

zu einer Wiedererwägung berechtigenden Mangels der Verfügung soll danach der Zivilrichter an die vom Sozialversicherer rechtskräftig verfügte Leistungszusprache gebunden sein, wobei die Mangelhaftigkeit der Verfügung in Form eines Nichtigkeits- oder Wiedererwägungsgrundes vom Haftpflichtigen im Einzelfall darzulegen ist. Mit dieser Rechtsprechung, welche in der Literatur Zustimmung fand<sup>7</sup>, setzt sich das Bundesgericht bedauerlicherweise nicht auseinander.

Der für die von ihm ausgerichteten Heilbehandlungskosten auf den Haftpflichtigen regressierende Sozialversicherer ist daher gehalten, detailliert und für jede einzelne Position der ausgerichteten Heilungskosten deren Gesetzlichkeit ebenso nachzuweisen wie den Umstand, dass damit ein ersatzfähiger Schaden der versicherten Person ersetzt wurde. Dabei soll ein Verweis auf das Leistungsbordereau über die erbrachten Heilungskosten nicht genügen, sondern jede einzelne Position muss im Hinblick auf ihre Notwendigkeit und Unfallkausalität behauptet und bewiesen werden. Dies führt zu einer unnötigen Aufblähung des Prozessstoffes, ist doch nicht einzusehen, weshalb eine zusammenfassende Behauptung dahingehend, dass alle im Leistungsbordereau ausgewiesenen Heilungskosten als zur Behandlung der Unfallfolgen geeignet und notwendig waren, nicht genügen sollte. Angesichts der je länger, je mehr anzutreffenden Tendenz, auch in Regressprozessen alles zu bestreiten, wird damit dem regressierenden Sozialversicherer eine kaum zu überspringende Hürde aufgebaut. Wie soll der obligatorische Unfallversicherer beispielsweise nach Jahr und Tag beweisen, dass vier Serien à je neun Physiotherapie-Sitzungen notwendig waren und nicht bloss deren drei? Das Verdikt des Bundesgerichts wird dazu führen, dass die Rechtsschriften unnötig aufgebläht und mit unzähligen Beweisanträgen versehen werden müssen. Eine sich an den praktischen Bedürfnissen orientierende Rechtsprechung hätte mit guten Gründen das aus dem Jahr 2006 stammende Urteil und die dort angestellten Überlegungen aufgegriffen.

<sup>7</sup> PETER BECK (Fn. 3), Rz. 6.103; MARC M. HÜRZELER, Extrasystemische Koordination: Regress der Sozialversicherer auf Haftpflichtige, in: Sabine Steiger-Sackmann/Hans-Jakob Mosimann (Hrsg.), *Recht der Sozialen Sicherheit*, Basel 2014, Rz. 36.14; REMO DOLF, Das Rückgriffsrecht der AHV/IV unter Berücksichtigung besonderer Durchsetzungsfragen, in: Stephan Weber/Stephan Fuhrer (Hrsg.), *HAVE Edition Band 6*, Zürich 2016, Rz. 562.

## Entscheidungen des österreichischen OGH zum Schadenersatz- und Privatversicherungsrecht

Christian Huber\*

Nach dem Bericht in HAVE 2016, 216 ff., folgt ein Jahr später ein Bericht über zentrale Entscheidungen des österreichischen OGH zum Schadenersatz- und Privatversicherungsrecht.

### I. Schadenersatzrecht

1. **Zum Verkehrsopferschutz beim Unfall eines Hubstaplers im Betriebsbereich – OGH 17.3.2016 2 Ob 112/15g, Zak 2016/375, 198 = ecoplex 2016/295, 683 (MELCHER) = ZVR 2016/174, 416 (HAUPFLEISCH) = JBI 2017, 117 (PERNER)**

#### Sachverhalt

Auf einem eingezäunten Betriebsareal stiess die Klägerin, die mit dem Fahrrad unterwegs war, mit dem Lenker eines Gabelstaplerfahrers zusammen und wurde verletzt. Beide sind beim gleichen Arbeitgeber beschäftigt. Die Klägerin beehrte Ersatz vom Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs gestützt auf § 6 Abs. 1 VOEG (Verkehrsoferentschädigungsgesetz). Sowohl das ErstG als auch das BerG wiesen das Begehren ab.

**OGH:** Stattgebung der Revision der Klägerin und Zurückverweisung zur Feststellung des Umfangs des Anspruchs

Nach den Vorgaben der 5. KH-RL haben die Mitgliedsstaaten die Pflicht, auch für die Halter langsam fahrender Fahrzeuge wie Elektrohubstapler eine Versicherungspflicht anzuordnen oder dem Geschädigten einen Entschädigungsanspruch gegen den nationalen Garantiefonds einzuräumen. Österreich hat sich für die Garantiefondslösung entschieden und in dem am 1.7.2007 in Kraft tretenden § 6 Abs. 1 Z 1 VOEG einen solchen Anspruch eingeräumt. Im Jahr 2013 hat man in § 6 Abs. 3 Z 2 VOEG davon eine Ausnahme normiert, soweit es sich um Unfälle «im geschlossenen Bereich zwischen in den Arbeitsbetrieb eingebundenen Personen» handelt. Begründet wurde diese auf Betreiben der Versicherungswirtschaft vorgenommene

\* Prof. Dr., Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der Rheinisch-westfälischen Technischen Hochschule Aachen, Mitglied der HAVE-Redaktion sowie der Schriftleitung der Zeitschrift für Verkehrsrecht (Österreich) und der Neuen Zeitschrift für Verkehrsrecht (Deutschland), Aachen.

Ausnahme damit, dass das VOEG für Entschädigungsansprüche aus Arbeitsunfällen nicht die geeignete Anspruchsgrundlage sei. Das sollte entweder unter das Regime der Betriebshaftpflichtversicherung oder der gesetzlichen Unfallversicherung fallen. Die Novelle trat zum 1.1.2013 in Kraft. Der Unfall ereignete sich am 10.1.2013.

Die vorgenommene Änderung des VOEG widerspricht aber den Vorgaben der 5. KH-RL. Bezug nimmt der OGH auf die E. des EuGH vom 4.9.2014, C-162/13 (*Vnuk*). Darin hat der EuGH die Anwendbarkeit der 5. KH-RL zur Benutzung eines Fahrzeugs in folgendem Fall bejaht: Ein Traktor touchierte beim Einbringen von Heuballen in eine Scheune eine Leiter, wodurch die auf der Leiter stehende Person verletzt wurde. Daraus zog der OGH folgenden Schluss: Wenn schon dieses Manöver im Hof eines Bauernhofes nicht von der Richtlinie ausgeschlossen ist, dann erst recht nicht ein Unfall «im geschlossenen Bereich zwischen in den Arbeitsbetrieb eingebundenen Personen», wie das § 6 Abs. 3 Z 2 VOEG vorsieht. Es wurde deshalb in der Sache entschieden und auf eine Vorlage an den EuGH verzichtet.

Die Richtlinienwidrigkeit von innerstaatlichem Recht führt typischerweise zu keinem Anspruch des Klägers gegen den Prozessgegner nach Massgabe der Rechtslage bei korrekter Umsetzung der Richtlinie, sondern lediglich zu einem Anspruch gegen den Staat. Das ist ausnahmsweise dann anders, wenn Normadressat der Richtlinie ein staatliches Organ ist. Das hat der OGH beim Fachverband der Versicherungsunternehmen in concreto bejaht. Die Klägerin ist daher so zu stellen, als gäbe es die durch § 6 Abs. 3 Z 2 VOEG geschaffene richtlinienwidrige Ausnahmenorm nicht.

#### Kommentar

Diese Entscheidung kann in ihrer Bedeutung gar nicht hoch genug eingeschätzt werden. Sie zeigt, wie nachhaltig europarechtliche Vorgaben das nationale Recht der Mitgliedsstaaten beeinflussen. Es spricht für die Vertrautheit des 2. Senats des OGH mit dem Umgang mit dem Europarecht, dass einerseits der Fall nicht dem EuGH vorgelegt wurde, sondern unter Bezugnahme auf eine aktuelle EuGH-E in der Sache selbst entschieden wurde; und andererseits die Klägerin nicht auf einen Staatshaftungsanspruch verwiesen wurde, sondern das erhält, was sie verlangt hat, nämlich Ersatz vom Versicherungsverband. Dass solche Fälle keine ganz ausgerissenen sind, zeigt eine kürzlich ergangene weitere OGH-Entscheidung (26.1.2017, 2 Ob 20/16d), in der es um die Beurteilung eines vergleichbaren Sachverhalts ging, der sich freilich noch knapp vor der – europarechtswidrigen – Novellierung ereignet hatte. Die von der Versicherungswirtschaft

betriebene Novelle war wohl darauf zurückzuführen, dass der Fachverband der Versicherungsunternehmen – und somit alle Versicherungsunternehmen bzw. deren Versicherungsnehmer – Leistungen erbringen müssen, für die sie keine Prämien erhalten. Und solche Lasten versucht man, nach Möglichkeit abzuschütteln (Verweis auf die gesetzliche Unfallversicherung) oder durch prämienspflichtige Produkte (Verweis auf die Betriebshaftpflichtversicherung) zu substituieren.

Für die Bedeutsamkeit des Einstehens der Kfz-Haftpflichtversicherung bei Arbeitsunfällen muss man das Zusammenspiel zwischen § 333 Abs. 1 und 3 ASVG kennen. Bei einem Arbeitsunfall kommt es – jedenfalls im Verhältnis zum Arbeitgeber und einem diesem gleichgestellten Aufseher im Betrieb – gemäss § 333 Abs. 1 ASVG zu einer Haftungsersetzung durch Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung. Besteht hingegen eine Kfz-Haftpflichtversicherung, gilt das nach § 333 Abs. 3 ASVG nicht. Der Geschädigte kann vielmehr gegen den Ersatzpflichtigen seine zivilrechtlichen Ansprüche nach Massgabe des Deckungsanspruchs gegen die Kfz-Haftpflichtversicherung durchsetzen. Wenn den Geschädigten kein Mitverschulden trifft, hat das für ihn erhebliche Vorteile. Sein Anspruch ist der Höhe nach nicht durch die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung begrenzt; zudem steht ihm ein Anspruch auf Schmerzensgeld zu, der abgesehen von der Integritätsabgeltung nach § 213a ASVG (bei grober Fahrlässigkeit und Anspruch auf eine Versehrtenrente) im Leistungsspektrum der gesetzlichen Unfallversicherung nicht vorgesehen ist. In der jüngeren OGH-Entscheidung (26.1.2017, 2 Ob 20/16d) hat das Höchstgericht daher völlig folgerichtig ausgesprochen, dass die Fonds-Lösung, die nach den Vorgaben der Richtlinie gleichwertig zur Alternative der Kfz-Haftpflichtversicherung sein muss, dazu führt, dass dem Anspruchsteller zwar kein Anspruch gegen den Schädiger in Höhe des Deckungsanspruchs gegen dessen Kfz-Haftpflichtversicherung zusteht, was konstruktiv nicht möglich ist, weil gerade keine Kfz-Haftpflichtversicherung besteht, sehr wohl aber ein Direktanspruch gegen den Fachverband der Versicherungsunternehmen. Diesem steht dann auch kein Regressanspruch gegen den Schädiger zu; vielmehr ist der Schädiger mitversichert, wenn er das Fahrzeug befugterweise verwendet hat.

#### 2. Verkehrssicherungspflicht des Betreibers eines Mietparkplatzes für Verbindungswege am Flughafen – OGH 5.8.2016 2 Ob 113/16f, Zak 2016/594, 316

##### Sachverhalt

Die Klägerin hat ihr Kfz auf dem Flughafen Wien Schwechat geparkt und hat dort ein Kurzparkticket

erworben. Sie wollte ihre Tochter zur Abreise verabschieden. Als sie um 16 Uhr 22 vom Terminal 3 zum Parkplatz zurückkehrte, stürzte sie im Bereich des Flughafengeländes auf einer Eisscholle auf dem Schutzweg, somit einem öffentlich zugänglichen Bereich des Flughafens vor dem Parkhaus 4. Die Beklagte ist Eigentümerin des Flughafens und hat für sämtliche Reinigungsarbeiten unter Einschluss des Winterdienstes eine GmbH betraut. Die Klägerin beehrte 13 000 € Schmerzensgeld wegen der Sturzverletzung sowie Feststellung für künftige Schäden. Sowohl das ErstG als auch das BerG haben das Begehren abgewiesen.

**OGH:** Stattgebung der Revision und Zurückverweisung zur Sachverhaltsergänzung

Schon bei Anbahnung eines geschäftlichen Kontakts treffen den Geschäftsinhaber nicht nur allgemeine Verkehrssicherungspflichten, sondern auch vorvertragliche Schutzpflichten. Er hat für die Sicherheit des Geschäftslokals und den sicheren Zugang zu diesem zu sorgen. Das betrifft jedenfalls die Schneeräumung für den Eingang und den davor befindlichen Gehsteig. Das erstreckt sich aber auch auf die zur Verfügung gestellten Parkplätze sowie die Zugangswege zu diesen. Das Vermieten von Parkplätzen am Flughafen hat nur einen vernünftigen Zweck, nämlich vom Parkplatz ins Flughafengelände zu gelangen und umgekehrt. Wenn schon bei vorvertraglichen Pflichten sich diese auf die Zufahrtswege beziehen, muss das umso mehr bei Bestehen eines Vertrags gelten.

Dem Zugangsweg vom Geschäft zum Parkplatz entspricht hier der Zugangsweg vom Parkplatz in das Flughafengelände und umgekehrt. Der Parkplatzvermieter ist daher verpflichtet, diese Zufahrtswege von Schnee und Eis zu säubern bzw. diese Flächen zu bestreuen. Das führt auch zu keiner Überspannung der Schutz- und Sorgfaltspflichten, geht es doch nicht um das gesamte Flughafensareal, sondern nur um die Zugangswege vom Parkplatz zu den jeweiligen Terminals. Dass die Beklagte ein anderes Unternehmen mit dem Winterdienst betraut hat, ändert an ihrer Haftung nichts, weil sie sich deren Verhalten als Erfüllungsgehilfen nach § 1313a ABGB zurechnen lassen muss. Auf andere Anspruchsgrundlagen (§ 93 StVO, § 1319a ABGB) war nicht mehr einzugehen.

#### Kommentar

Die Durchsetzbarkeit eines Anspruchs aus der Wegehälterhaftung hängt im österreichischen Recht häufig davon ab, ob zwischen dem Geschädigten und dem Ersatzpflichtigen eine Sonderbeziehung besteht. Dann haftet der Ersatzpflichtige für jedes Verschulden, auch für leichte Fahrlässigkeit; und zudem ist das Fehlverhalten von Gehilfen nach § 1313a ABGB (Erfüllungsgehilfe) zuzurechnen. Bei der deliktischen Wegehälter-

haftung nach § 1319a ABGB haftet der Halter bloss für grobe Fahrlässigkeit, allerdings auch für seine Leute. Nach § 93 StVO haftet der Anrainer zwar auch für leichte Fahrlässigkeit, das Fehlverhalten von Gehilfen ist jedoch bloss nach § 1315 ABGB (Verrichtungsgehilfe) zurechenbar, somit nur bei dessen Untüchtigkeit oder bei Wissen um dessen Gefährlichkeit. Zudem führt eine Delegation der Verantwortung dazu, dass der Geschäftsherr jeweils nur für ein schuldhaftes Verhalten bei Auswahl und Überwachung einzustehen hat.

Der OGH hat in concreto eine Haftung aus einer Sonderverbindung zu Recht bejaht. Wenn der Geschäftsinhaber für den Weg zu den von ihm bereitgestellten Parkplätzen einzustehen hat, ist es folgerichtig, dass der Parkplatzbetreiber für den Weg zu dem Ort zu haften hat, den man vom Parkplatz vernünftigerweise erreichen will. Bei einem Flughafen sind das die Terminals. Ob diese Wegstrecke im Eigentum des Betreibers von Parkplätzen (und Flughafen) steht, darauf kommt es nicht an. Und auch ein weiterer Grössenschluss ist zutreffend: Wenn schon vor- und nachvertraglich gehaftet wird, dann erst recht bei einem aufrechten Vertrag. Im konkreten Fall hat sich die Vertragspartnerin während der Gültigkeit des Parktickets verletzt. Eine Haftung aus einer Sonderverbindung wäre aber auch zu bejahen, wenn das Parkticket abgelaufen wäre bzw. eine Begleitperson – im konkreten Fall war eine Tochter dabei – sich verletzt hätte, weil auch diese in den Schutzbereich des Vertrags einbezogen ist.

### 3. Keine Haftung der Wiener Verkehrsbetriebe bei Ausrutschen an einer Haltestelle auf dem Weg zur nächsten Haltestelle – OGH 19.12.2016 2 Ob 187/16p, Zak 2017/94, 55

#### Sachverhalt

Die Klägerin, die Inhaberin einer Jahreskarte der Wiener Verkehrsbetriebe ist, stieg bei der Autobusstation der Linie 32a aus, passierte eine Parallelstrasse, um zur Haltestelle der Strassenbahnlinien 31 und 32 zu gelangen. Auf dem Weg dorthin rutschte sie an einer Autobusstation, die ebenfalls von den beklagten Wiener Verkehrsbetrieben unterhalten wird, aus und verletzte sich. Sie beehrte Schadenersatz von den Wiener Verkehrsbetrieben unter Hinweis auf ihre Jahreskarte, sodass die Verkehrsbetriebe ihr gegenüber an jeder Haltestelle eine vertragliche Verkehrssicherungspflicht treffe. Das ErstG und das BerG wiesen das Begehren ab.

**OGH:** Abweisung der Revision der Klägerin und damit Abweisung des Begehrens

Eine Haftung nach § 93 StVO kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Beklagte den Winterdienst auf ein Winterräumunternehmen übertragen hat, sodass allenfalls dieses nach § 93 Abs. 5 StVO einstands-

pflichtig wäre. Bei einer vertraglichen Haftung ist im Ausgangspunkt bedeutsam, dass mit dem Erwerb einer Jahreskarte der Beförderungsvertrag perfektioniert wird. Mit dem Einsteigen in ein Verkehrsmittel wird der Anspruch auf Beförderung jeweils abgerufen. Das Einsteigen stellt einen besonderen Akt der Konkretisierung des Schuldverhältnisses dar. Ein Verkehrsunternehmen trifft eine vertragliche Verkehrssicherungspflicht in Bezug auf die Schneeräumung im Bereich der Haltestellen; diese tritt neben jene des Anliegers. Das gilt unabhängig von den Eigentumsverhältnissen oder der Haltereigenschaft für den Weg. Allerdings ist ein Fahrgast nur dann als solcher anzusehen, wenn er konkret Erfüllungshandlungen aus dem Vertrag abrufen. Nur dann wird er aus dem Kreis der allgemein aufgrund des Gemeingebrauchs den Gehsteig im Bereich einer Haltestelle benutzenden Fussgänger herausgehoben; und nur dann bestehen ihm gegenüber vertragliche Verkehrssicherungspflichten. Die Klägerin war auf dem Weg von einer Haltestelle zu einer anderen und kam an einer Haltestelle zu Sturz, an der sie keine Beförderungsleistung abzurufen beabsichtigte, also keinen Akt der Konkretisierung des Schuldverhältnisses einleitete und deshalb «einfache» Fussgängerin blieb. Dieser gegenüber bestanden keine besonderen vertraglichen Verkehrssicherungspflichten.

#### Kommentar

Auch in dieser Entscheidung ist die Gretchenfrage: Besteht eine Haftung aus einer Sonderverbindung oder nicht? Der OGH stellt bei einer Jahreskarte auf das Abrufen der Leistung durch das Einsteigen in das Beförderungsmittel ab. Das ist m.E. jedoch eine zu enge Sicht. An anderer Stelle der Entscheidung betont er, dass die Verkehrsbetriebe dem Fahrgast gegenüber für den gesamten Haltestellenbereich eine vertragliche Verkehrssicherungspflicht trifft. Wenn im Rahmen der culpa in contrahendo für die Haftung des Geschäftsinhabers aus einer Sonderverbindung ausreichend ist, wenn ein – potenzieller – Kunde erwägt, eine Ware zu kaufen, wenn dieser auf dem an das Geschäft angrenzenden Gehsteig sich verletzt, muss für die Verkehrsbetriebe Entsprechendes gelten. Wer sich zu dem an der Schautafel hängenden Fahr- oder Routenplan begibt, um sich zu vergewissern, wann oder wohin ein bestimmtes Verkehrsmittel fährt, um es alsbald zu benutzen, ist ebenfalls als durch eine Sonderverbindung geschützter Fahrgast anzusehen. Bei einem Bahnhof oder Flughafen wird man auch die Verbindungswege zwischen den Bahnsteigen und Terminals dazurechnen müssen.

In concreto hat der OGH jedoch zu Recht gegenteilig entschieden. Das Ausrutschen im Bereich einer Haltestelle erfolgte vielmehr zufällig auf dem Weg von einer Haltestelle zu einer anderen. Mit dem Erwerb

einer Jahreskarte erlangt der Inhaber nicht das Recht zur Haftung aus einer Sonderverbindung, wenn er im Bereich irgendeiner Haltestelle ausrutscht, sondern nur dann, wenn er die Absicht hatte, von dieser auch loszufahren bzw. er an dieser angekommen wäre. Hätte er das Losfahren von der Haltestelle behauptet, an der er gestürzt ist, hätten die Verkehrsbetriebe dann das Gegenteil nachweisen können? Jedenfalls nicht in jedem Fall! Gewiss wird es Grenzfälle geben, in denen die Verkehrsbetriebe nicht nur für den Haltestellenbereich, sondern auch den Verbindungsweg kraft Sonderverbindung einzustehen haben. Bei einer dazwischen liegenden Parallelstrasse hat das der OGH zu Recht abgelehnt, bei einer zentralen Umsteigestelle, namentlich wenn sie vom sonstigen Verkehr abgetrennt ist, wird man gegenteilig entscheiden müssen.

#### 4. Haftung der Pferdehalterin für Losreisen des Pferdes – OGH 25.5.2016, 2 Ob 70/16g, JBI 2016, 723

##### Sachverhalt

Es kam zu einem Zusammenstoß des Klägers mit seiner Vespa und dem von der Beklagten gehaltenen Pferd Arabella, das sich losriss und mit dem Kläger kollidierte. Die Beklagte hat Reiterpass, Reiternadel und die Lizenz für Dressur- und Sprungturniere. Das Pferd zeigte – bis dahin – keine Untugenden und verhielt sich auch bei Trubel ruhig und unproblematisch. Die Beklagte hatte das Pferd mit Halfter und Fallstrick auf eine nicht eingezäunte Wiese zum Grasengeführt. Was zum Erschrecken des Pferdes geführt hatte, konnte nicht festgestellt werden. Beim Loslaufen des Pferdes ist der Haltestrick gerissen. Ein Zurückhalten wäre aber auch nicht möglich gewesen, wenn das Pferd mit Zaumzeug geführt worden wäre. Der Kläger begehrte 12 500 € wegen des erlittenen Personen- und Sachschadens. Das ErstG gab dem Begehren statt, das BerG wies das Begehren ab.

**OGH:** Stattgebung der Revision des Klägers und damit Stattgebung des Begehrens

Der OGH verweist darauf, dass bei Ermittlung des Massstabs der erforderlichen Verwahrung eine Interessenabwägung stattzufinden hat mit der Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit des Menschen und referiert zunächst seine Vorjudikatur. Dann spricht er aus, dass Pferde Fluchttiere sind und ein Zurückhalten eines Pferdes nicht möglich ist, egal ob das Pferd mit Halfter und Strick oder mit Zaumzeug geführt wird. Pferde sind jedenfalls keine ungefährlichen Haustiere; das gilt ungeachtet des Umstands, dass Arabella bis zum Unfall keine Untugenden zeigte und sich auch bei Trubel ruhig und unproblematisch verhielt. Aus den Vorentscheidungen, bei denen es – anders als in der konkreten Entscheidung – um die zureichende Ein-

zäunung einer Koppel gegangen ist, wird der Schluss gezogen, dass eine erforderliche Verwahrung nur bei ausreichender Umzäunung einer Wiese gegeben gewesen wäre.

#### Kommentar

Wird eine Person durch ein ausbrechendes Pferd verletzt, erscheint es billig, dass der Halter für den Schaden aufzukommen hat. § 1320 ABGB ordnet freilich keine Erfolgs- oder Gefährdungshaftung an, sondern eine Haftung mit einem objektivierten Sorgfaltsmassstab und Umkehr der Beweislast. Im Ergebnis ist der Unterschied zu einer «lupenreinen» Gefährdungshaftung aber nur noch marginal gering. Zu bedenken ist im konkreten Fall, dass es sich einerseits um eine besonders versierte Tierhalterin gehandelt hat und andererseits der Haltestrick gerissen ist. Letzteres mag man zur Risikosphäre der Halterin zählen wie auch das Versagen der Vorrichtungen nach § 9 EKHG den Halter eines Kfz bei super sorgfältigem Verhalten nicht zu entlasten vermag, wobei aber für ein Pferd anders als für ein Kfz eben gerade keine Gefährdungshaftung gilt. Entscheidend war aber für die Stattgebung des Begehrens, dass ein Losreißen des Pferdes wegen seiner Eigenschaft als Fluchttier niemals verhindert werden kann. Es bleibt somit die Folge, dass bei noch so sorgfältigem Führen des Pferdes – und sei es am Zaumzeug – ein Losreißen nicht hätte verhindert werden können. Daraus schliesst der OGH, dass das Führen eines Pferdes ausserhalb einer eingezäunten Koppel per se eine haftungsrechtlich unzureichende Verwahrung darstellt.

Diesen enorm strengen Haftungsmassstab mag man teilen; er stellt jedenfalls gegenüber der Vorjudikatur nochmals eine Verschärfung dar. Folgerichtig wäre dann freilich, für das Halten solch gefährlicher Tiere eine Pflichthaftpflichtversicherung zu verlangen. Wenn nämlich das Pferd als Fluchttier niemals völlig zu beherrschen ist, was auf einer zutreffenden Einschätzung beruhen wird, wird das nicht nur dann gelten, wenn es an Halfter oder Zaumzeug geführt, sondern auch, wenn es geritten wird. Durch eine Pflichthaftpflichtversicherung kann sich nicht nur der Halter bzw. der mitversicherte Reiter von womöglich unabsehbaren Haftungsrisiken befreien; auch der Geschädigte hätte einen solventen Schuldner. Und da Pferde heute überwiegend zu Luxuszwecken gehalten werden, ist die Auferlegung einer solchen Prämie für die Pflichthaftpflichtversicherung bloss eine geringfügige Zugabe im Vergleich zu den Anschaffungs- und sonstigen Haltungskosten des Tieres.

#### 5. Aufklärungspflicht des Maklers bei Präzisierung der OGH-Rechtsprechung zu Wrongful Birth – OGH 22.3.2016 5 Ob 252/15t, JBI 2016, 382

##### Sachverhalt

Der Kläger ist Gynäkologe. Das auf Ärzte spezialisierte beklagte Maklerunternehmen bot dem Kläger eine Ärzte-Bündelversicherung an, zu der auch eine Berufshaftpflichtversicherung gehörte. Die Beklagte wusste, dass der Kläger auf dem Gebiet der Pränataldiagnostik tätig war. Vor Abschluss der Bündelversicherung wurde das Problem der Haftung von Gynäkologen bei unzureichender Aufklärung und Geburt eines behinderten Kindes (Wrongful Birth) angesprochen und von der Beklagten erläutert, dass die Ersatzpflicht für einen solchen Vermögensschaden unter die Haftpflichtversicherung fällt. Es wurde im Jahr 2001 eine Versicherungssumme von 2 Mio. öS abgeschlossen; der Kläger wurde von der Beklagten auf die Möglichkeit hingewiesen, auch eine Versicherung mit 15 Mio. öS (1 090 000 €) abzuschliessen zu können. Die Versicherungssumme wurde bei einem Versichererwechsel auf 5 Mio. öS (363 000 €) angehoben; bei der €-Umstellung erfolgte eine Glattstellung auf 400 000 €. In den Folgejahren fanden jährliche Besprechungen statt. Die Beklagte bezeichnete dem Kläger gegenüber das Prämien- und Leistungsverhältnis als sehr gut. Bei keiner der Besprechungen wurde dem Kläger eine höhere Deckungssumme empfohlen, der Kläger fragte auch nicht danach. Die letzte solche Besprechung fand am 15.11.2006 statt.

Im Oktober 2003 sprach der OGH erstmals aus, dass der Arzt bei Geburt eines behinderten Kindes bei unzureichender Aufklärung hafte, verneinte aber in concreto die Ersatzpflicht des Arztes. Am 7.3.2006 judizierte der OGH, dass die Ersatzpflicht des Arztes den gesamten Unterhalt für das behinderte Kind umfasse. Diese Frage stellte sich erstmals, weil in den Entscheidungen in den Jahren 1999 und 2003 die Eltern jeweils nur den Unterhaltsmehraufwand eingeklagt hatten. Auf diese veränderte Rechtsprechung wies die Beklagte den Kläger in der Besprechung am 15.11.2006 nicht hin. Wäre der Kläger darauf hingewiesen worden, hätte er die Deckung auf 1,2 Mio. € erhöht. Am 10.1.2007 suchte eine Schwangere den Kläger auf, dem ein Aufklärungsfehler unterlief, worauf es am 12.8.2007 zur Geburt eines behinderten Kindes kam. Die Eltern verlangten den vollen Unterhalt, also nicht nur den behinderungsbedingten Unterhaltsmehraufwand. Der Kläger wurde verurteilt; das Urteil nach Erhebung einer ausserordentlichen Revision des Klägers als Beklagter in dem Verfahren, in dem die Eltern den Unterhalt für das behinderte Kind begehrten, wurde ihm im April 2012 zugestellt. Bereits spätestens im April 2011 wusste der

Kläger, dass die Versicherung nur Schadenersatzleistungen bis 400 000 € erbringen werde. Im November 2014 waren davon bereits 285 000 € verbraucht. Am 29.12.2014 verlangte der Kläger von der Beklagten die Feststellung, dass die Beklagte bis zu einem Höchstbetrag von 1,1 Mio. € Ersatz zu leisten habe, soweit aus seiner Bündelversicherung keine Deckung bestehe. Er sei über die Wrongful-Birth-Problematik und den daraus resultierenden immensen Schadenersatzforderungen bzw den unzureichenden Versicherungsschutz nicht informiert worden. Das ErstG und das BerG gaben dem Begehren statt.

**OGH:** Stattgebung der Revision der Beklagten im Sinn der Aufhebung der Entscheidung des BerG zur Klärung eines allfälligen Mitverschuldens des Klägers

Der OGH nimmt Bezug auf die Vorentscheidung 7 Ob 72/11f, in der er die Haftung einer Versicherung für einen Versicherungsagenten bejaht hat, der einen Arzt auf die unzureichende Deckung für einen Wrongful-Birth-Fall bei einer Deckungssumme von 100 000 öS nicht hingewiesen hatte. Ein Versicherungsagent müsse zwar nicht prüfen, ob die Versicherung das erkennbare Versicherungsbedürfnis voll abdecke, er müsse aber Fehlvorstellungen des Versicherungsnehmers über den Deckungsumfang richtigstellen. An einen Versicherungsmakler werden strengere Anforderungen gestellt. Dieser ist zu einem Best-Risk-Management im Interesse des Klägers verpflichtet. Als einer auf Ärzte spezialisierten Versicherungsmaklerin hätte der Beklagten die auf ein breites mediales Interesse stossende Entscheidung des Jahres 2006 nicht entgehen dürfen. Die blosser Bekanntgabe der Entscheidung reicht für ein Best-Risk-Management nicht aus. Die Beklagte hätte die Folgen der OGH-Entscheidung vom 7.3.2006 mit dem Kläger in der Besprechung am 15.11.2006 ansprechen müssen. Der Verstoss gegen die Aufklärungspflicht war kausal für den Schaden, weil der Kläger bei ausreichender Beratung eine höhere Versicherungssumme gewählt hätte.

Sofern die Beklagte nachweisen kann, dass auch dem Kläger diese Entscheidung bekannt war, kommt ein Mitverschulden des Klägers in Betracht. Ein Pränataldiagnostiker, der weiss, dass in den Wrongful-Birth-Fällen der gesamte Unterhalt geschuldet ist, darf sich nicht passiv verhalten und bei der jährlichen Besprechung mit seinem Versicherungsmakler auf eine ausdrückliche Empfehlung warten. Wenn das der Makler nicht anspricht, muss der Arzt nachfragen. Zu prüfen ist aber, wann der Arzt von der Entscheidung erfahren hat und ob dann eine Erhöhung der Deckungssumme noch so rechtzeitig hätte erfolgen können, dass der Anfang 2007 eintretende Schaden gedeckt gewesen wäre.

### Kommentar

Versicherungsmakler haften strenger als Versicherungsagenten; im Zweifel ist auch deren Provision höher. Versicherungsagenten müssen nur Fehlvorstellungen des Kunden entgegentreten; Makler müssen für ein Best-Risk-Management sorgen. Jedenfalls bei einem auf Ärzte spezialisierten Makler ist es ein Kunstfehler, wenn dieser eine – sogar in den Medien diskutierte – Rechtsprechungsänderung bzw. -präzisierung nicht wahrnimmt bzw. nicht zum Gegenstand von Anpassungsvorschlägen im Sinn der Anhebung der Deckungssumme bei der Haftpflichtversicherung macht. Dabei wird der Makler nicht bis zum routinemässigen nächsten jährlichen Besprechungstermin zuwarten dürfen, sondern er wird das unverzüglich zu tun haben. Immerhin verdient er ja nicht bloss eine einmalige Abschlussprovision, sondern auch Folgeprovisionen. Die Qualifizierung als «nachvertragliche» Pflicht ist insofern terminologisch unzutreffend, als zwischen Makler und Versicherungsnehmer ein Dauerschuldverhältnis besteht. Dass der Makler diesen Anforderungen nicht durch Zusendung von allgemein gehaltenen Listen genügt, wonach bei höherer Prämie auch höhere Deckungssummen möglich sind, steht ausser Frage. Das wird bei jeder Versicherung so sein. Der Makler verdient seine Provision unter anderem dafür, um zu beurteilen, was geboten und sinnvoll ist. Darüber bestand in allen Instanzen Einigkeit.

Stattgegeben hat der OGH der Revision der Beklagten allein deshalb, um ein allfälliges Mitverschulden des Klägers zu prüfen. Wenn dieser von der OGH-Entscheidung Kenntnis erlangt hat, wäre es seine Sache gewesen, den Makler darauf anzusprechen. Dafür ist freilich die Beklagte beweibelastet, sowohl zur Kenntnis des Klägers an sich als auch zum Zeitpunkt, was deshalb bedeutsam ist, weil es darauf ankommt, ob bei angemessener Reaktion des Klägers das noch zu einer rechtzeitigen Anhebung der Versicherungssumme vor Eintritt des Schadensfalles geführt hätte. Meines Erachtens ist bei der Gewichtung des Mitverschuldens, so man ein solches überhaupt bejaht, Zurückhaltung angezeigt, weil in einer funktionstüchtigen Rechtsordnung jeder das machen sollte, was er am besten kann. Getreu dieser Vorgabe soll sich der Gynäkologe um die ärztlichen Pflichten kümmern, sein Makler aber über den ausreichenden Versicherungsschutz. Selbst bei Kenntnis des Arztes von der Entscheidung (in welchem Detaillierungsgrad in der Presse) wird er nicht sogleich ermessen können, ob Ersatzpflichten und in welcher Grössenordnung dabei entstehen und ob sein Deckungsschutz ausreichend ist.

**6. Haftung des Abschlussprüfers für nicht erkannte Malversationen des Geschäftsführers bei Insolvenz der geprüften Kapitalgesellschaft – OGH 29.4.2016 8 Ob 76/15g, ecolex 2016/310, 704, dazu RECKENZAUN, Haftung des Abschlussprüfers – Geltendmachung durch Insolvenzverwalter, ZIK 2016/213, 157**

**Sachverhalt**

Die Schuldnerin ist eine mittelgroße Kapitalgesellschaft im Sinn von § 221 Abs. 1 UGB. Der Alleingesellschafter der Gesellschaft ist auch der einzige Geschäftsführer. Als solcher betraute er erstmals im November 2007 die Beklagte mit der Prüfung des Jahresabschlusses der Gesellschaft für das Geschäftsjahr 2006. Die Beklagte führte die Prüfung in den Monaten Januar bis Mai 2008 durch und erteilte am 14.5.2008 einen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk. Die Beklagte hat unzureichend geprüft. Dadurch war es dem Geschäftsführer möglich, der Beklagten verfälschte Unterlagen und Auswertungen vorzulegen. Hätte sie sorgfältig geprüft, hätte sie erkannt, dass Bankverbindlichkeiten der Schuldnerin in Höhe von 4,6 Mio. € nicht im Jahresabschluss bilanziert worden sind. Über das Vermögen der Schuldnerin wurde am 15.3.2010 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Die Schuldnerin war bereits am 31.12.2006 zahlungsunfähig. Sie konnte ihre Finanzierung nur noch durch rechtswidriges Verhalten ihres Geschäftsführers aufrechterhalten. Die Bankverbindlichkeiten erhöhten sich zwischen Mai 2008 und März 2010 um mehr als 2 Mio. €, die übrigen Verbindlichkeiten um 3,4 Mio. €, wobei diesem Anstieg keine nennenswerten Vermögenszuwächse gegenüberstanden.

Hätte die Beklagte keinen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk erteilt, wäre die Schuldnerin bereits im Mai 2008 gezwungen gewesen, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Der Kläger beehrte als Insolvenzverwalter aus dem Titel des Schadenersatzes die Zahlung des Höchstbetrags nach § 275 Abs. 2 UGB in Höhe von 2 Mio. € in die Masse. Die Insolvenzquote habe sich nämlich im Zeitraum von Mai 2008 bis zur tatsächlichen Verfahrenseröffnung von geschätzten 50% auf nunmehr unter 3% verringert. Dieser Vermögensverfall ist zwischen dem Abschluss der Prüfungshandlungen und der Insolvenzeröffnung eingetreten. Der Kläger berief sich für seine Aktivlegitimation auf seine Stellung als Insolvenzverwalter. Das ErstG und das BerG gaben dem Begehren statt.

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

Der Quotenschaden kann geltend gemacht werden von einem Gläubiger gegenüber einem Organ der Gesellschaft, wenn dieses nach § 69 Abs. 5 IO nicht innerhalb von 60 Tagen ab Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit einen Antrag auf Insolvenzeröffnung stellt, wodurch sich die Beteiligungsquote der Insolvenzgläubiger verschlechtert. Einen solchen Anspruch, der sich gegen die Organe der Gesellschaft richtet, macht der Kläger aber offensichtlich nicht geltend. Die Abschlussprüferin gehört nicht zum Kreis der nach § 69 Abs. 5 IO antragspflichtigen Personen. Der Kläger hat sein Begehren auf die §§ 273 ff. UGB gestützt. Eine Fehlbezeichnung des Anspruchsgrundes schadet nicht, wenn seine Rechtsnatur aus dem sonstigen Vorbringen des Klägers klar und eindeutig hervorgeht. Die §§ 273 ff. UGB sind ein Schutzgesetz im Sinn des § 1311 ABGB, die gerade den Zweck haben, die geprüfte Gesellschaft vor Vermögensschäden zu schützen. Davon ist auch die Aufdeckung einer vorsätzlich unrichtigen Rechnungslegung durch seine Organe und damit eine Verhinderung der weiteren Schädigung der Gesellschaft durch weiteres rechtswidriges Verhalten der Organe erfasst.

Wäre eine sorgfältige Prüfung geeignet gewesen, einen Schaden von der Gesellschaft abzuwenden, steht dem Prüfer der Gegenbeweis offen, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre. Wäre der uneingeschränkte Bestätigungsvermerk nicht erteilt worden, hätte die Gesellschaft einen Insolvenzantrag stellen müssen. Festgestellt wurde, dass die Verbindlichkeiten nach der Erteilung des uneingeschränkten Bestätigungsvermerks um jedenfalls 2 Mio. € zugenommen haben.

Ein Mitverschulden ist zu verneinen. Die Prüfung dient gerade der Überprüfung des Verhaltens der Organe, weshalb sich die Gesellschaft das Fehlverhalten des Geschäftsführers nicht zurechnen lassen muss. Der Abschlussprüfer kann sich freilich intern beim Geschäftsführer regressieren. Diese Rechtsfolge gilt auch dann, wenn der schuldtragende Geschäftsführer der einzige Gesellschafter der Gesellschaft ist. Dem Kläger als Insolvenzverwalter kann kein Mitverschulden zugerechnet werden, weil diese Vorgänge vor seiner Bestellung stattgefunden haben. Dieser macht vielmehr einen Schaden der Gesellschaft geltend.

**Kommentar**

Der Insolvenzverwalter sah sich als Treuhänder der Gläubiger und machte vom Abschlussprüfer den Quotenschaden geltend, der daraus resultiert, dass durch den zu Unrecht erteilten uneingeschränkten Bestätigungsvermerk des Wirtschaftsprüfers der Geschäftsführer in die Lage versetzt wurde, keinen gebotenen Insolvenzantrag zu stellen, wodurch es zu einer Masse-schmälerung gekommen ist mit der Folge des Absin-

kens der Quote von 50% auf 3%. Der OGH folgte dieser Argumentation nicht: Weder Aktiv- noch Passivlegitimation wären gegeben: Anspruchsberechtigt wären die Insolvenzgläubiger und nicht der Insolvenzverwalter; zu verklagen wäre der Geschäftsführer gewesen und nicht der Wirtschaftsprüfer. Gleichwohl wurde dem Begehren stattgegeben, weil der Insolvenzverwalter ein ausreichendes Vorbringen erstattet hatte und die rechtliche Qualifizierung getreu dem Grundsatz «iura novit curia» Sache des Gerichts sei.

Der Insolvenzverwalter wird angesehen als Treuhänder der Gesellschaft, der deren Ansprüche zu erheben habe. Hätte der Wirtschaftsprüfer ordnungsgemäss geprüft, hätte er keinen uneingeschränkten Bestätigungsvermerk erteilt; dann hätte der Geschäftsführer früher einen Insolvenzantrag stellen müssen und es wäre zu keiner derartigen Vermögensminderung der Gesellschaft gekommen. Diese Argumentation ist durchaus nachvollziehbar. Wenn auf diese Weise genügend Mittel in die Masse fliessen, stellt sich für die Insolvenzgläubiger möglicherweise das Problem des Quotenschadens nicht, weil durch die Auffüllung der Masse ein solcher gar nicht eintritt oder doch deutlich geringer ausfällt. Mittelbar sind es somit doch die Insolvenzgläubiger, die von der Schadenersatzzahlung des Wirtschaftsprüfers an die Masse profitieren.

Dass die gesetzliche Betragsbeschränkung des Wirtschaftsprüfers auf 2 Mio. € völlig ungenügend ist, zeigt dieser Fall eines Schadens einer «mittelgrossen» Kapitalgesellschaft. Vorzugswürdig wäre m.E. eine unbegrenzte bzw. eine betraglich deutlich höhere Haftung mit einer korrespondierenden Pflichtversicherung. Wirtschaftsprüfer werden typischerweise «voll angemessen» entlohnt, weshalb es konsequent ist, dass sie nach einem strengen Sachverständigenmassstab des § 1299 ABGB haften. Aus dem bezahlten Honorar wären gewiss auch höhere Haftpflichtversicherungsprämien bei einer betraglich höheren Haftung leistbar.

Erwähnenswert ist schliesslich, dass der OGH das Konzept des Schutzes der Gesellschaft auch dann «durchzieht», wenn es um eine Ein-Mann-GmbH mit Personenidentität von Gesellschafter und Geschäftsführer geht. Theoretisch kommt es dazu, dass der untreue Geschäftsführer als Gesellschafter Nutzen aus der sorgfaltswidrigen Prüfung des Wirtschaftsprüfers zieht. Praktisch ist das nicht zu befürchten, weil im Insolvenzverfahren die an die Masse zu zahlende Schadenersatzleistung an die Insolvenzgläubiger fliesst, ganz abgesehen davon, dass sich der Wirtschaftsprüfer beim Geschäftsführer regressieren kann. Das wird freilich auch bloss theoretisch stattfinden, weil einerseits bei diesem häufig nichts zu holen sein wird und bei Vorsatztaten auch eine Einstandspflicht einer D-&O-Versicherung meist nicht in Betracht kommt.

7. **Keine Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens des Patienten wegen Auslösung der eigenen Behandlungsbedürftigkeit – OGH 25.2.2016 9 Ob 76/15i, ÖJZ 2016/125, 876 (SCHACHERREITER)**

#### Sachverhalt

Ein Unfallopfer wurde bei einem Verkehrsunfall verletzt, an dem ihn ein Mitverschulden traf. Infolge eines Kunstfehlers des ihn anschliessend behandelnden beklagten Notarztes verstarb das Unfallopfer. Beim Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers wegen der Pflicht zur Erbringung von Zahlungen, die zum Unterhaltsentgang und zu den Bestattungskosten sachlich kongruent waren, erhob der Beklagte die Einwendung, dass insoweit ein Mitverschulden des schlussendlich Verstorbenen beim Unfall anspruchsmindernd zu berücksichtigen sei. Das ErstG gab dem Begehren zur Hälfte, das BerG zur Gänze statt.

**OGH:** Abweisung der Revision des Beklagten und damit Stattgebung zu 100%

Wenn der Verletzte an Heilungsbemühungen des Arztes nicht mitwirkt, führt das zu einer Anspruchs-kürzung auch beim Unterhaltersatzanspruch nach § 1327 ABGB. Darum geht es hier aber nicht. Der Beklagte beruft sich vielmehr auf die Vorentscheidung 4 Ob 36/10p. Dort hatte die verletzte Person einen Ofen im Haus unsachgemäss installiert und sich eine Rauchgasvergiftung zugezogen. Infolge einer nicht ausreichenden Anhörung des der deutschen Sprache nicht mächtigen Verletzten im Krankenhaus ist dieser schlussendlich gestorben. In dieser Entscheidung hat der OGH den Anspruch der Hinterbliebenen wegen eines Mitverschuldens des schlussendlich Verstorbenen gekürzt. Diese Entscheidung ist aber vereinzelt geblieben und in der Literatur überwiegend abgelehnt worden. Der Senat schliesst sich der Literaturmeinung an.

#### Kommentar

Diese Entscheidung ist eine der wenigen, in der ein Senat ein Judiz eines anderen – ohne Umschweife unmissverständlich – korrigiert. Solche Klarheit ist an sich schon begrüßenswert. Die Entscheidung ist aber auch eine Belegstelle dafür, wie konstruktiv das Höchstgericht und die Lehre in Österreich aufeinander eingehen und so dazu beitragen, der materiellen Gerechtigkeit zu dienen. Es handelt sich nicht um zwei verschiedene Welten, sondern es kommt zu einer – so wertvollen – Interaktion und einem sachlichen Austausch der Argumente. Es ist auch in der Tat nicht einzusehen, warum es für die Haftung des Notarztes einen Unterschied machen soll, worauf die Behandlungsbedürftigkeit eines Patienten beruht. Dem Verletzten selbst könnte der Notarzt das nicht entgegenhalten, hätte dieser überlebt; dann ist es aber folgerichtig, dass

das gegenüber den Unterhaltersatzgläubigern sowie dem Sozialversicherungsträger als deren Rechtsnachfolger nicht anders sein kann.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Notarzt einen Regressanspruch gegen den Schädiger des Verkehrsunfalls erheben kann. Hätte der Verletzte überlebt, müsste der Schädiger im Strassenverkehr nach Massgabe des Mitverschuldens des Verletzten für den von ihm verursachten Schaden haften; und der Notarzt für den durch ihn allein verursachten Schaden. Ausser Streit steht, dass der Verletzte – auch partiell – nicht zweimal kassieren darf. Hinsichtlich der Verschlimmerung der Verletzung, für die der Notarzt verantwortlich ist, ist eine Solidarschuld gegeben, wobei deren Tragung im Innenverhältnis allein dem Notarzt zuzuweisen ist. Durch den Tod kommt es zu einer Verminderung des Ersatzumfangs. Soll das aber dazu führen, dass der Primärschädiger haftungsrechtlich völlig befreit würde? Damit würde man freilich das Kind mit dem Bad ausschütten. Diese Abwägung war aber in concreto nicht vorzunehmen, weil es um den Direktprozess der Unterhaltersatzgläubiger bzw. des Sozialversicherungsträgers als deren Rechtsnachfolger gegen den Notarzt ging.

**8. Schadensminderungsobliegenheit und rechtmässiges Alternativverhalten bei Tötung – OGH 31.8.2016 2 Ob 148/15a, ZfG 2016, 131 (LEITNER) = ZVR 2017/92 (Ch. Huber)**

**Sachverhalt**

2005 wurde die Ehefrau des Klägers bei einem Verkehrsunfall, für den der Lenker der beklagten Kfz-Haftpflichtversicherung aufgrund groben Verschuldens ersatzpflichtig ist, so schwer verletzt, dass die Amputation eines Oberschenkels erforderlich war. Da sie Zeugin Jehovas war, verweigerte sie eine erforderliche Blutkonserve, worauf sie innerhalb von 24 Stunden verstarb. Der klagende Ehemann verlangte die Begräbniskosten von 6000 € sowie Trauerschmerzensgeld von 10000 €. Das ErstG gab dem Begehren im 1. Rechtszug statt, das BerG verwies zurück, um festzustellen, ob die Verletzte bei Verabreichung einer Blutkonserve überlebt hätte. Der OGH gab dem Rekurs des Klägers nicht Folge. Im 2. Rechtsgang brachte der Kläger – gestützt auf Kommentierungen der OGH-Entscheidung durch die Literatur – ergänzend vor, dass kein Verstoss gegen die Schadensminderung gegeben sei; aber selbst wenn das zu bejahen sei, habe das nicht zu einer Vergrösserung des Schadens geführt. Das ErstG wies nunmehr ab, das BerG wies abermals zurück, worauf die Beklagte Rekurs gegen den Zurückweisungsbeschluss einlegte.

**OGH:** Stattgebung des Rekurses der Beklagten, freilich im Sinn einer völligen Stattgebung des Begehrens

Zurückverwiesen wurde, um zu klären, ob die Verweigerung der Blutkonserve kausal für den Tod war. Der Kläger replizierte, dass selbst bei Zutreffen dadurch der Schaden bloss geringer und nicht grösser geworden sei, weil weitere Heilungskosten, der Erwerbs- bzw. Haushaltsführungsschaden sowie das Schmerzensgeld bei Überleben wesentlich höher gewesen wären als die Bestattungskosten und das Trauerschmerzensgeld zusammen. Der OGH nimmt Bezug auf unterschiedliche dogmatische Qualifikationen und entscheidet sich dann für den Ansatz der Kategorie des «Alternativverhaltens ohne Verstoss gegen die Schadensminderungsobliegenheit», wie das von einer Literaturstimme konkret vorgeschlagen wurde. Es handelt sich dabei um die Entsprechung des rechtmässigen Alternativverhaltens des Schädigers auf Geschädigtenseite. Der Verstoss gegen die Schadensminderung ist generell nicht rechtswidrig, auch die Verweigerung der Blutkonserve aus Gründen der Religionsfreiheit nicht, die sich freilich bei Vergrösserung des Schadens nicht zulasten des Ersatzpflichtigen auswirken darf. Deswegen wird die Bezeichnung «Alternativverhalten ohne Verstoss gegen die Schadensminderungsobliegenheit» gewählt.

Der Unterschied gegenüber der Rechtsfigur der Vorteilsausgleichung liegt darin, dass es bei dieser auf die sachliche Kongruenz von Vor- und Nachteil ankommt, beim Alternativverhalten ohne Verstoss gegen die Schadensminderungsobliegenheit aber im Ausgangspunkt lediglich auf den rechnerischen Schaden abzustellen ist, wobei der OGH eine Eingrenzung auf den Personenschaden vornimmt. Danach ist insoweit eine globale Differenzrechnung vorzunehmen, was bei der Vorteilsausgleichung nicht gegeben wäre. Dass der Kläger sich in seinem Vorbringen auf die Vorteilsausgleichung gestützt hat, schadet nicht, weil der Grundsatz gilt: iura novit curia. Die rechtliche Qualifikation ist Angelegenheit des Gerichts. Bei Gegenüberstellung der Ersatzpflicht bei Überleben der Verletzten und im Todesfall ist mit Händen zu greifen, dass die Ersatzpflicht im Fall des Todes viel geringer ist, weshalb es auf die Kausalität des Verstosses gegen die Schadensminderungsobliegenheit nicht ankommt. Der OGH konnte daher sogleich in der Sache selbst entscheiden; ungeachtet der Entbehrlichkeit der Zurückverweisung aber nicht im Sinn der Wiederherstellung des abwesenden Ersturteils, sondern im Sinn der vollständigen Stattgebung des Begehrens.

**Kommentar**

Auch in dieser Entscheidung war das Ergebnis massgeblich beeinflusst durch den Dialog von Literatur und Höchstgericht. Der klägerische Anwalt nahm die Inspiration durch die Urteilsbesprechungen auf und nützte das zu einem – infolge der Zurückweisung zulässigen – ergänzenden Vorbringen. Dass er nicht die

dogmatische Kategorie erwischte, die der OGH für massgeblich hielt, war dabei unschädlich; erforderlich war immerhin die Behauptung von Tatsachen, auf die der OGH den Zuspruch letztlich stützte. Diese Entscheidung macht einmal mehr deutlich, dass von der Warte des Ersatzpflichtigen der Tod zu einer gegenüber einer Verletzung deutlich geringeren Belastung führt, mag das auch pietätlos anmuten, dass der Tod das geringere Übel sei. Massgeblich ist, dass der rechnerische Schaden dann eben geringer ist.

In concreto ging es allein um Bestattungskosten und Trauerschmerzensgeld von in der Summe 16000 €, die das Höchstgericht dem Kläger 16 Jahre nach dem Unfall – in Abwendung einer weiteren Zurückverweisung – zusprach. Ausnahmsweise ging es nicht um den Unterhaltersatz, weil diese Ehefrau offenbar mehr (an Unterhalt) gekostet hat, als sie dem Ehemann an Haushaltsdienstleistungen erbracht oder ein Sozialversicherungsträger eine überschüssende oder zumindest gleich hohe sachlich kongruente Rente gezahlt hat. Der Entscheidung kommt Bedeutung aber weit über den Ausgangsfall zu. Immer, wenn der Verstoss gegen die Schadensminderungsobliegenheit zum Tod führt und es nicht bei der Verletzung bleibt, können die Unterhaltsgläubiger der Kürzung ihres Anspruchs wegen Mitverschuldens des Getöteten das Argument entgegensetzen, dass ohne Verstoss gegen die Schadensminderungsobliegenheit der Personenschaden bei Verletzung noch viel höher wäre. So wird das namentlich bei Verstoss gegen die Pflicht zum Tragen eines Helms oder einer Motorradschutzkleidung bzw. das Anlegen des Sicherheitsguts sein.

**9. Höhe des Schmerzensgeldes bei abgebrochener Scherenspitze im Körper nach Operation – OGH 30.3.2016 4 Ob 48/16m, ecoloex 2016/249, 571**

**Sachverhalt**

Bei einer Herzoperation, die der Kläger durchführen liess, brach während der Operation die Präparierschere ab. Eine Bergung war nicht möglich. Bei einer Nachoperation müsste der linke Lungenflügel entfernt werden, was zu einer Verringerung des Lungenvolumens führen würde. Da der Fremdkörper derzeit keine Beschwerden verursacht, ist ein solcher Eingriff medizinisch nicht indiziert. Mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ergeben sich keine Folgeschäden. Immerhin hat der Kläger Angst, dass die Scherenspitze entgegen den Prognosen doch zu wandern beginnen und so seinen Tod herbeiführen könnte. Er verlangte 9500 € Schmerzensgeld. Ausser Streit steht die Haftung des Herstellers der Schere dem Grunde nach. Das ErstG sprach 5500 €, das BerG jedoch bloss 500 €.

**OGH:** Stattgebung der Revision des Klägers und Zuspruch von 5500 €

Seelische Schmerzen sind ersatzfähig, wenn sie Folge einer Körperverletzung sind. Dann sind sie auch ohne gesonderte Behauptung zu berücksichtigen, wenn nach Lage des Falles mit seelischen Schmerzen zu rechnen ist, etwa bei einer nachvollziehbaren, länger dauernden Ungewissheit. Es kommt dabei weder auf das Vorliegen eines eigenständigen Leidenszustands noch auf eine ärztliche Behandlungsbedürftigkeit an. Bei einer psychischen Beeinträchtigung, die bloss in Unbehagen und Unlustgefühlen besteht, gebührt kein Schmerzensgeld. Unter Verletzung am Körper im Sinn von § 1325 ABGB ist jede Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit anzunehmen. Das hat der OGH selbst beim Abschneiden der Haare ohne Einwilligung bejaht, wenngleich das Abschneiden nicht mit Schmerzen verbunden und das Nachwachsen der Haare zu erwarten ist. Umso mehr muss der dauernde Verbleib einer abgebrochenen Schere als Körperverletzung nach § 1325 ABGB betrachtet werden, zumal damit auch Spätfolgen verbunden sein können. In concreto liegen nicht bloss Unbehagen und Unlustgefühle vor, sondern nachvollziehbare seelische Folgen einer Körperverletzung im Sinn von § 1325 ABGB. Diese Ungewissheit ist unter dem Aspekt seelischer Schmerzen als Akzessorium zur Körperverletzung zu berücksichtigen.

**Kommentar**

Für blosses Unbehagen soll es kein Schmerzensgeld geben. Diese Formel schafft eine Art Bagatellschwelle, die freilich nach der OGH-Judikatur deutlich tiefer anzusetzen ist als im schweizerischen Recht. Beim Verbleib einer 1 cm grossen Scherenspitze in der Nähe des Herzens, mag der Körper bisher auch erfolgreich seine Abwehrmechanismen mobilisiert haben und der Fremdkörper zu keinen körperlichen Beschwerden geführt haben, bleibt doch ein mulmiges Gefühl beim Geschädigten zurück. Die Versicherung des Scherenherstellers, dass nichts passieren werde, ist keine 100%ige Garantie; es ist ja auch nicht dessen Körper. Der OGH räumt dem Tatrichter bei der Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes einen beträchtlichen Ermessensspielraum ein; wenn dieser aber krass danebengreift, dann korrigiert das der OGH. Das war hier der Fall. Das BerG hatte bloss 500 € für angemessen erachtet, das ErstG und der OGH aber 5500 €, somit 11× so viel. Die Grössenordnung ist zu billigen. Mit dem OGH ist folgender Grössenschluss berechtigt: Wenn das ohne Einwilligung erfolgte Abschneiden der Haare als Körperverletzung anzusehen ist, dann ist das bei Verbleib einer 1 cm grossen Scherenspitze in der Nähe des Herzens allemal zu bejahen.

10. **Trauerschaden wegen Tötung des Fötus – OGH 30.8.2016 1 Ob 114/16w, ZVR 2016/202. 462 dazu CH. HUBER, *Zuspruch von Trauerschmerzensgeld an beide Eltern im Fall der Totgeburt – Bestandsaufnahme und weiter gehende Überlegungen*, ÖJZ 2017, 383 ff.**

#### Sachverhalt

Aufgrund eines ärztlichen Kunstfehlers der diensthabenden Ärzte des beklagten Krankenhauses kam es zum Tod des Fötus, wofür die Eltern Ersatz des ideellen Schadens verlangten. Sie stützten den Anspruch auf Trauerschmerzensgeld sowohl auf die Behauptung, dass dem beklagten Krankenhaus grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen sei, als auch auf einen Schockschaden, bei dem Ersatz bei jeder Fahrlässigkeit gebührt, aber nur bei Vorliegen einer psychischen Störung mit Krankheitswert zusteht. Der Fötus war 3 Wochen vor dem geplanten Geburtstermin verstorben; bei einem Kaiserschnitt oder einer sogleich eingeleiteten vaginalen Geburt hätte das Kind überlebt. Es wurde bei beiden Eltern eine psychische Erkrankung diagnostiziert. Die Mutter begehrte 30 000 €, der Vater 15 000 € an Schmerzensgeld. Das ErstG und das BerG sprachen 20 000 € an die Mutter und 10 000 € an den Vater zu.

**OGH:** Abweisung der Revision der Beklagten und damit Bestätigung des Zuspruchs von 20 000 € an die Mutter und 10 000 € an den Vater

Voraussetzung für den Zuspruch von Trauerschmerzensgeld und einen Schockschaden ist das Bestehen eines familiären Naheverhältnisses. Dieses wird bei der Kernfamilie vorausgesetzt, so zwischen Eltern und Kindern oder zwischen Ehegatten und Lebensgefährten. Schon bei Geschwistern wird auf den gemeinsamen Haushalt abgestellt. Ob der nasciturus lebend geboren wird und damit rechtsfähig ist, darauf kommt es in concreto nicht an. Massgeblich ist allein, ob er als naher Angehöriger anzusehen ist, bei dessen Tötung für den Schädiger vorhersehbar ist, dass dadurch bei den Eltern eine psychische Beeinträchtigung (auch mit Krankheitswert) ausgelöst wird.

Da der OGH sich mit einer derartigen Konstellation erstmals zu beschäftigen hatte, verwies er auf Literaturstellen, die dazu «vorgedacht» hatten. Zum Teil wurde das ab Zeugung bejaht, zum Teil wurde zwischen dem Fortgang der Schwangerschaft sowie zwischen Vater und Mutter differenziert. Der OGH verwies darauf, dass jedenfalls bei einem Wunschkind von Anfang an freudige Erwartungen bestehen; die emotionale Bindung nimmt mit Verlauf der Schwangerschaft an affektiver Tiefe zu. Für die Eltern wird nicht eine Schwangerschaft beendet, sondern es stirbt ihr Kind. Verwiesen wird auf Nebengesetze, wonach

diese sich zunehmend um einen pietätvollen Umgang mit den Gefühlen der Eltern bemühen.

Spätestens dann, wenn Bewegungen des Kindes im Mutterleib gefühlt werden können, besteht eine auf einer familiären Bindung beruhende Nahbeziehung der Eltern zu ihrem «Kind». Das gilt umso mehr dann, wenn das Kind – wie hier 3 Wochen vor dem errechneten Geburtstermin – lebensfähig gewesen wäre. Das gilt nicht nur für die Mutter sondern auch für den Vater. Der OGH sprach zu der nur von der Beklagten erhobenen Revision aus, dass die von den Instanzgerichten zugesprochenen 20 000 € an die Mutter und 10 000 € an den Vater nicht überhöht sind. Die Mutter hatte auch wegen des Geburtsschmerzes und der nachfolgenden Fehlgeburten die Beeinträchtigung noch stärker am eigenen Leib verspürt als der Vater.

#### Kommentar

Auch in dieser Entscheidung wird deutlich, dass ein Höchstgericht dankbar ist, wenn die Literatur nicht nur «nach»denkt, sondern auch «vor»denkt. Kein Wort kommt in der konkreten Entscheidung so häufig vor wie das Wort «jedenfalls». Der OGH entscheidet einen konkreten Einzelfall; allein dazu muss er Farbe bekennen. Die Entscheidung ist geprägt von Empathie und einem modernen Familienverständnis. Der OGH hält sich nicht bei formalen Kriterien auf, dass der Fötus als nasciturus erst mit der Lebendgeburt Rechte erlangt bzw. eine Haushaltsgemeinschaft mit einem noch nicht Geborenen nicht bestehen kann. Völlig zutreffend stellt er auf die affektive Bindung ab. Und er anerkennt, dass diese nicht nur zur Mutter, sondern auch zum Vater gegeben ist.

Über das «Vor»denken der Literatur hinaus weist er darauf hin, dass die sachliche Berechtigung des Zuspruchs von Schmerzensgeld an die Eltern nur bei einem Wunschkind gegeben ist. Dem ist zu folgen. Das gilt auch für die Differenzierung zwischen Mutter und Vater. Betrachtet man auch die körperlichen Schmerzen, wäre eine noch stärkere betragliche Differenzierung in der Weise sachgerecht (gewesen), dass der Mutter mehr als das Doppelte des Vaters zusteht. Die Rede ist oft davon, dass bei Anblick des gesunden Babys jeglicher Schmerz der Mutter in dem Augenblick vergessen bzw. aufgewogen wird. Bei einer Totgeburt stellt sich das anders dar: Die Schmerzen waren vergeblich. Zu beachten ist freilich, dass lediglich die Beklagte Revision eingelegt und der OGH deshalb nur aussprechen konnte, dass die von den Instanzgerichten zuerkannten Beträge «nicht überhöht» waren.

## II. Privatversicherungsrecht

### 1. Teilnahme an einer Wettfahrt als Gefahr des täglichen Lebens in der privaten Haftpflichtversicherung – OGH 25.1.2017 7 Ob 192/16k

#### Sachverhalt

Der Kläger hat beim beklagten Versicherer einen Haushaltsversicherungsvertrag unter Einschluss einer Privathaftpflichtversicherung abgeschlossen. Die massgeblichen Passagen der allgemeinen Versicherungsbedingungen lauten so: «Die Versicherung erstreckt sich auf Schadenersatzpflichten des Versicherungsnehmers als Privatperson aus den Gefahren des täglichen Lebens, insbesondere aus einer nicht berufsmässigen Sportausübung, ausgenommen die Jagd. Nicht versichert sind Schadenersatzverpflichtungen aus Schäden, die der Versicherungsnehmer durch Haltung oder Verwendung von Kfz, die ein behördliches Kennzeichen tragen müssen oder tatsächlich tragen i.S. des Kraftfahrzeuggesetzes, sowie von Pocket Bikes.»

Der Kläger nahm mit seinem Strassenmotorrad mit 180 PS und einer Höchstgeschwindigkeit von 270 km/h im Rahmen des «Freien Fahrens» auf einer Rennstrecke teil. Dafür hat er die Rückspiegel demonstert. Jedes Fahrzeug war mit einem Zeitabnahme-Transponder ausgestattet. Beim Kläger versagten bei einer Geschwindigkeit von 150 km/h die Bremsen. Dadurch kollidierte er mit seinem Vordermann. Dieser wurde verletzt, dessen Motorrad beschädigt. Der Kläger einigte sich mit dem Geschädigten auf einen pauschalen Schadenersatzbetrag von 20 000 €. Dem Kläger erwachsen zusätzlich Vertretungs- und Sachverständigenkosten von 5500 €. Diesen Gesamtbetrag begehrte der Kläger vom beklagten Haftpflichtversicherer. Das ErstG und das BerG wiesen das Begehren ab.

**OGH:** Stattgebung der Revision des Klägers und Zurückverweisung zur Sachverhaltsergänzung

Gefahren des täglichen Lebens sind solche, mit denen üblicherweise im Privatleben gerechnet werden muss. Haftpflichtig zu werden, stellt im Leben eines Durchschnittsmenschen eine Ausnahme dar. Deshalb will die Privathaftpflichtversicherung Deckung auch für aussergewöhnliche Situationen schaffen, in die auch ein Durchschnittsmensch hineingeraten kann. Für die «Gefahr des täglichen Lebens» ist nicht erforderlich, dass sie geradezu täglich auftritt. Es genügt, dass sie im normalen Leben immer wieder auftritt. Es darf sich nur nicht um eine geradezu ungewöhnliche Gefahr handeln.

Die nicht berufsmässige Sportausübung gehört grundsätzlich dem privaten Bereich an. Die Kombination

«insbesondere die nicht berufsmässige Sportausübung», «ausgenommen die Jagd» darf ein verständiger Versicherungsnehmer so verstehen, dass die nicht berufsmässige Sportausübung zu den Gefahren des täglichen Lebens gehört. Das Motorradfahren ist in Österreich beliebt; demgemäss ist der Motorradrennsport eine gebräuchliche Sportart. Trainingsfahrten mit üblichen Motorrädern auf einer abgeschlossenen Rennstrecke sind Sportausübung und zählen damit zu den versicherten Gefahren des täglichen Lebens. Das gilt auch für das freie Fahren auf einer Rennstrecke mit einem Motorrad, das strassenverkehrstauglich wäre, wenn die Rückspiegel montiert gewesen wären. Der Schaden erfolgte somit im Rahmen einer versicherten Gefahr.

Wegen der Verwendung auf einer abgeschlossenen Rennstrecke behauptet der Versicherer zu Recht nicht, dass das Motorrad kennzeichnungspflichtig gewesen wäre. Es handelt sich auch um kein Pocket Bike. Er meint nur, dass Motorräder, die ausschliesslich auf Rennstrecken benutzt werden, umso mehr vom Versicherungsschutz ausgeschlossen seien. Ausnahmetatbestände sind aber im Zweifel eng auszulegen. Den Beweis eines Risikoausschlusses als Ausnahmetatbestand hat der Versicherer zu führen. Den Ausschluss von Fahrzeugen, die ein Kennzeichen tragen oder tragen müssen, von der Haushaltsversicherung darf der verständige Versicherungsnehmer so verstehen, dass ein lückenloser Deckungsschutz durch die Kombination von Kfz-Haftpflichtversicherung und Haushaltsversicherung erreicht werden soll. Bezug genommen wird auf die Vorentscheidung 7 Ob 51/03f, bei der die Haushaltsversicherung deckungspflichtig war, wenn bei einer kraftsportlichen Veranstaltung die Strasse für den übrigen Verkehr gesperrt war, auch wenn das Fahrzeug (Traktor) aufgrund seiner Bauartgeschwindigkeit grundsätzlich kennzeichnungspflichtig wäre, aber kein Kennzeichen trägt. Daraus, dass ein Pocket Bike wegen des Risikoausschlusses nicht zum versicherten Risiko zählt, ist für die Frage des Versicherungsschutzes bei Ausübung des Motorradsports nichts zu gewinnen.

#### Kommentar

Dafür, dass Deckungsschutz besteht, waren zwei Hürden zu nehmen, nämlich – positiv – die Subsumierung unter die Gefahr des täglichen Lebens und – negativ – die Verneinung des konkreten Risikoausschlusses. Beide Hürden hat der Versicherungsnehmer genommen. Für die Gefahr des täglichen Lebens war der systematische Zusammenhang von nicht berufsmässiger Sportausübung und dem ausdrücklich genannten Ausschluss der Jagd bedeutsam. Beim Risikoausschluss wurde ein bestimmtes Fahrzeug ausgeschlossen, nämlich das Pocket Bike, andere nicht. Insgesamt dürfte eine Panne des Versicherers bei Formulierung sei-

ner allgemeinen Versicherungsbedingungen vorliegen. Die Risikoträchtigkeit der Teilnahme an einem Motorradrennen ist wohl sehr viel höher als sonstige Gefahren des täglichen Lebens. Ein Pocket Bike auszuschliessen, ein Motorrad mit einer Höchstgeschwindigkeit von 270 km/h jedoch nicht, macht wenig Sinn. Folgerichtig ist das Judiz des OGH gleichwohl, weil es nach § 915 ABGB zulasten des Versicherers ausschlägt, wenn dieser seine Klauseln nicht ausreichend deutlich formuliert. Nach dieser OGH-Entscheidung ist mit einer Nachjustierung im Sinn der Erweiterung des Risikoausschlusses auch auf Motorräder zu rechnen; die bereits geschlossenen Versicherungsverträge sind davon freilich nicht betroffen.

**2. Begriff «Lenken» in der Lenkerschutzversicherung – OGH 25.5.2016, 7 Ob 37/16s, VersR 2017, 63 (SCHWAB)**

**Sachverhalt**

Der Kläger lenkte ein Fahrzeug seines Dienstgebers, für das zusätzlich zur Haftpflichtversicherung eine Lenkerschutzversicherung bestand. Die massgeblichen Formulierungen in den Versicherungsbedingungen lauten: «Versichert sind Personenschäden des berechtigten Lenkers, die durch den Unfall beim Lenken des versicherten Fahrzeugs entstanden sind. Ein Unfall ist ein vom Willen des Versicherten unabhängiges Ereignis, das plötzlich von außen mechanisch oder chemisch auf seinen Körper einwirkt und eine körperliche Schädigung nach sich zieht.»

Der Kläger rutschte nach Kollision mit einem abgestellten PKW in eine rechts ausserhalb der Fahrbahn befindliche Brunnenanlage und blieb auf einem den Brunnen begrenzenden Naturstein hängen. Als das Fahrzeug zum Stillstand kam, war der Kläger weder verletzt noch bewusstlos. Da das Bodenniveau tiefer als erwartet war, stolperte er beim Aussteigen und stürzte in den Brunnen. Dabei erlitt er eine schwere Schädelverletzung. Der Lenker begehrt aus der Lenkerschutzversicherung unter anderem 77000 € Schmerzensgeld. Der Beklagte wendete ein, dass Versicherungsschutz nur beim Lenken bestehe, der Personenschaden aber erst beim Aussteigevorgang passiert sei. Das ErstG und das BerG kürzten das Schmerzensgeld, sahen aber einen Anspruch dem Grunde nach für gegeben.

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

Beim Sturz des Klägers handelt es sich unstrittig um einen Unfall. Es ist daher allein die Frage zu klären, ob eine Verletzung im Zuge des Aussteigevorgangs aus einem kollisionsbedingt in einer exponierten Lage zum Stillstand gekommenen Kraftfahrzeug vom Versicherungsschutz umfasst ist. Die Lenkerschutzversicherung soll die Deckungslücke schliessen, die für den Fahrer

eines Kfz für seine unfallbedingten Verletzungen entsteht, wenn er den Unfall selbst verschuldet hat oder vom Unfallgegner keinen Ersatz erlangen kann. Im Kern geht es darum, den infolge des Unfalls verletzten Fahrer so zu stellen, als habe ihn ein Dritter geschädigt. Der Versicherer leistet für den unfallbedingten Personenschaden so, als ob er als Kfz-Haftpflichtversicherer für diesen Schaden einstandspflichtig wäre.

Anders als in der Kfz-Haftpflichtversicherung kommt es aber weder auf die Verwendung noch auf den Betrieb des Kfz an. Es sind nur solche Gefahren abgesichert, die unmittelbar durch das Lenken des Kfz entstehen. Schäden beim Ein- oder Aussteigen sind nicht vom Versicherungsschutz umfasst. Da nur Personenschäden beim Lenken des Fahrzeugs versichert sind, versteht das ein durchschnittlich verständiger Versicherungsnehmer so, dass der Lenkvorgang mit dem nur auf dem freien Willen des Lenkers beruhenden Abstellen des Kfz abgeschlossen ist, weil dann die unmittelbar mit dem Lenken des Kfz verbundene besondere Gefahrenlage nicht mehr besteht. Hier geht es aber nicht mehr um einen üblichen Aussteigevorgang, sondern um das Aussteigen nach einer Kollision an exponierter Stelle, die nicht zum Abstellen eines Kfz geeignet ist. Das Aussteigen war mit besonderen Gefahren verbunden. Gerade dieses erhöhte Gefahrenmoment hat zum Sturz des Klägers und seinen Verletzungen geführt. Es besteht somit ein untrennbarer Zusammenhang zwischen dem Lenken des Kfz und dem Unfall. Ein Unfall beim Aussteigen unter diesen Umständen genießt Versicherungsschutz.

**Kommentar**

Es handelt sich um eine durchaus versicherungsnehmerfreundliche Interpretation der Klausel. Das Lenken war mit dem Stillstand des Fahrzeugs beendet. Zu verweisen ist darauf, dass es die besonderen Umstände des konkreten Falles waren, dass ein Deckungsschutz bei diesem Aussteigen bejaht wurde. Wenn die Lenkerschutzversicherung die Deckungslücke schliessen soll, dass der Fahrer bei Unfällen, für die kein Dritter einstandspflichtig ist, Versicherungsschutz wie bei einem sonstigen Unfall gegen einen gegnerischen Kfz-Haftpflichtversicherer erlangen soll, wäre es angezeigt, den Deckungsschutz in der Lenkerschutz- und der Kfz-Haftpflichtversicherung parallel laufen zu lassen. Das ist aber keine rechtsdogmatische Frage, sondern eine der Zweckmässigkeit und Sinnhaftigkeit. Jedenfalls aus der Sicht der Versicherungsnehmer wäre ein solcher Gleichlauf der Transparenz förderlich und wünschenswert.

**3. Notlandung mit einem Gleitschirm auf dem Gipfel einer Tanne und Unfall beim Abstieg von der Tanne in der Unfallversicherung – OGH 31.8.2016, 7 Ob 120/16x, ZVR 2017/56, 135 (AIGNER)**

**Sachverhalt**

Die Parteien haben einen Unfallversicherungsvertrag abgeschlossen. Dort ist ein Risikoausschluss wie folgt formuliert: «Kein Versicherungsschutz besteht für Unfälle der versicherten Person als Luftfahrzeugführer. Zudem Bergsteigen/Klettern mit außergewöhnlichem Risiko (z.B. Eisfallklettern).» Der Kläger war mit einem Gleitschirmflug gestartet. Aufgrund von Turbulenzen entschloss er sich zu einer Notlandung auf dem Gipfel einer 40 Meter hohen Tanne. Er informierte von dort mit dem Handy seine Gattin und den Rettungsdienst, dass er unverletzt sei, den Gleitschirm versorgen und den Baum hinunterklettern werde. Der Kläger befürchtete, dass der Rettungsdienst mit dem Hubschrauber kommen werde und die durch die Propeller aufgewirbelte Luft den Gleitschirm aus der Tanne herausreißen und beschädigen könnte. Daher versorgte er den Gleitschirm in seinen Rucksack und kletterte die Tanne nach unten. Vom Gipfel konnte der Kläger nicht erkennen, dass die Tanne im untersten Bereich keine Äste aufwies. Vor den letzten 5 bis 6 Metern warf er den Rucksack weg und rutschte den Stamm hinunter. Beim Aufkommen verletzte er sich am rechten Fuss, was zu einer Dauerinvalidität von 24% führte, wofür er 24 000 € verlangte. ErstG und BerG wiesen das Klagebegehren ab.

**OGH:** Der OGH wies die Revision des Klägers ab und bestätigte damit die Abweisung des Begehrens.

Ein Gleitschirm ist ein Luftfahrzeug im Sinn des § 11 Abs. 1 LuftfahrtG. Der Zweck des Risikoausschlusses liegt darin, den Versicherungsschutz für Personen auszuschließen, wenn diese über die für einen blossen Fluggast bestehenden allgemeinen Risiken des Luftverkehrs hinaus noch zusätzlichen Gefahren ausgesetzt sind. Luftfahrzeugführer ist man vom Start bis zur Landung. Daher gehört der Vorgang des Verlassens des Luftfahrzeugs noch zu dessen Verwendung, können doch damit – wie der zu beurteilende Unfall anschaulich zeigt – ganz spezifische Gefahren verbunden sein. Der Flug und damit die Funktion als Luftfahrzeugführer ist erst dann beendet, wenn das Luftfahrzeug so verlassen worden ist, dass auch die unmittelbar mit dem Luftverkehr verbundenen Gefahren beendet sind. Daher führt bei Verwendung eines Gleitschirms nicht schon eine Notlandung oder das Zusammenlegen des Gleitschirms, sondern erst das «Erreichen festen Bodens» zur Beendigung der flugtypischen Gefahr und damit zum zeitlichen Ende des Risikoausschlusses.

Nicht gefolgt wird der Ansicht des Klägers, es hätte sich keine flugtypische Gefahr verwirklicht, sondern nur die eines «normalen» Baumkletterers. Ohne die flugbedingte Notlandung hätte der Kläger weder den Baumgipfel erreicht noch wäre er in die Verlegenheit geraten, einen 5 m langen Abstieg über einen astlosen Baumstamm zu wagen.

**Kommentar**

Wie im Fall 3 bei der Lenkerschutzversicherung stellt der OGH zu Recht darauf ab, wann der Risikozusammenhang beendet ist. Dort hat das zur Einbeziehung in den Versicherungsschutz geführt, hier zum Risikoausschluss. Zutreffend ist namentlich das Argument des OGH, dass das Hinunterklettern ohne die Notlandung nicht erfolgt wäre. Ein «normaler» Baumkletterer wäre zunächst nach oben geklettert und hätte die Gefahren des dort astlosen Stammes erkannt. Für den Gleitschirmflieger war dies indes überraschend. Und womöglich war er trotz aller «Coolness», dass er an die Unversehrtheit seines Schirms gedacht hat, diesen im Gipfel zusammengepackt und 40 Meter nach unten geklettert ist, doch wegen der vorausgegangenen Notlandung ein wenig mehr angespannt als ein «normaler» Baumkletterer.

**4. Klettern in der Halle und Risikoausschluss für Bergsteigen ab Schwierigkeitsgrad 5 und Freeclimbing in der Unfallversicherung – OGH 9.11.2016 7 Ob 191/16p, SpuRt 2016, 64/2**

**Sachverhalt**

Zwischen dem Kläger und der Beklagten bestand ein Vertrag über eine Unfallversicherung. Darin fand sich bezüglich des Risikoausschlusses folgende Klausel: «Bei der Ausübung folgender gefährlicher Aktivitäten bzw. Sportarten: Bergsteigen ab Schwierigkeitsgrad 5, Freeclimbing, Wettkämpfe im Mountainbike-Downhill, Teilnahme an Expeditionen.» Auf einer Route mit Schwierigkeitsgrad 5 in der Kletterhalle in Wien kam der Kläger aufgrund eines Sicherungsfehlers seines Kletterpartners zu Sturz und zog sich schwere Verletzungen zu. Der Kläger begehrt 186 000 €. Die Beklagte lehnte die Deckung ab, weil das Hallenklettern unter den Begriff des Freeclimbing falle, das vom Versicherungsschutz ebenso ausgenommen sei wie das Bergsteigen ab dem Schwierigkeitsgrad 5. Das ErstG und das BerG gaben dem Begehren statt.

**OGH:** Stattgebung der Revision der Beklagten und Zurückverweisung zur Feststellung der Höhe des Anspruchs

Massgeblich für die Auslegung von allgemeinen Versicherungsbedingungen ist der Massstab des durchschnittlichen Versicherungsnehmers. Bei medizini-

schen Fachbegriffen etwa kommt es nicht auf die fachwissenschaftliche Terminologie der ärztlichen Wissenschaft an, sondern den allgemeinen Lebenssprachgebrauch. Unklarheiten gehen nach § 915 ABGB zulasten des Versicherers. Ausnahmen wie Ausschlüsse dürfen nicht weiter ausgelegt werden, als es ihr Sinn unter Beachtung des wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise sowie des Regelungszusammenhangs erfordert. Das Transparenzgebot des § 6 Abs. 3 KSchG erfordert die Verwendung von Begriffen, die einem Verbraucher geläufig sind. Wenn ein Beurteilungsspielraum verbleibt, vermag der Verbraucher keine Klarheit über seine Rechte und Pflichten gewinnen.

Freeclimbing bezeichnet eine Sportart, wobei dem Begriff kein unstrittiger Inhalt beigemessen wird. Verwiesen wird auf den Duden, wo es heisst «Bergsteigen ohne technische Hilfsmittel zur Fortbewegung». Bergsteigen setzt aber einen Berg oder zumindest freies Gelände voraus, sodass nach dem Duden Klettern an Kunstwänden nicht umfasst ist. Das Produkt dieser Familien-Unfallversicherung wendet sich an den durchschnittlichen Versicherungsnehmer, nicht an Kletterer. Dieser stellt sich unter Freeclimbing Klettern im Freien vor. Das wird verstärkt durch den Verweis auf andere gefährliche Sportarten, die alle im Freien ausgeübt werden. Im Gegensatz zur freien Natur bestehen in der Halle keine störenden Einflüsse durch Witterung mit einhergehender Rutschgefahr, Dunkelheit oder Gelände (z.B. Steinschlag, Orientierungsschwierigkeiten oder Extremhöhe). Freiklettern in der Halle unterscheidet sich wesentlich vom Freiklettern in freier Natur. Ausserdem ist das Hallenklettern – mit Seilsicherung – ein Breitensport, der häufig auch von Kindern ausgeübt wird.

#### Kommentar

Es ist beeindruckend, welche Quellen und Argumente aufgeboten werden, um das Freeclimbing in der Kletterhalle nicht unter den Risikoausschluss subsumieren zu müssen. Die Argumente mögen zum Teil oder allesamt überzeugend sein oder auch nicht. Laut Sachverhalt kam es zum Absturz aufgrund eines Sicherheitsfehlers des Kletterpartners. Es stellt sich für den «durchschnittlichen Leser» dieser Entscheidung dann allein die Frage, ob dann überhaupt noch Freeclimbing gegeben ist. Dieser stellt vielmehr erstaunt fest, dass der OGH sich mit dieser Einwendung sehr umfassend auseinandergesetzt hat, eine andere, m.E. viel näher liegende aber gar nicht thematisiert hat, nämlich das «Bergsteigen ab Schwierigkeitsgrad 5».

Alleinfalls könnte man ins Treffen führen, dass Bergsteigen einen Berg voraussetzt und eine Halle kein Berg ist. Meines Erachtens ist das freilich nicht über-

zeugend. Massgeblich ist doch – auch für den verständigen Versicherungsnehmer – dass ab einem gewissen Schwierigkeitsgrad das Risiko, einen Unfall zu erleiden, deutlich erhöht ist. Und das nicht deshalb, weil in der freien Natur in der OGH-Entscheidung genannte zusätzliche Gefahrenmomente dazukommen, sondern allein aufgrund der Steilheit bzw Beschaffenheit der Wand. Ob sich jemand einer solchen Bewährungsprobe an einem in Jahrtausenden herausgeformten Berg oder an einer künstlich geschaffenen Wand in einer Kletterhalle erproben will, macht für das Risiko keinen Unterschied. Womöglich hätte der Anwalt der Beklagten darauf nachdrücklicher hinweisen können bzw. müssen oder seine Einwendung primär darauf stützen sollen bzw. müssen. Aber nachdem diese Einwendung vorgebracht wurde, hätten sich auch die Gerichte unter Einschluss des OGH damit befassen müssen.

#### 5. Erfrierungen bei allmählicher Wetteränderung während einer Hochgebirgstour in der Schweiz kein Unfall in der Unfallversicherung – OGH 28.9.2016, 7 Ob 79/16t

##### Sachverhalt

Zwischen den Streitparteien wurde ein Unfallversicherungsvertrag geschlossen, dem die «Klipp & Klar Bedingungen» zugrunde lagen. In diesen heisst es: «Ein Unfall liegt vor, wenn die versicherte Person durch ein plötzlich von aussen auf ihren Körper einwirkendes Ereignis unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erleidet.» Der Kläger unternahm mit einem Freund eine Bergtour am Mönch in der Schweiz. Er stieg von 2800 m auf 4000 m auf. Die Wetterprognose war gut. Bei Erreichen von 4000 m kam stürmischer Wind mit Böen bis zu 88 km/h auf, was das Gehen und Klettern erschwerte. Das ist aber ebenso wenig ungewöhnlich wie die Temperatur bis –12 Grad. Aufgrund des Schneemangels befand sich am Weg Eis statt Firnschnee. Trotzdem lag die Aufstiegszeit noch im Durchschnitt. Es gab keinen Wetterumschwung im klassischen Sinn. Alpinistisch war es richtig, weiterzugehen, weil beim restlichen Aufstieg keine technischen Schwierigkeiten zu erwarten waren und der Aufstieg in 3 Stunden zu bewältigen war, während das Abseilen beim Abstieg viel schwieriger gewesen wäre und 6 Stunden beansprucht hätte.

Der Kläger erlitt Erfrierungen an den Zehen, an den Grosseehen bleibende Taubheitsgefühle. Der Kläger war in keiner Notsituation. Er war auch nicht überfordert. Zu den Erfrierungen kam es wegen des ungünstigen Zusammentreffens mehrerer Faktoren: kalte Aussentemperaturen, stürmischer Wind, kalte Eisoberfläche, dauernder Einsatz von Steigeisen und Klettern in Seilschaft. Dass all diese Faktoren zusammentreffen, war für den Kläger nicht vorhersehbar; damit

muss man aber bei einer alpinen Hochtour wie dieser rechnen. Der Kläger begehrte 30 000 €. Der Beklagte wendete ein, dass kein Unfall vorliege, weil der Körperschaden nicht infolge eines plötzlich von aussen auf den Körper wirkenden Ereignisses zurückzuführen sei. ErstG und BerG haben das Begehren abgewiesen.

**OGH:** Abweisung der Revision des Klägers und damit des Klagebegehrens

Ein Unfall kann auch vorliegen, wenn der Versicherte ein Verhalten gesetzt hat, das ihn herbeiführt. Das ist gegeben, wenn ein Versicherter einen Vorgang bewusst und gewollt begonnen hat und er von ihm auch beherrscht wurde, sich dessen Beherrschung aber durch einen unerwarteten Ablauf entzogen hat und nun schädigend auf den Versicherten einwirkt. Zum Begriff der Plötzlichkeit gehört das Moment des Unerwarteten und Unentrinnbaren. Der Versicherte trägt die Beweislast für den Versicherungsfall und damit die Ursächlichkeit des Unfalls für die Invalidität. Verwiesen wird auf die Vorentscheidung 7 Ob 320/04s, wo ausgesprochen wurde, dass bei der Caisson-Krankheit bei Auftauchen eines Tauchers kein Unfall vorliege, wenn der Tauchvorgang nicht durch ungewollte und ungeplante Umstände gestört wurde. Verwiesen wird weiter auf BGH-Entscheidungen zur vergleichbaren Bedingungs-lage.

Das Gegenteil von «plötzlich» ist «allmählich». Bei einem Unfall muss die Einwirkung plötzlich sein, nicht aber die dadurch bewirkte Gesundheitsschädigung. Diese kann allmählich erfolgen, jedoch muss ein zeitlicher Zusammenhang mit dem Unfallereignis bestehen. Daran fehlt es bei länger auf den Körper einwirkenden Ereignissen. Die Absicherung von umweltbedingten Gesundheitsbeeinträchtigungen gehört nicht zu den Aufgaben der Unfallversicherung. Bei Augenblicksereignissen ist Plötzlichkeit immer zu bejahen. Alternativ kann gegeben sein ein subjektives Element des Unerwarteten, nicht Vorhergesehenen, Unentrinnbaren, wenn ein abgegrenzter Zeitrahmen gegeben ist. Ob der konkrete Versicherte die Gefahr hätte erkennen können, darauf kommt es nicht an; massgeblich ist ein objektiver Massstab, weil nicht der sorglose Versicherte privilegiert werden soll. Erfrieren kann infolge einer plötzlich eintretenden Bewegungsunfähigkeit als Unfallfolge vom Versicherungsschutz umfasst sein, wenn ein Bergsteiger von einer nachhaltigen Veränderung der Wetter- und Sichtverhältnisse überrascht wird und nicht mehr zum Abstieg in der Lage ist.

Im konkreten Fall traten die Witterungs- und Umwelteinflüsse in zeitlicher Hinsicht nicht plötzlich ein. Es gab keinen unerwarteten Wetterumschwung, dem der Kläger zwangsläufig hilflos ausgesetzt war, sondern das Wetter änderte sich der Höhenlage entsprechend

allmählich. Das waren keine ungewöhnlichen Verhältnisse. Der Kläger geriet in keine Notlage. Der Kläger sah zwar die Witterungsverhältnisse nicht voraus; objektiv war mit ihnen aber bei einer solchen alpinen Hochtour zu rechnen. Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, er sei von den äusseren Verhältnissen unentrinnbar überrascht worden. Damit fehlt es an der Plötzlichkeit. Ein anderes Auslegungsergebnis würde dazu führen, dass alle Gesundheitsschädigungen im Zuge von Witterungs- und Umwelteinflüssen vom Versicherungsschutz erfasst wären, was ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer nach der Bedingungs-lage nicht erwartet. Es liegt hier kein Unfall vor, sondern ein nicht gedeckter Unglücksfall.

#### Kommentar

Die ausserordentlich sorgfältig begründete und zutreffende Entscheidung leistet einen Beitrag zur Präzisierung des Unfallbegriffs. Erkennbar ist das Bestreben des OGH, Pflöcke einzurammen gegen die Ausuferung in Betracht kommender Ersatzansprüche. Der Begriff der Plötzlichkeit wird auf Fälle des Unentrinnbaren erweitert, wobei aber auch dann noch ein – enger – zeitlicher Zusammenhang zwischen einem (Unfall-) Ereignis und den schädigenden Folgen verlangt wird. Hätte sich die Wetterlage unvorhersehbar verändert, wäre bei den Erfrierungen ein Unfall bejaht worden, mögen diese auch erst im Zeitverlauf eingetreten sein. Massgeblich ist dabei aber nicht die jeweilige subjektive Kenntnis des Versicherungsnehmers, sondern ein objektiver Massstab, wobei es ausreichend sein wird, wenn der Bergsteiger das Internet konsultiert oder sich im – lokalen – Radio oder Fernsehen schlaumacht. Während im Sozialversicherungsrecht neben dem Arbeitsunfall auch die Berufskrankheit zum versicherten Risiko zählt, es auf Plötzlichkeit oder Allmählichkeit somit nicht ankommt, ist das bei einer privaten Unfallversicherung anders. Der OGH hat es durchaus treffend auf den Punkt gebracht: Es liegt kein Unfall, sondern ein durch die Unfallversicherung nicht gedeckter Unglücksfall vor. Wer sich solchen Lustbarkeiten wie einer Bergtour in einer Höhe von über 4000 m «aussetzt», der muss damit leben, dass er nicht nur einen phänomenalen Fernblick genießt, sondern dies mitunter mit seinen erfrorenen Zehen «erkauft».