen wird, ist die faktische Übung immerhin ein aussagekräftiges Indiz. Letztendlich hat aber eine normative Festlegung zu erfolgen, was dem verantwortungsvollen Motorradfahrer samt seinem Beifahrer abverlangt wird. Zutreffend hat sich der OGH auf keine Kompromisse eingelassen, ob es sich um kurze oder lange Fahrten handelt, solche über Land oder in der Stadt. Die potenzielle Gefährlichkeit ist stets gegeben. Kritikwürdig ist freilich die pauschale 25%ige Kürzung. Je nach dem Gewicht des Zurechnungsmoments auf der Seite des Schädigers ist eine Feinjustierung vorzunehmen. Bei Einstandspflicht aus der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung des Unfallgegners hätte die Kürzung in concreto massvoller ausfallen sollen.

3. **Zusammenstoss eines E-Bikers mit einem unmündigen Radfahrer – OGH 9.4.2015, 2 Ob 31/15w, ÖJZ 2015/141**

Sachverhalt

Es kam zu einer Kollision zwischen einem (betagten) E-Biker und einem 10-jährigen Radfahrer. Der 10-Jährige fuhr, ohne zu schauen, aus einer durch eine Hecke umrahmten Hauseinfahrt heraus; für den E-Biker war der Unfall nicht vermeidbar. Der 10-Jährige kam vom Fussballplatz, wo sich sein Freund eine blutende Wunde zugezogen hatte; er wollte dessen Mutter verständigen, hatte diese aber nicht angetroffen und befand sich in einer heftigen Gemütsaufregung. Der 10-Jährige hatte knapp davor die Fahrradfahrerprüfung abgelegt. Eine Haftpflichtversicherung besteht nicht. Das ErstG gab dem Begehren zu 50% statt, das BerG zu 75%.

OGH: Teilweise Stattgebung der Revision des Beklagten und Begrenzung des Zuspruchs auf 25%

Gemäss § 65 Abs. 1 StVO (Strassenverkehrsordnung) darf ein Minderjähriger erst mit 12 Jahren Rad fahren, es sei denn, er hat die Fahrradfahrerprüfung abgelegt. Andere Verkehrsteilnehmer können dann darauf vertrauen, dass er sich verkehrsgemäss verhält. Das Verschulden eines Minderjährigen ist aber milder zu beurteilen als das eines Erwachsenen. Das gilt umso mehr, je weiter der Minderjährige altersmässig von der Grenze der Deliktsfähigkeit (§ 176 ABGB) entfernt ist. Der OGH verweist darauf, dass in concreto keine Haftpflichtversicherung bestand. Ausgehend vom Grundsatz, dass ein 10-Jähriger grundsätzlich deliktsunfähig sei, sei von diesem

nicht zu erwarten, dass er sich in einer psychisch belastenden Situation im Verkehrsgeschehen ruhig und besonnen verhalte, weshalb die Haftung mit 25% begrenzt werde. Das sei ausreichend und fallbezogen.

Kommentar

Bei der Billigkeitshaftung eines Minderjährigen spielt das richterliche Ermessen naturgemäss eine grosse Rolle. Wie gross dieses ist, zeigt dieser Fall eindrucksvoll. Der Zuspruch oszilliert von 75% über 50% bis zu 25%. Ist ein Verschulden gegeben, spielt der Grad des Verschuldens im österreichischen Recht grundsätzlich keine Rolle; es ist voller Ersatz zu leisten. Eine Abstufung ergibt sich nur in Ausnahmefällen: Der Ersatz des entgangenen Gewinns ist gemäss §§ 1323 f. ABGB vom Vorliegen mindestens grober Fahrlässigkeit abhängig; der Arbeitnehmer haftet nach § 2 DHG (Dienstnehmerhaftpflichtgesetz) nur mit einem Teilbetrag nach Massgabe seines Verschuldens; und schliesslich spielt das Ausmass des Verschuldens des Schädigers bei der Kürzung des Anspruchs des Geschädigten wegen dessen Mitverschuldens gemäss § 1304 ABGB eine Rolle. Der OGH betont, dass § 1310 ABGB ein weiterer Anwendungsfall ist, bei dem das Verschulden des Täters für das Ausmass seiner Ersatzpflicht bedeutsam ist. Genannt werden in einem Atemzug das Bestehen einer Haftpflichtversicherung und ein trotz Minderjährigkeit gegebenes Verschulden. Methodisch ist freilich stets in einem ersten Schritt zu prüfen, ob gemäss § 1310 Variante 1 ABGB eine Einstandspflicht wegen bestehenden Verschuldens zu bejahen ist; soweit ein Anspruch damit nicht begründet werden kann, kommt eine Tragfähigkeitshaftung nach § 1310 Variante 3 in Betracht, wobei das Bestehen einer Haftpflichtversicherung beim Schädiger bzw. von Versicherungen beim Geschädigten in der Praxis die grösste Rolle spielen. Im Rahmen der Deliktsfähigkeit kommt es nicht nur darauf an, ob ein 10-Jähriger intellektuell in der Lage ist, die Gefahrenträchtigkeit seines Verhaltens einzuschätzen. Das ist in der Regel gegeben, namentlich nach Bestehen der Radfahrerprüfung. Die Problematik liegt aber darin, dass sich Kinder bis zum vollendeten 14. Lebensjahr häufig nur auf eine Sache konzentrieren können, weshalb sie bei Befassung mit etwas anderem im Verkehrsgeschehen überfordert sind. Der deutsche Gesetzgeber hatte deshalb erwogen, die Deliktsfähigkeitsgrenze im motorisierten Strassenverkehr, bei der unter keinen Umständen eine Einstandspflicht des Minderjährigen oder eine Kürzung seines Anspruchs im Fall sonst anzurechnenden Mitverschuldens wegen seiner Minderjährigkeit stattfindet, von 7 Jahren auf

10, 12 oder 14 Jahre anzuheben; er hat sich letztlich in § 828 Abs. 2 BGB für die Grenze von 10 Jahren entschieden, aber betont, dass die Gerichte aufgerufen sind, zu prüfen, ob im Einzelfall die volle Steuerungsfähigkeit zu bejahen ist. Das hat der OGH in concreto zu Recht nur in eingeschränktem Mass bejaht. Schliesslich ist zu bedenken, dass ein fahrlässig handelnder Schuldner auch Privatinsolvenz anmelden und eine Restschuldbefreiung beantragen kann, was bei einem solchen Schädiger dazu führen wird, dass der Geschädigte selbst bei Zuspruch von 25% seines Schadens weitgehend leer ausgehen wird.

4. Haftung für Sturz auf dem Parkplatz eines Einkaufszentrums – OGH 27.5.2015, 6 Ob 180/14k, Zak 2015/498 = ÖJZ 2016/2 (HAFNER) = bbl 2015/214

Sachverhalt

In einem Einkaufszentrum mit 16 Geschäften durfte der Kunde auf einem beliebigen Parkplatz der für das Einkaufszentrum zugewiesenen 400 Kundenparkplätze sein Auto abstellen. Nach Tätigen eines Einkaufs rutschte ein Kunde auf dem Weg zum Auto infolge behaupteter mangelhafter Schneeräumung aus und verletzte sich. Er belangte den Betreiber des Geschäfts, bei dem er die Ware gekauft hatte. Sämtliche Geschäftsinhaber hatten die Lokale vom Betreiber des Einkaufszentrums gemietet und mit diesem vereinbart, dass er sich um die Schneeräumung kümmern solle, wobei die Kosten im Rahmen der Betriebskosten auf die Geschäftsinhaber überwält worden sind. Die Vorinstanzen wiesen das Begehren ab.

OGH: Stattgebung der Revision des Klägers und Zurückverweisung, um die Verschuldensfrage zu klären

Zwischen dem Betreiber eines Geschäfts und einem Kunden ist eine Sonderverbindung gegeben. Besondere Pflichten ergeben sich ab dem vorvertraglichen Kontakt und erfassen auch den nachvertraglichen Bereich. Der Geschäftsinhaber haftet nach Vertragsgrundsätzen; auf die Eigentumsverhältnisse am Gehsteig oder Parkplatz kommt es nicht an. Wegen der vertraglichen Absprache ist der Vermieter Erfüllungshilfe des Geschäftsinhabers zur Erfüllung der vertraglichen Verkehrssicherungspflicht. Auch ein (selbständiger) Unternehmer kann Erfüllungshilfe sein; auf eine konkrete Weisungsbefugnis kommt es nicht an.

Kommentar

Nach österreichischem Recht ist die Reichweite der Wegehalterhaftung davon abhängig, ob eine bloss deliktische Haftung gegeben ist oder eine (quasi-)

vertragliche Haftung. Bei deliktischer Haftung kommt eine Einstandspflicht des Anrainers nach § 93 StVO (Strassenverkehrsordnung) in Betracht, wonach auch für leichte Fahrlässigkeit einzustehen ist, aber für Gehilfen nur nach dem zahnlosen § 1315 ABGB (Besorgungsgehilfenhaftung); darüber hinaus kommt die Wegehalterhaftung nach § 1319a ABGB in Betracht, wonach zwar für Gehilfen eine strenge Leutehaftung gilt, die Einstandspflicht aber auf grobe Fahrlässigkeit begrenzt ist. Nur bei vertraglicher Haftung kommt es zu einer Kombination von Haftung auch bei leichter Fahrlässigkeit und Einstandspflicht für Gehilfen nach § 1313a ABGB (Erfüllungsgehilfenhaftung). Dazu kommt eine Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB in Bezug auf das Verschulden. Eine solche (quasi-)vertragliche Haftung wird bereits angenommen bei Aufnahme des rechtsgeschäftlichen Kontakts; im Klartext beim Betreten des Geländes in der Absicht, etwas zu kaufen. Die strenge quasi-vertragliche, nachvertragliche Haftung dauert auch noch nach Tätigen des Einkaufs bis zum Verlassen des Geländes; in dieser Phase hatte sich in concreto der Unfall ereignet. Das führt zu einer sehr weitreichenden Haftung, kann sich doch der Verletzte de facto den Schuldner aussuchen; bei welchem Geschäft er auch immer gekauft oder auch nur gustiert hatte, das ist sein potenzieller (quasi-)vertraglicher Schuldner. Dagegen könnte man Bedenken anmelden wegen der Uferlosigkeit der Haftung. Bei Licht betrachtet ist diese Rechtsfolge aber weniger dramatisch, geht es doch «bloss» darum, dass der Geschädigte einen Anspruchsgegner benötigt, der den von ihm vorläufig getragenen Schaden an den weiterwälzt, der ihn schlussendlich tragen soll, nämlich den Vermieter. Der OGH hatte diesen Weg bereits bei einer vertraglichen Verkehrssicherungspflicht einer Fluglinie besprochen (OGH 26.6.2014, 8 Ob 53/14g, ÖJZ 2014/144 [BURTSCHER]), in vergleichbaren Fällen, in denen es um die Einstandspflicht eines Arztes gegangen ist, aber abgelehnt (OGH 7 Ob 250/10f; 2 Ob 70/12a; 2 Ob 130/14b). Alternativ könnte erwogen werden ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, nämlich Schutzwirkungen des Vertrags zwischen dem einzelnen Geschäftsinhaber und dem Betreiber des Einkaufszentrums zugunsten der Kunden der Geschäftsinhaber. Unterschiedlich ist dabei die Tragung des Insolvenzrisikos, das aber nur ausnahmsweise eine Rolle spielen wird, noch dazu, wenn eine Haftpflichtversicherung besteht. Die vom OGH gewählte Begründung hat den Vorzug, dass der Geschädigte «seinen» Ersatzpflichtigen leichter ausfindig machen kann, weiss er doch, bei wem er gekauft oder geliehen hat, während das Herausfin-

den, wer bzw. welche Gesellschaft das Einkaufszentrum betreibt, mit mehr Schwierigkeiten verbunden wäre.

5. **Haftung für die durch ein Bauunternehmen verschmutzten Schellacks und Schallplatten des Mieters des Kellers – OGH 28.4.2015, 8 Ob 132/14s, ecolex 2015/356 = bbl 2015/202**

Sachverhalt

Ein Lebensmitteldiscounter mietet ein Geschäftslokal und lässt dieses nach seinen Vorgaben von der in der Folge beklagten Baufirma herrichten, wobei der bisherige Fussboden abgetragen werden soll. Der Vermieter (eine GmbH) hat ihrem (in der Folge klagenden) Gesellschafter-Geschäftsführer die Kellerräume vermietet, wo dieser eine Sammlung von Schellacks und Schallplatten gelagert hat. Vor Inangriffnahme der Arbeiten war der Gesellschafter-Geschäftsführer zugegen. Die beabsichtigten Arbeiten wurden besprochen. Eine Begehung des Kellers unterblieb, weil die zum Keller führende Gittertür versperrt war. Das Tonträgerarchiv wurde nicht erwähnt. Im Zuge der Bauarbeiten kam es bei Einsatz eines Minibaggers zu einer Verschmutzung der Tonträger; offenbar rieselte es von der Decke infolge der Erschütterungen im Erdgeschoss. Der Kläger verlangte für die Reinigung seiner Tonträger (die Kleinigkeit von) 210000.– €. Nach Abweisung durch das ErstG verwies das BerG zur Sachverhaltsergänzung zurück.

OGH: Zurückweisung des Rekurses des Beklagten und damit Bestätigung des Zurückverweisungsbeschlusses des BerG

Der OGH bejahte einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter; der Vertrag zwischen dem Besteller (Lebensmitteldiscounter) und dem Bauunternehmen entfaltet Schutzwirkungen zugunsten des Mieters des Kellers. Als ausreichend wurde angesehen, dass der Besteller (Lebensmitteldiscounter) dem Mieter zur Fürsorge verpflichtet ist und es für den Bauunternehmer erkennbar war, dass der Mieter im unmittelbaren Gefahrenbereich sein werde. Beides wurde hier unter Bezugnahme auf die Vorentscheidung (OGH 27.2.2014, 1 Ob 150/13k, ZVR 2014/2016) bejaht.

Kommentar

Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist ein Zauberstab für die Vervielfachung vertraglicher Einstandspflichten mit durchaus beträchtlichen wirtschaftlichen Auswirkungen, in concreto namentlich deshalb, weil ein (deliktischer) nachbarrechtlicher Anspruch gegen den Bauunternehmer gerade verneint worden ist. In der zitierten

Vorentscheidung (27.2.2014, 1 Ob 150/13k, ZVR 2014/2016) ging es darum, dass angenommen wurde, dass einzelne Wohnungseigentümer bei einem schuldhaft verursachten Brand zu wechselseitiger Fürsorge verpflichtet seien. Dieser Grundsatz wird auf das Verhältnis gegenüber Mietern ausgedehnt – ein beträchtlicher Schritt! In einer anderen Vorentscheidung, nämlich OGH 22.1.2015, 1 Ob 103/14z, HAVE 2015, 161 (1), hatte der OGH eine solche Fürsorgepflicht gegenüber Mietern gerade noch abgelehnt, wobei einzuräumen ist, dass dort (Entzündung eines Akkus eines E-Bikes im Keller) im Unterschied zur aktuellen OGH-Entscheidung kein räumliches Naheverhältnis zu den Geschädigten bei Erbringung der Hauptleistung bestand. Verwiesen sei auch auf den Beitrag von C. SCHMIDT (Haftung gegenüber Dritten bei fehlerhaften Gutachten – Überblick zur deutschen und österreichischen Rechtslage, HAVE 2016, 119 ff.) zur Reichweite des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter im deutschen und österreichischen Recht bei Erstellung von Gutachten. Abgesehen davon, ob es sich in concreto um einen legitimen Anwendungsbereich des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter handelt, wäre m.E. eine Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens zu prüfen gewesen. Der Kläger war vor Beginn der Bauarbeiten dabei. Er wusste, welche sensible Güter im Keller gelagert waren; zudem war für ihn leichter als für die Baufirma erkennbar, zu welchen beträchtlichen Schäden es in einem Gebäude mit ihm bekannter Bausubstanz und Lagerung besonders wertvoller und sensibler Sachen im darunter liegenden Keller durch Einsatz eines Minibaggers kommen kann, der bei solchen Arbeiten nicht ungewöhnlich ist. Bei solcher Kenntnis zu schweigen und nachher in 6-stelliger Höhe Ersatz für Reinigungskosten zu verlangen, ist m.E. geradezu treuwidrig. Zudem war hier der Geschädigte aus dem Blickwinkel der ökonomischen Analyse der *cheapest cost avoider*.

6. **Skirennen im freien Gelände – OGH**
20.5.2015, 7 Ob 68/15y, JBI 2015, 715 = Zak
2015/499 = ecolex 2015/359

Sachverhalt

Veranstaltet wurde ein Ski- und Snowboardrennen im freien Gelände mit Massenstart, wobei einer der Skifahrer verletzt wurde, der zur Elite in dieser Disziplin zählt. Gegen eine Gebühr von 30.– €, die die Tageskarte beinhaltete, war die Teilnahme möglich, wobei eine Freizeichnungserklärung zu unterfertigen war, dass jeder auf eigene Gefahr teilnehme und auf jegliche Ansprüche wegen Sach- und Personenschäden gegen den Veranstalter und dessen Mitarbeiter verzichte. Der zweitbeklagte Vorsit-

zende des erstbeklagten Vereins fuhr im Tiefschnee die Strecke ab und gab Anweisung, links und rechts von seiner Spur Stangen zu setzen. Weder ist er die Strecke ein zweites Mal abgefahren noch bestand für die Teilnehmer die Möglichkeit einer Besichtigung. Zwischen den Totstangen bestand für die Teilnehmer freie Streckenwahl. Der Vorsitzende war im Tiefschnee naturgemäß langsamer (30–40 km/h) unterwegs als die nachfolgenden Rennläufer bei zum Teil geplätteten Schnee. Vor dem Ziel wählte der Zweitbeklagte einen Linksschwung; dieser war aufgrund der Torsetzung aber nicht zwangsläufig. Der Kläger folgte den anderen vor ihm fahrenden Läufern und landete bei einer Geschwindigkeit von 50 km/h knapp vor dem Ziel auf einem Gegenhang im Gestrüpp, wobei er sich erhebliche Verletzungen zuzog. Bei 20 km/h wäre der Sturz vermeidbar gewesen. Das ErstG sprach $\frac{1}{3}$ zu, das BerG 50%.

OGH: Stattgebung der Revision des Klägers und Zuspruch von 100%

Das freie Skigelände ist von atypischen Gefahren abgesehen grundsätzlich nicht zu sichern. Eine Grabenmulde ist grundsätzlich keine atypische Gefahr, es sei denn, es handelt sich um ein Skirennen. Unberechtigt ist der Einwand der Beklagten, dass der Kläger auf Sicht fahren hätte müssen; dieser Grundsatz ist einem Wettkampf wesensfremd. Der Vorwurf besteht darin, dass die Kurssetzung beim erstmaligen Befahren im Tiefschnee bei geringer Geschwindigkeit erfolgte, ohne die Sicherheit der Strecke abermals zu überprüfen, nachdem der Schnee geplättet war. Der Haftungsausschluss erfasst nicht die Gefahren, an die die Teilnehmer nicht denken konnten: An ein derart krasses Verschulden konnten die Teilnehmer nicht denken; wenn es um die Sicherheit geht, ist auch die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit unzulässig.

Kommentar

Beeindruckend ist die Bandbreite von Abweisung bzw. Zuspruch: Bei den näher an den Bergen gelegenen westlichen Tatgerichten stand die mit solchen Unterfangen verbundene immanente Gefahr im Vordergrund; bei dem im östlichen Flachland situierten OGH dominierte die Fürsorgepflicht des Veranstalters. Abgesehen von der Sinnhaftigkeit solcher Veranstaltungen (Tiefschneerennen mit Massenstart) ist das Judiz des OGH durchaus zu begrüßen: Wer ein Rennen fährt, der muss sich darauf verlassen (können), dass der Veranstalter ihn auf einen Parcours schickt, der jedenfalls bei korrekter Bewältigung nicht in eine Grube mit Gestrüpp führt. Jeder vernunftbegabte Veranstalter hätte sich ausrechnen können, dass die Geschwindigkeit

bei geplättetem Schnee eine andere ist als im Tief-schnee. Bemerkenswert ist, dass nicht nur der Verein als Veranstalter, sondern auch der Vorsitzende persönlich zur Haftung herangezogen worden ist. Bei der Freizeichnungsklausel hat der OGH angesetzt, womit ein Teilnehmer rechnen darf bzw. muss. Viel zwangsloser und einfacher wäre das Ergebnis damit zu begründen gewesen, dass jedenfalls in Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Ausschluss jeglicher Haftung stets unwirksam und in Bezug auf die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität selbst ein Ausschluss leichter Fahrlässigkeit unzulässig ist.

7. **Nachvertragliche Pflicht des Rechtsanwalts, auf drohende Verjährung hinzuweisen – OGH 15.7.2015, 3 Ob 89/15g, Zak 2015/597 = AnwBl 2015, 650 = ecolex 2015/448**

Sachverhalt

Der Mandant hat in einer umfangreichen Causa, in der 28 Prozesse anhängig waren, seinem Anwalt das Mandat gekündigt in einer Phase, in der Ruhen des Verfahrens vereinbart war. Wenn in dieser Phase nicht innerhalb einer bestimmten Frist ein Fortsetzungsantrag gestellt wird, tritt Verjährung ein. Diese Frist war knapp vor dem Ablauf. Der neue Anwalt benötigte geraume Zeit, um sich in den Akt einzuarbeiten und stellte 2½ Monate nach Übernahme einen Fortsetzungsantrag, worauf der Prozessgegner erfolgreich Verjährung einwendete. Der Mandant belangte den ehemaligen Anwalt und verlangte von ihm den Betrag, den er ohne erfolgreiche Erhebung der Verjährungseinrede erstritten hätte, weil er gegen eine nachvertragliche Nebenpflicht verstossen habe. Das ErstG wies ab; das BerG hob auf, um zu klären, ob die Ansprüche des Klägers ohne erfolgreiche Erhebung der Verjährungseinrede berechtigt gewesen wären.

OGH: Zurückweisung des Rekurses des Beklagten und damit Bestätigung des Zurückverweisungsbeschlusses des Beklagten

Wenn eine Forderung zu verjähren droht, muss der Anwalt unverzüglich einschreiten. Für den Anwalt, dem das Mandat gekündigt wurde, war erkennbar, dass die Forderung sich knapp vor Ablauf der Verjährung befand. Angesichts des Verhaltens des Mandanten durfte der ehemalige Anwalt nicht davon ausgehen, dass Vergleichsgespräche geführt werden, die zu einer Ablaufhemmung geführt hätten. Für den Anwalt, dem das Mandat gekündigt wurde, war nicht erkennbar, wie rasch sich der mit dem Mandat nunmehr betraute Anwalt einlesen und auf das Erfordernis eines Fortsetzungsantrags stossen werde. Der nunmehr betraute Anwalt hat – zu Unrecht – darauf vertraut, dass eine Fortsetzung

durch das Gericht erfolgen werde. Es stellt keine Überspannung der (nachvertraglichen) Pflichten des bisherigen Anwaltes dar, den nunmehr mandatierten Anwalt auf diese Gefahr hinzuweisen. Der Mandant muss sich eine allfällige Sorgfaltswidrigkeit des neuen Anwaltes auch nicht als Mitverschulden zurechnen lassen. Offen bleiben kann in diesem Verfahren, ob der Anwalt, dessen Mandat gekündigt wurde, einen Regressanspruch gegen den Anwalt hat, der mit dem Mandat in der Folge betraut wurde.

Kommentar

Derjenige Anwalt, dessen Mandat gekündigt wird, der ist auf den Klienten nicht immer (besonders) gut zu sprechen, fällt doch eine Einkunftsquelle weg – und bei einer Bauvertragscausa mit 28 Prozessen (mit nicht immer geringen Streitwerten) dürfte das keine ganz unbedeutende sein. Soll doch der nächste (Anwalt) sehen, wie er das schafft. Und wenn dann die Prozesse verloren gehen, mag beim gekündigten Anwalt ein bisschen Schadenfreude mitschwingen. Hätte der Mandant doch bloss nicht gekündigt, mag er heimlich denken. Allein, wer zuletzt lacht, lacht am besten. Der gekündigte Anwalt hätte wegen des offenbar cholерischen Temperaments des Klienten nicht darauf vertrauen dürfen, dass dieser Vergleichsgespräche führt oder wieder aufnimmt. Er hätte den Anwalt, der die Causa übernimmt, jedenfalls bei einem dicken Akt auf die drohende Verjährung hinweisen müssen. Dass der Klient oder der nachfolgende Anwalt das selbst herausfinden hätte können, lässt der OGH nicht gelten. Allenfalls kann ein Verschulden des nachfolgenden Anwaltes beim Regress von Bedeutung sein; aber da der gekündigte Anwalt von der drohenden Verjährung weiss, der übernehmende Anwalt das aber nicht leicht erkennen kann, wird die Aufteilung nicht 50:50 lauten, sondern eher 80:20 bzw. 90:10 zulasten des gekündigten Anwaltes. Zuvor freilich hat der Mandant zu beweisen, dass der Anspruch abgesehen von der Verjährung durchsetzbar gewesen wäre – deshalb die Zurückverweisung. Die Moral von der Geschichte lässt sich so zusammenfassen: Mit der Kündigung oder Niederlegung des Mandats sind die Pflichten des bis dahin betrauten Anwaltes noch nicht (ganz) erfüllt.

8. **Umfang der Ersatzpflicht bei Zerstörung einer Brücke – OGH 13.5.2015, 2 Ob 88/14a, ZVR 2015/174 (CH. HUBER) = Zak 2015/393**

Sachverhalt

Ein Landwirt fuhr mit seinem Mähdrescher mit 18 t über eine Brücke, für die eine – angezeigte – Gewichtsbegrenzung mit 12 t galt. Das hatte den

Landwirt noch nie gekümmert. Die Folge war: Am 30.10.2010 stürzte die 1962 errichtete Brücke ein. Sie hatte einen Zeitwert von 65 000.– €; die Entsorgungskosten betragen 3 500.– €. Nach weiteren 4 Jahren wäre eine Generalsanierung für 153 000.– € erforderlich gewesen, weil eine solche Brücke lediglich eine betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer von 40 Jahren hat. Der Eigentümer errichtete eine ganz andere Brücke für 411 000.– €. Davon verwendete er aus laufenden Budgetmitteln 93 000.– €, für die er bei Veranlagung unter Abzug der Kapitalertragssteuer und einer Verzinsung von 3% 11 000.– € Zinsen erwirtschaften hätte können. Der Kläger begehrte zunächst 110 000.– €, schränkte dann auf 60 000.– € ein und dehnte dann auf 74 000.– € und schlussendlich auf 84 000.– € aus. Das ErstG sprach 65 000.– € zu, das BerG 68 000.– €.

OGH: Stattgebung der Revision des Beklagten und Zurückverweisung

Der OGH verwies auf die Parallelen zwischen Sach- und Personenschaden; er führte aus, dass nur der Schaden ersatzfähig sei, der in der Vorverlegung liege, sofern dieser mit einiger Sicherheit vorhersehbar sei. In der konkreten Entscheidung liege der Schaden in der Vorverlegung der Generalsanierung von 4 Jahren. Ersatzfähig seien lediglich diese Vorfinanzierungskosten. Vorgetragen wurde in 1. Instanz, dass diese bei mindestens 30 000.– € liegen würden. Dazu fehlen aber Feststellungen.

Kommentar

Der Krug geht so lange zum Brunnen, bis er bricht. Das gilt auch für Mähdrescher, die über dafür unterdimensionierte Brücken fahren. Bei der Ermittlung des zutreffenden Ersatzbetrags entsteht der Eindruck eines Tappens im Dunkeln. Der Geschädigte hat sein Begehren viermal modifiziert mit einem Spitzenwert von 110 000.– € und einem Mindestbetrag von 60 000.– €. Die Tatgerichte oszillieren relativ konstant zwischen 65 000.– € und 68 000.– €. Der OGH nennt zwar keine konkrete Zahl; bei realistischer Schätzung werden kaum mehr als 20 000.– € herauskommen. Bei Generalsanierungskosten von 153 000.– € und Annahme eines Zinssatzes von 3% (mittlerweile liegen die Zinssätze Privater bei grundbücherlicher Besicherung für einen solchen Zeitraum bei unter 1%!) kommt man zu folgendem Ergebnis: $153\,000.-\text{€} \times 4\text{ Jahre} \times 0,03 = 18\,360.-\text{€}$. Bei Inanspruchnahme der Budgetmittel und Ansatz der entgangenen Veranlagung im Ausmass von 93 000.– € kommt man insoweit auf einen geringeren Betrag, für die Differenz mögen damals die Zinsen einen Deut höher gewesen sein; immerhin sollte die Bonität einer Gemeinde hoch zu ver-

anschlagen sein. Gegenzurechnen wäre auch noch die inzwischen eingetretene Inflation. Die überhöhten Werte ergaben sich unter Bezugnahme auf die – inzwischen überwundene – objektiv-abstrakte Schadensberechnung, die häufig zu einer Aufblähung des Schadensumfangs führt. Verdienstvoll ist der Verweis auf die Parallele zwischen Sach- und Personenschaden; beim Rentenschaden führt die überholende Kausalität zu einer zeitlichen Begrenzung der Rente; bei einer Kapitalentschädigung muss eine Herausrechnung des nicht ersatzfähigen Schadens erfolgen. Kritikwürdig ist allein, dass lediglich solche Umstände als berücksichtigungsfähig angesehen werden, die mit einiger Sicherheit vorhersehbar seien. In der Treppenlift-Entscheidung (OGH 25.6.2014, 2 Ob 48/14v ZVR 2015/47 [CH. HUBER]) hatte der OGH das verneint, hier aber bejaht. Es gibt aber keinen (sachlichen) Grund, vor weiter in der Zukunft liegenden Ereignissen die Augen zu verschliessen. Auch bei diesen bleibt es bei der Beweislast des Schädigers, allerdings ist diesem m.E. eine Beweiserleichterung einzuräumen, weil die sichere Beweisbarkeit von Umständen umso schwieriger ist, je weiter sie in der Zukunft liegen.

9. **Gesonderte Bemessung von Schmerzensgeld wegen (blosser) Trauer und wegen eines Schockschadens – OGH 9.9.2015, 2 Ob 143/15s, Zak 2015/661 = ZVR 2015/214 = JBI 2016, 58 = ÖJZ 2016/39 (CH. HUBER)**

Sachverhalt

Der 18-jährige Sohn der beiden Kläger (Vater und Mutter) wurde grob fahrlässig getötet. Der Haftpflichtversicherer hat 5 000.– € akonto gezahlt und weitere 10 000.– € angeboten. Der klägerische Anwalt hat erklärt, das hinsichtlich des Vaters als abschliessende Erledigung anzusehen, hinsichtlich der Mutter stehe noch Schmerzensgeld aus § 1325 ABGB zu. Die Haftpflichtversicherung leistete daraufhin jeweils 10 000.– € und bezeichnete das als Trauerschmerzensgeld. Hingewiesen wurde darauf, dass Kosten für allfällige kausale, medizinisch indizierte Behandlungen der Mutter davon nicht erfasst seien, im Übrigen aber kein weiterer Schmerzensgeldanspruch bestehe. Der Vater begehrte sodann weitere 30 000.– €, die Mutter weitere 20 000.– € mit der Begründung, dass nach Vorliegen des Sachverständigengutachtens ein Schockschaden vorliege, der mit dem Trauerschmerzensgeld nichts zu tun habe, weshalb auch eine Anrechnung zu unterbleiben habe. Der Beklagte zahlte zusätzlich 5 500.– € an die Mutter. Er wendete ein, dass hinsichtlich des Vaters eine verglichene Rechtssache vorliege und bei der Mutter das Trauerschmerzensgeld anzurechnen

sei. Das ErstG sprach in vollem Umfang zu, das BerG sprach dem Vater 15000.– € und der Mutter weitere 4500.– € zu.

OGH: Der OGH wies die Revision der Kläger zurück und bestätigte den Zuspruch des BerG.

Auch seelische Schmerzen sind global zu bemessen. Es hat eine Gesamtbetrachtung der seelischen Schmerzen mit und ohne Krankheitswert zu erfolgen. Krankheitswertige Schmerzen wirken sich zwar schmerzensgelderhöhend aus, eine strikte Trennung ist häufig aber nicht möglich. Eine gesonderte Abgeltung ist damit nicht vereinbar. Die Zuerkennung von 25000.– € bzw 30000.– € fällt nicht aus dem Rahmen. Es gibt Entscheidungen, die 20000.– € zusprechen, aber auch solche, die 35000.– € zuerkennen, wobei die dortigen Beeinträchtigungen geringer bzw. schwerwiegender waren.

Kommentar

In der Schweiz hat die Angehörigengenußtuung eine lange Tradition, ist sie doch für den Fall des Todes sogar in Art. 47 OR gesetzlich verankert. Die Entschädigungshöhe liegt beträchtlich über dem österreichischen Niveau (Nachweise bei HÜTTE/LANDOLT, Genugtuungsrecht II [2013] 198 ff; CH. HUBER, in: Schwimann, TaKomm ABGB, 3. Aufl., § 1325 Rn. 144), sodass eine Differenzierung zwischen Angehörigengenußtuung und Schockschaden häufig entbehrlich ist. In Österreich steht ein reines Trauerschmerzengeld nur bei grober Fahrlässigkeit des Schädigers zu – das war hier offenbar gegeben. Aber auch die Zuerkennung eines Schockschadens ist erst einige Jahrzehnte in Österreich anerkannt (Schmerzengeld erstmals in OGH 16.6.1994, 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46); Ersatz gebührt dann freilich bei jedem Zurechnungsgrund. Die Anspruchsteller meinten, dass sie beide Schadensposten nebeneinander und unabhängig voneinander verlangen könnten. Dem ist der OGH zu Recht entgegengetreten. Die Trennlinie zwischen reiner Trauer und krankhafter Seele ist unscharf und zudem mitunter ein schichtspezifisches Phänomen. In (gut-)bürgerlichen Kreisen legt man sich auf die Couch des Psychiaters und lässt sich seine krankhafte seelische Störung bescheinigen; für Personen der Unterschicht muss das Leben weitergehen. Die (seelische) Beeinträchtigung ist mitunter da wie dort in gleichem Ausmass gegeben. Von der «Inszenierung» sollen Grund und Umfang des Zuspruchs aber nicht abhängig sein, weshalb viel für die pragmatische schweizerische Haltung spricht, durch eine grosszügig bemessene Angehörigengenußtuung derart diffizile Abgrenzungsfragen im Regelfall entbehrlich zu machen. Zutreffend ist jedenfalls

der Befund des OGH, dass das eine vom anderen schwer zu trennen sei, weshalb eine Anrechnung geboten sei. Hinsichtlich der verglichenen Streitsache ist darauf zu verweisen, dass der Sachbearbeiter des Haftpflichtversicherers nicht präzise genug gearbeitet hat. Durch einseitige Erklärungen wird man das gewünschte Ergebnis der abschliessenden Regulierung niemals erreichen können. Wenn insoweit eine präzise Terminologie zwischen Trauerschaden und Schockschaden beachtet worden wäre, hätte sich – vor der Auszahlung – wahrscheinlich das aus Sicht des Haftpflichtversicherers gewünschte Ergebnis der abschliessenden Zahlung an den Vater in einem Abfindungsvergleich erzielen lassen.

10. Abgeltung von Pflegeleistungen eines Elternteils an sein volljähriges Kind – OGH 29.1.2015, 6 Ob 149/14a, Zak 2015/229

Sachverhalt

Ein 23-Jähriger erleidet bei einem Verkehrsunfall so schwere Verletzungen, dass er rund um die Uhr gepflegt werden muss. Das tun die Mutter und deren Ehemann während eines Zeitraums von 14 Jahren. Als der Sohn dann stirbt, sind in seinem Nachlass aufgrund der Zahlungen der Kfz-Haftpflichtversicherung 780000.– € für in den vergangenen Jahren erbrachte Pflegeleistungen verlangt die Mutter des Verletzten von der Alleinerbin, der minderjährigen Tochter, vertreten durch deren Mutter, 273000.– € mit der Begründung, dass die Leistungen in Erwartung einer Gegenleistung erbracht worden seien. Die Beklagte bestreitet das mit dem Hinweis, dass die Pflege im Rahmen der Beistandspflicht geleistet worden sei. Die Instanzgerichte sprachen in vollem Ausmass zu.

OGH: Zurückweisung der Revision der Beklagten und damit Bestätigung des Zuspruchs

Auch Beistandsleistungen der Eltern gegenüber ihrem Kind sind nicht allumfassend; die hier erbrachten Leistungen gehen weit über die Beistandspflicht hinaus. Die «Entgeltlichkeit» solcher Beistandsleistungen ist aber nur gegeben, wenn die pflegende Person vor oder während der Erbringung dem Gepflegten oder dem Sachwalter offenlegt, dass die Leistung nicht unentgeltlich, sondern in Erwartung einer Gegenleistung erbracht wird, um für den Gepflegten Rechtssicherheit zu verschaffen, ob er die Leistung annehmen wolle und damit dankbar sein müsse oder er professionelle in Anspruch nehmen wolle. Der Sachwalter hatte hier 2009 für den Zeitraum bis 2002 schon einmal 85000.– € geleistet und wäre gegenüber einer weiteren Zahlung aufgeschlossen gewesen; nur ist der Gepflegte inzwischen verstorben. Die berechnete Erwartungshaltung ist somit hier zu

bejahen. Abzugelten waren 23 500 Stunden, wobei $\frac{2}{3}$ auf die Mutter entfielen. Für die Rufbereitschaft wurde ein Zuschlag von 10% angesetzt. An sich muss bei einem Bereicherungsanspruch das Entgelt bei Inanspruchnahme einer Nachbarschaftshilfe, nicht das professioneller Kräfte angesetzt werden, was aber hier deshalb unpassend ist, weil niemand einen anderen im Rahmen der Nachbarschaftshilfe 14 Jahre lang pflegt. Zuerkannt werden die begehrten 12,70 € pro Stunde. Einkommenssteuer und Sozialversicherungsbeiträge, die nicht abgeführt worden sind, sind nicht zu ersetzen, es sei denn, es handelt sich um eine bewusste Empfangnahme. Ob Einkommenssteuer zu entrichten ist, ist von den konkreten Verhältnissen abhängig. Den erhobenen Verjährungseinwand sieht der OGH in concreto als treuwidrig an, weil sich die Beklagte das Verhalten des Sachwalters zurechnen lassen müsse.

Kommentar

Der Sachverhalt ähnelt dem von so manchem Märchen der Gebrüder Grimm. Die Mutter pflegt 14 Jahre rund um die Uhr den schwer verletzten erwachsenen Sohn, der dann stirbt. Die Haftpflichtversicherung bezahlt auch für diese Pflege. Aber die Mutter der minderjährigen Tochter, der Alleinerbin, verweist die aufopferungsvoll pflegende Mutter darauf, dass das in Erfüllung der elterlichen Beistandspflicht erbracht worden sei. Beim Umfang wird dann noch eingewendet, dass, wenn schon gezahlt werden müsse, zu bedenken sei, dass die Mutter in den 14 Jahren auch einmal 16 Tage Urlaub gemacht habe; und zudem sei ein monatliches Haushaltsgeld von 180.– € (6 € pro Tag) gezahlt worden. Solche Einwendungen sprechen allein schon Bände. Die Instanzgerichte und der OGH haben das verworfen und dem Begehren – zu Recht – in vollem Umfang stattgegeben. Die Begründung steht indes auf tönernen Füßen. Begründet wird der Zuspruch damit, dass die Leistungen über die Beistandspflicht hinausgingen. Darauf kommt es aber in concreto nicht an, weil der Schädiger auch näher daran ist, den Nachteil zu ersetzen, als der, der kraft Familienrechts bei Bejahung einer Beistandspflicht zur Leistung verpflichtet sein mag. Die für den Gepflegten betonte Wahlmöglichkeit, zwischen Annahme von Leistungen von Familienangehörigen, für die er dankbar sein muss, oder professioneller Hilfe von Dritten, die er bezahle, stellt sich hier nicht, weil für die eine sowie andere Modalität der Leistungserbringung der Haftpflichtversicherer aufkommt. Die Bemessung in Anlehnung an die Nachbarschaftshilfe ist jedenfalls bei diesem Sachverhalt verkehrt, weil der Ersatzpflichtige für die Pflegeleistungen ein marktconformes Entgelt zahlt, damit diejeni-

gen, die tätig werden, auch entsprechend entlohnt werden können. Der Geschädigte ist quasi nur die Durchlaufstelle, eine Art Treuhänder. Warum bei bewusster Empfangnahme ein anderer Bemessungsansatz gelten soll, ist nicht nachvollziehbar. Die geltend gemachten 12,70 € sind auch für Österreich deutlich zu wenig; in solchen Fällen bewegt sich der ersatzfähige Stundenlohn um die 20.– €. Hinsichtlich der Verjährung wird der pflegenden Mutter nicht abverlangt, bei dem mit dem Tod ringenden Sohn eine Klage gegen ihn einzubringen. Das ist nicht nur einfühlsam, sondern berücksichtigt den Umstand, dass der Sachwalter früher schon für ebenfalls zurückliegende Zeiträume anstandslos gezahlt hat. In anderem Kontext hat der OGH eine Aktivlegitimation Dritter bejaht, die Leistungen kraft Unterhaltspflicht erbracht haben. Dagegen ist eingewendet worden, dass das den Haftpflichtprozess unnötig aufblähe, weil in der Familie ohnehin Konsens herrsche, wem welche Mittel zufließen (sollen). Dieser Fall belegt eindrucksvoll, dass das nicht immer der Fall ist.

II. Privatversicherungsrecht

1. **Kein Deckungsschutz in der Anwaltshaftpflichtversicherung bei Pfändung des vermeintlich treuhänderischen Guthabens durch einen Dritten – OGH 12.3.2015, 7 Ob 230/14w, VersR 2015, 1050 = RdW 2015/496 = ecolex 2015/368 = NZ 2016/15 (RUBIN)**

Sachverhalt

Zwischen dem Anwalt und dem beklagten Versicherer bestand eine Haftpflichtversicherung. Abgedeckt waren Schadenersatzverpflichtungen des Versicherungsnehmers aus seiner beruflichen Tätigkeit. Eingeschlossen waren reine Vermögensschäden. Ausgeschlossen waren Ansprüche auf Erfüllung von Verträgen und die an die Stelle der Erfüllung tretende Ersatzleistung. Der klagende Klient überwies 76 500.– € auf ein als Fremdgeldkonto bezeichnetes Konto, das freilich kein solches war, sondern das normale Geschäftskonto des Anwaltes. Der Anwalt sollte den Betrag für die grundbücherliche Abwicklung eines Kaufvertrags samt Abführung von Grunderwerbssteuer und Eintragungsgebühr verwenden. Dieser Betrag wurde von einem Gläubiger des Anwaltes wirksam gepfändet. Der Kläger beendete schliesslich das Mandat mit dem Anwalt und verlangte Rückzahlung, was freilich erfolglos blieb. Das Finanzamt schrieb dem Kläger einen Säumniszuschlag von 1200.– € vor. Der Anwalt trat dem klagenden Klienten die Ansprüche gegen seine Berufshaftpflichtversicherung ab. Die beklagte Haft-

pflichtversicherung verwies auf den vereinbarten Risikoausschluss. Die Instanzgerichte wiesen das Begehren ab.

OGH: Teilweise Stattgebung der Revision des Klägers im Sinn des Zuspruchs des Säumniszuschlags

Es handelt sich bei der Anwaltshaftpflichtversicherung um eine Pflichtversicherung. Durch die Abtretung des Anspruchs verwandelt sich der Befreiungsanspruch in einen Leistungsanspruch. Risikoausschlüsse sind auch in der Pflichtversicherung zu beachten. (Wirksam) ausgeschlossen wurden hier Ansprüche auf Erfüllung oder die an die Stelle der Erfüllung tretenden Ersatzleistungen (Erfüllungssurrogate). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass das Unternehmerrisiko nicht auf den Versicherer übertragen werden soll. Der Kläger verlangt vom Anwalt die Herausgabe des Treuguts; insoweit geht es um einen Erfüllungsanspruch. Der versicherte Treuhänder hat nur die Verpflichtung zur Rückzahlung dessen, was ihm der Treugeber zunächst übertragen hat. Es geht nicht um einen darüber hinausgehenden Schaden, der freilich darin liegt, dass der klagende Klient durch ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Klägers zu einem Säumniszuschlag gegenüber dem Finanzamt verpflichtet worden ist.

Kommentar

Auch bei einer Pflichtversicherung können dem anspruchsberechtigten Dritten Risikoausschlüsse entgegengesetzt werden. Aus dem Verhalten, das zu einer Schadenersatzpflicht führt, wird der Ausschnitt aus der Deckungspflicht des VersN herausgenommen, der auf Erfüllung oder ein Erfüllungssurrogat gerichtet ist. Erfüllung läge hier vor, wenn der Anwalt dem geschlossenen Auftrag entsprechend das vom Klienten empfangene Geld tatsächlich auf ein Treuhandkonto überweisen hätte lassen und dann widmungsgemäss weitergeleitet hätte. Was der Klient verlangt, ist indes das Erfüllungssurrogat, nämlich die Rückzahlung des anvertrauten Geldbetrags, bei dem es zu einer Konkurrenz mit einem Bereicherungsanspruch kommt. Nur im Ausmass des Säumniszuschlags ist für den Klienten ein zusätzlicher Vermögensschaden entstanden. Für den Klienten ist es ausserordentlich misslich, dass er einem offenbar zahlungsunfähigen Anwalt sein Geld anvertraut hat, der es insoweit nicht widmungsgemäss verwendet hat, als er es nicht auf einem Treuhandkonto geparkt hat, sodass es dem Zugriff Dritter offenstand, was bei einem Treuhandkonto nicht möglich gewesen wäre. Für den Klienten ist es in der Tat schwer erkennbar, ob es sich um ein «echtes» oder ein «vermeintliches» Treuhandkonto handelt. Das ändert

aber nichts daran, dass der Haftpflichtversicherer sich zu Recht auf den Risikoausschluss berufen hat. Würde in Deutschland so etwas bei einem Notar passieren, würde die Vertrauensschadenhaftpflichtversicherung der Notarkammer einspringen (dazu aus jüngerer Zeit BGH VersR 2011, 1261; VersR 2011, 1392; OLG Frankfurt r+s 2011, 17). Es würde dem Anwaltsstand (auch in Österreich) gut anstehen, eine Auffanglösung vorzusehen, um redliche Rechtssuchende vor solchen schwarzen Schafen des eigenen Berufsstandes zu schützen.

2. **Reichweite des Haftpflichtversicherungsrechtsschutzes bei Rettungskosten bei entlaufendem Weidevieh – OGH 30.4.2015, 7 Ob 63/15p, VersR 2016, 349 = ecolex 2016/53**

Sachverhalt

Der Kläger hat mit der Beklagten eine Landwirtschaftsversicherung abgeschlossen, die auch eine Haftpflichtversicherung für Schadenersatzpflichten aus der Tierhaltung beinhaltet. Versicherungsschutz wird gewährt für die Erfüllung von Schadenersatzpflichten, die dem Versicherungsnehmer erwachsen [...] aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts unter Einschluss der Feststellung und Abwehr einer von einem Dritten behaupteten Schadenersatzverpflichtung. Zudem erfasst ist der Ersatz von Rettungskosten. Die Versicherung erfasst ferner die Kosten der Feststellung und Abwehr einer von einem Dritten behaupteten Schadenersatzpflicht, und zwar auch, wenn der Anspruch sich als unberechtigt erweist. Am 28.3.2013 sind Rinder von der Weide, die sich in der Nähe einer Eisenbahn und einer stark befahrenen Strasse befindet, ausgekommen. Der Kläger bat den anrufenden Polizisten, jemanden ausfindig zu machen, der die Tiere mit einem Gewehr betäuben könnte. Anschliessend betraute der Kl. jemanden, der die betäubten Tiere auf einem Anhänger auflädt und in ein Gehege bringt. Für das Betäuben zahlte der Kläger 2300.– €, für den Transport 1700.– €. Für die Suche der Tiere, die erst nach einigen Tagen abgeschlossen war, stellte die freiwillige Feuerwehr 18000.– € in Rechnung. Dem Kläger wurde erst 3 Wochen später bekannt, dass das Ausbrechen der Tiere auf einen Sabotageakt eines Dritten zurückzuführen war. Die Beklagte anerkannte die Deckungspflicht, soweit Forderungen aufgrund eines Schadenersatzanspruchs gestellt wurden, die Kosten des Einfangens der Rinder lehnte sie aber ab, weil die Klägerin insoweit nicht schadenersatzpflichtig sei; auch seien das keine Rettungskosten. Der Kläger begehrte 6000.– € sowie die Feststellung der Deckungspflicht der Beklagten. Der Kläger muss auf den Ausbruch der Rinder re-

agieren und sieht sich nun mit Forderungen der Retter konfrontiert. Er hat die Rechnungen beglichen, die in direktem kausalem Zusammenhang mit dem Einfangen stehen. Die freiwillige Feuerwehr stellte aber weitere – aus der Sicht des Klägers unberechtigte – Forderungen. Dieser wurden keine Aufträge erteilt. Die Beklagte verweigerte die Rettungs- und Schadensminderungskosten sowie die Gewährung der Abwehrdeckung. Der Beklagte verwies darauf, dass der Kläger für das Ausbrechen der Rinder nicht verantwortlich sei, weshalb er nicht schadenersatzpflichtig geworden sei, sodass ein Deckungsanspruch unter Einschluss der Rettungskosten nicht bestehe. Das ErstG und das BerG gaben dem Zahlungsbegehren in Höhe von 4000.– € sowie dem Feststellungsbegehren statt.

OGH: Teilweise Stattgebung der Revision der Beklagten

Der Anspruch in der Haftpflichtversicherung ist gemäss § 149 VersVG (Versicherungsvertragsgesetz) gerichtet auf die Befreiung von begründeten Ansprüchen und die Abwehr unberechtigter Ansprüche. Den Versicherungsnehmer trifft eine Rettungspflicht nach § 62 VersVG mit dem Beginn des Ereignisses, das Ansprüche gegen den VersN auslösen könnte. Massgeblich ist die objektive Geeignetheit der Massnahme, auf einen Rettungswillen kommt es nicht an. Der Rettungskostenersatz ist eine gesetzliche Nebenleistungspflicht des Versicherers zum Ersatz dieses Sekundärschadens. Rettungskosten bilden daher nicht den eigentlichen Versicherungsschaden, also den Schaden am versicherten Interesse selbst. Dafür ist nach § 63 VersVG Ersatz zu leisten. Der Aufwendersatz schliesst auch unfreiwillige Vermögensminderungen ein, die Dritte gegen den Versicherungsnehmer im Zusammenhang mit der Setzung von Rettungsmassnahmen erworben haben. Hier wurden keine Schadenersatzforderungen gegenüber dem Kläger erhoben. Die freiwillige Feuerwehr stellte einen Anspruch wegen des Einfangens der Tiere in Rechnung. Da der Versicherer Deckung für Schadenersatzansprüche zusagte, ist kein Feststellungsinteresse des VersN gegeben. Bei den Rettungskosten besteht eine Pflicht des Versicherers zur Vorschussleistung nach § 63 Abs. 1 letzter Satz VersVG. Ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Deckung der selbst nach Ansicht des Klägers unberechtigt hohen Kosten der freiwilligen Feuerwehr kommt nicht in Betracht. Soweit die Kosten berechtigt sind, kommt ein Leistungsbegehren in Betracht. Der Abwehranspruch bezüglich der Rettungskosten besteht nicht, weil nach dem klaren Wortlaut der AVB die Abwehr unberechtigter Rettungskosten vom Rechtsschutz-

anspruch in der Haftpflichtversicherung nicht umfasst ist. Für die Ersatzfähigkeit der Rettungskosten kommt es nicht auf eine Ex-post-Betrachtung an, sondern auf den Zeitpunkt, zu dem die Rettungsmassnahme vorzunehmen ist. Massgeblich ist, ob sie der VersN für geboten erachten durfte. Auch wenn ein Sabotageakt gegeben war, traf den Tierhalter nach § 1320 ABGB die Pflicht, die Tiere nicht unbeaufsichtigt herumlaufen zu lassen. Der vom Kläger getätigte Aufwand von 4100.– € diente der Abwendung des versicherten Schadens; diese Kosten sind als Rettungskosten ersatzfähig.

Kommentar

Die vorgelagerte Frage ist, ob den Halter von Vieh auch dann eine Schadenersatzpflicht nach § 1320 ABGB trifft, wenn das Ausbrechen aus der Weide auf einem Sabotageakt eines Dritten beruht. Das hat der OGH zu Recht bejaht. Der Halter bzw. VersN darf auch dann seine Hände nicht in den Schoss legen, ganz abgesehen davon, dass er zum Zeitpunkt des Tätigwerdens den Grund des Ausbrechens der Tiere nicht kannte. Die dafür getätigten Aufwendungen des Halters der Tiere bzw. VersN hat der OGH als Rettungskosten für ersatzfähig angesehen. Die AVB sind nun so formuliert, dass für Schadenersatzansprüche in der Haftpflichtversicherung Abwehrdeckung zu gewähren ist, nicht aber für Rettungskosten. Womöglich hat die freiwillige Feuerwehr für ihren Rettungseinsatz etwas gar grosszügig abgerechnet, als ihr zu Ohren kam, dass dafür eine Haftpflichtversicherung aufzukommen hat. Der OGH lässt den VersN unter Bezugnahme auf den «völlig klaren» Wortlaut, dass für Rettungskosten keine Abwehrdeckung zu gewähren sei, im Regen stehen. Das stösst auf Bedenken. Die Subsumtion der Kosten des Einsatzes der freiwilligen Feuerwehr unter die Rettungskosten ist durchaus nicht zwingend. Ein Schaden ist ein unfreiwilliges Vermögensopfer. Das liegt hier schon deshalb vor, weil der Tierhalter bzw. VersN die freiwillige Feuerwehr nicht betraut hat, diese vielmehr zur Gefahrenabwehr – womöglich von Amts wegen – eingeschritten ist. Der Halter der Tiere bzw. VersN ist mit einer solchen Forderung eines Dritten für dessen Einsatz konfrontiert, sodass es durchaus vertretbar, m.E. sogar folgerichtig wäre, auch einen solchen Anspruch als Schadenersatzanspruch zu qualifizieren mit der Folge, dass insoweit Abwehrdeckung zu gewähren gewesen wäre. An einem Punkt wird indes deutlich, dass eine Deckungslücke besteht. Deckung ist lediglich zu gewähren für «gesetzliche Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts». Wenn die freiwillige – oder eine sonstige – Feuerwehr Ersatz auf öffentlich-rechtlicher Grundlage begehrt, ist

das von der Deckung jedenfalls nicht mehr erfasst. Ob der Anspruch der öffentlichen Hand aber auf diesem oder jenem Verfahrensweg geltend gemacht wird, ist indes mitunter von Zufälligkeiten abhängig. Insofern sollten die AVB angepasst werden.

3. Deckung in der Rechtsschutzversicherung bei Zeichnung einer Kommanditbeteiligung ohne Einflussnahme auf die Geschäftsführung – OGH 12.3.2015, 7 Ob 210/14d, VersR 2015, 1185 = VbR 2015/93

Sachverhalt

Der Kläger schloss bei der Beklagten eine Rechtsschutzversicherung ab. Ausgeschlossen vom Versicherungsschutz sind darin die Wahrnehmung von Interessen im Zusammenhang mit Spiel- oder Wettverträgen und diesen ähnlichen Termin- oder Spekulationsgeschäften. Der VersN muss eine Erhöhung der Gefahr dem Versicherer innerhalb eines Monats anzuzeigen. Der Versicherungsschutz erstreckt sich auf den Privatbereich, also nicht den Berufs- oder Betriebsbereich oder eine sonstige Erwerbstätigkeit. Der Kläger war Leiter der Rechtsabteilung der Bank, die ihn bei Erwerb einer Kommanditeinlage von 35000.– € an einem geschlossenen ausländischen Immobilienfonds im EU-Raum (falsch) beraten hatte und die er nun – gestützt auf die Rechtsschutzdeckung – wegen fehlerhafter Beratung verklagen möchte, nachdem ein Grossteil der Einlage verloren gegangen ist. Die Beklagte lehnte die Deckung ab wegen der Risikoausschlüsse Spekulationsgeschäft und Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsrecht sowie Gefahrerhöhung. ErstG und BerG gaben dem Begehren statt.

OGH: Abweisung der Revision der Beklagten und damit Stattgebung des Begehrens

Risikoausschlüsse dürfen nicht weiter ausgelegt werden, als es ihr Sinn unter Beachtung von Sinn und wirtschaftlichem Zweck, der gewählten Ausdrucksweise sowie des Regelungszusammenhangs erfordert. Von der Risikogemeinschaft sollen keine Auseinandersetzungen aus aleatorischen Verträgen finanziert werden, weil diese besondere Risiken bergen; anderen Mitgliedern der Risikogemeinschaft ist eine Beteiligung nicht zumutbar. Ausgeschlossen sind nur Spiel- und Wettverträgen ähnliche Spekulationsgeschäfte. Bei Spiel und Wette wird Gewinn und Verlust von einem für die Parteien bei Vertragschluss ungewissen Ereignis oder Umstand abhängig gemacht. Bei Glücksverträgen im weiteren Sinn wie etwa einer Versicherung wird jedoch noch ein weiterer Vertragszweck verfolgt. So ist das auch bei Erwerb an einem geschlossenen Immobilienfonds,

weil bei diesem der Veranlagungszweck im Vordergrund steht. Beim allgemeinen Vertragsrechtsschutz wird nur der private Lebensbereich, nicht aber der Berufs- oder Betriebsbereich oder eine sonstige Erwerbstätigkeit abgedeckt. Streitigkeiten aus einer privaten Vermögensveranlagung sind dem privaten Lebensbereich zuzuordnen. Die Grenze zur betrieblichen Tätigkeit wird überschritten, wenn unternehmerischer Einsatz entfaltet wird oder in grösserem Umfang und mit Wiederholungsabsicht Spekulationsgeschäfte getätigt werden. Es kommt weder auf die Höhe des Volumens an noch auf die steuerrechtliche Qualifikation. Hier handelte es sich um die Beteiligung an einer Publikums-KG ohne jeglichen Einfluss; die Funktion beschränkte sich auf die eines einmaligen Geldgebers. Auf die Qualifikation als Einkünfte aus Gewerbebetrieb im Einkommenssteuerrecht kommt es nicht an. Bei der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds im EU-Raum handelt es sich um eine allgemein übliche, das Durchschnittsrisiko kennzeichnende Gefahrerhöhung, die nicht anzeigepflichtig ist.

Kommentar

Der VersN ist ein couragierter Bürger. Als ehemaliger Leiter der Rechtsabteilung einer Bank klagt er gegen seinen eigenen Arbeitgeber wegen Verstosses gegen die Aufklärungspflichten bei Vermittlung einer ihm als weitgehend «risikolos» geschilderten Kommanditbeteiligung mit einer versprochenen Durchschnittsrendite von 10% jährlich für die nächsten 10 Jahre. Ob der Schadenersatzanspruch erfolgreich ist, ist im Haftpflichtprozess zu beurteilen. Beim Deckungsanspruch in der Rechtsschutzversicherung hat der OGH zu Recht ausgesprochen, dass der Erwerb einer Publikums-Kommanditbeteiligung eines geschlossenen Immobilienfonds im EU-Raum kein reines Spekulationsgeschäft ist, nicht der Berufssphäre zuzurechnen ist und bei Erwerb auch nicht wegen Gefahrerhöhung anzeigepflichtig ist. Da der Versicherer mit keiner einzigen dieser Einwendungen, für die er beweispflichtig ist, durchgedrungen ist, musste er Deckung gewähren.

4. Ende der Rechtsschutzdeckung bei fehlerhaftem Sachverständigengutachten – OGH 9.4.2015, 7 Ob 40/15f, VersR 2015, 1006 = ecolex 2015/421

Sachverhalt

Der Kläger war bei der Beklagten rechtsschutzversichert vom 1.12.2004 bis 30.4.2011. In den AVB war festgelegt, dass bei Schadenersatzansprüchen als Versicherungsfall das dem Anspruch zugrunde liegende Schadensereignis gilt. Es heisst, dass der Ver-

sicherungsfall für den Zeitpunkt als eingetreten gilt, in dem der Anspruchsgegner gegen Rechtspflichten oder Rechtsvorschriften verstossen hat. Verstösse, die länger als 1 Jahr zurückliegen, bleiben für die Feststellung des Versicherungsfalls ausser Betracht. Der Kläger verklagte den Krankenhausträger, weil er nicht ausreichend aufgeklärt und nicht lege artis behandelt worden sei. Der Facharzt Doz. Dr. P. wurde zum Sachverständigen bestellt. Am 29.4.2010 erstattete der Sachverständige ein Gutachten, das die Fehlbehandlung verneinte. Am 29.8.2011 kam es zu einem abweisenden Urteil des ErstG, das vom OLG am 2.12.2011 bestätigt wurde. Nunmehr begehrt der Kläger Rechtsschutzdeckung für einen Anspruch gegen den Gerichtssachverständigen, dessen falsches Gutachten die Ursache für die Abweisung war. Da bei unberechtigter Ablehnung der Rechtsschutzdeckung die Gefahr der Verjährung besteht, erhob der Kläger auch ein Feststellungsbegehren für die Haftung der Beklagten für künftige Schäden, die aus der falschen Erstellung des Gutachtens entstanden sind. Der Beklagte lehnte ab, weil der Schadenseintritt erst mit Rechtskraft des zweitinstanzlichen Urteils eingetreten sei und der Kläger zu diesem Zeitpunkt nicht mehr rechtsschutzversichert war. Die Instanzgerichte wiesen das Begehren ab.

OGH: Abweisung der Revision des Klägers und damit Bestätigung der Abweisung des Begehrens

Ein Gerichtssachverständiger kann von den Parteien direkt belangt werden. Es geht um einen privatrechtlichen Schadenersatzanspruch, der von der abgeschlossenen Rechtsschutzversicherung grundsätzlich gedeckt ist. Massgeblich ist, dass in der Rechtsschutzversicherung der Versicherungsfall der Eintritt des dem Anspruch zugrunde liegenden Schadensereignisses ist. Nach der Kausalereignistheorie kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem der Schädiger den Haftgrund setzt; nach der Folgeereignistheorie ist massgeblich der Zeitpunkt, in dem das geschützte Rechtsgut, zum Beispiel das Vermögen des VersN, beeinträchtigt wird. Die h.M. in Deutschland hat der Folgenereignistheorie den Vorrang gegeben. So sieht das auch der OGH unter Bezugnahme auf eine Vorentscheidung (7 Ob 132/08z). Das allenfalls unzutreffende Gutachten des Sachverständigen ist das haftungsrelevante Verhalten und nicht das Schadensereignis. Das Gericht musste das Gutachten nicht berücksichtigen, daher liegt das Schadensereignis erst in der Zustellung der Entscheidung, das zu einer Abweisung und damit zu einem Vermögensminus beim Kläger geführt

hat. Ob das das erstgerichtliche oder erst das zweitgerichtliche Urteil war, kann dahingestellt bleiben, weil zu diesem Zeitpunkt der Kläger jedenfalls nicht mehr rechtsschutzversichert war.

Kommentar

Formaljuristisch mag die Entscheidung ihre Richtigkeit haben. Es bleibt indes ein fahler Beigeschmack: Dass die Rechtsschutzversicherung vor Prozessschluss endete, wird im Zweifel auf einer Kündigung des Rechtsschutzversicherers beruhen. Dieser vermag damit den mit langjähriger Prämienzahlung (7½ Jahre) erkaufte Versicherungsschutz beträchtlich zu entwerten. Denn das Gericht entscheidet i.d.R. auf Basis des Sachverständigengutachtens. Und für eine Haftung des gerichtlichen Sachverständigen reicht nach österreichischem Recht – anders als nach § 839a BGB im deutschen Recht; dort Erfordernis des Nachweises grober Fahrlässigkeit – leichte Fahrlässigkeit. Im laufenden Verfahren sieht sich der VersN damit konfrontiert, dass ihm – in Bezug auf den Rechtsschutz – der Teppich unter den Füßen weggezogen wird. Und das Betrübliche ist: Bei gebotener Offenlegung der Verhältnisse wird er bei einem anderen Rechtsschutzversicherer keine Deckung «einkaufen» können, keinen anderen Teppich finden, sehen doch etwa auch die vom beklagten Rechtsschutzversicherer verwendeten AVB vor, dass Ereignisse 1 Jahr vor Vertragsschluss für die Feststellung des Versicherungsfalls ausser Betracht bleiben. Das ist schon unter dem Gesichtspunkt der Inhaltskontrolle (§ 879 Abs. 3 ABGB) bedenklich. Für die Auslegung des Begriffs Schadensereignis wird hier nicht darauf abgestellt, was ein durchschnittlich verständiger VersN darunter verstehen durfte; begründet wird das Ergebnis vielmehr damit, welcher Auslegungsvariante die deutsche Doktrin den Vorrang einräumt. Darauf wird man einen (österreichischen) VersN aber schwerlich verweisen können. Nach der sonst häufig herangezogenen Unklarheitenregelung des § 915 ABGB wäre m.E. eine Auslegung zugunsten des VersN geboten gewesen. Aber selbst damit ist das Grundproblem nicht gelöst, hat der VersN doch keinen Einfluss, wann der Gerichtssachverständige sein Gutachten vorlegt, vor oder nach Ablauf der Kündigungsfrist des Versicherers. Jedenfalls ist m.E. zu verlangen, dass der Rechtsschutzversicherer verpflichtet ist, aus Transparenzgründen auf den entwerteten Rechtsschutz in solchen durchaus nicht seltenen Fällen schon bei Vertragsschluss mit der gebotenen Klarheit hinzuweisen.

5. **Keine Deckung in der Elementarkaskoversicherung bei Wasserschlag – OGH 10.6.2015, 7 Ob 86/15w, VersR 2016, 279 = RdW 2015/495 = ÖJZ 2015/157 – dazu RIEDLER, Aktuelle Fragen der Kfz-Haftpflicht und Kfz-Kasko-Versicherung, ZVR 2015/237**

Sachverhalt

Der Kläger hat bei der Beklagten eine Elementarkaskoversicherung abgeschlossen. Darin ist versichert das Kfz gegen Beschädigung durch unmittelbare Einwirkung von [...] Hochwasser und Überschwemmungen. Eingeschlossen sind Schäden, die dadurch verursacht werden, dass diese Naturgewalten Gegenstände auf oder gegen das Kfz geworfen haben. Ausgeschlossen sind Schäden, die auf ein durch diese Versicherungsfälle veranlassenes Verhalten des Fahrers zurückzuführen sind. Der Kläger fuhr mit 20–25 km/h, als er auf der Gemeindestrasse die Überschwemmung der Strasse noch nicht sah. Der Kläger, der «auf der Höhe des Wasserdurchlasses» vor ihm Wasser auf der Strasse wahrnahm und in diesem Moment noch nicht damit rechnete, dass «es tiefer werde», reagierte mit einer Bremsung mit der Folge, dass er das Kfz dort anhielt, wo das Wasser 37 cm tief war. Es kam zu einer Luftansaugung von Wasser in den Verbrennungsraum und damit zu einem Motorschaden (Wasserschlag). Wäre der Kläger 10 km/h gefahren, wäre es wegen der geringeren Wasserverdrängung zu keinem Motorschaden gekommen. Der Kläger begehrt die Kosten der Behebung des Motorschadens in Höhe von 15 200.– €. Das ErstG gab statt; das BerG wies ab.

OGH: Der OGH wies die Revision des Klägers ab und damit dessen Begehren.

Versichert ist das Kfz gegen die Beschädigung durch «unmittelbare Einwirkung» bestimmter Naturgewalten. Eingeschlossen sind Schäden, dass durch Naturgewalten Gegenstände auf oder gegen das Fahrzeug geworfen werden. Im Licht des Zusammenspiels von primärer Risikobeschreibung und dem genannten Einschluss ist das Erfordernis der «unmittelbaren Einwirkung» nur dann verwirklicht, wenn die Naturgewalt die einzige und letzte Ursache für den Schaden ist. Hier steuerte der Fahrer aber das Fahrzeug in einen überschwemmten Fahrbahnbereich, wo es infolge des Hochspritzens des Wassers zu einem Wasserschlag kam. Hier ist kein unmittelbares Einwirken einer Überschwemmung gegeben, weil der Schaden letztlich auf spezifische (bewegungs-)technische Abläufe des Fahrzeugbetriebs zurückzuführen war. Verwiesen wird auf das gleiche Ergebnis in der deutschen Kommentarliteratur.

Kommentar

Die Abgrenzung in der Elementarkaskoversicherung erfolgt danach, ob die Wasserwelle zum Fahrzeug kommt, dann Deckung; oder das Fahrzeug zur Wasserwelle, dann keine Deckung. Der Wortlaut der AVB ist hier eindeutig: Wenn eine Verursachung durch ein Fahrerverhalten eine Rolle spielt, ist keine Deckung gegeben. Man fragt sich dann freilich, weshalb vom Tatgericht festgestellt wurde, dass der Unfall bei einer Annäherung von 10 km/h vermieden werden hätte können. Spielt eine irgendwie geartete Supersorgfalt letztendlich doch eine Rolle? Dafür spricht sich die neueste Erläuterung der wortgleichen Bestimmung im deutschen Recht (STOMPER, in: Halm/Kreuter/Schwab, AKB, 2. Aufl. 2015, A.2.2.1.3. Rn. 71 mit Judikaturnachweisen in Fn. 119) aus, in dem es heisst, dass eine unmittelbare Einwirkung auf das Fahrzeug und damit ein gedeckter Schaden dann vorliegt, wenn die Überschwemmung den VersN so unvorhergesehen und plötzlich trifft, dass er den Motor nicht mehr rechtzeitig abstellen konnte. Es stellt sich die Frage, bei welchem Sorgfaltsmassstab eine normative Korrektur des eindeutigen Wortlauts der AVB geboten sein kann – jedenfalls wohl bei einem unabwendbaren Ereignis. Hier fuhr er gerade einmal mit 20–25 km/h, ehe er bei Wahrnehmung der Wasserpfütze bremste.