

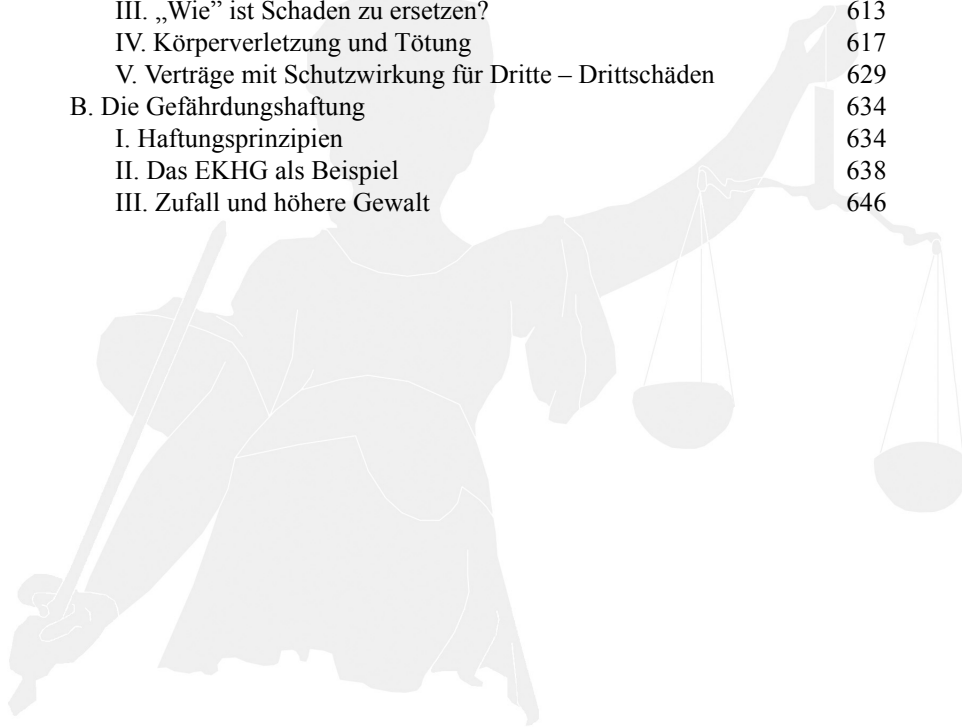
## KAPITEL 9

„Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld – ein einfacher Satz, ebenso einfach wie der des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luft.“

Rudolf v. Ihering (1867)


### INHALT

A. Schadenersatzrecht – Allgemeiner Teil	574
I. Allgemeines	574
II. Die Schadenersatzvoraussetzungen	583
III. „Wie“ ist Schaden zu ersetzen?	613
IV. Körperverletzung und Tötung	617
V. Verträge mit Schutzwirkung für Dritte – Drittschäden	629
B. Die Gefährdungshaftung	634
I. Haftungsprinzipien	634
II. Das EKHG als Beispiel	638
III. Zufall und höhere Gewalt	646



## Überblick

Karl Anton von Martini zählte das Recht, erlittenen Schaden ersetzt verlangen zu können zu den „angebohrnen“ oder „Grundrechten“ jedes Menschen. Es stand für ihn neben dem Recht sein Leben und seine Ehre zu verteidigen, sich die nötigen Mittel für den Lebensunterhalt zu beschaffen, seine Anlagen und Fähigkeiten zu entwickeln und zu veredeln oder Verträge schließen zu dürfen. Der Schaden mochte vom Schädiger verschuldet oder unverschuldet zugefügt worden sein. Daher war dieses Recht auf Ersatz erlittener Schäden nicht am Beginn der Ausführungen über den (grundsätzlich Verschulden des Schädigers voraussetzenden) Schadenersatz geregelt, sondern am Beginn des Gesetzbuchs, im Rahmen von Martinis „Einleitung“, die ein Grundrechtssurrogat darstellte: „Von den Rechten der Personen“. Das war weder unsystematisch noch inkonsequent gedacht. Im Gegenteil: Weil Schaden im Bereich der Gesamtrechtsordnung und insbesondere allen Teilbereichen des bürgerlichen Rechts (aus Vertrag oder Delikt) zugefügt werden konnte, wurde die Generalklausel für die Ersatzpflicht erlittener Schäden an die Spitze des Gesetzbuchs gestellt. Martinis Entwurf von 1796 und das WGG von 1797 regeln daher das „Grundrecht“ einer Person, erlittenen Schaden ersetzt zu verlangen, nicht am Beginn des 13. Hauptstücks des III. Teils, das dem 30. Hauptstück des ABGB entspricht, sondern zentral im 2. Hauptstück des I. Teils, der „Von den bürgerlichen Rechten und Pflichten überhaupt“ handelt und der eine Art „Allgemeinen Teil“ darstellt; I 2 §§ 8 ff Entwurf Martini und I 2 § 35 WGG. An der Eliminierung von Martinis „Einleitung“ durch Martinis Schüler und Protégé Zeiller leidet unser Schadenersatzrecht bis heute.

 Mehr bei *Barta*, in: *Barta/ Palme/ Ingenhaeff* (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 375 f (1999) und *Barta*, Karl Anton von Martinis bleibende Bedeutung für die österreichische und europäische Rechtswissenschaft, in: *Barta / Pallaver / Rossi / Zucchini* (Hg), Geschichte, Institutionen und Recht bei Karl Anton von Martini (1726-1800), 113 und 119 ff (2002).

Ein solches, vernunftrechtlich vermitteltes Verständnis des Schadenersatzrechts hätte eine stets an alle Entwicklungen und Anforderungen anpassbare rechtliche Grundlage geboten. Nur ein solches Konzept, das von Zeiller entweder nicht mehr verstanden oder abgelehnt wurde, vermag auch die im ABGB schließlich enthaltenen ungeordneten Fälle einer Erfolgs- oder Nichtverschuldenshaftung (§§ 1310, 1318, 1333 iVm 1334) sowie die Übergänge zwischen Verschuldens- und Erfolgshaftung (die Beweislastumkehr in den §§ 1319 und 1320), trotz einer allgemein statuierten Verschuldenshaftung hinreichend zu erklären. Das souveräne naturrechtlich fundierte Schadenersatzverständnis Martinis lässt auch die Frage des Drittschadenersatzes und seines noch existenten Rudiments in § 1295 ABGB („Jedermann ...“) in einem andern Licht erscheinen. – Die Brüche und Verwerfungen, die das österreichische Schadenersatzrecht in Theorie und Praxis bis heute plagen, haben auch in diesem unglücklichen Umbau von Martinis Konzept durch Zeiller ihren Grund. – Es liegt an uns, eine Annäherung an das ursprüngliche Konzept oder doch eine Wiederherstellung des ursprünglich Angestrebten herbeizudenken; zB durch erneute Aufnahme einer Generalklausel für Gefährdungshaftungen in das ABGB: der Ort könnte § 1295 ABGB sein. Sei es für die nähere Zukunft im Rahmen des ABGB, was näher liegt, sei es in fernerer Zukunft im Rahmen eines europäischen Zivilgesetzbuchs.

## A. Schadenersatzrecht – Allgemeiner Teil

### I. Allgemeines

Rechtsquellen: §§ 1293 ff ABGB und zahlreiche SonderGe: zB EKHG, AHG, DNHG, PHG.

## 1. Abgrenzung vom Strafrecht

Das Schadenersatzrecht spielt in der Praxis eine wichtige Rolle. Angeblich betreffen mehr als die Hälfte aller Privatrechtsfälle dieses Rechtsgebiet oder weisen wenigstens „auch“ einen namhaften schadenersatzrechtlichen Bezug auf. Die rechtlichen Konsequenzen und die Härte des Schadenersatzrechts werden – verglichen mit dem Strafrecht – häufig unterschätzt. Tatsächlich sind privatrechtliche Sanktionen oft härter, als die des Strafrechts.

Man beachte etwa die Sachverständigenhaftung des § 1299 ABGB (→ Kapitel 10.A.II., S. 656) oder die aus wohlbedachten Gerechtigkeitsüberlegungen (Martini!) geschaffene deliktische Haftung Minderjähriger nach § 1310 ABGB → Kapitel 10.A.IV., S. 665.

Das **Verhältnis von Zivilrecht und Strafrecht** bedarf am Beginn des Schadenersatzrechts einer kurzen Erörterung: Zum einen sind die Zusammenhänge evident, ja im Volk fehlt ein Bewusstsein für die nötige Unterscheidung. Entgegen dieser Einschätzung besitzt das Zivilrecht, gesellschaftlich gesehen, eine wesentlich größere Bedeutung. Das äußert sich in der Inanspruchnahme beider Rechtsgebiete durch die Bevölkerung, die bei etwa 10-12:1 zugunsten des Zivilrechts iWS liegt. Von Bedeutung ist die Unterscheidung aber vor allem auch für die gerichtliche **Zuständigkeit**, die zwar in beiden Bereichen bei den ordentlichen Gerichten liegt, aber dies in ganz unterschiedlicher inhaltlicher und verfahrensrechtlicher Ausgestaltung: Zivil- (ZPO) und Strafgerichte (StPO). Für beide Bereiche existieren in Österreich – wie in den meisten anderen Ländern – materiellrechtliche Kodifikationen; ABGB 1811 und StGB 1975. Auch die Aufgaben von Zivil- und Strafrecht unterscheiden sich, wenngleich auch wichtige funktionale Verbindungen und „Doppelgleisigkeiten“ bestehen; Prävention (→ A.I.2.), Schutz der Ehre und der körperlichen Unversehrtheit hier wie dort. Während der Strafanspruch dem Staate zusteht und dies dadurch zum Ausdruck gelangt, dass der Staats-Anwalt als öffentlicher Ankläger auftritt (kollektiver Schutz und Ausgleich), fällt das Geltendmachen von Schadenersatzansprüchen grundsätzlich in die freie Entscheidung Geschädigter; individueller Ausgleich.

Zivilrecht und Strafrecht

In Bezug auf die **Gerechtigkeit** (→ Kapitel 18.A., S. 1045) lässt sich sagen, dass das Zivilrecht insbesondere die gestörte rechtliche Beziehung zwischen Geschädigten und Schädigern wiederherstellen will (intersubjektiv-ausgleichende Gerechtigkeit), während das Strafrecht die Störung der Rechtsbeziehung zwischen Täter/in und der Gemeinschaft ausräumen will (gesellschaftlich-ausgleichende Gerechtigkeit), was verständlicherweise auf sehr unterschiedliche Weise geschehen kann und daher immer wieder für Diskussionen sorgt. – Hinzuweisen ist hier auf die Bedeutung eines humanen Strafvollzugs.

Gerechtigkeit

Wer sich ein Bild davon machen will, wie noch im angeblich aufgeklärten Europa zu Beginn der zweiten Hälfte des 18. Jhds die **Todesstrafe** an Mördern vollzogen wurde, der lese die ersten Seiten des Buchs von M. Foucault, Überwachen und Strafen (stw 184, 1992<sup>10</sup>). Das war aber nicht nur in Frankreich so. Die allerchristlichste Herrscherin **Maria Theresia** hatte noch 1768 ein neues Strafgesetzbuch erlassen (Constitutio Criminalis Theresiana), die sog Nemesis Theresiana, welches die gleichen grausamen Foltern und Strafen enthält; mit glühenden Zangen zwicken, Beinschienen anlegen, auf's Rad flechten, Vierteilen usw. Nicht das Christentum hat schließlich diese grausamen Strafen menschlicher gestaltet – humanisiert wie wir heute sagen, sondern das in der zweiten Hälfte des 18. Jhds stärker das gesellschaftliche Dunkel erhellende Licht der aufklärerischen Vernunft. – Bei Foucault finden sich auch weitere interessante Hinweise auf die Entwicklung des Strafans. Übrigens auch die Folter hat in Österreich erst Maria Theresias aufgeklärter Sohn Joseph II abgeschafft.

Noch in unserer Zeit zeigt sich immer wieder, wie sehr die **Zustände in Haftanstalten** zu wünschen übrig lassen. Ich habe es selber in Innsbruck als Rechtspraktikant erlebt, dass mir Gefangene ihre Striemen am Rücken gezeigt haben, die ihnen vom „Personal“ oder Mithäftlingen geschlagen worden waren und niemand von den Verantwortlichen, denen ich dies gemeldet hatte, fand es der Mühe Wert, etwas dagegen zu unternehmen. – Menschlichkeit sollte aber, trotz aller normativen und rechtsfunktionalen Unterschiede, ein verbindender „Zug“ von Strafrecht und Schadenersatzrecht sein. Sich darum zu bemühen ist uns allen zur Aufgabe gestellt.

Zur Abgrenzung des Schadenersatzrechts vom Strafrecht vgl § 1338 ABGB: Danach sind Schadenersatz- und Strafrecht strikt voneinander zu trennen. Die beiden Rechtsbereiche werden aber von Laien häufig in einen Topf geworfen. Nicht zu verwechseln ist dabei, dass ein und derselbe Sachverhalt – zB ein schwerer Verkehrsunfall mit Personenschaden, der zB auf Alkoholisierung zurück-

§ 1338 ABGB

zuführen ist – häufig sowohl schadenersatzrechtliche wie strafrechtliche Folgen hat; dazu können verwaltungs(straf)rechtliche Sanktionen treten.

Sowohl im Schadenersatzrecht, als auch im Strafrecht wird von **Verantwortlichkeit** oder **Haftung** gesprochen.

**Zum Verhältnis von  
Privat- und Strafr:  
Historische Entwicklung**

G. Radbruch

Gustav Radbruch führt in seinen Erläuterungen zur „Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karl V von 1532“ (Reclam 2990/90a, 1960), der sog „**Carolina**“, zu Entwicklung und Verhältnis von Privatrecht und Strafrecht aus:

„Das Mittelalter hatte die **privatrechtliche Auffassung des Strafrechts** nie ganz zu überwinden vermocht, die im **Verbrechen** vornehmlich eine **Verletzung der zunächst verletzten Privatperson**, in der **Strafe** wesentlich ein **Recht dieses Verletzten** erblickte, nicht des Staates. Es wirkte auf lange hinaus nach, daß eine Wurzel des Strafrechts die **Privatrache** des Verletzten, ablösbar durch **Bußzahlung** des Verbrechens, gewesen war. [Im antiken **Griechenland** fand dagegen die „Verstaatlichung“ der Privatrache bereits unter Drakon und Solon statt; Ende 7., Anfang 6. Jhd v. C.] Das ganze Mittelalter hindurch ließ sich die Privatrache in Gestalt der **Fehde** trotz aller kirchlichen und staatlichen Landfrieden nicht unterdrücken. Und wie ehemals die Privatrache, so war jetzt auch die staatliche Strafe ablösbar durch Geld und fromme Werke. Da hatte etwa im zweiten Jahrzehnt des 16. Jahrhunderts ... einer namens Hans Ganser den Kriegsknecht Ludi Schnetz ein Pulvermennli genannt, der ihn mit hitzigem Streich und Stich zu Tode verwundet. Was geschah dem Täter? Die Witwe des Erschlagenen ist mit einer Buße von zehn Kronen zufrieden (denn er war von je ein Taugenichts gewesen), und der Totschläger tut, die brennende Kerze in der Hand, an der Kirchtür öffentliche Buße.

Die privatrechtliche Auffassung des Strafrechts kommt aber vor allem in der **zivilprozessualen Auffassung des Strafprozesses** zum Ausdruck. Wenn sich der Gläubiger nicht selbst regt – der Staat von sich aus kümmert sich um seine Schuldforderung nicht: **wo kein Kläger, da kein Richter**. Das galt damals auch für den Strafprozeß. Hatte also der Verletzte nicht Mut oder Macht genug, um die Klage wagen zu dürfen, so blieb das Verbrechen ungeahndet. Hatte er aber die Klage wirklich erhoben, so war der Beklagte näher zum Beweise: Das Verbrechen bleibt ungeahndet, wenn der Schuldige Gewissenlosigkeit und Freunde genug hat, um sich durch **Reinigungseid** mit Eideshelfern von der Klage freizuschwören.“ (AaO 3 f) – Die Carolina „schied von sich aus die Straftaten, die nur ‚bürgerlicher‘ Strafe, d.h. der an den Verletzten zu zahlenden Privatstrafe unterlagen, oder zwar staatlich zu strafen waren, aber nicht peinlich, d.h. nicht an Leben, Ehre, Leib und Gliedern, also vor allem das Polizeiuinrecht, wie es dann in den Reichspolizeiordnungen seine gesonderte Behandlung fand“. (AaO 14) – Auch im **Beweisrecht** ist der „zivilprozessuale Gedanke der Verteilung der Beweislast zwischen den Parteien ... im Strafprozeß der Carolina noch nicht überwunden“. Die Beweislast für die Einrede der Notwehr trägt noch der Angeklagte. Im Zweifel wird auch nicht – wie heute – freigesprochen [Die Ansätze der rechtsstaatlichen Strafrechtsmaxime „in dubio pro reo“ stammen aus dem Rechtsdenken im alten Griechenland; Aischylos], sondern verurteilt; aaO 16.

Der eben erst erfolgte **Schritt von „reiner“ Strafe zur Diversion** rückt das Strafrecht erneut näher an das – private – Schadenersatzrecht heran. Das lehrt uns, dass die weitverbreitete Auffassung, wonach sich das Schadenersatzrecht aus dem Strafrecht entwickelt habe, insofern korrigiert werden muss, als das Strafrecht selbst, sich aus dem ursprünglich privatrechtlich verstandenen Racheanspruch des Einzelnen entwickelt und der staatliche Strafanspruch erst viel später dieser älteren Wurzel entwachsen ist. – Zum römischen XII-Tafelgesetz → A.I.2.



*Hinterhofer*, Diversion statt Strafe (2000); – *Barta*, „Graeca non leguntur“? – Zum Ursprung des europäischen Rechtsdenkens im antiken Griechenland (in Vorbereitung: 2005).

**Vererblichkeit der Schadenersatzverpflichtung**

Schaden

Die **Verbindlichkeit zur Schadenersatzleistung** ist – anders als Strafen nach dem StGB – **vererblich**; § 1337 ABGB: „... haftet auf dem Vermögen, und geht auf die Erben über.“

„Schaden“ wird – der Begriff gibt dem hier behandelten Teilgebiet des bürgerlichen Rechts seinen Namen – wie wir wissen, auf vielfältige Weise erlitten und zugefügt:

Ich stürze mit dem neuen Fahrrad und verletze mich und das Rad ist obendrein kaputt (Körperverletzung + Sachschaden); – Käufer zahlt Kaufpreis nicht (Vermögensschaden des Verkäufers); – ein Kaufmann bestellt Waren, der Lieferant liefert jedoch (schuldhaft) verspätet oder schlecht, sodass der Kaufmann seine Kunden nicht beliefern kann, wodurch ihm ein (Vermögens)Schaden entsteht; – ich werde vom Arzt / in einer Klinik falsch behandelt und erleide dadurch große Schmerzen (§ 1325 ABGB: Körper- + immaterieller Schaden / Schmerzensgeld); – durch die mir zugefügte Körperverletzung (zB bei einem Autounfall), können auch andere / dritte Personen (zB Angehörige oder mein Arbeitgeber oder Familienangehörige) einen Schaden erleiden: § 1327 ABGB: Dritt- oder mittelbarer Schaden → A.V.2. – Mehr zum Schadensbegriff → A.II.1.

## 2. „Warum“ ist Schaden zu ersetzen?

Die Frage „Warum“ Schaden zu ersetzen ist, ist eine uralte Frage des Rechtsdenkens und zugleich eine der Gerechtigkeit und Rechtsphilosophie. – Die Antwort war im Laufe der Jahrtausende verständlicher Weise nicht immer dieselbe. IdF soll kurz auf die „Prinzipien“ eingegangen werden, die der Rechtfertigung von Schadenersatz dienen:

Das Schadenersatzrecht ist Teil der ausgleichenden Gerechtigkeit (*iustitia commutativa* (→ Kapitel 18.A.III.3., S. 1054), die es als Aufgabe des Rechts betrachtet, gestörtes Gleichgewicht ausgleichend wiederherzustellen. Diese Aufgabe stellt sich im Schadenersatzrecht wie im Strafrecht, wobei im Strafrecht die das geschehene Unrecht ausgleichende Strafe im Vordergrund steht; der Ausgleich wird zudem vornehmlich mit der Gemeinschaft hergestellt. Für das Strafrecht hat diesen Zusammenhang G.W.F. Hegel betont. – Zur Schadensverlagerung als rechtlichem Ausgleich → A.I.5.

**Schadensausgleich**

Im Zivilrecht findet der **Ausgleichsgedanke** mehrfach auch außerhalb des Schadenersatzrechts Anwendung: Bspw im Rahmen der Leistungsstörungen (Verzug, Gewährleistung etc → Kapitel 7.B., S. 445), und überhaupt bei den synallagmatischen Verträgen (→ Kapitel 2.A.IV., S. 70), wo Leistung und Gegenleistung notwendigerweise (unter Einbeziehung des Äquivalenzgedankens) miteinander verknüpft sind; und zwar so, dass die eine Leistungsverpflichtung gar nicht (erst) entsteht, wenn aus irgend einem Grund nicht gleichzeitig die andere mitemsteht (genetisches Synallagma) und – nach Vertragsschluss – dasselbe für den Leistungsaustausch gilt; funktionelles Synallagma. Vgl auch die Konditionen / ungerechtfertigte Bereicherung → Kapitel 5.F., S. 351. Dem Ausgleichsdenken verpflichtet sind etwa auch die Besitzregeln der §§ 309 ABGB, wonach der redliche Besitzer weniger zurückzustellen hat, als der unredliche, weil hier in das Ausgleichsdenken Gerechtigkeitsüberlegungen einfließen.

Eine erste und wichtige Antwort auf die Frage, „warum“ Schaden zu ersetzen ist, gibt heute wie vor 2500 Jahren (Aischylos) der **Präventionsgedanke**, wonach Schaden von vorneherein mittels der Sanktionsdrohung verhindert werden soll. – Das moderne Schadenersatzrecht ist sich nicht immer der Bedeutung des Präventionsgedankens bewusst gewesen. Er ist aber nach wie vor wichtig, mag er inhaltlich auch modifizierbar und weiterentwickelbar sein; denn es gehört zu den grundlegenden Aufgaben des (Privat)Rechts, Rechtsverstöße möglichst schon vorbeugend zu verhindern → Kapitel 1.A.II.1., S. 10: Orientierungsfunktion des Rechts.

**Präventionsgedanke**

Dies hat Aischylos erkannt, der in den „Eumeniden“ (Vers 699) der Göttin Athene folgenden Satz in den Mund legt: „Denn welcher Mensch, der nichts mehr fürchtet, bleibt gerecht?“


Der nicht auf das zivile Schadenersatzrecht beschränkte Präventionsgedanke tritt in doppelter Gestalt in Erscheinung, nämlich als:

- **General-** und als
- **Spezialprävention.**

Die aus Präventionsgründen im Strafrecht verhängte Strafe, die im Schadenersatzrecht zugesprochene Schadenersatzleistung enthalten im Bereich der Spezialprävention über diese Rechtsakte hinaus ein weiteres Ziel: Die Chance zur Neuorientierung des Straftäters oder Schädigers. Insofern enthält das richterliche Urteil auch einen – wenn auch bescheidenen – therapeutischen Aspekt.

Auch der **Vergeltungsgedanke** spielt – nach wie vor – eine Rolle; Talionsprinzip: „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ (Exodus: 21, 24); Wie du mir, so ich dir. Der Talionsgedanke taucht erstmals bei Hammurabi von Babylon (1728-1686 v. C.) auf und meint: Vergeltung von Gleichem mit Gleichem. – Man darf den alten Vergeltungs- oder Retorsionsgedanken aber nicht nur als primitiv und grausam verstehen, ist er doch in der Frühzeit der menschlichen Entwicklung grundsätzlich – funktional – notwendig gewesen, weil es noch keinen staatlichen Rechtsschutz und vor allem lange kaum eine staatliche Rechtsdurchsetzung gegeben hat. Diese interessante und für das Entstehen von Staat und Recht fundamentale Entwicklung lässt sich nirgends besser nachvollziehen als im alten Griechenland.

**Vergeltungsgedanke**

 Barta, „Graeca non leguntur?“ – Zum Ursprung des europäischen Rechtsdenkens im antiken Griechenland (in Vorbereitung: 2005).

XII-Tafel-Gesetz Auch der ältere Vergeltungs- oder Privatrachegedanke enthält bereits präventive Aspekte; soll doch die drohende Vergeltung abschreckend wirken. – Noch das römische XII-Tafel-Gesetz (8, 2 und 3) kannte den Talionsgedanken. Er war nicht so primitiv, wie das auf den ersten Blick erscheinen mag: Einerseits enthält die Anordnung („... ni cum eo pacit, ...“) eine sichtliche Aufforderung zu privater Einigung, die – gelang sie – Privatrache durch Zufügung desselben Unrechts ausschloss. Darüber hinaus enthält die Formel (vgl Kasten) ein Übermaßverbot für die noch erlaubte Privatrache; vgl § 19 ABGB: „... Grenzen der Notwehr überschreitet ...“. Schließlich sollten die festen Buß(geld)sätze sowohl die Einigung erleichtern, als auch die Privatrache überhaupt möglichst ausschließen. – Schadenersatz und Strafrecht sind aber ersichtlich noch nicht getrennt, sondern bilden ein gemeinsames Blut- und Deliktsrecht.

8, 2: Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.	Wenn jemand einen Körperteil verletzt, so soll ihm dasselbe geschehen, wenn er sich nicht mit ihm einigt.
8, 3: Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito.	Wenn jemand mit der Hand oder einem Knüppel einem Freien einen Knochen bricht, so soll er 300 As Bußen zahlen, bei einem Sklaven 150.

Tabelle 9.1: Manthe, Geschichte des Römischen Rechts 55 (2000)

### Soziale oder Billigkeitsüberlegungen

Neben den Prinzipien der Vergeltung, der Prävention und des Schadensausgleichs spielen Billigkeitsüberlegungen im Schadenersatzrecht nur eine untergeordnete Rolle. Dh: Der Schädiger kann arm, der Geschädigte reich sein, dennoch hat der Arme vollen Ersatz zu leisten. – Substantielle Ausnahmen statuieren aber etwa § 1310 ABGB (→ Kapitel 10.A.IV., S. 665) und § 2 D(N)HG → Kapitel 12.F.I.2., S. 814.

## 3. Vertrags- und Deliktshaftung


BEISPIEL: Gschnitzers Beispiel soll uns kurz begleiten: Hoteldiener hilft beim Abladen von Gästegepäck und beschädigt dabei einen Gästekoffer (= Vertrags- oder cic-Haftung) oder den Gast selbst (= Vertrags- oder cic-Haftung) oder er verletzt einen Passanten (= Deliktshaftung).

### § 1295 Abs 1, 2. HalbS ABGB

Eine wichtige Unterscheidung – ja eine zentrale Weichenstellung – des österreichischen Schadensrechts betrifft die zwischen Vertrags- und Deliktshaftung. Bereits der Codex Hammurapi (~ 18. Jhd v.C.) unterschied streng zwischen vertraglichen und außervertraglichen Rechtsbeziehungen. – Ein Schaden entsteht nämlich nach § 1295 Abs 1, 2. HalbS ABGB entweder:

- aus **Vertrag** (zB Hoteldiener verletzt Hotelgast, der bereits gebucht hat oder: der Lieferant A liefert aus Schlamperei an seinen Vertragspartner B überhaupt nicht oder zu spät); oder
- aus **Delikt**, dh ohne Zusammenhang mit einem Vertrag; zB Hoteldiener verletzt beim Abladen von Gästegepäck einen Passanten oder ein Autofahrer stößt einen Fußgänger nieder. – Beim Delikt wird eine allgemeine Verhaltenspflicht (zB StVO, StGB), die gegenüber jedermann besteht, übertreten und nicht wie bei der Vertragsverletzung eine konkrete, selbstbestimmte Pflicht gegenüber dem Vertragspartner. – Man spricht hier von deliktischem/r Verhalten / Schadenszufügung und versteht im Zivilrecht darunter grundsätzlich ein schuldhaftes zu Schadenersatz verpflichtendes Verhalten ohne vertragliche, rechtsgeschäftliche oder diesen Haftungsgründen ähnliche Grundlage.

Der Gegensatz ist aber nicht ganz so schroff ausgebildet als man meinen könnte. So kennen wir mit der **cic** (→ Kapitel 6.B., S. 370) ein gesetzliches Schuldverhältnis, das zwar keine vertragliche, aber doch eine vertragsähnliche und nicht nur eine deliktische Beziehung schafft und auch die **Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** (→ A.V.1.) erzeugen rechtlich eine mittelbare Vertragsbeziehung, die eigentlich gar nicht besteht. Und die sog **Drittschäden** (→ A.V.2.) wiederum erweitern den Kreis der deliktisch Haftenden. – Aber die Rspr zieht auch immer wieder Grenzen; vgl das folgende Rspr-Beispiel.

 OGH 14. 12. 2000, 7 Ob 252/00k, JBl 2001, 457: Schadenersatzanspruch des Rechtsschutzversicherers gegen den Rechtsanwalt des Versicherten, der durch eine nicht ordentliche Vertretung unnötige Prozesskosten verursacht hatte: **Keine Vertragshaftung**, da zwischen Rechtsschutzversicherer und Rechtsanwalt regelmäßig kein direktes Vertragsverhältnis entsteht und der OGH auch keinen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter annimmt. (?) – OGH verweist auf deliktischen Schadenersatz: §1299 ABGB.

Die für das ABGB (und auch noch das ALR) charakteristische Unterscheidung in Schadenersatz/Schuldverhältnisse aus Vertrag (**ex contractu**) und aus Delikt (**ex delicto**) ist nicht so selbstverständlich wie sie vielleicht erscheinen mag.

ex contractu oder ex delicto

Das **dtBGB** von 1900 bspw hatte sein Schadenersatzrecht zunächst ausschließlich deliktisch konzipiert und unterstellte „Vertragsschäden“ – iSv Schuld- oder Forderungsverletzungen – grundsätzlich nicht seinem Schadenersatzrecht. Zur dadurch nötig gewordenen problematischen Neuschöpfung der sog positiven Vertrags- oder Forderungsverletzung → Kapitel 7.B.IX., S. 479. – Erst die 2002 in Kraft getretene deutsche Schuldrechtsreform hat dies weitgehend korrigiert.

Die Konsequenzen dieser – eher unscheinbaren – Unterscheidung in Vertrags- und Deliktshaftung sind bedeutend und dürfen nicht unterschätzt werden. Sie liegen einerseits in unterschiedlicher:

Konsequenzen

- **Beweislastverteilung** nach den §§ 1298 (Vertrag) oder 1296 (Delikt) ABGB und andererseits
- in unterschiedlicher **Gehilfenhaftung** der §§ 1313a (Vertrag) und 1315 (Delikt) ABGB.

Vgl dazu die Foliendarstellung auf → Kapitel 10.A.I., S. 651: Abbildung 10.2: Vertrags- und Deliktshaftung für Gehilfen. Zu den §§ 1313a und 1315 ABGB ebendort; zur Beweislast → A.II.6. Hier genügt es zu wissen, dass Ansprüche aus Vertrag für Geschädigte grundsätzlich günstiger sind.

Im Rahmen der **Fallbehandlung** (→ Kapitel 11.B.IV.2., S. 711) sollte daher stets darauf geachtet werden, welche Anspruchsgrundlage auf den Sachverhalt anzuwenden ist, und auch nach dieser Unterscheidung gefragt werden, wobei vertragliche vor deliktischen Ansprüchen zu prüfen sind.


Aber auch bloß **deliktische Schadenszufügung** lässt zwischen Schädiger und Geschädigtem ein (in der Folge – vgl § 1298 ABGB – besonders geschütztes) Schuldverhältnis entstehen, allerdings (nur) ein **gesetzliches**.

Gesetzliches Schuldverhältnis

**BEISPIEL: Klassische gesetzliche Schuldverhältnisse sind:** – Schadenersatzrecht (Deliktsrecht); §§ 1293 ff ABGB (vgl § 859); – ungerechtfertigte Bereicherung /Konditionen: §§ 1431 ff ABGB ua; – Geschäftsführung ohne Auftrag / GoA: §§ 1035 ff ABGB; – Gläubigeranfechtung: Anfo, KO; – cic.

Die Verpflichtung des § 1323 ABGB zu **Naturalersatz** (→ A.III.1.) gilt für die Delikts- wie die Vertragshaftung; vgl dort SZ 19/205 (1937): Klosettmitbenützung.

Naturalersatz

 *Kerameus*, Vertrag und Delikt in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (2000).

#### 4. Schadenersatz und Zufall: § 1311 ABGB

Ersatz für einen erlittenen Schaden zu erlangen, ist nicht selbstverständlich. Für viele Schäden des täglichen Privat- und Berufslebens gibt es keinen Ersatz; zB für den verlorenen Schlüsselbund, die gestohlene Kreditkarte, das verletzte Knie nach einem Sturz. – Es gilt nämlich der rechtliche Grundsatz: Jeder hat seinen Schaden selbst zu tragen. Diese beispielhaft genannten Schäden stellen für Betroffene – rechtlich gesehen – einen Zufall dar und „Zufall [trifft nach § 1311 ABGB] denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet“. Diese Schadenstragungsregel ist alt. Schon das römische Recht formuliert: casum sentit dominus; dh: Zufälligen Schaden trägt der Eigentümer bei dem er eintritt.

casum sentit dominus

Rechtshistorisch stammt die Unterscheidung/Abgrenzung zwischen **vorsätzlichem** und **unvorsätzlichem** (=einheitliche Fahrlässigkeit) **Verhalten** sowie idF vom **Zufall** aus dem alten Griechenland. – Während die Trennung zwischen vorsätzlichem und unvorsätzlichem Verhalten gesetzlich bereits auf Drakon (624/3 v. C.) zurückgeht (gewohnheitsrechtlich ist sie deutlich älter), ist unser (Rechts)Begriff des Zufalls erstmals in der griechischen Rhetorik (Anaximenes von Lampsakos, der Rhetor) der 2. Hälfte des 4. Jhds v. C. (~ 340 v. C.) nachweisbar. Aristoteles baut diese Ansätze in seiner „Nikomachischen Ethik“ und „Rhetorik“ aus und der Peripatos führt die Befassung mit diesen Fragen fort. Von hier gelangt die Unterscheidung ins römische Recht; D. 9, 2: ad legem Aquiliam. (Die

Rechtsgeschichte

lex Aquilia wird gewöhnlich in das Jahr 287 v. C. gesetzt.) Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Unterscheidung von Fahrlässigkeitsgraden auch dem klassischen römischen Recht noch unbekannt war und erst Justinianischen Ursprungs ist. – In der Kodifikationsgeschichte des ABGB hat sich K. A. v. Martini eingehend mit der rechtlichen Bedeutung des Zufalls befasst.

### § 1311 ABGB

„Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Hat aber jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlasst [1]; hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten [2]; oder, sich ohne Not in fremde Geschäfte gemengt [3]; so haftet er für allen Nachtheil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.“

[1] regelt den sog **gemischten Zufall** (casus mixtus), der bspw bei der Leihe oder der Verwahrung eine praktische Rolle spielt; [2] behandelt die praktisch wichtige **Übertretung eines sog Schutzgesetzes**, die sowohl haftungspflichtig als auch beweislasmäßig von grosser Bedeutung ist (→ A.II.6.); [3] untersagt grundsätzlich die **Geschäftsführung ohne Auftrag** → Kapitel 12.E., S. 807.



OGH 25. 9. 2001, 4 Ob 206/01z, EvBl 2002/32: Gegen einen Erzeuger von Faustfeuerwaffen ist ein **Finanzstrafverfahren** anhängig. In einer Zeitschrift erscheint ein Artikel mit Informationen, die nur aus dem Finanzstrafakt stammen können. Der Waffenproduzent klagt den Medieninhaber auf Schadenersatz. – OGH: § 48a BAO schützt auch das **Interesse der Partei an der Geheimhaltung des Akteninhalts** und ist deshalb als **Schutznorm** iSd § 1311 ABGB zu werten. Die **Verletzung eines Schutzgesetzes** verpflichtet nicht nur zum **Schadenersatz**, sondern auch zur **Unterlassung**.

Menschliches Verhalten  
oder Naturereignisse

Zufall kann durch **menschliches Verhalten** (vgl die Beispiele oben), aber auch **Naturereignisse** wie Hagelschlag oder Frostschäden eines Waldes bedingt sein. – Zufall in Bezug auf menschliches Verhalten ist rechtlich das, was einer Person nicht mehr als Verschulden zugerechnet werden kann, was also „unterhalb“ der Verschuldens(zurechnungs)grenze liegt.

Zum Zufall und seiner Abgrenzung zur höheren Gewalt → B.III.; zum gemischten Zufall → Kapitel 3.C.II.1., S. 172.

Zufall spielt nicht nur im  
Schadenersatzrecht  
eine Rolle

Rechtlicher **Zufall** spielt aber nicht nur im Schadenersatzrecht eine Rolle; vgl nur § 1104 ABGB, wo bestimmt wird, dass dann, „wenn die in Bestand genommene Sache wegen außerordentlicher Zufälle, als Feuer, Krieg oder Seuche, großer Überschwemmungen, Wetterschläge, oder wegen gänzlichen Misswachses gar nicht gebraucht oder benützt werden kann, [weder] der Bestandgeber zur Wiederherstellung“, noch Mieter oder Pächter zur Zahlung des Miet- oder Pachtzinses verpflichtet sind. – Oder: § 1117 ABGB (Aufkündigung des Bestandvertrags) und § 1168a ABGB (Werkvertrag).

#### BEISPIELE:

- X sitzt im **Speisewagen**, liest und trinkt dabei ein Glas Bier. Bei einer plötzlichen starken Schwankung des Zuges verliert ein Passant, der gerade an ihm vorbeigehen will, das Gleichgewicht. Der nach Halt suchende Mann stößt dabei das Bierglas von X um. – X hat diesen „Schaden“ selbst zu tragen, da Zufall iSd § 1311 ABGB anzunehmen ist. Den Mann trifft kein (zurechenbares) Verschulden.
- **Kleinkind erbricht Essen auf Spannteppich** eines Hotelbungalows, was einen Fleck entstehen lässt. Hotelier verlangt Austausch des gesamten Spannteppichs. Zu recht? – Nein! Es liegt Zufall vor, wenn die Eltern kein Verschulden trifft.

## 5. Schadensverlagerung als rechtlicher Ausgleich

Um Schadenersatz erlangen zu können und nicht (rechtlich) Zufall annehmen zu müssen, braucht es aber mehr, als das Vorliegen eines Schadens, nämlich auch eine besondere (Gesetzes)Norm, die eine Schadensverlagerung / -überwälzung gestattet. – Das Schadenersatzrecht ist nun jener Rechtsbereich, der diese **Schadensverlagerungs-** oder **Schadensüberwälzungsnormen** enthält. Eine wesentliche Funktion des Schadenersatzrechts liegt im Verwirklichen des (Schadens)Ausgleichsgedankens. Das Ausgleichsprinzip ist für das Schadensrecht zentral → A.I.2.

Darin liegt auch eine Anwendung des für das Rechtsdenken so wichtigen Gegenseitigkeits- oder Reziprozitätsdenkens; dazu im Rahmen der Zug um Zug-Leistungspflicht → Kapitel 2.A.V.1., S. 76.



## 6. Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen – Verjährung: § 1489 ABGB

Schadenersatzansprüche müssen vom Geschädigten geltend gemacht werden. Wenn nicht anders möglich, durch gerichtliche Klage. Dabei ist § 1489 ABGB zu beachten.

Nach § 1489 ABGB, der seine geltende Fassung durch die III. TN erhalten hat, muss „jede Entschädigungsklage“ innerhalb von 3 Jahren geltend gemacht werden. Andernfalls ist sie verjährt. Diese Frist beginnt ab der Zeit zu laufen, „zu welcher der **Schade** und [!] die **Person des Beschädigers** dem Beschädigten bekannt wurde, der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag [also bloß deliktisch!] verursacht worden sein.“ – Ist dagegen zB einem Beschädigten (sein) Schade oder die Person des Schädigers nicht (voll) bekannt (dazu gleich unten: Spät- oder Folgeschäden), verjährt der Schadenersatzanspruch erst in 30 Jahren.

3- oder 30-jährige  
Verjährungsfrist

Allgemein zur Verjährung → Kapitel 13.B.I., S. 851. – „Schade“ und „Beschädiger“ müssen also bekannt sein. – Es kommt daher immer wieder vor, dass Fälle eingeklagt werden, die 10, 20 oder mehr Jahre zurückliegen. Das hat seinen Grund im Tatbestand des § 1489, Satz 2 ABGB, also darin, dass Geschädigten entweder der Schaden selbst – entweder ganz oder doch in seinem wesentlichen Umfang – oder der Schädiger unbekannt geblieben sind.

Die 3-jährige Verjährungsfrist gilt also nur, wenn der Geschädigte weiß, dass ein Schaden vorliegt und wie er zustande gekommen ist. Ein/e Geschädigte/r muss nach der Rspr ohne nennenswerte Mühe auf ein Verschulden des Schädigers schließen können, also Schaden und Schädiger insoweit kennen, dass eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann. Dazu gehört das Wissen von Namen und Anschrift des Ersatzpflichtigen und die Kenntnis des Ursachenzusammenhangs. Die bloße Mutmaßung über das Vorliegen verschuldensbegründender Umstände reicht nicht aus, um den Lauf der Verjährungsfrist beginnen zu lassen.

3-jährige Verjährungsfrist

BEISPIEL: Bei einer Operation wird im Bauch einer Patientin Operationsmaterial (Tupfer, Klemme etc) vergessen, was in der Folge zu diffusen Beschwerden der Patientin führt. Sie geht von Arzt zu Arzt, kann die Ursache ihres Leidens aber bspw erst 2 Jahre nach einer weiteren Operation klären. Sie kann nun innerhalb von 3 Jahren ab Feststellung der wahren Leidensursache auf Schadenersatz klagen. Vgl dazu → A.I.6.

Im Extremfall können also Schadenersatzansprüche bis zur **absoluten Verjährungsgrenze** von 30 Jahren eingeklagt werden, mögen dann auch Beweisfragen uU schon schwer zu klären sein.

Absolute Verjährungs-  
grenze

Reformpläne: Es wurde überlegt, diese Grenze auf 10 Jahre abzusenken, was besser unterbleibt; vgl nur den (gleich unten wiedergegebenen) Sachverhalt von: JBI 2000, 169 (Hepatitis-C-Infektion).


Die kurze Verjährungsfrist beginnt zwar nach der Rspr auch dann zu laufen, wenn noch nicht der ganze Umfang des Schadens bekannt war; dh dass bei Klagserhebung zB noch nicht die volle Schadenshöhe bekannt sein muss. – Kommen aber nicht vorhersehbare neue Wirkungen eines Schadensfalls hervor, beginnt erst mit deren Kenntnis eine neue Verjährungsfrist zu laufen; zB Eintritt einer neuen Krankheit: vgl SZ 71/5 (gleich unten).

Spät- oder Folgeschäden

Der Verjährung von Ersatzansprüchen bei künftigen, jedoch voraussehbaren Schäden kann durch **Feststellungsklage** (§ 228 ZPO) begegnet werden. Das ist insbesondere von Bedeutung, wenn (im Klagszeitpunkt der angestellten Leistungsklage) mit noch nicht (näher) spezifizierbaren Spätschäden zu rechnen ist. Das Klagebegehren in einem solchen Fall lautet dann darauf, dass der Schädiger für die bislang bekannten Schadensfolgen und darüber hinaus auch für alle künftigen mit dem Schadensereignis zusammenhängenden weiteren Folgen einzustehen habe. Vgl auch → A.IV.8.: Schmerzensgeld.

Feststellungsklage

Für die Zulässigkeit einer **Feststellungsklage** nach § 228 ZPO muss der Kläger sein rechtliches Interesse (= Rechtsschutzbedürfnis) an einer zeitlich umgehenden gerichtlichen Feststellung nachweisen. Dadurch sollen künftige Prozesse vermieden werden. – Eine Feststellungsklage ist zudem nur zulässig, wenn keine Leistungs- oder Rechtsgestaltungsklage möglich ist. Zu den verschiedenen Klagstypen → Kapitel 19.E.V., S. 1085.

 SZ 44/115 (1971): § 1489 ABGB – Kenntnis von Schaden und Schädiger (Guter Leitsatz!).

- SZ 71/5 (1998) mwH → A.IV.10.

- JBI 2000, 169: Schadenersatzansprüche eines Blutspenders wegen **Hepatitis-C-Infektion**. Bloße Ver-

dachtsmomente bezüglich des Kausalzusammenhangs zwischen Blutplasmaspenden und Hepatitis-C-Infektion können keinesfalls mit der für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist gemäß § 1489 ABGB erforderlichen Kenntnis gleichgesetzt werden. Eine Infektion, die zunächst zu einer nicht mit besonderen Schmerzen verbundenen Erkrankung führt, die scheinbar folgenlos abheilt und erst ca 16 Jahre später schwerste Leberschädigungen hervorruft, löste keinesfalls die Verpflichtung zur Erhebung einer Leistungsklage verbunden mit einem Feststellungsbegehren aus. – Dieser Fall zeigt, dass der Plan, die absolute Verjährungsgrenze auf 10 Jahre abzusenken, überdacht werden sollte. Ähnliche Probleme könnten sich mit der BSE-Krankheit ergeben. Vgl auch das Beispiel des Blindenhundes „Amos“ → Kapitel 7.B.IV.13., S. 465.


## 7. Die rechtshistorische Bedeutung der lex Aquilia

Die lex Aquilia (~ 287/6 v. C.) kann als wichtige Keimzelle des europäischen Schadenersatzrechts betrachtet werden. Dieses römische Gesetz behandelte zwar nur den Ersatz aus **deliktischer Sachbeschädigung**, aber aus seiner praktischen Anwendung entstanden die noch heute begrifflich gültigen Schadenersatz(zurechnungs)elemente, nämlich: Schaden, Kausalität, Verschulden und Rechtswidrigkeit.

Darin liegt die rechtshistorische Bedeutung der lex Aquilia, deren Regeln über die Rezeption des gemeinenrömischen Rechts (ius commune) bis zu den großen vernunftrechtlichen Kodifikationen in Preußen, Österreich und Frankreich (→ Kapitel 1.A.VI.2., S. 29) unmittelbare Bedeutung besaßen und in Italien und Frankreich wird noch heute von *responsabilità Aquiliana* oder *responsabilité Aquilienne* is einer Haftung aus unerlaubter Handlung gesprochen.


Die im Rahmen der Anwendung der lex Aquilia entwickelten deliktischen Schadenszurechnungsvoraussetzungen wurden schließlich (nach griechischem Vorbild) auch auf Schadenersatzansprüche aus Vertrag übertragen, wodurch **einheitliche schadenersatzrechtliche Zurechnungsregeln für die Haftung ex delicto und ex contractu** (→ A.I.3.) entstanden.

Erst das **dtBGB** von 1900 und diesem folgend das **Schweizer OR** haben dieses gemeinrechtliche, bewährte Fundament verlassen, indem – wenig glücklich – ein ausschließlich deliktisches Schadenersatzrecht geschaffen wurde; zu den Folgen → A.I.3. – Das dtBGB hat aber mit der sog Schuldrechtsreform 2001, in deren Rahmen auch das Schadenersatzrecht geändert wurde (hier: 2. SchadenersatzrechtsänderungsG, das mit 1. 8. 2002 in Kraft getreten ist), diesen Fehler zum Teil korrigiert. Der neu gefasste § 253 dtBGB, dem ein zweiter Absatz angefügt wurde, hat die Kluft zwischen vertraglichen und deliktischen Schadenersatzansprüchen verringert indem er Schmerzensgeldansprüche jetzt auch bei Vertragsverletzungen und in der Gefährdungshaftung (wie in Österreich seit jeher) gewährt. Auch der neue § 280 dtBGB hat durch seine Generalklausel für vertraglichen Schadenersatz die Kluft verringert; vgl auch die §§ 249 ff dtBGB. – Eine künftige europäische Privatrechtsordnung sollte jenen Weg gehen, dem schon das ALR und das ABGB gefolgt waren und der sich bewährt hat.

 *Ch. Huber*, Das neue Schadensersatzrecht; zu den hier angesprochenen Fragen: § 2, 115 ff (Bonn, 2003).

actio legis Aquiliae

Das römische Recht gewährte Schadenersatzansprüche aus deliktischer Sachbeschädigung (Verletzung von Sklaven und Beschädigung sonstiger Sachgüter – *damnum iniuria datum*, dh durch Rechtsverstoß zugefügter Schaden) mittels der **actio legis Aquiliae**.

 *Bürge*, Römisches Recht (2000); – *Hausmaninger*, Das Schadensersatzrecht der lex Aquilia (1996<sup>5</sup>); – *Kaser*, Römisches Privatrecht 232 (1983<sup>13</sup>); – *Mayer-Maly*, Römisches Recht 164 (1999<sup>2</sup>).

Si quis hominem alienum alienamve quadrupedemve pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes ero dare damnetur.	Wer eine fremde männliche oder weibliche Person oder ein vierfüßiges Herdentier widerrechtlich getötet hat, der soll durch Urteil verpflichtet werden, dem Eigentümer soviel Geld zu geben, wie es in diesem Jahr am meisten wert gewesen war.
Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes ero damnas dare esto.	Für die übrigen Sachen – ausgenommen getötete Personen oder Herdentiere – gilt, daß wenn einer dem andern dadurch Schaden zugefügt hat, indem er widerrechtlich anzündete, brach oder zerstörte, so soll dieser verpflichtet sein, dem Eigentümer soviel Geld zu geben, wie diese Sache in den nächsten dreißig Tagen wert sein wird.

Tabelle 9.2: Gaius: Institutionen 3, 210\* (Übersetzung von Bürge)

Das erste Kapitel der **lex Aquilia** sanktioniert die widerrechtliche Tötung fremder Sklaven und vierfüßiger Herdentiere; das dritte Kapitel erfasste – allgemeiner – alle Sachbeschädigungen, die durch **urere** (Brennen), **frangere** (Brechen) und **rumpere** (Zerreißen, Zerstören) zugefügt wurden. – Der Schaden musste aber, um ersetzt werden zu können:


Das schuf (zunächst) Probleme, führte aber idF zu einer beachtlichen Entwicklung.

Keine (Zurechnungs)Probleme brachte die Anwendung der **lex Aquilia** mit sich, wenn der Kausalzusammenhang zwischen Schädiger und Geschädigtem klar zutage lag, also ein – wie wir heute sagen würden – **unmittelbarer** war. Anders, wenn der Schaden bloß **mittelbar** oder indirekt zugefügt worden war. Berühmt ist der Fall (Ulpian D. 9, 2, 29, 5), dass ein **angebundenes Schiff** dadurch verloren geht, dass nur das Befestigungsseil durchtrennt wird, ohne dass sonstige Schadenshandlungen gesetzt werden. Ein anderes – ebenfalls von Ulpian: D. 9, 2, 11, 5 berichtetes – Beispiel betrifft die später auch vom ABGB in § 1320 ausdrücklich geregelte **Tierhalterhaftung**: Ein nicht an der Leine geführter Hund wird gereizt und beißt einen Sklaven. Diese und weitere Fälle gaben Anlass zur rechtlichen Weiterentwicklung.

**Entwicklungsschritte** über den Wortlaut der **lex Aquilia** hinaus:

Anwendung auf **Schadenersatzansprüche aus Vertrag**:

- durch ein **Handeln** und nicht bloß durch ein **Unterlassen** des Schädigers herbeigeführt worden sein;
- und zudem musste der (Sach)Schaden **unmittelbar** dh ohne kausal vermittelnde Zwischenursachen herbeigeführt worden sein: **damnum corpore corpori datum**.
- Erstreckung auf Fälle in welchen der Schaden durch **Unterlassung** verursacht wurde;
- Erstreckung auf bloß **mittelbare Verursachung**, bei welcher der Schädiger nicht unmittelbar auf die beschädigte Sache einwirkte, sondern auf eine andere Person oder Sache, und erst dadurch der Schaden bewirkt wurde; zB im Hundefall!;
- Nach Kaser wurde die Klage schon in klassischer Zeit auch auf **freie Personen** angewandt. Ursprünglich fand nämlich auf Freie nur das Zwölf Tafel-Gesetz Anwendung; Tafel VIII 2: Si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit ... → A.I.2..
- Erhalten geblieben ist bis heute der Grundgedanke einer ersatzmäßigen **Einschränkung bloß mittelbar verursachter Schäden**. Noch heute bereitet der mittelbare oder Drittschaden (→ A.V.2.) Schwierigkeiten, mag sich auch das Verständnis, was als mittelbarer und was als unmittelbar verursachter Schaden anzusehen ist, geändert haben. – Die Entwicklung ist bis heute nicht abgeschlossen.

 **ABBILDUNG:** Schadenersatzrecht: §§ 1293 ff ABGB; **ABBILDUNG:** Entstehung von Schadenersatzansprüchen; **ABBILDUNG:** Schadenersatz: gesetzl Schuldverhältnis; **ABBILDUNG:** „Warum“ ist Schaden zu ersetzen?; **ABBILDUNG:** Schadenersatzrecht – Strafrecht

Urere, frangere, rumpere

weitere  
Entwicklungsschritte

## II. Die Schadenersatzvoraussetzungen

Neben dem Vorliegen eines Schadens verlangt das ABGB grundsätzlich drei weitere Voraussetzungen – also insgesamt vier, um Schadenersatz erlangen zu können: nämlich Kausalität, Verschulden und Rechtswidrigkeit. – Diese **Anspruchsvoraussetzungen** werden im Prozess genau geprüft. Man spricht von den vier allgemeinen Voraussetzungen der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen.

Die einfach gehaltenen Schadenersatzvoraussetzungen des **ABGB** werden von manchem Vertreter der **Theorie** ungebührlich aufgebläht und didaktisch fragwürdig vermehrt, ja mitunter ins Unverständliche verkehrt. An die Stelle der erhofften Orientierung tritt bei Studierenden dann oft Verwirrung. Das Schadenersatzrecht bietet nämlich ohnehin die Gefahr der Verkomplizierung, die leider immer wieder mit Qualität verwechselt wird. Gerade heute gilt aber: Einfachheit ist gefragt!

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass sich die einzelnen Schadenersatzvoraussetzungen seit 1812 selbstverständlich entwickelt haben. So wurden während des 19. und 20. Jahrhunderts nicht nur verschiedene (Kausal)Zurechnungslehren geschaffen (→ A.II.2.), sondern auch im Bereich der Rechtswidrigkeit etwa die Lehre vom Schutzzweck der verletzen Norm (sog Rechtswidrigkeitszusammenhang → A.II.5.) und das rechtmäßige Alternativverhalten. Allein diese neuen Entwicklungen sollten didaktisch weiterhin im Mutterschoß der ursprünglichen Zurechnungsvoraussetzungen belassen und nicht zu autonomen Voraussetzungen hochstilisiert werden. – Ähnliches gilt für den Schadensbegriff, der sich – auf Grund seiner gesellschaftlichen Werteinschlüsse (wrongful life, wrongful birth!) – ebenfalls beträchtlich weiterentwickelt hat. Dazu gleich mehr.

Es müssen – **kumulativ** – vorliegen:

### (1) Schaden

Einfach und daher klar  
gehaltene Schadenersatz-  
voraussetzungen des  
ABGB

„Vier“ Voraussetzungen

Frage: Ist ein Schaden entstanden? – Welcher? (ZB: Vertraglich <-> deliktisch, Personen- <-> Vermögensschaden, materieller <-> immaterieller Schaden etc)

### (2) Kausalität

Frage: Ist der Schaden vom Schädiger oder ihm zurechenbaren Personen (durch eine Handlung oder Unterlassung) verursacht worden? – Äquivalenz, Adäquanz, ThdWB etc

### (3) Verschulden

Frage: Wurde der Schaden schuldhaft zugefügt? (Welcher Verschuldensgrad?) – Bei Gefährdungshaftungen entfällt dieses Kriterium.

### (4) Rechtswidrigkeit

Frage: War die Handlung oder Unterlassung des Schädigers rechtswidrig? – Rechtswidrigkeit setzt einen Normverstoß voraus! Konkret: Einen Verstoß gegen gesetzliche Ge- oder Verbote oder einen Vertrag. – Auch dieses (Zurechnungs)Kriterium fehlt bei Gefährdungshaftungen, zumal der Schade hier im Rahmen einer erlaubten Tätigkeit und ohne Verschulden zugefügt wird.

Hier angesiedelt ist der Rechtswidrigkeitszusammenhang / Lehre vom Schutzzweck der Norm und rechtmäßiges Alternativverhalten.

## 1. Schadensbegriff, Schadensarten, Schadensfeststellung

§ 1293 Satz 1 ABGB umschreibt den Begriff des Schadens:

„Schade heißt [danach] jeder Nachteil, welcher jemandem am Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.“

### §§ 1293, 1295 ABGB: wichtige Weichenstellungen

§ 1293 ABGB enthält neben dem **Schadensbegriff** auch noch eine grundlegende Weichenstellung hinsichtlich der beiden großen Gruppen von Schäden; nämlich die Einteilung in **Vermögens-** und **Personenschäden**, die gleichberechtigt nebeneinander gestellt werden, was oft zu wenig beachtet wird. § 1295 Abs 1, 1. HalbS ergänzt diese Weichenstellung iS einer grundsätzlichen **Verschuldhaftung** und statuiert im 2. HalbS die für das österreichische Schadensrecht charakteristische Haftung **ex contractu** und **ex delicto** → A.I.3.

### Personen- und Vermögensschäden


Die **Personen-** oder **Nichtvermögensschäden** (wie sie auch genannt werden) werden vom ABGB nicht grundsätzlich, vielmehr nur in ihrer Durchsetzbarkeit bevorzugt, weil sie ohne umfängliche Einschränkung des Ersatzes ab leichter Fahrlässigkeit begehrt werden können, während **Vermögensschäden** in Bezug auf ihre umfängliche Durchsetzung (wirklicher Schaden / damnum emergens oder entgangener Gewinn / lucrum cessans) einer Verschuldensstaffelung unterliegen. Rspr und Schrifttum schränken den Ersatz von Vermögensschäden idR darüber hinaus noch dadurch ein, dass sog „reine“ Vermögensschäden (überhaupt) nicht ersetzt werden; dazu → A.II.1. – Kein Unterschied besteht zwischen diesen Schadensgruppen aber hinsichtlich der Beweislastregeln der §§ 1296 und 1298 ABGB und der Gehilfenhaftung der §§ 1313a und 1315 ABGB. Diese Differenzierungen besitzen – cum grano salis – nur für die Unterscheidung zwischen Vertrags- und Deliktshaftung Bedeutung.

### Begrenzung von Vermögensschäden

Die hA hat aus dieser grundsätzlichen Weichenstellung der §§ 1293 und 1295 ABGB – im Kielwasser der dtBGB-Dogmatik – unnötig etwas anderes gemacht und interpretiert diese **Grundaussagen unseres Schadenersatzrechts** restriktiv und contra legem. Und das seit langem. Das mochte für das dtBGB – mit seiner deliktischen Schadenskonzeption – hingehen, passt aber nicht für das ABGB. Damit ist aber nicht gesagt, daß zwischen Personen- und Vermögensschäden und zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung keine Unterschiede bestehen sollen und ferner ebensowenig, daß kein Korrektiv zur (Umfangs)Begrenzung von Vermögensschäden zur Verfügung stehen soll. Aber es sollte ein Korrektiv sein, das die Grundsätze unseres Schadenersatzrechts nicht unnötig missachtet. Praktikable Einschränkungen und Ergebnisse lassen sich auch hier mit dem Ehrenzweigschen Konzept vom Schutzzweck der Norm erzielen. Das Ergebnis bestünde in ABGB-Konformität: Personen- und Vermögensschäden wären grundsätzlich gleichermaßen zu entschädigen, und zwar unabhängig davon, ob ein Schaden ex contractu oder ex delicto zugefügt wurde. Ein solches Verständnis könnte den bislang „diskriminierten Vermögensschaden“ wenigstens teilweise rehabilitieren. Zurückgedrängt werden könnte dadurch die Bedeutung der Unterscheidung, ob ein deliktisch zugefügter Schaden ein absolut geschütztes Rechtsgut betrifft oder nur einen (reinen) Vermögensschaden herbeigeführt hat; dazu → A.II.1. Ein weiterer Vorteil bestünde darin, künftig nicht mehr in unnötiger Abhängigkeit von der deutschen Rechtsdogmatik zu stehen. Ein solches


Verständnis hätte insbesondere auch Auswirkungen auf das Verständnis des Drittschadens: § 1295 ABGB → A.V.2.


Die **Stromkabelfälle** und die bislang unbefriedigend gelösten Leasingfälle könnten zwanglos in den Schutzbereich des – nunmehr österreichisch verstandenen – Vermögensschadens einbezogen werden. Schließlich ersparte man sich in der zuletzt zaghafte entschädigten Fallgruppe der Schockschäden Dritter (→ A.IV.3.) unnötigen Begründungsaufwand. Vgl auch unten: Schadensarten (Vermögens- und Nichtvermögensschäden).

-  SZ 65/41 (1992): Der **Schadensbegriff** des ABGB umfasst jeden Zustand, der rechtlich als Nachteil anzusehen ist. Das ist jeder Zustand, an dem ein geringeres rechtliches Interesse besteht, als am bisherigen Zustand.
- EvBl 1986/86: **Schaden einer GmbH** ist jede dem Unternehmenszweck widersprechende, in Geld messbare Beeinträchtigung des Vermögens, der Tätigkeit oder der Organisation der Gesellschaft und des von ihr betriebenen Unternehmens.
- SZ 52/146 (1979): Es muss sich aber bereits um einen **konkreten Schaden** handeln. Die bloß theoretische Möglichkeit eines künftigen Schadenseintritts reicht nicht aus.
- SZ 25/132 (1952): Das schädigende Ereignis kann auch einen Vermögensvorteil herbeiführen, der dann dem Schadensstifter zugute kommt und dessen Ersatzpflicht verringert; sog **Vorteilsausgleichung**: der Schädiger muss dies aber durch eine entsprechende Einwendung geltend machen (ZVR 1973/7), weil die Vorteilsausgleichung nicht von Amts wegen berücksichtigt wird.
- GIU 5678 (1875): Der Schaden kann auch im **Verlust von Regressrechten** oder im Entstehen von **Verpflichtungen gegen einen Dritten** bestehen (GIU 9654: 1883).
- SZ 52/146 (1979): Wird ein durch die Bauordnung vorgeschriebener **Seitenabstand des Hauses zum Nachbargrund** nicht eingehalten, entsteht dieser Schaden bereits mit der Verletzung des subjektiv-öffentlichen Nachbarrechts und nicht erst mit dem Geltendmachen des Anspruchs auf Einhaltung des Seitenabstands.
- JBl 1988, 779: Der Entgang von **Reiseerlebnissen und Reiseeindrücken** ist kein materieller Schaden. (?)
- SZ 41/79 (1968) = ZVR 1969/147: **Fällig wird eine Schadenersatzforderung** erst, wenn sie der Geschädigte dem Schädiger gegenüber zahlenmäßig bestimmt, also einmahnt.

Was ein **ersatzfähiger Schaden** ist – das gilt für Personen- und Vermögensschäden – bestimmt nicht allein der Geschädigte, sondern die Rechtsordnung, deren „Urteil“ wiederum wertorientiert und gesellschaftsabhängig getroffen wird. Die Meinungen wandelten sich im Laufe der Zeit; **sozialer Wandel**. – Der normative Schadensbegriff hat sich nicht nur im Laufe der Zeit gewandelt, sondern unterscheidet sich auch in den einzelnen Ländern und ihren Rechtsordnungen auf interessante Weise! Das gilt auch für rechtlich so verwandte Länder, wie Österreich und Deutschland; vgl die Beispiele E. Kramers, in: AcP 200 (2000) 397 f.

**Sozialer Wandel des Schadensbegriffs**

-  EvBl 1999/114: Zur **Ersatzfähigkeit unerlaubter Vorteile** – Danach sind unerlaubte Vorteile, die ohne das schädigende Ereignis erzielt worden wären, vom Schädiger grundsätzlich nicht zu ersetzen. Würde sich doch die Rechtsordnung selbst widersprechen, wenn sie schadenersatzrechtlich solche Vorteile zuerkennen wollte, deren Unerlaubtheit sie an anderer Stelle selbst normiert hat; Vermeidung von Wertungswidersprüchen – Gedanke der Einheit der Rechtsordnung → Kapitel 11.A.III., S. 704. Im konkreten Fall beruhte aber der dem Kläger entgangene Verdienst auf einem gültig abgeschlossenen Vertrag, weshalb sich der Schädiger nicht auf diese Rechtsfigur berufen konnte.
- Umstritten ist nach wie vor die Frage, ob die **Geburt eines gesunden, jedoch unerwünschten Kindes** einen Schaden darstellt, während nach Ansicht des OGH die **Geburt eines schwer behinderten Kindes** für dessen Eltern jedenfalls einen Schaden bedeutet; JBl 1999, 593 → Kapitel 10.C., S. 700. Vgl neben den unten angegebenen Arbeiten von Sabine Engel auch Fenyves / Hirsch, Zur Deckung der Ansprüche aus „wrongful life“ und „wrongful birth“ in der Arzthaftpflichtversicherung, RdM 2000, 10 mwH. Die dogmatische Begründung bereitet aber immer noch Schwierigkeiten und beschäftigte sogar das dtBundesverfassungsgericht:

 Dazu R. Leicht, Die Grenzen des Rechts, in: Die Zeit Nr 1, 26.12.1997, 5 und Klingst, ebendort. – Hirsch, Arzthaftung bei fehlgeschlagener Familienplanung (2001), – S. Engel, Haftung Dritter für die unerwünschte Geburt eines Kindes, ÖJZ 1999, 621 mwH sowie *dieselbe* in JAP 1999/2000 H. 3 133: Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht – Geburt eines behinderten Kindes als ersatzfähiger Schaden der Eltern: Besprechung von OGH, 1 Ob 91/99k, JBl 1999, 593.

Oder: Bei Einführung der gesetzlichen Unfallversicherung in den 80er Jahren des vorigen Jahrhunderts wurden nur **Arbeitsunfälle ieS** ersetzt, nicht aber **Berufskrankheiten**, deren rechtliche Anerkennung erst nach dem Ersten Weltkrieg erfolgte. Das industrielle Bewusstsein der Gesellschaft nahm es in Kauf, dass auch schwerste Gesundheitsschäden, eben beruflich bedingte Krankheiten, die zwar nachweislich betrieblich verursacht, aber nicht auf einen Unfall im technisch-juristischen Sinn (also eine plötzliche, äußere und gewaltsame Einwirkung) zurückzuführen waren, sondern zB auf längerfristige betriebliche Schadstoffeinwirkungen (wie Quecksilbervergiftungen), nicht entschädigt wurden.



Ein anderes Beispiel für gesellschaftlichen Wandel in diesem Bereich, stellt die bewegte unterschiedliche Behandlung sog **Drittschäden** (→ A.V.2.) durch die Rspr dar, die sich laufend verändert; vgl dazu das OGH-Urteil (EvBl 1994/135) → Kapitel 5.F.XIII., S. 359: Bereicherungsrecht.

- Vgl auch SZ 58/80 (1985): **Vergewaltigung** (gleich unten).

- Zur Schadensberechnung von **Betreuungsleistungen**: OGH 6 Ob 143/98t, JAP 1999/2000, H. 2, 79: Tatsächlich erbrachte Betreuungsleistungen sind vom Schadenersatzpflichtigen zu ersetzen. Sie sind konkret zu berechnen und daher nach den individuellen Umständen zu bewerten. In Abweichung zur bisherigen Rspr scheidet bei Pflege durch einen Familienangehörigen eine abstrakte Schadensberechnung aus, der die Kosten von mehreren qualifizierten Pflegepersonen zugrunde gelegt wird. Dies bedeutet eine weitere Abkehr von der langjährigen Rspr des OGH, wonach auch die Kosten für tatsächlich nicht erbrachte Heilungsmaßnahmen (zB Operationen) ersetzt wurden, weil der Schaden eben schon mit dem Eintritt der vermehrten Bedürfnisse entstehe; vgl etwa noch ZVR 1990/160. Von dieser heftig kritisierten Linie (vgl schon Gschnitzer, JBl 1955, 305) ging der OGH nunmehr ab. Unterbleibt eine Heilbehandlung, wird auch kein Ersatz geleistet; vgl Apathy, Fiktive Operationskosten, RZ 1986, 285. – Zur weiteren Sinnhaftigkeit der Rechtsfigur der abstrakten Rente → A.IV.7.

#### Schadensberechnung

Schadenersatz setzt einen **Schaden** voraus. – **Wie** aber wird Schaden **berechnet** ?

- Zum Ersatz von **Personenschäden** → A.II.1.
- **Vermögensschäden** werden durch **Differenzrechnung** ermittelt.

Vermögensschäden entstehen entweder durch eine Wertminderung von Gütern (zB Sachbeschädigung), der Verhinderung einer sonst eintretenden Vermögensvermehrung (zB Fehler eines Anlageberaters) oder dadurch, dass neue Verbindlichkeiten/Kosten entstehen; zB Reparaturkosten für ein beschädigtes Auto oder einen getätigten sog Rettungsaufwand zur Vermeidung eines drohenden, wenngleich noch nicht eingetretenen Schadens. Die Rspr zählt auch diesen grundsätzlich zum ersatzfähigen Schaden; vgl etwa SZ 39/115 (1966) oder ZVR 1973/110. – Diesbezüglich besteht ein Wertungswiderspruch der Rspr beim Schutz sog absolut geschützter Rechtsgüter (vgl JBl 1999, 49 → Kapitel 5.E.I.2., S. 331), der nicht im selben Ausmaß gewährt wird, was nicht einsichtig erscheint.

#### Differenzrechnung

In all diesen Fällen wird ein Vermögensschaden durch **Differenzrechnung** ermittelt: Verglichen wird dabei die Lage vor und nach dem Schadenseintritt. Ist diese schlechter als jene, bedeutet die ermittelte Differenz einen Schaden.



OGH 28. 9. 2000, 2 Ob 255/00i, EvBl 2001/56: Bei einem vom Beklagten verschuldeten **Autounfall** wird die Klägerin schwer verletzt und kann aufgrund der Unfallfolgen ihren Beruf als Ordinationshilfe bei einem Zahnarzt nicht mehr ausüben. Sie lässt sich zur Heilmasseurin umschulen und klagt auf Ersatz des für den Zeitraum der Umschulung entgangenen Verdienstes und der Umschulungskosten. Der Beklagte wendet **Vorteilsausgleichung** aufgrund des als Masseurin erzielbaren wesentlich höheren Einkommens ein. – OHG spricht Umschulungskosten und Verdienstentgang während der Umschulung zu und lehnt den Einwand des Beklagten bezüglich des Vorteilsausgleichs ab. Grundsätzlich ergibt sich eine Anrechnung aller durch das Schadensereignis verursachten Vorteile beim Interessenersatz durch die Schadensberechnung mittels **Differenzmethode**. Die Berücksichtigung von Vorteilen kommt jedoch nur gegenüber sachlich und zeitlich kongruenten Schadenersatzansprüchen in Betracht. Im konkreten Fall ist der Vorteil mit dem Schaden wegen Verdienstentgangs nicht zeitlich und hinsichtlich der Umschulungskosten auch nicht sachlich kongruent.

- OGH 23. 5. 2000, 4 Ob 17/00d („**Künettenbrücke**“), SZ 73/82 = EvBl 2000/196: Ein Unternehmer führt Tiefbauarbeiten vor einer Gärtnerei durch u übernimmt auch den Bau einer Künettenbrücke mit 9 t Tragfähigkeit über die Baugrube für den Lkw der Gärtnerei. Als die Brücke jedoch unter dem Lkw teilweise einbricht, stützt der Schwiegervater des Gärtners den Lastwagen bis zum Eintreffen der Feuerwehr mit einer Winde ab. Durch weiters Nachgeben der Holzpfiler der Brückenkonstruktion wird die Winde weggeschleudert und verletzt den Schwiegervater am Fuß. – OGH: Der Schädiger haftet grundsätzlich auch für bei der **Rettung** (sowie bei nicht von vornherein untauglichen Rettungsversuchen zur Verhinderung wei-

terer Schäden) eintretende weitere Schäden, wenn diese Maßnahmen nicht außerhalb des Adäquanzzusammenhangs liegen. Das folge aus der psychischen Kausalität des Verhaltens des Täters für die auf Rettung gerichtete Willensbetätigung des Retters. (Richtiges Ergebnis, verfehlte Begründung.)

Schadensermittlung durch Differenzmethode nach F. Gschnitzer:

Gschnitzer fragt: Wie stünde der Betroffene ohne das Schadensereignis? – Besser? Dann hat er dadurch einen Nachteil erlitten, ist geschädigt. – Wir vergleichen also zwei Lagen miteinander: Die wirkliche, die durch das Schadensereignis eingetreten ist und die gedachte, hypothetische Lage, die ohne Schadenseintritt bestehen würde. – Ist die wirkliche, bestehende Lage gegenüber der gedachten zum Nachteil des Betroffenen, sprechen wir von **Schaden** und **schädigendem Ereignis**.

Zum Vermögensschaden vgl auch → A.II.1.

📖 *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung (Wien, 1993); – derselbe, Abrechnung fiktiver Sachschäden, in: Das neue Schadenersatzrecht 21 ff (Bonn, 2003); – *Apathy*, Fiktive Operationskosten, RZ 1986, 285.

Steht fest, dass der Geschädigte einen Schaden iSd § 1293 ABGB erlitten hat, lässt sich aber die Höhe des Schadens nicht ohne weiteres feststellen, besteht nach § 273 ZPO die **Möglichkeit einer richterlichen Einschätzung des Schadens**. Dieser Weg wurde bspw in der eben erwähnten E des OGH 6 Ob 143/98t (Betreuungsleistungen) und ebenso in EvBl 1977/82 (→ Kapitel 5.C.III.3., S. 313) besprochen.

#### § 273 Abs 1 ZPO

Wenn feststeht, dass einer Partei der Ersatz eines Schadens oder des Interesses (dazu → Kapitel 6.B.I.3., S. 371) gebührt oder dass sie sonst eine Forderung zu stellen hat, der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens oder Interesses oder der Forderung aber gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist, so kann das Gericht auf Antrag oder von amtswegen selbst mit Übergehung eines von der Partei angebotenen Beweises diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen. Der Festsetzung des Betrages kann auch die eidliche Vernehmung einer der Parteien über die für die Bestimmung des Betrages maßgebenden Umstände vorausgehen.

Die **Beweislast** für den eingetretenen **Schaden** trägt im deliktischen Bereich grundsätzlich der **Geschädigte**; er erbringt den Beweis zB durch ein Gutachten über den Verlauf, die Schadenshöhe und die Folgen eines Kfz-Unfalls. Mehr zur Beweislast → A.II.6.

Als großer Einteilungsgesichtspunkt lassen sich – wie erwähnt – folgende Schädengruppen anführen:

- **Vermögensschäden** und **Nicht-Vermögens-** oder **Personenschäden**
- Zur Unterscheidung in **unmittelbare** und **mittelbare** oder **Drittsschäden** → A.V.2., S.. Zur entwicklungsgeschichtlichen Bedeutung der lex Aquilia → A.I.7.
- Zur Abgrenzung zwischen **Vertrauensschaden** (auch negatives Vertragsinteresse genannt) und **(Nicht)Erfüllungsschaden** (auch positives Vertragsinteresse genannt) vgl EvBl 1977/228:

„Die Beklagte übersieht, dass den **Vertrauensschaden**... nur derjenige begehren kann, der auf die Gültigkeit einer abgegebenen Erklärung oder auf das Zustandekommen eines Vertrages vertraut hat, obwohl die Erklärung ungültig war oder der Vertrag nicht zustande kam; in diesem Fall hat der Schädiger den Vertrauenden so zu stellen, wie er stünde, wenn er mit der Gültigkeit seiner Verpflichtung nicht gerechnet hätte. Ist jedoch der Schaden durch Nichterfüllung einer gültig begründeten Leistungsverpflichtung entstanden, so hat der Schädiger den Zustand herzustellen, der im Vermögen des Geschädigten bei gehöriger Erfüllung (positives Erfüllungsinteresse oder Nichterfüllungsinteresse) bestünde (Gschnitzer in Klang<sup>2</sup> IV/1, 172 ...). Im konkreten Fall ist dem Kläger ein Schaden durch die Nichteinhaltung einer von der Beklagten übernommenen Vertragspflicht entstanden; der Kläger kann daher von der Beklagten [den **Nichterfüllungsschaden**] begehren.“

Sie bedeuten einen Nachteil an geldwertem Gut oder Rechten; vgl §§ 1331, 1333 ABGB: zB eine Delle im Auto, die Zerstörung eines EDV-Programms oder einer Gewinn- oder Verdienstchance. Bei Vermögensschäden geht es um in Geld ausdrückbare, also messbare Änderungen im Vermögen des Geschädigten; sei es in Bezug auf einen bestimmten Vermögensteil (zB ein beschädigtes Kfz) oder das Gesamtvermögen des Geschädigten.

Innerhalb der Vermögensschäden wird – im Hinblick auf die Formen/Inhalte von deren Ersatz – unterschieden zwischen:

Differenzmethode nach  
F. Gschnitzer

§ 273 ZPO

Beweislast

Schadensarten – Überblick

Vermögensschäden

Formen des Ersatzes bei  
Vermögensschäden

- **wirklichem** / erlittenem oder positivem **Schaden** (damnum emergens) und dem
- **entgangenen Gewinn** (lucrum cessans);
- dazu tritt nach § 1331 ABGB unter bestimmten Voraussetzungen der **Ersatz des Werts der besonderen Vorliebe** → A.II.3.

Höhe des Ersatzes

Über die **Höhe des Ersatzes** – ob bloß der wirkliche Schaden oder auch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist – entscheidet nach dem ABGB der Grad des Verschuldens mit dem der Schädiger den Schaden herbeigeführt hat → A.II.3.



Die vom Bauherrn dem Unternehmer nach § 1168 Abs 1 ABGB zu ersetzenden **Stehzeiten** sind ein wirklicher (Vermögens)Schaden, den die Demonstranten nur dann zu ersetzen haben, wenn fest steht, dass das Bauvorhaben fertiggestellt wird. Der Vermögensnachteil ist nach dem Zeitpunkt der Schadensfeststellung – das ist der Schluss der gerichtlichen Verhandlung erster Instanz – zu ermitteln; OGH 25.3.1999 → A.IV.6.

Weitere Beispiele für entgangenen Gewinn → A.II.3.

Beschränkter Ersatz von Vermögensschäden

Zu beachten ist, dass nach hA (vgl schon oben → A.II.1.) – bloße Vermögensschäden nicht im selben Ausmaß entschädigt werden, wie Personenschäden: Diese Haltung ist zwar dem ABGB – wie ausgeführt – fremd, hat sich aber im Anschluss an dt Lehre und Rspr durchgesetzt. In Österreich wäre auf Grund der §§ 1293 und 1295 ABGB eigentlich etwas anderes zu erwarten. – Vermögensschäden werden im Unterschied zu Eingriffen in absolut geschützte Rechtsgüter – darunter werden verstanden: Leib und Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit, geschlechtliche Selbstbestimmung, Persönlichkeitsrechte, Eigentum – deliktisch (grundsätzlich nicht, sondern) nur ausnahmsweise entschädigt. Dies obwohl es das ABGB nahe legt, sowohl das Vermögen als auch absolute Rechtsgüter eines Geschädigten vertraglich und (!) deliktisch zu schützen.

Als „**reine**“ oder „**bloße**“ **Vermögensschäden** werden Schäden bezeichnet, bei denen weder ein Personen-, noch ein (realer) Sachschaden vorliegt; vgl etwa SZ 67/17: **Wissentlich unrichtige Auskunft über Empfängnismöglichkeit** begründet keinen Anspruch des Kindesvaters eines unehelichen Kindes gegen dessen Mutter auf Ersatz der für das Kind zu erbringenden Unterhaltsleistungen; Ablehnung eines ersatzfähigen Vermögensschadens. – Reine Vermögensschäden werden auch nicht nach dem EKHG (§ 1) und nach dem PHG (§ 1 Abs 1) ersetzt.

Fallgruppen

Die Rspr gewährt bislang nur in folgenden Fallgruppen einen **Ersatzanspruch bei deliktischer Vermögensschädigung**:

- bei **Schutzgesetzverletzung** iSd § 1311 ABGB;
- im Falle einer **absichtlich sittenwidrigen** oder **listigen Schädigung** iSd §§ 1295 Abs 2, 1300 und § 874 ABGB;
- und bei **mutwilliger Prozessführung** iSd § 408 ZPO.

Zu Rechtsmissbrauch und Schikane → Kapitel 11.E.V.6., S. 754.

Nicht-Vermögens- oder Personenschäden

Sie betreffen insbesondere auch **immaterielle Nachteile an der Person**; Körperverletzungen oder Verletzungen von Ehre, Freiheit oder geschlechtlicher Selbstbestimmung. Die Situierung des § 1328 ABGB (Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung) erscheint glücklich, zumal dieser Tatbestand eingebettet ist in die Bereiche Körperverletzung, Freiheitsberaubung und Ehrverletzung, die bei dieser Deliktsform häufig gemeinsam zur Anwendung gelangen. – Das ABGB fasst sie in den §§ 1325-1330 zusammen; vgl auch → A.IV.1. Das ABGB bezeichnet die Gruppe der Nicht- oder Personenschäden auch als ideelle Schäden, weil sie vorwiegend immaterielle Güter betreffen. Obwohl immaterielle Güter eigentlich nicht in Geld ausdrückbar sind, dies iSv exakt messbar, werden sie dennoch – vor allem durch das Schmerzensgeld des § 1325 ABGB – in Geld ersetzt.



*R. Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964); – *F. Bydlinski*, Der immaterielle Schaden in der österreichischen Rechtsentwicklung, FS von Caemmerer 785 (1978); – *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999); – *Koziol/Karner*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform (15. ÖJT/Bd II/1, 2003).



An und für sich ist es nicht (ganz) korrekt, den Begriff des immateriellen Schadens nur auf Personenschäden zu beziehen, da § 1331 ABGB (→ A.III.3.) auch für den Bereich des Vermögensschadens mit dem Ersatz des Werts der besonderen Vorliebe eine Form des Ersatzes immaterieller Schäden kennt. – Dennoch ist diese Gleichsetzung üblich. Immaterielle Schäden werden von der Rspr nur dort ersetzt, wo dies das Gesetz ausdrücklich anordnet; so etwa in § 1325 ABGB und § 12 Abs 1 Z 4 EKHG (Schmerzensgeld → A.IV.8.), aber auch nach § 1331 ABGB: Wert der besonderen Vorliebe / Affektionsinteresse.

Nach neuerer Rspr gewährt der OGH auch bei **Freiheitsberaubung** (§ 1329 ABGB) und § 1328 ABGB (Verletzung der **geschlechtlichen Selbstbestimmung**; Nov, BGBl 1996/759) den Ersatz des immateriellen Schadens. – Vgl nunmehr auch die geplanten gesetzlichen Erweiterungen für sog **Trauerschäden**, entgangene Urlaubsfreude usw → A.IV.3.

Das Schrifttum erblickt im Passus des § 1323, 2. HalbS ABGB: „... **Tilgung der verursachten Beleidigung**“ eine grundsätzliche Anordnung zum Ersatz immaterieller Schäden (= Schmerzensgeld als Teil der vollen Genugtuung). – Anders aber (noch) die Rspr!

Zum Begriff  
„immaterielle Schäden“



Vgl zum lange verweigerten Ersatz des ideellen Schadens bei **Vergewaltigung** (sog Notzucht!?, ein juristischer Begriff, der tiefenpsychologisch Abgründe eröffnet) die folgende E: – SZ 58/80 (1985) = JBl 1986, 114 – Leitsatz: §§ 1328, 1325 ABGB – Bei Vergewaltigung gebührt Schmerzensgeld auch für seelische Schmerzen; solche können sich auch daraus ergeben, dass die Vergewaltigung in der Umgebung des Opfers bekannt geworden ist. OGH sprach vergewaltigter Frau Entschädigung für psychisches Übel zu. Eine Frau in einem kleinen Innviertler Dorf hatte ein schreckliches Erlebnis: sie wurde vergewaltigt. Die Folgen: mehrtägige arge Schmerzen, Krankenstand, vor allem aber schwere psychische Störungen in Form starker Depressionen, vegetativer Störungen und krasser Angstzustände. Der Täter wurde vom Strafgericht rechtskräftig verurteilt, in einem darauffolgenden Zivilprozess, der vom Kreisgericht Ried im Innkreis bis zum OGH ging, verlangte die Frau ein Schmerzensgeld von 120.000 S. Die 1. Instanz sprach ihr rund die Hälfte, nämlich 65.000 S zu, das OLG Linz bereits 95.000 S. Und der OGH, vom Beklagten wegen Reduzierung der Forderung angerufen, bestätigte das Urteil der 2. Instanz. – In der Entscheidung des Höchstgerichts (7 Ob 566/85) heißt es ua: „Wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, vertritt die neue Lehre einheitlich den Standpunkt, dass auch im Falle einer echten Notzucht der Ersatz immaterieller Schäden gebührt. Bei der Feststellung solchen immateriellen Schadens ist die subjektive Berechnung Grundsatz. Es sind Dauer und Intensität des erlittenen Ungemachs, aber auch die psychophysische Situation des Betroffenen, die Beschaffenheit seiner Gefühlswelt, seine Empfindsamkeit und die Schwankungsbreite seiner Psyche zu berücksichtigen. Insbesondere sind auch die soziale Stellung, die kulturellen Bedürfnisse und die beruflichen Verhältnisse des Verletzten zu berücksichtigen. Die Funktion des Schmerzensgeldes besteht im wesentlichen im Aufwiegen von Unlustgefühlen. Diese sind nach der Person des Verletzten zu bewerten, weshalb richtigerweise nur eine subjektive Berechnung in Betracht kommt. Es ist immer auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen. Vor allem bei Schädigung infolge von Freiheitsberaubung berücksichtigt die Rspr subjektive Umstände. – Mit Recht haben daher die Vorinstanzen auch in Betracht gezogen, dass im vorliegenden Fall die Vergewaltigung der Klägerin nicht praktisch anonym geblieben ist, wie dies idR in einer Großstadt der Fall sein wird, sondern dass der Angriff durch eine Person ihrer unmittelbaren Nachbarschaft erfolgte und dieses Ereignis zur Kenntnis einer kleinen Gemeinde, in der die beiden handelnden Personen allgemein bekannt sind, gelangte, so dass, wie dies gerade in Landgemeinden häufig der Fall ist, seitens der Bevölkerung Parteinahmen, auch zum Teil gegen die Klägerin, erfolgten, was zu einer weiteren psychischen Belastung der Klägerin führen musste.“ (Anm: Die Mutter des Täters hatte das Kaufhaus, in dem die Klägerin arbeitete, aufgesucht und diese dort beschimpft. Auch die Dorfbevölkerung legte zum Teil eine ablehnende Haltung der Klägerin gegenüber an den Tag!) – Der OGH stützt seine neue Judikatur zu den §§ 1328 und 1329 ABGB auch auf Art 5 Abs 5 EMRK und erkennt nunmehr auf den Ersatz des immateriellen Schadens, spricht also Schmerzensgeld zu. Die Rspr des OGH in Bezug auf den Ersatz immateriellen Schadens war lange widersprüchlich; bis etwa zur Jhd-Wende [1900] sprach der OGH großzügig immateriellen Ersatz zu; dann – unter Einfluss des dtBGB [§ 253] – lehnte er diesbezüglich Ersatz bis zur Mitte der 80er Jahre kategorisch ab. Das lehrt uns wie abhängig rechtliche Kausalurteile von gesellschaftlichen Werturteilen sind. Man kann auch sagen: Rechtliche Kausalität ist (auch) gesellschaftliche Kausalität. – Anstoß erregt hatte schon (neben der geschilderten Haltung des OGH zu Vergewaltigungen) die Rspr des OGH gegenüber KZ-Opfern, deren Ansprüche auf immateriellen Schadenersatz wegen Freiheitsbeschränkung er ebenfalls – trotz mehrfacher Bemühungen Heinrich Klangs, der selber im KZ Theresienstadt und Mitglied des OGH war – abgelehnt hatte. Vgl nunmehr die novellierte Fassung des § 1328 ABGB!

Verwaltungsg



ABBILDUNG: Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs; ABBILDUNG: Was heißt Schaden?; ABBILDUNG: Schadensermittlung: Differenzmethode

## 2. Kausalität / Verursachung

Nach der Frage, ob ein **Schaden** eingetreten ist, ist auch danach zu fragen, ob dieser jemandem **kausal zugerechnet** werden kann.

Ein Schaden muss vom Schädiger verursacht, sein Verhalten muss kausal sein. Das Gesetz definiert Kausalität traditioneller Weise aber nicht, setzt sie vielmehr voraus; vgl die §§ 1294, 1295 ABGB: „...zugefügt“, „...verursacht worden“. – Entgegen dem ersten Anschein ist auch diese Frage nicht immer einfach zu beantworten. Denn: Nicht jede (Schadens)Bedingung / Ursache, die gesetzt wird, macht rechtlich auch verantwortlich, dh: wird haftungsmäßig zugerechnet. Und umgekehrt wird uU ein Verhalten zugerechnet, das naturwissenschaftlich vielleicht gar nicht kausal für den Schadenseintritt war → A.II.2. – Es ist Aufgabe der rechtlichen Kausalitäts- oder Zurechnungskonzepte aus der Vielfalt realer – dh physikalischer, psychischer und gesellschaftlicher – Schadensbedingungen die rechtlich relevanten herauszufiltern.

H. Kelsen, Vergeltung und Kausalität (1982)

Kelsen berichtet in seinem lesenswerten Werk ua von folgender Begebenheit: „Bei Erdbeben beobachten die **Guaimi-Indianer** einen eigenartigen Brauch, dem Adrian de Santo Tomas als Augenzeuge beiwohnte. Während einer Nacht fand um die Mitternachtsstunde ein Erdbeben statt, das die indianische Begleitmannschaft des Padre in große Unruhe, ja offenbar in Zorn versetzte .... Denn sie griffen sofort zu ihren Waffen und zielten nach dem Himmel. Auf die Frage des Padre nach der Bedeutung dieser Handlungsweise entgegneten ihm die Eingeborenen, der Gott Noncomala habe die Erde töten wollen, und da seien sie ihrer Mutter zu Hilfe gekommen. Diese wäre nämlich schon längst zerstört worden, wenn sie ihr nicht immer in ähnlichen Fällen ihren Beistand gewährt hätten.“ – Ein Beispiel gesellschaftlichen Kausalitätsdenkens, das auch wir noch pflegen, wenngleich in anderen Gebieten. Noch um die Mitte des 19. Jhds wurde sog „Totbeten“ als (straf)rechtlich kausal angesehen.

Schadens-Zurechnung

Das, was in der rechtlichen Fachsprache verkürzt mit „Kausalität“ bezeichnet wird, wird korrekter mit **Schadens-Zurechnung** benannt. Denn mit Kausalität im naturwissenschaftlich-philosophischen Sinn hat das – wie wir gehört haben – nicht immer etwas zu tun. Wir haben es mit **rechtlicher „Kausalität“** zu tun. Eine Schadenszurechnung – ein neutraler Begriff, der sowohl für verschuldete, wie unverschuldete Schädigungen passt und ebenso für schadensverursachendes Verhalten des (unmittelbaren) Schädigers selbst, wie das anderer Personen, für die er allenfalls einzustehen hat (zB für Gehilfen), dh sich zurechnen lassen muss – erfolgt nämlich mitunter auch dann, wenn nicht der Ersatzpflichtige selbst kausal war, sondern nur sein Gehilfe; vgl §§ 1313a, 1315 ABGB: sog Haftung für fremdes Verschulden / Verhalten (Gehilfenhaftung) → Kapitel 10.A.I., S. 651. Im Falle des § 1315 ABGB beruht die rechtliche Wertung der vom Gesetz vorgenommenen Schadenszurechnung nicht einmal primär auf Kausalüberlegungen, sondern der Annahme von objektiviertem Auswahlverschulden (culpa in eligendo). Darin steckt der Vorwurf, der Ersatzpflichtige hätte seine Gehilfenwahl sorgfältiger vornehmen sollen.

Im Rahmen der **Gefährdungshaftung** haftet bspw der Kfz-Halter auch dann für einen Schaden, wenn nicht er selbst, sondern ein anderer (Lenker) mit dem Auto gefahren ist, ohne dass auch nur ein Auswahlverschulden anzunehmen ist. Hier ist jener Schaden zu vertreten, der durch das gefährliche Betriebsmittel verursacht (aber nicht verschuldet!) wurde.


Natürliche und juristische Kausalität

Juristische Kausalität baut zwar auf der allgemeinen, naturwissenschaftlich-philosophischen Kausalität auf, deckt sich damit aber nicht vollständig. Es bestehen, von der Rechtswissenschaft wenig reflektiert, Unterschiede zum naturwissenschaftlichen Kausalitätsdenken; vgl nur die §§ 1301, 1302 ABGB: Haftung mehrerer Schädiger : Sonderformen der Kausalität (1).

Die Diskrepanz zwischen diesen beiden (Kausalitäts)Bereichen hat in den letzten Jahrzehnten – bedingt durch den Fortschritt und die Verfeinerung naturwissenschaftlicher Methoden – abgenommen; vgl etwa die Vaterschaftsfeststellung, die heute bei über 99 Prozent Treffsicherheit liegt! Aber auch der technische Fortschritt wird diesen Unterschied nicht völlig aufheben; vgl nur „Kausalität“ / besser Zurechnung durch Unterlassung oder Haftung für fremdes Verschulden. Die Jurisprudenz sollte aber nur dort „eigene“ Wege gehen, wo dies aus Funktionsgründen der Rechtsordnung nötig erscheint. – Die im Anschluss dargestellten rechtlichen Kausal(zurechnungs)konzepte verfolgen somit funktional genuin juristisch-wertende Ziele.

Die von der öRspr früher verwendete Kausalformel: „**Keine juristische ohne medizinische** (oder naturwissenschaftliche) **Kausalität**“ war rechtslogisch unhaltbar, wurde aber von der Theorie, die auch in anderen (Kausalitäts)Fragen inkonsequent ist – zB bei der sog Unterbrechung des rechtlichen Kausalzusammenhangs

→ Kapitel 9.A.II.2., S. 593: Sonderformen (6), hingenommen.

 Dazu schon *Barta*, ZAS 1974, 83 und *derselbe*, in: Kausalität im Sozialrecht zB 836 ff (1983).

- Im Rahmen der **Haftung mehrerer Schädiger** (§§ 1301, 1302 ABGB) → Kapitel 9.A.II.2., S. 593, Sonderformen (1);
- bei der **Gehilfenhaftung** (als Haftung für fremdes Verschulden) → Kapitel 10.A.I., S. 651.
- bei der **Kausalität der Unterlassung** (§ 1294 ABGB) → A.II.2.: Sonderformen (5);
- bei der Zurechnungsfigur der **Unterbrechung des Kausal-** oder besser **Zurechnungszusammenhangs** → A.II.2.: Sonderformen (6) sowie
- der Unterscheidung zwischen **unmittelbarem** oder bloß **mittelbarem Ursachenzusammenhang**, was seit der *lex Aquilia* (→ A.I.7.) eine Rolle spielt und noch heute im Rahmen der Drittschadensliquidation (→ A.V.2.) von Bedeutung ist.
- Ersatz von **Vorsorgekosten** des Geschädigten → A.III.4.
- Im gesamten Bereich des Ersatzes **immaterieller** Schäden; §§ 1325 ff ABGB → Kapitel 9.A.IV.4., S. 619.

„Eigene“ Wege rechtlicher „Zurechnung“:

Die rechtliche Verhaltenszurechnung – (zivil)rechtliche Kausalität umfasst:


- positives Tun / Handeln sowie
- Unterlassen / Nicht-Tun / Nicht-Handeln → A.II.2.: Sonderformen (5).

Rechtliche Kausalität umfasst

Während sich das **Straf-** und **Zivilrecht** mit Fragen des rechtlichen Kausalitätsdenkens früh und eingehend auseinandergesetzt haben, fehlt ein vergleichbares Befassen mit Kausalitäts- und Zurechnungsfragen im Kernbereich des öffentlichen Rechts weitgehend. (Eine wichtige Ausnahme stellt die – freilich zivilrechtlich inspirierte – ThdWB des Sozialversicherungsrechts dar; dazu meine Habilschrift: *Kausalität im Sozialrecht*, 1983.) Gerade aus diesem Bereich stammt aber der (rechts)positivistische Anspruch der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung. Hier besteht demnach nicht nur eine Rechts-, sondern auch eine Denk-Lücke.

Kausal(zurechnungs)konzepte

Besser wird von rechtlichen **Zurechnungskonzepten** und nicht – wie üblich – von **Kausalitäts-Theorien** gesprochen. Das juristische Kausalitätsdenken kann nämlich keinen Anspruch darauf erheben, dass es wissenschaftstheoretisch den Anforderungen moderner wissenschaftlicher Theoriebildung entspricht. – Die Rechtswissenschaft geht mit wissenschaftstheoretischen Begriffen wie Theorie, Hypothese, Gesetz udgl oft leichtfertig um.

 *H. Seiffert*, Einführung in die Wissenschaftstheorie 4: Wörterbuch der wissenschaftstheoretischen Terminologie (1997); – *W. Arber* (Hg), Inter- und Transdisziplinarität. Warum? – Wie? (1993); – *J. Kocka* (Hg), Interdisziplinarität: Praxis – Herausforderung – Ideologie (stw, 1987). – In Bezug auf die Entstehung und inhaltliche Ausformung der verschiedenen rechtlichen Kausalitätskonzepte im Laufe des 19. und 20. Jhds verweise ich auf meine Habilitationsschrift: *Barta*, Kausalität im Sozialrecht (2 Bde, Berlin, Duncker & Humblot, 1983) und *derselbe*, Medizinhaftung (1995).

Die **Äquivalenz-** oder **Bedingungslehre**, auch *conditio-sine-qua-non*-Konzept genannt, arbeitet mit folgender Zurechnungsformel: Kausal ist danach jede (Schadens)Bedingung, die nicht hinweggedacht werden kann (= **c[onditio] s[ine] qu[a] n[on]!**), ohne dass auch der (eingetretene) Erfolg / Schaden entfielen.

Die sog Äquivalenztheorie

Dieses Kausalkonzept – das alle Bedingungen gleich behandeln will: daher *Äqui-valenz!* – ist theoretisch unbrauchbar, weil es eine viel zu geringe Selektionsleistung erbringt und dadurch insgesamt zu viel zu weiten kausalen Zurechnungen führt: Auch die Eltern eines Mörders sind danach „kausal“ für den Mord. Die praktisch nötigen Haftungseinschränkungen müssen erst wieder durch andere Zurechnungskriterien – insbesondere das Verschulden – geleistet werden. Wo es kein Verschulden gibt, wie in der Gefährdungshaftung, versagt das Konzept noch deutlicher. Daher: Dieses Kausalkonzept ist brauchbar für eine praktische Zurechnungs-Erstinformation, liefert aber keine theoretisch befriedigende allgemeine oder gar endgültige Zurechnungsregel.

Bewertung

Aus alter Gewohnheit und mangelndem Theoriebewusstsein wird dieses Zurechnungskonzept, das in seiner ursprünglichen Fassung auch bei Unterlassungen versagte – bei ihnen muss nämlich nicht etwas weg-, sondern etwas hinzugefügt werden!, aber weiterhin theoretisch mitgeschleppt; vgl nur *Koziol / Welser*, II<sup>12</sup> 290 f oder *Apathy / Riedler* III 118 (2002<sup>2</sup>), die meinen, das ABGB setze diese Lehre „voraus“, was historisch schon deshalb unrichtig ist, weil dieses Kausalkonzept damals noch gar nicht existierte.

**Adäquanzkonzept**

Beim Adäquanzkonzept kommt es auf die generelle Eignung einer Handlung oder Unterlassung (eines Verhaltens), einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, an; sog **typische Schadensverursachung**; also die Wahrscheinlichkeit und Vorhersehbarkeit eines Kausalverlaufs und daraus folgend des Schadenseintritts. Ausgeschlossen werden sollen dadurch **a-typische Kausalverläufe**; zB leichter Schlag auf den Kopf führt zu Schädelbruch wegen eines sog Papierschädels. – Das Adäquanzkonzept ist bestrebt, praktikable (Haftungs)Zurechnungsgrenzen zu ziehen und erzielt dabei akzeptable Erfolge, die idR auch wissenschaftlich überzeugen; vgl EFSlg 20.240: folgende Beispiele. Zurecht stützen sich Rspr und OGH daher auf dieses Zurechnungskonzept. – In der Praxis wurden verschiedene Adäquanz(bereichs)lehren entwickelt und etabliert. Zu den **Wahrscheinlichkeitsvoraussetzungen** des Kausalitätsnachweises im Rahmen des Adäquanzurteils → Abbildung 9.4 „Kausalitätsspektrum“.

Rechtssprechungsbeispiele dazu

> *zivilrecht.online*

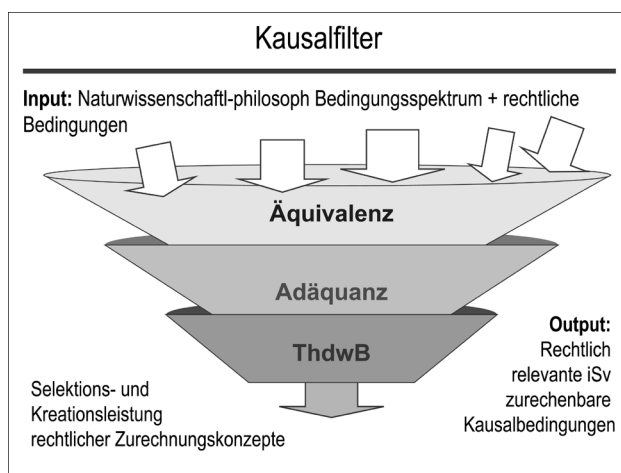


Abbildung 9.1: Kausalfilter

**Die Theorie der wesentlichen Bedingung/ThdwB**

Die ThdwB gilt im Bereich des Sozial(versicherungs)rechts insbesondere in der gesetzlichen Unfallversicherung und darüber hinaus im öffentlichen Recht. Sie ist ein von der deutschen und österreichischen Rspr adaptiertes – leistungsfähiges – Adäquanz(bereichs)konzept, das immer wieder missverstanden wurde; zB von Th. Tomandl. Vgl dazu auch die oben gemachten Hinweise.

Moderne Gefahrkreislehre

Es handelt sich dabei um ein bereichsspezifisch adaptierbares Kausalurteil iS einer **Gefahrkreislehre für gefahrgeneigte Betriebe**, die idF auch im Strafrecht Bedeutung erlangte. – Dabei wird ein doppeltes Kausalurteil gefällt, das heute im gesamten Haftpflichtrecht Verwendung findet, ohne dass meist noch bekannt ist, woher dieses Konzept kommt. Gefragt wird nach

- der **haftungsbegründenden** und
- der **haftungsausfüllenden Kausalität**.

Beurteilung von Anlegeleiden

Jene fragt, ob der durch einen Betriebsunfall eingetretene Schaden mit dem betrieblichen Gefahrenkreis zusammenhängt; diese prüft, ob zB die eingetretene Verletzung eine kausale Folge gerade dieses Unfallgeschehens war. Dadurch gelingt unter anderm eine überzeugende Abgrenzung sog Anlegeleiden / Leidensdispositionen wie Meniskus, Bandscheiben- oder Bruchleiden etc.

📖 Barta, Kausalität im Sozialrecht. Entstehung und Funktion der sog. Theorie der wesentlichen Bedingung. Analyse der grundlegenden Judikatur des Reichsversicherungsamtes in Unfallversicherungssachen (1884-1914). Der Weg vom frühen zivilen, industriell / gewerblichen Haftpflichtrecht zur öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung der Arbeiter(unfall)versicherung. Bd I und II (1983).

📖 ABBILDUNG: Kausalität/Verursachung; ABBILDUNG: Die großen Zurechnungskonzepte

**Sonderformen der Kausalität**

(1) Haftung mehrerer Schädiger: §§ 1301, 1302 ABGB


§ 1301 ABGB normiert Zurechnungsregeln, wenn ein widerrechtlich zugefügter Schaden von **mehreren Personen** verantwortet werden muss, weil sie **gemeinschaftlich – unmittelbar oder mittelbar** – durch „Verleiten [Anstiften], Drohen, Befehlen, Helfen, Verhehlen u. dgl.; oder auch nur durch Unterlassung der besonderen Verbindlichkeit das Übel zu verhindern“, zum Schadenseintritt beigetragen haben. – Es geht hier um die Schadensherbeiführung durch (mehrere) **Mittäter, Teilnehmer** oder **Nebentäter**, sei es im Rahmen einer vertraglichen oder einer deliktischen Beziehung.

Zur Heranziehung des § 1301 ABGB bei Verletzung fremder Forderungsrechte → Kapitel 11.E.VII., S. 758; insbesondere SZ 19/205 (1937).

§ 1302 ABGB legt die Rechtsfolgen bei Schädigung durch mehrere Schädiger fest und unterscheidet dabei:

- Wurde der Schaden **fahrlässig** herbeigeführt und (!) **lassen sich die (Ursachen)Anteile bestimmen**, verantwortet „jeder nur den durch sein Versehen verursachten Schaden“; **Anteilhaftung**.
- Wurde der Schaden dagegen **vorsätzlich** zugefügt oder (!) lassen sich die **Anteile** der Mittäter **nicht bestimmen**, „so haften alle für einen, und einer für alle“; **Solidarhaftung**. Der letzte Halbs des § 1302 ABGB statuiert ein Regressrecht desjenigen, der den Schaden ersetzt hat; § 896 ABGB.

Lösung des § 1302 ABGB

 **Wirtshausrauferei** mit tödlichem Ausgang, ohne dass feststellbar ist, von wem die vorsätzliche schwere Körperverletzung stammt. – Lösung: Alle Raufbolde werden (zivilrechtlich) verantwortlich gemacht! Und zwar solidarisch! Auch das Strafrecht trifft diese Lösung; vgl § 91 StGB: Raufhandel mit schwerer Körperverletzung.

- ZVR 1998/6 (**Jochbeinbruch**): Für den Schaden eines Gewaltopfers, das beim Versuch, für seinen von zwei Tätern misshandelten Begleiter Hilfe zu holen, von einem dritten Täter angegriffen und verletzt wird, haften die drei Täter solidarisch.

- JBl 2000, 113 (§§ 1295, 1301, 1311 ABGB; § 286 StGB): Die **Pflicht, mit Strafe bedrohte Handlungen zu verhindern**, besteht nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern verfolgt auch einen individuellen Schutzzweck gegenüber demjenigen, der durch die strafbare Handlung in seinen Rechten bedroht wird. § 286 StGB ist ein Schutzgesetz iwS. Der Geschädigte kann daher vom Täter Schadenersatz schon nach § 1295 Abs 1 ABGB verlangen. § 286 StGB begründet aber auch eine Handlungspflicht iSv § 1301 ABGB.

- OGH 22.2.2001, 6 Ob 307/005: Interview-Hompage → Kapitel 10.A.IX.3., S. 678.

§ 1302 ABGB liegt eine Haftung für bloßen **Kausalitätsverdacht** zugrunde, weil unter konkret gefährlichen Verhältnissen gehandelt wurde. Das führt auch zu einer Änderung der **Beweislast**. Der unter solchen Umständen Handelnde muss beweisen, dass er den Schaden nicht verursacht hat. – Diese Überlegungen gelten auch für die alternative, kumulative und überholende Kausalität.

(2) Alternative Kausalität

BEISPIEL: Schulbeispiel – Auf einer **Treibjagd** schießen zwei Jäger etwa gleichzeitig (und handeln dabei fahrlässig und rechtswidrig), aber nur einer kann den Schaden – zB den Tod eines Treibers – verursacht haben. Es lässt sich aber nicht mehr feststellen wer! Ähnliche Situationen gab es bei **Polizeieinsätzen**, Schlägereien (SZ 61/234) oder im Zusammenhang mit **ärztlichen Behandlungsfehlern**; vgl etwa JBl 1996, 181 → Kapitel 10.A.II.1., S. 657: alternative Kausalität zwischen ärztlichem Kunstfehler und Zufall.

Also: Jede Einzelursache konnte den Erfolg alleine herbeiführen; es ist aber nicht mehr feststellbar, wer – zB von den beiden Jägern – den Schaden bewirkt hat.

**Solidarhaftung**, also gemeinsame Haftung aller, die eine derart potentielle Ursache gesetzt haben; also zB beide Jäger, die geschossen haben. Der OGH geht uH auf F. Bydlinski (FS Frotz 1993) und die §§ 1302 und 1304 ABGB von einer **Schadensteilung** aus, wenn das schuldhafte Verhalten eines Schädigers mit einem vom Geschädigten zu vertretenden Zufall zusammentrifft; so JBl 1996,

Lösung

181. – Das Konzept alternativer Kausalität findet auch auf die **Gefährdungshaftung** Anwendung; vgl JBl 1997, 529.

(3) Kumulative Kausalität

ZB ein Umweltschaden – mehrere Emittenten setzen (Teil)Ursachen und führen den Schaden nachweislich erst gemeinsam / kumulativ herbei; etwa verschiedene (Industrie)Abwässer töten den Fischbestand eines Flusses. Wiederum liegt konkret gefährliches Handeln mehrerer vor. – Schwer zu ermitteln sind oft die Verursachungsanteile der Schädiger.



GIUNF 370 (1898): „... Der durchgeführte Zeugenbeweis hat ergeben, dass der ihm [sc dem Gärtner] an jenem Tage entstandene Schaden sowohl durch das **Hagelwetter**, als durch das Eindringen der **Pferde** [des 14. Artillerieregiments] entstanden ist, ohne dass sich mit Sicherheit feststellen ließe, welchen Antheil an der Schadenswirkung auf die eine oder die andere Ursache zurückzuführen wäre ....”

- **Demonstrationshaftung** (Phyrrntal-Autobahn): Die Solidarhaftung einzelner Demonstranten hängt vom jeweiligen Tatbeitrag ab, der auch in der intellektuellen Förderung (psychische Kausalität!) der unmittelbaren Täter bestehen kann. Dazu sind die Regeln des Anscheinsbeweises heranzuziehen; OGH 25.3.1999 → A.IV.6.

Lösung

Anwendung der Rechtsfolgenlösung des **§ 1304 ABGB!** → A.II.3. – Das bedeutet: Lassen sich die einzelnen Schadensbeiträge kausal bestimmen, wird **anteilmäßig**, wenn nicht: **solidarisch** gehaftet.

BEISPIEL: Der Standard, 15.4.1996, S. 4: „Tödliche Schlampe: Neue Details über Brandkatastrophe in Düsseldorf. Nach der Brandkatastrophe auf dem Düsseldorfer Flughafen, bei der 16 Menschen durch Rauchgase und Dioxine erstickten, kommen immer mehr Details über Sicherheitsmängel ans Tageslicht. Wie die Flughafenleitung am Wochenende bestätigte, ist während des Brandes ein Band mit falschen Hinweisen für die Fluggäste gelaufen. Dadurch sind die Passagiere zeitweise direkt in die brennende Ankunftshalle geschickt worden. Nur mit Mühe gelang es den Feuerwehrluten daher, die Menschen in die Abflughalle zu leiten. Die Gäste des Restaurants, das sich oberhalb der brennenden Ankunftshalle befanden, sind überhaupt erst 45 Minuten nach der Brandmeldung über ‘technische Probleme’ informiert worden. – Keine Fluchtwege. Die Flughafenleitung bestätigte auch eine Meldung des Spiegel, dass die Bauaufsicht vor zwei Wochen fehlende Fluchtwege in den VIP-Lounges bemängelt hat. Acht Menschen waren allein in der Air-France-Lounge erstickt. Matthias Tümpel von der Flughafen-Geschäftsführung erklärte, dass man die Beanstandung nicht als ‘wesentlichen Mangel’ betrachtet habe. Die Flughafenfeuerwehr gab bekannt, dass sie nicht über die Schweißarbeiten, die die Katastrophe ausgelöst hatten, informiert worden sei. Nach den Sicherheitsbestimmungen hätte sie vorab in Kenntnis gesetzt werden müssen. Die Staatsanwaltschaft ermittelt gegen die Schweißfirma. Gutachter haben festgestellt, dass durch den Brand Dioxine in der zehnfachen Höhe des Grenzwertes entstanden sind. Die vom Brand betroffenen Bereiche müssen längere Zeit abgeriegelt werden. Der Flugbetrieb, der am Wochenende mit einigen Maschinen wieder aufgenommen wurde, wird über eine Technik-Halle abgewickelt.” – Wie würden Sie diesen Sachverhalt beurteilen?

(4) Überholende / hypothetische Kausalität

Hierher gehören die sog **Anlageleiden**. – **Zwei Kausalreihen** sind zu unterscheiden:

- Eine schon **bestehende körperliche Anlage** / sog Leidensdisposition (= Kausalreihe 1: konkret zB eine schwere Krankheit wie ein Krebs- oder Herzleiden); und
- zweitens – ein davon **unabhängiges Schadensereignis**, etwa ein Autounfall (= Kausalreihe 2).

Dabei stellt sich folgendes Problem: Hätte das Schadensereignis der Kausalreihe 2 (zB Autounfall) den Schaden – zB den Tod – nicht schon früher herbeigeführt, wäre es auch durch die sich weiter entwickelnde Kausalreihe 1 (das Anlageleiden) unabhängig davon bewirkt worden; wengleich zeitlich später. – Frage: Was, also welche Anteile des eingetretenen Schadens sind der Kausalreihe 1, welche der Kausalreihe 2 (= dem Schädiger) rechtlich zuzurechnen?

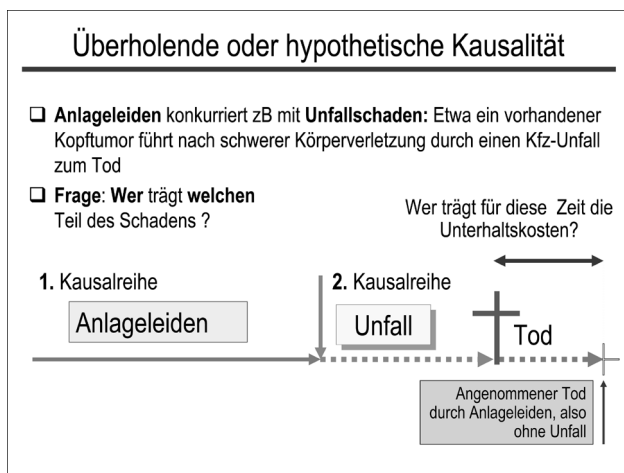



Abbildung 9.2: Überholende oder hypothetische Kausalität

Das Zivilrecht lässt – anders zB Bereiche des Sozialrechts (gesetzliche UV) – den Verursacher der Kausalreihe 2 nur insoweit haften, als nicht die Kausalreihe 1 den Schaden ebenfalls herbeigeführt hätte; also zB Unterhaltszahlung für 5 Jahre, weil dann auch nach der Kausalreihe 1 der Tod eingetreten wäre.

Lösung

Von **überholender** Kausalität wird insofern – zurecht! – gesprochen, weil Kausalreihe 2, die zeitlich ältere Kausalreihe 1 „überholt“, also (zeitlich) rascher wirkt und jenen Erfolg früher herbeiführt, den auch Kausalreihe 1 bewirkt hätte, wenn auch zeitlich später. – Von **hypothetischer** Kausalität kann insofern gesprochen werden, als die Entwicklung von Kausalreihe 1 nicht real, sondern nur angenommenerweise (nach Wahrscheinlichkeitsüberlegungen) beurteilt werden kann, zumal diese Kausalentwicklung real nicht zum Abschluss gelangt ist. – Worin liegt der Unterschied zur kumulativen Kausalität? Bei dieser wirken die verschiedenen Schadensursachen etwa gleichzeitig, bei der überholenden Kausalität, zeitlich versetzt.

 Der OGH wird mit derlei Kausalkonstellationen immer wieder konfrontiert; vgl etwa JBI 1999, 246 (**Behandlungsfehler – Nierenversagen**) uH auf SZ 69/199 = EvBl 1997/86 mwH: „Die Ersatzpflicht des realen Schädigers beschränkt sich bei Zutreffen dieses Einwandes [sc der überholenden Kausalität] auf jene Nachteile des Geschädigten, die durch die zeitliche Vorverlegung des Schadens entstanden sind. Dem Schädiger werden dabei die Schadensfolgen bis zu jenem Zeitpunkt zugerechnet, in dem die Erkrankung oder deren entgeltliche Folgen, wie hier das Nierenversagen, auch sonst eingetreten wären. Für die Berücksichtigung dieses Einwandes muss allerdings nach der Rspr ... feststehen, daß der gleiche Erfolg auch ohne das schädigende Ereignis (hier den festgestellten Kunstfehler) eingetreten wäre. An dieser Ansicht ist auch weiterhin festzuhalten. Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen genügt daher die Bekl ihrer diesbezüglichen Beweisspflicht nicht, wenn sie lediglich eine ‚überwiegende Wahrscheinlichkeit‘ des Schadenseintritts ohne den ihr angelasteten ärztlichen Kunstfehler unter Beweis stellen könnte; vielmehr obliegt ihr hierfür der volle Beweis, dh zumindest der diesem gleichzusetzende Beweis höchster an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ....“

- OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 175/01v, JBI 2002, 720: Bauarbeiten am Hausdach führen zu Wassereintritt und idF zum Absturz der über 100 Jahre alten Deckenstuckatur in einer Wohnung des obersten Stockwerks. – OGH bereitet didaktisch vorbildlich die Abgrenzung von **alternativer, kumulativer** und **hypothetischer Kausalität** auf. Für die Berücksichtigung überholender Kausalität muss danach feststehen, dass der gleiche Erfolg auch ohne das (reale) Schadensereignis „zu einem bestimmten Zeitpunkt“ eingetreten wäre; es genügt nicht, dass der Erfolg „irgendwann“ eintreten wird (zeitliche Bestimmbarkeit).

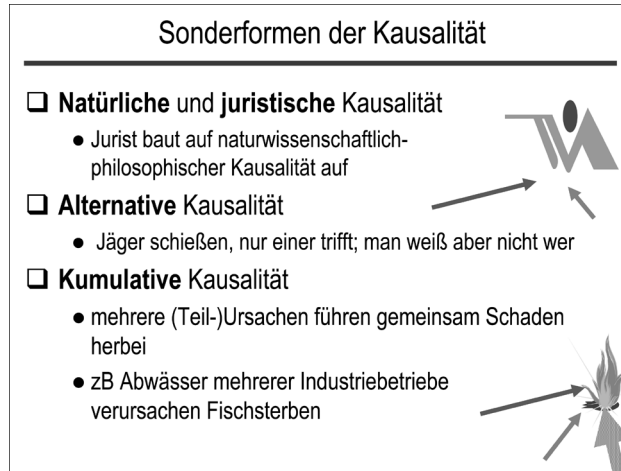


Abbildung 9.3: Sonderformen der Kausalität

## (5) Kausalität der Unterlassung

Vgl § 1294 Satz 1 ABGB oder § 1301 ABGB: Auch im Bereich der Kausalität der Unterlassung besteht ein Unterschied des Rechtsdenkens zum Kausalitätsverständnis der Naturwissenschaften. Diese Art der Kausalität gibt es nur im Rechtsdenken, das den Unterlassenden aufgrund einer bestehenden rechtlichen (Handlungs)Vorschrift verantwortlich macht. Wir haben es hier, wie beim Adäquanzkonzept oder der ThdwB, nicht mit naturwissenschaftlicher Kausalität, sondern mit wertender juristischer Zurechnung zu tun. Zielführend erscheint es daher, diesen Denkansatz einerseits als Adäquanzbereichskonzept zu verstehen und ihn zusätzlich mit der Lehre vom Schutzzweck der Norm zu kombinieren.

## BEISPIELE:

- Bahnwärter vergisst Schranken zu schließen oder eine sonstige Warnanlage zu betätigen;
- Mitglied der Wach- und Schließgesellschaft geht auf einen Ball statt seiner Arbeit nach / Einbruchsdiebstahl.



*Mayer-Maly*, Schädigung durch Unterlassung insbesondere durch unterlassene Hilfeleistung bei Verkehrsunfällen, ZVR 1977, 97.

## (6) Unterbrechung des Kausalzusammenhangs

Vgl zu dieser Problematik etwa die Ausführungen in EFSIlg 20.240 (1973) → A.II.2.: E-Beispiele zur Adäquanz:

„Dadurch, dass zwischen [der vom Schädiger gesetzten] Bedingung und [dem eingetretenen] Erfolg eine [vom Schädiger unabhängige] freie menschliche Handlung tritt, wird der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen, wenn mit dieser hinzutretenden Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge als wahrscheinlich gerechnet werden konnte ....“ – In diesem Sinne auch JBl 1987, 524 (Bausperre) → Kapitel 10.C., S. 700: E-Beispiele (Link).

**Unterbrochen wird der** (grundätzlich zurechenbare) **Kausalzusammenhang** dagegen, wenn unabhängig vom Schädiger ein anderer Dritter zeitlich später vorsätzlich in die bereits laufende (vom Schädiger ausgelöste) Kausalkette eingreift. Die dadurch bewirkten (Kausal)Folgen (nicht auch die von ihm bis dorthin zu vertretenden) werden dann dem Erstschädiger nicht mehr (voll) zugerechnet.

Die allgemeine Polemik gegen diese Zurechnungsfigur ist sowohl theoretisch wie ergebnismäßig unbegründet; wie Koziol etwa Reischauer in Rummel<sup>2</sup> Rz 19 zu § 1295 ABGB. Die von Reischauer getroffene Unterscheidung zwischen Kausalitäts- und Wertungsfragen ist antiquiert.

BEISPIELE: Unfallopfer wird beim Abtransport mit der Rettung dadurch zusätzlich verletzt, dass der Rettungsfahrer stark abbremsen muss, weil er von einem Kriminellen beschossen wird.

Vgl auch die Beispiele bei *Barta*, Kausalität im Sozialrecht I insbesondere 702 (1983).



Der OGH anerkennt zu recht unsere Rechtsfigur; vgl etwa E 5.4.1999, 10 Ob S 423/98y: Unterbrechung / Lösung des betrieblichen Zusammenhangs durch eine allein wesentliche Alkoholisierung des sich auf dem Heimweg befindlichen Arbeitnehmers.

Die Zurechnungsfigur der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs erscheint von besonderer Bedeutung für alle Gefahrgreis(zurechnungs)lehren, daher zB auch für das EKHG und überhaupt alle Gefährdungshaftungen, also den Haftpflichtsektor. – Das Versicherungsrecht kennt die Gefahrrhöhung (durch den Versicherten), die den Versicherer leistungsfrei macht.

Die rechtliche Beachtlichkeit auch bloß psychisch vermittelter Kausalzusammenhänge ist seit langem gesichert und gewinnt neuerdings wieder an Bedeutung; zB Trauerschäden; diese Zurechnung muss mit Augenmaß erfolgen.

Im Strafrecht wurde noch im 19. Jhd (!) das Totbeten als mögliche relevante Ursache betrachtet; Nachweise bei *Barta*, Kausalität im Sozialrecht I 240, 698 (1983).

Zu denken ist an Fälle wie einen **Herzinfarkt** aus Angst bei Operationsvorbereitungen, nach einem Verkehrsunfall oder während eines heftigen Sturms; – ein peripheres Trauma iVm psychischer Erregung, etwa einem heftigen Schreck; – vgl auch JBl 1999, 49: Haftung des Drohenden für Vorsorgemaßnahmen des Bedrohten → A.II.2.; – ZVR 1995/46: **Angstneurose eines Kleinkindes** ausgelöst durch einen unfallbedingten längeren Krankenhausaufenthalt der Mutter → A.IV.3. – Vgl nunmehr auch die sog **Trauerschäden** (→ A.IV.3.), die zeigen, dass die psychische Kausalität sowohl unmittelbar wie bloß mittelbar Geschädigte treffen kann.

Die Grenze zum Drittschaden ist zu beachten.

Die Kausalität des Schädigers für den eingetretenen Schaden muss im deliktischen und vertraglichen Bereich grundsätzlich vom Geschädigten bewiesen, dh wenigstens wahrscheinlich gemacht werden, also nicht nur möglich erscheinen!

Hinsichtlich des **Wahrscheinlichkeitsmaßstabs** besteht Uneinigkeit in Rspr und Schrifttum über die Voraussetzungen (= das Ausmaß), also den erforderlichen Grad der Wahrscheinlichkeit. Dadurch werden beliebige Entscheidungen möglich.

Grundsätzlich sollte ein **Kausalzusammenhang** aber **bloß wahrscheinlich gemacht** werden müssen, was früher auch von der Rspr angenommen wurde, mittlerweile aber unter dem Einfluss von Schrifttum und Verfahrensrecht in Richtung hohe und höchste Wahrscheinlichkeit „verschoben“ wurde. Das stellt keinen Fortschritt dar. Begnügt man sich aber mit schlichter Wahrscheinlichkeit, was hier vertreten wird, ist die Grenze zur blossen „Möglichkeit“ scharf zu ziehen, wie dies in der Folie „Kausalitätsspektrum“ dargestellt wurde. Darüber bleibt dem Schädiger auch hier der Nachweis des Gegenteils.

(7) Psychische Kausalität:

**Kausalität und Beweislast:**

Wahrscheinlichkeitsmaßstab

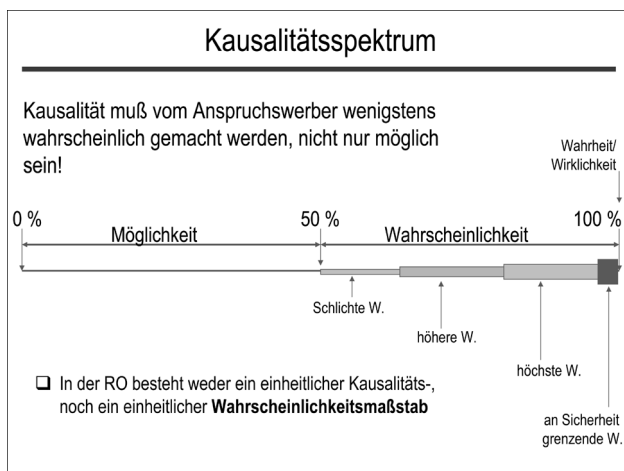



Abbildung 9.4: Kausalitätsspektrum

Mehr zur Beweislast → A.II.6. – Zur Beweislast im Rahmen des § 1299 ABGB → Kapitel 10.A.II.1., S. 659. Zur Beweislast beim Behandlungsvertrag → Kapitel 10.B.VII., S. 696.

-  JBl 1953, 18: Zur Frage der **Substitution im Medizinbereich**. OGH begnügt sich mit blosser Wahrscheinlichkeit. Nicht klar unterschieden wird zwischen blosser Möglichkeit und (schlichter) Wahrscheinlichkeit.
- JBl 1999, 246 (**Nierenversagen**): Gelingt der Nachweis, dass der ärztliche Behandlungsfehler die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht bloß unwesentlich erhöhte, obliegt dem Schädiger der volle Beweis, dass die erwiesene Vertragsverletzung im konkreten Fall für die nachteiligen Folgen mit größter Wahrscheinlichkeit unwesentlich geblieben sei.
  - JBl 2002, 720: Wassereintritt durch Bauarbeiten führt zu **Absturz der Deckenstuckatur** – Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen der überholenden Kausalität trägt der Schädiger der überholenden Ursache.

Verursachungsvermutungen etc

Die Kausalitätsbeweislast gilt für Verschuldens- wie Nichtverschuldenshaftungen. Moderne Haftpflichtgesetze erleichtern Geschädigten den (technisch) oft nur schwer zu erbringenden Beweis durch **Verursachungsvermutungen**, wozu **Auskunftspflichten** treten können.

BEISPIELE:

- **GentechnikG 1998**: § 79d GTG (BGBl 510 idF BGBl I 1998/73) – „Ist ein GVO [= gentechnisch veränderter Organismus], der Gegenstand einer Tätigkeit nach § 79a war, nach den Umständen des Einzelfalls geeignet, den Schaden herbeizuführen, so **wird vermutet**, dass er den Schaden als Folge seiner durch die gentechnische Veränderung bewirkten Eigenschaften verursacht hat. Die **Vermutung ist widerlegt**, wenn es der Betreiber als wahrscheinlich dardut, dass der Schaden nicht durch diese Eigenschaften verursacht oder im Sinn des § 79a Abs 2 mitverursacht worden ist.“ – § 79f GTG statuiert ergänzend einen **Auskunftsanspruch** Geschädigter gegen GT-Betreiber; vgl auch § 79g GTG.
- **AtomhaftungsG 1999**: Ähnliche Beweiserleichterung bringt das AtomHG. – § 12 Abs 1: „Kann der Geschädigte als wahrscheinlich dardut, dass sein Körper ionisierender Strahlung aus einer Kernanlage, von Kernmaterial oder von Radionukliden ausgesetzt war, so **wird vermutet**, dass der Schaden auf die ionisierende Strahlung zurückzuführen ist, soweit ionisierende Strahlung geeignet ist, einen solchen Schaden herbeizuführen. Diese **Vermutung ist widerlegt**, wenn der in Anspruch Genommene als wahrscheinlich dardut, dass der Schaden nicht durch die ionisierende Strahlung verursacht worden ist.“ § 13 Abs 1 enthält **Auskunftspflichten**.
- Entsprechende Bestimmungen wären in ein **UmwelthaftungsG** aufzunehmen.

Zur **praesumptio iuris** und der **praesumptio iuris ac de iure** → Kapitel 3.A.I.9., S. 150.

### 3. Verschulden (culpa)

Rechtlich vorwerfbares und voraussehbares Verhalten

Das ABGB steht grundsätzlich auf dem Standpunkt der Verschuldenshaftung; §§ 1306, 1294, 1295, 1296. Verschulden meint rechtlich vorwerfbares Verhalten. – Um rechtlich als Verschulden vorwerfbar zu sein, muss ein Verhalten aber auch (im Hinblick auf die Schadensherbeiführung) **vor-ausssehbar** sein. Diese für die Annahme von Verschulden grundsätzlich nötige (individuelle) Voraussehbarkeit deckt sich nicht mit der generellen Voraussehbarkeit der im Rahmen der Kausalitätsprüfung zu beurteilenden adäquaten Verursachung; EvBl 2000/41.

Mitunter geht das Gesetz aber von der hier beschriebenen individuellen Voraussehbarkeit ab und verlangt – unabhängig davon – das Einhalten objektiver, also genereller Standards; so in § 1299 ABGB: Sachverständigenhaftung → Kapitel 10.A.II., S. 656.

**Abgestufte Verschuldenshaftung**

Das ABGB baut – dem römisch-gemeinen Recht und dem ALR folgend – grundsätzlich auf einer gestaffelten, graduell abgestuften Verschuldenshaftung auf (§ 1295 Abs 1 ABGB), kennt aber auch schon Nichtverschuldenstatbestände; vgl zB § 1306 iVm § 1318 ABGB.

Die wichtigsten Nicht-Verschuldenshaftungen finden sich jedoch außerhalb des ABGB. Man spricht – je nach Ausgestaltung – von Erfolgs-, Gefährdungs-, Kausal- oder Eingriffshaftungen; zB EKHG, PHG, § 364a ABGB. Bei ihnen fehlt das Verschulden als Haftungsvoraussetzung! Dazu → B.I.1.

**Haftung ab leichter Fahrlässigkeit**

Nach dem ABGB wird grundsätzlich **ab leichter Fahrlässigkeit** voll (!) **gehaftet**. Das Gesetz selbst kennt aber Ausnahmen; zB § 1319a ABGB (sog Wegehalterhaftung: ab grober Fahrläs-

sigkeit) oder § 67 Abs 2 VersVG: Haftung nur bei Vorsatz. – Regressregeln (zB nach ASVG, AHG, OrgHG) reduzieren die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit.

Das ABGB unterscheidet:

**Vorsatz** = böse Absicht, lat dolus; § 1294 ABGB versteht darunter die Verursachung eines Schadens „mit Wissen und Willen“.

Die zentrale Unterscheidung zwischen **vorsätzlichem** und **unvorsätzlichem** Handeln geht auf das griechische Rechtsdenken (Drakon 623/22 v. C.) zurück; ebenso die erst im 4. Jahrhundert v. C. (Anaximenes v. Lampsakos, ein Zeitgenosse des Aristoteles) erfolgte Abgrenzung des Verschuldens vom **Zufall**. – Aristoteles kannte zudem auch schon, anders als die Römer, Abstufungen innerhalb des Vorsatzes.

**Fahrlässigkeit** meint Versehen, lat culpa. § 1294 ABGB spricht von Handeln „aus schuldbarer Unwissenheit“ oder „aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, oder des gehörigen Fleisses“. – Fahrlässig handelt, wer die gebotene Sorgfalt außer Acht lässt; vgl §§ 1296 und 1297 ABGB. Sie enthalten interessante Verschuldensvermutungen. Unterschieden wird im Bereich der Fahrlässigkeit zwischen:

- **leichter** Fahrlässigkeit iS eines kleinen Sorgfaltsverstoßes, der auch sorgfältigen Menschen bisweilen unterläuft und
- **grober** Fahrlässigkeit iSv auffallender Sorglosigkeit, die einem sorgfältigen Menschen nicht passiert.

Die Unterscheidung von Fahrlässigkeitsgraden kannte weder das **griechische**, noch das **klassische römische Recht**. Die Unterscheidung ist vielmehr erst byzantinisch-justinianischen Ursprungs.

Strafrecht

Das Strafrecht gliedert insbesondere innerhalb des höchsten Verschuldensbereichs (Vorsatz) stärker als das Zivilrecht und unterscheidet:

- **Absicht**: stärkste Form des Vorsatzes: § 5 Abs 2 StGB;
- **Wissentlichkeit**: § 5 Abs 3 StGB;
- **einfacher** oder **unbedingter Vorsatz**: § 5 Abs 1, 1. HalBS StGB;
- **bedingter Vorsatz** oder **dolus eventualis** (§ 5 Abs 1, 2. HalBS StGB) als Grenzfall zur Fahrlässigkeit: Wenn der Täter die Verwirklichung des Tatbildes „ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet“.

#### Arten des Verschuldens – Rspr-Beispiele:

- **Nichtweiterleiten eines Stornos** einer großen Hotelzimmerbuchung durch die zuständige Sachbearbeiterin eines Reisebüros: grobe Fahrlässigkeit; AG Wien 6.9.1971.
- SZ 40/81 (1967): Zur Frage des grobfahrlässigen Verschuldens eines Baumeisters am Einsturz eines Hauses.
- Überschreiten einer 30 km/h **Geschwindigkeitsbeschränkung** um 10 km/h, wenn für den dadurch entstandenen Unfall keine weiteren Fehler des Lenkers ursächlich waren und er das Versagen der Bremsen nicht voraussehen konnte: leichte Fahrlässigkeit; OGH 19.10.1971.
- **Prozessführung als Verschulden**? – Prozessführung begründet Verschulden, wenn der Schuldner bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass sein Prozessstandpunkt aussichtslos ist. Das gilt erst recht für das Aufstellen falscher Tatsachenbehauptungen; hier schuldhaftes Nichtzahlen des Kaufpreises: grobe Fahrlässigkeit: EvBl 1993/15.

Der Umfang des Ersatzes von Vermögensschäden (→ A.III.3.) – nicht auch der von Körperschäden (§ 1325 ABGB → A.IV.4.) – ist nach dem ABGB vom Verschuldensgrad abhängig; §§ 1323, 1324, 1331, 1332 ABGB. Diese Regelung des ABGB ist allgemeiner Einsicht zugänglich und entspricht grundlegenden Gerechtigkeitspostulaten.

Das ABGB hat diesen Grundgedanken vom ALR übernommen, das allerdings vier Verschuldensgrade kannte, während Martini sich aus Praktikabilitätsüberlegungen mit der Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit begnügte, also nur zwei Verschuldensgrade vorsah. Zeiller kehrte zu den drei Verschuldensgraden des römisch-gemeinen Rechts zurück.

- Bei **leicht fahrlässiger** Schadenszufügung ist bloß der Ersatz des **wirklichen / erlittenen** – oder wie er auch genannt wird – des „positiven“ Schadens zu entrichten = sog schlichte Schadens-

**Grade des Verschuldens**

Vorsatz

Fahrlässigkeit

**Umfang des Ersatzes von Vermögensschäden**

Die Verschuldensstaffelung des ABGB:

haltung; vgl § 1323 ABGB.

- Bei **grob fahrlässiger** oder **vorsätzlicher** Schadenszufügung dagegen obliegt der Ersatz der **vollen Genugtuung**, die nach § 1323 ABGB umfasst:
- den Ersatz des **erlittenen Schadens** (damnum emergens) und
- des **entgangenen Gewinns** (lucrum cessans).
- § 1331 ABGBordnet zusätzlich an, dass dann, „wenn der Schade vermittelt einer durch ein Strafgesetz verbotenen Handlung, oder aus Mutwillen und Schadenfreude verursacht“ wurde, der **„Wert der besonderen Vorliebe“**, gefordert werden kann.

Affektionsinteresse

Der **Ersatz des Affektionsinteresses**, wie der Ersatz des Werts der besonderen Vorliebe auch genannt wird, macht deutlich, dass es auch im Bereich der Vermögensschäden einen – subjektiv zu bemessenden – Ersatz immaterieller Schäden gibt, der demnach nicht auf Personenschäden beschränkt ist. – Praktisch ist diese Form des Ersatzes nur von geringer Bedeutung.

BEISPIEL: Diebe zerstören aus Zorn, weil sie nichts Brauchbares „gefunden“ haben, alte Familienbilder und Teppiche.

### Beispiele für entgangenen Gewinn:

- Ein **Galerist** kauft in einer Vernissage ein Bild um 1.000 € und bietet es umgehend einer seiner Kundschaften um 1.350 € an, die sehr interessiert ist. Das Bild bleibt noch in der Ausstellung hängen und wird in der Folge von einem unachtsamen Besucher grob fahrlässig zerstört. Der Galerist kann nun – wäre das Bild von ihm verkauft worden, was zu prüfen ist, – nicht nur den Schaden von 1.000 € (= seinen Kaufpreis), sondern auch den ihm durch die Zerstörung des Bildes entgangenen Gewinn (= Weiterverkaufspreis, also + 350 €) verlangen.
- Ein gut erhaltener VW, Baujahr 1960, wird zerstört, sollte aber demnächst günstig an einen **Autoliebhaber** um 8.000 € verkauft werden. – Der Verkäufer kann nach den genannten Grundsätzen den ihm entgangenen Gewinn ersetzt verlangen.



Vgl auch EvBl 1957/62: Die Abgrenzung des wirklichen oder positiven Schadens und des entgangenen Gewinnes ist nicht immer leicht. Nach Rspr und Lehre stellt die **Vernichtung einer Chance** regelmäßig entgangenen Gewinn dar, jedoch nur dann, wenn es sich um eine bloße Chance handelt, nicht aber dann, wenn das Bestehen einer Gewinnmöglichkeit im Verkehr bereits als selbständiger Wert angesehen wird. – Hatte der Kläger sein durch einen Verkehrsunfall beschädigtes Auto bereits verkauft, liegt daher wirklicher / positiver Schaden und nicht (nur) entgangener Gewinn vor!

- Wird ein **Lkw** schuldhaft schwer beschädigt (**Totalschaden**) und ist ein Ersatzfahrzeug nicht erhältlich, so ist dem Beschädigten für die Dauer der Reparatur der Verdienstentgang zu ersetzen; SZ 42/92 (1969). – Vgl auch ZVR 1988/138: Gewinnentgang durch reparaturbedingte Stehzeiten eines Omnibusses.
- JBl 1999, 183: Der Verlust der Möglichkeit des Geschädigten, als **Gesellschafter im Unternehmen seines Arbeitgebers** für die selbe Arbeitsleistung die er bisher als Arbeitnehmer erbrachte einen Gewinnanteil in mehrfacher Höhe des bisherigen Arbeitslohns zu beziehen ist nicht wirklicher / erlittener oder positiver Schaden, sondern entgangener Gewinn und daher mangels grober Fahrlässigkeit nicht zu ersetzen.
- Kein entgangener Gewinn, sondern **wirklicher Schaden**, wurde vom OGH in SZ 40/2 (1967) angenommen: Telefongebührenentfall der Post wegen Beschädigung eines Fernmeldekabels bei Bauarbeiten → A.V.2.

### § 1332 ABGB: gemeiner Wert

Nach § 1332 ABGB ist der Vermögensschaden bei leicht fahrlässiger Schädigung „nach dem **gemeinen Werte** [§ 305 ABGB → Kapitel 8.D.II.7., S. 549], den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte“ zu ersetzen.

Zur Art des Ersatzes auch → A.III.2.

Art 8 Nr 2 EVHGB bestimmt, dass im Handelsrecht im Rahmen des Ersatzes von Vermögensschäden auch schon bei leicht fahrlässiger Schadenszufügung der entgangene Gewinn zu ersetzen ist.

Haftungsbeschränkung durch Freizeichnung?

Mit „**Freizeichnung**“ wird die Frage einer beabsichtigten Haftungsbeschränkung angesprochen; sie ist vornehmlich im Schadenersatzrecht von praktischer Bedeutung, reicht aber darüber hinaus. – Freizeichnung meint: eine Haftung vertraglich ganz ausschließen oder doch beschränken zu wollen, die andernfalls (aufgrund der geltenden Rechtslage) bestünde. Die Verschuldenshaftung

des allgemeinen Schadenersatzrechts „greift“ – wie wir wissen – generell ab leichter Fahrlässigkeit. Soll „freigezeichnet“ werden, soll zumindest der unterste Bereich des Verschuldens, also leichte Fahrlässigkeit, als haftungsbegründend ausgeschlossen werden.

Die Rspr war nicht immer ganz sicher, wie weit ein solcher Ausschluss gehen kann und schwankte, ob nicht auch grob fahrlässige Schadenszufügung vereinbarungsgemäß ausgeschlossen werden kann. Heute wird das zurecht abgelehnt. – Mit der Aufnahme einer Freizeichnungsklausel in einen Vertrag, will ein Vertragsteil für sich also eine Haftungsbeschränkung erreichen.

Vgl etwa JBl 1983, 255; Reitunfall → Kapitel 10.C., S. 700 „Fälle“.

Ein **Verzicht** oder **Ausschluss** auf/von künftige/n Schadenersatzforderungen ist nach hRspr im Falle **leichter Fahrlässigkeit** grundsätzlich wirksam. Dies aber nur, sofern durch die „Freizeichnung“:

- nicht auf gänzlich **unvorhersehbare** oder **atypische Schäden** verzichtet wird, mit denen nicht gerechnet werden konnte;
- oder die Vereinbarung (insbesondere im Zusammenhang mit Ausschlüssen in AGB) wegen der **wirtschaftlichen Vormacht-** oder **Monopolstellung** des durch den Beschluss Begünstigten gegen die guten Sitten verstößt; so JBl 1979, 483: Zentralheizungsinstallationsarbeiten.

Der **Missbrauch wirtschaftlicher Vormachtstellung** führt leicht zur „Vereinbarung“ einseitiger Vertragsbedingungen, zum Abnötigen von Verzichtserklärungen, überhaupt zum Abdingen nachgiebigen Rechts; Gschnitzer in Klang IV/1<sup>2</sup>, 212. Die Rspr setzt hier der Vertragsfreiheit Grenzen. – Für die Frage der Zulässigkeit einer Freizeichnungsklausel ist also das **Kriterium des Verschuldens** nicht der einzige Bewertungsgesichtspunkt. Auch die **Vorhersehbarkeit und Atypizität des Schadens** spielt eine Rolle. Dazu kommt das Berücksichtigen **wirtschaftlicher Übermacht** und des **Vorteils**, den die Klausel dem Begünstigten bringen soll. – Praktisch stellen immer auch die übernommenen Vertragspflichten einen zentralen Beurteilungsgesichtspunkt dar.

Darüber hinaus erscheint ein Freizeichnen in Rechtsbeziehungen, die durch ein **besonderes Vertrauen** und **gesteigerte Sorgfaltspflichten** charakterisiert sind, problematisch. Das gilt bspw für die Arzt-Patient-Beziehung im Behandlungsvertrag (→ Kapitel 10.B., S. 679) oder im Alten- oder Pflegeheimbereich.

Mitunter verbietet das Gesetz selbst eine Haftungsbeschränkung oder einen Haftungsausschluss (zB § 970a ABGB: Gastwirtehaftung → Kapitel 3.D.II., S. 179) oder senkt den Level der sonst geltenden allgemeinen Verschuldenshaftung auf ein niedrigeres Maß; so greift die Wegehalterhaftung nach § 1319a ABGB erst ab grober Fahrlässigkeit → Kapitel 10.A.VII., S. 670.

Erlaubt ist es aber nach hA bspw, die Haftung beim **Hypothekendarlehen** vertraglich auf bloße Sachhaftung zu beschränken, also die persönliche Haftung auszuschließen; vgl Gschnitzer in Klang IV/1<sup>2</sup>, 213 uH auf GIU 15.764 (1896).

Zur Sachhaftung → Kapitel 15.B.I.2., S. 919.

Mitverschulden spielt in der Schadenersatzpraxis eine wichtige Rolle. Es gibt immer wieder Konstellationen, bei denen auch der/die Geschädigte (selbst) zum Eintritt des Schadens beigetragen hat. Das ist rechtlich – aus Gerechtigkeitsüberlegungen – zu berücksichtigen.

So wichtig und richtig dieser Gedanke ist, so gerne und oft wird er missbraucht, indem geschädigten Prozessgegnern – gleichsam prohibitiv, dh um die drohende eigene Ersatzpflicht abzuwenden oder doch zu reduzieren! – argumentativ ein Mitverschulden „angedichtet“ wird, das mitunter (aus Beweisgründen) schwer auszuräumen ist.

Etwa: Sie fahren als späterer Geschädigte/r allein mit dem Pkw und ein anderer Pkw fährt unachtsam aus einer Seitenstraße heraus, sodass es zur Kollision kommt. Der Schädiger hatte einen Beifahrer, und beide behaupten, Sie seien zu schnell gefahren.

Mitunter bewertet schon das Gesetz selbst, um unnötigen Streit zu vermeiden, gewisse Umstände als Mitverschulden; so in § 1299 letzter Satz oder § 1308 ABGB, aber auch die Verletzung der **Gurtenanlege-** oder **Helmpflicht** wird als ein den Schmerzensgeldanspruch minderndes Mitverschulden angesehen.

Verzicht oder Ausschluss


Gesetzlicher Ausschluss der Freizeichnung

Haftung beim Hypothekendarlehen

**Mitverschulden: § 1304 ABGB**

Unsitte: „Vorbeugende“ Geltendmachung

Gurtenanlege- oder Helmpflicht

 SZ 37/90 (1964): Mitverschulden nach § 1304 ABGB liegt auch vor, wenn sich der Beschädigte aus eigenem Verschulden in den Zustand der Sinneswirrung (**Alkoholisierung**) versetzt und in diesem Zustand den Schaden mitverursacht hat; § 1307 ABGB. Klägerin = Frau des Verstorbenen. Beklagte = zwei Männer, die den Mann der Klägerin aus dem Gasthaus ins Freie „befördert“ hatten. Sachverhalt: Rupert L., der Gatte der Klägerin, betrank sich in einem Gasthaus und benahm sich in der Folge provozierend, weshalb er von den Beklagten aus dem Gasthaus entfernt und im Freien liegen gelassen wurde (15.1.1961). Da Winter war und große Kälte herrschte und Rupert L. lange im Freien lag, zog er sich eine (schwere) Lungenentzündung zu, an der er tags darauf (16.1.1961) verstarb. – Die Klägerin verlangte von den Beklagten den Ersatz der Kosten des Totenmahles (2.338,50 S) sowie den Ersatz für ihren Entgang einer Rente von monatlich 400,- S. – OGH bewertete das provozierende Verhalten des Rupert L. als 50%iges Mitverschulden.

- Vgl auch die Mitverschuldensproblematik in EvBl 1983/90: **Langlaufloipenfall** → Kapitel 11.B.I., S. 705.

- EvBl 1998/24: **Mitverschulden des Patienten** bei (schuldhafter) Versäumung einer Nachbehandlung; das Eigenverschulden des Patienten ist im Rahmen der Entscheidung über das Schmerzensgeld zu berücksichtigen.

- SZ 69/264 (1996): **Schäfer-Rassehündin** wird durch Mischlingsrüden gedeckt – Gleichteilige Schadens- teilung nach § 1304 ABGB wegen Verletzung der Verwahrungs- und Beaufsichtigungspflicht (§ 1320 ABGB) durch beide Hundehalter.

- EvBl 1999/125: Zur **Rettungspflicht des Anlegers** – Einen nicht professionellen Anleger ist es nicht zumutbar eine Rettung durch Veränderung seiner Beteiligung in Angriff zu nehmen, zumal wenn er die Aktien steuerbegünstigt erworben hatte und im Fall einer Veräußerung innerhalb von zehn Jahren mit dem Rückersatz der Steuerbegünstigten rechnen musste.

- ZVR 1998/11: Zwischen dem **Teilnehmer einer Hochzeitsgesellschaft**, der es beim Tanzen an der erforderlichen Aufmerksamkeit mangeln lässt und einer **Kellnerin**, die während des Tanzens ein Tablett mit heißen Suppen serviert, anstatt in der Tanzpause zu servieren, ist eine Schadensteilung von 1:1 gerechtfertigt.

- ZVR 1968/12 (§ 20 Abs 1 StVO, § 1304 ABGB): Auch auf Autobahnen ist in der Nacht auf Sicht zu fahren. Bei Verwendung des Abblendlichts muss die gewählte Geschwindigkeit ein Anhalten innerhalb der ausgeleuchteten Strecke ermöglichen. Das **Gebot des Fahrens auf Sicht** wird bei Verwendung des Abblendlichts auf Autobahnen dann nicht verletzt, wenn die Fahrbahn durch entgegenkommende oder vorausfahrende Fahrzeuge ausgeleuchtet wird. – Zwischen einem Kfz-Lenker, der mit Abblendlicht auf der Autobahn eine Geschwindigkeit von 120 km/h einhält und einem anderen Kfz-Lenker, der mit seinem Pkw wegen Übermüdung ins Schleudern und auf der Autobahn auf dem Dach zum Stillstand kommt, ist eine Schadensteilung von 1:2 zu Lasten des übermüdeten Lenkers angemessen.

- EvBl 2000/34: Mitverschulden des Ausstellers eines **Verrechnungsschecks**.

Feststellung von Mitverschulden

Die **Feststellung von Mitverschulden** erfolgt grobschlüchtig; zB zu 1/3, 1/4, allenfalls 1/5, selten „feiner“!

Schadensminderungspflicht

Zu der aus § 1304 ABGB abgeleiteten – praktisch wichtigen – **Schadensminderungspflicht des Geschädigten** vgl auch → A.II.3. (E-Beispiele zur Adäquanz → A.II.3.) und SZ 36/37 (plastische Operation).

Rettungspflicht

Aus § 1304 ABGB wird allgemein eine Verpflichtung des Geschädigten abgeleitet, seinen Schaden so gering wie möglich zu halten und die (Schadens)Folgen nicht durch Unterlassung erforderlicher Tätigkeiten zu vergrößern oder zu verlängern; sog **Rettungspflicht**: zB SZ 45/137 (1974). – Anzu- legen ist dabei der Maßstab eines verständigen Durchschnittsmenschen; SZ 62/185 (1989). – Der Geschädigte hat ihm zumutbare Maßnahmen von sich aus und ohne Rücksicht auf das Verhalten des Schädigers zu setzen; JBl 1987, 723. – Der Geschädigte hat dabei (wie der Schädiger) schon leichte Fahrlässigkeit zu vertreten; SZ 39/170 (1966): So kann es geboten sein, ungerechtfertigte Ansprüche Dritter abzuwehren (SZ 62/185 [1989]), nicht aber sich auf einen Prozess mit höchst zweifelhaftem Ausgang einzulassen (SZ 62/185 = ecolx 1990, 143).

Mitverschuldenfiktionen

**Gesetzliche Mitverschuldensfiktionen** kennt das KFG 1967 (BGBl 267) für die Verletzung der **Sicherheitsgurt- und Sturzhelmanlegepflicht**. Die Rechtsfolge besteht in einer Reduzierung des allfälligen Schmerzensgeldanspruchs um den jeweiligen Mitverschuldensanteil. Die Rspr nimmt dabei einen strengen Standpunkt ein, bestimmt aber die Höhe der Mitverschuldensquote nach den

Umständen des Einzelfalls; SZ 51/104 (1978). – Hinweise darauf, dass der Gurt verschmutzt gewesen sei, reichen ebenso wenig aus wie die Erklärung einer Schwangeren, dass sie sich bei Anlegung des Gurts beeengt gefühlt habe.


**Art III Abs 1 KFG 1967** enthält die **Mitverschuldensanordnung**, Abs 5 normiert, dass ein Nichterfüllen der in Abs 1 angeführten Verpflichtung auch eine **Verwaltungsübertretung** darstellt:

**Art III Abs 1 KFG 1967**

(1) Ist ein Sitzplatz eines Kraftfahrzeuges mit einem Sicherheitsgurt ausgerüstet, so sind Lenker und beförderte Personen, die einen solchen Sitzplatz benützen, je für sich zum bestimmungsgemäßen Gebrauch des Sicherheitsgurtes verpflichtet. Die Verletzung dieser Pflicht begründet, jedoch nur soweit es sich um einen allfälligen Schmerzensgeldanspruch handelt, im Fall der Tötung oder Verletzung des Benützers durch einen Unfall ein Mitverschulden an diesen Folgen im Sinne des § 1304 ABGB. Das Mitverschulden ist so weit nicht gegeben, als der Geschädigte (sein Rechtsnachfolger) beweist, dass die Folge in dieser Schwere auch beim Gebrauch des Sicherheitsgurtes eingetreten wäre.

**Rechtstatsachen zur Gurtenanlegepflicht / Gurtenanlegequoten:**

Die Einführung der Gurtenanlegepflicht im Jahr 1984 bewirkte einen Anstieg der Anlegequote bei Pkw-Benützern auf den Vordersitzen auf 80 %, wobei diese danach wieder abnahm. So betrug sie im Jahr 1993 im Ortsgebiet nur mehr 57 %. Seither ist sie wieder gestiegen. Frauen verwenden den Sicherheitsgurt deutlich häufiger als Männer. Im Jahr 2002 lag die Gurtenanlegequote der Lenkerinnen bei 78,9 % und der Beifahrerinnen bei 85,2 % sowie der im Fond mitfahrenden Frauen bei 65 %, während die männlichen Lenker mit 72,1 %, die Beifahrer mit 66,9 % und die Mitfahrer mit 57 % vom Sicherheitsgurt wesentlich seltener Gebrauch machten. Insgesamt ist die Gurtenanlegequote bei (männlichen und weiblichen) Lenkern auf Autobahnen mit rund 77,5 % am höchsten, gefolgt von Freilandstraßen mit 77 % und dem Ortsgebiet mit 72,5 %. Sehr ähnlich ist die Quote bei BeifahrerInnen, wobei auffällt, dass Beifahrerinnen häufiger angegurtet sind als Lenkerinnen, während (männliche) Beifahrer den Sicherheitsgurt seltener anlegen als (männliche) Lenker. (Quelle: Kuratorium für Verkehrssicherheit, Verkehr in Österreich, Heft 34, Mai 2003).

 **ABBILDUNG:** Arten des Verschuldens; **ABBILDUNG:** Konsequenzen der Verschuldensgrade; **ABBILDUNG:** Mitverschulden: § 1304 ABGB

## 4. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit gehört zu den vier Grundvoraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs. Der Schaden muss nicht nur entstanden und verursacht, sondern auch verschuldet und zudem rechtswidrig zugefügt worden sein. Davon existieren allerdings Ausnahmen. So statuiert das Haftpflichtrecht Ersatzpflichten ohne Verschulden. – Gefährdungshaftungen fehlt nach hA das Kriterium der Rechtswidrigkeit.

 *H. Mayrhofer*, Schadenersatz ohne Rechtswidrigkeit, in: FS Schwind 197 (1978).

Der Begriff Rechtswidrigkeit meint schon sprachlich: rechts- oder normwidriges Handeln / Verhalten, Widerspruch zum Recht, zur Rechtsordnung, zumal die Rechtsordnung jene Bewertungsmaßstäbe bereithält, die ein Verhalten oder einen Erfolg als rechtmäßig oder rechtswidrig erscheinen lassen.

Zusammen mit dem „Schaden“ und der „Kausalität“ ist die „Rechtswidrigkeit“ eine sehr alte Zurechnungsvoraussetzung für den Ersatz von Schäden. Das Verschulden hat sich erst aus dem allgemeinen Verständnis der Rechtswidrigkeit entwickelt. Es war Drakon, der diesen Schritt gesetzt hat (624/3 v. C.). – Das römische Recht kannte sehr lange nur eine allgemeine Rechtswidrigkeit / iniuria: Das gilt nicht nur für das Zwölftafelgesetz (451/50 v. C.), sondern auch noch für die lex Aquilia (287/6 v. C.).

Im Bereich der Rechtswidrigkeit wird zwischen **Verhaltens-** (Handlungs- oder Unterlassungsrecht) und **Erfolgsunrecht** unterschieden, je nachdem, ob ein Verstoß gegen ein von der Rechtsordnung erlassenes Verhaltensgebot oder einen von der Rechtsordnung verpönten Erfolg herbeigeführt wurde.

**BEISPIEL:** Beispiele für die erste Gruppe sind übliche Verletzungen der StVO (etwa eine Geschwindigkeitsübertretung) oder des StGB (zB Diebstahl), aber auch ein Zivildelikt, wie eine ehrenrührige Behauptung iSd § 1330 Abs 2 ABGB. – Beispiele für die zweite Gruppe: Immissionen nach § 364a ABGB oder der

Bereich der Gefährdungshaftung. – Objektiver Verzug gehört demnach in die zweite, verschuldeter Verzug dagegen in die erste Gruppe.

## Rechtfertigungsgründe

**Rechtfertigungsgründe.** – Eine an und für sich anzunehmende Rechtswidrigkeit wird durch das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes beseitigt. Es handelt sich bei den folgenden Rechtfertigungsgründen um vom Gesetz (§§ 19, 344 ABGB und §§ 3, 10 StGB) geduldete Selbsthilfemaßnahmen. – Beachte das Rechtssprichwort: Not, kennt kein Gebot.

Rechtfertigungsgründe sind:

- **Notwehr** (§ 19 Satz 2 und § 344 Satz 1 ABGB) und
- **Notstand** (§ 1306a ABGB).

## § 3 StGB

**Notwehr:** „(1) Nicht rechtswidrig handelt, wer sich nur der Verteidigung bedient, die notwendig ist, um einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen von sich oder einem anderen abzuwehren. Die Handlung ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn es offensichtlich ist, daß dem Angegriffenen bloß ein geringer Nachteil droht und die Verteidigung, insbesondere wegen der Schwere der zur Abwehr nötigen Beeinträchtigung des Angreifers, unangemessen ist.“

„(2) Wer das gerechtfertigte Maß der Verteidigung überschreitet oder sich einer offensichtlich unangemessenen Verteidigung (Abs. 1) bedient, ist, wenn dies lediglich aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken geschieht, nur strafbar, wenn die Überschreitung auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Handlung mit Strafe bedroht ist.“ – Sog Notwehrüberschreitung, -ekzess.

**Entschuldigender Notstand:** „(1) Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um einen unmittelbar drohenden bedeutenden Nachteil von sich oder einem anderen abzuwenden, ist entschuldigt, wenn der aus der Tat drohende Schaden nicht unverhältnismäßig schwerer wiegt als der Nachteil, den sie abwenden soll, und in der Lage des Täters von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen kein anderes Verhalten zu erwarten war.“

„(2) Der Täter ist nicht entschuldigt, wenn er sich der Gefahr ohne einen von der Rechtsordnung anerkannten Grund bewusst ausgesetzt hat. Der Täter ist wegen fahrlässiger Begehung zu bestrafen, wenn er die Voraussetzungen, unter denen seine Handlung entschuldigt wäre, in einem Irrtum angenommen hat, der auf Fahrlässigkeit beruhte, und die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht ist.“

Zu **Selbsthilfe** und **Notwehr** im Rahmen von **Besitzstörung** und **Besitzschutz** und die normativ funktionale Verknüpfung von grundsätzlichem bürgerlichem Selbsthilfeverbot, staatlicher Rechtsschutzgarantie sowie geduldeten letzten Resten der Selbsthilfe (Notwehr, Besitzwehr und Besitzkehr) bis hin zum Widerstandsrecht gegen den Staat in § 19 ABGB → Kapitel 3.A.I.7., S. 148.



JBl 1953, 267: **Bäuerliche Selbsthilfe gegen wildernde Hunde**; Erschießen. Bei berechtigter Selbsthilfe ist kein Schadenersatz zu leisten, weil dieses Handeln nicht rechtswidrig ist, vielmehr nur angemessene Reaktion auf fremdes rechtswidriges Verhalten ist.

## Beweislast

Grundsätzlich hat der **Geschädigte** auch die **Rechtswidrigkeit der Schadenszufügung** durch den Schädiger zu beweisen; vgl etwa den Leitsatz, der im Anschluss wiedergegebenen E des OGH – EvBl 1995/74. – Die Rspr verlangt vom Geschädigten aber nur – und erleichtert ihm dadurch den Beweis, dass er die Umstände anzuführen hat, die auf eine Rechtswidrigkeit schließen lassen; also etwa der zugefügten Körperverletzung oder der erfolgten Sachbeschädigung eines Kraftfahrzeugs. – Das allfällige **Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes** hat dagegen der Schädiger zu beweisen. – Und: Stützt sich ein Schadenersatzanspruch auf ein **rechtswidriges Unterlassen**, hat der Geschädigte das Außerachtlassen der bestehenden Handlungspflicht zu beweisen.



EvBl 1995/74: § 1293 ff ABGB: Die Rechtswidrigkeit einer **Verletzungshandlung beim Kampfsport** hat der Geschädigte zu beweisen. Rechtswidrig ist das Verhalten eines Fußballspielers erst dann, wenn es über einen typischen Regelverstoß hinausgeht, wie er beim Kampf um den Ball immer wieder vorkommt. (Gekürzt). Kläger = verletzter Fußballspieler. Beklagter = gegnerischer Spieler, der die Verletzung durch sein regelwidriges Verhalten herbeigeführt hat. Bei einem Meisterschaftsspiel schlug der Beklagte mit gestrecktem Bein gegen das Standbein des Klägers, brachte ihn dadurch zu Fall und kam selbst zu Sturz. Der Kläger erlitt dabei einen Bruch des rechten Schien- und Wadenbeines. Das Erstgericht verpflichtete den Beklagten zur Zahlung des geforderten Schmerzensgeldes. Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren ab und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Der OGH gab der außerordentlichen Revision des Klägers Folge und stellte das Ersturteil wieder her. Aus den E-Gründen: Demnach ist die vom Geschädigten zu beweisende Rechtswidrigkeit einer Verletzungshandlung beim Kampfsport erst dann gegeben, wenn das Verhalten des Schädigers über einen beim Kampf um den Ball immer wieder vorkom-



menden typischen Regelverstoß hinausgeht. Nach Auffassung des erkennenden Senates trifft dies hier zu. Das Erstgericht hat festgestellt, dass der Beklagte nicht „den Ball“, sondern „den Mann“ gespielt hat. Durch diese Spielweise wurde das in der Natur des Fußballsportes gelegene Risiko erheblich vergrößert. Der Regelverstoß des Beklagten ist demnach nicht als spieltypisch zu bezeichnen; sein Verhalten war rechtswidrig.

 *Gschöpf*, Haftung bei Verstoß gegen Sportregeln. Schwerpunkt Schirecht (1999).

 ABBILDUNG: Rechtswidrigkeit

## 5. Lehre vom Schutzzweck der (verletzten) Norm – Rechtmäßiges Alternativverhalten

Das Schadenersatzrecht hat auch Vorsorge dafür zu treffen, dass Schäden nur in einem als „tragbar“ zu bezeichnendem Umfang Schädigern zugerechnet werden. Nicht alles was mit dem Schadenseintritt in Zusammenhang steht, soll auch ersatzpflichtig machen! – Für eine erste Einschränkung des weiten Kausalzurechnungsspektrums sorgt bereits das Adäquanzkonzept, indem es das kausaltheoretisch anspruchslose Äquivalenzkonzept realistisch korrigiert → A.II.2.

Nicht alles macht ersatzpflichtig

Ein (weiteres) einschränkendes Korrektiv der Schadenszurechnung enthält die Lehre vom **Schutzzweck der (verletzten) Norm** (Normzwecklehre) oder – wie sie auch genannt wird – vom **Rechtswidrigkeitszusammenhang**. Ihre Kernaussage ist folgende: Ein eingetretener, adäquat verursachter Schaden wird einem Schädiger (trotz anzunehmender Adäquanz) nur dann zugerechnet, wenn die Norm, die der Schädiger verletzt hat, gerade auch einen derartigen Schaden vermeiden wollte. – Zurechnungsmäßig eingeschränkt wird dadurch der gesamte Schadenersatzbereich, also die deliktische wie die vertragliche Haftung, die Verschuldens- wie die Gefährdungshaftung. Man könnte auch sagen: Bei der Lehre vom Schutzzweck der Norm handle es sich um eine **zweite Adäquanzprüfung**, wobei hier nicht das Verhalten des Schädigers, sondern der Zweck der angewandten Norm auf seine Typizität / seinen Schutzzweck geprüft und mit dem eingetretenen Schaden verglichen wird. – Diese zweite Adäquanzprüfung kann das Ergebnis der ersten bestätigen oder korrigieren.

Rechtswidrigkeitszusammenhang

Die Rspr zieht diese Zurechnungsfigur zu Recht auch zur Bewältigung der **Drittschadensproblematik** (→ A.V.2.) heran; vgl etwa JBl 1966, 86: „Die Grenze zwischen unmittelbarem und mittelbarem Schaden bestimmt sich nach dem Schutzzweck der verletzten gesetzlichen Norm.“ Dieser Lösungsansatz gehörte zur Bewältigung der Drittschadensproblematik ausgebaut! – Wie weit der Normzweck reicht, ist Auslegungsfrage, wobei dafür die teleologische Auslegung im Vordergrund steht; vgl SZ 54/108 (1981). – Mehr als bisher könnte die Schutzzwecklehre auch zur Bestimmung des Ersatzumfangs deliktisch zugefügter **Vermögensschäden** genützt werden.

Drittschadensproblematik

„**Erfinder**“ der Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang war der berühmte österreichische Zivilrechtler Armin Ehrenzweig (System<sup>2</sup> II/1, S. 48); dazu: Posch / Bernat, JBl 1985, 604. – Das Schrifttum bringt folgende Beispiele:

A. Ehrenzweig

### BEISPIELE:

- Zunächst A. Ehrenzweig selbst. Er nennt das, was wir heute Rechtswidrigkeitszusammenhang oder Schutzzweck der Norm nennen, noch **relative Rechtswidrigkeit**: „Soll die Zuwiderhandlung gegen einen Rechtssatz einen Schadenersatzanspruch auslösen, so muss sie eben jene Interessen verletzen, deren Schutz die Rechtsnorm – wenn auch nur nebenher – bezweckt. Die rechtswidrige Handlung ist eben nur relativ rechtswidrig, sie ist rechtswidrig nur gegenüber den durch den Rechtssatz geschützten Interessen .... Wenn der Verdacht eines Diebstahls einen Unschuldigen trifft, dem in folgedessen ein Schaden erwächst (Verteidigungskosten), so kann der wirkliche Dieb hierfür nicht haftbar gemacht werden, denn der Diebstahl ist rechtswidrig nur als eine Verletzung des Besitzes des Bestohlenen. [GIU 2651 und vergleichbar SZ 8/32: Ehebruch] Eben deshalb haftet der Veranstalter eines Feuerwerkes nicht schon darum für die Verletzung eines Zuschauers, weil er sich die Feuerwerkskörper auf unredliche Art verschafft hat ....“ – Ehrenzweigs Ausführungen machen deutlich, dass die Schutzzwecklehre auch eine Hilfestellung dafür bietet, was zu ersetzender Schaden, und was bloß – nicht zu ersetzender – Dritt- oder mittelbarer Schaden ist. Insofern hilft die Normzwecklehre den Kreis schadenersatzrechtlicher Anspruchsberechtigter zu bestimmen.
- „Wenn das Taxi den X zu spät zur Bahn bringt, er in folgedessen einen späteren Zug nimmt und mit

diesem verunglückt, handelt der Chauffeur [uU] schuldhaft und ursächlich, ist aber für den Tod nicht verantwortlich, weil der Rechtswidrigkeitszusammenhang fehlt.” (F. Gschnitzer, SchRBesT<sup>1</sup> 145)

- Oder (F. Nowakowski): „A fährt in der Kranebitter Allee mit überhöhter Geschwindigkeit – 120 statt der erlaubten 70 km/h – und erhält dafür ein Strafmandat, weil er von einer Radarkontrolle erfasst wird. Zeitlich etwas später, A fährt mittlerweile 2 Kilometer weiter stadteinwärts völlig vorschriftsmäßig, läuft ihm ein Betrunkener ins Auto und wird dabei mittleren Grades verletzt. – Der Verletzte kann sich nicht darauf berufen, dass A in der Kranebitter Allee mit überhöhter Geschwindigkeit gefahren ist und nur deshalb zu dem Zeitpunkt an dieser Stelle war, wo er taumelnd in die Fahrbahn stolperte. Zwischen Unfall und Geschwindigkeitsübertretung besteht kein Rechtswidrigkeitszusammenhang.

Man sieht daran, dass der Rechtswidrigkeitszusammenhang sowohl eine **zeitliche**, wie eine **normativ-inhaltliche Dimension** besitzt.

#### Rechtmäßiges Alternativverhalten

Modifizieren wir den Sachverhalt des letzten Beispiels nur geringfügig, um eine weitere einschränkende Zurechnungsfigur kennenzulernen, das sog **rechtmäßige Alternativverhalten**:

A fährt nun im Unfallszeitpunkt (im Ortsgebiet) immer noch 70 km/h und wieder torkelt ihm ein Betrunkener in die Fahrbahn. A haftet nicht, wenn er beweisen kann, dass der Unfall auch bei 50 km/h, also auch bei rechtmäßigem (Alternativ)Verhalten, nicht zu vermeiden gewesen wäre. Die Beweislast dafür trifft allerdings A, weil er ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB (StVO) verletzt hat.



JB1 1987, 104 → Kapitel 10.C., S. 700, „Fälle“: Ein erst in Facharztausbildung stehender Arzt darf nicht allein eine **Narkose** verabreichen. Tut er das dennoch und fügt er dabei durch Unterlassung einem Patienten Schaden zu, haftet er, wenn er nicht beweist, „dass auch ein erfahrener Arzt in gleicher Lage die indizierte Maßnahme unterlassen hätte“.

- EvBl 1985/21: **Fleischbeschautierarzt** – Schutzzweck des Lebensmittelrechtes ist nicht die Sicherung der Beweislage dessen, der Lebensmittel in den Verkehr bringt, in einem späteren Gewährleistungsprozess; rechtswidriges Handeln des ... Tierarztes bei der Fleischschau steht in keinem Rechtswidrigkeitszusammenhang mit allfälligen Beweisschwierigkeiten in einem Rechtsstreit gegen den Lieferanten des Fleisches.

BEISPIEL: *W. Däubler* (Zivilrecht 2, 1997) bringt ein Schulbeispiel aus Deutschland: „Paradebeispiel ist der Handwerksmeister, der **Rattengift** auf dem Küchentisch liegen lässt, obwohl er weiß, dass in der Wohnung drei Kinder zwischen drei und sieben Jahren sind, die sich erfahrungsgemäß für neuartige Gegenstände interessieren. Vergiftet sich ein Kind, ist die Sache klar; seine Haftung unterliegt keinem vernünftigen Zweifel. Anders dann, wenn ein neugieriges Kind auf den Küchenstuhl steigen will und dabei zu Fall kommt und sich verletzt: Mit einem solchen Schaden hatte das Gebot sorgsamem Umgangs mit Rattengift nichts zu tun.“



Für Deutschland vgl BGHZ 27, 137 (1958 mwH): „1. Auch bei Schadenersatzansprüchen, die aus § 823 Abs 1 dtBGB hergeleitet werden, ist zunächst zu prüfen, **ob die Tatfolge, für die Ersatz begehrt wird, in den Schutzbereich des Gesetzes fällt**, m.a.W.: ob der geltend gemachte Schaden aus der Verletzung eines Rechtsgutes entstanden ist, zu dessen Schutz das Gesetz erlassen worden ist. 2. Ein an einem Verkehrsunfall Beteiligter, der im Strafverfahren wegen des Unfalls freigesprochen worden ist, kann die **Verteidigungskosten des Strafverfahrens** nicht nach § 823 Abs 1 dtBGB von demjenigen ersetzt verlangen, der den Unfall schuldhaft herbeigeführt hat.“

- SZ 69/214 (1996): Die Verfolgung eines Schädigers, der nach einem Kfz-Unfall **Fahrerflucht** begeht, durch den Geschädigten, ist vom Schutzzweck der Norm der §§ 4 und 97 Abs 5 StVO umfasst; der Rechtswidrigkeitszusammenhang ist gegeben. Dabei ist der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu beachten; Interessenabwägung. Der fahrerflüchtige Schädiger haftet also für die vom Geschädigten bei den in erlaubter Selbsthilfe gesetzten Verfolgungshandlungen erlittenen Schäden (an seinem Kfz); ein Mitverschulden des Geschädigten ist aber bei derartigen Verfolgungshandlungen denkbar.
- OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 32/02s, JB1 2002, 523 = EvBl 2002/119: Die Betreiberin einer Pfandleihanstalt nimmt als Sicherheit für einen Kredit an einen Kunden den **Typenschein** seines Pkw entgegen. Dieser meldet den Typenschein bei der Bundespolizeidirektion als verloren und lässt sich einen neuen ausstellen. Die Behörde ließ sich entgegen § 30 Abs 5 KFG den Verlust des alten Typenscheins nicht bescheinigen. Die Klägerin klagt nach AHG auf Schadenersatz. – OGH verneint **Rechtswidrigkeitszusammenhang**: **§ 30 Abs 5 KFG** sei zwar eine **Schutznorm** iSd § 1311 ABGB, sie bezwecke aber nicht den Schutz zivilrechtlicher Ansprüche eines Darlehensgebers, der zur Sicherung der Rückzahlungsverpflichtung den

Typenschein in seine Gewahrsame nimmt. Vielmehr soll die Bestimmung im öffentlichen Interesse ganz allgemein den Gefahren vorbeugen, die durch den Betrieb nicht typengerechter Fahrzeuge im Straßenverkehr hervorgerufen werden.

- OGH 29. 1. 2002, 1 Ob 168/01i, JBl 2002, 390 = EvBl 2002/108: Gemeinnützige Bauvereinigung erwirbt eine Liegenschaft in der Nähe einer Chemiefabrik und räumt einer anderen gemeinnützigen Siedlungsgesellschaft ein Baurecht gegen einen jährlichen Bauzins ein. Auf Grund extremer **Geruchsbelästigung** wurde jedoch keine Wohnbauförderung gewährt, weshalb der Baurechtsvertrag aufgelöst wurde. Bauvereinigung klagt die Republik aus Amtshaftung auf Ersatz des entgangenen Bauzinses. – OGH: Unterlässt die Gewerbebehörde rechtswidrig und schuldhaft die Herstellung des auflagentreuen und gesetzmäßigen (bewilligungsgemäßen) Gewerbebetriebs, dann entsteht Amtshaftung für die dadurch verursachten Schäden (auch Vermögensschäden) von Anrainern. OGH bejaht aber auch den Rechtswidrigkeitszusammenhang für Sekundärschäden; GewO als Schutzgesetz (§ 1311 ABGB) für mittelbare Vermögensschäden.
- OGH 26. 11. 2002, 1 Ob 253/02s, EvBl 2003/55: Bauherr will **Bodenplatte für ein Haus im Pusch** herstellen lassen und erkundigt sich hinsichtlich des zu verwendenden Betons bei einem Baustoffhändler, der zu einem ungeeigneten Produkt rät. Im Schadenersatzprozess gegen den Baustoffhändler versucht sich dieser dadurch aus der Schlinge zu ziehen, dass er dem Bauherren vorwirft, sich nicht eines verwaltungsrechtlich vorgeschriebenen Bauführers bedient zu haben. – OGH weist den Versuch des beklagten Baustoffhändlers, den Schutzzweck der öffentlich-rechtlichen Norm so weit auszudehnen zurück und bejaht den Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der OÖ. BauO und dem durch den Rat des Baustoffhändlers verursachten Schaden.

Zum Zusammenhang unserer Zurechnungsfigur mit § 1311 Satz 2 ABGB → A.I.4.

## 6. Beweislast und Anspruchsdurchsetzung

Die Bedeutung der Beweislast für die praktische Rechtsdurchsetzung ist groß und kann gar nicht genug betont werden. Sie wird hier im Zusammenhang mit dem Schadenersatzprozess behandelt, spielt aber auch in anderen privatrechtlichen Fragen dieselbe wichtige Rolle.

Überlegen Sie sich daher vor einem Prozess:


- **Was** muss ich als Kläger oder Beklagter beweisen, um meinen Anspruch erfolgreich durchzusetzen oder den gegen mich erhobenen Anspruch abzuwehren? – Und:
- **Kann** ich beweisen, was ich beweisen **muss** ?

**Beweislastüberlegungen**

Nur wenn Sie beide Fragen klar mit einem Ja beantworten können, ist ein Prozess sinnvoll. Denn die Frage der Beweislast entscheidet über Prozessgewinn und Prozessverlust. Und bedenken Sie: Was nützt es, Recht zu haben und es nicht beweisen zu können? – Daher sollte bei allen wichtigen Rechts- und Wirtschaftsakten immer auch an deren Beweisbarkeit gedacht werden; zB Zeugen, Schriftform.

Beweislastregeln werden sowohl **vom Gesetzgeber angeordnet** – vgl etwa § 970 Abs 1 Satz 1 ABGB (Gastwirtheftung) – wie von der **Rechtspraxis** entwickelt.

**Beweislastregeln**

 SZ 54/179 (1981) im Rahmen eines streitig gewordenen Kaufvertrags, wo die Frage zu klären war, ob den Verkäufer eines Alu-Schwimmbeckens gegenüber dem Käufer eine Warnpflicht traf oder nicht → Kapitel 12.C.III.3., S. 793.

- OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 175/01v, JBl 2002, 720: Bauarbeiten am Hausdach führen zu Wassereintritt und idF zum Absturz der über 100 Jahre alten Deckenstuckatur in einer Wohnung des obersten Stockwerks. – OGH bereitet didaktisch vorbildlich die Abgrenzung von **alternativer, kumulativer** und **hypothetischer Kausalität** auf. Für die Berücksichtigung überholender Kausalität muss danach feststehen, dass der gleiche Erfolg auch ohne das (reale) Schadensereignis „zu einem bestimmten Zeitpunkt“ eingetreten wäre; es genügt nicht, dass der Erfolg „irgendwann“ eintreten wird (zeitliche Bestimmbarkeit). Die **Behauptungs- und Beweislast** für das **Vorliegen der Voraussetzungen der überholenden Kausalität** trägt der **Schädiger der überholenden Ursache**.

Vgl auch → Kapitel 7.B.IV., S. 459: Zugesicherte Eigenschaften.

„Beweis-Last“	Man spricht von <b>Beweis- Last</b> , weil die gesetzliche Pflicht, im Prozess etwas – bei sonstigem Prozessverlust (!) – beweisen zu müssen, eine „Last“ darstellt.
Faustregel	Im Prozess hat die <b>Klägerseite</b> die klagsbegründenden, die <b>Beklagenseite</b> , die klagsabweisenden Umstände / Beweise, kurz: jede Partei die Voraussetzungen der für sie günstigeren Rechtsnormen darzutun, dh zu behaupten und zu beweisen. (Im Anschluss daran wird zwischen <b>Behauptungslast</b> und Beweislast unterschieden.) – Neben dieser Faustregel sind aber auch – wie erwähnt – besondere, nämlich gesetzlich statuierte oder von der Rspr entwickelte, Beweislastregeln zu beachten; dazu gleich mehr.  Unter Beweislast versteht man kurz gesagt: <b>Wer</b> im Prozess, <b>was</b> zu beweisen hat und <b>wem</b> dies, wenn er das zu Beweisende nicht beweisen kann, zum Nachteil gereicht (= Prozessverlust). – Vgl die Formulierung in GIUNF 370 (1898), wo das OLG Wien als 2. Instanz ausführte: „Da die <b>Ersatzpflicht des Militäraerars</b> aus einem außerordentlichen Verschulden eines Organes der Militärverwaltung abgeleitet wird, so obliegt gemäß § 1296 a.b.G.B. dem Kläger die Beweislast nicht nur in der Richtung, dass ihm ein Vermögensnachteil von bestimmtem Umfange, und zwar durch eine vom Beklagten, beziehungsweise dessen Organ gesetzte Ursache entstanden sei [Schadensnachweis], sondern auch in der Richtung, dass in der schädigenden Handlung [Kausalität] ein Mangel jenes Fleißes und jener Aufmerksamkeit hervortritt, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten aufgewendet werden kann (§ 1297 a.b.G.B.) [Verschulden]. Allein diesen Beweis hat der Kläger nicht erbracht ....“
Sonderregeln der Rspr	Verständnis und Darstellung der Beweislast werden dadurch erschwert, weil die gesetzlichen Regeln durch die <b>Rspr</b> nicht nur ergänzt, sondern auch (contra legem!) korrigiert wurden und zudem immer wieder mit Ausnahmen durchsetzt sind. Die folgende Darstellung geht von den Grundregeln aus und versucht bestehende Ausnahmen nachzutragen. – Dabei erscheint es sinnvoll, zwischen der Beweislast für die einzelnen schadenersatzrechtlichen Zurechnungsvoraussetzungen – nämlich Schaden, Kausalität, Verschulden und Rechtswidrigkeit – zu unterscheiden, sie aber dennoch zusammenzufassen.
„Non liquet“?	Zunächst: Was bedeutet – „ <b>Non liquet</b> “? Wörtlich: Es besteht keine Klarheit.  „Eine Rechtsnorm ist nur anwendbar, wenn ihr abstrakter Tatbestand mit dem konkreten Sachverhalt übereinstimmt. Sie ist nicht anwendbar, wenn auch nur eine entscheidungserhebliche Tatsache widerlegt wird. Bisweilen lässt sich aber eine solche Tatsache nicht klären ( <b>non liquet</b> ): dann benachteiligt diese Ungewissheit jene Partei, welche die Rechtsnorm zum Prozeßsieg braucht.“ (R. Holzhammer) – Die Beweislastregeln helfen demnach ein non liquet zu vermeiden!
Strafrecht und Zivilrecht	Das <b>Zivilgericht</b> entscheidet nach den Regeln über die Beweislast gegen jene Partei, der der Beweis über nicht aufgeklärte Tatsachen obliegen wäre! – Im <b>Strafrecht</b> gilt diese Regel grundsätzlich nicht und es existiert auch keine Beweislast. Vielmehr gelangt der Grundsatz materieller Wahrheitssuche / -findung zur Anwendung (Amtswegigkeit), der in der Maxime gipfelt: <b>In dubio pro reo</b> . – Auch andere Verfahrensarten kennen keine Beweislast iSd Zivilprozesses; zB das Außerstreit- oder das Sozialgerichtsverfahren.  Die rechtskulturellen Wurzeln des Grundsatzes „ <b>in dubio pro reo</b> “ liegen bereits im antiken Griechenland.  Die klare Unterscheidung zwischen <b>Beweis-„last“</b> und dem <b>Grundsatz amtswegiger materieller Wahrheitssuche / Untersuchungsgrundsatz</b> droht immer mehr verwischt zu werden. Darin liegt ein schwerer rechtskultureller Verlust.
Beweislast für den „Schaden“	Dass Schaden entstanden ist, hat stets – dh sowohl bei deliktischer, wie vertraglicher Schadenszufügung – der <b>Geschädigte</b> zu beweisen; zB einen Kfz-Schaden durch ein Sachverständigengutachten oder eine Körperverletzung durch ärztliches Attest.
Beweislast für das „Verschulden“ (Schädiger)	Für die <b>Deliktshaftung</b> normiert § 1296 ABGB:
(1) Deliktshaftung	„Im Zweifel gilt die Vermutung, dass ein Schade ohne Verschulden eines andern entstanden sei.“  Die Beweislast trifft daher hier den Geschädigten.

Beweislast für das Verschulden des Schädigers bei bestehender **vertraglicher** oder **gesetzlicher Beziehung**: Besteht zwischen Schädiger und Geschädigtem zB eine vertragliche Beziehung, bleibt es nicht bei der normalen Beweislastverteilung nach § 1296 ABGB. Es kommt vielmehr zur **Beweislastumkehr**. Umkehr der Beweislast bei Vertragshaftung bedeutet nach § 1298 ABGB:

(2) Vertragliche oder gesetzliche Beziehung

„Wer vorgibt, dass er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen [oder gesetzlichen] Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sei, dem liegt der Beweis ob.“

Hier trifft also den Schädiger – und nicht wie bei deliktischer Haftung den Geschädigten! – die Beweislast dafür, dass ihn an der Schadenszufügung kein Verschulden trifft; insofern „**Umkehr**“! – Da aber der Schädiger oft seine Schuldlosigkeit nicht beweisen kann, gereicht ihm die gesetzlich auferlegte Beweislast zum prozessualen Nachteil; dh er verliert den Prozess.

„Umkehr“ der Beweislast

Für den Schädiger besteht aber die grundsätzliche Möglichkeit, sich zu **exkulpieren**, dh sich dadurch **freizubeweisen** und haftungsmäßig zu „entlasten“, indem er seine Schuldlosigkeit beweist.

Exkulpieren = Freibeweisen

Sich freibeweisen zu können ist auch in anderem Zusammenhang von Bedeutung; vgl § 970 Abs 1, Satz 1 ABGB: Gastwirtheftung (sog **Freibeweis**) → Kapitel 3.A.V.2., S. 160. – Zu unterscheiden davon ist die sog **Freizeichnung** → A.II.3.

Die Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB wird auch auf **vertragsähnliche Pflichten** (cic → Kapitel 6.B., S. 370) und die Verletzung von **Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten** angewandt. Zu den sog positiven Vertrags- oder Forderungsverletzungen → Kapitel 7.B.IX., S. 479: Link. – Zur **Schutzgesetzverletzung** gleich unten.

Mit Novelle, BGBl I 1997/6, wurde § 1298 ABGB ein **zweiter Satz** angefügt. Er lautet:


§ 1298 Satz 2 ABGB

„Soweit er [sc der Schädiger] auf Grund vertraglicher Vereinbarung nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, muss er auch beweisen, dass es an dieser Voraussetzung fehlt.“

Damit wird gesagt, dass dann, wenn der Schuldner seine Haftung (zulässigerweise) **vertraglich auf grobe Fahrlässigkeit** eingeschränkt (und leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen) hat – sog Freizeichnung, er auch beweisen muss, dass ihn keine grobe Fahrlässigkeit am Schadenseintritt trifft.

Das stellt insoferne eine Besserstellung des Geschädigten dar, als dadurch die Beweislast für grobes Verschulden im vertraglichen Bereich dem Schädiger auferlegt wird. Nach der Rspr hatte dies nämlich bisher der Geschädigte zu beweisen, dazu gleich unten.

Im Bereich **deliktischer** Haftung bleibt es allerdings – aufgrund des aus Satz 2 zu ziehenden Umkehrschlusses – dabei (!?), dass der Geschädigte grobes Verschulden (des Schädigers) zu beweisen hat; dazu gleich unten.

 *Brigitta Jud*, Neuregelung der Beweislast in § 1298 ABGB – Eine „halbe Lösung“?, *ecolex* 1997, 569.

Die Frage der Beweislast für das Vorliegen von Verschulden ist von zentraler Bedeutung. Ausnahmen gelten aber nicht nur für diesen Bereich. Von der allgemeinen Beweislastregelung weicht das Gesetz selbst immer wieder ab und die Rspr tut ein weiteres und dreht – wie man das nennt – die Beweislast um (Beweislastumkehr) oder modifiziert sie wenigstens.

(3) Abweichungen der Rspr von der „normalen“ gesetzlichen Beweislast:

Vorausgeeilte oder vom Gesetz abweichende Rspr wieder gesetzlich einzufangen stellt eine wichtige Aufgabe des Gesetzgebers dar, der er sich immer wieder zu stellen hat. Im Bereich der Beweislast hat der Gesetzgeber aber diesbezüglich versagt und die Eigenmächtigkeiten der Judikatur hingenommen. Der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit dient das nicht.

„Wer“ hat im Prozeß „was“ zu beweisen ?		
Normale Beweislast:		
Was zu beweisen ist = Beweisthema	Wer beweispflichtig ist, trägt die Beweislast	
<b>Schaden</b>	Geschädigter	Bemerkungen
<b>Verschulden</b>	- nach § 1296 ABGB: Geschädigter - nach § 1298 ABGB: Schädiger (Beweislast- umkehr)	Zu § 1298 ABGB: OGH verlangt ab grober Fahrlässigkeit Verschuldensbeweis durch Geschädigten (Aufhebung der Beweislastumkehr)! – Anders das Schrifttum
<b>Kausalität</b>	Geschädigter	Mindestens Wahrscheinlichkeit einer Verursachung notwendig; bloße Möglichkeit genügt nicht! Jedoch: Beweislastumkehr zB bei Schutzgesetz- Verletzung iSd § 1311 ABGB
<b>Rechtswidrig- keit</b>	Geschädigter	Beweis für Vorliegen eines Rechtfertigungs- grundes (Notwehr, Notstand, Selbsthilfe) trifft Schädiger

Abbildung 9.5: Wer hat was im Prozess zu beweisen?

**§ 1298 ABGB: Ausnahme  
von der Ausnahme**

So regelt das ABGB, wie wir eben gehört haben, die Beweislast für das Verschulden als Zurechnungsvoraussetzung bei deliktischer Schadenszufügung in § 1296 ABGB. § 1298 ABGB statuiert für bereits bestehende „vertragsmäßige oder gesetzliche Verbindlichkei[en]“ – sog schuldrechtliche Sonderverbindlichkeiten, einschließlich der cic – die bereits behandelte wichtige Ausnahme. Die Judikatur hat nun für den Bereich des § 1298 ABGB gleichsam eine Ausnahme von der Ausnahme eingeführt und wendet die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB nur an, wenn ein Schaden durch **Nichterfüllung** eingetreten ist; nicht aber, wenn ein Vertragspartner durch **Schlechterfüllung** – zB Gewährleistung! – geschädigt wurde.

Das hat zB „böse“ Folgen für die **Arzthaftung** (→ Kapitel 10.B.VII., S. 696), weil die Rspr hier verlangt, dass der Schadenersatz fordernde Patient, den Beweis eines Behandlungsfehlers des Arztes iS einer (objektiven) Sorgfaltsverletzung nach § 1299 ABGB zu erbringen hat und erst aus dem objektiven Beweis eines Behandlungsfehlers in der Folge in subjektiver Hinsicht, bis zum Beweis des Gegenteils, auf eine Sorgfaltsverletzung des Arztes geschlossen wird. Man kann nur beipflichten, wenn gesagt wurde, dass die Rspr hier eine „arztfreundliche“ Haltung einnimmt (K. Kohlegger). Es wird aber immer wieder versucht, dieses Faktum zu leugnen, umzudrehen oder doch zu verzeichnen; auch von der Theorie.

**Bedeutung des  
Verschuldensgrades**

Eine weitere gravierende Ausnahme von der gesetzlichen Beweislastregel des § 1298 ABGB macht – wie angedeutet – die stRspr in Bezug auf den **Verschuldensgrad**, der zu beweisen ist: Sie wendet nämlich die Umkehr der Beweislast nach § 1298 ABGB grundsätzlich **nur** auf den Bereich leichter Fahrlässigkeit an, was heißt, dass der Geschädigte – wie nach § 1296 ABGB! – bei deliktischer Schädigung grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz stets zu beweisen hat; vgl etwa JBl 1997, 390 oder JBl 1995, 248. – Auf die kleine Verbesserung durch § 1298 Satz 2 ABGB wurde hingewiesen.

Trotz Kritik des Schrifttums war die Rspr bislang nicht zu bewegen, von ihrem Standpunkt abzugehen, für den sie keine Begründung gegeben hat.

**Gesetzliche Ausnahmen**

**Gesetzliche Ausnahmen** in puncto Beweislast finden sich bspw in den §§ 1319 und 1320 ABGB: Auch bei bloß deliktischer Schadenszufügung hat in diesen Fällen nicht der Geschädigte, sondern der Schädiger im Prozess zu beweisen, dass er bspw „für die erforderliche Verwahrung oder Beaufsichtigung [des Tieres] gesorgt hat“; § 1320 ABGB. – Eine derartige Umkehr der Beweislast mindert die Prozesschancen des Beweis(last)pflichtigen.

**§ 1311 Satz 2 ABGB:  
Schutzgesetzverletzung**

Eine weitere wichtige **Beweislastausnahme** stützt die Rspr auf § 1311 Satz 2 ABGB:


„Hat aber jemand ... ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten ...“.


Damit wird für sog **Schutzgesetzverletzungen** eine Beweislastumkehr statuiert, die über den Bereich des Verschuldens hinausreicht und auch die Kausalität der Schadenszufügung mitumfasst. – Steht fest, dass ein Schutzgesetz übertreten wurde, was allerdings vom Geschädigten zu beweisen

ist, dann gilt die (widerlegbare!) Vermutung, dass der Schädiger schuldhaft und kausal den Schadenseintritt herbeigeführt hat.

Mit dem Beweis der Schutzgesetzverletzung (die den Geschädigten trifft) ist auch die Frage der Rechtswidrigkeit geklärt! – Würde bspw die StVO übertreten – Fahren mit überhöhter Geschwindigkeit, muss der Fahrer beweisen, dass ihn am eingetretenen Unfall dennoch kein Verschulden trifft, was er idR nicht kann!

Schutzgesetze sind etwa: StVO, LebensmittelG, WeinG, PlasmaphareseG / BlutsicherheitsG (für Blutspender), GefahrgutbeförderungsG 1998 samt GGBVO, die Bauordnungen der Länder, KAKuG und ÄrzteG. – Schutzgesetze sind der gesamten Rechtsordnung zu entnehmen.

 *Welser*, Schutzgesetzverletzung, Verschulden und Beweislast, ZVR 1976, 1; – *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992).

 JBI 2000, 169: Schadenersatzansprüche eines Blutspenders wegen Hepatitis-C-Infektion (Leberzirrhose)– Die §§ 3, 15 und 8 Abs 2 Z 2 **PlasmaphareseG** (jetzt: BlutsicherheitsG) sind Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB;

- ZVR 1998/3: Bei Verletzung eines Schutzgesetzes (§§ 1298 und 1311 ABGB, § 7 StVO) hat der Schädiger nachzuweisen, dass dies ohne sein Verschulden geschehen ist. Der Lenker eines Kfz, das auf die linke Fahrbahnhälfte geraten ist, hat zu beweisen, dass er unverschuldet daran gehindert war, dem **Rechtsfahrgebot** zu entsprechen. Allfällige Unklarheiten gehen zu seinen Lasten.

- SZ 51/109 (1981): **Verkehrsunfall** – Schutzgesetze begründen gesetzliche Verbindlichkeiten iSd § 1298 ABGB;

- SZ 63/217 (1990): Verletzung von zugunsten dinglicher Berechtigten bestehenden Schutznormen im Rahmen einer **Enteignung**.

- SZ 51/88 (1978): § 85 GmbHG als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger; Verletzung der Konkursantragspflicht durch den Geschäftsführer einer GmbH.


- EvBl 2000/41: Eine interne **Arbeitsanweisung** ist keine Schutznorm iSd § 1311 ABGB. Ein durch einen Verstoß gegen die Anweisung entstandener Schaden ist nur dann verschuldet, wenn der Schaden voraussehbar war; dafür genügt das Bestehen der Anweisung allein nicht.

- OGH 14. 9. 1999, 4 Ob 216/99i („**Kurzschluss**“), EvBl 2000/41: Heizungsanlage eines Wohnblocks fällt wegen eines Kurzschlusses aus, worauf der Gatte der Hausbesorgerin beim zuständigen EVU anruft. Ein Techniker sagt zu, umgehend zu kommen und ersucht den Anrufer, vor dem Haus auf ihn zu warten. Auf dem Weg entschließt sich der Techniker dann aber doch dazu, zuerst zur Trafostation zu fahren, weil er einen allgemeinen Stromausfall vermutet. Da er nicht so rasch erscheint, begibt sich der Anrufer in den Keller des Hauses zum Schalterschrank, öffnet diesen und im selben Moment schaltet der Techniker den Hauptleistungsschalter der Trafostation wieder ein. Dadurch entsteht ein Lichtbogen, der den Anrufer schwer verletzt. – OGH qualifiziert die interne Betriebsanleitung des EVU (das Technikern vorschreibt, zuerst zum Anrufer zu fahren) nicht als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB. OGH verneint auch die Vorhersehbarkeit des Adäquanzergebnisses. (?)

Zur Beweislast für die Kausalität (des Schädigers) → A.II.6.

Zur Beweislast für die Rechtswidrigkeit → A.II.6.

Der Zweck des Anscheinsbeweises liegt in einer Beweiserleichterung, insbesondere des Verschuldens, aber auch des Kausalitätsbeweises idR für Geschädigte / Kläger. – Die Judikatur ist aber in ihrem Urteil wankelmütig, wie das folgende Beispiel zeigt, wo trotz schwerer Schutzgesetzverletzung der Anscheinsbeweis nicht angewandt wird. Dadurch wird diese wichtige Beweiserleichterung entwertet.

 OGH 21. 12. 2000, 2 Ob 339/00t, JBI 2001, 450: Bei einem Autounfall im Begegnungsverkehr erleiden beide Fahrzeuglenker schwere Verletzungen. Es war dämmrig und schneite stark. Der schwer alkoholisierte Beklagte geriet nachweislich mehrmals über die Fahrbahnmitte auf die Gegenfahrbahn. Ob dies jedoch auch im Augenblick des Zusammenstoßes der Fall war, konnte nicht mehr festgestellt werden. – OGH erklärt **Beweislastumkehr wegen Schutzgesetzverletzung** trotz hoher Alkoholisierung (1,8 – 2,1 ‰!) für nicht anwendbar und lehnt einen (Kausalitäts)Anscheinsbeweis ab. (?)

**Beweislast für die Kausalität (des Schädigers)**

**Beweislast für die Rechtswidrigkeit**

**Der Anscheins- oder Prima Facie-Beweis:**

- OGH 29. 5. 2000, 2 Ob 133/99v, SZ 73/107: Vom Konto eines Lehrlings werden via Bankomat zweimal 5.000 S abgehoben. Er behauptet, es liege ein Missbrauch vor und verlangt Gutschrift in der entsprechenden Höhe. Die Bank hält dem ihre AGB entgegen, die einen Haftungsausschluss normieren. Es kommt zu einer Verbandsklage; § 29 KSchG. – OGH: Der Haftungsausschluss von Banken für **technischen Missbrauch von Bankomatkarten** (ohne Verschulden des Kunden) ist im Gegensatz zum Haftungsausschluss für Missbrauch wegen Verlustes gemäß § 879 Abs 3 ABGB nichtig. Sofern der richtige PIN-Code verwendet wurde, spricht der Beweis des ersten Anscheins (prima facie Beweis) für eine Nutzung der Karte durch den Karteninhaber selbst oder für eine Verletzung der Geheimhaltungspflicht; dieser Anscheinsbeweis kann jedoch durch den Karteninhaber dadurch erschüttert werden, dass er die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs beweist (was dem Lehrling im konkreten Fall gelungen ist).

Beweiserleichterung mittels Erfahrungssätzen

Es geht beim Anscheinsbeweis um Beweiserleichterung mittels Erfahrungssätzen betreffend typische Geschehensabläufe. – Der Schluss dabei ist folgender: Bestimmte Geschehensabläufe sind typisch, daher ist es wahrscheinlich, dass auch im zu beurteilenden Fall ein derart typischer und kein atypischer Geschehens- und Kausalablauf vorliegt. Es geht also darum, bestimmte Tatsachen zu beweisen, von denen dann typischerweise auf einen wahrscheinlichen (weiteren) Kausalablauf geschlossen werden kann. Vgl diesbezüglich etwa die eben erwähnte problematische Alkohol-E: JBl 2001, 450.

res ipsa loquitur

Beweist der Geschädigte (Kläger), dass die Schädigung nur durch das Verhalten des Schädigers (Beklagter) eingetreten sein kann (**res ipsa loquitur**), dann obliegt dem Schädiger (Beklagten) der Gegenbeweis, dass er trotzdem schuldlos oder nicht ursächlich gewesen ist.

BEISPIEL: Fährt ein **Auto** gegen ein anderes oder einen **Baum**, spricht dies prima facie für Fahrlässigkeit des Fahrers! Kann der Fahrer dafür aber eine andere Erklärung bieten, zB dass er geblendet wurde oder eine Ölspur, Eisglätte oder ein Reifenplatzer die Ursache waren, kann dadurch der ansonsten „greifende“ Anscheinsbeweis erschüttert werden.



Vgl aber SZ 57/20: Für das **Abhandenkommen eines Schmuckstücks** aus einem Hotelzimmer gibt es keinen typischen Geschehensablauf, weshalb hier ein Prima Facie-Beweis nicht in Betracht kommt. – Dieses Beispiel lehrt uns, dass der Anscheinsbeweis nicht immer anwendbar ist!

- OGH 4.5.1999, 10 Obs 423/98y: Ereignet sich der Unfall auf eine Art, die geradezu typisch für Unfälle ist, die die Folge der **Alkoholbeeinträchtigung** des Lenkers sind, so ist dem Sozialversicherungsträger vorerst der Beweis des ersten Anscheins gelungen, dass der Unfall seine Ursache nicht in den üblichen Gefahren des Arbeitsweges hatte, sondern die Folge der Alkoholisierung des Versicherten war. Der Versicherte hat dann darzutun, dass nicht die Alkoholisierung, sondern andere Ursachen den Unfall auslösten. Ein Anscheinsbeweis ist unzulässig, wenn kein Sachverhalt mit typisch formelhaftem Geschehensablauf vorliegt. Bei Fußgängern kann bspw, anders als bei Autofahrern, kein Grenzwert für eine absolute Verkehrsuntauglichkeit festgelegt werden. – Der Anscheinsbeweis findet auch in der gesetzlichen Unfallversicherung Anwendung.

Behandlungsfehler

Große praktische Bedeutung besitzt der **Anscheinsbeweis im Bereich der Medizin** (Arzt-/Medizinhaftung) für Behandlungsfehler, wo – wie eben ausgeführt – nach stRspr der Geschädigte (Patient) grundsätzlich die Beweislast dafür trägt, dass der Beklagte (Arzt oder die Krankenanstalt) einen Behandlungsfehler iSd § 1299 ABGB zu vertreten hat. Da dieser Beweis oft schwer zu führen ist, gewährt die Rspr Beweiserleichterungen in Gestalt des Anscheinsbeweises; vgl zuletzt etwa JBl 1999, 246 (ärztlicher Behandlungsfehler) oder JBl 1996, 181 (alternative Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Zufall) sowie JBl 1994, 540 (alternative Kausalität bei der Arzthaftung).

Erschütterung des Anscheinsbeweises


Probleme bereitet aber immer wieder die Frage, wann ein Anscheinsbeweis als erschüttert anzusehen ist, zumal dafür unterschiedliche Anforderungen gestellt werden. Zu folgen ist hier Reischauer (in Rummel<sup>2</sup> § 1296 Rz 4), der für die **Erschütterung des Anscheinsbeweises** den Nachweis von Tatsachen fordert, die einen Schluss auf einen anderen Geschehensablauf zulassen, „der zumindest ebenso / gleich wahrscheinlich ist“.

Daneben ranken sich zahlreiche Einzel- oder Sonderprobleme um die Fragen von Beweislast und Anscheinsbeweis; vgl etwa JBl 1999, 465: Beweislast bei einem Schiunfall im Falle eines Mitverschuldeneinwands des Schädigers.



Zur **Beweiserleichterung** im Bereich von **Gefährdungshaftungen** → B.I.3. Es handelt sich dabei bspw um gesetzliche Verursachungsvermutungen oder Auskunftsansprüche.

Gefährdungshaftungen

 **ABBILDUNG:** Beweislast; **ABBILDUNG:** Non liquet (1) + (2); **ABBILDUNG:** Beweislast im Schadenersatzprozeß; **ABBILDUNG:** Beweislast bei Delikts- und Vertragshaftung; **ABBILDUNG:** Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB; **ABBILDUNG:** Sonderformen der Beweislast; **ABBILDUNG:** Der Prima-Facie-Beweis

### III. „Wie“ ist Schaden zu ersetzen?

 Wie bei IV.

Steht einmal fest, „dass“ entstandener Schaden zu ersetzen ist, stellt sich die Frage, „wie“ er zu ersetzen ist? – Das ABGB steht dabei auf dem Standpunkt des Naturalersatzes. – Dazu kommt, dass es im ABGB keine einheitlichen Regeln für den Ersatz aller Schadensarten gibt. Das Gesetz unterscheidet vielmehr als große Gruppen des Ersatzes zwischen:

Naturalersatz

- **Vermögensschäden** (→ A.III.3.) und
- **Nicht-Vermögensschäden**, nämlich Körperschäden, Ehrverletzungen, Freiheitsbeschränkungen, Verletzungen der geschlechtlichen Selbstbestimmung, überhaupt Persönlichkeitsrechtsverletzungen → A.IV.

Im Rahmen des (Natural)Ersatzes handelt die Rspr traditionellerweise über den „Kern“ dieses Fragenbereichs hinaus, weitere Fragestellungen ab, die in der Folge ebenfalls kurz angesprochen werden. Das betrifft den merkantilen Minderwert, fiktive Reparaturkosten, die Kosten eines Ersatzfahrzeugs (sog Nutzungsausfall), die Frage des Ersatzes der Umsatzsteuer und das Problem des Ersatzes der sog Betriebsreservekosten → A.III.4.


#### 1. Was heißt Naturalrestitution?

Nach § 1323 ABGB, „muss alles in den vorigen Stand zurückversetzt“ (sog Naturalrestitution), und nur, „wenn dieses nicht [möglich oder] tunlich ist, der Schätzungswert“ (= Geldersatz) vergütet werden.

„**Untunlich**“ bedeutet vor allem unwirtschaftlich, aber auch unzumutbar, was bei Kraftfahrzeugschäden eine Rolle spielt; zB Reparaturkosten überschreiten den sog Zeitwert eines Kraftfahrzeugs deutlich.

„Untunlich“

Anders als das römische Recht, das den Standpunkt des Geldersatzes vertrat – omnis condemnatio pecuniaria est, ordnet das ABGB primär Naturalersatz an, gibt also dem Hersteller eines grundsätzlich gleichartigen / gleichwertigen Ersatzes den Vorrang vor dem Geldersatz.


 SZ 4/91 (1922): Diebstahl eines **Gummimantels** → Kapitel 10.C., S. 700: Fälle zum Schadenersatzrecht (Link).

- SZ 19/205 (1937): **Klosettmitbenützung** → Kapitel 11.E.VII., S. 758. Diese E macht deutlich, dass Naturalersatz iS einer „widerrufflichen“ Beschädigung nach § 1294 ABGB für die Haftung ex delicto wie ex contractu gilt → A.I.3.

Die Rspr gewährt dem Geschädigten aber das **Recht zwischen Natural- und Geldersatz zu wählen**; vgl EvBl 2000/104 gleich unten: Das Wahlrecht des Geschädigten ist aber dadurch begrenzt, dass die Naturalherstellung möglich und – auch aus der Sicht des Schädigers – tunlich sein muss. In diesem Sinne ist Naturalersatz untunlich, wenn das Interesse des Schädigers am Geldersatz unverhältnismäßig größer ist als das Interesse des Geschädigten am Naturalersatz; SZ 49/139 oder 63/53. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Wiederherstellung unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Kriterien wegen der hohen Kosten nicht zumutbar und sinnvoll erscheint; SZ 68/101. – Ist die Naturalherstellung sowohl möglich als auch tunlich, steht es dem Geschädigten frei, entweder Wiederherstellung des vorigen Zustands oder Geldersatz zu verlangen. Die Rspr bindet jedoch – Reischauer folgend – den Geschädigten wie einen Wahlschuldner nach § 906 ABGB (→ Kapitel 7.A.III.14., S. 428) grundsätzlich an seine getroffene Wahl; EvBl 2000/104.

Natural- oder Geldersatz?

Eine **Kfz-Reparatur**, zB Ausbeulen der Dellen und Bezahlung dafür, ist danach **Naturalersatz**, obwohl der Schädiger dabei Geld zu zahlen hat.

 SZ 41/150 (1968): **Schlägerung eines Bannwaldes** beim Bau der Felbertauernstraße. Gericht verpflichtete Schädiger ua zum Bau von Lawinenschutzbauten, was auf einen subsidiären Naturalersatz hinausläuft.

- Vgl auch SZ 7/301 Servituten → Kapitel 8.E.I.9., S. 566; **nichtverbücherte Personalservitut** (Wohnungsrecht).


- OGH 21. 12. 1999, 4 Ob 343/99s, EvBl 2000/104: Eine Baufirma (Generalunternehmer) errichtet auf dem Nachbargrundstück des Klägers eine Wohnhausanlage. Dabei reißt ein Subunternehmer eigenmächtig den Zaun des Klägers nieder. Dieser klagt zuerst die Baufirma auf Schadenersatz und als diese in Ausgleich geht, den Subunternehmer. – OGH: Ist die Naturalherstellung sowohl möglich als auch tunlich, so steht es dem Geschädigten frei, entweder Wiederherstellung des vorigen Zustandes oder Geldersatz zu wählen. OGH betrachtet die Wahl nach § 1323 ABGB als Anwendungsfall der Wahlschuld (§ 906 ABGB) und betont, dass die einmal getroffene Wahl endgültig ist. Die Annahme der Ausgleichsquote im Ausgleichsverfahren gilt nicht als Verzicht auf Naturalrestitution.

Einmaliger Geldbetrag  
oder Rente

Fügt ein Arzt einem Patienten bspw einen bleibenden Gesundheitsschaden zu, ist Naturalersatz nicht (mehr) möglich. Daher werden solche Schadenersatzprozesse typischerweise um Geldbeträge geführt. Dabei werden sowohl **einmalige Geldbeträge**, wie **Renten** bei bleibenden Körperschäden zugesprochen, die wiederum auf Zeit, lebenslänglich oder auf unbestimmte Zeit zuerkannt werden können. – Mehr zum Ersatz von Körperschäden → A.IV. Zur abstrakten Rente → A.IV.7.


Schadensbehebung

Wer entscheidet über die **Art der Vornahme der Schadensbehebung** durch Naturalersatz? – Grundsätzlich der Geschädigte, der die Reparatur auch selbst durchführen kann. Er entscheidet auch wo die Reparatur durchgeführt wird oder welcher Arzt die nötige Heilbehandlung oder Operation ausführt. Dem Schädiger stehen aber Kontrollrechte zu; vgl die typische Praxis bei Kraftfahrzeugschäden: Die gegnerische Versicherung besichtigt das beschädigte Kraftfahrzeug in der Werkstätte.

 JBl 1988, 319: **Lkw** fuhr mit angehobenem **Kranarm** über eine **Eisenbahnkreuzung** und beschädigte die Oberleitung. – OGH: Der für die Vornahme der Naturalrestitution besser als der Schädiger ausgerüstete Geschädigte kann diese selbst durchführen und Ersatz des dafür notwendigen und nützlichen Aufwands verlangen.

- EvBl 2000/104: **Wahl zwischen Natural- und Geldersatz**.

Ist dem Geschädigten **Naturalersatz nicht zumutbar**, braucht er sich diesen vom Schädiger nicht aufdrängen zu lassen.

 EvBl 1954/328: Schadenersatzanspruch des verdrängten Mieters gegen den vertragsbrüchigen Hauseigentümer: **Ersatzwohnung** oder **Geld**? Mieter muss sich eine bestimmte Ersatzwohnung nicht aufdrängen lassen!


- SZ 24/312 (1951): Zur Frage der Untunlichkeit des Naturalersatzes einer Sache, die im Zeitpunkt ihrer Zerstörung bereits beschädigt war; **Hauseinsturz** durch Straßenbauarbeiten (§ 364b ABGB).

Zeitpunkt der  
Schadensberechnung?

Die Judikatur stellt hinsichtlich des Zeitpunkts der Schadensberechnung auf den **Eintritt des Schadens** ab, was nicht (immer) mit dem Zeitpunkt des Schadensereignisses gleichzusetzen ist. Vgl dazu auch → A.I.6.: Spät- oder Folgeschäden.

Geldwertschuld

Die Schadenersatzleistung des Schädigers begründet eine **Geldwert-** und nicht nur eine **Geldbetragsschuld**; zur Unterscheidung → A.IV. Die Ersatzleistung ist daher aufzuwerten, wenn zwischen schädigendem Ereignis und Erbringung des Schadenersatzes ein längerer Zeitraum verstrichen und dadurch der geschuldete Betrag nicht unwesentlich entwertet wurde. – Das gilt natürlich vor allem dann, wenn der Ersatz in Form einer Rente entrichtet wird.

 JBl 1953, 267: Aus der Bestimmung des § 1323 ABGB folgt, dass der Schädiger das aufwenden muss, was erforderlich ist, damit sich der Geschädigte in der **gleichen Vermögenslage wie früher** befindet.

## 2. Arten des Ersatzes: §§ 1323 ff ABGB

Das „Wie“ des Ersatzes hängt aber – wie wir schon wissen – auch davon ab, um welche Art von Schaden es sich handelt. Das Gesetz kennt nämlich unterschiedliche Regeln für **Körper-** oder **Personenschäden** (→ A.IV.) und **Vermögensschäden** (→ A.III.3.). – **Immaterielle Schäden** (relevant vor allem bei Körper- und Persönlichkeitsschäden) sind nach der Rspr nur dort Gegenstand des Ersatzes, wo das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht; zB nach § 1325 ABGB in Form von Schmerzensgeld. An einer Reform dieses Bereichs wird gearbeitet. Ein Ausufern der Ansprüche ist dabei zu vermeiden.

## 3. Vermögensschäden

Für den Ersatz von Vermögensschäden ordnet § 1323 Satz 2 iVm den §§ 1331 und 1332 ABGB an (vgl schon → A.II.3.):

- „**Schadloshaltung**“ = Ersatz des erlittenen / wirklichen / positiven Schadens oder
- „**volle Genugtuung**“ = erlittener Schaden + entgangener Gewinn + Tilgung der verursachten Beleidigung (worunter vom Schrifttum die Anordnung für den Ersatz immaterieller Schäden verstanden wird).
- Wurde der „Schade vermittelt einer durch ein Strafgesetz verbotenen Handlung, oder aus Muttwillen und Schadenfreude verursacht“, kann der Beschädigte auch den „**Wert der besonderen Vorliebe**“ fordern.


Die Höhe/der Umfang des Ersatzes – ob bloße Schadloshaltung, volle Genugtuung oder Wert der besonderen Vorliebe – bestimmt sich im ABGB nach der Schwere, also dem **Grad des Verschuldens** des Schädigers → A.II.3.

Schwere des Verschuldens

§ 1332 ABGB ordnet dazu an, dass ein leicht fahrlässig zugefügter „Schade“, „nach dem gemeinen Wert [§ 305 ABGB], den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte“, zu ersetzen ist. Dazu → Kapitel 9.A.II.3., S. 600.

Gemeiner Wert

§ 1332a ABGB enthält eine (mit BGBl 1988/179 eingeführte) Sonderregelung darüber, welche Kosten ein „**verständiger Tierhalter**“ ersetzt verlangen kann, wenn sein Tier verletzt wird.

 Ein Beispiel privatrechtlicher Unsensibilität gibt EvBl 1999/38 (Unterbringung einer schwerverletzten Stute in einer **Pferdepension**) und das dort zitierte Schrifttum.


In der Folge werden einige Sonderprobleme des Vermögensschadens behandelt: Fiktive Reparaturkosten, merkantiler Minderwert, sog Nutzungsausfall, Ersatz der Umsatzsteuer, Betriebsreservekosten und Ersatz „alt durch neu“.

## 4. Sonderprobleme des Vermögensschadens

Ein Problem der Schadensabwicklungs- oder Liquidationspraxis von Sachschäden stellen die sog fiktiven Reparaturkosten dar. Bei der Unfallreparatur von Kraftfahrzeugen stand nämlich Geschädigten lange nicht nur der Anspruch auf eine (§ 1323 ABGB entsprechende) ordnungsgemäß durchgeführte Reparatur (zB durch eine Werkstätte) zu, sondern nach stRspr des OGH auch ein – alternativer – Anspruch auf Auszahlung der fiktiven Reparaturkosten (auch ohne Reparurnachweis); sog Unfallreparaturkostenablöse. – Dagegen argumentierten die Karosseriefachbetriebe, dass diese Praxis den Pfusch und unlautere Manipulationen geradezu fördere. Der OGH ist von seiner lange vertretenen Position (durch die E eines verstärkten Senats abgerückt und vertritt nunmehr die Meinung, dass fiktive Reparaturkosten dann nicht zu ersetzen sind, wenn feststeht, dass eine Schadensbehebung überhaupt nicht erfolgen wird.

Fiktive Reparaturkosten

Die Rspr ist mittlerweile auch von ihrer lange vertretenen Meinung abgegangen, wonach auch **Heilungskosten** und **Betreuungsleistungen** abstrakt zu berechnen seien: SZ 70/220 (1997: verst Senat) = ZVR 1998/32 sowie JAP 1999/2000, H.2, 79 → A.V.2.


 Zur Sinnhaftigkeit der Rechtsfigur der abstrakten Rente → A.IV.7. – Dazu Ch. Huber, in: ZVR 1998, 74, der ua auf „Strukturparallelen zwischen Sach- und Personenschäden“ hinweist. Vgl auch denselben, Abrechnung fiktiver Sachschäden, in: Das neue [deutsche] Schadenersatzrecht 21 ff (2003) und insbesondere A. Wittwer → A.IV.7.: Literatur.

**Merkantiler Minderwert** Beim Ersatz von Kraftfahrzeugsachschäden ist der sog **merkantile Minderwert** zu berücksichtigen; vgl ZVR 1959/95. Das gilt auch bei Naturalersatz. Da diese Form des Ersatzes nicht in Natur erbracht werden kann, ist sie (stets) in Geld zu leisten.

Grundgedanke Der von der Rspr herausgearbeitete **Grundgedanke** dafür ist folgender: Auch bei einwandfreier Reparatur (insbesondere neuer Kraftfahrzeuge), ist ein Auto weniger Wert als vorher, da beim Käuferpublikum eine gefühlsmäßige Abneigung gegen Unfallfahrzeuge besteht; vgl ZVR 1977/298 und 1983/280. Das durchschnittliche Käuferpublikum begehrt beim Kauf eines Unfallfahrzeugs erfahrungsgemäß einen Preisnachlass; vgl ZVR 1985/131. – Der merkaile Minderwert soll diese potentielle Verkaufseinbuße ausgleichen. Der merkantile Minderwert ist Ersatz wirklichen / positiven Schadens und ist objektiv zu berechnen; vgl ZVR 1990/49.

**Ersatzfahrzeug – sog Nutzungsausfall** Der Besitzer eines beschädigten Kraftfahrzeugs hat grundsätzlich auch während der Reparatur seines Fahrzeugs einen Anspruch auf ein Ersatzfahrzeug. Dafür stellt es keine Voraussetzung dar, dass die von ihm beabsichtigten Fahrten wirtschaftlich notwendig sind; vgl ZVR 1973/31 = SZ 45/48. – Die bloße Gebrauchsmöglichkeit stellt aber neben dem Substanzwert des Eigentums nach hA keinen selbständigen Vermögenswert dar; vgl ZVR 1994/39. Daher gebührt auch keine Entschädigung für den bloßen Verlust der Möglichkeit, das eigene Kraftfahrzeug während der Zeit der unfallbedingten Reparatur benützen zu können (sog Nutzungsausfall); vgl EvBl 1969/283 = SZ 42/33.

In der Praxis verzichten viele Kraftfahrzeughalter ihrem Versicherer gegenüber auf das ihnen an und für sich zustehende Recht auf ein Ersatzfahrzeug und zahlen dadurch eine ermäßigte Versicherungsprämie. Der (Voraus)Verzicht des Haftpflichtversicherten auf Stellung eines Ersatzfahrzeugs im Rahmen des sog (**Versicherungs**)**Spalttarifs** wurde vom OGH weder als rechtsunwirksam, noch sittenwidrig angesehen; vgl EvBl 1975/134 = SZ 48/22.

 Mayer-Maly, Schadenersatz für Gebrauchsentbehrung?, ZVR 1967, 281 ff und derselbe, Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Gebrauchsentbehrung bei der Beschädigung von Kfz, ZVR 1968, 309 ff.

**Ersatz der Umsatzsteuer?** Die Rspr spricht bei Schadenersatzansprüchen auch die Umsatzsteuer zu; vgl SZ 50/8 (1977). – Die Naturalrestitution durch den Schädiger selbst ist aber nicht umsatzsteuerpflichtig; SZ 63/46 (1990).


**Betriebsreservekosten** Die Frage des Ersatzes von Vorsorgekosten des Geschädigten – sog Betriebsreservekosten – stellt sich dann, wenn bspw der Halter eines beschädigten Kfz – zB ein Autobusunternehmer oder Städtische Verkehrsbetriebe – für die Reparaturdauer einen eigenen (häufig dafür angeschafften) Reservewagen einsetzt. – Frage: Treffen den Schädiger im Rahmen seiner Ersatzpflicht auch anteilige Kosten für die Anschaffung und Wartung / Haltung von Ersatzfahrzeugen? – Ja. Die Rspr sprach lange Kostenersatz nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (→ Kapitel 12.E., S. 807) zu; vgl SZ 45/137 (1972) oder SZ 60/65 (1987). Eine Judikaturwende brachte SZ 64/87 (1991) = JBl 1992, 325: Ampelbeschädigung – Polizisten regeln (ersatzweise) den Verkehr.


Der OGH bejahte in dieser E die Ersatzfähigkeit von Verkehrsüberwachungskosten (in Entsprechung zu den hier behandelten Betriebsreservekosten) und stützte sich nicht mehr auf die GoA-Konstruktion; statt dessen Einordnung ins allgemeine Schadenersatzrecht, was vorzuziehen ist.

BEACHT: Hier werden kraft gesellschaftlichen Werturteils finanzielle Aufwendungen zugerechnet, die sogar vor dem Schadenseintritt entstanden sind!


**Ersatz „alt durch neu“** Wird eine **gebrauchte Sache beschädigt** oder **zerstört**, muss oft eine neue Sache angeschafft werden. Die Praxis hat für diese häufige Konstellation den **Abzug „neu für alt“** entwickelt. Ein solcher Abzug erscheint jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn die neue oder reparierte Sache deutlich wertvoller als die alte (geworden) ist. Über die Höhe des Abzugs gehen die Meinungen auseinander. – Mit Gschnitzer (SchRBest<sup>2</sup>) gilt es zu bedenken:

„Auch beim Ersatz alt durch neu ist **nicht kleinlich vorzugehen**. Nicht jeder ‚Mehrwert‘ ist zu vergüten. Das Problem stellt sich nur dann, wenn die neue Sache **wesentlich** mehr wert ist als die alte.“


 *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung 176 ff mwH (1993).

 OGH 13. 11. 2001, 4 Ob 98/01t, JBI 2002, 381: Mieter einer Berghütte („**Waldherrenhütte**“) verursacht durch Kachelofen einen Brand. – OGH zur Schadensbemessung für ein abgebranntes 85 Jahre altes Gebäude: Wird ein zerstörtes Gebäude wesentlich größer und mit anderer Nutzungsaufteilung aufgebaut, können die Kapitalaufwendungen dafür nicht zur Bemessung des Schadenersatzes beim Problem „neu für alt“ herangezogen werden. In solchen Fällen ist vielmehr bei leichter Fahrlässigkeit des Schädigers nur ein an der Restlebensdauer des Gebäudes orientierter anteiliger Wiederherstellungswert zu ersetzen.

- SZ 54/65 (1981): Wird eine alte **Hochspannungsleitung** beschädigt, sind bei Ermittlung des zu ersetzenden Schadens auch die Montagekosten zu ersetzen, allerdings verkürzt um die Abnutzungsquote. Dazu kommen die Kosten für die vorzeitige Erneuerung (Zinsen). – Vgl die weiteren Beispiele bei Gschnitzer, SchRBesT<sup>2</sup> 462 (1988).

 ABBILDUNG: „Wie“ ist Schaden zu ersetzen?; ABBILDUNG: Beweislast und Gehilfenhaftung; ABBILDUNG: Ersatz von Vermögensschäden

## IV. Körperverletzung und Tötung

 *F. Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBI 1965, 173 und 237; – *Ch. Huber*, Fragen der Schadensberechnung (1993); – *Danzl*, Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB, ZVR 1990, 1; – *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999).

### 1. Die einzelnen Tatbestände:

- § 1325 ABGB: **Körperverletzung**
- § 1326 ABGB: **Verunstaltung** (sentschädigung)
- § 1327 ABGB: **Tötung**
- § 1328 ABGB: **Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung**
- §§ 12-14 EKHG

### 2. Die §§ 1325, 1327 ABGB

Zum Schadensbegriff des § 1293 ABGB → A.II.1.

Bei Körperverletzungen und Tötung kommt es parallel zum **Zivilprozess** oder häufig sogar diesem vorgeschaltet zu einem **Strafverfahren**; vgl §§ 75 ff StGB – Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben: § 75 Mord, § 76 Totschlag, § 80 fahrlässige Tötung, § 83 Körperverletzung, § 84 schwere Körperverletzung, § 87 absichtliche schwere Körperverletzung usw.

Unter gewissen Voraussetzungen können bereits im Strafverfahren (privatrechtliche!) Schadenersatzansprüche geltend gemacht und zugesprochen werden; sog Anschluss- oder Adhäsionsverfahren. Regelmäßig wird jedoch im Strafverfahren auf den Zivilrechtsweg verwiesen.

Adhäsionsverfahren

### 3. Was versteht die Rspr unter Körperverletzung?

Körperverletzung ist jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit und Unversehrtheit des Menschen. Es müssen keine äußerlich sichtbaren Verletzungen eingetreten sein, auch nervliche Schädigungen sind Körperverletzungen. Ebenso gilt das für starke Einwirkungen auf die Psyche, wie einen **Schock**; JBI 1989, 41 oder ZVR 1977/54: Unfallschock des Geschädigten.

Nicht ersetzt wurden aber lange **Schockschäden dritter Personen**; zB SZ 44/39 (1971): Frau stirbt an einem Schock, als ihr die Nachricht vom Unfalltod ihres Mannes überbracht wird. Der OGH nahm hier einen nicht erstattungsfähigen Drittschaden an → A.V.2. Vgl aber nunmehr ZVR 1995/46 (Angstneurose eines Kleinkindes):

Schockschäden dritter Personen

Weist ein **Kleinkind**, dessen Mutter bei einem Verkehrsunfall schwer verletzt wurde, und mehrere Wochen im Krankenhaus zubringen musste, auf Grund des gravierenden Trennungserlebnisses massive angstneurotische Symptome auf, die es ohne fachkundige Hilfe nicht bewältigen kann, sodaß von einer bloß geringfügigen psychischen Beeinträchtigung nicht mehr gesprochen werden kann, sondern eine mit Krankheitswert behaftete Gesundheitsschädigung vorliegt, hat es auch Anspruch auf Schmerzensgeld.


Das wurde zunächst so verstanden, dass Dritten (Personen) nur dann ein eigener Schmerzensgeldanspruch als Schadenersatz zustand, wenn diese ein eigenes „Krankheitsbild“ (zB Depression, Neurose) entwickelten; bloße Trauer(arbeit) oder Apathie wurde nicht für ausreichend erachtet. – Auf das in ZVR 1995/46 betroffene Kleinkind trifft das zu.

Das **Kriterium des „Krankheitsbildes“** wurde nunmehr aber aufgegeben. Die seit etwa 10 Jahren feststellbare Bewegung im Grenzbereich zwischen Körperverletzung und immateriellem Schaden hält an.


Das BMfJ plant, im Anschluss an die **Trauerschaden-En** des OGH (zB ZVR 2001/72 → A.IV.8. oder JBl 2001, 660; dazu gleich mehr), die gesetzliche Regelung weiterer immaterieller Schadenersatzansprüche, nämlich:

- bei **seelischer Beeinträchtigung durch Trauer** über den Tod eines nahen Angehörigen (Einfangen der Rspr);
- den Ersatz für **entgangene Urlaubsfreude** (in Anlehnung an EuGH 12. 3. 2002, C – 168/0: Leitner → Kapitel I.C.I., S. 55: Privatrechtsvereinheitlichung-Europäische Rechtsangleichung);
- bessere Entschädigung für **zu Unrecht erlittene Haft**;
- erhöhter Schutz der **Privatsphäre**; zB bei rechtswidrigen Verletzungen durch Abhöreinrichtungen oder durch das Internet oder die widerrechtliche Weitergabe von Daten der Privatsphäre unter Verletzung des Amtsgeheimnisses (zB durch Politiker). – Gedacht ist dabei an eine Mindestgrenze von 1000 €.

Damit sind derartige **Reflexschäden** ersatzfähig geworden und werden nicht mehr als Drittschaden eingestuft.

 *Karner*, Rechtsprechungswende bei Schock- und Fernwirkungsschäden Dritter?, ZVR 1998, 182.

Zur psychischen Kausalität → A.II.2.

 ZVR 1974/20: Auch die **Leibesfrucht** kann körperlich verletzt werden (SZ 52/136 [1979]) und der durch den Unfall ausgelöste **Abortus** ist Körperverletzung.

- Die Judikatur betrachtet auch das eigenmächtige **Abschneiden der Haare** (SZ 47/147[1974]: Friseur schneidet Schönheitsberaterin gegen deren Willen 35 cm ihrer langen Haare ab – Schmerzensgeld) oder des **Schnurrbarts** (GIUNF 3965 [1907]) als Körperverletzung.
- Auch durch **Lärmbelästigungen** kann jemand einen Körperschaden erleiden; vgl JBl 1989, 41: Musikschule in Graz. OGH: Eine psychische Beeinträchtigung, die sich bloß in Unbehagen und Unlustgefühlen äußert, reicht aber nicht aus, um als Körperverletzung anerkannt zu werden.
- OGH 17. 5. 2000, 2 Ob 138/00h, JBl 2000, 729: Ein durch Unfall verletzter **Student** kann den gesamten Verdienstentgang als Schaden geltend machen, der ihm durch den verzögerten Eintritt in das Berufsleben entsteht. Davon ist auch jener Betrag nicht abzuziehen, den er als Unterhalt in dieser Zeit erlangt hat. – Beachte: OGH geht auf die versteckte Dritt-Schadens-Problematik (Unterhaltserbringung durch die Eltern) nicht ein.
- OGH 16. 5. 2001, 2 Ob 84/01v, JBl 2001, 660: Achtjährige Tochter wird von Lkw erfasst und getötet. Vater klagt auf Schadenersatz. – OGH: Ein **Ersatz des Seelenschmerzes** über den **Verlust naher Angehöriger** (sog Trauerschaden), der zu keiner eigenen Gesundheitsschädigung iSd § 1325 ABGB geführt hat, kommt nach Meinung des OGH nur (?) bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Schädigers in Betracht. (Vgl OGH 22. 2. 2001, 2 Ob 79/00g.) – Urteile wie dieses machen deutlich, wie „souverän“ ein Höchstgericht mit dem Gesetz umgeht. Der OGH unterläuft das Prinzip, dass für Körperschäden iSd § 1325 ABGB schon ab leichter Fahrlässigkeit gehaftet wird und nur Vermögensschäden unterschiedliche Verschuldensvoraussetzungen kennen. Das ist weder Auslegung, noch rechtsfortbildende Analogie iSd § 7 ABGB, sondern eine problematische und unsystematische Eigenmächtigkeit des Höchstgerichts, die der Gesetzgeber rasch beseitigen sollte.
- OGH 22. 2. 2001, 2 Ob 79/00g, JBl 2001, 659: Nicht am Unfall seines Sohnes beteiligter **Vater** erleidet einige Zeit nach Erhalt der Todesnachricht **Nervenzusammenbruch** und klagt den Schädiger auf Schadenersatz. – OGH: Der Ersatz von **Schockschäden** (§ 1325 ABGB) mit Krankheitswert, die Dritte durch die **Tötung eines nahen Angehörigen** erleiden, wird grundsätzlich anerkannt; die Rechtswidrigkeit einer solchen Körperverletzung ergibt sich zwar nicht aus dem Schutzzweck der Verhaltensvorschrift, welche die Erstverletzung verhindern will, aber aus der bei Verletzung absolut geschützter Rechte gebotenen Interessenabwägung. Um einer unzumutbaren Ausweitung der Haftung entgegenzuwirken, wird ein Ausgleich des Fernwirkungsschadens nur dann bejaht, wenn die Verletzungshandlung in hohem Maß geeignet

Sog Trauerschäden

erscheint, einen Schockschaden herbeizuführen. Im Fall von Schockschäden naher Angehöriger macht es keinen Unterschied, ob sie durch das Unfallereignis selbst oder die Unfallnachricht bewirkt werden. (Vgl auch OGH 16. 5. 2001, 2 Ob 84/01v).

- OGH 29. 8. 2002, 8 Ob 127/02p, JBl 2003, 118: Lebensgefährtin einer seit 20 Jahren bestehenden **Lebensgemeinschaft** klagt nach dem Tod ihres Lebensgefährten, der nach einer Leistenoperation an postoperativen Problemen (**Darmperforation**) starb auf Schadenersatz. – OGH verneint einen Anspruch nach § 1327 ABGB; dieser umschreibe den Kreis der Anspruchsberechtigten erschöpfend – ein Lebensgefährte gehört, da er keinen gesetzlichen Unterhaltsanspruch hat, nicht dazu. Der **Schmerzensgeldanspruch** nach § 1325 ABGB wird jedoch bejaht. Zu den nahen Angehörigen, die Schadenersatz wegen eines durch eine Todesnachricht erlittenen Schocks mit Krankheitswert verlangen können, gehören auch Lebensgefährten/innen Getöteter.

#### 4. Was ist nach § 1325 ABGB zu ersetzen?

Das Gesetz gliedert den grundsätzlich **kumulativ** zu erbringenden Ersatz in:

- Heilungskosten,
- Verdienstentgang und
- Schmerzensgeld.

Darauf wird idF näher eingegangen. – Zu erinnern ist daran, dass nach § 1325 ABGB **Ersatz** schon **ab leichter Fahrlässigkeit** zu erbringen ist, das Gesetz also – anders als bei Vermögensschäden – keine Staffelung des Ersatzes nach dem Verschuldensgrad kennt.

Der Zuspruch des Ersatzes kann in Form einer einmaligen **Kapitalzahlung** oder einer **Rente** erfolgen, die bei geänderten Verhältnissen anzupassen ist; vgl etwa ZVR 1998/21: Arbeitsunfähigkeit nach einem Verkehrsunfall.

Kapitalzahlung oder Rente

#### 5. „Heilungskosten“

Heilungskosten sind alle Aufwendungen, die durch die Körperverletzung veranlasst wurden und die (anders als die ohne den Unfall erforderlich gewesenen gewöhnlichen Aufwendungen) in der Absicht gemacht wurden, die gesundheitlichen Folgen des Unfalls zu beseitigen oder zu bessern; vgl ZVR 1983/281.

Zu ersetzen ist aber nur der **zweckmäßig gemachte Aufwand**, wozu es bspw auch gehört, dass die Unfallnarben nachträglich durch eine Operation verschönert werden; JBl 1986, 580: Kosmetische Operation.

Zweckmäßig gemachter Aufwand

Ersetzt wird nach § 1325 ABGB nunmehr auch nur der **tatsächlich gemachte Aufwand**. Heilungskosten iS und Betreuungsleistungen sind danach konkret – dh nach den individuellen Umständen – zu berechnen; vgl auch → A.III.4.

Tatsächlich gemachter Aufwand

Hierher gehören auch die Kosten einer unfallbedingten **Vermehrung der Bedürfnisse** des Verletzten. – § 13 Z 3 EKHG führt dies bereits als eigene Ersatzkategorie an: So wenn der Verletzte der Hilfestellung durch dritte Personen bedarf; etwa die Kosten einer Haushalts- oder Pflegehilfe. Auch die Kosten einer Wohnungsadaptierung – behindertengerechte Gestaltung – oder der Einbau eines Liftes sind Heilungskosten; vgl ZVR 1998/26: Behindertengerechte Wohnung. Dasselbe gilt für die Anschaffung eines Pkw mit automatischem Getriebe bei Querschnittlähmung.

Vermehrung der Bedürfnisse



OGH 20. 6. 2002, 2 Ob 103/01p; EvBl 2002/190: Ein Pkw-Fahrer verschuldet einen Zusammenstoß mit einem Motorradfahrer (Vorrangmissachtung), der schwere Verletzungen davonträgt. Während des Aufenthalts im Krankenhaus und später im Reha-Zentrum wird er von Verwandten besucht und von Freunden angerufen. Diese klagen idF die ihnen dadurch entstandenen Aufwendungen (Fahrtkosten etc) vom Schädiger ein. – OGH: Die **Besuchskosten** einer im gemeinsamen Haushalt lebenden Lebensgefährtin sind als **ersatzfähige Heilungskosten** anzusehen; nicht jedoch zB die Kosten für Telefonate von Freunden und Bekannten im In- und Ausland.

Zum Verhältnis von **Heilungskosten** iSd § 1325 ABGB und Voraussetzungen für einen **Pflege(geld)bedarf** hat der OGH jüngst Stellung genommen; vgl EvBl 1999/59:

Heilungskosten und Pflege(geld)bedarf

Danach will das BundespflegegeldG (BPGG) nur jene Personen erfassen, die selbst der Pflege in Form notwendiger Betreuung und Hilfe bedürfen. Kann aber eine Person Verrichtungen des täglichen Lebens ohne die sie der Verwahrlosung ausgesetzt wäre (§ 1 EinstV) und die zur Sicherung der Existenz der eigenen Person erforderlich sind (§ 2 EinstV), noch weitgehend selbst vornehmen, dann besteht kein Pflegegeldbedarf iSd BPGG. Dies auch dann nicht, wenn diese Person in Folge gesundheitsbedingter Einschränkungen zB außer Stande wäre, bestimmte Verpflichtungen gegenüber Dritten – seien diese vertraglicher oder familienrechtlicher Natur, wie die Verpflichtung, den Haushalt für die gesamte Familie zu führen – nachzukommen. (Hier hatte die Klägerin damit argumentiert, dass sie insbesondere nicht mehr in der Lage sei ihren Sohn zu erziehen und zu pflegen.) Derartige Ansprüche müssen demnach über das Schadenersatzrecht geltend gemacht werden, zumal § 1 BPGG klar zum Ausdruck bringt, dass es nur Personen erfassen will, die selbst der Pflege in Form notwendiger Betreuung und Hilfe bedürfen.

## 6. „Verdienstentgang“

Der Verdienstentgang kann – anders als die Heilungskosten und das Schmerzensgeld (die immer nur konkret berechnet werden können) – auf zwei Arten berechnet werden, entweder:

- **konkret** (= Differenz zwischen bisherigem und künftigem Einkommen des Geschädigten) oder
- **abstrakt** (= objektive Minderung / Verringerung der Erwerbsfähigkeit: MdE). – Der Kläger hat sich für eine der beiden Möglichkeiten zu entscheiden.

Verdienst

Verdienstentgang ist wirklicher / positiver Schaden, nicht entgangener Gewinn. – **Verdienst** ist **jeder Arbeiterwerb**, daher auch das Einkommen einer registrierten Prostituierten (SZ 54/70 [1981] = EvBl 1982/37) oder das Nebeneinkommen, auch das eines Pfuschers; vgl. dazu die folgenden Beispiele. Ebenso die Einkommenseinbuße eines Selbständigen oder die Verminderung des Gewinnanteils eines geschäftsführenden Gesellschafters.



SZ 54/70 [1981] = EvBl 1982/37: § 1325 ABGB (§ 879 ABGB): Zum Ersatz des **Verdienstentgangs einer registrierten Prostituierten** bei ihrer Verletzung durch ein Kraftfahrzeug; OGH lehnt Sittenwidrigkeitsargument des Schädigers (§ 879 ABGB) zurecht ab.

- OGH 25.3.1999, 2 Ob 289/97g: Ein **Pfusch** wurde als Beifahrer bei einem Autounfall verletzt. Er klagte die Kfz-Haftpflichtversicherung des Schädigers auf Schadenersatz wegen Verdienstentgangs, da er – unfallbedingt an zumindest 15 Wochenenden – keine Baustellenpfuscharbeiten ausführen konnte. Der OGH gab der Klage statt und sprach für 15 Wochenenden à 5.000 S Verdienstentgang zu.

- ZVR 1998/21: Zur **Berechnung des Verdienstentgangs** – Der Verletzte ist so zu stellen, dass er im Ergebnis netto den gleichen Betrag zur Verfügung hat, wie bei Fortsetzung der Erwerbstätigkeit.

## 7. Die abstrakte Rente

Sonderfall: Abstrakte Rente

Einen Sonderfall des Verdienstentgangs stellt die – seit 1927 in Österreich nachweisbare – Rechtsfigur der **abstrakten Rente** dar, deren Weiterbestand lange gefährdet erschien, nunmehr aber erfreulicher Weise vom OGH jüngst bestätigt wurde; OGH 12.9.2003, 2 Ob 143/03y. Der OGH stellt treffend fest, „dass keine Bedenken bestehen, eine abstrakte Rente gegen die – soweit überblickbar – seit ihrer ‚Erfindung‘ im Jahre 1881 bis zum Jahre 1984 (Erscheinungsjahr des zweiten Bandes des Kommentars von Rummel mit Kritik von Reischauer) keine grundsätzlichen Einwände erhoben wurden, jedenfalls in den engen Grenzen der bisherigen Rechtsprechung aufrecht zu erhalten“.



Zu Entstehung und künftiger Entwicklung: A. Wittwer, Das Ende der abstrakten Rente? Gedanken zur Minderung der Erwerbsfähigkeit ohne Verdienstentgang, JAP 1999/2000, 156.

Die abstrakte Rente ist eine Schöpfung der judikativen Praxis. Sie wurde von der Rspr zum dtRHG 1871 und idF vom Reichsversicherungsamt (RVA) der deutschen Arbeiterunfallversicherung entwickelt, ehe sie in Österreich übernommen wurde; SZ 9/85 (1927). Vgl *Barta*, Kausalität im Sozialrecht I 609 FN 112 (1983). Vgl dazu nunmehr insbesondere auch A. Wittwer: Literatur.

Voraussetzungen

Wird der Verdienstentgang abstrakt – dh hier: unabhängig von einem konkret eingetretenen (Verdienstentgangs)Schaden – berechnet, spricht man von abstrakter Rente. Sie wurde vom OGH jahrzehntelang unter folgenden Voraussetzungen (vorbildlich) zugesprochen:




- Es muss (durch den Unfall / die Verletzung) objektiv-abstrakt zu einer **Minderung der Erwerbsfähigkeit** (MdE) gekommen sein, auch wenn dies zunächst zu keiner konkreten Einkommensminderung (MdE) führte;
- es muss ein **Dauerschaden** entstanden und zudem
- eine **Einkommensminderung in der Zukunft wahrscheinlich** sein [, wofür den Geschädigten die Beweislast trifft; vgl SZ 70/220 (S. 589): 1997].

Diese Kriterien für das Erlangen einer abstrakten Rente stimmten (bisher) im Wesentlichen mit den Tatbestandsvoraussetzungen des § 1326 ABGB (Verunstaltungsschädigung) überein; dazu → A.IV.9. Eine Gleichbehandlung beider Anspruchsgrundlagen erscheint ratsam.

Während das dritte Kriterium – wie bei der Verunstaltungsschädigung (!) – von der Rspr bislang nicht sehr streng geprüft wurde, wurde es vom OGH seit etwa 10 Jahren, offenbar einer unglücklichen Anregung Reischauers (ZVR 1993/165: Werkzeugmacher) folgend, strikt geprüft, was in SZ 70/220 zur Abweisung des Anspruchs führte. Die Unterinstanzen hatten noch iSd bisherigen Judikatur entschieden. – Ein Weiterführen dieser (nicht überzeugenden) Rspr hätte das Rechtsinstitut gefährdet; Ch. Huber sprach daher in Bezug auf diese E anschaulich vom „Totenglöcklein der abstrakten Rente“. In letzter Konsequenz bedeutet diese Rspr – vgl auch die unten angeführte E des OGH, JBI 2003, 242 – eine unbillige Entlastung des Schädigers und eine auf einer verfehlten Ökonomisierung beruhende Missachtung der körperlichen Unversehrtheit, was nicht Aufgabe der Rspr und des Schadenersatzrechts sein kann. Umso erfreulicher ist es, dass der OGH „seine“ langjährige Rspr nunmehr gegen eine nicht überzeugende Kritik verteidigt hat; 12.9.2003, 20b 143/03y.

Überlegenswert wäre es allenfalls auch gewesen, die bisherige Entschädigung aus dem Titel „Schmerzensgeld“ iVm § 1326 ABGB zuzusprechen, den Entschädigungsanspruch also auf eine neue Basis – iS einer Pauschalabgeltung eines erlittenen Dauerschadens und erlittener Unbill – zu stellen. – Eine gewisse Abhilfe (bei Fortführung der Rspr) hätte auch das Geltendmachen solcher Schäden als Spät- oder Folgeschäden darstellen können → A.I.6.

 OGH 5. 6. 2002, 2 Ob 133/02a, JBI 2003, 242 (Anm Faber): Der Kläger wird als **Beifahrer eines PKW** bei einem Unfall schwer verletzt und trägt eine 20%ige Minderung seiner Erwerbsfähigkeit davon. Er begehrt von der Haftpflichtversicherung eine monatliche abstrakte Rente von 2.260 S. – OGH lehnt dies – in Übereinstimmung mit der zuletzt restriktiven Rspr zur **abstrakten Rente** – ab. OGH 12.9.2003, 2 Ob 143/03y.

Die abstrakte Rente bildete nach der Rspr eine **Ausnahme für Härtefälle**, weil andernfalls der Verletzte trotz erlittenen Dauerschadens zunächst leer ausginge, wenn (unmittelbar) kein ziffernmäßig (konkret) erfassbarer Verdienstentgang eintritt.

Die abstrakte Rente erfüllt daher sowohl eine

- **Sicherungs-**, wie eine
- **Ausgleichs-** oder **Erschwernisfunktion** für die Zukunft,

weil damit zu rechnen ist, dass Verletzte durch die Verletzung künftig bei der Arbeitsplatzsuche gegenüber gesunden Mitbewerbern benachteiligt sind (erhöhtes Risiko der Arbeitslosigkeit) und weil sie zudem den erforderlichen Arbeitserfolg (im Vergleich mit nicht versehrten Berufskollegen) nur durch eine körperliche und geistige Mehranstrengung erzielen können, wodurch die Gefahr besteht, dass ihre Arbeitskraft schneller verbraucht wird. Dieser Aspekt wurde vom OGH zuletzt nicht mehr hinreichend beachtet. Er erscheint aber aktueller denn je.

Die zugesprochene Rente soll Verletzte ua in die Lage versetzen, sich für die Zukunft durch Rücklagen einen **Deckungsfonds** für künftige Ausfälle zu bilden; aber auch andere Möglichkeiten stehen offen. – Bei einer Umstellung der Entschädigungsgrundlage auf Schmerzensgeld wäre, was zuletzt auch unbeachtet blieb, wäre die erhöhte Anstrengung und das Bewusstsein möglicher künftiger „Probleme“ stärker zu berücksichtigen gewesen.

Die Rspr (vgl ZVR 1984/48 – OLG Ibk) lehnt auch die **Aufwertung einer abstrakten Rente** bei nachträglicher Steigerung des Erwerbseinkommens des Geschädigten ab, gleichgültig ob die Steigerung in einer erhöhten Arbeitsleistung, einer Verbesserung des Einkommens durch sozialen Aufstieg oder in einer Anpassung des Einkommens an die Geldentwertung ihre Ursache hat. Dies mit

Funktion

Deckungsfonds

Aufwertung?

dem Argument, dass die Umstandsklausel des § 901 ABGB (im Gegensatz zu § 1327 ABGB) hier nicht gelte. Darüber hinaus wird in dieser E die Sicherungsfunktion zu eng verstanden. – Diese Rspr-Position überzeugt nicht, zumal unbeachtet bleibt, dass es sich bei Schadenersatzleistungen um Geldwert- und nicht Geldbetragsschulden handelt → Kapitel 7.A.III.12., S. 427.

#### Rentenberechnung nach der Piegler'schen Formel

Die Rspr wendet zur Rentenberechnung in grundsätzlicher Anlehnung an § 273 ZPO die sog **Piegler'sche Formel** an: Danach wird als abstrakte Rente die Hälfte des Prozentsatzes der Minderung der Erwerbsfähigkeit / MdE gewährt.

Vgl aber schon GIU 8512 (1881: eine genaue und sorgfältig begründete E – § 7 ABGB!), nach deren Sachverhalt der zweijährige Knabe A, der im Hofe des väterlichen Hauses mit anderen Kindern gespielt hat, vom 14jährigen B, der „aus Muthwillen mit einem Hammer ein Zündhütchen zerschlagen [habe], von welchem ein Stück in das linke Auge des A geflogen sei“, was zu dessen Erblindung geführt habe. Der OGH stellte in Bezug auf Kinder und sonstige nicht im Erwerbsleben stehende Personen fest, dass dann, wenn nach der allgemeinen Lebenserfahrung schon zum Urteilszeitpunkt feststehe, dass der Geschädigte in seinen künftigen Erwerbsmöglichkeiten beeinträchtigt sei, eine „abstrakte Schätzung Platz zu greifen habe“, weil der Geschädigte „geringere Aussichten auf künftigen Erwerb habe“. – Vgl auch GIU 10.141 (1884): Einem 17jährigen wird das rechte Auge „ausgeschossen“.



EvBl 1966/355: Maurer erleidet **Kahnbeinbruch** an rechter Hand, der zu einer Arthrose und in der Folge Arbeitsbehinderung führt. Angenommenes monatliches Durchschnittseinkommen 2.750 S, durchschnittliche MdE 17,5%, zugesprochene monatliche Rente ca 250 S, d.s. etwa 9% der MdE.

- RZ 1982/9: Verletzung eines **Hoteldirektors mit Reitbetrieb**. Monatseinkommen 21.200 S, MdE 30%, zugesprochene Rente ca 3.000 S.

- SZ 9/85 (1927): **Unfall beim Heuabladen**: Bauernsohn wird beim Heuabladen durch Unachtsamkeit eines Mitarbeiters mit der Heugabel ein Auge ausgestochen. Abstrakte Rente wird zuerkannt, obwohl der Verletzte bei seinem Vater arbeitete und ein Lohnausfall „derzeit“ nicht eintrat. 1927 herrschte große Arbeitslosigkeit, was die „Sensibilität“ des OGH verständlich macht! – Dies ist die erste österreichische E zur abstrakten Rente.

- Vgl ferner SZ 26/67 (1953): Schwere Schädelverletzung und unfallbedingte **Erblindung** an einem Auge.

- SZ 19/78 (1937): Kontoristin wird als Radfahrerin von Mühlkreisbahn zwischen Linz und Ottensheim niedergestoßen und verliert **zwei Finger der linken Hand**.

- JBl 1953, 49: Kläger (Radfahrer) verliert durch einen bei einer Treibjagd abgegebenen Schuß sein **linkes Auge**;

- **Näherin in einer Textilfabrik** wird bei einem Unfall schwer am rechten Bein verletzt; Dauerschaden. Sie kann die Nähmaschine nur mit erhöhtem Kraftaufwand bedienen.



*Piegler*, Versicherungsrecht 1965, 103 und derselbe, Die „abstrakte Rente“, Forschung und Praxis der Begutachtung, 1971/7, 31.; – *V. Steininger*, Minderung der Erwerbsfähigkeit ohne Verdienstentgang, in: FS W. Wilburg 181 (1965); – *A. Wittwer*, Das Ende der abstrakten Rente? Gedanken zur Minderung der Erwerbsfähigkeit ohne Verdienstentgang, JAP 1999/2000, H. 4, 156 ff.; – derselbe, Zum Comeback einer Rechtsfigur - Die abstrakte Rente lebt weiter! Zugleich eine Bespr der E des OGH vom 12.9.2003, 2.Ob 143/03y, in: ZVR 2004.



ABBILDUNG: Abstrakte Rente (1) bis (4)

## 8. Schmerzen(s)geld



*Danzl / Gutiérrez-Lobos / Müller*, Das Schmerzensgeld aus medizinischer und juristischer Sicht (mit CD-ROM, 20038): Es enthält Verletzungs- und Geldersatz'tabellen'. Ein Buch zum Ansehen in der Bibliothek! – *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999); – *Koziol / Karner*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform (15. ÖJT/Bd II/1, 2003).

Geregelt ist der Ersatz von Schmerzensgeld in § 1325 ABGB und der Parallelregelung des § 13 Z 4 EKHG.

#### Was ist das Schmerzen(s)geld?

Die Rspr versteht das Schmerzensgeld heute nicht mehr als Strafe, Sühne oder Buße für die Verletzung, sondern als echten Schadenersatz und zwar als Ersatz ideellen / immateriellen Schadens,

der im Zusammenhang mit einer Körperverletzung – als selbständige Kategorie – entsteht. Der Schmerzensgeldanspruch mindert sich daher bei Mitverschulden des Verletzten.

Es würde aber dem Verständnis und der Funktion von Schmerzensgeld keinen Abbruch tun, im Bedarfsfall auch ein **pönales Element** – das über § 1326 ABGB hinausgeht – zur Verfügung zu haben. Der Spielraum würde dadurch größer; möglicher Regelungsort: § 1326 Abs 2 ABGB. Darin läge ein moderater Schritt in Richtung eines präventiven Strafschadenersatzes im Bereich der Personenschäden.

Schmerzensgeld soll alle **Schmerzepfindungen abgelten** und zwar solche körperlicher und seelischer Art; es schließt auch das Bewusstsein eines allfälligen Dauerschadens und die Gefahr der Verschlechterung für alles Ungemach aus der Verletzung, abgesehen von der Schädigung des Erwerbslebens, ein. Es soll einerseits **Unlustgefühle** ausgleichen und andererseits gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschaffen.

Funktion

Zur Möglichkeit die bisher als abstrakte Rente zugesprochene Entschädigung als Komponente des Schmerzensgeld- oder Verunstaltungsanspruchs zuzusprechen → A.IV.7.

Bewusstlosigkeit schließt Schmerzensgeld ebenso wenig aus, wie Körperverletzungen, die keine Schmerzen verursachen: zB SZ 47/147 (1974): Abschneiden der Haare; und gleiches gilt bei völligem Verlust des Schmerzepfindens (OGH 11.3.1999, 2 Ob 192/97t). – Schmerzensgeld gebührt auch bei **Freiheitsentzug** (§ 1329 ABGB; JBl 1982, 263: Rechtswidriges Einsperren und Vergessen in Vorarlberger Gemeindefestnahme), psychischer Beeinträchtigung (etwa Schock- und Verwirrungsschäden) oder ärztlichen Behandlungsfehlern oder einwilligungsloser medizinischer Behandlung → Kapitel 10.B.III.3., S. 685.

Bewusstlosigkeit


Diese En zeigen ebenso wie die novellierte Bestimmung des § 1328 ABGB (Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung), dass im Ersatz von Schmerzensgeld auch der Gedanke der Genugtuung bei **Verletzung der personellen Selbstbestimmung und verlorener Lebensfreude** steckt. Das mag das Abschneiden der Haare, einen unerlaubten Freiheitsentzug oder eine Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung betreffen. – Kein Schmerzensgeld spricht die Rspr aber bspw für belästigende Geruchsimmissionen zu; vgl EvBl 1983/82 → Kapitel 8.A.IX., S. 516. Zuerkannt wurde Schmerzensgeld aber einem Mieter, der durch Schimmelbefall seiner Wohnung, Bronchitis und weitere Gesundheitsbeeinträchtigungen erlitten hatte. (Ein Bauphysiker hatte festgestellt, dass der Schimmel von der pfuschmäßigen Behebung eines Rohrbruchs durch den Vermieter stammte.)


Die europäischen Länder sprechen – im Vergleich zu den USA – Schmerzensgeld nur moderat, also in begrenzter Höhe zu. Der bisherige Höchstzuspruch durch ein österreichisches Gericht betrug 1997 1,750 Mio S und erhöhte sich 2002 auf 3 Mio S (~ 218.000 €); in Deutschland lag dieser Betrag 1997 bei ca 4 Mio S (~ 290.690 €).

Europäischer Vergleich

	Schmerzensgeld	Ersatz für seelische Schmerzen bei Verlust naher Angehöriger
Spanien	1.803.036	nicht bekannt
Deutschland	357.904	35.790
Irland	317.435	9.523
Italien	258.228	77.469
Belgien	173.525	24.789
Niederlande	136.134	0
Österreich	127.177	21.802
Schweden	120.000	3.000
Schweiz	78.950	52.635
Frankreich	45.735	30.490
Portugal	6.484	6.484
Griechenland	4.402	1.174

Tabelle 9.3: Maximale Schmerzensgeldsummen in €

 Beispiele ua aus *Jarosch / Müller / Piegler / Danzl* (1994), jetzt *Danzl / Gutierrez-Lobos / Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht (1998<sup>7</sup>)

 **3 Mio S** (= 218.018 €) gemäß § 1325 ABGB bei durch **Geisterfahrerunfall** schuldlos schwerst verletztem erst 21-jährigem Mann; hohe Querschnittssymptomatik mit Lähmung des Rumpfes und aller vier Extremitäten, weiters Lähmung des Atemnervs mit Notwendigkeit, bis an sein Lebensende künstlich beatmet zu werden, verbunden auch mit daraus resultierender und bewusst erlebter ständiger Todesangst; OGH 18.4.2002, ZVR 2002/66 bisher höchster Schmerzensgeldanspruch.

- **1,5 Mio S** zuzüglich **300.000 S** für Misshandlung (§ 1326 ABGB): der Verletzte war ein 23-jähriger **iranischer Asylwerber**. Verletzungen: Gehirnerschütterung; Bruch des 3. Halswirbelkörpers mit Verrenkung zwischen dem 3. und dem 4. Halswirbelkörper mit sofortiger hoher Rückenmarksquerschnittsläsion; komplette Lähmung der oberen und unteren Extremitäten sowie komplette Blasen- und Mastdarmlähmung; Dekubitalgeschwüre, ständige Pflege in Spital notwendig. – Schmerzen: Keine Schmerzempfindung in den gelähmten Körperteilen, jedoch schmerzhaft Muskelzuckungen; ständig schwerste psychische Beeinträchtigungen: OGH 9.12.1993, 2 Ob 65/93.

- **1 Mio S** zuzüglich **150.000 S** für Misshandlung (§ 1326 ABGB): Verletzter: Pensionist; 2 tiefe Rissquetschwunden am Kopf, Schädelhirnverletzung, offener Bruch des rechten Unterschenkels, Prellung des Brustkorbs mit Lungenprellung, Dauerfolgen; (Schmerzen: unbekannt); 11 Monate Spitalsaufenthalt: OGH 27.2.1991, 2 Ob 7/91.

- **800.000 S** (= 58.138,27 €) Schmerzensgeld für **Mountainbiker**, der auf einer Forststraße durch über die Straße gespanntes Drahtseil zu Sturz kommt, was eine Querschnittslähmung zur Folge hat (ein Drittel Mitverschulden); OGH 30.1.2003, s Ob 314/02v.

- **400.000 S**: 14-jährige Schülerin, Gehirnerschütterung, Oberschenkelbiegebruch rechts, zweigradiger offener Unterschenkelstückbruch rechts, ausgedehnte Hautnekrosen sowie mehrfache Rissquetschwunden an rechten Unterschenkel. Narbenbildung, rechtes Bein 1,5 cm verkürzt; mehrere Operationen, Schmerzen: 19 Tage starke, 3 Wochen mittelstarke, 14 Wochen leichte, Todesängste wegen der Operationen, Unlustgefühle wegen Einengung der Bewegungsfreiheit, der Unfähigkeit Sport zu betreiben und zu gewissen Berufen: OGH 28.10.1993, 2 Ob 46/93.

- **100.000 S** Schmerzensgeld (**Trauerschaden**): Die Klägerin litt wegen des Unfalltodes ihres Sohnes unter erheblichen seelischen Beschwerden, die Krankheitswert erreichten und einer medizinischen Behandlung bedurften. Für die mit der Psychose der Klägerin zusammenhängenden Beschwerden, die aller Voraussicht nach auch weiterhin bestehen bleiben, sei der geltend gemachte Betrag von 100.000 S angemessen: OGH 16.5.2001, ZVR 2001/72.

- **50.000 S**: Unfall eines minderjährigen Mädchens; offener Unterschenkelbruch, Gehirnerschütterung, Bluterguss über dem linken Auge, Schmerzen: 4 Tage starke, 4 Tage mittelstarke, 20 Tage leichte und nicht unerhebliche seelische Beeinträchtigung: OLG Graz, 15.1.1993.


#### Rechtsnatur des Schmerzensgeldanspruchs

Schmerzensgeld wurde bisher nach ABGB nicht „automatisch“ zugesprochen, es musste „verlangt“, also gefordert werden, worunter idR gerichtliches Geltendmachen verstanden wurde. Das EKHG (§ 12 Abs 1) und andere Haftpflichtgesetze kannten diese Tatbestandsvoraussetzung aber schon lange nicht mehr. Daher sprach der OGH nunmehr den Worten des § 1325 ABGB „**auf Verlangen**“ eine eigenständige normative Bedeutung ab; vgl SZ 69/217 = EvBl 1997/19: dazu gleich unten.

#### Abtretbar, vererbbar, verpfändbar und pfändbar

Der Schmerzensgeldanspruch wurde lange als **höchstpersönlicher Natur** angesehen. Seit EvBl 1997/19 werden Schmerzensgeldansprüche aber nicht mehr als höchstpersönliche Ansprüche verstanden, sondern als ganz **normale Schadenersatzansprüche**. Wie diese sind daher nunmehr auch Schmerzensgeldansprüche ohne weitere Voraussetzungen **abtretbar, vererbbar und verpfändbar**. Vererblich war ein Schmerzensgeldanspruch bisher erst nach (noch bei Lebzeiten) erfolgter gerichtlicher Geltendmachung oder vertraglicher Anerkennung. – Dasselbe galt bis 1991 für die **Pfändung** eines Schmerzensgeldanspruchs; geändert durch BGBl 1991/628, EO-Nov. Seit der EO-Nov 1991 besteht für Schmerzensgeldansprüche kein exekutionsrechtlicher Pfändungsschutz mehr; Schmerzensgeldansprüche sind also nunmehr mit ihrer Entstehung (d.i. das Auftreten von Schmerzen!) **pfändbar**. – Nach neuer Rspr sind Schmerzensgeldansprüche nun auch unabhängig von ihrer Geltendmachung noch zu Lebzeiten des Verletzten **vererblich**, was von Bedeutung ist, wenn der beim Unfall Verletzte, an den Unfallfolgen stirbt, bevor sein Anspruch gerichtlich geltend

gemacht oder vertraglich anerkannt werden konnte. Auch diese Rspr-Änderung wurde durch den Sachverhalt der E EvBl 1997/19 bewirkt.

 EvBl 1997/19 = SZ 69/217 (1996) – Sachverhalt: Anlässlich einer **Grillveranstaltung in einem Linzer Kindergarten** der Beklagten am 27.6.1994 hatte die Kindergartenhelferin versucht, das Grillfeuer mit Brennspritus anzufachen. Dabei entwickelte sich explosionsartig eine Stichflamme, welche die 6-jährige Tochter der Kläger erfasste und schwerste Brandverletzungen verursachte. Das Kind starb am 21.7.1994. Die Kindergartenhelferin wurde wegen des Vergehens der fahrlässigen Tötung nach § 81 Z 1 StGB rechtskräftig verurteilt. Der Nachlass des Kindes wurde seinen Eltern je zur Hälfte eingantwortet. Die Kläger begehren für die von ihrer Tochter erlittenen Schmerzen ein Schmerzensgeld von je 150.000,? S. In dem einmonatigen Todeskampf ihres Kindes hätten sie [als dessen gesetzliche Vertreter] nicht daran gedacht, Schmerzensgeldansprüche gerichtlich geltend zu machen. Nach einhelliger Auffassung der Lehre sei der Anspruch auf Schmerzensgeld auch unabhängig von einer solchen Geltendmachung vererblich. Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und verwies auf die bisherige stRspr des OGH, wonach ein Schmerzensgeldanspruch mangels rechtzeitiger Geltendmachung nicht vererblich sei. Das Erstgericht erkannte mit Zwischenurteil die Klageforderungen als dem Grunde nach zu Recht bestehend. Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren ab. Der OGH stellte das Zwischenurteil des Erstgerichts wieder her.

Dieses Urteil lehrt uns, dass auch jahrzehntelang gefestigte Rspr-Positionen des OGH dann revidiert werden, wenn ein eindringlicher Sachverhalt dies nahelegt. Die Kritik des Schrifttums allein vermag dies oft nicht.

Die **Festsetzung der Schmerzensgeldhöhe** erfolgt durch das Gericht. Es soll nicht tageweise oder nach Zeitpunkten oder Zeiträumen zugesprochen, sondern mit einer **Globalsumme** als Kapitalbetrag abgegolten werden. Teilabfindungen sind aber möglich. – Obwohl das Gesetz keine Taxen kennt, haben sich in der Praxis für die Berechnung **Tagessätze** entwickelt; s. Tab. Das Evidenzbüro des OGH führt eine **Schmerzensgeldtabelle** und ein chronologisches Aktenregister mit Informationen zum jeweiligen Fall.

**Festsetzung der Schmerzensgeldhöhe**


Schmerzen	leichte	mittlere	starke	qualvolle
OLG Graz	110	150-200	250-300	350-400
OLG Innsbruck	keine Angaben			
OLG Linz	keine Angaben			
OLG Wien	100	200	300	
LG Eisenstadt	90	180	270	
LG Feldkirch	100	175	250	
LGZ ZRS Graz	110	150	190	
LG Innsbruck	90-110	130-180	180-250	
LG Klagenfurt	100-110	200-220	300-330	
LG Linz	100	200	350	
LG Salzburg	90-100	150-200	200-300	
LG St. Pölten	100	200	300	

Tabelle 9.4: Schmerzensgeldsätze in Österreich

Diese Schmerzensgeldtabelle stellt bloß eine Berechnungshilfe und keine Berechnungsmethode dar!

*Auszug aus: Hartl, AnwBl 2003, 240. Stand: 2003*

BEISPIEL: Ein spektakulärer „Schmerzensgeldfall“ ereignete sich im Herbst 1995 im AKH-Wien, wo einem Patienten – er wurde mit einem anderen verwechselt – versehentlich beide Hoden entfernt wurden. Der zuerkannte höhere Betrag wurde aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nicht bekannt gegeben.

 OGH 9. 8. 2001, 2 Ob 173/01g, JBl 2002, 252: OGH führt aus, unter welchen Voraussetzungen ein Schmerzensgeldanspruch bei **Schleudertrauma** im anhängigen Verfahren erhöht werden kann. – Interes-

sante Ausführungen zur Funktion des Schmerzensgeldes.

**Verjährung** Schmerzensgeldansprüche verjähren als Schadenersatzansprüche nach § 1489 ABGB → A.I.6. – Anders ist das, wenn bereits ein Feststellungsurteil darüber vorliegt. Feststellungsurteile legen die davon berührten Grundlagen des Schadenersatzanspruchs ohne zeitliche Begrenzung fest und schließen die Verjährung von Folgeschäden für die Dauer von 30 Jahren ab Rechtskraft aus (Judikatschuld); JBl 1999, 605.

**Arbeitsunfälle** Bei Arbeitsunfällen (§ 175 ff ASVG) sind für Körperverletzungen insbesondere die §§ 332 ff ASVG zu beachten: Legalzessionsnorm → Kapitel 12.F.IV.1., S. 821. Schmerzensgeld wurde nach dem SVG grundsätzlich ausgeschlossen. Es gibt aber seit einigen Jahren einen (unzureichenden) Ansatz in diese Richtung; § 213a ASVG: sog **Integritätsabgeltung** für schwere Dauerschäden. – Anzustreben ist eine Gleichstellung mit dem bürgerlichen Recht.

### 9. § 1326 ABGB – Verunstaltungsentschädigung

Neben dem ABGB treffen auch Sonderhaftpflichtgesetze – zB § 13 Z 5 EKHG – derartige Regelungen. Sie sind für das Verständnis des § 1326 ABGB zu berücksichtigen. – Ansprüche nach § 1326 ABGB können kumulativ mit solchen nach § 1325 ABGB (insbesondere Schmerzensgeld) zugesprochen werden; ZVR 1986/77 = EFSIlg 48.658. Die Verunstaltungsentschädigung ist Ersatz für eine verminderte (objektive) Chance im Erwerbsleben, also für einen wahrscheinlich in Zukunft eintretenden **Vermögensschaden** (!) und nicht (wie das Schmerzensgeld) für einen immateriellen Schaden; EFSIlg 51.503 (1986) und ZVR 1992/79. Wie bei der abstrakten Rente (→ A.IV.7.) kann auch hier eine abstrakte Berechnung des Schadens vorgenommen werden; EFSIlg 33.775 (1979). – „Besseres Fortkommen“ (Gesetzestext) bedeutet ebenfalls nicht einen konkreten Verdienstentgang, sondern es genügt die Wahrscheinlichkeit einer Behinderung des Fortkommens; EFSIlg 57.010 (1988). – Auch hier ist der Zuspruch einer Rente ebenso möglich wie eine einmalige Kapitalzahlung.

Wertungsgleichheit mit der abstrakten Rente

BEACHT: Auf die weitgehende **Wertungsgleichheit** dieser Vorschrift mit den Zielsetzungen der **abstrakten Rente** wurde hingewiesen. Es ist also auch hier – wie bei der abstrakten Rente – zu fordern, sich mit einfacher Wahrscheinlichkeit zu begnügen, wie das die Rspr früher getan hat.

Lebensanschauung

Der Begriff der „Verunstaltung“ ist nach der **Lebensanschauung** zu verstehen, nicht nach medizinischen Gesichtspunkten; ZVR 1987/70.

Berechnungszeitpunkt

Berechnungszeitraum ist – wie beim Schmerzensgeld – grundsätzlich der Schluss der Verhandlung erster Instanz; eine Neubemessung bei Hervorkommen weiterer Unfallfolgen ist aber möglich; EFSIlg 36.193 (1981/41). Vgl das extensive Verständnis in EvBl 1988/6: Ein Anspruch wegen **verminderter Heiratsaussichten** kann auch entstehen, wenn Geschehensabläufe nach dem Schadenszeitpunkt, jedoch nicht unabhängig von der Schadensursache auftreten; wenn also eine Ehe etwa deshalb geschieden wird, weil der Ehegatte des Unfallopfers sie wegen der an seinem Partner aufgetretenen körperlichen und seelischen Unfallfolgen nicht mehr fortführen will. – Ein Verletzter muss sich nach § 1326 iVm § 1304 ABGB (Schadensminderungs- oder Rettungspflicht → A.II.3.), nur dann einer plastischen Operation unterziehen, wenn ihm ein solcher Eingriff zumutbar ist; SZ 36/37 (1963).

BEISPIEL: Beeinträchtigung des äußeren Aussehens, Beinverkürzung, Ungeschicklichkeit der Hände oder Beine durch eine Hirnverletzung; hinkender Gang; auffallende Heiserkeit; Verlust eines Auges; Armlähmung; Verlust von Fingergliedern; Gesichtsnarben; Sprachstörungen; Taubheit; Harninkontinenz etc.

Die Verunstaltungsentschädigung kennt bereits Platon (Nomoi IX 878 b-d). Dort findet sich auch der Fall eines Drittschadenersatzes (zugunsten des Staates), wenn durch die einem Bürger zugefügte Verletzung dieser unfähig wird, „seinem Vaterland gegen die Feinde beizustehen“.

## 10. Tödliche Körperverletzung

„Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so müssen nicht nur alle Kosten [§ 1325 ABGB!], sondern auch den Hinterbliebenen [zB den Kindern oder Frau / Mann, allenfalls auch Eltern], für deren Unterhalt der Getötete zu sorgen hatte, das, was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden“; § 1327 ABGB.

§ 1327 ABGB gewährt neben den auch hier zu ersetzenden Kosten nach § 1325 ABGB (Heilungskosten etc) insbesondere originäre Ansprüche auf (Schaden)Ersatz entgangener tatsächlicher **Unterhaltsleistungen**; korrekt aber keinen Unterhaltsanspruch. Daher besteht kein Anspruch nach § 1327 ABGB, wenn zB die Ehefrau auf ihren Unterhalt verzichtet hatte; ZVR 1974/91.


§ 1327 ABGB

Der Verschuldensgrad ist für den Ersatzanspruch – wie nach § 1325 ABGB – nicht entscheidend. Die Rechtsfolgen des § 1327 ABGB greifen ab leichter Fahrlässigkeit. – Bei **Mitverschulden des Getöteten** steht den Hinterbliebenen nur ein um das Mitverschulden reduzierter Teilanspruch zu. – Der Ersatz Hinterbliebener erfolgt regelmäßig in Form einer **Rente**. Nur aus besonderen Gründen wird ein kapitalisierter Gesamtbetrag zugesprochen. Die Rente ist für jeden Berechtigten gesondert festzustellen (zB für Kinder: §§ 140 f, 182a ABGB und die Witwe: § 75 EheG) und die einzelnen Ansprüche haben nach Höhe und Dauer ihr eigenes rechtliches Schicksal.

Verschuldensgrad

Durch den Hinweis auf die gesetzliche Unterhaltspflicht in § 1327 ABGB wird der Kreis der Unterhaltsberechtigten, nicht das Ausmaß der Ersatzpflicht bestimmt. Es muss sich aber um eine primäre oder subsidiäre **gesetzliche Unterhaltspflicht** gehandelt haben, die aktuell gewesen ist. Ein bloß vertraglicher Unterhaltsanspruch verschafft keinen Anspruch nach § 1327 ABGB. Dasselbe gilt für freiwillige Zahlungen ohne gesetzliche Unterhaltsverpflichtung.

Anspruchsberechtigter Personenkreis


 JB 189 (1909): Der Anspruch nach § 1327 ABGB steht außer der **Frau** und den **Kindern des Getöteten** allen Personen zu, denen dieser auf Grund des Gesetzes zur Leistung von Unterhalt verpflichtet war.

- Den **Eltern** (§ 143 ABGB) Getöteter steht dann ein Anspruch zu, wenn diese nicht imstande sind, sich selbst zu erhalten; vgl EFSIlg 57.027. (Eltern können zB die Haftungsfeststellung des Schädigers für künftige Schäden mit einer Feststellungsklage begehren, auch wenn sie derzeit nicht bedürftig sind.) – Der Anspruch steht auch dem **unehelichen Kind** des getöteten Vaters zu und natürlich auch der **außerehelichen Mutter**.

- Der **Ehemann der getöteten Frau** (§ 94 ABGB) hat Anspruch auf Ersatz des Entgangs der von ihr für den Haushalt geleisteten Arbeiten; vgl EFSIlg 63.271. Ein solcher Anspruch besteht unabhängig davon, ob zB der Witwer Auslagen für eine Ersatzkraft nachweisen kann; EvBl 1993/65.

Der Anspruch auf entgangenen Unterhalt besteht so lange und in dem Umfang, als der Getötete nach dem Gesetz für den Unterhalt des/der Hinterbliebenen zu sorgen gehabt hätte. Eine Rente wird grundsätzlich für die **wahrscheinliche Lebensdauer des Getöteten** zugesprochen. Die **Beweislast** dafür trifft den Anspruchswerber.

Dauer und Umfang der Ansprüche

 SZ 36/132 (1963): Wegen wesentlicher **Geldentwertung** kann ein nach § 1327 ABGB Anspruchsberechtigter eine Erhöhung seiner Rente begehren. Ein Anspruch im Urteil eine bestimmte Indexsicherung vorzunehmen wird jedoch von der Rspr abgelehnt, obwohl diese die Rechtssicherheit fördern und entlastend wirken würde. Für den Rentenanspruch gilt grundsätzlich die *clausula rebus sic stantibus* (Umstandsklausel).

- SZ 71/5 (1998): Bemessung einer **Hinterbliebenenrente** nach § 1327 ABGB wegen **unvorhersehbaren Änderungen**; solche Umstände lassen den Fristenlauf neu beginnen. – Zur Verjährung von Schadenersatzansprüchen → A.I.6.

Zu ersetzen sind „**alle Kosten**“ iSd § 1327 ABGB. Das sind nur jene Kosten, die mit dem Tod in einem adäquaten Zusammenhang stehen. Die in § 12 Abs 1 Z 1-4 EKHG aufgezählten Kosten, sind auch solche des § 1327 ABGB. Das sind neben den auch in § 1325 ABGB angeführten „Kosten“ auch „die Kosten aus einer Vermehrung [der] Bedürfnisse [des Verletzten]“ (Z 3) sowie nach Z 5 „die Kosten angemessener Bestattung“. Der Anspruch auf Ersatz der Bestattungskosten steht demjenigen zu, „der sie zu tragen verpflichtet ist oder sie tatsächlich getragen hat“ (Z 5). – Nicht ersetzt werden aber bspw die Erbschaftssteuer oder die Kosten des Verlassenschaftsverfahrens. Ersetzt

Welche Kosten sind zu ersetzen?

werden die Kosten für ein (übliches) Grabmahl, nicht aber die für seine künftige Instandhaltung. Auch die Kosten des üblichen Totenmahls und für Trauerkleider werden ersetzt.

Der Ersatzkatalog des § 12 EKHG ist moderner gefasst und wird zur Ergänzung des § 1327 ABGB herangezogen; zB: angemessene Bestattungskosten. Zum EKHG → B.II. – Die Rspr zieht zur Auslegung des § 1327 ABGB die Sonderhaftpflichtgesetze heran; vgl SZ 44/95 (1971). – Ein Kind muss, um nach dieser Gesetzesstelle Ersatzleistungen zu erhalten, im Zeitpunkt der Verletzung wenigstens gezeugt sein; vgl § 12 Abs 2 letzter Satz EKHG.

#### Drittschaden

§ 1327 ABGB trifft die gesetzliche Anordnung des Ersatzes von **Drittschaden!** Normalerweise erhalten nämlich nur unmittelbar Geschädigte, nicht aber bloß mittelbar Geschädigter, Ersatz! – Zur Abgrenzung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Schäden vgl JBl 1984, 262.

#### Schmerzensgeldansprüche Hinterbliebener

Mit dem Argument, dass die Aufzählung der Ansprüche in § 1327 ABGB eine erschöpfende sei, lehnte es die Rspr lange ab, **Hinterbliebenen Schmerzensgeldansprüche** zuzusprechen; vgl aber nunmehr EvBl 1997/19 → A.IV.8.: Zur Vererblichkeit von Schmerzensgeldansprüchen (Rspr-Änderung). Einen weiteren Schritt setzte der OGH in seiner E 8 Ob 127/02p = JBl 2003, 118 = ecolex 2003/9 (dazu gleich mehr): Der Lebensgefährte der Klägerin starb durch einen ärztlichen Kunstfehler (Darmperforation). Die Klägerin erlitt einen Schock. Sie klagte Schmerzensgeld ein und der OGH stellte fest, dass auch nahen Angehörigen und Lebensgefährten/innen Schmerzensgeld zustehe.



*Greiter*, Schmerzensgeld für ein verkürztes Leben, in: FS Karl Kohlegger (2001). – *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999).

#### Weitere Rspr-Beispiele zu § 1325 und 1327 ABGB



SZ 47/147 (1974): Das **Abschneiden der Haare** gegen den Willen des/r Betroffenen ist eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB, welche einen Anspruch auf Schmerzensgeld für seelische Schmerzen begründen kann. – Einer Schönheitsberaterin wurden vom Friseur 35 cm ihrer langen Haarpracht abgeschnitten.

- ZVR 1983/281: 1. Unter den nach § 1325 ABGB zu ersetzenden **Heilungskosten** sind Aufwendungen zu verstehen, die durch die Körperverletzung veranlasst wurden und die gegenüber den ohne den Unfall erforderlich gewesen gewöhnlichen Aufwendungen in der Absicht gemacht wurden, die gesundheitlichen Folgen des Unfalls zu beseitigen oder doch zu bessern. – 2. Zu den Heilungskosten gehören ua auch **Heilbehelfe und Prothesen**, insbesondere aber auch Aufwendungen, die der Abwendung einer Verschlechterung des gegenwärtigen Zustandes dienen. – 3. Bei Lösung der Frage, ob eine **Heilbehandlung** sachgemäß ist und geboten erscheint, ist die Gesamtheit der Umstände des jeweiligen Falles heranzuziehen. – 4. Der Ersatz einer Klammerprothese durch eine teurere Ankerprothese ist berechtigt, wenn durch den Unfall der Geschädigte weitere drei Zähne verloren hat, wodurch eine Verschlechterung der Befestigungsmöglichkeiten eingetreten ist.

- EvBl 1988/80: Mit der **Wiederverheiratung** erlischt der Schadenersatzanspruch der Witwe gegen den Schädiger wegen entgangener Unterhaltsleistung durch ihren verstorbenen Ehegatten.

- SZ 42/99 (1969): Hat die Gattin vor dem Unfall im Gewerbebetrieb ihres Mannes mitgearbeitet und ist sie danach nicht mehr (im gleichen Maße) in der Lage, kann sie vom Schädiger im eigenen Namen ua den unfallbedingten Aufwand für eine Hilfskraft verlangen. Es handelt sich dabei um **Verdienstentgang** iSd § 1325 ABGB.

## 11. § 1328 ABGB – Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung




*Beclin*, Zur Reform des Schadenersatzes bei sexuellem Missbrauch, JAP 1997/98 H 3, S. 191.


Die Bestimmung wurde nach langer Untätigkeit des Gesetzgebers mit BGBl 1996/759 novelliert und ist seit 1.1.1997 auf Tathandlungen anzuwenden, die nach dem 31.12.1996 gesetzt wurden. – Der alte Gesetzestext (seit der III. TN) sah die Möglichkeit von Schmerzensgeld für derart erlittene Beeinträchtigungen nicht vor. Auch die Rspr hat sehr lange gebraucht, um selbst bei Vergewaltigung Schmerzensgeld zuzusprechen; vgl SZ 58/80 (1985) → A.II.1. Weder der Gesetzgeber, noch der OGH waren in der Lage, die 1916 (III. TN) novellierte Vorschrift des ABGB nach dem Vorbild von § 847 Abs 2 dtBGB weiterzuentwickeln. Das offenbart ein enormes (männliches) Versagen gegenüber der Rechtsstellung der Frau in unserem Lande und zeigt, wie gesellschaftliche Werthaltungen auf die Rspr durchschlagen. – Dafür ließen sich auch weitere Entscheidungen anführen.



§ 847 Abs 2 dtBGB: „Ein gleicher [Schmerzensgeld]Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt wird.“ – In Geltung seit dem 1.1.1900.

 § 1328 ABGBSZ 42/149 (1969): Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses? – Der Tatbestand des § 1328 ABGB ist nur verwirklicht, wenn das Abhängigkeitsverhältnis der Beweggrund für die Gestattung des außerehelichen Beischlafs war. Das wurde bei der **Sekretärin eines Architekten** verneint, die von ihrem Arbeitgeber schwanger wurde und nach § 1328 ABGB als Entschädigung 250.000 S forderte; ausführliche Begründung des OGH.

- In diesem Sinne auch SZ 16/65 (1934): **Nichte der Hausbesorger** (Klägerin) wird von Bewohner (Beklagter) schwanger.


 ABBILDUNG: Ersatz von Körperverletzungen; ABBILDUNG: Berechnung des Verdienstentgangs; ABBILDUNG: Tödliche Körperverletzung: § 1327 ABGB

## V. Verträge mit Schutzwirkung für Dritte – Drittschäden

### 1. Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

 *F. Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 359.


Eine wertungsmäßige Brückenfunktion zwischen „normalen“ (dh unmittelbaren) Schäden und sog Dritt- oder mittelbaren Schäden (→ A.V.2.) nehmen die Verträge mit Schutzwirkung für Dritte ein. Bei diesen erleidet nicht der unmittelbare Vertragspartner einen **Schaden**, sondern eine diesem „**nahestehende**“, **Person** – nicht iSv gefühlsmäßig, sondern in Bezug auf die Leistungserbringung. – Bei den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte gelangen Dritte (Personen) in den Genuss einer Vertragshaftung – und damit insbesondere der Erfüllungsgehilfenhaftung des § 1313a ABGB und der Beweislastumkehr des § 1298 ABGB, obwohl sie selbst (als Geschädigte) mit dem Schädiger/ Verantwortlichem in keiner (eigenen) vertraglichen Beziehung stehen. – Eine Vertragsbeziehung besteht bspw nur zwischen Taxi-Kundschaft und dem Schädiger (Taxi), nicht aber zwischen Taxi-unternehmer und dem mitgenommenen Gast.

 OGH 21. 12. 2000, 2 Ob 329/00x, JBl 2001, 455: Eine Bank, die weiß, dass auf das **Geschäftskonto eines Rechtsanwalts** regelmäßig **Treugelder** eingezahlt werden, darf ihre persönlichen Forderungen nicht gegen diese aufrechnen. Sonst haftet sie für den Verlust, der den Treugebern bei Zahlungsunfähigkeit des Rechtsanwalts entsteht: Konstruktion über Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter; Mitverschulden des Anwalts wird vom OGH nicht in Erwägung gezogen.

- Abgelehnt wird die Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in folgendem Urteil: OGH 14. 12. 2000, 7 Ob 252/00k, JBl 2001, 457: Schadenersatzanspruch des Rechtsschutzversicherers gegen den Rechtsanwalt des Versicherten, der durch eine nicht ordentliche Vertretung **unnötige Prozesskosten** verursacht hatte: Keine Vertragshaftung, da zwischen **Rechtsschutzversicherer** und Rechtsanwalt regelmäßig kein direktes Vertragsverhältnis entsteht und der OGH auch keinen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter annimmt. – OGH verweist auf deliktischen Schadenersatz.

Nach dieser Rechtsfigur werden Schutz- und Sorgfaltspflichten zwischen bestimmten Vertragspartnern – etwa dem Taxi-Unternehmer und dem Taxi-Kunden – auf Dritte erstreckt, die der „**vertraglichen Leistung nahe stehen**“; bspw Freundin oder Freund des Taxi-Kunden, die mitfahren. Begünstigt in diesem Sinne sind aber nach der Rspr nur Personen (Dritte), „deren Kontakt mit der vertraglichen Hauptleistung bei Vertragsabschluss voraussehbar war“; JBl 1985, 295.

Wie wenn Freund oder Freundin des Taxikunden unerwartet während der Fahrt zusteigen?! – Vgl auch § 1313a ABGB.

 OGH 14. 12. 2000, 7 Ob 151/00g, JBl 2001, 524: Haus wird Kindern durch „Übergabevertrag“ übergeben und den Eltern ein **Wohnrecht** eingeräumt. Für die betagten Eltern angestellte Pflegehelferin stürzt im Winter auf dem zum Haus führenden Weg und verletzt sich. Sie klagt die Kinder auf vertraglichen Scha-

**Schutz von Personen, die der „vertraglichen Leistung nahe stehen“**

denersatz. – OGH: Wenn ein Vertrag die Einräumung einer Wohnmöglichkeit zum Inhalt hat und auch die Pflicht zum Freihalten und Bestreuen der Zugangswege umfasst, so sind dadurch auch jene Personen geschützt, die vorhersehbar diese Wege benützen; Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

#### Rspr noch in Bewegung

Die gegenwärtig von der Rspr für diese Fallgruppe vorgenommene wertmäßige Zurechnung überzeugt noch nicht vollends; vgl etwa JBI 1969, 553 (Hydraulikölfall – positiv) mit JBI 1999, 461: Vertrag eines Internatsbetreibers mit dem Schüler begründet (angeblich) keine Schutzwirkungen zugunsten besuchender Angehöriger (zB Eltern, Geschwister, Verwandte, Freunde) betreffend einen gefahrlosen Zugang zum Internatsgebäude (?); Verletzung der Streupflicht – negativ.

Um den geschützten Personenkreis bei **Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte** wird noch „gerungen“; vgl neben den **Krankenhausbesuchsfällen** auch die weiteren Beispiele (allgemein zu den Verkehrssicherungspflichten → Kapitel 6.B.III., S. 376).

Solche Rspr-Positionen sind wenig lebensnah und entsprechen auch nicht dem Grundgedanken unserer Rechtsfigur. Vgl damit auch die immer noch uneinheitlich und unbefriedigend gelösten Krankenhausbesuchsfälle; dazu gleich unten. – Der Internatsfall zeigt, dass die Rspr (in Fällen wie diesem oder dem Wildlederkostümfall (JBI 1986, 452, dazu gleich unten) nicht klar die Verträge mit Schutzwirkung für Dritte von den Drittschäden abgrenzt.



SZ 53/168 (1980): Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte – **Flughafen Graz-Thalerhof**: Eine Flughafenbetriebsgesellschaft haftet den Flugpassagieren zwar nicht nach § 1319a ABGB, wohl aber aus dem von ihr mit den Fluggesellschaften geschlossenen Vertrag für die Verletzung der Streupflicht auf dem Zugang zum Flugzeug. (OGH 11. Dezember 1980, 7 Ob 738/80). Klägerin war eine verletzte Flugzeugpassagierin, Beklagter die Flughafenbetriebsgesellschaft. Die Klägerin wollte am 12. Dezember 1976 vom Flughafen Graz-Thalerhof aus mit einer Kursmaschine der AUA nach Zürich fliegen. Auf dem Weg vom Flughafengebäude zur Maschine stürzte sie und verletzte sich. Sie begehrt den Ersatz ihrer mit 84.062,44 S sA bewerteten Schäden mit der Behauptung, die beklagte Flughafenbetriebsgesellschaft habe eine ordnungsgemäße Streuung des infolge Glatteises gefährlichen Flugfeldes unterlassen.

- JBI 1982, 95: §§ 1300, 1299 und 1313a ABGB: Die Mitgliedschaft in einem **Automobilklub** oder die **Inanspruchnahme des Pannenhilfsdienstes**, zu dem der Klub statutengemäß verpflichtet ist, kann Schutzpflichten des Klubs für Dritte begründen. Für eine schadenstiftende falsche Auskunft (über die Ursache eines verdächtigen Fahrgeräusches) haftet dieser daher vertraglich und für den Pannendienstfahrer als Erfüllungsgehilfen auch dem dritten Eigentümer des Pkw, dessen Lenker als Mitglied den Pannendienst angesprochen hat. – „Gegen Belohnung“ in § 1300 ABGB meint die Fälle, in denen Rat und Auskunft nicht nur aus bloßer (unverbindlicher) Gefälligkeit erteilt werden; OGH 25.3.1981, 3 Ob 594/80.
- SZ 14/71: Maurer wird bei Arbeiten im Garten des „Auftraggebers“ / Werkbestellers getötet.



#### Sog **Krankenhausbesuchsfälle**:

JBI 1953, 19 (positiv – mit anfechtbarer Begründung): Besucherin einer Heilanstalt stürzt am Abend auf glatter **Holzstiege** – Leitsatz: Der Inhaber einer Heilstätte haftet für durch mangelhafte oder gefährliche Einrichtungen entstandene Schäden auch gegenüber dem Besuchsgaste;

- JBI 1985, 293 (positiv): Sohn wird beim Besuch seines Vaters, der Patient in einer Lungenheilanstalt war, dadurch verletzt, dass er – nach dem Besuch auf einer Bank sitzend – von einem vom Dach der Krankenanstalt herabfallenden **Biberschwanzziegel** am Kopf und an den Händen getroffen wurde;
- JBI 1986, 452 (negativ – mit schwacher Begründung): Die Klägerin rutschte am Gang eines Krankenhauses, der zuvor mit einem farblosen Wachsentsferner gereinigt worden war (Rutschgefahr!), aus, stürzte und beschmutzte ihr **Wildlederkostüm** irreparabel. – Der Vertrag des Krankenanstaltsträgers mit dem Patienten entfaltet – so der OGH – im Allgemeinen keine Schutzwirkungen zugunsten Dritter, die den Patienten besuchen oder ihn bei der Aufnahme begleiten. (?) – Die Leugnung von Verkehrssicherungspflichten für Krankenanstalten aller Art durch den OGH ist unhaltbar und gleichheitswidrig.
- Ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (hier einzelne Wohnungseigentümer) kann bspw auch der Vertrag des WE-Organisators mit Professionisten sein; dazu SZ 58/7 (1985) = JBI 1985, 622.
- Eine weitere Fallgruppe des Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter betraf früher Aufklärungs-, Warn- oder Sorgfaltspflichten des (Produkt)Herstellers gegenüber Endverbrauchern (vgl SZ 51/169; EvBl 1993/14; ZVR 1989/89), die nunmehr vom PHG 1988 erfasst werden.
- Vgl auch ZVR 1998/5 (Kreis geschützter Personen nach § 1295 ABGB): Schutz- und Sorgfaltspflichten des Schuldners als vertragliche Nebenpflichten bestehen nicht nur dem Vertragspartner, sondern auch dritten Personen gegenüber. Der Dritte erwirbt in diesem Fall unmittelbare Ansprüche gegen den

Schuldner, dieser hat gemäß § 1313a ABGB für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen einzustehen. – Der Kreis der geschützten Dritten ist auf Grund einer umfassenden Interessenabwägung zu umgrenzen. Der Dritte muss der vertraglichen Leistung nahe stehen. Für den Schuldner muss der Kontakt mit der vertraglichen Hauptleistung vorhersehbar sein. Der Kreis der geschützten Personen ist eng zu ziehen. (?) – Beim Verkauf eines Mopedes gehört die volljährige Schwester der minderjährigen Käuferin, die mit dieser nicht im gemeinsamen Haushalt lebt, nicht zum geschützten Personenkreis.

- OGH 5. 9. 2000, 5 Ob 18/00h, JBl 2001, 227: Im Strafprozess haftet ein gerichtlicher **Sachverständiger** in Anlehnung an die Idee des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch anderen als den Prozessparteien für ein mangelhaftes Gutachten. Auf Grund des Untersuchungsgrundsatzes sind sie vom Schutzzweck der Bestellung mitumfasst; sie können Aufwendungen, um einen falschen Verdacht zu entkräften, über Schadenersatz geltend machen.
- OGH 17. 8. 2000, 4 Ob 203/00g („**Sturz von der Leiter**“), EvBl 2001/17: Ein Elektromonteur stürzt in einem Rohbau von einer 4 m hohen Leiter, weil diese mit einem Standbein in ein tiefes Loch geraten ist, welches von einem anderen Bauunternehmen im Zuge der Betonier – und Estricharbeiten nicht ordnungsgemäß verschlossen, sondern bloß mit einer Folie abgedeckt worden war. Der schwer Verletzte klagt das Betonierungsunternehmen auf Schadenersatz. – OGH bejaht Schadenersatz, da Schlechterfüllung (hier durch das Betonierungsunternehmen) auch dann vorliege, wenn – bei ordentlicher Erbringung der Hauptleistung – sonstige Güter des Gläubigers verletzt werden. Auf Grund der Konstruktion des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter kann Elektromonteur den Schädiger unmittelbar auf Schadenersatz ex contractu klagen.

 ABBILDUNG: Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (1) + (2)

## 2. Drittschäden

Das ABGB traf – im Gegensatz zum ALR, das eine ausdrückliche Regelung enthielt (vgl Kasten), scheinbar keine gesetzliche Anordnung über Drittschäden. Es sei denn, man versteht – was wohl von Martini und vielleicht auch noch von Zeiller beabsichtigt war – die weite Formulierung des § 1295 Abs 1 ABGB: „**Jedermann** ist berechtigt, ...“ als einen derartigen Versuch. Das wird aber von Rspr und Schrifttum weitgehend abgelehnt. Das kodifikationsgeschichtliche Versäumnis des ABGB-Gesetzgebers wird von der Rspr mühsam in Einzelfällen und Fallgruppenbildung nachzuholen versucht. – Das berechtigte Anliegen von Rspr und Schrifttum, **Schadenersatzansprüche nicht ausufern zu lassen**, könnte aber auch bei grundsätzlicher Anerkennung der Drittschäden erreicht werden.

Kein Ausufern von  
Schadenersatzansprüchen

Vgl dazu auch die Ausführungen zum Vermögensschaden → A.III.3. – Zur **Lex Aquilia** → A.I.7. – Dritt- oder mittelbare Schäden werden von der Rspr grundsätzlich nicht, vielmehr nur – abgesehen von jenen Fällen, in denen der Gesetzgeber wie in § 1327 ABGB einen solchen Ersatz ausdrücklich anordnet – ausnahmsweise ersetzt, wobei eine überzeugende Linie bislang nicht gefunden werden konnte. Die Rspr tastet sich von Fallgruppe zu Fallgruppe voran, wobei die vergangenen 25 Jahre beträchtliche Änderungen und Verbesserungen gebracht haben. – Ersetzt werden aber bis heute grundsätzlich nur unmittelbare Schäden.

Der OGH umschreibt seine Position zum Drittschaden folgendermaßen: „Mittelbar ist ein Schaden dann, wenn er nicht in der Richtung des Angriffs, sondern in Folge einer Seitenwirkung in einer Interessensphäre eintritt, die nicht durch das Verbot des Angriffs geschützt ist“; SZ 34/112, JBl 1966, 86; EvBl 1966/305 uam. – Gemeint ist damit, dass ein Schädiger nicht alle Folgen eines Schadens zu ersetzen verpflichtet sein soll, sondern nur jene, die der Normzweck der übertretenen Norm (→ A.II.5.) verhindern wollte. Über den Umfang des Normzwecks lässt sich aber trefflich streiten, mag sich auch das Verständnis in den letzten Jahrzehnten zum Teil wesentlich (zu mehr Lebensnähe) verschoben haben; dazu gleich mehr.

„Mittelbar ist ein  
Schaden ...“

BEISPIELE:

- Bei einem Autounfall wird zwar zB die Körperverletzung einer betroffenen Künstlerin – etwa einer Opersängerin auf dem Weg zur Operaufführung – ersetzt, nicht aber der durch die Absage der Vorstellung bedingte Kartenausfall und das Engagement einer Ersatzsängerin.
- Im Chemie-Kundl-Fall (dazu gleich unten) wird zwar der Kabelschaden der Post, nicht aber der dem Chemie-Unternehmen durch den Stromausfall entstandene Schaden an seinen Bakterienkulturen ersetzt.

§ 1295 ABGB:  
„Jedermann ...“

Die hA legt das „Jedermann ...“ des § 1295 ABGB eng aus. Die weite Fassung des Gesetzes wird einschränkend im iSv „jeder unmittelbar Geschädigte“ interpretiert. – Die Anordnung eines ausdrücklich gesetzlichen Drittschadenersatzes enthalten § 1327 ABGB und § 12 EKHG.

Diese Anordnung wäre nach hA überflüssig, lägen Drittschäden innerhalb des Bereichs des vom Gesetzgeber gewollten normativen Schadensbegriffs. Dieses Argument taugt aber nicht allzu viel, und lässt die Entstehungsgeschichte unseres Schadenersatzrechts außer Acht. ME wollte § 1327 ABGB nur die praktisch wichtigste Gruppe einer bestimmten Kategorie von Ersatzleistungen herausheben, nicht aber andere Drittschäden ausschließen; vgl Barta, in: Barta/Palme/Ingenhaeff (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 377 f und 401 f (1999).

Das ALR hat versucht, die Drittschadensproblematik mittels einer Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Schäden zu lösen. Diese Unterscheidung findet auch heute noch Verwendung. Weiter sind wir auch heute noch nicht. – Im ABGB erinnert noch das „Jedermann“ in § 1295 daran.

**ALR I 6 § 2**

„Wird ein ... [Schade] durch eine Handlung oder Unterlassung unmittelbar und zunächst bewirkt, so wird der Schade selbst unmittelbar genannt.“

**ALR I 6 § 3**

„Entsteht der Nachtheil zwar aus der Handlung oder Unterlassung, jedoch nur in Verbindung derselben, mit einem andern von ihr verschiedenen Ereignisse, oder mit einer nicht gewöhnlichen Beschaffenheit der Person oder Sache, so ist ein mittelbarer Schade vorhanden.“

§ 4 leg cit behandelt – nicht zufällig – den Zufall, was zeigt, das vom unmittelbaren, über den mittelbaren und schließlich zum Zufallsschaden eine Zurechnungslinie verläuft; eine Einsicht die im modernen Privatrecht in Vergessenheit geraten ist!

Argumente zur  
Einschränkung von  
Drittschäden

Darüber hinaus schränkt die Rspr den Drittschadenersatz stark ein. Die Argumente zur Einschränkung von Drittschäden überzeugen dabei nur zum Teil:

- So, wenn argumentiert wird, dass andernfalls die **Ersatzpflicht** „uferlos“ **ausgeweitet** würde und – darüber hinaus
- schon bei leichter Fahrlässigkeit des Schädigers es zu einer **existenzgefährdenden Schadenersatzsumme** für den Schädiger kommen könne. – Diese Argumente sind zwar ernst zu nehmen, sollten aber künftig nicht bloß der Ablehnung von Ansprüchen dienen.

Leasingfälle

Unbefriedigend bleiben bspw die sog Leasingfälle; vgl JBl 1985, 231 (Anm Apathy): § 1295 ABGB – Der obligatorisch berechnete Leasingnehmer genießt keinen absoluten Schutz. Bei Beschädigung der Leasing Sache ist er (bloß) mittelbar Geschädigter und nur der Eigentümer des Leasingobjekts ersatzberechtigt. Es liegt keine Schadensverlagerung vom Leasinggeber auf den Leasingnehmer vor, wenn die Leasingraten während der Zeit der Unbenutzbarkeit (zB des Kfz) weiterzuzahlen sind. (?) – In diesem Sinne auch JBl 1996, 114 (Anm Lukas); JBl 1994, 121 oder eolex 1993, 379 (Anm Brell). – Als Vorbild einer Lösung könnte das Zuerkennen von Schadenersatzansprüchen an den Leasingnehmer und den Leasinggeber – nach dem Vorbild des Eigentumsvorbehalts – dienen → Kapitel 8.B.I., S. 518.

Orientierung am  
Schutzzweck der Norm

Richtungweisend für die Rspr erscheint zutreffenderweise die Orientierung an der Lehre vom Schutzzweck der Norm (→ A.II.5.), die auf der einen Seite ein Ausufern des Ersatzes zu verhindern vermag, andererseits aber auch ein Umdenken ermöglicht. Das hat die Rspr in den letzten Jahren (in mancher Hinsicht) auch getan. Der Adaptierungsprozess ist aber noch nicht abgeschlossen. Vgl jedoch folgende E:




OGH 25. 6. 2002, 1 Ob 147/02b, JBl 2003, 46: **Banküberfall** – Täter flieht mit Fahrschulfahrzeug. Im Zuge der Verfolgungsjagd durch die Polizei wird das Fahrschulauto durch Schüsse beschädigt. Diesen Schaden und weitere Schäden durch die Nichtverwendbarkeit des Fahrzeugs für 37 Tage werden von der Fahrschule eingeklagt. – OGH prüft den Schutzzweckumfang des Polizeibefugnis-Entschädigungsg und kommt zum Ergebnis, dass auch die Schäden der Fahrschule darin Platz haben. Das G normiere nämlich eine Ersatzpflicht für den gesamten positiven Schaden des unmittelbar Geschädigten.


Welche Drittschäden  
werden (bislang) ersetzt?

Auch nach der Rspr soll der **Schädiger nicht ungebührlich entlastet** werden; insbesondere dann nicht, wenn er dem **Schaden näher steht**, als der am (unmittelbaren) Schadensgeschehen unbeteiligte Dritte. – Das wird nunmehr in den sog **Schadensverlagerungsfällen** anerkannt, bei denen auf Grund bestehender besonderer Rechtsverhältnisse nicht der „unmittelbar“ Geschädigte,

sondern der hinter diesem Stehende bloß „mittelbar“ Geschädigte den Schaden (wirtschaftlich) zu tragen hat:

 Das trifft insbesondere auf die **Lohnfortzahlungsfälle** zu: Bis 1994 wurde der Schaden eines Arbeitgebers – dessen Arbeitnehmer zB bei einem Verkehrsunfall körperlich verletzt worden war, was Arbeitsunfähigkeit nach sich zog –, der dadurch entstand, daß er den Lohn zB nach § 1154b ABGB, § 8 AngG oder dem EFZG weiterzahlen musste, ohne eine Arbeitsleistung des verletzten Arbeitnehmers zu erhalten (JBl 1978, 209), nicht ersetzt. – Nunmehr wird (EvBl 1994/135 = ZVR 1994/87) ein solcher **Dienstgeber-schaden** ersetzt. Der OGH nimmt an, daß hier der unmittelbare Schaden des Dienstnehmers aufgrund bestehender gesetzlicher Vorschriften auf den Dienstgeber „verlagert“ wird und der Schädiger daher dem Dienstgeber den auf ihn überwälzten Schaden zu ersetzen habe.

- Auch in der Fallgruppe der sog **Schockschäden dritter Personen**, hat der OGH mittlerweile seine Meinung geändert; vgl ZVR 1995/46: Angstneurose eines Kleinkinds, dessen Mutter bei einem Verkehrsunfall schwer verletzt wird und einige Wochen im Krankenhaus verbringen muss; das gilt auch für die **Trauer-schadenfälle** → A.IV.3.

 Schon früher ersetzt wurden bspw folgende Fallkonstellationen:

**Verkauf eines schlecht reparierten Fahrzeugs**, weshalb der Schaden erst nach dem Verkauf beim Käufer auftritt. Der OGH gewährte dem Käufer eine (deliktische!?) Schadenersatzklage gegen die Werkstätte; SZ 58/202 (1985) = EvBl 1986/126.


- SZ 64/140 (1991): Wird eine „**reifende Sache**“ beschädigt, kann der Käufer den Schaden an dieser Sache selbst geltend machen.


- Dasselbe gilt, wenn der **Schenker noch Eigentümer** der verschenkten Sache ist, der Beschenkte aber den Verlust oder die Beschädigung der Sache zu tragen hat; SZ 58/202.

- Wichtige weitere Drittschadensfälle – sog Stromkabelfälle

- JBl 1973, 581: **Bauer beschädigt beim Baumfällen Starkstromleitung**: In der Nachbarschaft wurden dadurch Elektrogeräte beschädigt, zB Fernseher und Tiefkühltruhen. Anders als im späteren Chemie Kundl-Fall ersetzte der OGH hier den entstandenen Geräteschaden eines Rentners (und nicht nur den Leitungsschaden der Post).

- JBl 1976, 210: **Chemie Kundl-Fall** – Baggerfahrer beschädigt im Rahmen von Bau(aushub)arbeiten Stromkabel: Der Stromausfall führte zur Vernichtung von Bakterienkulturen. Ersetzt wird zwar der Schaden der Post am Stromkabel, nicht aber jener des Chemie-Unternehmens.


 *Posch*, Der ungeschützte Strombezieher als Fall des „unmittelbaren Schadens“ in der Rspr des OGH, JBl 1973, 564; – *E.Kramer*, Noch einmal: Zum Problem des „mittelbaren“ Schadens, ZVR 1974, 129.

 ZVR 1998/13 (§ 1327 ABGB, § 12 Abs 2 EKHG): Die Verpflichtung zur Zahlung von **Kreditraten**, die den für den Kredit solidarisch haftenden Ehegatten nach dem Unfalltod des andern Ehegatten allein trifft, stellt einen mittelbaren Schaden (?) dar, der vom Schädiger nicht zu ersetzen ist. Ein Fall bloßer Schadensverlagerung liegt hier nach Ansicht des OGH nicht vor.

- JBl 1984, 262: Zur Abgrenzung von unmittelbarem und mittelbarem Schaden. Kläger = **Gesellschafter einer GmbH**, der bei einem Verkehrsunfall verletzt wird. Erstbeklagter = Pkw-Lenker, Zweitbeklagter = Pkw-Haftpflichtversicherer. – Ein zu ersetzender unmittelbarer **Schaden des geschäftsführenden Gesellschafters einer GmbH** ist es, wenn durch den verletzungsbedingten Ausfall von dessen Arbeitskraft die GmbH einen Gewinnausfall erleidet und so der Gewinnanteil des Verletzten geschmälert wird. Die GmbH selbst ist nur mittelbar geschädigt. – Zur Zulässigkeit des Indizienbeweises.

 ABBILDUNG: Dritt- oder mittelbarer Schaden (1) bis (4)

## B. Die Gefährdungshaftung

 *Albert A. Ehrenzweig*, Negligence without fault (Berkely / Los Angeles, 1951); – *Hannak*, Die Verteilung der Schäden aus gefährlicher Kraft (1960); – *Will*, Quellen erhöhter Gefahr (München, 1980); – *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung (München / Berlin, 1941); – *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd I (1997<sup>2</sup>), Bd II (1984); – *Barta*, Kausalität im Sozialrecht (1983) und: Medizinhaftung (1995); – *Edlbacher*, Wandel und Krise des Haftungsgrundes des Verschuldens, in: FS W. Wilburg 81 (1965); – *Stabentheiner*, Die neue Gentechnikhaftung, ÖJZ 1998, 521; – *Kopetzki/Mayer*, Biotechnologie und Recht (2002).

### I. Haftungsprinzipien

#### 1. Verschuldens- und Nichtverschuldenshaftungen

Neben der Verschuldenshaftung kennt unsere (Privat)Rechtsordnung – als zweite große Gruppe von Haftungstatbeständen – auch Nichtverschuldenshaftungen; sie verzichtet dann grundsätzlich auf das Kriterium des Verschuldens als Haftungsvoraussetzung. Aber auch die Rechtswidrigkeit entfällt dabei als Haftungsvoraussetzung, denn der „gefährliche Betrieb“ und eine daraus erfolgende Schädigung wird nicht rechtswidrig zugefügt. – Der Begriff „Nichtverschuldenshaftung“ umfasst als Oberbegriff alle Haftungsarten außer der Verschuldenshaftung. Hierher gehören:

Unter **Gefährdungshaftung** / strict liability wird jede Haftung für eine typische – idR technische – Betriebsgefahr verstanden; zB die im EKHG zusammengefassten Betriebsgefahren für Eisenbahnen und Kraftfahrzeuge oder die Haftung für Flugzeuge, Rohrleitungen und Atomkraftwerke; vgl nunmehr AtomHG 1999, BGBI I 170/1998. Aber auch das Berg(bau)recht und das Wasserrecht sind hier zu erwähnen; vgl → B.I.4., Folie: Entwicklung der Gefährdungshaftung, S. 356. Die Haftung für Bergschäden ist bspw in den §§ 160 ff MinroG 1999 geregelt. Nach § 161 MinroG haftet für den Ersatz von Bergschäden grundsätzlich der Bergbauberechtigte.

Die Gefährdungshaftung fragt nur nach der **Verursachung des Schadens**, nicht nach subjektivem oder objektivem Verschulden oder einer Sorgfaltswidrigkeit. Darin liegt sowohl eine Entlastung des Gerichts, wie eine gewisse Besserstellung Geschädigter, zumal diese keinen Verschuldensbeweis führen müssen.

Manch interessante Überlegung zu Gefährdungs- und Verschuldenshaftungen findet sich in Publikationen, die der Economic Analysis of (Accident) Law verpflichtet sind.

Von Erfolgs- oder Kausalhaftung wird dann gesprochen, wenn schlicht für einen geschaffenen / eingetretenen – kausal zu vertretenden – Erfolg einzustehen ist, und zwar ohne Verschulden als Zurechnungsvoraussetzung, und ohne Zusammenhang mit einer typischen Betriebsgefahr. Eine solche Kausal- oder Erfolgshaftung statuiert das ABGB bspw für den Schuldner- und Gläubigerverzug, die Gewährleistung und den Irrtum.

Historisch-frühe Haftungen waren Erfolgshaftungen. Zur Entwicklung von der frühen Erfolgs- zur Verschuldenshaftung im alten Griechenland: Barta, „Graeca non leguntur“? – Zum Ursprung des europäischen Rechtsdenkens im antiken Griechenland (in Vorbereitung: 2005).

Daneben wird als weitere Gruppe die sog **Eingriffshaftung** unterschieden, worunter eine Haftung trotz rechtmäßiger Inanspruchnahme fremder Güter verstanden wird. Wie die Gefährdungshaftung, hat auch dieser Haftungstypus keine generelle (gesetzliche) Regelung erfahren.

BEISPIEL: Beispiele für Eingriffshaftungen: – Notstand (§ 1306a ABGB); – § 364a ABGB (gewerbliche Immissionen → Kapitel 8.A.V.6., S. 498); – die Enteignung (§ 365 ABGB), – die Haftungen nach dem TelegrafenerwegeG 1929, dem StarkstromwegeG 1968, dem EisenbahnG 1957 oder dem WasserrechtsG 1959.

Als vierte Gruppe ist schließlich die sog **Billigkeitshaftung**, auch Prinzip der sozialen Schadenstragung (§ 1310 ABGB, § 2 D[N]HG) genannt, zu erwähnen → Kapitel 10.A.IV., S. 665. – Die

Gefährdungshaftung / strict liability

Erfolgs- oder Kausalhaftung

Eingriffshaftung

Billigkeitshaftung

Begründung des Ersatzes nach § 1310 ABGB, der auf K. A. v. Martini zurückgeht, war aber eine andere, scheint aber mittlerweile in Vergessenheit geraten zu sein; vgl Entwurf Martini III 13 § 46: „... weil jedoch der Schadenersatz auf das [vom Vernunftrechtsdenken angenommene] Vertheidigungsrecht ... sich gründet.“

In der Folge wird näher auf die Gefährdungshaftung eingegangen. Zu den Argumenten für eine Gefährdungshaftung → B.I.3. – Schon das ABGB kennt nicht nur den Typus der Verschuldenshaftung: Es weicht vielmehr selbst mehrfach vom Prinzip der Verschuldenshaftung ab – und dies in unterschiedlicher Weise. Beispiele finden sich in den §§ 1318 und 1319 ABGB, nach mancher Ansicht auch in § 1320 ABGB (vgl jedoch → Kapitel 10.A.VIII., S. 672), ferner in den objektiven Schuldner- und Gläubigerverzugsregeln der §§ 1333, 1334 + 1419 ABGB, dem objektiven Einstehenmüssen für Sach- und Rechtsmängel (§§ 922 ff ABGB) oder der Haftung für fremdes Verschulden im Rahmen der sog Gehilfenhaftung → Kapitel 10.A.I., S. 651. Vgl dazu die Ausführungen am Beginn dieses Kapitels.

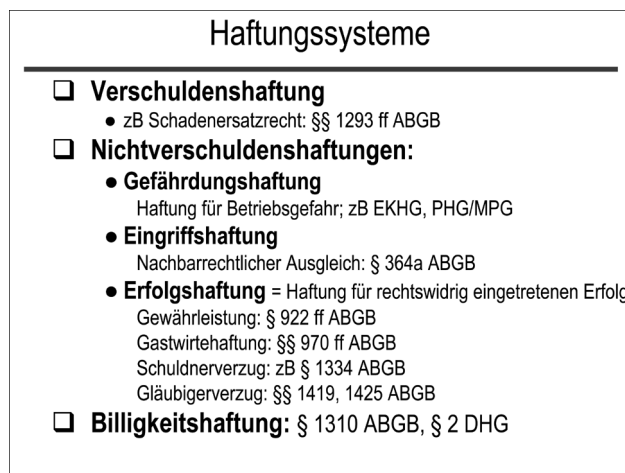


Abbildung 9.6: Haftungssysteme

## 2. Die moderne Gefährdungshaftung

Die moderne Gefährdungshaftung ist eine Antwort des Rechtsdenkens auf die rasante wirtschaftlich-technische Entwicklung im 19. und 20. Jahrhundert. Die Industrielle Revolution (→ Kapitel 1.A.VI.5., S. 33) verschärft die rechtliche Haftungsfrage drastisch durch eine Potenzierung bisheriger gewerblicher und industrieller Gefahrenquellen; etwa epidemischer Eisenbahnbau seit der Mitte des 19. Jhd und explosionsartige Entwicklung von Gewerbe und Industrie mit der Folge, dass sich nicht nur viel mehr, sondern auch viel schwerere und neue Arten von Unfällen ereignen. Das erzwang eine neue Antwort des Rechts auf diese neuen Gefahrenquellen und die Antwort hieß: verschuldensunabhängige (Gefährdungs)Haftung dessen, der sich dieser Gefahren zu seinem wirtschaftlichen Vorteil bediente; Prinzip: Guter Tropfen, böser Tropfen.


Die erste explizite moderne Regelung einer Gefährdungshaftung trifft das Preußische EisenbahnG 1838 für Eisenbahnen, die damit künftig – bald auch in anderen Ländern – einer Gefährdungshaftung unterliegen. – Dieser rechtliche Paradigmenwechsel von der Verschuldens- zur Gefährdungshaftung war heiß umkämpft. Die Galionsfigur des privatrechtlichen Widerstands gegen diese Neuerung war Rudolph v. Ihering; vgl sein Motto am Beginn dieses Kapitels.

Guter Tropfen,  
böser Tropfen

Paradigmenwechsel von  
der Verschuldens- zur  
Gefährdungshaftung

📖 Dazu meine Ausführungen in: Barta, Medizinhaftung 27 (1995) uH auf Barta, Kausalität im Sozialrecht I (1983).

Markstein: Bismarcksche  
Arbeiter(unfall)ver-  
sicherung

 ABBILDUNG: Entwicklung der Gefährdungshaftung (1) – (10)

Das Privatrecht und seine Wissenschaft versagte dabei, was zur Folge hatte, dass der breite gesellschaftliche Durchbruch dieser neuen und zukunftssträchtigen Idee nicht im Privatrecht, sondern schließlich im (noch jungen) flexibleren öffentlichen Recht erfolgte; Bismarcksche Arbeiterversicherung, insbesondere die gesetzliche Unfallversicherung 1884, der Österreich 1887 folgte. Es kam dabei zu einem doppelten Paradigmenwechsel: Einerseits löste die neue Gefährdungshaftung die herkömmliche Verschuldenshaftung im gewerblich-industriellen Bereich (für die Beziehung Arbeitgeber – Arbeitnehmer: Arbeitsunfälle!) zugunsten einer öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung ab; und andererseits kam es zu einer Haftungsverlagerung für diesen Bereich vom Privatrecht ins öffentliche Recht. Damit folgte die Rechtsentwicklung – wenn auch zögernd – der vorangegangenen technisch-industriellen Entwicklung. Ich habe versucht diese rechtsgeschichtlich wichtige Entwicklung nachzuzeichnen: Barta, Kausalität im Sozialrecht (1983).

Mehr zu diesem Haftungsmodell, das beispielhaft für viele neue und moderne Gefahrenquellen und Risiken wurde → Kapitel 12.F.IV., S. 820.

### 3. Was spricht für eine Gefährdungshaftung?

Betrieb bestimmter  
Gefahrenquellen

Der Gesetzgeber gestattet die Nutzung / den Betrieb bestimmter Gefahrenquellen unter der Voraussetzung, dass der, der diese Gefahrenquelle wirtschaftlich nutzt, also Vorteil daraus zieht, auch für einen allenfalls daraus entstehenden Schaden an Menschen oder Sachen / Vermögen aufzukommen hat; uzw selbst dann, wenn der Schaden unverschuldet zugefügt worden sein sollte. Dies, weil realistisch davon auszugehen ist, dass die jeweilige Betriebsgefahr nur mehr oder weniger, nicht aber vollständig beherrscht wird; vgl RHG, EKHG, PHG, GTG. – Zu dem bei Gefährdungshaftungen für die Schadenszurechnung wichtigen weiten und differenzierten „Halterbegriff“ iwS; § 5 EKHG → B.II.5.

Medizinsektor und  
Umwelthaftung warten auf  
eine zeitgemässe  
Haftungsablöse

Rechtspolitische Überlegungen zur Einführung einer Haftungsablöse durch eine weitgehende Nichtverschuldensregelung für den **Medizinbereich** oder die **Umwelthaftung** bei Barta, Medizinhaftung (1995; 11 insbesondere 16) sowie: Grazer Thesen für eine neue Medizinhaftung, in: VR 1997, 14 und in: Juridikum 1995, Nr 5, Seite 12 [gemeinsam mit W. Hengl]) und jüngst, in: Aktuelle Entwicklungen im Schadenersatzrecht, Vorträge bei der Richterwoche 2002/Kufstein, 101 ff. Vgl nunmehr auch meinen Gesetzesentwurf für ein Medizinhaftungsgesetz / MedHG – Internet: <http://www2.uibk.ac.at/fakultaeten/c3/c305/>

Erlaubte Tätigkeiten sind  
nicht rechtswidrig

Die gefährliche Tätigkeit erfolgt demnach gesetzlich „erlaubt“, sie ist also nicht rechtswidrig. Als Nicht-Verschuldenshaftung ist auch ein Verschulden des Betreibers der Betriebsgefahr / Gefahrenquelle keine Haftungsvoraussetzung, wenn ein typischer Schaden eintritt. – Verschulden kann aber zur Betriebsgefahr hinzutreten; vgl § 19 EKHG → B.II.16.

Die vier allgemeinen Schadenersatzvoraussetzungen (Schaden, Kausalität, Verschulden und Rechtswidrigkeit) reduzieren sich bei der Gefährdungshaftung auf zwei: Schaden und Kausalität!


Beweiserleichterungen etc

Die häufig schwierige Beweiserbringung (Kausalität) durch Geschädigte im Bereich von Gefährdungshaftungen hat in der jüngsten Vergangenheit zu gesetzlichen **Beweiserleichterungen** durch **Verursachungsvermutungen** und **Auskunftsansprüche** für Geschädigte geführt. Das Modell dafür lieferten andere Länder; zB Japan.


### 4. Neue privatrechtliche Gefährdungshaftungen


Privatrecht musste  
nachziehen

Nach dem breiten Durchbruch der Idee der Gefährdungshaftung im Bereich des öffentlichen und zuvor schon des Eisenbahnrechts schuf auch das **Privatrecht** sukzessiv für neue Gefahrenquellen verschuldensunabhängige Haftungen nach dem Vorbild der Eisenbahnhaftung: zB für **Elektrizität** oder **Gas** (RHG 1871), **Auto**, **Flugzeug**, **Atomkraft**, **Rohrleitungen**, **Gentechnik**, wobei die Entwicklung bis heute anhält und nicht immer allein dem Privatrecht zugeordnet werden kann. Hierher gehört auch die **Produkthaftung** / PHG → Kapitel 7.B.VI., S. 472.

 EvBl 2002/145 (**Eisenbahnoberleitung** über Kleingarten) → Kapitel 9.B.I.4., S. 637 Folie.



 Barta, Kausalität im Sozialrecht I 47 (1983) und derselbe, Medizinhaftung 27 (1995). Vgl ferner *Koziol*, Haftpflichtrecht I (1997<sup>3</sup>) und II (1984<sup>2</sup>) und → B.I.4.: Entwicklung der Gefährdungshaftung. Zum Lufthaftungsrecht: *Stefula*, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001). – Wünschenswert wäre eine nach diesen Grundsätzen ausgerichtete **Medizin-** und **Umwelthaftung**; zu letzterer *Gimpl-Hinteregger*, Umwelthaftungsreform (1992) und *dieselbe*, Grundfragen der Umwelthaftung (1994); – *G. Wagner*, Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage (1990); – *Seok-Chan Yoon*, Die Gefährdungshaftung für moderne Techniken (2002); – *J.W. Pichler*, Europäische Rechtswentwicklungen zu Umweltschaden-Direktversicherungen: Die Modelle von Schweden und den Niederlanden (2001).

 ABBILDUNG: Entwicklung der Gefährdungs- und Nichtverschuldenshaftung in Österreich

## 5. Fehlende Generalklausel für Gefährdungshaftungen

Das österreichische Privatrecht kennt bis heute – wie auch das deutsche – keinen allgemeinen Gefährdungshaftungstatbestand, **keine Gefährdungshaftungs-Generalklausel**, sondern regelt die unterschiedlichen Möglichkeiten / Formen verschuldensunabhängiger Betriebsgefahren in jeweils eigenen Einzelgesetzen Folie: Entwicklung der Gefährdungshaftung → B.I.4.. Anders als in Deutschland ergänzte der OGH aber in Einzelfällen fehlende gesetzliche Gefährdungshaftungstatbestände im Wege der Analogie zu bestehenden gesetzlichen Tatbeständen; sog **Analogiepraxis** → B.I.6. Gesetzgebung und Rspr ergänzten sich also in Österreich im Rahmen der Entstehung der modernen Gefährdungshaftung.

Eine neue Möglichkeit der Analogiepraxis für die Rspr böten – mangels Tätigwerdens des Gesetzgebers – **Umweltschäden**, wie schwierige **Medizinhaftungsfälle**; bspw Schäden bei telemedizinischen Eingriffen.


## 6. Entscheidungsbeispiele zur Analogiepraxis

Entscheidungsbeispiele für die Analogiepraxis des OGH, mit der neue verschuldensunabhängige Haftungen für Betriebsgefahr (ohne gesetzliche Grundlage, vielmehr durch Richterrecht) geschaffen wurden. Dazu → Kapitel 11.C.II.4., S. 723.

Richterrecht

 Bejahend:

- SZ 26/75 (1953): Sesselliftunfall – OGH behandelt Sessellift wie eine Eisenbahn. In der Folge werden Sessellifte ins EKHG einbezogen! Für Schlepplifte erfolgt dieser Schritt erst 1977. Der Gesetzgeber sah sich gezwungen, die entwicklungsmäßig vorausgeeilte Rspr „einzufangen“.
- SZ 31/26 (1958): Magnesitwerk emittiert schädliche (aber zulässige) Rauchgase, wodurch ein Zirkuszelt beschädigt wurde. Der OGH erblickte im Magnesitwerk einen gefährlichen Betrieb und entschädigt den Schaden.
- SZ 46/36 (1973): Abbrennen eines Feuerwerks – Abschießen von Feuerwerkskörpern / „Raketen“ → Kapitel 10.C., S. 700: E-Beispiele.
- OGH 20. 6. 2002, 2 Ob 142/01y, EvBl 2002/191: Auf dem Güterweg einer Güterweggenossenschaft, die zu einer Landwirtschaft und Schützhütte („D-Älpele“) führt, ereignet sich ein Rodelunfall. Der Rodler stieß mit einem motorbetriebenen Transportschlitten zusammen, dem Proviant und Gepäck der Gäste zur Schutzhütte brachte. Der am Knie Verletzte klagt die Halterin des Schlittens auf Schadenersatz. Beklagter wendet ein, dass das EKHG nicht zur Anwendung komme. – OGH: Wird ein Motorschlitten (Skidoo) auf Straßen mit öffentlichem Verkehr verwendet, sind auf ihn die Bestimmungen des EKHG anzuwenden. OGH nimmt aber Mitverschulden des Rodlers an. (Eingehende Prüfung der Kfz-Voraussetzungen nach KFG.)


 **Abgelehnt** wurde vom OGH eine analoge Anwendung der gesetzlichen Gefährdungshaftungsregeln bspw in folgenden Fällen (dh hier wurde die „normale“ Verschuldenshaftung bejaht):

- SZ 26/255 (1953): Motorradrennen; – SZ 44/182 (1971): Caterpillar;
- JBl 1981, 371: Steinbruch, Bauunternehmen / Felssturz;
- |EvBl 1982/129: Autodrom;
- JBl 1985, 556: Sturmboot (Wiener Prater) → Kapitel 10.C., S. 700: Fälle zum Schadenersatzrecht;

- JBl 1986, 525: Planierdrape;
- JBl 1986, 520: Motorboot;
- ZVR 1985/157 (OLG Innsbruck), ZVR 1988/7 (OGH), ZVR 1995/30 (OGH), ZVR 1997/65 (OGH) Pistenraupe; EvBl 2002/181: Baggerbetrieb.

## II. Das EKHG als Beispiel

In der Folge wird als praktisch wichtigstes Beispiel einer Gefährdungshaftung das EKHG 1959, BGBl 48 kurz vorgestellt.

 P. Apathy, Kommentar zum EKHG (1992); – Danzl, EKHG. Eisenbahn- und Kraftfahrzeug-Haftpflichtgesetz (2002<sup>7</sup>); – Fucik / Hartl / Schlosser (Hg), Handbuch des Verkehrsunfalls – in mehreren Teilen, erschienen Teil 1-5 (2003).

### 1. § 1 EKHG: Unfälle beim Betrieb

„Wird durch einen Unfall beim Betrieb einer Eisenbahn oder beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs ein Mensch getötet, an seinem Körper oder an seiner Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der hieraus entstehende Schaden gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zu ersetzen.“ (§ 1 EKHG)


Die Textierung des § 1 EKHG **schließt „reine“ Vermögenschäden aus**; dazu → A.II.1. – Gleiches gilt für das PHG.

Unfallbegriff

Gehaftet wird danach für: „**Unfälle**“ (das sind plötzlich [von außen her] auf den Körper oder auf Sachen einwirkende schädigende Ereignisse) **„beim Betrieb“** einer Eisenbahn oder eines Kraftfahrzeugs. Dazu gleich mehr → B.II.3.

„beim Betrieb“

Zum Unfallbegriff – Barta, ZAS 1973, 170.

 SZ 27/218 (1954): Ein **Unfall beim Betrieb** zweier Kfz ist auch dann anzunehmen, wenn sie sich nicht berührt haben, das Verhalten des einen aber das des andern beeinflusst hat.

- OGH 5. 6. 2001, 2 Ob 214/01m, EvBl 2002/181: Beim **Abladen von Stahlplatten** aus einem Lkw mittels einer an einem Bagger montierten Kette wird der Lkw-Fahrer am Kopf getroffen und schwer verletzt. Der (zur Leistung herangezogene) Haftpflichtversicherer des Lkw will beim Beklagten (Baggerunternehmen) Regress nehmen. – OGH verneint Anwendbarkeit des EKHG, da das Kriterium „beim Betrieb“ iSd § 1 EKHG nicht erfüllt sei. – Die analoge Anwendung der EKHG-Bestimmungen auf den **Baggerbetrieb** („Analogiepraxis“) wird nicht in Erwägung gezogen, obwohl der Fall anschaulich dokumentiert, wie gefährlich der Baggerbetrieb auch ohne Zusammenhang mit der Fortbewegungsgeschwindigkeit ist. Eine ähnliche Problematik besteht bei Pistenplanierungsgeräten. Künftige Analogieschlüsse dürften nicht nur auf die Fortbewegungsgeschwindigkeit abstellen!

Beispiel

Das EKHG gelangt auch zur Anwendung, wenn bspw ein **Busfahrer** während der Fahrt eine **Herzattacke** erleidet und dadurch einen Unfall verursacht, wodurch Passagiere verletzt werden. – Die Halterhaftung greift, obwohl weder den Fahrer, noch den Halter (noch einen Dritten) Verschulden am Eintritt des Unfalls trifft.

 ABBILDUNG: Verkehrsunfälle in Österreich; ABBILDUNG: Verkehrsunfälle in Deutschland

### 2. § 2 Abs 1 EKHG: Begriff der Eisenbahn

Das EKHG verweist auf das EisenbahnG 1957, BGBl 60: Heute fallen unter den Begriff der Eisenbahn iwS neben Eisenbahnen ieS, Seilbahnen, Sessellifte und Schlepplifte → B.II.16.; § 276 GewO 1994, BGBl 194.

BEISPIEL: Schweres Sesselliftunglück auf dem Goldeck bei Spittal an der Drau, bei dem 1996 5 Menschen schwer verletzt wurden, weil bei einer Stütze des Sesselliftes das Seil aus der Rollenführung gesprungen war. – Man denke an das schwere Unglück der Standseilbahn in Kaprun (2000) bei dem viele Menschen den Tod fanden.


### 3. § 2 Abs 2 EKHG: Haftung für Betriebsgefahr

Das EKHG regelt die Haftung für Schäden, die durch ein Kfz oder eine Eisenbahn verursacht wurden. Es handelt sich um eine Haftung für sog Betriebsgefahr, eine Gefährdungs- oder Nichtverschuldenshaftung. Für Eisenbahnen haftet der Betriebsunternehmer, für Kfz der Halter.

Die (Kfz-)Halterhaftung wurde der **Tierhalterhaftung** des § 1320 ABGB nachgebildet und auf immer weitere Bereiche ausgedehnt: Eisenbahnen ieS, Seilbahnen, Sessel- und Schleplifte, Kraftfahr- und Luftfahrzeuge, Atomkraftwerke, Rohrleitungen. Vgl auch die Wegehalterhaftung des § 1319a ABGB (Verschuldenshaftung!) und die §§ 1318, 1319 ABGB (Wohnungs- und Gebäudehalter; unterschiedliche Haftungsvoraussetzungen).

Der Begriff des Kraftfahrzeugs ist iSd KFG 1967 auszulegen. – Soweit sich aus dem EKHG nichts anderes ergibt, ist das Gesetz auf Kraftfahrzeuge nicht anzuwenden, bei denen nach ihrer Bauart und ihrer Ausrüstung nicht dauernd gewährleistet ist, dass mit ihnen auf gerader, waagrechter Fahrbahn bei Windstille eine Geschwindigkeit von 10 km in der Stunde überschritten werden kann; das trifft bspw nicht zu auf bestimmte Traktoren, Mährescher, Pistenfahrzeuge udglm.

Begriff des Kraftfahrzeugs

 ZVR 1998/18 mwH: Das EKHG ist auf einen **Rasenmätraktor** nicht anzuwenden, weil nur Straßenfahrzeuge als Kfz angesehen werden. Auch die Vorschrift des § 19 Abs 2 EKHG (→ B.II.16.) gilt nur für die unter den Anwendungsbereich des EKHG fallenden Kfz. – Überschreitet ein Rasenmätraktor die Geschwindigkeit von 10 km/h nicht, scheidet auch eine analoge Anwendung des EKHG aus. – Auch wenn es gelegentlich vorkommt, dass durch einen Rasenmäher – wie den hier verwendeten – Steine weggeschleudert werden, was hier zur Verletzung eines Fußgängers führte, kann nicht gesagt werden, dass diese Gefahr nach der Art des Betriebes regelmäßig und ganz allgemein vorhanden ist. Es besteht auch nicht die Gefahr eines ganz außergewöhnlichen Schadens, sodass eine Gesamtanalogie nach § 7 ABGB zu den Bestimmungen über die gefährlichen Betriebe überhaupt (Gefährdungs- und Eingriffshaftungen) ausscheidet.

BEISPIEL: Die immer wieder schweren Unfälle mit Pistenfahrzeugen erforderten längst ein Umdenken; vgl etwa: Der Standard, 18.12.1997, S. 7: „Pistenunfall: Zweiter Toter – Drei Tage, nachdem ein deutsches Ehepaar im Tiroler Unterland von einer Pistenraupe überrollt und die 71jährige Frau dabei getötet worden war, erlag in der Nacht zum Mittwoch in der Innsbrucker Uni-Klinik auch ihr 69jähriger Mann seinen schweren Verletzungen. Der Unfall hatte sich am Sonntag abend im Anschluss an die 25-Jahr-Feier der Scheffauer Bergbahnen ereignet. Der Lenker des Pistenfahrzeugs dürfte die beiden Fußgänger im dichten Schneetreiben nicht bemerkt haben: Edith und Johann H. aus Ulm waren nach der Feier zur Gondelbahn marschiert. Auf der unbeleuchteten Strecke war auch der 29jährige Johannes G. aus Scheffau mit dem Pistenfahrzeug unterwegs, mit der er mehrere gehbehinderte Festteilnehmer auf der Ladefläche der Raupenschaukel zum Lift bringen wollte. Er hatte den Unfall erst gar nicht bemerkt.“

Ein Unfall / Schaden ist beim Betrieb eines/r Kraftfahrzeugs / Eisenbahn eingetreten, wenn zwischen Unfall und Betrieb ein adäquater Kausalzusammenhang / Gefahrenzusammenhang besteht, der angenommen wird, wenn der Unfall mit der Gefährlichkeit von Eisenbahn oder Kraftfahrzeug zusammenhängt; Haftung für (typische) Betriebsgefahren. Zur Adäquanz → A.II.2.

Kausalzusammenhang

Ein Zusammenhang mit dem Betriebsvorgang einer Eisenbahn wird von der Rspr auch für Unfälle beim Ein- und Aussteigen angenommen. Ein Unfall beim Betrieb wird auch dann angenommen, wenn ein Kraftfahrzeug im Unfallzeitpunkt nicht mehr in Bewegung ist: Der OGH stellt nämlich beim Beurteilen der Kraftfahrzeugbetriebsgefahr nicht nur auf den sog **maschinentechnischen Standpunkt** ab, sondern beachtet auch **verkehrstechnische Gesichtspunkte**. So gelten etwa gefährlich abgestellte Kraftfahrzeuge – zB unbeleuchtete oder auf einem Eisenbahnübergang oder auf einem Autobahnfahrstreifen oder beim Auftanken abgestellte, allenfalls auch Unfälle beim Be- oder Entladen, wenn dadurch andere Verkehrsteilnehmer gefährdet werden – als noch im Betrieb. Ebenso, wenn bspw ausgeflossenes Öl eine Straße verschmutzt. – Auch diese „Fälle“ findet das EKHG Anwendung.

Verkehrstechnische Gesichtspunkte

BEISPIEL: Hund überfuhr mit Auto 81jährige Frau: PARIS. (Aus: Oberösterreichische Nachrichten 24.6.1995, 6) – Ein tierisches Malheur hatte böse Folgen. In St. Etienne in Mittelfrankreich wurde eine 81jährige Frau von einem Auto angefahren und schwer verletzt. Der einzige Insasse des rollenden Gefährts war ein Hund. – Der Vierbeiner hatte offenbar den Leergang eingelegt. Das Fahrzeug, das auf

einem abschüssigen Parkplatz stand und dessen Handbremse nicht angezogen war, rollte rückwärts auf die alte Dame zu. Sie wurde zu Boden geworfen und unter dem Wagen eingeklemmt. Die Pensionistin zog sich dabei eine schwere Kopfverletzung und mehrere Knochenbrüche zu. – Die Rettungsdienste waren mehr als verblüfft, als sie in dem Unfallauto lediglich den unschuldig dreinschauenden Hund fanden.”

#### 4. § 3 Abs 1 EKHG: Gesetzliche Ausnahmen

Keine Anwendung des  
EKHG auf ...

Im Falle der Tötung oder Verletzung eines durch eine Eisenbahn oder ein Kraftfahrzeug beförderten Menschen ist das EKHG hinsichtlich der befördernden Eisenbahn oder des befördernden Kraftfahrzeugs insofern nicht anzuwenden, wenn der Verletzte zur Zeit des Unfalls entweder:

- zB als „**blinder Passagier**” oder
- „**Autostopper**” befördert wurde (Näheres im Gesetz!) oder als
- eine **beim Betrieb tätige Person** (zB Schaffner, Lokführer, Buslenker) befördert wurde; vgl etwa ZVR 1998/9.

#### 5. § 5 EKHG: Haftung von Betriebsunternehmer und Halter

Für den Ersatz der im § 1 bezeichneten Schäden haftet bei der Eisenbahn der **Betriebsunternehmer**, beim Kraftfahrzeug der **Halter**. Mehrere Betriebsunternehmer derselben Eisenbahn und mehrere Halter desselben Kraftfahrzeugs – zB Ehegatten – haften zur **ungeteilten Hand**.

Halterbegriff

Der **Halterbegriff** des EKHG trifft die Person/en, die im Unfallzeitpunkt die gefährliche Sache zum eigenen Vorteil einsetzt/en und die Möglichkeit besitzt/en, Gefahren abzuwenden. Auf die Eigentumsverhältnisse kommt es dabei nicht unbedingt an! Sie bilden aber ein Indiz für die Haltereigenschaft. – Kurz: es kommt nach der Rspr „auf das **Betreiben auf eigene Rechnung und Gefahr**” an. Eine Umschreibung lautet (stRsp): Halter ist „... wer ein Kraftfahrzeug für eigene Rechnung in Gebrauch hat und die **tatsächliche Verfügungsgewalt** über das Fahrzeug besitzt.”

Zum Halterbegriff vgl auch → A.VIII.4..

BEISPIELE:

- Der (**Eigentums**)**Vorbehaltskäufer** ist (alleiniger) Halter des Fahrzeugs;
- ebenso der **Leasingnehmer** oder der (Reparatur)Werkstätteninhaber.
- Häufige Mithalter sind zB: **Lebensgefährten, Ehegatten**.

#### 6. § 6 EKHG: Schwarzfahrt

Schwarzfahrt = Benützung des Verkehrsmittels ohne Willen des Betriebsunternehmers / Halters. Benutzte jemand zur Zeit des Unfalls das Verkehrsmittel (Eisenbahn oder Kraftfahrzeug) ohne den Willen des Halters, haftet er an Stelle des Betriebsunternehmers oder Halters für den Ersatz des Schadens.

Verantwortung des Halters  
wid streng geprüft

Die Rspr prüft aber die **Verantwortung des Halters** streng unter dem Gesichtspunkt, ob die Schwarzfahrt schuldhaft ermöglicht wurde.



Halterhaftung (und keine Schwarzfahrt) wurde zB angenommen, als ein **Betriebskollege**, der nach Hause eingeladen worden war, die kurze Abwesenheit des Hausherrn (Halters), um im Keller eine Flasche Wein zu holen, ausnützte, um sich den Autoschlüssel vom Schlüsselbord zu holen und mit dem Auto eine Spritzfahrt zu machen, bei der sich ein schwerer Unfall ereignete.

- Anders ZVR 1998/2: **Schlüssel in der Manteltasche** wird als keine Verletzung der Sorgfaltspflicht angesehen, wenn der Mantel bspw in der Garderobe einer Diskothek abgegeben wurde.

BEACHT: Dem Eigentümer des unbefugt benützten Kraftfahrzeugs gegenüber haftet ein Schwarzfahrer bei Beschädigung des Kraftfahrzeugs nach ABGB (§§ 1331 f) und nicht nach EKHG! Das bedeutet: Verschuldenshaftung!

## 7. § 7 Abs 1 EKHG: Mitverschulden

Hat bei der Entstehung des Schadens durch ein Kraftfahrzeug oder eine Eisenbahn ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt, ist § 1304 ABGB (Mitverschulden → A.II.3.) anzuwenden.

## 8. § 9 EKHG: Unabwendbares Ereignis – Haftungsbefreiung


§ 9 Abs 1 EKHG regelt die Haftungsbefreiung durch ein „unabwendbares Ereignis“.

Der Unfall darf dann weder:


- „auf einem **Fehler in der Beschaffenheit**“ des Fahrzeugs
- „noch auf einem **Versagen der Vorrichtungen** der Eisenbahn oder des Kraftfahrzeugs beruhen.“

Nach § 9 Abs 2 EKHG gilt ein Ereignis insbesondere (!) dann als unabwendbar,

- „wenn es auf das **Verhalten des Geschädigten** [zB Selbstmörder],
- eines nicht beim Betrieb tätigen **Dritten** [zB Terroranschlag]
- oder eines **Tieres** zurückzuführen ist“,
- und der Halter oder sonstige „Personen **jede [!] nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt** beachtet haben ...“

 Eingehend zu den Fragen der Haftungsbefreiung nach § 9 EKHG mwH: *K.-H. Danzl*, EKHG 213 ff (2002<sup>7</sup>).

BEISPIEL: Aus: Der Standard, 18.8.1995, S. 6: „Fahrtschreiber rollt den Hergang des Unglücks auf. – ‘Wenn sich ein Berg in Bewegung setzt, ist es müßig nach den dafür Verantwortlichen zu suchen’, war am Dienstag aus der Zentralen Verkehrsüberwachung der ÖBB in Wien zu erfahren. Alleiniger Auslöser des folgenschweren Zugunglücks auf der Arlbergbahnstrecke in Braz vom Freitag abend war der **Murenabgang**. Die Staatsanwaltschaft Feldkirch hat menschliches Verschulden ausgeschlossen. – Die Auswertung des Fahrtschreibers der zweiten, unversehrten Schublok am Ende des Zuges ergab am Dienstag, dass der Lokführer noch eine Notbremsung eingeleitet hatte. Der Fahrtschreiber hat eine Bremsstrecke von 50 Metern registriert, zum Anhalten des Zuges wären rund 400 Meter notwendig gewesen. Ob sich die Garnitur schon auf der Brücke befand, als sie weggerissen wurde oder diese bereits nicht mehr da war, als der Zug kam, war am Dienstag noch nicht geklärt. – Die ÖBB überlegen eine finanzielle Entschädigung für alle zu Schaden gekommenen Personen, obwohl diese nach der ‘**Höhere-Gewalt- Bestimmung**’ keinen Rechtsanspruch darauf haben. Von 17 schwer verletzten Personen waren am Dienstag noch acht in stationärer Krankenhausbehandlung. Auch die Angehörigen der drei Todesopfer ... sollen unterstützt werden.“ – Vgl dazu auch → B.III.: Zufall und höhere Gewalt.

 ZVR 1998/1 (**Doppelsessellift**): Der Entlastungsbeweis nach § 9 Abs 2 EKHG setzt voraus, dass die äußerste, nach den Umständen des Falles mögliche und zumutbare, Sorgfalt eingehalten wird. Auch die erhöhte Sorgfaltspflicht darf aber nicht überspannt werden.

- Als **nicht unabwendbar** angesehen wurden: ZVR 1966/87: Verreißen eines Kfz nach einem **Insektenstich** ins Auge; ZVR 1966/64: **Schleudern** auf glatter Straße; SZ 49/20 = ZVR 1977/79: Plötzliche **Bewusstlosigkeit des Kfz-Lenkers**: Nur ein von außen auf das Kfz oder dessen Lenker einwirkendes Ereignis kann ein unabwendbares sein; nicht dagegen ein Versagen des Fahrzeugs oder des Lenkers (Rspr-Änderung).

- OGH 8. 9. 2000, 2 Ob 178/99m („**Der Sprung aus dem Zug**“), JBl 2001, 242: Schüler (13 und 14 Jahre) springen aus fahrendem Zug und verletzen sich dabei schwer. Der Waggon war ein altes Modell und hatte noch keine Türblockadeinrichtung. – OGH gelangt trotz Ablehnung eines „unabwendbaren Ereignisses“ iSd § 9 EKHG zu einer gänzlichen Freistellung des Eisenbahnunternehmens in Parallele zu Haftungsauschlussgründen des vorsätzlichen Selbstmordes und krass grob fahrlässiger Sorglosigkeit von Fahrgästen.

## 9. § 9a EKHG: Schlepplifte

Hinsichtlich Schleppliften ist (seit 1977) zu unterscheiden:

- für die **technischen Einrichtungen** (dh die Lifтанlage, ausgenommen die Schlepplifte) gilt die Gefährdungshaftung des EKHG;
- für die **Schlepplifte** dagegen gilt die allgemeine Verschuldenshaftung des ABGB!

Lifтанlage – Schlepplifte

**Beweislast** Der Betriebsunternehmer eines Schleppliftes haftet also für Schäden, die sich aus dem Zustand der Schlepplspur ergeben nur bei eigenem oder dem Verschulden seiner Leute; mE ist die Schlepplspur aber kein Weg iSd § 1319a ABGB. – Vgl dazu Danzl, EKHG 258 (2002<sup>7</sup>): „Für die **Beweislast** ist hiebei – nach Apathy, EKHG Rz 3 zu § 9a – zu unterscheiden, ob der Betriebsunternehmer aus Delikt oder wegen Verletzung einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung haftet. Wird jemand geschädigt, der mit dem Betriebsunternehmer in keiner Sonderbeziehung steht, so haftet der Unternehmer zwar über § 1315 ABGB hinaus für das Verschulden seiner Leute (vgl auch § 1319a ABGB), doch hat der Geschädigte entsprechend § 1296 ABGB das Verschulden zu beweisen. Bei Bestehen einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung, insb eines Beförderungsvertrages des Verletzten mit dem Betriebsunternehmer (...), hat sich hingegen der Betriebsunternehmer zufolge § 1298 ABGB zu entlasten. Er haftet mithin nach §§ 1293 ff ABGB, wenn er nicht beweisen kann, dass er und seine Gehilfen (§ 1313a ABGB) die objektiv gebotene Sorgfalt eingehalten haben.“

### 10. § 10 EKHG: Kein Haftungsausschluss möglich

**Zwingendes Recht** Die Verpflichtung des Betriebsunternehmers oder Halters, für die Tötung oder Verletzung entgeltlich beförderter Personen Ersatz zu leisten, darf im vorhinein weder ausgeschlossen noch beschränkt werden; entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig. – Die Haftungsregeln des EKHG enthalten also zwingendes Recht!

Ausgeschlossen wird dadurch nach hM jeder Haftungsverzicht; also nicht nur einer der die Gefährdungshaftung betrifft, sondern auch ein solcher, der die Haftung nach bürgerlichem Recht ausschließen soll.

### 11. Mehrere Schädiger / Ersatzpflichtige – Rückgriff und Ausgleich zwischen ihnen: §§ 8 und 11 EKHG

§ 8 EKHG: Schadensverursachung durch mehrere Kraftfahrzeuge / Eisenbahnen

**Abs 1:** Ein Geschädigter kann seine Ansprüche grundsätzlich gegen **alle** am Unfall Beteiligten [Schädiger] richten.

**Abs 2:** Mehrere Beteiligte [Schädiger] haften (ihm) **solidarisch** / zur ungeteilten Hand.

**Individuelle Beurteilung der Haftung** Die jeweilige **Haftung** ist aber **für jeden** Unfallbeteiligten (Schädiger) getrennt zu beurteilen:

- Haftet daher ein Beteiligter **ohne Verschulden** (Gefährdungshaftung), ist seine Haftung durch die Höchstbeträge der §§ 15, 16 EKHG beschränkt. Dies stellt Abs 2 klar.
- Haftet ein Beteiligter **für sein Verschulden**, bleibt die Haftung – wie auch sonst nach ABGB – unbeschränkt; vgl § 19 EKHG → B.II.16.

Beteiligt können sein:

- Beteiligte können sein:**
- Halter / Betriebsunternehmer,
  - Lenker (Haftung nach ABGB – Verschulden ist Voraussetzung!),
  - Schwarzfahrer,
  - Beifahrer,
  - Einweiser usw.

**Grundsätze der Solidarhaftung** Für die **Anspruchsgeltendmachung** gelten die **allgemeinen Grundsätze der Solidarhaftung**:

- Das heißt: Geschädigte können ihre Ansprüche gegen **einen** oder **alle** haftenden Mitschuldner geltend machen;
- eine (Anspruchs)**Erfüllung** (ganz oder teilweise) wirkt für alle;
- **aufrechnen** (§§ 1438 ff ABGB) kann ein Mitschuldner nur mit eigenen Forderungen; es besteht jedoch die Möglichkeit der Zession usw.

**Rückgriff und Ausgleich zwischen mehreren Schädigern** Für Rückgriffs- und Ausgleichsansprüche mehrerer Haftpflichtiger untereinander gilt nach § 11 EKHG folgendes (zB Massenkarambolage!):

- Es ist zu beachten „... inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Beteiligten verschuldet“ oder
- „durch außergewöhnliche Betriebsgefahr“ (§ 9 Abs 2) oder
- „überwiegende gewöhnliche Betriebsgefahr“ verursacht wurde.

Ein Rückgriffsanspruch setzt ferner voraus, dass der ihn geltendmachende (solidarisch haftende) Beteiligte entweder den ganzen Schaden oder doch mehr, als es seinem Anteil entspricht, gezahlt hat.

 Dazu *Danzl*, EKHG 277 ff (2002<sup>7</sup>).

- Vor allem der **Grad des Verschuldens**
- Schadensverursachung durch **außergewöhnliche Betriebsgefahr**; und schließlich
- überwiegende **gewöhnliche Betriebsgefahr**.
- Beispiele aus dem Kraftfahrzeugbereich:
- Rücksichtsloses Überholen
- Vorrangverletzung
- überhöhte Geschwindigkeit
- schlechte Reifen
- Unachtsamkeit.

Aufteilungskriterien sind:

Was ist gewöhnliche Betriebsgefahr?

 Dazu vor allem *Danzl*, EKHG 316 ff (2002<sup>7</sup>).

Hat zB das schuldhafte Verhalten eines Verkehrsteilnehmers eine außergewöhnliche Betriebsgefahr eines anderen zur Folge, trägt der Fahrlässige den ganzen Schaden.

Was ist außergewöhnliche Betriebsgefahr?

BEISPIELE:

- Fahren mit überhöhter Geschwindigkeit bei starkem Schneefall oder dichtem Nebel führt zur Kollision mit anderem Fahrzeug, das auf der Straße zum Stillstand gekommen ist!
- Abbiegen ohne zu Blinken löst starkes Abbremsen eines entgegenkommenden Tankwagens aus, wodurch wiederum ein Dritter geschädigt wird. Usw.

## 12. Gegenstand des Ersatzes nach dem EKHG

Vgl §§ 1327 iVm 1325 ABGB.

§ 12 EKGH Tötung

Im Falle der **Tötung** sind zu ersetzen:

§ 12 Abs 1 EKGH


- Kosten der versuchten Heilung,
- Kosten aus einer Vermehrung seiner Bedürfnisse,
- ein angemessenes Schmerzensgeld und
- die Kosten angemessener Bestattung; Anspruch auf Ersatz der Bestattungskosten hat derjenige, der sie zu tragen verpflichtet ist oder sie tatsächlich getragen hat.
- Stand der **Getötete** zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnis, vermöge dessen er diesem **kraft Gesetzes unterhaltspflichtig** war oder unterhaltspflichtig werden konnte, und ist dem **Dritten** infolge der Tötung das **Recht auf Unterhalt entzogen** worden, so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten insoweit Schadenersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen wäre. – Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung gezeugt, wenn auch noch nicht geboren war. Vgl § 1325 ABGB.

§ 12 Abs 2 EKGH

Zu ersetzen sind:

- Heilungskosten
- Verdienstentgang
- Vermehrung der Bedürfnisse
- angemessenes Schmerzensgeld
- angemessene Verunstaltungsentschädigung; vgl § 1326 ABGB.

§ 13 EKGH:  
Körperverletzung

 § 13 Z 1 (Heilungskosten): ZVR 1993/151 (**Akupunktur** – OLG Ibk); – ZVR 1994/22 (**kosmetische Operation**); – SZ 70/220 = ZVR 1998/32 [verst Senat – Rspr-Änderung]: Ein Verletzter hat keinen Anspruch auf den Ersatz sog fiktiver Heilungskosten, worunter die Kosten einer möglichen künftigen Heilbehandlung zu verstehen sind, die nicht durchgeführt wird; vgl Ch. Huber, ZVR 1998, 74; ZVR 1968/83: Die Kosten der Besuche der Eltern bei dem verletzten Kind sind zu ersetzen.

- § 13 Z 3 (Vermehrung der Bedürfnisse): ZVR 1987/128: Die Kosten zur **Deckung vermehrter Bedürfnisse** stellen einen positiven Schaden dar. Ein solcher Schaden ist grundsätzlich subjektiv-konkret zu berechnen; dem Geschädigten sind alle tatsächlich entstandenen Kosten zu ersetzen; – ZVR 1979/21: Kosten für die Pflege in der eigenen Wohnung können nur dann begehrt werden, wenn sie tatsächlich anfallen; – ZVR 2001/106: Zum Grundsatz der konkreten Schadensberechnung; – ZVR 1999/74 (OLG Ibk): Kostenersatz für eine Begleitperson zum Antritt einer Reise nach Sri Lanka?; – Danzl, EKHG 418 (20028): Kosten für die Anschaffung eines Pkw's; – Kosten eines behindertengerechten Umbaus (RZ 1984/12; eines Aufzugs EFSIlg 54.266), einer Garage (ZVR 1991/50), Einbau eines Therapieraums für einen Querschnittgelähmten oder eines Schwimmbads für einen beidseitig beinamputierten Jugendlichen.
- § 13 Z 5 EKHG iVm § 1326 ABGB: EFSIlg 20.241: Unter Verunstaltung iSd § 1326 ABGB ist jede wesentliche nachteilige Veränderung der äußeren Erscheinung des Verletzten zu verstehen. Ob eine solche vorliegt, ist nicht nach medizinischen Begriffen, sondern unter Zugrundelegung eines ästhetischen Maßstabes nach allgemeiner Lebensanschauung zu beurteilen. OGH 25.1.1973, 2 Ob 225/72, ZVR 1974, 52/43.
- EFSIlg 20.242: Bei einer Frau ist die Möglichkeit, ihre Gesamtlage durch eine Heirat zu verbessern, als besseres Fortkommen iSd § 1326 ABGB zu beurteilen; OGH 10.5.1973, 2 Ob 70/73, ZVR 1974, 51/42.
- EFSIlg 20.243: Für einen Anspruch nach § 1326 ABGB genügt die bloße Möglichkeit einer Minderung der Heiratsaussichten. Der Nachweis der Vereitelung einer bestimmten Heiratsaussicht ist nicht erforderlich: OGH 10.5.1973, 2 Ob 70/73, ZVR 1974, 51/42.

#### § 14 EKHG

**Art der Ersatzleistung:** Das Gesetz bestimmt, dass bestimmte Ansprüche (zB Unterhaltsansprüche Dritter) grundsätzlich durch eine **Geldrente** oder aus wichtigen Gründen, wenn die einmalige Zahlung dem Ersatzpflichtigen wirtschaftlich zumutbar ist, in Form einer **Kapitalabfindung** abzugelten sind; § 14 Abs 3 EKHG. – Nach § 14 Abs 2 ist die **Geldrente** für einen Monat **vorausanzahlen**; § 1418 Satz 3 ABGB gilt sinngemäß:

„Stirbt der Verpflegte während dieser Zeit; so sind dessen Erben nicht schuldig, etwas von Vorauszahlung zurückzugeben.“

Nach Abs 4 wird der Anspruch auf Geldrente nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Dritter – zB der Ehegatte gegenüber seiner Frau oder die Eltern gegenüber ihrem Kind – dem Ersatzberechtigten (zB Ehegattin oder ein Kind) Unterhalt zu gewähren hat.

### 13. §§ 15, 16 EKHG: Haftungshöchstbeträge

Das EKHG kennt für die Tötung oder Verletzung von Menschen (§ 15) oder Sachbeschädigungen (§ 16) Haftungshöchstbeträge. – Das EKHG begrenzt also die statuierte Gefährdungshaftung nach oben, wodurch die Versicherbarkeit derartiger Schäden erleichtert werden soll.

#### BEISPIELE:

- Bei **Tötung oder Verletzung** von Menschen bei einem Eisenbahnunfall ist ein Kapitalbetrag von insgesamt 292.000 € oder einen jährlichen Rentenbetrag von 17.520 € für den einzelnen Verletzten begrenzt; dasselbe gilt für Kraftfahrzeugunfälle.
- Für **Sachschäden** bei Kraftfahrzeugunfällen liegt zB die Grenze pro Ereignis, selbst wenn dadurch mehrer Sachen beschädigt wurden, für den Halter eines Pkw's bei 145.000 €.

### 14. § 17 EKHG: Verjährung

Die 3 oder 30jährige Verjährung entspricht § 1489 ABGB.

### 15. § 18 EKHG: Anzeigepflicht

Der Ersatzberechtigte verliert die im EKHG festgesetzten Ersatzansprüche, wenn er nicht innerhalb von **3 Monaten**, nachdem er von dem Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat, diesem den Unfall anzeigt. Der Verlust tritt nicht ein, wenn die Anzeige infolge eines vom Ersatzberechtigten nicht zu vertretenden Umstands unterblieben ist – zB Krankenhausaufenthalt – oder der Ersatzpflichtige innerhalb der bezeichneten Frist auf andere Weise von dem Schaden Kenntnis erhalten hat.



## 16. § 19 EKHG: Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts

Unberührt bleiben nach der ausdrücklichen Anordnung von Abs 1 dieser Bestimmung die Vorschriften des ABGB und andere Vorschriften, nach denen der Betriebsunternehmer oder Halter für den verursachten Schaden in weiterem Umfang als nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes haftet oder nach denen ein anderer für den Schaden verantwortlich ist.

Die EKHG-Haftung als Nichtverschuldenshaftung ist keine ausschließliche. Vielmehr konkurriert sie (sog Anspruchskonkurrenz) mit der Verschuldenshaftung des ABGB, wenn Unfallbeteiligten (Schädigern) auch ein Verschulden anzulasten ist. Das mag den Halter selbst, den Lenker (soweit er nicht mit dem Halter identisch ist) oder andere Personen betreffen. – Das ist insofern praktisch bedeutsam, weil die Verschuldenshaftung des ABGB bei der Ersatzpflicht keine (Höchst)Grenzen kennt.

Was bedeutet das?

BEISPIEL: Ist zB die Mutter Halterin eines Kraftfahrzeugs und verschuldet der allein fahrende Sohn als Lenker einen Verkehrsunfall, haftet die Mutter als Halterin (nach EKHG ohne Verschulden) solidarisch mit ihrem Sohn, der nach den §§ 1293 ff ABGB (also auf der Grundlage der ABGB-Verschuldenshaftung) als Haftender herangezogen werden kann.

Die Frage, die rechtspolitisch heute zu stellen wäre, ist die, ob es noch zeitgemäß ist, parallel zur Gefährdungshaftung des EKHG eine – noch dazu – der Höhe nach unbegrenzte Verschuldenshaftung zu belassen, die schon ab leichter Fahrlässigkeit „greift“. Denn der Großteil aller (Verkehrs)Unfälle ist auf leichte Fahrlässigkeit zurückzuführen. Hier erscheint das System veraltet und verbesserungsbedürftig. Wenigstens der Bereich leichter Fahrlässigkeit wäre haftungsfrei zu stellen und damit diese sog „Zweispurigkeit“ der Haftung (= neben der verschuldensunabhängigen EKHG-Haftung gelangt, gleichsam in „zweiter Spur“, bei gegebenem Verschulden parallel noch die ABGB-Verschuldenshaftung zur Anwendung) zu entschärfen oder – noch besser – zu beseitigen.

Sog „Zweispurigkeit“ der Haftung

Nach § 19 EKHG ist es möglich, mit derselben Klage sowohl den Halter, als auch den Lenker zu belangen, wenn auch nach verschiedenen Haftungsgrundlagen; zB den Halter nach EKHG, den Lenker nach ABGB. – In der Praxis ist diese Klage gegen den Halter und Lenker üblich.

Klage gegen Halter und Lenker

EKHG

§ 19 Abs 2

Abs 2 ordnet an: „Auch dort, wo die Ersatzansprüche für einen durch einen Unfall beim Betrieb einer Eisenbahn oder beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs verursachten Schaden nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen sind, wie insbesondere auch bei solchen Eisenbahnen und Kraftfahrzeugen, auf die dieses Bundesgesetz nicht anzuwenden ist, haftet der Betriebsunternehmer und der Halter für das Verschulden der Personen, die mit seinem Willen beim Betrieb der Eisenbahn oder beim Betrieb des Kraftfahrzeugs tätig waren, soweit diese Tätigkeit für den Unfall ursächlich war.“

## 17. Direktansprüche des Geschädigten gegen den Versicherer des Halters; § 22 KHVG

Geschädigte haben heute gegen den Versicherer des Halters eines Kraftfahrzeugs einen sog **Direktanspruch** nach § 22 KHVG 1987. Dh: Ein Geschädigter kann unmittelbar den Versicherer und nur diesen (allein) klagen. – Der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer haftet dem Geschädigten **solidarisch** neben dem jeweils Ersatzpflichtigen. Hat der (Haftpflicht)Versicherer des Geschädigten den Ersatzanspruch aber befriedigt, geht kraft § 67 VersVG (Legalzession) der Anspruch auf ihn über, soweit er den Schaden ersetzt. § 67 VersVG ist eine wichtige Legalzessionsnorm; vgl auch § 1358 ABGB oder § 332 ASVG.

§ 22 Abs 1 KHVG (= KraftfahrzeughaftpflichtVersG 1987)

Der geschädigte Dritte kann den ihm zustehenden Schadenersatzanspruch ... auch gegen den Versicherer geltend machen. Der Versicherer und der ersatzpflichtige Versicherte haften als Gesamtschuldner.

### § 67 VersVG

(1) Steht dem Versicherungsnehmer ein Schadenersatzanspruch gegen einen Dritten zu, so geht der Anspruch auf den Versicherer über, soweit dieser dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Versicherungsnehmers geltend gemacht werden. Gibt der Versicherungsnehmer seinen Anspruch gegen den Dritten oder ein zur Sicherung des Anspruches dienendes Recht auf, so wird der Versicherer von seiner Ersatzpflicht insoweit frei, als er aus dem Anspruch oder dem Recht hätte Ersatz erlangen können.

(2) Richtet sich der Ersatzanspruch des Versicherungsnehmers gegen einen mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden **Familienangehörigen**, so ist der Übergang ausgeschlossen; der Anspruch geht jedoch über, wenn der Angehörige den Schaden **vorsätzlich** verursacht hat.


 *Reischauer*; Zum Regress des Sozialversicherungsträgers gegen Familienangehörige, DRdA 2000, 303.

 ABBILDUNG: EKHG 1959; ABBILDUNG: Entwicklung des Halterbegriffs; ABBILDUNG: Wer ist Halter?

## III. Zufall und höhere Gewalt

### 1. Was ist rechtlich Zufall?

§ 1311 Satz 1 und 2 ABGB

§ 1311 Satz 1 ABGB lautet: „Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet.“ Das ist – wie wir bereits wissen – die Übersetzung des römischrechtlichen Rechtsatzes: *casum sentit dominus* → A.I.4. Er besagt, dass für einen Schadenseintritt durch Zufall niemand haftet, vielmehr der Geschädigte seinen Schaden selbst zu tragen hat.

Auch ein auf Zufall zurückzuführender Schaden ist aber schon nach § 1311 Satz 2 ABGB zurechnungsmäßig beachtlich, wenn „jemand:

- den Zufall durch ein Verschulden veranlasst hat“ (**casus mixtus** → C.I.1.); oder
- „ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vor[zu]beugen sucht, übertreten“ hat (sog **Schutzgesetzverletzung**);
- „sich **ohne Not in fremde Geschäfte gemengt** hat“.

In diesen Fällen haftet der den Zufall und dadurch den Schaden Auslösende „für allen Nachteil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.“

Was nicht mehr als Verschulden zugerechnet werden kann, ist Zufall.

Auch dem ABGB ist die Haftung für Zufall und höhere Gewalt nicht fremd. – Wir haben den gegliederten Verschuldensbegriff kennengelernt. Über dem Bereich des Verschuldens ist – in der Foliendarstellung (siehe unten) – der Begriff des Zufalls angesiedelt, der dort beginnt, wo (ein menschliches Verhalten) nicht mehr als Verschulden qualifiziert werden kann. Zufall kann auch durch gehörige, also zumutbare Sorgfalt nicht mehr abgewendet werden. – Daher die **Merkformel**: Was nicht mehr Verschulden ist, genauer: Was nicht mehr als Verschulden zugerechnet werden kann, ist Zufall. Das ist vor allem für das Schadenersatzrecht von Bedeutung; vgl gleich unten. Im sonstigen Schuldrecht dagegen lässt das ABGB auch ohne die Voraussetzung von Verschulden Verzug eintreten oder gewährt Gewährleistungsansprüche. Auch Zufall ist dabei zu vertreten. Kann ein Schuldner bspw deshalb nicht rechtzeitig leisten, weil er krank oder witterungsbedingt – zB durch starken Schneefall – an seiner Leistung verhindert wurde, hat er diesen Zufall zu vertreten, dh: Verzug tritt mit den vom Gesetz festgelegten Folgen dennoch ein. Das ABGB lässt also im Schuldrecht durchaus auch für Erfolge eintreten, die auf Zufall zurückzuführen sein mögen; zB bei Gläubiger- und Schuldnerverzug. Nach richtiger Auffassung rechnet die Rspr sogar höhere Gewalt in den Fällen von Leistungsstörungen zu. Der Schuldner gerät daher auch in Verzug, wenn er deshalb nicht rechtzeitig leistet, weil sein Haus wegen Blitzschlags abgebrannt ist. Auf einem anderen Blatt steht, dass vielleicht Gläubiger in solchen Fällen Nachsicht walten lassen.

Zur bis heute nicht ausdiskutierten Problematik des objektiven oder subjektiven (Schuldner)Verzugs *Barta*, in: *Barta / Palme / Ingenhaeff* (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 409 ff (1999).

## 2. Schärfere (Schadens)Haftung nach den Haftpflichtgesetzen

Während das Schadenersatzrecht des ABGB in § 1311 Satz 1 ABGB eine Haftung / Zurechnung von Zufall grundsätzlich ausschließt, wird nach den Haftpflichtgesetzen – etwa dem EKHG – auch für **Zufall** gehaftet, weil eine effiziente Haftung für Betriebsgefahr dies erfordert.

Auch das ABGB statuiert in § 1311 Satz 2 ABGB aber eine (wertungsmäßig mit der Rechtsfigur des casus mixtus übereinstimmende) Haftung für Zufall, wenn der Schädiger ein **Schutzgesetz** verletzt hat und der Geschädigte das beweisen kann. Es kommt dann zu einer **Beweislastumkehr**, weil dann eine schuldhafte Verursachung des Erfolgs vermutet wird → A.II.6. Der Schädiger kann diese Rechtsvermutung aber dadurch entkräften, wenn er beweist, dass der Schaden auch bei vorschriftsmäßigem Verhalten eingetreten wäre; sog rechtmäßiges Alternativverhalten → A.II.5.



GIUNF 370 (1898): Schaden in Gärtnerei durch scheu gewordene **Reitpferde eines Infanterieregiments**.

– Die Klage des Gärtners gegen das Militärärar wird abgewiesen und der Schaden des Gärtners, dessen durch das Militär verursachter Umfang zudem unklar geblieben ist, als von ihm zu tragender Zufall behandelt.

- Kleinkind erbricht nach dem Abendessen auf den **Spannteppich** eines (Hotel)Bungalows. Hotelier verlangt von Eltern Ersatz: OGH konstatiert Zufall!

## 3. Höhere Gewalt (vis maior)

Unter höherer Gewalt verstehen wir heute ein (Elementar)Ereignis das:

- **von außen kommt** (daher nicht: Ohnmacht oder Herzinfarkt eines Kraftfahrzeuglenkers oder Zugführers) und
- **unabwendbar**, also trotz Beachtung aller zumutbaren Sorgfalt nicht vermieden werden kann (daher nicht anzunehmen, wenn ein Felsblock auf ein Auto stürzt, weil das Gestein nicht ordnungsgemäß überprüft worden war; Haftung des Straßenhalters) und zudem
- **außergewöhnlich / unvorhersehbar** ist (also nicht eine Lawine, die schon öfter an der gleichen Stelle abging).

Kriterien

Das ABGB schließt – wie wir gehört haben – im Schadenersatzrecht grundsätzlich neben Zufall auch eine Haftung für höhere Gewalt aus. Manche **Haftpflichtgesetze** lassen dagegen zum Teil auch für höhere Gewalt eintreten; zB § 1a Abs 3 Z 3 RHG: „... Herabfallen von [elektrischen] Leitungsdrähten ...“ oder § 9 AtomHG: Haftungsausschluss nur, wenn ein nukleares Ereignis durch Krieg, Bürgerkrieg, Aufruhr etc verursacht wurde; nicht also: Naturgewalten! – Umkehrschluss! Der in § 9 EKHG verwendete Begriff des „unabwendbaren Ereignisses“ ist nicht deckungsgleich mit dem der „höheren Gewalt“.

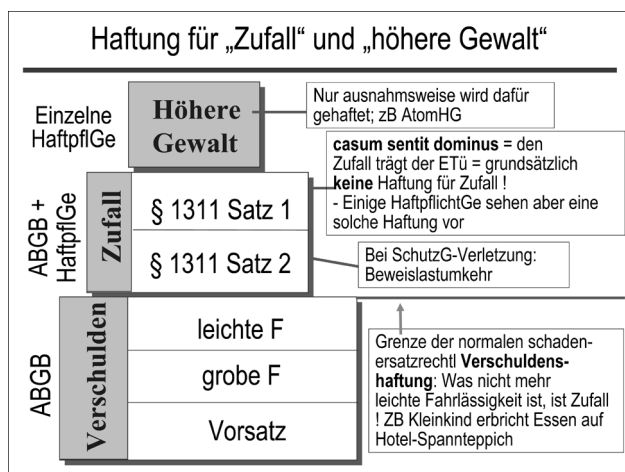



Abbildung 9.7: Haftung für Zufall und höhere Gewalt

BEISPIEL: Beispiele für höhere Gewalt: Blitzschlag, Meteoriteneinschlag, Überschwemmungen, Katastrophenwinter / Lawinen oder Erdbeben, Felssturz, Sturm, Murenabgänge; mit einem Wort Naturgewalten, aber auch Seuchen, Epidemien und (Bürger)Kriege etc.

-  *M. Hinteregger*, The New Austrian Act on Third Party Liability for Nuclear Damage, in: Nuclear Law, Bulletin 62, 1998, 27 ff; – *S. Kissich*, Der Ersatz für Nuklearschäden nach der „Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage“ und dem österreichischen AtomHG 1999, ÖJZ 1999, 661 und 718; – *Nussbaumer*, Tragödien. Eine Chronik der Katastrophen in Industrie, Verkehr und Zivilleben, Teil 1 und 2 (1999).