

# 1. Kapitel

## Die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen

### I. Grundlagen

#### A. Der Zweck des Schadenersatzrechts

**Literatur:** *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 185; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) A/35 ff, 3/1 ff.

*Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> Praxiskommentar (2016) Vor § 1293 Rz 4; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2018) Vor § 1293 Rz 4 ff; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>4</sup> (2020) Rz A/35 ff.

Erster **Grundsatz** des österreichischen Haftpflichtrechts ist es, dass der **Geschädigte den Schaden**, der an seiner Person oder in seinem Vermögen eingetreten ist, **selbst zu tragen** hat (§ 1311 erster Satz ABGB). 1

Die zahlreichen **Ausnahmen** von diesem Grundsatz enthält das **Schadenersatzrecht** („Haftpflichtrecht“).

Durch den Schadenersatzanspruch kann der Geschädigte den Schaden auf den Schädiger abwälzen. Die primäre Funktion des Schadenersatzrechts liegt also im **Ausgleichsgedanken** (*Koziol* I<sup>4</sup> Rz A/36 ff; 1 Ob 1/78 SZ 51/7; 1 Ob 729/80 SZ 53/173 = JBl 1981, 537 krit *Koziol* ua); als weitere Funktionen des Schadenersatzrechts kommen im Bereich rechtswidrigen Handelns aber auch der Präventions-, der Sanktions- und der Rechtsfortsetzungsgedanke (die Fortsetzung des verletzten Rechtsguts im Ersatzanspruch) in Betracht (Näheres bei *Koziol* I<sup>4</sup> Rz A/39 ff).

#### B. Haftungsgründe im Allgemeinen

**Literatur:** *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 185; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 5/1 ff.

*Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> (2015) Rz 1326 ff; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2018) Vor § 1293 Rz 1 ff; *Karner in KBB*<sup>6</sup> (2020) § 1294 Rz 1 ff; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>4</sup> (2020) Rz C/1 ff.

Dass jemand anders als der Geschädigte den Schaden zu tragen hat, setzt **bestimmte Zurechnungsgründe** voraus. Als solche kommen (in jedem Fall) die **Kausalität** und je nach Art der Haftung (Verschuldens- bzw Gefährdungshaftung) verschiedene **weitere** Haftungselemente in Betracht: 2

- Bei der Verschuldenshaftung sind das vor allem die **Rechtswidrigkeit und das Verschulden**: Nur dann kann dem Schädiger sein Verhalten auch „vorgeworfen“ werden.
- Bei der Gefährdungshaftung tritt ein anderes Haftungselement an die Stelle der Vorwerfbarkeit: die **objektive Gefährlichkeit** der an sich erlaubten Tätigkeit des Schädigers (*Welser/Zöchling-Jud II*<sup>14</sup> Rz 1329).

Typisch für diese Haftpflichtart ist die Haftpflicht für den gefährlichen Betrieb (von Kraftfahrzeugen, Eisenbahnen, Flugzeugen, Industrie- und Gewerbeunternehmen usw.).

- 3** Eine „**allgemeine**“ **Gefährdungshaftung** kennt das österreichische Recht nicht, wohl aber eine Reihe sondergesetzlicher Tatbestände (EKHG; LFG; AtomHG; s die detaillierte Aufzählung Rz 63). Allerdings werden die Gefährdungshaftungstatbestände von der Rsp gelegentlich durch vorsichtige **Analogie** auf vergleichbare Sachverhalte ausgedehnt (RS0029913; RS0029948; RS0072341; 1 Ob 549/92; 3 Ob 508/93 JBl 1996, 446 *Jabornegg*), wobei in der Mehrzahl der behandelten Fälle eine Analogie verneint wird (s etwa 8 Ob 22/85 – mit Gleisketten ausgestattete Planierdrape; ebenso 2 Ob 1416/96 z – Rasenmähtaktor). Die [analoge] Anwendung des EKHG auf Pistengeräte wurde (jedenfalls) außerhalb der Betriebszeiten der Lifte bzw außerhalb des Pistenbetriebs verneint (RS0119539; 9 ObA 49/04; zuletzt 2 Ob 119/12g; zur die Gefährlichkeit überwiegend bejahenden Lehre s etwa *Reindl*, ZVR 1994, 193 [195 ff]; *Apathy*, EKHG § 2 Rz 17). Näher zur Gefährdungshaftung s bei Rz 63 ff.

## C. Der Schaden

**Literatur:** *F. Bydlinki*, Probleme der Schadensverursachung (1964); *F. Bydlinki*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 173, 237; *Koziol*, Zum Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht, ZfRv 1969, 22; *Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979); *Ch. Huber*, Aktuelle Fragen des Sachschadens, ÖJZ 2005, 161 und 211; *ders.*, Die richtige Ermittlung des Fahrzeugrestwerts, ZVR 2010, 352; *Karner*, Sachschadensersatz in Österreich, ZVR 2010, 476; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 5/1 ff; *H. Ofner*, Bewertung von Autowracks im Rahmen der Schadensberechnung – ein Überblick, FS Aicher (2012) 515; *Kodek*, Abstrakte Schadensberechnung – Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung, FS Danzl (2017) 117; *Huber*, Die Ermittlung der Höhe des immateriellen Schadens, ZVR 2021, 47.

*Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> (2007) § 1293 Rz 1 ff; *Welser/Zöchling-Jud II*<sup>14</sup> (2015) Rz 1345 ff; *Wagner* in *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar ABGB<sup>4</sup> (2016) § 1293 Rz 4 ff; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2018) § 1293 Rz 1 ff; *Karner* in *KBB*<sup>5</sup> (2020) § 1293 Rz 1 ff; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>4</sup> (2020) Rz B/1/1 ff; *Wittwer* in *ABGB-Taschenkommentar*<sup>5</sup> (2020) § 1293 Rz 1 ff.

### 1. Allgemeines

- 4** Erste Voraussetzung jedweden Schadenersatzanspruchs ist der **Eintritt eines Schadens**. § 1293 ABGB definiert den Schaden als jeden Nachteil, wel-

cher jemandem am Vermögen, an Rechten oder an seiner Person zugefügt worden ist, und unterscheidet davon den Entgang des Gewinns, den jemand nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten hat. Dennoch spricht das ABGB gelegentlich auch dann von „Schaden“, wenn es sowohl den „positiven“ oder „wirklichen“ Schaden als auch den entgangenen Gewinn meint (zB in den §§ 1294, 1295 und 1324; dazu *Koziol I<sup>4</sup> Rz B/1/6*).

Für die Beurteilung des Schadens sind in erster Linie die Bestimmungen der §§ 1323 und 1324 ABGB sowie der §§ 1331 und 1332 ABGB maßgebend. Erstere regeln den **Umfang der Haftung**, letztere den **Maßstab für die Bewertung schätzbarer Sachen**. Diese Bestimmungen hängen miteinander insofern zusammen, als sie beide den Haftungsumfang, allerdings auf verschiedenen Stufen, regeln: So bestimmen die §§ 1323 und 1324 ABGB die Arten der Wiedergutmachung, die §§ 1331 und 1332 ABGB hingegen das Ausmaß der **danach zustehenden** Ersatzleistung.

## 2. Realer Schaden

Die tatsächlichen negativen Auswirkungen des Schadensereignisses auf das Vermögen des Geschädigten bilden den **realen Schaden**, der für den Fall der **Naturalrestitution** (Wiederherstellung des früheren Zustands) gem § 1323 erster Satz ABGB maßgeblich ist. 5

### Beispiel:

Die Zurückstellung des gestohlenen Kraftfahrzeugs durch den Dieb.

Wichtigster Fall der Naturalherstellung ist die **Reparatur** der beschädigten Sache; als Naturalrestitution gilt nämlich auch die Herstellung einer „**Ersatzlage**“, das ist die Herstellung einer wirtschaftlich gleichwertigen Lage (RS0030308; 2 Ob 137/70 SZ 43/186; *Koziol I<sup>4</sup> Rz D/1/29ff*).

Naturalherstellung ist geboten, wenn ein **wirtschaftlich** denkender Mensch, der den **Schaden selbst zu tragen hätte**, die dazu erforderlichen Aufwendungen gleichfalls tätigen würde (1 Ob 54/03b ua; *Karner § 1323 Rz 1*).

IdS steht dem Geschädigten der Ersatz der Reparaturkosten nur dann zu, wenn die Reparatur möglich und wirtschaftlich („tunlich“) ist. Untunlichkeit liegt vor, wenn die Reparatur erheblich höhere Kosten verursachte, als der Wert der Sache vor der Beschädigung ausmachte (RS0030285; 2 Ob 116/08k; 4 Ob 157/13m SZ 2013/97). Maßgebend sind dabei die Kosten der Wiederbeschaffung (1 Ob 54/03b; 2 Ob 162/06x; 4 Ob 157/13m). Eine starre Grenze, um wie viel die Reparaturkosten höher sein dürfen als der Wert, besteht nicht; Überschreitungen bis 10% werden regelmäßig toleriert, solche von mehr als 20% nicht (*Danzl § 1323 Rz 7 mwN*; 2 Ob 190/79; 2 Ob 117/83; 2 Ob 162/06x; 4 Ob 157/13m; näher *Rz 100*).

Durch die Naturalrestitution kann der **Schaden** allerdings **nur selten vollständig beseitigt** werden, weil der Nachteil, der dadurch entstanden ist, dass die betroffene Sache dem Geschädigten bis zur Zurückstellung nicht zur Verfügung stand, stets nur in Geld ausgeglichen werden kann (*Koziol I<sup>4</sup> Rz D/1/5*).

Der Vorrang der Naturalrestitution beruht auf der Erwägung, dass der Schaden damit bestmöglich ausgeglichen werden kann; deshalb wird sie selbst dann geschuldet, wenn sie aufwendiger als Geldersatz ist und der Schaden durch sie nicht vollständig ersetzt werden kann (RS0030117; 1 Ob 620/94 SZ 68/101; 5 Ob 23/17v).

- 6 Ist die Naturalherstellung unmöglich oder untunlich (dh wirtschaftlich untragbar: „Totalschaden“), so hat der Schädiger – im Rahmen der objektiv-abstrakten Schadensberechnung bei leichter Fahrlässigkeit – die von ihm verursachte Wertminderung, nach einem Verkehrsunfall also die **Differenz zwischen dem Zeitwert** des beschädigten Fahrzeugs unmittelbar vor dem Unfall **und dem derzeitigen Wert („Wrackwert“)**, zu ersetzen (4 Ob 157/13m SZ 2013/97 mzwN; näher *Danzl* § 1332 Rz 8 mwN). Hat der Schädiger den Schaden dagegen (**vorsätzlich** oder) **grob fahrlässig** verursacht, schuldet er volle Genugtuung (das **Interesse**; s Rz 8), also auch einen allfälligen entgangenen Gewinn (zu all dem näher Rz 100).

### 3. Vermögensschaden

- 7 Beim Vermögensschaden unterscheidet § 1293 ABGB den Nachteil, den jemand an Vermögen oder Rechten erleidet (den **positiven** oder wirklichen Schaden), und den **entgangenen Gewinn**.

Von „**positivem Schaden**“ spricht man nicht bloß bei Zerstörung oder Beschädigung eines schon vorhandenen Vermögensgutes, sondern auch dann, wenn der Betroffene einen Aufwand zu bestreiten hat (zB Aufwendungen zur Schadensbeseitigung, zur Schadensermittlung oder zur Vermeidung des Eintritts oder der Vergrößerung eines Schadens [„Rettungsaufwand“] – RS0133561; 4 Ob 31/94 SZ 67/35; 7 Ob 36/94 SZ 68/9; zuletzt 6 Ob 105/20i; zum Rettungsaufwand s RS0023516) oder wenn ihm durch das schädigende Ereignis eine Verbindlichkeit (zB Alimentationsverpflichtung) erwächst (RS0022518; 2 Ob 151/88 SZ 61/279, 7 Ob 23/90 SZ 63/160) oder eine schon bestehende Verbindlichkeit durch ein solches erhöht wird (zB Bonusverlust [8 Ob 33/87]), wird dadurch doch das gegenwärtige Vermögen verringert.

- 8 Von „**entgangenem Gewinn**“ ist hingegen die Rede, wenn eine **Vermögensvermehrung** verhindert, somit eine Erwerbschance zunichte gemacht wird. Aber auch der Verlust einer Erwerbschance ist nach hA positiver Schaden, wenn der Geschädigte schon eine rechtlich gesicherte Position hat, etwa durch einen Vertrag oder eine bindende Offerte (RS0111898; 8 ObA 6/19v; 2 Ob 82/00y). Dem ist nach der Rsp der Fall gleichzuhalten, dass eine Gewinnchance im Verkehr mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann (1 Ob 315/97y; 10 Ob 103/07f; zB marktübliche Verzinsung; näher Rz 9; *Kodek* § 1293 Rz 16).

#### Beispiel:

Hätte der zu Totalschaden gekommene Pkw voraussichtlich um einen den Zeitwert übersteigenden Preis verkauft werden können, so ist der Verlust die-

ser Chance entgangener Gewinn. War der Pkw dagegen im Zeitpunkt der Schädigung bereits verkauft, jedoch noch nicht übergeben, so ist auch die Differenz zwischen Kaufpreis und Zeitwert (in unbeschädigtem Zustand) positiver Schaden (vgl 8 Ob 533/91; anders *Koziol* I<sup>4</sup> Rz B/1/56).

Positiver Schaden und entgangener Gewinn bilden zusammen das „**Interesse**“. Dieses wird mit Hilfe der Differenzmethode bestimmt, nach der sich der zu ersetzende Schaden aus der Differenz zwischen dem (hypothetischen) Vermögen des Geschädigten ohne das schädigende Ereignis und seinem tatsächlichen Vermögen richtet (*Kodek* § 1331 Rz 3; *Welser/Zöchling-Jud*<sup>14</sup> Rz 1351).

#### Beispiel:

Wurde ein zu einem Unternehmen gehöriges Fahrzeug beschädigt und erleidet sein Eigentümer durch den Ausfall des Wagens im Betrieb einen (weiteren) Nachteil, so ist der **Schaden am Fahrzeug positiver Schaden** und der **in der Betriebsstörung** liegende Nachteil **entgangener Gewinn**.

Der „**reine Verdienstausschlag**“ (va der **Verdienstentgang** iSd § 1325 ABGB) ist stets positiver Schaden (RS0108904; RS0030425; 2 Ob 12/68 SZ 41/46; *Kodek* § 1293 Rz 17), weil der Geschädigte infolge vertraglicher Bindung (Dienst-, Werk- oder Gesellschaftsvertrag) einen Rechtsanspruch auf den Verdienst hätte, wäre seine Arbeitskraft nicht ausgefallen. Entspringt somit die „Gewinnchance“ einem Recht, so ist ihr Verlust positiver Schaden (6 Ob 508/78 JBl 1979, 203 *Koziol*; 6 Ob 507/83 EvBl 1983/72 ua; *Koziol* I<sup>4</sup> Rz B 1/57f). Gleichgültig ist es, ob der Geschädigte selbstständig oder unselbstständig erwerbstätig ist. Wenn der **Verdienst mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit** eingetreten wäre, bedarf es nach der Rsp keiner rechtlich gesicherten Erwerbsmöglichkeit. Dieser Verdienst wird wertungsmäßig einer rechtlich gesicherten Erwerbsmöglichkeit gleichgestellt und der **Verdienstentgang** als **positiver Schaden** betrachtet. Dies gilt insb für den Verdienstentgang in einem Geschäftsbetrieb, kann aber auch außerhalb einer gewerbmäßigen Betätigung im weiteren Sinne zum Tragen kommen (RS0081773; 10 Ob 103/07f; zuletzt 4 Ob 173/15t; *Kodek*, ABGB-ON § 1293 Rz 16f; *Reischauer*<sup>3</sup> § 1293 Rz 8; vgl auch *Koziol* I<sup>4</sup> Rz B/1/51 ff).

Dabei ist zu **differenzieren**: Positiver Schaden ist nur die nach Berufsklasse und wirtschaftlicher Situation typische Vermögenseinbuße. Besondere subjektive Erwerbsmöglichkeiten (2 Ob 16/01v; zB zugesagte Hofübergabe [2 Ob 27/99f] oder Möglichkeit zum Gesellschaftsbeitritt [2 Ob 270/98i]) sind entgangener Gewinn (2 Ob 270/98i; 2 Ob 27/99f; *Koziol* I<sup>4</sup> Rz B/1/58).

**Merksatz:** Beim positiven Schaden kommt man um das, was man „hatte“, beim entgangenen Gewinn (= negativer Schaden) um das, was man „hätte“ (Unger'sche Formel; *Koziol* I<sup>4</sup> Rz B/1/47 sowie 55 ff).

Die Unterscheidung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn ist wegen der §§ 1323f ABGB von Bedeutung:

Bei leichter Fahrlässigkeit ist nur ersterer, bei grobem Verschulden (grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz) hingegen das Interesse (= positiver Schaden und entgangener Gewinn) zu ersetzen.

Bei der Haftung aus **beiderseits unternehmensbezogenen Geschäften** ist dagegen bei jeder Stufe der Fahrlässigkeit auch der entgangene Gewinn zu ersetzen (§ 349 UGB). Diese strengere unternehmensrechtliche Haftung beschränkt sich somit auf **vertragliche Schadenersatzansprüche**: Der Lieferant stellt die bestellte Ware zu; auf dem Werksgelände des Bestellers stößt sein LKW mit dessen Fahrzeug zusammen.

#### 4. Immaterieller Schaden

- 11 Nicht jeder Nachteil des Geschädigten drückt sich in einer Vermögensminderung aus. Ist etwa die Körperverletzung mit Schmerzen verbunden oder steht der Geschädigte zur zerstörten Sache (zB „Oldtimer“) in einer besonderen Gefühlsbeziehung, so entsteht außer einem Vermögensschaden immer auch ein **ideeller** (immaterieller oder „Gefühls“-)Schaden, der in Geld nicht messbar ist. Nach der Rsp ist für ideellen Schaden im Allgemeinen **nur** in jenen Fällen Ersatz zu leisten, die **im Gesetz ausdrücklich geregelt** sind (RS0022544; 1 Ob 35/80 SZ 54/108; 3 Ob 544/88 SZ 62/77; 8 ObA 58/09a). Dazu gehören va

- das **Schmerzensgeld** (§ 1325 ABGB),
- der Ersatz bei Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung nach § 1328 ABGB,
- die Entschädigung für die persönliche Beeinträchtigung bei Eingriffen in die Privatsphäre gem § 1328a ABGB,
- der Ersatz bei Freiheitsberaubung gem § 1329 ABGB (7 Ob 555/79 SZ 52/28; 7 Ob 566/85 SZ 58/80) und Art 5 Abs 5 EMRK (1 Ob 7/95 SZ 68/102),
- der Ersatz des Wertes der besonderen Vorliebe (§ 1331 ABGB),
- die Entschädigung für entgangene Urlaubsfreude (§ 31e Abs 3 KSchG; vgl Art 5 der Pauschalreise-RL [90/314/EWG]; EuGH 12. 3. 2002, Rs C-168/00),
- die Entschädigung wegen Diskriminierung nach dem GIBG und dem B-GIBG,
- die Entschädigung für Verletzungen des Grundrechts auf Datenschutz nach § 29 DSGVO, Art 82 DSGVO.

#### 5. „Reiner Vermögensschaden“

- 12 **Reine** (auch **bloße** oder **primäre**) Vermögensschäden sind solche Vermögensschäden, die nicht auf die Verletzung eines **absolut** geschützten Rechtsgutes zurückzuführen und somit **nicht Folgeschäden** einer derartigen Rechtsgutbeeinträchtigung (also von Personen- oder Sachschäden) sind.

Von der Gliederung nach der **Art des Schadens** (positiver Schaden und entgangener Gewinn) ist die Unterscheidung zwischen Nachteil an **bloßem Vermögen** und Schädigung **absoluter Rechte** (zB Gesundheit, Eigentum usw)

zu trennen; hierbei geht es um die Frage, ob ein Nachteil schadenersatzrechtlich überhaupt auszugleichen, das Verhalten des Schädigers also rechtswidrig ist.

Während **Folgeschäden** (va der Verdienstentgang) ohne Weiteres ersatzfähig sind, werden **reine Vermögensschäden** nur ersetzt, wenn

- **vertragliche**, vorvertragliche oder Pflichten aus anderen rechtlichen **Sonderbeziehungen** (zB die Pflicht zur Erfüllung von bestehenden Schadenersatzverpflichtungen) verletzt oder
- **Schutzgesetze** (§ 1311 zweiter Satz zweite Alternative ABGB), die gerade (auch) den Eintritt solcher reiner Vermögensschäden verhindern sollen (vgl zB § 23 Abs 3 StVO), übertreten werden; nur dann ist der reine Vermögensschaden auch im **deliktischen** Bereich ersatzfähig (*Karner* § 1295 Rz 2 mwN).

Im Anwendungsbereich des **EKHG entfällt** die **Haftung** für **reine** Vermögensschäden (s Rz 159).

## II. Haftungsbegründende Elemente

### A. Die Verursachung (Kausalität)

**Literatur:** *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung (1964); *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht (1974) 81 ff; *Reischauer*, Die Haftung wegen möglicher Kausalität am Beispiel eines Auffahrunfalles (§ 1302 ABGB), *VersRdSch* 1987, 208; *Kleewein*, Hypothetische Kausalität und Schadensberechnung (1993); *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997); *Leitner*, Kumulative Kausalität mit Zufall, *ecolex* 2006, 278; *Koziol*, Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung, *RdW* 2007, 12; *Kletečka*, Alternative Verursachungskonkurrenz mit dem Zufall – Die Wahrscheinlichkeit als Haftungsgrund, *JB1* 2009, 137; *Kocholl*, Adäquanz-Anforderungen an die Vorhersehbarkeit, *ÖJZ* 2009, 583; *Apathy*, Zur Haftung bei überholender Kausalität, *FS Koziol* (2010) 515; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 5/53 ff; *Heinrich*, Teilhaftung bei alternativer Kausalität mit Zufall, *JB1* 2011, 277; *Gerhartl*, Summierte Einwirkungen, Zufall und Mitverschulden, *Zak* 2022, 147.

*Reischauer in Rummel*<sup>3</sup> (2007) § 1295 Rz 1 ff und § 1302 Rz 12 ff; *Welser/Zöchling-Jud* II<sup>14</sup> (2015) Rz 1365 ff; *Harrer/Wagner in Schwimann/Kodek*, *Praxiskommentar ABGB*<sup>4</sup> (2016) § 1295 Rz 4 ff; *Kodek in Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON* (2018) § 1295 Rz 2 ff; *Karner in KBB*<sup>6</sup> (2020) § 1295 Rz 3 ff und § 1302 Rz 4 ff; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>4</sup> (2020) Rz B/2/1 ff; *Schacherreiter in ABGB-ON* (2021) §§ 1301, 1302 Rz 1 ff; *Wittwer in ABGB-Taschenkommentar*<sup>5</sup> (2020) § 1295 Rz 10 ff.

### 1. Allgemeines zur Äquivalenztheorie

Die **Kausalität** ist **Voraussetzung jeder Haftpflicht**. Dabei ist zu prüfen, ob der angebliche Schädiger den Schaden durch sein Verhalten verursacht hat oder ob Personen (zB Lenker), Tiere oder Sachen, für die er einzustehen hat, für den Schaden ursächlich waren. **13**

Ob das zutrifft, ist Ergebnis eines logischen Verfahrens. Es ist zu fragen, was wäre, wenn man sich das zu prüfende Verhalten wegdenkt. Nur so kann geklärt werden, ob



das Verhalten „**conditio sine qua non**“ (also notwendige Bedingung) für den schädigenden Erfolg war (RS0128162; 1 Ob 32/77 JBl 1979, 148; 2 Ob 115/18b).

Steht die Kausalität eines **positiven Tuns** in Frage, so ist zu fragen, ob der Schaden wegfiel, wenn man sich die zu prüfende Handlung wegdenkte. Geht es um eine **Unterlassung**, so kommt es darauf an, ob der Erfolg auch bei einer bestimmten Handlung eingetreten und diese Handlung möglich gewesen wäre; hätte diese Handlung den Eintritt des Erfolgs verhindert, so ist die Unterlassung schadensursächlich (2 Ob 590/92 JBl 1994, 540 Bollenberger; Karner § 1295 Rz 3).

Die Rsp (1 Ob 28/86 SZ 59/93; 1 Ob 520/93) setzt oft bei der Prüfung der Ursächlichkeit der Unterlassung deren **Pflichtwidrigkeit** voraus (meist wird die „Ursächlichkeit der Unterlassung des pflichtgemäßen Verhaltens“ geprüft). Damit wird in Wahrheit eine weitere Voraussetzung der Haftung, die **Rechtswidrigkeit** des Verhaltens, mit dessen Ursächlichkeit verwoben (so etwa *Koziol I<sup>4</sup> Rz B/1/27*, sowie *Kodek § 1295 Rz 5*, die für eine gesonderte Prüfung der Kausalität und der Rechtswidrigkeit plädieren). *Kodek* weist aber zu Recht darauf hin, dass in der Praxis stets ein „Hin- und Herwandern des Blicks“ zwischen Kausalität und Rechtswidrigkeit erforderlich ist; fehlt evident eine der beiden Voraussetzungen, so kann sich die Fallprüfung darauf beschränken (*Kodek § 1295 Rz 6*).

### Beispiele:

Kommt es zum **Unfall**, weil der Schädiger eine überhöhte Fahrgeschwindigkeit eingehalten hat, so war ein **positives Tun** für den Schaden ursächlich; kommt es zum Unfall, weil der Mechaniker die Lenkung des ihm zur Überprüfung übergebenen Fahrzeugs nicht geprüft (oder der Lenker keine Warnzeichen abgegeben) hat, so war dessen **Unterlassung** kausal.

**14** Diese Lehre von der notwendigen Bedingung wird als „**Bedingungs- oder Äquivalenztheorie**“ bezeichnet (für alle *Koziol I<sup>4</sup> Rz B/1/9*).

**15** Der Beweis für den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem Eintritt des Schadens obliegt, auch wenn es sich um eine Unterlassung handelt, dem Geschädigten (RS0022664; RS0022900; 5 Ob 62/18f). An den **Kausalitätsbeweis** dürfen aber keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden. Vor allem bei der Kausalität der Unterlassung **reicht** vielmehr der Beweis eines – mehr oder minder – hohen Wahrscheinlichkeitsgrads aus. Nach der Rsp genügt die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der Schaden auf das Unterlassen des pflichtgemäßen Handelns zurückzuführen ist. Dieses Kriterium liegt unter dem Regelbeweismaß der ZPO, wonach für eine (Positiv-)Feststellung eine „hohe“ Wahrscheinlichkeit erforderlich ist (RS0022900; RS0022700; RS0110701; 4 Ob 145/11v; 10 Ob 13/13d; 2 Ob 95/19p).

Zum Beweis des ursächlichen Zusammenhangs genügt deshalb oft (zunächst) auch der bloße „**Anscheinsbeweis**“, bei dem der Beweispflichtige nur bestimmte Tatsachen beweisen muss, von denen nach der Lebenserfahrung mit erheblicher Wahrscheinlichkeit auf einen bestimmten Kausalzusammenhang (oder ein Verschulden) geschlossen werden kann („typischer Geschehensablauf“). Dieses vorläufige Beweisergebnis kann der Gegner allerdings durch den Beweis von Tatsachen, die den Schluss auf einen anderen, vom Richter – gleichfalls – ernstlich für möglich gehaltenen Geschehensablauf nahelegen, erschüttern (**Entkräftungsbeweis**). Dann muss der Geschädigte



den vollen Kausalitätsbeweis erbringen (1 Ob 11/72 JBl 1972, 426; 7 Ob 677/89 ua). Siehe dazu Rz 137.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist die Bejahung oder Verneinung des den Schadenersatzanspruch begründenden **Kausalzusammenhangs** eine **Tatsachenfeststellung** und als solche der Beurteilung durch das Revisionsgericht entzogen (RS0043473). Die Frage nach der **Zulässigkeit des Anscheinsbeweises** ist aber **rechtliche Beurteilung** (RS0022624; 2 Ob 108/07g; 8 Ob 92/18i), hingegen ist die Abwägung, **ob ein solcher Beweis gelungen ist** oder durch einen Gegenbeweis erschüttert wurde, **Beweiswürdigung** (RS0112460; RS0040196; 7 Ob 44/83 SZ 56/145; 4 Ob 7/88).

15/1

## 2. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs?

Nach früher verbreiteter Ansicht wird der Kausalzusammenhang „unterbrochen“, **wenn eine freie menschliche Handlung**, die keine zwangsläufige Folge der ersten Ursache ist, **in den Kausalverlauf eingreift**. Das gilt namentlich für die Fälle **psychischer Kausalität**, bei denen jemandes Verhalten für den Schaden nur dadurch ursächlich wurde, dass er für den Willensentschluss eines anderen eine Bedingung setzte und dieser zu einem Schaden führte (vgl. *Karner* § 1295 Rz 4).

16

### Beispiel:

Ein Passant rettet einen Insassen aus einem nach einem Verkehrsunfall in Brand geratenen Pkw und verletzt sich dabei selbst. Im Beispiel wird der Kausalzusammenhang mit dem Verhalten des ersten Schädigers keineswegs „unterbrochen“ (2 Ob 43/08z), hätte der Retter doch seinen Entschluss, sich in den Gefahrenbereich zu begeben, ohne die erste Ursache gar nicht fassen können.

Soweit in solchen Fällen die **Haftung des ersten Schädigers** doch **zu verneinen** ist, sind dafür andere Gründe maßgebend: Es ist nämlich bei einer solchen Sachlage zu fragen, ob es nicht an ausreichender **Adäquanz** oder am **Rechtswidrigkeitszusammenhang** des Verhaltens des Erstschädigers gebricht; diese Fragen können nur nach umfassender **Interessenabwägung** gelöst werden (Näheres bei *Koziol* I<sup>4</sup> Rz B/2/30; näher Rz 17ff).

## 3. Adäquanzlehre

Nach stRsp wird die **Grenze**, bis zu der dem **Urheber** eines Schadens die **Haftung** für die **Folgen** seines Verhaltens auferlegt wird, durch die **Adäquanz** bestimmt („**Adäquanztheorie**“).

17

Nach moderner richtiger Auffassung ist die Adäquanztheorie **keine Kausalitätstheorie**; die Adäquität – in der Rsp auch als „juristische Kausalität“ bezeichnet (vgl. die Nachweise bei *Koziol* I<sup>4</sup> Rz C/10/4 FN 11) – ist vielmehr eine besondere **positive Haftungsvoraussetzung**, mit der die **Grenze** festgelegt wird, **bis zu der** die **Haftung** dem **Schädiger** noch **zugerechnet** werden kann (*Bydlinski*, Schadensverursachung 60; *Koziol*

1<sup>4</sup> Rz C/10/4; *Kodek* § 1295 Rz 13; *Harrer/Wagner* § 1295 Rz 7; 2 Ob 27/91; 2 Ob 46/93 ua).

**Adäquanz** liegt vor, wenn ein **Verhalten** seiner Natur nach **nicht völlig ungeeignet** erscheint, den letztlich eingetretenen Schaden herbeizuführen. Wegen mangelnder Adäquanz wird daher für einen Schaden dann nicht gehaftet, wenn – ex ante betrachtet – nach allgemeiner Lebenserfahrung das schädigende Ereignis nur durch eine außergewöhnliche Verkettung von Umständen eine Bedingung für den Schaden war, sodass dessen Eintritt außerhalb jeder Lebenserfahrung lag. Nicht entscheidend ist, ob der Schädiger selbst den Schaden vorhersehen konnte: Die **für das Verschulden erforderliche Voraussehbarkeit** des Schadens muss sich **nicht** mit der **Voraussehbarkeit** des Schadens als Voraussetzung **adäquater Verursachung** decken. Für die Bejahung der Adäquanz genügt es, dass die generelle Eignung einer Ursache, den Schaden herbeizuführen, von jedem vernünftigen Menschen erkannt werden konnte, mag auch der im konkreten Fall eingetretene Schaden gerade nicht erkennbar gewesen sein; er darf nur nicht außerhalb der allgemeinen menschlichen Erfahrung liegen. Vielmehr ist nach objektiven Kriterien zu prüfen, ob die Folgen ganz außergewöhnlich sind. Dabei wird auf die **allgemeine Lebenserfahrung** bzw die **Erkennbarkeit für vernünftige Menschen** abgestellt (RS0022940; RS0112489; 1 Ob 35/80 SZ 54/108; 1 Ob 2191/96d SZ 69/147; 4 Ob 216/99i; *Kodek* § 1295 Rz 14; *Karner* § 1295 Rz 7; *Reischauer* § 1295 Rz 14; *Wittwer* § 1295 Rz 12).

Der Urheber des Schadens hat idS nicht bloß für den unmittelbaren Erfolg seines Verhaltens, sondern auch **für alle weiteren nachteiligen Auswirkungen einzustehen**, soweit sie nur nicht völlig atypisch sind (RS0022944; RS0098939; 8 Ob 291/81 SZ 55/9; 9 Ob 42/08d SZ 2008/109; 7 Ob 96/19x; 2 Ob 79/20m).

Behindert ein unfallbeteiligtes Kfz **danach** den Verkehr auf der Fahrbahn, so sind weitere (Auffahr-)Unfälle – auch das Auffahren auf Fahrzeuge, die noch rechtzeitig angehalten wurden, – eine geradezu **typische** Folge der Behinderung des Verkehrs durch das Erstunfallfahrzeug (RS0022675; 2 Ob 155/97a; 2 Ob 224/18g).

Auch zwischen dem **Primär Unfall**, bei dem eine **Hirschkuh** von einem Kfz erfasst wurde, und der **Folgekollision** eines entgegenkommenden Fahrzeugs **mit** dem verletzten **Wild** besteht ein adäquater Kausalzusammenhang (2 Ob 109/10h).

Schon weiter oben (Rz 16) wurde erörtert, dass das Verhalten des Erstschädigers für Folgeschäden nicht in jedem Fall adäquat ursächlich ist, wenn ein **Verhalten** des **Geschädigten** oder eines **Dritten dazwischentritt**; die Adäquanz ist indessen nur dann zu verneinen, wenn dieses Verhalten **außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit** liegt (RS0022940; RS0022918; 2 Ob 117/16v; 6 Ob 182/18k; 2 Ob 79/20m; 3 Ob 188/20y; s auch unten Rz 88).

In Grenzfällen stellt die Rsp dabei im Rahmen einer „wertenden Betrachtung“ auf die Gefährlichkeit des Verhaltens ab (RS0081105; 1 Ob 28/82 SZ 68/145; 4 Ob 204/13y; 6 Ob 182/18k; 2 Ob 79/20m).

- 18** Trotz **Bejahung** der **Adäquanz** wird der **Zurechnungszusammenhang** zwischen Erstschädigung und weiteren Schadensfolgen **verneint**, wenn diese

auf einen **selbstständigen**, durch das haftungsbegründende Ereignis **nicht „herausgeforderten“ Entschluss des Geschädigten** selbst zurückzuführen sind; dann sind diese Schadensfolgen **allein ihm** zuzurechnen (RS0022912; RS0022607; 2 Ob 155/97a mwN).

Doch schließt es eine für die Schadensfolgen **mitursächliche, willentliche** Handlung des Geschädigten nicht immer und ohne Weiteres aus, den Schaden demjenigen, der die Kausalkette in Gang setzte, zuzurechnen. Bestand etwa für das Verhalten des Geschädigten ein **rechtfertigender Anlass**, oder wurde es durch das haftungsbegründende Ereignis **„herausgefordert“**, so steht einer Bejahung des Zurechnungszusammenhangs zwischen dem Verhalten des Erstschädigers und den Schadensfolgen **nichts** entgegen, weil die Reaktion des Geschädigten dann weder als **ungewöhnlich** noch als **gänzlich unangemessen** beurteilt werden kann. Allerdings setzt der Begriff der **„Herausforderung“** voraus, dass der Erstschädiger durch ein vorwerfbares Verhalten beim Geschädigten eine zumindest ansatzweise **zu billigende Motivation** zu dessen selbstgefährdendem Verhalten – etwa Nothilfe, Abwehr oder auch nur Pflichterfüllung – auslöste (BGH in BGH-Report 2003, 679 mwN).

In mehreren Entscheidungen (2 Ob 155/97a unter Berufung auf *Koziol* [nunmehr] I<sup>4</sup> Rz C/10/98 ff; 7 Ob 17/10s; 9 Ob 76/14p; 2 Ob 71/15b SZ 2015/55) präzisiert der OGH diese Rsp, indem er die **Zurechnung** eines an sich adäquaten Folgeschadens dann **nicht** für **gerechtfertigt** hält, wenn eine umfassende **Interessenabwägung** ergibt, dass die **Belastungsmomente** auf Seiten des **Geschädigten** jene des **Erstschädigers bei weitem überwiegen** (idS auch 2 Ob 205/08y ZVR 2010/82, 165 *Kathrein*; 2 Ob 71/15b SZ 2015/55, allerdings mit dem Hinweis, dass es sich dabei letztlich um einen Aspekt der **Schadensminderungspflicht** handelt, der nicht schon auf der Ebene der Schadenszurechnung wahrzunehmen, sondern [über Einwand] nach den Kriterien des § 1304 ABGB zu entscheiden ist; so wohl auch 4 Ob 52/18b). Vgl dazu die schon oben (Rz 17) zitierte Rsp, die im Rahmen einer „wertenden Betrachtung“ auf die Gefährlichkeit des Verhaltens, das Gewicht des beeinträchtigten Rechtsguts und den Grad des Verschuldens abstellt.

Solche überwiegende Belastungsmomente **fehlen**, wenn der an der Erstkollision schuldlose Geschädigte sein Kfz **nicht** von der Fahrbahn entfernte, weil er irrtümlich annahm, dieses sei nicht mehr fahrbereit, und es kurz darauf zu einer **weiteren Kollision** kam; dem an der Erstkollision schuldtragenden Unfallsgegner ist daher auch der adäquate Folgeschaden durch die Zweitkollision zuzurechnen (2 Ob 155/97a).

Dagegen wurde schon die **Adäquanz der Erstschädigung** für eine weitere Kollision **verneint**, weil der Geschädigte sein Fahrzeug nach einem Auffahrunfall auf der Autobahn stehen ließ, um so das Eintreffen der Polizei abzuwarten, obwohl er aufgefordert worden war, es zu entfernen und ihm die Entfernung des Kfz auch ohne Weiteres möglich gewesen wäre (2 Ob 168/78).

**Verneint** wurde die **Adäquanz** der Erstschädigung auch in einem Fall, in dem der Erstklagte mit seinem Fahrzeug einen am Fahrbahnrand stehenden Lichtmasten beschädigte, worauf ein Brand im E-Werk des Klägers ausbrach, was nur möglich war,

weil dieses mit unsachgemäß angebrachten und falsch dimensionierten Sicherungen ausgestattet war (8 Ob 10/85).

- 19 Nach stRsp (zB 8 Ob 291/81 SZ 55/9; 2 Ob 155/97 a; 4 Ob 17/00 d; 9 Ob 42/08 d; *Koziol I*<sup>1</sup> Rz C/10/16) stehen Schäden, die bei **Rettungsversuchen** oder bei der **Behebung von Primärschäden** aufgetreten sind, noch in adäquatem Kausalzusammenhang mit dem Verhalten des Erstschädigers. Das gilt vor allem für **Folgeunfälle**.

- 20 Nach den vorangehenden Erörterungen sind auch **Folgeschäden**, die bei der Reparatur durch einen Dritten entstanden sind, durch das Verhalten des Erstschädigers adäquat verursacht (9 Ob 42/08 d).

Auch wenn der Auftrag zur Reparatur vom Geschädigten erteilt wurde, ist diese Schadensbehebung durch einen Dritten einem Naturalersatz gleichzuhalten, wenn der Schädiger (bzw sein Haftpflichtversicherer) sowohl den Dritten ausgewählt als auch wirtschaftlich die Gestaltung des Reparaturaufwands bestimmt und auch getragen hat. Vom Dritten bei der Schadensbehebung verursachte Schäden sind deshalb dem Erstschädiger zuzurechnen (9 Ob 42/08 d).

- 21 Gleiche Erwägungen stellt die Rsp auch bei der Beurteilung von **Rettungsschäden** an, also von Schäden, die durch einen – nicht von vornherein untuglichen – Rettungsversuch entstehen (4 Ob 17/00 d SZ 73/82; 9 Ob 42/08 d).

Dabei ist freilich zwischen den **Interessen** des Schädigers und jenen des (meist auch zu dessen Gunsten tätig gewordenen) Retters **abzuwägen**, weil der Willensentschluss des Retters, die mit der geplanten Rettungshandlung verbundenen Risiken auf sich zu nehmen, grundsätzlich **frei** ist und vom (Erst) Schädiger meist auch gar **nicht** beeinflusst werden kann: **Je größer** die **Gefahr** oder Beeinträchtigung ist, die es abzuwenden und wenigstens zu begrenzen gilt, desto eher ist die Willensbetätigung des Retters durch das schädigende Verhalten des Erstschädigers als veranlasst anzusehen (4 Ob 17/00 d SZ 73/82).

Demgemäß kann, wer als Retter bzw Helfer eingeschritten ist, gegen den Urheber der Gefahr Anspruch auf Ersatz des dabei erlittenen Schadens haben, **sofern** sein **Eingreifen** aus der Sicht eines redlichen objektiven Beobachters **verständlich** und **billigenswert** erscheint. Ob sich der Retter (Helfer) dabei selbst schädigt oder durch einen Dritten geschädigt wird, ist unerheblich, sofern nur ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. Ein solcher ist zwischen einem Verstoß gegen Straßenverkehrsvorschriften (§ 20 StVO), dessentwegen das Kfz von der Autobahn abkam, und Schäden, die vom Pannestreifen aus Hilfe leistende Personen erlitten haben, weil sie von einem nachkommenden Fahrzeug niedergestoßen wurden, zu bejahen (2 Ob 43/08 z).

- 22 Die Fälle, in denen die Rsp **mangelnde Adäquanz** angenommen hat, sind allerdings selten:

- Löst die **Verärgerung oder Erregung** über den eingetretenen Sachschaden den Tod des gesundheitlich schwer Vorgeschiedigten aus, so ist die Adäquanz der Schadensverursachung zu verneinen (2 Ob 4/78 RZ 1979/24).
- Adäquate Kausalität fehlt auch, wenn dem Anspruchswerber durch die Unbill der (auf ihre Richtigkeit daher gar nicht geprüften) **Abweisung seines Rentenansu-**

**chens** seine Lebenserwartung um zehn Jahre verkürzt erscheint (1 Ob 247/61 JBl 1962, 151; krit *Koziol* I<sup>4</sup> Rz C/10/18).

- Tritt im Spital eine – äußerst seltene – **Gasbrandinfektion** auf, so ist sie nicht durch die Erstverletzung adäquat verursacht (11 Os 103/75 SSt 46/67; OLG Wien ZVR 1981/176).
- Streift ein Busfahrer einen Lichtmasten, was zu einem Kurzschluss und zu Kraftwerksschäden führt (fehlerhafte Sicherung!), so ist dies eine atypische Folge des Unfalls (8 Ob 10/85 SZ 58/128).
- Nicht adäquat verursacht hat ein Lkw-Fahrer, der einen Radfahrer überholt, den **Sturz des Radfahrers**, der aber nicht wegen des Überholvorgangs selbst, sondern wegen der durch das Betriebsgeräusch des Lkw ausgelösten Furcht des Radfahrers erfolgt ist (2 Ob 17/94).
- Als der Kläger aus seinem aus technischen Gründen am Pannensteifen abgestellten Pkw ausgestiegen war und ein Pannendreieck aufstellte, bemerkte er das Herannahen eines Lkw – dass von diesem eine Gefahr ausging, war nicht feststellbar – und **sprang in Todesangst über eine Begrenzungswand**, worauf er 50m tief abstürzt. Keine adäquate Folge des Betriebs des Lkw (2 Ob 107/10i).

Andererseits bejahte der OGH die **Adäquanz** eines depressionsbedingten **Selbstmords** (2 Ob 27/91) oder einer **Drogensucht** (2 Ob 46/93) als Folge eines Unfalls mit schweren Dauerfolgen. Auch die **Entschädigung des wegen der Unfallfolgen** dem Geschädigten **beigegebenen Sachwalters** (nun: Erwachsenenvertreter) ist eine adäquate Unfallsfolge (2 Ob 71/15b). Auch dann, wenn bei der Heilbehandlung des vom Ersttäter Verletzten durch einen **ärztlichen Kunstfehler** die Folgen vergrößert werden, haftet der Ersttäter, der dieses Risiko heraufbeschworen hat, weiterhin (neben dem Arzt) für die Folgen (RS0022618; 1 Ob 738/83; 2 Ob 113/08v; *Reischauer* § 1295 Rz 20); die Folgen einer vorsätzlichen Fehlbehandlung durch einen Arzt sind dem Erstverletzer aber nicht zuzurechnen (2 Ob 113/08v; 6 Ob 232/18p).

### 4. Sonderprobleme

#### a) Die alternative Kausalität

Von alternativer Kausalität ist die Rede, wenn nur das (rechtswidrige) **Verhalten einer von mehreren Personen** für den eingetretenen Schaden **ursächlich** gewesen sein kann, aber nicht feststellbar ist, welche von ihnen den Schaden verursacht hat („entweder – oder“). In diesem Fall **haften alle** Verdächtigen **zur ungeteilten Hand**, dh das Risiko der mangelnden Aufklärbarkeit ist von ihnen gemeinsam zu tragen und nicht vom Geschädigten (RS0022712; 1 Ob 26/80 SZ 54/63; 2 Ob 206/16g; 1 Ob 126/21t; *Koziol* I<sup>4</sup> Rz B/2/42ff).

Beruft sich demnach einer der Verdächtigen darauf, dass sein Verhalten für den Erfolg nicht ursächlich war, so hat er den **Entlastungsbeweis** zu führen (1 Ob 662/88 SZ 61/234 ua).

Der in Anspruch genommene Verdächtige kann bei den übrigen Verdächtigen **Regress** (im Zweifel Kopfregress) nehmen.

**Beispiel:**

Bei einem **Auffahrunfall mit drei Beteiligten** ist sowohl dem Zweit- als auch dem Drittlanker überhöhte Geschwindigkeit und zu knapper Tiefenabstand vorzuwerfen, es bleibt aber unklar (bzw kann nicht festgestellt werden), ob der Totalschaden am Erstfahrzeug auf die (Erst-)Kollision mit dem Zweit- oder auf die (Zweit-)Kollision, nämlich das neuerliche Aufschieben des Zweit- auf das Erst- durch das Drittfahrzeug, zurückzuführen ist.

Der OGH erblickt auch bei alternativer Verursachungskonkurrenz zwischen einem **vom Geschädigten zu vertretenden Zufall** und einem **schuldhaft rechtswidrigen Verhalten eines anderen** einen Fall der alternativen Kausalität, was zur Schadensteilung im Verhältnis 1:1 führe (RS0027286; 1 Ob 63/11 p Zak 2011/67, 357 krit *Kletečka* [Zusammentreffen des Sturzes eines Schifahrers – als Zufall in seiner Sphäre – mit Verletzung der Verkehrssicherungspflicht des Pistenhalters]; 8 Ob 59/14f; 6 Ob 137/20w; 1 Ob 126/21t), sofern nur das potenziell ursächliche, rechtswidrige und schuldhafte Verhalten im Hinblick auf den eingetretenen Schaden konkret gefährlich war (3 Ob 228/12v; 6 Ob 137/20w ua).

Kein vom Geschädigten iSd § 1311 ABGB zu tragender „Zufall“ liegt allerdings nach der jüngeren Rsp in der Person des Geschädigten selbst (also in seiner physischen und psychischen Ausstattung und einer dadurch allenfalls bedingten Schadensanfälligkeit). Das **Risiko einer für den Schaden mitursächlichen Anlage des Geschädigten trägt** daher grundsätzlich – mit der Grenze der Adäquanz – der schuldhaft und rechtswidrig handelnde **Schädiger** (4 Ob 204/13y; 2 Ob 48/14v Zak 2014/718 *Kletečka* = ZVR 2015/47 *Huber* = EvBl 2015/82 *Pehm*; 1 Ob 126/21t). Näher Rz 24/2.

*b) Die kumulative Kausalität*

- 24** Kumulative Kausalität ist anzunehmen, wenn von **mehreren Handlungen jede einzelne** den schädigenden Erfolg auch für sich allein **ausgelöst** hätte („sowohl – als auch“). In diesem Fall greift die Bedingungstheorie nicht, weil der Erfolg auch eingetreten wäre, wenn nur das Verhalten eines einzigen der Täter in Betracht käme. Nach Lehre und Rsp haften auch in diesem Fall **alle** Täter **solidarisch** (RS0022729; 1 Ob 40/83 SZ 57/51; 8 Ob 1587/94; 7 Ob 24/13z; zuletzt 6 Ob 164/20s), weil es dem Geschädigten nicht zum Nachteil reichen darf, dass mehrere Täter gleichzeitig rechtswidrig und schuldhaft handelten und jede dieser Handlungen geeignet war, den Schaden herbeizuführen (*Koziol* I<sup>4</sup> B/2/86ff; *Welser/Zöchling-Jud* II<sup>14</sup> Rz 1380).

**Beispiel:**

Bei einem **Auffahrunfall mit drei Beteiligten** sind sowohl dem Zweit- als auch dem Drittlanker überhöhte Geschwindigkeit und zu knapper Tiefenabstand vorzuwerfen, und es wurde festgestellt, dass der Totalschaden sowohl durch die (Erst-)Kollision mit dem Zweit- als auch durch die (Zweit-)Kollision, nämlich das neuerliche Aufschieben des Zweit- auf das Erst- durch das Drittfahrzeug, entstanden wäre.

Jeder Unfall mit mehreren Beteiligten kann Fragen der kumulativen Kausalität aufwerfen.

Bei kumulativer Kausalität eines dem Geschädigten zurechenbaren **Zufalls** und eines **Haftungsgrundes** ist – wie bei der alternativen Konkurrenz – in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 1304 ABGB eine Schadensteilung, im Zweifel auf der Basis von 50:50, vorzunehmen (RS0027286; zuletzt 4 Ob 75/19m SZ 2019/75; 1 Ob 126/21t).

Auch in diesem Zusammenhang ist aber zu beachten, dass in der **Person des Geschädigten selbst kein von ihm iSd § 1311 ABGB zu tragender „Zufall“** liegt. Eine besondere Schadensanfälligkeit des Geschädigten kann den schuldhaft und rechtswidrig handelnden Schädiger daher im Allgemeinen nicht entlasten (s Rz 24/2).

### c) Summierte Einwirkungen

Können mehrere Ereignisse (Ursachen) für sich genommen den Schaden **24/1** nicht allein, sondern nur durch ihr Zusammenwirken herbeiführen, spricht man von **summierten Einwirkungen** (RS0123611; 2 Ob 48/14v Zak 2014/718 *Kletečka* = ZVR 2015/47 *Huber* = EvBl 2015/82S 574 *Pehm*; 1 Ob 126/21t). Entscheidend für die Annahme summierter Einwirkungen ist, dass sie von verschiedenen Schädigern ausgehen, wobei jede für sich allein noch nicht den eingetretenen Schaden eines Dritten bewirkt hätte und erst deren Zusammenwirken zu einem bestimmten Gesamtschaden führt. Lassen sich die jeweiligen Anteile am Gesamtschaden nicht bestimmen, kommt es in sinngemäßer Anwendung des § 1302 ABGB zu einer solidarischen Haftung aller Verursacher, weil jeder von ihnen eine *conditio sine qua non* für den Gesamtschaden gesetzt hat (1 Ob 1/09t; 1 Ob 258/11i; 9 ObA 105/20m; *Schacherreiter* Rz 67).

#### Beispiel:

Bei der Befüllung einer Tankanlage kam es zu einem Ölaustritt. Der Schaden wurde durch die mangelnde Errichtung der Tankanlage und dadurch verursacht, dass der Tankwagenlenker den Befüllungsvorgang trotz eines Warnsignals des „Grenzwertgebers“ fortsetzte. Die Anteile der einzelnen Schädiger sind nicht bestimmbar; sie haften solidarisch (1 Ob 1/09t).

Die zu summierten Einwirkungen mehrerer Schädiger entwickelten Grundsätze gelten grundsätzlich auch dann, wenn das **Verhalten eines Schädigers und ein vom Geschädigten zu tragender Zufall** als summierte Einwirkungen zusammentreffen (1 Ob 126/21t). **24/2**

Kein vom Geschädigten iSd § 1311 ABGB zu tragender „Zufall“ liegt allerdings nach der jüngeren Rsp in der Person des Geschädigten selbst (also seiner physischen und psychischen Ausstattung, seinem Alter, seiner Gebrechlichkeit, seiner Prädisposition für bestimmte Krankheiten und Krankheitsverläufe oder einer „unterdurchschnittlich“ verlaufenden Heilung und/oder Regeneration), sofern ein haftungsbegründendes Verhalten eines Dritten eine (dadurch begünstigte) Schädigung herbeiführt. Grundsätzlich hat der Schädiger den Geschädigten nämlich so zu nehmen, wie er ist. Das **Risiko einer für den Schaden mitursächlichen Anlage des Geschädigten** trägt daher grundsätzlich – mit der Grenze der Adäquanz – der schuldhaft und kausal handelnde **Schädiger** (4 Ob 204/13y; 2 Ob 48/14v Zak 2014/718 *Kletečka* = ZVR 2015/47 *Huber* = EvBl 2015/82 *Pehm*; 1 Ob 126/21t).



*d) Die überholende Kausalität*

- 25 Unter überholender Kausalität versteht man eine Sachlage, bei der ein bestimmtes Ereignis (etwa ein Verkehrsunfall) einen Nachteil (zB eine Nervenkrankheit) herbeigeführt hat, den **später ein anderes Ereignis** (zB die fortschreitende Alterung) verursacht hätte, wäre das erstere Ereignis nicht zuvor gekommen. Deshalb spricht man auch von einer „zeitlich gedehnten kumulativen Kausalität“ (*Welser/Zöchling-Jud II*<sup>14</sup> Rz 1381; *Kodek* § 1302 Rz 49 ff).

Nach der Rsp (RS0022666; RS0022634; 2 Ob 216/66 SZ 39/172; 1 Ob 65/73 SZ 46/47; 1 Ob 642/92) hat grundsätzlich jener Verursacher zu haften, der die nachteilige Veränderung **real** herbeigeführt hat; seine Haftung wird nicht etwa deshalb aufgehoben, weil er beweisen kann, dass später ein anderes Ereignis eben diesen Schaden mit Gewissheit auch herbeigeführt hätte.

Wird daher durch einen vom Erstschädiger verschuldeten Unfall ein Kfz beschädigt, so wird seine Haftung nicht dadurch aufgehoben, dass das Fahrzeug nachträglich durch eine Lawine zerstört wird.

Wird deshalb ein vorher schon bei einem anderen Unfall schwer Verletzter später von einem Pkw überfahren und getötet, so hat der für den Zweitunfall Verantwortliche – unbeschadet der Haftung des Erstverursachers – für dessen Todesfolgen einzustehen, selbst wenn die vorher zugefügte Verletzung möglicherweise gleichfalls zum Tod geführt hätte (2 Ob 216/66 SZ 39/172).

- 26 Etwas anderes gilt nach Lehre und Rsp (1 Ob 65/73 JBl 1974, 318; 8 Ob 163/77 ZVR 1979/99; 2 Ob 249/08 v; *Welser/Zöchling-Jud II*<sup>14</sup> Rz 1384) für die „**Anlageschäden**“, die aber den in der Praxis weitaus häufigsten Anwendungsfall der überholenden Kausalität darstellen:

Mit Anlageschäden sind vor allem solche Fälle gemeint, in denen die vom Schädiger herbeigeführten Verletzungsfolgen wegen der körperlichen Veranlagung des Geschädigten auch ohne die Schädigung – jedoch erst später – aufgetreten wären. In solchen Fällen beschränkt sich die Schadenersatzpflicht des Täters auf jene Nachteile, die durch die **Vorverlegung des Schadenseintritts** entstanden sind (10 Ob 2350/96b SZ 69/1997; 6 Ob 168/10i; 4 Ob 204/13y; 7 Ob 103/19a; *Harrer/Wagner* § 1302 Rz 38; *Schacherreiter* § 1302 Rz 60; *Wittwer* § 1295 Rz 18). Für die Berücksichtigung solcher Anlageschäden muss aber feststehen, dass der gleiche Erfolg auch ohne das schädigende Ereignis eingetreten wäre; der maßgebende Zeitpunkt muss mit einiger Sicherheit bestimmt werden können (RS0106534; 10 Ob 2350/96b SZ 69/1997; 7 Ob 129/19z); es genügt nicht, dass der Erfolg „irgendwann“ eintreten wird (2 Ob 78/07 w). Die Behauptungs- und Beweislast dafür trägt der Schädiger (4 Ob 204/13y; 6 Ob 234/17f uva).

Dies gilt aber nur dann, wenn die „Anlage“ den Schaden für sich allein und ohne das Handeln des Schädigers ausgelöst hätte. Das ist bei **Krankheitserscheinungen** nicht der Fall, die durch den Schädiger nur deshalb ausgelöst wurden, weil die Anlage zur Krankheit beim Verletzten bereits vorhanden war, wobei aber die Anlage ohne den Unfall nicht in „absehbarer Zeit“ zu den gleichen gesundheitlichen Schäden geführt hätte. Das **Risiko einer** für den Schaden **mitursächlichen Anlage** des Geschädigten hat somit – mit der Grenze der Adäquanz – der schuldhaft und kausal handelnde **Schädiger zu tragen** (RS0022684; zuletzt etwa 7 Ob 103/19a: Infolge eines Fehlers bei der Produktion einer Fleischkonserve

hätte ein Kind fast einen Metallteil verschluckt; dies löste beim anlagebedingt neurotisch vorbelasteten Kind eine Zwangsneurose aus; volle Haftung des Schädigers, wenn nicht feststeht, dass die Anlage den Schaden auch allein ausgelöst hätte; Vgl auch 8 Ob 107/76 ZVR 1977/14: gutartiger Tumor; 1 Ob 81/00v: entweder anlagebedingte oder auf Grund nicht näher feststellbarer Vorschäden auftretende Lähmung nach einem Stoß).

Die im Zusammenhang mit Körperschäden entwickelte Rsp wurde auch auf die Beschädigung von Sachen erweitert, die erwiesenermaßen ohnehin schon vor der Vernichtung standen: Auch in derartigen Fällen kann dieser Umstand nicht nur zur Minderung, sondern unter Umständen sogar zum Entfall der Schadenersatzpflicht führen (10 Ob 2350/96b SZ 69/199; 1 Ob 175/01v; 1 Ob 243/07b; 2 Ob 88/14a ua).

Durch einen von einem zu schweren Mähdrescher verursachten Brückeneinsturz wurde die Lebensdauer der Brücke um etwa vier Jahre verkürzt. Der vom Halter des Mähdreschers zu ersetzende Schaden liegt daher (lediglich) in der Vorverlegung der Notwendigkeit der Generalsanierung durch Neubau der Brücke (2 Ob 88/14a).

Eine mangelhaft errichtete und daher in ihrer Standfestigkeit beeinträchtigte Mauer stürzt durch nachträgliche Bodenveränderungen ein; überholende Kausalität verneint, weil nicht feststeht, dass der gleiche Erfolg auch ohne die nachträglichen Bodenveränderungen eingetreten wäre. Die der Mauer anhaftenden Mängel stellen keine „Reserveursache“ dar, weil sie (mit hoher Wahrscheinlichkeit) nicht zum Mauerbruch geführt hätten (1 Ob 243/07b).

Steht bloß fest, dass die den realen **Schaden stiftende Sache** (hier: Kanalschacht) mit einem „**Anlageschaden**“ behaftet war, der später den hypothetischen **Schaden** (hier: Hochwasserschaden) **an** den (von der schadensstiftenden Sache verschiedenen) **Gütern** (hier: Liegenschaften) verursacht hätte, so hat dies mit dem Problem des Anlageschadens nichts zu tun (7 Ob 238/07m).

## B. Zurechnung verbotenen Verhaltens

**Literatur:** F. Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung (1964); Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht (1974) 81 ff; Reischauer, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1975) 116 ff; Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992); Koziol, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209; Koziol, Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung, JBl 1998, 619; Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 6/1 ff; Messner, Probleme der Selbsthilfe am Beispiel des Abschleppens unzulässig abgestellter Kraftfahrzeuge, JBl 2020, 209.

Reischauer in Rummel<sup>3</sup> (2007) § 1294 Rz 1 ff und § 1311 Rz 4 bis 21; Welser/Zöchling-Jud II<sup>14</sup> (2015) Rz 1385 ff; Wagner in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar ABGB<sup>4</sup> (2016) § 1294 Rz 6 ff und § 1311 Rz 8 ff; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON (2018) § 1294 Rz 6 ff; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON (2019) § 879 Rz 303 ff; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>4</sup> (2020) Rz C/1/1 ff; Karner in KBB<sup>6</sup> (2020) § 1294 Rz 1 ff; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON (2021) § 1299 Rz 1 ff; Wittwer in ABGB-Taschenkommentar<sup>5</sup> (2020) § 1294 Rz 4 ff.

### 1. Die Rechtswidrigkeit

Da sich die Rechtsnormen nur an den Menschen richten, kann auch **nur menschliches Verhalten** und nicht etwa der nachteilige Erfolg als rechtswidrig

beurteilt werden (*Koziol I<sup>4</sup> Rz C/1/3 ff; Welser/Zöchling-Jud II<sup>14</sup> Rz 1386; Karner § 1294 Rz 2*).

**Maßstab** für das **Rechtswidrigkeitsurteil** ist die gesamte Rechtsordnung: Menschliches **Verhalten** (gleichviel, ob Handlung oder Unterlassung) ist daher dann rechtswidrig, wenn es gegen

- **Gebote und Verbote der Rechtsordnung** oder
- **die guten Sitten**

verstößt.

Im Bereich der **Vertragshaftung** ist jedes **vertragswidrige** Verhalten rechtswidrig (§ 1295 Abs 1 und 2 ABGB; *Welser/Zöchling-Jud II<sup>14</sup> Rz 1390; Karner § 1294 Rz 5*).

**28** Grundlage jedes Rechtswidrigkeitsurteils ist die **Verhaltensunrechtslehre** (*Koziol I<sup>4</sup> Rz C/1/3*). Nach dieser wird die Rechtswidrigkeit durch **zwei Kriterien** bestimmt (*Koziol I<sup>4</sup> Rz C/1/15 ff*):

- einmal durch die tatbestandsmäßige Gefährdung oder Verletzung geschützter Rechtsgüter und
- zum andern durch ein objektiv sorgfaltswidriges Verhalten.

Welches Verhalten die Rechtsordnung gebietet oder verbietet, ist relativ leicht feststellbar, wenn konkrete Verhaltensgebote oder -verbote in „**Schutzgesetzen**“ (§ 1311 zweiter Satz zweite Alternative ABGB) umschrieben sind, die selbst ein bloß abstrakt gefährliches Verhalten untersagen; ein Verstoß dagegen ist rechtswidrig. Praktische Beispiele für den **Straßenverkehr** finden sich in der **StVO**, aber auch im **KFG** (ausführlich *Karollus*, Zur Dogmatik und Funktion der Haftung aus Schutzgesetzverletzung [1992]; *Koziol I<sup>4</sup> Rz C/1/25*).

Hat jemand ein **Schutzgesetz**, das **zufälligen Beschädigungen** vorzubeugen trachtet, übertreten, so haftet er für alle Nachteile, die sonst nicht eingetreten wären. Wer ein Schutzgesetz (nachweislich im Unfallszeitpunkt [2 Ob 339/00t]) übertritt, kann sich von der Haftung für die Schadensfolgen nur befreien, wenn er beweist, dass der Schaden auch ohne Verletzung der Vorschrift in gleicher Weise eingetreten wäre (RS0027364; RS0112234; 2 Ob 41/10h; 2 Ob 117/16v; 2 Ob 11/21p [Beweis des **rechtmäßigen Alternativverhaltens** bzw Beweis der **mangelnden Kausalität der pflichtwidrigen Unterlassung**]).

Auch das iSd § 1295 Abs 2 ABGB **sittenwidrige** (schikanöse) Verhalten ist rechtswidrig (*Koziol I<sup>4</sup> Rz C/1/26; Welser/Zöchling-Jud II<sup>14</sup> Rz 1396*).

**29** Die Rechtsordnung enthält jedoch **keinen vollständigen Katalog** konkreter Verhaltensnormen. Weitere Gebote müssen mithilfe einer nicht selten schwierigen **Interessenabwägung** aus der gesamten Rechtsordnung abgeleitet werden: Insofern bilden die vor jedermann geschützten **absoluten Rechte** einen wesentlichen Anhaltspunkt (*Welser/Zöchling-Jud II<sup>14</sup> Rz 1394*).

Solche sind va die Persönlichkeitsrechte, das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte und die Immaterialgüterrechte.

Die **Gefährdung absoluter Rechte** ist allerdings nur in recht allgemeiner Weise untersagt (*Koziol I<sup>4</sup> Rz C/1/27*).

Werden solche Rechte durch **Handlungen** verletzt, so sind diese auch rechtswidrig, wenn sie gegen kein besonderes Schutzgesetz verstoßen. **Unterlässt** dagegen jemand die Abwendung eines Schadens, so handelt er nur dann rechtswidrig, wenn er die Gefahrenlage herbeiführt, obwohl die Interessen des Gefährdeten wesentlich höher zu werten sind als jene des Untätigen (vgl §§ 94 und 95 StGB) oder wenn besondere vertragliche oder gesetzliche Pflichten zum Handeln bestehen (RS0022458; 7 Ob 577/77 SZ 50/100; 6 Ob 6/19 d; *Welser/Zöchling-Jud II<sup>14</sup> Rz 1394*).

Aus der Beeinträchtigung eines **absoluten** Rechtes **allein** darf jedoch noch **nicht** zwingend auf die **Rechtswidrigkeit** des Verhaltens geschlossen werden; der nachteilige **Erfolg indiziert** sie bloß (RS0022656; RS0022939; RS0031657; 1 Ob 36/89 SZ 64/36; 4 Ob 524/92 SZ 65/52). Vielmehr bedarf es einer umfassenden **Interessenabwägung**, in die die Art des beeinträchtigten Rechtes, die Schwere des Eingriffs, die Verhältnismäßigkeit zum angestrebten Zweck und der Grad der Schutzwürdigkeit dieses Interesses einzubeziehen sind (RS0022939; RS0022917; 3 Ob 513/91 SZ 64/39; 7 Ob 78/18 y).

Eine Typisierung und Verstärkung des Schutzes absoluter Rechte erfolgt durch die **Verkehrssicherungspflichten** (*Welser/Zöchling-Jud II<sup>14</sup> Rz 1395 mwN*):

Wer einen Verkehr (zB auf einem Weg) eröffnet, hat die Verkehrsteilnehmer im Rahmen des Zumutbaren zu schützen oder wenigstens zu warnen. Wer eine Gefahrenquelle schafft, hat dafür zu sorgen, dass niemand durch sie geschädigt wird (zB Fitnessanlagen; vgl auch § 1319a ABGB). Verkehrssicherungspflichten finden sich nur im außervertraglichen Raum. Wird hingegen, wenn auch nur schlüssig (zB durch Zahlung einer Maut), ein Vertrag geschlossen, so haftet der Straßen- bzw Wegehalter ohnehin kraft Vertrags (**vertragliche Schutzpflichten**).

Die **Gefährdung des bloßen Vermögens** (ohne Beeinträchtigung absolut geschützter Rechtsgüter) ist – außerhalb rechtlicher Sonderbeziehung – idR nur dann verboten, wenn sich dies aus einem **Schutzgesetz** (zB Parken vor einer Garage [§ 24 Abs 3 lit b StVO]) ergibt (oder – was allerdings bei Verkehrsunfällen kaum eine Rolle spielt – wenn die Interessen des Schädigers erheblich geringer zu bewerten sind als jene des Vermögensträgers und der Schädiger bewusst auf die schädliche Einwirkung abzielt [zB Schadenersatzpflichten bei bewusster Irreführung nach den §§ 874 und 1300 ABGB; *Koziol I<sup>4</sup> Rz C/1/49*]).

Eng zu ziehen sind die Verhaltenspflichten auch beim **„Handeln auf eigene Gefahr“** (Näheres bei *Koziol I<sup>4</sup> Rz C/1/51 ff*): Setzt sich jemand einer ihm bekannten oder doch erkennbaren Gefahr, die ein anderer geschaffen hat, aus, so ist ihm eine Selbstsicherung zumutbar (RS0023006; 10 Ob 15/08 s ZVR 2009/221 *Kathrein* [Teilnahme der Zuschauer am Krampuslauf]; 10 Ob 15/19 g [Teilnahme an „gefährlichen“ Sportarten]). Echtes Handeln auf eigene

Gefahr setzt immer erst dort ein, wo die Schutzpflichten oder Schutzgarantien des Gefährdenden enden (1 Ob 35/87 SZ 60/236; 6 Ob 17/07 d; 10 Ob 15/19 g ua).

So legt etwa § 1319a ABGB fest, dass derjenige auf eigene Gefahr handelt, der einen **Weg erkennbarerweise unerlaubt benützt**; er kann sich dann auf dessen mangelhaften Zustand nicht berufen.

**Sonst haftet der Gefährdende**, doch muss sich der **Geschädigte** wegen Selbstgefährdung ein **Mitverschulden** zurechnen lassen. So entbindet etwa die Teilnahme an einer Risikosportart deren Betreiber und Veranstalter nicht seiner Verpflichtung, die Teilnehmer gehörig anzuleiten und einzuweisen sowie zumutbare Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen (zB 8 Ob 215/76 SZ 49/154: Motorsportveranstaltung; 6 Ob 17/07 d: Kletterwand; 10 Ob 15/19 g: „Bag-Jumping“).

**32** An sich will das Gesetz (§ 1295 Abs 1 ABGB) zwar keinen Unterschied zwischen **Vertrags- und Deliktshaftung** machen, hält sich aber selbst nicht daran:

- Bei der (vor-)vertraglichen Haftung wird das **Verschulden des Schädigers** vermutet, bei der deliktischen hingegen, dass **kein Verschulden** vorliegt (§§ 1296, 1298 ABGB); im ersten Fall muss der Schädiger den **Entlastungsbeweis**, im letzteren hingegen der Geschädigte den **Verschuldensbeweis** führen, soweit dem Schädiger keine (spezifische) Schutzgesetzverletzung zur Last fällt (s Rz 133).
- Bei Verletzung (vor-)vertraglicher Pflichten haftet der Vertragspartner für das Verschulden seiner **Erfüllungsgehilfen** wie für sein eigenes (§ 1313a ABGB), und zwar sowohl beim Nichterfüllungs- wie auch beim Schlechterfüllungsschaden und bei positiver Forderungsverletzung.

Die Grundsätze der Vertragshaftung gelten auch für andere va öffentlich-rechtliche Sonderbeziehungen (zB die im öffentlichen Recht begründeten Verkehrssicherungspflichten, etwa vor und in für Zwecke der Polizei oder der Gerichte gemieteten Räumen [1 Ob 5/91; 1 Ob 55/09h]).

#### Beispiele:

- Die fehlerhafte Arbeit des **Kfz-Mechanikergehilfen** im Zuge eines Reparaturauftrags lässt den Inhaber der Werkstatt haften (4 Ob 589/73 SZ 46/121).
- Der **Produzent** des Kfz oder der **Zulieferant** der Reifen ist dagegen nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers (2 Ob 514/79 SZ 52/74; 6 Ob 521/81 SZ 54/116; 7 Ob 516/88; 6 Ob 283/02 i).

Bei bloß deliktischer (also außervertraglicher) Schadenszufügung ist die Gehilfenhaftung sehr eingeschränkt: Wer sich eines untüchtigen (habituell ungeeigneten) oder wissentlich (nicht auch in fahrlässiger Unkenntnis) eines gefährlichen (zB kriminellen) (Besorgungs-)Gehilfen bedient, haftet für den Schaden, den der Gehilfe in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt (§ 1315 ABGB). Näheres Rz 67.

### Beispiele:

- Der **Hauseigentümer** haftet für den alkoholabhängigen **Hausbesorger** wegen Verletzung der Streupflicht (gem § 93 StVO) gegenüber Passanten (seinen Mietern gegenüber haftet er für den Hausbesorger als seinen Erfüllungsgehilfen).
- Der **Garagenbetreiber** haftet für seinen Mitarbeiter, der – wegen eines solchen Delikts vorbestraft – ein eingestelltes Fahrzeug unbefugt (eigenmächtig) in Betrieb nimmt und dabei einen Verkehrsunfall verschuldet (vgl 8 Ob 81/83 ZVR 1985/44).

Bei Schäden infolge eines beim Betrieb eines Kfz verursachten Unfalls haftet der Halter für das Verschulden des Lenkers (oder eines anderen Betriebsgehilfen) ohne betragsliche Beschränkung (§ 19 Abs 2 EKHG); auch andere Gefährdungstatbestände sehen eine **erweiterte Gehilfenhaftung** vor (*Welser/Zöchling-Jud* II<sup>14</sup> Rz 1539).

Mit beachtlichen Argumenten wird heute der Standpunkt vertreten, dass **Vertrags- und Deliktshaftung nicht als strikte Gegensätze** angesehen werden sollten, sondern als die beiden im Gesetz geregelten Endpunkte, zwischen denen eine Kette von Zwischenstufen bestehe (*Koziol* I<sup>4</sup> Rz C/1/59 ff; *ders*, JBl 1994, 209; vorsichtig billigend 3 Ob 509/95; vgl idS etwa auch die Anerkennung vorvertraglicher Schutzverhältnisse oder von Verträgen mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter): Das ist deshalb bedeutsam, weil einerseits im Deliktsbereich kaum Verhaltenspflichten zum Schutz des bloßen Vermögens zu erkennen sind, und andererseits durch die Schuldverhältnisse umfassendere und strengere Schutz- und Sorgfaltspflichten begründet werden, die die Partner dazu verhalten, selbst aktiv zu werden, wenn es gilt, voneinander Gefahren abzuwenden (va Warn- und Aufklärungspflichten).

Im **Zwischenbereich** sind entweder **Vertrags- oder Deliktshaftungsstrukturen** anzuwenden oder es sind beide zu kombinieren; die Einzelheiten werden durch nachstehende Tabelle in groben Umrissen veranschaulicht:

	<b>Pflicht zur aktiven Gefahrenabwehr</b>	<b>Schutz bloßen Vermögens</b>
„Vertragshaftung“ als Verletzung vertraglicher Leistungspflichten	ja	ja
Verletzung vertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten	ja	ja
Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten (culpa in contrahendo)	ja	ja
Prospekthaftung	ja	ja
Haftung als Insolvenzverwalter oder gerichtlicher Sachverständiger	ja	ja

Verletzung von Schutzpflichten zugunsten Dritter	ja	nein
Kontaktaufnahme ohne wirtschaftliche Interessen (zB Ersuchen um Beförderung ohne Entgelt)	ja	nein
Verkehrseröffnung	ja	nein
reines Delikt	nein	nein

## 2. Rechtfertigungsgründe

**34** Bei echter **Notwehr** fehlt die Rechtswidrigkeit (§ 19 ABGB). Bei Schadenszufügung im **Notstand** (also bei drohender Gefahr, ohne dass Notwehr vorläge) ist im Allgemeinen nur das Verschulden ausgeschlossen (§ 1306 a ABGB). **Selbsthilfe** (§§ 19, 344 ABGB) ist dagegen nur in den (seltenen) Fällen erlaubt, in welchen richterliche Hilfe zu spät käme (zB eine einstweilige Verfügung am Wochenende nicht sofort erwirkt werden könnte), oder bei den sogenannten „**Verfolgungsschäden**“ (8 Ob 3/87 SZ 60/105; 2 Ob 2264/96x SZ 69/214; näheres Rz 85/1).

Auch **Selbsthilfe** durch das **Abschleppen vorschriftswidrig abgestellter Kfz** ist nur in Ausnahmefällen zulässig: Grundvoraussetzung ist, dass die **Hilfe der Behörden zu spät** käme, also der Rechtsweg zur Durchsetzung nicht geeignet ist (etwa, wenn die Behörde nicht erreichbar oder nicht funktionsfähig ist, oder wenn sie sich weigert, einzuschreiten). Nachteile, die durch die bloße Verfahrensdauer zu erwarten sind, berechtigen idR nicht zur Selbsthilfe. Ein sonst drohender Eintritt eines unwiederbringlichen Schadens ist keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Selbsthilfe. Erforderlich ist aber, dass sonst die **Herstellung des rechtmäßigen Zustandes ernstlich in Frage gestellt** wäre. Aber selbst wenn behördliche Hilfe zu spät käme, ist Selbsthilfe **nur innerhalb der notwendigen Grenzen** erlaubt; es muss daher eine Interessenabwägung vorgenommen werden, bei der insb der durch das Unterbleiben der Selbsthilfe zu erwartende Nachteil und die durch die Selbsthilfe geschehene Güterbeeinträchtigung abzuwägen sind. Va sind vor dem Abschleppen zumutbare **Erkundigungen nach der Person des Lenkers** anzustellen (insb Auskunft aus der Zulassungsevidenz), um diesem Gelegenheit geben zu können, das Fahrzeug selbst zu entfernen. War die Selbsthilfe unzulässig, besteht naturgemäß kein Anspruch auf Ersatz der damit verbundenen Kosten gegen den Lenker des vorschriftswidrig abgestellten Kfz (10 Ob 34/17y ZVR 2018/60, 126 *Hoffer* mzwN aus L und Rsp).

## 3. Verschulden

**Literatur:** *Koziol*, Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabes im Schadenersatzrecht? AcP 1996, 593; *Lewisch*, Sorgfaltsmaßstäbe im Schadenersatz- und Strafrecht, ÖJZ 2000, 489; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 6/73.

*Reischauer in Rummel*<sup>3</sup> (2007), § 1294 Rz 20 bis 22a; *Welser/Zöchling-Jud* II<sup>14</sup> (2015) Rz 1412ff; *Wagner in Schwimann*, Praxiskommentar ABGB<sup>4</sup> (2016) § 1297



Rz 1 ff; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2018) § 1294 Rz 56 ff; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2019) § 879 Rz 303 ff; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>4</sup> (2020) Rz C/2/1 ff; *Karner in KBB*<sup>6</sup> (2020) § 1294 Rz 7 – 12; *Wittwer in ABGB-Taschenkommentar*<sup>5</sup> (2020) Vor § 1293 Rz 14 ff und § 1294 Rz 11 ff.

### a) Allgemeines

„**Verschulden**“ ist die persönliche **Vorwerfbarkeit** rechtswidrigen Verhaltens; sie ist also ein Urteil über den konkreten Schädiger (*Welser/Zöchling-Jud II*<sup>14</sup> Rz 1412 f; *Karner* § 1294 Rz 7). 35

Im Bereich der **Verschuldenshaftung** muss über die Rechtswidrigkeit hinaus auch ein Verschulden des Schädigers vorliegen. Das Urteil der **Rechtswidrigkeit** bezieht sich (losgelöst von der Person des Schädigers) allein auf das **Verhalten** als solches, während das **Verschulden personenbezogen** ist: Sein Verhalten muss ihm **persönlich vorzuwerfen** sein (*Welser/Zöchling-Jud II*<sup>14</sup> Rz 1413 f).

**Beachte:** Schuldhaft handelt, wer ein Verhalten setzt, das er hätte vermeiden sollen und auch hätte vermeiden können (*Koziol I*<sup>4</sup> Rz C/2/1).

Da sich das Verschulden an der Persönlichkeit des **Schädigers** orientiert, kann ihm nur dann ein Vorwurf gemacht werden, wenn er aufgrund seiner subjektiven Fähigkeiten imstande war, die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu erkennen und sich demgemäß zu verhalten.

Dementsprechend bestimmt das Gesetz (§ 176 ABGB), dass die **Deliktsfähigkeit** erst mit dem **14. Lebensjahr** einsetzt.

Was den Stellenwert des Verschuldens im Schadenersatzrecht angeht, ist noch festzuhalten, dass es nicht **alle** Schadensfolgen in der Sphäre des Geschädigten umfassen muss; es reicht vielmehr aus, dass es sich auf den „**Primärschaden**“ erstreckt, wohingegen für **Folgeschäden** schon dann gehaftet wird, wenn mit deren Möglichkeit in abstracto gerechnet werden musste, sofern es sich nur nicht um einen atypischen Erfolg handelte (RS0022944; RS0022906; 2 Ob 195/76 ZVR 1977/238; 2 Ob 71/15b).

Das Verschulden ist somit bloß für die Begründung, nicht aber für die Ausfüllung der Haftung bedeutsam.

Untersagt die Rechtsordnung hingegen – mittels Schutzgesetzes – nicht bloß die konkrete Gefährdung von Rechtsgütern, sondern schon ein abstrakt gefährliches Verhalten (zB das Fahren mit überhöhter Geschwindigkeit), so muss sich das Verschulden überhaupt nur auf die Übertretung der Norm beziehen, während die Vorhersehbarkeit des Schadens für den konkreten Schädiger ohne Bedeutung ist (4 Ob 216/99 i; *Koziol I*<sup>4</sup> Rz C/2/8, 26).

Wird jemand durch eine nicht deliktsfähige Person (zB unter 14 Jahren) geschädigt, und kann der Geschädigte von deren Aufsichtsperson keinen Ersatz einfordern (weil sie etwa kein Verschulden trifft oder weil sie zahlungsunfähig ist), so kann ausnahmsweise der **Deliktsunfähige selbst** nach § 1310 ABGB zur Haftung **herangezogen** werden, wenn ihm angesichts der bei ihm schon vorhandenen Einsichtsfähigkeit und seines Verhaltens (zB bei rücksichtsloser Benützung eines Gehsteigs mit dem Fahrrad) doch ein Verschulden anzulasten (RS0027020; RS0027566; 1 Ob 74/21 w), oder wenn der Schä- 36

diger (zB infolge einer Haftpflicht- oder Feuerversicherung) den Schaden vermögensmäßig eher tragen kann RS0027510; 1 Ob 74/21 w); aber auch bei Zutreffen der letzteren Voraussetzung kann der Deliktsunfähige nur dann zur Haftung herangezogen werden, wenn und soweit im gleichen Fall ein voll Deliktsfähiger haften würde (RS0111684; 4 Ob 65/99 h; 2 Ob 125/99 t).

### *b) Formen des Verschuldens*

- 37** Das Gesetz unterscheidet beim Verschulden zwischen **Vorsatz und Fahrlässigkeit**.

#### *aa) Vorsatz*

- 38** **Vorsatz** liegt vor, wenn der Schädiger bewusst rechtswidrig handelt, den schädlichen Erfolg vorhersieht und dessen Eintritt billigt („**unbedingter Vorsatz**“); doch handelt auch vorsätzlich, wer den schädlichen Erfolg zwar nur für möglich hält, sich aber mit dessen möglichen Verwirklichung abfindet („**bedingter Vorsatz**“; *Welser/Zöchling-Jud II*<sup>14</sup> Rz 1416 ff).

Auch wenn es – wie schon erwähnt – bei Verstößen gegen **Schutzgesetze** genügt, dass sich das Verschulden auf die Normübertretung beschränkt, so kann dem Schädiger doch nicht allein schon wegen einer bewussten (oder grob sorgfaltswidrigen) Verletzung der Verhaltensnorm grobes Verschulden (grobe Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz) zur Last gelegt werden, das den Interesseersatz (§ 1324 ABGB) zur Folge hätte. Um ein solches Unwerturteil zu fällen, muss sich das grobe Verschulden auch auf den Schadenseintritt erstrecken (*Kozio I*<sup>4</sup> Rz C/2/27; ähnlich *Karollus* 327 f, der allerdings leichte Fahrlässigkeit genügen lassen will, wenn ein besonders starkes objektives Gefährdungsmerkmal [zB rücksichtslose Fahrweise bei Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließendem Schwächeanfall] den Interesseersatz rechtfertigt).

#### *bb) Fahrlässigkeit*

- 39** Von **Fahrlässigkeit** ist die Rede, wenn der Schädiger die gehörige Sorgfalt außer Acht lässt (vgl § 1297 ABGB).

Das trifft zu, wenn er ein Verhalten für erlaubt hält, obwohl es erkennbar rechtswidrig ist (**unbewusste** Fahrlässigkeit), oder wenn er zwar meint, aus seinem Verhalten werde kein Schaden entstehen, bei gehöriger Aufmerksamkeit aber damit hätte rechnen müssen (**bewusste** Fahrlässigkeit): **Unbewusst** fahrlässig handelt etwa, wer ein Gefahrenzeichen übersieht, **bewusst** fahrlässig hingegen, wer entgegen der Einbahnrichtung fährt, aber hofft, er werde mit keinem Gegenverkehr konfrontiert.

Die **bewusste Fahrlässigkeit** unterscheidet sich vom bedingten Vorsatz dadurch, dass der Schädiger den schädlichen Erfolg zwar für möglich hält, aber darauf vertraut, dass er nicht eintreten werde (*Welser/Zöchling-Jud II*<sup>14</sup> Rz 1418). Die **Abgrenzung** zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ist im Einzelfall oft schwierig.

- 40** Fahrlässig handelt auch, wer eine Tätigkeit **übernimmt**, zu deren gefahrloser Verrichtung bestimmte Kenntnisse **und** Fähigkeiten erforderlich sind, die er aber nicht besitzt (zB Transportleistungen ohne geeigneten Fuhrpark: „**Übernahms- oder Einlassungsfahrlässigkeit**“).

### cc) Stufen der Fahrlässigkeit

Von wesentlicher Bedeutung (zB für den Umfang des Schadenersatzanspruchs, die Haftungsfreizeichnung und die Bemessung des Mitverschuldens) sind die beiden Stufen der Fahrlässigkeit: 40/1

- die **grobe** Fahrlässigkeit (im ABGB plakativ „auffallende Sorglosigkeit“) und
- die **leichte Fahrlässigkeit** (im ABGB „minderes Versehen“).

**Grobe** Fahrlässigkeit ist die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, die sich über die alltäglich vorkommenden Fahrlässigkeits-handlungen erheblich und ungewöhnlich heraushebt, wobei der **Schaden als wahrscheinlich** (und nicht bloß als möglich) **vorhersehbar** ist. Grobe Fahrlässigkeit erfordert, dass der Verstoß gegen das normale Handeln auffallend und der Vorwurf in höherem Maß gerechtfertigt ist; sie ist dann gegeben, wenn ein objektiv besonders schwerer **Sorgfaltsverstoß** bei Würdigung aller Umstände des konkreten Falles auch **subjektiv schwerstens vorzuwerfen** ist (RS0031127; RS0030272; 2 Ob 181/18h; 9 ObA 26/19t; 7 Ob 122/19w; 2 Ob 192/19b; 8 ObA 41/29w). 41

**Grobe** Fahrlässigkeit ist somit anzunehmen, wenn ein solcher Sorgfaltsverstoß einem ordentlichen Menschen in dieser Lage keinesfalls unterliefe (1 Ob 656/76 JBl 1977, 648; 7 Ob 64/83 SZ 56/166; 2 Ob 62/91 uva).

#### **Grobe** Fahrlässigkeit

- ist regelmäßig beim Lenken eines Kfz in **erheblich alkoholisiertem Zustand** anzunehmen (zB 7 Ob 252/74 ZVR 1975/225; 7 Ob 1040/93; 7 Ob 280/06m),
- kann aber häufig auch bei Verletzung eines **Schutzgesetzes** oder
- bei **Missachtung behördlicher Weisungen oder Aufträge** vorliegen.

Stets erblickt die Rsp als wesentliches Merkmal der groben Fahrlässigkeit die **Vorhersehbarkeit** des Schadens (RS0038120; RS0080414; 1 Ob 33/74 SZ 47/39; 2 Ob 143/13p; 7 Ob 9/14w).

Auch **unbewusste** Fahrlässigkeit kann **grobe** Fahrlässigkeit sein, wenn ohne Weiteres erkennbar ist, dass das Verhalten rechtswidrig und der **Schadenseintritt** nicht bloß möglich, sondern **als wahrscheinlich vorhersehbar** ist (2 Ob 62/91 SZ 65/26; 7 Ob 93/16a). Bewusste Fahrlässigkeit ist dagegen iaR als grob fahrlässig anzusehen.

**Keine** Voraussetzung für die Annahme grober Fahrlässigkeit ist eine **strafergerichtliche Verurteilung**; andererseits ist strafgerichtlich festgestellte Fahrlässigkeit nicht jedenfalls grobe Fahrlässigkeit (RS0031083; RS0085503; 2 Ob 115/78 SZ 51/128; 9 ObA 78/05v; 10 ObS 104/14p).

**Leichte** Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn das Verhalten auf einem Fehler beruht, der gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterläuft (*Welser/Zöchling-Jud* II<sup>14</sup> Rz 1421). 42

Die **Mehrzahl** der Sorgfaltsverstöße ist als **leichte** Fahrlässigkeit einzustufen, doch sind die **Grenzen** zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit **fließend** („bewegliches System“). Die Einstufung hängt nicht zuletzt auch vom anzuwendenden **Sorgfaltsmaßstab** (dazu Rz 44) ab:

Bei **strengerem** Maßstab ist die Rsp eher geneigt, **grobe** Fahrlässigkeit anzunehmen.

**Wichtiger** als die Unterscheidung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ist jene zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit, weil nach § 1324 ABGB bei **leichter** Fahrlässigkeit nur der **positive** Schaden, bei **grober** Fahrlässigkeit hingegen wie bei Vorsatz **auch** der **entgangene Gewinn** zu ersetzen, also volle Genugtuung („Interesse“) zu leisten ist (anders § 349 UGB).

**43** Auch bei der Beurteilung von **Freizeichnungsklauseln** (Haftungsfreistellungsklauseln) spielt die Unterscheidung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit eine große Rolle: Während der **Haftungsausschluss für Leben und Gesundheit** (RS0109752) sowie **für vorsätzliche Schadenszufügung** (RS0016582) in jedem Fall **sittenwidrig** und daher unbeachtlich ist, ist – **außerhalb des Verbraucherrechts** – nach der jüngeren Rsp die Vereinbarung eines **Haftungsausschlusses für grobe Fahrlässigkeit** im Einzelfall streng zu prüfen: Sittenwidrigkeit ist nach der überwiegenden Rsp (nur) dann anzunehmen, wenn die unterlaufene Fahrlässigkeit so krass ist, dass mit einem derartigen Verhalten nach den Erfahrungen des täglichen Lebens und nach redlicher Verkehrsübung nicht gerechnet werden kann; unter dieser Voraussetzung ist es gerechtfertigt, die derart (krass) grobe Fahrlässigkeit dem Vorsatz gleichzuhalten (RS0016582; 6 Ob 836/83). Die Rsp nimmt eine umfassende **Interessenabwägung** vor, bei der etwa die Wichtigkeit der betroffenen Vertragspflicht und eine allfällige Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien berücksichtigt werden (6 Ob 541/92; 3 Ob 234/14d; zust *Graf*, ABGB-ON § 879 Rz 305f). Hingegen wird **bei leichter Fahrlässigkeit** ein Haftungsausschluss regelmäßig als wirksam erachtet, sofern dadurch nicht auf den Ersatz gänzlich unvorhersehbarer oder atypischer Schäden verzichtet wird, mit denen nicht gerechnet werden konnte (RS0038178; RS0016582; 8 Ob 46/17y; krit *Graf*, ABGB-ON § 879 Rz 304, der auch insofern die Vornahme einer Interessenabwägung im dargestellten Sinn einfordert; zum Ganzen s auch *Wittwer*, Vor § 1293 Rz 14ff mit zahlreichen Beispielen aus der Rsp).

Beim **Verbrauchergeschäft** ist nach § 6 Abs 1 Z 9 KSchG der Haftungsausschluss für Personenschäden generell unzulässig; eine Haftungseinschränkung für Vermögensschäden ist jedenfalls insoweit unzulässig, als sie Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit betrifft. Aber auch die Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit kann eine gröbliche Benachteiligung darstellen und daher sittenwidrig sein. Dies ist etwa dann der Fall, wenn davon auch vertragliche Hauptpflichten erfasst sind und darüber hinaus zwischen den Vertragsparteien eine Ungleichgewichtslage besteht (4 Ob 179/02f; 4 Ob 221/06p; 7 Ob 84/12x; *Graf*, ABGB-ON § 879 Rz 3).

### c) Sorgfaltsmaßstäbe

Als Sorgfaltsmaßstäbe sieht das Gesetz

44

- den **allgemeinen** (§ 1297 ABGB) und
- den Sorgfaltsmaßstab von **Sachverständigen** (§ 1299 ABGB) vor.

Der im Unternehmensrecht (§ 347 UGB) vorgesehene Maßstab der Sorgfalt eines **ordentlichen Unternehmers** ist mit letzterem identisch und somit entbehrlich (*Schauer in Krejci*, RK UGB § 347 Rz 1; *Told in Torggler*, UGB<sup>3</sup> Rz 1).

Zwischen dem **allgemeinen** und dem Sorgfaltsmaßstab von **Sachverständigen** besteht – abgesehen davon, dass letzterer **strenger** ist – ein weiterer **wesentlicher Unterschied**:

- Auch der **allgemeine** Sorgfaltsmaßstab stellt auf den **gewöhnlichen** Grad der Aufmerksamkeit und des Fleißes ab, sodass es darauf ankommt, wie sich ein **maßstabsgerechter Durchschnittsmensch** in der konkreten Lage des Schädigers verhalten hätte: Insoweit ist er ein **objektiver** Maßstab (7 Ob 56/87; 3 Ob 232/11 f; *Karner* § 1297 Rz 1).

Ein **individueller** Maßstab ist dagegen für die **subjektiven** Fähigkeiten (Wissen, Kenntnisse, Kraft, Erfahrung, Geschicklichkeit udgl) vorgesehen. Die subjektiven Fähigkeiten zur Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt unterstellen schon die §§ 1297 und 1299 ABGB (*Reischauer* § 1298 Rz 6). § 1297 ABGB ist eine an der Lebenserfahrung orientierte Vermutung, die zu einer **Beweislastumkehr** führt (RS0026221; 7 Ob 614/86).

Insoweit erleichtert das Gesetz dem Geschädigten den häufig nur schwer erbringbaren Verschuldensbeweis: Da **vermutet** wird, dass Deliktsfähige die subjektiven Fähigkeiten zur Einhaltung der **objektiv** gebotenen Sorgfalt haben, ist es Sache des Belangten, das Fehlen dieser durchschnittlichen Fähigkeiten zu beweisen (*Karner* § 1297 Rz 1; 2 Ob 25/70 EvBl 1970/310: Bewusstseinsstörung; 8 Ob 216/80 ZVR 1982/22: schlechter Gesundheitszustand). Gelingt dieser Entlastungsbeweis, so muss der Schädiger auch noch den Beweis fehlenden Einlassungsverschuldens antreten (*Reischauer* § 1297 Rz 12; *Karner* § 1297 Rz 3).

- Der Sorgfaltsmaßstab der **Sachverständigen** ist  
– gegenüber dem allgemeinen Maßstab insofern **angehoben**, als **nicht** auf den **gewöhnlichen** Grad der Aufmerksamkeit und des Fleißes, sondern auf den für die übernommene Tätigkeit **notwendigen** Fleiß abzustellen ist, sodass es nicht auf die Sorgfalt des Durchschnittsmenschen, sondern die übliche Sorgfalt von Personen ankommt, die solche Tätigkeiten ausüben (RS0026524; 1 Ob 775/80 SZ 54/13; 9 Ob 13/09 s; zuletzt 1 Ob 48/20 w; *Karner* § 1299 Rz 1; *Schacherreiter* § 1299 Rz 1);  
– außerdem kommt es **nicht** auf die **subjektiven** Fähigkeiten an, sondern es ist ein **objektiver Maßstab** anzulegen (RS0026524; 5 Ob 536/76 SZ 49/47; 1 Ob 775/80 SZ 54/13; 9 Ob 13/09 s; *Reischauer* § 1299 Rz 5).

45

Der Sachverständige muss daher für die **typischen** Fähigkeiten seines Berufsstands und den Leistungsstandard seiner Berufsgruppe, **nicht** aber für **außergewöhnliche** Fähigkeiten eintreten; es kommt auf die übliche Sorgfalt jener Personen an, die die betreffende Tätigkeit ausüben, wobei für mangelnde Kenntnisse und Fähigkeiten einzustehen ist (RS0026221; RS0026524; RS0026489; 10 Ob 50/15y; 6 Ob 16/16w; 6 Ob 233/17h; 5 Ob 21/18a).

**Sachverständige** sind alle Personen, die eine Tätigkeit ausüben, die besonderes Können und/oder Fachwissen voraussetzt (*Welser/Zöchling-Jud II*<sup>14</sup> Rz 1517). Dabei kommt es jedoch nicht etwa darauf an, dass eine Sachverständigeneigenschaft tatsächlich vorliegt, sondern maßgeblich ist die Übernahme einer entsprechenden Tätigkeit (RS0026557; zuletzt 6 Ob 233/18k; 6 Ob 39/19g).

**Überschreitet** der Sachverständige seine Fachkompetenz, so liegt **Einlassungs-(Übernahme-)verschulden** vor (4 Ob 71/89 SZ 62/147; *Harrer/Wagner* § 1299 Rz 2; ähnlich *Kozio I*<sup>4</sup> Rz C/2/39).

Von diesem Haftungsmaßstab ist **jedwede – selbstständige oder un-selbstständige – berufliche** Tätigkeit erfasst, daher neben jener der **freien Berufe** und der **Professionisten** und qualifizierten Gewerbe auch die Tätigkeit des **Kraftfahrers**: Das ist nicht nur der Lenker einer Planierdraupe, eines Kranwagens oder eines Abschleppfahrzeugs, sondern **jeder** Kfz-Lenker in Bezug auf die erforderlichen Fahrkenntnisse, für die die Führerscheinprüfungsvorschriften den Maßstab bilden (*Karner* § 1299 Rz 5 mwN); für **Berufskraftfahrer** gelten **höhere** Anforderungen (2 Ob 110/64 ZVR 1964/285).

#### *d) Beweislast in der Verschuldensfrage*

- 46** An sich **vermutet** das Gesetz (§ 1296 ABGB), dass der Schaden **ohne** Verschulden eines anderen entstanden ist.

Deshalb muss der **Geschädigte** – so wie alle anderen Zurechnungsgründe – auch das **Verschulden** des Belangten behaupten und **beweisen**; allerdings wird **vermutet**, dass derjenige, der den Verstandesgebrauch besitzt (also deliktstfähig ist), auch über die Fähigkeiten eines Durchschnittsmenschen zu „Fleiß und Aufmerksamkeit“ (di die Sorgfalt) verfügt (RS0026221; 5 Ob 536/76 SZ 49/47; 7 Ob 614/86; *Karner* § 1297 Rz 2).

- 47** Allerdings bietet der **Anscheinsbeweis** (dazu Näheres Rz 137) dem Geschädigten beim Verschuldensbeweis eine erhebliche Beweiserleichterung (*Karner* § 1296 Rz 3 mwN).

Wurde der Schaden durch Verletzung einer **(vor-)vertraglichen Pflicht** zugefügt, so muss der Schädiger beweisen, dass ihn daran kein Verschulden trifft (§ 1298 ABGB: sog. „**Entlastungsbeweis**“ des Schädigers infolge gesetzlich angeordneter **Beweislastumkehr**). Die **Beweislastumkehr**, die sich auf alle Arten von Vertragspflichten erstreckt (somit auch auf die Schutz- und Sorgfaltspflichten), gilt für jedwede schon bestehende schuldrechtliche Sonderbeziehung (*Welser/Zöchling-Jud II*<sup>14</sup> Rz 1424; *Karner* § 1298 Rz 1).



Stützt der **Geschädigte** seinen (**weitergehenden**) **Ersatzanspruch** auf **grobe** Fahrlässigkeit des Schädigers, so muss er jene Tatsachen **beweisen**, die einen solchen Schluss rechtfertigen (RS0028020; RS0028091; zuletzt etwa 10 Ob 103/07f; 3 Ob 191/13d; 10 Ob 29/16m); **gelingt** ihm dieser Beweis, so muss der **Schädiger beweisen**, dass ihm aus besonderen Gründen (schlechter Gesundheitszustand, Bewusstseinsstörung) die aus objektiver Sicht zu bejahende grobe Fahrlässigkeit **subjektiv nicht vorwerfbar** ist (5 Ob 513/92).

Dagegen muss der **schadensstiftende** Vertragspartner überhaupt **beweisen**, dass ihm **kein grobes Verschulden** zu Last fällt, **wenn** die Parteien im Vertrag die Haftung für **leichte** Fahrlässigkeit **ausgeschlossen** haben (§ 1298 zweiter Satz ABGB; *Karner* § 1298 Rz 5).

Die **Beweislastumkehr** gilt **auch** für den Verschuldensmaßstab der **Sachverständigen** (RS0022705; JBl 1978, 377 JBl 1978, 377; 8 Ob 651/89) und ist auch auf die Haftung für den **Erfüllungsgehilfen** anzuwenden (RS0125678; RS0026522; 3 Ob 594/83 SZ 56/143; 6 Ob 308/97f SZ 63/37).

Die Beweislastumkehr ist auch bei Verletzung von **Schutzgesetzen** 48 (§ 1311 zweiter Satz zweite Alternative ABGB) zu beachten: Der **Geschädigte** hat den **Schaden** und die **Schutzgesetzverletzung** zu **beweisen**; dabei genügt es, dass er die **objektive Übertretung** der Norm unter Beweis stellt. Dann muss der **Schädiger** zu seiner Entlastung **beweisen**, dass ihm die objektive Übertretung des Schutzgesetzes **nicht** als schutzgesetzbezogenes Verhaltensunrecht **vorgeworfen** werden kann, etwa weil ihm an der Übertretung **kein Verschulden** zu Last fällt (RS0112234; 2 Ob 99/06g ZVR 2007/50 *Danzl*; 2 Ob 130/06s; 2 Ob 214/19p).

#### *e) Exkurs: Die grobe Fahrlässigkeit im Versicherungsvertragsrecht*

Gem § 61 VersVG ist der **Versicherer von der Verpflichtung zur Leistung frei**, wenn der Versicherungsnehmer den Versicherungsfall vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeiführt. Schon mit Rücksicht auf die Einheit der Rechtsordnung kann auch die grobe Fahrlässigkeit iSd § 61 VersVG nichts anderes bedeuten als die auffallende Sorglosigkeit gem § 1324 ABGB. Dem schließt sich auch die Rsp an, weil auch die Entscheidungen zu § 61 VersVG von jenem Begriff der auffallenden Sorglosigkeit ausgehen, der schon weiter oben erläutert wurde. 49

In Anlehnung an die deutsche Rechtslehre wird die grobe Fahrlässigkeit iSd Versicherungsvertragsrechts auch dahin umschrieben, dass sie ein Verhalten voraussetzt, von dem der Versicherungsnehmer wusste oder wissen musste, dass es geeignet ist, den **Eintritt des Versicherungsfalls oder die Vergrößerung des Schadens** zu fördern (RS0080414; 7 Ob 176/12a; 7 Ob 60/18a; 7 Ob 120/18z).

Stets hat der Versicherer die tatsächlichen Voraussetzungen für den Grad der Fahrlässigkeit (ob also grobe Fahrlässigkeit anzunehmen ist) zu **behaupten und zu beweisen**, um gem § 61 VersVG leistungsfrei zu werden (RS0080378; 7 Ob 100/75 SZ 48/65; 7 Ob 14/92).



**Beispiele:**

- Die **Übermüdung** als Ursache des Einschlafens kann die Annahme grober Fahrlässigkeit rechtfertigen. Beruht die Übermüdung auf länger währender Teilnahme an einer Tanzveranstaltung bzw auf Genuss wenn auch nur geringer Mengen **Alkohols** vor Fahrtantritt und fährt der Lenker trotz dieser Verfassung auf nasser Fahrbahn mit überhöhter Geschwindigkeit, so handelt er grob fahrlässig (7 Ob 31/78 ZVR 1979/28). Ganz allgemein kann gesagt werden, dass dem Lenker grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, wenn er die Unglücksfahrt antrat oder fortsetzte, obwohl ihm bewusst war oder bewusst sein musste, dass er infolge Übermüdung nicht die notwendige Fahrtüchtigkeit besaß (RS0030636; 4 Ob 157/82 Arb 10.208; 4 Ob 86/85).
- **Beträchtlich überhöhte Fahrgeschwindigkeit** vermag zwar für sich allein grobe Fahrlässigkeit nicht zu begründen (2 Ob 189/16g uva), kann sie aber **bei Hinzutreten weiterer Umstände** indizieren (7 Ob 14/77 ZVR 1978/133: geringe Fahrpraxis; 7 Ob 10/94: Hantieren am Autoradio; 7 Ob 59/01d: Bücken nach heruntergefallenem Handy; 2 Ob 195/09d: Unaufmerksamkeit).
- Regelmäßig wird grobe Fahrlässigkeit dann angenommen, wenn der Lenker den Unfall im Zustand vorwerfbarer **Alkoholisierung** verschuldet (RS00804057 Ob 8/78 ZVR 1978/305, 7 Ob 9/78 SZ 51/32; 7 Ob 280/06m). Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Trunkenheit am Steuer nach stRsp für sich allein noch keine Haftung auslöst, sondern schulderschwerend wirkt und daher die schon durch andere Verstöße begründete Haftung nur verschärft (RS0027068; 7 Ob 23/85 mwN; 2 Ob 207/07s).
- Ein Kfz-Lenker, der angesichts eines die Fahrbahn überquerenden **Rehs** sein Kfz – fahrtechnisch unrichtig – **verreißt**, statt spurhaltend zu bremsen, handelt bloß leicht fahrlässig; bei einem **Hasen** wäre dies hingegen grob fahrlässig (7 Ob 20/99p SZ 72/133; BGH in VVGE § 63 Nr 3).

**50** In diesem Zusammenhang ist auch auf die (versicherungsrechtliche) „**Repräsentantenhaftung**“ einzugehen:

Hinter diesem Begriff verbirgt sich die Frage, ob nicht nur das Verhalten des Versicherungsnehmers selbst, sondern auch das **Verhalten eines Dritten zur Leistungsfreiheit** des Versicherers führen könne, ob dem Versicherungsnehmer somit Vorkehrungen von Hilfspersonen (va von Mitarbeitern), die ihm, hätte er sie selbst getroffen, als Verletzung einer Obliegenheit zur Last gelegt würden, zugerechnet werden müssten. Im Gegensatz zur Rsp des BGH **verneint** dies der OGH mit der Begründung, § 1313a ABGB (Haftung für den Erfüllungsgehilfen) sei deshalb nicht anwendbar, weil die **Einhaltung von Obliegenheiten** bloß eine negative Leistungsvoraussetzung und **keine durchsetzbare Erfüllungshandlung** sei (RS0080407; 7 Ob 157/08 a ecolex 2010, 4 Ertl = ZFR 2009/126, 197 Gruber = ZVR 2009/102, 206 Huber; 7 Ob 3/14p; 7 Ob 149/18i; zuletzt 7 Ob 104/20z).

Diesen **Grundsatz schränkt** der OGH jedoch insofern **ein**, als dem Versicherungsnehmer gleichwohl in Bezug auf Obliegenheiten das Verhalten jener **Personen zuzurechnen** sei, die