

Entscheidungen des österreichischen OGH zum Schadenersatz- und Privatversicherungsrecht

Christian Huber*

Nach dem Bericht in HAVE 2017, 193–208, folgt ein Jahr später ein Bericht über zentrale Entscheidungen des österreichischen OGH zum Schadenersatz- und Privatversicherungsrecht.

I. Schadenersatzrecht

1. **Mitverschulden bei Fehlreaktion infolge Einnahme von Medikamenten – OGH 20.6.2017, 2 Ob 117/16v, ZVR 2017/249, 486 (KLETECKA-PULKER/DOPPLER) = ÖJZ 2017/155, 1077 (ZOPPEL)**

Sachverhalt

Die beklagte Lenkerin beging am 8.4.2013 beim Ausparken einen Vorrangverstoss und streifte an das Kfz der 74-jährigen, seit 2003 an Morbus Parkinson erkrankten Klägerin. Die Klägerin verriss das Lenkrad und trat danach auf das Gaspedal anstelle des Bremspedals. Das führte zu einer Kollision mit einem Baum, was eine erhebliche Verletzung der Klägerin und einen Totalschaden von deren Kfz zur Folge hatte. Die Klägerin nahm seit dem 10.9.2012, also seit einem halben Jahr vor dem Unfall, Medikamente ein. Auf den Beipackzetteln fand sich ein Hinweis, dass die Einnahme der Medikamente zu Schwindel und Schlafstörungen führen könne; dann sollte auf das Autofahren verzichtet werden. In dieser Weise hatte sie auch die behandelnde Ärztin instruiert, zuletzt im Januar 2013. Die Klägerin war am Unfalltag der Meinung, uneingeschränkt fahrtauglich zu sein, aus pharmakologisch-toxikologischer Sicht war das – objektiv – jedoch nicht der Fall. Die Klägerin begehrte Ersatz unter Anrechnung von 75% des erlittenen Schadens. Die Beklagten gestanden Ersatz allenfalls von 50% zu. ErstG und BerG gaben dem Begehren zu 75% statt.

OGH: Stattgebung der Revision der Beklagten im Sinn einer Aufhebung zur Sachverhaltsergänzung

Die Adäquanz ist zu bejahen, weil es nicht ausserhalb jeder Lebenserfahrung liegt, dass nach einer Schreckreaktion der Lenker die Kontrolle über sein Fahrzeug

verliert und eine Reihe von Fahrfehlern begeht. Auch eine Begrenzung der Zurechnung ist zu verneinen, weil der haftungsbegründende Vorgang auf einer Vorrangverletzung der beklagten Lenkerin beruht. Im Verreißen des Lenkrads liegt kein Mitverschulden, weil es sich insoweit um eine entschuldbare Schreckreaktion handelt. Anders verhält es sich mit dem Beschleunigen statt dem Bremsen des Fahrzeugs; wäre die Klägerin uneingeschränkt fahrtüchtig gewesen, würde das Mitverschulden ein Drittel betragen.

Nach § 58 Abs. 1 S. 1 StVO (Strassenverkehrsordnung) hat eine Person keine Befugnis zum Lenken eines Kfz, wenn sie zur Einhaltung bestehender Rechtsvorschriften nicht in der Lage ist. Nach der *lex specialis* des § 5 Abs. 1 StVO besteht keine Fahrerlaubnis bei Einnahme von Alkohol oder Suchtmitteln. Auswirkungen hat das freilich nur bei einem Verstoss gegen die StVO, der dann schwerer zu gewichten ist. Dieser Grundsatz ist auf die Einnahme von Medikamenten nicht übertragbar, weil diese nicht aus Genuss eingenommen werden und deren allenfalls (auch) schädliche Wirkung nur nach entsprechender fachlicher Aufklärung erkennbar ist. Vorwerfbar ist daher nicht die Einnahme an sich, sondern nur die unverschuldete Kenntnis schädlicher Wirkungen.

Auch wenn keine verschuldete Unkenntnis gegeben ist, käme eine Heranziehung der Billigkeitshaftung Unmündiger nach § 1310 ABGB in Betracht; eine solche scheidet indes aus, wenn – wie hier – aufseiten von Geschädigtem als auch Schädiger eine Versicherungsdeckung besteht. Ist das Fahrzeug nicht mehr beherrschbar, liegt darin zwar eine aussergewöhnliche Betriebsgefahr, die im Rahmen der Abwägung nach § 11 EKHG zu berücksichtigen wäre; bei einer Vorrangverletzung ist diese freilich zu vernachlässigen. Es verbleibt der Verstoss gegen § 58 Abs. 1 StVO; bei dem hier gegebenen objektiven Nachweis der Fahruntüchtigkeit ist bei einem Schutzgesetz nach § 1311 ABGB eine Entlastung durch fehlendes Verschulden möglich. Gerade wenn die Klägerin – wie von dieser behauptet – die Beipackzettel nicht gelesen hat, wozu sie verpflichtet gewesen wäre, wenn auch nicht zu weitergehender Recherche im Internet, war eine Abklärung der Gefahren mit der Ärztin geboten. Zurückzuverweisen ist, weil bisher nicht abschliessend geprüft wurde, ob die Ärztin bei einer solchen Konsultation das Autofahren «verboten» hätte. Wenn die Ärztin der Klägerin Fahrtauglichkeit bescheinigt hätte, weil das ex ante für sie nicht erkennbar war, bleibt es bei der Kürzung von «bloss» einem Viertel.

Kommentar

Der Begründungsaufwand des OGH ist beträchtlich, um bei einem überschaubaren Schaden von 26 000 Euro eine Kürzung im Ausmass von einem

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

Viertel oder einem Drittel vorzunehmen. Es hätte freilich auch viel mehr passieren können. Derartige Sachverhalte werden aufgrund der Überalterung der Bevölkerung und des damit einhergehenden derartigen Medikamentenkonzums zunehmen. Die Entscheidung ist lehrreich, weil der OGH in einer überaus sorgfältigen Begründung alle in Betracht kommenden Komponenten in den Blick genommen hat. Auf der Basis der Abwägung von Verschulden und Mitverschulden erscheint die Kürzung um «bloss» 25% – wie von der Klägerin zugestanden – nachvollziehbar. Es gibt – wie dieser Sachverhalt zeigt – Konstellationen, bei denen sich ein Gefahrenpotenzial für die betreffende Lenkerin und womöglich auch für die Ärztin trotz aller Sorgfalt nicht erkennen lässt. Ob in einem solchen Fall bei Erkennbarkeit für die Ärztin diese womöglich haftbar wäre, war im konkreten Prozess nicht zu klären, ganz abgesehen davon, dass es nicht um Haftung, sondern die Kürzung eines Schadenersatzanspruchs wegen eines Mitverschuldens ging.

Trotz der so umfassenden Abwägung einer Vielzahl von Be- und Entlastungsmomenten bleibt vom Rechtsgefühl her ein letztes Unbehagen. Aufgrund einer Bagatelle, einer leichten seitlichen Kollision mit marginalem Blechschaden, dreht die Lenkerin durch – in des Wortes doppelter Bedeutung; und daraus entsteht ein unverhältnismässig hoher (Sach- und Personen-)Schaden. Ist dann dessen Kürzung nach dem Massstab des Mitverschuldens in der Tat der einzig passende Ansatz? Auf Ebene der Zurechnung wäre aber m.E. eine normative Korrektur durchaus erwägenswert. Die deutsche Rechtsprechung kennt eine solche Begrenzung jedenfalls beim Schmerzensgeld, wenn infolge einer Bagatellverletzung durch eine Fehlverarbeitung ein enormer Schaden entsteht (BGH NJW 1998, 813; weitere Nachweise bei NomosKomm³/CH. HUBER § 253 Rn. 49).

2. Keine Haftung für kriminelle Machenschaften der Mitarbeiter – OGH 28.9.2017, 8 Ob 63/17y, Zak 2018/24, 17

Sachverhalt

Der Kläger betraute Ende Mai 2014 als Klient eine Wirtschaftsprüfungs-KG mit der Vertretung in steuerlichen Angelegenheiten gegenüber den zuständigen Behörden. Es wurde von den Beklagten (KG und deren Komplementärin) keine bestimmte Mitarbeiterin benannt; eine hat in der Folge jedoch faktisch die Arbeiten erledigt. Diese wurde im Juni 2010 eingestellt. Deren Qualifikationen wurden bei der Einstellung geprüft; es ergaben sich keine Auffälligkeiten. Sie hatte eingeschränkte Befugnisse, unter anderem die Verwendung des Kanzleistempels, einen beschränkten Finanz-Online-Zugang, die Berechtigung, Abfragen zu tätigen und gewisse gefahrlose Anträge (Ratenansuchen, Fristverlängerungsanträge) einzubringen. Nicht erlaubt war

ihr, Finanzamtsrückzahlungsanträge einzubringen. Das Arbeitsverhältnis wurde am 9.9.2015 beendet. Anträge auf Rückzahlung von Steuerguthaben sollten nur nach schriftlicher Aufforderung des Klienten elektronisch erfolgen.

Die Mitarbeiterin setzte sich darüber hinweg. Sie hat sich einen Rückzahlungsantrag für Steuerguthaben im Internet beschafft, diesen in Papierform ausgedruckt, mit dem Firmenstempel versehen und als Rückzahlungskonto ihr Privatkonto angegeben; die bei drei solchen Anträgen insgesamt überwiesenen 17400 Euro verwendete sie zur Abdeckung von Spielschulden. Die Beklagten konnten die Überweisungen vom Finanzamt sehen, nicht aber, auf welches Konto die Überweisung vom Finanzamt erfolgte. Diese Vorfälle flogen auf, als sich der Kläger über eine – seiner Meinung nach – überhöhte Honorarrechnung beschwerte. Der Kläger schloss sich im Strafverfahren gegen die Mitarbeiterin, die strafgerichtlich verurteilt wurde, als Privatbeteiligter an und erhielt dort den geltend gemachten Betrag zugesprochen; die Mitarbeiterin hat ihn freilich nicht beglichen, weshalb der Kläger Ersatz von den Beklagten verlangt. Das ErstG hat das Begehren abgewiesen, das BerG hat diesem unter Abzug der Honorarforderung von 6500 Euro stattgegeben.

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

Eine Haftung für das Fehlverhalten von Erfüllungshelfern ist nicht gegeben, wenn diese ein Fehlverhalten bloss gelegentlich der Erfüllung setzen. Hingewiesen wird auf die aktuelle Judikatur, die betont, dass der Geschäftsherr nur für vorhersehbare Schäden einzustehen habe und eine uferlose Haftung vermieden werden müsse. Verwiesen wird auf die Kommentarliteratur, die ebenfalls diese Position einnehme (teilweise a.A. allerdings REISCHAUER, in: Rummel³ § 1313a Rn. 3: keine Haftung für typische Gefahren eines Gehilfeneinsatzes erst in solchen Fällen, in denen der sachliche Zusammenhang mit der vom Schuldner angestrebten Interessenverfolgung zur Gänze gelöst ist). Die Mitarbeiterin hatte in concreto eine solche Befugnis nicht; eine Haftung kommt daher nicht in Betracht.

Kommentar

Mag man mit einer solchen Qualifikation auch zurückhaltend umgehen müssen, so ist das Ergebnis, die Abweisung des Begehrens, ungeheuerlich: Eine untreue Mitarbeiterin eines Wirtschaftstreuhänders ist in der Lage, aufgrund ihrer dienstlichen Stellung Beträge des Klienten von dessen Finanzamtskonto auf ihr Privatkonto überweisen zu lassen, um damit Spielschulden zu begleichen. Und der Wirtschaftstreuhänder kann seine Hände – wie einst Pontius Pilatus – in Unschuld waschen und darauf verweisen, dass er damit nichts zu

tun habe. Immerhin habe er bei der Einstellung auf gepasst (gehabt) und die Mitarbeiterin ausreichend überwacht. Wie tröstlich für den Klienten! Diesem Wirtschaftstreuhandunternehmen kommt zugute, dass Entscheidungen anonymisiert werden; ansonsten würde nicht nur der betroffene Klient die Geschäftsbeziehung beenden.

Der OGH lehnt die Haftung ab, weil diese nur für vorhersehbare Gefahren bestehen solle und nicht uferlos werden dürfe; und im Übrigen sei der Vorfall bloss gelegentlich und nicht bei Erfüllung einer dem Gehilfen übertragenen Aufgabe passiert. Dafür beruft er sich auch noch auf die Kommentarliteratur und findet eine abweichende Meinung allein bei REISCHAUER. Hätte er bei mir nachgelesen (CH. HUBER, in: Schwimann/Neumayr, TaKomm⁴ § 1313a Rn. 14) hätte sich ergeben, dass die Position von REISCHAUER keine Einzelmeinung ist. Worauf kann es nämlich allein ankommen: Wird durch die Betrauung eines Gehilfen mit vertraglichen Erfüllungshandlungen die Gefahr erhöht, dass dieser ein Fehlverhalten setzt, dem der schlussendlich Geschädigte ansonsten nicht ausgesetzt gewesen wäre, muss der Geschäftsherr einstehen.

Das ist in concreto sehr wohl zu bejahen: Die Mitarbeiterin hatte Zugang zum Finanzamtskonto des Klienten sowie zur Firmenstampiglie des Wirtschaftstreuhandunternehmens. Ein x-beliebiger Dritter hätte das nicht gehabt. Ob die Zahlung des Finanzamts an die Mitarbeiterin mit schuldbefreiender Wirkung erfolgte, ist m.E. zudem fragwürdig, hätten doch alle Alarmglocken beim Beamten des Finanzamtes läuten müssen, wenn Überweisungen eines Klientenguthabens jeweils auf das Privatkonto einer Mitarbeiterin des Wirtschaftstreuhanders erfolgen. Sich mit dem Finanzamt anzulegen, ist aber nirgendwo ratsam, besteht doch die Gefahr, dass bei einer anschliessenden Betriebsprüfung die Daumenschrauben an anderer Stelle angezogen werden. Der Klient hätte einen Pyrrhus-Sieg errungen.

Aber auch die Verneinung eines Überwachungsverschuldens vermag nicht zu überzeugen: Wenn Überweisungen vom Finanzamtskonto auf das Konto des Klienten nur von der Komplementärin des Wirtschaftstreuhandunternehmens nach ausdrücklicher schriftlicher Weisung des Klienten erfolgen dürfen, kann sich m.E. der Wirtschaftstreuhandhändler nicht damit entlasten, dass er nicht sehen konnte, auf welches Konto die Überweisungen vom Finanzamtskonto erfolgt sind. Dass eine solche erfolgt ist ohne schriftliche Weisung und ohne Veranlassung des Komplementärs des Wirtschaftstreuhanders, hätte diesen wohl zu einer Nachfrage veranlassen müssen. Einzuräumen ist, dass dieses Argument nicht bei der ersten Überweisung weiterhilft, wohl aber für die beiden Folgeüberweisungen.

Geradezu als Chuzpe ist es anzusehen, dass dem Begehren auf Zahlung des Honorars in vollem Umfang stattgegeben wurde. Mit einem Schuss Ironie sei die Frage erlaubt, ob es bei einer von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägten Rechtsbeziehung zwischen Klient und Wirtschaftstreuhandhändler nicht als positive Vertragsverletzung anzusehen ist, wenn Gelder des Klienten zu dessen Lasten auf ein Privatkonto der Mitarbeiterin transferiert werden, damit diese ihre Spielschulden begleichen kann. Diese Entscheidung ist kein Ruhmesblatt der OGH-Judikatur, sondern vielmehr ein abschreckendes Beispiel, wie man gerade nicht entscheiden sollte.

3. Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Halter bei Betrieb – OGH 29.11.2017, 8 Ob A 55/17x

Sachverhalt

Es ereignete sich ein Unfall bei Verschubtätigkeiten einer Strassenbahn. Der Triebwagen wurde von einem Kollegen in der Verschubhalle zu stark angeschoben. Das händische Abbremsen war gescheitert. Der Kläger ist auf den Triebwagen aufgesprungen. Er hat versucht, mit dem elektronischen und manuellen Betriebssystem zu bremsen, was nicht gelang, weil diese Systeme defekt waren. Der Kläger ist daraufhin abgesprungen, nachdem der Triebwagen die Verschubhalle verlassen hatte. Beim Abspringen wurde er vom rollenden Triebwagen erfasst, gegen eine Verschubbühne gedrängt und verletzt. Er erhob einen Anspruch gegen den Halter der Strassenbahn nach dem EKHG (Eisenbahn-Kraftfahrzeug-Haftpflicht-Gesetz). Die Vorinstanzen haben das Begehren abgewiesen.

OGH: Stattgebung der Revision des Klägers und damit des Begehrens

Es besteht ein Haftungsausschluss nach § 3 Z. 3 EKHG für Personen, die beim Betrieb tätig sind. Der Ausschluss der Haftung nach dem EKHG ist eine Ausnahme vom Grundsatz der Gefährdungshaftung. Die beim Betrieb tätigen Personen haben die Folgen ihrer Tätigkeit selbst zu tragen, mag das sorgfältig oder sorgfaltswidrig sein. Wenn der Geschädigte während der schadenskausalen Beförderung seine eigene berufliche Tätigkeit ausübt, ist eine Tätigkeit «bei Betrieb» gegeben. Anders wäre das, wenn eine Person ohne Arbeitsverrichtung als Gast befördert wird. Massgeblich ist ein enger faktischer Zusammenhang der schadenskausalen Tätigkeit mit der Beförderung.

Im konkreten Fall war der Arbeiter auch mit der Durchführung von Verschubtätigkeiten defekter Strassenbahnen betraut. Das Aufspringen ist noch als Tätigkeit beim Betrieb anzusehen. Ein Haftungsausschluss ist daher nach § 3 Z. 3 EKHG grundsätzlich zu bejahen. Ob § 9 EKHG gegeben ist, darauf kommt es daher nicht

an. Verwiesen wird auf die gegenteilige Entscheidung 2 Ob 109/04z, die in Fällen des § 9 EKHG eine teleologische Reduzierung des § 3 Z. 3 EKHG vornimmt. Ein allfälliges Mitverschulden des beim Betrieb Tätigen ist nach § 7 EKHG in Verbindung mit § 1304 ABGB zu berücksichtigen. Die risikoerhöhenden Umstände des § 9 EKHG sind jedenfalls vom Halter bzw. Betriebsunternehmer zu tragen, ohne dass ihm ein Entlastungsbeweis offensteht. Durch § 3 Z. 3 EKHG ist nur die normale Gefährdungshaftung des EKHG (normale Betriebsgefahr) ausgeschlossen, nicht aber Schäden aus einer aussergewöhnlichen Betriebsgefahr, jedenfalls nicht bei Fehler der Beschaffenheit oder Versagen der Vorrichtungen. Im konkreten Fall wurde die Behauptung aufgestellt, dass das Bremsgeschehen defekt war. Dem ist nachzugehen. Deshalb war zurückzuverweisen.

Kommentar

Hintergrund des Haftungsausschlusses nach § 3 Z. 3 EKHG (kein Anspruch nach der Gefährdungshaftung für Personen, die beim Betrieb tätig sind) ist folgender Gedanke: Wer beim Betrieb tätig ist, kann die Gefahr in abstracto beherrschen. Aber eine aussergewöhnliche Betriebsgefahr ist ein Risiko, das niemand beherrschen kann, weshalb es dem Halter unter allen Umständen zugewiesen wird (Näheres dazu bei SCHAUER, in: Schwimann/Kodek, PraxisKomm⁴ § 3 EKHG Rn. 14). Das ist stimmig.

Hinzuweisen ist auch auf die Wechselwirkung mit § 333 ASVG (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz). Beim Betrieb tätig ist typischerweise ein Arbeitnehmer. Bei diesem ist ein Haftungsausschluss nach § 3 Z. 3 EKHG auch deshalb hinzunehmen, weil dieser ohnehin den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung hat, somit einen Anspruch unabhängig vom Verschulden, und es beim Arbeitsverhältnis grundsätzlich zu einer Ersetzung von Schadenersatzansprüchen durch solche gegen die gesetzliche Unfallversicherung kommt. Nach der Novellierung des § 333 Abs. 3 ASVG ist das aber in einem neuen Licht zu sehen. Der Anspruch gegen den Arbeitgeber ist nicht unter allen Umständen ausgeschlossen. Der Arbeitnehmer hat nach § 333 Abs. 3 ASVG einen Anspruch gegen die Kfz-Haftpflichtversicherung, also vollen Schadenersatz unter Einschluss von Schmerzensgeld. Daher ist es bedeutsam, ob ein Schadenersatzanspruch nach § 3 Z. 3 EKHG gegeben ist oder nicht.

4. Arbeitsunfall bei Rehabilitation im Kurzentrum – OGH 24.10.2017, 2 Ob 45/17g, Zak 2018/25, 18

Sachverhalt

Aufgrund eines bewilligten Kuraufenthalts im Rahmen der Gesundheitsvorsorge nach § 307d ASVG begab

sich der Kläger in das vom 1. beklagten Sozialversicherungsträger benannte 2. beklagte Kurheim. Der Kläger litt seit Jahren an Diabetes mellitus und hatte eine Empfindungsstörung in den Füßen. Er konnte Temperaturen nicht wahrnehmen; ihm waren bereits mehrere Zehen amputiert worden. Er stieg auf Anweisung der Therapeutin in ein verordnetes Kohlensäurewannenbad. Dieses hatte eine Badewassertemperatur von 34 Grad und eine Wannenbodentemperatur von 62 Grad, die der Kläger allerdings nicht wahrnahm. Im Bereich der rechten Zehe erlitt er schwere Verbrennung vom Grad III. Der Kläger begehrt unter anderem 25 000 Euro Schmerzensgeld. Der Kläger stützt seinen Anspruch darauf, dass der Rahmenvertrag zwischen dem 1. beklagten Sozialversicherungsträger und dem 2. beklagten Kurheim Schutzwirkungen zugunsten von ihm entfalte, sodass eine Haftung des Sozialversicherungsträgers dem Grunde nach zu bejahen sei. Das 2. beklagte Kurheim hafte für das Fehlverhalten der Therapeutin. Beide Vorinstanzen haben das Begehren abgewiesen.

OGH: Abweisung der Revision des Klägers und damit des Begehrens

Selbst wenn man dem Rahmenvertrag zwischen dem Sozialversicherungsträger und dem Kurheim Schutzwirkungen zugunsten des Gastes beimessen würde, ergäbe sich daraus allenfalls ein Ersatzanspruch gegen den, der die sorgfaltswidrige Leistung erbracht hat, also das Kurheim. Der Kläger war durch die Einweisung in das Kurheim in der gesetzlichen Unfallversicherung teilversichert nach § 8 Abs. 1 Z. 3 lit. c ASVG. Es erfolgte vom Gesetzgeber eine Erstreckung von beruflichen Rehabilitationsleistungen auf solche der medizinischen Rehabilitation sowie der Gesundheitsvorsorge, weil die Übergänge fließend sind.

Gemäss § 335 Abs. 5 ASVG steht bei einer Teilversicherung nach § 8 Abs. 1 Z. 3 lit. c ASVG der Träger der Einrichtung, in der Rehabilitation oder Gesundheitsvorsorge betrieben wird, hier das Kurheim, einem Dienstgeber gleich. Der Träger der Einrichtung ist gemäss § 74 Abs. 3 Z. 2 ASVG beitragspflichtig; bei einem Arbeitsunfall hat er dann aber die Möglichkeit, sich auf das Dienstgeberhaftpflichtprivileg nach § 333 Abs. 1 ASVG zu berufen.

Die zentrale Frage ist, ob ein Arbeitsunfall gegeben ist. Ein Unfall ist ein plötzliches, zeitlich begrenztes Ereignis von aussen; der durch den Wannenboden verursachte Verbrennungsvorgang dauerte nur wenige Sekunden und ist daher ein plötzliches Ereignis. Ein Arbeitsunfall nach § 175 ASVG ist zu bejahen bei einem örtlichen, zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der versicherten Tätigkeit. Das Nehmen eines Wannenbades war eine unmittelbare Rehabilita-

tionsmassnahme; das Steigen in die Wanne war eine Ausübungshandlung des versicherten Klägers, die mit der geschützten Tätigkeit in einem zeitlichen, örtlichen und ursächlichen Zusammenhang stand. Geboten ist eine sinngemässe Anwendung der für den echten Arbeitsunfall geltenden Grundsätze:

Die Inanspruchnahme einer Therapiemassnahme ist mit einer Arbeitstätigkeit im Betrieb des Arbeitgebers gleichzusetzen, die Einrichtung einem Arbeitgeber; und die Anordnung der Therapeutin entspricht einer sachlichen Anweisung des Arbeitgebers. Da in Kuranstalten mitunter auch Leistungen der Krankenbehandlung angeboten werden, ist eine Abgrenzung von Gesundheitsvorsorge zur Krankenbehandlung geboten, bei der auch kein Unfallversicherungsschutz nach § 8 Abs. 3 lit. c ASVG gegeben ist, mit der Folge, dass auch keine Haftungsprivilegierung nach § 333 ASVG besteht, Schadenersatzansprüche somit gegeben sein können.

Kommentar

Die Abgrenzung mag nicht einfach sein, aber sie ist stimmig und folgerichtig: Gesetzliche Unfallversicherung und Dienstgeberhaftpflichtprivileg gehören zusammen. Der Arbeitgeber wird durch die alleinige Finanzierung der Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung von seiner Haftpflicht befreit. Der Arbeitnehmer kann gegen den Arbeitgeber keinen Schadenersatzanspruch geltend machen; es kommt zu einer Ablösung durch Ansprüche gegen die gesetzliche Unfallversicherung. Der verletzte Arbeitnehmer muss nicht mit seinem Arbeitgeber prozessieren, was dem Betriebsfrieden dient. Er hat einen Anspruch gegen eine – neutrale – Versicherung. Sein Anspruch ist verschuldensunabhängig; zudem muss er sich keine Kürzung wegen Mitverschuldens gefallen lassen. Allerdings erhält er auch nur eine Entschädigung nach Pauschalsätzen (Gliedertaxen), vor allem aber kein Schmerzensgeld, worum es in concreto in erster Linie ging. Sind die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch gegeben, wäre meist dieser vorzugswürdig. Sind hingegen nicht alle Haftungsvoraussetzungen beweisbar, ist es für den Anspruchsteller meist leichter, einen Arbeitsunfall nachzuweisen, um die Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung in Anspruch nehmen zu können.

Hier versuchte der Anspruchsteller krampfhaft, zwar wegen der strengeren Zurechnung des Gehilfenverhaltens nach § 1313a ABGB eine Sonderbeziehung zu behaupten, aber ein einem Arbeitsvertrag vergleichbares Verhältnis in Abrede zu stellen. Dieses Bemühen war nicht erfolgreich. Der OGH hat die Wechselbezüglichkeit von gesetzlicher Unfallversicherung und Dienstgeberhaftpflichtprivileg zutreffend hervorgehoben.

Die Regeln des Arbeitsvertrags auf Massnahmen der Rehabilitation zu erstrecken, ist folgerichtig. Da die Übergänge von beruflicher und medizinischer Rehabilitation fließend sind, wurden identische Rechtsfolgen angeordnet. Dass man dann auch noch die Gesundheitsvorsorge mit dazu genommen hat, ist eine zu respektierende gesetzgeberische Entscheidung.

Soweit sich ein Unfall daher bei Therapiemassnahmen ereignet, gibt es einen verschuldensunabhängigen Anspruch gegen die gesetzliche Unfallversicherung, aber kein Schmerzensgeld, ausserhalb von Therapiemassnahmen ist es gerade anders herum. Wenn sich somit der Gast des Kurheims beim Nordic Walken als angeordneter Massnahme am Vormittag wegen eines Mangels des Weges im Kurheim verletzt, hat er einen Anspruch gegen die gesetzliche Unfallversicherung, wenn das nach Feierabend in der Freizeit passiert, ist ein Schadenersatzanspruch unter Einschluss des Schmerzgeldes gegen das Kurheim gegeben. Ein Anspruch gegen den Sozialversicherungsträger wird kaum jemals gegeben sein, weil dieser nicht die Leistung selbst schuldet, sondern nur die Bereitstellung der Einrichtung (siehe sogleich Entscheidung 5); in Betracht käme allenfalls ein Auswahl- oder Überwachungsver schulden, was aber kaum jemals gegeben bzw. nachweisbar sein wird.

5. Keine Haftung der Gebietskrankenkasse für einen Fahrdienst – OGH 21.12.207, 6 Ob 223/17p

Sachverhalt

Die Klägerin unterzog sich am 12.10.2005 einer Halux-Operation an der Grosszehe. Für den 27.10.2015 war mit der G-Krankenbeförderungs-GmbH (Fahrdienst) die Bereitstellung eines Fahrzeugs vereinbart, da sie an diesem Tag einen Kontrolltermin im Spital wahrnehmen wollte. Die Klägerin war gehbehindert, was auch für den Fahrer des Fahrdienstes erkennbar war. Der Fahrer stieg an der Seite des Fahrersitzes ein, ohne die Klägerin von der Haustüre zum Beifahrersitz zu begleiten. Die Klägerin stürzte beim Einsteigen und zog sich eine Verletzung an der Hand zu. Sie begehrte 5400 Euro Schmerzensgeld und berief sich auf das Informationsblatt der beklagten Partei, auf dem steht: «Der Fahrdienst hilft beim Abholen von der Wohnung und der Rückbeförderung (z.B. Begleitung in die Wohnung).» Diese Serviceleistung wurde somit von der Beklagten zugesagt; diese müsse daher für die unzureichende Unterstützung des Fahrdienstes als ihres Erfüllungsgehilfen nach § 1313a ABGB eintreten. Das ErstG gab statt, das BerG wies ab.

OGH: Abweisung der Revision der Klägerin und damit des Begehrens

Die zentrale Frage lautet: Was ist Schuldinhalt? Wenn die Beklagte den Transport schuldet, dann ist eine

Zurechnung des Fehlverhaltens des Gehilfen nach § 1313a ABGB zu bejahen. Wenn die Pflicht lediglich in der Auswahl einer Person und der Übernahme der Kosten besteht, hat sie bloss ein Auswahlverschulden zu vertreten. Die Krankenkasse haftet für das Fehlverhalten eines in ihrem Ambulatorium angestellten Arztes; ansonsten besteht keine Haftung für Vertragsärzte nach § 1313a ABGB. Denn die Krankenkasse schuldet nicht selbst die ärztliche Hilfe, sie hat nur dafür zu sorgen, dass sie von Dritten dem Versicherten geleistet wird. Dann ist aber für die Anwendung des § 1313a ABGB kein Raum. Diese Rechtsprechung wird von der Lehre gebilligt. Es besteht kein Anhaltspunkt, warum für den Fahrdienst anders gehaftet werden soll als für Ärzte; auch insoweit ist eine Sachleistung gegeben. Die Krankenkasse übernimmt die Kosten für den Fahrdienst, schuldet die Leistung aber nicht selbst. Daran ändert auch das Informationsblatt nichts, weil damit auf den Vertrag zwischen Krankenkasse und Fahrdienst abgestellt wird. Darin werden aber bloss die Pflichten des Fahrdienstes gegenüber den zu Befördernden umschrieben. Die Abrechnungsmodalitäten zwischen dem Leistungserbringer und der Krankenkasse sind für die Haftung ohne Bedeutung (dazu auch Fall 6).

Kommentar

Das Ergebnis überzeugt. Es geht um die zentrale Frage: Was ist Schuldinhalt, die Erbringung der Transportleistung – dann Zurechnung des Fehlverhaltens des Leistungserbringers als Erfüllungsgehilfen nach § 1313a ABGB – oder bloss die Kostentragung und allenfalls noch die Namhaftmachung eines geeigneten Anbieters – dann bloss Haftung für Auswahlverschulden. Die Bedeutung des Merkblatts liegt darin, dass darin die Pflicht des Fahrdienstes gegenüber der Krankenkasse wiedergegeben wird, solche Verträge anzubieten. Das wird im Zweifel auch der Inhalt des Vertrags zwischen der Patientin und dem Fahrdienst sein. Dann hat die verletzte Patientin aber einen vertraglichen Anspruch gegen diesen. Die GmbH muss sich dabei ein allfälliges Fehlverhalten des Fahrers nach § 1313a ABGB zurechnen lassen. Der Anspruch ist somit unter Umständen durchaus berechtigt; die verletzte Patientin hat aber den Falschen verklagt.

6. **Erfüllungsgehilfenhaftung der Gynäkologin für Fehler des Pathologen bei der Beurteilung von Krebsabstrichen – OGH 29.3.2017, 1 Ob 161/16g, Zak 2017/278, 156 = ÖJZ 2017/146 (BURTSCHER); dazu CH. HUBER, RdM 2017, 164 Nr. 101; BREZINKA, RdM 2017/180, 299; KESSLER, Zak 2017, 244 Nr. 422; SCHIMA, Zak 2017, 307 Nr. 520**

Sachverhalt

Die Klägerin liess von 2005 bis 2011 bei der beklagten Gynäkologin Krebsabstriche vornehmen. Sie berichtete von Kontaktblutungen, wobei solche beim Sexualverkehr gemeint waren. Bei der Übermittlung der Abstriche an den Pathologen erwähnte die Beklagte das nicht. Der Patientin war die Weiterleitung an den Pathologen nicht bekannt. Der Pathologe wies nicht darauf hin, dass die Abstriche nur beschränkt brauchbar waren; zudem befundete er sie als unauffällig, was unzutreffend war. Im Juni 2011 wurde ein weit fortgeschrittener Krebs festgestellt, was bei der Klägerin zu operativen Eingriffen im Oktober und Dezember 2011 führte. Wenn Krebsvorstufen früher erkannt worden wären, hätte das Karzinom mit grosser Wahrscheinlichkeit verhindert werden können. Viele Eingriffe sowie die Radiochemotherapie wären entbehrlich gewesen. Es wäre darüber hinaus nicht zu den psychischen Belastungen gekommen. Die Klägerin begehrte 35 000 Euro Schmerzensgeld. Die Vorinstanzen wiesen das Begehren ab.

OGH: Stattgebung der Revision der Klägerin und damit des Begehrens

Der Ausgangspunkt ist: Ein Vertrag mit welchem Inhalt ist zustande gekommen? Die Auslegung erfolgt nach der Vertrauenslehre: Wie durfte die Patientin die Willenserklärung der Ärztin verstehen? Eine durchschnittliche Patientin darf annehmen, dass ein Arzt sie untersucht und Einzelschritte selbst vornimmt. Jedenfalls wenn sie keine anderen Informationen erhält, darf sie davon ausgehen, dass ein Gesamtpaket erbracht wird. Wenn ein Gynäkologe einen Dritten heranzieht, dann geschieht das unter seiner Verantwortung. Eine Patientin weiss zwar, dass die Medizin verschiedene Fachgebiete hat und nicht jeder Facharzt auf jedem Fachgebiet kompetent ist – so auch die Regelung der Berufsgrenzen in § 31 Abs. 3 ÄrzteG; für den Patienten ist die Grenzziehung im Detail aber nicht erkennbar. So umfasst etwa die gynäkologische Fachausbildung auch eine Ausbildung in Zytologie. Selbst wenn der Facharzt berufsrechtlich an Grenzen gebunden ist, würde das nicht einen zivilrechtlich wirksamen Vertrag zur Erbringung fachfremder Leistungen verhindern. Hinzuweisen wird auf die Rechtsprechung zum Belegarzt, der für andere herangezogene Ärzte einzustehen hat. Die Patientin hat keinen Grund, nachzufragen.

Zu prüfen ist noch ein Vertragsschluss der Gynäkologin für die Patientin mit einem Pathologen. Diesbezüglich ist aber keine konkludente Bevollmächtigung anzunehmen. Der Arzt hatte es in der Hand, für klare Verhältnisse zu sorgen. Hier hat die Gynäkologin nicht einmal darauf hingewiesen, dass die Heranziehung eines Pathologen geboten sei; sie hat nicht einmal den Namen des betrauten Pathologen genannt. Im Ergebnis bleibt es daher bei der Einstandspflicht der Gynäkologin für das Fehlverhalten des Pathologen. Der Vorzug für die Patientin liegt darin, dass es keiner Abklärung bedarf, wer welchen Fehler gemacht hat und wofür dieser kausal war, insbesondere die unzureichenden Abstriche durch die Gynäkologin oder die fehlerhafte Begutachtung durch den Pathologen. Das ist erst für den Regress bedeutsam. Es erfolgt damit ein ausdrückliches Abgehen von der gegenteiligen Entscheidung 7 Ob 136/06k.

Kommentar

Diese Entscheidung ist in der Literatur durchaus kontrovers besprochen worden. Der Ärzteschaft nahestehende Autoren haben sie kritisiert; auf dem Boden der Zivilrechtsdogmatik und des Verbraucherschutzes ist sie zu begrüßen. Löblich ist zudem, dass dieser Senat eine Abkehr von der gegenteiligen Vorentscheidung 7 Ob 136/06k offengelegt hat. Zutreffend ist, dass der Arzt es in der Hand hat, für Klarheit in den Rechtsverhältnissen zu sorgen, während der Patient über die Berufsgrenzen im Detail nicht Bescheid weiss.

Im Ausgangspunkt gibt es zwei Modelle, den Generalunternehmervertrag bzw. totalen Krankenhausaufnahmevertrag bzw. das Belegspitalmodell einerseits und das Verweisungsmodell andererseits. Bei dem namentlich im Baurecht vorkommenden Generalunternehmervertrag schliesst der Bauherr einen Vertrag mit dem Generalunternehmer. Dieser hat für das Fehlverhalten der Subunternehmer geradzustehen. Der Vorteil für den Bauherrn liegt darin, dass er einen Ansprechpartner hat. So ist es auch beim totalen Krankenhausaufnahmevertrag; dass der einzelne Arzt daneben deliktisch haftet, kommt hinzu. Dieses Modell wurde hier angewendet. Beim Verweisungsmodell haftet der Vertragspartner hingegen nur für seinen Kernbereich. Für zusätzliche Leistungen muss sich der Leistungsempfänger an jeweilige Dritte wenden. Dabei ist mitunter an einer Schnittstelle die Feststellung schwierig, wer welchen Fehler begangen hat.

Es geht in der Entscheidung um die Anwendung von Grundkenntnissen der Rechtsgeschäftslehre. Die Vertragsauslegung nach der Vertrauenstheorie führt zur zutreffenden Einschätzung, dass die Patientin annehmen darf, dass im Zweifel ein Gesamtpaket erbracht wird. Für sie sind die Grenzen der Berufsbefugnis nicht

erkennbar. Mitunter wird darauf hingewiesen, dass ein Facharzt schon nach § 31 Abs. 3 ÄrzteG begrenzte Kompetenz habe. Dieser Hinweis erinnert freilich an HANS CHRISTIAN MORGENSTERN, dass nicht sein kann, was nicht sein darf. Zudem sei der ironische Hinweis gestattet, dass in Österreich immerhin der Anwalt alles kann. Anders als in Deutschland und der Schweiz gibt es in Österreich bisher nämlich keine Fachanwälte, jeder Anwalt ist für jedes Rechtsgebiet kompetent.

Der OGH prüft die konkludente Einräumung einer Vertretungsmacht durch die Patientin an die Gynäkologin zum Abschluss eines Vertrags im fremden Namen mit dem Pathologen. Ein solcher vertraglicher Anspruch der Patientin gegen den Pathologen wäre bedeutsam, wenn kein (Direkt-)Anspruch gegen die Gynäkologin gegeben wäre, weil ein vertraglicher Anspruch wegen der strengeren Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB und der Beweislastumkehr für das Verschulden nach § 1298 ABGB gegenüber einem deliktischen Anspruch vorzuzugswürdig ist. Zu beachten ist freilich der strenge Konkludenzmassstab des § 863 ABGB. Es ist aber nicht anzunehmen, dass die Patientin eine Vollmacht zum Abschluss eines Vertrags mit einem x-beliebigen Dritten, den sie gar nicht kennt, erteilen wollte; man unterzeichnet ja auch keine Blankoschecks.

Schlampige Verhältnisse herrschen in solchen Fällen nur deshalb, weil die allermeisten Patienten krankenversichert sind und eine Direktverrechnung mit der Krankenkasse erfolgt. Wenn eine Person nicht kranken- bzw. wenn sie privatversichert wäre, wäre schon für den Entgeltanspruch bedeutsam, wer der Vertragspartner ist. Im Haftungsrecht kommt es aber immer darauf an. Es gibt freilich eine einfache Abhilfe für die Gynäkologin. Sie muss bloss offenlegen, dass an sich eine Überweisung an einen (bestimmten) Dritten erforderlich, sie aber zur Weiterleitung der Probe bereit sei, um der Patientin den Weg zu ersparen. Der Arzt schliesst solche Verträge tagtäglich; nicht nur im klinischen, auch im privatrechtlichen Bereich ist eben Hygiene geboten.

Letztlich geht es nur, aber immerhin um die Frage: Haftet die Gynäkologin auch oder gar nicht. Schlussendlich steht der Gynäkologin ein Regressanspruch zu 100% gegen den Pathologen zu, wenn die Gynäkologin keinen kausalen Sorgfaltsverstoss begangen hat. Ob das eine Ausreisserentscheidung oder eine Judikaturwende war, lässt sich noch nicht abschätzen. Für den Patienten besteht auch künftig das Dilemma, ob der Vertragspartner oder der Dritte zu verklagen ist. Das hat Kostenfolgen; und wenn man den Falschen verklagt, trägt man das Risiko, dass der Anspruch gegen den Richtigen womöglich verjährt ist.

7. **Anspruch auf Unterhaltersatz eines erst nach der Verletzung gezeugten Kindes gegen verstorbene Mutter – OGH 4.5.2017, 5 Ob 41/17s, Zak 2017/580, 339 = JBI 2017,798; dazu REISCHAUER, JBI 2018, 204**

Sachverhalt

Die Patientin war beim Gynäkologen von 2003 bis 2010 in Behandlung. Durch Verwendung einer veralteten Methode wurde ein Gebärmutterkrebs bei der Patientin nicht rechtzeitig erkannt. Am 10.3.2010 wurde ein grosser Tumor entdeckt. Der Patientin wurde geraten, sich in stationäre Behandlung zu begeben. Deren Hochzeit stand bevor, weshalb sie sich für diese und die anschliessende Hochzeitsreise entschied. Auch über den ärztlichen Rat, auf Geschlechtsverkehr wegen Blutungsgefahr zu verzichten, setzte sie sich hinweg. Am 20.5.2010 fand die Hochzeit statt, am 20.6.2010 erkannte die Patientin, dass sie schwanger war. Ärztlich wurde die Schwangerschaft im August festgestellt. Man riet ihr zu einer sofortigen Abtreibung, um mit der Krebstherapie beginnen zu können; sie entschied sich aber für das Leben des Kindes. Am 17.12.2010 hat sie mittels *sectio* einen gesunden Sohn zur Welt gebracht. Wenig später ist sie verstorben. Am 10.3.2010 hatte sie eine 5-Jahres-Überlebensrate von 63%, eine 10-Jahres-Überlebensrate von 47%. Der Witwer (1. Kläger) begehrte im Rahmen des Unterhaltersatzes die Betreuungskosten für ein Kind der verstorbenen Ehefrau aus einer früheren Beziehung (2. Kläger) sowie die für das gemeinsame Kind (3. Kläger). Das ErstG sprach teilweise zu, das BerG in vollem Umfang.

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

Das Verhalten der Patientin ist noch im Rahmen der Adäquanz. Verwiesen wird auf die VorE 4 Ob 2129/96h. Wenn eine junge Frau vor der Hochzeit steht, dann ist es nicht ausserhalb jeglicher Lebenserfahrung, dass sie sich für Hochzeit und Hochzeitsreise und gegen einen sofortigen stationären Aufenthalt mit radikaler schulmedizinischer Behandlung entscheidet. Vom Geschlechtsverkehr wurde wegen möglicher Blutungen abgeraten, nicht wegen des Tumors. Nicht der Geschlechtsverkehr verminderte die Überlebenschancen, sondern die spätere Entscheidung gegen die Abtreibung.

Die zentrale Frage ist die Aktivlegitimation des Witwers und des neu geborenen Kindes: Kommt es für dessen Begründung auf den Verletzungs- oder den Tötungszeitpunkt an? Der OGH stellt – entgegen der überwiegenden Literaturmeinung – auf den Verletzungszeitpunkt ab, weil der Wortlaut des § 12 Abs. 2 EKHG (Eisenbahn-Kraftfahrzeug-Haftpflicht-Gesetz) eindeutig sei. Das ältere ABGB ist im Licht der jün-

geren Norm auszulegen. REISCHAUER (im Rummel³ § 1327 Rn. 18) führt dagegen ins Treffen, dass es durchaus stimmig sei, wenn der Anspruch aus der Verschuldenshaftung weiter reiche als der nach der Gefährdungshaftung. Der OGH führt dagegen ins Treffen, dass der Anspruch nach § 1327 ABGB ohnehin eine Ausnahme vom Grundsatz darstelle, dass nur der unmittelbar Geschädigte ersatzberechtigt sei. Das Argument der Lehre, dass ein verantwortungsbewusster Mensch bei einer schweren Verletzung, die möglicherweise zum Tod führen kann, nicht mehr heiraten oder Kinder zeugen könne, weil keine Ersatzpflicht des Schädigers gegeben sei, trägt hier nicht, weil eine bewusste Entscheidung für eine Schwangerschaft erfolgte. Der Unterhaltersatz für den Witwer und das neu geborene Kind wurden abgewiesen, weil diese zum Zeitpunkt der Verletzung noch nicht gesetzliche Unterhaltsgläubiger waren. Der Witwer war auch nicht für den Sohn aus einer früheren Verbindung unterhaltspflichtig, weshalb er insoweit nicht aktivlegitimiert war. Der Schockschaden an den Sohn aus einer früheren Verbindung wurde bestätigt.

Kommentar

Die Entscheidung macht deutlich, dass die fehlende Adäquanz im österreichischen Recht kaum jemals zur Verneinung der Haftung führt. In concreto ist das auch zutreffend. Bei einer bevorstehenden Hochzeit sagt man eine solche auch nicht wegen eines indizierten Krankenhausaufenthalts ab. Und die Hochzeitsreise ist namentlich bei jungen Menschen nicht die Phase, in der man auf Geschlechtsverkehr verzichtet. Das pragmatische Argument des OGH hat etwas für sich. Die in der Gefährdungshaftung übernommene eindeutige Regelung von § 844 BGB soll im Zweifel auch für die aus 1811 stammende Kodifikation gelten. Wertungsgesichtspunkte sind indes weniger stark. Niemand zeugt Kinder, um den Unterhalt im Fall seines Todes auf einen Schädiger zu überwälzen. Bei einer Eheschliessung und dem damit verbundenen Versorgungsgedanken mag das anders liegen. Der Ausnahmecharakter des § 1327 ABGB, dass insoweit bloss mittelbar Geschädigte ersatzberechtigt sind, ist weniger weitreichend, als es auf den ersten Blick erscheint. Der Unterhaltersatzanspruch ist nämlich lediglich ein Ausschnitt des im Fall des Überlebens ersatzfähigen Erwerbsschadens.

Anerkannt ist in der OGH-Judikatur, dass ein Unterhaltsgläubiger, typischerweise ein Elternteil, ausnahmsweise auch die Ersatzansprüche der minderjährigen Kinder, denen gegenüber er unterhaltspflichtig ist, geltend machen kann; und zwar sowohl im Verletzungswie auch Todesfall. Allein, im konkreten Fall war der Witwer gegenüber dem Kind aus einer früheren Verbindung nicht gesetzlich unterhaltspflichtig. Die Abweisung war daher folgerichtig. Geschickter wäre es

gewesen, wenn dieses Kind, das mit dem Witwer und seinem Stiefbruder auch künftig in Wohngemeinschaft leben wird, selbst den Unterhaltersatzanspruch geltend gemacht hätte. Bis zum Erlöschen seines Unterhaltsanspruchs wären dann die fixen Kosten zur Gänze ersatzfähig gewesen (2 Ob 149/09i, ZVR 2011/121 S 200 (CH. HUBER); 2 Ob 94/13g, ÖJZ 2014/138 S 965 (WINDISCH); dazu CH. HUBER, ZVR 2015/70 S 150 ff; weitere Nachweise bei CH. HUBER, in: Schwimann/Neumayr, TaKomm⁴ § 1327 Rn. 42a), wovon auch der Witwer und das neu geborene Kind profitiert hätten. Denn beim Kochen oder Wäschewaschen macht es meist keinen ins Gewicht fallenden Unterschied, ob eine solche Dienstleistung für eine oder mehrere Personen erbracht wird.

8. Wahlrecht beim Pensionsschaden – OGH 28.11.2017, 2 Ob 184/17y

Sachverhalt

Bei einem Verkehrsunfall im Jahr 1994 stand die Haftung der beklagten Kfz-Haftpflichtversicherung dem Grunde nach ausser Streit. Die Verletzung des Klägers war so schwer, dass er eine Invaliditätspension bezog. In einem Urteil vom 29.5.2000 wurde zugesprochen: die Differenz zwischen Invaliditätspension und dem ohne Unfall erzielbaren Bruttoeinkommen unter Einschluss der Dienstnehmerbeiträge zur Sozialversicherung. Im August 2014 erreichte der Kläger das Regel-pensionsalter von 65 Jahren. Die Beklagte kündigte an, die Rentenzahlungen einzustellen. Daraufhin begehrte der Kläger die Arbeitgeberbeiträge für die letzten 3 Jahre in Höhe von 12 363 Euro, wobei im Vergleichswege eine Einigung auf 6200 Euro erfolgte. Im September 2014 stellte die Beklagte die Rente ein. Der Kläger verlangte daraufhin für den Zeitraum von September 2014 bis Dezember 2016 9000 Euro sowie ab Januar 2017 die Differenz zwischen Invaliditätspension und Pension ohne Verletzung in Höhe von monatlich 376 Euro. Er wies darauf hin, dass er die verglichenen Arbeitgeberbeiträge nicht für eine freiwillige Pensionsversicherung verwenden konnte, weil das bei Bezug einer Invaliditätspension sozialversicherungsrechtlich nicht möglich ist. Die Vorinstanzen gaben dem Begehren unter Anrechnung der erhaltenen Arbeitgeberbeiträge statt.

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

Der Geschädigte hat ein Wahlrecht zwischen den für die Pensionsvorsorge erforderlichen Beträgen und dem Ersatz des sonst entstehenden Pensionsschadens. Im Ausgangspunkt ist geschuldet der Ersatz des Nettoschadens zuzüglich der auf die Schadenersatzleistung entfallenden Steuern. Der Schaden nach Pensionseintritt liegt in der Differenz zwischen der Pension ohne

Verletzung und der tatsächlichen Pension. Alternativ kann der Geschädigte Beiträge für eine freiwillige Weiter- und/oder Höherversicherung verlangen. Vom Schädiger kann die Schaffung einer Ersatzlage verlangt werden. Ohne Verletzung hätte der Geschädigte nicht nur den (Netto-)Verdienstentgang, sondern auch eine Anwartschaft auf eine höhere Pension erworben. Der Geschädigte hat somit ein Wahlrecht zwischen zwei Formen des Ersatzes. Das ist eine vergleichbare Wahlmöglichkeit zwischen Naturalrestitution und Geldersatz, somit eine Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht.

In concreto war eine Selbst- oder Weiterversicherung und damit eine Höherversicherung wegen des Bezugs einer Invaliditätspension nicht möglich. Das schloss aber einen Anspruch des Klägers auf Ersatz der Beträge, die zur Abwendung der Pensionslücke erforderlich waren, nicht aus. Wenn eine staatliche Pensionsversicherung nicht möglich ist, kann der Kläger die Beträge verlangen, die für eine gleichwertige private Pensionsvorsorge erforderlich sind. Es ist dann Sache des Geschädigten, die erforderliche Höhe dieser Beträge zu ermitteln.

Folge der Wahlschuld ist, dass der Kläger an die ausgeübte Wahl gebunden und ein einseitiges Abgehen nicht mehr möglich ist, ausser bei Verzug des Schuldners. In concreto verlangte der Kläger von Anfang an eine Bruttorente unter Einschluss der Dienstnehmerbeiträge. Wegen des Bezugs der Invaliditätspension waren keine Beiträge zur Pensionsversicherung zu entrichten, daher erhielt er mehr als den Nettoverdienstentgang. Schon das diesbezügliche Begehren ist als Wahl des sofortigen Ersatzes zur Vermeidung einer späteren Pensionslücke anzusehen; jedenfalls ist in der Klage auf Zahlung der Arbeitgeberbeiträge eine Ausübung dieses Wahlrechts zu sehen. Dem anwaltlich vertretenen Kläger musste bewusst sein, dass es zwei Wege zur Abdeckung der drohenden Pensionslücke gab. Diese sind unterschiedlich vorteilhaft in Abhängigkeit von der Differenz zwischen statistischer Lebenserwartung und tatsächlicher Dauer des Pensionsbezugs. Ein einseitiges Abgehen von dem gewählten Weg ist nicht mehr möglich; auch dann nicht, wenn nur eine private Vorsorge möglich ist und der Kläger die erforderlichen Beträge anders berechnen hätte müssen.

Kommentar

Es geht um einen 0815-Fall; und gleichwohl ist dieser – im österreichischen Recht – von so beachtlicher Komplexität, dass der klägerische Anwalt, obwohl er das Problem erkannt hat, nicht in der Lage war, ihn für den Geschädigten so zu bewältigen, dass dieser vollen Ausgleich erhält. Worin liegt das Problem? Die Invaliditätspension ist sowohl geringer als das Erwerbseinkommen ohne Verletzung als auch die Alterspension

nach Massgabe des Erwerbseinkommens ohne Verletzung. Der Kläger begehrt die Differenz. Davor hatte er aber schon über viele Jahre den Dienstnehmeranteil zur Pensionsversicherung verlangt, in den letzten 3 Jahren vor der Pension auch noch den Dienstgeberanteil. Würde er diese Beiträge erhalten und die spätere Pensionsdifferenz, käme es zu einer – jedenfalls partiellen – Doppelliquidation. Der OGH stellt klar, dass der Geschädigte wählen kann zwischen den Beiträgen während der aktiven Erwerbstätigkeit (Ansparmodell ex ante) und der Differenzmethode ex post nach Pensionseintritt. Der vom klägerischen Anwalt gewählte Weg ist weder Fisch noch Fleisch.

Der Kläger steht in der Tat vor der Wahl zwischen Scylla und Charybdis. Bei der laufenden Ansparung von Beiträgen stellt sich das Problem der richtigen Ermittlung der Höhe, wie sich hier zeigt. Dass eine Höherversicherung im Rahmen der Sozialversicherung nicht möglich ist, ist eine Sache; eine andere, wie man bei Abdeckung dieses Risikos durch eine private Versicherung den dafür erforderlichen Betrag berechnet. Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zur Pensionsversicherung wären zwar mehr, als der Geschädigte verlangt hat, werden aber im Zweifel zu wenig sein, weil das staatliche Pensionsversicherungssystem massiv durch staatliche Beiträge subventioniert wird. Eine völlige Herstellung eines Zustands wie ohne Verletzung, wäre erst dann gegeben, wenn auch die Familienangehörigen mitversichert wären, will heissen, wenn diese eine zwar gekürzte, aber immerhin noch anteilige Hinterbliebenenpension bei Tod des Verletzten bekämen, der unabhängig vom schädigenden Ereignis eintritt.

Ob es ein solches Versicherungsangebot am Markt gibt, ist fraglich. Jedenfalls wird es kein Standardprodukt sein. Ohne Zuhilfenahme eines Experten auf dem Gebiet der Versicherungsmathematik werden die erforderlichen Versicherungsprämien dafür schwer ermittelbar sein. Insofern verweist der OGH womöglich zu leichtfertig auf diese Alternative, weil er die faktischen Berechnungsprobleme unterschätzt. Ob der Geschädigte solche Beiträge nur verlangen kann, wenn er eine widmungsgemässe Verwendung für die Schaffung einer Ersatzlage nachweist oder eine fiktive Abrechnung möglich ist, lässt die Entscheidung offen. Immerhin gibt sie einen – kryptischen – Verweis auf das Wahlrecht zwischen Naturalrestitution und Geldersatz; Restitution kann freilich nur der Geschädigte verlangen, der restituiert.

Entscheidet sich der Geschädigte für das Zuwarten bis zur Realisierung des rechnerischen Schadens ab Pensionseintritt, sind seine Angehörigen bei seinem vorzeitigen Tod ohne Versicherungsschutz, weil es sich insofern um einen nicht ersatzfähigen mittelbaren Schaden

handelt. Zudem muss der Geschädigte immer wieder als «Bittsteller» gegenüber dem Kfz-Haftpflichtversicherer auftreten, ganz abgesehen davon, dass auch die Ermittlung der Schadenshöhe unter Berücksichtigung steuerrechtlicher Besonderheiten nicht gerade einfach ist.

Vorzugswürdig wäre demgegenüber eine Regelung wie § 119 SGB X im deutschen Recht. Der Rentenversicherungsträger begehrt im Regressweg laufend die Rentenversicherungsbeiträge vom Ersatzpflichtigen, die der Geschädigte ohne Verletzung erzielt hätte, und zahlt bei Erreichen des Rentenalters – und im Fall des vorzeitigen Todes an die Angehörigen – eine Rente in der Höhe aus, wie sie ohne die Verletzung angefallen wäre. Ohne solche Regelung ist der Anspruchsteller zumeist überfordert, sogar derjenige, dessen Anwalt das Problem immerhin erkannt, wenn auch nicht befriedigend gelöst hat. Dass der österreichische Gesetzgeber eine solche Regelung einführt, ist indes kaum zu erwarten.

Als Alternative ist daher anzuraten, einen Versicherungsmathematiker mit der Errechnung der erforderlichen Beiträge zu betrauen bzw. einen Versicherungsmakler mit dem Ausfindigmachen eines entsprechenden Versicherungsprodukts. Wenn das scheitert, was nicht von der Hand zu weisen ist, sollte der Geschädigte wenigstens von Anfang an die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge zur Pensionsversicherung verlangen; das ist zwar zu wenig, ist aber immerhin mehr als nur der Arbeitnehmerbeitrag. Abschliessend ist festzuhalten, dass das Judiz des OGH formal nicht zu beanstanden sein mag, indem er darauf verweist, dass der Geschädigte sein Wahlrecht ausgeübt und damit konsumiert habe. Der OGH dürfte aber die Berechnungsprobleme für den auch anwaltlich vertretenen Geschädigten dramatisch unterschätzen. Die Anrechnungslösung der Instanzgerichte, die eine «Mischkulanze» zugelassen haben, ist dem gegenüber näher am Ausgleich der tatsächlichen Einbusse.

**9. Rentenerhöhung im Deckungskonkurs –
OGH 20.6.2017, 2 Ob 142/16w, ÖJZ 2018/26,
177; dazu SALFICKY, ÖJZ 2018/23, 192**

Sachverhalt

Aufgrund eines Kfz-Unfalls am 31.8.1994 erlitt der damals 27-jährige Kläger eine so schwere Verletzung, dass er als Polizist mit 1.10.1995 in den Ruhestand versetzt wurde. Im Vorverfahren erfolgte ein Zuspruch von Schmerzensgeld, Heilbehandlungskosten sowie ein Kapitalbetrag für Verdienstentgang für den Zeitraum von Oktober 1995 bis November 2002. Bei einer Versicherungssumme von 872.000 Euro hat der Kläger ab 1.12.2002 ein unbefristetes Rentenbegehren in Höhe von 1800 Euro gestellt. Der Beklagte hat die Einrede

des Deckungskonkurses erhoben; selbst wenn die Rente nur bis zum Pensionseintritt gezahlt würde, beliefen sich die Verpflichtungen auf 943 000 Euro. Da aber ein Erwerbsschaden auch nach Pensionseintritt gegeben sei, sei die Rente zu kürzen. Daraufhin schränkte der Kläger das Rentenbegehren vom 1.12.2002 bis zum Erreichen des Pensionsalters auf 1.600 Euro ein; er hat somit an zwei Schrauben gedreht, der Dauer und der Höhe. Mit Urteil am 27.11.2006 erfolgte ein Zuspruch von 141 500 Euro sowie einer monatlichen Rente ab 1.12.2002 in Höhe von 1600 Euro bis zum Erreichen des Pensionsalters sowie eine Feststellung der Haftung der Beklagten für zukünftige Schäden im Rahmen des Haftpflichtversicherungsvertrags. Der Kläger beehrte am 30.10.2014 weitere 9960 Euro unter Hinweis auf die Gehaltsentwicklung im öffentlichen Dienst seit 2009. Die Vorinstanzen haben das Begehren abgewiesen.

OGH: Stattgebung der Revision des Klägers im Sinn der Zurückverweisung

Bei Renten ist bei unvorhersehbarer wesentlicher Änderung der Verhältnisse eine Anpassung möglich; die Rechtskraft des urteilsmässigen Rentenzuspruchs steht dem nicht entgegen. Im Vorprozess massgeblich waren die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung 1. Instanz. Nur wenn nach allgemeiner Lebenserwartung schon im Vorhinein mit einer Änderung der Verhältnisse zu einem bestimmten Zeitpunkt zu rechnen war, ist bei der Bemessung der Rente darauf Bedacht zu nehmen; abzustellen ist auf den gewöhnlichen Verlauf der Dinge. Die ungewisse Möglichkeit des Eintritts künftiger Umstände hat aber ausser Betracht zu bleiben. Fraglich ist, ob Gehaltserhöhungen und Vorrückungen im Vorprozess für den Kläger konkret vorhersehbar waren. Der Kläger hätte im Vorprozess keine wertgesicherte Rente begehren können; der OGH lehnt eine Wertsicherung mit dem Verbraucherpreisindex ungeachtet von § 8 Abs. 2 EO nämlich ab, weil kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Höhe des Verdienstentgangs und dem Verbraucherpreisindex bestehe. Die erforderliche Anpassung muss jeweils mit gesonderter Klage an die neuen Verhältnisse erfolgen (a.A. CH. HUBER, Schwimann/Neumayr, TaKomm⁴ § 1325 Rn. 12).

Der Einwand, dass die rechtskräftig zuerkannte Rente nicht mehr gedeckt werden kann, ist nur im Titelfverfahren möglich, nicht mehr später, etwa im Zwangsvollstreckungsverfahren. Das Erhöhungsbegehren war aber nicht Gegenstand des Vorprozesses; dieser Rechtsstreit ist daher der Titelprozess, ein Einwand daher grundsätzlich möglich. Wenn die Gehaltsentwicklung im öffentlichen Dienst allerdings schon im Vorprozess zu berücksichtigen gewesen wäre, dann ist eine andere Beurteilung geboten. Bei Einrede des Deckungskon-

kurses hätte die Beklagte die Forderungen, mit deren Geltendmachung sie bei entsprechender Sorgfalt hätte rechnen müssen, entsprechend substantisieren müssen; dafür wäre eine Rückstellung zu bilden gewesen, wobei nicht von der schlechtest möglichen Entwicklung auszugehen ist. Die noch nicht geltend gemachten, aber zu erwartenden Forderungen sind mit einem angemessenen Schätzbetrag anzusetzen.

Wenn die Gehaltsentwicklung im öffentlichen Dienst mit einiger Wahrscheinlichkeit vorhersehbar war, wäre das zu berücksichtigen gewesen; anders als beim Kläger ist nicht abzustellen auf die Änderungswahrscheinlichkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt. Wenn schon damals die Möglichkeit der Berücksichtigung bestand, dann ist der Einwand der unzureichenden Deckungssumme präkludiert. Es erfolgt eine Rückverweisung, um das zu klären, wobei massgeblich der Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung im Vorprozess (26.9.2006) ist. Bei Unzulässigkeit der Einrede ist vom Kläger die Berechtigung der Erhöhung nachzuweisen. Bei Berechtigung des Einwands der unzureichenden Deckungssumme ist abzustellen auf die Barwerte der Renten, nicht wie es die Instanzgerichte getan haben, auf die bisher erbrachten Zahlungen. Bei der Kapitalisierung ist ein Zinsfuss von 3% zugrunde zu legen.

Kommentar

Für ein Begehren von ca. 10 000 Euro ist sehr viel Gehirnschmalz aufgewendet worden. Der Prozess wurde aber zu Recht bis zum OGH geführt, weil es um grundsätzliche Fragen geht. Wie dieser Fall belegt, ist eine unzureichende Versicherungssumme vor allem bei Altfällen ein Problem. Namentlich die (österreichischen) Geschädigten gehen häufig von der falschen Annahme aus, dass die Versicherungssumme vom Haftpflichtversicherer zu bezahlen ist, bis diese erschöpft ist. Vielmehr sind künftige Verbindlichkeiten, insbesondere Renten, abzuzinsen; es ist ein Barwert zu ermitteln. Wenn nach dem Verteilungsplan die Deckungssumme nicht für alle Forderungen ausreichend ist, hat eine Kürzung von Anfang an zu erfolgen; ausgeklammert bleibt in concreto das Sonderproblem der unterschiedlichen Regeln für Schmerzensgeld sowie Kapital und Rente.

Von dieser Regelung profitiert im Regelfall der Haftpflichtversicherer. Wenn bei einer Rente der Anspruchsteller früher stirbt als nach statistischer Wahrscheinlichkeit, kann der Haftpflichtversicherer den sich dadurch ergebenden Betrag in die eigene Tasche sparen. Wenn die verletzte Person älter wird, muss er mehr zahlen; das ist aber schon wegen der Verletzung nur ausnahmsweise so. Durch die sofortige Kürzung entsteht sogleich eine Einbusse beim Anspruchsteller; dieser wird sensibilisiert, den Restschaden vom Lenker

einzufordern; dieser wurde in concreto beim Unfall getötet, sodass der Geschädigtenanwalt hätte prüfen müssen, ob Ansprüche gegen die Verlassenschaft gegeben sind; die Durchsetzbarkeit gegen die Erben ist weiterhin möglich, aber schwierig.

Beim Deckungskonkurs geht es um vertauschte Parteiinteressen: Im Haftpflichtprozess hat der Geschädigte ein Interesse an einer möglichst hohen Forderung. Bei der Kapitalisierung liegt ein geringer Zinsfuß in seinem Interesse. Er möchte künftige anspruchserhöhende Ereignisse von Anfang an berücksichtigen. Das Interesse des Haftpflichtversicherers ist genau Gegenteil. Beim Deckungskonkurs hat hingegen der Haftpflichtversicherer ein Interesse an einer möglichst umfassenden Berücksichtigung des Schadens. Die Folge ist nämlich eine sofortige Kürzung der Leistungen bei der Rente. Wenn der Anspruchsteller – wie zumeist – früher stirbt als nach der allgemeinen Sterbewahrscheinlichkeit, verbleiben die dafür vorgesehenen Beträge endgültig beim Haftpflichtversicherer. Das schweizerische Recht kennt – anders als das österreichische Recht – die Kapitalentschädigung als Regelfall; dazu kommt, dass namentlich aufgrund des vorzüglichen Werks von SCHAETZLE/WEBER (Barwerttafeln⁶ [2013]) eine deutlich höhere Sensibilität für die Umrechnung von Renten in Barwerte gegeben ist.

Der OGH lehnt trotz gesetzlicher Möglichkeiten im Zwangsvollstreckungsrecht eine Bindung einer Erwerbsschadensrente an den Verbraucherpreisindex ab, weil keine ausreichende Korrelation gegeben sei. Dass das nicht passgenau ist, mag sein; eine solche Bindung ist aber immer noch wahrscheinlicher als die Annahme nominal gleich bleibender Beträge. Begründbar wäre eine solche Indexbindung mit der dem österreichischen Recht geläufigen Kategorie der «Schaffung einer Ersatzlage». Das schweizerische Recht berücksichtigt darüber hinaus – zu Recht – auch die Teilhabe von Arbeitnehmern am Wirtschaftswachstum sowie den beruflichen Aufstieg, zumindest bis zu einem bestimmten Alter. Die faktischen Verhältnisse sind in der anderen Alpenrepublik nicht völlig anders, die rechtliche Bewältigung allerdings sehr wohl.

Der OGH trifft eine sehr feinsinnige Differenzierung: Der Geschädigte kann keine indexgebundene Rente verlangen, weil der Zeitpunkt der Erhöhung nicht mit Händen zu greifen ist; hier wird freilich gegen das Ausgleichsprinzip verstossen, weil eine Anpassung erst bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse möglich ist und die bis dahin akkumulierten Defizite zulasten des Verletzten gehen. Beim Haftpflichtversicherer kommt es im Rahmen des Deckungskonkurses auf die Vorhersehbarkeit des Zeitpunkts indes nicht an. Das ist jedenfalls ein Messen mit zweierlei Mass. Die Zurückverweisung an das Instanzgericht erscheint m.E. nicht

geboten; schon aufgrund ihrer eigenen Erwerbsbiografie müsste es für (Höchst-)Richter klar sein, dass auch Mitarbeiter im öffentlichen Dienst im Laufe der Jahre jedenfalls keine Verluste bei ihrem Realeinkommen hinnehmen müssen und solche Menschen einen gewissen beruflichen Aufstieg haben, ihnen jedenfalls Bienen – in Deutschland Kalkzulagen genannt – zustehen.

Im konkreten Fall war m.E. die abweisende Entscheidung der Instanzgerichte überzeugender. Der Kläger hat im Vorprozess sein Rentenbegehren so angepasst, dass gerade keine Einrede des Deckungskonkurses durch den Haftpflichtversicherer mehr erfolgte. Dann ist aber die spätere Forderung eines Nachschlags unter Hinweis darauf, dass diese Erhöhung für den Haftpflichtversicherer schon im Vorprozess absehbar gewesen ist, geradezu treuwidrig. Die Folge dieses Urteils wird sein, dass die Haftpflichtversicherer ihren Verteilungsplan noch konservativer erstellen werden. Sie werden noch früher eine Kürzung der Auszahlungen vornehmen, was als Bumerang sowohl den Anspruchsteller als auch den ersatzpflichtigen Versicherungsnehmer oder Mitversicherten trifft. Für den Verletzten ist es indes vorzugswürdig, auf künftige Positionen zu verzichten, um möglichst keine gegenwärtige Kürzung hinnehmen zu müssen. Am aller vorzugswürdigsten wäre freilich eine Abgeltung als Kapital; darauf hat er nach österreichischem Recht allerdings keinen Anspruch. Der Haftpflichtversicherer würde dadurch Regulierungsaufwand sparen, sich allerdings um die Chance des Sparens eines Teilbetrags in die eigene Tasche bringen.

**10. Abfindungsvergleich – OGH 28.3.2017,
2 Ob 71/16d, ÖJZ 2017, 969 EwBI 2017/140
(SCHNELLERER) = ZVR 2018/86, 157
(CH. HUBER)**

Sachverhalt

Bei einem Verkehrsunfall am 4.12.2012 stand die Einstandspflicht der Kfz-Haftpflichtversicherung zu 100% ausser Streit. Die Verletzte erlitt einen Ellenschaftbruch und eine Zerrung des Handgelenks. Schlussendlich wurde ein Generalabfindungsvergleich geschlossen. Zwischen dem stationären Aufenthalt und der Unterfertigung der Generalabfindungserklärung fanden neun Kontrollen im Krankenhaus statt. Die Klägerin verwies mehrfach auf Druck- und Biegeschmerzen. Am 28.2.2013 wurde festgehalten, dass die Fraktur noch nicht verheilt sei. Die Klägerin wurde vom Hausarzt immer wieder krankgeschrieben und war im Sommer 2013 einige Wochen arbeitsunfähig. Sie machte Schadenersatzansprüche bei der Haftpflichtversicherung ab Januar 2013 geltend. Die Sachbearbeiterin schlug ein gerichtsmedizinisches Sachverständigen-gutachten zur Feststellung von Spät- und Dauerfolgen vor; aber das Gutachten hätte erst Sinn 1 Jahr nach dem

Unfall, wenn der Endheilungszustand eingetreten sei. Die Haftpflichtversicherung werde dann einen Gutachter vorschlagen. Vorerst erfolge lediglich ein Akonto von 2000 Euro. Für die Sachbearbeiterin war erkennbar, dass ein Endheilungszustand noch nicht eingetreten war.

Am 12.4.2003 bat die Klägerin abzuschliessen. Die Beklagte bot eine Generalabfindung von weiteren 6000 Euro an, verbunden mit dem Hinweis, dass damit alles abgegolten sei und die Verletzte auf jegliche weitere Ansprüche verzichte, seien sie vorhersehbar oder unvorhersehbar. Ansonsten müsse man das unfallchirurgische Gutachten abwarten. Aus der Generalabfindung war nicht eindeutig erkennbar, wie viel auf das Schmerzensgeld entfiel – nach Einschätzung der Versicherung waren es weitere 5000 Euro. Bei den Telefonaten mit der Klägerin hatte die Sachbearbeiterin von einer Generalabfindung «eher abgeraten», obwohl sie das Angebot aufgrund ihrer Einschätzung letztendlich vertreten konnte. Die Verletzte wurde darüber aufgeklärt, dass mit der Unterfertigung der «Generalabfindungserklärung» weitere Ansprüche definitiv ausgeschlossen seien.

Die Klägerin rechnete nicht damit, dass es zu Dauerfolgen kommen werde, sie dachte, nach einem halben Jahr sei alles vorüber. Die Klägerin hatte in einem Schuldenregulierungsverfahren einen Zahlungsplan zu erfüllen und war auf das Geld dringend angewiesen, weshalb sie den Vergleichsvorschlag annahm. Die Untersuchung durch den gerichtlichen Sachverständigen am 8.8.2014 ergab Dauerfolgen. Bei einer solchen Verletzung wäre ein Schmerzensgeld von 14 500 Euro angemessen gewesen. Die Klägerin begehrt daher weiteres Schmerzensgeld von 9370 Euro, weil der Abfindungsvergleich sittenwidrig gewesen sei. Die Vorinstanzen haben das Begehren abgewiesen.

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

Der Wortlaut des Abfindungsvergleichs ist eindeutig: Auch nicht vorhersehbare Unfallfolgen sind mit erfasst. Der OGH hat ohnehin unter dem Eindruck der Kritik von KLETECKA strengere Massstäbe an die Wirksamkeit angelegt. Eine Sittenwidrigkeit wird bejaht, wenn Zahlung und Folgen in einem ganz krassen und dem Geschädigten völlig unzumutbaren Missverhältnis stehen (2 Ob 130/97z, ZVR 1998/8 = JBl 1998, 38 [KLETECKA]).

Für die Vorhersehbarkeit ist massgeblich der gleiche Massstab wie bei einer Nachklage beim Schmerzensgeld sowie im Verjährungsrecht. Abzustellen ist auf den Erkenntnisstand des jeweils Geschädigten. Dass ein Sachverständiger bei Ex-post-Betrachtung das als vorhersehbar qualifiziert, ist nicht entscheidend. Nach

diesem Massstab waren die Folgen für die Geschädigte nicht vorhersehbar. Eine Globalbemessung war aus damaliger Sicht daher nicht möglich.

Durch einen Abfindungsvergleich mit Verzicht auf jeglichen Nachschlag wird das Risiko des Eintritts von Folgeschäden einseitig dem Geschädigten aufgebürdet, sofern die Abfindungssumme nur auf der Basis bekannter Schäden berechnet worden ist. Das führt typischerweise zu einer sittenwidrigen Verschlechterung der Rechtsposition des Geschädigten. Das ist nur dann anders, wenn für die Übernahme des Risikos eine angemessene Abgeltung in Form einer Risikoabgeltung in die Vereinbarung einfließen würde. Dann liegt jedenfalls keine Sittenwidrigkeit vor. Hier wurde keine Risikoabfindung vereinbart. Zu beachten ist, dass die Klägerin eine rasche Erledigung wollte, sie aber in finanziellen Nöten war. Das hätte die Beklagte aber nicht an einer Risikoabfindung gehindert.

Der Nachteil des relativ frühen Abschlusses trifft die Klägerin, weil sie ein krasses Missverhältnis unter Beweis stellen muss. Sittenwidrigkeit ist gegeben, wenn zwischen der Abfindungssumme und dem, was tatsächlich gebühren würde, ein ganz krasses und völlig unzumutbares Missverhältnis gegeben wäre. In der bisherigen Rechtsprechung ging es um ein Vielfaches der Abfindungssumme. In Deutschland werden Relationen zwischen 1:4 und 1:10 genannt. An einem ganz krassen Missverhältnis wird festgehalten. Letztlich entscheiden die Umstände des Einzelfalles. Hier liegt die Relation bei ca. 1:2. Das sind noch keine Unfallfolgen von aussergewöhnlichem Ausmass, jedenfalls derzeit nicht. Wenn es zu weiteren Unfallfolgen kommen sollte, die nicht auszuschliessen sind, ist die Sachlage unter Umständen neu zu bewerten.

Kommentar

In Süddeutschland kennt man den Begriff «Geschmäcke». Das ist hier gegeben: Die verletzte Arbeitnehmerin ist auf jeden Cent angewiesen; gegen sie läuft ein Schuldenregulierungsverfahren. Der Haftpflichtversicherer kann die Folgen deutlich besser abschätzen als die Verletzte selbst, auch wenn die Sachbearbeiterin keine Medizinerin ist. Nach einem knickrigen Vorschuss wird eine weitere Zahlung von der Unterfertigung eines Blankoschecks für die Zukunft abhängig gemacht. Auch der OGH hat ein ungutes Gefühl, ringt um eine Lösung, um der Verletzten aus der Patsche zu helfen. Letztendlich hält er aber seine schützende Hand über die Haftpflichtversicherung und lässt die Verletzte im Regen stehen. Das ist womöglich eher ein rechtssoziologischer als ein rechtsdogmatischer Befund – dieser folgt aber:

Für die Bejahung der Sittenwidrigkeit muss ganz Ungeheuerliches passieren. Beim Tatbestand des Wuchers

sind auch subjektive Momente bedeutsam. Hier waren auf Seite der Verletzten sowohl deren Notlage (Schuldenregulierungsverfahren) als auch der wahrscheinlich beschränkte intellektuelle Horizont (Schadenregulierung war für sie keine alltägliche Angelegenheit) gegeben. Womöglich sind Sittenwidrigkeit und Wucher aber nicht der passende Prüfungsmaßstab.

Ein solcher Abfindungsvergleich wird nicht ausgehandelt, sondern vom Haftpflichtversicherer vorformuliert. Damit ist eine Qualifizierung als allgemeine Geschäftsbedingungen möglich. Das eröffnet eine Kontrolle nach den Kriterien der Transparenz- und Inhaltskontrolle. Folgende Parameter sind dabei beachtlich: Auch der OGH verweist darauf, dass der Haftpflichtversicherer nicht daran gehindert war, einen Risikozuschlag offen auszuweisen. Maßstab der Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen ist grundsätzlich das dispositive Recht. Das ist hier die Rechtslage bei Zuspruch eines Betrags durch Gerichtsurteil. Dann hätte die Verletzte den begehrten Nachschlag ohne Zweifel durchsetzen können. Eine Abweichung davon im Sinn eines gänzlichen Verzichts ohne jegliche Gegenleistung ist grösstlich benachteiligend und damit unwirksam. Auf den möglichen Einwand, dass die Hauptleistung nicht der Inhaltskontrolle unterliegt, sei darauf hingewiesen, dass es in concreto nicht um die Hauptleistung an sich geht, sondern deren Anpassung bei Änderung der Verhältnisse.

Anzuerkennen ist ein legitimes Bedürfnis der Haftpflichtversicherung an einer abschliessenden Regulierung. Was wäre in einem solchen Fall ein sachgerechtes Vorgehen? Der Ansatz, dass bei einer Teilbemessung nur bisherige Schmerzen abzugelten sind, entspricht zwar der Judikatur (so ausdrücklich zuletzt OGH 29.8.2017, 5 Ob 120/17h, Zak 2017, 357 Nr. 615), ist jedoch fragwürdig, durch den Gesetzeswortlaut jedenfalls keinesfalls indiziert. Sachgerecht wäre vielmehr eine Abgeltung aller Schmerzen, soweit sie vorhersehbar sind. In solchen Fällen sollte stets ein Sachverständigengutachten eingeholt werden. Es sollte offengelegt werden, wie hoch der Risikoabschlag für den künftigen Verzicht ist. Ein anwaltlich vertretener Geschädigter sollte in der Weise beraten werden, dass es nicht sinnvoll ist, mit der eigenen Gesundheit zu spekulieren.

II. Privatversicherungsrecht

11. Direktklage auch gegen die Haftpflichtversicherung einer Krankenanstalt – OGH 29.11.2017, 7 Ob 177/17 f

Sachverhalt

Strittig ist, ob die Behandlung in einem Krankenhaus kunstgerecht durchgeführt wurde. Der Kläger begehrte 45 000 Euro Schmerzensgeld sowohl vom Kranken-

hausträger (1. Beklagter) als auch von der Haftpflichtversicherung des Krankenhauses (2. Beklagter), wobei er sein Begehren auf § 52d ÄrzteG gestützt hat. Das ErstG hat das Begehren gegen beide abgewiesen. Das BerG hat gegenüber dem 1. Beklagten zurückverwiesen. Gegenüber dem 2. Beklagten hat es das Begehren abgewiesen, weil keine Passivlegitimation bestehe, mag die 2. Beklagte eine solche auch nicht bestritten haben. Das sei von Amts wegen aufzugreifen gewesen.

OGH: Stattgebung der Revision gegen die 2. beklagte Haftpflichtversicherung im Sinn der Zurückverweisung an das ErstG

Mit BGBl 2010/61 wurden in mehreren Gesetzen des Gesundheitswesens Verpflichtungen zum Abschluss von Haftpflichtversicherungen aufgenommen, so in § 52d ÄrzteG, § 26c ZahnärzteG und § 5c KAKuG (Kranken- und Kuranstaltengesetz). In § 52d ÄrzteG ist nur eine freiberufliche Tätigkeit erfasst; das ist hier eindeutig nicht gegeben. Der eingeschränkte Anwendungsbereich von § 52d ÄrzteG ist damit zu erklären, dass eine Versicherungspflicht von Krankenanstalten in § 5c Abs. 1 KAKuG sowie den Krankenanstaltengesetzen der Länder geregelt ist. § 5c Abs. 1 KAKuG sieht eine Pflicht des Landesgesetzgebers vor, dass Krankenanstalten, die nicht in öffentlicher Trägerschaft stehen, verpflichtet sind, eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen. Bei den genannten im Eigentum der öffentlichen Hand stehenden Krankenanstalten ist ein haftungsrechtlicher Durchgriff angeordnet, sofern keine Haftpflichtversicherung besteht. Wenn ein Versicherungsvertrag besteht, dann ist ein Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer gegeben. Für Krankenanstalten der öffentlichen Hand besteht somit keine Versicherungspflicht. Das ist daraus erklärbar, dass bei solchen Krankenanstalten für den Patienten nicht zu befürchten ist, dass der Anspruch nicht durchsetzbar ist. Das gilt auch, wenn eine Gebietskörperschaft – wie die hier erstbeklagte Stadt – ohne Zwischenschaltung einer juristischen Person unmittelbar eine Krankenanstalt betreibt. Vorbild für § 5c KAKuG sowie § 52d ÄrzteG und auch § 26c ZahnärzteG ist die Kfz-Haftpflichtversicherung. Nach § 59 Abs. 2 KFG (Kraftfahrzeuggesetz) sind Fahrzeuge der öffentlichen Hand von der Versicherungspflicht ausgenommen. Bei freiwilligem Abschluss einer solchen Versicherung besteht aber gleichwohl ein Direktanspruch. Das ist für den ärztlichen Bereich zu übernehmen.

§ 5c Abs. 3 KAKuG ist ein Grundsatzgesetz nach Art. 12 B-VG (Bundes-Verfassungsgesetz). Der Landesgesetzgeber hat es nach bundesgesetzlichen Vorgaben umzusetzen. Das Grundsatzgesetz ist auch dann nicht unmittelbar anwendbar, wenn die Norm in inhaltlicher Hinsicht einer unmittelbaren Vollziehung zugänglich wäre, der Anspruch also unmittelbar auf das

Bundesgesetz gestützt werden könnte. Eine Umsetzung des § 5c KAKuG erfolgte durch Einfügung von § 28a Vorarlberger SpitalsG (LGBl 2005/54). Es besteht keine Abweichung zwischen diesen Normen. Die unrichtige rechtliche Qualifikation des Klägers, der den Direktanspruch auf § 52d Abs. 6 ÄrzteG gestützt hat, ist dann nicht schädlich, wenn er alle anspruchsbegründenden Tatsachen vorgetragen und unter Beweis gestellt hat.

Kommentar

Die OGH-Entscheidung ist ergangen, weil der klägerische Anwalt die ganz passende Norm nicht gefunden hat, weder das KAKuG noch das Vbg SpitalsG. Das BerG war übereifrig, ist von Amts wegen eingeschritten – und hat auch nicht ausreichend die anzuwendenden Normen recherchiert. Das gab dem OGH Gelegenheit zur Klarstellung. Die *action directe*, der Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer, ist an sich sinnvoll, weil die Regulierung des Schadens ohnehin durch den Haftpflichtversicherer erfolgt. Dieser stellt den Anwalt, dem gegenüber der Haftpflichtversicherer weisungsbefugt ist. Das wurde von WAHLE (ZVersWiss 1960, 51–104) als Prozessmunterschaft bezeichnet: In der Haftpflichtversicherung ist der Schädiger als Versicherungsnehmer ohnehin bloss die Marionette; die Strippen zieht der Versicherer. Wenn das so ist, dann ist es folgerichtig, dass der Geschädigte den Haftpflichtversicherer direkt verklagen kann und auch die prozessuale Auseinandersetzung mit diesem erfolgt.

In Deutschland hat sich die Versicherungswirtschaft aber selbst bei der Pflichtversicherung erbittert – und mit Erfolg – gegen eine Direktklage gewehrt, sodass im Wesentlichen eine solche nur bei der Kfz-Haftpflichtversicherung verblieben ist – so § 115 deutsches VVG. Die Durchsetzung des Anspruchs gegen den Haftpflichtversicherer ist bei einer Direktklage einfacher, aber letztlich davon nicht abhängig. Bei einer möglichen Klage gegen den Haftpflichtversicherer ist ein Urteil gegen diesen möglich. Wenn eine Direktklage nicht zulässig ist, muss der Geschädigte ein Urteil gegen den Schädiger erwirken und dessen Deckungsanspruch gegen den Haftpflichtversicherer pfänden und sich überweisen lassen. Hinzuweisen ist darauf, dass wegen des Absonderungsrechts in § 157 VersVG auch bei einer freiwilligen Haftpflichtversicherung dieser Anspruch insolvenzfest ist, somit auch durchsetzbar bei Insolvenz des Ersatzpflichtigen; darin liegt somit keine Besonderheit der Pflichthaftpflichtversicherung. Bei Bestehen einer Direktklage besteht aber seit der *Odenbreit*-Entscheidung des EuGH (13.12.2007, C-463/06, *NJW* 2008, 819) ein Gerichtsstand im Inland, was nicht nur für Verkehrsunfälle, sondern auch bei der Arzthaftung bedeutsam sein könnte.

Eine Pflichthaftpflichtversicherung hat zwei Ziele: Es geht um den Schutz des Geschädigten, dass dessen Anspruch durchsetzbar ist, aber auch den des Ersatzpflichtigen, nicht in existenzbedrohende Zahlungsverpflichtungen zu geraten. Vorbild ist die Kfz-Haftpflichtversicherung. Bei dieser gibt es eine Direktklage gegen den Kfz-Haftpflichtversicherer aufgrund europarechtlicher Vorgaben. Das ist bei Ärztegesetzen im österreichischen Recht ähnlich ausgestaltet. Bei Einstandspflicht der öffentlichen Hand ist die Durchsetzbarkeit des Anspruchs freilich nicht fraglich. Die öffentliche Hand soll entscheiden können, ob sie Outsourcing betreibt oder selbst die Rolle als Haftpflichtversicherer übernimmt, was ihr aufgrund der grossen Zahl von Schadensfällen möglich ist. Bei Abschluss einer Haftpflichtversicherung muss sie freilich auch deren Generalunkosten und Gewinnmarge bezahlen; allerdings kauft sie damit auch das Know-how bei der Schadensregulierung ein.

Wenn die öffentliche Hand von ihrem Wahlrecht Gebrauch macht, keine Haftpflichtversicherung abzuschliessen, hat der Geschädigte gegen die jeweilige öffentliche Hand wie gegen den Haftpflichtversicherer einen Direktanspruch. Wenn sie aber eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat, dann ist der Anspruch gegen die Haftpflichtversicherung ebenso wie bei einer Pflichthaftpflichtversicherung zu qualifizieren. Der Direktanspruch ist nur eine Ausprägung einer Pflichtversicherung; eine mindestens genauso bedeutsame Rechtsfolge ist, dass eine Obliegenheitsverletzung des Versicherungsnehmers keine Auswirkungen gegenüber dem geschädigten Dritten hat.

Die verfassungsgesetzliche Kompetenzverteilung ist hinzunehmen. Warum in concreto die Interessenlage in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich sein soll, ist nicht zu erkennen. Mitunter geht es um eine Beschäftigungstherapie für die jeweilige Landesbürokratie, die man getrost einsparen könnte (dazu auch CH. HUBER, FS-Danzl [2017] 441–470). Die Wiederholung des Wortlauts des Bundesgesetzes in einem Landesgesetz bewirkt keine besondere Effizienzsteigerung, sie trägt lediglich zur – unnötigen – Gesetzesflut bei. Eine Eindämmung des Föderalismus bzw. Kantönlicheistes wäre insoweit durchaus überlegenswert.

Dem Geschädigten wird man einen vorvertraglichen Auskunftsanspruch über das Bestehen einer Haftpflichtversicherung gegenüber dem Krankenhausträger zubilligen müssen, damit dieser weiss, wen er verklagen kann. Nach dem Grundsatz «*iura novit curia*» ist die rechtliche Qualifikation durch das Gericht vorzunehmen. Wenn sich der klägerische Anwalt bei der Norm vergreift, schadet das nicht unbedingt. Er muss freilich alle für die Anwendung einer Norm erforderlichen Tatsachen vorbringen und beweisen. Insofern ist

es schon hilfreich, wenn der Anwalt die massgeblichen Normen kennt; sonst landet er einen «lucky punch», der auch danebengehen kann.

12. Haushaltsversicherung – Anforderungen an die Restitution für die Lukrierung der Neuwertspanne – OGH 27.9.2017, 7 Ob 59/17b

Sachverhalt

Der Kläger verlangte im Rahmen der Haushaltsversicherung den Neuwert einer ihm bei einem Einbruch gestohlenen Sache. Er hat innerhalb der in Art. 6.5. ABH 2010 geregelten Jahresfrist dem Versicherer eine unwiderrufliche Bestellung und Anzahlung für ein Ersatzgerät vorgelegt. Der Versicherer leistete nur den Zeitwert. Der Versicherungsnehmer verlangte die Differenz zum Neuwert. Das BerG gab dem Begehren statt.

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

Der Kläger hat alle bei ihm vorhandenen Unterlagen vorgelegt. Dass eine personalisierte Rechnung oder die Aufbewahrung von Kaufbelegen als Obliegenheit vor dem Versicherungsfall vereinbart worden war, konnte nicht festgestellt werden. Die strenge Wiederherstellungsklausel stellt eine Risikobegrenzung dar, mit der sichergestellt werden soll, dass der Versicherungsnehmer die Versicherungssumme nicht für frei bestimmte Zwecke verwendet. Im Versicherungsfall entsteht zunächst ein Anspruch auf den Zeitwert, der Restanspruch auf den Neuwert hängt von der Wiederherstellung oder deren (fristgerechter) Sicherung ab. Grundsätzlich kann eine 100%ige Sicherheit nicht verlangt werden. Es muss ausreichen, wenn angesichts der getroffenen Vorkehrungen keine vernünftigen Zweifel an der Durchführung der Wiederherstellung bestehen. Wann die Verwendung gesichert ist, ist nach Treu und Glauben zu entscheiden und hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Da das Versicherungsverhältnis in besonderem Mass von Treu und Glauben beherrscht wird, ist es ausreichend, dass fristgerecht die Sicherstellung der Wiederbeschaffung nachgewiesen wurde. Ist aber die Wiederbeschaffung einmal ausreichend sichergestellt, wird der Anspruch des Versicherungsnehmers auf Bezahlung des Neuwerts fällig. Dieser fällig gewordene Anspruch besteht auch dann, wenn sich später herausstellen sollte, dass trotz Sicherstellung in der Folge die Wiederbeschaffung unterbleibt.

Kommentar

Die strenge Wiederherstellungsklausel soll sicherstellen, dass der Geschädigte eine Restitution vornimmt. Bei blossem Abstellen auf die Vermögenslage läge ein Verstoss gegen das Bereicherungsverbot vor. Insoweit ergibt sich eine ganz ähnliche Interessenlage wie im

Schadenersatzrecht, wo das über das Wertinteresse hinausgehende Restitutionsinteresse nur gebührt, wenn es zu einer entsprechenden Restitution kommt. Das ist im Prinzip unbestritten. Freilich macht der OGH da wie dort Konzessionen, die dieses Prinzip weitgehend entwerten (Nachweise zum Sachschaden bei CH. HUBER, in: Schwimann/Neumayr, TaKomm⁴ § 1323 Rn. 36). Dass mit Sicherheit damit zu rechnen sei, dass es zur Restitution bzw. Neuwertanschaffung kommt, wird – wie hier – für ausreichend angesehen. Im Privatversicherungsrecht werden dafür auch noch Treu und Glauben sowie die Umstände des Einzelfalles beschworen. Das sind weiche Kriterien, die wenig Rechtssicherheit bescheren. Wenn es klar fassbare Tatbestandselemente gibt, sollte man auf einen solchen Notnagel nach Tunlichkeit verzichten.

Sowohl im Schadenersatz- als auch im Privatversicherungsrecht bietet sich folgende Vorgehensweise an: Der Anspruchsberechtigte hat von Anfang an einen Anspruch auf einen Vorschuss in Höhe der vollen Aufwendungen für die Restitution bzw. die Neuanschaffung. Wenn der Ersatzpflichtige Bedenken hat, dass die Restitution bzw. Neuanschaffung nicht durchgeführt und der Anspruchsteller insolvent wird, kann er – auf seine Kosten – auf der Überweisung des Betrags auf ein Treuhandkonto bestehen. Erfolgt innerhalb angemessener Frist die Restitution bzw. Neuanschaffung nicht, ist die Differenz zum Wertersatz bzw. Zeitwert mitsamt den – derzeit mässigen – Zinsen an den Ersatzpflichtigen zurückzuzahlen. Das vermeidet, dass der Geschädigte partiell mit eigenem Kapital in Vorlage treten muss, aber auch, dass der Versicherer eine über den Wertersatz oder den Zeitwert hinausgehende Leistung erbringen muss, ohne dass eine solche tatsächlich durchgeführt wird. Das Lavieren mit Treu und Glauben sowie den Umständen des Einzelfalles wäre damit entbehrlich.

13. Sturmschadenversicherung – Hangkriechen als Erdrutsch – OGH 5.7.2017, 7 Ob 101/17d, RdW 2017/555, 752

Sachverhalt

Der Kläger hat eine Sturmschadenversicherung (AStB 2002/2) abgeschlossen. Diese lautete auszugsweise:

Art. 1 Versicherte Gefahren und Schäden

(1) Der Versicherer gewährt nach Massgabe der nachfolgenden Bestimmungen Versicherungsschutz gegen Schäden durch (...) Erdrutsch.

(2) Im Sinne dieser Bestimmungen sind d) Felssturz-, Steinschlag- oder Erdrutschschäden Schäden, die an den versicherten Sachen durch in Bewegung geratene Felsblöcke, Gesteinsteile oder Erdmassen verursacht werden.

(3) Der Versicherer ersetzt den Wert bzw. die Wertminderung der zerstörten oder beschädigten versicherten Sachen, wenn die Zerstörung oder Beschädigung a) auf der unmittelbaren Einwirkung eines der in Abs. 1 genannten Schadensereignisse beruht.

(7) Der Versicherer haftet nicht d) für Schäden durch Bewegung von Felsblöcken, Gesteins- oder Erdmassen, wenn diese Bewegungen durch Erdaufschüttungen bzw. -abgrabungen, weiters die Erschliessung gasförmiger, flüssiger oder fester Stoffe aus dem Erdinneren verursacht wurden.

Das BerG hat eine ruckartige Erdbewegung (im Zusammenhang mit grossen Niederschlagsmengen) im Nahbereich des klägerischen Wohnhauses in Form eines Erdbebens festgestellt. Das BerG hat dem Begehren des Klägers stattgegeben.

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

Schon nach allgemeinen Sprachregeln ist die versicherte Gefahr «Erdbeben» selbst dann als im Grundsatz «naturbedingtes» Ereignis zu verstehen, wenn bei der Risikobeschreibung der Begriff der Naturbedingtheit nicht ausdrücklich verwendet wird. Demgegenüber widerspricht es gewohntem Sprachverständnis, einen unmittelbar vom Menschen herbeigeführten «Erdbeben» als «Elementar»-Ereignis zu qualifizieren. Der Beklagte wendet «unzulässiges Bewässern» ein, das mit dem Bauvorhaben verbunden war und die Instabilität des Bodens bewirkte, die dann letztlich Auslöser für einen Erdbeben war. Das entspricht aber nicht dem festgestellten Sachverhalt. Der Schadensort ist nämlich ein geologisch unruhiger Hang mit schluffigem Erdreich und Wasserführungen in durchlässigen Bodenschichten, die zur Aufweichung der Konsistenz und zur Herabsetzung der Scherfestigkeit führen. Allein diese Umstände führten in der Vergangenheit zu Verformungen und es trat ein sogenanntes Hangkriechen auf. In Siedlungsbereichen übliche Geländemanipulationen und das Einbringen von Sickerwässern mögen risikohöhernd gewirkt haben, waren aber nicht die zuletzt unmittelbaren und ursächlichen Auslöser des Erdbebens. Das Verneinen des Vorliegens des Risikoausschlusses nach Art. 1.7 lit. d AStB 2002/2 ist auf der Grundlage des zu beurteilenden Einzelfalls vertretbar. Der gegenteilige Standpunkt der Beklagten, dass praktisch jedes für eine Erdbewegung mitursächliche menschliche Verhalten zum Entfall des Versicherungsschutzes führe, ist durch die Bedingungsfrage nicht gedeckt.

Kommentar

In beide Alpenrepubliken befinden sich viele Berge; die Menschen errichten ihre Behausungen daher nicht nur in den Ebenen der Täler, sondern auch in Hanglagen. Die Böden dort sind mal stabiler, mal weniger

stabil. Im letzteren Fall ergeben sich daraus Gefahren. Es mag sein, dass geringste bauliche Eingriffe das Gleichgewicht der Natur so verändern, dass dies den sprichwörtlichen Tropfen darstellt, der das Fass zum Überlaufen bringt oder ein solches Überlaufen bei einem sonstigen Ereignis begünstigt. Der OGH hat die Wertung des Berufungsgerichts zugunsten des Versicherungsnehmers zu Recht gebilligt. Der Schlüsselsatz dürfte sein, dass ansonsten praktisch jedes für eine Erdbewegung mitursächliche menschliche Verhalten zum Entfall des Versicherungsschutzes führe; und irgendein menschliches Verhalten – auch in Hanglagen – wird es bei zunehmender Bodenknappheit nahezu immer geben. Dem Versicherungsnehmer dürfte zusätzlich zugutegekommen sein, dass letzter Auslöser für den Schaden eine ruckartige Erdbewegung, somit kein Allmählichkeitsschaden gewesen war. Auch Letzterer wird in der Natur vorkommen; und es mag überlegenswert sein, für Versicherungsnehmer und Versicherer solche gegen entsprechende Prämie zu versichern.

14. Unfallversicherung – Beinamputation nach geringfügiger Unfallverletzung – OGH 25.1.2017, 7 Ob 213/16y, ecolex 2017/392, 984

Sachverhalt

Der Kläger ist bei der Beklagten unfallversichert. Dem Versicherungsvertrag liegen die Allgemeinen Bedingungen für die Unfallversicherung (AUVB 2008) zugrunde. Diese lauten auszugsweise:

«Artikel 2 Begriff des Unfalles: 1. Ein Unfall liegt vor, wenn die versicherte Person durch ein plötzlich von aussen auf ihren Körper wirkendes Ereignis (Unfallereignis) unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erleidet.»

Artikel 22 Ausschlüsse: Nicht versichert gelten Krankheiten, auch nicht als Unfallfolge.»

Der Kläger traf bei einem Hallenfußballspiel nicht den Ball, sondern stiess stattdessen mit seinem linken Fuss gegen eine Sprossenwand. Dabei zog er sich eine leichte Verletzung (abgerissener Teil eines Zehennagels, blutendes Nagelbett) zu, bei der es dann zu einer seltenen lebensgefährlichen Wundinfektion (nekrotische Fasziiitis) kam. Zur Rettung des Klägers musste ihm das linke Bein oberhalb des Kniegelenks amputiert werden. Der Kläger begehrte Leistung aus der Unfallversicherung. Die Vorinstanzen gaben dem Begehren statt.

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

Ein Unfall ist ein plötzlich von aussen mit mechanischer Kraft auf den Körper einwirkendes Ereignis. Auch eigenes Verhalten kann zum Unfall beitragen, ihn sogar

herbeiführen. Ein Unfall liegt auch bei einem Ereignis vor, das vom Versicherten bewusst und gewollt begonnen und beherrscht wurde, sich dieser Beherrschung aber durch einen unerwarteten Ablauf entzogen und dann schädigend auf den Versicherten eingewirkt hat. Ein solcher Fall liegt auch hier vor, weil die zunächst gewollte Bewegung des linken Beines zum Ball durch den ungewollten Anstoss des Fusses an die Sprossenwand unterbrochen wurde. Ein Unfall ist somit gegeben (so auch 7 Ob 2/91 [Stolpern beim Tennis]; 7 Ob 9/91 [Pressball beim Fussball]; 7 Ob 224/07b [Stolpern an einer Baumwurzel beim Joggen]).

Der Versicherungsnehmer muss in tatsächlicher Hinsicht einen natürlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und der Unfallfolge beweisen. Die Beurteilung der Adäquanz eines an sich gegebenen Ursachenzusammenhangs ist dann ein Akt der rechtlichen Beurteilung. Eine Wundinfektion und eine Amputation einer Gliedmasse nach einer an sich geringfügigen Verletzung sind zwar keine üblichen, aber auch keine ausserhalb jeder Lebenserfahrung liegenden Unfallfolgen. Die Bejahung der Adäquanz zwischen der leichten Unfallverletzung des Klägers und der anschließenden, mit schwerwiegenden Folgen verbundenen Wundinfektion ist daher jedenfalls keine unvertretbare Rechtsansicht. Unter den Unfallversicherungsschutz fallen grundsätzlich auch (nicht primäre) Wundinfektionen und sonstige durch die Unfallverletzung erst in weiterer Folge ausgelöste Krankheiten.

Kommentar

«Es wird schon nicht den Kopf kosten» ist eine im Volksmund geläufige Redensweise. Ein Fehltritt beim Fussballspielen kann aber bei einer – zunächst geringfügigen – Verletzung nicht nur den Fuss (so die Teilbezeichnung des Spiels, nämlich Fuss), sondern fast das gesamte Bein kosten, wie dieser Sachverhalt zeigt. Auch diese Entscheidung belegt, dass die Adäquanz, auf die es an sich auch im Recht der Unfallversicherung ankommt, kaum jemals zu einer Haftungsabgrenzung führt. Wie der konkrete Sachverhalt deutlich macht, ist im Leben kaum etwas auszuschliessen, mag man ex post auch leicht schlau sein, während man bestimmte Folgen ex ante für nicht vorstellbar gehalten hätte, nämlich den Verlust eines Beins nach einem Anstossen an die Sprossenwand beim Fussballspielen. Massgeblich ist in diesem Sachverhalt in Abgrenzung zur Folgeentscheidung, dass durch die Unfallverletzung selbst eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität eingetreten ist.

15. Unfallversicherung – Erfrierungen an den Vorderfüssen nach zerschlissener Hose – OGH 18.10.2017, 7 Ob 32/17g, ZfG 2017, 132

Sachverhalt

Der Kläger hat bei der Beklagten eine private Unfallversicherung abgeschlossen, bei der das Sportrisiko «Klettern, alpines Gelände ab Schwierigkeitsgrad V» mitversichert war. Die massgeblichen «Klipp-und-klar-Bedingungen» der Beklagten für die Unfallversicherung 2010 (UA00) lauten auszugsweise:

«Was ist ein Unfall? – Artikel 6.1. Ein Unfall liegt vor, wenn die versicherte Person durch ein plötzlich von aussen auf ihren Körper einwirkendes Ereignis (Unfallereignis) unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erleidet.»

Der Kläger und sein Kletterpartner durchstiegen die Eiger-Nordwand. Durch einen Sturz beim Klettern um 13.00 Uhr traten in den Kniebereichen der Hose des Klägers 2 bis 4 cm lange Risse auf und im Bereich des Oberschenkels wurde die Hose abgeschürft. Der Kläger bemerkte gegen 17.00 Uhr, als er mit seinem Kletterpartner im Bereich der «Ausstiegrisse» erneut biwakieren wollte, dass er sowohl im Kniebereich als auch bei den Füssen durchnässt war. In der Folge stellte der Kläger die Beschädigungen an seiner Hose fest. Die Beschädigungen in den Kniebereichen der Hose waren die einzige Ursache für den Feuchtigkeitseintritt. Der Kläger zog während des Biwaks in den «Ausstiegrissen» seine Schuhe nicht aus, weil er befürchtete, es könnte Schnee in die Schuhe gelangen. Gegen 4.00 Uhr des Folgetags bemerkte der Kläger, dass seine Füsse sehr kalt geworden waren. Während des Biwaks durch «Hängen im Seil» war es dem Kläger nicht möglich, seine Schuhe auszuziehen und die Füsse durch Massieren mit den Händen zu wärmen.

Der Kläger und sein Kletterpartner erreichten gegen 12.00 Uhr den Gipfel; danach stiegen sie über den Südgrat ins Tal ab. Bei dieser Klettertour erlitt der Kläger Erfrierungen an beiden Vorfüssen, die deren Amputation notwendig machten. Am Gipfel hatten der Kläger und sein Begleiter erwogen, einen Notruf an die Bergrettung abzusetzen. Dies war jedoch nicht möglich, weil die Bergsteiger keinen Empfang am Mobiltelefon hatten. Eine Rettungsaktion aus der Wand hätte wahrscheinlich – sofern überhaupt möglich – zumindest gleich lang gedauert wie der selbständige Aufstieg zum Gipfel. Ein Rückzug aus der Wand war ebenfalls keine überlegenswerte Alternative. Der Aufstieg zum Gipfel war die einzig richtige Entscheidung. Der Kläger begehrte von der Beklagten aus der Unfallversicherung die Zahlung von 135 660 Euro. Das ErstG sprach 42 360 Euro zu, das BerG wies ab.

OGH: Abweisung der Revision des Klägers und damit des Begehrens

Entsprechend Art. 6.1. der vereinbarten UA00 ist ein Unfall ein plötzlich von aussen auf den Körper der versicherten Person einwirkendes Ereignis, wodurch diese unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erleidet. Zwischen dem Unfallereignis, der Gesundheitsschädigung (Unfallereignisfolge) und dem für den Leistungsanspruch relevanten Gesundheitsschaden (Unfallfolge) muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Auch ein eigenes Verhalten kann zum Unfall beitragen, ihn sogar herbeiführen. Ein Unfall liegt bei einem Vorgang vor, der vom Versicherten bewusst und gewollt begonnen und beherrscht wurde, sich dieser Beherrschung aber durch einen unerwarteten Ablauf entzogen und nunmehr schädigend auf den Versicherten eingewirkt hat. Zur «Plötzlichkeit» des Unfalls gehört das Moment des Unerwarteten und des Unentrinnbaren. Für den Versicherten muss die Lage so sein, dass er sich bei normalem Geschehensablauf den Folgen des Ereignisses im Augenblick ihres Einwirkens auf seine Person nicht mehr entziehen kann. «Plötzlich» sind demnach all jene Ereignisse, die sich in einem sehr kurzen Zeitraum unerwartet ereignen. Es können aber auch allmählich eintretende Ereignisse unter den Begriff fallen, wenn sie nur für den Versicherungsnehmer unerwartet und unvorhergesehen waren. Ein Unfallereignis liegt damit (nur) dann vor, wenn objektiv für den betroffenen Versicherungsnehmer kein Grund bestand, mit den konkret eingetretenen Umständen zu rechnen, er davon überrascht wurde und ihnen nicht entgehen konnte.

Zu klären ist, ob der Kläger einen Unfall i.S.d. Art. 6.1. UA00 erlitten hat, was unter dem Gesichtspunkt prüfungsbedürftig ist, dass bei dessen – unzweifelhaft plötzlich aufgetretenem – Sturz ins Seil nur seine Ausrüstung beschädigt (Risse in der Hose), nicht aber der Kläger selbst verletzt wurde. Zu entscheiden ist demnach, ob das einwirkende Ereignis (auch) unmittelbar zu einer körperlichen Schädigung des Versicherten führen muss, damit das Vorliegen eines Unfalls bejaht werden kann: Zunächst lässt sich dem Wortlaut des Art. 6.1. UA00 nicht ausdrücklich entnehmen, dass das von aussen auf den Körper wirkende Ereignis auch unmittelbar zu einer körperlichen Schädigung des Versicherten führen muss. Nach der Einschätzung eines durchschnittlich verständigen Versicherungsnehmers gehört zum Vorliegen eines Unfalls grundsätzlich eine wenngleich auch nur geringfügige Verletzung des Versicherten. Im Regelfall ist also eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des Versicherten dem Unfallbegriff inhärent.

Von der Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des Versicherten als Wesensmerkmal des Unfalls

können im Einzelfall Ausnahmen geboten sein. So hat etwa der BGH in der Entscheidung II ZR 95/60 (NJW 1962, 914) einen Unfall angenommen, als der Versicherungsnehmer an einer Bergwand festsass, weil sich das Kletterseil verhängt hatte und er infolgedessen erfror. Der BGH führte dort aus, dass das äussere Ereignis nicht stets den Körper des Versicherten unmittelbar beeinträchtigen müsse. Unter besonderen Umständen könnten auch Vorgänge, die seine Ausrüstung (dort das Seil) betreffen würden, dann geeignet sein, ein Unfallereignis zu begründen, wenn es sich dabei etwa um ein unentbehrliches Fortbewegungsmittel handle, dessen Verlust den Versicherten in eine hilflose Lage bringe, im Anlassfall den Bergsteiger praktisch völlig lähme, was einem «echten» Unfall gleichzuhalten sei. Eine solche Ausnahme sei allerdings nur zu erlauben, wenn der Versicherte durch ein hinzutretendes äusseres Ereignis in seiner Bewegungsfreiheit so beeinträchtigt werde, dass er den Einwirkungen von z.B. Kälte oder Hitze hilflos ausgesetzt sei (vgl. BGH IV ZR 219/07, NJW 2008, 3644 = VersR 2008, 1683 [Unfall oder gleichwertige Lage verneint]).

Dieser Rechtsprechung ist auch auf der Grundlage des hier massgeblichen Unfallbegriffs zu folgen. Wenn gleich also das Vorliegen eines Unfalls im Regelfall eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des Versicherten voraussetzt, kann eine gleichwertige, ebenfalls zur Annahme eines Unfalls führende Situation dann vorliegen, wenn der Versicherte durch ein plötzlich von aussen auf den Körper einwirkendes Ereignis – ohne eine Verletzung am Körper – in einer wesentlichen körperlichen Funktionalität (z.B. Fortbewegungsmöglichkeit) so beeinträchtigt wird, dass er dadurch in eine hilflose Lage gerät, die dann zumindest mitursächlich für einen relevanten Gesundheitsschaden ist. Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung etwa der blossen Beschädigung von Ausrüstungsgegenständen ist durch den Unfallbegriff nicht gedeckt.

Ein Unfall im zuvor beschriebenen Sinn liegt hier nicht vor: Der Sturz des Klägers in das Kletterseil führte nämlich zu keiner Beeinträchtigung seiner körperlichen Integrität. Die aus diesem Sturz resultierende Einwirkung auf seine Ausrüstung (Hose) hat den Kläger nicht in einer wesentlichen körperlichen Funktionalität so beeinträchtigt, dass er dadurch in eine hilflose Lage geriet, konnte er doch die Klettertour fortsetzen und beenden. Es lag daher ein Unglücksfall, aber kein Unfall i.S.d. Art. 6.1. UA00 (keine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität oder gleichwertige Einschränkung der körperlichen Funktionalität) vor.

Kommentar

Wenn Österreicher sich in die extreme Höhenlage der Schweizer Bergwelt wagen, sind sie mitunter da-

für einerseits nicht ausreichend ausgerüstet; andererseits führt ihr (österreichischer) Versicherungsschutz dazu, dass ihnen bei Erleiden einer Körperverletzung schlussendlich bescheinigt wird, dass es sich um einen Unglücksfall, aber keinen Unfall gehandelt habe, weshalb sie bei Erleiden von Erfrierungen und der infolgedessen nötigen Amputation von Teilen der Füsse leer ausgehen, so OGH 28.9.2016, 7 Ob 79/16t, HAVE 2017, 207 f (Ch. Huber) bei Besteigen des Mönchs und nunmehr bei der Eiger-Nordwand. Es ist das Wesen von Erfrierungen, dass sie – im Gegensatz zu Verbrennungen (oben Schadenersatz E 4 OGH 24.10.2017, 2 Ob 45/17g) – nicht plötzlich, sondern allmählich eintreten. Der OGH hat immerhin erwogen, ausnahmsweise bei der Unfallversicherung auch bei Erfrierungen eine Ersatzleistung zuzubilligen. Unter Bezugnahme auf eine BGH-Entscheidung (II ZR 95/60, NJW 1962, 914) liegt ein einem Unfall gleichwertiger Vorgang vor, wenn der Versicherungsnehmer Erfrierungen hinnehmen muss, weil er – dort infolge des Verhängens des Seils – in eine ausweglose Lage geraten und erfroren ist. An diesem Judiz orientiert sich der OGH in der konkreten Entscheidung. Massgeblich ist aber die Wertung, die er daraus ableitet.

Dort konnte der Versicherungsnehmer sich nicht mehr fortbewegen und ist jämmerlich erfroren; im zu beurteilenden Fall konnte der Versicherungsnehmer – womöglich quietschvergnügt – seine Bergtour fortsetzen und beenden. Bei emotionaler Betrachtung sind das in der Tat zwei gänzlich unterschiedliche Fälle. Es geht indes um die Herausarbeitung von Strukturparallelen. Dass der eine erfroren und tot ist, der andere «bloss» seine Vorderfüsse verloren hat, darauf kann es nicht ankommen; das wirkt sich ohnehin bei der Höhe der Entschädigungsleistung aus. Meines Erachtens ist das *tertium comparationis* die Unentrinnbarkeit; gab es für den Versicherungsnehmer eine realistische Alternative, um der durch das Defizit von Sachen (Verhängen des Kletterseils bzw. zerschlissene Hose) verursachten Körperverletzung zu entgehen. Stellt man diesen Aspekt in den Vordergrund, unterscheiden sich die beiden Sachverhalte nicht. Nach den Feststellungen gab es keine Alternative, weder eine Rettung aus der Wand noch vom Gipfel, weil über Mobilfunk keine Verbindung möglich war. Insoweit hätten die besseren Argumente für eine Stattgebung des Begehrens gesprochen.

Urteile im Überblick

Haftpflichtrecht

Sorgfaltspflichtverletzungen bei komplizierter Geburt

Urteil des Obergerichts Kanton Zürich LB160075 vom 5. September 2017

Bei der Geburt eines Kindes kam es in einem Spital des Kantons Zürich zu schweren Komplikationen, infolge derer das Gehirn des Kindes zeitweilig mit Sauerstoff unterversorgt war. Es war eine Wassergeburt vorgesehen. Um den Geburtsvorgang zu beschleunigen, setzte die Hebamme einen sog. Amnihook ein und öffnete die Fruchtblase. Das Kind wurde daraufhin im Geburtskanal von einer Schlinge der Nabelschnur eingeklemmt, was zur Unterversorgung mit Sauerstoff führte. Mit einem Notfall-Kaiserschnitt wurde es schliesslich zur Welt gebracht. Es leidet an einer zerebralen Bewegungsstörung und hat bleibende motorische und sprachliche Defizite. Mit Klage gegen den Spital-Zweckverband machten Mutter und Kind u.a. je eine Genugtuungsforderung von mindestens CHF 40 000 resp. CHF 100 000 geltend. Die erste Instanz wies die Klage ab; das Obergericht heisst diese gut. Laut medizinischem Gutachten sei Ursache der Sauerstoffunterversorgung der Nabelschnurvorfalle und dieser hätte sich ohne Blasensprengung höchstwahrscheinlich nicht ereignet. Zudem habe es das medizinische Personal unterlassen, die notwendigen Herztonableitungen mittels CTG durchzuführen. Die Hebamme hätte dies indessen zwingend anordnen müssen. Die Unterlassung der kontinuierlichen CTG-Überwachung stelle eine elementare Sorgfaltspflichtverletzung des Spitals resp. des von diesem eingesetzten medizinischen Personals dar. Eine zweite Pflichtverletzung liege darin begründet, dass die Hebamme trotz des hochstehenden Kopfes des Kindes im Zeitpunkt der Blasensprengung überhaupt eine solche durchgeführt habe, obwohl in dieser Situation ein Arzt hätte gerufen werden müssen. Das Obergericht sprach die Genugtuungssummen zu, wies hingegen die Forderung der Mutter nach Ersatz der Kosten für die Psychotherapie ab. (pb)

Haftung für irreführende Erlangung von Bankkrediten

Urteil des Bundesgerichts 4A_285/2017 vom 3. April 2018

X. eröffnet im Namen eines ausländischen Unternehmens Bankkonten bei der Bank A. Dabei gibt er an, das Unternehmen verwalte das Vermögen eines «Private Investment Club» mit mehr als 100 Mitgliedern. Kurz darauf hinterlegt der Investor ein Portfolio von börsenkotierten Wertpapieren bei der Bank. Diese gewährt dem Investor durch die vorgenannten Sicherheiten ga-