

VERHANDLUNGEN DES ZWÖLFTEN ÖSTERREICHISCHEN  
JURISTENTAGES WIEN 1994

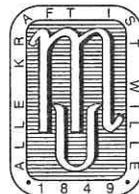
---

Band II/2

# Bürgerliches Recht

## Einheitliches Schadenersatzrecht

Referate und Diskussionsbeiträge



Wien 1995

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

**Zitiervorschlag:** 12. ÖJT Band II/2 [Seite].

Printed in Austria

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



ISBN 3-214-06476-2

96.630

finden<sup>80)</sup>. Die bisherige vertragsrechtliche Einordnung ist demgegenüber eine unbefriedigende Hilfskonstruktion, die die Grenze zwischen Delikts- und Vertragshaftung völlig verschwimmen läßt und überdies dazu führt, daß im Kern durchaus berechnete Rechtsinstitute wie die culpa in contrahendo oder der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Mißkredit gebracht worden sind.

<sup>79)</sup> Vgl. etwa BGHZ 66, 51 - "Gemüseblatt"; OGH SZ 51/111. Dazu Posch, Zur Haftung des Kaufhausunternehmers für seine Angestellten, ZfRV 1974, 165.

<sup>80)</sup> Vgl. bereits treffend Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, in Bundesminister der Justiz (Hrsg), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. I (1981) 479 (488 ff, 494); U. Huber, Leistungsstörungen, ebendort 647 (736 ff, 743). Für Österreich vgl. auch Reischauer in Rummel, ABGB<sup>2</sup> Vor § 918 Rz 14 ff, § 1313a Rz 3, der allerdings die Rechtsfigur der culpa in contrahendo insgesamt ablehnen will.

## FRAGEN DER DIENSTLEISTUNGSHAFTUNG<sup>1)</sup>

### A. Einleitung

#### I. Die bisherigen Stellungnahmen zum Vorschlag einer EG-Richtlinie über die Haftung für Dienstleistungen

Selten hat ein Vorhaben zu einer EG-Richtlinie soviel Kritik ausgelöst wie der Entwurf zu einer Richtlinie über die Haftung für mangelhafte Dienstleistungen. Eine Vielzahl von Vertretern sowohl der zivilrechtlichen Literatur als auch der betroffenen Berufsgruppen haben sich zu Wort gemeldet. Für Österreich ragt dabei die profunde Analyse von F. Bydlinski<sup>2)</sup> heraus, sodaß ich mich bei Übernahme des Referats darauf eingestellt habe, Ihnen bloß einen lauwarmen Aufguß von bereits Bekanntem liefern zu können, worüber zudem weitgehende Einigkeit herrschen werde. Es ist das Verdienst von Herrn Magnus, durch seine von F. Bydlinski nicht nur in Nuancen abweichende Beurteilung für ausreichenden Diskussionsstoff gesorgt zu haben.

In meinem Referat werde ich Stellung nehmen zu den von Herrn Magnus behandelten Fragen der Dienstleistungshaftung, ich werde aber auch eingehen auf die von ihm ausgesparten Fragen wie die des Umfangs des Schadens sowie der Verjährung. Ehe ich den wesentlichen Inhalt der Richtlinie kurz referiere, möchte ich das Meinungsspektrum dazu kaleidoskopartig darstellen. Der großen Mehrzahl negativer Stellungnahmen, vor allem zu der in der Richtlinie vorgeschlagenen Beweislastverteilung, stehen wenige positive gegenüber. Innerhalb der ablehnenden plädieren manche für ein völliges Abstandnehmen von dem Projekt, während andere bloß für die Beseitigung der ärgsten Auswüchse eintreten.

F. Bydlinski<sup>3)</sup> meint etwa, daß die Übernahme zu "nicht begründbaren und willkürlichen Differenzierungen führen" würde. Ins gleiche Horn stößt Posch<sup>4)</sup>, wenn er darauf hinweist, daß sich die Kosten für den Anbieter von

<sup>1)</sup> Die Ausarbeitung des Referats erfolgte während eines vom österreichischen Forschungsfonds gewährten Schrödinger-Stipendiums in Nürnberg. Für die Übersendung an der dortigen Fakultätsbibliothek nicht vorhandener österreichischer Literatur danke ich sehr herzlich Herrn Univ.-Ass. Mag. Dr. Raimund Bollenberger vom Institut für Zivilrecht der Universität Wien, darüberhinaus auch Herrn Stephan Dulitz, der mich während meiner Tätigkeit als Lehrstuhlvertreter an der Universität Potsdam im WS 1993/94 bei der Sammlung der deutschen Literatur unterstützt hat.

<sup>2)</sup> Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, JBl 1992, 341 ff in Deutsch/Taupitz (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 167 ff.

<sup>3)</sup> JBl 1992, 359.

<sup>4)</sup> Über "Europäisierung" und "Dekodifikation" des Privatrechts als Konsequenz der Teilnahme Österreichs am Europäischen Wirtschaftsraum, in: Ginter/Isak/Posch (Hrsg), Recht und Politik in einem größeren Europa (1993) 27.

Dienstleistungen durch den Richtlinienvorschlag auf "nicht mehr tragbare Weise verteuern" würden.

Auch die deutsche Literatur findet kaum lobende Worte. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien folgende Stimmen erwähnt: *Deutsch*<sup>5)</sup> hält den Entwurf - jedenfalls für die Arzthaftung - als "wenig geeignet" und die Beweislastverteilung zu "umfassend, lebensfremd und unjuristisch". Nach *von Craushaar*<sup>6)</sup> führt die Beweislastverteilung "für den Gläubiger zu Härten, die von der Sache her nicht gerechtfertigt sind", außerdem schieße die "Beweislastumkehr stark über das Ziel hinaus"<sup>7)</sup>. *Frietsch*<sup>8)</sup> meint, die Richtlinie sei "weder im Interesse des Verbraucherschutzes noch zur Verwirklichung des Binnenmarktes erforderlich", außerdem führe die Beweislastregel zu "unerträglichen Ergebnissen"<sup>9)</sup>. *Schiemann*<sup>10)</sup> befürchtet eine "erhebliche Minderung des erreichten Standards der Rechtskultur". *Schlund*<sup>11)</sup>, ein Senatspräsident des OLG München, drückt es deftig bayrisch aus, wenn er konstatiert, daß "der Wert der Richtlinie gegen 0" tendiere und man diese "möglichst rasch recyceln, einbetonieren oder gleich auf den Mond schießen sollte". *Kötz*<sup>12)</sup> aus Hamburg drückt sich da schon viel eloquenter aus, wenn er in Anlehnung an einen früheren österreichischen Bundeskanzler darauf verweist, daß "das alles sehr kompliziert" sei und fortfährt, daß die Richtlinie kommen werde, ohne "aus der Natur der Sache berechtigt" zu sein, da wir "gewisse Opfer auf dem Altar der europäischen Einheit" erbringen müssen.

Die wohlwollenden Stimmen betonen demgegenüber, daß die Richtlinie gegenüber dem bisherigen Standard in Deutschland kaum eine Änderung bringe, allenfalls werde die schon derzeit geltende Rechtsprechung generalisiert bzw kodifiziert<sup>13)</sup>. *Magnus*<sup>14)</sup> drückt es für das österreichische Recht noch dra-

<sup>5)</sup> Aspekte für ein europäisches Haftungsrecht - Versuch einer kritischen, dogmatischen Bestandsaufnahme. *Karlsruher Forum* 1992, 8.

<sup>6)</sup> Die Auswirkungen der Beweisregelung in der geplanten EG-Dienstleistungshaftungsrichtlinie auf das deutsche Privatrecht, *GedS-Arens* (1993) 27.

<sup>7)</sup> Ebenda 30.

<sup>8)</sup> Der europäische Vorschlag einer Haftung für Dienstleistungen, *DB* 1992, 931.

<sup>9)</sup> *Ders.* Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen im Vergleich mit der Produkthaftungsrichtlinie, in: *Littbarski* (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 63.

<sup>10)</sup> Haftung der Dienstleistungsberufe nach deutschem Recht, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 166.

<sup>11)</sup> *Karlsruher Forum* 1992, 30.

<sup>12)</sup> *Karlsruher Forum* 1992, 33.

<sup>13)</sup> *Giesen* (Zur Annäherung von Arzthaftung und Dienstleistungshaftung in Deutschland und Europa, *JR* 1991, 491) findet die Aufregung der Ärzteschaft unverständlich, denn was gefordert werde, entspreche ohnehin schon dem derzeitigen Stand der deutschen Rechtsprechung. Ähnlich auch *Brüggemeier* (Der Vorschlag einer EG-Richtlinie im Lichte des deutschen und schweizerischen Schuldrechts, *ZSR* 1993, 427), der feststellt, daß die Richtlinie aus der Perspektive des deutschen Rechts wenig Neues bringe, immerhin (430) die Generalisierung der Grundsätze zur Produzentenhaftung. Der Tendenz nach ebenso *Schlechtriem* (Außervertragliche Haftung für Bearbeitungsschäden und weiterfressende Mängel an Bauwerken, *ZfBR* 1992, 105), der den Kritikern zu bedenken gibt, ob die Richtlinie nicht bloß das festschreibe.

stischer aus: "Für die Dienstleistungshaftung besteht für Österreich kein Anpassungsbedarf an die mögliche europäische Regelung."

So heftig umkämpft der Richtlinienentwurf somit ist, so finden sich doch zumindest die Gegner in einer Lage, die der des Don Quichotte nicht unähnlich ist. Da der Vorschlag zu einer Dienstleistungshaftungsrichtlinie nämlich zurückgezogen worden ist, können sie derzeit mangels wirklicher Feinde bloß gegen Windmühlen kämpfen. Freilich ist Vorsicht insofern am Platz, als selbst bei Verbrennen des Projekts wir aus der Mythologie wissen, daß der Vogel Phoenix aus der Asche, wenn schon nicht aus dem Nichts emporgestiegen ist.

Mag auch die im folgenden zu besprechende Richtlinie in dieser Form vom Tisch sein, so sind sich alle Autoren darüber einig, daß die geplanten Sonderrichtlinien für den Arzt- und Baubereich<sup>15)</sup> sowie die rechtsberatenden Berufe<sup>16)</sup> ähnlichen Prinzipien folgen könnten. *Taupitz*<sup>17)</sup> hat diese Tendenz in der Weise auf den Punkt gebracht, daß es bisher noch keinen Vorschlag der Kommission gibt, der nicht zu irgendeinem Zeitpunkt in irgendeiner Form doch realisiert worden ist.

Abgesehen von dieser je nach Standpunkt sich ergebenden Chance oder Gefahr ist es aber gleichwohl sinnvoll, sich mit Fragen der Dienstleistungshaftung zu beschäftigen, weil - um einen im Haftpflichtrecht geläufigen Begriff zu verwenden - "gelegentlich" dieser Befassung man Reformbedürfnisse des nationalen Rechts aufdecken kann<sup>18)</sup>. Gerade diese Ambivalenz zeichnet ja auch die Themenstellung der Abteilung für bürgerliches Recht<sup>19)</sup> aus.

Ehe aber auf die Vorzüge und Kritikpunkte der Dienstleistungsrichtlinie eingegangen wird und deren Auswirkungen bei Umsetzung ins österreichische Recht erörtert werden, sind deren wichtigste Regelungen zunächst kurz zu referieren.

was nach der deutschen Rechtsprechung auch schon bisher Standard bei Fehlern in der beherrschbaren Sphäre sei.

<sup>14)</sup> Einheitliches Schadenersatzrecht - Reformüberlegungen für das österreichische Haftpflichtrecht, *Gutachten* zum 12. ÖJT (1994) 83.

<sup>15)</sup> *Littbarski*, Bemerkungen zur Notwendigkeit einer EG-Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen, in: *Littbarski* (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 106; *von Craushaar*, *GedS-Arens* (1993) 20; *Brüggemeier*, *ZRS* 1993, 419. Am weitesten gediehen dürften bisher die Vorarbeiten zu einer Sonderrichtlinie im Baubereich sein, in der Haftungsfragen zusammen mit Versicherungs- und Garantiefragen geregelt werden sollen.

<sup>16)</sup> *Hübner*, Zur Haftungssituation im Dienstleistungsbereich in Deutschland und Frankreich, in: *Littbarski* (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 26.

<sup>17)</sup> Europarechtliche Rahmenbedingungen des Vorschlags für eine Dienstleistungsrichtlinie, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 2 ff.

<sup>18)</sup> So auch *F. Bydliński*, *JB* 1992, 347.

<sup>19)</sup> Vgl die idente Themenstellung in der Untersuchung von *F. Bydliński*, *JB* 1992, 341 ff sowie auf dem *Karlsruher Forum* 1992.

## B. Der zentrale Inhalt des Entwurfs der Dienstleistungs- haftungs-Richtlinie

### I. Die erfaßten Dienstleistungen (Art 2 und 3)

Anstelle der Definition in Art 2 und 3 sollen zur Veranschaulichung die von der Dienstleistungsrichtlinie betroffenen Gruppen aufgezählt werden. Zu nennen sind Ärzte, Bauunternehmer und Architekten, Transporteure, weiters Handwerker wie etwa Reparatur- oder Reinigungsbetriebe, darüberhinaus Unterrichtseinrichtungen verschiedenster Art und Fremdenverkehrsunternehmen, insoweit nicht die Pauschalreiserrichtlinie als *lex specialis* gilt.

Eine negative Abgrenzung ergibt sich insoweit, als von der Richtlinie die Leistungen nicht erfaßt sein sollen, die nach Art 2 Abs 1 nicht unmittelbar und ausschließlich auf die Übertragung dinglicher Rechte gerichtet sind. *F. Bydliński*<sup>20)</sup> hat ganz zutreffend darauf hingewiesen, daß es für das Haftungsregime aber bloß auf die reale Sphäre ankommen, aber keinen Unterschied machen sollte, ob eine Sache bloß verleast oder unter Eigentumsvorbehalt verkauft werde. Entscheidend kann somit bloß sein, ob sich die Dienstleistung auf die Übertragung einer körperlichen Sache beschränkt oder darüberhinaus geht.

Des weiteren weist *F. Bydliński*<sup>21)</sup> zutreffend darauf hin, daß das Schutzbedürfnis des Dienstleistungsempfängers ganz gleich sei, ob er bei Erbringung einer Dienstleistung einen Schaden erleide oder durch pflichtwidriges Unterlassen derselben. Das erläutert er an zwei Beispielen: Es sei nicht einzusehen, warum es haftungsrechtlich einen Unterschied machen solle, ob ein Patient stirbt, weil der Chirurg ein Utensil im Bauch vergessen oder die erforderliche Operation pflichtwidrig unterlassen habe. Als weiteres, weniger drastisches Beispiel nennt er einen Hausverwalter, der damit betraut ist, ein Haus winterfest zu machen. Für den Eigentümer des Hauses ist es gleichgültig, ob der Hausverwalter dabei schlampig vorgegangen ist oder gar nichts unternommen hat, wenn in beiden Fällen eine eingefrorene Wasserleitung die Folge ist.

### II. Die ersatzfähigen Schäden (Art 1 und 4)

Ersatzfähig sind nach der Dienstleistungshaftungsrichtlinie Beeinträchtigungen an den absolut geschützten Rechtsgütern Leib und Leben einerseits sowie Eigentum andererseits. Hinsichtlich des Eigentums sind aber gleich wie bei der Produkthaftung lediglich solche Sachen erfaßt, die ihrer Beschaffenheit nach der privaten Nutzung dienen und auch privat genutzt werden.<sup>22)</sup>

<sup>20)</sup> JBI 1992, 355.

<sup>21)</sup> JBI 1992, 355.

<sup>22)</sup> *Heinemann*. Auf dem Weg zur europäischen Dienstleistungshaftung, ZIP 1991, 1194.

Ausgeklammert sind allerdings die reinen Vermögensschäden. Das sind die Vermögensverminderungen, die beim Geschädigten ohne Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes eintreten, somit Fehldispositionen oder entgangener Gewinn.

Aufgrund dieser Einschränkung der ersatzfähigen Schäden sind die rechtsberatenden und vermögenssorgenden Berufe wie Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftstreuhänder, Banken und Versicherungen vom Anwendungsbereich *de facto* ausgenommen, weil die Schäden, die durch deren Fehlverhalten entstehen, sich eben im bloßen Vermögen niederschlagen, typischerweise aber nicht zur Beeinträchtigung eines absolut geschützten Rechtsgutes führen. Der Verlust eines Prozesses oder eine schlechte Vermögensanlage vermindert bloß das Vermögen des Kunden, greift aber weder in seine körperliche Integrität noch in die seines Eigentums ein. Daß ein Klient bei Betreten einer Anwaltskanzlei oder einer Bankfiliale wegen des unzureichend gesicherten frisch gebohnerten Fußbodens ausrutscht und sich eine Körperverletzung zuzieht oder dabei Schaden an seiner Kleidung erleidet, kommt zwar vor und wird insoweit von der Richtlinie erfaßt, solche Schäden zählen aber bei diesen Berufen zu den raren Ausnahmen.

### III. Die Ersatzpflichtigen (Art 3) und Ersatzberechtigten (Art 4)

Von der verschärften Haftung nach der Richtlinie sind bloß selbständige Unternehmer und die öffentliche Hand erfaßt, nicht aber Dienstnehmer<sup>23)</sup>. Das ist deshalb besonders hervorzuheben, weil die Richtlinie deliktisch konzipiert ist<sup>24)</sup>. Nach allgemeinem Deliktsrecht haften Dienstnehmer bei Schädigung absolut geschützter Güter, wie hier dem Eigentum an privat genutzten Sachen sowie der Person, dem Geschädigten nämlich unabhängig von dem Vertragsverhältnis zwischen ihrem Dienstgeber und dem Abnehmer der Dienstleistung. Diese Beschränkung der Haftung ist zu befürworten, haben doch Dienstnehmer in aller Regel ohnehin Regreßansprüche gegen ihren Dienstgeber, der den Schaden somit letztlich zur Gänze oder doch überwiegend zu tragen hat. Solche können freilich dann nicht durchgesetzt werden, wenn der Dienstgeber insolvent geworden ist, sodaß insoweit ein Restrisiko beim Dienstnehmer verbleibt. Durch die Dienstleistungshaftungsrichtlinie wird dieses erst gar nicht zum Entstehen gebracht.

Anspruchsberechtigt sind nicht nur der Vertragspartner, sondern sämtliche Dritte, die durch die Dienstleistung einen Schaden an ihrer Person oder an ihren privat genutzten Sachen erleiden. Vorbild war die aus der Produkthaftung geläufige Einbeziehung des innocent bystanders.

<sup>23)</sup> *Frietsch*, DB 1992, 932; *Brüggemeier*, ZRS 1993, 423.

<sup>24)</sup> *Heinemann*, ZIP 1991, 1193.

#### IV. Sorgfaltsmaßstab (Art 1 Z 3)

Die Richtlinie beurteilt in Art 1 Abs 3 den maßgeblichen Sorgfaltsmaßstab danach, "ob das Verhalten des Dienstleistenden unter normalen und vorhersehbaren Bedingungen die Sicherheit gewährleistet, die berechtigterweise erwartet werden kann". Diese auch in der Produkthaftungsrichtlinie verwendete Formel deckt sich meines Erachtens mit der gängigen Definition der objektiven Fahrlässigkeit als der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.

*Frietsch*<sup>25)</sup> hat daran kritisiert, daß in der Richtlinie zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden nicht unterschieden werde<sup>26)</sup>. Diese aus der französischen Dogmatik erklärbare Begriffsbildung, wo unter dem Terminus der "fante" Rechtswidrigkeit und Verschulden zusammengefaßt werden<sup>27)</sup>, ist aus der Sicht des österreichischen Rechts kaum von Bedeutung, kann sich doch der Sachverständige, um dessen Haftung es im Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließlich geht, auch nach § 1299 ABGB nicht dadurch exkulpieren, daß gerade er nicht über die Kenntnisse verfüge, wie sie von einem durchschnittlichen Sachverständigen erwartet werden. Im Rahmen der Sachverständigenhaftung ist das rechtswidrige Verhalten somit praktisch immer auch verschuldet, sieht man von ausgerissenen Ausnahmefällen ab, daß der Chirurg bei einer Operation ein nicht vorhersehbares black out hat<sup>28)</sup>.

Weiters ist an diesem Sorgfaltsmaßstab bemängelt worden, daß er zu undifferenziert sei<sup>29)</sup>. Inwieweit diese Formel weniger flexibel sein soll als die gängige Fahrlässigkeitsdefinition von "der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt"<sup>30)</sup> vermag ich nicht zu erkennen. Vielmehr ist meines Erachtens ein in mehrerer Hinsicht sehr anpassungsfähiger Maßstab formuliert<sup>31)</sup>. Welcher Standard von einem Dienstleistungsunternehmen zu erwarten ist, wird bei einer identen Dienstleistung, etwa der Reparatur eines Autos in einer deutschen Großstadt anders zu beurteilen sein als in einem griechischen Bergdorf. Es ergibt sich somit zunächst einmal eine geographische Differenzierung<sup>32)</sup>.

<sup>25)</sup> in: Littbarski (Hrsg). Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 60.

<sup>26)</sup> So auch von Bar. Neues Haftungsrecht durch die Europäische Gemeinschaft. Die Verschuldens- und die Gefährdungshaftung des deutschen Rechts und das haftungsrechtliche Richtlinienrecht der EG, FS-Lange (1992) 378.

<sup>27)</sup> *Heinemann*, ZIP 1991, 1197; *Deutsch*, Karlsruher Forum 1992, 9.

<sup>28)</sup> Beispiel von *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>2</sup>, § 1299 Rdz 5.

<sup>29)</sup> *Frietsch*, DB 1992, 933; *Schiemann*, in: Deutsch/Taupitz (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 163.

<sup>30)</sup> *Deutsch*, Karlsruher Forum 1992, 10.

<sup>31)</sup> Verviesen sei etwa auch darauf, daß die Anforderungen an die Gutgläubigkeit in § 367 ABGB und § 366 HGB von der Rechtsprechung unterschiedlich ausgelegt werden, je nachdem, ob es um den gutgläubigen Erwerb eines Kaufmanns oder eines Verbrauchers geht. Vgl auch jüngst *Koziol*. Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 216, der meines Erachtens zutreffend die Haftung unentgeltlich Leistender nicht in der Weise herabsetzen will, daß er sie für leichte Fahrlässigkeit nicht haften lassen will, sondern für sie einen mildereren Haftungsmaßstab zugrundelegt. Vgl dazu auch Punkt D. II.

<sup>32)</sup> *Steffen*, Karlsruher Forum 1992, 21; *Taupitz*, Karlsruher Forum 1992, 31 unter Hinweis auf

Darüberhinaus ist aber auch eine qualitative Abstufung gegeben, je nachdem, wie man die Sachverständigeneigenschaft definiert. Soll die Sorgfalt eines Technikers zugrundegelegt werden oder die eines bestimmten Technikers, etwa eines Statikers; oder ist die Spezifizierung noch weiter zu verfeinern bis zu der eines Statikers, der auf Großstaudämme spezialisiert ist<sup>33)</sup>. Ungeachtet der deliktischen Konzeption der Richtlinie kann für die Präzisierung dieses Maßstabs der zwischen dem Dienstleistenden und seinem Kunden abgeschlossene Vertrag eine Hilfe darstellen<sup>34)</sup>; ob dieser Maßstab auch bei Schädigung eines beliebigen Dritten, der seinen Schadenersatzanspruch gleichfalls auf die Richtlinie stützen kann, heranzuziehen ist, liegt dagegen weniger auf der Hand<sup>35)</sup>.

#### V. Beweislastverteilung (Art 1 und 5)

Der Kristallisationspunkt, an dem sich in Deutschland und Österreich die meiste Kritik entzündet hat, ist die Beweislastverteilung. Auch wenn darauf noch ausführlich einzugehen sein wird, so sei sie an dieser Stelle schon in Grundzügen dargestellt. Dem Geschädigten wird die Beweislast für den Schaden und die Kausalität in bezug auf die Erbringung der Dienstleistung zugewiesen, dem Schädiger hingegen die Entlastung in bezug auf die Rechtswidrigkeit und das Verschulden auferlegt. Nach dem Wortlaut der Art 1 und 5 ist das nicht ohne weiteres zu entnehmen, ist dort nämlich bloß von einer Beweislastumkehr für das Verschulden die Rede, das aber in Anlehnung an den französischen Begriff der "fante" die Rechtswidrigkeit mit einschließt.

Das Zusammenfallen von Rechtswidrigkeit und Verschulden wäre an sich noch nichts Sensationelles. Diese Beweislastverteilung hat jedoch weiters zur Folge, daß allein schon aufgrund der Kausalität der Erbringung der Dienstleistung für den Schaden, also unabhängig von irgendeinem Indiz einer fehlerhaften Erbringung, der Dienstleistungsunternehmer haftet, wenn es ihm nicht gelingt, sich zu entlasten. Für folgende Tatbestandsmerkmale wird dem Dienstleistungsunternehmer die Beweislast somit auferlegt: Für die tatsächlichen Voraussetzungen, daß kein Sorgfaltsverstoß vorlag, daß dieser nicht kausal war, keine Adäquanz oder kein Rechtswidrigkeitszusammenhang gegeben war. Kann der Dienstleistungsunternehmer das Nicht-Vorliegen der tat-

die Spannweite des Verbraucherbegriffs vom pathologisch dummen bis zum mündigen Verbraucher. Rechtstatsächlich dürfte es zutreffen, daß dem durchschnittlichen Verbraucher nicht allzu viel Mündigkeit unterstellt werden darf, ob allerdings eine soziale Marktwirtschaft, die auf dem Prinzip des Wettbewerbs einigermaßen gleich starker Teilnehmer beruht, ausreichend funktioniert, wenn rechtliche Standards nach den Verbrauchern formuliert werden, die eher an der Grenze zur pathologischen Dummheit als der zur Mündigkeit liegen, muß bezweifelt werden.

<sup>33)</sup> Vgl dazu *F. Bydinski*, JBl 1992, 344.

<sup>34)</sup> So auch (deutsche) Bundestagsdrucksache 12/180, 11.

<sup>35)</sup> *Heinemann*, ZIP 1991, 1199.

sächlichen Voraussetzungen eines dieser Tatbestandsmerkmale beweisen, ist er von der Haftung befreit.

Folgende Beispiele mögen illustrieren, was gemeint ist: Laboriert eine Person nach einem Gasthausbesuch an einer Magenverstimmung, hat sich der Wirt zu entlasten, weil es ohne Nahrungsaufnahme nicht zu einer Magenverstimmung gekommen wäre. Entsprechendes gilt für einen Handwerker, der in ein Haus eine Gasheizung eingebaut hat, die Jahre später explodiert, was zur Folge hat, daß das ganze Haus in die Luft fliegt. Wiederum haftet der Unternehmer bis zur Entlastung, weil es ohne Einbau der Gasheizung zu keiner Gasexplosion kommen hätte können, eine Verursachung zwischen der Erbringung der Dienstleistung und dem Schadenseintritt somit eindeutig gegeben ist. Was jedoch nach der Richtlinie nicht verlangt wird, das ist irgendein Anhaltspunkt, daß der Dienstleistungsunternehmer seine Leistung mangelhaft erbracht hat oder ein Fehler aus der von ihm beherrschbaren Sphäre rührt.

## VI. Zwingende Regelung - keinerlei Abdingbarkeit der Haftung (Art 7)

Nach Art 7 ist das Haftungsregime der Richtlinie zwingend, kann somit nicht durch Parteienvereinbarung zu Lasten des Verbrauchers abgeändert werden, weder durch allgemeine Geschäftsbedingungen noch durch Individualvereinbarung.

## VII. Präklusion und Verjährung der Ansprüche (Art 9 und 10)

Hinsichtlich der Durchsetzbarkeit der Ansprüche ordnet Art 9 an, daß auf die Richtlinie gestützte Schadenersatzansprüche jedenfalls innerhalb von 5 Jahren erlöschen, sofern nicht bis dahin eine Klage eingebracht worden ist. Für den Baubereich gilt demgegenüber eine Frist von 20 Jahren.

Neben dieser absoluten Frist wird in Art 10 eine relative angeordnet, die 3 Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger läuft. Dies entspricht im wesentlichen § 1489 ABGB. Auch diese relative Frist erfährt eine Verlängerung, soweit es sich um die Planung oder Errichtung von Bauwerken handelt, nämlich von 3 auf 10 Jahre.

## C. Absicht der Kommission

### I. Seitenstück zur Produkthaftung - Dienstleistungen als eigenständiger (normativer) Begriff

Nach dem Erfolg bei der Produkthaftung, der sich unter anderem daraus ableiten läßt, daß entsprechende Gesetze auch außerhalb der EG erlassen wurden, sollte als konsequente Fortführung die Haftung bei Dienstleistungen vereinheitlicht werden. Ausgangspunkt mag dabei die Überlegung gewesen sein, daß die wirtschaftliche Bedeutung von Dienstleistungen stetig zunimmt. Schon derzeit ist ihr Anteil in der EU am Bruttoinlandsprodukt höher als der der Warenproduktion<sup>36)</sup>. Diese Verlagerung zugunsten der Dienstleistungen hat sich im Laufe der Zeit verstärkt<sup>37)</sup>; und das gilt in umso höherem Ausmaß, je entwickelter ein Staat ist. Beträgt in den USA und Japan der Dienstleistungsanteil bereits mehr als 2/3, soll sich nach der These von Clark/Fourastier eine Verlagerung der Gewichte derart ergeben, daß auf Landwirtschaft und Industrie in Zukunft nur noch jeweils 10 %, auf den Dienstleistungssektor jedoch 80 % entfallen werden.

So folgerichtig daher die Schaffung eines zur Produkthaftung parallelen vereinheitlichten Haftungsregimes bei ökonomischer Betrachtung war, so stellt sich doch die Frage, ob dieser volkswirtschaftlichen Unterscheidung eine normative entspricht, die für eine haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Warenherstellung und Dienstleistungen spricht<sup>38)</sup>.

Dafür können durchaus plausible Beispiele geliefert werden: So leuchtet es wenig ein, daß ein Geschädigter, der einen Unfall erleidet, weil sich ein Reifen seines Autos während der Fahrt selbständig gemacht hat, nur dann unabhängig vom Verschulden des verantwortlichen Unternehmers Ersatz verlangen kann, wenn das bei der Montage im Zuge der Herstellung erfolgte, nicht aber im Rahmen einer Reparatur oder Instandsetzungsmaßnahme<sup>39)</sup>. Desgleichen ist es einem Geschädigten schwer begreiflich zu machen, daß es haftungsrechtlich einen Unterschied machen soll, ob ein Feuchtigkeitsschaden nach Einbau von Rohren daher rührt, daß das vom Installateur verwendete Material mangelhaft war oder ob der Installateur das fehlerfreie Material schlampig eingebaut hat<sup>40)</sup>.

Die Kommission bejahte aufgrund solcher durchaus einleuchtender Beispiele das Erfordernis einer uniformen Haftungsregelung für sämtliche Dienst-

<sup>36)</sup> (Deutsche) Bundestagsdrucksache 12/180, 9.

<sup>37)</sup> Deutsch, Einheitliche Dienstleistungshaftung in Europa, ZRP 1990, 454.

<sup>38)</sup> Dagegen F. Bydlinki, JBI 1992, 341; Herber, Auswirkungen des Entwurfs einer EG-Dienstleistungsrichtlinie auf das Transportrecht, VersR 1992, 1166.

<sup>39)</sup> Beispiel von Schiemann (in: Deutsch/Taupitz/Hrsg., Haftung der Dienstleistungsberufe 1993, 153) und Magnus (Gutachten 61) sowie ein ähnliches auch bei Schlechtriem (ZfBR 1992, 104) und Kretschmer (Bemerkungen zum EG-Richtlinienvorschlag über die Haftung für Dienstleistungen, PHI 1991, 66).

<sup>40)</sup> Beispiel von Reindl, Karlsruher Forum 1992, 39.

leistungen und sah ursprünglich wie bei der Produkthaftung auch bei der Dienstleistungshaftung eine vom Verschulden unabhängige Gefährdungshaftung vor<sup>41)</sup>. Auch meinte man, daß bei der Dienstleistungshaftung die Schutzbedürftigkeit des Kunden noch größer sei, weil einerseits Dienstleistungen nicht in standardisierter Form erbracht werden, sodaß anders als bei in Massenerzeugung hergestellten Gütern ein Vergleich fehlerhafter Stücke mit fehlerfreien nicht möglich sei. Andererseits sei nach Erbringung der Dienstleistung überhaupt nichts mehr vorhanden, diese habe sich quasi in Luft aufgelöst, sodaß der Nachweis eines Fehlers sehr schwierig sei<sup>42)</sup>.

Dieser Einschätzung wurde in mehrerlei Hinsicht widersprochen: Einerseits gibt es Dienstleistungen, bei denen sich der Fehler auch nach deren Erbringen manifestiert, so wenn etwa ein Haus nach einem fehlerhaften Plan eines Architekten einstürzt<sup>43)</sup>, während nach Explosion einer Mineralwasserflasche von dem fehlerhaften Produkt kaum mehr etwas vorhanden ist. Neben dieser Äußerlichkeit wurde aber betont, daß bei der Dienstleistungshaftung zwischen dem Erbringer und dem Abnehmer typischerweise eine vertragliche Beziehung bestehe, wodurch der Schutz des Kunden wesentlich weitergehend sei. Auch werden Dienstleistungen nicht in anonymer Massenproduktion hergestellt, sondern vielmehr unter Aufsicht und nach Spezifikation des Kunden, weshalb die Beweisnot hinsichtlich des Nachweises eines Fehlers geringer sei<sup>44)</sup>. Dagegen kann man freilich einwenden, daß der Kunde nicht immer zu einer wirksamen Überwachung der Erbringung der Dienstleistung in der Lage ist, so wenn etwa ein Patient bei einer Operation zwar persönlich zugegen ist, aber während des Eingriffs - hoffentlich - unter Narkose liegt.

Auch wurde kritisiert, daß das primäre Anliegen der Erhöhung der Sicherheit von Dienstleistungen<sup>45)</sup> durch Verschärfung der Haftung nicht erreicht werde<sup>46)</sup>, dies vielmehr durch die Instrumente der Anhebung der Sicherheitsstandards oder der Aufsichts- bzw der Standesrechte<sup>47)</sup> zu erzielen sei. Diesbezüglich ist es aber durchaus nachvollziehbar, daß diese Bereiche sich weniger leicht vereinheitlichen lassen<sup>48)</sup>. Trifft es zu, daß die Maßnahmen zur Erhöhung der Sicherheit verstärkt werden, wenn der Erbringer der Dienstleistung

<sup>41)</sup> *Skaupy*, Der Vorschlag einer EG Richtlinie für die Haftung bei Dienstleistungen, BB 1991, 2023; *Frietsch*, DB 1992, 929; *Hübner*, in: Littbarski (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 26.

<sup>42)</sup> (Deutsche) Bundestagsdrucksache 12/180, 2, 10.

<sup>43)</sup> Ebenso *Heinemann* (ZIP 1991, 1204), der solche Dienstleistungen als sachbezogene bezeichnet.

<sup>44)</sup> *Frietsch*, DB 1992, 935; ders, in: Littbarski (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 59.

<sup>45)</sup> (Deutsche) Bundestagsdrucksache 12/180, 2; *Giesen*, JR 1991, 491; Littbarski, in: Littbarski (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 98; *Brüggemeier*, ZRS 1993, 425.

<sup>46)</sup> *Frietsch*, DB 1992, 935.

<sup>47)</sup> *Schiemann*, in: Deutsch/Taupitz (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 140.

<sup>48)</sup> *Goyens*, in: Littbarski (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 118.

einer strengeren Haftung unterliegt, dann stellt die Verschärfung der Haftung über den Transmissionsriemen des Präventionseffekts wohl in der Tat den mittelfristig erfolgversprechendsten Ansatz zur Anhebung und EU-weiten Vereinheitlichung der Dienstleistungssicherheit dar.

Das gilt jedenfalls insoweit, als dadurch für die potentiell Ersatzpflichtigen ein Anreiz zu wirksameren Sicherungsmaßnahmen geschaffen wird. Wird die Haftung allerdings soweit verschärft, daß auch für nicht beherrschbare Risiken einzustehen ist, sodaß der Anbieter von Dienstleistungen in jedem Fall eine Haftpflichtversicherung abschließen muß, deren Prämien er auf den Kunden überwälzen wird, ist eine alloкатive Wirkung nur noch insoweit gegeben, als der Haftpflichtversicherer über die Prämiengestaltung den Dienstleister dazu verhält, das Entstehen von Schäden möglichst zu vermeiden.

Konnte die Kommission bei Schaffung einer einheitlichen Produkthaftung auf eine langjährige Diskussion in der Literatur sowie eine praeter legem betriebene Fortentwicklung des positiven Rechts durch die Rechtsprechung zurückgreifen, waren bei der Dienstleistungshaftung keine solchen Vorarbeiten vorhanden<sup>49)</sup>, ja die Dienstleistungshaftung existiert in den einzelnen Staaten als eigener Begriff gar nicht<sup>50)</sup>. Handelt es sich bei der Produkthaftung um einen relativ abgegrenzten Bereich, weist die Dienstleistungshaftung auch insofern größere Probleme auf, als die betroffenen Kreise vielschichtiger sind<sup>51)</sup> und auch ein Eingriff in das Vertragsrecht die Folge ist<sup>52)</sup>.

## II. Wettbewerbsvereinheitlichung und/oder Verbraucherschutz durch Rechtsangleichung

Die Anhebung der Sicherheitsstandards bei Dienstleistungen ist aber nicht Selbstzweck, vielmehr werden damit zwei Ziele verfolgt, nämlich die Herstellung möglichst gleicher Wettbewerbsbedingungen sowie eine Verbesserung des Verbraucherschutzes. Der Verbraucherschutz ist dabei nicht bloß ein Reflex der Schaffung möglichst gleicher Wettbewerbsbedingungen; wie sich aus der Auswahl der geschützten Rechtsgüter, nämlich Personenschaden und Sachschäden bloß an privat genutzten Sachen zeigt<sup>53)</sup>, hat er durchaus einen ei-

<sup>49)</sup> *Heinemann*, ZIP 1991, 1193.

<sup>50)</sup> *Ottmann*, Binnenmarkt 1999: Das ungeklärte Schicksal des Vorschlages für eine Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen bzw eine Sonderrichtlinie für das Bauwesen, FWW 1993, 32.

<sup>51)</sup> Nach *Schiemann* (in: Deutsch/Taupitz/Hrsg/, Haftung der Dienstleistungsberufe/1993/162 f) ist die unterschiedliche fachliche und kulturelle Prägung eines Arztes oder Heizungsinstallateurs offensichtlich. Sosehr man dem zustimmen muß, liegt damit meines Erachtens noch nicht auf der Hand, welche rechtliche Folgerung daraus zu ziehen sein soll. Der Sorgfaltsmaßstab ist meines Erachtens jedenfalls flexibel genug formuliert, um die unterschiedlichen berechtigten Erwartungen unter einen Hut zu bringen.

<sup>52)</sup> *Herber*, VersR 1992, 1165.

<sup>53)</sup> Bei Betonung des Wettbewerbsgedankens wäre es konsequent, auch unternehmerisch genutzte Sachen in das einheitliche Haftungsregime einzubeziehen.

genen Stellenwert<sup>54</sup>). Es geht um die Erweiterung des zwingenden Rechts, weil sich der Verbraucher typischerweise in einer unterlegenen Position befindet. Nicht zu folgen ist daher *Littbarski*<sup>55</sup>, der unter Hinweis darauf, daß Dienstleistungen häufig durch mittelständische Unternehmen erbracht werden, eine geringere Schutzbedürftigkeit als bei der Produkthaftung annimmt. Die Unterlegenheit von Otto Normalverbraucher oder Lieschen Müller unterscheidet sich bei Inanspruchnahme von Transport-, Arzt- oder Baudienstleistungen kaum von der beim Erwerb beweglicher Sachen<sup>56</sup>.

### III. Kompetenz: Aktuelles Bedürfnis - Kopfgeburt - Weichenstellung für die Zukunft

Es ist vielfach die Kompetenz der Gemeinschaft nach Art 100a EGV angezweifelt worden<sup>57</sup>. Für die hier interessierende Frage teile ich den pragmatischen Standpunkt von *Magnus*<sup>58</sup>, daß eine solche Richtlinie nicht an kompetenzrechtlichen Gründen scheitern würde.

Eine davon zu unterscheidende Frage ist die nach der sachlichen Berechtigung der Regelung. Von den Gegnern wird ins Treffen geführt, daß 90 - 95 % der Dienstleistungen regional oder im grenznahen Bereich<sup>59</sup> erbracht werden. Man verweist etwa darauf, daß man dort zum Arzt gehe, wo man krank sei<sup>60</sup>; und wir von einer internationalen Konkurrenz bei ärztlichen Dienstleistungen noch Lichtjahre entfernt seien<sup>61</sup>. Diesbezüglich ist aber gerade vom Standort Wien gut zu beobachten, wieviele Österreicher sich ihre Zähne in Ödenburg oder Budapest<sup>62</sup> reparieren lassen, was von *Gaidzik*<sup>63</sup> zutref-

<sup>54</sup> *Deutsch*, Karlsruher Forum 1992, 5.

<sup>55</sup> in: *Littbarski* (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 104.

<sup>56</sup> So auch *Goyens*, in: *Littbarski* (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 114.

<sup>57</sup> *Redeker*, Verschärfung des EG Haftungsrechts. Auswirkungen auf die Krankenhäuser, Das Krankenhaus 1991, 232; *Skaupy*, BB 1991, 2022.

<sup>58</sup> Gutachten 49.

<sup>59</sup> *Kretschmer*, in: *Littbarski* (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 116; *Littbarski*, in: *Littbarski* (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 104. Zu bedenken ist aber, daß für kleinere Staaten der grenznahe Bereich reziprok zu ihrer Kleinheit sehr groß ist. Welcher Bereich als grenznah anzusehen ist, kann denn auch nicht absolut gesagt werden, sondern hängt von der Raschheit und den Kosten des Transportmittels, vor allem in Relation zur Kostenersparnis gegenüber der Inanspruchnahme einer innerstaatlichen Dienstleistung ab.

<sup>60</sup> *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz*, Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 166.

<sup>61</sup> *Schlund*, Karlsruher Forum 1992, 28.

<sup>62</sup> Ist Ungarn auch nicht Mitglied der EU, so zeigt dieses Beispiel, das sich auf die Anfertigung von Brillen, Friseur- und andere Dienstleistungen erstrecken ließe, doch deutlich, daß der grenzüberschreitende Dienstleistungsverkehr mehr ist als eine Schimäre.

<sup>63</sup> Der EG-Richtlinienentwurf über die Haftung bei Dienstleistungen - Eine medizinrechtliche

find als Dentaltourismus bezeichnet worden ist, dem seit dem Gesundheitsreformgesetz auch eine zunehmende Zahl von deutschen Staatsbürgern huldigen. Da sieht man, wie rasch selbst Lichtjahre vergehen.

Auch wird darauf verwiesen, daß die Reparaturwerkstätte in Nürnberg nicht mit der in Manchester konkurriere. So zutreffend das ist, so ist dem entgegengehalten worden, daß der deutsche Tourist bei einem Unfall in Spanien und Durchführung der Reparatur in Barcelona gerne den gleichen haftungsrechtlichen Standard wie in Düsseldorf hätte. Insofern ist die sachliche Legitimation zur Vereinheitlichung der Dienstleistungshaftung eher mit dem Verbraucherschutzgedanken als dem Ziel der Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen zu begründen<sup>64</sup>. Wenn man allerdings darauf verweist, daß kein Unternehmer den Standort seiner Niederlassung nach dem Haftungsregime auswähle<sup>65</sup>; und dies auch für den Verbraucher kein ausschlaggebender Grund für die Auswahl dieses oder jenes Unternehmens sei, so wird wohl Entsprechendes für die Produkthaftung zutreffen, deren Legitimation zu einheitlicher Regelung aber nicht in Frage gestellt wird.

Summa summarum wird man zugestehen müssen, daß die Schaffung eines einheitlichen Haftungsregimes keinem aktuellen Bedürfnis entspricht. Die pejorativ verwendete Bezeichnung "Kopfgeburt"<sup>66</sup> kann aber durchaus auch positiv gewendet werden. Es stellt sich nämlich die Frage, ob ein Gesetzgeber stets ein unter den Nägeln brennendes Bedürfnis abwarten muß, ehe er einschreitet, oder ob es nicht auch legitim sein kann, Weichen für die Zukunft zu stellen. In diesem Sinn ist es sicherlich ein - wenn auch bescheidener - Beitrag zur gewünschten Mobilität der EU-Bürger<sup>67</sup>, wenn es bei den Dienstleistungen zu einer Angleichung der Haftung kommt, mögen andere Bereiche dafür auch viel bedeutsamer sein.

### IV. Basis Protection - Zweispurigkeit: Nebeneinander von nationalen und vereinheitlichten Rechten

Die Dienstleistungshaftungsrichtlinie will ihrer Intention nach neben das jeweilige bisherige nationale Recht treten<sup>68</sup>, auch wenn sich das nur aus den Materialien, nicht aber aus dem Wortlaut der Richtlinie ergibt<sup>69</sup>. Auch inso-

Würdigung, JR 1992, 325.

<sup>64</sup> *Kretschmer*, PHI 1991, 68.

<sup>65</sup> *Fahrenhorst*, Beweislast im Arzthaftungsprozeß. Zum Richtlinienentwurf der EG-Kommission vom 9.10.1990, ZRP 1992, 63; *Schirmer*, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates der EG über die Haftung bei Dienstleistungen, in: *Häring* (Hrsg), Chirurgie und Recht (1993) 63.

<sup>66</sup> *Rothley*, Karlsruher Forum 1992, 18, 19.

<sup>67</sup> (Deutsche) Bundestagsdrucksache 12/180, 13; *Kretschmer*, PHI 1991, 68.

<sup>68</sup> (Deutsche) Bundestagsdrucksache 12/180, 12; *Magnus*, Gutachten 67; *Andréewitch*, Neues europäisches Dienstleistungshaftungsrecht - eine erste Analyse, *ecolex* 1991, 751.

<sup>69</sup> Eine Ersetzung des bisherigen Rechts durch die Richtlinie aber zugrundelegend *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 163, 164 sowie *Piper*,

weit wird ein weiteres Mal die Dominanz des Verbraucherschutzgedankens deutlich. Würde das Ziel der Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen die zentrale Rolle spielen, hätte das stärker für eine Ersetzung der bisherigen nationalen Rechte gesprochen<sup>70)</sup>; für Zwecke des Verbraucherschutzes ist es jedoch hinreichend, wenn dem Dienstleistungsgläubiger eine zusätzliche Anspruchsgrundlage eingeräumt wird; ja seinen Interessen kommt diese Art am meisten entgegen, ist es doch gerade so, daß in einzelnen Rechtsordnungen, wie etwa der deutschen, das Schutzniveau zugunsten des Verbrauchers in manchem Bereich durchaus über das der Richtlinie hinausgeht<sup>71)</sup>.

Der durch die Richtlinie zu schaffende Mindeststandard bezieht sich sowohl auf den Umfang des ersatzfähigen Schadens als auch die Anspruchsvoraussetzungen. Gegenüber den letzteren ist vor allem in Deutschland kritisch eingewendet worden, daß die durch die Richtlinie geschaffene Rechtslage gegenüber der bestehenden zu wenig differenziert sei und insofern einen Rückschritt bedeute<sup>72)</sup>. Die durch die Rechtsprechung geschaffene Kasuistik sei dem Richtlinienentwurf überlegen. Auch sei der Verbraucherschutz in Deutschland hinreichend<sup>73)</sup>.

Dazu ist jedoch zu bemerken, daß einerseits eine Richtlinie, die bloß eine europäisch einheitliche Mindestabsicherung schaffen will, hinsichtlich der Feinzielsetzung dem deutschen Recht stets unterlegen sein wird, andererseits ihr größerer Charakter aber auch ein Vorzug sein kann. Sosehr die von der Rechtsprechung je nach Lage des Einzelfalles vorgenommene Beweislastverteilung dem individuellen Gerechtigkeitsgebot entsprechen mag, vorhersehbar und berechenbar ist ein solches Recht nicht<sup>74)</sup>.

Wenn man etwa verfolgt, in welche Richtungen sich im österreichischen Recht die Beweislastverteilung des § 1298 ABGB in der letzten Zeit entwickelt hat<sup>75)</sup> und welche Differenzierungen und Nuancierungen *Koziol*<sup>76)</sup> im Zwi-

Zum Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für eine Richtlinie des Rates über die Haftung bei Dienstleistungen aus der Sicht des innerstaatlichen Transportrechts, *TranspR* 1992, 92, weil ansonsten nicht verständlich wäre, wieso durch eine zusätzliche Anspruchsgrundlage der Verbraucherschutz vermindert werde. Insofern berechtigt eine Klarstellung einmündend *Brüggemeier*, *ZRS* 1993, 427.

<sup>70)</sup> *Hübner*, in: *Littbarski* (Hrsg.), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 29.

<sup>71)</sup> Da für die Produkthaftung Ähnliches gilt, verwundert es denn auch kaum, daß sich die Anzahl der Entscheidungen, in denen Ansprüche lediglich auf das relativ neue verschuldensunabhängige PHG gestützt werden können, sich in Deutschland und Österreich jedenfalls zahlenmäßig in engen Grenzen halten. In Griechenland oder Portugal mögen da die Auswirkungen schon ganz andere sein, wobei aber fraglich ist, ob sich das Rechtsbewußtsein ebenso rasch ändert wie die Gesetzeslage.

<sup>72)</sup> *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg.), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 162 f; *von Craushaar*, *GedS-Arens* (1993) 30.

<sup>73)</sup> *Fahrenhorst*, *ZRP* 1992, 63.

<sup>74)</sup> (Deutsche) Bundestagsdrucksache 12/180, 10; *Giesen*, *JR* 1991, 486, 492.

<sup>75)</sup> Vgl dazu Punkt D) VII).

<sup>76)</sup> *JB1* 1994, 209 ff für die Abgrenzung in den Bereichen Gehilfenzurechnung, Ersatz bloßer Vermögensschäden und Beweislastumkehr, wobei er explizit auch auf Zwischenabstufungen

schenbereich zwischen Vertrag und Delikt vorschlägt, so ist letzteres zweifelsohne ein intellektueller Leckerbissen ersten Ranges; nicht nur Lieschen Müller und Otto Normalverbraucher werden da aus dem Staunen nicht mehr herauskommen, selbst für den von ihnen herangezogenen Wald-und-Wiesen-Anwalt wird das kaum verdauliche Kost darstellen.

Insofern könnte durchaus ein legitimes Bedürfnis nach einer basis protection, nicht nur hinsichtlich des Schadensumfangs, sondern auch der Anspruchsvoraussetzungen gegeben sein. Wenn dagegen eingewendet wird, daß infolge dieser Mehrspurigkeit der Haftung die Transparenz des Rechts weiter abnehme, was gerade nicht im Interesse des Verbrauchers liegen könne<sup>77)</sup>, so ist demgegenüber darauf zu verweisen, daß auch das geltende Recht solche Mehrspurigkeiten durchaus kennt: Bei einem Personenschaden nach einem Unfall aufgrund des Betriebs einer gefährlichen Sache kann der Geschädigte zunächst einmal Sozialversicherungsleistungen in Anspruch nehmen, weiters stehen ihm darüberhinausgehende Schadenersatzansprüche nach der Gefährdungshaftung zu, die aber betragsbeschränkt und im österreichischen Recht mitunter, im deutschen Recht in aller Regel keinen Ersatz des Schmerzensgeldes vorsehen; und schließlich kann daneben noch ein weiterer Anspruch aus der Verschuldenshaftung gegeben sein, der letztere Beschränkungen nicht aufweist.

Wenn somit die Mehrspurigkeit nicht ein ganz und gar neues Phänomen wäre, so ist doch zuzugeben, daß bei mehreren Spuren irgendwo das Maß erreicht ist, wo es des Guten zuviel ist<sup>78)</sup>. Akzeptiert man aber die grundsätzliche Legitimation zur Schaffung eines europäischen Haftungsrechts, dann ist die Variante eines dazutretenden vereinheitlichten Rechts für die jeweiligen Rechtsordnungen noch immer leichter verkraft- und integrierbar als eine Ersetzung des bisherigen Haftungsregimes.

## V. Bedeutung des Sozialversicherungssystems

Beim Personenschaden würde die durch die Dienstleistungshaftungsrichtlinie bewirkte basis protection sich für den Verbraucher umso weniger auswirken, je umfassender das Sozialnetz geknüpft ist. *Steffen*<sup>79)</sup> hat daher völlig Recht, daß die Hauptnutznießer einer Haftungsverschärfung die Sozialversicherungsträger wären, "sofern sie den Regreß nicht verschlafen". Nach § 332 ASVG haben sie nämlich in aller Regel bloß in Vorlage zu treten, können sich aber sodann beim Haftpflichtigen regressieren; und das macht natur-

verweist (216).

<sup>77)</sup> *Posch*, in: *Ginter/Isak/Posch* (Hrsg.), Recht und Politik in einem größeren Europa (1993) 23; *Hübner*, in: *Littbarski* (Hrsg.), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 28.

<sup>78)</sup> *F. Bydlinski*, *JB1* 1992, 359.

<sup>79)</sup> *Karlsruher Forum* 1992, 21.

gemäß umso mehr aus, je öfter die Voraussetzungen des Regresses gegeben sind.

Ist das Netz der sozialen Sicherheit auch dicht geknüpft, so sind abgesehen von den ideellen Schäden doch manche Personengruppen nicht erfaßt. Das sind zum einen Schäden selbständig Erwerbstätiger, sofern die Verletzung nicht eine mit Dauerfolge ist, zum anderen aber die Haushaltsführerschäden<sup>80)</sup>, sofern sie nicht Anwartschaften aus einer früheren beruflichen Erwerbstätigkeit angesammelt haben. *Schiemann*<sup>81)</sup> berichtet, daß diese immerhin 1/8 aller Personenschäden ausmachen<sup>82)</sup>. Diese beiden Personengruppen würden von der durch die Dienstleistungshaftungsrichtlinie vorgesehenen Verschärfung der Haftung unmittelbar profitieren, alle anderen lediglich hinsichtlich des Schmerzensgeldes sowie des über die Sozialversicherungsleistungen hinausgehenden Schadenersatzes.

## D) Ausgewählte Einzelfragen

### I) Zwingendes Recht

#### 1) Charakteristikum internationaler Verträge: keinerlei Freizeichnungsmöglichkeit

Es ist als Charakteristikum internationaler Verträge, insbesondere solcher, bei denen der Verbraucherschutz eine Rolle spielt, daß das in ihnen festgelegte Recht durch Parteienvereinbarung nicht abbedungen werden kann, somit zwingend ist<sup>83)</sup>. Verwiesen sei etwa auf Art 41 CMR oder die Pauschalreise-Richtlinie, um zwei Vertragswerke anzuführen, die Art 2 der Dienstleistungshaftungs-Richtlinie nennt.

#### 2) Veränderte Situation durch AGB-Richtlinie

Diese starre Position<sup>84)</sup> war solange verständlich, als es in den innerstaatlichen Rechten unterschiedlich weitreichende Freizeichnungsmöglichkeiten gab. Der oft mühsam errungene Kompromiß internationaler Übereinkommen oder

<sup>80)</sup> Diese Personengruppen übersehend *Koziol*, Verschuldensunabhängige Ersatzansprüche bei Behandlungsfehlern, RdM 1994, 4.

<sup>81)</sup> in: Deutsch/Taupitz (Hrsg.), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 155.

<sup>82)</sup> Da aber in der Haushaltssphäre 1/3 des Bruttoinlandsprodukts erwirtschaftet wird, ist dies ein Indiz dafür, daß die Haushaltsführerschäden bei weitem noch nicht in vollem Umfang geltend gemacht werden. Vgl dazu *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung (1993) 449.

<sup>83)</sup> *Schiemann*, in: Deutsch/Taupitz (Hrsg.), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 165.

<sup>84)</sup> Uneingeschränkt zustimmend von *Bar*, FS-Lange (1992) 378, der aber möglicherweise bloß die deliktsrechtliche Perspektive im Auge hatte.

von umgesetzten EG-Richtlinien sollte nicht durch einen Federstrich im Wege von allgemeinen Geschäftsbedingungen beseitigt werden können.

Seit der AGB-Richtlinie ergibt sich aber insoweit eine neue Situation<sup>85)</sup>, als nun auch die Grenzen der Freizeichnung EU-einheitlich festgelegt werden. In der AGB-Richtlinie ist zur Konkretisierung von Art 3 Abs 3 im Anhang in Z 1 lit a bloß bei Personenschäden ein absolutes Verbot jeglicher Freizeichnung angeordnet<sup>86)</sup>, eine Abstufung, die von der österreichischen Literatur<sup>87)</sup> schon de lege lata vertreten wird. Insofern wäre es begründungsbedürftig, warum bei Sachschäden generell eine beschränkte Haftungsfreizeichnung - in bezug auf leichte Fahrlässigkeit und hinsichtlich des Betrags - möglich sein sollte, bei Dienstleistungen aber gerade nicht.

Dafür könnte man die Parallele zur Produkthaftung bemühen, bei der ebenfalls jegliche Milderung der Haftung unwirksam ist. Das ergibt sich im deutschen Recht schon daraus, daß bei der Produkthaftung eine Haftungsfreizeichnung schon strukturell ausgeschlossen ist, da es sich um einen deliktischen Anspruch handelt und zwischen Ersatzpflichtigem und Geschädigtem keine direkte Vertragsbeziehung besteht<sup>88)</sup>. Wendet man dieses Konzept auf die Dienstleistungshaftung an, könnte die Grenze ebenfalls so gezogen werden. Das würde aber bedeuten, daß ein Haftungsausschluß zwar nicht gegenüber beliebigen Dritten<sup>89)</sup>, wohl aber zwischen den Vertragspartnern statthaft ist.<sup>90)</sup>

Ein Ausschluß deliktischer Ansprüche von beliebigen Dritten durch die Vertragspartner wird in der Tat nicht möglich sein, würde das doch auf einen Vertrag zu Lasten Dritter hinauslaufen. Insofern ergibt sich bei der - traditionellen - Produkthaftung im österreichischen Recht eine andere Situation, weil dort geschützte Dritte ihre Rechtsposition gerade aus den Rechten des Vertragspartners ableiten. Wenn aber ein Haftungsausschluß gegenüber Dritten wegen des Verbots eines Vertrags zu Lasten Dritter gar nicht in Betracht kommt, ist es auch wenig angemessen, den Anwendungsbereich gerade darauf zu beschränken. Da sich die Unwirksamkeit einer Beschränkung der Haftung bei Personenschäden - jedenfalls für die in der Praxis im Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher wohl allein bedeutsame Freizeichnung in allgemeinen Geschäftsbedingungen - schon aus der AGB-Richtlinie ergibt, ist zu

<sup>85)</sup> Zum Erfordernis der Abstimmung mit der AGB-Richtlinie *Kretschmer*, PHI 1991, 66. Auf die AGB-Richtlinie hinweisend auch *Hübner*, in: Littbarski (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 27.

<sup>86)</sup> *Deutsch* (Karlsruher Forum 1992, 14) weist darauf hin, daß bei ärztlichen Dienstleistungen schon nach Landesrecht ein solcher Ausschluß nicht in Betracht käme.

<sup>87)</sup> *F. Bydlsinki*, JBl 1992, 351; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>2</sup> I (1980) 352 f; *ders.*, JBl 1994, 211 FN 5.

<sup>88)</sup> Anders freilich die in Österreich herrschende Meinung, die die Probleme der Produkthaftung über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu lösen versucht hat.

<sup>89)</sup> Ob die in der Dienstleistungshaftungsrichtlinie angeordnete verschärfte Haftung auch gegenüber beliebigen Dritten sachgerecht ist, wird in Punkt V/1 noch näher untersucht.

<sup>90)</sup> Auf dieser Linie wohl auch *Schlechtriem*, ZfBR 1992, 105, wenn dieser für den Vorrang des Vertragsregimes plädiert.

erwägen, es bei den nunmehrigen europarechtlich indizierten einheitlichen Regeln zu belassen und Art 7 der Dienstleistungshaftungsrichtlinie gänzlich zu streichen.

Ist auch bloß bei Personenschäden hinsichtlich der Haftungsbeschränkung durch die AGB-Richtlinie eine strikte Grenze gezogen, so ist damit keinesfalls ein Freibrief für eine beliebige Freizeichnung von Sachschäden ausgestellt. Grenzen ergeben sich aber nicht nur aus dem jeweiligen nationalen Recht, sondern auch aus der Generalklausel der AGB-Richtlinie, sodaß sich mittelfristig insoweit europarechtlich einheitliche Standards ausbilden sollten.

### 3) Risikodienstleistungen

Würde man dieser Abstufung bei der Freizeichnung zwischen Sach- und Personenschäden folgen, wäre auch das Problem der Risikodienstleistungen<sup>91)</sup> weitgehend entschärft. Als Musterbeispiel<sup>92)</sup> für eine solche wird genannt, daß ein Kunde ein Kleidungsstück in einer Putzerei reinigen lassen will, er vom Dienstleister aber darauf hingewiesen wird, daß bei Entfernung des Flecks das Kleidungsstück Schaden nehmen, etwa eine Verfärbung eintreten könne<sup>93)</sup>. Da es sich dabei bloß um einen Sachschaden handelt, könnte in bezug auf diesen eine Freizeichnung oder doch zumindest eine Haftungsbeschränkung vorgenommen werden, selbst wenn man der engeren Ansicht von *Schiemann*<sup>94)</sup> folgt, daß auch bei der Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit stets ein sachlicher Grund gegeben sein müsse.

Übrig bleibt allerdings noch der schmale Bereich, in dem Risikodienstleistungen zu Personenschäden führen. Denkbar könnte das etwa bei einer kosmetischen Operation oder dem Versuch sein, ein Gebrechen zu beheben oder zu lindern, bei der der Chance der Besserung das Risiko der Verschlimmerung gegenübersteht. Abgesehen davon, daß in solchen Fällen eine umfassende Aufklärung zu fordern ist, sollten diese Risiken eher durch den Abschluß einer Versicherung abgefangen werden, als das generelle Verbot der Haftungsbeschränkung für Personenschäden durch eine Ausnahme für Risikodienstleistungen aufzuweichen.

<sup>91)</sup> Zum Erfordernis der Durchbrechung des Verbots der Haftungsbeschränkung bei Risikodienstleistungen *Skaupy*, BB 1991, 2024.

<sup>92)</sup> So bei *Frietsch*, DB 1992, 932.

<sup>93)</sup> Die Problematik des konkreten Beispiels kann insofern entschärft werden, als ein Kleidungsstück mit einem Fleck nicht mehr in der Öffentlichkeit getragen werden kann und somit nur noch einen begrenzten Wert haben wird, der durch Entfernung des Flecks, aber der Verfärbung des gesamten Kleidungsstücks wohl kaum weiter abnehmen dürfte. Zuzugestehen ist aber, daß dadurch das Grundproblem lediglich entschärft, aber nicht gelöst ist.

<sup>94)</sup> in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 153.

## II) Unentgeltliche Dienstleistungen

Art 2 der Dienstleistungshaftungsrichtlinie bezieht ausdrücklich auch die unentgeltlichen Dienstleistungen mit ein. Dagegen ist eingewendet worden, daß nach deutschem Recht derjenige weniger streng hafte, nämlich nicht für leichte Fahrlässigkeit, der seine Leistung unentgeltlich erbringt<sup>95)</sup>. *Koziof*<sup>96)</sup> käme für das österreichische Recht - wohl auch bei Geltung der Dienstleistungshaftungsrichtlinie - zu einem entsprechenden Ergebnis, als seiner Meinung nach dann eben der Schuldner lediglich nach einem herabgestuften Maßstab einzustehen habe, sodaß es der Begrenzung auf grobe Fahrlässigkeit nicht mehr bedürfe. Mit dem Wortlaut des Art 1 Abs 3 Dienstleistungshaftungsrichtlinie wäre diese Sichtweise durchaus in Einklang zu bringen, als man von einem unentgeltlich Leistenden eben weniger erwarten darf als von einem Schuldner, der für seine Leistung ein Entgelt versprochen erhalten hat.

Ob diese - auch zum österreichischen Recht neu entwickelte - Sichtweise sich freilich europaweit durchsetzen wird, ist keineswegs sicher. Deshalb sollte erwogen werden, den Wortlaut der Dienstleistungshaftungsrichtlinie zu präzisieren. Der Hintergrund für die Einbeziehung unentgeltlicher Dienstleistungen sind nämlich nicht das freigebige und mildtätige Tätigwerden von privaten Unternehmen; ein solches wird in der Praxis ohnehin kaum vorkommen. Einbezogen werden sollten vielmehr Dienstleistungen der öffentlichen Hand<sup>97)</sup>. Diese ist nicht nur in Deutschland<sup>98)</sup>, sondern wohl auch in Österreich der größte Anbieter von Dienstleistungen. Das Spektrum umfaßt Schulen und Kindergärten, Schwimmbäder und Friedhöfe, Wasserversorgung und Müllentsorgung und vieles andere mehr. Ob diese Dienstleistungen öffentlich-rechtlich oder privat-rechtlich organisiert sind<sup>99)</sup>, soll sich ebensowenig auf die Haftung auswirken wie deren Finanzierung über Steuern, Beiträge oder Entgelte. Das ist sicherlich sachgerecht.

Daher sollte man meines Erachtens zwar grundsätzlich auch Dienstleistungen der verschärften Haftung unterwerfen, bei denen der Empfänger keine unmittelbare Gegenleistung entrichtet, die somit unentgeltlich sind; ausgeklammert bleiben sollten aber diejenigen, bei denen der Erbringer freigebig handelt. Bei Wohlfahrtsverbänden<sup>100)</sup> wäre somit danach zu differenzieren, ob es sich um eine von der öffentlichen Hand ausgelagerte und von dieser finanzierte Aufgabe handelt oder echte private Freigebigkeit<sup>101)</sup>, wobei aber eine Haftung wiederum nur in Betracht käme, wenn das Tatbestandsmerkmal der

<sup>95)</sup> *Piper*, TranspR 1991, 93; *Skaupy*, BB 1991, 2022; *Deutsch*, Karlsruher Forum 1992, 8; *Brüggemeier*, ZRS 1993, 423.

<sup>96)</sup> JBI 1994, 216.

<sup>97)</sup> *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 164.

<sup>98)</sup> Dazu *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 145.

<sup>99)</sup> *Brüggemeier*, ZSR 1993, 423.

<sup>100)</sup> Zu diesen *Frietsch*, DB 1992, 932.

<sup>101)</sup> Gleiches gilt für das von *Deutsch* (Karlsruher Forum 1992, 8) gebrachte Beispiel des Essens auf Rädern.

selbständigen Unternehmereigenschaft nach Art 2 und 3 der Dienstleistungshaftungsrichtlinie erfüllt ist.

Diese präzisere Umschreibung hat den Vorteil, daß sie bloß den Bereich auskehrt, bei dem eine Ausklammerung sachgerecht ist; freilich erfährt die Rechtslage durch das normative Merkmal der Freigebigkeit eine zusätzliche Verkomplizierung, sodaß überlegenswert erscheint, davon Abstand zu nehmen, sofern sich empirisch herausstellen sollte, daß es dafür kaum einen praktischen Anwendungsbereich gibt. Eine Lockerung des Haftungsregimes ist darüberhinaus insofern möglich, als nach der hier vorgeschlagenen Abstimmung mit der AGB-Richtlinie immerhin eine Haftungsbeschränkung bei Sachschäden möglich ist.

### III) Ausklammerung von bloßen Vermögensschäden

Betrachtet man die Dienstleistungshaftungsrichtlinie für sich oder auch im Zusammenhang mit den anderen erlassenen oder vorgeschlagenen Richtlinien sowie dem nationalen Recht, ist die Ausklammerung von bloßen Vermögensschäden schwer verständlich<sup>102)</sup>. Wenn die Dienstleistungen nicht nur ein ökonomischer, sondern auch normativer Begriff sein sollen, dann hätte es doch geradezu auf der Hand gelegen, die bloßen Vermögensschäden, die bei sehr vielen Dienstleistungen typischerweise als alleinige Folge eintreten, mit in die Regelung miteinzubeziehen<sup>103)</sup>; und solche treten noch dazu bei den Dienstleistungen auf, bei denen heute schon eine grenzüberschreitende Erbringung durchaus häufig vorkommt<sup>104)</sup>, so etwa bei Banken, Versicherungen, Anlageberatern, Rechtsanwältinnen oder Wirtschaftstreuhändern.

Zu erklären ist die Ausklammerung damit, daß sich die Dienstleistungshaftungsrichtlinie hinsichtlich der ersatzfähigen Schäden sklavisch an die Produkthaftungsrichtlinie anlehnte, ohne zu beachten, daß sich aus der unterschiedlichen Struktur eben anders gelagerte Schäden ergeben. Zuzugeben ist freilich, daß dann die rein deliktische Konzeption aufgegeben oder zumindest modifiziert werden hätte müssen, sind doch im deliktischen Bereich bloß die absolut geschützten Rechtsgüter geschützt, nicht oder nur unter besonderen Voraussetzungen das Vermögen als solches.

Selbst wenn man konzidiert, daß die Dienstleistungshaftungsrichtlinie bloß eine Momentaufnahme darstellt und man bereits über eine Sonderrichtlinie über die rechtsberatenden Berufe nachdenkt<sup>105)</sup>, und durch Erlassung ei-

<sup>102)</sup> So auch die fast einhellige Literatur: *F. Bydlinski*, JBI 1992, 356: "geradezu unverständlich"; *Deutsch*, Karlsruher Forum 1992, 5, 12L "drastische Schiefelage"; *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 165; *Heinemann*, ZIP 1991, 1204; aA neben *Magnus*, Gutachten 64 nur *Brüggemeier*, ZSR 1993, 426, der - überflüssigerweise - sogar eine ausdrückliche Ausklammerung fordert.

<sup>103)</sup> So auch *Hübner*, in: *Littbarski* (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 28 unter Hinweis auf die Begründung; ebenso *Littbarski*, in: *Littbarski* (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 109.

<sup>104)</sup> *Deutsch*, ZRP 1990, 455.

ner Richtlinie stets nur ein begrenzter Ausschnitt geregelt werden kann<sup>106)</sup>, dann sind gleichwohl allzu gravierende Systembrüche zu vermeiden. Mit dem Hinweis, daß es sich bloß um eine basis protection handle, ist die Ausklammerung bloßer Vermögensschäden jedenfalls nicht zu rechtfertigen<sup>107)</sup>, weil das Schutzbedürfnis der Verbraucher bei solchen nicht typischerweise geringer ist als bei Personenschäden, die meist ohnehin durch Sozialversicherungsleistungen abgedeckt sind, sowie bei Schäden an privat genutzten Sachen<sup>108)</sup>.

## IV) Ausmaß des zu ersetzenden Schadens

### 1) Immaterialschaden

Während der Vorentwurf ungeachtet der Qualifikation als Gefährdungshaftung, bei der etwa im deutschen Recht typischerweise kein Immaterialschaden gewährt wird<sup>109)</sup>, zwingend ein Anspruch auf Schmerzensgeld vorgesehen war, ist die Anordnung eines derartigen Ersatzes in der nunmehrigen Fassung der Dienstleistungshaftungsrichtlinie - wie bei der Produkthaftung - dem jeweiligen nationalen Gesetzgeber überantwortet worden<sup>110)</sup>. Wettbewerbsrechtliche Überlegungen hätten wohl für eine einheitliche Regelung gesprochen, macht doch das Schmerzensgeld von den Leistungen der Haftpflichtversicherer, die diese an die Geschädigten direkt erbringen, immerhin 2/3 aus<sup>111)</sup>.

Systematische Überlegungen sprechen dabei im österreichischen Recht für einen solchen Ersatz, verweist doch auch § 14 PHG auf § 1325 ABGB, wo ein solcher Ersatz vorgesehen ist<sup>112)</sup>. Entsprechendes gilt für die Mehrzahl der Gefährdungshaftungsgesetze. Unter dem Gesichtspunkt der basis protection kann für die Zuerkennung von Schmerzensgeld weiter ins Treffen geführt werden, daß dieses beim Personenschaden vielfach der einzige Schadensposten ist, der dem Geschädigten netto verbleibt, während die anderen, also die Hei-

<sup>105)</sup> *Redeker*, Das Krankenhaus 1991, 233; *Hübner*, in: *Littbarski* (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 29; *Heinen*, Entwurf einer EG-Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen, in: *Schulze* (Hrsg), Alte und neue Haftungsrisiken des Unternehmers im EG-Binnenmarkt (1993) 139.

<sup>106)</sup> So *Reindl*, Karlsruher Forum 1993, 39 unter Hinweis auf die Schwierigkeiten der Regelung größerer Gebiete schon im nationalen Recht.

<sup>107)</sup> AA *Magnus*, Gutachten, 64.

<sup>108)</sup> *F. Bydlinski*, JBI 1992, 358.

<sup>109)</sup> *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 154.

<sup>110)</sup> (Deutsche) Bundestagsdrucksache 12/180, 15; *Deutsch*, Karlsruher Forum 1992, 9. *Schiemann* (in: *Deutsch/Taupitz/Hrsg*, Haftung der Dienstleistungsberufe/1993/165) geht demgegenüber von einer Ersetzung des nationalen Rechts durch die Richtlinie aus, wenn er das krasse Zurückbleiben des Entwurfs gegenüber dem nationalen Recht bemängelt.

<sup>111)</sup> *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 155 unter Hinweis auf *Kötz*, Deliktsrecht<sup>5</sup> (1991) Rdz 512.

<sup>112)</sup> Dazu *Posch*, Produkthaftung in Österreich, in: von Westphalen (Hrsg), Produkthaftungshandbuch II (1991) § 128 Rdnr 56.

lungskosten, die vermehrten Bedürfnisse, der Erwerbsschaden und der Unterhaltersatzanspruch der Hinterbliebenen im Fall der Tötung, bloß zu einer Anreicherung der Regreßansprüche der Sozialversicherungsträger führen, sofern die Sozialversicherungsansprüche zumindest so hoch sind wie die korrespondierenden Schadenersatzansprüche.

Betrachtet man aber allein den Aspekt der Grundversorgung, so scheint die Zuerkennung von Schmerzensgeld meines Erachtens nicht unbedingt geboten, wenn die materiellen Schäden voll angemessen abgegolten werden. Versteht man den Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse als den Ersatz des materiellen Schadens, der den Geschädigten in die Lage versetzen soll, möglichst das Lebensniveau zu erreichen, das er ohne Schädigung gehabt hätte<sup>113)</sup>, verliert das Schmerzensgeld doch etwas von seiner Dringlichkeit. Darüberhinaus führt die derzeitige Rechtsprechung, die Schmerzensgeld sogar dann gewährt, wenn der Verletzte nachweisbar keine Schmerzen hat<sup>114)</sup> bzw das Schmerzensgeld nicht mehr für eigene Annehmlichkeiten verwenden kann, zu einer nicht begründbaren Begünstigung der Erben, und zwar auch solcher, die überhaupt keinen Anteil am Schicksal des Verletzten bzw Getöteten nehmen<sup>115)</sup>, sondern bloß an der Vermögensnachfolge - auch und gerade in den Schmerzensgeldanspruch - interessiert sind. Mit der Wertung des § 1327 ABGB bzw des § 844 Abs 2 BGB, daß das Dogma der Versagung des Ersatzes mittelbar Geschädigter nur zugunsten der gesetzlichen Unterhaltsgläubiger wegen ihrer besonderen Schutzwürdigkeit durchbrochen wird, ist diese Rechtsprechung kaum zu vereinbaren.

## 2) Unmittelbarer Schaden - Substanz- und Nutzungsausfallschaden des beeinträchtigten Rechtsgutes - sonstige Vermögensfolgeschäden

Die in Art 4 vorgenommene Begrenzung auf den Ersatz unmittelbarer Schäden ist alles andere als präzise. Ein so renommierter Vertreter des Schadenersatzrechts wie von *Bar*<sup>116)</sup> kann mit der doppelten Begrenzung der Unmittelbarkeit, beim Rechtsgut und bei den finanziellen Schäden "wenig anfangen"; nach *Skaupy*<sup>117)</sup> sind die "unmittelbaren Schäden nicht exakt zu ermit-

<sup>113)</sup> Zuletzt OGH 25.11.1992, 2 Ob 60/92. Ausführlich dazu *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 317 ff.

<sup>114)</sup> BGH VersR 1993, 327 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*, NJW 1993, 784) = MDR 993, 123 = JZ 1993, 516 (*Giesen*) = LM § 847 BGB Nr 89 (*Schmidt-Salzer*); OGH ZVR 1993/150. Weitere Nachweise und Kritik bei *Jarosch/Müller/Piegler/Danzl*, Das Schmerzensgeld<sup>2</sup> (1994) 157 ff, insbesondere 163 f.

<sup>115)</sup> De lege ferenda durchaus diskutabel ist meines Erachtens hingegen die Zuerkennung eines maßvollen Schmerzensgeldes an die engsten Angehörigen für die Abgeltung ihres seelischen Leidens. Vgl dazu im deutschen Recht *Gontard*, Schmerzensgeld für Angehörige, DAR 1990, 375; *Vorndran*, Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei Tötung naher Angehöriger, Ein Diskussionsvorschlag, ZRP 1988, 293; *Odersky*, Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger (1989).

<sup>116)</sup> FS-Lange (1992) 377 FN 21.

<sup>117)</sup> BB 1991, 2024.

eln"; *Piper*<sup>118)</sup> bezeichnet die Schadensregelung als "unklar"; *Gaidzik*<sup>119)</sup> stuft sie durchaus moderat als "noch auslegungsbedürftig" ein; *Hübner*<sup>120)</sup> bezeichnet den Begriff des unmittelbaren Schadens als "schillernd" und "wenig glücklich"; für *Andréewitch*<sup>121)</sup> ist "nicht eindeutig, welche Schäden ersatzfähig" sind; er ortet "erheblichen Interpretationsbedarf"; *Deutsch*<sup>122)</sup> schließlich hält ihn für einen unsicheren Begriff und bemüht zu seiner Präzisierung gar die lex Aquilia.

Auch die in den Materialien<sup>123)</sup> verwendeten Beispiele lassen bloß erahnen, daß damit in Anlehnung an das französische Recht eine Begrenzung hinsichtlich der Kausalität, etwa im Sinne der Adäquanz, aber auch Begrenzungen des Ausmaßes des Schadens gemeint sein könnten. Der österreichische Jurist tut sich mit dem Begriff insofern besonders schwer, als ihn das österreichische Recht überhaupt nicht kennt, wiewohl dem ABGB ein gegliederter Schadensbegriff zugrundeliegt, somit die Vorstellung, daß von allen verursachten Schäden nur ein Ausschnitt ersatzfähig sein soll. Insofern handelt es sich nicht um etwas völlig Neues, sondern Wohlbekanntes. *F. Bydlinski*<sup>124)</sup> kann dementsprechend dem Begriff nur durch Verweis auf die Kasuistik der Rechtsordnungen etwas abgewinnen, wo er durch die Rechtsprechung konkretisiert worden ist, wofür wohl in erster Linie die französische in Betracht kommt, von wo er stammt. *Hübner*<sup>125)</sup> enttäuscht diesen Hoffnungsschimmer jedoch, indem er darauf verweist, daß der Begriff selbst im französischen Recht sehr umstritten sei.

Im deutschen Recht hat der Begriff des unmittelbaren Schadens vor allem Bedeutung in Zusammenhang mit § 635 BGB, wo es um die Abgrenzung von Verjährungsfristen beim Werkvertrag geht<sup>126)</sup>. Es liegt auf der Hand, daß der dort verwendete Begriff, schon wegen der unterschiedlichen Funktion eine ganz andere Bedeutung hat als der hier verwendete<sup>127)</sup>. *Lange*<sup>128)</sup> gesteht darüberhinaus eine gewisse Unschärfe des Begriffs zu, umschreibt ihn aber gleichwohl nach zwei Richtungen, nämlich als Begrenzung des Ersatzes des

<sup>118)</sup> TranspR 1991, 94.

<sup>119)</sup> JR 1992, 324.

<sup>120)</sup> in: Littbarski (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 26.

<sup>121)</sup> ecolex 1991, 751.

<sup>122)</sup> Karlsruher Forum 1992, 4.

<sup>123)</sup> (Deutsche) Bundestagsdrucksache 12/180, 14.

<sup>124)</sup> JBl 1992, 354.

<sup>125)</sup> in: Littbarski (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 26.

<sup>126)</sup> *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 165 unter Hinweis darauf, daß das aber der schwächste Punkt des deutschen Dienstleistungsrechts sei.

<sup>127)</sup> *Hübner*, in: Littbarski (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 22.

<sup>128)</sup> *Schadenersatz*<sup>2</sup> (1990) 61 ff. Zum Begriff siehe auch *Medicus*, Unmittelbarer und mittelbarer Schaden (1977).

Rechtsgutschadens unter Ausklammerung weiterer Folgeschäden mit der zusätzlichen Beschränkung, daß ein enger zeitlicher Konnex zwischen Schadensentritt und Schadensfolge gegeben sein müsse.

Hinsichtlich der Begrenzung auf den Rechtsgutschaden ist eine Verwandtschaft mit dem objektiv-abstrakten Schadensbegriff des ABGB gegeben, wenn auch bloß hinsichtlich des Kreises der erfaßten Schäden, nicht aber ihrer Bewertung. Darüberhinaus ist der deutsche Begriff des unmittelbaren Schadens insofern noch enger, als er bloß die Substanzschäden am Eigentum und an der Person erfaßt, somit die Reparatur- und Wiederbeschaffungskosten einerseits und die Heilungskosten sowie auch noch die vermehrten Bedürfnisse andererseits. Schon nicht mehr erfaßt sind aber die Erwerbsschäden.

Letztere sind aber nach der Dienstleistungshaftungsrichtlinie wohl eindeutig zu ersetzen, denn es wäre ganz und gar unverständlich, wenn die durch den Tod ausgelösten Schäden, also die Unterhaltersatzansprüche der Hinterbliebenen ersatzfähig wären, nicht aber der Erwerbsschaden des Verletzten, aus dem sich der Anspruch nach § 1327 ABGB ableitet. Gestützt auf das deutsche Verständnis kommt *Schiemann*<sup>129)</sup> dementsprechend zu der - meines Erachtens unzutreffenden - Schlußfolgerung, daß nach der Dienstleistungshaftungsrichtlinie 90 % der nach deutschem Recht individuell abgewickelten Schadenersatzansprüche wegfielen.

Andréewitch<sup>130)</sup> schlägt im Kontext des österreichischen Rechts vor, daß hinsichtlich der Ersatzfähigkeit von Vermögensfolgeschäden das Ausmaß weiter gehen könne als nach der Produkthaftung, handle es sich doch bei der Dienstleistungshaftung um eine Verschuldens-, bei der Produkthaftung um eine Gefährdungshaftung. Dem ist aber meines Erachtens insoweit zu widersprechen, als nach Ansicht der Literatur<sup>131)</sup> auch bei Gefährdungshaftungen grundsätzlich das gesamte Interesse zu ersetzen wäre. Wenn wegen des Gedankens der basis protection schon Abweichungen zwischen der Kernmasse des österreichischen Schadenersatzrechts und dem umgesetzten europäischen Haftpflichtrecht hinzunehmen sind, soll nicht eine weitere Bruchlinie zwischen Produkt- und Dienstleistungshaftung verlaufen.

Im österreichischen Produkthaftungsrecht ist umstritten, in welchem Umfang Ersatz zu leisten ist. Der Meinung, daß der Verweis in § 14 PHG in der Weise zu verstehen sei, daß auch Vermögensfolgeschäden inkludiert seien<sup>132)</sup>, steht die Gegenmeinung gegenüber, die diese Schäden gerade ausschließen will<sup>133)</sup>. Im deutschen Recht wird mangels genauer Festlegung nach dem Prin-

<sup>129)</sup> in: Deutsch/Taupitz (Hrsg.), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 166.

<sup>130)</sup> *ecolex* 1991, 751.

<sup>131)</sup> *Koztol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 191 f.

<sup>132)</sup> *Fitz/Purtscheller* in *Fitz/Purtscheller/Reindl*, Produkthaftung (1988) § 1 Rdnr 21; ebenso *Posch*, in: von Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch II (1991) § 128 Rdnr 88 unter Berufung auf den Wortlaut, aber auch unter Hinweis auf die Problematik; ähnlich *ders*, Probleme "autonomer Rechtsanpassung" dargestellt am ProdukthaftungsG, FS-Ostheim (1992) 675 mit Zweifeln, ob ein so weitgehender Ersatz von der ratio gedeckt sei.

<sup>133)</sup> *Welser*, Produkthaftungsgesetz - Kurzkommentar (1988) § 1 Rdnr 7; *Andréewitch*, Sachfolge-schäden und Produkthaftungsgesetz, WBl 1990, 170; *Preslmayer*, Handbuch des Produkthaf-

zip der Totalreparation auch der gesamte Folgeschaden für ersatzfähig angesehen<sup>134)</sup>. Mag auch das Problem durch die Ausklammerung der unternehmerischen Sachen (§ 2 Z 1 PHG) nun erheblich entschärft worden sein, da der Produktionsausfall bzw Gewinnentgang eines Unternehmers aufgrund eines mangelhaften Produkts nun nicht mehr unter das Produkthaftungsgesetz fällt, so stellt sich gleichwohl noch die Frage, ob der Schädiger einen potentiellen Veräußerungsgewinn des Verbrauchers, sei er bereits durch eine rechtsgeschäftliche Absprache befestigt oder auch nicht, zu ersetzen hat.

An dieser Stelle soll der Bezug zum unmittelbaren Schaden wiederhergestellt werden. Mag das auch wenig angleichungsfreundlich sein, so hat doch die Behauptung von *Taupitz*<sup>135)</sup> etwas für sich, daß die Erwähnung des Begriffes "unmittelbar" als Checkpoint, auf gut deutsch, als Anregung, zu verstehen sein soll, die Haftung immer dann einzuschränken, wenn das vernünftig ist. Mag das hinsichtlich der Adäquanz dem jeweiligen richterlichen Kalkül überantwortet werden können, so läßt sich hinsichtlich des Schadensumfangs meines Erachtens doch ein rational nachvollziehbares System bilden, das mit dem Wortlaut vereinbar ist und meines Erachtens auch für die Begrenzung des Ersatzes nach dem Produkthaftungsgesetz - vom Selbstbehalt beim Sachschaden<sup>136)</sup> abgesehen - gilt:

Die Dienstleistungshaftungsrichtlinie gewährt Ersatz für die absolut geschützten Güter des Eigentums, wenn auch beschränkt auf die vom Verbraucher privat genutzten Sachen einerseits sowie Gesundheit, Leib und Leben andererseits. Bei beiden Rechtsgütern läßt sich eine Unterscheidung treffen zwischen Substanz- und Nutzungsausfallsschäden. Beide zeigen sich in zwei Ausprägungen, nämlich einem schon durch den realen Schaden als solchem resultierenden Nachteil des Geschädigten oder den durch das schädigende Ereignis hervorgerufenen Aufwendungen zur Wiederherstellung des Zustands, wie er ohne schädigendes Ereignis bestünde<sup>137)</sup>.

Der Substanzschaden bei körperlichen Sachen liegt einmal darin, daß der Vermögenswert infolge der Beschädigung oder Zerstörung geringer worden ist, wobei nach herrschender Auffassung auf den Wiederbeschaffungswert, nach meiner Ansicht auf den geringeren Veräußerungswert abzustellen ist<sup>138)</sup>.

tungsgesetzes (1993) 13.

<sup>134)</sup> *Frietsch*, in: Littbarski (Hrsg.), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 61; *Taschner/Frietsch*, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie<sup>2</sup> (1990) Art 9 Rdz 14; aA *Schmidt-Salzer/Hollmann*, Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung (1990) Art 9 Rdz 35.

<sup>135)</sup> *Karlsruher Forum* 1992, 32.

<sup>136)</sup> Der hauchdünne Unterschied zwischen der Gefährdungshaftung mit gewissen Entlastungsmöglichkeiten bei der Produkthaftung einerseits und einer Verschuldenshaftung mit einer an die schlichte Verursachung geknüpften Beweislastumkehr in bezug auf die objektive Pflichtwidrigkeit und das Verschulden andererseits rechtfertigt es meines Erachtens nicht, bei der Produkthaftung einen Selbstbehalt vorzusehen, bei der Dienstleistungshaftung aber darauf zu verzichten. Geht es um die Schaffung eines einheitlichen europäischen Haftungsrechts, sollte insoweit Gleichklang erzielt werden.

<sup>137)</sup> Vgl dazu ausführlich *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 10, 137 ff.

<sup>138)</sup> *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 157 ff.

Beim Personenschaden wird vom OGH<sup>139)</sup> und Koziol<sup>140)</sup> die Gesundheit als solche - allenfalls über einen Größenschluß - als Vermögensschaden für ersatzfähig angesehen, die überwiegende Literatur sowie die herrschende Meinung in Deutschland lehnt einen solchen Ersatz hingegen ab<sup>141)</sup>. Einig ist man sich aber hinsichtlich der Ersatzfähigkeit von getätigten Aufwendungen, seien es nun Heilungskosten oder vermehrte Bedürfnisse.

Der Nutzungsausfallsschaden als solcher, der sich nicht in einem Einnahmefall niederschlägt, wird bei einer körperlichen Sache im österreichischen Recht für nicht ersatzfähig angesehen<sup>142)</sup>, im deutschen Recht hingegen jedenfalls dann, wenn es sich um ein privat genutztes Kfz handelt, auch noch dann, wenn es sich um ein seiner Struktur nach lebensnotwendiges Gut wie etwa den Wohnsitz handelt, sicher aber nicht, wenn es sich um Luxusgüter wie Pelzmäntel oder Segelboote handelt<sup>143)</sup>. In beiden Rechtsordnungen werden Aufwendungen zur Schadensbeseitigung, also etwa getätigte Mietwagenkosten, für ersatzfähig angesehen, wobei in Österreich durch den gespaltenen Haftpflichttarif diesem Problem in der Praxis viel von seiner Schärfe genommen worden ist.

Dem Nutzungsausfallsschaden der Sache entspricht der Erwerbsschaden der Person sowie dessen Deminutivum bei Tötung, der Unterhaltersatzanspruch nach § 1327 ABGB. Wird das Rechtsgut der Erwerbsfähigkeit von den Anhängern der objektiv-abstrakten Schadensberechnung als solches für ersatzfähig gehalten, so betonen die Verfechter einer subjektiv-konkreten Schadensberechnung sowie die deutsche Meinung, daß ausschließlich die beim jeweiligen Geschädigten meßbare Einbuße ersatzfähig sein soll. Trotz dieser unterschiedlichen Ansatzpunkte in der Literatur unterscheidet sich insofern die Rechtsprechung des OGH kaum von der des BGH. Schließlich kommen auch beim Erwerbsschaden, dem Nutzungsausfallsschaden der Person, Aufwendungen zur Naturalrestitution in Betracht, etwa wenn anstelle des Verletzten eine Ersatzkraft einspringt.

Dieses die Strukturparallelen von Sach- und Personenschaden berücksichtigende System kommt somit zu dem Ergebnis, daß im deutschen und österreichischen Recht - wie nach dem Wortlaut der Dienstleistungshaftungsrichtlinie - zwischen dem beeinträchtigten Rechtsgut als solchem und den dadurch ausgelösten finanziellen Aufwendungen zu unterscheiden ist. Entsprechend dem Konzept der basis protection werden Vermögensfolgeschäden, die nicht der Wiederherstellung des Substanz- oder Nutzungsausfallsschadens des beeinträchtigten Rechtsgutes dienen, ausgeklammert. Dementsprechend sind ein vereitelter Weiterveräußerungserlös aus einem günstigen Geschäft<sup>144)</sup> sowie außergewöhnliche Vorteile im Rahmen des Erwerbsschadens nicht ersatzfähig.

<sup>139)</sup> Nachweise bei *Reischauer* in Rummel, ABGB, § 1325 Rdz 18.

<sup>140)</sup> Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II (1984) 128.

<sup>141)</sup> Nachweise bei *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 266 ff.

<sup>142)</sup> *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 31.

<sup>143)</sup> *Deutsch*, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld<sup>2</sup> (1993) Rdz 459.

<sup>144)</sup> Vgl dazu *Koziol*, Haftpflichtrecht II 132 unter Hinweis auf OGH EvBl 1957/219: Der Geschä-

Ob die Beeinträchtigung eines Rechtsgutes an sich als Vermögensschaden anzusehen ist, ist jedoch jeweils nach nationalem Recht zu beurteilen, sodaß nach herrschender, wenn auch bedenklicher OGH-Rechtsprechung<sup>145)</sup> nach österreichischem Recht fiktive Operationskosten und nach deutschem Recht eine abstrakte Nutzungsentschädigung beim privat genutzten Kraftfahrzeug<sup>146)</sup> begehrt werden können.

## V) Vertragliche oder deliktische Qualifikation

### 1) Einbezogener Personenkreis der Geschädigten

Die Haftung nach der Dienstleistungsrichtlinie ist eine deliktische Haftung, sodaß sowohl der Vertragspartner des Erbringers der Dienstleistung als auch jeder beliebige Dritte anspruchsberechtigt ist. Begründet wird dies von den Materialien<sup>147)</sup> damit, daß in den einzelnen Staaten der Kreis der Anspruchsberechtigten unterschiedlich weit gezogen werde. Anerkennend wird denn auch in bezug auf diese Regelung festgestellt, daß eine extensive Ausweitung des vertraglichen Bereichs im Wege des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bzw der Schadensverlagerung überflüssig werde, weil eben jeder Geschädigte wie der Vertragspartner anspruchsberechtigt sei<sup>148)</sup>. Zu bedenken ist freilich, daß dies lediglich für Schäden von Verbrauchern gilt, nicht jedoch von solchen in der unternehmerischen Sphäre.

Sosehr die Einbeziehung des innocent bystanders mit der Parallele zur Produkthaftung gerechtfertigt werden mag, so werden dadurch doch krasse Wertungswidersprüche in die Rechtsordnung hineingetragen, der deliktisch Geschädigte wird bei Schädigung durch Dienstleistungen "grundlos privilegiert"<sup>149)</sup>. Das soll anhand von zwei Beispielen illustriert werden: Verletzt ein Bote bei seiner Fahrt mit dem Fahrrad einen Passanten, dann ist die verschärfte Haftung, vor allem die Beweislastumkehr aufgrund der bloßen Verursachung, auch im deliktischen Bereich davon abhängig, ob sich der Bote auf dem Nachhauseweg befand oder gerade eine Erledigung, sprich Dienstleistung, ausführte<sup>150)</sup>. Abgesehen davon, daß solche Tatbestandsmerkmale für den Betroffenen in praxi schwer beweisbar sein werden, fragt man sich nach der sachlichen Le-

digte erhält aufgrund einer von einem Dritten zu verantwortenden Verletzung nicht einen ihm zugeordneten Bauernhof.

<sup>145)</sup> Nachweise bei *Reischauer* in Rummel, ABGB, § 1325 Rdz 18.

<sup>146)</sup> Diese als ideellen Schaden qualifizierend jedoch *Heinen*, in: Schulze (Hrsg), Alte und neue Haftungsrisiken des Unternehmers im EG-Binnenmarkt (1993) 139; für dessen Ersatzfähigkeit *Brüggemeier*, ZSR 1993, 426; offenlassend *Schmidt-Salzer*, Karlsruher Forum 1992, 21.

<sup>147)</sup> (Deutsche) Bundestagsdrucksache 12/180, 10.

<sup>148)</sup> *Heinemann*, ZIP 1991, 1196; *Magnus*, Gutachten 63.

<sup>149)</sup> *F. Bydlinski*, JBl 1992, 358; *Heinen*, in: Schulze (Hrsg), Alte und neue Haftungsrisiken des Unternehmers im EG-Binnenmarkt (1993) 138.

<sup>150)</sup> Beispiel von *Piper*, TranspR 1991, 93; *Herber*, VersR 1992, 1166.

gitimation der Unterscheidung. Der Passant ist wohl in beiden Fällen gleich schutzwürdig; und auch für die Haftung des Boten lassen sich meines Erachtens keine tragfähigen Unterscheidungskriterien finden.

Diesem Beispiel mag man einwenden, daß es eher einem Lehrbuch als der Lebenswirklichkeit entnommen sei, weil das Fahrrad das einzige Fortbewegungsmittel ist, bei dem keine Gefährdungshaftung angeordnet ist. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß das Fahrrad ein Fortbewegungsmittel ist, das insbesondere im innerstädtischen Bereich nicht mehr länger bloß rudimentäre Bedeutung hat. Darüberhinaus ergeben sich nach der Dienstleistungshaftungsrichtlinie Wertungswidersprüche selbst bei Geltung der Gefährdungshaftung, weil auch unter diesem Haftungsregime das Verschulden im Rahmen der Schadensteilung von Bedeutung ist, ganz abgesehen davon, daß die Gefährdungshaftung bloß zu einer betragsbeschränkten Haftung führt.

Frietsch<sup>151)</sup> hat folgendes instruktive Beispiel gebildet: Zwei Taxifahrer stoßen auf einer mit einer Ampel geregelten Kreuzung zusammen, wobei sich nicht feststellen läßt, wer bei rot eingefahren ist. Nach allgemeinen Regeln würde keiner der Halter bzw Lenker stärker belastet als der andere, weil es dafür laut angenommenem Sachverhalt keine Anhaltspunkte gibt.

Die Dienstleistungshaftungsrichtlinie verändert diese Pattsituation dann, wenn einer der beiden Taxilenker einen Kunden bei sich hatte oder auf dem Weg zu einem solchen war, während der andere auf dem Weg nach Hause war. Demjenigen, der bei Erbringung einer Dienstleistung tätig war, wird die Beweislast hinsichtlich des objektiven Sorgfaltsverstoßes und des subjektiven Verschuldens auferlegt, sodaß der auf dem Heimweg befindliche Fahrer den Schaden an seinem Fahrzeug zur Gänze oder doch überwiegend ersetzt bekommt.

Diese meines Erachtens durchaus nicht ausgerissenen Beispiele legen es nahe, diese weite deliktische Haftung sachgerecht einzugrenzen. Die jedenfalls dem österreichischen und deutschen Recht zugrundeliegende Unterscheidung zwischen Vertrags- und Deliktshaftung hat durchaus ihre Vorzüge, mögen die Abgrenzungsprobleme mitunter schwierig und lästig sein. Wenn der Theoretiker sich auch hüten soll, in die für ihn fremde Rolle des Legisten zu schlüpfen, so könnte in Befolgung und auch Weiterentwicklung der Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter sowie der Schadensverlagerung folgende Formel als erste Annäherung überlegt werden: "Ersatzberechtigt ist nicht nur der Vertragspartner des Erbringers einer Dienstleistung, sondern darüberhinaus jeder, an den der Vertragspartner die Dienstleistung oder deren Ergebnis überträgt oder den er (erkennbar) daran teilhaben läßt".

Unter diese Formel ließen sich jedenfalls all die Fälle bringen, die Magnus<sup>152)</sup> als legitime Ausweitung des Kreises der Anspruchsberechtigten ansieht, vom Erwerber über den Mieter, Entleiher<sup>153)</sup> und Leasingnehmer bis zum Teilnehmer eines Hochzeitsessens; es könnte aber vermieden werden, daß die

<sup>151)</sup> DB 1992, 933.

<sup>152)</sup> Gutachten 60.

<sup>153)</sup> Vgl dazu jüngst OLG Innsbruck ZVR 1994/28.

im Schadenersatzrecht so oft beschworenen Dämme brechen und jeder deliktisch Geschädigte so vorgehen kann wie ein Vertragspartner.

Für die Begrenzung könnte auch noch folgende Überlegung sprechen: Wird dem Dienstleistungsschuldner die Beweislast auferlegt, daß er sorgfaltsgemäß gehandelt hat, haftet er dementsprechend auch dann, wenn er das zwar getan hat, er aber den Beweis dafür nicht erbringen kann. Gegenüber dem Vertragspartner kann er dieses Risiko im Preis kalkulieren, mag ein dieser Kostenkompetente enthaltender Preis auch nicht stets durchsetzbar sein. Gegenüber einem deliktisch Geschädigten kommt eine solche Überwälzung aber von vorneherein nicht in Betracht.

## 2) Zurechnung des Verhaltens von Gehilfen

In aller Regel werden Dienstleistungen nicht höchstpersönlich erbracht, sieht man vom niedergelassenen Arzt einmal ab. Jedenfalls sind die Ein-Mann-Betriebe nicht diejenigen, die typischerweise grenzüberschreitend tätig werden. Somit stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Verhalten der eingesetzten Gehilfen dem Geschäftsherrn zugerechnet wird.

Da es sich um eine deliktische Haftung handelt und die Dienstleistungshaftungsrichtlinie dafür keine spezielle Regelung vorsieht<sup>154)</sup>, gilt die jeweilige Norm des nationalen Rechts, in Österreich somit § 1315 ABGB. Und damit verliert das Gespenst der Dienstleistungshaftung all seinen Schrecken; oder noch drastischer ausgedrückt, sie würde nach österreichischem Recht de facto leer laufen<sup>155)</sup>.

Nach Beweis des Geschädigten, daß durch die Erbringung einer Dienstleistung ein bestimmter Schaden hervorgerufen wurde, trägt der Geschäftsherr die Beweislast, daß dieser Schaden nicht durch sein Verhalten rechtswidrig und schuldhaft verursacht wurde. Diesen Entlastungsbeweis kann er aber in aller Regel dann leicht führen, wenn er nicht für das Verhalten seiner Gehilfen einstehen muß<sup>156)</sup>, und eine solche Zurechnung erfolgt nach § 1315 ABGB eben nur unter den ganz restriktiven Voraussetzungen, daß er sich eines untüchtigen, also notorisch für diese Aufgabe ungeeigneten, oder eines gefährlichen Gehilfen bedient hat. Selbst wenn die Beweislast dafür dem Geschäftsherrn auferlegt wird, wird er diesen Entlastungsbeweis nach österreichischem Recht in aller Regel ebenso leicht führen können wie den, daß ihm kein Vorwurf hinsichtlich der Auswahl, Ausstattung und Überwachung des Gehilfen gemacht werden kann.

Läuft also aufgrund der zwar kritisierten<sup>157)</sup>, aber de lege lata geltenden Gehilfenhaftung die Dienstleistungshaftungsrichtlinie in aller Regel dann leer,

<sup>154)</sup> Kritisch dazu auch Gaidzik, JR 1992, 325.

<sup>155)</sup> Vorsichtiger die Formulierung von F. Bydlinski, JBl 1992, 359, daß die Dienstleistungshaftungsrichtlinie in Österreich nur in sehr beschränktem Ausmaß zu praktisch wirksamer Haftungserweiterung führen würde.

<sup>156)</sup> F. Bydlinski, JBl 1992, 359.

<sup>157)</sup> F. Bydlinski, JBl 1992, 343; Kozioł, JBl 1994, 214; Posch, FS-Ostheim (1992) 668; ders., in:

wenn der Unternehmer den Fehler nicht höchstpersönlich begangen hat, so stellt sich die Frage, ob es sich dabei um ein *Austriacum* handelt, auf das der EU-Gesetzgeber nicht Rücksicht zu nehmen hatte, war doch Österreich - noch - nicht Mitglied, oder ob der Eurokratie in Brüssel diesbezüglich bei der Änderung des Konzepts von der Gefährdungs- zur Verschuldenshaftung ein *lapsus* passiert ist. Die Frage kann man in der Weise beantworten, daß bezogen auf die jeweilige *lex lata* ein derart enger Anwendungsbereich der Dienstleistungshaftungsrichtlinie wohl nur im österreichischen Recht gegeben wäre. Der Grund liegt darin, daß die meisten europäischen Länder eine wesentlich schärfere Zurechnung des Gehilfenverhaltens im deliktischen Bereich kennen<sup>158)</sup>.

Im deutschen Recht entspricht zwar die Besorgungsgehilfennorm des § 831 BGB in etwa dem § 1315 ABGB<sup>159)</sup>; aus den folgenden Gründen ist im deutschen Recht jedoch die deliktische Haftung stärker ausgebaut als im österreichischen Recht: Die Produzentenhaftung wurde anders als im österreichischen Recht nicht über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, also vertraglich, sondern deliktisch begründet, unter anderem wohl deshalb, weil Schmerzensgeld im deutschen Recht nur bei deliktischen Schädigungen, aber nicht bei Vertragsverletzungen gebührt. Darüberhinaus wird auch den Unterhaltersatzgläubigern nach § 844 Abs 2 BGB, der § 1327 ABGB entspricht, nur bei deliktischer, nicht aber bei vertraglicher Schädigung ein Schadenersatzanspruch eingeräumt.

Deshalb hat schon das RG die Figur des Organisationsverschuldens entwickelt<sup>160)</sup>. Gegen dieses haben sich Großunternehmen durch den dezentralisierten Entlastungsbeweis zur Wehr zu setzen versucht, also durch den Nachweis, daß ein Verschulden allenfalls die leitenden Angestellten treffe, diese aber von den Organen sorgfältig ausgewählt worden seien. Darauf hat die Rechtsprechung in der Weise reagiert, daß es Aufgaben gebe, die nicht delegierbar seien. Für die derzeitige Rechtsprechung diagnostiziert *Schiemann*<sup>161)</sup> bereits einen Zustand, bei dem entgegen § 831 BGB das Fehlverhalten des Gehilfen dem Geschäftsherrn auch im deliktischen Bereich zugerechnet wird<sup>162)</sup>. In dieses Schema der unterschiedlichen Gewichtung paßt, daß aufgrund der Rechtsfigur des Organisationsverschuldens die Deliktshaftung im deutschen Recht einen ungleich größeren Stellenwert als im österreichischen Recht

von Westphalen (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch II (1991) § 128 Rdnr 30, 31 (in der Praxis *probatio diabolica*), 42 (Notwendigkeit der Reform der Gehilfenhaftung).

<sup>158)</sup> *Brüggemeier*, ZSR 1993, 429.

<sup>159)</sup> Warum sich der Krankenhausträger ausgerechnet das Verhalten des Arztes stets zurechnen lassen muß, ist meines Erachtens aber nicht einsichtig. So aber *Fahrenhorst*, ZRP 1992, 61 FN 13.

<sup>160)</sup> *Brüggemeier*, ZSR 1993, 429.

<sup>161)</sup> in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg.), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 152.

<sup>162)</sup> Demgegenüber dürfte die Erstreckung des Kreises der der juristischen Person zuzurechnenden Personen über die Organe hinaus bis zu den Machthabern durch die Rechtsprechung des OGH in Anknüpfung an § 337 ABGB weniger bedeutsam sein. Vgl dazu *Kozioł/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts<sup>9</sup> 1 (1992) 69 f.

hat<sup>163)</sup>. Es ist dadurch erklärbar, warum das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo mit seiner Erstreckung der Grundsätze der vertraglichen Haftung weit über den eigentlichen Vertragsbereich hinaus nicht diese überragende Bedeutung hat wie im österreichischen Recht<sup>164)</sup>.

Bezüglich der Dienstleistungshaftungsrichtlinie stellt sich für das österreichische Recht die Frage, ob es bei einer allfälligen Umsetzung genügen würde, den Wortlaut allenfalls im Verhältnis 1:1 dem österreichischen Recht einzuverleiben, sehenden Auges, daß sie infolge der bloß rudimentär ausgebildeten deliktischen Gehilfenhaftung nicht greifen kann, oder ob Österreich darüberhinaus die Verpflichtung träge, im Anwendungsbereich der Dienstleistungshaftungsrichtlinie die deliktische Gehilfenhaftung so anzupassen, daß nicht nur eine formelle Umsetzung, sondern auch eine inhaltliche Anwendung ermöglicht wird. Da die Dienstleistungsrichtlinie vorläufig zurückgezogen wurde, stellt sich dieses Problem nicht aktuell. Mit *Magnus*<sup>165)</sup> teile ich jedoch die Ansicht, daß dies zum Anlaß genommen werden sollte, die Gehilfenhaftung im deliktischen Bereich - und zwar selbstverständlich über die Dienstleistungshaftung hinaus - dem europäischen Standard anzupassen, was heißt, sie zu verschärfen.

## VI) Konkurrenz zur Gewährleistung, Schadenersatz in bezug auf den Mangelschaden - sofortiger Anspruch auf Geldleistung oder abermaliger Verbesserungsversuch

Die Dienstleistungshaftungsrichtlinie unterscheidet sich von der Produkthaftung insoweit, als auch die Ersatzfähigkeit solcher Schäden miteinbezogen ist, die Gegenstand der Sache sind, auf die sich die Dienstleistung bezieht. Damit wird aber nicht nur eine deliktische Haftung zwischen Vertragspartnern angeordnet, sondern auch in das vertragliche Leistungsstörungsrecht eingegriffen. Unabhängig von der Ausgestaltung des jeweiligen nationalen Gewährleistungsrechts kann der Geschädigte daher sogleich Schadenersatz begehren.

Das ist im deutschen Recht deshalb auf heftige Kritik gestoßen, weil beim Werkvertrag nach § 633 Abs 2 BGB Minderung oder Wandlung nur dann begehrt werden kann, wenn der Unternehmer zunächst vergeblich zur Verbesserung aufgefordert worden ist<sup>166)</sup>. Demgegenüber geht das österreichische Recht von einem Wahlrecht zwischen Preisminderung und Verbesserung aus, wobei aber auch hier heftig umstritten ist, welche Rechtsfolge eintritt, wenn der Gewährleistungsberechtigte die Verbesserung selbst vornimmt, ohne dem

<sup>163)</sup> Vgl dazu *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg.), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 138; *Brüggemeier*, ZSR 1993, 425.

<sup>164)</sup> *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg.), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 150.

<sup>165)</sup> Gutachten, 80.

<sup>166)</sup> *Heinemann*, ZIP 1991, 1197; *Frietsch*, DB 1992, 934; *Heinen*, in: *Schulze* (Hrsg.), Alte und neue Haftungsrisiken des Unternehmers im EG-Binnenmarkt (1993) 140; kritisch zur Überlagerung des Gewährleistungsrechts durch die Dienstleistungshaftungsrichtlinie auch *Locher*, Zur Umgestaltung des deutschen Bauvertragsrechts durch EG-Initiativen, *BauR* 1992, 297; *Henrich*, *Karlsruher Forum* 1992, 33.

Gewährleistungspflichteten die Chance zur Verbesserung eingeräumt zu haben<sup>167)</sup>. Darüberhinaus wird in vielen AGB-Klauseln das sofortige Preisminderungsrecht abbedungen. Der Gläubiger kann ein solches somit bloß dann geltend machen, wenn er dem Schuldner zuvor Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben hat<sup>168)</sup>. Eine solche Vereinbarung sieht § 9 Z 2 KSchG ausdrücklich als zulässig an.

Bei Geltung der Dienstleistungshaftungsrichtlinie würde - Verschulden unterstellt<sup>169)</sup> - der Gläubiger der Dienstleistung hingegen stets sogleich Schadenersatz begehren können. Im deutschen Recht ist dieser aufgrund der Norm des § 249 S 2 BGB ohne weiteres auf Geld gerichtet, sodaß der Gläubiger die Kosten bei Durchführung der Verbesserung durch einen anderen Professionisten verlangen kann. Eine eher marginale Bedeutung spielt dabei der Umstand, daß diese mitunter etwas höher liegen als beim Schuldner selbst. Der Schlüssel zum Verständnis, warum die Schuldner so erpicht sind, selbst verbessern zu dürfen, liegt darin, daß sich bei ihnen bloß die Belastung mit den variablen Kosten niederschlägt, die häufig nur einen Bruchteil der Gesamtleistung ausmachen, während die Fixkosten definitionsgemäß jedenfalls anfallen.

Sehr vereinfacht ausgedrückt muß der Schuldner für die Kosten seiner zu-meist nicht voll ausgelasteten Kapazitäten, also der fixen Kosten wie etwa die Raummiete oder auch die Löhne, unabhängig von der Pflicht zur Durchführung der Verbesserung aufkommen, sodaß er bei Vornahme der Verbesserung nur durch das verarbeitete Material und die verwendete Energie zusätzlich belastet ist. Muß er jedoch die Entgeltforderung eines anderen Professionisten tragen, verrechnet dieser auch und gerade bei Unterauslastung seiner Kapazitäten - durchaus legitimerweise - die anteiligen Fixkosten, zu denen letztlich auch der Arbeitskräfteeinsatz zählt.

Im österreichischen Recht wird das Problem der Konkurrenz von - vertraglichem - Schadenersatz und Gewährleistung besonders intensiv seit der Entscheidung des verstärkten Senats<sup>170)</sup> diskutiert<sup>171)</sup>. Die Rechtsfolge des Geldersatzes bei Schadenersatz ergibt sich zwar nicht zwingend aus einer dem § 249 S 2 BGB entsprechenden Norm, wohl aber legt die Rechtsprechung § 1323 ABGB in der Weise aus, daß der Geschädigte stets Geldersatz verlangen könne. Insoweit stimmt die von der österreichischen Literatur<sup>172)</sup> kritisierte OGH-Rechtsprechung mit den Auswirkungen, die die Dienstleistungshaftungsrichtlinie in Deutschland zur Folge hätte, überein. Zu betonen ist aber, daß die von der Literatur kritisierte OGH-Rechtsprechung auch auf die Rechts-

<sup>167)</sup> Nachweise bei *Koziol/Welser*, Grundriß I 259 FN 41. Vgl. weiters *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994) 20 ff; *Apathy*, Verbesserung oder Geldersatz, RdW 1994, 198 ff.

<sup>168)</sup> So auch für das deutsche Recht *Kretschmer*, PHI 1991, 66, wobei aber zu betonen ist, daß dies beim Werkvertrag nach § 633 Abs 2 BGB schon nach dispositivem Gesetzesrecht gilt.

<sup>169)</sup> Von diesem, der Rechtswidrigkeit sowie der Kausalität der Pflichtwidrigkeit hat sich der Schuldner zu entlasten.

<sup>170)</sup> OGH JBI 1990, 648 (*Reischauer*).

<sup>171)</sup> Umfassend dazu *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung.

<sup>172)</sup> Zuletzt *Welser*, Entscheidung des verstärkten Senats und Reform des Gewährleistungsrechts, ÖJZ 1993, 755 f mit weiteren Nachweisen kritischer Literaturstimmen in FN 19.

lage bei Umsetzung der Richtlinie durchschlagen würde. Diese legt nämlich lediglich fest, daß Schadenersatz auch wegen des Mangelschadens zu leisten ist, sie trifft aber keine Aussage, in welcher Form Schadenersatz zu leisten ist.

## VII) Beweislastverteilung

### 1) Vorbemerkung

#### a) Begriff - Gründe für die Umkehrung

Die Beweislastverteilung entscheidet über das Schicksal des Prozeßgewinns oder -verlustes, wenn eine für die Beurteilung eines Tatbestands entscheidungswesentliche Tatsache nicht bewiesen werden kann. Trägt der Kläger die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen eines bestimmten Tatbestandsmerkmals, das nicht bewiesen werden kann, kommt es zur Abweisung des Klagebegehrens. Ist der Beklagte beweisbelastet, führt das Mißlingen des Beweises zur Stattgebung der Klage<sup>173)</sup>.

Die Beweislastverteilung ist im Grenzbereich zwischen materiellem und Prozeßrecht angesiedelt. Für die Zuordnung zum materiellen Recht spricht, daß das Ausmaß einer Leistungsverpflichtung ganz entscheidend davon abhängig ist, ob der Anspruchsteller die Tatsachen für sämtliche Tatbestandselemente nachweisen muß oder ob den Schuldner bezüglich des einen oder anderen eine Entlastungsobliegenheit trifft<sup>174)</sup>; und das gilt ganz unabhängig davon, ob es zu einem Prozeß kommt, wird doch durch die Verteilung der Beweislast schon die Verhandlungsposition der Parteien in sehr erheblichem Umfang determiniert<sup>175)</sup>.

Ausgangspunkt der Beweislastverteilung ist die Formulierung des Tatbestands im materiellen Recht, ob einzelne Elemente als anspruchsbegründend

<sup>173)</sup> Zu den Grundbegriffen vgl. *Klicka*, Grundfragen der Beweislastverteilung im Zivilprozeß, JAP 1991/92, 83 ff.

<sup>174)</sup> *Stoll*, Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176, 145 ff; *Kretschmer*, PHI 1991, 65 unter Hinweis auf die richterrechtliche Entwicklung einer Quasi-Gefährdungshaftung im Bereich der Produzenthaftung durch Verschiebung der Beweislast und Verschärfung der Anforderungen an den Entlastungsbeweis; für das österreichische Recht: *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts<sup>2</sup> (1990) Rdz 887; *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1976) 307 f; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 326.

<sup>175)</sup> AA *Rechberger*, Maß für Maß im Zivilprozeß? Ein Beitrag zur Beweismaßdiskussion, FS-Baumgärtel (1990) 489.

bzw als anspruchsvernichtend bzw -hemmend formuliert sind<sup>176</sup>). Gegenüber dieser formalen Anknüpfung werden im deutschen und österreichischen Recht verschiedene Momente ins Treffen geführt, die ausnahmsweise zu einem davon abweichenden Ergebnis führen<sup>177</sup>). Vor allem Pröiss<sup>178</sup>) hat den Gedanken der Beweismähe akzentuiert, nach dem stets denjenigen die Beweislast treffen soll, der den Beweis leichter erbringen kann<sup>179</sup>). Im österreichischen Recht wird eben dieser Gedanke von der Warte des Gläubigers formuliert, dem die Beweislast in einzelnen Fällen abgenommen werden müsse, weil er sonst in Beweisnot geriete<sup>180</sup>). Ein restriktiverer Ausschnitt dieses Ansatzes befürwortet eine Modifikation der Beweislastverteilung, wenn es sich um Umstände aus dem Herrschafts- bzw Gefahrenbereich des Schuldner handelt<sup>181</sup>).

Während in Österreich - jedenfalls nach Ansicht der herrschenden Lehre<sup>182</sup>) - im deliktischen Bereich überhaupt nicht korrigierend in die vom Wortlaut des Tatbestands gegebene Beweislastverteilung eingegriffen und auch das im vertraglichen Bereich nur mit größter Zurückhaltung befürwortet wird<sup>183</sup>), wird im deutschen Recht eine weitergehende Korrektur befürwortet; insbesondere wird auch eine Beweislastumkehr im deliktischen Bereich nicht a priori ausgeschlossen<sup>184</sup>). Eine Ursache dafür besteht wohl darin, daß im deutschen Recht auch das Bundesverfassungsgericht Vorgaben für die Verteilung der Beweislast formuliert hat, um die Waffengleichheit im Prozeß herzustellen.<sup>185</sup>)

<sup>176</sup>) *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts Rdz 882.

<sup>177</sup>) *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts Rdz 883. Den Ausnahmecharakter auch für das deutsche Recht betonend *Heinemann*, ZIP 1991, 1203.

<sup>178</sup>) Die Beweisverteilung nach Gefahrenbereichen, *VersR* 1964, 901.

<sup>179</sup>) Ablehnend *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts Rdz 884; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1298 Rdz 3.

<sup>180</sup>) *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 332; *M. Binder*, Die Beweislast bei Vertragsverletzung, *JB1* 1990, 814; *G. Wilhelm*, Verwirrung um die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB, *ecolex* 1990, 733; *ders.*, *ecolex* 1991, 241 unter Hinweis auf OGH *JB1* 1991, 453. Kritisch hingegen *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1298 Rdz 3; *Lukas*, Anwaltshaftung und Beweislast - zugleich eine Besprechung von 6 Ob 596/92, *JB1* 1994, 66 unter Hinweis darauf, daß dieser Gedanke auch im Deliktsrecht tragen müßte, wo er aber einhellig abgelehnt werde.

<sup>181</sup>) Dazu *Giesen*, *JR* 1991, 489; *Fahrenhorst*, *ZRP* 1992, 63; *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg.), *Haftung der Dienstleistungsberufe* (1993) 159, 161; *von Craushaar*, *GedS-Arens* (1993) 26.

<sup>182</sup>) *M. Binder*, *JB1* 1990, 814.

<sup>183</sup>) *Holzer*, Die Haftung des Arztes im Zivilrecht, in: *Holzer/Posch/Schick* (Hrsg.), *Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich* (1992) 19 unter Hinweis auf OGH *JB1* 1987, 104 (Beweislastumkehr bei Einsatz eines Anfängers bei der Narkose, Organisationsverschulden, beherrschbarer Bereich) sowie OGH *JB1* 1990, 789 (Gesichtspunkt der Beweismähe).

<sup>184</sup>) *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg.), *Haftung der Dienstleistungsberufe* (1993) 142. Den Ausnahmecharakter im deliktischen Bereich betonend *Littbarski*, in: *Littbarski* (Hrsg.), *Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen* (1992) 108.

<sup>185</sup>) Nachweise bei *Giesen*, *JR* 1991, 485.

Die deutsche Rechtsprechung hat bisher sehr stark einzelfallbezogen entschieden<sup>186</sup>) und betont, daß dem Geschädigten Beweiserleichterungen bis hin zur Umkehr der Beweislast gewährt würden<sup>187</sup>). Darin wird deutlich, daß ein enger Konnex besteht zwischen der materiell-rechtlichen Beweislastverteilung und prozessualen Behelfen wie insbesondere dem *prima facie* Beweis. Auch für das österreichische Recht können solche fließende Übergänge festgestellt werden, ohne daß der OGH bisher ausgesprochen hat, daß er aus Billigkeitsgründen oder zur Herstellung der Waffengleichheit im Prozeß über den *prima facie* Beweis hinaus abweichend von der Formulierung des Tatbestands die Beweislast umkehre<sup>188</sup>).

#### b) Sonstige beweisrechtliche Mittel

Soweit es um den Grund des Anspruchs geht, ist der *prima facie* Beweis die bedeutsamste Beweiserleichterung für den Geschädigten. Auch wenn der Geschädigte den Richter voll zu überzeugen hat, so wird der Nachweis eines Tatbestandselements doch durch Verschiebung des Beweisthemas erleichtert<sup>189</sup>). Von einem typischen Geschehensablauf wird darauf geschlossen, daß Entsprechendes sich auch im konkreten Sachverhalt ereignet hat. Der Schädiger hat sodann darzutun, daß es plausible Gründe gibt, daß der zu beurteilende Sachverhalt von diesem typischen Verlauf abgewichen ist<sup>190</sup>). Der Schädiger muß somit nicht den vollen Gegenbeweis erbringen, sondern es genügt, daß er das Plausibilitätskalkül des Geschädigten ernsthaft erschüttert.

Darin besteht der geringfügige, aber mitunter gerade wesentliche Unterschied zwischen Beweislastumkehr und *prima facie* Beweis. Diese Nuance ist etwa im Arzthaftungsrecht bedeutsam, gelingt es dort dem Schädiger wegen der Unsicherheit der Kausalverläufe nämlich sehr häufig, den *prima facie* Beweis zu erschüttern. Das dürfte wohl der Grund gewesen sein, warum die deutsche Rechtsprechung gerade im Arzthaftungsrecht beim Nachweis der Kausalität der Pflichtwidrigkeit, für die der Geschädigte beweispflichtig ist, über den *prima facie* Beweis hinaus eine Beweislastumkehr in bezug auf die Kausalität zugelassen hat, wenn dem Geschädigten der Nachweis eines schweren Behandlungsfehlers gelungen ist<sup>191</sup>). Unterhalb der Schwelle des groben Behandlungsfehlers läßt aber auch die deutsche Rechtsprechung bloß den *prima facie* Beweis zu<sup>192</sup>).

<sup>186</sup>) *von Craushaar*, *Geds-Arens* (1993) 26.

<sup>187</sup>) *Schiemann*, in: *Deutsch/Taupitz* (Hrsg.), *Haftung der Dienstleistungsberufe* (1993) 158 f.

<sup>188</sup>) *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts Rdz 886.

<sup>189</sup>) *Lukas*, *JB1* 1994, 66.

<sup>190</sup>) *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 324 f.

<sup>191</sup>) Eine gewisse Entsprechung findet sich im österreichischen Recht insofern, als bei Übertretung von Schutzgesetzen die Kausalität der Pflichtwidrigkeit *prima facie* vermutet wird. Vgl dazu *F. Bydlinski*, *JB1* 1992, 351.

<sup>192</sup>) *Fahrenhorst*, *ZRP* 1992, 62.

Darüberhinaus wird im deutschen Recht betont, daß vom Geschädigten keine übertriebenen Anforderungen in bezug auf die Substantiierungspflicht<sup>193)</sup> bzw die Schlüssigkeit des Begehrens<sup>194)</sup> gestellt werden dürfen, wenn dieser dazu aus faktischen Gründen nicht in der Lage ist, was wiederum besonders häufig bei der Arzthaftung bejaht wird. Schließlich steht sowohl im deutschen als auch im österreichischen Recht dem Geschädigten bei der haftungsausfüllenden Kausalität insoweit eine Beweiserleichterung zu, als hinsichtlich des Schadensumfangs der Geschädigte keinen Vollbeweis führen muß, sondern der Richter das Ausmaß des Ersatzanspruchs nach § 287 dZPO als auch § 273 öZPO schätzen kann.

### c) Abhängigkeit der Beweislastverteilung in Abhängigkeit vom Beweismaß

Können die jeweiligen Beweiserleichterungen von der Beweislastverteilung insofern formal sauber abgegrenzt werden, als erstere dem Prozeßrecht entstammen, letztere aber dem materiellen Recht zugerechnet wird, so handelt es sich in der Praxis gleichwohl um ein Instrumentarium mit fließenden Übergängen. Die Dienstleistungshaftungsrichtlinie regelt bloß die Beweislastverteilung, läßt hingegen die sonstigen Beweiserleichterungen des Prozeßrechts unangetastet. Da diese in den einzelnen Rechtsordnungen unterschiedlich ausgestaltet sind, ergeben sich von daher schon für die Rechtsangleichung erhebliche Grenzen.

Dazu kommt aber ein weiteres Moment, dem im österreichischen Recht bisher nur bescheidene Aufmerksamkeit zuteil geworden ist, nämlich das jeweils geforderte Beweismaß<sup>195)</sup>, von dem die Bedeutsamkeit von Beweislastumkehr sowie von Beweiserleichterungen in ganz entscheidendem Maß abhängt. Während in England und Skandinavien überwiegende Wahrscheinlichkeit für den Nachweis einer Tatsache genügt, wird in Deutschland und Österreich volle Überzeugung des Richters gefordert<sup>196)</sup>. Um zu einem bei Juristen nicht immer populären Zahlenvergleich zu greifen, so bedeutet dies, daß in England oder Skandinavien eine Tatsache schon dann als bewiesen gilt, wenn sie mit einer Wahrscheinlichkeit von 50,01 % feststeht, während in Deutschland und Österreich dafür mehr als 99 % gefordert werden<sup>197)</sup>. Auswirkungen zeitigt das nicht nur für die vom Geschädigten nachzuweisenden Tatbestands-

<sup>193)</sup> *Fahrenhorst*, ZRP 1992, 62.

<sup>194)</sup> *Schirmer*, in: *Häring* (Hrsg.), *Chirurgie und Recht* (1993) 66 FN 11.

<sup>195)</sup> *Fucik*, Die (objektive) Beweislast, besonders im Haftpflichtprozeß, ÖRZ 1990, 55; *Rechberger*, FS-Baumgärtel (1990) 473.

<sup>196)</sup> *Baumgärtel*, Die beweiserrechtlichen Auswirkungen der vorgeschlagenen EG-Richtlinie zur Dienstleistungshaftung auf die Arzthaftung und das Baurecht, JZ 1992, 322.

<sup>197)</sup> So für das österreichische Recht ausdrücklich *Fasching* (Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts Rdz 815), wonach für den Beweis einer Tatsache nur einige Promille auf 100 % fehlen dürfen. Zum Unterschied zwischen deutschem Recht und englischem bzw skandinavischem Recht vgl *Taupitz*, *Karlsruher Forum* 1992, 30 f.

elemente, sondern auch für den Entlastungsbeweis des Schädigers<sup>198)</sup>.

Auch wenn man wie *Rechberger*<sup>199)</sup> einen weniger rigiden Standpunkt einnimmt und sich mit 80 bis 85 % zufrieden gibt, dann wird gleichwohl nachvollziehbar, daß die Regelung der Beweislastumkehr durch die Richtlinie von Vertretern des englischen Rechts nicht nur wegen der sprichwörtlichen britischen coolness mit stoischer Gelassenheit zur Kenntnis genommen wird. Es ist schlicht der Umstand, daß es im englischen Recht aufgrund des unterschiedlichen Beweismaßes viel seltener zu einem non liquet und damit einer Beweislastentscheidung kommt, während in Deutschland und Österreich gerade die Beweislastregelung die Gemüter am meisten erhitzt.

## 2) Österreichische Rechtslage im deliktischen und vertraglichen Bereich (§§ 1296 ff ABGB)

*Magnus*<sup>200)</sup> befürwortet die in der Richtlinie getroffene Beweislastverteilung und weist darauf hin, daß diese mit der Auslegung des § 1298 ABGB durch die Rechtsprechung des OGH übereinstimme<sup>201)</sup>, sodaß sich "für das österreichische Recht kein Anpassungsbedarf" ergebe. Ein Eingehen darauf erfordert eine kurze Darstellung des Meinungsstandes der Auslegung des § 1298 ABGB.

Kaum eine Norm des ABGB hat zu so vielen Auslegungsdivergenzen geführt wie gerade § 1298 ABGB<sup>202)</sup>, sodaß es von diesem Ausgangspunkt nicht allzu sehr verwundern sollte, daß eine der Interpretationsvarianten sich mit der in der Richtlinie vorgesehenen Regelung deckt. Es trifft in der Tat zu, daß der Wortlaut des § 1298 ABGB sowohl vertragliche als auch gesetzliche Schuldverhältnisse erfaßt<sup>203)</sup> und auch der OGH in jüngeren Entscheidungen - wenn auch bloß obiter dictum - ausgesprochen hat, daß die Beweislastumkehr sowohl den vertraglichen als auch den deliktischen Bereich erfasse<sup>204)</sup>.

In der Literatur wird hingegen übereinstimmend die Meinung vertreten, daß sich § 1298 ABGB jedenfalls nicht auf den rein deliktischen Bereich beziehe, wobei umstritten ist, ob bloß eine weit verstandene Nichterfüllung von Verträgen unter diese Norm zu subsumieren sei<sup>205)</sup> oder jegliche Pflichtverletzung bei Sonderverbindungen<sup>206)</sup>. Für den die Delikte ausklammernden An-

<sup>198)</sup> *Deutsch*, *Karlsruher Forum* 1992, 11.

<sup>199)</sup> FS-Baumgärtel (1990) 487.

<sup>200)</sup> Gutachten 78.

<sup>201)</sup> Gutachten 52.

<sup>202)</sup> *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 330.

<sup>203)</sup> *Harrer* in *Schwimann*, ABGB, § 1298 Rdz 1; *Reindl*, *Karlsruher Forum* 1992, 39.

<sup>204)</sup> OGH *ecolex* 1993, 733; JBI 1994, 47.

<sup>205)</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1298 Rdz 14.

<sup>206)</sup> *F. Bydlinski*, JBI 1992, 347.

wendungsbereich des § 1298 ABGB spricht die systematische Auslegung, da sonst § 1296 ABGB ohne Anwendungsbereich wäre<sup>207)</sup>.

Weitgehend Einigkeit herrscht auch darüber, daß sich der Begriff "Verschulden" in § 1298 ABGB nicht bloß auf die subjektive Vorwerfbarkeit des Verhaltens bezieht, sondern auch die Rechtswidrigkeit miteinschließt<sup>208)</sup>. Da § 1297 ABGB schon eine Verschuldensvermutung auch für deliktische Schädigungen vorsieht, § 1299 ABGB diese für Sachverständige sogar noch verstärkt, hätte ansonsten § 1298 ABGB nur einen ganz marginalen Anwendungsbereich<sup>209)</sup>. Die vom code civil geprägte Terminologie der Dienstleistungshaftungsrichtlinie stimmt insoweit mit der Begrifflichkeit des ABGB überein, was damit zusammenhängen könnte, daß beide Kodifikationen der gleichen Epoche entstammen.

Den Kernbereich des § 1298 ABGB stellen die Fälle der Nichterfüllung dar, also Unmöglichkeit und Verzug<sup>210)</sup>. Darüberhinaus besteht heute Einigkeit, daß die Beweislastumkehr auch die Fälle der Schlechterfüllung erfaßt, da es auch hier zum Ausbleiben des Obligationsprogramms kommt. Nach herrschender Meinung gilt § 1298 ABGB auch im Rahmen der culpa in contrahendo sowie bei positiver Forderungsverletzung. Reischauer<sup>211)</sup> unterscheidet nach einer von Demogue 1929 für das französische Recht entwickelten Differenzierung zwischen obligation de moyens und obligation de résultat<sup>212)</sup>, die später von Stoll<sup>213)</sup> für das deutsche Recht übernommen wurde, zwischen Erfolgs- und Sorgfaltsverbindlichkeiten<sup>214)</sup>. Während es bei ersteren zu einer Beweislastumkehr hinsichtlich der objektiven Sorgfaltswidrigkeit komme, seien die Sorgfaltsverbindlichkeiten von § 1298 ABGB gar nicht erfaßt. Kernpunkt dieser Lehre ist der Gedanke, daß es bei Erfolgsverbindlichkeiten einen greifbaren Anhaltspunkt für die Beweislastumkehr gebe, während das bei Sorgfaltsverbindlichkeiten nicht der Fall sei.

Die Gegenmeinung<sup>215)</sup> vermag dieser Unterscheidung nicht zu folgen, weil die Qualifizierung als Sorgfalts- bzw Erfolgsverbindlichkeit von der jeweiligen Umschreibung des Pflichtenkreises abhängt. Insbesondere sei nicht

<sup>207)</sup> Reischauer, Verschulden und Beweislast, ZVR 1978, 98.

<sup>208)</sup> F. Bydlinski, JBI 1992, 348; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I 334; ders, RdM 1994, 4; Lukas, JBI 1994, 64. AA aber M. Binder, JBI 1990, 815.

<sup>209)</sup> Reischauer in Rummel, ABGB, § 1298 Rdz 3.

<sup>210)</sup> F. Bydlinski, JBI 1992, 346.

<sup>211)</sup> in Rummel, ABGB, § 1298 Rdz 3. An dieser Stelle verweist er darauf, daß er der einzige sei, der sich im österreichischen Recht grundlegend mit Beweislastfragen auseinandergesetzt habe und gesetzestreu interpretiere, während der Rest Begründungen vermeide und bloß mit Vermutungen arbeite. Ihm folgend seine Linzer Gefolgschaft. Nachweise bei Lukas, JBI 1994, 65 FN 29 - 31 und neben den dort Genannten auch Dullinger, JBI 1993, 393.

<sup>212)</sup> Nachweise bei Hübner, in: Littbarski (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 24.

<sup>213)</sup> Die Beweislastverteilung bei positiven Vertragsverletzungen, FS-von Hippel (1967) 517.

<sup>214)</sup> Auf diese rechtsvergleichenden Parallelen hinweisend Reischauer, ZVR 1978, 129.

<sup>215)</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I 331; F. Bydlinski, JBI 1992, 351; M. Binder, JBI 1990, 814.

nachvollziehbar, warum das Plombieren von Zähnen eine Erfolgsverbindlichkeit, das Herausnehmen des Blinddarms aber eine Sorgfaltsverbindlichkeit sei<sup>216)</sup>. F. Bydlinski<sup>217)</sup> stellt vielmehr darauf ab, daß der Geschädigte einen Mangel oder einen fehlerhaften Zustand in der Sphäre des Schädigers, der für den Schaden kausal gewesen sei, nachweisen müsse, wobei ein solcher Nachweis auch prima facie geführt werden könne. Könne der Geschädigte einen solchen halben Haftungsgrund nachweisen, komme es zu einer Beweislastumkehr in bezug auf die Rechtswidrigkeit und das Verschulden. Dem Schädiger stehe dann lediglich der Entlastungsbeweis offen, daß er nicht objektiv sorgfaltswidrig gehandelt habe oder ihn kein subjektiver Verschuldensvorwurf treffe.

Reischauer<sup>218)</sup> und andere<sup>219)</sup> betonen, daß damit nur noch ein marginaler Unterschied zwischen der Position von Reischauer und der von F. Bydlinski bestehe. Meines Erachtens könnte dieser darin liegen, daß bei den von Reischauer qualifizierten Sorgfaltsverbindlichkeiten dieser bloß den prima facie Beweis zum Nachweis einer objektiven Pflichtwidrigkeit zulassen will. Die Erschütterung der Plausibilität durch den Schädiger führt dann dazu, daß der Geschädigte den Beweis nicht erbracht hat und den Prozeß verliert. Für F. Bydlinski<sup>220)</sup> reicht hingegen ein halber Haftungsgrund, der auch prima facie bewiesen werden kann, worauf es zur Beweislastumkehr kommt. Der prima facie Beweis muß sich somit nicht auf die objektive Sorgfaltswidrigkeit als solche beziehen, sondern bloß auf einen Mangel in der Sphäre des Schädigers. Ist dieser erbracht, genügt es für den Schädiger dann nicht, das Plausibilitätskalkül zu erschüttern, zu einer Abweisung des Klagebegehrens kommt es vielmehr erst dann, wenn der Schädiger den vollen Gegenbeweis erbracht hat.

Der Unterschied zwischen diesen beiden Meinungen könnte sich in dem Fall ergeben, daß der schädigende Arzt die Krankengeschichte nicht hinreichend dokumentiert hat. Beim Arztvertrag nimmt Reischauer<sup>221)</sup> eine Sorgfaltsverbindlichkeit an, bei der eine Beweislastumkehr nicht in Betracht kommt. Möglicherweise würde aber Reischauer bei Fehlen der Dokumentation - wie beim Versagen von Maschinen<sup>222)</sup> - eine Erfolgsverbindlichkeit annehmen, weil es sich dabei um einen vom Schädiger voll beherrschbaren Bereich handelt, sodaß auch insofern beide Autoren zum gleichen Ergebnis kämen.

Die Rechtsprechung<sup>223)</sup> hat erkennen lassen, daß sie geneigt ist, sich der Ansicht von F. Bydlinski anzuschließen. Nach all den Sprüngen der letzten

<sup>216)</sup> In diesem Sinn Reischauer in Rummel, ABGB, § 1298 Rdz 26. Vgl demgegenüber Schiemann, in: Deutsch/Taupitz (Hrsg), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 142, wonach im deutschen Recht bei sämtlichen Arztverträgen bloß eine Behandlung lege artis, aber kein Erfolg geschuldet sei, anderes lediglich für die Herstellung der Füllung durch den Zahntechniker gelte.

<sup>217)</sup> JBI 1992, 349.

<sup>218)</sup> in Rummel, ABGB, § 1298 Rdz 3.

<sup>219)</sup> Dullinger, JBI 1993, 393; Koziol, JBI 1994, 218; ders, RdM 1994, 4.

<sup>220)</sup> JBI 1992, 357.

<sup>221)</sup> in Rummel, ABGB, § 1298 Rdz 26.

<sup>222)</sup> Ebenda.

Zeit, für die sie herbe Kritik<sup>224)</sup> einstecken mußte, hat sie sich in der Entscheidung *ecolex* 1993, 733 aber nicht endgültig festgelegt, was wohl auch daraus zu erklären ist, daß die Übernahme der Ansicht von *F. Bydlinski* nicht streitentscheidend war. Mögen zwischen den einzelnen Literaturmeinungen auch noch geringfügige Unterschiede bestehen, so haben sie doch gemeinsam, daß für die Beweislastumkehr, so sie überhaupt anerkannt wird, ein Fehler in der Sphäre des Schuldners gegeben sein muß.

### 3) Regelung der Dienstleistungshaftungsrichtlinie - Anknüpfung an die schlichte Verursachung eines Schadens durch Erbringung einer Dienstleistung

Demgegenüber sieht die Dienstleistungshaftungsrichtlinie vor, daß die Beweislastumkehr in bezug auf Rechtswidrigkeit und Verschulden schon aufgrund der schlichten Kausalität eingreift und das nicht nur im vertraglichen, sondern auch im deliktischen Bereich<sup>225)</sup>. Sind Beweisschwierigkeiten nicht auszuräumen, führt das zu einer strengeren Haftung als bei der Produkthaftung, muß doch bei dieser der Geschädigte immerhin einen Fehler des Produktes nachweisen, während bei der Dienstleistungshaftungsrichtlinie die Kausalität als solche ausreicht.

In Übereinstimmung mit *F. Bydlinski*<sup>226)</sup> ist festzuhalten, daß die schlichte Kausalität als solche haftungsneutral ist, daß der Geschädigte für den Schadenseintritt ebenso kausal war. Im vertraglichen Bereich gibt es zwar durchaus Konstellationen, bei denen es sachgerecht ist, dem Geschädigten beim Nachweis der objektiven Pflichtwidrigkeit entgegenzukommen, auf den Nachweis eines Ansatzpunktes für ein Fehlverhalten des Schädigers wird man aber legitimerweise nicht verzichten dürfen.

Zusammenfassend kann man festhalten, daß es im österreichischen Recht bei Auslegung des § 1298 ABGB in der Rechtsprechung durchaus Meinungen gibt, die auf die in der Dienstleistungshaftungsrichtlinie vorgesehene Lösung hinauslaufen<sup>227)</sup>, es aber auch Anzeichen gibt, daß die derzeit uneinheitliche Rechtsprechung auf die Linie der nunmehr weniger konturierten Literatur einschwenkt; sollte das zutreffen, käme es sehr wohl zu einem Auseinanderklaffen von Dienstleistungshaftungsrichtlinie und sonstigem österreichischem Privatrecht. In bezug auf die deliktische Haftung findet sich darüberhinaus keine

<sup>223)</sup> OGH *ecolex* 1993, 733.

<sup>224)</sup> *M. Binder*, JBI 1990, 814 f.; *G. Wilhelm*, *ecolex* 1990, 733; *ders.*, *ecolex* 1993, 73; *Reischauer* in Rummel, ABGB, § 1298 Rdz 3; *Lukas*, JBI 1994, 62 ff.

<sup>225)</sup> Kritisch *Kretschmer*, PHI 1991, 66, weil das nicht ohne weiteres zum Ausdruck komme. Insofern ist der Verdacht nicht von der Hand zu weisen, daß nach Zurückziehung des Verschlags, der auf eine Gefährdungshaftung gerichtet war, der Wolf im Schafspelz versteckt werden sollte.

<sup>226)</sup> JBI 1992, 348 f.

<sup>227)</sup> So der Befund von *G. Wilhelm*, *ecolex* 1990, 733 und *Dullinger*, JBI 1993, 393, wonach für die Beweislastumkehr bei positiver Forderungsverletzung adäquate Verursachung genüge.

einzige Entscheidung, in der die Beweislast in bezug auf die objektive Pflichtwidrigkeit streitentscheidend an die Kausalität der Erbringung einer Dienstleistung angeknüpft worden wäre; insoweit wäre jedenfalls Neuland zu betreten<sup>228)</sup>.

## VIII) Verjährung

### 1) Länge der Fristen: Berechtigung der Differenzierung

Das Verjährungsrecht ist eine Rechtsmaterie, die sich durch besondere Klarheit und Übersichtlichkeit auszeichnen sollte. Es ist daher wenig sachgerecht, wenn sich ein im Entstehen befindliches europäisches Haftpflichtrecht durch eine Hypertrophie verschiedener Fristen auszeichnet. Der Trend in den nationalen Rechtsanordnungen ist gerade gegenläufig. So wird etwa im deutschen Recht versucht, die Vielzahl der Fristen zugunsten einiger weniger zu reduzieren<sup>229)</sup>.

In Übereinstimmung mit dem Produkthaftungsrecht wäre eine 3-jährige Frist, die ab Kenntnis der Anspruchsvoraussetzungen zu laufen beginnt, mit einer absoluten 10-jährigen Frist durchaus als sachgerecht anzusehen. Für die gegenüber der 30-jährigen absoluten Frist im ABGB und BGB viel kürzere 10-jährige Frist spricht auch der Umstand, daß die Frist umso kürzer zu bemessen ist, eine je geringere Beweislast dem Geschädigten und eine je umfangreichere Entlastungsobliegenheit dem Schädiger auferlegt ist, weil eine erfolgreiche Entlastung die Aufbewahrung der entsprechenden Dokumentation voraussetzt. Zwar ergeben sich auch für den Geschädigten mit zunehmendem zeitlichen Abstand größere Beweisprobleme; zu bedenken ist indes, daß der Geschädigte und nicht der Schädiger den Zeitpunkt des Losschlagens bestimmt.

Auch im Baubereich sollte man mit einer 10-jährigen absoluten Frist das Auslangen finden, treten doch die allermeisten Baumängel innerhalb dieses Zeitraums auf<sup>230)</sup>. Da aber die Planung der Fertigstellung mitunter lange vorangeht und nach der Intention der Dienstleistungshaftungsrichtlinie auch der bloß planende Architekt von der Haftung erfaßt sein soll, wäre das Ziel angemessener zu erreichen, wenn anstelle einer unterschiedlichen Frist der Beginn der Frist erst ab der Abnahme der Baulichkeit zu laufen beginnen würde. Allerdings spricht gegen die Ausnahme, daß es auch bei der Produkthaftung vorkommt und dort in Kauf genommen wird, daß eine Ware schon lange vor dem Verkauf und der Übergabe an den Verbraucher vom Produzenten in Verkehr gebracht worden ist, sodaß bei Eintritt des Schadens der Anspruch gegen den

<sup>228)</sup> Daß hier die größten Unterschiede auch im deutschen Recht bestehen, betonen *Heinemann*, ZIP 1991, 1198 und *von Craushaar*, GedS Arens (1993) 28.

<sup>229)</sup> Vgl dazu *Rabe*, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Verjährung, NJW 1992, 2395 ff.

<sup>230)</sup> *Littbarski*, in: *Littbarski* (Hrsg), Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen (1992) 110.

Produzenten knapp vor der Verjährung steht oder bereits verjährt ist, mag das auch wegen des rascheren Warenumschlages nicht so oft vorkommen.

Keinesfalls zu billigen ist es jedenfalls, daß im Baubereich die relative Frist eine längere ist, dient doch diese dazu, daß sich der Geschädigte mit seinem Anwalt beraten und die Klage entsprechend vorbereiten kann. Der dafür erforderliche Zeitraum ist aber in Bauangelegenheiten auch nicht typischerweise länger als in anderen Streitfällen<sup>231)</sup>.

## 2) Anspruchsvoraussetzungen

### a) Wissen oder Wissen-Müssen

Es trifft zu, daß nach § 1489 ABGB ebenso wie nach § 852 BGB die 3-jährige Verjährungsfrist ab Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen beginnt, während in der Richtlinie dem Wissen das Wissen Müssen gleichgestellt ist. Der Unterschied gegenüber dem geltenden deutschen und österreichischen Recht ist aber weniger gravierend, als es der Wortlaut vermuten ließe, wird doch auch de lege lata im deutschen und österreichischen Recht die größte Fahrlässigkeit dem Wissen gleichgestellt. Wenn eine Tatsache zum Greifen ist, darf der Geschädigte seine Augen nicht "mit Fleiß" davor verschließen<sup>232)</sup>.

Insofern wäre es einerseits durchaus angebracht, den Wortlaut der jeweiligen nationalen Verjährungsnorm in dieser Weise klarzustellen, andererseits sollte in der Dienstleistungshaftungsrichtlinie zum Ausdruck kommen, daß nicht jede fahrlässige Nichtkenntnis der Kenntnis gleichzusetzen ist, sondern bloß die größte Fahrlässigkeit.

### b) Kenntnis von Schaden und Schädiger

Art 10 Abs 1 der Dienstleistungshaftungsrichtlinie läßt die 3-jährige Verjährung mit Kenntnis vom Schaden, dem Dienst und der Person des Dienstleistenden beginnen. Das entspricht der Diktion des Art 10 Abs 1 der Produkthaftungsrichtlinie, der gegenüber *Magnus*<sup>233)</sup> eine Divergenz gegenüber § 1489 ABGB feststellt. Dies trifft allerdings bloß in bezug auf den Wortlaut, nicht aber die Auslegung durch den OGH zu, als nämlich dabei durchaus beachtet wird, daß für den Beginn des Fristenlaufes auch die Kenntnis des Ursachenzusammenhangs<sup>234)</sup> und der Rechtswidrigkeit<sup>235)</sup> gegeben sein muß.

<sup>231)</sup> *Frietsch*, DB 1992, 935.

<sup>232)</sup> *Schiemann*, in: Deutsch/Taupitz (Hrsg.), Haftung der Dienstleistungsberufe (1993) 156 unter Hinweis auf BGH NJW 1985, 2022. So auch in bezug auf die Identität des Schädigers *F. Bydlinski*, JBI 1992, 353; *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 320. Dieser Maßstab darf sich freilich nicht bloß auf die Person des Schädigers beschränken, mag das auch der häufigste Anwendungsfall sein.

<sup>233)</sup> Gutachten 34.

<sup>234)</sup> *Holzer*, in: *Holzer/Posch/Schick* (Hrsg.), Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 24.

<sup>235)</sup> *Schubert* in Rummel, ABGB, § 1489 Rdz 3.

Da es sich dabei weder um ein Spezifikum des Verbraucherrechts noch ein solches der Dienstleistungshaftung handelt, sollte der Gesetzgeber das zum Anlaß nehmen, die bisherige Judikatur zu kodifizieren und den Wortlaut des § 1489 ABGB in der Weise verdeutlichen, daß die Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, ab dem der Geschädigte Kenntnis aller den Schadenersatzanspruch begründenden Elemente hat, zumindest derjenigen, für die der Geschädigte beweisbelastet ist.

## 3) Außergerichtliche Rechtsverfolgung

Die absolute 10-jährige Frist ist sowohl in der Produkt- als auch bei der Dienstleistungshaftung als Ausschußfrist ausgestaltet<sup>236)</sup>. Das bedeutet, daß sie von Amts wegen wahrzunehmen ist und bloß durch gerichtliche Schritte unterbrochen werden kann. Es erhebt sich meines Erachtens die Frage, warum Parteien um jeden Preis in eine gerichtliche Auseinandersetzung gedrängt werden sollen, wenn über den Anspruch ein außergerichtlicher Vergleich geschlossen wurde, ein außergerichtliches Anerkenntnis vorliegt oder die Parteien sich in Vergleichsverhandlungen befinden. Die Befassung des Gerichts soll doch bloß ultima ratio sein, wenn die Parteien im Wege der außergerichtlichen Streitaustragung keine gütliche Einigung zuwegebringen.

Diesem Gedanken folgend hat etwa § 13 Abs 2 des deutschen Produkthaftungsgesetzes - wenn auch über den Wortlaut der Produkthaftungsrichtlinie hinausgehend - einem außergerichtlichen Vergleich sowie einem Anerkenntnis Bedeutung beigemessen. Meines Erachtens sollte das auch für schwebende Vergleichsverhandlungen gelten, wobei man aus Gründen der Beweissicherung in Übereinstimmung mit dem Vorschlag von *Peters/Zimmermann*<sup>237)</sup> die Schriftform verlangen mag. Eine zwangsweise Verweisung auf den Weg gerichtlicher Streitaustragung sollte aber ungeachtet der Anordnung einer Ausschußfrist vermieden werden. Insoweit erscheint eine Abänderung der Dienstleistungshaftungsrichtlinie angezeigt.

## E) Auswirkungen bei einzelnen Sektoren

Für zentrale, von der Dienstleistungshaftungsrichtlinie betroffene Sektoren wurde eine Ausklammerung gefordert. Würde das in vollem Umfang berücksichtigt, bliebe einerseits ein Torso, andererseits würde bei einer Ersetzung durch Sonderrichtlinien die so oft beklagte Rechtszersplitterung nur noch mehr zunehmen. Auf besondere Gründe, die in den einzelnen Sektoren für eine Ausklammerung ins Treffen geführt worden sind, ist nun kaleidoskopartig einzugehen.

<sup>236)</sup> Zur Rechtsnatur vgl. *Posch*, Zur EWR-bedingten Anpassung des Produkthaftungsgesetzes an das Produkthaftungsrecht der EG, WBI 1992, 219 f.

<sup>237)</sup> Verjährungsfristen, in: BMfJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I (1981) 321.

## I) Transportrecht - Behinderung der Rechtsvereinheitlichung

Das Transportrecht zeichnet sich durch eine große sektorale Zersplitterung aus. Das bedeutet, daß die Haftung unterschiedlich ist, je nachdem, welches Transportmittel eingesetzt wird. Darüberhinaus wird mitunter zwischen nationalem und grenzüberschreitendem Verkehr differenziert. In den einzelnen Rechtsordnungen ist man bemüht, diese wenig sachgerechten Differenzierungen zu überwinden. In Österreich ist das in bezug auf den Straßengüterverkehr durch Einführung der CMR für das innerstaatliche Recht in § 439a HGB verwirklicht worden.

Bei Geltung der Dienstleistungshaftungsrichtlinie würde diese Rechtsvereinheitlichungsmaßnahme de facto rückgängig gemacht, weil nach deren Art 2 Abs 3 lediglich bestehende internationale Übereinkommen ausgenommen sind. Hat ein Gesetzgeber, wie der österreichische, außerhalb des von einem internationalen Übereinkommen gezogenen Anwendungsbereichs ein wortlautidentisches nationales Recht geschaffen, so ist dieses vom Vorbehalt des Art 2 Abs 3 nicht erfaßt. Die Dienstleistungshaftungsrichtlinie würde somit dem Anwendungsbereich der CMR für innerstaatliche Transporte vorgehen und als zwingendes Recht diese verdrängen.

Die Folge wäre ein Rückschritt der sektoralen Rechtsvereinheitlichung. Gleiches gilt für künftige internationale Rechtsvereinheitlichungsbemühungen auf dem Gebiet des Transportrechts<sup>238)</sup>. Diese werden durch den zwingenden Charakter der Dienstleistungshaftungsrichtlinie blockiert. Da im Transportrecht eine über die EU hinausgehende Rechtsvereinheitlichung angestrebt wird, kann man auch nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß künftige Abkommen sich mit Selbstverständlichkeit an der Dienstleistungshaftungsrichtlinie orientieren.

Darüberhinaus wären die Einschnitte in das bestehende Transportrecht aus mehreren Gründen sehr tiefgreifend: Ein weiter Bereich ist durch allgemeine Geschäftsbedingungen, etwa die AöSp geregelt, die dem zwingenden Regime der Dienstleistungshaftungsrichtlinie zu weichen hätten. Auch die betragsbeschränkte Haftung der Post<sup>239)</sup> sowie im sonstigen nationalen Verkehr<sup>240)</sup> wäre unwirksam. Die im Transportrecht als angemessen angesehenen kurzen Verjährungsfristen von 1 oder maximal 2 Jahren<sup>241)</sup> würden durch die längeren der Dienstleistungshaftungsrichtlinie ersetzt. Die Beweislastumkehr in bezug auf die Kausalität gemäß den §§ 407 Abs 2, 417 Abs 1 und 429 Abs 1 HGB wären unwirksam<sup>242)</sup>. Die verschuldensunabhängige Haftung nach der Eisenbahnverkehrsordnung würde entfallen<sup>243)</sup>.

<sup>238)</sup> Herber, VersR 1992, 1166.

<sup>239)</sup> Engelhardt, Karlsruher Forum 1992, 22. Haftungsprobleme würden sich dabei wohl kaum im Briefverkehr ergeben, weil die durch den Verlust oder die Verspätung eintretenden Schäden sich im bloßen Vermögen niederschlagen; anderes gilt freilich für den Paketverkehr.

<sup>240)</sup> Herber, VersR 1992, 1167.

<sup>241)</sup> Piper, TranspR 1991, 94.

<sup>242)</sup> Piper, TranspR 1991, 93 FN 7.

Schließlich würde die Aufspaltung des Haftungsregimes in eines für Verbraucher und ein sonstiges im Transportrecht deshalb besondere Schwierigkeiten bereiten, weil dem Spediteur nicht immer erkennbar ist, um wessen Güter es sich handelt, deren Transport er veranlaßt<sup>244)</sup>. Deshalb hat Herber<sup>245)</sup> zumindest für das Transportrecht eine Vertrauensschutzklausel gefordert, wonach der Spediteur nur dann dem Haftungsregime der Dienstleistungshaftungsrichtlinie unterworfen ist, wenn er erkennen konnte, daß er Waren eines Verbrauchers transportiert.

Herber<sup>246)</sup> hat insgesamt die Auswirkungen bei Umsetzung der Richtlinie für das Transportrecht als "schlechthin katastrophal" bezeichnet. Wenn auch die Tendenz besteht, daß jeder Sektor gerade für sich eine Ausnahmesituation behauptet, um sein eigenes Süppchen kochen zu können, so ist für das Transportrecht doch darauf zu verweisen, daß dieses einer derjenigen Bereiche ist, bei dem aus der Natur der Sache eine internationale Rechtsangleichung stattfindet. Transporte sind naturgemäß häufig grenzüberschreitend, vor allem bei kleineren Staaten wie Österreich, sodaß hier die Ziele des Verbraucherschutzes und des Abbaus von Wettbewerbsbeschränkungen durch sektorale Rechtsvereinheitlichung eher zu erreichen sind als durch eine einheitliche europäische Dienstleistungshaftung.

## II) Baurecht - Ausweichen in Projektgesellschaften

Hauptkritikpunkt im Bausektor ist die auch hier angeprangerte lange Verjährungs- bzw. Ausschußfrist sowie die Unwirksamkeit einer Haftungsbeschränkung für Sachschäden<sup>247)</sup>. Um die Risiken für die Anbieter von Baudienstleistungen zu begrenzen, wurde darauf hingewiesen, daß damit der Trend zu Gesellschaftsformen mit beschränkter Haftung, so namentlich zur GesmbH, weiter zunehmen werde<sup>248)</sup>. Darüberhinaus wurde bereits ventiliert, daß dann eben für Bauvorhaben eigene Projektgesellschaften gebildet werden, die sich nach Abschluß des Bauvorhabens auflösen<sup>249)</sup>.

Es käme dann - jedenfalls in Einzelfällen - zu der von der Richtlinie kaum beabsichtigten de facto-Alleinhaftung des Architekten, sofern dieser nicht ebenfalls in eine solche Gesellschaftsform schlüpft. Hauptnutznießer der langen Fristen wären daher letztendlich nicht die Verbraucher, für die sie gedacht waren, sondern die Anwälte und Notare, die zur Schaffung entsprechender Konstruktionen der Kautelarjurisprudenz herangezogen würden.

<sup>243)</sup> Piper, TranspR 1991, 93. Zur verschuldensunabhängigen Haftung nach der EVO im österreichischen Recht Czoklich, Einführung in das Transportrecht (1990) 212.

<sup>244)</sup> Piper, TranspR 1991, 94.

<sup>245)</sup> VersR 1992, 1168.

<sup>246)</sup> VersR 1992, 1166.

<sup>247)</sup> Vgl dazu bereits oben Punkt D) I) 2).

<sup>248)</sup> Ottmann, FWW 1993, 32.

<sup>249)</sup> Geisendorfer, Offene Fragen des Richtlinienvorschlages der EG-Kommission zur Haftung bei Dienstleistungen, VersR 1991, 1318; Locher, BauR 1992, 298.

Sollte es zu einer Sonderrichtlinie für das Bauwesen kommen, an der bereits konkret gearbeitet wird<sup>250)</sup>, sollte das beachtet werden. Darüberhinaus hat von Craushaar<sup>251)</sup> darauf hingewiesen, daß man im Bausektor mit dem prima facie Beweis das Auslangen finde, es also nicht einer Beweislastumkehr in bezug auf die objektive Pflichtwidrigkeit bedürfe.

### III) Arzthaftung - Alternative Versicherungslösung

Im Bereich der Arzthaftung sieht man die Beweislastumkehr in bezug auf die objektive Pflichtwidrigkeit als zu weitgehend an, weil dadurch dem Arzt eine Gefährdungs-<sup>252)</sup> bzw Quasi-Erfolgshaftung<sup>253)</sup> auferlegt werde. Zwar dürfte es eine Horrorvision sein, daß der Arzt bei jedem Patienten, der im Spital stirbt, zu beweisen hat, daß dies nicht aufgrund eines Kunstfehlers passiert sei<sup>254)</sup>; ein zusätzlicher Dokumentationsaufwand bis hin zur häufigeren Obduktion der Leiche mit allen damit verbundenen Kostenfolgen ist aber nicht auszuschließen. Desgleichen wird auf die Gefahr einer defensiven Medizin hingewiesen<sup>255)</sup>, wonach man einen Patienten eher durch Nichtstun sterben, um nicht zu sagen, verenden läßt, als durch einen riskanten Eingriff sein Leben zu retten oder doch wenigstens zu verlängern. Schließlich weist Schirmer<sup>256)</sup> noch darauf hin, daß den Ärzten - anders als Anbietern von Baudienstleistungen - keine Möglichkeit offenstehe, durch entsprechende Organisationsformen die Haftung zu beschränken<sup>257)</sup>.

Geht also die Richtlinie in bezug auf die Beweislast eines Behandlungsfehlers über die in Österreich und Deutschland geltenden Standards hinaus, so wird der Patient hinsichtlich des Nachweises der Kausalität schutzlos im Regen stehen gelassen<sup>258)</sup>. Da der Nachweis von Kausalverläufen gerade im medizinischen Bereich äußerst schwierig ist<sup>259)</sup>, hilft der prima facie Beweis dem

<sup>250)</sup> Geisendorfer, VersR 1991, 1318; Heinemann, ZIP 1991, 1194; Frietsch, DB 1992, 932; Locher, BauR 1992, 296; Heinen, in: Schulze (Hrsg), Alte und neue Haftungsrisiken des Unternehmers im EG-Binnenmarkt (1993) 136; Ottmann, FWW 1993, 34. Nach dem letzten Stand ist dabei eine Zusammenfassung mit Garantie- und Versicherungsfragen geplant.

<sup>251)</sup> GedS-Arens (1993) 24.

<sup>252)</sup> Baumgärtel, JZ 1992, 322.

<sup>253)</sup> Schirmer, in: Häring (Hrsg), Chirurgie und Recht (1993) 57; gegenteilig die Einschätzung von Gaidzik, JR 1992, 325.

<sup>254)</sup> So Deutsch, Karlsruher Forum 1992, 8. Brüggemeier (ZSR 1993, 424 FN 26) verweist zu Recht darauf, daß die Beweislast für den Nachweis der Kausalität des ärztlichen Verhaltens für den Tod des Patienten dem Geschädigten, hier seinen Erben bzw Unterhaltersatzgläubigern, auferlegt ist. Erst nachdem dieser Beweis erbracht wurde, treffe den Arzt eine Entlastungsobliegenheit, daß ihm kein Behandlungsfehler unterlaufen sei bzw dieser nicht kausal war.

<sup>255)</sup> Baumgärtel, JZ 1992, 323.

<sup>256)</sup> in: Häring (Hrsg), Chirurgie und Recht (1993) 63.

<sup>257)</sup> Eine Operation durch eine extra für diesen Eingriff ins Leben gerufene Projektgesellschaft, die sich anschließend wieder auflöst, wäre in der Tat eine Horrorvision.

<sup>258)</sup> So auch Schlund, Karlsruher Forum 1992, 29.

Patienten oft nicht viel<sup>260)</sup>. In Deutschland ist die Rechtsprechung<sup>261)</sup> deshalb - im Unterschied zu Österreich - mitunter einen Schritt weiter gegangen und hat bei einem schweren Behandlungsfehler die Beweislast in bezug auf die Kausalität umgekehrt<sup>262)</sup>. Ein solcher Schritt wäre nach der Dienstleistungshaftungsrichtlinie aber nicht möglich, da diese ausdrücklich anordnet, daß die Beweislast für die Kausalität der Geschädigte trage, sei es auch nur hinsichtlich der Erbringung der Dienstleistung und nicht in bezug auf die Kausalität der Pflichtwidrigkeit<sup>263)</sup>.

In Österreich hat für solche durchaus häufig vorkommende Konstellationen<sup>264)</sup> F. Bydlinski<sup>265)</sup> vorgeschlagen, Schwierigkeiten des Patienten beim Nachweis der Kausalität eines Kunstfehlers infolge des Zusammentreffens mit einem Zufall durch entsprechende Heranziehung der Regeln über die alternative Kausalität zu lösen. Der dem Patienten zuzurechnende Zufall wird so behandelt wie das Verhalten eines zweiten Täters, wobei dann die Parallele zu ziehen ist, daß man zwar weiß, daß ein Umstand das Schadensereignis bewirkt hat, man aber nicht weiß, welcher. Bei der Konkurrenz von Behandlungsfehler und Zufall kommt es zu einer Kürzung des Anspruchs nach eben den Regeln, die für den Ausgleich zwischen Schädigern bei alternativer Kausalität anerkannt sind, nämlich nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit und dem Ausmaß des Verschuldensvorwurfs<sup>266)</sup>.

Dieser Ansatz ist nicht nur sachgerechter<sup>267)</sup> als die in Deutschland vertretene Beweislastumkehr<sup>268)</sup>, weil sie abrupte Übergänge und schwarz-weiß-Lö-

<sup>259)</sup> Holzer, in: Holzer/Posch/Schick (Hrsg), Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 11, 18; Kleewein, Zurechnungszusammenhang und Normadäquanz in der Arzthaftung, ÖJZ 1993, 162.

<sup>260)</sup> Fahrenhorst, ZRP 1992, 61, 63; Baumgärtel, JZ 1992, 324.

<sup>261)</sup> Giesen (JR 1991, 485) weist darauf hin, daß diese Rechtsprechungslinie sich bis zur Judikatur des RG (RGZ 171, 168) zurückverfolgen lasse.

<sup>262)</sup> Zu betonen ist auch in diesem Zusammenhang, daß das Bedürfnis nach einem Entgegenkommen zugunsten des Patienten umso größer ist, ein je höheres Beweismaß die jeweilige nationale Rechtsprechung zugrundelegt, wobei durch die Beweislastumkehr dieses Moment sich dann in voller Schärfe gegen den Schädiger wendet.

<sup>263)</sup> Baumgärtel, JZ 1992, 323; Gaidzik, JR 1992, 325; aA Giesen, JR 1991, 491, der dem Verbraucher (Patienten) die Rosinen aus bisherigem deutschen und nach der Richtlinie umgesetzten Recht beschern will. Meines Erachtens kann der Patient aber bloß wählen, nicht aber die jeweils nach dem einen bzw anderen Haftungsregime leichter zu beweisenden Tatbestandsmerkmale zu einem - dann vollständig beweisbaren - Schadenersatzanspruch kumulieren. Kritisch zu einer solchen "Superwirkung" auch F. Bydlinski, Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen, FS-Frotz (1993) 5.

<sup>264)</sup> So auch Gaidzik, JR 1992, 325.

<sup>265)</sup> Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität, FS-Beitzke (1979) 15 ff; ders, JBl 1992, 352 unter Hinweis auf OGH JBl 1986, 576 (Deutsch) und JBl 1990, 524 (Holzer); ders, FS-Frotz (1993) 5 ff. Ihm folgend Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I 69 f.

<sup>266)</sup> F. Bydlinski, FS-Frotz (1993) 5.

<sup>267)</sup> Kritisch dazu Reischauer in Rummel, ABGB, § 1302 Rdz 12; vorsichtig zustimmend hingegen ders in Rummel, ABGB, § 1298 Rdz 26.

<sup>268)</sup> Zustimmend Deutsch, JBl 1986, 578 unter Hinweis auf das bewegliche System, wonach eine

sungen vermeidet. Meines Erachtens ist dieser Ansatz sogar noch insofern ausbaufähig, als zwar ein hohes Maß an Adäquität, somit eine hohe Wahrscheinlichkeit, daß der betreffende Fehler den Schaden ausgelöst hat, zu fordern ist, aber meines Erachtens auf das von F. Bydlinski zusätzlich verlangte Kriterium des schweren Behandlungsfehlers verzichtet werden könnte<sup>269)</sup>, wird doch auch im Kernbereich der alternativen Kausalität nicht grobe Fahrlässigkeit der Täter verlangt<sup>270)</sup>. Im Lichte der Dienstleistungshaftungsrichtlinie wäre es als Vorzug dieses Lösungsansatzes anzusehen, daß er mit ihr vereinbar wäre, ist doch durch Art 5 der Richtlinie bloß eine Grenze hinsichtlich der Beweislastverteilung gezogen, nicht aber hinsichtlich der Anwendung allgemeiner Regeln über die alternative Kausalität.

Auch die Bedeutung dieser - materiell-rechtlichen - Beweiserleichterung ist umso größer, ein je höheres Beweismaß von der Rechtsprechung verlangt wird. Nimmt man mit *Fasching* für das österreichische Recht eine mindestens 99%ige Wahrscheinlichkeit an, werden sich derartige Konstellationen öfter ergeben, als wenn man *Rechberger* folgend eine bloß 80 bis 85%ige Wahrscheinlichkeit genügen läßt. In der unterschiedlich beurteilten Zone zwischen 80 und 99 % wäre nach Ansicht von *Rechberger* der Vollbeweis erbracht, während das nach Ansicht von *Fasching* gerade zu verneinen wäre, sodaß dem *Bydlinskischen* Ansatz folgend bei einer Konkurrenz von Pflichtwidrigkeit des Schädigers und Zufall eine Kürzung je nach Verschuldensgrad des Haftpflichtigen sowie der reziproken Wahrscheinlichkeit des Zufalls vorzunehmen wäre. Nach der hier vertretenen Erweiterung soll das nicht nur bei grober, sondern auch bei leichter Fahrlässigkeit des Schädigers gelten.

Schließlich ist darauf zu verweisen, daß wegen der Beweisschwierigkeiten des Kunstfehlers, aber auch der Kausalität nicht nur in Österreich, sondern auch im Zusammenhang mit einer Sonderrichtlinie in bezug auf die Arzthaftung<sup>271)</sup> eine Versicherungslösung diskutiert wird. Wie *Kozioł*<sup>272)</sup> für das österreichische Recht jüngst überzeugend dargetan hat, hat die Beschreitung eines solchen Weges aber den Nachteil, daß dadurch die dem Schadenersatzrecht innewohnende, durchaus erwünschte Präventionswirkung verloren ginge. Darüberhinaus würde eine Versicherungslösung keine ins Gewicht fallenden Verbesserung der Rechtsstellung der Patienten bewirken, wenn sie auf relativ

schwache Kausalität durch schweres Verschulden aufgewogen werde.

<sup>269)</sup> Auch in Deutschland verlangt der BGH in der E VersR 1991, 816 für die Umkehr der Beweislast in bezug auf die Kausalität nicht mehr einen groben Behandlungsfehler. Vgl dazu *Giesen*, JR 1991, 488; *Schiemann*, Wandlungen der Berufshaftung, FS-Gernhuber (1993) 401 sowie *Deutsch*, Der grobe Behandlungsfehler, VersR 1988, 1 ff.

<sup>270)</sup> Nach Ansicht von *Holzer* (JBI 1990, 527) fällt bei der Abwägung von schwerem Verschulden und Zufall letzterer so wenig ins Gewicht, daß von diesem abstrahiert werden könne und der Schädiger voll hafte. Da es hier aber um potentielle Kausalität geht, spielt meines Erachtens die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts mindestens eine ebenso große Rolle wie das Verschulden, sodaß die Parallele zu den Mitverschuldensfällen jedenfalls insoweit nicht gezogen werden kann.

<sup>271)</sup> Bloß referierend *Heinemann*, ZIP 1991, 1194; *Frietsch*, DB 1992, 932; kritisch dazu *Giesen*, JR 1991, 490, 491; *Brüggemeier*, ZSR 1993, 426. Vgl auch *Deutsch*, ZRP 1990, 454.

<sup>272)</sup> RdM 1994, 4 f.

geringe Höchstbeträge beschränkt bliebe<sup>273)</sup>, ein weitergehender Ersatz aber erst wieder vom Nachweis eines Kunstfehlers abhängig gemacht würde. Mit *Magnus*<sup>274)</sup> ist gegenüber Systemen der Ablösung des Schadenersatzrechts durch Versicherungslösungen Skepsis angebracht, kehrt man doch überall dort, wo dies versucht wurde, Schritt für Schritt wieder zum altbewährten Haftpflichtsystem zurück<sup>275)</sup>.

## F) Bewahrung der (österreichischen) Rechtseinheit

### D) Aufspaltung zwischen allgemeinen Regeln und Unternehmer-Verbraucher-Verhältnissen - auch im Haftpflichtrecht

Die Umsetzung der Dienstleistungshaftungsrichtlinie würde zu einem besonderen Haftungsregime bei Schädigung eines Verbrauchers durch einen Dienstleistungsunternehmer führen. Mag durch dieses Phänomen auch die Übersichtlichkeit der Rechtsordnung abnehmen, so stellt die Abhebung des Verhältnisses zwischen Unternehmer und Verbraucher doch nichts grundlegend Neues dar.

Im Vertragsrecht haben besondere Regeln zwischen Unternehmer und Verbraucher in Österreich eine längere Tradition als anderswo. Wurde in Deutschland das 1-wöchige Rücktrittsrecht nach § 1 Abs 1 Haustürwiderrufsgesetz und § 7 Abs 1 Verbraucherkreditgesetz im Gefolge von EG-Richtlinien als relativ neue Errungenschaft gepriesen, gibt es eine derartige Regelung in der österreichischen Rechtsordnung schon seit dem Ratengesetz<sup>276)</sup>. Auch weitere europarechtlich indizierte, spezifisch verbraucherrechtliche Bestimmungen wie die über den Verbraucherkredit sowie die Pauschalreise<sup>277)</sup> wurden folgerichtig in das Konsumentenschutzgesetz integriert, existiert doch im österreichischen Recht bereits eine Zusammenfassung besonderer das Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis betreffender Regelungen<sup>278)</sup>. Insoweit wird im Deliktsrecht bloß nachvollzogen, woran man sich im Vertragsrecht schon geraume Zeit gewöhnt hat.

<sup>273)</sup> So auch in bezug auf das deutsche Recht bei einem Höchstbetrag von DM 30.000,- *Gaidzik*, JR 1992, 328. Vgl dazu weiters *Schlund*, Karlsruher Forum 1992, 30.

<sup>274)</sup> Gutachten 70 ff.

<sup>275)</sup> Vgl dazu jüngst *Deutsch*, Die Wiederkehr der Fahrlässigkeit, VersR 1994, 381 ff.

<sup>276)</sup> Zum derzeitigen § 3 KSchG und dessen Vorläufern vgl *Krejci* in Rummel, ABGB, § 3 KSchG Rdz 3; *Mayerhofer*, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz (1966) 151.

<sup>277)</sup> Darauf, daß diese Regelungen nicht nur auf Verbraucher anwendbar sind, weist mit Recht *G. Wilhelm* (ecolex 1994, 145) hin.

<sup>278)</sup> Kritisch gegenüber einem eigenen System Verbraucherrecht *F. Bydlinski*, Sonderprivatrecht - was ist das? FS-Kastner (1992) 80, 81 FN 17.

Und auch das Nebeneinanderbestehen mehrerer Haftungsspuren ist in der österreichischen Rechtsordnung nicht erst seit Inkrafttreten des Produkthaftungsgesetzes geläufig<sup>279)</sup>, worauf in Punkt C) IV) bereits hingewiesen worden ist. Zum Anspruch gegen den Sozialversicherungsträger, den qualitativ und quantitativ darüberhinausgehenden, jedoch betraglich beschränkten Ansprüchen aus der Gefährdungshaftung sowie den betraglich unbeschränkten Ansprüchen aus der Verschuldenshaftung käme nun eben eine weitere Spur aus der Dienstleistungshaftung hinzu.

Man mag das des Guten zu viel nennen und dafür keine besondere Notwendigkeit orten. In das Systemgefüge eines besonderen Schutzes des Verbrauchers und eines dem Umfang nach abgestuften Ersatzes je nach den nachzuweisenden Voraussetzungen paßt es jedoch sehr wohl.

## II) Gefahr von Wertungswidersprüchen wegen der partiellen Lösung

Wird durch die EU Rechtsangleichung angestrebt, so ist damit notwendigerweise ein Eingriff in die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen verbunden. Wirkt das Regelungsinstrument der Verordnung direkt in das nationale Recht hinein, so werden bei der Richtlinie - jedenfalls idealtypisch - bloß die Ziele vorgegeben, um den jeweiligen nationalen Gesetzgebern bei der Umsetzung einen Gestaltungsspielraum zur Herstellung einer möglichst großen Harmonie mit ihrer Rechtsordnung zu ermöglichen.

Da die Dienstleistungshaftungsrichtlinie aber keine Mindestrichtlinie ist<sup>280)</sup>, sie mehrere Ziele zugleich verfolgt, nämlich Verbraucherschutz und Schaffung möglichst gleicher Wettbewerbsbedingungen, und sie letztendlich ziemlich detailliert ist, bleibt nur ein geringer Autonomiespielraum des jeweiligen nationalen Gesetzgebers<sup>281)</sup>. *Posch*<sup>282)</sup> hat deshalb schon anlässlich der Umsetzung der Produkthaftungsrichtlinie von einer legistischen Gratwanderung gesprochen. Sollen bei der Umsetzung auch noch Wertungswidersprüche mit der jeweiligen nationalen Gesamtrechtsordnung vermieden werden, so gleicht das der Quadratur des Kreises; und auch dafür sind bisher bloß Näherungslösungen gefunden worden.

Wägt man den Nutzen des zusätzlichen Verbraucherschutzes und der tatsächlich erzielbaren Wettbewerbsvereinheitlichung gegen den Verlust an Transparenz der Rechtsordnung<sup>283)</sup> und die durch den Abschluß zusätzlicher Versicherungen bewirkten Verwaltungsmehrkosten gegeneinander ab, dürfte jedenfalls aus der Perspektive der österreichischen Rechtsordnung kaum ein

<sup>279)</sup> Kritisch gegenüber einer weiteren Spur *Reindl*, *Karlsruher Forum* 1992, 39.

<sup>280)</sup> *Posch*, in: *Ginter/Isak/Posch* (Hrsg), *Recht und Politik in einem größeren Europa* (1993) 16 FN 13.

<sup>281)</sup> *Heinemann*, *ZIP* 1991, 1194 f.

<sup>282)</sup> *FS-Ostheim* (1992) 666.

<sup>283)</sup> Zum Teil wird durchaus berechtigterweise darauf hingewiesen, daß eine größere Rechtszersplitterung per se zu Lasten des Verbrauchers gehe. So *Piper*, *TransPr* 1991, 92.

positiver Saldo herauskommen<sup>284)</sup>. Der Zug in diese Richtung ist aber schon ins Rollen gekommen, sodaß sich nicht mehr die Frage des Aufhaltens stellt, sondern bloß, welche Weichen zu stellen sind, damit er nicht ganz und gar in die verkehrte Richtung fährt<sup>285)</sup>.

Durch die Übernahme einer von einer fremden Rechtsordnung, in concreto der französischen<sup>286)</sup>, geprägten Regelung ist das Auftreten von Wertungswidersprüchen geradezu vorprogrammiert. Das gilt umso mehr, als jeweils nur Teilgebiete erfaßt werden. Akzeptiert man diesen Befund, muß die Rechtszersplitterung nur noch mehr zunehmen, wenn anstelle einer Dienstleistungshaftungsrichtlinie verschiedene Sonderrichtlinien treten, wie das etwa für das Bauwesen und die ärztlichen Dienstleistungen geplant ist. Aus der Perspektive der möglichsten Bewahrung der Übersichtlichkeit der Rechtsordnung sind diese daher abzulehnen<sup>287)</sup>.

Mag auch Österreich durch einen EU-Beitritt in einem früheren Stadium in die Willensbildung einbezogen werden, so wird es doch kaum in der Lage sein, selbst Weichen zu stellen<sup>288)</sup>. Umso mehr Aufmerksamkeit verdient dann die Rechtsvergleichung, um auszuloten, in welchen Rechtsordnungen Regelungen und Strukturen existieren, die denen der österreichischen Rechtsordnung vergleichbar sind. Auch sollten die durch das EG-Recht initiierten Neuerungen nicht stets als lästige Störung der Eintracht und Einheit der nationalen Rechtsordnung betrachtet werden, die angesichts des Einflusses von außen auch nicht verklärt werden soll<sup>289)</sup>.

Vielmehr können und sollen die durch europarechtliche Vorgaben erzwungenen Neuerungen Anlaß sein, manch fragwürdige Position des nationalen Rechts zu überprüfen und eine Anpassung über den Bereich hinaus vorzunehmen, in bezug auf den die Richtlinie eine Umsetzung erfordert. Das sollte am besten schon auf gesetzgeberischem Weg geschehen, es wäre aber auch durch die Rechtsprechung möglich. Auch letzteres wäre nichts völlig Neues, werden doch etwa auch im Vertragsrecht für das Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis gesetzlich festgelegte Wertungen des § 6 KSchG auf andere Ungleichgewichtslagen oder überhaupt alle anderen Fälle erstreckt.

<sup>284)</sup> Skeptisch auch *Posch*, in: *Ginter/Isak/Posch* (Hrsg), *Recht und Politik in einem größeren Europa* (1993) 28.

<sup>285)</sup> Zutreffend meines Erachtens die Einschätzung von *Hübner* (in *Littbarski/HrsG*, *Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen/1992/ 25*), der darauf hinweist, daß die Bedeutung des Europarechts gar nicht hoch genug einzuschätzen sei, kommen doch selbst im klassischen Zivilrecht die Vorgaben für Reformen nicht mehr aus Bonn, sondern aus Brüssel.

<sup>286)</sup> Vgl dazu *Hübner*, in: *Littbarski* (Hrsg), *Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen* (1992) 20.

<sup>287)</sup> So auch *Hübner*, in: *Littbarski* (Hrsg), *Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen* (1992) 28; *Littbarski*, in: *Littbarski* (Hrsg), *Entwurf einer Richtlinie über die Haftung bei Dienstleistungen* (1992) 106.

<sup>288)</sup> Beschränkt optimistisch insofern *Posch*, in: *Ginter/Isak/Posch* (Hrsg), *Recht und Politik in einem größeren Europa* (1993) 30.

<sup>289)</sup> Ein kurzer Blick in den Wildwuchs der "klassischen" Gefährdungshaftung läßt erkennen, daß es auch im nationalen Recht vielerorts nicht an Ungereimtheiten fehlt.

Sollten sich so manche europarechtlich indizierte Lösungen als angemessen erweisen, könnten Wertungswidersprüche mit der österreichischen Rechtsordnung also dadurch abgebaut werden, daß sie in weitergehendem Umfang als durch die Richtlinie gefordert umgesetzt werden. Dafür wurden im Referat auch konkrete Beispiele genannt, etwa im Verjährungsrecht.

Darüberhinaus könnte auch von formaler Seite her ein Beitrag zur Hintanhaltung der Rechtszersplitterung geleistet werden. Es ist durchaus nicht zwingend, für jede Richtlinie ein eigenes Umsetzungsgesetz zu erlassen. Akzeptiert man die Konzeption, daß der Verbraucherschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht eine besondere Dimension hat und sich das auch im Deliktsrecht niederschlägt, wäre zu überlegen, die diesbezüglichen Umsetzungsnormen in das Konsumentenschutzgesetz aufzunehmen. Dadurch wäre gewährleistet, alle - jedenfalls europarechtlich beeinflussten - Verbraucherschutznormen in einem Gesetz zusammengefaßt zu haben.

### III) Spielraum bei der Umsetzung

#### 1) Vorbemerkung - Korrektur durch die Rechtsprechung im Sinn der Einschleifung ins bestehende nationale Recht

*Schmidt-Salzer*<sup>290)</sup> und *Stark*<sup>291)</sup> haben auf dem Karlsruher Forum 1992 betont, daß nichts so heiß gegessen wie gekocht wird. Nachdem in der Diskussion teilweise Horrorszenerien an die Wand gemalt wurden, daß Ärzte Deutschland verlassen würden, weil die Ausübung ihres Berufes bei Geltung der Dienstleistungshaftungsrichtlinie nicht mehr möglich sein werde, haben diese beiden Autoren darauf hingewiesen, daß die Auswirkungen im jeweiligen nationalen Recht davon abhängig seien, in welcher Weise die Anwendung erfolge. Vor allem der Rechtsprechung wurde zugebilligt, selbst aus verunglückten Normen etwas Brauchbares herauszudestillieren<sup>292)</sup>. Dabei ist zwischen restriktiven und freiraumbewahrenden Tendenzen zu unterscheiden:

#### 2) Restriktive Tendenzen

##### a) Legistische Ebene: Determinierung des Gesetzgebers durch die Richtlinie

Da es sich um keine Mindestrichtlinie handelt, die Ziele des Verbraucherschutzes und der Wettbewerbsgleichheit zugleich zu verfolgen sind und eine weitgehende Determinierung vorgegeben ist, ist der Autonomiespielraum eng. Ginge es allein um den Verbraucherschutz, könnte der nationale Gesetzgeber in Einzelfällen über die Beweislastumkehr hinausgehend eine echte Gefähr-

<sup>290)</sup> Karlsruher Forum 1992, 24.

<sup>291)</sup> Karlsruher Forum 1992, 41 f.

<sup>292)</sup> In diesem Sinn auch *Reindl*, Karlsruher Forum 1992, 39.

dungshaftung anordnen, Wettbewerbsüberlegungen stehen dem jedoch entgegen<sup>293)</sup>. Demgegenüber standen der Einbeziehung unternehmerischer Sachen in die verschuldensunabhängige Produkthaftung kaum Verbraucherschutzüberlegungen entgegen, wohl eher aber Gründe der Wettbewerbsverzerrung.

Ist auch der voraussetzende Gehorsam des österreichischen Gesetzgebers bei Umsetzung der Produkthaftungsrichtlinie gerügt worden<sup>294)</sup>, so steht der Gesetzgeber eines Mitgliedslandes - also nunmehr auch der österreichische - unter dem Zeitdruck der Umsetzung innerhalb vorgegebener Fristen. Ein Verstoß löst dann nicht nur Sanktionen von Organen der EU aus<sup>295)</sup>. Vielmehr kann der einzelne Bürger einen Beitrag zur fristgerechten und korrekten Umsetzung leisten, als der Staat dem Bürger im Fall von Fehlleistungen bei der Umsetzung insofern schadenersatzpflichtig wird, als der Bürger weitergehende Rechte gegenüber einem Dritten bei korrekter und fristgerechter Umsetzung einer Richtlinie durchsetzen hätte können<sup>296)</sup>.

##### b) Anwendung durch die Rechtsprechung: Richtlinienkonforme Interpretation

Doch auch nach Umsetzung der Richtlinie ergeben sich bisher nicht geläufige Schranken. Das umgesetzte Recht ist nämlich nicht im nationalen Kontext auszulegen, sondern einerseits richtlinienkonform<sup>297)</sup> und andererseits angleichungsfreundlich<sup>298)</sup> zu interpretieren. Mag es auch eine Illusion sein, daß auch nur der OGH sämtliche Fassungen in den verschiedenen Sprachen, die jeweils authentisch sind, zur Auslegung heranziehen bzw sämtliche Entscheidungen des EuGH sowie der Höchstgerichte anderer Staaten parat haben und berücksichtigen werde<sup>299)</sup>; die jeweils betroffenen Parteien, sofern sie über besonders versierte Anwälte verfügen, werden schon das Ihre dazu beitragen, daß sich die Gerichte zumindest das eine oder andere Mal mit der für sie ungewohnten angewandten Rechtsvergleichung auseinandersetzen müssen. Insofern könnte der Spielraum der Rechtsprechung, aus einem verunglückten Gesetz Sinnvolles herauszulesen<sup>300)</sup>, beschränkter sein als im nationalen Recht.

<sup>293)</sup> *Herber*, VersR 1992, 1167.

<sup>294)</sup> *F. Bydliński*, JBl 1992, 341; *Posch*, FS-Ostheim (1992) 674.

<sup>295)</sup> Dazu *Posch*, FS-Ostheim (1992) 673.

<sup>296)</sup> *Baumgärtel*, JZ 1992, 325 unter Hinweis auf EuGH JZ 1992, 305 sowie den Besprechungsaufsatz von *Hailbronner*, Staatshaftung bei säumiger Umsetzung von EG-Richtlinien, JZ 1992, 284.

<sup>297)</sup> *Posch*, in: *Ginter/Isak/Posch* (Hrsg), Recht und Politik in einem größeren Europa (1993) 17.

<sup>298)</sup> *Posch*, FS-Ostheim (1992) 676; *Heinemann*, ZIP 1991, 1196; *Taupitz*, Karlsruher Forum 1992, 31.

<sup>299)</sup> Schon durch Sprachbarrieren und begrenzte Budgetmittel für die Anschaffung einschlägiger Publikationen sind jedenfalls derzeit enge Grenzen gesetzt.

<sup>300)</sup> *Reindl*, Karlsruher Forum 1992, 39.

### 3) Freiraum-bewahrende Tendenzen - Ausfüllung des Skeletts der Richtlinie durch nationales Recht

Hat dieser Befund sowohl bei der Umsetzung einen geringen Spielraum für den Legisten als auch bei der Auslegung einen nicht viel größeren für den entscheidenden Richter ergeben, so ist doch zu betonen, daß die Richtlinien im allgemeinen und die Dienstleistungshaftungsrichtlinie im besonderen ein Torso sind, ein Skelett, das erst durch die jeweilige nationale Muskelmasse funktionsstüchtig wird.

Insoweit besteht trotz des hohen Determinierungsgrades der Richtlinie beträchtliche Manövriermasse, sind doch weite Bereiche nach wie vor dem nationalen Recht überantwortet, und zwar im materiellen Recht der Schadensbegriff<sup>301)</sup> sowie die Gehilfenhaftung und im Prozeßrecht der Anscheinsbeweis<sup>302)</sup>, das Substantiierungserfordernis, die richterliche Schadensschätzung bei der haftungsausfüllenden Kausalität und vor allem das Beweismaß<sup>303)</sup>. Das mindert zwar die angestrebte Wettbewerbsvereinheitlichung, beläßt aber der jeweiligen nationalen Rechtsprechung ein gewisses Maß an Gegensteuerung zur Vermeidung sachlich unangemessener Ergebnisse.

<sup>301)</sup> *Andréewitch*, *ecolex* 1991, 751.

<sup>302)</sup> Zweifelnd *Geisendörfer*, *VersR* 1991, 1318; *Piper*, *TranspR* 1991, 94.

<sup>303)</sup> So auch *Deutsch*, *Karlsruher Forum* 1992, 9; *Brüggemeier*, *ZSR* 1993, 426.

### Diskussion

*Vorsitzender Prof. Franz Bydlinski*

Unser Thema hat uns Herr Kollege Magnus in seinem brillanten Gutachten sehr aufbereitet, in der Weise, daß der auf breiter rechtsvergleichender Erfahrung beruhende Blick von außen manches schärfer hervortreten läßt, als der des Insiders im österreichischen Recht. Freilich werden manche Punkte dieser Ausführungen naturgemäß Anlaß zur Diskussion geben. Wir sind ihm aber, das darf ich auch in Ihrem aller Namen von vornherein sagen, für seine kurzfristige und umfangreiche Arbeit - er ist nämlich erst spät, fast sittenwidrig spät gebeten worden, diese Arbeit zu leisten - besonders dankbar.

Der zweite nicht europarechtliche, sondern interne Vereinheitlichungsaspekt ist der, der mir offen gesagt noch stärker am Herzen liegt, nämlich das Bestreben, einheitliche Strukturen und einheitliche Wertungen im Schadenersatzrecht ungeachtet aller innerstaatlichen und jetzt noch erweiterten Komplexitäten der Rechtsetzung, ungeachtet aller Sondervorschriften und Sonderhaftungsnormen aufrecht zu erhalten, einheitliche Strukturen und Wertungen, die notwendig sind, um ein Minimum an konsistenter Rechtsanwendung überhaupt zu ermöglichen; um überhaupt zu ermöglichen, daß größere Rechtsmassen auch nur im Gedächtnis einigermaßen bewältigt werden. Die Tendenz zur Aufrechterhaltung oder vielleicht sogar Wiedergewinnung einheitlicher Strukturen und Wertungen ist naturgemäß eine Aufgabe und Verantwortung der Wissenschaft, weil sie allen anderen rechtsbildenden Kräften erfahrungsgemäß am wenigsten am Herzen liegt.

Wir haben uns den Ablauf so vorgestellt, daß heute die Referate gehalten werden, und zwar dem Schwerpunkt der drei Referate entsprechend in der Reihenfolge der Gutachtensthemen, sodaß also zuerst Herr Professor Karollus schwerpunktmäßig zum Problemkreis der Produkthaftung sprechen wird; dann Frau Dozentin Gimpl-Hinteregger mit dem Schwerpunkt Umwelthaftung und dann Herr Dozent Huber mit dem Schwerpunkt Dienstleistungshaftung. Damit ist wahrscheinlich der heutige Tag weithin erschöpft. Wir haben die Hoffnung, daß wir Herrn Kollegen Spielbüchler noch bitten dürfen, heute einige Aussagen darüber zu machen, ob und welche verfassungsrechtliche Vorgaben und Rahmenbedingungen für die schadensrechtliche Rechtsetzung zu beachten sind.

Der morgige Tag wäre dann der Diskussion vorbehalten. Nachdem wahrscheinlich viele Diskutanten zu mehreren Themen sprechen wollen, wollen wir eine Verteilung der drei Haftungskomplexe in der Diskussion nicht durchziehen. Vielmehr soll der jeweilige Diskussionsredner selbst bestimmen, ob er zu mehreren Punkten oder nur zu einem Themenkomplex sprechen wird. Gebeten wird nur, daß jeder Diskussionsredner, damit das erfaßt werden und auf dem Tonband zugeordnet werden kann, zunächst seinen Namen laut und deutlich verkündet. Und zugleich wird gebeten, auf den Zetteln, auf denen die Diskussionsanmeldung morgen erfolgen soll, sichtbar zu machen, zu welchen Themen der betreffende Diskussionsredner sprechen will. Ich glaube, das läßt sich