

FESTSCHRIFT KARL-HEINZ DANZL



*Andy*

Festschrift

# KARL-HEINZ DANZL

Zum 65. Geburtstag

Herausgeber

o. Univ.-Prof. Dr. Christian Huber  
Univ.-Prof. Sen.-Präs. Dr. Matthias Neumayr  
Dr. Wolfgang Reisinger



Wien 2017  
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

o. Univ.-Prof. Dr. Christian Huber  
Univ.-Prof. Sen.-Präs. Dr. Matthias Neumayr  
Dr. Wolfgang Reisinger

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung von:  
Autopreisspiegel Österreich – Fahrzeugbewertung durch Marktanalyse  
Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs © VVO  
Wiener Städtische Versicherung AG Vienna Insurance Group  
Wirtschaftskammer Österreich, Bundesinnung der Fahrzeugtechnik

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autorinnen und Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-03302-6

© 2017 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien  
Telefon: (01) 531 61-0  
E-Mail: [verlag@manz.at](mailto:verlag@manz.at)  
[www.manz.at](http://www.manz.at)  
Bildnachweis: © Peter Berger  
Satzherstellung: Christian Taufer  
Druck: FINIDR, s. r. o., Český Těšín

# Vorwort

Eine Festschrift ist auch eine Widerspiegelung des Wirkens eines Jubilars. Das ist auch in dieser Festschrift so: Die Autorinnen und Autoren stammen aus Österreich, Deutschland und der Schweiz. Es sind Höchstrichter und Richter der Instanzgerichte, vom Amtsgericht bis zum Oberlandesgericht; Professoren, die zumeist einen Schwerpunkt im Schadenersatz- oder Privatversicherungsrecht bzw. Zivilprozessrecht haben; Entsprechendes gilt für die Praktiker, seien es Ministerialbeamte, Anwälte, Versicherungsjuristen, Vertreter der Kammern oder Kfz-Sachverständige; und auch der Polizeipräsident von Wien hat einen Beitrag beigesteuert. Insgesamt sind es 45 Beiträge von 51 Autorinnen und Autoren geworden, eine beeindruckende Anzahl als Beleg für die Anerkennung, die der Jubilar da wie dort erfahren hat. Die Akquise der Autoren war für die Herausgeber einfach. Auch der Verlag MANZ konnte leicht dafür gewonnen werden, für den Jubilar, der in den letzten Jahrzehnten so vieles für diesen geleistet hat, eine Festschrift herauszugeben; noch mehr wollten mitmachen, haben es aber aus zeitlichen Gründen nicht geschafft, wie das bei solchen Unterfangen nicht unüblich ist. Dass die Beiträge mehr als 700 Seiten füllen, ist freilich für sich eine Benchmark. Schwierig war hingegen das Auftreiben eines Druckkostenzuschusses bei Sponsoren. Immer wieder konnte man hören: Der hat uns auch einmal wehgetan als (Höchst-)Richter. Und im Grunde genommen ist das die höchste Auszeichnung, muss doch ein Richter allen Interessen gerecht werden.

Als der Verlag MANZ im März 2011 *Karl-Heinz Danzl* im „Porträt des Monats“ darstellte, wurden drei Eigenschaften von *Karin Pollack* besonders herausgestrichen: *Karl-Heinz Danzl* beginnt früh zu arbeiten: Um sechs Uhr trifft man ihn schon in seinem Büro im Justizpalast an. *Karl-Heinz Danzl* ist Zivilrechtler, vor allem Schadenersatzrechtler. Die berufliche Laufbahn hat ihn schließlich zum Vorsitz im Senat 2, dem „schadenersatzrechtlichen Senat“ des Obersten Gerichtshofs, geführt. Und *Karl-Heinz Danzl* ist Reisender: Nicht nur ein Pendler zwischen Innsbruck und Wien, sondern ein Reisender auf der ganzen Welt. Nur wenige Staaten fehlen ihm auf seiner persönlichen Landkarte. Als leidenschaftlicher Videofilmer, der nach jedem Urlaub umfangreich schneidet und mischt, lässt er alle an diesen Reisen teilhaben. Es verwundert nicht, dass er seine Frau auf einer Reise kennengelernt hat.

Früh dran war *Karl-Heinz Danzl* immer schon in seinem Leben: Auch dass er Richter werden wollte, wusste er schon sehr bald. Der Berufswunsch wird ihm wohl schon in die Wiege gelegt worden sein: Sein Vater war Grundbuchsrechtspfleger beim Bezirksgericht Schwaz in Tirol. Seine berufliche Laufbahn absolvierte *Karl-Heinz Danzl* immer in der Mindestzeit: das Gymnasium Paulinum in Schwaz in acht Jahren (1962–1970), das Studium in Innsbruck in acht Semestern (1970–1974). Und Richteramtswürter wurde er schon nach sechs Monaten Gerichtspraxis im Jahr 1976. Richterliche Ernennungen gab es nicht viele in seinem Leben, ging es doch steil bergauf – wie auf die Tiroler Berge: Sprengelrichter

im OLG-Sprengel Innsbruck (1978), Richter des Bezirksgerichts Innsbruck (1980), Richter des Landesgerichts Innsbruck (1983), Richter des Oberlandesgerichts Innsbruck (1994), Hofrat des Obersten Gerichtshofs (1996) und Senatspräsident des Obersten Gerichtshofs (2008). Zwei Jahre lang war er dem Bundesministerium für Justiz zugeteilt, um das ADV-Firmenbuch zu entwickeln.

In aller Früh auf dem Gericht zu sein, verschafft ruhige Arbeitsstunden. Den Beweis liefern allein schon die zahlreichen Buchbesprechungen. Früher als andere liest *Karl-Heinz Danzl* juristische Fachliteratur und bereitet sie dem Fachpublikum vor allem in der ZVR und der ÖJZ auf. Er ist in gewisser Weise also „Vorleser“. Nicht selten kam es vor, dass ein ZVR-Heft fünf, sechs Besprechungen aus seiner Feder enthielt. Auch die *Geo.*, für deren Herausgeberschaft er bereits 2005 mit dem MANZ-Autorenpreis ausgezeichnet wurde, bedarf laufender Wartung, die allein schon deshalb fordernd ist, weil zahlreiche Rechtsgebiete berührt werden, vor allem das einem Zivilrechtler manchmal fremde öffentliche Recht. Nicht nur die Geschäftsordnung für die Gerichte erster und zweiter Instanz wird von *Karl-Heinz Danzl* betreut, sondern naheliegender Weise auch diejenige des Obersten Gerichtshofs – vermutlich (und hoffentlich) auch über die Versetzung in den Ruhestand hinaus. Für seine Verdienste für die Gerichtsbarkeit hat ihm der Bundespräsident im Jahr 2013 eine selten vergebene Auszeichnung, nämlich das „Große Goldene Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich“, verliehen.

Das Schadenersatzrecht hat *Karl-Heinz Danzl* früh geprägt: Seine ersten Aufsätze – gut erkennbar bis zum beruflichen Ausflug in das Firmenbuch – waren im weitesten Sinne diesem Thema gewidmet, beginnend mit den Rechtsfragen des Vorranges in der ZVR 1987 und der Verunstaltungsentschädigung in der Rechtsprechung des OLG Innsbruck in der ZVR 1988. Bald zeigte sich die Hinwendung zum Schmerzensgeld, die in der Mitherausgeberschaft des Standardwerks zu diesem Thema („Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht“) ab der 6. Auflage 1994 mündete. Bemerkenswert ist das alljährlich in der ZVR erscheinende Update „Bemerkenswerte schadenersatzrechtliche Entscheidungen des OGH aus dem Jahr ...“, erstmals verfasst in der ZVR 2003. Die ZVR ist eindeutig zum Hauptpublikationsorgan von *Karl-Heinz Danzl* geworden – kein Wunder, ist das doch die am meisten durch das Schadenersatzrecht geprägte Zeitschrift in Österreich. Im April 1987 wurde er ständiger Mitarbeiter der Zeitschrift, ab Juni 1996 Mitglied der Schriftleitung und seit 1. Jänner 2006 ist er ZVR-Schriftleiter. Er hat (s)ein Team ausgewählt, *Georg Kathrein*, *Christian Huber* und *Gerhard Pürstl*. Er lässt diesem viel Freiheit und agiert wie ein *primus inter pares*. Er besticht durch exakte Protokolle und präzise Terminlisten; zudem sind das Abrufen von Details von Entscheidungen aus dem Gedächtnis und seine Aktenkenntnis unübertroffen – es gibt gute Gründe zu vermuten, dass dies bei ihm als Senatspräsident nicht anders war. Die Große Gesetzesausgabe zum EKHG betreut er seit der 6. Auflage 1998; schadenersatzrechtliche Bestimmungen kommentiert er seit 2005 im Kurzkommentar zum ABGB, dem „KBB“. Diese ausgeprägte Liebe zum Zivilrecht bringt er auch mit seinem Wunschkennzeichen „IL-ABGB I“ zum Ausdruck.

Trotz der Bindung an Wien hat er den Kontakt zu seiner Heimat Tirol nie aufgegeben. Seit 1987 ist er Lehrbeauftragter an der Universität Innsbruck, genauer am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der dortigen Juristenfakultät. 1998 wurde ihm von dieser die Lehrbefugnis für dieses Fach als Honorarprofes-

sor verliehen. Zudem lässt er bei seinen Seminaren und Vorträgen die Praktiker daran teilhaben, was den 2. Senat beschäftigt und ihn zu „gerade dieser“ Entscheidung „bewegt“ hat. Stets hatte und hat er dabei im Blick, dass neben der Einzelfallgerechtigkeit ein Judiz des OGH auch x-fache Multiplikatorwirkung hat, was eine ganze Branche erheblich be- oder entlasten kann. Auch die Pflege der Kontakte zu den entsprechenden Fachsenaten des BGH war ihm mehr als bloße Pflichterfüllung. Die dortigen Kolleginnen und Kollegen spürten, dass die wechselseitige Information gerade diesem Senatspräsidenten ein Herzensanliegen ist. Der persönliche Meinungs austausch in Wien oder Karlsruhe ist förderlich bei der Erkundung des Umgangs einer Nachbarrechtsordnung mit einem ähnlichen oder gleichen Problem. Da er in seinem Senat auch einen Kollegen hatte, der Italienisch spricht, hat sich über die Schweiz hinaus ein besonderes Interesse für das italienische Recht herausgebildet. In der ZVR hat er zudem gefördert, dass regelmäßig über die höchstrichterliche Rechtsprechung Deutschlands und der Schweiz und in Überblicksbeiträgen auch über anderen Rechtsordnungen berichtet wird. Er überschreitet selbst das zivilrechtliche Fachgebiet, um aus Nachbardisziplinen Erkenntnisse zu ziehen, wie das im Standardwerk zum Schmerzensgeld ebenso wie in so mancher Entscheidung sichtbar wurde, die seine Handschrift trägt.

An weiteren Aufgaben – sei es am Obersten Gerichtshof oder für den Verlag MANZ – und vor allem neuen (und irgendwann auch alten) Reisezielen wird es ihm sicher nicht fehlen. In seiner schriftstellerischen und Vortragstätigkeit verlagerte sich bloß das Zimmer, wo die konzeptive Vorbereitung erfolgt, vom OGH in das Gefilde seiner Wohnung. Wir wünschen *Karl-Heinz Danzl* für die kommenden Jahre alles Gute, Gesundheit und auch Schaffenskraft.

In herzlicher fachlicher und vor allem persönlicher Verbundenheit

*Christian Huber*

*Matthias Neumayr*

*Wolfgang Reisinger*



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
I. SCHADENERSATZRECHT	
<i>Hans-Jürgen Ahrens</i>	
Ersatz rechtswidriger Vermögensvorteile .....	3
<i>Peter Apathy</i>	
Zur Aktivlegitimation bei Beschädigung von Miet- und Leasingobjekten .....	17
<i>Christoph Eggert</i>	
In Österreich 110 bis 115, in Deutschland 130% – ist der Integritätszuschlag noch zeitgemäß? .....	27
<i>Andreas Ermacora und Simon Gleirscher</i>	
Zur Wegehalterhaftung im alpinen Gelände: Haftungsrechtliche Problemstellungen im Kontext der Errichtung von „Themenwegen“ .....	39
<i>Friedrich Harrer und Matthias Neumayr</i>	
Die Haftung des Geschäftsführers im Lauterkeitsrecht .....	57
<i>Monika Hinteregger</i>	
Trauerschmerzensgeld und der Anspruch auf immateriellen Schadenersatz im österreichischen Recht .....	71
<i>Ernst Karner</i>	
Zur Ersatzfähigkeit von Schock- und Trauerschäden – eine Bilanz .....	87
<i>Georg E. Kodek</i>	
Abstrakte Schadensberechnung – Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung .....	117
<i>Helmut Koziol</i>	
Unsoziale schadenersatzrechtliche Regelungen .....	129
<i>Hardy Landolt</i>	
Der normative Schaden im schweizerischen Recht .....	139

<i>Nora Michtner</i>	
Die Verjährung der Haftung des Abschlussprüfers .....	157
<i>Thomas Offenloch</i>	
Der Fahrradhelm beim Bundesgerichtshof .....	165
<i>Claudia Rudolf</i>	
Ersatz immaterieller Schäden mittelbar Geschädigter nach dem slowenischen Obligationenrecht .....	177
<i>Claudia Schubert</i>	
Der Ausgleich ideeller Schäden und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers und des Geschädigten .....	191
<i>Elfriede Solé und Walter Veith</i>	
Aspekte der Schadensrente .....	203
II. MEDIZINHAFTUNGSRECHT	
<i>Erwin Bernat</i>	
Medizinisch nicht indizierte ärztliche Eingriffe und Entgeltfortzahlung .....	229
<i>Iris Herzog-Zwitter</i>	
Die Aufklärungspflichtverletzung und die hypothetische Einwilligung als Haftungskorrektiv – eine rechtsvergleichende Analyse .....	253
<i>Lothar Jaeger</i>	
Neues aus der Rechtsprechung – vier Jahre Patientenrechtegesetz .....	271
<i>Andreas Spickhoff</i>	
Die Haftung des (psychiatrischen) Gerichtssachverständigen .....	311
III. PRIVATVERSICHERUNGSRECHT	
<i>Christian Armbrüster</i>	
Bindungswirkung der Preislisten von Schadensnetzen für die Entschädigungsleistung in der Kfz-Versicherung .....	327
<i>Gunter Ertl</i>	
Zur Fälligkeit und zum Anerkenntnisverbot in der Haftpflichtversicherung ...	349
<i>Robert Fucik</i>	
Rechtsverfolgung gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer im Konkurs des Versicherten .....	359

*Michael Grubmann*

Die Entwicklung des Kfz-Haftpflichtversicherungsrechts in Österreich  
bis zum Inkrafttreten des KHVG 1994 ..... 369

*Walter Kath*

Zum Spannungsverhältnis zwischen Verletzung von  
Sicherheitsvorschriften, grob fahrlässiger Herbeiführung des  
Versicherungsfalles und dem Gefahrerhöhungsregime bei  
Schadensereignissen im Rahmen der Sachversicherung ..... 389

*Wolfgang Reisinger*

Das Auto als Waffe ..... 417

*Herbert Salficky*

Konkurrierende Deckungsansprüche bei der Versicherung für  
fremde Rechnung ..... 429

#### IV. SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

*Christian Huber*

Rechtsfolgen fehlender (spezialgesetzlicher) Legalzessionsnormen ..... 441

*Christian Rolfs und Riccarda Marcelli*

Gestörte Gesamtschuld ..... 471

#### V. SONSTIGES VERKEHRSRECHT

*Werner Bachmeier*

Smartwatches, Smartglasses, sonstige Wearables und das Handy-Verbot  
oder Technik und das Fehlen effektiver Normensetzung ..... 487

*Joachim J. Janezic*

Drohnen über Österreich ..... 499

*Gerhard Pürstl*

Ist das System der Erteilung von Fahrschulbewilligungen  
verfassungswidrig? ..... 511

*Othmar Thann*

Straßenverkehrsrecht – Basis der Verkehrssicherheit ..... 529

#### VI. ZIVILGERICHTLICHES VERFAHRENSRECHT

*Peter G. Mayr*

Die beiden Habilitationen Franz Kleins ..... 543

<i>Hubertus Schumacher und Eva Klingler</i>	
Zustellung im österreichischen Zivilverfahren .....	559
<i>Wolfgang Wellner</i>	
Der Anscheinsbeweis bei Verkehrsunfällen .....	579
<i>Wigbert Zimmermann</i>	
Zur Sorgfaltpflicht im Schriftsatzwesen .....	589
VII. INTERNATIONALES SCHADENERSATZ- UND ZIVILPROZESSRECHT	
<i>Dirk Looschelders</i>	
Abwicklung internationaler Verkehrsunfälle vor deutschen und österreichischen Gerichten – unter besonderer Berücksichtigung des Direktanspruchs .....	603
<i>Oskar Riedmeyer</i>	
Rechtsprechung des EuGH zu den KH-Richtlinien und den sonstigen Verordnungen und Richtlinien über die Regulierung internationaler Verkehrsunfälle .....	629
<i>Judith Schacherreiter</i>	
Die internationale Zuständigkeit für Prospekthaftungsklagen nach der EuGVVO .....	645
<i>Martin Spitzer</i>	
Der Klimawandel als juristische Kategorie – Internationale Perspektiven .....	655
<i>Alexander Wittwer</i>	
Interventions- und Regressklage der (Sozial-)Versicherung (am gewöhnlichen Aufenthalt des Geschädigten) im internationalen Schadensfall .....	669
VIII. ALLGEMEINES ZIVILRECHT	
<i>Johann Kriegner</i>	
Die Verwendung von rechtswidrigen Vertragsklauseln aus Verbrauchersicht .....	681
<i>Eike Lindinger</i>	
Verletzung der Aufklärungs- und/oder Informationspflicht – ein selbstständiger Reisemangel? .....	697

---

*Georg Nowotny*

Die Vertretung von kirchlichen katholischen juristischen Personen,  
insbesondere von Ordensgemeinschaften und Kongregationen,  
im staatlichen österreichischen Recht ..... 707

*Wolfgang Pfeffer und Karl-Heinz Wegrath*

Benützungsentgelt bei Wandlung ..... 737

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren ..... 745

Lebenslauf und beruflicher Werdegang von Karl-Heinz Danzl ..... 749

Publikationsverzeichnis Karl-Heinz Danzl ..... 751



# Rechtsfolgen fehlender (spezialgesetzlicher) Legalzessionsnormen

## Über Art und Ausmaß (gebotener) gesetzlicher Determinierung

*Christian Huber\**, Aachen

### Übersicht:

- I. Vorbemerkung
- II. Die zentrale Problemstellung
- III. Die einzelnen Fallgruppen
  - A. Das Ausmaß des Ersatzes bei Heilungskosten in Form der Anstaltspflege bei einem stationären Aufenthalt in einem nicht dem Landesgesundheitsfonds unterliegenden Krankenhaus – 2 Ob 192/13v, RdM LS 2015/13
  - B. Hilfestellungsmaßnahmen in der Schule – 8 Ob 126/11d, ASoK 2013, 273 (*Braun*)
  - C. Kosten eines Arbeitshelfers – 2 Ob 163/08x, ZVR 2009/157 (*Ch. Huber*)
  - D. Notstandshilfe – 6 Ob 260/03h
  - E. Beschäftigungstherapie in einer geschützten Werkstätte – 2 Ob 190/09v, Zak 2010/450; 2 Ob 200/11t, ÖZPR 2013/25
- IV. Die passende Regressnorm
  - A. (Eingeschränkte) Bedeutung der jeweiligen Legalzessionsnormen
  - B. Interessen der Beteiligten: Primär Geschädigter, Dritteistender, Schädiger
  - C. Unterschiedliche Ausprägungen der (Legal-)Zession
  - D. Unterschiedliche Rechtsfolgen
  - E. Kriterien für die analoge Anwendung von Legalzessionsnormen
- V. Schlussfolgerungen
  - A. Für den Dritteistenden
  - B. Für den Gesetzgeber
  - C. Für die Rechtsprechung
- VI. Schlusswort

### I. Vorbemerkung

Nach einem Vortrag auf der Richter /innen-Tagung in *Seggau* am 9.9.2005 erhielt ich vom Jubilar die ehrenvolle Anfrage, künftig unter seiner Vorsitzführung in der Schriftleitung der ZVR mitwirken zu wollen, wozu ich spontan bereit war. Spätestens seit diesem Tag besteht eine enge fachliche und herzliche persönliche Verbundenheit zum Jubilar. Bei Auswahl des Themas des Festschriftbeitrags geht es um das Bemühen, dass dieses möglichst viele Facetten seiner Persönlichkeit ansprechen möge. Das untersuchte Thema könnte diesem Petitum genügen:

---

\*) Prof. Dr. *Christian Huber*, RWTH Aachen.

Der Jubilar war lange Jahre beim OGH im 2. und 7. Senat mit einem Schwerpunkt im Schadenersatz- und Sozial- bzw Privatversicherungsrecht tätig. Schnittstellenprobleme zwischen diesen Rechtsgebieten werden häufig gerne ausgespart, namentlich solche zwischen Schadenersatzrecht und Sozialversicherungsrecht – nicht so vom Jubilar, der als Richter Entscheidungen fällen musste. Der Jubilar war aber auch im Justizministerium tätig und insoweit mit Fragen der Gesetzesverfassung befasst. Er ist aber nicht nur Senatspräsident, sondern auch Honorarprofessor und ist durch zahlreiche umfassende Werke<sup>1)</sup> hervorgetreten. Bei diesen geht es aber nicht bloß um das Sammeln und Ordnen, sondern um die Befassung mit Dogmatik, somit um Systembildung und die Erarbeitung von Prinzipien, um Rechtsfolgen künftiger – noch nicht entschiedener – Fälle vorhersehbar und berechenbar zu machen.

Der Jubilar ist aber auch eine Persönlichkeit mit föderalem Einschlag; spätestens seit den Tiroler Freiheitskriegen gegen Napoleon gibt es nirgendwo in Österreich ein so ausgeprägtes föderales Bewusstsein wie in diesem Bundesland, aus dem der Jubilar stammt. Dass die Landesbürokratie bei komplizierten Fragen an der Schnittstelle zwischen öffentlichem und Privatrecht mitunter überfordert ist, wird in diesem Beitrag im Punkt III.B thematisiert. Der Jubilar ist einer, der sowohl als Autor<sup>2)</sup> als auch als Richter jedenfalls bei grundlegenden Fragen gerne auch einen Blick über den Tellerrand wagt und rechtsvergleichende Bezüge einfließen lässt. Die Bezugnahme auf das deutsche Privatrecht gehört in Österreich (fast) schon zum guten Ton. Bei dem untersuchten Thema ist aber auch ein Blick ins schweizerische Recht lohnend,<sup>3)</sup> weil der dortige Föderalismus in Form des „Kantönliges“ noch stärker ausgeprägt ist als in Deutschland und Österreich; zudem gibt es häufig überlappende oder ergänzende Drittleistungen. Schließlich ist der dortige Gesetzgeber im Bemühen um die Schließung von Lücken ungleich aktiver als in Deutschland und Österreich – mit dem Ergebnis, dass ein Problem gelöst wird und sich gleichzeitig zwei weitere auftun.<sup>4)</sup>

Schließlich weist die Thematik auch eine Dimension auf, wie sie für das Unfallrecht atypisch ist. Es soll in Punkt V.A ein Ausblick unternommen werden, wie im Schadenersatzrecht durch Gestaltung von Drittleistungen der Regress gegenüber dem Ersatzpflichtigen erleichtert werden kann. Entsprechend der zuletzt ausgeübten Tätigkeit als Jubilar als Präsident des 2. Senats und damit als „höchster“ Haftungsrichter, jedenfalls in Verkehrsunfallsachen, bemüht sich der Beitrag um die Beantwortung der anstehenden Fragen anhand konkreter Entscheidungen als Kristallisationspunkt der bestehenden Probleme.

1) Pars pro toto sei zu nennen *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzgeld in medizinischer und juristischer Sicht<sup>10</sup> (2013).

2) Wiederum pars pro toto und beeindruckend umfassend *Danzl*, Der Ersatz ideeller Schäden in Europa und im ABGB am Beispiel des Angehörigenschmerzensgeldes, FS 200 Jahre ABGB (2011) 1633 ff.

3) So bereits *Ch. Huber*, Ein – lohnender – Blick ins schweizerische Haftpflichtrecht, ZVR 2013, 190 ff.

4) *Roder*, Kantonale Schadensausgleichsleistungen im Regresskontext, HAVE 2017, 231: Schaffung eines neuen Art 79a KVG für ein Regressrecht der Kantone bei der Spitalfinanzierung; eine entsprechende Norm bei der Pflegeversicherung nach Vorbild des Art 25a KVG wurde aber vergessen; *Kieser*, Rückgriff auf Haftpflichtige für kantonale Leistungen im Zusammenhang mit der Spitalfinanzierung, AJP/PJA 2014, 827, 829: Verweis in Art 79a KVG nur auf Art 72 ATSG, nicht aber Art 74 ATSG.

## II. Die zentrale Problemstellung

Eine Person wird von einem Schädiger in zurechenbarer Weise am Körper verletzt; häufige Fälle sind ein Verkehrsunfall oder ein ärztlicher Kunstfehler, namentlich von Gynäkologen, Orthopäden oder Chirurgen. Durch die Verletzung entsteht ein akuter Bedarf an Heilmaßnahmen während eines stationären Krankenhausaufenthalts.<sup>5)</sup> Ein Schulkind benötigt Fördermaßnahmen, weil trotz aller Heilversuche seine geistigen Kapazitäten nicht vollkommen wiederhergestellt worden sind;<sup>6)</sup> ein Schulabgänger oder Arbeitnehmer bedarf der Maßnahmen der Rehabilitation, um (s)einen Beruf (weiter) ausüben zu können.<sup>7)</sup> Womöglich gerät der Verletzte finanziell in eine Schieflage, sodass er Notstandshilfe beanspruchen muss.<sup>8)</sup> Mitunter ist die Verletzung aber so schwer, dass an einen Wiedereinstieg in den primären Arbeitsmarkt nicht zu denken ist; es geht dann um eine Beschäftigungstherapie, um dem Verletzten ein menschenwürdiges Dasein zu verschaffen.<sup>9)</sup>

Die geschilderten Fälle waren jeweils Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen. Sie weichen vom 0815-Fall insoweit ab, als es für die von einem neutralen Dritten<sup>10)</sup> erbrachten Leistungen keine passgenaue Legalzessionsnorm gibt. Ist hingegen eine solche in Gestalt von § 332 ASVG oder einer vergleichbaren Regressnorm wie § 16 BPGG vorhanden, sind folgende Wertungen verwirklicht: Der Geschädigte soll – auch partiell – nicht doppelt liquidieren. Der Drittleistende soll den auf ihn verlagerten Schaden vom Schädiger ersetzt verlangen können; der Schädiger soll also nicht entlastet werden. Der Drittleistende hat die Mühe der Eintreibung des Regressanspruchs und trägt das Insolvenzrisiko des Ersatzpflichtigen.

Welche Rechtsfolge ergibt sich aber, wenn der Wortlaut einer solchen passgenauen Legalzessionsnorm nicht erfüllt ist?<sup>11)</sup> In der Schweiz bezeichnet man das als „extrasystematische Koordination“.<sup>12)</sup>

Eine rein „mechanische“ Rechtsanwendung würde zu dem Ergebnis gelangen, dass es dann eben keinen Regress gibt. Diese Meinung wird in der Schweiz vertreten.<sup>13)</sup> In Österreich war das in Bezug auf den Lohnfortzahlungsschaden jahrzehntelang die Position des OGH, ehe – frei nach der Devise „Steter Tropfen höhlt den Stein“ – eine Kehrtwende eingetreten ist;<sup>14)</sup> und zwar ganz ohne Zutun des Gesetzgebers durch Anordnung einer speziellen Legalzessions-

5) OGH 2 Ob 192/13v RdM-LS 2015/13.

6) OGH 8 Ob 126/11d ASoK 2013, 273 (*Braun*).

7) 2 Ob 163/08x ZVR 2009/157 (*Ch. Huber*).

8) OGH 6 Ob 260/03h.

9) 2 Ob 190/09v Zak 2010/450; 2 Ob 200/11t ÖZPR 2013/25.

10) So die Begrifflichkeit im schweizerischen Recht, etwa bei *Roder*, HAVE 2017, 231.

11) Dazu für das schweizerische Recht *Kieser*, Rückgriff auf haftpflichtige Dritte für kantonale Leistungen der Sozialversicherung, HAVE 2017, 228: „Es liegt ein juristisch noch kaum beachtetes neues Feld vor.“

12) *Roder*, HAVE 2017, 231.

13) *Roder*, HAVE 2017, 231, 232: „Allgemein muss daher gelten, dass die (extrasystemische) Koordination von kantonalen Schadensausgleichsleistungen mit Haftpflichtansprüchen ohne gesetzliche Grundlage unzulässig ist.“

14) OGH 2 Ob 21/94 SZ 67/52 = JBl 1994, 684 = EvBl 1994/135 = ZVR 1994/88; dazu *Ch. Huber*, Die Wende beim Lohnfortzahlungsschaden – Analyse und Ausblick, in FS Dittrich (2000) 411 ff.

norm, wie diese im deutschen Recht in § 6 Entgeltfortzahlungsgesetz besteht,<sup>15)</sup> sondern aufgrund besserer Einsicht des Höchstgerichts in Übernahme der überzeugenden Argumente der Lehre – ein Beispiel unter vielen, wie in Österreich aufgrund des konstruktiven Dialogs zwischen Lehre und Judikatur ausgewogene und „richtige“ Lösungen zustande kommen.

Handelt es sich dabei um eine spezielle Problematik des Arbeitgeberregresses? Bei ganzheitlicher Betrachtung wird man das verneinen müssen. Vielmehr ist das bloß, aber immerhin ein Fall der Schadensverlagerung.<sup>16)</sup> Hat man das erkannt, geht es noch um die konstruktive Umsetzung und die – nachgelagerte und eher sekundäre – Suche nach einer passenden Regressnorm. Beim Lohnfortzahlungsschaden hat man eine solche gefunden, nämlich § 1358 ABGB oder § 67 VersVG. Letztlich geht es um die Identifizierung einer Schadensverlagerung. Der BGH hat das in einer jüngeren Entscheidung<sup>17)</sup> durchaus eloquent so ausgedrückt: „Die [mechanische, Erg durch den Verf] Differenzrechnung ist zu korrigieren, wenn die Differenzbilanz die Schadensentwicklung für den Normzweck der Haftung nicht hinreichend erfasst.“

Genau darum geht es. Zunächst der klägerische Anwalt, dann aber auch das zur Entscheidung aufgerufene Gericht müssen diese dogmatische Einfühlbarkeit aufbringen: Das hat zur Konsequenz, dass (zufällig) konkret angeordnete Legalzessionsnormen nicht als abschließende Regelung zu begreifen sind. Vielmehr sind sie bloß Ausdruck der konstruktiven Umsetzung einer vorgelagerten schadenersatzrechtlichen Wertung, wonach der Dritte leistende den gesamten auf ihn verlagerten Schaden vom Ersatzpflichtigen ersetzt verlangen kann.<sup>18)</sup> In der Folge ist zu untersuchen, inwiefern die jeweiligen Entscheidungen dieses Prinzip umsetzen oder davon abweichen.

### III. Die einzelnen Fallgruppen

#### A. Das Ausmaß des Ersatzes bei Heilungskosten in Form der Anstaltspflege bei einem stationären Aufenthalt in einem nicht dem Landesgesundheitsfonds unterliegenden Krankenhaus – 2 Ob 192/13v RdM-LS 2015/13

*Rebhahn*<sup>19)</sup> bezeichnet das System der österreichischen Spitalsfinanzierung als „genial“. *Steiner/Fleisch*<sup>20)</sup> konstatieren, dass die Legalzession im Kranken-

15) Zur vergleichbaren Rechtslage in der Schweiz, wo ebenfalls eine ausdrückliche Legalzessionsnorm fehlt, *Schmid*, Der Arbeitgeber im Schadensausgleichssystem, in *Hürzeler/van Kaenel* (Hrsg), Schnittstellen des Versicherungs- und Haftpflichtrechts zu arbeitsrechtlichen Fragen, HAVE 2016, 135, 137 f unter Bezugnahme auf BGE 126 III 370.

16) Differenzierter *Krejci*, Grundsatzfragen des Haftpflicht- und Regresssystems im Recht der sozialen Sicherheit, Reformen des Rechts, FS 200 Jahre Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Graz (1979) 409 ff, der in einem eklektischen Ansatz abstrakte und konkrete Schadensberechnung betrachtet sowie die Vorzüge und Nachteile des Rechtsfortwirkungs- und des Ausgleichsgedankens gegenüberstellt.

17) BGH 22.11.2016, VI ZR 40/16 NZV 2017, 318 (*Ch. Huber*).

18) In diesem Sinn bereits *Ch. Huber*, Die „Subventionierung des Arbeitsplatzes“ – eine neue Kategorie des Personenschadens?, in FS M. Binder (2010) 583, 596; sehr viel zurückhaltender *Krejci*, Reformen des Rechts (1979) 409, 427: Analoge Ausdehnung „nur mit großer Vorsicht“ möglich.

19) Soll die Haftung der Ärzte und Spitäler für Behandlungsfehler durch Leistungen der Krankenkassen abgelöst werden?, in FS Iro (2013) 187, 199.

20) Zur Legalzession im Krankenanstaltenrecht, AnwBl 1998, 614, 618.

staltenrecht eine „relativ komplexe Materie“ sei. „Das alles ist sehr kompliziert“, war der Stehsatz eines österreichischen Bundeskanzlers, womit freilich aber noch wenig zur Problemlösung beigetragen war. Eine relativ neue OGH-Entscheidung<sup>21)</sup> macht deutlich, wie sehr eine überaus kasuistische Regelung einer Legalzession durch den Gesetzgeber, nämlich § 332 Abs 1 S 2 und 3 ASVG, den Blick für die maßgeblichen schadenersatzrechtlichen Wertungen verstellt:

Strittig war im konkreten Sachverhalt, bei dem der Schädiger für die Heilungskosten aufzukommen hatte, ob die gesetzliche Krankenversicherung vom Schädiger bloß den Tagessatz von € 160,-, den sie an ein Krankenhaus der AUVA zu zahlen hatte, ersetzt verlangen konnte, oder den auf Vollkostenbasis berechneten Satz von € 903,-, somit mehr als das Fünffache. Der OGH wies einen solchen Ersatz ab, weil der Krankenhausträger nach § 149 Abs 4 ASVG eine Vereinbarung mit dem Hauptverband hätte schließen müssen, während in concreto eine solche zwischen Krankenhausträger und gesetzlicher Krankenkasse vorlag. Und im Übrigen wurde darauf verwiesen, dass § 332 Abs 1 S 2 und 3 ASVG nicht analog anwendbar sei, sodass an die Rsp vor Novellierung von § 332 ASVG anzuknüpfen sei.

Dass in concreto die Regressberechtigten einen Formalfehler begangen haben, sei zugestanden, sodass die Entscheidung formal richtig ist. Schadenersatzrechtlich vermag sie freilich nicht zu überzeugen. Im wirtschaftlichen Ergebnis führt nämlich damit eine Drittleistung zu einer Entlastung des Schädigers, ohne dass der Drittleistende auch nur im Geringsten eine solche Absicht hatte. Das widerspricht einem schadenersatzrechtlichen Fundamentalprinzip, nämlich dem des versagten Vorteilsausgleichs.

Um diese neuere Entscheidung sachgerecht beurteilen zu können, bedarf es eines Rückgriffs auf die Vorjudikatur, auf die verwiesen wird. Ausgangspunkt ist die Flugrettungs-Entscheidung,<sup>22)</sup> in der es um die Frage ging, ob der ÖAMTC, der vom gesetzlichen Krankenversicherer nur einen Kostenbeitrag begehrt, vom Schädiger den Differenzbetrag zu den vollen Kosten verlangen könne, was der OGH abgelehnt hat, wobei er – obiter dictum – darauf verwies, dass das bei den Krankenhausbehandlungskosten ebenso sei. Das hat er in zwei Folgeentscheidungen<sup>23)</sup> bestätigt und die gesetzliche Krankenversicherung beim Regress gegen den Schädiger auf den Betrag beschränkt, den dieser an den Krankenhausträger gezahlt hat.

Der OGH hat dies zum Teil mit Argumenten begründet, die schlicht nicht nachvollziehbar sind, nämlich dass jede andere Sichtweise die gesetzlich gewollten Privilegien der §§ 332 Abs 5 und 333 Abs 4 ASVG aushöhlen würde.<sup>24)</sup> Das eine hat mit dem anderen freilich rein gar nichts zu tun. Vor allem aber hat er darauf abgestellt, dass der Aufwand des Sozialversicherungsträgers geringer sei als der des Verletzten, wenn dieser sich solche Leistungen als Privatperson beschaffen müsse. Es wurde als nicht sachgerecht angesehen, dass die verletzte Person eine Leistung vom Sozialversicherungsträger empfangen und daneben noch einen Differenzbetrag vereinnahmen könne, weil die Inanspruchnahme der Leistung für sie als Privatperson teurer komme.

21) OGH 2 Ob 192/13v RdM-LS 2015/13.

22) OGH 2 Ob 158/88 SZ 62/87 = ZVR 1990/132 (Welser).

23) OGH 2 Ob 225/99y ZVR 2000/59; 2 Ob 160/00v ZVR 2001/8.

24) OGH 2 Ob 225/99y ZVR 2000/59.

Das wird aber auch in der Lit durchwegs abgelehnt,<sup>25)</sup> weil das gegen das schadensrechtliche Bereicherungsverbot verstoßen würde. Gewährten Vertragspartner des Sozialversicherungsträgers, derer er sich bei der Leistungserbringung gegenüber dem Sozialversicherten bedient (wie Krankenanstalten, niedergelassene Ärzte, Medikamentenlieferanten), diesem aufgrund privatrechtlicher Verträge Nachlässe gegenüber dem Entgelt, das sie nicht sozialversicherten Patienten in Rechnung stellen würden, seien diese Differenzen unter dem Gesichtspunkt der Schadensverlagerung nicht ersatzfähig.<sup>26)</sup>

Letzterer Satz ist grundsätzlich zutreffend, sofern die Prämisse stimmt. Wenn ein Sozialversicherungsträger aufgrund seiner Marktmacht oder wegen der Abnahme einer größeren Stückzahl einen niedrigeren Preis erzielt, wie das am Markt beim Erwerb von Waren durch einen Großhändler im Vergleich zu einem Verbraucher üblich ist, wirkt sich diese Ersparnis beim Regress dergestalt aus, dass der ausverhandelte geringere Preis zugrunde zu legen ist. Freilich ist zu prüfen, ob es darum geht. *Welser* hat in seiner – leider in der Folge unbeachtet gebliebenen – Anmerkung<sup>27)</sup> darauf hingewiesen, dass es einen Unterschied mache, ob für die Leistung eines Dritten eine Gegenleistung gegeben ist oder nur ein Kostenbeitrag. Dass er Ärztehonorare und Krankenhaustagesätze in einem Atemzug genannt hat, war freilich für die weitere Entwicklung nicht förderlich. Bei den mit den Ärzten für die Behandlung von sozialversicherten Patienten ausverhandelten Honoraren ist ebenso eine Gegenleistung vorhanden wie bei den an die Lieferanten von Medikamenten bezahlten Preisen.

Hingegen leisten Sozialversicherungsträger sowohl beim Einsatz von Hubschraubern zur Bergung von Verletzten an den ÖAMTC ebenso wie bei Behandlung sozialversicherter Patienten an den Krankenhausträger bloß Kostenbeiträge. Im einen wie im anderen Fall sind es diverse Dritte, die die jeweilige Leistung bezuschussen und für den Rest aufkommen, um eine Aufbringung der Selbstkosten zu gewährleisten. Denn ist ein ehernes ökonomisches Prinzip, dass jeder Leistungserbringer mindestens seine Selbstkosten erwirtschaften muss, wenn er schon keinen Gewinn erzielt; ansonsten geht er über kurz oder lang pleite und muss seine Tätigkeit einstellen. Der Unterschied zwischen einer Tätigkeit auf Selbstkostenbasis und einer mit Gewinnerzielungsabsicht wird dabei häufig überschätzt, muss doch bei korrekter betriebswirtschaftlicher Betrachtungsweise auch bei Erwirtschaftung der Selbstkosten eine Verzinsung des Eigenkapitals und ein Unternehmerlohn in Ansatz gebracht werden.<sup>28)</sup>

Wenn nun Dritte, der ÖAMTC und die Bundesländer bei der gegenüber dem Verletzten unentgeltlich erbrachten Flugrettung, oder Bund, Länder und Gemeinden bei der Krankenhausfinanzierung – hier noch nach einem komplizierten Schlüssel und meist koordiniert über einen Bundes- bzw Landesgesundheitsfonds – diese Leistung bezuschussen, um die erforderlichen Selbstkosten aufzubringen, handelt es sich um eine Dritteleistung, die nach der Intention der Leistenden keinesfalls dem Schädiger zugutekommen soll. *Welser*<sup>29)</sup> hat es auf den Punkt gebracht: Der ÖAMTC möchte gegenüber dem Verletzten human sein, gegenüber

25) *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> (1984) 129.

26) OGH 2 Ob 160/00v ZVR 2001/8; dazu auch *Krejci*, Reformen des Rechts (1979) 409, 418 f.

27) ZVR 1990/132.

28) *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung<sup>2</sup> (1995) 44 f.

29) ZVR 1990/132.

der Haftpflichtversicherung des Schädigers aber wohl nicht. Habe man diese Wertung erkannt, gehe es allein um die konstruktive Umsetzung.

Indem man in § 332 Abs 1 S 2 ASVG für die über den Landesgesundheitsfonds finanzierten Krankenhäuser eine punktuelle Regelung getroffen hat, ist für einen Teilbereich Rechtssicherheit erzielt worden. Ist damit aber eine abschließende Regelung getroffen worden? Nach den oben dargelegten Wertungen ist das zu verneinen. Vielmehr liegt eine Schadensverlagerung vor, bei der es allein um die konstruktive Umsetzung geht, ob der Sozialversicherungsträger in einer Art Inkassozeession auch diese Beträge vereinnahmt und sie an den Drittleistenden weiterleiten soll oder eine eigene Aktivlegitimation des Drittleistenden für den restlichen Regressanspruch zu bejahen ist; § 48 KAG wäre dafür ein Ansatzpunkt,<sup>30)</sup> oder auch § 1042 ABGB.<sup>31)</sup> Für die erste Variante spricht das Argument der Praktikabilität, können es doch uU sehr viele sein, die eine Leistung bezuschussen.<sup>32)</sup> Der regressierende Sozialversicherungsträger müsste dann freilich dokumentieren, dass er sich kein zusätzliches „Körbchengeld“ erwirtschaftet, sondern die lukrierte Zusatzeinnahme weiterreicht, was dazu führt, dass sie beim Subventionsgeber auch ankommt. § 332 Abs 1 S 3 ASVG stellt das sicher. Im schweizerischen Recht hat man jüngst eine Legalzeession des Subventionsgebers geschaffen, der quasi nicht Dritter, sondern Vierter ist, wobei man bei der konkreten Schadensregulierung aber danach trachtet, dass ein Sozialversicherungsträger gegenüber dem Haftpflichtigen als Regressgläubiger auftritt und so den gesamten verlagerten Schaden in einer Person „bündelt“.<sup>33)</sup>

Wenn § 149 Abs 4 ASVG bei nicht über den Landesgesundheitsfonds finanzierten Krankenhäusern eine Vereinbarung zwischen dem Krankenhausträger und dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger verlangt, soll damit wohl eine gewisse Einheitlichkeit der Kostenüberwälzung angestrebt werden. Das kann freilich kein Freibrief in dem Sinn sein, dass überwälzbar ist, was immer der Krankenhausträger und der Hauptverband der Sozialversicherungsträger – zulasten eines Dritten – vereinbart haben. Ersatzfähig können im Schadensrecht immer nur reale Einbußen sein, somit in concreto die Selbstkosten.

„Die Aufwendungen des Landesgesundheitsfonds, die nach § 148 Z 2 von der Krankenanstalt in Rechnung gestellt werden“, wie es § 332 Abs 1 S 2 ASVG formuliert, sind so gesehen eine Annäherung an die Selbstkosten iSd § 273 ZPO. Hätte der Gesetzgeber das nicht derart abschließend formuliert, sondern das zentrale schadenersatzrechtliche Prinzip der Schadensverlagerung zum Ausdruck gebracht und die Aufwendungen des Landesgesundheitsfonds nur als Ausprägung dieses Prinzips formuliert, wäre im konkreten Fall die gegenteilige Entscheidung leichter zu begründen gewesen. Denn letztlich kann es für das Ausmaß des verlagerten Schadens keinen Unterschied machen, auf welchem Weg eine Bezuschussung stattfindet und ob es sich um einen Krankenhausträger nach § 148 oder § 149 ASVG handelt.

30) So der Hinweis von *Bartos/Hoza*, Das Drittschadensproblem bei Anstaltspflege, SoSi 2003, 14 ff.

31) *Welser*, Anmerkung zu 2 Ob 225/99y ZVR 2000/59.

32) So auch *Krejci*, Reformen des Rechts (1979) 409, 421. Ähnlich die Rechtslage in der Schweiz, nachweise bei *Kieser*, AJP/PJA 2014, 827, 844.

33) Dazu *Kieser*, AJP/PJA 2014, 827 ff.

Dass es sich insoweit nicht um „Peanuts“<sup>34)</sup> handelt, machen die rechtstat-sächlichen Ausführungen von *Bartos/Hoza*<sup>35)</sup> deutlich: Bereits im Jahr 1992 ging es um eine Differenz von 72 Mio Euro; betroffen waren 7.000 Regressfälle allein der Wiener Gebietskrankenkasse mit einem Unterschiedsbetrag pro Tag von € 215,-. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutsamkeit ist es erstaunlich, dass solche Entscheidungen nur ausnahmsweise den Weg in Fachzeitschriften mit hohem Verbreitungsgrad finden und bloß eine „überschaubare Befassung“ damit in der Lit erfolgt. Die „Genialität“ der Spitalfinanzierung und noch mehr die „Komplexheit“ der Materie könnten Ursache für das eine und das andere sein. Der schweizerische Gesetzgeber hat eine Entlastung der Ersatzpflichtigen durch Subventionen Dritter als „stoßend“ empfunden;<sup>36)</sup> im Österreichischen heißt das wohl „anstößig“ – das Phänomen ist hier wie dort das gleiche.

#### B. Hilfestellungsmaßnahmen in der Schule – 8 Ob 126/11d ASoK 2013, 273 (Braun)

Ein aufgrund eines ärztlichen Kunstfehlers seit Geburt schwer geschädigtes Kind erhielt diverse Förderleistungen durch das Land Steiermark. Im Zeitpunkt der Klageerhebung beliefen sich diese auf € 466.400,-. Herausgegriffen seien die Aufwendungen des aufgrund § 35a steiermärkisches Pflichtschulerhaltungsgesetz (StPEG) dem behinderten Kind erteilten Förderunterrichts. § 35a Abs 2 StPEG regelt, dass die Kosten des Schulerhalters vom Land und den Gemeinden im Verhältnis von 60:40 zu tragen seien.<sup>37)</sup> Die weiteren Ausführungen der OGH-Entscheidung seien – zumindest auszugsweise<sup>38)</sup> – wörtlich wiedergegeben:

„Die Zuständigkeit für die Leistung und die Refinanzierung des Aufwands für die Betreuung behinderter Schulkinder sind im StPEG daher konkret geregelt. Eine extensive Gesetzesauslegung durch Analogie würde zwingend eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung, voraussetzen. Das Gesetz müsste in diesem Punkt ergänzungsbedürftig sein, ohne dass diese Ergänzung einer vom Gesetzgeber gewollten Beschränkung widerspricht.

Auch Legalzessionsnormen sind nach herrschender Auffassung analogiefähig. Die Voraussetzungen sind aber prinzipiell streng zu prüfen, weil die Gerichte durch die Mittel der Interpretation nur den vom Gesetzgeber gewollten Inhalt von Normen herauszuarbeiten haben, aber nicht dazu legitimiert sind, aktiv korrigierend in dessen Regelungskompetenz einzugreifen. Im Bereich des öffentlichen Rechts ist im Zweifel davon auszugehen, dass das Fehlen einer bestimmten Regelung beabsichtigt war.

34) So der Ausspruch von *Hilmar Kopper*, dem damaligen Vorstandsvorsitzenden der Deutschen Bank am 21.4.1994 zu Handwerkerrechnungen über 25 Mio Euro iZm der Pleite des Immobilienunternehmens *Schneider*.

35) SoSi 2003, 14 ff.

36) *Kieser*, AJP/PJA 2014, 827, 831.

37) Zum vergleichbaren Problem in der Schweiz, wo derartige Pflichten von der Invalidenversicherung in die Zuständigkeit der Kantone übertragen worden sind und die damit hervorgerufenen Probleme beim Regress gegen den Schädiger *Landolt*, Kantonale Sozialleistungen mit Schadensausgleichsfunktion, HAVE 2017, 221, 222. Es wäre mE wohl wenig einleuchtend, dass die organisatorische Verlagerung der Zuständigkeit zu einer Entlastung des Schädigers führen würde.

38) Die Belegstellen sind weggelassen.

Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass dem Landesgesetzgeber anders als bei der Erlassung des StPPG nicht bewusst gewesen wäre, dass schulpflichtige Kinder auch durch von Dritten verschuldete Ereignisse behindert und pflegebedürftig werden können. In den Regelungen des StPEG zur Finanzierung des besonderen Bedarfs behinderter Schüler wird auf diese Möglichkeit aber in keiner Weise Bedacht genommen. Das StPEG sieht in seinem § 35a Abs 2 ausschließlich eine Finanzierung der Aufwendungen durch die öffentliche Hand vor und enthält keine Legalzessionsnorm, und zwar weder in Bezug auf die gesetzliche Schülerunfallversicherung (§ 8 Abs 1 Z 3 lit h ASVG), noch auf Schadenersatzansprüche gegen Dritte.

Der Umstand, dass eine Regelung im Anlassfall aus Sicht der Klägerin wünschenswert wäre, reicht für die Annahme einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes nicht aus. Der Rechtsansicht der Vorinstanzen, die im Bereich des StPEG keinen Raum für die angestrebte ergänzende Gesetzesauslegung erblickt haben, ist daher nicht entgegenzutreten (§ 510 Abs 3 ZPO).

Die Überlegung der Klägerin, sie sei bereits nach zivilrechtlichen Bestimmungen unmittelbar ersatzberechtigt, weil sie mit ihren Pflichtleistungen nach § 35a StPEG als außenstehende Dritte lediglich einen auf sie verlagerten Schaden liquidiert habe, sind nicht stichhaltig. Es entspricht der herrschenden Lehre und Rsp, dass nach § 1295 ABGB nur unmittelbar Geschädigte Anspruch auf Schadenersatz haben. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur dann, wenn ein Dritter aufgrund gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Bestimmungen einen Schaden des Verletzten zu tragen hat, sodass dieser bloß auf den Dritten überwältigt und der Schädiger von seiner Ersatzpflicht nicht befreit wurde. Es wird dabei jedoch kein Schaden in die Betrachtung einbezogen, der nicht normalerweise beim unmittelbar Geschädigten eintritt und diesem daher zu ersetzen wäre. Handelt es sich um einen Schaden, der begrifflich nur beim Dritten und nicht typischerweise beim Geschädigten eintreten kann, dann liegt kein Fall der Schadensverlagerung vor.

Gemäß § 43 StPEG ist der Besuch öffentlicher steiermärkischer Pflichtschulen (von hier nicht relevanten Ausnahmen abgesehen) generell kostenlos. Dem geschädigten Kind konnte ein eigener ersatzfähiger Mehrbedarf daher nicht entstehen. Soweit es sich bei den konkreten Betreuungskosten um einen Aufwand handelt, der überhaupt nicht zwangsläufig, sondern erst aufgrund einer Entscheidung des Gesetzgebers entsteht, bestimmte Unterrichtsformen für Kinder mit besonderen Bedürfnissen vorzusehen und als öffentliche Aufgabe den finanzierungspflichtigen Körperschaften aufzuerlegen, liegt keine Schadensverlagerung vor.“

Diesen Ausführungen ist in mehreren Punkten zu widersprechen: Aus dem Umstand, dass der (Förder-)Unterricht im Rahmen des Besuchs von Pflichtschulen kostenlos ist, wird abgeleitet, dass es sich um keinen Schaden handelt, der bei der verletzten Person eintreten kann mit der Folge, dass es sich insoweit um keine Schadensverlagerung handeln kann. Bei formaler Betrachtung mag das richtig sei, bei Anlegung normativer Kriterien jedoch nicht. Sähe die gesetzliche Krankenversicherung keine Selbstbehalte vor mit der Folge, dass jegliche Heilmaßnahme bei einer sozialversicherten Person zu keinem rechnerischen Schaden führen kann, wäre nach dieser Logik jeglicher Regressanspruch der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 332 ASVG zu versagen; das behauptet indes niemand. Gäbe es die umfassende staatliche Leistung des Förder-

unterrichts für geistig behinderte Kinder nicht, läge zweifellos ein Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse oder ein Erwerbsschaden vor<sup>39)</sup> mit der Folge, dass die Kosten vom Schädiger zu ersetzen wären.

Angreifbar ist auch die weitere Behauptung, dass der Gesetzgeber „bewusst“ auf die Anordnung einer Legalzession verzichtet habe. Die Einschätzung, dass im Bereich des öffentlichen Rechts im Zweifel davon auszugehen sei, dass das Fehlen einer bestimmten Regelung beabsichtigt war, teile ich nicht. Beamte eines Bundeslandes sind vielmehr getragen von dem Gedanken, wie die Finanzierung zwischen den einzelnen Gebietskörperschaften erfolgen soll. Den Fall, dass ein Bedarf ausgelöst wird, weil ein Schädiger dafür verantwortlich ist, haben sie nicht – immer – vor Augen. Im Gegensatz zur Aufteilung der Finanzierungskosten zwischen den einzelnen Gebietskörperschaften zählt die gesetzliche Determinierung von Regressansprüchen nicht zu ihrem „Kerngeschäft“.

Insoweit ist es kompetenzrechtlich fragwürdig, insoweit eine Zuständigkeit der Bundesländer vorzusehen. Ob in solchen Konstellationen ein Rückgriff gegen den Schädiger vorzusehen ist, ist keine Frage, die in den einzelnen Bundesländern eine unterschiedliche Regelung erfordert. Die Ministerialbürokratie des Bundesjustizministeriums wäre – hoffentlich – eher sensibel genug gewesen, eine entsprechende Legalzession anzuordnen.<sup>40)</sup> Erwähnt sei, dass der OGH<sup>41)</sup> bei der Rechtsanwaltskammer einen sehr viel „großzügigeren“ Maßstab angelegt hat, indem er einen Regressanspruch der Anwaltskammer ungeachtet einer fehlenden Legalzessionsnorm in der Satzung bejaht hat. Auch wenn Schneider mitunter die schlechtesten Kleider tragen, Schuster die schlechtesten Schuhe, wäre es mE eher von einer Anwaltskammer zu erwarten (gewesen), eine Legalzession vorzusehen als von einer – in der konkreten Frage unbedarften – Legistikabteilung eines Bundeslandes.

Nach dem hier vertretenen Ansatz sind gesetzlich angeordnete Legalzessionsnormen bzw deren Fehlen keine abschließende Regelung, wie auch das Erkennen einer Schadensverlagerung und damit die Bejahung eines Regressanspruchs des Arbeitgebers im Fall einer vom Schädiger zu vertretenden Verletzung des Arbeitnehmers und der Fortzahlung des Entgelts durch den Arbeitgeber eindrucksvoll belegt. Insoweit handelt es sich um eine der ergänzenden Vertragsauslegung vergleichbare Fragestellung, die hier so zu formulieren ist: Hätte man dem (Landes-)Gesetzgeber bewusst gemacht, dass die durch den Schädiger ausgelösten zusätzlichen Kosten auf diesen überwälzbar sind, hätte er sich dann

39) Zur Abgrenzung *Ch. Huber* in *Schwimmann*, TaKomm ABGB<sup>4</sup> § 1325 Rz 103a; *ders*, Abgrenzungen und Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Schadensposten, r+s Sonderheft 2011, 34, 40 f.

40) Zur kompetenzrechtlichen Frage im schweizerischen Recht, ob für die Anordnung des Regresses der Bund oder die Kantone zuständig sind, *Kieser*, HAVE 2017, 228, 230. Entscheidet man sich für die Qualifizierung als schadenersatzrechtliche Frage, kann mE an der Kompetenz des Bundes kein Zweifel bestehen. *Kieser* plädiert durchaus folgerichtig für eine Erstreckung der Art 72 bis 75 ATSG (der Entsprechung der §§ 332 ASVG) auf solche Fälle. Dazu auch *Roder*, HAVE 2017, 231, 232: Eine Verwaltungsanweisung als Grundlage ist nicht ausreichend, geboten ist eine Norm auf Gesetzesstufe.

41) OGH 2 Ob 366/99h SZ 74/4 = ZVR 2000/71; 2 Ob 157/00b, ZVR 2001/23. In der E OGH 2 Ob 205/07x ZVR 2008/110 (*Ch. Huber*) war die Grundfrage geklärt, es ging nur noch um die Frage, welche Legalzessionsnorm (§ 1358 ABGB, § 67 VersVG oder § 332 ASVG) anzuwenden war, weil davon das Quotenvorrecht abhängig war.

für eine Selbsttragung, weil er auch den Schädiger entlasten wollte, oder hätte er sich für eine Schadensüberwälzung entschieden?

Die Erhebung der Regressklage durch das Land Steiermark ist ein deutliches Indiz, worauf ein solcher hypothetischer Wille, der auch schadenersatzrechtlichen Prinzipien entspricht, gerichtet gewesen wäre. Dem OGH ist zuzugestehen, dass er die Frage zutreffend formuliert hat: „Eine extensive Gesetzesauslegung durch Analogie würde zwingend eine planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung, voraussetzen. Das Gesetz müsste in diesem Punkt ergänzungsbedürftig sein, ohne dass diese Ergänzung einer vom Gesetzgeber gewollten Beschränkung widerspricht.“ Der OGH hat die Frage verneint, mE ist sie zu bejahen. Zu welcher Legalzessionsnorm eine Analogie zu ziehen ist, ist dann gegenüber der primären Wertungsfrage, ob überhaupt ein Fall der Schadensverlagerung gegeben ist, eine sekundäre Konstruktionsfrage.

#### C. Kosten eines Arbeitshelfers – 2 Ob 163/08x ZVR 2009/157 (Ch. Huber)

Ein Rauchfangkehrergeselle wurde von einem Schädiger am Bein schwer verletzt und konnte seine Arbeitskraft (zumindest vorläufig) nicht wie vor der bzw ohne die Verletzung ausüben. Der Sozialversicherungsträger leistete einen Zuschuss an den Arbeitgeber, um diesen in die Lage zu versetzen, dass der verletzte Arbeitnehmer seine Tätigkeit wieder aufnehmen konnte, auch wenn er Arbeiten namentlich in exponierten Lagen nicht verrichten konnte. Der OGH bejahte einen Regressanspruch zu Recht, wobei ihn auch der Umstand nicht davon abhielt, dass es sich um einen Schaden des Arbeitnehmers handelte, der Zuschuss aber an den Arbeitgeber ausbezahlt wurde. Da es sich um keine Pflichtleistung handelte, wurde ein Anspruchsübergang erst mit tatsächlicher Leistungserbringung bejaht, was deshalb zutreffend ist, weil es sachgerecht ist, dem Verletzten nur dann seinen Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger im Zeitpunkt der Verletzung zu entziehen, wenn er einen mindestens ebenso leicht durchsetzbaren Anspruch gegen den Sozialversicherungsträger erhält.<sup>42)</sup>

#### D. Notstandshilfe – 6 Ob 260/03h

Im zugrundeliegenden Sachverhalt wurde der aufgrund eines ärztlichen Kunstfehlers erheblich verletzte Person Notstandshilfe gewährt. Der OGH hat ausgesprochen, dass die Notstandshilfe ebenso wenig wie Beihilfen nach am AMFG<sup>43)</sup> anzurechnen seien, weil infolge Fehlens einer Regressregel ansonsten durch solche öffentliche Leistungen der Schädiger entlastet würde, was nicht Gesetzeszweck sei. Die Nichtanrechnung der Notstandshilfe und der Beihilfen nach dem AMFG entspricht einer stRsp seit den sechziger Jahren,<sup>44)</sup> wobei zu-

42) Ch. Huber, FS M. Binder (2010) 583, 596 f.

43) OGH 2 Ob 49/84 EvBl 1985/13 = ZVR 1985/100: Ein zusätzliches Problem bei der Gewährung von Beihilfen besteht uU darin, dass diese womöglich ohne Nachweis der widmungsgemäßen Verwendung gewährt werden, während eine schadenersatzrechtliche Ersatzfähigkeit die Betätigung des Restitutionsinteresses voraussetzt.

44) So der Hinweis in OGH 2 Ob 120/00m ZVR 2001/15; soweit ersichtlich erstmals OGH 2 Ob 349/60 SZ 33/140.

nächst auch das Arbeitslosengeld einbezogen war, wovon der OGH<sup>45)</sup> später aber abgerückt ist. Mitunter wird der Zuspruch allein unter Bezug auf die stRsp begründet.<sup>46)</sup> Mitunter ist der Kläger zunächst selbst von der Anrechnung ausgegangen, ehe er dann der – für ihn offenbar überraschenden – Nichtanrechnung gewahrt wurde.<sup>47)</sup> Sucht man nach Begründungen für die Nichtanrechnung der Notstandshilfe und der Beihilfen nach dem AMFG,<sup>48)</sup> werden folgende Argumente ins Treffen geführt:

Es bestehe kein Rechtsanspruch,<sup>49)</sup> für eine Vorteilsanrechnung würde hingegen sprechen, wenn ein Anspruch gegen einen Drittleistenden darauf automatisch – aufgrund Gesetzes oder Vertrag bestehe.<sup>50)</sup> Die Notstandshilfe sei vergleichbar mit einer Unterhaltsleistung oder der Sammlung von Spenden durch Arbeitskollegen, um eine soziale Notlage des Verletzten zu lindern.<sup>51)</sup> Da wie dort soll dem Verletzten unabhängig vom Schadenersatzanspruch eine zusätzliche Leistung zugewendet werden, die keinesfalls den Schädiger entlasten soll. Immer wieder wird aber ins Treffen geführt, dass es keine Legalzession gebe;<sup>52)</sup> und bei der Abwägung zwischen der Entlastung des Schädigers und der Kumulation – im Ergebnis der Bereicherung des Geschädigten – habe die Entscheidung zugunsten des Geschädigten auszufallen. Bedenkt man, dass es sich um Personen handelt, die sich in einer besonderen Notlage befinden, würden sie doch ansonsten keine Notstandshilfe beziehen, ist man geneigt, dem zuzustimmen, wenn man ein sozial einfühlsamer Mensch ist; und wer ist das nicht?

Freilich gelangt man damit zu dem wenig überzeugenden Ergebnis, dass es für den Geschädigten umso vorteilhafter ist, je eher sein Rechtsanspruch auf Sozialleistungen endet. Denn solange kann er nicht mehr als die erlittene Einbuße verlangen; danach kann er – nach der referierten stRsp des OGH – Ersatz seines Schadens und zusätzlich die Notstandshilfe verlangen. Unter dem Gesichtspunkt, dass es im Schadenersatzrecht nicht um die Verteilung mildtätiger Gaben, sondern den – vollen – Ausgleich einer erlittenen Einbuße geht, vermag dieses Ergebnis nicht zu überzeugen, weshalb es in der Lit<sup>53)</sup> zu Recht auf Kritik gestoßen ist. Zwischen der Entlastung des Schädigers und der Kumulation beim minderbemittelten Verletzten ist die Versagung der Vorteilsausgleichung die „relativ bessere“ Lösung. Indes erscheint die Prämisse auch in diesem Zusammenhang überprüfungsbedürftig, ob es – tatsächlich – keine Legalzession gibt. Die normative Wertung hat nämlich nicht nur zwischen Geschädigtem und Schädiger, sondern auch unter Einbeziehung des Drittleistenden und dessen Rechtsposition zu erfolgen.

45) OGH 2 Ob 380, 381/69 SZ 43/130 = EvBl 1971/125 = Arb 8794.

46) OGH 2 Ob 45/92.

47) OGH 2 Ob 48/89; 1 Ob 216/99t; 2 Ob 120/00m ZVR 2001/15.

48) Die Ausführungen zum KOVG werden nicht weiter thematisiert, weil das heute nicht mehr aktuell ist. Dazu OGH 2 Ob 349/60 SZ 33/140; 2 Ob 248/69 SZ 42/161.

49) OGH 2 Ob 380, 381/69 SZ 43/130 = EvBl 1971/125 = Arb 8794; 8 Ob 217/80 ZVR 1982/29; 2 Ob 16/84 ZVR 1985/10; 2 Ob 203/98m; 6 Ob 260/03h.

50) OGH 2 Ob 84/90 JBl 1991, 153.

51) OGH 2 Ob 349/60 SZ 33/140; 2 Ob 248/69 SZ 42/161; 2 Ob 215, 216/79 SZ 53/58.

52) OGH 2 Ob 349/60 SZ 33/140; 2 Ob 248/69 SZ 42/161; 6 Ob 260/03h.

53) *Neumayr/Ch. Huber, in Kodek/Schwimann, PraxisKomm ABGB<sup>4</sup> § 332 ASVG Rz 5 FN 36, 10, 52; Brodil, Sozialversicherungs- und Haftpflichtregress, ZVR 2011, 473, 476; Windisch-Graetz, Arbeitskollegenhaftung bei Personenschäden, ZAS 2009, 259, 261 f*

Wiederum geht es zunächst um die vorgelagerte schadenersatzrechtliche Wertung. ME ist der öffentlichen Hand nicht zu unterstellen, dass sie durch die Notstandshilfe beim Verletzten einen Zustand bewirken will, der ihm mehr Mittel zur Unterhaltsdeckung verschafft, als wenn er nicht verletzt worden wäre.<sup>54)</sup> Dennoch wird ins Treffen geführt, dass die Notstandshilfe keinen Erwerbsschaden abdecken wolle und deshalb sachlich inkongruent sei.<sup>55)</sup> Dieses Argument greift mE zu kurz. Immerhin geht es bei der Leistung von Notstandshilfe um die Abdeckung des Unterhaltsbedarfs des Verletzten, den dieser ohne Verletzung durch ein Erwerbseinkommen erzielt hätte und der infolge der Verletzung und der dadurch ausgelösten Notlage durch eine staatliche Transferleistung aufgefangen werden soll. Worin hinsichtlich der sachlichen Kongruenz ein Unterschied zum Arbeitslosengeld liegen soll, ist mE nicht nachvollziehbar.

Wenn darauf verwiesen wird, dass auf die Notstandshilfe kein Rechtsanspruch bestehe, dann sollte das in Übereinstimmung mit anderen Fallgruppen dazu führen, dass es nicht bereits im Zeitpunkt des Unfalls bzw des Eintritts der Verletzung zu einem Anspruchsübergang auf den Leistenden kommt, sondern erst bei Leistungserbringung. Bei zutreffender Bejahung einer Legalzession müsste der OGH seine langjährige Judikatur aufgeben und einen Regressanspruch der öffentlichen Hand in Bezug auf die Notstandshilfe bejahen mit der Folge, dass sich der Verletzte im Direktprozess eine Anrechnung der empfangenen Notstandshilfe gefallen lassen muss.

*E. Beschäftigungstherapie in einer geschützten Werkstätte –  
2 Ob 190/09v Zak 2010/450; 2 Ob 200/11t ÖZPR 2013/25*

Es gibt Konstellationen, in denen eine Person so schwer verletzt wird, dass trotz aller Rehabilitationsbemühungen keine Möglichkeit der Aufnahme einer Arbeit am primären Arbeitsmarkt besteht. Solche Personen werden dann in geschützten Werkstätten untergebracht, bei denen die Kosten höher sind als der wirtschaftliche Ertrag. Es handelt sich um Beschäftigungstherapie. Wenn die öffentliche Hand solche Einrichtungen unterhält, stellt sich die Frage, ob sie die anteiligen Kosten vom Schädiger, der für die besonders schwere Verletzung eines dort Tätigen verantwortlich ist, ersetzt verlangen kann.

In den beiden zu referierenden Entscheidungen hat es an der erforderlichen schadenersatzrechtlichen Einfühlsamkeit des OGH – sowie der Instanzgerichte – gefehlt, weshalb in der ersten<sup>56)</sup> die Revision als unzulässig zurückgewiesen worden ist, während ihr iSd Zuerkennung des begehrten Betrags stattzugeben gewesen wäre. In der zweiten Entscheidung<sup>57)</sup> wurde ein Unterschied zur ersten im – vermeintlich – unterschiedlichen Vorbringen gesehen und – immerhin – der Zurückweisungsbeschluss des Berufungsgerichts bestätigt. Das OLG Hamm hat in zwei Entscheidungen<sup>58)</sup> zu vergleichbaren Sachverhalten

54) Vgl dazu 2 Ob 215, 216/79: Bei einer Firmenpension im Tötungsfall ist nicht zu unterstellen, dass der die Firmenpension Leistende bewirken wollte, dass die Unterhaltsgläubiger über ein höheres Einkommen verfügen sollen als ohne Tötung.

55) OGH 2 Ob 190/07s SZ 2007/178 = EvBl 2008/59 = ZVR 2008/54.

56) OGH 2 Ob 190/09v Zak 2010/450.

57) OGH 2 Ob 200/11t ÖZPR 2013/25.

58) OLG Hamm 6 U 114/89 VersR 1992, 459; 27 U 103/00 DAR 2001, 308 = OLGR Hamm 2002, 226.

gegenteilig, nämlich ist die Stattgebung der jeweiligen Begehren entschieden. Die hier schadenersatzrechtliche Vorfrage soll dargelegt werden, ehe auf die daraus sich ergebenden Schlussfolgerungen für die Legalzession einzugehen sein wird.

Nach einer vom Schädiger zu verantwortenden schwersten Verletzung wurde ein 19-Jähriger in einer vom Land Oberösterreich betriebenen geschützten Werkstätte untergebracht. Es wurde folgende Rechnung angestellt: Was kostet die Betreuung dieser Person? Wie hoch ist der wirtschaftliche Ertrag, der von ihm erzielt wird? Daraus wurde ein Tagessatz gebildet, der mit den Anwesenheitstagen des Verletzten multipliziert wurde. Qualifiziert wurde der Anspruch für die soziale Eingliederung und die persönliche Betreuung als Schadenersatzanspruch wegen „weiterer“ (gemeint wohl „vermehrter“) Bedürfnisse und Heilungskosten. Es wurde sachliche Kongruenz behauptet sowie darauf hingewiesen, dass das Bundesland diese Leistungen nicht erbringe, um den Schädiger zu entlasten. Zur Sicherheit erfolgte auch eine rechtsgeschäftliche Zession.

Die Vorinstanzen meinten, dass allfällige Aufwendungen zur Hebung des Selbstwertgefühls und zur Förderung der durch die Unfallfolgen verminderten sozialen Kontakte vom Verletzten aus dem Schmerzensgeld zu bestreiten wären.<sup>59)</sup> Der OGH wies gegen die abweisende Entscheidung des OLG Linz die Revision zurück, weil er den Tagessatz nicht nachvollziehen konnte, wobei er darauf hinwies, dass schon das Erstgericht auf die Unschlüssigkeit des Klagebehrens hingewiesen hatte.

Der mit einem einzigen Absatz begründete Zurückweisungsbeschluss lässt darauf schließen, dass eine vertiefte Befassung mit dem Problem nicht erfolgt ist. Bei Anwendung ganz einfacher Kenntnisse der Kostenrechnung ist die Rechnung durchaus nachvollziehbar, wie der behauptete Tagessatz berechnet wurde, nämlich gerade so, wie das seit mehr als einem halben Jahrhundert bei den Betriebsreservekosten von Verkehrsunternehmen anerkannt ist.<sup>60)</sup> Dass keine Einzelkosten nachweisbar sind, ist weder da noch dort ein K.o.-Kriterium für die Versagung eines Ersatzanspruchs. Eine Unschlüssigkeit ist – die Berechtigung des Anspruchs unterstellt – beim besten Willen nicht gegeben; sollte das erhobene Begehren für das Höchstgericht – anders als für den Verfasser dieses Beitrags – nicht nachvollziehbar gewesen sein, wäre die Zurückverweisung zur Sachverhaltsergänzung und nicht die Zurückweisung der Revision die passende Vorgehensweise gewesen.

In der Folgeentscheidung<sup>61)</sup> wurde eine schwerstverletzte Person in der Abteilung „Mikroverfilmung“ des AKH beschäftigt. Dabei handelte es sich um eine geschützte Arbeit. Es erfolgte eine pflegschaftsbehördlich genehmigte Abtretung

59) Zu dieser unzutreffenden Qualifikation OGH 2 Ob 10/91 VersR 1992, 259; dazu kritisch *Ch. Huber*, Umfasst der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Errichtungskosten eines privaten Schwimmbades? – zugleich Anmerkung zur Entscheidung des OGH vom 10.4.1991 (Az. 2 Ob 10/91), VersR 1992, 545 ff; zu ähnlichen Tendenzen im deutschen Recht BGH VI ZR 46/03 NZV 2005, 195; kritisch dazu *Zoll*, Schadensregulierung bei vermehrten Bedürfnissen Schwerstverletzter NJW 2014, 967, 972; *Ch. Huber*, Behinderungsbedingter Umbau – hat es der Schlossherr besser?, NZV 2005, 620; *ders.*, Über den Stellenwert von Blech und Blut im deutschen Schadensrecht – Akzentverschiebungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, in FS L. Jaeger (2014) 309, 334.

60) Ausführlich dazu *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 392 ff.

61) OGH 2 Ob 200/11t ÖZPR 2013/25.

von (allen) Schadenersatzansprüchen zur Deckung der für das Land Oberösterreich vorfinanzierten Hilfe durch geschützte Arbeit nach dem oöBhG. Auch in diesem Fall war eine Beschäftigung am primären Arbeitsmarkt nicht (mehr) möglich. Finanziert wurde die psychosoziale Betreuung und Beaufsichtigung des Geschädigten. Die Wertschöpfung fiel gegenüber dem Betreuungsaufwand nicht ins Gewicht. Wiederum wurden Tagessätze gebildet. Hingewiesen wurde, dass die Zessionserklärung auch die Verdienstentgangsansprüche umfasse, die mit € 2.500,- pro Monat beziffert worden sind. § 43 oöChG sieht eine Legalzession vor.

Nach Abweisung durch das Erstgericht verwies das Berufungsgericht darauf, dass dem Geschädigten ein konkreter Aufwand oder eine konkrete Verbindlichkeit entstanden sein müsse. Ein Anspruch komme in Betracht, soweit das Land Oberösterreich vom Geschädigten Ersatz verlangt habe, was aber nicht behauptet worden sei; im weiteren Verfahren sei zu klären, welche – übergangsfähigen – Ansprüche gegen den Geschädigten auf Kostenbeitrag bzw. Kostenersatz eingefordert werden können. Der OGH sah den Unterschied zur Vorentscheidung<sup>62)</sup> darin, dass das Begehren in concreto mit einem übergegangenen Anspruch auf Verdienstentgang begründet und dazu auch Tatsachenvorbringen erstattet worden sei. Hingewiesen wurde darauf, dass das oöBhG einen Kostenbeitrag des „behinderten Menschen“ nicht vorsah, während dies nach dem neuem oöChG so sei. Dass auch dieser Ansatz zu kurz greift, darauf wird nach Referierung der beiden Entscheidungen des OLG Hamm<sup>63)</sup>, deren Ausführungen geradezu leitbildartigen Charakter haben, zurückzukommen sein:<sup>64)</sup>

Die erste Entscheidung<sup>65)</sup> befasste sich mit einem Gabelstaplerfahrer, der so schwer verletzt wurde, dass er infolge der Gedächtnis- und Merkstörungen weder ein Buch noch eine Zeitung lesen konnte. Dem Verletzten war daran gelegen, dass er in einer Behindertenwerkstätte beschäftigt würde, was freilich mehr kostete, als es an wirtschaftlichem Nutzen bewirkte. Es ging um diese Mehrkosten. Das OLG Hamm führte aus, dass dann, wenn der Behinderte nicht über die nötigen Mittel verfüge, er Anspruch darauf habe, dass der Sozialhilfeträger die Kosten für die Beschäftigung in einer Behindertenwerkstätte übernehme. Das sei Ausdruck des Sozialstaatsprinzips. Davon sei aber nicht abhängig, ob der Schädiger die Kosten zu erstatten habe. Das sei bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit zu bejahen. Die Ausübung einer Arbeit sei längst nicht mehr allein Mittel zur Befriedigung von Bedürfnissen; vielmehr habe die Arbeit wesentliche Bedeutung für das Selbstwertgefühl sowie die gesellschaftliche Anerkennung. Deziert abgelehnt wurde der Einwand des Ersatzpflichtigen, dass der Verletzte zu Hause bleiben und sich dort zerstreuen möge, weil das billiger komme. Dabei würde der hohe Stellenwert, den die Arbeit als solche habe, verkannt. Schließlich verwies das OLG Hamm darauf, dass es durch die Beschäftigung zu einem Aggressionsabbau komme und der Verletzte die Chance habe, seinem Leben wieder einen Sinn zu geben.

In der zweiten Entscheidung<sup>66)</sup> werden diese Leitsätze bestätigt und vertieft: Eine ehemalige Sozialpädagogin wurde schwerst verletzt. Sie erlitt ein

62) OGH 2 Ob 190/09v Zak 2010/450.

63) OLG Hamm 6 U 114/89 VersR 1992, 459; 27 U 103/00 DAR 2001, 308 = OLGR Hamm 2002, 226.

64) Verwiesen wird auf die Stellungnahme von *Ch. Huber*, r+s Sonderheft 2011, 34, 40 f.

65) OLG Hamm 6 U 114/89 VersR 1992, 459.

66) OLG Hamm 27 U 103/00 DAR 2001, 308 = OLGR Hamm 2002, 226.

Schädelhirntrauma und eine komplette linksseitige Lähmung. Die Verletzte arbeitete zwei Jahre lang in einem Heim einer Evangelischen Stiftung und führte dort Verpackungstätigkeiten aus. Für diesen Zeitraum übernahm die Berufsgenossenschaft die Kosten, die auch in diesem Fall höher waren als der durch die Arbeitsleistung der Verletzten bewirkte wirtschaftliche Ertrag. Danach stellte die Berufsgenossenschaft diese berufsfördernden Leistungen ein, weil weder eine Besserung noch eine Integration in den primären Arbeitsmarkt zu erwarten war. Die Verletzte setze dessen ungeachtet ihre Tätigkeit fort und begehrte für die beiden Folgejahre vom Ersatzpflichtigen für die fortgeführte Beschäftigung in der Stiftung die von dieser in Rechnung gestellten DM 56.400,-. Vorsichtshalber hatte der kundige klägerische Anwalt diesen Schadensposten vom Abfindungsvergleich ausgenommen. Das OLG Hamm verwarf den Einwand des Beklagten, dass es sich insoweit um eine medizinisch nicht indizierte Freizeitgestaltung handle.

Wiederum sprach das OLG Hamm mit mustergültiger Deutlichkeit aus, dass die Versagung der weiteren Kosten im Sozialrecht für das Schadenersatzrecht nicht präjudiziell sei. Inhalt des Schadenersatzanspruchs sei die Erhaltung und Verbesserung der Lebensqualität, was nicht durch das medizinisch Gebotene bestimmt sei. Die Aufnahme einer solchen Tätigkeit sei ein angemessenes Mittel, um die persönliche Lebensführung der Verletzten wieder der früheren anzunähern. Gerade angesichts der früheren Erwerbstätigkeit sei ein Verzicht auf jegliche Erwerbstätigkeit nicht zu erwarten. Das Bedürfnis, arbeiten zu wollen, sei zu befriedigen, namentlich in Fällen, in denen die Möglichkeit sinnvoller Freizeitgestaltung – wie hier – stark eingeschränkt waren. Auch diese Verletzte war nicht mehr in der Lage zu lesen. Das OLG Hamm betonte die Bedeutsamkeit der Schaffung sozialer Kontakte. Zudem sei die Beschäftigung hilfreich zur Vermeidung eines weiteren geistigen Abbaus sowie gegen Depressionen. Schließlich verwies es darauf, dass die Verletzte die Konditionen der Beschäftigung in der Stiftung nicht frei aushandeln könne. Maßgeblich sei allein, dass es sich um eine angemessene Maßnahme handle, was in concreto bejaht wurde.

Die in den beiden Entscheidungen des OLG Hamm zum Ausdruck kommende Qualifizierung ist mE zutreffend. Die Beschäftigung in einer geschützten Werkstätte dient dem Aggressionsabbau, dem weiteren geistigen Abbau sowie der Vorbeugung von Depressionen. Unter diesem Gesichtspunkt wäre sogar eine Subsumtion unter die Heilungskosten passend. Im Kern geht es aber um vermehrte Bedürfnisse. Vor dem Hintergrund, dass jeder Mensch ein menschenwürdiges Dasein führen können muss, ist das für solche Menschen – häufig – die einzige Möglichkeit, ihrem Leben einen Sinn zu geben, eine Daseinsberechtigung zu haben und soziale Kontakte zu knüpfen. Es geht dabei weniger um die bloße „Bespäßung“ auf Kosten des Ersatzpflichtigen als vielmehr um die Deckung von infolge der Verletzung verursachten vermehrten Bedürfnissen.

Soweit eine Rückkehr in den primären Arbeitsmarkt nicht in Betracht kommt, steht der Erwerbsschaden der verletzten Person zusätzlich zu. In der zweiten OGH-Entscheidung kann es daher letztlich nicht darauf ankommen, ob der Erwerbsschaden mit abgetreten wurde oder nicht. Die vom Land Oberösterreich getätigten Aufwendungen wären zu diesem jedenfalls nicht sachlich kongruent. Auch kann es nicht allein darum gehen, dass das Land auf allfällige Selbstbehalte des Verletzten zugreift; vielmehr sind die gesamten aufgewendeten anteiligen Vollkosten für die Betreuung einer solchen Person ersatzfähig,

weil insoweit eine sachliche Kongruenz zum korrespondierenden Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse besteht.

Hat man die schadenersatzrechtliche Vorfrage zutreffend gelöst, ist die nachgelagerte Frage der Legalzession – nach dem hier vertretenen Verständnis – relativ leicht zu beantworten. Die öffentliche Hand erbringt eine Leistung, die die verletzte Person, gäbe es diese Leistung nicht, vom Schädiger ersetzt verlangen könnte. Die zweite Entscheidung des OLG Hamm<sup>67)</sup> macht denn auch deutlich, dass die zeitlich begrenzte Finanzierung solcher Maßnahmen durch die öffentliche Hand dazu führt, dass bei weiter bestehendem Bedarf die verletzte Person sie vom Schädiger direkt verlangen kann. Wenn das oöBhG keine Legalzession vorsieht, das oöChG aber sehr wohl, sei anzumerken: Tant mieux im letzteren Fall. Entscheidend ist das freilich nicht, weil auch ohne explizite Anordnung einer Legalzession der öffentlichen Hand nicht zu unterstellen ist, dass sie – auch nur partiell – den Schädiger entlasten will. Hat man das Problem als solches einer Schadensverlagerung erkannt, geht es nicht mehr um das Ob der Überwälzung, sondern allein um die Frage der passenden Legalzessionsnorm.

#### IV. Die passende Regressnorm

##### A. (Eingeschränkte) Bedeutung der jeweiligen Legalzessionsnormen

Ob eine Schadensverlagerung gegeben ist, ist mE eine vorgelagerte schadensrechtliche Wertungsfrage und nicht von der – zufälligen – Anordnung einer Legalzessionsnorm durch den Bundes- oder Landesgesetzgeber abhängig.<sup>68)</sup> Bestehen Legalzessionsnormen, legen diese lediglich, aber immerhin die Modalitäten des Rückgriffs fest.

##### B. Interessen der Beteiligten: Primär Geschädigter, Drittleistender, Schädiger

Ehe auf die Analogiefähigkeit der gesetzlich angeordneten Legalzessionsnormen eingegangen werden kann, ist zu erläutern, um welche Interessen es in der Dreiecksbeziehung zwischen primär Geschädigtem, Drittleistendem und Schädiger bzw der typischerweise hinter diesem stehenden Haftpflichtversicherung geht.

##### 1. Primär Geschädigter

Der primär Geschädigte, sei es nun die verletzte Person oder seine Unterhaltersatzgläubiger im Fall der Tötung, haben ein Interesse an einer möglichst zeitnahen Deckung des durch das schädigende Ereignis ausgelösten Bedarfs. Prototypisch ist die Versorgung eines Verletzten im Koma. Die Heilmaßnahmen müssen möglichst rasch ergriffen werden; keinesfalls kann damit bis zum Abschluss der Schadensregulierung mit dem Schädiger zugewartet werden.

Der in § 332 ASVG vorgesehene Entzug des Schadenersatzanspruchs im Zeitpunkt des Schadenseintritts ist nur dann zu rechtfertigen, wenn ein ebenso – leicht – durchsetzbarer Anspruch gegen den Drittleistenden an die Stelle des

67) OLG Hamm 27 U 103/00 DAR 2001, 308 = OLGR Hamm 2002, 226.

68) Neumayr/Ch. Huber in *Schwimmann/Kodek*, PraxisKomm ASVG<sup>4</sup> § 332 Rz 14.

Schadenersatzanspruchs tritt. Bei wie immer gearteten freiwilligen Leistungen ist das nicht der Fall, weshalb es sachgerecht ist, dass insoweit eine Legalzession erst zu einem späteren Zeitpunkt eintritt, nämlich mit Leistungserbringung oder bei bescheidmäßiger Zuerkennung der Leistung, die auch der Schädiger schuldet.<sup>69)</sup>

Erbringt der Drittleistende eine Sachleistung, die er wegen seiner Marktmacht oder eines Mengenrabatts kostengünstiger beschaffen kann, ist dessen Regressanspruch auf die Selbstkosten begrenzt; das Restitutionsinteresse des primär Geschädigten ist in vollem Umfang erfüllt.

## 2. Schädiger

Der Schädiger hat vollen Ersatz des eingetretenen Schadens zu leisten; und zwar unabhängig davon, ob ein Drittleistender mit sachlich, zeitlich und persönlich kongruenten Leistungen in Vorlage tritt oder nicht. Kann der Drittleistende die schadenersatzrechtlich geschuldete Sachleistungen mit geringeren Selbstkosten erbringen, kommt das dem Schädiger zugute; gehen die Leistungen des Drittleistenden über den Schadenersatzanspruch hinaus, sind sie nicht regressfähig, weil nur der verlagerte Schaden überwälzbar ist, somit derjenige, der ohne Bestehen einer Drittleistung beim primär Geschädigten gegeben wäre; der darüber hinaus gehende eigene Schaden des Drittleistenden ist hingegen ein nicht ersatzfähiger mittelbarer Schaden. Der Schädiger ist zudem daran interessiert, nicht mehr als den eingetretenen Schaden auszugleichen und an den jeweils berechtigten Anspruchsteller zu leisten, um mit Regulierungsaufwand verbundene und nicht immer einbringliche Rückforderungen zu vermeiden.

Da es um einen Rechtsübergang des Schadenersatzanspruchs des primär Geschädigten auf einen Drittleistenden geht, soll durch eine solche Zession die Position des Schädigers nicht verschlechtert werden, so ein eherner Grundsatz des Zessionsrechts. Dagegen wird freilich insoweit verstoßen, als bei § 332 ASVG durch den Kunstgriff des Anspruchsübergangs im Moment des Eintritts des realen Schadens es verjährungsrechtlich auf die Kenntnis des Drittleistenden ankommt,<sup>70)</sup> in concreto sogar auf den zuständigen Sachbearbeiter des jeweiligen Sozialversicherungsträgers. Im Ergebnis wird dadurch bewirkt, dass der Sozialversicherungsträger auch nach Ablauf der Verjährungsfrist des Anspruchs des primär Geschädigten gegen den Schädiger Regressansprüche durchsetzen kann, wenn der Drittleistende dem primär Geschädigten in Unkenntnis der Einstandspflicht eines Schädigers womöglich Jahre lang zum Schadenersatzanspruch kongruente Leistungen erbracht hat und dann erst von der Einstandspflicht des Schädigers erfährt. Für den Schädiger bedeutet dies wiederum, dass er nach Ablauf der Verjährungsfrist des Schadenersatzanspruchs des primär Verletzten gegen ihn noch mit Regressansprüchen von Sozialversicherungsträgern rechnen muss und viele Jahre den Akt nicht schließen kann.

Je nachdem, ob es wie bei § 332 ASVG zu einem Anspruchsübergang auf einen Drittleistenden bei Eintritt des realen Schadens kommt oder zu einem spä-

69) Neumayr/Ch. Huber in Schwimann/Kodek, PraxisKomm ASVG<sup>4</sup> § 332 Rz 14; Auer-Mayer in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 332 (Stand 1.8.2015, rdb.at) Rz 8 f; differenzierend Krejci/Böhler in Tomandl, System des österr Sozialversicherungsrechts (idF der 26. ErgLfg) 3.2.2.2. sowie 3.2.3.3.1.

70) M. Bydlinksi in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1489 Rz 3; Madl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1489 (Stand 1.1.2017, rdb.at) Rz 27; Vollmeier in Klang<sup>3</sup> § 1489 Rz 56.

teren Zeitpunkt, nämlich im Regelfall der Leistungserbringung, hat das Auswirken auf die Reichweite des Abschlusses eines Vergleichs zwischen primär Geschädigtem und Schädiger. Bei Regressansprüchen nach § 332 ASVG muss der Schädiger bedenken, dass über solche Anspruchsteile der primär Geschädigte nicht mehr dispositionsbefugt ist, wobei der Drittleistende nach § 332 Abs 2 ASVG bei Leistung des Schädigers in Unkenntnis des Anspruchsübergangs eine Anrechnung vornehmen „kann“. Jedenfalls von einem hinter dem Schädiger stehenden – versierten – Haftpflichtversicherer wird erwartet, dass er Kenntnis vom Spektrum der in Betracht kommenden Sozialleistungen hat.

Soweit ein Anspruchsübergang erst mit Anzeige an den Schädiger oder Leistungserbringung durch den Drittleistenden erfolgt, kann bis zu diesem Zeitpunkt noch der primär Geschädigte über den Anspruch disponieren, was zur Folge hat, dass der Regress des Drittleistenden nach dem Zeitpunkt des Schließens eines Abfindungsvergleichs ins Leere geht. Ein abschließender Abfindungsvergleich ist – jedenfalls auch – im Interesse des Schädigers bzw des typischerweise hinter diesem stehenden Haftpflichtversicherer, weil dieser den Akt schließen kann und ihm weiterer Regulierungsaufwand erspart bleibt. Der Rechtsübergang von Schadenersatzansprüchen auf den Drittleistenden erst nach Verständigung des Schädigers, wie das bei aufgeschobenen Legalzessionsnormen in den Landessozialhilfegesetzen vorgesehen ist, bewahrt Letzteren davor, mit dem primär Anspruchsberechtigten einen Vergleich zu schließen, ohne ausschließen zu können, dass weitere Regressansprüche von Sozialversicherungsträgern bestehen, wie das bei § 332 ASVG passieren kann.

### 3. Drittleistender

Der Drittleistende hat die von ihm geschuldete Leistung unabhängig davon zu erbringen, ob ein Schädiger vorhanden ist, auf den er seine Aufwendungen überwälzen kann, oder das nicht der Fall ist und er das durch die Leistungserbringung verbundene wirtschaftliche Minus selbst tragen muss. Ist eine Überwälzung auf den Schädiger möglich, soll der Drittleistende bloß in Vorlage treten. Ihn sollen dann die Mühewaltung der Einziehung der Schadenersatzforderung sowie das Insolvenzrisiko des Schädigers treffen, das bei einem haftpflichtversicherten Schädiger wegen § 157 VersVG jedenfalls bis zur Deckungssumme von dessen Haftpflichtversicherung bloß theoretischer Natur ist.

Spiegelbildlich zu den Interessen des Schädigers hat der Drittleistende das gegenläufige Interesse, dass der Schadenersatzanspruch möglichst bereits mit Eintritt des realen Schadens auf ihn übergeleitet wird, wodurch die Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB erst mit seiner Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen beginnt. Bei einem Übergang des Schadenersatzanspruchs auf den Drittleistenden erst mit Leistungserbringung an den primär Geschädigten oder Anzeige an den Schädiger riskiert der Drittleistende, dass sein Regressanspruch ins Leere geht, weil der primär Geschädigte mit dem Schädiger bzw dessen Haftpflichtversicherer einen Abfindungsvergleich geschlossen hat. Namentlich bei schwer verletzten Personen, die nicht immer einen Überblick über ausreichend kundige (Geschädigten-)Anwälte haben,<sup>71)</sup> ist die Gefahr einer Übervorteilung

71) Diese Gefahr besteht in Österreich umso mehr, als es anders als in Deutschland keine Fachanwälte (für Verkehrsrecht bzw Medizinrecht) gibt.

durch den Schädiger, vertreten durch seinen kundigen Haftpflichtversicherer, nicht von der Hand zu weisen.<sup>72)</sup>

§ 332 Abs 2 ASVG sieht die Möglichkeit einer Anrechnung vor. Eine solche Möglichkeit muss erst recht in Fällen gelten, in denen der primär Geschädigte über den Schadenersatzanspruch noch disponieren konnte und vom Schädiger eine Leistung erhielt, die der Dritteleistende hätte erbringen müssen. Das gilt jedenfalls dann, wenn es keine Sanktion dergestalt gibt, dass der Dritteleistende – wie in § 67 Abs 1 S 3 VersVG für einen Privatversicherer vorgesehen – seine Leistung gegenüber dem primär Geschädigten insoweit verweigern kann, als dieser den durchsetzbaren Regressanspruch des Dritteleistenden – etwa durch Verzicht oder Schließen eines Abfindungsvergleichs – vereitelt.

Namentlich in Fällen der Sozialhilfe sind freilich folgende Fälle vorstellbar: Der – unbedarfte und womöglich schwerst verletzte – Sozialhilfeempfänger schließt einen Abfindungsvergleich. Die – in dessen Augen – astronomisch hohe, bei objektiver Betrachtung aber womöglich unzureichende Kapitalabfindung verwendet er für die Deckung eines Luxusbedarfs. Wenn sich später schadenskausal ein verletzungsbedingter Anspruch gegen den Sozialhilfeträger ergibt und die für die Deckung des durch das schädigende Ereignis ausgelösten Bedarfs bei der Kapitalabfindung in Ansatz gebrachte (Teil-)Summe nicht mehr vorhanden ist, wird sich der Sozialhilfeträger kaum seiner Leistungspflicht entziehen können; im Sozialstaat darf niemand verhungern – jeder muss jedenfalls durch das letzte Netz aufgefangen werden. Insofern ist die an die Anzeige gegenüber dem Schädiger geknüpfte Legalzession zwar schädigerfreundlich, in solchen Fällen aber für den Regress des Sozialhilfeträgers mitunter kontraproduktiv und sachlich nicht angemessen.

### C. Unterschiedliche Ausprägungen der (Legal-)Zession

#### 1. Legalzessionen

Gemeinsam ist allen Formen des Regresses, dass sachliche, persönliche und zeitliche Kongruenz gegeben sein muss, wobei es bei der persönlichen Kongruenz nicht darauf ankommt, ob der primär Geschädigte der formale Anspruchsinhaber gegenüber dem Dritteleistenden ist; ausreichend ist vielmehr, dass die Leistung des Dritteleistenden wirtschaftlich ihm zugutekommt.<sup>73)</sup>

Der Prototyp der Legalzession im Sozialversicherungsrecht ist § 332 ASVG, wo es nach hM zu einem Anspruchsübergang im Zeitpunkt des Eintritts des realen Schadens kommt. § 16 BPGG ist dem nachgebildet.<sup>74)</sup> Bei der analogen Anwendung von Legalzessionsnormen wird § 332 ASVG mitunter bloß beiläufig zitiert, so bei der Frage des Regresses der Anwaltskammer für Hinterbliebenenlei-

72) Das Dispositionsverbot als tragender Grund für den Anspruchsübergang bei Eintritt des realen Schadens zu Recht betonend *Resch*, Der Zeitpunkt des Forderungsübergangs bei einer Legalzession gemäß § 332 ASVG, JBl 2002, 341 ff.

73) So pars pro toto OGH 2 Ob 163/08x ZVR 2009/157 (*Ch. Huber*): Arbeitshelfer; 8 Ob 27/09t Zak 2009/578: Ablehnung des Regresses bei erhöhter Familienbeihilfe an die Eltern für das hirngeschädigte Kind infolge fehlender sachlicher Kongruenz, aber Hinweis, dass es gleichgültig ist, ob die Beihilfe an die Eltern oder das Kind ausbezahlt wurde.

74) Insoweit findet sich eine Entsprechung im deutschen Recht in § 116 SGB X sowie im schweizerischen Recht in Art 72 – 75 ATSG.

stungen gegenüber dem Schädiger. In der ersten Entscheidung<sup>75)</sup> wird § 332 ASVG als Regressnorm genannt, in der Folgeentscheidung<sup>76)</sup> wird auf die erste Bezug genommen; als es dann darauf ankam, nämlich bei der Frage des Quotenvorrechts des Regressgläubigers, hat der OGH ein solches, das zu § 332 ASVG bejaht wird, verneint und sich damit von dieser Regressnorm distanziert.<sup>77)</sup>

Sozialhilfegesetze der Länder sehen aufgeschobene Legalzessionen vor, somit solche, bei denen es zu einem Anspruchsübergang erst mit Anzeige der Leistungspflicht des Sozialhilfeträgers an den Schädiger kommt, so etwa § 38 Abs 2 Ktn SozialhilfeG<sup>78)</sup> und § 42 Abs 2 nÖ SozialhilfeG.<sup>79)</sup> Das Kärntner Gesetz beschränkt zusätzlich den Regress auf den Zeitraum von sechs Monaten vor dem Zugang der Anzeige, eine Regelung, die gegenüber Unterhaltsschuldern passend sein mag, nicht aber gegenüber einem Schädiger,<sup>80)</sup> insoweit ist die Verjährungsbestimmung des § 1480 ABGB mit der 3-jährigen Verjährungsfrist von wiederkehrenden Ansprüchen völlig ausreichend. Der spätere Zeitpunkt des Anspruchsübergangs birgt das Risiko der Vereitelung des Regresses durch einen vor diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Abfindungsvergleich zwischen primär Geschädigtem und dem Schädiger vertreten durch dessen Haftpflichtversicherer.<sup>81)</sup>

Dem gegenüber steht ein Anspruchsübergang erst mit Leistungserbringung durch den Dritteleistenden nach § 67 VersVG bzw § 1358 ABGB.<sup>82)</sup> Beim Regressanspruch des Arbeitgebers bei Fortzahlung des Entgelts an den verletzten Arbeitnehmer beruft sich der OGH<sup>83)</sup> auf diese Regressnormen.

## 2. Andere Formen des Rückersatzes

§ 2 Abs 5 StmkBehG sieht einen Anspruch des Sozialhilfeträgers auf Abtretung von Forderungen des Behinderten gegenüber dem Schädiger vor.<sup>84)</sup> Nach § 9 Abs 4 Oberösterreich BehindertenG 1971 wurde eine Eingliederungshilfe nur gewährt, soweit die erforderlichen Maßnahmen nicht von anderer Seite gewährt werden, was dazu führt, dass der Verletzte zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs selbst legitimiert ist, das Äquivalent aber an den Dritteleistenden herausgeben muss.<sup>85)</sup> Soweit solche Maßnahmen Selbstbehalte vorsehen, führt dies dazu, dass beim primär Geschädigten ein rechnerischer Schaden eintritt, den dieser vom Schädiger ersetzt verlangen kann.<sup>86)</sup> Gegenüber diesen Formen hat die Legalzession den Vorteil, dass derjenige, dem das ökonomische Äquivalent des Regresses zugute-

75) OGH 2 Ob 366/99h SZ 73/4 = ZVR 2000/71: Im Vordergrund stand die Abgrenzung von OGH 2 Ob 84/90 JBl 1991, 653.

76) OGH 2 Ob 157/00b.

77) OGH 2 Ob 205/07x ZVR 2008/110 (Ch. Huber).

78) OGH 8 Ob 11/85; 2 Ob 84/05z.

79) OGH 2 Ob 190/07s SZ 2007/178 = EvBl 2008/59.

80) Kritisch bereits *Neumayr/Ch. Huber*, in *Schwimmann/Kodek*, PraxisKomm ASVG<sup>4</sup> § 332 Rz 10.

81) So in OGH 2 Ob 210/06f.

82) Dem entspricht im deutschen Recht § 86 VVG bzw für den Arbeitgeberregress § 6 EFZG bzw im schweizerischen Recht Art 72 Abs 1 VVG.

83) OGH 2 Ob 21/94 SZ 67/52; zuletzt 2 Ob 73/14w.

84) OGH 8 Ob 126/11d.

85) OGH 8 Ob 83/86.

86) OGH 2 Ob 200/11t ÖZPR 2013/25: Rechtsgeschäftliche Abtretung dieses Anspruchs an den Dritteleistenden.

kommt, sich um die Eintreibung kümmert, was deshalb sinnvoll ist, weil bei diesem ein höheres Engagement bei der Anspruchsverfolgung gegeben sein wird.

### 3. Ansprüche mehrerer Regressgläubiger

Nicht immer ist es bloß ein Gläubiger, der Rückersatz begehrt. Denkbar ist, dass der Sozialversicherungsträger, der Sozialhilfeträger und ein Unterhaltsschuldner Teilbeträge beim Schädiger regressieren.<sup>87)</sup> Es ist nicht verwunderlich, dass sich derartige Konstellationen – wohl noch häufiger – im vom Kantönlicheit geprägten schweizerischen Recht finden, wo zudem das soziale Netz noch dichter geknüpft ist.<sup>88)</sup>

### 4. Mildtätige bzw Kulanzleistungen

Wer gegenüber dem Verletzten aus Mildtätigkeit oder Kulanz leistet, dessen Stellung als Regressgläubiger ist am wenigsten schutzwürdig. Dieser hätte sich bei Erbringung der Leistung im Schadenersatzanspruch abtreten lassen können, rechtsgeschäftlich oder im Weg des § 1422 ABGB. Das Argument, dass er dem Verletzten etwas Gutes tun wollte und sich deshalb nicht regressieren können soll, greift nicht, weil er seine Mittel dann für andere Bedürftige einsetzen kann. Als letzte Auffangnorm kommt § 1042 ABGB in Betracht.<sup>89)</sup> Vor Erbringung der Leistung gibt es freilich gute Gründe, dass die Aktivlegitimation bei der verletzten Person verbleibt.<sup>90)</sup>

### 5. Ausschluss des Regresses

Ist vorgesehen, dass der Regress nur für einen Zeitraum von sechs Monaten ab Zugang der Anzeige zusteht, ist er nach Ablauf dieser Frist nicht mehr durchsetzbar.<sup>91)</sup> Entsprechendes gilt, wenn ein potenzieller Regressgläubiger ausdrücklich auf seinen Regressanspruch verzichtet.<sup>92)</sup>

## D. Unterschiedliche Rechtsfolgen

### 1. Zeitpunkt des Anspruchsübergangs

Bei Pflichtleistungen des Sozialversicherungsträgers erfolgt eine Legalzession im Zeitpunkt des Eintritts des realen Schadens, bei freiwilligen Leistungen

87) So in OGH 2 Ob 189/81 ZVR 1984/100.

88) *Landolt*, Berechnung des Heimpflegeschadens – Grundsätze und Besonderheiten, in FS Brehm (2012) 219, 222: Für die Kosten des Pflegeheims geht es um den Pflegebeitrag des Kranken- bzw Unfallversicherers, eine Kostenbeteiligung des Versicherten sowie kantonale Subventionen.

89) *Ch. Huber*, Regressprobleme bei irrtümlicher oder freiwilliger Leistung des Privat- bzw Sozialversicherers, VR 1986, 321 ff, 405 ff; ähnlich OGH 7 Ob 4/92 VersE 1529 = VersR 1993, 240: Selbst bei einer Leistung außerhalb des versicherten Risikos Anspruch nach § 1042 ABGB.

90) Instruktiv OLG Hamm 27 U 103/00 DAR 2001, 308 = OLGR Hamm 2002, 226: Die Verletzte legte Wert darauf, weiterhin in der geschützten Werkstatt tätig sein zu dürfen, auch wenn die Finanzierung durch Sozialversicherungsleistungen ausläuft.

91) OGH 2 Ob 84/05z ecolex 2006, 28.

92) OGH 2 Ob 26/90: Krankengeld der Ärztekammer an einen verletzten Zahnarzt.

jedoch erst mit Leistungserbringung wie bei § 1358 ABGB und § 67 VersVG.<sup>93)</sup> Diese Differenzierung ist von der Interessenlage des primär Geschädigten folgerichtig; keinesfalls zu billigen ist allerdings, daran die Versagung des Anspruchsübergangs zu knüpfen, was im Ergebnis zur Kumulierung von Schadenersatz und Drittleistung beim primär Geschädigten führt.<sup>94)</sup>

2. Konkurrenz zwischen Ansprüchen des primär Geschädigten und Regressansprüchen des Drittleistenden – Quotenvorrecht des Sozialversicherungsträgers bzw Vorrang des Schmerzensgeldanspruchs nach § 336 S 2 ASVG

Das Konkurrenzverhältnis zwischen Ansprüchen des primär Geschädigten und solchen von Regressansprüchen von Drittleistenden ist außerordentlich kompliziert. Bei § 67 VersVG besteht ein Quotenvorrecht des Versicherungsnehmers, zu § 332 ASVG wird in den Fällen des Mitverschuldens und der betraglich begrenzten (Gefährdungs-)Haftung ein Quotenvorrecht des Sozialversicherers vertreten. Wenn *Krejci/Böhler*<sup>95)</sup> darauf verweisen, dass dieses in den letzten Jahren niemand in Frage gestellt hat, ist das unzutreffend.<sup>96)</sup> Auch die Einschätzung, dass durch eine verfeinerte Kongruenzlehre die Benachteiligung des primär Anspruchsberechtigten weitgehend beseitigt werden könne,<sup>97)</sup> teile ich nicht. Ebenso unzutreffend ist der Hinweis des OGH,<sup>98)</sup> dass es allein Sache des Gesetzgebers wäre, hier Abhilfe zu schaffen.

Für die sachlich kaum zu begründende Bevorzugung des Sozialversicherungsträgers gibt es nämlich keine ausdrückliche gesetzliche Anordnung. Der Sozialversicherungsträger erhält in Form von Beiträgen wie der Privatversicherer in Form der Versicherungsprämie eine Gegenleistung dafür, dass er bei Verwirklichung des Risikos leistungspflichtig ist; im einen wie im anderen Fall besteht der Regress lediglich, um eine Bereicherung beim Geschädigten zu vermei-

93) Kritisch zum Anspruchsübergang mit Eintritt des realen Schadens bei § 332 ASVG *Resch*, JBl 2002, 341 ff, der für einen Gleichlauf zu § 1358 ABGB und § 67 VersVG plädiert.

94) So aber OGH 8 Ob 17/84: Zuschüsse für Umbaumaßnahmen im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse; 8 Ob 32/85 ZVR 1987/45: Kosmetische Operation, bei der fraglich war, ob sie zur Behebung funktioneller Defizite gemäß § 133 Abs 3 ASVG erforderlich war; im Fall einer freiwilligen Leistung wurde eine Legalzession nach § 332 ASVG verneint; dass nach heutiger Rsp (2 Ob 173/14a Zak 2015/438 = JBl 2015, 668) die Schadenersatzleistung nur vorschussweise begehrt werden kann, wenn der Eingriff konkret beabsichtigt ist, sei der Vollständigkeit halber erwähnt; 2 Ob 203/98m: Da kein Anspruch auf Beihilfen nach AMFG, kein Anspruchsübergang mit der zusätzlichen Begründung, dass die Zielsetzung arbeitsmarktpolitischer und volkswirtschaftlicher Natur sei; das ändert freilich nichts daran, dass dem ein korrespondierender Schadenersatzanspruch gegenüber steht; wie hier aber OGH 2 Ob 163/08x ZVR 2009/157 (*Ch. Huber*): Arbeitshelfer.

95) in *Tomandl*, System des österr Sozialversicherungsrechts (idF der 26. ErgLfg) 3.2.4.3.

96) Kritisch *Ch. Huber*, Die Reform des österreichischen Schadenersatzrechts – Blickwinkel des deutschen Rechts, Umfang des Ersatzes und Nebengesetze, ZVR 2006, 472, 482.

97) *Krejci/Böhler* in *Tomandl*, System des österr Sozialversicherungsrechts (idF der 26. ErgLfg) 3.2.4.3.; ähnlich *Auer-Mayer*, DRdA 2016, 272.

98) OGH 2 Ob 207/14a ecolex 2016/167 = DRdA 2016/31 (*Auer-Mayer*) = demnächst ZVR (*Ch. Huber*).

den. Bis zum Erhalt von Leistungen zur Deckung des vollen Schadens ist es daher folgerichtig, dass dem primär Geschädigten ein Vorzugsrecht zusteht.<sup>99)</sup>

Während es beim Sozialversicherungsträger bezogen auf die gesamten Beitragseinnahmen oder auch nur das Regressvolumen um einen Tropfen auf den heißen Stein handelt, kann der primär Anspruchsberechtigte in eine existenzielle Schiefelage geraten, je nachdem, ob er oder der Sozialversicherungsträger ein Quotenvorrecht hat. Allenfalls könnte eine sachliche Berechtigung eines Quotenvorrechts bei reinen Transferleistungen gegeben sein, bei denen der Dritte vom primär Geschädigten keine Gegenleistung erhält, wie das bei der Notstandshilfe der Fall ist; Gründe der Einheitlichkeit sprechen indes dafür, in allen Fällen ein Quotenvorrecht des primär Geschädigten vorzusehen.

Angemessen wäre ein solches Quotenvorrecht des primär Anspruchsberechtigten in sämtlichen Konstellationen,<sup>100)</sup> vom Mitverschulden über die betrieblich begrenzte (Gefährdungs-)Haftung bis zur begrenzten Deckungssumme einer Haftpflichtversicherung,<sup>101)</sup> was neben Wertungsgründen, die dafür sprechen, auch zu einer enormen Vereinfachung der Regulierung führen würde. Der Vorrang des Verletzten mit seinem gerichtlich festgestellten Schmerzensgeldanspruch gegenüber den Ansprüchen der Sozialversicherungsträger bei nicht ausreichender Deckungssumme könnte dann ebenfalls entfallen, ganz abgesehen davon, dass die gerichtliche Feststellung wenig folgerichtig ist, gilt doch im Zivilprozess die Parteienmaxime, sodass ein Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil keine höhere Richtigkeitsgewähr hat als ein vergleichsweise ausverhandeltes Schmerzensgeld.<sup>102)</sup>

### 3. Verbot der Vereitelung des Regressanspruchs des Regressgläubigers in § 67 Abs 1 S 3 VersVG

Die in § 67 Abs 1 S 3 VersVG vorgesehene Rechtsfolge der Kürzung des Anspruchs gegen den Versicherer bei der Vereitelung des Regressanspruchs durch den primär Geschädigten kennt das Sozialversicherungsrecht nicht. Beim Arbeitsvertrag wird man eine dem § 67 Abs 1 S 3 VersVG entsprechende Rechtsfolge aus der den Arbeitnehmer treffenden Treuepflicht ableiten können.

### 4. Familienhaftpflichtprivileg (§ 67 Abs 2 VersVG) und Privilegierung von Arbeitskollegen (§ 332 Abs 5 ASVG)

§ 67 Abs 2 VersVG ordnet einen Ausschluss beim Regressanspruch des Versicherers gegen im gleichen Haushalt lebende Familienangehörige an. *Ertl*<sup>103)</sup> weist zutreffend darauf hin, dass es um den Schutz des Versicherungsnehmers, somit des primär Geschädigten, sowie die Erhaltung des Familienfriedens gehe.

99) So zutreffend für das Privatversicherungsrecht *Ertl* in *Fenyoes/Schauer*, VersVG (2014) § 67 Rz 32.

100) Das Quotenvorrecht des primär Geschädigten gegenüber dem Sozialversicherungsträger ist in der Schweiz in Art 72 Abs 3 S 2 ATSG geregelt.

101) Vorbild könnte die Regelung der Rangfolge im deutschen Recht in § 118 VVG sein.

102) *Neumayr/Ch. Huber* in *Schwimann/Kodek*, PraxisKomm ASVG4 § 336 Rz 3, 6; ebenso *Auer-Mayer* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm § 336 (Stand 1.8.2015, rdb.at) Rz 10.

103) in *Fenyoes/Schauer*, VersVG (2014) § 67 Rz 47.

Die betriebswirtschaftliche Durchleuchtung der Familienfinanzen vor Gericht soll gerade vermieden werden. Meist werden die im gemeinsamen Haushalt Wohnenden auf die eine oder andere Art miteinander verflochten sein. Der OGH<sup>104</sup>) hat schon derzeit den Lebensgefährten mit einbezogen, unter gewissen Voraussetzungen sogar den des Sohnes des Versicherungsnehmers.<sup>105</sup>)

*Krejci/Böhler*<sup>106</sup>) verweisen darauf, dass im Sozialversicherungsrecht eine andere Abgrenzung vorzunehmen sei als in § 67 Abs 2 VersVG, der nicht analog heranzuziehen sei. Auch insoweit wäre eine Deckungsgleichheit nach dem Vorbild des § 67 Abs 2 VersVG wünschenswert. Erwähnt sei, dass im deutschen Recht bei der Neuformulierung der entsprechenden Norm, nämlich § 86 Abs 2 VVG, wo nur noch auf die Haushaltszugehörigkeit abgestellt und somit klar gestellt wird, dass sämtliche Mitglieder einer Patchwork-Familie erfasst sind,<sup>107</sup>) die Modifizierung des Personenkreises auch für § 116 SGB X, der Entsprechung zu § 332 ASVG, übernommen wurde, obwohl dort in § 116 Abs 6 SGB X eine exakte Umschreibung des maßgeblichen Personenkreises gegeben ist.<sup>108</sup>) Da es im österr Recht keine solche Festlegung durch einen eindeutigen Gesetzeswortlaut gibt, gäbe es weniger Hindernisse für eine Angleichung auf diesem Gebiet.

Umgekehrt könnte erwägenswert sein, die Haftungsbegrenzung gegen Arbeitskollegen auf Fälle grober Fahrlässigkeit sowie den Zugriff auf die Deckungssumme einer bestehenden Haftpflichtversicherung in § 332 Abs 5 ASVG – durch gesetzgeberische Anordnung – auch auf andere Fälle des Regresses des Dritteleistenden zu erstrecken.

#### E. Kriterien für die analoge Anwendung von Legalzessionsnormen

Je mehr die Rechtsfolgen des Regresses von § 332 ASVG und § 67 VersVG angeglichen werden, umso weniger kommt es darauf an, welche Regressnorm in den gesetzlich nicht geregelten Fällen herangezogen wird. § 67 VersVG stellt dabei einen Mindeststandard dar, der dem Dritteleistenden jedenfalls zur Verfügung stehen sollte. § 67 VersVG hat gegenüber § 1358 ABGB den Vorzug, dass die Einschränkung der Leistungspflicht des Dritteleistenden bei Vereitelung des Regresses klar geregelt ist und zudem eine Regressbeschränkung gegenüber im gleichen Haushalt lebenden Familienangehörigen angeordnet ist; das sind angemessene Rechtsfolgen, die etwa auch beim Arbeitgeberregress sachgerecht sind.

Da das Quotenvorrecht des Sozialversicherungsträgers schon im Kernbereich des § 332 ASVG nicht zu überzeugen vermag, ist es sachgerecht, dass es bei analoger Anwendung ausgeklammert bleibt, mag eine Anwaltskammer in Bezug auf die Leistungen an Hinterbliebene eines Anwaltes bei dessen Tötung auch eine einem Sozialversicherungsträger funktional ähnliche Rolle einneh-

104) OGH 7 Ob 44/88 SZ 61/258 = ZVR 1990/162.

105) OGH 7 Ob 240/10k EvBl 2011/75 = ZVR 2011/179 (*Ch. Huber*); dazu *Ertl*, Angehörigenprivileg für Nichtangehörige, *ecolex* 2011, 603 ff.

106) *Krejci/Böhler* in *Tomandl*, System des österr Sozialversicherungsrechts (idF der 26. ErgLfg) 3.2.5.

107) Dafür – *de lege ferenda* – auch für das österr Recht *Ertl* in *Fenyves/Schauer*, VersVG (2014) § 67 Rz 48.

108) *Küppersbusch/Höher*, Ersatzansprüche bei Personenschäden<sup>12</sup> (2016) Rz 109.

men.<sup>109)</sup> Was den Zeitpunkt des Anspruchsübergangs betrifft, der nach § 332 ASVG zu einem früheren Zeitpunkt eintritt als bei § 67 VersVG, sollte eine Analogie zu § 332 ASVG auf Fälle beschränkt werden, in denen der primär Geschädigte einen Anspruch gegen den Drittleistenden auf die auch nach Schadenersatzrecht geschuldete Leistung hat, der Drittleistende eine einem Sozialversicherungsträger vergleichbare Funktion einnimmt und die Gefahr besteht, dass dem Drittleistenden durch einen Abfindungsvergleich des primär Geschädigten mit dem Schädiger Regressansprüche vereitelt werden und der Drittleistende zu der von ihm versprochenen Leistung auch dann verpflichtet bleibt, wenn der primär Geschädigte den Regressanspruch des Drittleistenden gegen den Schädiger vereitelt hat. Bei der Spzialhilfe spricht dafür auch, dass der Drittleistende vom primär Geschädigten keine Beiträge erhält. Viele weitere Fälle werden es nicht sein; mit anderen Worten: Im Zweifel ist § 67 VersVG die für die Lückenfüllung maßgebliche Regressnorm.

## V. Schlussfolgerungen

Abschließend soll ausgelotet werden, welche Konsequenzen sich für die einzelnen Akteure aus den hier vertretenen Thesen ergeben:

### A. Für den Drittleistenden

#### 1. Bloß vorschussweise Leistungserbringung bei Einstandspflicht eines Dritten

Schon lange, bevor der OGH den Lohnfortzahlungsschaden des Arbeitgebers als Fall der Schadenersatzverlagerung und damit als auf den Schädiger überwälzbar anerkannt hat,<sup>110)</sup> hat er einen Regress des Arbeitgebers bejaht, wenn dieser deutlich gemacht hat, dass die Lohnfortzahlung bloß vorschussweise erfolgt und diese an die Pflicht des primär Geschädigten zur Abtretung des Schadenersatzanspruchs gegen den Schädiger gebunden ist.<sup>111)</sup>

Selbst wenn in vielen Fällen nach der hier vertretenen Ansicht auch ohne solche Absprache im Innenverhältnis zwischen dem Drittleistenden und dem primär Geschädigten eine Legalzession zu bejahen ist, ist die Absicherung durch eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vereinbarung gewiss förderlich; wird ein Übergang des Schadenersatzanspruchs qua Legalzession bejaht, geht sie ins Leere – schädlich ist sie keinesfalls.<sup>112)</sup> Je weniger präzise der Beweggrund einer zu erbringenden Leistung festgelegt wird, umso größer ist das Risiko, dass der OGH im Zweifel keine Legalzession, sondern eine Kumulation annimmt.<sup>113)</sup>

109) OGH 2 Ob 205/07x ZVR 2008/110 (*Ch. Huber*): Versagung des Quotenvorrechts der Anwaltskammer beim Regress gegen den Schädiger.

110) OGH 2 Ob 21/94 SZ 67/52.

111) OGH 2 Ob 303/67 SZ 40/150: Verankerung im Kollektivvertrag; 2 Ob 15/70: Die Weiterzahlung der Bezüge unter der Bedingung, dass eine Abtretung erfolgt, stellt keinen Verstoß gegen österr ordre public dar – Verletzung eines deutschen Arbeitnehmers.

112) So in OGH 2 Ob 200/11t.

113) OGH 2 Ob 18/88 ZVR 1989/106: Zahlung von vier Monatsbezügen des Arbeitgebers nach Tod des Arbeitnehmers an dessen Hinterbliebene; eine Anrechnung – und damit folgerichtig eine Legalzession – erfolgte schon deshalb nicht, weil nicht feststand, ob es sich um eine freiwillige Leistung handelte oder ein Rechtsanspruch darauf bestand; auch war der Zahlungszweck nicht zu beurteilen. ME trifft freilich insoweit den primär Geschädigten eine sekundäre Darlegungslast. Dieser kann eine Anrechnung mE dadurch vermeiden, dass er eine Erklärung des Arbeitgebers einholt und vorlegt, dass diese Leistung zusätzlich zum Schadenersatz gebühren soll.

## 2. Leistung an den Verletzten selbst, nicht an einen Dritten

Der OGH<sup>114)</sup> hat bei einer wegen der Verletzung eines Kindes erhöhten Familienbeihilfe einen Regress des Drittleistenden mit dem Argument abgelehnt, dass die Leistung an die Eltern erbracht werde und nicht an das verletzte Kind. Beim Regress für einen Zuschuss für einen Arbeitshelfer an den Arbeitgeber, um dem Verletzten den Wiedereinstieg in den Beruf zu erleichtern, hat dies indes keine Rolle gespielt.<sup>115)</sup> Der Drittleistende verbessert jedenfalls die Chancen seines Regresses gegen den Schädiger, wenn er die Leistung an den primär Geschädigten erbringt oder zumindest hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, aus welchem Grund die Drittleistung erbracht wird und wem sie (jedenfalls auch) zugutekommen soll.

## 3. Direkte Zurechnung einer Subvention zu einem individuellen Geschädigten – kein Regress bei objektiven Subventionen?

Nicht nur bei der Krankenanstaltenfinanzierung kommt es dazu, dass verschiedene Rechtsträger Leistungen erbringen, um die Selbstkosten aufzubringen und den Betrieb zu sichern. Wenn es um eine reine Objektfinanzierung geht, tut man sich mit der Zurechnung zu einem einzelnen Geschädigten, der eine Leistung infolge eines vom Schädiger zu vertretenden Schadensfalls in Anspruch nimmt, schwer. Zum vergleichbaren Problem der Regressfähigkeit solcher Subventionen im schweizerischen Recht verweist *Landolt*<sup>116)</sup> auf das Gutachten *Dinger*, wonach Betriebskosten, nicht aber Bau- und Einrichtungsbeiträge überwälzbar sein sollen. *Landolt* berichtet, dass in der Schweiz bisher noch keine solchen Regressansprüche gestellt worden seien, stellt die Verneinung des Regresses aber zu Recht in Frage.<sup>117)</sup> ME mag eine Zurechnung schwierig sein; das Instrumentarium der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung vermag freilich aufzuzeigen, dass auch diesbezüglich keine unüberwindlichen Schwierigkeiten bestehen.

Für den Drittleistenden ist daraus freilich die Konsequenz zu ziehen, dass er seine Subventionen nach Möglichkeit so gestalten soll, dass eine Zurechnung zum jeweiligen Geschädigten möglich ist.<sup>118)</sup> *Landolt*<sup>119)</sup> berichtet davon, dass in der Schweiz die Subventionen gekürzt und die Selbstbehalte der in Pflegeheimen untergebrachten Personen erhöht wurden, mit der Folge, dass dann bei diesen ein rechnerischer und damit überwälzbarer Schaden gegeben ist. Dass solche Selbstbehalte alle Heiminsassen und nicht nur die treffen, die sich in einem Pflegeheim infolge eines von einem Schädiger zu verantwortenden Verhaltens aufhalten, sei der Vollständigkeit halber erwähnt.

114) OGH 2 Ob 14/88: Erhöhte Familienbeihilfe bzw erhöhten Kinderzuschuss an die Eltern infolge eines bei einem Unfall erblindeten Kindes; 2 Ob 2/94: Erhöhte Familienbeihilfe für verletzte Jus-Studentin, die ihre linke Hand nicht benutzen konnte.

115) 2 Ob 163/08x ZVR 2009/157 (*Ch. Huber*). In der E 8 Ob 27/09t Zak 2009/578 hat dieses Argument bei Ablehnung der Anrechnung der erhöhten Familienbeihilfe an die Eltern für ein hirngeschädigtes Kind allerdings keine Rolle gespielt; ob die Beihilfe an die Eltern oder das Kind ausbezahlt wird, war ohne Bedeutung.

116) FS Brehm (2012) 219, 228 ff.

117) AA *Roder*, HAVE 2017, 231, 234: Koordination von Haftpflichtansprüchen und objektfinanzierten Leistungen nicht realisierbar.

118) *Landolt*, Kantonale Finanzhilfen mit Schadensausgleichsfunktion, HAVE 2017, 224: Gegenüberstellung von subjektorientierter Objektfinanzierung der Kantone und reiner Objektfinanzierung.

119) FS Brehm (2012) 219, 229.

#### 4. Vorteilszuwendung durch Steuernachlass

Der OGH<sup>120)</sup> betont, dass durch die Transferleistung der erhöhten Familienbeihilfe die typischerweise anfallenden Mehraufwendungen abgegolten werden sollen, die Berücksichtigung atypischer Aufwendungen aber in den durch § 34 EStG gezogenen Grenzen einer außergewöhnlichen Belastung möglich ist. Es könnte zu erwägen sein, ob nicht auch ein Regress des Fiskus in Betracht kommen könnte. Das ist mE nicht a priori abzulehnen, kommt aber in concreto deshalb nicht zum Tragen, weil im Schadensfall, in dem der Schädiger sämtliche Einbußen ausgleicht, keine Vermögenseinbuße und damit auch keine außergewöhnliche Belastung gegeben ist.

#### B. Für den Gesetzgeber

Das Zusammenwirken von Gesetzgebung und höchstrichterlicher Rsp verläuft häufig so, dass die Rsp in einzelnen Entscheidungen im Weg der Rechtsfortbildung voranschreitet, diesbezüglich aber an Grenzen stößt. Ein aufmerksamer Gesetzgeber nimmt das wahr, ergänzt die von der Rsp entwickelten Judize und fügt sie zu einem neuen System zusammen.<sup>121)</sup> Ausnahmsweise kommt es aber auch vor, dass der Gesetzgeber ein Judiz des Höchstgerichts nicht teilt und eine gegenteilige Regelung trifft.<sup>122)</sup>

Bei der Frage der Einordnung einer Drittleistung in einem Schadensfall zwischen Anrechnung und Kumulation liest man häufig, dass im Zweifel eine Kumulation vorzunehmen sei;<sup>123)</sup> es erfolgt dann ein Verweis auf § 14 Abs 4 EKHG, der den gleichen Inhalt hat wie § 843 Abs 4 BGB. Im Hinblick auf Sozialleistungen wird das noch in der Weise akzentuiert, dass ein ständig wiederkehrender Rechtssatz auftaucht, der so lautet: „Bei Sozialleistungen ist davon auszugehen, dass diese im Hinblick auf die durch das schädigende Ereignis ausgelöste Situation gewährt werden, unabhängig vom Ausmaß des Schadenersatzanspruchs und zusätzlich zu diesem, nicht aber in der Absicht, den Schädiger zu entlasten.“<sup>124)</sup>

Bei Bedachtnahme darauf, dass es sich um ein 3-Personen-Verhältnis handelt, ist sowohl die bloß relativ bessere Lösung, nämlich Kumulation statt Anrechnung, als auch der Wille des Drittleistenden, eine Leistung zu erbringen, losgelöst vom Schadenersatzanspruch und zusätzlich zu diesem, durchaus in Frage zu stellen. ME trifft vielmehr zu, dass durch solche Drittleistungen dem primär Geschädigten eine erste – möglichst unbürokratische und rasche – Hilfe zuteilwerden soll; für eine Entschädigung über den realen Schaden hinaus im Sinn einer Kumulation von Schadenersatz und Drittleistung besteht bei Sozialleistungen freilich kein Anlass. Diese Denkweise gilt insbesondere, aber nicht nur in Zeiten knapper werdender öffentlicher Haushalte.

120) OGH 8 Ob 27/09t Zak 2009/578.

121) So erfolgte das in Deutschland beim AGBG, deren Inhalte sich nunmehr in den §§ 305 ff BGB finden.

122) So in Deutschland bei § 284 BGB: Korrektur der BGH-Entscheidung V ZR 235/77 BGHZ 71, 234 = NJW 1978, 1805; VIII ZR 349/85 BGHZ 99, 182 = NJW 1987, 831

123) OGH 8 Ob 83/86; 6 Ob 260/03h.

124) OGH 8 Ob 11/85; 8 Ob 83/86; 2 Ob 215, 216/79 SZ 53/58; 8 Ob 217/80 ZVR 1982/29; 2 Ob 2/94; 8 Ob 27/09t Zak 2009/578; 7 Ob 240/09h Zak 2010/240.

Es wäre deshalb sachgerecht, im Gesetz eine Zweifelsregel zu verankern. Die Problemstellung ist dabei zwar nicht ident, aber vergleichbar mit der ergänzenden Vertragsauslegung. Findet sich in einem Vertrag keine Regelung, obwohl ein Problem dort geregelt sein müsste, gibt es die ergänzende Vertragsauslegung, die danach fragt, was vernünftige, in etwa gleich starke Vertragsparteien geregelt hätten, wäre ihnen das Problem bewusst gewesen. Vor einer ähnlichen Aufgabe steht der Gesetzgeber, wenn bei einer Drittleistung – zufällig – keine Legalzession vorgesehen ist. Er hat sich dann die Frage zu stellen: Wollte der Drittleistende dem primär Geschädigten eine zusätzliche Wohltat bescheren, den Schädiger entlasten oder bloß zunächst in Vorlage treten, sich aber letztlich seine Aufwendungen vom Schädiger zurückholen? Im Zweifel wird Letzteres der Fall sein.

Nach dem Vorbild des § 915 ABGB könnte eine entsprechende Zweifelsregelung in das ABGB aufgenommen und der Regress in Form einer Legalzession festgeschrieben werden. Dabei sollte allzu große Kasuistik wie in § 332 Abs 1 S 2 ASVG vermieden werden. Das Entbehrlich-Werden des „Herumdokterns“ durch in solchen Fällen häufig überforderte Landesgesetzgebungen<sup>125)</sup> wäre eine weitere erfreuliche Konsequenz. Sollte der Gesetzgeber über besonders viel Elan verfügen, könnte er eine weitgehende Angleichung der Regressmodalitäten im oben beschriebenen Sinn ebenfalls in Angriff nehmen.

### C. Für die Rechtsprechung

Der Glaube des Höchstgerichts daran, dass ein (Landes-)Gesetzgeber ein Problem erkannt und dieser Erkenntnis gemäß umfassend geregelt hat, sollte weniger ausgeprägt sein.<sup>126)</sup> Das gilt auch und gerade, solange es eine solche hier vorgeschlagene gesetzlich kodifizierte Zweifelsregelung nicht gibt. Wünschenswert wäre eine Besinnung auf das im Schadenersatzrecht anerkannte Prinzip der Schadensverlagerung.

Ein Höchstgericht hat einen Einzelfall – unter Zeitdruck – zu entscheiden; die Wissenschaft vermag sich hingegen unter Bezugnahme auf rechtsvergleichende Quellen um systemkonforme Lösungen zu bemühen. Wie rasch der Gesetzgeber Hilfestellungen schafft, bleibt abzuwarten; angesichts der in Österreich auf den St. Nimmerleinstag verschobenen Schadenersatzreform ist Skepsis angebracht. Bis dahin ist die Rsp aufgerufen, die sich ergebenden Lücken möglichst widerspruchsfrei und folgerichtig zu füllen. Dieser Beitrag bemüht sich dabei um ein wenig „Licht ins Dunkel“.

---

125) Vgl dazu auch OGH 2 Ob 255/02t SZ 2002/164 = JBl 2003, 532: Das Bundesland (Salzburg) kann die Geltendmachung der Legalzession im Verwaltungsrechtsweg nicht vorsehen unter Hinweis auf VfGH Slg 6.088/1969: Überantwortung der Festsetzung der Entschädigungssumme an Gemeinden und Entziehung der Kompetenz unabhängiger, fachlich qualifizierter Richter wegen des Mangels einer gleichwertigen Qualifikation der Gemeindebehörden unzulässig, es bleibt bei der Zuständigkeit der Zivilgerichte.

126) So bereits *Neumayr/Ch. Huber in Schwimann/Kodek, PraxisKomm ASVG* § 332 Rz 10: Der OGH dürfte die Sachkompetenz von Landesgesetzgebern überschätzen.

## VI. Schlusswort

Der Jubilar hat es (leider) nicht mehr in der Hand, als Senatspräsident zu erwägen, die hier vorgeschlagenen Lösungen bei künftigen Entscheidungen umzusetzen; aber bei Erläuterungen der maßgeblichen Normen<sup>127)</sup> wird er nicht nur die neuesten Entscheidungen dokumentieren, sondern diese auch bewerten, zustimmend<sup>128)</sup> oder auch kritisch.<sup>129)</sup>

---

127) So namentlich zu § 1325 in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar<sup>4</sup> (2014).

128) *Danzl*, Aktuelle (Fort-)Entwicklung beim Schmerzensgeld, ZVR 2016, 456 ff zu OGH 1 Ob 114/16w.

129) So zuletzt *Danzl*, PraxisKomm VI/*Harrer/Wagner* §§ 1293 ff ABGB, ZVR 2017, 223 f.