



**Unterlagen zur Lehrveranstaltung Bürgerliches Recht – Allgemeiner Teil sowie zur
Lehrveranstaltung Bürgerliches Recht – Schuldrecht**

Hinweis zur Benützung:

Die nachfolgenden Unterlagen dienen zum Nachlesen und müssen **nicht vor der Lehrveranstaltung durchgearbeitet** werden. Das gilt insbesondere für die Auszüge aus dem Lehrbuch Privatrecht von Heinz Krejci.

Es wird jedoch **empfohlen**, die den jeweiligen Auszügen des Lehrbuchs folgenden beiden Artikel von *Reich-Rohrwig* und *Keinert* sowie die verschiedenen Entscheidungen, Schreiben und „Vertragstexte“ zumindest insoweit durchzulesen, dass der Sachverhalt bzw die wesentlichen Ausführungen **in Grundzügen verständlich** sind und im Rahmen der Lehrveranstaltung eine darauf aufbauende Diskussion geführt werden kann.

Schottenbastei 10 - 16

A-1010 Wien, Austria

Tel: ++43/1/4277/35283

Fax: ++43/1/4277/9352

email: gerhard.saria@univie.ac.at

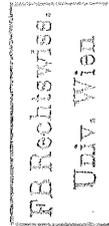
Privatrecht

von

Dr. Heinz Krejci

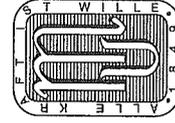
em. o. Universitätsprofessor in Wien

8. Auflage



HA Prof.

Rüffler



OZR

K92.P9-8

Wien 2010

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

✓

vertraglichen Schuldverhältnisse beruhen auf Vertrag; die gesetzlichen unmittelbar auf gesetzlichen Tatbeständen.

Der besondere Teil des Schuldrechts ist sehr umfangreich. Er wird hier nicht einmal im Überblick dargestellt. Lediglich einige signifikante Aspekte werden herausgegriffen, um einen ersten Einblick zu gewähren.

II. Die vertraglichen Schuldverhältnisse

A. Allgemeines

546 Da Vertragsfreiheit herrscht, können die Rechtssubjekte im Rahmen des zwingenden Gesetzesrechtes (insb: im Rahmen der „guten Sitten“ [§ 879 ABGB]) vereinbaren, was immer sie wollen. In einer Reihe von Fällen bietet der Gesetzgeber jedoch besondere Regelungen für bestimmte Vertragstypen an.

547 Der Gesetzgeber vertritt nur besonders gängige Verträge. Dies dient insofern der Erleichterung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, als der Gesetzgeber die wichtigsten Ordnungsfragen dieser Vertragstypen vorweg regelt. Derartige Regelungen brauchen die Parteien dann nicht selbst treffen, es sei denn, sie möchten etwas anderes vereinbaren, als der Gesetzgeber anordnet (dispositives Gesetzesrecht). Mitunter verfolgt der Gesetzgeber aber auch mit Hilfe zwingender Rechtsnormen bestimmte Schutzzwecke (zB beim Arbeitsvertrag, Mietvertrag, Versicherungsvertrag).

B. Konsensualverträge und Realverträge

548 1. Konsensualverträge. Fast alle Verträge kommen heute allein durch Willensübereinstimmung zustande. Es genügt der Konsens. Man spricht daher von Konsensualverträgen. Das ABGB kennt mitunter auch noch eine andere Form des Vertragsabschlusses: die Realverträge.

549 2. Realverträge. Bei ihnen ist neben der Willenseinigung zusätzlich eine faktische Leistung erforderlich.

Realverträge sind der Leihvertrag, der Verwahrungsvertrag, der Trödelvertrag, die Wette; vor Inkrafttreten des DaKRAG auch der Darlehensvertrag.

Liegt nur Willensübereinstimmung vor, fehlt es aber noch am Realakt, hat man es idR mit einem Vorvertrag zum noch nicht zustande gekommenen Realvertrag zu tun. Beim Vorvertrag verpflichten sich die Vertragsparteien zum künftigen Abschluss eines (Haupt-)Vertrages. Der wesentliche Inhalt dieses Hauptvertrages muss im Vorvertrag bereits festgelegt sein. Vorverträge haben gegenüber sonstigen Verträgen verminderte Bestandskraft (Ablauf mit Jahresfrist; Ende bei Änderung der Verhältnisse). Nicht alle Übereinkünfte, die einem Realvertrag vor-

gelagert sind, stellen jedoch Vorverträge zum Realvertrag dar. Mitunter kommt es vielmehr zum Abschluss von selbständigen Verträgen.

C. Gesetzliche Vertragstypen

Wir unterscheiden verschiedene Gruppen gesetzlicher Vertragstypen: **550**

- Veräußerungsverträge,
- Gebrauchsüberlassungsverträge,
- Dienstleistungsverträge,
- Gesellschaftsverträge,
- Sicherungsverträge,
- Glücksverträge.

D. Veräußerungsverträge

Veräußerungsverträge dienen dem Zweck, Sachen ins Eigentum anderer zu übertragen. Zu ihnen zählen der **551**

- Kaufvertrag,
- Tauschvertrag,
- Schenkungsvertrag.

1. Kaufvertrag (§§ 1053 ff ABGB)

ist darauf gerichtet, das Eigentum an Sachen gegen Zahlung eines Geldbetrages (des Kaufpreises) zu erwerben. **552**

a) Hauptpflichten aus dem Kaufvertrag sind demnach die **553** Pflicht des Verkäufers, dem Käufer Eigentum an der Sache zu verschaffen (wobei zu beachten ist, dass das Eigentum nicht schon mit Abschluss des Kaufvertrages [titulus] übergeht, sondern erst mit der Übergabe [modus] [Unterscheide: Verpflichtungs- und Verfügungsge- schäft!]) und die Pflicht des Käufers, den Kaufpreis zu bezahlen.

b) Kaufobjekte. Nicht nur körperliche Sachen bzw Gesamtsachen (§ 302 ABGB) auch Rechte (Forderungen, Patente, Marken, Muster, Werknutzungsrechte an urheberrechtlich geschützten geistigen Schöpfungen) kommen in Betracht. **554**

Es sind aber sachbedingte Besonderheiten zu beachten. Energielieferungsverträge haben andere Sachprobleme zu regeln als der Vertrag über den Kauf eines Kraftfahrzeuges. Soweit das Erwerbssanliegen Rechte betrifft, für die eigene Vertragstypen geschaffen wurden, kommen deren Regelungen und nicht die des Kaufvertrages zum Zuge. Wer

zB das Recht, eine Wohnung zu nutzen, erwirbt, kauft nicht, sondern schließt einen Mietvertrag.

Auch ein Unternehmen als „organisierte Erwerbs Gelegenheit“ kann insgesamt Gegenstand eines Kaufvertrages sein. Dabei ist aber zu beachten, dass der Veräußerer des Unternehmens die mit dem Unternehmen verbundenen Schulden ebenso wie die unternehmensbezogenen Vertragspositionen nicht ohne Zustimmung der betroffenen Gläubiger bzw Vertragspartner mit befreiender Wirkung auf den Erwerber des Unternehmens übertragen kann, sofern keine gesetzlichen Sonderregelungen bestehen, die derartige Rechtsübertragungen von Gesetzes wegen vorsehen.

555 c) Kaufvertragsvarianten. Oft liegt ein Handkauf vor. Dh: Sache und Geld werden sogleich ausgetauscht. Das ist aber nicht immer so. Die Pflichten aus dem Kaufvertrag können auch zu verschiedenen Zeiten fällig werden. Dann liegt kein Handkauf vor.

Auch beim Kauf auf Kredit (Kreditkauf: § 1063 ABGB; insb: Ratentkauf: Kauf mit Ratenzahlung des Kaufpreises nach Übergabe der Ware) geht mit der Übergabe der Kaufsache grundsätzlich das Eigentum daran auf den Käufer über, obwohl dieser den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat. Der für den Verkäufer risikoreiche vorzeitige Eigentumsübergang kann aber durch einen Eigentumsvorbehalt des Verkäufers vermieden werden.

Die Parteien vereinbaren, dass das Eigentum an der Ware erst mit Zahlung des Kaufpreises übergehen soll. Bis dahin darf der Käufer das Kaufobjekt zwar verwenden, er ist aber noch nicht dessen Eigentümer. Näheres dazu im Sachenrecht.

556 Zwingende Schutzvorschriften enthält für Verbraucherkäufe, insb für den Ratenkauf das KSchG (Abzahlungsgeschäft; §§ 16ff KSchG).

557 Besonderes ordnet das UGB für den Warenkauf an (§§ 373ff UGB; das vormalige HGB sprach in diesem Zusammenhang vom „Handelskauf“). Das UN-Kaufrecht befasst sich im Ergebnis gleichfalls mit unternehmensbezogenen Warenkäufen.

558 2. Tauschvertrag (§§ 1045 ff ABGB) zielt darauf ab, Ware gegen Ware ins Eigentum des jeweils anderen zu übertragen. Der Tausch ist älter als der Kauf. Auch das ABGB geht noch davon aus, dass der Tausch und nicht der Kauf die Grundform des entgeltlichen Veräußerungsgeschäftes ist.

Der internationale Handel ließ in letzter Zeit das Tauschgeschäft wieder aufblühen. Statt die erworbenen Waren zu bezahlen, werden eigene Produkte als Gegenleistung angeboten (Bartergeschäfte).

3. Schenkungsvertrag (§§ 938 ff ABGB)

ist auf unentgeltliche Übertragung des Eigentums an einer Sache gerichtet. Die Gültigkeit der Schenkung bedarf entweder der wirklichen Übergabe des Schenkungsgegenstandes oder eines Notariatsaktes (§ 1 NotZwG). Der Schenker soll vor eigenem Leichtsinne gewarnt werden. Überdies ist bei Schenkungen der Motivirrtum beachtlich. Schenkungen dürfen auch einseitig (wegen groben Undanks) widerrufen werden. Die für synallagmatische Verträge geltenden Gewährleistungsregeln gelten für Schenkungen nicht („Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul“).

Schenkungen sind den Realverträgen zwar verwandt, entsprechen dem Bild des typischen Realvertrages aber nicht, weil Schenkungsverträge ohne Übergabe des Geschenkes gültig sind, sofern darüber ein Notariatsakt errichtet wurde.

E. Gebrauchsunterlassungsverträge

560

Gebrauchsunterlassungsverträge räumen den Gebrauch von Sachen ein, ohne eine endgültige Übertragung der Sachen ins Eigentum eines anderen zu bezwecken. Man sagt auch: es handelt sich hier um Verträge über Benutzung fremden Kapitals. Gebrauchsunterlassungsverträge sind der

- Mietvertrag,
- Pachtvertrag,
- Leihvertrag,
- Darlehensvertrag.

1. Bestandverträge (Miete, Pacht) (§§ 1090 ff ABGB)

a) Miete ist die entgeltliche Gebrauchsunterlassung an einer körperlichen beweglichen oder unbeweglichen Sache auf Zeit.

b) Pacht heißt hingegen die entgeltliche Überlassung des Fruchtgenusses an einer Sache auf Zeit. Bei der Pacht wird die Sache nicht nur gebraucht, sie wird auch zur wirtschaftlichen Nutzung eingesetzt.

Eine Wohnung, ein Haus, ein Auto mietet man; ein Gasthaus, ein Landgut, eine Jagd, ein Unternehmen pachtet man.

d) Das Deckungsverhältnis kann sein:

– eine **Anweisung auf Kredit**: Der Angewiesene räumt dem Anweisenden einen Kredit ein, indem er sich bereit erklärt, an den Anweisungsempfänger zu zahlen.

– eine **Anweisung auf Schuld**: Der Angewiesene ist bereits Schuldner des Anweisenden und somit ihm gegenüber leistungspflichtig. Er soll nunmehr seine Verpflichtung dadurch erfüllen, dass er an den Anweisungsempfänger leistet. In diesem Fall ist der Angewiesene verpflichtet, der Anweisung Folge zu leisten.

e) Das Valutaverhältnis kann sein:

– eine **Anweisung zur Kreditgewährung**: Der Anweisende räumt dem Anweisungsempfänger einen Kredit ein, indem er ihm ermöglicht, den Angewiesenen in Anspruch zu nehmen.

– eine **Anweisung zur Zahlung**: Der Anweisende schuldet dem Anweisungsempfänger etwas. Durch die Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger auf Rechnung des Anweisenden soll diese Schuld beglichen werden. Die Anweisung als solche ist noch nicht geeignet, die Schuld zu tilgen; sie wirkt nur zahlungshalber. Hat sie keinen Erfolg, bleibt die Schuld aufrecht. Ist der Anweisungsempfänger mit der Anweisung einverstanden, ist er verpflichtet, den Angewiesenen in Anspruch zu nehmen. Kommt es nicht dazu, hat er den Anweisenden unverzüglich zu verständigen. Andernfalls wird der Anweisungsempfänger dem Anweisenden schadenersatzpflichtig.

f) Das Einlösungsverhältnis entsteht erst durch die Anweisung.

Mit Zahlung an den Anweisungsempfänger leistet der Angewiesene dem Anweisenden. Der Anweisungsempfänger erhält hingegen durch die Zahlung des Angewiesenen eine Leistung des Anweisenden.

Durch die Anweisung als solche erhält der Anweisungsempfänger noch keinen Anspruch gegenüber dem Angewiesenen. Ein derartiger Anspruch entsteht erst durch **Annahme der Anweisung (Akzept)** seitens des Angewiesenen. Das Akzept muss dem Anweisungsempfänger zugegangen sein. Der Angewiesene ist nicht zur Annahme der Anweisung verpflichtet, es sei denn, es läge eine besondere Verpflichtung gegenüber dem Anweisenden vor (Anweisung auf Schuld). Sofern angenommen wurde, ist der Angewiesene zur Leistung an den Anweisungsempfänger verpflichtet.

Einwendungen dagegen können nur erhoben werden bezüglich

- der Gültigkeit der Annahme,
- des Inhaltes der Anweisung,
- der persönlichen Beziehungen zum Empfänger.

Keine Einwendungen stehen aus dem Deckungs- und aus dem Valutaverhältnis zu. Insofern ist die Anweisung eine **abstrakte Schuld**. Rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der Anweisung bei Fehlen sowohl eines Deckungs- als auch eines Valutaverhältnisses ist dennoch verboten.

g) Widerruf. Die Anweisung kann widerrufen werden. Der Widerruf ist jedoch gegenüber dem Angewiesenen wirkungslos, sobald dieser die Anweisung akzeptiert bzw an den Anweisungsempfänger geleistet hat.

V. Leistungsstörungen

A. Allgemeines

Ein Herzstück des allgemeinen Schuldrechts bilden die Tatbestände und Rechtsfolgen der Leistungsstörungen (§§ 918ff ABGB). **429**

Die geschuldete Leistung wird entweder überhaupt nicht oder zumindest vorerst nicht (**Nichterfüllung**) oder nicht in gehöriger Art und Weise (**Schlechterfüllung**) erbracht.

Vier Tatbestände der Leistungsstörung werden unterschieden:

- die **Unmöglichkeit** der Leistung;
- der **Verzug**;
- die **Gewährleistung** und
- die **sonstigen („positiven“) Vertragsverletzungen**.

B. Unmöglichkeit der Leistung (endgültige Nichterfüllung)

1. Allgemeines

430

Anders als in den Fällen »geradezu unmöglicher Vertragsinhalte« liegt im gegebenen Zusammenhang ein **gültiger Vertrag** vor. Der Schuldner ist demnach zur Leistung verpflichtet. Er bringt sie nur **nachträglich** (dh: trotz bereits geschlossenen gültigen Vertrages) und (im Vergleich zum Verzug:) **endgültig** nicht zustande.

Es werden mehrere Fälle einer derartigen Unmöglichkeit unterschieden. Die im Folgenden darzustellenden Regeln gelten meist nur für **entgeltliche Rechtsgeschäfte** und idR nur für **Stückschulden** (denn: genus non perit). Ferner ist festzuhalten, dass die Regeln über die Leistungsumöglichkeit **nicht für Geldschulden** beachtlich sind. Wer Geld schuldet, aber keines hat, ist zahlungsunfähig. In diesen Fällen greifen die Regeln des Insolvenzrechts (Ausgleich, Konkurs).

2. Dem Schuldner zuzurechnende Unmöglichkeit der Leistung (§ 920 ABGB)

Hat der Schuldner die Leistungsmöglichkeit, entweder **verschuldet** oder hat er **die Gefahr hierfür zu tragen**, so darf der Vertragspartner Ersatz des **Erfüllungsinteresses** fordern. Dh: Er ist durch Geldleistungen des Schuldners so zu stellen, wie er stünde, wäre der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden. Dabei kommt dem Gläubiger ein **Wahlrecht** zu:

Der Gläubiger kann

- entweder **am Vertrag festhalten**, somit seine eigene Leistung, die er dem Schuldner schuldet, erbringen und aus dem Titel des Ersatzes des Erfüllungsinteresses den vollen Wert der vereitelten Schuldnerleistung fordern (**Austauschanspruch**),
- oder **vom Vertrag zurücktreten**, somit seine eigene Leistung **nicht** erbringen und sich bezüglich des Erfüllungsinteresses mit dem **Differenzanspruch** begnügen. Dh: In diesem Fall ist der Wert der eigenen, nicht erbrachten Leistung (die sich der Gläubiger infolge Rücktritts vom Vertrag erspart) vom Betrag des vollen Wertes der vereitelten Schuldnerleistung **abzuziehen**.

ZB: Walter und Bernd vereinbaren einen Tausch: Walter soll sein antikes Motorrad gegen das Auto des Bernd tauschen. Walters Motorrad ist € 7.000, Bernds Auto € 5.000 wert. Vor Übergabe verschuldet Walter mit seinem Motorrad einen Unfall; die Maschine erleidet einen Totalschaden. Sofern Bernd am Vertrag festhält, übergibt er sein Auto und darf € 7.000 von Walter fordern. Sofern Bernd jedoch vom Vertrag zurücktritt, behält er sein Auto und darf von Walter den Betrag von € 2.000 fordern (7.000-5.000).

3. Dem Gläubiger zuzurechnende Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung

Es kann auch sein, dass nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger selbst die Leistung des Schuldners vereitelt.

ZB: Viktor kauft von Erwin eine antike chinesische Vase. Noch ehe Erwin die Vase übergeben hat, stößt sie Viktor infolge seines stürmischen Temperaments vom Tisch.

In diesem Fall kann sich der Gläubiger nicht darauf berufen, dass der Schuldner seine Leistung nicht erbringen kann.

a) Der Vertrag bleibt aufrecht; der Gläubiger hat seine eigene Gegenleistung zu erbringen, obwohl er die vom Schuldner geschuldete Leistung nicht erhält; der Gläubiger trägt insofern die Preisgefahr (Gegenleistungsgefahr: dh: Viktor hat den Kaufpreis zu zahlen, obwohl er die Vase nicht bekommt). Das ABGB hat diesen Fall nicht ausdrücklich geregelt. Man gewinnt die Lösung aus einer Analogie zu den Normen über den Annahmeverzug des Gläubigers.

b) Darüber hinaus hat der Gläubiger im Falle seines Verschuldens Schadensersatz zu leisten.

4. Weder dem Schuldner noch dem Gläubiger zuzurechnende Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung (§ 1447 ABGB)

Hat den Untergang einer geschuldeten Sache weder der Schuldner noch der Gläubiger verschuldet oder aufgrund einer Gefahrtragungsregel zu vertreten, so

- erlischt das Schuldverhältnis, ohne dass es hierfür eines Rücktrittes bedürfte.
- Noch ausstehende Leistungen brauchen nicht mehr erbracht zu werden.
- Bereits Geleistetes ist zurückzugeben.
- Sofern bereits Geleistetes nicht mehr zurückgegeben werden kann, muss wenigstens herausgegeben werden, was der Herausgabepflichtige an Stelle der untergegangenen Sache erhalten hat. Man spricht hier vom **stellvertretenden commodum**.

Ging zB ein zurückzugebendes Gebäude in Flammen auf, so muss die Versicherungssumme, die infolge des Brandes kassiert wurde, dem Herausgabeberechtigten gegeben werden.

C. Verzug (vorläufige Nichterfüllung)

1. Allgemeines

Erbringt der Schuldner die geschuldete Leistung im Fälligkeitszeitpunkt nicht auf die gehörige Art und Weise, ist die Erbringung der Leistung aber **nicht endgültig unmöglich**, sondern kann sie zu einem späteren Zeitpunkt erbracht werden, so gerät der Schuldner in Verzug. Man spricht vom **Schuldnerverzug** oder **Leistungsverzug**.

Nimmt hingegen der Gläubiger die Leistung des Schuldners nicht an, obwohl sie fällig ist und auf die gehörige Art und Weise angeboten wird, spricht man vom **Gläubigerverzug** oder **Annahmeverzug**.

2. Schuldnerverzug (Leistungsverzug)

Wir unterscheiden zwischen objektivem und subjektivem Verzug.

a) Objektiv Schuldnerverzug

441 Objektiv Schuldnerverzug liegt vor, wenn den Schuldner an der Nichtleistung kein Verschulden trifft.

b) Rechtsfolgen des objektiven Schuldnerverzuges

442 aa) Der Gläubiger kann weiterhin Erfüllung verlangen und bleibt, soweit er seinerseits Schuldner ist, selbst leistungsverpflichtet.

443 bb) Der Gläubiger darf aber auch unter Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktreten. Sinn der Nachfrist ist es, dem Schuldner noch eine Chance zu geben, seiner Leistungspflicht nachzukommen. Denn seine Leistung ist ja an sich noch möglich. Nützt der Schuldner die Nachfrist nicht, wird der Vertrag infolge Rücktritts aufgelöst.

444 cc) Als weitere Verzugsfolge trägt der Schuldner die Preisgefahr (Gegenleistungsgefahr): Geht die geschuldete Sache während des Verzuges zufällig unter, erhält er keine Gegenleistung (zB: Geht der Kaufgegenstand unter, so bekommt er den Kaufpreis nicht bezahlt).

Beachte: Solange der Schuldner auch die Leistungsgefahr trägt (genus non perit), stellt sich die Frage nach der Preisgefahr nicht, weil der Schuldner ohnehin seine Leistung erbringen muss und kann.

445 dd) Bei Geldschulden fallen überdies Verzugszinsen an. Dh: Der Schuldner hat für die Zeit seiner Säumnis dem Gläubiger vom geschuldeten Geldbetrag Zinsen zu zahlen. Verzugszinsen zuzubilligen, fußt einerseits auf dem Gedanken, dass dem Gläubiger Ersatz für den Nachteil zukommen soll, den er dadurch erleidet, dass er das ihm zustehende Geld verspätet erhält (er hätte es zinsenbringend anlegen können oder er musste sich statt dessen Geld borgen und dafür Zinsen zahlen); andererseits sieht man in der Verzugszinsenzahlung auch einen Aspekt der Abschöpfung einer Bereicherung auf Seite des Schuldners, der sich länger als zulässig das dem Gläubiger Geschuldete behalten hat oder sich erspart hat, Geld aufzunehmen, um seine Schuld zu begleichen.

446 Liegen keine Vereinbarungen über Verzugszinsen vor, gelten die gesetzlich vorgesehenen Zinssätze: grundsätzlich im Zivilrecht 4%; im Wechsel- und Scheckrecht 6%; für unternehmensbezogene Geschäfte gelten erheblich höhere Zinssätze: Nämlich 8 Prozentpunkte über dem

jeweiligen „Basiszinssatz“, worüber die Bank oder die Homepage der Nationalbank Auskunft gibt. Dabei ist der Basiszinssatz, der am letzten Kalendertag eines Halbjahres gilt, für das nächste Halbjahr maßgeblich. Diese aus dem Gemeinschaftsrecht stammende Regelung soll die Zahlungsmoral der Schuldner durch eine drastische Anhebung des Verzugszinssatzes weit über die üblichen Bankzinssätze hinaus anheben; hat also Sanktionscharakter. Seit dem HaRAG befindet sich die Regelung in § 352 UGB. Im Übrigen ist die Berechnung kompliziert, weil der Zinssatz über längere Zeitperioden hinweg schwankt.

c) Subjektiver Schuldnerverzug

447 Liegt subjektiver Verzug vor, treffen den Schuldner über die für den objektiven Verzug geltenden Rechtsfolgen hinaus auch noch Schadenersatzpflichten. Denn der Schuldner hat auf subjektiv vorwerfbare Weise – somit: schuldhaft – den Vertrag verletzt. Diesen Fällen sind jene gleichzuhalten, in denen der Schuldner aus anderen Gründen das Risiko der Gläubigerschädigung zu tragen hat.

d) Rechtsfolgen des subjektiven Schuldnerverzuges

448 aa) Wählt der Gläubiger den Erfüllungsanspruch, hat der Schuldner den Verspätungsschaden zu ersetzen. Dh: Der Schuldner hat dem Gläubiger jenen Nachteil auszugleichen, der dadurch entstanden ist, dass die geschuldete Leistung nicht rechtzeitig am gehörigen Ort auf die versprochene Art und Weise erbracht wurde, sondern erst später.

449 bb) Wählt der Gläubiger den Rücktritt vom Vertrag, hat der Schuldner das Erfüllungsinteresse zu ersetzen. Dh: er muss dem Gläubiger jenen Nachteil ersetzen, der dadurch entstanden ist, dass der Vertrag überhaupt nicht erfüllt wurde.

e) Verzug bei teilbaren Leistungen (§ 918 Abs 2 ABGB)

450 Ist die geschuldete Leistung teilbar:

ZB Hans schuldet Rudolf für die Zeit vom Oktober bis zum März des Folgejahres monatlich 200 kg Kohle, zu liefern jeden Monatsersten. Hans liefert zwar im Oktober und November, nicht aber im Dezember; die Summe der Lieferungen wird von den Parteien nicht als eine geschlossene Einheit gewertet,

so darf und kann der Gläubiger nicht nur bezüglich der versäumten Teilleistung

(im Beispiel: bezüglich der Dezemberlieferung)

vom Vertrag zurücktreten, sondern auch bezüglich aller weiteren, noch nicht fälligen Teilleistungen

(im Beispiel: bezüglich der Lieferungen für Jänner bis März).

f) Fixgeschäft (§ 919 ABGB)

Ist von vornherein vereinbart, dass der Vertrag ausschließlich zum Fälligkeitszeitpunkt erfüllt werden soll (Fixgeschäft), so kommt es bei Nichtleistung weder zu einer Nachfristsetzung noch zur Erklärung eines Rücktritts. Vielmehr ist die **Verbündlichkeit ab dem versäumten Fälligkeitszeitpunkt** erloschen. Der Gläubiger hat aber das Recht, den Vertrag dadurch aufrecht zu erhalten, dass er unverzüglich auf späterer Erfüllung besteht. Der Vertrag erlischt also unter der Bedingung, dass der Gläubiger kein unverzügliches Erfüllungsbegehren stellt.

§ 376 Abs 1 HGB kannte eine Sonderbestimmung über den Verzug beim Fixgeschäft. Diese Regelung wurde durch das HaRAG aufgehoben. Somit gilt auch im Unternehmensrecht allein § 919 ABGB.

452 Sofern eine spätere Erfüllung überhaupt möglich ist, spricht man vom **relativen Fixgeschäft**. Ist eine spätere Erfüllung gar nicht mehr möglich, ist das Fixgeschäft mit Verzugseintritt unrettbar erloschen. Man spricht vom **absoluten Fixgeschäft**.

Relatives Fixgeschäft: Heinz lässt sich für seine Hochzeit mit Ursula einen Stresemann machen. Der Stresemann soll spätestens am Vorabend der Hochzeit geliefert werden. Es ist ein Fixgeschäft vereinbart. Der Schneider versäumt den Termin. Den Stresemann könnte Heinz auch zu anderen Anlässen tragen. Daher kann Heinz auf späterer Erfüllung bestehen, auch wenn er zur Hochzeit einen anderen Anzug tragen muss.

Absolutes Fixgeschäft: Auch der für die Hochzeit bestellte Fotograf, der die Hochzeitszeremonie filmen soll, erscheint nicht. Ein Nachholen ist nicht mehr möglich. Die Hochzeit kann später nicht mehr gefilmt werden.

3. Gläubigerverzug (Annahmeverzug)

453 a) Gläubiger sind im Allgemeinen *nicht verpflichtet*, die gehörig angebotene Leistung des Schuldners anzunehmen. *Dennoch* gerät der Gläubiger in Verzug, wenn er es nicht tut.

Da der Gläubiger aber zur Abnahme nicht verpflichtet ist, er also nicht rechtswidrig handelt, wenn er die Schuldnerleistung nicht entgegennimmt, erübrigt sich auch die Frage, ob er schuldhaft gehandelt hat. Somit braucht im gegebenen Zusammenhang aber auch nicht zwischen

einem „objektiven“ und einem „subjektiven“ Gläubigerverzug unterschieden werden.

Sollte den Gläubiger ausnahmsweise eine vertraglich vereinbarte Abnahmepflicht treffen, ist er insofern *Schuldner*, und es kommen die Regeln über den *Schuldnerverzug* zur Anwendung.

ZB: Der Besteller eines Portraits ist dem Künstler gegenüber nicht nur berechtigt, von ihm die Schaffung und Lieferung des Bildes zu verlangen, sondern er hat sich dem Künstler gegenüber auch vertraglich verpflichtet, das Bild abzunehmen. In der Folge verweigert er jedoch die Abnahme (ohne dass das Bild einen Mangel aufweist).

Nicht gehörig angebotenen ist die Leistung, wenn sie einen Mangel aufweist. Die Nichtannahme einer mangelhaften Leistung löst demnach keinen Annahmeverzug des Gläubigers aus. Vielmehr gerät der Schuldner in Verzug, wenn er eine mangelhafte Leistung anbietet. Dies gilt allerdings nicht für *versteckte* (geheime) Mängel, die im Zeitpunkt der Übergabe bzw im Zeitpunkt, zu welchem sich der Gläubiger verpflichtet hat, die Leistung entgegenzunehmen, nicht erkannt wurden bzw nicht erkennbar waren.

b) Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges

454 aa) Der Gläubiger trägt die **Preisgefahr** (Gegenleistungsgefahr).

ZB: Der Käufer, der die vom Schuldner korrekt angebotene Kaufsache zum Fälligkeitszeitpunkt nicht entgegennimmt, hat auch dann den Kaufpreis zu bezahlen, wenn die Sache beim Schuldner zufällig untergegangen ist. Sie ist etwa verbrannt, weil in die Lagerhalle des Schuldners der Blitz einschlug und einen Brand ausgelöst hat.

455 bb) **Der Schuldner haftet** für den Fall der ihm vorwerfbaren Beschädigung oder Zerstörung der nicht rechtzeitig vom Gläubiger abgenommenen Sache **nur mehr für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit**, nicht aber für leichte Fahrlässigkeit.

ZB: Konrad stellt Berta vereinbarungsgemäß das gekaufte Auto zu. Berta ist vertragswidrig nicht da. Auf der Rückfahrt verunglückt Konrad mit dem Wagen, weil er einem auf seine Fahrbahn geratenen Gegenfahrzeug ausweichen wollte und infolge schreckbedingter Unachtsamkeit in ein parkendes Auto kracht.

456 cc) Ferner darf der Schuldner mit schuldbefreiender Wirkung **seine Leistung gerichtlich hinterlegen** oder einem gerichtlich bestellten Verwahrer (Sequester) übergeben.

D. Gewährleistung (erfolgte Schlechterfüllung)

457

1. Allgemeines. Bietet der Schuldner seine Leistung zum Fälligkeitszeitpunkt am Erfüllungsort an, weist die Leistung aber einen Mangel auf (dh: entspricht sie nicht dem, was vereinbart bzw üblich ist), so darf der Gläubiger die Annahme der Leistung verweigern. Er setzt damit den Schuldner in Verzug. Somit treten die Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges ein. Dies setzt freilich voraus, dass der Gläubiger vor Entgegennahme der Schuldnerleistung (Übernahme, Abnahme) deren Mangelhaftigkeit erkannt hat. Das ist oft nicht der Fall. Somit kommt es immer wieder vor, dass der Gläubiger eine **mangelhafte Leistung entgegennimmt**. Was geschieht dann? Die Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges kommen nicht mehr zur Anwendung; stattdessen jene der Gewährleistung.

458

2. Begriff der Gewährleistung. Gewährleisten heißt **Einstehen müssen des Schuldners für solche Sach- und Rechtsmängel, die seine vom Gläubiger angenommene Leistung im Zeitpunkt ihrer Erbringung aufweist**. Die Gewährleistungspflichten bestehen vor allem bei **entgeltlichen Verträgen** (§§ 922 ff ABGB). Bei Schenkungen sind sie weitgehend reduziert („Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul“). Für bestimmte Vertragstypen gelten **besondere Gewährleistungsregeln** (Bestandvertrag, Zession, Warenkauf, Kauf einer Erbschaft, Pfandvertrag). Besonderes gilt überdies für Verbrauchergeschäfte iSd KSchG.

§ 922 ABGB lautet: „(1) Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, leistet Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht. Er haftet also dafür, dass die Sache die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Vereinbarung gemäß verwendet werden kann.“

(2) Ob die Sache dem Vertrag entspricht, ist auch danach zu beurteilen, was der Übernehmer aufgrund der über sie gemachten öffentlichen Äußerungen des Übergebers oder des Herstellers, vor allem in der Werbung und in den der Sache beigefügten Angaben, erwarten kann, das gilt auch für öffentliche Äußerungen einer Person, die die Sache in den Europäischen Wirtschaftsraum eingeführt hat oder die sich durch die Anbringung ihres Namens, ihrer Marke oder eines anderen Kennzeichens an der Sache als Hersteller bezeichnet. Solche öffentlichen Äußerungen binden den Übergeber jedoch nicht, wenn er sie weder kannte noch kennen konnte, wenn sie beim Abschluss des Vertrages berichtigt waren oder wenn sie den Vertragsabschluss nicht beeinflussen haben konnten.“

459

3. Zweck der Gewährleistung ist die **Wiederherstellung der vereinbarten Relation der vertraglichen Leistungen**. Man spricht von der

120

Krejci, Privatrecht*

Wiederherstellung ihrer subjektiven Äquivalenz. Es geht also nicht darum, dass die vertraglichen Leistungen einander nach objektiven Wertansätzen (gemeiner Wert, Marktwert) entsprechen sollen, sondern dass jene Wertrelation, welche die Parteien vereinbart haben, erhalten bleibt.

460

4. **Abgrenzung gegenüber Schadenersatz und Irrtumsanfechtung**. Gewährleistungsansprüche sind weder besondere Schadenersatzansprüche noch Sondernormen des Irrtumsrechts. Daher setzen die Gewährleistungsregeln weder die Tatbestandselemente der Schadenshaftung (vor allem: Verursachung und Verschulden des Mangels durch den Schuldner) noch jene der Irrtumsanfechtung (Verlassen, Auffallennüssen, rechtzeitige Aufklärung) voraus. Gewährleistungsansprüche können also mit Schadenersatz- bzw Irrtumsanfechtungsansprüchen **konkurrieren**. Man darf nicht nur **Mangelfolgeschäden** (die durch Gewährleistungsansprüche nicht gedeckt sind; insofern gibt es keine Konkurrenz der Ansprüche!), sondern auch den **durch den Mangel selbst im Vermögen des Geschädigten eingetretenen Schaden** – den „Mangelschaden“ – aus dem Titel des Schadenersatzes geltend machen.

461

5. Die **Gewährleistungstatbestände**. Die Rechte des Gläubigers aus dem Titel der Gewährleistung hängen davon ab, welche Mängel die Leistung des Schuldners aufweist. Zwischen folgenden Arten von Mängeln ist zu unterscheiden:

- Sach- und Rechtsmängel,
- unbehebbar und behebbare Mängel,
- nicht geringfügige und geringfügige Mängel,
- Qualitäts- und Quantitätsmängel,
- beachtliche und unbeachtliche Mängel.

a) Sach- und Rechtsmängel

462

aa) Sachmängel sind gegenstandsbezogene (körperliche) Mängel an der gelieferten Sache. Sachmängel sind sowohl das **Fehlen ausdrücklich vereinbarter Eigenschaften** (dicta et promissa) als auch das **Fehlen der verkehrsüblichen Eigenschaften**, die man nach der Natur und dem Zweck des Geschäftes üblicherweise erwarten darf.

ZB: Das Auto hat eine Delle, es verliert Bremsflüssigkeit; die Bildröhre des Fernsehers ist defekt und liefert kein ruhiges Bild; der angebliche Goldschmuck ist in Wahrheit aus Messing; das Kleinkraftwerk liefert um 15% weniger Kilowatt als vereinbart. Mitunter bereitet es Schwierigkeiten, zwischen einer mangelhaften Sache und einem sog „aliud“ zu unterscheiden: Wird statt des bestellten Kleides ein Hut geliefert, liegt eindeutig ein „aliud“ vor – also etwas ganz anderes als das Bestellte. Wird jedoch statt des bestellten blauen

121

Krejci, Privatrecht*

Modellkleides ein graues geliefert, kann man darüber streiten, ob das bestellte Kleid den Mangel der falschen Farbe hat – oder ob das graue Kleid überhaupt ein „aliud“ ist.

463 bb) Rechtsmängel liegen vor, wenn der Schuldner dem Gläubiger nicht die versprochene oder ihm geschuldete Rechtsposition verschafft hat.

ZB wurde eine nicht im Eigentum des Veräußerers stehende Sache verkauft. Der Käufer wurde daher nicht, wie versprochen, Eigentümer des Kaufgegenstandes.

Der Unterschied zwischen Sach- und Rechtsmangel ist im Hinblick auf den **Beginn des Laufes der Gewährleistungsfrist** interessant. Bei Rechtsmängeln läuft die Gewährleistungsfrist erst ab Erkennbarkeit des Mangels, bei Sachmängeln grundsätzlich ab Übergabe. Dies gilt auch für verdeckte bzw geheime Sachmängel.

464 b) **Unbehebbarer und behebbare Mängel.** Unbehebbarer Mängel lassen sich entweder überhaupt nicht oder nicht mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln (vertretbaren Kosten) beseitigen, dh: die Behebung des Mangels erfordert einen unverhältnismäßig hohen Aufwand. Ob dies der Fall ist, richtet sich insb nach dem Wert der mangelfreien Sache und der Schwere des Mangels.

Behebbarer Mängel lassen sich mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln (vertretbaren Kosten) beseitigen, dh: die Behebung des Mangels erfordert keinen unverhältnismäßig hohen Aufwand.

ZB: Unbehebbarer Mängel: Die angefertigte Marmorstatue weist einen Sprung auf. Behebbarer Mängel: Das Loch im Rock wird kunstgestopft; die Autotelle wird ausgebügelt; das gebrochene Gestänge wird zusammengeschweißt.

Bei Gattungssachen führt die Möglichkeit, sie auszutauschen, zur Annahme, dass auch dann, wenn die Reparatur der mangelhaften Gattungssache wirtschaftlich nicht vertretbar ist, der Mangel durch **Austausch behebbar** ist.

c) Nicht geringfügige und geringfügige Mängel

465 aa) **Nicht geringfügige Mängel** sind *einerseits* wesentliche Mängel, also solche, die den ordentlichen oder vereinbarten Gebrauch der Sache verhindern oder im Fehlen der ausdrücklich vereinbarten Eigenschaften der Sache (*dicta et promissa*) liegen.

ZB: die Benzinzufuhr des Autos ist defekt, sodass das Auto immer wieder unerwartet stehen bleibt; der Fernseher lässt keinen ordentlichen Programmempfang zu; das Kleinkraftwerk liefert keinen Strom; das gelieferte Auto hat nicht die ausdrücklich vereinbarte Farbe.

Der Begriff des nicht geringfügigen Mangels ist aber *andererseits* weiter als jener des bis zur Neuregelung im GewRAG 2001 maßgeblichen wesentlichen Mangels. Entscheidend ist, dass ein solcher Mangel so gravierend ist, dass die Aufhebung des Vertrages (Wandlung) als angemessene Sanktion gerechtfertigt erscheint.

bb) Geringfügige Mängel lassen den ordentlichen oder vereinbarten Gebrauch zu, stellen aber doch eine unerwünschte Abweichung der Schuldnerleistung vom Vertrag dar. Insofern entspricht der Begriff des geringfügigen Mangels jedenfalls auch dem Begriff des unwesentlichen Mangels.

ZB: das Auto weist eine Delle auf; das Gehäuse des Fernsehers ist erheblich zerkratzt.

Der Begriff des geringfügigen Mangels erfasst jedoch von den unwesentlichen Mängeln nur jene, bei deren Vorliegen eine Aufhebung des Vertrages als unangemessene, weil zu weit gehende Sanktion erscheint (vgl. 422 BgNR 21. GP).

467 d) **Qualitäts- und Quantitätsmängel.** Qualitätsmängel betreffen Art und Eigenschaft der geschuldeten Leistung. Quantitätsmängel betreffen die Menge der geschuldeten Leistung.

ZB: Qualitätsmängel: Der Motor erbringt die versprochene Kilowattleistung nicht; der bestellte Hut hat eine zu schmale Krempe; das Boot hat ein Leck; die bestellten Schuhe sind um 3 Nummern zu groß. Quantitätsmängel: Statt 1000 Liter Milch werden nur 950 Liter geliefert; statt 150 kg Kohle nur 145 kg. Wenn das gekaufte Rind um 100 kg leichter ist als versprochen, liegt kein Quantitäts-, sondern ein Qualitätsmangel vor.

468 e) **Unbeachtliche (unerhebliche) und beachtliche (erhebliche) Mängel.** Mitunter gibt es auch Mängel, die von so minimaler Bedeutung sind (eine so unerhebliche Minderung des Wertes der geschuldeten Leistung darstellen), dass sie für das Gewährleistungsrecht ohne Belang sind. Dann spricht man von unbeachtlichen oder unerheblichen Mängeln. Alle übrigen sind beachtlich oder erheblich.

6. Rechte aus der Gewährleistung **469**

An Rechten aus der Gewährleistung sind zu unterscheiden: das Recht auf

- **Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden),**
- **Austausch der Sache,**
- **angemessenen Minderung des Entgelts (Preisminderung),**
- **Aufhebung des Vertrages (Wandlung).**

470

a) **Nachbesserung** heißt **Verbesserung durch Beseitigung eines Qualitätsmangels**, also die **Herbeiführung des Zustandes der Mangelfreiheit** durch eine solche Änderung der erbrachten Leistung, dass sie dem entspricht, was geschuldet ist. **Nachbesserung setzt die Behebbarkeit des Mangels voraus.**

ZB: Die Delle in der Karosserie des Autos wird beseitigt; das Loch im Anzug wird kunstgestopft; die Lackschäden werden ausgebessert.

471

b) **Austausch der Sache:** Ist eine **Gattungssache** geschuldet, wird aufgrund der **Austauschbarkeit** der gelieferten mangelhaften Sache gegen eine mangelfreie von der Behebbarkeit des Mangels ausgegangen und der Austausch als **Nachbesserung** gewertet.

ZB: der Fernseher Marke X aus der Serie Y wird gegen ein anderes Exemplar derselben Marke und Serie ausgetauscht.

472

c) **Nachtrag des Fehlenden** heißt **Verbesserung eines Quantitätsmangels durch Nachlieferung jener Menge, die auf das vereinbarte Maß noch fehlt.** Die bereits erbrachte Leistung wird im Sinne des Vereinbarten quantitativ ergänzt. Auch der Nachtrag des Fehlenden setzt **Behebbarkeit des Mangels voraus.** Unbehebbar ist ein **Quantitätsmangel** dann, wenn es das fehlende Quantum nicht gibt. In der Regel sind **Quantitätsmängel** behebbar.

ZB: Was an Milch, Kohle, Rohstahl, Reis, Trauben etc im Hinblick auf die vereinbarte Menge zu wenig geliefert wurde, wird nachgeliefert.

473

d) **Preisminderung** ist die **Gewährung eines Preisnachlasses zum Zweck der Wiederherstellung der subjektiven Äquivalenz.** Die **Preisminderung** hat in jenem Verhältnis zu erfolgen, in welchem der gemeine Wert der mangelfreien Sache zum gemeinen Wert der mangelhaften Sache steht.

ZB: Kostet die mangelfreie Sache € 120 und die mangelhafte € 80, so ist der Preis um ein Drittel zu senken. Wurde die Sache tatsächlich um € 90 verkauft, so ist sie aufgrund ihres Mangels dem Käufer um € 60 zu überlassen. Diese Berechnungsmethode entspricht dem gewährleistungsrechtlichen **Grundsatz der subjektiven Äquivalenz.** Meist findet sich kein gemeiner Wert der mangelhaften Sache, was die Bestimmung der **Preisminderung** erschwert.

474

e) **Wandlung** heißt die **gewährleistungsrechtliche Aufhebung des Vertrages**, verbunden mit der **Verpflichtung**, die bereits erbrachten Leistungen wieder zurtückzustellen. Die **Wandlung** ist im Wesentlichen ein **Rücktritt** vom Vertrag. Das **Recht auf Wandlung** ist ein **Gestaltungsrecht.**

Die **hM** lässt in diesen Fällen nicht auch den Rechtsgrund für bereits erfolgte **Eigentumsübertragungen** wegfallen. **Eigentumsübertragungen** auf

124

Krejci, Privatrecht*

grund des später durch **Wandlung** aufgehobenen **Vertrages** bleiben also wie allgemein bei **Rücktritten** bestehen. Die **Rückgabeansprüche** sind daher ausschließlich **bereicherungsrechtlicher** Natur.

f) **Rangordnung der Rechte aus der Gewährleistung** (§ 932 ABGB).

aa) **Vorrang der Verbesserung oder des Austausches.** Bei **beheb- baren Mängeln** steht dem **Übernehmer** nur das **Recht auf Verbesserung** (**Nachbesserung** oder **Nachtrag des Fehlenden**) oder **Austausch** zu. Der **Verbesserung** oder dem **Austausch** gebührt also der **Vorrang.**

bb) **Verhältnis Verbesserung – Austausch.** Ist die **Verbesserung** verglichen mit dem **Austausch**, oder der **Austausch**, verglichen mit der **Verbesserung**, mit einem **unverhältnismäßig hohen Aufwand** verbunden, so gebührt jeweils jenes **Recht**, das den **erheblich geringeren Aufwand** auslöst. Dabei ist jedoch überdies zu berücksichtigen, dass die **zustehende Abhilfe** dem **Übernehmer** keine **unzumutbaren Unannehmlichkeiten** bereitet. Hier kommt es also zu einer **Interessenabwägung**, die im **Streitfall** der **Richter** zu klären haben wird.

cc) **Subsidiär: Preisminderung.** Ist der **Mangel** **unbehebbar** oder **wird der Mangel** nicht in **angemessener Frist** behoben oder sind die **Unannehmlichkeiten**, die mit der **Behebung** des **Mangels** verbunden sind, für den **Übernehmer** **unzumutbar**, dann steht diesem das **Recht auf Preisminderung** zu. Der **zugunsten** des **Übergebers** vorgeschriebene **Vorrang** der **Verbesserung** oder des **Austausches** ist **insb** **verwirkt**, wenn der **Übergeber** sich **weigert**, die **Verbesserung** oder den **Austausch** vorzunehmen, oder wenn der **Übergeber** nicht **fristgerecht** verbessert, oder wenn diese **Behelfe** für den **Übernehmer** mit **erheblichen Unannehmlichkeiten** verbunden wären oder sie ihm **aus** **triffigen**, in der **Person** des **Übergebers** liegenden **Gründen** **unzumutbar** sind.

dd) **Bei nicht geringfügigen Mängeln: Wahlrecht zwischen Preisminderung und Wandlung.** Bei **geringfügigen Mängeln** steht unter den bei **cc)** dargelegten Voraussetzungen **ausschließlich** die **Preisminderung** zur **Verfügung**; ist der **Mangel** hingegen **nicht geringfügig**, dann kann der **Übernehmer** zwischen **Preisminderung** und **Wandlung** wählen.

7. **Verjährung der Gewährleistungsrechte** (§ 933 ABGB). Die **Gewährleistungsfristen** betragen bei **beweglichen Sachen** **2 Jahre** (vor der **Gewährleistungsreform** [2001]: **6 Monate**), bei **unbeweglichen** **3 Jahre**, bei **Vieh** **mängeln** **6 Wochen**. Die **Verjährungsfrist** kann **vertraglich** verlängert oder **verkürzt** werden, sofern kein **Verbrauchergeschäft** vorliegt. Auch bei diesem ist bei **gebrauchten beweglichen Sachen** eine

125

Krejci, Privatrecht*

Verkürzung der Verjährungsfrist auf ein Jahr zulässig, sofern dies im Einzelnen ausgehandelt wird (also nicht bloß in AGB steht; vgl. § 9 KSchG mit einer Sonderregelung für den Kauf von Gebrauchtwagen). Bei Rechtsmängeln läuft die Gewährleistungsfrist ab Erkennbarkeit des Rechtsmangels, bei Sachmängeln grundsätzlich ab Übergabe. Nach Ablauf der Gewährleistungsfrist ist das Gewährleistungsrecht erloschen.

480 8. **Händlerregress** (§ 933 b ABGB): Hat ein Unternehmer einen Verbraucher Gewähr geleistet, so kann er von seinem Vormann, wenn auch dieser Unternehmer ist, auch nach Ablauf der Fristen des § 933 ABGB die Gewährleistung fordern. Dasselbe gilt für frühere Übergabe im Verhältnis zu ihren Vormännern, wenn sie selbst wegen der Gewährleistungsrechte des letzten Käufers ihrem Nachmann Gewähr geleistet haben. Der Anspruch ist mit der Höhe des eigenen Aufwandes beschränkt. Solche Rückgriffsansprüche müssen innerhalb von 2 Monaten ab Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht gerichtlich geltend gemacht werden. Die Haftung eines Rückgriffspflichtigen verjährt aber jedenfalls in 5 Jahren nach Erbringung seiner Leistung.

Diese Bestimmung sollte nicht im ABGB stehen; sie gehört, weil sie Unternehmer betrifft, in das UGB. Streitigkeiten über Fragen einer gleichzeitigen Änderung des Inhalts dieser Regelung haben dazu geführt, dass § 933 b ABGB im Zuge der Handelsrechtsreform nicht ins UGB transferiert wurde.

481 9. **Gesetzliche Vermutung der Mangelhaftigkeit** (§ 924 ABGB). Der Übergabe leistet nur Gewähr für Mängel, die bereits bei der Übergabe vorhanden sind. Das Vorhandensein des Mangels bei der Übergabe wird bis zum Beweis des Gegenteils gesetzlich vermutet, wenn der Mangel innerhalb von 6 Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.

Gemeint sind offensichtlich durch Abnutzung eingetretene Verschlechterungen, Beschädigungen oder Zerstörungen, zB Verkalkung eines Dampfbrüheleisens, Abnutzung von Bremsbelägen, Spuren einer Fehlbehandlung.

482 Da es für den Unternehmer schwierig ist, nach längerer Zeit zu beweisen, dass ein Mangel schon bei Übergabe vorhanden war, ist diese gesetzliche Vermutung ein hoher Anreiz, die übernommene Sache umgehend zu untersuchen und den Mangel trotz der nunmehr erheblich längeren Gewährleistungsfrist für bewegliche Sachen noch binnen der ersten 6 Monate ab Übergabe geltend zu machen.

483 10. **Mängelrüge**. Eine besondere *Mängelrüge*, die den Schuldner möglichst umgehend nach Entdeckung vom Hervorkommen des Mangels in Kenntnis setzen soll, ist im allgemeinen Zivilrecht nicht vorgese-

hen. Hingegen kennt das *Unternehmensrecht* eine entsprechende Regelung. Durch das Abgehen vom vormaligen Kaufmannstatbestand des HGB (§§ 1-7 HGB) und die erhebliche Erweiterung des Grundtatbestands des nunmehrigen UGB auf alle Unternehmer wurde auch der Anwendungsbereich der Mängelrüge (§ 377 UGB) erweitert.

Für Warenkäufe, Wertpapierkäufe, Werkverträge über körperliche bewegliche Sachen und Tauschverträge über körperliche bewegliche Sachen (vgl. § 381 UGB) gilt demnach Folgendes: Ist der Vertrag für beide Teile ein unternehmensbezogenes Geschäft, so hat der Leistungsempfänger dem Leistenden Mängel, die er bei ordnungsgemäßen Geschäftsgang nach Ablieferung durch Untersuchung festgestellt hat oder feststellen hätte müssen, binnen angemessener Frist anzuzeigen. Unterlässt er dies, so verliert er nicht nur die Gewährleistungsansprüche, sondern auch Ansprüche auf Schadenersatz wegen des Mangels selbst (nicht aber wegen Mangelfolgeschäden) sowie Anfechtungsansprüche wegen Irrtums über die Mangelfreiheit der Sache. Die Rügeobliegenheit besteht auch bei späterem Hervorkommen eines Mangels.

485 **Absendung der Mängelrüge** genügt; die Anzeige muss beim Schuldner nicht ankommen. Das Risiko, nicht rechtzeitig vom gerügten Mangel zu erfahren, trägt also der Schuldner. Der Gläubiger muss jedenfalls beweisen, dass er die Mängelrüge abgesandt hat.

486 Die Rügeobliegenheit betrifft auch *Aliud-Lieferungen*, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, dass der Schuldner eine Genehmigung der Leistung durch den Erwerber als ausgeschlossen betrachten musste (§ 378 UGB).

Keine Rügeobliegenheit besteht, wenn der Schuldner den Mangel vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht oder verschwiegen hat, oder wenn es sich um einen Viehmangel handelt, für den eine Vermutungsfrist (§ 925 ABGB) besteht.

487 11. **Keine Gewährleistungsrechte** gibt es

- bei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses **offenkundigen Mängeln** (↳ Augen auf, Kauf ist Kauf“),
- beim **Kauf in Pausch und Bogen** (Kauf einer Sachgesamtheit bzw einer Vielzahl von Sachen [zB eines Warenlagers] ohne näheres Eingehen auf ihre Eigenschaften; die Waren werden gekauft, „wie sie liegen und stehen“) und
- bei **vertraglichem Ausschluss**. Er ist allerdings nur beschränkt zulässig:

488 12. **Zulässigkeitsgrenzen vertraglichen Gewährleistungsausschlusses**: Im Allgemeinen ist die Grenze der **Sittenwidrigkeit** zu beachten (kein vertraglicher Ausschluss jedweder Gewährleistung bei fälschlicherweise neuem Waren; keine grobliche Benachteiligung in AGB unter Be-

achtung der *Umstände des Falles* (§ 879 Abs 3 ABGB)); im Besonderen aber das KSchG: bei Verbrauchergeschäften dürfen die Gewährleistungsregeln weitgehend nicht abbedungen werden (§§ 8, 9 KSchG; vgl. Rz 1058).

489

13. Schadenersatz für Mangel- und Mangelfolgeschäden bei Verschulden (§ 933 a ABGB). Sind die entstandenen Mängel vom Schuldner *schuldhaft* verursacht worden, so kommen neben den Gewährleistungsansprüchen auch Ansprüche auf Schadenersatz in Betracht.

a) **Mangelschaden**. Bezüglich jenes Schadens, der durch den Mangel selbst entstanden ist (die geschuldete Leistung ist weniger wert, als vom Gläubiger dafür bezahlt wird), stehen Gewährleistung und Schadenersatz in Konkurrenz. Ist keine Gewährleistung mehr möglich, steht immer noch Schadenersatz zu, sofern die hierfür erforderlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Doch steht auch schon während der Gewährleistungsfrist neben dem Gewährleistungsanspruch je- ner auf Schadenersatz zu. Um diese Antragskonkurrenz zu harmonisieren, ordnet der Gesetzgeber auch bezüglich des Schadenersatzanspruchs den Verbesserungsvorrang an.

ZB: Ein Gebäude weist einen Baumangel auf, der nicht rechtzeitig entdeckt wurde. Die Gewährleistungsfrist ist bereits abgelaufen. Der durch den Baumangel erwachsene Schaden kann immer noch aus dem Titel des Schadenersatzes geltend gemacht werden. Das Verschulden des Bauunternehmers wird nach § 1298 ABGB vermutet.

b) **Mangelfolgeschaden (Begleitschäden)**. Schäden, die infolge des Mangels zusätzlich eingetreten sind, können nur dann ersetzt werden, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des Schadenersatzes erfüllt sind, also insb **Verschulden** des Schuldners vorliegt. Die Gewährleistungsansprüche als solche decken keine Mangelfolgeschäden.

Ein Mangelfolgeschaden liegt zB vor, wenn durch den Baumangel eine Decke einstürzt und dadurch Menschen verletzt und Einrichtungsgegenstände beschädigt werden. Oder: Der Gläubiger kauft einen verdorbenen Fisch und bedarf ärztlicher Behandlung.

490

c) **Befristung der Beweislastregel des § 1298 ABGB**. Bei Vertragsverhältnissen hat nicht der geschädigte Partner das Verschulden des anderen zu beweisen, sondern dieser hat nachzuweisen, dass ihm *kein* Verschulden trifft (§ 1298 ABGB). Es wird also gesetzlich vermutet, dass denjenigen, der den Vertrag verletzt, auch ein Verschulden trifft. Diese gesetzliche Vermutung ist in der Praxis sehr schwer zu widerlegen. § 933 a Abs 3 ABGB ordnet nunmehr an, dass diese gesetzliche Vermu-

128

Krejci, Privatrecht*

nur 10 Jahre (und nicht die gesamte absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren) gelten soll: „Nach Ablauf von 10 Jahren ab Übergabe der Sache obliegt für einen Ersatzanspruch wegen der Mangelhaftigkeit selbst und wegen eines durch diese verursachten weiteren Schadens dem Übernehmer der Beweis des Verschuldens des Übergebers.“ Somit wird die Rechtsposition des Übergebers erheblich verbessert, weil nach 10 Jahren sein Verschulden nicht mehr vermutet wird. Nach Ablauf dieser Frist hat vielmehr der Übernehmer das Verschulden des Übergebers nachzuweisen, was ihm meist nicht gelingen wird. Diese Regel ist vor allem bei Bauwerken wichtig.

E. Sonstige („positive“) Vertragsverletzungen

491

Es kann auch sein, dass der Schuldner zwar seinen Hauptleistungspflichten nachkommt, aber **vertragliche Nebenpflichten nicht gehörig erfüllt** und dem Gläubiger auf diese Weise Nachteile zufügt.

492

1. **Rücktritt bei Zielschuldverhältnissen**. Rücktrittsrechte sieht der Gesetzgeber in diesen Fällen nicht vor. Es ist aber anerkannt, dass dann, wenn die Nebenpflichtverletzungen eine Aufrechterhaltung des Schuldverhältnisses für den Gläubiger unzumutbar erscheinen lassen („wichtiger Auflösungsgrund“), bei Zielschuldverhältnissen ein **Vertragsrücktritt analog zum Rücktritt beim Verzug** zulässig ist.

493

2. **Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen**. Bei Dauerschuldverhältnissen steht hingegen die **außerordentliche Kündigung** (Ausschluss, Ausschluss), die mit sofortiger Wirkung das Rechtsverhältnis auflöst, zur Verfügung.

494

3. **Schadenersatz**. Ferner stehen dem Gläubiger Schadenersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung zu.

Beachte: Die **Vertragshaftung** weist gegenüber der **Deliktshaftung** (Haftung für rechtswidriges und schuldhaftes Verursachen von Schäden außerhalb bestehender rechtsgeschäftlicher Beziehungen, unmittelbar aufgrund des Gesetzes) **erhebliche Vorteile für den Geschädigten** auf:

– so gilt insb zugunsten des Geschädigten die **Beweislastregel des § 1298 ABGB**: das Verschulden des Schädigers wird gesetzlich vermutet (**Verschuldensvermutung**); der Schädiger hat also zu beweisen, dass ihm *kein* Verschulden trifft. Vermutet wird idR nur leichte Fahrlässigkeit. Wird vertraglich nur für grobe Fahrlässigkeit gehaftet, muss der Schädiger beweisen, dass er nicht grob fahrlässig gehandelt hat.

129

Krejci, Privatrecht*

- Ferner kommen dem Geschädigten die Vorteile der **Erfüllungsgehilfenhaftung** (§ 1313a ABGB) zugute.
- Im Übrigen fällt es bei Vertragsverletzungen leichter, die **Rechtswidrigkeit** des Schädigerverhaltens darzutun.

VI. Beendigung des Schuldverhältnisses

A. Allgemeines

495 Schuldverhältnisse können, sieht man von den Beendigungsfällen im Zuge der **Geltendmachung von Abschlussfehlern (Wurzelmängel)** oder von **Leistungsstörungen** ab, auf verschiedene Weise beendet werden. Man unterscheidet:

- die **einvernehmliche Beendigung**,
- den **Rücktritt**,
- die **Kündigung**,
- die **Erfüllung**,
- die **gerichtliche Hinterlegung**,
- die **Leistung an Zahlungen statt**,
- die **Aufrechnung (Kompensation)**,
- die **Vereinigung (Konfusion)**,
- den **Verzicht**,
- den **Zeitablauf**,
- den **Eintritt einer Bedingung**,
- den **Tod**.

B. Einvernehmliche Beendigung

496 Den Vertragsparteien steht es frei, ihre **Vertragsbeziehung** einvernehmlich vorzeitig (noch vor Erfüllung) zu beenden. Das Recht hierzu ergibt sich aus der **Beendigungsfreiheit**: einer Funktion der **Privatautonomie**. Hingegen steht es der einzelnen Vertragspartei nicht ohne weiteres frei, ein bestehendes **Vertragsverhältnis einseitig** zu beenden. Vom **Vertrag zurücktreten** kann nur, wenn ein diesbezügliches Recht vorweg eingeräumt ist. Eine einseitige **Beendigung durch Kündigung** ist bei **Dauerschuldverhältnissen**, die grundsätzlich nicht durch Erfüllung enden, vorgesehen.

C. Rücktritt

497 liegt vor, wenn eine Vertragspartei durch einseitige Erklärung den geschlossenen Vertrag wieder aufheben kann. Das **Rücktrittsrecht** ist ein

Gestaltungsrecht. Im Bereich der Leistungsstörungen und in bestimmten anderen Fällen (zB bei Haustürgeschäften nach § 3 KSchG; im **Werkvertragsrecht**; im **Insolvenzrecht**) steht es bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen von Gesetzes wegen zu. Ansonst muss es vereinbart werden. Ohne Einverständnis des Vertragspartners steht dann kein **Rücktrittsrecht** zu.

Der **Rücktritt** beseitigt den Vertrag grundsätzlich ex tunc und ist dementsprechend bereicherungsrechtlich abzuwickeln: Was bereits geleistet wurde, ist zurückzugeben. Der **Rücktritt** vernichtet jedoch nicht den Titel für Eigentumübertragungen, die aufgrund des Vertrages vorgenommen wurden, sodass die vorvertragliche Eigentumslage nicht automatisch wieder hergestellt wird.

Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Vertrages infolge **Rücktrittes** bereitet bei **Dauerschuldverhältnissen**, die bereits ins **Erfüllungsstadium** getreten sind, Schwierigkeiten. Daher wird im Bereich solcher **Dauerschuldverhältnisse** die Möglichkeit eines Rücktrittes entweder überhaupt be-zweifelt oder die **Ex-tunc-Wirkung** des Rücktrittes abgelehnt.

D. Kündigung

498 heißt die einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, mit der ein **Dauerschuldverhältnis** ex nunc aufgelöst wird. Man unterscheidet

- **ordentliche** und
- **außerordentliche** Kündigungen.

Das **ABGB** kennt keine allgemeinen Regelungen über die Kündigung, weil ihm überhaupt allgemeine Regelungen über **Dauerschuldverhältnisse** unbekannt sind. Insofern beruhen die allgemeinen Lehren über **Dauerschuldverhältnisse** auf **Rechts(satz)analogien**, die zu Sonderregelungen über einzelne konkrete **Dauerschuldverhältnisse** (zB **Arbeits-, Gesellschafts-, Mietverhältnisse**) gezogen werden.

499 1. **Ordentliche Kündigungen** erfolgen ohne Angabe eines Auf-lösungsgrundes. Sie sind idR mit einer **Kündigungsfrist** verbunden und nur zu bestimmten **Kündigungssterminen** wirksam. **Kündigungsstermin** heißt jener Zeitpunkt, zu welchem das **Rechtsverhältnis** aufgelöst ist. **Kündigungsfrist** ist jene **Frist**, die zwischen **Kündigungsstermin** und **Erklärung** der Kündigung liegen muss.

ZB: In einem Vertrag wird festgelegt, dass lediglich zum Ende jeden Jahresviertels unter Einhaltung einer 6-wöchigen **Kündigungsfrist** gekündigt werden darf. **Kündigungsstermine** sind demnach der 31. 3., der 30. 6., der 30. 9. und der 31. 12. Die **Kündigung** muss jeweils spätestens 6 Wochen vor diesen

1. Arbeitsvertrag (§§ 1151 ff ABGB)

571 ist die Rechtsgrundlage der Tätigkeit in **persönlicher Abhängigkeit**. Er ist das Fundament der Arbeitsverhältnisse abertausender Unselbständiger, die als Arbeiter oder Angestellte in den verschiedensten Unternehmen, Betrieben und sonstigen Organisationen ihren Lebensunterhalt verdienen; er ist zugleich der **Grundtatbestand eines ganzen Rechtsgebietes: des Arbeitsrechts**.

572 **Persönlich abhängig (unselbständig, fremdbestimmt) tätig** und somit Arbeitnehmer ist, wer die versprochenen Dienste unter Weisung des Arbeitgebers verrichtet, sich weder Arbeitszeit noch Arbeitsort aussuchen kann, in eine fremde Betriebsorganisation eingegliedert ist, mit fremden Betriebsmitteiln arbeitet, idR persönlich leistungspflichtig ist (dh: keine Gehilfen werden darf) und schließlich nur sorgfältige Dienstverrichtung, nicht aber einen bestimmten Arbeitserfolg verspricht. Der Arbeitnehmerbegriff ist ein Typusbegriff: nicht alle Tatbestandsmerkmale müssen immer gegeben sein; es genügt, dass sie überwiegend erfüllt sind. IdR und im Zweifel sind Arbeitsverträge entgeltlich. Tatbestandlich kommt es lediglich auf die *persönliche*, nicht aber auf die *wirtschaftliche* Abhängigkeit an. **Wirtschaftlich abhängig** ist, wer in erster Linie von den Einkünften aus seiner persönlich abhängigen Tätigkeit lebt. Die persönliche Abhängigkeit ist für denjenigen nicht gefährlich, der wirtschaftlich *unabhängig* ist. Denn er braucht sich Pressionen, denen er angesichts seiner persönlichen Abhängigkeit ausgesetzt sein könnte, nicht gefallen zu lassen. Das Arbeitsrecht wurde daher sehr wohl für jene entwickelt, die nicht nur persönlich, sondern auch wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängig sind.

2. Freier Dienstvertrag

573 sind gleichfalls auf die Verrichtung von Diensten auf Zeit gerichtet, ohne dass ein bestimmter Arbeitserfolg zugesagt wurde. Freie Dienstnehmer sind jedoch **nicht persönlich abhängig** (zB Rechtsanwälte, die als Syndicus eines Unternehmens tätig sind; Betriebsärzte; freie Vertreter; Vorstandsmitglieder einer AG). Dies lässt sie weniger schutzbedürftig erscheinen als die in persönlicher Abhängigkeit Tätigen.

Sofern freie Dienstnehmer von einem einzigen Dienstgeber wirtschaftlich **abhängig** sind (dh: sie leben in erster Linie von dieser und keiner anderen Tätigkeit), steigt auch bei ihnen das Bedürfnis nach erhöhtem rechtlichen Schutz. Der Gesetzgeber nimmt nur zT darauf Rücksicht (vgl DHG, ASGG, HArbG). Man spricht von **arbeitnehmerähnlichen Personen**.

Dem freien Dienstvertrag und dem Auftrag verwandt sind der **Handelsvertretervertrag** und der **Handelsmakler- und Zivilmaklervertrag**.

3. Werkvertrag (§§ 1165 ff ABGB)

574 betrifft die Tätigkeit des **selbständigen Unternehmers**. Er arbeitet in eigener Verantwortung mit eigenen Betriebsmitteln und eigenen Gehilfen, steht für einen bestimmten, vertraglich zugesagten Erfolg ein, ist weisungsfrei und bestimmt Arbeitszeit und Arbeitsort selbst. Der Werkunternehmer handelt nicht bloß mit fertigen Waren (wie der Verkäufer, also der schlichte Händler), sondern er stellt für den Besteller einen **bestimmten Erfolg – eben das „Werk“ – her**.

Der Werkunternehmer ist verpflichtet, das Werk ordnungsgemäß nach den Vorstellungen des Bestellers herzustellen; der Besteller hat den Werklohn zu zahlen. Der Werkvertrag kennt besondere Gefahrfahrungsregeln für den Fall der Werkverteilung. Gefahren, die der Sphäre des Bestellers zuzurechnen sind, treffen idR diesen („Sphärentheorie“).

Wird das Werk aus dem „Stoff“ (das Material, aus dem das Werk gemacht wird) des Werkunternehmers hergestellt, spricht man von einem **Werklieferungsvertrag**, stellt der Besteller den „Stoff“ zur Verfügung, liegt ein **eigentlicher Werkvertrag** vor. Die Besonderheit des eigentlichen Werkvertrages liegt darin, dass den Besteller jene Nachteile treffen, die mit der Mangelhaftigkeit des von ihm gelieferten Stoffes zusammenhängen, sofern der Werkunternehmer den Besteller diesbezüglich nicht warnen konnte.

Die Vorschriften des ABGB über den Werkvertrag sind knapp und allgemein gehalten. In vielen Fällen reichen sie nicht aus, um alle anstehenden Ordnungsfragen zu klären. Insofern hat die Vertragspraxis eine Fülle unterschiedlicher Werkvertragstypen auf Grundlage allgemeiner Geschäftsbedingungen entwickelt. Besonders hervorgehoben sei der **Bereich der Bau(werk)verträge**, bei denen **ÖNORMEN** eine maßgebliche Rolle spielen.

Dem Werkvertrag nahe steht der **Verlagsvertrag** (§§ 1172 f ABGB) sowie der unternehmensrechtliche **Speditionsvertrag** (§§ 407 ff UGB) und der **Frachtvertrag** (§§ 425 ff UGB, CMR, EBG).

4. Auftrag (Bevollmächtigungsvertrag) (§§ 1002 ff ABGB)

575 Während es sich beim Arbeitsvertrag, beim freien Dienstvertrag und beim Werkvertrag um faktische Dienste, Arbeiten und Verrichtungen handelt, geht es beim Auftrag um die **Durchführung von Rechtsgeschäften bzw Rechtshandlungen** für einen anderen auf dessen Rechnung. Der Auftrag kann entgeltlich oder unentgeltlich sein. Er begründet eine Pflicht des Auftragnehmers zur Besorgung der ihm übertrage-

nen Geschäfte. Der Auftrag kann, muss aber nicht mit einer Vollmacht verbunden sein. Das ABGB unterscheidet nicht zwischen Auftrag und Vollmacht, sondern vermengt im Bevollmächtigungsvertrag beide Rechtsfiguren. Diesbezüglich ist das ABGB hinter späteren Entwicklungen der Lehre und Rechtsprechung zurückgeblieben (Beachte in diesem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen Auftrag – Ermächtigung – Vollmacht: Rz 276f).

Dem Auftrag verwandt sind der Handelsvertretervertrag (HVertrG), der Maklervertrag (MaklerG), das unternehmensrechtliche Kommissionsgeschäft (§§ 383 ff UGB) und der Trödelvertrag (Verkaufsauftrag: §§ 1067, 1086 ff ABGB).

5. Verwahrungvertrag (§§ 957 ff ABGB)

576 ist dadurch gekennzeichnet, dass jemand eine Sache für eine bestimmte Zeit in seine Obsorge – dh: in Verwahrung – nimmt. Dies kann entgeltlich oder unentgeltlich geschehen. Der Verwahrer stellt nicht bloß Raum zur Verfügung; es treffen ihn auch Obsorgepflichten. Es ist daher angebracht, den Verwahrungvertrag im Rahmen der Dienstleistungsverträge zu behandeln, obwohl auch Elemente des Bestandvertrages vorhanden sind. Der Verwahrungvertrag ist ein Realvertrag und kommt als solcher mit der Übernahme der Sache zustande.

Depotverträge sind Verwahrungverträge mit Banken. Sie sind im DepG näher geregelt. Das Lagergeschäft ist ein dem Verwahrungvertrag verwandtes unternehmensbezogenes Geschäft (§§ 416 UGB).

G. Gesellschaftsverträge

577 1. Allgemeines. Bei allen soeben behandelten Dienstleistungsverträgen verfolgen die Vertragspartner jeweils ihre eigenen Interessen. Bei Gesellschaftsverträgen ist das anders. Sie haben mit den Dienstleistungsverträgen zwar gemeinsam, dass auch bei Gesellschaftsverträgen persönlicher Einsatz und persönliches Können eine entscheidende Rolle spielen. Bei Gesellschaftsverträgen kommt die Bedeutung von Kapitaleinsatz noch hinzu. Davon abgesehen besteht aber der wesentliche Unterschied zwischen Dienstleistungsverträgen einerseits und Gesellschaftsverträgen andererseits darin, dass Gesellschaftsverträge auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes gerichtet sind. Man will gemeinsam Schuhe produzieren, Leder gerben, das Baugewerbe betreiben, Lacke verkaufen, nicht zuletzt aus dem gemeinsamen Motiv heraus, mit vereinten Kräften Geld zu verdienen. Freilich haben auch Gesellschafter ihre jeweils eigenen Interessen. Der Gesellschaftsvertrag stellt jedoch auf das gemeinsame Interesse ab.

2. Die Gesellschaftstypen. Die Regelungen des ABGB über die GesBR (§§ 1175 ff ABGB) waren ursprünglich die einzigen gesellschaftsrechtlichen Gesetzesnormen. Inzwischen haben sich zahlreiche weitere Gesellschaftsformen entwickelt, insb die eingetragenen Personengesellschaften (OG, KG, EWIV [vgl vormals auch: OHG, KG, OEG, KEG] und die Kapitalgesellschaften (AG, GmbH, SE), aber auch die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Auch das Recht der ideellen Vereine (VerG) zählt zum Gesellschaftsrecht. Keine Gesellschaften sind Stiftungen, Anstalten und Fonds. Sie bringen aber vergleichbare Organisationsfragen mit sich.

3. Gesellschaftsrechtlicher Typenzwang. Wer eine Gesellschaft gründen will, muss sich für eine der vom Gesetzgeber angebotenen Gesellschaftsformen entscheiden und kann für sich keine neue Gesellschaftsform unter Berufung auf die Privatautonomie „erfinden“. Im Gesellschaftsrecht herrscht demnach Typenzwang. Der Grund dafür liegt darin, dass insb aus Gründen des Gläubigerschutzes, aber auch des Schutzes von Gesellschaftern und gegebenenfalls auch von Allgemeininteressen jede Gesellschaftsform auf ihre Weise zwingende Vorschriften enthält, die von den Gründern nicht umgangen bzw unterlaufen werden dürfen. Innerhalb des einzelnen Gesellschaftstypus bleibt allerdings reichlich Raum für spezielle Gestaltungen; sie dürfen aber den Rahmen des zwingenden Rechts nicht überschreiten.

4. Eheliche und EP-Gütergemeinschaft. Die eheliche bzw partnerschaftliche Gütergemeinschaft (§§ 1233 ff ABGB) beruht auf einem an der GesBR orientierten Vertrag (Ehepakt). Ehepakete können auch erbtvertragliche Regelungen zum Gegenstand haben. Insofern liegt ein Erbvertrag vor.

H. Sicherungsverträge

581 Manche Verträge dienen ausschließlich der Sicherung des Gläubigers gegenüber dem Schuldner (nicht zu verwechseln mit dem Versicherungsvertrag!). Zu den Sicherungsverträgen zählen der

- Bürgschaftsvertrag,
- Garantievertrag,
- Pfandbestellungsvertrag.

1. Bürgschaft (§§ 1346 ff ABGB)

a) Allgemeines. Jemand verspricht, den Gläubiger zu befriedigen, sollte der Schuldner nicht zahlen: er bürgt dem Gläubiger für den Schuldner.

nahme des versicherten Risikos gegen Prämie bereits *jedem* Versicherten eine wirtschaftlich werthafte Leistung (und nicht nur dem, den der Versicherungsfall später zufällig tatsächlich trifft).

Das ABGB enthält kaum Regelungen über den Versicherungsvertrag; längst hat sich das **Versicherungsrecht** zu einem *eigenen Rechtsgebiet* entwickelt (VersVG, VAG).

593

K. Frei gestaltete Verträge

sind nicht gesetzlich vertypt. Je nach ihrer „Entfernung“ von den gesetzlichen Vertragstypen unterscheidet man **gemischte und atypische Verträge**.

Bei den **gemischten Verträgen** können neben den Vorschriften des „Allgemeinen Teils des bürgerlichen Rechts“ und des „Allgemeinen Schuldrechts“ auch die gesetzlichen Regelungen über die jeweils für die „Mischung“ in Frage kommenden Vertragstypen hilfsweise zur Vertragsergänzung herangezogen werden. Bei den atypischen Verträgen grundsätzlich nicht. Für sie gelten lediglich die Regeln des „Allgemeinen Teils des bürgerlichen Rechts“ und des „Allgemeinen Schuldrechts“.

Gemischte Verträge sind zB Kauf-Tausch; Dienstvertrag-Mietvertrag; Dienstvertrag-Auftrag. Gemischte Verträge finden sich auch im Bereich des E-Commerce: zB Providerverträge.

Atypische Verträge sind zB: Garantieverträge, Franchiseverträge, Kreditöffnungsverträge, Finanzierungsleasingverträge, Garagierungsverträge.

III. Die gesetzlichen Schuldverhältnisse

A. Allgemeines

Die gesetzlichen Schuldverhältnisse beruhen nicht auf rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, sondern ausschließlich auf gesetzlichen Tatbeständen. Es gibt verschiedene gesetzliche Schuldverhältnisse. Die wichtigsten enthält:

- das **Schadenersatzrecht**,
- das **Bereicherungsrecht**,
- das **Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag** und
- das **Recht der Gläubigeranfechtung**.

Hier werden nur einige Aspekte des Schadenersatzrechts behandelt. Bezüglich der übrigen Tatbestandsgruppen beschränken wir uns jeweils auf einen kurzen Hinweis.

156

Krejci, Privatrecht*

B. Schadenersatzrecht

1. Grundgedanken

Grundsätzlich hat jeder den ihm entstandenen Schaden, der seiner Person oder seinem Vermögen zugefügt wird, selbst zu tragen (§ 1311 ABGB: *casum sentit dominus*). Nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen erlaubt die Rechtsordnung, dass der Geschädigte von demjenigen, der den Schaden entweder selbst verursacht hat oder der für das Verhalten der Schadensverursacher verantwortlich ist, Ersatz fordern darf. Welche Voraussetzungen dies sind, sagt uns das Schadenersatzrecht.

Vom Schadenersatzrecht, das nach der *Ersatzpflicht des Verursachers des Schadens* fragt, sind **andere Systeme der Schadensdeckung bzw. -tragung** zu unterscheiden: Systeme der gesetzlich vorgesehenen **sozialen Sicherheit** (Sozialversicherung, Versorgung, Fürsorge), aber auch der **privaten Vorsorge** zB durch Versicherungen udgl. Auch in all diesen Fällen werden unter anderem Schäden ersetzt. Diese Systeme der Schadenstragung sind zwar nicht ohne Einfluss auf das hier interessierende Schadenersatzrecht, sie gehören aber nicht dazu.

Es kommt immer wieder zu Schädigungen, deren Ausmaß die Schädiger überfordert. Daher haben sich auch Sicherungssysteme entwickelt, die (auch) dem Schädiger zugute kommen: so vor allem die **Haftpflichtversicherung**. In manchen Bereichen sind Haftpflichtversicherungen sogar zwingend vorgeschrieben: man spricht dann von **Pflichthaftpflichtversicherungen** (so im Bereich des Kraftfahrzeugwesens).

2. Systeme des Schadenersatzrechts

Je nach Art der Gründe, aus denen die Rechtsordnung ermöglicht, den Verursacher eines Schadens auf Ersatz in Anspruch zu nehmen (**Zurechnungsgründe**), gibt es verschiedene **Ersatzsysteme**: Man unterscheidet

- das System der **Verschuldenshaftung**,
- das System der **Gefährdungshaftung** und
- das System der **Eingriffshaftung**.

Im österreichischen Schadenersatzrecht ist das System der Verschuldenshaftung umfassend ausgebaut (§§ 1293 ff ABGB). Gefährdungshaftungen sieht die Rechtsordnung in einigen Sondergesetzen vor (vgl unten 6.). Nur ausnahmsweise finden sich Fälle der Eingriffshaftung.

157

Krejci, Privatrecht*

tung. Auf die genannten Schadenersatzsysteme wird weiter unten eingegangen. Derzeit wird eine umfassende Reform des Schadenersatzrechts diskutiert.

3. Zwecke des Schadenersatzrechts

Man unterscheidet

- den **Ausgleichsgedanken**,
- den **Rechtsfortwirkungsgedanken** und
- den **Präventionsgedanken**:

600 a) **Ausgleichsgedanke**. Das Schadenersatzrecht bezweckt bei Vorliegen der entsprechenden Zurechnungsgründe den **Ausgleich des entstandenen Schadens**. Man spricht von der **Ausgleichsfunktion** des Schadenersatzrechts: vom **Ausgleichsgedanken**. Ist kein Schaden entstanden, steht auch kein Schadenersatzanspruch zu, auch wenn der Schädiger noch so schuldhaft oder noch so gefährlich gehandelt hat. Keine Ersatzleistung ohne Schaden.

Der **Ausgleichsgedanke** rechtfertigt die „**subjektive**“ bzw. „**konkrete**“ **Schadensberechnung**: den sog **Interessensatz**. Ihm zufolge wird der Schaden nach der „**Differenzmethode**“ berechnet: Es wird das Vermögen des Geschädigten vor Schädigung dem Vermögen des Geschädigten *nach* Schädigung gegenübergestellt. Die **Differenz** stellt den Schaden dar. Schadensbedingt erlangte Vorteile werden eingerechnet. Diese Methode führt dazu, dass der Schädiger desto weniger ersetzen muss, je mehr der Schaden des unmittelbar Geschädigten auf Dritte überwälzt wird. Beachte in diesem Zusammenhang die oben erwähnten „sozialen Schadensträger“: die Sozialversicherung bzw die Privatversicherung.

601 b) **Rechtsfortwirkungsgedanke**. Aufgrund des Ausgleichsgedankens ginge der Schädiger in Fällen frei, in welchen dem Geschädigten insb durch schadendeckende Leistungen Dritter kein Nachteil bleibt. Der den realen Schaden Erleidende, „überwälzt“ seinen Schaden auf den Dritten.

602 Die **Lehre vom „objektiven Schaden“** spricht sich dennoch für eine Ersatzpflicht des Schädigers aus: Auch ohne subjektiven Vermögensschaden des real Geschädigten habe der Schädiger den **gemeinen Wert** der zerstörten Sache zu ersetzen. Legitimiert wird dieses Ergebnis mit dem sog **Rechtsfortwirkungsgedanken (Wilburg)**: Das beeinträchtigte Eigentumsrecht des Geschädigten wirke im Schadenersatzanspruch fort. Er entsteht daher unabhängig von sonstigen Vergünstigungen, die der Geschädigte zum Ausgleich seines Vermögensnachteils von Dritten erhält.

603 Entsprechende Überlegungen finden sich auch in Fällen sonstiger Vermögensschäden. Hier kann zwar nicht mit dem „objektiven Schaden“ operiert werden, wohl aber wird versucht, die konkreten Schadensberechnung mehr oder weniger durch eine „abstrakte“ zu ersetzen. „Abstrahiert“ wird dabei insb von der konkreten **Überwälzung des Schadens** auf einen Dritten. Es wurde die **Lehre von der Vorteilsnichtanrechnung** entwickelt. Ihr zufolge ist dem real Geschädigten auch dann Ersatz zu gewähren, wenn sein Vermögensnachteil von dritter Seite ohnehin auszugleichen ist.

604 „**Schönheitsfehler**“ der Lehre vom objektiven bzw vom abstrakten **Schadenersatz**: Der Geschädigte liquidiert seinen ursprünglichen Schaden möglicherweise doppelt. Er erhält vom Dritten ebenso Ersatz wie vom Schädiger. Beide Leistungen betreffen jedoch denselben Schaden. Um dies zu vermeiden, wird der Ersatzanspruch des Geschädigten oft dem Dritten abgetreten. Interessant ist die Frage, ob eine solche Abtretung erfolgen *muss* oder ob dies allein der Privatautonomie der Beteiligten überlassen bleibt, eine solche Zession zu vereinbaren. Diesbezügliche **Legalzessionen** (gesetzlicher Übergang des Schadenersatzanspruches des Geschädigten auf den Dritten, der den Schaden ausgleicht) kennen zB § 332 ASVG, § 67 VersVG: Auf diese Weise versuchen die oben genannten Systeme sozialer Schadenstragung eine Harmonisierung mit dem Schadenersatzrecht. Gleiches ist nach langem Meinungsstreit nunmehr auch in Fällen der Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber anerkannt. Er darf sich beim Schädiger seines Arbeitnehmers erholen (§ 1358 ABGB).

605 c) **Präventionsgedanke**. Verhaltensweisen, von denen man annehmen kann, dass sie geeignet sind, Schäden zu verursachen, werden durch die Androhung einer Ersatzpflicht im Allgemeinen hintangehalten, auch wenn nur dann zu zahlen ist, wenn schadensgenueigtes Verhalten auch tatsächlich zu einem Schaden geführt hat. Der Präventionsgedanke geht im Schadenersatzrecht nicht so weit wie im Strafrecht: Dort ist bereits der Versuch einer Straftat strafbar; im Schadenersatzrecht muss der Schaden entstanden sein. Der Schädiger wird sohin nur dann verantwortlich gemacht, wenn der durch sein Verhalten verursachte Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vorhersehbar war. Zur diesbezüglichen „Adäquanztheorie“ vgl Rz 616).

4. Schadensbegriffe

Im Schadenersatzrecht spielen verschiedene Schadensbegriffe eine Rolle: **606**

a) **Realer Schaden** heißt die tatsächliche nachteilige Veränderung, die ein Ereignis im Vermögens- und Persönlichkeitsbereich eines Menschen ausgelöst hat. **607**

ZB: Der verletzte Arm, das verbeulte Auto, das abgebrannte Haus.

Dieser Schadensbegriff spielt dort die ausschlaggebende Rolle, wo der Schädiger zur **Wiederherstellung des früheren Zustandes in natura** bzw zur Schaffung einer **entsprechenden Ersatzlage** verpflichtet ist (Naturalrestitution). Naturalrestitution ist zu leisten, soweit dies „tunlich“ ist.

ZB: Der verletzte Arm wird ärztlich behandelt; das verbeulte Auto wird repariert; das abgebrannte Haus wird wieder aufgebaut. Ist der Schädiger selbst Arzt, ist er selbst Automechaniker, hat er selbst ein geeignetes Bauunternehmen, so kann er die Wiederherstellung des vorigen Zustandes selbst durchführen. Andernfalls hat er zu bezahlen, was aufzuwenden ist, damit geeignete Dritte den ursprünglichen Zustand wieder herstellen.

Ansonst kommt es nicht auf den realen Schaden an, sondern auf den

608 b) Vermögensschaden: Bei ihm geht es um die **in Geld messbare Veränderung im Vermögen** des Geschädigten. Vermögensschäden sind Nachteile an geldwerten Gütern.

Dabei ist insb zwischen

- **positivem Schaden** und
- **entgangenem Gewinn**

zu unterscheiden.

609 Sind *bestehende* Vermögensgüter und Rechte beeinträchtigt worden, spricht man von **positivem Schaden**. Würden darüber hinaus *künftige* Erwerbs- und Gewinnchancen zerstört, spricht man von **entgangenem Gewinn**.

610 **Entgangener Gewinn** wird nur bei qualifiziertem Verschulden (**Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit**) *zusätzlich* zum positiven Schaden ersetzt. Bei leichter Fahrlässigkeit ist das Ausmaß der Schadenshaftung also geringer als bei qualifiziertem Verschulden. Im Unternehmensecht ist dies anders; dort sind auch bei leichter Fahrlässigkeit sowohl positiver Schaden als auch entgangener Gewinn zu ersetzen.

ZB: Positiver Schaden liegt vor, wenn der Wert des zu Schrott gefährten Autos zu ersetzen ist, der verbrannte Biedermeterschrank, der durch die verlorene Arbeitskraft entgangene Verdienst. Der Entgang eines Gewinnes durch einen bereits bindend angebotenen, durch die Schädigung aber nicht abgeschlossenen Vertrages ist positiver Schaden; der Verlust künftiger, voraussichtlicher Chancen auf solche Verträge, berufliche Entwicklungen u.dgl, die sich noch nicht in vermögenswerten Rechtspositionen konkretisieren.

niert haben, sind hingegen entgangener Gewinn. Wer den Verdienst aus einem bereits bestehenden Dienstvertrag verliert, erleidet einen positiven Schaden; ebenso: Wessen vertragliche Ansprüche aus einem Kaufvertrag durch schädigenden Eingriff nicht mehr erfüllt werden können, sodass er aus dem Vertrag keinen Gewinn mehr ziehen kann. Ein solcherart entgangener Gewinn ist kein entgangener Gewinn iSd Schadenersatzrechts, sondern positiver Schaden, weil in ein bereits bestehendes Rechtsgut: nämlich den bereits geschlossenen Vertrag, eingegriffen wurde. Wer hingegen darauf verweist, dass er, wäre er nicht verletzt worden, studieren und später Rechtsanwalt hätte werden können, erleidet diesbezüglich keinen positiven Schaden; vielmehr macht er entgangenen Gewinn geltend. Denn noch hat er nicht studiert und schon gar nicht sind die Voraussetzungen für die Ausübung des Anwaltsberufes erfüllt. Wieweit diesbezügliche Chancen hinreichend realistisch sind, um als positiver Schaden geltend gemacht werden zu können, bleibt der richterlichen Beurteilung des einzelnen Falles überlassen. Die Rsp tendiert dazu, den Begriff des positiven Schadens immer mehr auszuweiten.

c) Ideelle (immaterielle) Schäden. Von den Vermögensschäden sind die ideellen Schäden zu unterscheiden. Sie drücken sich nicht in einer Vermögensminderung aus und sind daher nicht in Geld messbar. Vielmehr geht es um „Gefühlsschäden“ (Schmerzen, psychische Frustration, Kränkungen). Sie werden nur in gesetzlich geregelten Ausnahmefällen ersetzt.

Ersatzfähig ist auch der Entgang von Urlaubsfreude (§ 31 a Abs 3 KSchG). Nach § 1328 a ABGB ist schadenersatzpflichtig, wer rechtswidrig und schuldhaft in die Privatsphäre eines Menschen eingreift oder Umstände aus der Privatsphäre eines Menschen offenbart oder verwertet. Wird der Mensch in der Öffentlichkeit bloßgestellt, umfasst der Erstattungsanspruch auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. Besondere Bestimmungen des Mediengesetzes gehen vor.

ZB: Schmerzensgeld bei Körperverletzung aber auch für die Trauer über den Verlust eines Angehörigen, der Opfer eines Schädigers wurde; „Wert der besonderen Vorliebe“ bei Sachbeschädigungen („Affektionsinteresse“). Es bestehen Tendenzen zur Ausweitung der Haftung für ideelle Schäden auf alle Fälle qualifizierten Verschuldens (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit).

Im Zuge der geplanten Reform des Schadenersatzrechts ist daran gedacht, immaterielle Schäden in einem weitaus größeren Umfang ersatzfähig zu machen.

5. Die Verschuldenshaftung

612 Nach den Grundsätzen der Verschuldenshaftung wird ersatzpflichtig, wer

- einen Schaden
- rechtswidrig und
- schuldhaft
- verursacht.

Die Voraussetzungen im Einzelnen:

a) Schaden

613 Ob ein zurechenbarer Schaden vorliegt oder nicht, hängt einerseits von den realen Gegebenheiten, andererseits vom in Frage kommenden Schadensbegriff und der Art der Schadensberechnung ab.

b) Verursachung

614 aa) Das Postulat der *conditio sine qua non* und die Äquivalenztheorie. Zu prüfen ist, ob der potenziell Haftpflichtige den Schaden durch eigenes Verhalten verursacht hat bzw ob Sachen oder Personen, für die er einzustehen hat, ursächlich waren.

Gefragt wird, ob der Schaden entfielen, wenn man sich das Ereignis, dessen Ursächlichkeit geprüft werden soll, wegdenkt. Entfielen der Schaden, ist das Ereignis ursächlich. Das Ereignis ist dann eine *conditio sine qua non* (also eine notwendige Voraussetzung) des eingetretenen Schadens.

Da man zwischen den einzelnen Ursachen nicht näher unterscheidet, spricht man im gegebenen Zusammenhang von der Äquivalenz (der Gleichwertigkeit) aller Ursachen (Äquivalenztheorie; äquivalente Kausalität).

615 bb) Ausnahmen vom Postulat der *conditio sine qua non*. Es gibt allerdings Fälle, in denen die Schadensursache keine *conditio sine qua non* ist und ausnahmsweise dennoch gehaftet wird.

So bei kumulativer Kausalität: Willi und Waldemar schießen auf Hugo. Beide Kugeln treffen tödlich. Damit ist keiner der beiden Schüsse eine *conditio sine qua non* für den Tod des Hugo. Dennoch haften beide Täter gemeinsam (solidarisch) für den Schaden.

Desgleichen bei der alternativen Kausalität: Willi und Waldemar schießen auf Hugo, aber nur eine Kugel trifft tödlich; man weiß aber nicht, ob es die

Willis oder die Waldemars ist. Auch hier soll sich nicht der eine Schütze auf den anderen ausreden können. Beide haften solidarisch.

Besondere Schwierigkeiten bereiten die Fälle der überholenden Kausalität: zB: Berndt verabreicht Otto ein tödliches Gift, das in 3 Stunden wirkt. Otto fliegt inzwischen nach Bern. Das Flugzeug wird in der Luft gesprengt und Otto verunglückt tödlich, noch ehe der Gifttod eingetreten ist. Auch in solchen Fällen wird solidarische Haftung beider Täter erwogen; die Lösung ist aber umstritten.

616

cc) Die Adäquanztheorie besagt, dass *nicht jede* Ursache „juristisch“ kausal sei, sondern nur jene, die dem entstandenen Schaden *adäquat* sei. Zugerechnet sollen nur jene Schäden werden, die angesichts des gesetzlichen Verhaltens üblicherweise, „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“ eintreten.

ZB: Willi wirft achlos eine Bananenschale weg. Horst rutscht darauf aus und bricht sich ein Bein. Adäquanz ist gegeben. – Der Hotelboy trägt den Koffer eines Gastes aufs Zimmer und lässt ihn infolge Nachlässigkeit fallen. Dadurch explodiert die im Koffer versteckte Bombe und zerstört das Hotel. Es liegt im Hinblick auf das Verhalten des Hotelboys Inadäquanz vor.

Die Adäquanztheorie will die Schadenshaftung einschränken. Es handelt sich nicht um eine „juristische Kausalitätstheorie“. Vielmehr gehört die Adäquanztheorie (eine Zurechnungstheorie) eher in den Bereich der Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang (vgl Rz 623 f). Die Gedanken der Adäquanztheorie finden sich aber bis zu einem gewissen Grade auch im Zusammenhang mit der Erarbeitung der objektiven Maßstäbe zur Beurteilung der Fahrlässigkeit (einer Verschuldensform; dabei ist allerdings zu beachten, dass das Verschulden die *subjektive* Vorwerfbarkeit eines Verhaltens betrifft. Doch muss dieses Verhalten an objektiven Maßstäben gemessen werden; vgl Rz 623).

c) Rechtswidrigkeit

Die Verschuldenshaftung setzt Rechtswidrigkeit voraus. Zu klären, wann Rechtswidrigkeit vorliegt, hat schon die besten Köpfe der Jurisprudenz herausgefordert. Hier kann das Thema nur grob vereinfacht angerissen werden:

617

- aa) Rechtswidrig ist ein schädigendes Verhalten dann, wenn es verstößt:
- gegen gesetzliche Verhaltensanordnungen (Gebote und Verbote, sog Schutzgesetze),
 - gegen die guten Sitten,

- gegen absolut geschützte Rechtspositionen (zB Persönlichkeitsrechte, Sachenrechte) oder
- gegen rechtsgeschäftliche Pflichten (insb gegen Verträge).

618

bb) Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und vom Rechtswidrigkeitszusammenhang: Nicht jedes rechtswidrige Verhalten führt allerdings notwendig zur Begründung einer Schadenersatzpflicht. Der entstandene Schaden muss vielmehr im Bereich des Schutzzwecks der verletzten Norm liegen. Dh: das Verbotsgesetz muss gerade wegen solcher Schäden erlassen worden sein, die im konkreten Fall eingetreten sind. Besteht zwischen der Verbotsvorletzung und dem verursachten Schaden kein derartiger „Rechtswidrigkeitszusammenhang“, ist die Rechtswidrigkeit des Verhaltens für den konkreten Schadensfall unbeachtlich.

ZB: Paul fährt mit seinem PKW im Stadtgebiet mit 100 km/h und stößt mit einem entgegenkommenden Fahrzeug zusammen. Durch den Krach des Zusammenpralls erschrickt eine im dritten Stock eines Hauses die Fensterputzende Hausfrau so sehr, dass sie abstürzt und stirbt. Derartige Schäden sind vom Schutzzweck der StVO nicht erfasst. Paul hat daher nicht den mit dem Tod der Hausfrau verbundenen Schaden zu ersetzen, sehr wohl aber den, der durch den Zusammenstoß der beiden Kraftfahrzeuge entstanden ist: also die Beschädigung der Kraftfahrzeuge und die Verletzung der darin befindlichen Personen.

Sofern sich aus einem Gesetz ein bestimmter Normzweck ergibt, kommt es auf diesen an. Ist kein spezieller Normzweck eruierbar, stellt die oben erwähnte **Adäquanztheorie** einen solchen Normzweck zur Verfügung.

Begründung: Die Rechtsnormen dienen der Verhaltenssteuerung der Menschen. Schäden, die man gar nicht vorhersehen kann, weil sie üblicherweise mit bestimmten Verhaltensweisen nicht verbunden sind, können auch gar nicht vorweg durch entsprechende Verhaltensanordnungen vermieden werden. An solche Schäden denkt daher eine Rechtsnorm nicht. Sie sind daher von ihrem Normzweck nicht erfasst. Insofern gehört die Adäquanztheorie in den Bereich der Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang.

619

cc) Notwehr und Notstand. Wehrt jemand einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff auf seine oder fremde Rechtsgüter im erforderlichen Ausmaß ab und verletzt er dabei Rechtspositionen des Angreifers, so ist die Abwehrhandlung dennoch gerechtfertigt und insofern nicht rechtswidrig: Es liegt **Notwehr** vor. Die Abwehrhandlung ist gerechtfertigt, wenn sie zur **verlässlichen** Abwehr

164

Krejci, Privatrecht*

erforderlich ist. Ein Risiko muss dabei nicht eingegangen werden. Greift die Abwehr über das Maß des Erforderlichen hinaus, spricht man von **Notwehrexzess** oder **Notwehrüberschreitung**. Bei bloßer Unfugabwehr kommt es neben der Erforderlichkeit auch auf die Angemessenheit der Abwehrmittel an.

ZB: Otto überfällt Hubert, um ihn auszurauben und zu töten; Hubert schießt Otto ins Bein, um den Angriff abzuwehren. Will Otto dem Hubert lediglich eine wertlose, leere Tasche entreißen, und tötet Hubert Otto, um dies abzuwehren, überschreitet Hubert sein Abwehrrecht, weil die wertlose, leere Tasche kein notwehrfähiges Gut ist; zumindest ist die Reaktion, Otto wegen seines Versuches, die Tasche an sich zu reißen, zu töten, unverhältnismäßig und völlig überzogen. Mitunter wird eine Interessen- und Güterabwägung erforderlich sein, um die Grenze gerechter Notwehr zu bestimmen.

620

Droht jemandem sonst Gefahr und greift er deshalb in den Rechtsbereich eines anderen ein, der keinen rechtswidrigen Angriff gegen den Eingreifer führt, so liegt eine **Notstandshandlung** vor. Auch sie ist nicht rechtswidrig, wenn die Interessen des im Notstand Befindlichen jene des Geschädigten überwiegen. Hier greifen jedoch die Grundsätze der Eingriffshaftung (Rz 555).

ZB: Erna und Ernst haben sich im Winter bei Schlechtwetter im Gebirge verirrt. Um nicht zu erfrieren, brechen sie in eine versperrte Sennhütte ein.

d) Verschulden

621

Ist rechtswidriges Verhalten überdies **subjektiv vorwerfbar**, liegt Verschulden vor. Verschulden stellt auf die *persönliche Eigenart* des Täters, seine Anlagen, seine Fähigkeiten, seine Bildung udgl ab. Schuldhaft ist rechtswidriges Verhalten dann, wenn es der Täter aufgrund seiner **Einsichtsfähigkeit** und seiner persönlichen Möglichkeiten hätte vermeiden können. Entweder er wollte das nicht, oder er war nicht hinreichend sorgfältig.

622

aa) Vorsatz nennt man das bewusste rechtswidrige Handeln. Der Täter sieht den schädlichen Erfolg voraus, wünscht ihn oder billigt ihn zumindest.

ZB: Wer einen anderen töten will und deshalb auf ihn schießt, handelt vorsätzlich. Ebenso, wer eine Bank überfällt, um sie auszurauben; wer einen Scheck fälscht, um zu betrügen; dsgleichen, wer das Entstehen eines Schadens bewusst in Kauf nimmt, auch wenn es ihm lieber wäre, der Schaden würde nicht eintreten. In diesem Fall spricht man vom **Eventualvorsatz** (dolus eventualis).

165

Krejci, Privatrecht*

623

bb) **Fahrlässigkeit** liegt vor, wenn der Täter bei seinen Handlungen die gehörige Sorgfalt vermissen lässt. Er handelt **leicht fahrlässig**, wenn er einen Fehler begeht, der gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen passiert. Er handelt **grob fahrlässig**, wenn er eine Sorglosigkeit an den Tag legt, die einem ordentlichen Menschen in dieser Situation keinesfalls unterläuft.

ZB: **Grob fahrlässig** handelt, wer in alkoholisiertem Zustand einen Lastwagen, der mit hochexplosivem Stoff beladen ist, bei Nacht und eisiger Fahrbahn mit überhöhter Geschwindigkeit steuert. **Leicht fahrlässig** handelt, wer sein Fahrzeug angesichts einer überraschend die Fahrbahn betretenden Person so verweist, dass er ein parkendes Fahrzeug rammt und dadurch dessen Insassen verletzt, obgleich bei gebotener Anspannung aller Kräfte und Fähigkeiten des Lenkers der Zusammenstoß hätte vermieden werden können.

e) Zur Rechtswidrigkeits- und Verschuldensprüfung

624 Die Rechtswidrigkeitsprüfung orientiert sich an **objektiven Verhaltenskriterien**. Darin unterscheidet sie sich von der Verschuldensprüfung. Denn beim Verschulden geht es um Fragen der **subjektiven Vorwerfbarkeit** des rechtswidrigen Verhaltens. Wer rechtswidrig handelt, handelt deshalb nicht schon notwendig auch schuldhaft.

Obwohl auch die Fahrlässigkeit als Verschuldensgrad dem Bereich der **subjektiven Vorwerfbarkeit** zugehört, kommt die Festlegung der Maßstäbe der Fahrlässigkeit, an welchen das subjektive Verhalten des einzelnen Schädigers gemessen wird, nicht ohne **objektive Elemente** aus.

625

Mitunter indiziert rechtswidriges Verhalten das Vorliegen von Verschulden: So *vermutet* § 1298 ABGB insb in Fällen der Vertragsverletzung, dass der Schädiger schuldhaft gehandelt hat. In diesen Fällen hat nicht der Geschädigte das Verschulden des Schädigers zu beweisen, sondern der Schädiger seine Unschuld. Ist vertraglich die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen, wird im Schadensfall grobe Fahrlässigkeit vermutet, und der Schädiger hat zu beweisen, dass er nicht grob fahrlässig gehandelt hat.

Die objektiven Fahrlässigkeitsmaßstäbe entsprechen oft ungeschriebenen Regeln rechtmäßigen Verhaltens (Sorgfaltspflichten). Insofern strahlt § 1298 ABGB mitunter in den Bereich der Rechtswidrigkeit aus. Die Kausalität des schädigenden Verhaltens für den eingetretenen Schaden hat jedoch nach wie vor der Geschädigte zu tragen. Auch hier bestehen freilich oft erhebliche Beweisnotstände. (Im Gewährleistungsrecht wird von Gesetzes wegen vermutet, dass der Mangel bereits im Zeitpunkt der Übergabe der Sache vorlag und nicht vom Erwerber verursacht wurde, sofern der Mangel innerhalb der ersten 6 Monate nach Übergabe hervorkommt.)

166

Krejci, Privatrecht*

f) Haftung für eigenes Verschulden

626 Grundsätzlich stellt das System der Verschuldenshaftung darauf ab, dass der Schädiger selbst schuldhaft handelt. Das ABGB kennt neben den allgemeinen Regeln der §§ 1293 ff auch noch **Sonderatbestände** der Haftung für eigenes Verschulden:

ZB: Körperverletzung und Tötung, Bestimmung zur außerehelichen Bewohnung, Freiheitsberaubung, Ehrenbeleidigung, Haftung von Sachverständigen und Ratgebern, Haftung des Wegehalters. Darauf wird hier nicht näher eingegangen.

g) Haftung für fremdes Verschulden

627

Mitunter wird auch für Schäden durch fremdes Verschulden gehaftet. Der praktisch wichtigste Fall ist die **Gehilfenhaftung**. Man unterscheidet zwischen Erfüllungs- und Besorgungsgehilfen. Die Haftung für Erfüllungsgehilfen ist die strengere. Die Nachteile der Besorgungsgehilfenhaftung für den Geschädigten werden bis zu einem gewissen Grade durch die Lehre von der **Repräsentantenhaftung** gemindert.

628

aa) **Erfüllungsgehilfe** ist, wessen sich der Geschäftsherr zur Erfüllung bestehender Schuldverhältnisse, vor allem: zur Erfüllung bestehender Vertragsverhältnisse, bedient. Für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen haftet der Geschäftsherr wie für eigenes. Auf besondere Eigenschaften des Erfüllungsgehilfen (zB Untüchtigkeit oder Gefährlichkeit) kommt es *nicht* an.

ZB: Der Geselle des Installateurs, der in der Wohnung des Bestellers Heizungsrohre verlegt, zerschlägt einen Spiegel; der vom Kfz-Reparaturunternehmer beschäftigte Automechaniker beschädigt den zur Reparatur gegebenen PKW. Die Erfüllungsgehilfenhaftung gilt bereits für vorvertragliche Schuldverhältnisse, also „in contrahendo“; zB dann, wenn ein potenzieller Kunde im Kaufhaus durch eine umfallende Teppichrolle verletzt wird.

629

bb) **Besorgungsgehilfe** ist, wessen sich der Geschäftsherr zur **Besorgung seiner sonstigen Angelegenheiten** (also *nicht* zur Erfüllung bestehender Schuldverhältnisse) bedient. Für das Verschulden von Besorgungsgehilfen hat der Geschäftsherr nur dann wie für sein eigenes einzustehen, wenn er sich einer **untüchtigen oder wesentlich einer gefährlichen Person** bedient.

Untüchtig ist, wer für die von ihm zu verrichtende Tätigkeit (habituell) nicht geeignet ist. **Gefährlich** ist, wer dem Geschäftsherrn zB als Rauf- oder Trunkenbold bzw als Dieb bekannt ist.

167

Krejci, Privatrecht*

Die Besorgungsgehilfenhaftung trifft den Geschäftsherrn also nur dann, wenn er einen Fehler bei der Auswahl des Besorgungsgehilfen begangen hat.

cc) **Repräsentantenhaftung.** Wer sich zur Besorgung seiner An-
 gelegenheiten einer Organisation bedient, deren Führung er alleinver-
 antwortlich entscheidungsbefugten Personen anvertraut, haftet für das
 Verschulden derartiger „Machthaber“ (§ 337 ABGB) wie für sein eige-
 nes. Die Voraussetzungen der Besorgungsgehilfenhaftung müssen in
 solchen Fällen nicht vorliegen. Diese Lehre von der „Repräsentanten-
 haftung“ kommt vor allem den durch solche für den Geschäftsherrn
 handelnden Personen Geschädigten zugute (vgl. Rz 152, 153). Diese ur-
 sprünglich für die Haftung juristischer Personen (über die Erfüllungs-
 und Besorgungsgehilfenhaftung hinaus entwickelte Haftungslehre) ist
 auch für Handlungssysteme relevant, die eine Einzelperson aufbaut
 „Machthaber“ oder Repräsentant ist zB ein unterhalb der Vorstands-
 ebene weitgehend selbstverantwortlich agierender Geschäftsleiter oder
 Direktor.

h) Haftung mehrerer Schädiger

Haben mehrere Personen gemeinsam einen Schaden verursacht,
 bekommt der Geschädigte den Schaden naheliegenderweise nicht mehr-
 fach ersetzt. Sofern sich die Schadensanteile bestimmen lassen, haftet je-
 der Schädiger für seinen Anteil. Andernfalls oder bei vorsätzlicher Schä-
 digung haften die Schädiger solidarisch: „alle für einen und einer für
 alle“ (§ 1302 ABGB).

Das bedeutet: Der Geschädigte kann sich an alle oder auch nur an
 einen der Schädiger wenden, um den gesamten Schaden ersetzt zu be-
 kommen. Wer den Schaden ersetzt hat, hat Rückgriffsansprüche gegen
 die Übrigen: so sich die Anteile nicht eruieren lassen bzw keine Sonder-
 verhältnisse zwischen den Schädigern bestehen (wozu auch unter-
 schiedliche Verschuldensgrade zählen), haften sie nach Köpfen.

i) Mitverschulden des Geschädigten

Hat auch der Geschädigte selbst vorwerfbar gehandelt, so trägt er
 mit dem Schädiger den Schaden unter Abwägung der den einzelnen
 treffenden Verschuldensvorwürfe verhältnismäßig. Lässt sich das Ver-
 hältnis nicht bestimmen, tragen beide den Schaden zu gleichen Teilen
 (§ 1304 ABGB). Fälle, in denen schon leichtes Verschulden der einen
 Seite dazu führt, dass die andere völlig befreit wird, nennt man Kulpä-
 compensation.

630

168

Kreji, Privatrecht¹

6. Die Gefährdungshaftung

Neben der Verschuldenshaftung findet sich auch das System der
 Gefährdungshaftung.

632

a) **Gründe der Gefährdungshaftung:** Die Schadenstragung
 durch den Schädiger wird mit der **Gefährlichkeit seiner an sich
 erlaubten Tätigkeit** gerechtfertigt: Wer zum eigenen Vorteil eine
 gefährliche Tätigkeit verrichtet oder gefährliche Sachen nützt, soll
 auch für den Ersatz jener Schäden aufkommen, die andere durch
 diese gefährliche Tätigkeit erleiden. Wer den „guten Tropfen“ hat,
 trotz Gefährdung anderer erlaubt tätig sein zu dürfen, soll auch den
 „schlechten Tropfen“ der Schadenstragung haben.

633

b) **Kein geschlossenes System:** Die österreichische Rechtsord-
 nung kennt keinen allgemeinen Tatbestand der Gefährdungshaftung,
 sondern eine ganze Reihe von Sondergesetzen, insb im Bereich gefäh-
 rlicher Verkehrsmittel und Unternehmen. Auch die Haftung für fehler-
 hafte Produkte (PHG) wird als eine Art Gefährdungshaftung angese-
 hen.

Eine Gefährdungshaftung sehen vor:

- das EKHG über die Haftung für Eisenbahnen und Kraffahr-
 zeuge,
- das LuftfahrtG über die Haftung für Luftfahrzeuge,
- das AtomHG über die Haftung für Kernanlagen und Kernmate-
 rialien,
- das RHG über die Haftung für Anlagen zur Fortleitung oder
 Abgabe von Elektrizität oder Gas,
- das RohrleitungsG über die Haftung für bestimmte Rohrleitun-
 gen,
- das BergG über die Haftung für Schäden, die durch eine Berg-
 bautätigkeit verursacht werden,
- das ForstG über die Haftung für Anlagen, von denen forst-
 schädliche Luftverunreinigungen ausgehen.

Lehre und Rechtsprechung neigen dazu, in Analogie zu den beste-
 henden Tatbeständen der Gefährdungshaftung eine **allgemeine, vom
 Verschulden unabhängige Haftung für gefährliche Sachen** anzuneh-
 men. Eines der Probleme einer derartigen Analogie liegt darin, dass die
 Sondergesetze unterschiedliche Haftungshöchstgrenzen kennen.

Die geplante Reform des Schadenersatzrechts strebt einen allgemeinen
 Tatbestand der Gefährdungshaftung an, wobei es (anders als die bisherigen

169

Kreji, Privatrecht¹

Fälle der Gefährdungshaftung) keine gesetzlichen Betragsbeschränkungen nach oben hin geben soll. Eine derartige Regelung erscheint dann bedenklich, wenn es für solche Gefährdungshaftungen keinen ausreichenden Versicherungsschutz geben sollte.

634

c) **Produkthaftung.** Obwohl das **ProdukthaftungsG (PHG)** keine klassische Gefährdungshaftung beinhaltet, so soll das PHG dennoch in diesem Zusammenhang erwähnt werden:

Es verpflichtet Produzenten, Importeure und ausnahmsweise auch Händler, verschuldensunabhängig für Personen- und Sachschäden einzustehen, die durch fehlerhafte Produkte ausgelöst werden.

Eine Haftungshöchstgrenze kennt das PHG nicht, wohl aber einen »Selbstbehalt« bis zu einer Schadenshöhe von € 500. Solche kleineren Schäden sind nach allgemeinem Schadensersatzrecht zu ersetzen, das in Produkthaftpflichtfällen freilich bis zur Schaffung des PHG zu unbefriedigenden Ergebnissen geführt hat, weil sich der Produzent nicht selten der Verschuldenshaftung entziehen konnte (unführbarer Verschuldensnachweis, unzulängliche Besorgungsgehilfenhaftung).

Um die Situation der Geschädigten schon vor Schaffung des PHG gegenüber dem Produzenten zu verbessern, bediente man sich der Rechtsfigur des **Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**. Sie baut auf dem Gedanken auf, dass der zwischen dem Produzenten und dem ersten Händler geschlossene Vertrag auch Schutzwirkungen zugunsten der späteren Verwender des in den Verkehr gebrachten Produkts entfaltet, sodass Geschädigte am Ende der Vertriebskette auch gegenüber dem Produzenten die (im Vergleich mit der Deliktshaftung bestehenden) Vorteile der Vertragshaftung für sich in Anspruch nehmen können. Gegen vertragliche Absprachen, die eine solche Schutzwirkung ausschlossen, erhob man den Einwand der Sittenwidrigkeit. Im Ergebnis bedeutet dies also die Annahme einer gesetzlich nicht ausdrücklich geregelten, zwingenden Schutzpflicht der Produzenten gegenüber den Verwendern des in Verkehr gebrachten Produktes. Das PHG hat insoweit klarere Verhältnisse geschaffen.

7. Die Eingriffshaftung

Unter Eingriffshaftung versteht man die **Haftung wegen rechtmäßiger Inanspruchnahme fremden Gutes**. Im ABGB finden sich diesbezügliche Vorschriften zB in § 1306 a über den **Notstand** und in § 364 a ABGB (Schadenersatz wegen **Immissionen** durch Bergwerksanlagen oder behördlich genehmigte Anlagen). Hier muss keine Gefährlichkeit vorliegen. Dennoch wird für verursachte Schäden gehaftet.

170

Krejci, Privatrecht⁸

636

Thematisch gehört auch die Entschädigung für Enteignungen hierher. Ihr öffentlich-rechtlicher Charakter rechtfertigt es, sie aus der Darstellung des Zivilrechts auszuklammern.

C. Bereicherungsrecht

637

1. **Allgemeines.** Die zweite Gruppe bedeutender gesetzlicher Schuldverhältnisse ist jene des sog. »Bereicherungsrechts« (im objektiven Sinn). Die aus ihm erfließenden Ansprüche haben die Aufgabe, ungerechtfertigte (rechtsgrundlose) Vermögensverschiebungen wieder rückgängig zu machen. Man unterscheidet Leistungskonditionen und Verwendungsansprüche.

638

2. **Leistungskonditionen** setzen eine Leistung des »Verkürzten« an den ungerechtfertigt Bereicherten voraus. Leistung ist dabei eine bewusste Zuwendung zur Erreichung eines bestimmten Zweckes.

ZB: Berta zahlt Paul einen Betrag von € 10.000, um eine angebliche Schuld zu tilgen. In Wahrheit besteht die Schuld gar nicht. Anna arbeitet ohne Entgelt im Betrieb von Ernst mit, weil ihr dieser in Aussicht stellte, sie später zu heiraten. Helmut bezahlt den Kaufpreis für eine Ware, dann stellt sich heraus, dass der Kaufvertrag wegen Geschäftsunfähigkeit des Verkäufers nichtig ist.

Erfolgt die Leistung ohne Rechtsgrund bzw verfehlt sie ihren Zweck, kommt ihre Rückforderung in Frage. Das Recht der Leistungskonditionen sagt, wann in solchen Fällen die Leistung zurückverlangt werden kann bzw wann ihr Wert zu ersetzen ist (vgl insb §§ 1431 ff ABGB).

639

3. **Verwendungsansprüche.** Wurde die Vermögensverschiebung nicht durch eine Leistung bewirkt, hat der Bereicherte aber dennoch rechtsgrundlos einen Vorteil aus fremdem Vermögen gezogen, so steht dem Verkürzten gleichsam als Fortwirkung seines Rechts an den entzogenen Vermögenswerten ein »Verwendungsanspruch« zu. Der Grundtatbestand dieses Anspruches ist der **Eingriff des Bereicherten in fremde Rechte**. Es gehören aber auch Vermögensverschiebungen durch Zufall oder durch solche Handlungen des Verkürzten hierher, die keine Leistungen sind. »Verwendung« nennt man jede dem »Zuweisungsgehalt des Rechts des Eigentümers« widersprechende Nutzung durch einen Unberechtigten.

ZB: Anton benützt ohne Erlaubnis Josefs Rasenmäher; Helmut Kuh weidet unerlaubt am Nachbargrund (vgl § 1041 ABGB); Andreas trägt irrtümlich die Unterhaltskosten für Margots Kind Betty, dessen unterhaltspflichtiger Vater Wolfgang ist (vgl § 1042 ABGB).

171

Krejci, Privatrecht⁸

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

21.11.1996

Geschäftszahl

6Ob2238/96b

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Mag.Engelmaier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kellner, Dr.Schiemer, Dr.Prückner und Dr.Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Arthur B*****, vertreten durch Dr.Dietmar Gollonitsch, Rechtsanwalt in Scheibbs, wider die beklagte Partei Christian G*****, vertreten durch Dr.Eduard Pranz ua Rechtsanwälte in St.Pölten, wegen Zustimmung zur Einverleibung des Eigentumsrechtes an einer Liegenschaft (Streitwert 256.000 S), in Folge Rekurses der beklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 3. Juni 1996, GZ 1 R 115/96d-15, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 1.März 1996, GZ 6 Cg 133/95a-11, aufgehoben und dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach ergänzender mündlicher Verhandlung aufgetragen wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Der Beklagte war bürgerlicher Eigentümer einer Liegenschaft in N*****. Mit Kaufvertrag vom 28.11.1994 veräußerte er diese an zwei Erwerber. Diese erwirkten die Anmerkung einer bis 12.12.1995 befristeten Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung. Im Jahr 1995 wurde das Eigentumsrecht der Erwerber im Grundbuch eingetragen.

Mit der am 28.11.1994 eingelangten Klage begehrt der Kläger die Zustimmung des Beklagten zur Einverleibung des Eigentumsrechtes des Klägers an der Liegenschaft. Der Beklagte habe dem Kläger die Liegenschaft mit Vertrag vom 26.6.1993 verkauft und übergeben. Als Kaufpreis habe sich der Kläger verpflichtet, "die Kreditschulden der Liegenschaft" zu übernehmen und allein zurückzuzahlen. Der Beklagte habe sich verpflichtet, dem Kläger die Liegenschaft bis spätestens 1.7.1993 geräumt zu übergeben. Er habe sich in der Folge geweigert, eine grundbuchsfähige Kaufvertragsurkunde bzw eine Aufsandungserklärung in beglaubigter Form zu unterfertigen. Die nunmehrigen Erwerber der Liegenschaft hätten vor Erwerb der Liegenschaft vom Kaufvertrag mit dem Kläger Kenntnis gehabt. Dieser habe daher einen Anspruch auf Herausgabe. Die Herausgabe der Liegenschaft sei aber nur möglich, wenn eine Aufsandungserklärung des Beklagten vorliege.

Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Der Kaufvertrag mit dem Kläger vom 26.6.1993 sei ein Scheingeschäft gewesen und nichtig. Es sei darum gegangen, daß die Lebensgefährtin des Beklagten zum Auszug aus dem auf der Liegenschaft befindlichen Wohnhaus bewegt werde. Zwischen dem Kläger und dem

Beklagten sei ein fingierter Kaufvertrag abgeschlossen worden. Darüber hinaus sei der Kaufvertrag auch unbestimmt gewesen. Der Kläger habe nie die Absicht gehabt, das Haus tatsächlich zu kaufen. Der Beklagte sei zwar zu einem Verkauf an den Kläger bereit gewesen, ein endgültiger Abschluß eines Vertrages sei aber immer aus Verschulden des Klägers gescheitert. Da die Zinsenbelastung für das Haus immer höher geworden sei, habe der Beklagte die Liegenschaft an andere Käufer veräußert. Eine Einverleibung des Eigentumsrechtes für den Kläger sei daher rechtlich gar nicht mehr möglich.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Es traf über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus noch die Feststellung, daß der Kläger und der Beklagte am 26.6.1993 einen Kaufvertrag abgeschlossen hätten, wonach der Kläger die Liegenschaft gegen Übernahme der aushaftenden Kreditschulden übernehmen hätte sollen. Der Beklagte habe sich verpflichtet, das Haus samt Garten zu räumen und bis 1.7.1993 zu übergeben. Der Kaufvertrag enthalte keine Aufsandungserklärung (Beil A).

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, daß nach § 440 ABGB eine unbewegliche Sache, wenn sie der Eigentümer zwei verschiedenen Personen überlassen habe, demjenigen zufalle, welcher früher um die Einverleibung angesucht habe. Dies sei hinsichtlich der beiden Käufer, die die Liegenschaft vom Beklagten gekauft hätten, im Jahr 1995 geschehen. Im Hinblick auf das Prioritätsprinzip bestehe kein Zweifel an einem rechtswirksamen Eigentumsübergang. Es erübrige sich daher die Prüfung der Frage, ob zwischen dem Kläger und dem Beklagten ein gültiger Kaufvertrag abgeschlossen worden sei. Da der Beklagte nicht mehr Eigentümer der Liegenschaft sei, könne er keine gültige Aufsandungserklärung zugunsten des Klägers abgeben. Ein Eingehen auf die Frage, ob die nunmehrigen bürgerlichen Eigentümer im Vertrauen auf den Grundbuchsstand Eigentum erworben oder Kenntnis vom Kaufvertrag zwischen dem Kläger und dem Beklagten gehabt hätten, könne unterbleiben, weil diese Frage nur im Verhältnis des Klägers zu den bürgerlichen Eigentümern, nicht aber im Verhältnis zum Beklagten von Bedeutung sein könne.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers Folge und hob das Urteil des Erstgerichtes zur Verfahrensergänzung auf. Es bejahte den gerügten Verfahrensmangel der Nichtdurchführung der beantragten Beweise zum Thema des gültigen Zustandekommens eines Kaufvertrages für den Fall, daß die Liegenschaft erst nach Streitanhängigkeit im Sinne des § 234 ZPO an die derzeitigen bürgerlichen Eigentümer veräußert worden sein sollte. Das Berufungsgericht führte dazu aus, daß der Anspruch des Klägers auf Verschaffung des Eigentumsrechtes gerichtet sei. Solange das Erwerbsgeschäft nicht im Grundbuch eingetragen sei, gewähre der Kaufvertrag bloß einen Titel. Die Hauptpflicht des Verkäufers bestehe in der Verschaffung des Eigentums. Der Erwerber habe einen schuldrechtlichen Anspruch. Nach grundbuchsrechtlichen Vorschriften sei die Aufsandungserklärung erforderlich. Das Eigentumsrecht gehe mit der Grundbucheintragung über, entscheidender Zeitpunkt sei das Einlangen des Grundbuchsgebietes. Da der Beklagte nicht mehr Eigentümer der Liegenschaft sei, könne das Klagebegehren nur unter Bedachtnahme auf § 234 ZPO Erfolg haben, wobei die Vollstreckung dann unter Anwendung des § 9 EO durchzuführen wäre. Nach § 234 ZPO habe die Veräußerung einer Streitverfangenen Sache auf den Prozeß keinen Einfluß. Dasselbe drücke § 378 ABGB aus. Für die Sachlegitimation des Veräußerers sei die Klagezustellung der maßgebliche Zeitpunkt. Der Kaufvertrag mit den bürgerlichen Eigentümern sei am 28.11.1994, also dem Tag der Klageerhebung, geschlossen worden. Wann die Erwerber ihr Grundbuchsgebiet überreicht hätten, sei nicht festgestellt worden. Unter der Voraussetzung, daß die Überreichung des Grundbuchsgebietes nach dem 9.12.1994 (dem Tag der Zustellung der Klage) erfolgt wäre, käme § 234 ZPO zum Tragen. Dann müßten die Klagebehauptungen und die Gegeneinwendungen ohne Rücksicht auf die während des Prozesses erfolgte Eigentumseinverleibung zugunsten der jetzt bürgerlichen Eigentümer geprüft werden. Der Kläger habe sich erst in seiner Berufung auf § 234 ZPO berufen. Trotz des im Berufungsverfahren herrschenden Neuerungsverbotese sei darauf einzugehen gewesen, weil infolge Erhebung einer Rechtsrüge der Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht nach allen Richtungen hin zu überprüfen gewesen sei. Der Beklagte habe selbst die Veräußerung der Sache an Dritte vorgebracht. Der Kläger habe dieses Vorbringen bestritten. Das Erstgericht hätte den vorgetragenen Sachverhalt rechtlich umfassend, also auch in Richtung des § 234 ZPO zu prüfen gehabt. Keine Beweise seien zur Schlechtgläubigkeit der nunmehrigen Liegenschaftseigentümer aufzunehmen, weil dies für den vorliegenden Rechtsstreit, in dem es um die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer gehe, keine Bedeutung habe.

Das Berufungsgericht sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes 50.000 S übersteige und daß der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei, weil zu einem gleichgelagerten Fall eine oberstgerichtliche Judikatur nicht vorliege.

Mit seinem Rekurs beantragt der Beklagte die Abänderung dahin, daß das Urteil des Erstgerichtes bestätigt werde.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs ist zulässig, weil es auf die vom Berufungsgericht für wesentlich erachtete Rechtsfrage zu § 234 ZPO hier nicht ankommt und es daher einer oberstgerichtlichen Stellungnahme bedarf. Der Rekurs ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

Das Berufungsgericht steht auf dem Standpunkt, daß eine nach Streitanhängigkeit erfolgte Veräußerung der Liegenschaft auf die Sachlegitimation des Beklagten gemäß § 234 ZPO keinen Einfluß hätte. Der Beklagte hält in seinem Rekurs entgegen, das Berufungsgericht hätte das vom Kläger erstmals in seiner Berufung relevierte Rechtsproblem wegen des im Berufungsverfahren herrschenden Neuerungsverbot nicht aufgreifen dürfen. Ob die im § 234 ZPO angeordneten Rechtsfolgen im Rahmen der rechtlichen Beurteilung nach allen Richtungen hin von Amts wegen aufgegriffen werden durften oder dies nur auf entsprechende Parteibehauptungen im Verfahren erster Instanz erfolgen hätte können und ob schließlich zu diesem Thema ein (allenfalls auch gerügter) Verfahrensmangel wegen Verletzung der Anleitungspflicht vorliegt, kann dahingestellt bleiben, weil der Umstand, ob die Liegenschaft nach Streitanhängigkeit oder schon davor veräußert wurde, nicht entscheidungswesentlich ist.

Gemäß § 234 ZPO hat die Veräußerung einer im Streit verfangenen Sache auf den Prozeß keinen Einfluß. Die Bestimmung ist nach Lehre und Rechtsprechung eine Schutzvorschrift, die verhindern soll, daß sich eine Partei durch Veräußerung des Streitgegenstands ihrer Sachlegitimation entledigt und dadurch einen Anspruch des Gegners zum Scheitern bringt. Unter Veräußerung des Streitgegenstandes ist grundsätzlich jede Art der Einzelrechtsnachfolge auf Seite jeder der Parteien des Prozesses zu verstehen (SZ 63/151 mwN). Die Rechtskraft eines gegen den Verkäufer der Liegenschaft ergangenen Urteils erstreckt sich auch auf den Käufer der Liegenschaft als Einzelrechtsnachfolger und kann unter den Voraussetzungen des § 9 EO, allenfalls des § 10 EO gegen diesen vollstreckt werden (JB 63 neu = SZ 28/265; MietSlg 40.831). Diese Ausführungen gelten für den Doppelverkauf aber nur eingeschränkt. Der Oberste Gerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß die Grundsätze des JB 63 neu gegenüber einem Erwerber der Liegenschaft, der Eigentum im Vertrauen auf den Grundbuchsstand gutgläubig erworben hat, nicht anzuwenden sind. Der gegen den Vormann (Veräußerer) erwirkte Titel kann gegen den Erwerber nicht vollstreckt werden (SZ 34/29 und 166, SZ 40/36; EvBl 1969/125; Rechberger in Rechberger ZPO Rz 2 zu § 234). Der gutgläubige Einzelrechtsnachfolger wird von der Rechtskraftwirkung eines gegen den Vormann ergangenen Urteils nicht erfaßt (Fasching ZPR2 Rz 1526). Andernfalls wäre § 440 ABGB obsolet, wonach im Fall der Doppelveräußerung einer unbeweglichen Sache diese demjenigen zufällt, welcher früher um die Einverleibung angesucht hat. Die Exekutionsführung gegen den Erwerber nach § 9 EO muß wohl im Regelfall schon daran scheitern, daß der schlechte Glaube des im Grundbuch eingetragenen Erwerbers zum Zeitpunkt des Abschlusses des Titelgeschäftes urkundlich nicht nachgewiesen werden kann, es sei denn, der schlechte Glaube wäre nach den vorgelegten Grundbuchsauszügen erweislich, etwa im Fall einer mit besserer Priorität ausgestatteten Grundbuchsanmerkung (beispielsweise einer Klageanmerkung wie in SZ 40/36). Wenn also ein gegen den Vormann (Doppelveräußerer) erwirktes Urteil nicht gegen den späteren Erwerber der Liegenschaft wirkt (wofür auch Erwägungen zum Parteigehör nach Art 6 MRK sprechen, weil ja der Erwerber am Prozeß gegen den Vormann nicht beteiligt ist), kommt es auf den prozessualen Einwand nach § 234 ZPO nicht mehr an. Es ist in jedem Fall, unabhängig davon, ob die Dritten vor oder nach Streitanhängigkeit Eigentum erworben (ihr Grundbuchsgesuch eingebracht) haben, die materielle Rechtslage zwischen dem Erstkäufer und dem Veräußerer zu prüfen. Zu dieser hat der Beklagte dem Klagevorbringen entgegengesetzt, daß kein Kaufvertrag zustandegekommen sei und daß (für den Fall der Feststellung eines Kaufvertrages) die begehrte Zustimmung zur Einverleibung des Eigentumsrechtes wegen des in der Zwischenzeit erfolgten weiteren Kaufvertrages und der Einverleibung des Eigentumsrechtes von Dritten rechtlich unmöglich sei. Aus der festgestellten Tatsache, daß der Beklagte nicht mehr Eigentümer der Liegenschaft ist, ergibt sich noch nicht die rechtliche Unmöglichkeit des Klagebegehrens. Der erkennende Senat hat zu diesem Thema in einem vergleichbaren Fall folgendes ausgeführt:

"Bei verschuldeter Leistungsunmöglichkeit ist zur Vertragserfüllung zu verurteilen, wenn noch eine ernstzunehmende Chance besteht, daß später noch erfüllt werden kann (JBl 1992, 517). Nur wenn die notwendige Mitwirkung des Dritten mit Sicherheit nicht erreicht werden kann, darf der Gläubiger auf dem Erfüllungsanspruch nicht beharren (EvBl 1989/17). Verweigert ein Dritter, dessen Mitwirkung zur Erbringung der Leistung erforderlich ist, diese ernstlich und endgültig, so darf nicht zur Primärleistung verurteilt werden, sofern nicht trotzdem die Möglichkeit und Zumutbarkeit des Wiedererwerbs besteht. Zweifel gehen hiebei zu Lasten des beweispflichtigen Schuldners; kann dieser nicht nachweisen, daß mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, ist dem Leistungsbegehren stattzugeben (8 Ob 640/92). Unmöglichkeit der Leistung, die auch bei schuldhafter Verletzung der Vertragspflichten durch den Schuldner an sich nicht ausgeschlossen ist, kann nicht angenommen werden, wenn der Beklagte nicht einmal behauptet und zu beweisen versucht hat, daß er alles unternommen habe, den Dritten zu einer die Erfüllung ermöglichenden Handlung zu bewegen (JBl 1987, 783)." An diesen Grundsätzen ist festzuhalten. Der Kläger hat als Käufer der Liegenschaft (den Nachweis seiner Behauptungen vorausgesetzt) einen Eigentumsverschaffungsanspruch. Prozeßgegenstand ist aber nicht der dingliche Herausgabeanspruch (rei vindicatio), sondern der obligatorische Vertragsanspruch auf Abgabe einer Erklärung (vgl dazu Hoyer in seiner in JBl 1994, 645 veröffentlichten Entscheidungskritik zu 5 Ob 16/94 = JBl 1994, 691 = NZ 1994, 87). Der Erklärungsabgabeverpflichtung des

■
■
■
Beklagten als Voraussetzung für die spätere Einverleibung des Eigentumsrechtes des Klägers steht nicht ein fehlendes Rechtsschutzinteresse aus dem Grund der rechtlichen Unmöglichkeit der Durchführung des Eigentumserwerbs im Grundbuch entgegen. Der Beklagte hat nicht einmal behauptet, daß die Erwerber der Liegenschaft unter keinen Umständen bereit seien, die Liegenschaft wieder an ihn rückzuübertragen. Im Fall der Feststellung ihrer Schlechtgläubigkeit wäre eine Zustimmung zur Rückübertragung des Eigentums auch durchaus denkbar, könnten die Erwerber doch vom Kläger auch direkt in Anspruch genommen werden (SZ 63/186 und 221). Von einer rechtlichen Unmöglichkeit kann daher - zumindest im derzeitigen Verfahrensstadium - nicht ausgegangen werden.

Die Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung zur Verfahrensergänzung ist zwar nicht aus dem Grund der Prüfung der Voraussetzungen des § 234 ZPO, aber doch im Ergebnis aus den dargelegten Gründen berechtigt. Das Erstgericht wird die beantragten Beweise zum Thema der obligatorischen Rechtsbeziehung zwischen den Parteien und bei Bejahung eines Kaufvertrages auch zum Thema der Gutgäubigkeit der im Grundbuch eingetragenen Erwerber der Liegenschaft durchzuführen haben. Im Falle der Feststellung einer Schlechtgläubigkeit wäre die Sache im Sinne einer Klagestattgebung spruchreif. Bei gegenteiliger Feststellung wird das Erstgericht die Rechtslage zur Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung durch den Beklagten mit den Parteien zu erörtern und diesen allenfalls die Gelegenheit zu ergänzendem Vorbringen einzuräumen haben.

Der Ausspruch über die Kosten des Rekursverfahrens beruht auf § 52 ZPO.



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hargassner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M***** R*****, vertreten durch Dr. Werner Posch, Rechtsanwalt in Gloggnitz, gegen die beklagte Partei W***** Gesellschaft m.b.H; *****, vertreten durch Leeb & Weinwurm Rechtsanwälte GmbH in Neunkirchen, wegen 2.400 EUR sA und Entfernung (5.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Berufungsgericht vom 11. Februar 2014, GZ 18 R 130/13s-14, mit dem der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Bezirksgerichts Neunkirchen vom 1. August 2013, GZ 4 C 32/13s-10, nicht Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts wie folgt zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, binnen 14 Tagen die auf der Liegenschaft *****, aufgestellte Fertigteilgarage ***** abzuholen und der klagenden Partei den Betrag von 2.400 EUR samt 4% Zinsen seit 8. 2. 2013 zu bezahlen sowie die mit 4.213,53 EUR (darin 590,09 EUR USt und 673 EUR Barauslagen) bestimmten Prozesskosten zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 2.118,93 EUR

(darin 180,49 EUR USt und 1.036 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens sowie die mit 2.106,44 EUR (darin 124,08 EUR USt und 1.362 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klägerin bestellte bei der Beklagten am 14. 8. 2012 eine Fertigteilgarage des Typs ***** samt Garagentor (Sektionaltor) mit elektronischem Antrieb zu einem Gesamtpreis von 13.214,40 EUR. Die seitliche Tür, das Garagentor und die Blenden wurden in der Farbe moosgrün in Auftrag gegeben. Am 30. 10. 2012 leistete die Klägerin eine Anzahlung von 2.400 EUR. Als Lieferdatum wurde zunächst Oktober/November 2012, nach Fertigstellung der Vorleistungen der Klägerin der 4. 12. 2012 vereinbart. An diesem Tag lieferte die Beklagte zwar die Garage samt Tür, aufgrund von Produktions- und Lieferschwierigkeiten ihres Zulieferers aber nicht das Garagentor. Nachdem die Beklagte auch den von ihr zugesagten Liefertermin in der 50. Kalenderwoche (10. bis 14. 12. 2012) nicht einhalten konnte, setzte die Klägerin am 16. 12. 2012 eine allerletzte Nachfrist bis 21. 12. 2012 „zur dann sofortigen Nutzung der Fertigteilgarage bei sonstiger Rückabwicklung des Gesamtvertrags samt Folgekosten“. Gleiches sollte für den Fall gelten, dass die Beklagte ein anderes als das vertragliche vereinbarte Garagentor montieren ließe. Am 17. 12. 2012 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass - nach Rücksprache mit der Torfirma - das bestellte Garagentor fertig sei und am 21. 12. 2012 montiert werde. Am 19. 12. 2012 informierte die Beklagte die Klägerin davon, dass zwar das bestellte

elektrisch betriebene Garagentor in der Farbe moosgrün am 21. 12. 2012 montiert werden könne, aber die beiden Seitenblenden und die Sturzblende aufgrund einer Produktumstellung ihres Lieferanten zunächst nur in der Farbe weiß geliefert werden könnten. Der kostenlose Austausch der Blenden erfolge voraussichtlich Mitte bis Ende Jänner 2013. Noch am selben Tag „bestätigte“ die Klägerin die Wirksamkeit der Vertragsaufhebung bzw erklärte diese vorsichtshalber nochmals. Die Beklagte erklärte sich dennoch lieferbereit. Ihr Angebot, für den Zeitraum bis zur Montage der moosgrünen Blenden einen Preisnachlass von 200 EUR zu gewähren, nahm die Klägerin nicht an.

Die **Klägerin** begehrt mit der vorliegenden Klage, die Beklagte zur Abholung der Fertigteilgarage binnen 3 Tagen und zur Rückzahlung der Anzahlung von 2.400 EUR zu verpflichten. Am 16. 12. 2012 habe sie unter Setzung einer Nachfrist die Auflösung des Vertrags erklärt. Die Beklagte sei innerhalb dieser Frist ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht vollständig nachgekommen.

Die **Beklagte** bestritt, beantragte Klagsabweisung und wandte ein, dass der von der Klägerin erklärte Rücktritt vom Vertrag nicht wirksam sei. Innerhalb der von der Klägerin gesetzten - nicht angemessenen - Nachfrist hätte sie mit Ausnahme der Blenden in der vereinbarten Farbe sämtliche vertraglich vereinbarten Leistungen erbringen können. Zudem sei der Rücktritt wegen des kurzfristigen optischen Mangels schikanös erfolgt.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Der Rücktritt der Klägerin vom Vertrag sei zu Unrecht erfolgt, weil sie der Beklagten eine im Hinblick auf die ursprüngliche Lieferzeit von 3,5 Monaten nicht angemessene, zu kurze Nachfrist gesetzt habe. Zudem habe sich die Klägerin in

Annahmeverzug befunden, weil sie aufgrund des kleinen, zeitlich begrenzten, optischen Mangels in der Farbgestaltung der Blenden nicht die gesamte Leistung verweigern hätte dürfen.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Klägerin nicht Folge. Es teilte die Rechtsansicht des Erstgerichts zur Setzung einer nicht angemessenen Nachfrist durch die Klägerin. Ob die Klägerin die Blenden bis Mitte/Ende Jänner 2013 in der Farbe weiß akzeptieren hätte müssen, könne daher dahingestellt bleiben.

In ihrer dagegen gerichteten **Revision** beantragt die Klägerin aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung die Abänderung des Berufungsurteils im Sinne einer Klagsstattgabe; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt in ihrer **Revisionsbeantwortung**, der Revision keine Folge zu geben.

Die Revision ist **zulässig** und **berechtigt**.

1. Nach § 918 Abs 1 ABGB kann der Gläubiger bei Schuldnerverzug entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die Klägerin in ihrer Erklärung vom 16. 12. 2012 unzweideutig zum Ausdruck gebracht hat, den Rücktritt vom Vertrag unter Setzung einer Nachfrist bis 21. 12. 2012 zu erklären (vgl RIS-Justiz RS0018300; *Binder/Reidinger* in *Schwimann*, ABGB³ § 918 Rz 38; *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 918 Rz 28).

2.1. Die Angemessenheit der Nachfrist ist aufgrund der Umstände des einzelnen Falls zu beurteilen.

Hierbei ist auf die Interessen des Schuldners wie des Gläubigers Bedacht zu nehmen (RIS-Justiz RS0018458). Ein Rücktritt vom Vertrag, der unter Setzung einer zu kurzen Nachfrist gesetzt wurde, ist gleichwohl gültig; nur gilt eine angemessene längere Nachfrist an Stelle der gesetzten kürzeren (RIS-Justiz RS0018449; vgl RS0018439).

2.2. Die §§ 918 ff ABGB sind nachgiebiges Recht. Die Parteien können daher abweichende Vereinbarungen über die Setzung einer Nachfrist treffen (RIS-Justiz RS0024012). Tritt ein Verbraucher ohne Nachfrist vom Vertrag zurück, so besteht für den Unternehmer als Schuldner die Obliegenheit, den Gläubiger auf die Notwendigkeit der Nachfristsetzung hinzuweisen (RIS-Justiz RS0018382).

2.3. Die Angemessenheit einer vereinbarten Nachfrist ist dann nicht zu prüfen, wenn der Schuldner selbst an eine zu kurz bemessene Frist gebunden ist, etwa wenn er ihr zugestimmt hat (RIS-Justiz RS0018387). Gleiches gilt auch dann, wenn - wie hier - der Schuldner die Vertragserfüllung innerhalb der ihm vom Gläubiger gesetzten Frist zugesagt hat.

3. Wenn die Beklagte meint, die Farbe der Blenden sei gar nicht von der Rücktrittserklärung der Klägerin umfasst gewesen, weil sich die von der Klägerin gesetzte Nachfrist nur auf die Lieferung und Montage des Garagentors sowie die sofortige Nutzung der Garage bezogen habe, lässt sie außer Betracht, dass die vereinbarte Leistung nach dem aus dem einheitlichen Vertrag erkennbaren Parteiwillen als unteilbar anzusehen ist (vgl RIS-Justiz RS0018438; 3 Ob 328/99b; *Binder/Reidinger* in *Schwimann*, ABGB³ § 918 Rz 105). Gegenteiliges hat die Beklagte auch nicht behauptet. Damit war die Klägerin durch den Verzug der

Beklagten auch mit bloß einem Leistungsteil zum Gesamtrücktritt berechtigt (2 Ob 301/05m; 7 Ob 298/04f ua; *P. Bydlinski* in KBB⁴ § 918 ABGB Rz 18). Dass der Klägerin, hätte sie die bloß teilweise Vertragserfüllung angenommen, die sofortige Nutzung der Garage möglich gewesen wäre, mag durchaus sein. Dies ist aber beim Rücktrittsrecht des Gläubigers nach § 918 Abs 1 ABGB nicht entscheidend. Annahmeverzug des Gläubigers (§ 1419 ABGB) liegt (erst) dann vor, wenn der Gläubiger die vom Schuldner zur rechten Zeit, am gehörigen Ort und auf die bedungene Weise angebotene Leistung nicht annimmt (RIS-Justiz RS0033379). Annahmeverzug liegt hingegen nicht vor, wenn die Leistung nicht die ausdrücklich bedungenen - hier die richtige Farbe der Blenden - Eigenschaften hat (7 Ob 2356/96p). Die Frage, ob Verzug nach § 918 ABGB auch dann vorliegt, wenn die vom Schuldner erbrachte Leistung mit bloß geringfügigen Mängeln behaftet ist (vgl. *P. Bydlinski* in KBB⁴ § 918 ABGB Rz 6; RIS-Justiz RS0120610), bedarf daher keiner näheren Erörterung.

4. Letztlich ist auch der Schikaneinwand der dafür beweispflichtigen Beklagten (RIS-Justiz RS0026205) nicht berechtigt. Schikane liegt zwar nicht nur dann vor, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen Grund der Rechtsausübung bildet, sondern auch dann, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht (RIS-Justiz RS0026265). Davon kann hier aber keine Rede sein. Die Klägerin hat ihr gesetzliches Rücktrittsrecht nach § 918 ABGB ausgeübt, weil die Beklagte trotz mehrmaliger ihr von der Klägerin gewährter Fristverlängerungen ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht rechtzeitig und nicht vollständig nachgekommen ist.

5. Der Revision der Klägerin war daher Folge zu geben und die klagsabweisenden Entscheidungen der Vorinstanzen im klagsstattgebenden Sinn abzuändern. Da für die Entfernung der Fertigteilgarage vom Grundstück der Klägerin eine Frist von 3 Tagen zu kurz erscheint, war die nach den Verhältnissen der Beklagten angemessen erscheinende Leistungsfrist für diese Handlung von Amts wegen (10 Ob 70/07b) mit 14 Tagen festzusetzen (§ 409 Abs 2 ZPO).

6. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 25. Juni 2014
Dr. H o p f
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung:



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kuras und Mag. Ziegelbauer, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Hargassner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei F***** GmbH, *****, vertreten durch Achammer & Mennel Rechtsanwälte OG in Feldkirch, gegen die beklagte Partei U***** GmbH, *****, vertreten durch Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen 77.884,49 EUR sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 14. Mai 2013, GZ 4 R 55/13i-169, mit dem der Berufung der beklagten Partei gegen das Endurteil des Landesgerichts Feldkirch vom 23. Jänner 2013, GZ 8 Cg 10/08k-164, nicht Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass das Ersturteil als Endurteil in seinem Punkt 1. zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei 67.207,33 EUR samt 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit 3. 1. 2007 binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Das Mehrbegehren von 10.677,16 EUR samt 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit 3. 1. 2007 wird abgewiesen.“

Die Entscheidung über die Verpflichtung zum Kostenersatz für das gesamte Verfahren obliegt dem Erstgericht.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Mit Werkvertrag vom 24. 11. 2004 beauftragte die S***** GmbH die Klägerin mit der Lieferung und Verlegung des Estrichs beim Objekt „P*****“. Aufgrund einer nachträglichen Abänderung der ursprünglichen Leistungsbeschreibung durch die S***** GmbH waren für den Bodenaufbau im 4. und 5. Obergeschoss des Objekts Trittschalldämmplatten mit einer Auflast von 10 kN/m² erforderlich.

Die Klägerin bestellte die Trittschalldämmplatten bei der M***** GmbH. Dabei wies sie ausdrücklich darauf hin, dass die Trittschalldämmplatten für eine Auflast von 10 kN/m² geeignet sein müssen. Nach gemeinsamer Einsicht in einen Prospekt der Beklagten, in dem das Produkt „U***** Dämmplatte“ beschrieben wurde und dessen Eigenschaft „für Auflasten bis 10 kN/m²“ hervorgehoben war, bestellte die M***** GmbH in Absprache mit der Klägerin dieses Produkt bei der Beklagten als Herstellerin der Dämmplatten.

Die Beklagte lieferte die Trittschalldämmplatten am 29. 12. 2004 direkt auf die Baustelle. Die Klägerin verlegte sie am 29. und 30. 12. 2004. Am 3. und 4. 1. 2005 brachte die Klägerin im 4. Obergeschoss den Fließestrich auf.

In der Folge traten beim Estrich Rissbildungen durch Spannungen auf. Diese waren zum einen auf eine Überlastung im Bauzustand und zum anderen darauf zurückzuführen, dass die von der Beklagten gelieferten Trittschalldämmplatten der zugesagten Belastbarkeit von 10 kN/m² nicht entsprachen. Hätten die Trittschalldämmplatten die geforderte Belastbarkeit von 10 kN/m² aufgewiesen, wäre es möglich gewesen, die aufgetretenen Risse zu verharzen und zu verdübeln, um die

Vorgaben für den Bodenaufbau laut Leistungsverzeichnis zu erfüllen. Dafür wäre ein Aufwand von ca 1.790 EUR erforderlich gewesen. Das Herausreißen des Estrichs samt Trittschalldämmplatten wäre dann nicht notwendig gewesen.

Der angemessene Sanierungsaufwand im Zusammenhang mit dem Herausreißen des Estrichs und der Neuverlegung der Trittschalldämmplatten und des Estrichs betrug 82.174,49 EUR brutto. Davon entfällt auf den Ersatz der Trittschalldämmung ein Betrag von 8.897,63 EUR netto (= 10.677,16 EUR brutto).

Die **Klägerin** begehrt - nunmehr im dritten Rechtsgang nach Klageeinschränkung und rechtskräftiger Teilabweisung im zweiten Rechtsgang - von der Beklagten 77.884,49 EUR sA. Die von der Beklagten produzierten und gelieferten Trittschalldämmplatten hätten nicht die im Prospekt garantierten und zugesagten Eigenschaften, nämlich die Eignung für eine Belastbarkeit bis zu 10 kN/m², aufgewiesen. Die Beklagte hafte ihr ua aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (Vertrag zwischen der M***** GmbH und der Beklagten) für sämtliche Schäden, die ihr durch die erforderliche Sanierung entstanden seien.

Die **Beklagte** bestritt, beantragte Klagsabweisung und wandte - soweit für die Revisionsentscheidung noch relevant - ein, dass sie keine Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter treffe, weil es der Klägerin an einem schutzwürdigen Interesse an der Geltendmachung derartiger Ansprüche fehle. Die Klägerin könne ihre Ansprüche gegenüber ihrer Vertragspartnerin geltend machen. Reine Vermögensschäden seien zudem im Rahmen einer Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter nicht ersatzfähig.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren

aufgrund der überbundenen Rechtsansicht des Berufungsgerichts im Aufhebungsbeschluss vom 8. 2. 2010 (ON 77) statt.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Es hielt an seiner im Aufhebungsbeschluss vertretenen Rechtsansicht zur Haftung der Beklagten aufgrund eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter fest. Die Beklagte sei als Produzentin der Trittschalldämmplatten und Prospekthersteller für die zugesicherten Produkteigenschaften verantwortlich gewesen. Da für sie bei Vertragsabschluss mit der M***** GmbH erkennbar gewesen sei, dass die Hauptleistung, nämlich die Lieferung der Trittschalldämmplatten, der Klägerin zukommen sollte, hafte sie gegenüber der aus diesem Vertrag begünstigten Dritten (Klägerin) auch für Vermögensschäden. Die ordentliche Revision nach § 502 Abs 1 ZPO sei im Hinblick auf die zwischenzeitlich ergangene Entscheidung 4 Ob 80/12m betreffend den Umfang der Verbesserungspflicht eines Verkäufers im Rahmen der Gewährleistung und der grundsätzlichen Subsidiarität eines Schadenersatzanspruchs aus Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter zulässig.

In ihrer dagegen gerichteten **Revision** beantragt die Beklagte die Abänderung des Berufungsurteils im Sinne einer Klagsabweisung; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt in ihrer **Revisionsbeantwortung**, die Revision mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise ihr keine Folge zu geben.

Die Revision ist zulässig; sie ist auch teilweise berechtigt.

I. Die Beklagte macht als Verfahrensmangel

geltend, dass das Berufungsgericht zu Unrecht davon ausgegangen sei, an seine im Aufhebungsbeschluss des ersten Rechtsgangs vertretene Rechtsansicht gebunden zu sein. Richtigerweise hätte es aufgrund der Entscheidung 4 Ob 80/12m der Berufung Folge geben und das Klagebegehren abweisen müssen.

Die gerügte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt nicht vor. Nach herrschender Rechtsprechung ist das Berufungsgericht an seine in einem Aufhebungsbeschluss ausgesprochene Rechtsansicht gebunden (RIS-Justiz RS0042173; RS0042181; zuletzt 3 Ob 126/13w).

II.1. Nach ständiger Rechtsprechung bestehen die Schutz- und Sorgfaltspflichten aus einem Vertragsverhältnis nicht nur zwischen den Vertragsparteien, sondern auch gegenüber bestimmten dritten Personen, die durch die Vertragserfüllung erkennbar in erhöhtem Maße gefährdet werden und der Interessensphäre eines Vertragspartners angehören. Erfasst werden ua Dritte, an denen der Vertragspartner ein sichtbares eigenes Interesse hat oder hinsichtlich welcher ihm selbst offensichtlich eine Fürsorgepflicht zukommt (2 Ob 4/13x; RIS-Justiz RS0034594; RS0037785; RS0020769).

2. Dass diese Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auch im Anlassfall grundsätzlich vorliegen, wird in der Revision nicht in Frage gestellt.

3. Strittig ist hingegen, ob der Berechtigung des Klagsanspruchs entgegensteht, dass die Klägerin gegen ihre Vertragspartnerin, die M***** GmbH, eigene Ansprüche hätte. Nach ständiger, auch nach Kritik im Schrifttum (vgl 7 Ob 185/11y) aufrecht erhaltener, Rechtsprechung des

Obersten Gerichtshofs wird der geschädigte Dritte dann nicht in den Schutzbereich eines fremden, dh zwischen anderen geschlossenen, Vertrags einbezogen, wenn der Dritte selbst einen deckungsgleichen Schadenersatzanspruch aus eigenem Vertrag gegen einen der beiden Kontrahenten hat (7 Ob 170/11t; 4 Ob 157/13m; 2 Ob 4/13x; RIS-Justiz RS0022814; RS0037785 [T26]).

4. Die Revisionswerberin meint nun, die Klägerin hätte Gewährleistungsansprüche gegen die M***** GmbH geltend machen müssen. Im Rahmen des § 932 Abs 2 ABGB hätte die M***** GmbH nach der jüngsten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (4 Ob 80/12m) der Klägerin nicht nur die Trittschalldämmplatten, sondern auch die Ein- und Ausbaurkosten ersetzen müssen. Dazu ist Folgendes auszuführen:

4.1. Nach Art 3 Abs 2 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (im Folgenden kurz als Verbrauchsgüterkauf-RL oder Richtlinie bezeichnet) hat der Verbraucher bei Vertragswidrigkeit entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Absatzes 3 oder auf angemessene Minderung des Kaufpreises oder auf Vertragsauflösung in Bezug auf das betreffende Verbrauchsgut nach Maßgabe der Absätze 5 und 6. Nach Art 3 Abs 3 1. Satz Verbrauchsgüterkauf-RL kann der Verbraucher vom Verkäufer zunächst die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen, sofern dies nicht unmöglich oder unverhältnismäßig ist.

4.2. Umgesetzt wurde diese europarechtliche Vorgabe im nationalen Recht in § 932 Abs 2 ABGB. Danach kann der Übernehmer zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Die Haftung für „Mängel“ aufgrund fehlerhafter Montageanleitung hat der Gesetzgeber hingegen im KSchG (§ 9a Satz 2) umgesetzt (RV 422 BlgNR 21. GP 24).

4.3. In der zu den verbundenen Rechtssachen C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) ergangenen Entscheidung vom 16. 6. 2011 hat der EuGH eine ihm vorgelegte Frage wie folgt beantwortet: Art 3 Abs 2 und 3 der Verbrauchsgüterkauf-RL ist dahin auszulegen, dass, wenn der vertragsgemäße Zustand eines vertragswidrigen Verbrauchsgutes, das vor Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde, durch Ersatzlieferung hergestellt wird, der Verkäufer verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau dieses Verbrauchsgutes aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsgutes notwendig sind. Diese Verpflichtung des Verkäufers besteht unabhängig davon, ob er sich im Kaufvertrag verpflichtet hatte, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen (Rn 62, 79).

4.4. In der Entscheidung 4 Ob 80/12m (= RIS-Justiz RS0127994 = ecolex 2013/43 [*Wilhelm*] = JBl 2013, 151 [*Faber*] = bbl 2012, 232 [*Egglmeier-Schmolke*]) sprach der Oberste Gerichtshof erstmals aus, dass die

Gewährleistungspflicht einer mangelhaft gelieferten Ware (hier Heizkörper) auch den Ersatz der Ein- und Ausbaurkosten umfasst. Die unentgeltliche Ersatzlieferung (iSd Art 3 Abs 3 Verbrauchsgüterkauf-RL), zu der der Verkäufer infolge mangelhafter Erfüllung verpflichtet sei (§ 932 Abs 2 ABGB: „Austausch der Sache“), umfasse nach der Rechtsprechung des EuGH (verbundene Rs C-65/09, C-87/09 Rn 48, 55) das Wahlrecht des Verkäufers, entweder selbst den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsgutes aus der Sache, in die es eingebaut worden sei, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache einzubauen, oder die Kosten zu tragen, die für diesen Ausbau und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsgutes notwendig seien.

4.5. Ob die vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Grundsätze auf den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkauf-RL zu beschränken oder auch auf Unternehmergeschäfte zu übertragen sind, blieb von der höchstgerichtlichen österreichischen Rechtsprechung bislang unbeantwortet.

4.6. Hingegen hat sich der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) mit dieser Frage in der Entscheidung vom 17. 10. 2012, VIII ZR 226/11 (BGHZ 195, 135 = NJW 2013, 220 = ZIP 2012, 2397) bereits ausführlich auseinandergesetzt. Er kam zum Ergebnis, dass die richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs 1 2. Alt BGB, wonach der Käufer als Nacherfüllung nach seiner Wahl die Beseitigung des Mangels oder die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann, auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt sei und sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern erstrecke. Die Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf-RL und des Urteils des Europäischen

Gerichtshofs in der Rechtssache *Weber/Putz* bezögen sich nur auf den Verbrauchsgüterkauf und nicht auf andere Kaufverträge. Der deutsche Gesetzgeber habe die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Nacherfüllung bei deren Umsetzung in das deutsche Recht nicht in die Sonderregelungen für den Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff BGB), sondern in die für alle Kaufverträge geltenden Bestimmungen der §§ 433 ff BGB eingefügt. Eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung richtlinienfreien Rechts ergebe sich bei der hier vorliegenden richtlinienüberschießenden Umsetzung der Richtlinie in das nationale (deutsche) Recht zwar nicht aus dem Gemeinschaftsrecht, aber aus dem nationalen Recht. Die Vorstellungen des deutschen Gesetzgebers über Inhalt und Umfang der Nachlieferungspflicht gemäß § 439 Abs 1 2. Alt BGB stimmten nicht mit dem Verständnis des Europäischen Gerichtshofs über den Umfang der Nachlieferungspflicht gemäß Art 3 Abs 2 und 3 der Verbrauchsgüterkauf-RL überein. Zwar habe der Gesetzgeber mit der Umsetzung der Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf-RL für die Nacherfüllung in § 439 BGB eine einheitliche Regelung für alle Kaufverträge angestrebt. Dies habe jedoch auf einem Fehlverständnis über den von der Verbrauchsgüterkauf-RL für den Verbrauchsgüterkauf vorgegebenen Umfang der Nacherfüllungspflicht bei der Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache beruht. Deshalb spreche nichts dafür, dass der Gesetzgeber die Nachlieferungspflicht gemäß § 439 Abs 1 2. Alt BGB einheitlich für alle Kaufverträge geregelt hätte, wenn ihm die spätere Auslegung der Richtlinie durch den Gerichtshof bekannt gewesen wäre. Vielmehr sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Umsetzung der Vorgaben der Verbrauchsgüterkauf-RL für die

Nachlieferungspflicht auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt hätte, wenn ihm damals bereits bekannt gewesen wäre, dass der Gerichtshof der Nachlieferung einen über die Wiederholung der Verkäuferpflichten hinausgehenden, in den Werkvertrag hineinreichenden Inhalt zuweise. Es könne daher nicht angenommen werden, dass es dem Willen des deutschen Gesetzgebers entspreche, eine so weitgehende Ausdehnung der Nachlieferungspflicht, wie sie der Gerichtshof für den Verbrauchsgüterkauf verbindlich vorgenommen habe, im Wege richtlinienkonformer Auslegung über den Verbrauchsgüterkauf hinaus auch auf andere Kaufverträge zu erstrecken.

4.7. Im weit überwiegenden deutschen Schrifttum (*Looschelders*, Keine Aus- und Einbaupflicht des Verkäufers im Rahmen der Ersatzlieferung bei Kaufverträgen zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern, JA 2013, 149; *Lorenz*, Aus- und Wiedereinbaukosten bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung zwischen Unternehmern, NJW 2013, 207; *Gsell*, BGH: Reichweite der richtlinienkonformen Auslegung beim Ersatz von Ausbaurkosten von mangelhaften Liefergegenständen, LMK 2013, 343739; *Fornasier*, EuZW 2013, 159; *Ayad*, BGH entscheidet über Aus- und Einbaukosten - keine Garantiehaftung im Unternehmerverkehr, BB 2013, 82; *Szalai/Hofmann*, VuR 2013, 104; *Mörsdorf*, JZ 2013, 191; dogmatisch zweifelnd: *Schmidt*, Die „Granulat“-Entscheidung des BGH zum kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch - Eine dogmatische und rechtspolitische Analyse, GPR 2013, 210) fand diese Entscheidung des BGH Zustimmung.

4.8. Das Oberlandesgericht Frankfurt hat in seiner bereits vor dem Urteil des BGH VIII ZR 226/11 am 21. 6. 2012 ergangenen Entscheidung 15 U 147/11 (NJOZ

2013, 376) ebenfalls ausgesprochen, dass § 439 Abs 1 2. Alt BGB nicht die Kosten des Einbaus der mangelfreien Sache umfasse, wenn es sich nicht um einen Verbrauchsgüterkauf, sondern um einen Kaufvertrag zwischen Unternehmern handle.

4.9. In der österreichischen Literatur finden sich zur hier relevanten Frage insbesondere Stellungnahmen von *Faber* und *P. Bydlinski*.

4.9.1. *Faber* (Aus- und Einbaukosten und Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung, 97 ff) sieht bessere Gründe bei einer gespaltenen Anwendung, wobei die Grenze im Wesentlichen beim Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkauf-RL gezogen werden sollte. Die vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Grundsätze zum Aus- und Einbau sollten sachlich auf Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen und persönlich auf Verträge beschränkt werden, in denen sich als Verkäufer ein Unternehmer und auf Käuferseite ein Verbraucher gegenüberstünden. Der grundsätzliche Wille des Gesetzgebers, mit dem GewRÄG 2001, BGBl I 2001/48, ein einheitliches Gewährleistungsrecht zu schaffen (RV 422 BlgNR 21. GP 20), sollte von vornherein nicht so stark gewichtet werden, wie zB in einem Fall, in welchem das Bestehen des konkreten Auslegungsproblems dem Gesetzgeber im Zeitpunkt seines Tätigwerdens bewusst sei. Es sei zu beachten, dass im Hinblick auf die Aus- und Einbaukostenfrage diese Willensbildung, soweit sie sich auch auf dieses konkrete Auslegungsproblem beziehe, *ex post* betrachtet zumindest „fehlerhaft“ erfolgt sei. Der Gesetzgeber habe sich wegen seiner „Fehlvorstellung“ über den Inhalt des später vom Europäischen Gerichtshof konkretisiert-modifizierten Austauschanspruchs gar keine Gedanken

darüber machen können, ob er diese Vorgaben auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Verbrauchsgüterkauf-RL übernehmen möchte oder nicht. Da der Gesetzgeber des GewRÄG 2001 die Haftung für „Mängel“ aufgrund fehlerhafter Montageanleitung bewusst im KSchG (§ 9a Satz 2 KSchG) umgesetzt habe, weil die von der Verbrauchsgüterkauf-RL angeordnete gewährleistungsorientierte Haftung „nicht recht in das System der §§ 922 ff ABGB“ passe (RV 422 BlgNR 21. GP 24), könne davon ausgegangen werden, dass die Haftung für Mangelfolgeschäden (worunter nach traditionellem österreichischen Verständnis auch durch eine mangelhafte Montageanleitung verursachte Schäden an der Kaufsache gefallen wären) weiterhin dem allgemeinen Schadenersatzrecht zu überlassen sei, soweit anderes nicht unmittelbar durch die Verbrauchsgüterkauf-RL erzwungen werde. Aus dem Blickwinkel des österreichischen Gesetzgebers zum Umsetzungszeitpunkt müsse das *Weber/Putz*-Urteil zur Frage der Aus- und Einbaukosten als hochgradig überraschend angesehen werden. Je überraschender das vom EuGH gefundene Auslegungsergebnis einer Richtlinienregelung sei, desto mehr spreche gegen einen hypothetischen Willen des Gesetzgebers zu einer einheitlichen Auslegung. Das gegen eine „gespaltene Auslegung“ von *P. Bydlinski* (siehe unten 4.10.2.) vorgetragene Argument sei zu eng gefasst und müsse sich letztlich einer interpretatorischen Gesamtabwägung stellen, in welche nicht nur Begründungssätze des Europäischen Gerichtshofs, sondern auch am autonom-nationalen Recht orientierte Auslegungsgesichtspunkte einfließen könnten.

4.9.2. *P. Bydlinski* (Weite verschuldens-unabhängige Verkäuferhaftung nach Selbsteinbau durch den

Käufer?, ÖJZ 2011/93, 895 ff) stützt seine Präferenz für eine einheitliche Auslegung in der Aus- und Einbaukostenfrage hingegen darauf, dass das aus seiner Sicht zentrale und tragfähigste Argument des Europäischen Gerichtshofs, nämlich dass die Folgen der Schlechterfüllung derjenige zu tragen habe, der nicht ordnungsgemäß erfüllt habe, keine verbraucherrechtlichen Spezifika aufweise und somit keine sachlichen Gründe für eine Ungleichbehandlung von Verbraucher- und sonstigen Geschäften bestünden. Dabei stellt er auch klar, dass das Argument des Europäischen Gerichtshofs überschießend (weil grundsätzlich für alle Mangelfolgeschäden anwendbar) sei und somit von vornherein in seinem Anwendungsbereich beschnitten werden müsse.

4.10. Der Oberste Gerichtshof schließt sich in Beurteilung der gegenständlichen Rechtsfrage der Ansicht des BGH VIII ZR 226/11, die im deutschen Schrifttum weit überwiegende Zustimmung fand, und der überzeugenden Argumentation von *Faber* an. Aus dem Blickwinkel des österreichischen Gesetzgebers zum Umsetzungszeitpunkt muss das EuGH-Urteil in der Rechtssache *Weber/Putz* zur Frage der Aus- und Einbaukosten als außerordentlich überraschend angesehen werden. In Österreich war man sich vor dieser Entscheidung darüber einig, dass Aus- und Einbaukosten als Mangelfolgeschäden nur nach den Regeln des Schadenersatzrechts ersatzfähig sein sollten (RIS-Justiz RS0022916; 1 Ob 272/12v; *P. Bydlinski* in KBB³ § 933a Rz 10; *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 933a Rz 9). Schon dies spricht gegen einen hypothetischen Willen des Gesetzgebers zu einer einheitlichen Auslegung. „Ausbrechende“ Auslegungsergebnisse des Europäischen Gerichtshofs, mögen diese auch für die richtlinienkonforme Auslegung hinzunehmen sein, strahlen nicht auf das autonome

Recht aus. Soweit der Gesetzgeber selbst durch Schaffung von unionsrechtlich determinierten Sonderregeln seinen Willen zur einheitlichen Umsetzung relativiert hat, kommt eine „gespaltene Auslegung“ grundsätzlich in Betracht, weil sie nur bereits bestehenden Sonderregeln (zB §§ 474 ff BGB; § 9 KSchG) eine weitere hinzufügt. Es muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber bei Kenntnis der konkreten unionsrechtlichen Vorgabe betreffend die Aus- und Einbaukostenfrage auch diese im Rahmen der allgemeinen bzw der Sonderregeln umgesetzt hätte.

4.11. Die insbesondere anhand des Wortlauts der Verbrauchsgüterkauf-RL 1999/44/EG richtlinienkonforme Auslegung des § 932 Abs 2 ABGB ist somit auf Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern (§ 1 KSchG) beschränkt und erstreckt sich nicht auf Kaufverträge zwischen Unternehmern oder zwischen Verbrauchern. Es kann nicht angenommen werden, dass es dem Willen des österreichischen Gesetzgebers entspräche, eine so weitgehende Ausdehnung der Nachlieferungspflicht, wie sie der Europäische Gerichtshof in den Rechtssachen C-65/09 (*Weber*) und C-87/09 (*Putz*) für den Verbrauchsgüterkauf verbindlich vorgenommen hat, im Wege richtlinienkonformer Auslegung über den Verbrauchsgüterkauf hinaus auch auf andere Kaufverträge zu erstrecken.

5.1. Beim Landesgericht Feldkirch wurde zu 7 Cg 149/06s das Verfahren gegen die M***** GmbH - im gegenständlichen Verfahren ursprünglich Erstbeklagte - geführt. Die Klägerin hat in derselben Klagsschrift, gestützt ua auf Schadenersatz und Gewährleistung, für die Position „Estrich und Dämmung neu“ einen Ersatz von 35.149,96 EUR begehrt. Wie aus der damals vorgelegten Urkunde Beilage ./H ersichtlich, umfasst dieser

Betrag auch die Kosten der neuen Trittschalldämmplatten im Ausmaß von 722,21 m² (8.897,63 EUR netto). Das Landesgericht Feldkirch wies das gesamte Klagebegehren ab. Die M***** GmbH haftete nicht für die geltend gemachten Mangelfolgeschäden, weil sie weder rechtswidrig noch schuldhaft gehandelt habe. Gewährleistungsansprüche für die gelieferten Trittschalldämmplatten habe die Klägerin nicht geltend gemacht.

Tatsächlich hat die Klägerin aber einen Gewährleistungsanspruch gegen ihre Vertragspartnerin, die M***** GmbH geltend gemacht. Dieser umfasst den Ersatz der Kosten der Trittschalldämmplatten.

5.2. Ausgehend von der oben (Punkt II.3.) dargelegten Subsidiarität des Anspruchs der Klägerin gegenüber der Beklagten aus der Verletzung des zwischen der Beklagten und der M***** GmbH bestehenden Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hat die Klägerin daher keinen Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens von 8.897,63 EUR netto gegen die Beklagte. Sie hätte diesen Anspruch gegen die M***** GmbH hier in einem Rechtsmittelverfahren zu 7 Cg 149/06s des Landesgerichts Feldkirch durchsetzen können und müssen.

6. Das bloße Vermögen dritter Personen wird nach der Rechtsprechung in den Schutzbereich solcher Verträge nicht einbezogen (RIS-Justiz RS0022475; RS0017068 [T1]). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht nur dann, wenn die Hauptleistung gerade einem Dritten zukommen soll (2 Ob 191/06m mwN; RIS-Justiz RS0022475 [T1]; *Karner* in KBB² § 1295 Rz 19 mwN; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 1295 Rz 61 mwN). Dies ist hier der Fall. Da die Beklagte in Kenntnis davon war, dass die Trittschalldämmplatten mit der zugesagten

Belastbarkeit von 10 kN/m² für die Baustelle des Objekts „P*****“ benötigt werden, kommt es nicht darauf an, dass sie nicht genau wusste, in welchen Teilen des Objekts die Trittschalldämmplatten eingebaut würden.

Der Revision der Beklagten war daher teilweise Folge zu geben. Der vom Erstgericht zugesprochene Schadenersatzbetrag (Bruttobetrag) war um den Mangelschaden, nämlich die (Brutto-)Kosten für die neuen Trittschalldämmplatten (8.897,63 EUR netto = 10.677,16 EUR brutto), zu kürzen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 Satz 1 letzter Halbsatz und Abs 3 Satz 1 ZPO (9 Ob 6/14v).

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 25. März 2014
Dr. H o p f
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung:

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

19.10.1999

Geschäftszahl

4Ob265/99w

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Margareta K***** KEG, *****, vertreten durch Dr. Ulrike Hauser, Rechtsanwältin in Salzburg, wider die beklagte Partei Mag. Günter A*****, vertreten durch Univ. Prof. Dr. Friedrich Harrer und Dr. Iris Harrer-Hörzinger, Rechtsanwälte in Salzburg, wegen 5.000.000 S sA, infolge Rekurses der beklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 5. Mai 1999, GZ 2 R 37/99w-35, womit das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 10. September 1998, GZ 9 Cg 244/96z-25, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text**Begründung:**

Der ÖBB-Bedienstete Franz K*****, der das Gefühl hatte, sich in seinem Beruf nicht verwirklichen zu können, gründete als Kommanditist mit seiner Ehegattin Margareta als persönlich haftende Gesellschafterin die seit 13. 11. 1992 im Firmenbuch zu FN ***** eingetragene Klägerin in der Absicht, sich selbständig zu machen und ein Papiergeschäft in M***** zu betreiben. Auslösend für diesen Schritt waren Klagen von Eltern im Elternforum der Hauptschule M***** darüber, dass kein Papiergeschäft in der Nähe existiere. Der Beklagte ist selbständiger Berater in der Papier-, Büro- und Schreibwarenbranche.

Die Klägerin begehrt vom Beklagten Schadenersatz in Höhe von 5 Mio S sA mit dem Vorbringen, der Beklagte habe im September 1993 in ihrem Auftrag eine betriebswirtschaftliche Gesamtdurchleuchtung des Unternehmens der Klägerin in M***** ausgearbeitet, ohne die Klägerin vor einer Betriebsfortführung zu warnen. Bei richtiger Beurteilung hätte der Beklagte bereits damals den Rat zur Liquidation erteilen müssen. Darüber hinaus sei der Beklagte Ende 1993 mit der Beratung und Ausarbeitung von Planungsunterlagen im Zusammenhang mit der Eröffnung eines weiteren Geschäfts in O***** beauftragt worden und habe die Ansicht vertreten, für eine Geschäftseröffnung sei Eigenkapital nicht erforderlich; auch habe er der Klägerin von der Erweiterung ihres Unternehmens nicht abgeraten. Die vom Beklagten ausgearbeiteten Planungsunterlagen seien völlig unrichtig und wiesen erhebliche Mängel auf; so seien die Umsatzzahlen völlig willkürlich und ohne jede Grundlage festgesetzt worden; auch habe der Beklagte keine Markt-, Potential-, Konkurrenz- oder Portfolioanalyse, keinen Chancen-Risiken-Katalog, kein Stärke-Schwäche-Profil und keine Bedarfserhebung erstellt. Infolge der unterbliebenen Warnungen des Beklagten und entgegen dessen positiven Aussagen habe die Klägerin immer größere Verluste erwirtschaftet, weil ihre Gesellschafter als betriebswirtschaftliche Laien den Ratschlägen des Beklagten vertraut hätten. Der Beklagte hafte als Sachverständiger für seine grob falsche und geradezu laienhafte Beratung. Hätte der Beklagte den richtigen Rat erteilt, so wäre das Geschäft in M***** geschlossen worden, die Investitionen in O***** wären unterblieben. Die Passiva der Klägerin bei Eröffnung des Geschäfts in O***** hätten rund 2.000.000 S betragen und seien in der Folge auf rund 7.000.000 S angewachsen; dieser Schaden sei auf die falsche Beratung des Beklagten zurückzuführen.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Im Zeitpunkt der ersten Kontaktaufnahme zwischen den Streitparteien im Sommer 1993 seien für das am 4. 12. 1992 eröffnete Geschäft in M***** keine aussagekräftigen Umsatzdaten vorgelegen, die Gesamtumsatzentwicklung (entsprechend den Saldenlisten bis August 1993) sei jedoch ständig steigend gewesen; auch wären die umsatzstärksten Monate in der Papierwarenbranche von September (Schulanfang) bis Dezember (Nikolaus, Weihnachten) noch bevorgestanden. Eine Grobplanung habe für 1994 ein praktisch ausgeglichenes Ergebnis ergeben; zur Warnung vor einer Betriebsfortführung oder gar zur Empfehlung, das Unternehmen zu liquidieren, habe somit im Sommer/Frühherbst 1993 kein Grund bestanden. Der Beklagte habe der Klägerin vielfältige Verbesserungsmaßnahmen vorgeschlagen, die von der Klägerin aber zum größten Teil nicht umgesetzt worden seien. Diese Säumnisse könnten dem Beklagten nicht angelastet werden. Hinsichtlich des Geschäfts in O***** sei die Klägerin an den Beklagten nicht mit der Frage herangetreten, ob eine Unternehmenserweiterung unternehmerisch und betriebswirtschaftlich sinnvoll sei, sondern habe ihn vielmehr mit der Tatsache der Eröffnung dieses zweiten Geschäfts konfrontiert. Der Beklagte, der (nur) die Aufgabe gehabt habe, ein Budget für die Klägerin zu erarbeiten, habe die ihm erteilten Aufträge fachgerecht durchgeführt. Im kleinunternehmerischen Bereich seien Marktanalysen völlig unüblich. Der Beklagte könne nur Empfehlungen geben; die unternehmerische Umsetzung der Vorschläge habe durch die Klägerin zu erfolgen. Wenn es der Klägerin letztlich nicht gelungen sei, ihre unternehmerischen Ziele zu erreichen, so könne die Verantwortung dafür nicht dem Unternehmensberater zugewiesen werden. Der Höhe nach sei der geltend gemachte Anspruch offensichtlich frei erfunden, das Klagebegehren daher unschlüssig.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es stellte im wesentlichen folgenden Sachverhalt fest: Franz K***** ließ sich vor der Unternehmensgründung vom Bürgermeister von M*****, der selbst Geschäftsmann war, sowie von der Unternehmensgründungsberatungsabteilung der Kammer der gewerblichen Wirtschaft beraten. Die Klägerin mietete ein freigewordenes Geschäftslokal in M***** an und betrieb darin ab Dezember 1992 ein Papierwarengeschäft. In der Folge war Franz K***** der Ansicht, dass das Geschäft der Klägerin zu klein sei, um Erfolg zu haben, und es daher notwendig sein werde, für die Zukunft Kooperationsvereinbarungen zu treffen. Es wurde daher ein Kontakt zu einem in Österreich im Schreibwarenssektor führenden Unternehmen (P*****) hergestellt. Ein Mitarbeiter dieses Unternehmens begutachtete daraufhin den Geschäftsbetrieb in M*****, fand ihn aber zu klein für die Aufnahme in eine Partnerschaft. Im Frühsommer 1993 erfuhr die Klägerin, dass der Vermieter ihres Geschäfts in M***** beabsichtigte, sein Drogeriegeschäft in O*****, das sich ebenfalls in guter Lage befand, aufzugeben und dieses zu vermieten. Franz K***** zeigte sein Interesse an einer Anmietung dieses Geschäftslokals, weil er meinte, es würde bei der dann möglichen Größe leichter sein, eine Partnerschaft mit der P***** einzugehen. Vor dieser Entscheidung nahm die Klägerin aber das Angebot der Handelskammer S***** in Anspruch, betriebswirtschaftliche Beratungsleistungen gefördert bzw Kosten von derartigen Leistungen rückerstattet zu erhalten, und beauftragte auf Empfehlung ihres damaligen Steuerberaters den Beklagten, eine betriebswirtschaftliche Beratung durchzuführen. Die Gesellschafter der Klägerin hatten damals verschiedene Zukunftsideen wie beispielsweise die Erweiterung ihrer Produktpalette um Bücher und CD; außerdem zogen sie eine Zusammenarbeit mit Matthias S***** in Erwägung, der überlegte, sich an der Gesellschaft zu beteiligen und Produkte und/oder Dienstleistungen aus dem EDV-Bereich anzubieten. Dem Beklagten gegenüber wurde zwar erwähnt, dass man allenfalls beabsichtigte, das Unternehmen zu vergrößern und ein Geschäft in O***** zu eröffnen; ein ausdrücklicher Auftrag, eine betriebswirtschaftliche Überprüfung des weiteren Standorts und der Machbarkeit dieser Zusatzinvestition vorzunehmen, wurde dem Beklagten aber nicht erteilt. Entsprechend dem Auftrag führte der Beklagte eine betriebswirtschaftliche Beratung durch, wobei er am 22. 9. 1993 mit seinem PC im Geschäftslokal in M***** war, hier über verschiedene EDV-Programme Analysen auf seinem PC durchführte und dann die ermittelten Zahlen direkt auf dem Bildschirm ersichtlich machte. Zur Verfügung standen damals lediglich die Bilanz des sehr kurzen Rumpffjahrs 1992 und die Saldenlisten bis August 1993. Der Beklagte erstattete seinen Bericht auf Grund der ihm bekannt gegebenen Daten und verfasste einen umfangreichen Katalog mit Verbesserungsmaßnahmen im Personalbereich (zB Umsatzbeteiligungen mit ausführlichen Planungen zur Erhöhung der Motivation der Mitarbeiter) und im Organisationsbereich (zB Gestaltung des Geschäfts). Erfahrungsgemäß benötigt ein vergleichbares Unternehmen nach Neueröffnung drei Jahren, bis es eingeführt ist, wobei zwei Drittel des Umsatzes im zweiten Halbjahr erwirtschaftet werden, weil in diesem der Schulbeginn und Weihnachten als Zeiten erhöhter Frequenz liegen. Der Bericht wurde am 12. 10. 1993 abgeliefert. Für seine Leistungen verrechnete der Beklagte der Klägerin mit Rechnung vom 12. 10. 1993 ein Gesamtbruttlohonorar von 8.445,12 S, wovon der Klägerin vom WIFI der Handelskammer S***** die Kosten der Betriebsberatung und das Kilometergeld, insgesamt 6.558,80 S, ersetzt wurden. Der Beklagte wurde damals nicht gefragt, ob das Geschäft zu liquidieren sei und ob ein weiteres Geschäft eröffnet werden solle. Über die wirtschaftliche Möglichkeit einer weiteren Standorteröffnung wurde nicht konkret gesprochen, wenn auch davon die Rede war, dass die Klägerin verschiedene Produkterweiterungen plane. Es ist allerdings auch darüber gesprochen worden, ob es wirtschaftlich möglich sei, ohne Eigenkapital einen weiteren Standort zu finanzieren, was der Beklagte nicht grundsätzlich und von vorneherein ausgeschlossen hat. Bereits am 1. 6. 1993 hatte der Beklagte der Klägerin folgendes - auszugsweise wiedergegebene - Anbot für eine betriebswirtschaftliche Beratung gestellt:

"Ausgangssituation: Seit Dezember 1992 wird in M***** ein Papierwarenfachgeschäft betrieben. Es wird nun überlegt, ein weiteres Fachgeschäft in O***** mit Jänner 1994 zu eröffnen.

Beratungsgegenstand: Es soll eine Planungsrechnung (Budget) für das Geschäft in O***** erstellt werden und bei Einbeziehung des laufenden Geschäftes in M***** um eine Entscheidungsgrundlage für oder gegen das geplante Projekt zu erhalten.

Das Angebot umfaßt:

- 1.) Erfolgsrechnung auf Monatsbasis (...)
- 2.) Erstellen des Finanzplanes (...)
- 3.) Erstellen der Planbilanz (...)

Optional:

- 4.) Soll-Ist-Vergleich (...)
- 5.) Bei Abweichungen ... wird ein Maßnahmenkatalog erstellt ...

Kosten:

Für die betriebswirtschaftliche Beratung wird ein Pauschalsatz verrechnet, der folgende Leistungen inkludiert:

1. Besichtigen des geplanten Geschäftes und Geschäftsumfeldes in O*****.
2. Ausarbeiten der Erfolgsrechnung auf Monatsbasis (für 1 Jahr) getrennt nach den Geschäften

M***** und

O*****.

3. Erstellen des Finanzplanes und der Planbilanz.
4. Planungsgespräch (0,5 Tage).
5. Abschlussbericht.
6. Abschlussgespräch.

Beratungspauschale öS 18.000

zuzügl Spesen:

Kilometergeld: öS 4,30/km

Fahrzeitvergütung: öS 2.-/km

Ersatz von eventuellen Barauslagen

Des weiteren kann ich Ihnen die oben beschriebenen Punkte 4. und 5. (Soll-Ist-Vergleich und Maßnahmenkatalog) wie folgt anbieten:

Soll-Ist-Vergleich pro Quartal ÖS 5.000

Alle Angaben verstehen sich exklusive Mehrwertsteuer.

Dieses Angebot ist gültig bis 15. Juli 1993"

Dieses Angebot hat die Klägerin nicht angenommen.

Zwischen 12. 10. 1993 und 12. 1. 1994 hat kein persönlicher Kontakt zwischen den Streitparteien stattgefunden, es kann allerdings auch nicht ausgeschlossen werden, dass Franz K***** und der Beklagte in dieser Zeit telefoniert haben. Allerdings steht ein Telefongespräch mit dem Inhalt, dass der Beklagte auf die Frage, ob es betriebswirtschaftlich möglich und ratsam sein würde, den weiteren Standort in O***** zu eröffnen, dies empfohlen habe, nicht fest. Am 12. 1. 1994, also noch vor der Eröffnung des Geschäftes in O***** am 25. 2. 1994, aber schon nachdem sie die Entscheidung zur Unternehmenserweiterung gefasst hatte, erteilte die Klägerin dem Beklagten den - wiederum von der Handelskammer S***** geförderten - Auftrag, eine Budget- und Finanzplanung für das Jahr 1994 - sowohl für das Geschäft in M***** als auch für jenes in O***** - zu erstellen. Diese Grobplanung wurde mittels eines EDV-Programms durchgeführt, wobei die Ziele von Seiten der Klägerin als Unternehmer vorgegeben wurden und der notwendige Umsatz auf Basis dieser angegebenen Zielzahlen hochgerechnet wurde. Der Beklagte fand die sich bei dieser Berechnung ergebenden Umsatzzahlen auf Grund seiner Erfahrungswerte durchaus plausibel. Standort- und Marktanalysen oder irgendwelche sonstigen Erhebungen wurden nicht durchgeführt; dies war auch nicht vom Auftrag umfaßt. Eine persönliche Kontaktaufnahme erfolgte nur am 12. 1. 1994; die an diesem Tag bereits auf dem Bildschirm des Computers ermittelten Daten fasste der Beklagte in einen Bericht, den er 12 Tage vor Geschäftseröffnung in O***** an die Klägerin übersandte.

Im weiteren wurden dann beide Geschäfte in O***** und in M***** geführt und teilweise auch die im Maßnahmenkatalog des Beklagten enthaltenen Ratschläge befolgt, teilweise jedoch nicht. Nachdem die Saldenlisten für das erste halbe Jahr komplett vorhanden waren, erkannte Franz K*****, dass die geplanten bzw angenommenen Umsätze bei weitem nicht erreicht wurden. Es wurde dann der Beklagte kontaktiert und dieser korrigierte auf Grund der bekannten Daten die Eingabewerte im EDV-Programm, woraufhin er ungefähr jene korrigierten Ergebniszahlen erhielt, wie sie dann auch tatsächlich erreicht wurden. Er wurde damals - da es in dieser Situation notwendig war - auch damit beauftragt, für die Ausweitung des Kreditrahmens zu sorgen und bessere Konditionen mit den Banken zu verhandeln; für diese Tätigkeiten kassierte er ein Honorar in Höhe von ca 3.000 S. In rechtlicher Hinsicht folgte das Erstgericht, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass es Gegenstand des von der Klägerin an den Beklagten erteilten Auftrags gewesen wäre zu überprüfen, ob man den Betrieb in M***** zusperrt oder einen weiteren Betrieb in O***** eröffnen sollte. Die an den Beklagten erteilten Aufträge hätten nur dazu gedient, auf Grund von bekannten Größen wie Fixkosten, resultierend aus

Personal-, Miet- und Betriebskosten, Einrichtungskosten sowie Finanzierungskosten den notwendigen Umsatz abzuleiten; es sei jedoch nicht Gegenstand des Auftrags gewesen, eine Grundlagenforschung einschließlich einer genauen Marktanalyse durchzuführen. Im Hinblick auf diesen Inhalt und den Umfang des Beratungsauftrags, den die Klägerin dem Beklagten erteilt habe, bedeute es eine Überspannung des Haftungsmaßstabs, wenn man den Beklagten als Unternehmensberater dafür verantwortlich machte, nicht gewarnt zu haben. Es sei vielmehr Aufgabe des Beklagten gewesen, im Rahmen des ihm erteilten Auftrags Hilfestellungen zu geben und Zahlenmaterial zu liefern, dessen Beurteilung dann der Klägerin selbst obliegen wäre.

Das Berufungsgericht hob dieses Urteil auf und trug dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Es sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof mangels Rechtsprechung zum Haftungsumfang eines Unternehmensberaters zulässig sei. In der Rechtsprechung zu § 1300 ABGB sei anerkannt, daß auch in der Unterlassung der vom anderen Teil geforderten Aufklärung ein nachteiliger Rat gelegen sein könne, wenn der Ratgeber den Irrtum des anderen erkenne und damit rechnen müsse, daß dieser ohne die geforderte Aufklärung auf eine ihm nachteilige Weise handeln werde. Bei einer betriebswirtschaftlichen Beratung wie der hier vorliegenden bestehe zumindest eine Nebenverpflichtung dahin, den Auftraggeber über betriebswirtschaftlich notwendige Maßnahmen aufzuklären. Es lasse sich aber den Feststellungen nicht entnehmen, ob 1993 schon eine hinreichende Indikation für eine Schließung des Geschäfts in M***** vorgelegen sei. Ebenso sei der genaue Auftragsumfang der zwischen den Streitparteien zwischen Anfang Juni 1993 und Frühjahr 1994 längerdauernd bestehenden Geschäftsbeziehung nicht genau nachvollziehbar. Auch der Auftrag, eine Budget- und Finanzplanung für das Jahr 1994 zu erstellen, umfasse die Nebenpflicht, die Klägerin - bei Vorliegen eines entsprechenden Sachverhalts - auf ihre Fehlentscheidung der Unternehmenserweiterung hinzuweisen. Die Abgrenzung zwischen Unternehmensberatung und unternehmerischem Risiko sei fließend; umso mehr müsse von einem Unternehmensberater gefordert werden, den Inhalt des mit seinem Klienten abgeschlossenen Vertrags klar zu umreißen und insbesondere seinem Vertragspartner gegenüber auch darzulegen, was nicht vom Auftrag umfasst sei. Der vorliegende Sachverhalt biete hinreichend Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte seinen Aufklärungs- und Warnpflichten nicht nachgekommen sein könnte. Diese Frage könne aber noch nicht abschließend beurteilt werden. Der konkrete Leistungsumfang der dem Beklagten erteilten Aufträge sei ebenso mit den Parteien zu erörtern und konkret festzustellen wie der Inhalt von Gesprächen zwischen den Streitparteien im Zeitraum Mai 1993 bis 12. 1. 1994 auch außerhalb eines konkreten Auftragsverhältnisses, aus denen die Klägerin möglicherweise den Eindruck habe gewinnen können, der Beklagte würde eine Unternehmenserweiterung befürworten. Schließlich sei zu klären, in welcher konkreten wirtschaftlichen Situation sich die Klägerin derzeit befinde und welchen Verlauf ihre Entwicklung in den letzten sechs Jahren genommen habe. Dabei könnte sich herausstellen, dass die Nichtwarnung des Beklagten letztlich - ex post betrachtet - ohnehin richtig gewesen sei. Erscheine allerdings eine Betriebsschließung angeraten, müsse klargestellt werden, ab wann und wodurch das Unternehmen der Klägerin eine negative Entwicklung genommen habe; dem Beklagten könnten nämlich Umstände, die sich erst Jahre nach seinem Tätigwerden ergeben hätten, nicht mehr zur Last gelegt werden.

Der Rekurs des Beklagten ist zulässig; das Rechtsmittel ist aber nicht berechtigt.

Rechtliche Beurteilung

Der Beklagte bekämpft die Auffassung des Berufungsgerichts, er wäre verpflichtet gewesen, gegenüber der Klägerin darzulegen, was nicht Gegenstand seines Auftrags sei. Allein auf Grund der vorliegenden Urkunden könne kein Zweifel daran bestehen, dass der Beklagte seine Tätigkeit für die Klägerin auf die Ausarbeitung von Planrechnungen (Budgets) beschränkt habe. Ein Budget liefere zwar wertvolle Orientierungshilfe für den Unternehmer, es könne aber vom Berater nicht Gewähr dafür geboten werden, dass die prognostizierten Zahlen auch erreicht würden. Ein anderes Verständnis führte dazu, dass das unternehmerische Risiko vom Unternehmer auf den Unternehmensberater überginge. Ein Unternehmensberater sei nicht verpflichtet, einem Klienten vor Geschäftseröffnung grundsätzlich zu empfehlen, Markterhebungen oder vergleichbare empirische Analysen durchführen zu lassen. Schließlich stelle es einen unüberbrückbaren Widerspruch dar, wenn die Klägerin einerseits ihr Unternehmen bereits im siebenten Jahre führe, andererseits aber behaupte, es richtigerweise schließen zu müssen. Die Höhe des Klagebegehrens sei weiterhin rechnerisch nicht nachvollziehbar, die Klage deshalb wegen Unschlüssigkeit abzuweisen. Dazu ist zu erwägen:

§ 1299 ABGB regelt - in einer demonstrativen Aufzählung (SZ 60/236) - die Sorgfaltspflicht von Personen, die ein qualifiziertes Gewerbe öffentlich ausüben. Dazu zählen nach der Rechtsprechung alle Berufe, die eine besondere Sachkenntnis und Anstrengung erfordern, gleichgültig, ob sie selbständig oder unselbständig ausgeübt werden (ecolex 1996, 167), so vor allem die freien Berufe (Arzt, Rechtsanwalt, Notar, Steuerberater, Architekt, Ziviltechniker uä), bei denen die beratende Tätigkeit im Vordergrund steht. Nach derselben Bestimmung haftet aber auch, wer im Einzelfall eine Begutachtung übernommen hat (Harrer in Schwimann, ABGB2 § 1299 Rz 1 mwN). Normiert wird ein gegenüber den allgemeinen Regeln (§ 1297 ABGB) verschärfter Sorgfaltsmaßstab, der sich an den typischen und demnach objektiv bestimmten Fähigkeiten eines Angehörigen des betreffenden Verkehrskreises bestimmt; entscheidend ist der Leistungsstandard der betreffenden Berufsgruppe (Reischauer in Rummel, ABGB2 § 1299 Rz 2 mwN; SZ 60/236 mwN; JBl 1988, 783; WBl 1989, 280; EvBl 1990/174). Das Ausmaß der Sorgfaltspflicht darf allerdings auch nicht überspannt werden (SZ 54/116 = EvBl 1982/3). Die

Beweislast für das Vorliegen einer Sorgfaltswidrigkeit trifft denjenigen, der daraus Ansprüche ableitet (RZ 1992/52), jene für die Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt den zur Sorgfalt Verpflichteten (ecolex 1993, 238). Die Rechtswidrigkeit eines schadensstiftenden Verhaltens (§ 1294 ABGB) kann gleichermaßen in einem aktiven Tun wie in einem Unterlassen liegen, sofern eine Pflicht zum Tun bestand (Reischauer aaO § 1294 Rz 3 mwN; SZ 57/140, wonach auch der unterlassene Hinweis auf die Unsicherheit eines Sachverständigengutachtens haftungsbegründend sein kann). Als besondere Vertragsform der Wirtschaft hat sich der Consultingvertrag (Unternehmensberatungsvertrag) herausgebildet (zum Folgenden: Martinek in Staudinger, BGB13 § 675 Rz C 104 ff). Abgeschlossen zwischen einem Auftraggeber als dem Klienten und einem Berater oder Consultant, hat er die entgeltliche Erbringung von kaufmännisch-betriebswirtschaftlichen ("Management Consulting") oder ingenieurwissenschaftlich-technischen (Consulting Engineering) Beratungsleistungen des Consultant für den Klienten zum Gegenstand. Der Klient wendet sich mit seinem Problemlösungsbedarf an einen Consultant, weil er selbst nicht über hinreichende Kenntnisse und Erfahrungen nach dem Stand der Wissenschaft und Technik verfügt und einen unabhängigen und unvoreingenommenen Experten mit fachspezifischem Know-how braucht, der ihm abgesichert kalkulierte Lösungsvorschläge unterbreitet und abgewogen begründete Entscheidungsmöglichkeiten aufzeigt. Der Consultant ist ein Fachmann für Unternehmensberatung, etwa für betriebswirtschaftliche Organisationsfragen, der seine Fachkenntnisse gegen Honorarzahlung an den Auftraggeber heranträgt. Typischerweise vermittelt er dem Klienten lediglich sein Expertenwissen; er begehrt und erhält aber vom Klienten keine Entscheidungsbefugnisse, um die erarbeiteten und vorgeschlagenen Problemlösungen selbst zu realisieren. Dies obliegt vielmehr ausschließlich dem Auftraggeber. Im Regelfall ist der Consultingvertrag auf Problemerkennung und Problemlösung und auf Anwendung von Wissen und Erfahrung durch den Consultant selbst zur Lösung der Probleme des Klienten angelegt; das Beratungsentgelt wird zumeist nach der Arbeitsdauer des Spezialisten oder aber als Erfolgshonorar berechnet und als Entgelt für seine geleisteten Dienste oder ein von ihm erbrachtes Arbeitsergebnis geschuldet. Management Consultant und Klient können praktisch sämtliche betriebliche Aufgaben und Tätigkeiten - einzelne oder alle - zum Beratungsgegenstand erheben. Als Beratungsfelder lassen sich die Beschaffung, die Material- und Lagerwirtschaft, die Leistungserstellung, die Finanzierung und Investition, der Absatz und das Marketing, der Transport, das Personalwesen, die Verwaltung und Kontrolle sowie die Unternehmensleitung im engeren Sinne unterscheiden. Neben den Beratungsgebieten werden im Management Consulting verschiedene Beratungsarten unterschieden, die sich entsprechend den Bedürfnissen der Unternehmen in der Praxis herausgebildet haben. Ziel der Ganzheitsberatung ist es, eine ganzheitliche Beurteilung aller betrieblichen Abläufe in ihrem Zusammenwirken, in ihrer Abhängigkeit voneinander und Bezogenheit aufeinander und unter Einbeziehung aller außerbetrieblichen Einwirkungsfaktoren zu ermöglichen, um durch zielgerichtete Verbesserungsmaßnahmen das Gesamtniveau des Unternehmens auf breiter Basis anzuheben. Die Schwerpunktberatung konzentriert sich demgegenüber auf bestimmte betriebliche Funktionsbereiche, in denen der Auftraggeber (oder der Consultant bei einer Vorprüfung) bereits eine Schwachstelle und einen Verbesserungs- oder Vorschlagsbedarf vermutet. Die Spezialberatung zielt hingegen auf die Erarbeitung von Problemlösungen innerhalb eng begrenzter Aufgabenstellungen. Der Consultingvertrag kann seiner vielfältigen Erscheinungsformen wegen nicht einheitlich einem gesetzlichen Schuldvertragstyp zugeordnet werden. Vielmehr kann nur eine Rechtsnaturbestimmung im konkreten Einzelfall zu einer dienstvertraglichen oder werkvertraglichen Qualifizierung oder aber auch zu einer Einordnung als Typenkombinationsvertrag aus dienst- und werkvertraglichen Elementen führen. Nur in den Ausnahmefällen einer Tätigkeit als Consulting Agent mit selbständigen vermögensbezogenen Entscheidungsbefugnissen und mit weisungsgebundener Interessenwahrungspflicht, also als Verwalter und Betreuer fremden Vermögens, fließt auch eine geschäftsbesorgungsvertragliche Komponente in das Vertragsverhältnis ein. Einem Consultingvertrag kommt dann allein dienstvertragliche Rechtsnatur zu, wenn er tätigkeitsbezogen auf die Beratungsleistung als solche, auf das Wirken und die Arbeitsleistung des Consultant, ausgerichtet ist. Dieser schuldet theoretisch-analytische und praktisch-kreative Geistestätigkeit und muß die gefundenen Problemlösungen seinem Auftraggeber darlegen und vermitteln; ein Erfolgsrisiko trifft ihn nicht. Demgegenüber kommt einem Consultingvertrag rein werkvertragliche Rechtsnatur zu, wenn er erfolgsbezogen auf die Herbeiführung eines wertschöpfenden Arbeitsergebnisses des Consultant abzielt, das auch unkörperlich sein kann (zB Herstellung von Computersoftware). Hier erfüllt der Consultant als Werkunternehmer erst durch den Erfolgeintritt und trägt ein Unternehmerrisiko. So hat etwa der Auftrag zur Erstellung einer konkreten Markt- oder Standortanalyse oder eines bestimmten Organisationsplans regelmäßig werkvertragliche Natur, wobei der Consultant in diesen Fällen in aller Regel nur für den Erfolg der fehlerfreien, richtigen Marktanalyse oder des ordentlichen, verwendbaren Organisationsplans eintreten will, hingegen keine Erfolgshaftung für weitere wirtschaftliche Folgen übernehmen will, die sich der Klient von der Umsetzung des Beratungsergebnisses verspricht, es sei denn, dass der Consultant ausnahmsweise auch insoweit eine weitergehende Garantie übernimmt.

Hirte (Berufshaftung, 357 ff) unterscheidet bei der Haftung für komplexe Dienstleistungen zwischen dem Verantwortungsbereich des Leistungsschuldners und dem Verwendungsrisiko des Abnehmers: Durch eine Zerlegung der geschuldeten Dienstleistungen in Einzelelemente wird erreicht, dass an die Stelle eines schwer zu definierenden Endzwecks (wie beim Arzt etwa die "Gesundung des Patienten" oder beim Rechtsanwalt der "Erfolg im Rechtsstreit") klar fassbare und damit nachprüfbare Einzelleistungen treten. Die Summe der Einzelleistungen kann, muß aber nicht den letzten Zweck ergeben. Bleibt diese Summe hinter dem Gesamtziel zurück, so beschreibt das auftretende "Loch" das vom Abnehmer zu tragende Verwendungsrisiko, das nicht in

den Verantwortungsbereich des Leistungsschuldners fällt. An der Spitze jeder Feststellung von Schlechterfüllung oder haftungsbegründender Pflichtverletzung hat daher zunächst eine möglichst exakte Festlegung der geschuldeten Pflichten zu stehen; sodann ist das Verhältnis der Pflichten zueinander festzulegen, wobei einzelne Teilpflichten eine so große Bedeutung haben können, dass ihre Verletzung allein zur Mangelhaftigkeit der gesamten Leistung führt oder zu einem Schadenersatzanspruch berechtigt. Schließlich hat die Feststellung zu erfolgen, ob und in welchem Umfang die geschuldeten Pflichten verletzt wurden. Weil es eine mathematisch exakte Feststellung von Pflichtverletzungen bei Dienstleistungen nicht gibt und empirische Verfahren zur Feststellung von Qualitätsmängeln nur in seltenen Fällen zur Verfügung stehen, bedarf es oft schwieriger Einzelfallfeststellungen.

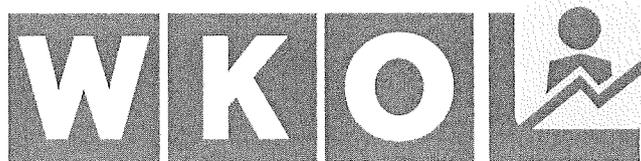
Folgt man diesen Grundsätzen, ist dem Berufungsgericht zunächst darin beizupflichten, dass der Beklagte unter jene Personengruppe fällt, die dem verschärften Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB unterliegt. Auch ein Unternehmensberater erbringt nämlich gegen Entgelt eine vorwiegend beratende Tätigkeit, die besondere Sachkenntnis erfordert. Die Konkretisierung des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabs im Schadenersatzprozeß verlangt einen Vergleich zwischen dem tatsächlichen Verhalten des Beklagten mit dem (gedachten) Alternativverhalten eines gewissenhaften Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises (Harrer aaO § 1300 Rz 1). Es ist dem Berufungsgericht daher auch darin zu folgen, dass der konkrete Inhalt des dem Beklagten erteilten Auftrags präzise festgestellt werden muß; dass es sich bei der Tätigkeit des Beklagten um eine "betriebswirtschaftliche Beratung" gehandelt habe, ermöglicht jedenfalls noch keine Beurteilung, ob nun eine Ganzheits-, Schwerpunkt- oder Spezialberatung vorlag, sowie welche Leistungspflichten den Beklagten trafen. Erst wenn der genaue Auftragsumfang feststeht, kann beurteilt werden, ob die Ergebnisse der Beratungstätigkeit des Beklagten vollständig und richtig, seine Leistung daher insgesamt mangelfrei war, oder ob der behauptete Leistungsmangel (nämlich eine unzureichende Aufklärung der Klägerin über notwendige unternehmerische Entscheidungen) einen Folgeschaden im Vermögen der Klägerin nach sich gezogen hat.

Sollte sich danach etwa ergeben, dass die Klägerin den Beklagten nur im Rahmen einer Spezialberatung mit der Problemlösung innerhalb einer eng begrenzten Aufgabenstellung (beispielsweise einen Budgetplan für das Jahr 1994 zu erstellen) betraut hat, könnte die von der Klägerin als Sorgfaltswidrigkeit behauptete Unterlassung der Empfehlung, das Unternehmen in M***** einzustellen, nur dann haftungsbegründend sein, wenn aus den dem Beklagten damals zur Verfügung stehenden Unterlagen klar erkennbar gewesen wäre, dass eine Fortführung des Unternehmens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit aussichtslos sein muß und zu keinem wirtschaftlichen Erfolg führen kann. Ebenso käme eine Haftung des Beklagten wegen unterlassener Warnung vor einer Expansion des Unternehmens durch Eröffnung eines weiteren Geschäfts in O***** nur dann in Betracht, wenn die Parteien auch diese unternehmerische Entscheidung zum Beratungsgegenstand erhoben haben oder diese Investitionsfrage auf Grund ihres thematischen Zusammenhangs vom Beklagten zumindest im Rahmen anderer Aufgabenstellungen mitzubedenken gewesen wäre. In diesem Zusammenhang ist das Argument des Beklagten nicht von der Hand zu weisen, dass der langjährige Bestand des Unternehmens, verbunden mit einem angeblichen Schuldenabbau, der Annahme einer sorgfaltswidrigen Unterlassung ebenso entgegenstehen kann wie das von der Klägerin selbst in Auftrag gegebene Gutachten von Univ. Prof. Ing. Mag. Dr. S*****, nach dem im Jänner 1996 "kein Grund für Pessimismus" bestanden habe (/D). Nicht zur Gänze gefolgt werden kann dem Berufungsgericht aber, soweit es dem Beklagten eine ganz allgemeine "Darlegungspflicht" betreffend den Vertragsinhalt gegenüber dem Vertragspartner bei Vertragsabschluß auferlegt. Es besteht nämlich keine allgemeine Rechtspflicht, den Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären, die auf seine Entscheidung einen Einfluß haben können; eine solche Pflicht ist aber dann zu bejahen, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs eine Aufklärung erwarten durfte (SZ 52/22 = JBl 1980, 424 (krit. F. Bydlinski; SZ 55/51; SZ 68/105). So kommt einem Anwalt als Rechtsvertreter nach der Rechtsprechung grundsätzlich nur die Aufgabe zu, den an ihn herangetragenen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht zu prüfen und die nach der Rechtsordnung erforderlichen Schritte zur Verwirklichung des ihm bekannten Geschäftszweckes zu unternehmen (4 Ob 567/81; 8 Ob 659/85); er muß aber auch bestrebt sein, den Mandanten zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts zu befragen, weil keineswegs erwartet werden darf, dass der juristische Laie die rechtlich erheblichen Umstände von sich aus mitteilt (6 Ob 740/87). Ebenso darf sich ein Unternehmensberater grundsätzlich auf die Beurteilung des an ihn herangetragenen konkreten Problems beschränken, solange nicht deutliche Anzeichen dafür sprechen, dass der Auftraggeber (etwa auf Grund fehlender Fachkenntnisse) den Auftragsumfang für das zu lösende Problem zu eng gefaßt hat. Nur im letzteren Fall hat demnach der Berater von sich aus an seinen Klienten heranzutreten und ihm eine Erweiterung des Auftrags vorzuschlagen. Für den vorliegenden Rechtsstreit bedeutet dies, dass in der Unterlassung der Beratung der Klägerin betreffend die Durchführung von Markt-, Standort- und ähnlichen Analysen nur dann eine haftungsauslösende Sorgfaltswidrigkeit des Beklagten liegen kann, wenn eine solche Beratung zur Erfüllung des konkreten Auftrags jedenfalls geboten war, es sei denn, die Klägerin habe in Kenntnis dieses Umstands (wofür der Beklagte beweispflichtig wäre) keinen entsprechenden Auftrag erteilt. Der Verlauf der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens der Klägerin wird hingegen erst dann zum Beweisthema werden, wenn eine objektive Sorgfaltswidrigkeit des Beklagten feststeht. Bevor nämlich die Verschuldensfrage nicht geklärt ist, bedarf weder die Frage der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden noch der Schaden selbst einer näheren Prüfung. Es erscheint daher nicht zweckmäßig, zu diesen Problemkreisen bereits im derzeitigen Verfahrensstadium eingehend Stellung zu nehmen. Es ist aber schon an dieser Stelle anzumerken, dass die von der Klägerin angestellte Schadensberechnung (Differenz der Passiva des Unternehmens der Klägerin an zwei Stichtagen)

zwar rein rechnerisch nachvollziehbar ist, der auf diese Weise ermittelte Schuldenzuwachs aber nicht ohne weiteres mit jenem Schaden gleichgesetzt werden kann, für den der Beklagte - unrichtige oder unvollständige Beratung durch ihn vorausgesetzt - zu haften hätte. Diese vereinfachende Betrachtungsweise läßt nämlich unberücksichtigt, dass eine Vergrößerung des Schuldenstands im Beobachtungszeitraum (auch) auf (Fehl-)Entscheidungen der Klägerin zurückzuführen sein könnte; selbst eine unrichtige Beratung durch den Beklagten hätte nämlich der Klägerin nicht ihrer unternehmerischen Verantwortung für die von ihr selbst getroffenen Entscheidungen entzogen. Weiters wird zu beachten sein, dass eine allfällige Warnpflichtverletzung des Beklagten nicht unbefristet fortwirkt; die Klägerin wird nämlich auch durch die kurzfristige Beschäftigung eines Unternehmensberaters nicht für alle Zukunft von ihrer eigenen Verantwortlichkeit befreit, den Verlauf ihrer Vermögensentwicklung zu beobachten oder beobachten zu lassen und daraus die entsprechenden unternehmerischen Schlüsse zu ziehen.

Weil sich eine Verfahrensergänzung als unumgänglich erweist, konnte dem Rekurs kein Erfolg beschieden sein.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 zweiter Satz ZPO.



Unternehmensberatung · Buchhaltung · IT

**ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN für
Unternehmensberater**

Juni 2015

Fachverband Unternehmensberatung, Buchhaltung und Informationstechnologie

Wiedner Hauptstraße 63
A-1045 Wien

T: +43-(0)590900-3540

F: +43-(0)590900-3178

E-Mail: ubit@wko.at

<http://www.ubit.at>

1. Allgemeine Grundlagen / Geltungsbereich

1.1 Für sämtliche Rechtsgeschäfte zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer (Unternehmensberater) gelten ausschließlich diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Maßgeblich ist jeweils die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gültige Fassung.

1.2 Diese Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten auch für alle künftigen Vertragsbeziehungen, somit auch dann, wenn bei Zusatzverträgen darauf nicht ausdrücklich hingewiesen wird.

1.3 Entgegenstehende Allgemeine Geschäftsbedingungen des Auftraggebers sind ungültig, es sei denn, diese werden vom Auftragnehmer (Unternehmensberater) ausdrücklich schriftlich anerkannt.

1.4 Für den Fall, dass einzelne Bestimmungen dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sein und/oder werden sollten, berührt dies die Wirksamkeit der verbleibenden Bestimmungen und der unter ihrer Zugrundelegung geschlossenen Verträge nicht. Die unwirksame ist durch eine wirksame Bestimmung, die ihr dem Sinn und wirtschaftlichen Zweck nach am nächsten kommt, zu ersetzen.

2. Umfang des Beratungsauftrages / Stellvertretung

2.1 Der Umfang eines konkreten Beratungsauftrages wird im Einzelfall vertraglich vereinbart.

2.2 Der Auftragnehmer (Unternehmensberater) ist berechtigt, die ihm obliegenden Aufgaben ganz oder teilweise durch Dritte erbringen zu lassen. Die Bezahlung des Dritten erfolgt ausschließlich durch den Auftragnehmer (Unternehmensberater) selbst. Es entsteht kein wie immer geartetes direktes Vertragsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber.

2.3 Der Auftraggeber verpflichtet sich, während sowie bis zum Ablauf von drei Jahren nach Beendigung dieses Vertragsverhältnisses keine wie immer geartete Geschäftsbeziehung zu Personen oder Gesellschaften einzugehen, deren sich der Auftragnehmer (Unternehmensberater) zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten bedient. Der Auftraggeber wird diese Personen und Gesellschaften insbesondere nicht mit solchen oder ähnlichen Beratungsleistungen beauftragen, die auch der Auftragnehmer (Unternehmensberater) anbietet.

3. Aufklärungspflicht des Auftraggebers / Vollständigkeitserklärung

3.1 Der Auftraggeber sorgt dafür, dass die organisatorischen Rahmenbedingungen bei Erfüllung des Beratungsauftrages an seinem Geschäftssitz ein möglichst ungestörtes, dem raschen Fortgang des Beratungsprozesses förderliches Arbeiten erlauben.

3.2 Der Auftraggeber wird den Auftragnehmer (Unternehmensberater) auch über vorher durchgeführte und/oder laufende Beratungen - auch auf anderen Fachgebieten - umfassend informieren.

3.3 Der Auftraggeber sorgt dafür, dass dem Auftragnehmer (Unternehmensberater) auch ohne dessen besondere Aufforderung alle für die Erfüllung und Ausführung des Beratungsauftrages notwendigen Unterlagen zeitgerecht vorgelegt werden und ihm von allen Vorgängen und Umständen Kenntnis gegeben wird, die für die Ausführung des Beratungsauftrages von Bedeutung sind. Dies gilt auch für alle Unterlagen, Vorgänge und Umstände, die erst während der Tätigkeit des Beraters bekannt werden.

3.4 Der Auftraggeber sorgt dafür, dass seine Mitarbeiter und die gesetzlich vorgesehene und gegebenenfalls eingerichtete Arbeitnehmervertretung (Betriebsrat) bereits vor Beginn der Tätigkeit des Auftragnehmers (Unternehmensberaters) von dieser informiert werden.

4. Sicherung der Unabhängigkeit

4.1 Die Vertragspartner verpflichten sich zur gegenseitigen Loyalität.

4.2 Die Vertragspartner verpflichten sich gegenseitig, alle Vorkehrungen zu treffen, die geeignet sind, die Gefährdung der Unabhängigkeit der beauftragten Dritten und Mitarbeiter des Auftragnehmers (Unternehmensberaters) zu verhindern. Dies gilt insbesondere für Angebote des Auftraggebers auf Anstellung bzw. der Übernahme von Aufträgen auf eigene Rechnung.

5. Berichterstattung / Berichtspflicht

5.1 Der Auftragnehmer (Unternehmensberater) verpflichtet sich, über seine Arbeit, die seiner Mitarbeiter und gegebenenfalls auch die beauftragter Dritter dem Arbeitsfortschritt entsprechend dem Auftraggeber Bericht zu erstatten.

5.2 Den Schlussbericht erhält der Auftraggeber in angemessener Zeit, d.h. zwei bis vier Wochen, je nach Art des Beratungsauftrages nach Abschluss des Auftrages.

5.3 Der Auftragnehmer (Unternehmensberater) ist bei der Herstellung des vereinbarten Werkes weisungsfrei, handelt nach eigenem Gutdünken und in eigener Verantwortung. Er ist an keinen bestimmten Arbeitsort und keine bestimmte Arbeitszeit gebunden.

6. Schutz des geistigen Eigentums

6.1 Die Urheberrechte an den vom Auftragnehmer (Unternehmensberater) und seinen Mitarbeitern und beauftragten Dritten geschaffenen Werke (insbesondere Anbote, Berichte, Analysen, Gutachten, Organisationspläne, Programme, Leistungsbeschreibungen, Entwürfe, Berechnungen, Zeichnungen, Datenträger etc.) verbleiben beim Auftragnehmer (Unternehmensberater). Sie dürfen vom Auftraggeber während und nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ausschließlich für vom Vertrag umfasste Zwecke verwendet werden. Der Auftraggeber ist insofern nicht berechtigt, das Werk (die Werke) ohne ausdrückliche Zustimmung des Auftragnehmers (Unternehmensberaters) zu vervielfältigen und/oder zu verbreiten. Keinesfalls entsteht durch eine unberechtigte Vervielfältigung/Verbreitung des Werkes eine Haftung des Auftragnehmers (Unternehmensberaters) - insbesondere etwa für die Richtigkeit des Werkes - gegenüber Dritten.

6.2 Der Verstoß des Auftraggebers gegen diese Bestimmungen berechtigt den Auftragnehmer (Unternehmensberater) zur sofortigen vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses und zur Geltendmachung anderer gesetzlicher Ansprüche, insbesondere auf Unterlassung und/oder Schadenersatz.

7. Gewährleistung

7.1 Der Auftragnehmer (Unternehmensberater) ist ohne Rücksicht auf ein Verschulden berechtigt und verpflichtet, bekannt werdende Unrichtigkeiten und Mängel an seiner Leistung zu beheben. Er wird den Auftraggeber hievon unverzüglich in Kenntnis setzen.

7.2 Dieser Anspruch des Auftraggebers erlischt nach sechs Monaten nach Erbringen der jeweiligen Leistung.

8. Haftung / Schadenersatz

8.1 Der Auftragnehmer (Unternehmensberater) haftet dem Auftraggeber für Schäden - ausgenommen für Personenschäden - nur im Falle groben Verschuldens (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit). Dies gilt sinngemäß auch für Schäden, die auf vom Auftragnehmer beigezogene Dritte zurückgehen.

8.2 Schadenersatzansprüche des Auftraggebers können nur innerhalb von sechs Monaten ab Kenntnis von Schaden und Schädiger, spätestens aber innerhalb von drei Jahren nach dem anspruchsbegründenden Ereignis gerichtlich geltend gemacht werden.

8.3 Der Auftraggeber hat jeweils den Beweis zu erbringen, dass der Schaden auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist.

8.4 Sofern der Auftragnehmer (Unternehmensberater) das Werk unter Zuhilfenahme Dritter erbringt und in diesem Zusammenhang Gewährleistungs- und/oder Haftungsansprüche gegenüber diesen Dritten entstehen, tritt der Auftragnehmer (Unternehmensberater) diese Ansprüche an den Auftraggeber ab. Der Auftraggeber wird sich in diesem Fall vorrangig an diese Dritten halten.

9. Geheimhaltung / Datenschutz

9.1 Der Auftragnehmer (Unternehmensberater) verpflichtet sich zu unbedingtem Stillschweigen über alle ihm zur Kenntnis gelangenden geschäftlichen Angelegenheiten, insbesondere Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sowie jedwede Information, die er über Art, Betriebsumfang und praktische Tätigkeit des Auftraggebers erhält.

9.2 Weiters verpflichtet sich der Auftragnehmer (Unternehmensberater), über den gesamten Inhalt des Werkes sowie sämtliche Informationen und Umstände, die ihm im Zusammenhang mit der Erstellung des Werkes zugegangen sind, insbesondere auch über die Daten von Klienten des Auftraggebers, Dritten gegenüber Stillschweigen zu bewahren.

9.3 Der Auftragnehmer (Unternehmensberater) ist von der Schweigepflicht gegenüber allfälligen Gehilfen und Stellvertretern, denen er sich bedient, entbunden. Er hat die Schweigepflicht aber auf diese vollständig zu überbinden und haftet für deren Verstoß gegen die Verschwiegenheitsverpflichtung wie für einen eigenen Verstoß.

9.4 Die Schweigepflicht reicht unbegrenzt auch über das Ende dieses Vertragsverhältnisses hinaus. Ausnahmen bestehen im Falle gesetzlich vorgesehener Aussageverpflichtungen.

9.5 Der Auftragnehmer (Unternehmensberater) ist berechtigt, ihm anvertraute personenbezogene Daten im Rahmen der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses zu verarbeiten. Der Auftraggeber leistet dem Auftragnehmer Gewähr, dass hierfür sämtliche erforderlichen Maßnahmen insbesondere jene im Sinne des Datenschutzgesetzes, wie etwa Zustimmungserklärungen der Betroffenen, getroffen worden sind.

10. Honorar

10.1 Nach Vollendung des vereinbarten Werkes erhält der Auftragnehmer (Unternehmensberater) ein Honorar gemäß der Vereinbarung zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer (Unternehmensberater). Der Auftragnehmer (Unternehmensberater) ist berechtigt, dem Arbeitsfortschritt entsprechend Zwischenabrechnungen zu legen und dem jeweiligen Fortschritt entsprechende Akonti zu verlangen. Das Honorar ist jeweils mit Rechnungslegung durch den Auftragnehmer fällig.

10.2 Der Auftragnehmer (Unternehmensberater) wird jeweils eine zum Vorsteuerabzug berechtigende Rechnung mit allen gesetzlich erforderlichen Merkmalen ausstellen.

10.3 Anfallende Barauslagen, Spesen, Reisekosten, etc. sind gegen Rechnungslegung des Auftragnehmers (Unternehmensberaters) vom Auftraggeber zusätzlich zu ersetzen.

10.4 Unterbleibt die Ausführung des vereinbarten Werkes aus Gründen, die auf Seiten des Auftraggebers liegen, oder aufgrund einer berechtigten vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses durch den Auftragnehmer (Unternehmensberater), so behält der Auftragnehmer (Unternehmensberater) den Anspruch auf Zahlung des gesamten vereinbarten Honorars abzüglich ersparter Aufwendungen. Im Falle der Vereinbarung eines Stundenhonorars ist das Honorar für jene Stundenanzahl, die für das gesamte vereinbarte Werk zu erwarten gewesen ist, abzüglich der ersparten Aufwendungen zu leisten. Die ersparten Aufwendungen sind mit 30 Prozent des Honorars für jene Leistungen, die der Auftragnehmer bis zum Tage der Beendigung des Vertragsverhältnisses noch nicht erbracht hat, pauschaliert vereinbart.

10.5 Im Falle der Nichtzahlung von Zwischenabrechnungen ist der Auftragnehmer (Unternehmensberater) von seiner Verpflichtung, weitere Leistungen zu erbringen, befreit. Die Geltendmachung weiterer aus der Nichtzahlung resultierender Ansprüche wird dadurch aber nicht berührt.

11. Elektronische Rechnungslegung

11.1 Der Auftragnehmer (Unternehmensberater) ist berechtigt, dem Auftraggeber Rechnungen auch in elektronischer Form zu übermitteln. Der Auftraggeber erklärt sich mit der Zusendung von Rechnungen in elektronischer Form durch den Auftragnehmer (Unternehmensberater) ausdrücklich einverstanden.

12. Dauer des Vertrages

12.1 Dieser Vertrag endet grundsätzlich mit dem Abschluss des Projekts.

12.2 Der Vertrag kann dessen ungeachtet jederzeit aus wichtigen Gründen von jeder Seite ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gelöst werden. Als wichtiger Grund ist insbesondere anzusehen,

- wenn ein Vertragspartner wesentliche Vertragsverpflichtungen verletzt oder
- wenn ein Vertragspartner nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Zahlungsverzug gerät.
- wenn berechtigte Bedenken hinsichtlich der Bonität eines Vertragspartners, über den kein Insolvenzverfahren eröffnet ist, bestehen und dieser auf Begehren des Auftragnehmers weder Vorauszahlungen leistet noch vor Leistung des Auftragnehmers eine taugliche Sicherheit leistet und die schlechten Vermögensverhältnisse dem anderen Vertragspartner bei Vertragsabschluss nicht bekannt waren.

13. Schlussbestimmungen

13.1 Die Vertragsparteien bestätigen, alle Angaben im Vertrag gewissenhaft und wahrheitsgetreu gemacht zu haben und verpflichten sich, allfällige Änderungen wechselseitig umgehend bekannt zu geben.

13.2 Änderungen des Vertrages und dieser AGB bedürfen der Schriftform; ebenso ein Abgehen von diesem Formerfordernis. Mündliche Nebenabreden bestehen nicht.

13.3 Auf diesen Vertrag ist materielles österreichisches Recht unter Ausschluss der Verweisungsnormen des internationalen Privatrechts anwendbar. Erfüllungsort ist der Ort der beruflichen Niederlassung des Auftragnehmers (Unternehmensberaters). Für Streitigkeiten ist das Gericht am Unternehmensort des Auftragnehmers (Unternehmensberaters) zuständig.

Der Fachverband Unternehmensberatung und Informationstechnologie empfiehlt als wirtschaftsfreundliches Mittel der Streitschlichtung nachfolgende Mediationsklausel:

(1) Für den Fall von Streitigkeiten aus diesem Vertrag, die nicht einvernehmlich geregelt werden können, vereinbaren die Vertragsparteien einvernehmlich zur außergerichtlichen Beilegung des Konfliktes eingetragene Mediatoren (ZivMediatG) mit dem Schwerpunkt WirtschaftsMediation aus der Liste des Justizministeriums beizuziehen. Sollte über die Auswahl der WirtschaftsMediatoren oder inhaltlich kein Einvernehmen hergestellt werden können, werden frühestens ein Monat ab Scheitern der Verhandlungen rechtliche Schritte eingeleitet.

(2) Im Falle einer nicht zustande gekommenen oder abgebrochenen Mediation, gilt in einem allfällig eingeleiteten Gerichtsverfahren österreichisches Recht. Sämtliche aufgrund einer vorherigen Mediation angelaufenen notwendigen Aufwendungen, insbesondere auch jene für eine(n) beigezogene(n) RechtsberaterIn, können vereinbarungsgemäß in einem Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahren als „vorprozessuale Kosten“ geltend gemacht werden.

rechnung verzichtet. Der Auffassung des Erstrichters, die Tatsache, daß die Tätigkeit von Arbeitern der Brauerei beim Bau des Hauses des kaufmännischen Leiters in den Jahren 1982 bis 1984 dem Kläger bekannt gewesen sei, ohne daß erwiesen sei, ob dieser auch vom Umfang der Tätigkeit gewußt habe, sei kein zureichender Grund für die erst 1995 ausgesprochene Abberufung aus einer Vorstandsposition, ist beizutreten. Das Vorbringen der beklagten Partei, der Kläger habe rechtsanwaltliche Tätigkeit für seine privaten Rechtsberatungen auf ihre Kosten in Anspruch genommen, blieb unbewiesen. Vorbringen dafür, daß die 1. Abberufung des Klägers auch angesichts der Abschlachtung der Mehrheitskommanditistin, der Gründung der beklagten Partei selbst und des Erwerbs von Aktien durch den kaufmännischen Leiter berechtigt und diese Umstände dem Kläger anzulasten seien, wurde von der beklagten Partei in erster Instanz nicht erstatet, sodaß darauf nicht weiter eingegangen werden muß. Über den Streitpunkt des Ausmasses des vom kaufmännischen Leiter zu übernehmenden Aktienpakets wurde nach den erstinstanzlichen Feststellungen eine entsprechende Einigung zwischen den „Altgesellschaftern“ (frühere Kommanditisten, die ihre Kommanditanteile in die beklagte Partei einbrachten) und der beklagten Partei getroffen.

Diesen Erwägungen zufolge war die 1. Abberufung des Klägers als Vorstandsmitglied der beklagten Partei nicht rechtswirksam. Mangels Anfechtung der 2. Abberufung drang der Kläger damit nur mit dem von seinem Rechtsgestaltungsbegehren umschlossenen Feststellungsbegehren dahin, daß die 1. Abberufung bis zum Zeitpunkt der 2. Abberufung nicht rechtswirksam gewesen sei, durch. Der Revision ist demnach bloß teilweise Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung fußt auf den § 43 Abs 1 und § 50 ZPO. Der Kläger ist mit seinem im Rechtsgestaltungsbegehren enthaltenen Feststellungsbegehren durchgedrungen, jedoch mit seinem weiterreichenden Rechtsgestaltungsbegehren unterlegen. Dies rechtfertigt die gegenseitige Aufhebung der Verfahrenskosten aller drei Instanzen. Die Gerichtsgebühren von insgesamt 30.740 S (6.890 S in erster Instanz [bezahlt vom Kläger], 10.600 S [bezahlt von der beklagten Partei] in zweiter Instanz und 13.250 S [bezahlt vom Kläger]) sind zufolge § 43 Abs 1 letzter Satz ZPO im Verhältnis 1:1 zu teilen, sodaß die beklagte Partei dem Kläger noch 4.770 S an Barauslagen zu ersetzen hat.

91

Die von einer Schwangeren gewünschte Abtreibung der Leibesfrucht zufolge einer embryopathischen Indikation (§ 97 Abs 1 Z 2 zweiter Fall StGB) ist nicht rechtswidrig.

Der Arzt, der im Rahmen eines Behandlungsvertrags die ihm mögliche Aufklärung einer Schwangeren über die künftige Geburt eines unheilbar schwerstbehinderten Kindes unterläßt, verletzt schuldhaft eine Vertragspflicht, deren Erfüllung auch vor Vermögensnachteilen infolge der unerwünschten, bei ordnungsgemäßer Aufklärung unterbliebenen Geburt eines solchen Kindes schützen soll. Seine Haftung erstreckt sich sohin auch auf die Freistellung des Vertragspartners von den durch die Vertragsverletzung als Vermögensschaden verursachten wirtschaftlichen Belastungen. Darunter fallen jedenfalls die Unterhaltsmehraufwendungen zufolge der Schwerstbehinderung des Kindes. Diese Haftung besteht nicht nur im Verhältnis zur Mutter als Vertragspartnerin des Behandlungsvertrags, sondern auch gegenüber dem Vater als geschütztem Dritten dieses Vertrags, ein Ergebnis, das mit der Rechtsfigur der Schadensverlagerung gleichfalls zureichend begründbar ist.

Der seelische Schock einer Mutter zufolge der nach einem Geburtsvorgang erfaßten körperlichen Mißbildung ihres Kindes kann einen Schmerzensgeldanspruch rechtfertigen, wenn eine solche psychische Beeinträchtigung ärztlicher Behandlung bedarf.

Das schwerstbehinderte Kind kann aus der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, die für seine Geburt kausal war, keine eigenen Ersatzansprüche ableiten, weil der Arzt seine genetische Behinderung nicht verursachte und niemand einen Anspruch gegen andere auf die Verhütung bzw die Vernichtung seines eigenen Lebens hat. Wäre allerdings eine Abtreibung der Leibesfrucht trotz einer vollständigen ärztlichen Aufklärung über die zu erwartenden Körperdefekte des Kindes unterblieben, so hat das Kind insoweit eigene Ersatzansprüche, als die Unterlassung einer solchen möglichen Aufklärung für einen allenfalls verzögerten Behandlungsbeginn kausal war und der angeborene Zustand durch eine sofort einsetzende Behandlung gemildert worden wäre bzw Folgeschäden verhindert werden hätten können.

Ärzte von Universitätskliniken, die „der medizinischen Spitzenversorgung“ dienen, können sich in einem Haftpflichtprozeß nicht mit Erfolg darauf berufen, der medizinische Standard eines Nachbarlandes sei ihnen unbekannt und dürfe auch unbeachtet bleiben. Universitätskliniken sind Abteilungen einer öffentlichen Krankenanstalt. Ihre Aufgaben und ihre Organisation sind untrennbar in die der öffentlichen Krankenanstalt eingebunden. Der Rechtsträger der

Krankenanstalt und der Bund als Rechtsträger der Universität und Betriebsführer deren Kliniken, haften daher für Schäden infolge Verletzung eines Behandlungsvertrags im Aufgaben- und Organisationsbereich einer Universitätsklinik solidarisch. Nicht von Belang ist dabei die Unterscheidung, ob die Behandlung in einer Universitätsklinik der Hoheits- oder der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuordnen ist. Bloße Routineuntersuchungen – hier an einer Schwangeren mittels Ultraschall – werden aber auch an einer Universitätsklinik privatwirtschaftlich besorgt, wenn es keinerlei Anhaltspunkt dafür gibt, solche Untersuchungen könnten in irgendeiner Form auch der Forschung oder der Lehre gedient haben.

OGH 25. Mai 1999, 1 Ob 91/99k

(OLG Wien 16 R 158/97s; LGZ Wien 21 Cg 312/93v) = RdM 1999, 177 (Kopetzki)

Die Erstklägerin ist die Mutter, der Zweitkläger der Vater des am 2. 1. 1988 geborenen Dritklägers. Der Dritkläger kam schwer behindert zur Welt. Ihm fehlen die beiden oberen Extremitäten. Er hat beiderseits Klumpfüße. Nach den Behauptungen der Kläger ist zudem das linke Bein um eine halbe Oberschenkelänge verkürzt.

Der Zweitbeklagte war Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Er war Universitätsprofessor und Oberarzt an einer Universitätsfrauenklinik. Er war bei der Erstklägerin anlässlich einer früheren Entbindung als Geburtshelfer tätig. Über deren Ersuchen betreute er diese nunmehr während ihrer Schwangerschaft zum Dritkläger in seiner Privatordination gegen das von ihr zu bezahlende Honorar. Die Entbindung sollte sodann nach dem Willen der Erstklägerin in der Universitätsfrauenklinik, an der der Zweitbeklagte tätig war, auf Kosten der Krankenkasse erfolgen. Der Zweitbeklagte nahm in seiner Ordination an der Erstklägerin neun komplette gynäkologische Untersuchungen vor und führte für sie den Mutter-Kind-Paß. Außerdem führte er zytologische und bakteriologische Sekretuntersuchungen sowie fünf komplette Hamuntersuchungen durch.

Der Zweitbeklagte ist kein Ultraschallspezialist. Er verfügt über kein Ultraschallgerät. Er teilte dies zwar weder der Erstklägerin noch dem Zweitkläger mit, vereinbarte aber mit der Erstklägerin, die Ultraschalluntersuchungen ambulant an der Universitätsfrauenklinik durchführen zu lassen. Der Zweitbeklagte überwies Patientinnen grundsätzlich zu Ultraschalluntersuchungen an Ärzte, die sich mit derartigen Untersuchungen intensiv beschäftigten. Er begleitete die Erstklägerin zur ersten Ultraschalluntersuchung und war dabei anwesend. Die Erstklägerin hatte dem Zweitbeklagten keine speziellen Wünsche über den Inhalt ihrer Betreuung mitgeteilt. Anlässlich der Ultraschalluntersuchungen an der Universitätsfrauenklinik wurden keine speziellen Fragen an sie gestellt.

Der Drittbeklagte ist Vorstand der von der Erstklägerin zur Durchführung der Ultraschalluntersuchungen (und zur Entbindung) aufgesuchten Universitätsfrauenklinik, deren Rechtsrätin die Erstbeklagte ist.

Suchte im Jahre 1987 eine Patientin die Universitätsfrauenklinik etwa in der 10. Schwangerschaftswoche wegen einer Ultraschalluntersuchung auf, wurde sie automatisch für die 25., 26. oder 27. Schwangerschaftswoche wiederbestellt. Es sollten dadurch nach Art eines „Mißbildungs-Screenings“, das damals noch nicht routinemäßig vorgenommen wurde, allfällige Mißbildungen festgestellt werden. Gegenstand der Routine-Ultraschalluntersuchungen im Jahr 1987 war die Klärung der Fragen nach 1. dem Vorhandensein eines lebenden Kindes, 2. der

Größe des Kindes entsprechend dem biparietalen Durchmesser in Übereinstimmung mit der Schwangerschaftsdauer und 3. dem Sitz der Plazenta. Ein Ultraschall-Screening beinhaltet dagegen die Suche nach speziellen Entwicklungsstörungen, die mit bestimmten Risikofaktoren zusammenhängen können (so höheres Alter und Vorgeschichte der Mutter, geringe Menge von Fruchtwasser). Ein spezielles „Mißbildungs-Screening“ erfolgt bei anamnestischen Belastungen und wenn im Rahmen der routinemäßigen Ultraschalluntersuchung ein hinweisender Befund (zB ein Nackenödem) beobachtet wird.

Im Jahre 1987 wandte man an der von der Erstklägerin aufgesuchten Universitätsfrauenklinik schon die Techniken an, die erforderlich sind, um ein – damals noch nicht so benanntes – „Mißbildungs-Screening“ durchzuführen, obwohl der Entwicklungsstand noch nicht dem heutigen entsprach. Ein „Mißbildungs-Screening“ unterscheidet sich in der Durchführung von routinemäßigen Ultraschalluntersuchungen dadurch, daß die Untersuchung speziell ausgebildete und besonders erfahrene Ärzte durchführen. Die Ultraschallroutineuntersuchung nehmen hingegen medizinisch-technische Assistenten vor, und zwar meistens zwei unabhängig voneinander. Die Anwesenheit eines Arztes ist nicht erforderlich, allenfalls sind Ärzte, die in Facharztausbildung stehen, zugegen.

Die erste Ultraschalluntersuchung wurde an der Erstklägerin am 11. 6. 1987 vorgenommen. Bei dieser Untersuchung war der Zweitbeklagte anwesend. Die Erstklägerin war zu diesem Zeitpunkt in der 10. Woche schwanger. Weitere Untersuchungen folgten am 6. 8. 1987 (17. Schwangerschaftswoche), am 17. 9. 1987 (28. Schwangerschaftswoche) und am 21. 10. 1987 (28. Schwangerschaftswoche). Bei all diesen Untersuchungen wurde weder das Fehlen der oberen Extremitäten noch das Vorhandensein von Klumpfüßen beim Drittkläger diagnostiziert. Außerhalb der Ultraschalluntersuchung waren mit hoher Wahrscheinlichkeit keine Hinweiszeichen auf die Entwicklungsanomalie des Drittklägers gegeben. Es gibt keine Möglichkeit, klinisch, dh durch manuelle oder optische Untersuchung, derartige Fehlbildungen vor der Geburt festzustellen.

In der Nacht vom 1. auf den 2. Jänner 1988 ging bei der Erstklägerin Fruchtwasser ab. Sie begab sich in die Universitätsfrauenklinik und wurde dort im Kreißaal von einem Arzt untersucht. Der Zweitbeklagte kam gegen 9 Uhr zur Erstklägerin, untersuchte sie und sprengte die Fruchtblase komplett, worauf die Wehen einsetzten. Um 13.05 Uhr gebar die Erstklägerin den Drittkläger.

Die Erstklägerin hatte sich erhofft, ein gesundes Kind zur Welt zu bringen. Sie war bei der Geburt bei Bewußtsein und bemerkte, daß die Hebammen und Ärzte „bläß“ wurden. Eine der Hebammen äußerte sich: „Da ist uns etwas Schreckliches passiert“. Der erste Gedanke der Erstklägerin war, daß das Kind tot sei. Sie fragte die Ärzte und Hebammen, was mit dem Kind sei, erhielt jedoch keine Antwort. Das Personal war offensichtlich erschrocken. Die Klägerin richtete sich auf und bekam das Kind zu sehen. Sie hatte das Gefühl, „die Welt breche zusammen“.

Eine Therapie bei Fehlen der oberen Extremitäten oder bei beiderseitigen Klumpfüßen im Uterus ist bis heute nicht möglich. Die Mißbildungen des Drittklägers waren zu keiner Zeit vor seiner Geburt auch nur teilweise zu beheben.

Die Kläger begehren zunächst, 1. die Beklagten seien zur ungeteilten Hand schuldig, a) der Erstklägerin und dem Zweitkläger S 149.615,- und b) der Erstklägerin weitere S 100.000,- je sA zu bezahlen; und 2. die Feststellung, daß die beklagten Parteien zur ungeteilten Hand a) der Erstklägerin und dem Zweitkläger für sämtliche künftige Aufwendungen, die diese aufgrund der Behinderung des Drittklägers tragen sowie für sonstige Vermögensnachteile, die wegen der Behinderung des Drittklägers bei ihnen eintreten, und b) dem Drittkläger für sämtliche künftige Aufwendungen, die dieser zur „Bewältigung seines Lebens“ durch die erlittene

Behinderung zu leisten habe, sowie für sonstige Vermögensnachteile und Schmerzen, die beim Drittkläger aufgrund seiner Behinderung eintreten, zu hafte hätten. In der Verhandlungssatzung vom 10. 9. 1981 schränkten die Kläger ihr Begehren dahin ein, daß das Leistungsbegehren zu Punkt 1. a) nur vom Zweitkläger gestellt werde und brachten vor, die Erstklägerin und der Drittkläger hätten ihre Ansprüche zu Punkt 1. a) des Begehrens an den Zweitkläger abgetreten.

Das Fehlen der Extremitäten hätte bereits bei der ersten, spätestens aber bei der zweiten Ultraschalluntersuchung auffallen müssen. Der Zweitbeklagte habe bei der ersten Ultraschalluntersuchung dauernd den Bildschirm beobachtet und in Anbetracht des Alters der Erstklägerin von 35 Jahren sehen wollen, ob sich die Frucht normal entwickle. Weder bei dieser Ultraschalluntersuchung noch bei den nachfolgenden Untersuchungen seien der Erstklägerin besorgniserregende Befunde mitgeteilt worden. Bei der Ultraschalluntersuchung vom 18. 9. 1987 sei die Erstklägerin wegen Urlaubsabwesenheit des Zweitbeklagten von dessen Vertretern, zwei Universitätsdozenten, behandelt worden. Die die Ultraschalluntersuchung durchführende ärztliche Mitarbeiterin habe der Erstklägerin erklärt, daß es ihrem Kind ausgezeichnet gehe; sie sehe, daß es sich um einen Buben handle.

Die Tatsache, daß die Behinderungen des Drittklägers bei den Untersuchungen nicht diagnostiziert worden seien, sei allen Beklagten zuzurechnen. Die Erstbeklagte sei Rechtssträgerin des Krankenhauses und hafte für ihre Erfüllungsgehilfen. Die Viertbeklagte sei in ihrer Eigenschaft als Rechtssträgerin der Universität zumindest als Betriebsführerin der Universitätsfrauenklinik anzusehen und hafte daher ebenfalls. Den Erst-, dem Dritt- und der Viertbeklagten seien Mängel der Organisation innerhalb der Krankenanstalt anzulasten, die dazu geführt hätten, daß keine ausreichende Vorsorge für korrekte Untersuchungen und für genügend ausgebildetes Personal getroffen worden sei. Der Drittbeklagte verantworte weiters Organisationsmängel in der von ihm geleiteten Station. Der Zweitbeklagte habe die Unterlassung einer hinreichend gründlichen Analyse der durchgeführten Ultraschalluntersuchungen zu verantworten.

Mangels richtiger Diagnose seien die Erstklägerin und der Zweitkläger in Verletzung der umfassenden ärztlichen Aufklärungspflicht nicht rechtzeitig von den Mißbildungen des Drittklägers informiert worden. Man habe nicht sämtliche Untersuchungen durchgeführt, die dem Standard im Jahr 1987 entsprechen haben. Es sei daher unmöglich gewesen, rechtzeitig mit einer gezielten Therapie zu beginnen, um eine zumindest teilweise Heilung zu bewirken. Die Behandlung des Drittklägers hätte bei entsprechender Aufklärung unverzüglich nach der Geburt einsetzen müssen. Der Zeitverlust durch monatelanges Suchen nach geeigneten Spezialisten habe zusätzliche Schäden an der Wirbelsäule des Drittklägers bewirkt. Gymnastische Übungen und eine unverzügliche prothetische Behandlung des Drittklägers hätten seinen Leidenszustand erheblich verbessert. Durch die zeitliche Verzögerung sei eine Verschlechterung der Heilungschancen eingetreten. Es wäre dem Drittkläger eine zusätzliche Einschränkung des Bewegungsapparats erspart geblieben. Die Verzögerung des Einsetzens der Heilbehandlung habe sich dahin ausgewirkt, daß der Drittkläger zumindest während eines halben Jahres jene Bewegungsmöglichkeiten nicht gehabt habe, die er bei rechtzeitiger Aufklärung der Eltern erhalten hätte. Durch die unterlassene Aufklärung sei der Erstklägerin auch die Möglichkeit genommen worden, eine Entscheidung über eine Abtreibung zu treffen. Der Schade sei primär dadurch eingetreten, daß eine Abtreibung unterblieben sei.

Bisher seien Mehraufwendungen im Vergleich zu den Betreuungskosten bei einem nicht behinderten Kind für die Anreise zu Behandlungen, Spezialbekleidung, Anschaffung von Computer und Musikinstrumenten, medizinische Hilfsmittel und für Familientherapie in Höhe des zu Punkt 1. a) geltend gemachten Klagsbetrags entstanden. Die unterhaltspflichtigen Eltern

würden auch in Hinblick entsprechende Mehraufwendungen wegen des erhöhten Betreuungsbedarfs des Drittklägers haben. Sie hätten daher ein Interesse an der Feststellung der Haftung der Beklagten für diese erhöhten Aufwendungen sowie für die sonstigen infolge der Behinderung des Drittklägers entstehenden Vermögensnachteile. Der Zweitkläger sei in den Schutzbereich des Behandlungsvertrags der Erstklägerin mit den Beklagten eingeschlossen. Der Drittkläger habe ein gleichgelagertes rechtliches Interesse an der Feststellung der Haftung für seine korrespondierenden Aufwendungen und seinen Minderverdienst. Seine Feststellungsansprüche gründeten sich auch auf die nachgeburtliche Fehlbehandlung, deren Ursache in der mangelnden Aufklärung der Erstklägerin vor seiner Geburt zu erblicken sei.

Die Erstklägerin habe zudem schwere psychische Beeinträchtigungen durch einen Schock bei der Geburt wegen der erst hierbei entdeckten Behinderung des Drittklägers erlitten, wofür ein Schmerzensgeld von S 100.000,— angemessen sei. Der Schock der Erstklägerin wäre in dieser Form und Intensität nicht entstanden, hätte sie Zeit gehabt, sich unter Zuziehung professioneller Hilfe auf die Behinderung des Drittklägers vorzubereiten. Einen körperlichen Schaden habe die Erstklägerin nicht erlitten.

Die Beklagten wendeten ein, bei den durchgeführten Ultraschalluntersuchungen seien die Mißbildungen des Drittklägers nicht erkennbar gewesen. Die Untersuchungen hätten dem damaligen Standard in Österreich entsprochen. Es habe auch sonst kein Indiz für das Vorliegen von Mißbildungen gegeben. Weiterreichende Untersuchungen seien von der Erstklägerin weder gewünscht worden noch seien sie indiziert gewesen. Organisationsmängel habe es nicht gegeben, es liege auch kein ärztlicher Kunsftfehler vor. Eine medizinische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch habe nicht bestanden. Die Abtreibung wäre rechtmäßig gewesen, weil § 97 StGB nur Straflosigkeit zubillige. Die Nichterkennung der Behinderungen des Drittklägers sei für den weiteren Geschehensablauf nicht kausal gewesen. Beim Drittkläger sei ein Schaden im rechtlichen Sinn nicht eingetreten. Der mit dem Zweitbeklagten abgeschlossene Behandlungsvertrag habe Ultraschalluntersuchungen nicht umfaßt. Die Viertbeklagte wendete ihre mangelnde Passivlegitimation ein, weil sie nicht Rechsträgerin der Krankenanstalt sei. Die Amtshaltung des Bundes käme lediglich für die im § 43 Abs 1 KAG genau umschriebene Unterrichts- und Forschungsstätigkeit in Betracht. Die an der Erstklägerin vorgenommenen Ultraschalluntersuchungen könnten diesen Zwecken jedoch nicht unterstellt werden.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es traf zusätzlich zum eingangs wiedergegebenen Sachverhalt folgende Feststellungen:

Ultraschalluntersuchungen von Schwangeren dienen der Feststellung der Schwangerschaft und deren Integrität, der Feststellung des regelrechten Wachstums des Fötus und der Abklärung von Fehlbildungen. Es werde routinemäßig die fetale Größe und die fetale Wachstumsrate erfaßt sowie nach Auffälligkeiten gesucht. Im Jahr 1987 hätten Ultraschalluntersuchungen von der Bauchdecke her eine Beurteilung fetaler Oberflächen und die Darstellung der vier Extremitäten erlaubt. Allerdings seien definierte Aussagen über die Integrität des Fötus der 13. Schwangerschaftswoche nur bei dessen günstiger Lage möglich gewesen. Ultraschalluntersuchungen hätten nach den Vorstellungen in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1987 und 1988 zumindest in der 18. und in der 24. Schwangerschaftswoche die Beurteilung der Extremitäten eingeschlossen.

Das Fehlen der Extremitäten beim Drittkläger hätte bei der zweiten, spätestens aber bei der dritten Ultraschalluntersuchung auffallen müssen. Auch bei der Untersuchung am 21. 10. 1987 hätte das Fehlen der oberen Extremitäten erkennbar sein müssen.

Die Erstklägerin hätte aus damaliger Sicht, wenn sie bei der zweiten oder bei der dritten Ultraschalluntersuchung von der Behinderung des Dritklägers erfahren hätte, einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen. Die Mißbildungen des Dritklägers haben nach der Geburt keine sofortige Therapie erfordert.

Der von der Erstklägerin behauptete Schock habe darin bestanden, daß sie beim Anblick des Dritklägers unmittelbar nach der Geburt das Gefühl gehabt habe, „die Welt breche zusammen“. Eine Aufklärung der Erstklägerin vor der Geburt des Dritklägers über dessen Behinderung hätte den Schock der Erstklägerin nicht gemindert. Es werde nicht festgestellt, daß die Intensität des Schocks der Erstklägerin wegen der unterlassenen Aufklärung vergrößert worden sei.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, § 97 StGB enthalte keine Rechtfertigungsgründe, sondern bloß Strafausschließungsgründe. Dies gebiete eine an Art 2 EMRK orientierte Gesetzesauslegung. Der Dritkläger sei gemäß § 22 ABGB schon als Nasciturus rechtsfähig und daher zivilrechtlich vor der Verletzung seines Lebens geschützt gewesen. Es könne den Klägern nicht deshalb ein Schadenersatzanspruch zustehen, weil der Dritkläger nicht – rechtswidrig – getötet, sondern rechtmäßig am Leben gelassen worden sei.

Da nicht feststehe, daß die Intensität des Schocks der Erstklägerin bei der Geburt durch die unterlassene Information über die Behinderung ihres Kindes vergrößert worden sei, bestehe kein Kausalzusammenhang mit der behaupteten Unterlassung der Aufklärung. Soweit sich das Klagebegehren darauf stütze, daß mangels Aufklärung vor der Geburt nicht unverzüglich nach der Geburt mit Behandlungen habe begonnen werden können, reichten die Behauptungen der Kläger nicht hin, um ein solches Begehren zu begründen. Es sei zwar eine Verschlechterung des Zustands des Dritklägers behauptet, dies aber nicht näher ausgeführt worden. Der Hinweis der Kläger, derartige Fragen seien durch einen Sachverständigen zu klären, laufe auf einen unzulässigen Erkundungsbeweis hinaus. Soweit die Kläger ausführten, der Dritkläger habe infolge der Verzögerung seiner Behandlung zumindest ein halbes Jahr lang die sonst gegebenen Bewegungsmöglichkeiten nicht gehabt, seien keine ein Feststellungsbegehren tragenden Dauerfolgen dargelegt worden.

Das Gericht zweiter Instanz bestätigte dieses Urteil. Es sprach aus, daß der Wert des sich auf den Dritbeklagten beziehenden Entscheidungsgegenstands S 50.000 übersteige und daß die ordentliche Revision zulässig sei. Das Berufungsgeschicht führte zur rechtlichen Beurteilung aus, es schließe sich jenen Lehmeinungen an, die sich nachdrücklich gegen das Vorliegen eines ersatzfähigen Vermögensschadens aussprechen, wenn ein Schwangerschaftsabbruch infolge mangelnder Aufklärung über die Schädigung des Fötus unterblieben sei. Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht lege in seiner Entscheidung vom 28. 5. 1993 dar, daß es die Verpflichtung staatlicher Gewalt sei, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten, weshalb es sich verbiete, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Der dies offenbar bejahenden Rechtsprechung der deutschen Zivilgerichte könne nicht beigetreten werden. Der auf den behaupteten Schock gegründete Schmerzensgeldanspruch der Erstklägerin bestehe nicht zu Recht, weil für bloß seelische Schmerzen eine Entschädigung nicht gebühre. Die Einwirkungen in die psychische Sphäre müßten zumindest mit sonstigen Verletzungen einhergehen. Zu einer vorbereitenden

Behandlung der Psyche der Erstklägerin seien zudem die gynäkologisch betreuenden Ärzte nicht verpflichtet gewesen.

Das Feststellungsbegehren des Dritklägers für künftige Schadensfolgen decke Ansprüche, die durch Unterlassung einer allenfalls möglichen sofortigen Behandlung nach der Geburt insbesondere im ersten Lebensjahr entstanden sein könnten, nicht ab.

Der Oberste Gerichtshof bestätigte infolge Revision der klagenden Partei das angefochtene Urteil in Ansehung der zweit- und der dritbeklagten Partei als Teilurteil, in Ansehung der erst- und der viertbeklagten Partei hob er es auf und verwies die Rechtssache in diesem Umfang zur neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurück.

Aus den Entscheidungsgründen:

Gemäß § 97 Abs 1 Z 2 zweiter Fall StGB ist ein Schwangerschaftsabbruch straflos, wenn die ernste Gefahr besteht, daß das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein wird. In dieser „eugenischen Indikation“, die nunmehr bevorzugt als „embryopathische Indikation“ bezeichnet wird, sieht die Lehre weitgehend einen Rechtfertigungsgrund (*Kienapfel*, StGB¹ Rz 9 zu § 97 StGB; *Foregger/Kodak/Fabrizy*, StGB⁶ 266; *Bertel/Schwaighofer* StGB⁵ Rz 1 zu § 97 StGB; *Schmoller* in *Triffterer*, StGB I Rz 31 f zu § 97 StGB, der dort allerdings die Einordnung als bloßen, Tatbestandsausließungsgrund in Erwägung zieht und für eine „allerspätste Grenze“ der Indikation mit der selbständigen Lebensfähigkeit des Fötus eintritt).

In Deutschland wurde die embryopathische Indikation, die in § 218a dStGB idF des 15. Strafrechtsänderungsgesetzes ähnlich wie in Österreich geregelt war, ungeachtet der neutralen Gesetzesformulierung („Der Abbruch der Schwangerschaft ... ist nicht nach § 218 strafbar, wenn ...“) ebenfalls überwiegend als Rechtfertigungsgrund angesehen (*Schönke/Schröder*, StGB²⁴ Rz 5 f zu § 218a dStGB; BGHZ 86, 240 unter Hinweis auf die Rechtsansicht bestätigende Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE 39, 1 ff]). Seit Inkrafttreten des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes und des Schwangeren- und Familienhilfänderungsgesetzes 1995 ist die embryopathische Indikation im deutschen StGB nicht mehr eigens geregelt. Sie wird nun durch die medizinisch-soziale Indikation des § 218a Abs 2 StGB umfaßt, die im Gesetz ausdrücklich als Rechtfertigungsgrund („Der ... Schwangerschaftsabbruch ... ist nicht rechtswidrig, wenn ...“) bezeichnet ist.

Als Rechtfertigungsgrund bricht die embryopathische Indikation mit dem sonst die Rechtfertigungsdogmatik beherrschenden Grundsatz, unschuldiges, an der Entstehung der Notlage unbeteiligtes menschliches Leben dürfe nicht mit direktem Vorsatz ausgelöscht werden. Dieser Bruch läßt sich jedoch selbst bei Rechtfertigung medizinischer Indikationslagen (§ 97 Abs 1 Z 2 erster Fall StGB) nicht vermeiden, weil man anderenfalls der betroffenen Schwangeren eine Rettung aus Lebensgefahr auf illegalem Weg versagen würde. Daß bei Berücksichtigung von Konflikten, in welche die Schwangere durch ihre Schicksalsgemeinschaft mit dem in ihr wachsenden Leben geraten kann, nicht nur (wie bei der medizinischen Indikation) Lebens- und Gesundheitsinteressen, sondern (wie bei

der embryopathischen und der kriminologischen Indikation) auch sonstigen Belangen der Schwangeren Vorrang vor dem ungeborenen Leben eingeräumt wird, steht der Annahme einer Rechtfertigung nicht unbedingt entgegen. Es kommt vielmehr auch für die letztgenannten Indikationen auf eine umfassende Interessensabwägung an. Diese darf nicht auf eine Gegenüberstellung von „Leben gegen Leben“ verkürzt werden, sondern hat neben den sonstigen individuellen Belastungen der Schwangeren auch das Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst wenig gefährlichen, dh kunstgerechten Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs durch einen Arzt in die Abwägung miteinzubeziehen. Dieses Ziel wäre nicht zu erreichen, wenn selbst in indizierten Fällen der Schwangerschaftsabbruch mit dem Makel des Illegalen behaftet wäre. Daher ist auch die embryopathische Indikation als Rechtfertigungsgrund zu betrachten, mit dem unzumutbaren Konfliktsituationen der Schwangeren aufgrund einer gesetzlichen Vorwegabwägung Rechnung getragen wird (*Schönke/Schröder* aaO Rz 6 zu § 218a StGB).

Der weitmas überwiegenden Auffassung folgend vertritt der erkennende Senat die Ansicht, daß eine von der Schwangeren gewünschte Abtreibung nicht rechtfertigend ist, wenn die Voraussetzungen des § 97 Abs 1 Z 2 zweiter Fall StGB vorliegen. Vom Gesetz sind auch bei der embryopathischen Indikation höher bewertete Interessen anerkannt, die eine Abtreibung rechtfertigen. Eine zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Rechtslage differenzierende Betrachtungsweise verbietet sich im Hinblick auf die komplexe Materie schon aus Gründen der Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Soweit die genannte strafrechtliche Bestimmung den Schwangerschaftsabbruch rechtfertigt, muß dies daher auch für die Beurteilung der zivilrechtlichen Folgen gelten.

Der Ansicht, daß die embryopathische Indikation einen Rechtfertigungsgrund bilde, steht Art 2 EMRK im Gegensatz zur Auffassung des Erstgerichts nicht entgegen. Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 11. 10. 1974, G 8/74 (JBl 1975, 310) ausgesprochen, durch Art 2 EMRK werde das keimende Leben nicht erfaßt; sowohl die völlige Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruchs als auch die sogenannte „Fristenlösung“ widersprächen nicht dem Gleichheitsgebot.

Die im § 97 Abs 1 Z 2 zweiter Fall StGB genannte „ernste Gefahr“ setzt voraus, daß eine Schädigung „sehr nahe“ liegt. Die Lehre fordert, daß es sich dabei um einen dauernden, nicht behebbaren Schaden in einer die Tatbestandsmerkmale des § 85 StGB erreichenden Intensität handeln müsse (*Schmoller* aaO Rz 30 zu § 97 StGB).

Auch wenn — da die erstinstanzlichen Feststellungen insoweit unklar sind — nicht eindeutig feststeht, ob beim Drittkläger neben den anderen Behinderungen auch ein Bein erheblich verkürzt ist, liegt bei ihm jedenfalls schon deshalb eine „schwere Schädigung“ im aufgezeigten Sinn vor, weil beide oberen Extremitäten fehlen. Gerade diese Schädigung hätte nach den bisherigen Feststellungen des Erstgerichts bei den Ultraschalluntersuchungen auffallen müssen. Das Fehlen der oberen Extremitäten wird den Drittkläger Zeit seines Lebens von der Hilfe durch andere Personen bei der Bewältigung vieler wesentlicher Lebensbereiche abhängig machen. Der Drittkläger leidet sowohl an einer erheblichen Verstümmelung, worunter von der Rechtsprechung der Verlust eines Gliedes oder Organs verstanden wird (*Foregger/Kodex/Fabrizy* aaO 239 mwN), als auch an

einer auffallenden Verunstaltung im Sinn des § 85 Z 2 StGB. Er wird voraussichtlich berufsuntfähig sein und hat aufgrund der beschriebenen Behinderung ein „schweres Leiden“ im Sinn des § 85 Z 3 StGB zu tragen, weil er hochgradig in seiner Bewegungsfähigkeit eingeschränkt ist und die Verrichtungen des täglichen Lebens daher selbst entweder überhaupt nicht oder doch nur sehr eingeschränkt bewältigen kann (vgl. EvBl 1979/178).

Die Erstklägerin hätte demnach nicht rechtswidrig gehandelt, wenn sie, wäre ihr schon vorher zur Kenntnis gelangt, daß der Drittkläger mit schweren Behinderungen zur Welt kommen werde, einen Schwangerschaftsabbruch an sich hätte vornehmen lassen.

Koziol lehrt (Haftpflichtrecht I³, Rz 2/26), auch die mangels Aufklärung der Mutter unterbliebene, an sich aber gerechtfertigte Abtreibung könne keine Schadensersatzpflicht des Arztes dahin begründen, daß er für den Unterhalt des Kindes aufkommen müsse, weil vom Schutzzweck des § 97 Abs 2 StGB nicht die vermögenswerten Belastungen der Eltern erfaßt würden.

Die medizinisch-soziale Indikation des § 218a Abs 2 dStGB umfaßt auch die nicht mehr ausdrücklich geregelte embryopathische Indikation. Nach der Lehre läßt sich diese Einordnung damit erklären, daß es schon bislang letztlich entscheidend auf die notstandsähnliche Konfliktlage angekommen sei, in der sich die Schwangere angesichts der mit dem Austragen und späterem Betreuen eines behinderten Kindes verbundenen außergewöhnlichen Belastungen befindet, die vergleichbaren seelischen Überforderungen im Sinne der medizinischen Indikation nicht nachstehen und deren Hinnahme ihr von der Rechtsordnung nicht abverlangt werden könne (*Schönke/Schröder*, StGB²⁵ Rz 37 zu § 218a dStGB). Wenngleich § 97 StGB keine soziale Indikation kennt, deckt der Tatbestand der embryopathischen Indikation dessenungeachtet schon für sich allein ein breites Spektrum an Interessen ab, deren Wahrung er dienen soll. Vom Sinngehalt der Norm her ist die Belastung der Eltern durch alle psychischen, physischen und sozialen Probleme, die das Leben mit einem schwerstbehinderten Kind mit sich bringt, ganz wesentlich mitumfaßt.

Es kann nicht geleugnet werden, daß auch der finanziellen Komponente ein nicht zu vernachlässigender Stellenwert innerhalb all jener Faktoren beizumessen ist, die sich in der schweren Last, an der die Eltern eines unheilbar schwerstbehinderten Kindes zu tragen haben, niederschlagen. Die Angst vor massiver finanzieller Überforderung, die allein mit dem Hinweis auf Sozialleistungen nicht wettgemacht werden kann, setzt in durchschnittlichen Verhältnissen lebende Eltern zumeist zusätzlich unter Druck. Die umfassenden Elternpflichten werden jedenfalls auch durch eine finanzielle Komponente mitbestimmt, die bei einem schwerstbehinderten Kind besonders spürbar wird.

Der Arzt oder das medizinische Personal, der bzw das an einer werdenden Mutter Ultraschalluntersuchungen vornimmt, muß davon ausgehen, daß die Mutter dadurch — soweit Behinderungen am werdenden Kind erkennbar sind — unter anderem auch eine Entscheidungshilfe für oder gegen das Kind sucht und gerade auch deshalb Aufklärung über den körperlichen Zustand ihres Kindes erlangen will. Der Arzt, der die mögliche Aufklärung unterläßt, verstößt daher gegen seine Vertragspflicht, die aus den dargelegten Erwägungen — entgegen *Koziol* — auch den Schutz vor Vermögensnachteilen infolge der unerwünschten, bei ordnungsgemäßer Aufklärung unterbliebenen Geburt eines schwerstbehinderten Kindes

umfaßt. Unterläuft dem Arzt bei derartigen Untersuchungen ein Fehler, der zur sonst unterbliebenen Geburt eines behinderten Kindes führt, so erstreckt sich seine Haftung auf die Freistellung des Vertragspartners von wirtschaftlichen Belastungen, die (unter anderem) durch den Behandlungsvertrag, der wesentliche Elemente des Beratungsvertrags umfaßt, vermieden werden sollten. Auch insoweit kann die Übernahme der medizinischen Aufgaben durch den Arzt, die der Erreichung eines erlaubten Vertragszwecks dient, nicht ohne rechtliche Verantwortung für den Arzt bleiben (BGHZ 86, 240; BGHZ 89, 95; BGHZ 124, 128; BVerfG in EuGRZ 1997, 635, insbesondere 642 ff.).

Es ist allgemein anerkannt, daß die Belastung mit einer Verpflichtung positiver Schade ist. Dies ist – wie *Koziol* (aaO Rz 2/25) ausführt – konsequenterweise auch bei einer Unterhaltsverpflichtung nicht zu leugnen. *Koziol* tritt zutreffend der Kritik von *Picker* (Schadenersatz für das unerwünschte Kind, in AcP 1995, 483, [FN 70]) an der vorher zitierten deutschen Rechtsprechung entgegen, der unter anderem meint, es könne haftungsrechtlich nicht zwischen dem Kind und dem Unterhaltsaufwand differenziert werden, weil sonst das Kind als Schadensursache verstanden werde. Er begründet die Unrichtigkeit dieser These einleuchtend damit, daß sie Ursache und Wirkung verkehre. Ein negatives Werturteil über das Kind sei damit, daß dessen Unterhalt als Verbindlichkeit zu qualifizieren ist, nicht verbunden. Zutreffend führt *Koziol* auch aus, *Pickers* Bedenken, daß mit der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs durch die Eltern dem Kind „drastisch die Unerwünschtheit vor Augen geführt“ werde, seien unberechtigt. Vielmehr sei im Gegenteil zu fürchten, daß das Kind die mangelnde Akzeptanz noch mehr zu spüren bekomme, wenn die Eltern die finanziellen Belastungen voll zu tragen hätten.

Der deutsche Bundesgerichtshof hält weiterer Kritik an seiner Meinung, es liege ein ersatzfähiger Vermögensschaden vor, in seiner Entscheidung BGHZ 124, 128 entgegen, das Schlagwort „Kind als Schaden“ sei eine unangemessene und aus rechtlicher Sicht untaugliche Betrachtungsweise; die Unterscheidung zwischen der Existenz des Kindes und seinem unbestreitbaren Wert als Persönlichkeit einerseits und der sich für die Eltern ergebenden Unterhaltsbelastung andererseits bedeute keine künstliche Aufspaltung bzw. „Zergliederung der personalen Ganzheit des Kindes“ (so aber *Lankers* in FamRZ 1969, 364). Vielmehr stelle erst die Belastung der Eltern mit dem Aufwand eine die Annahme eines Schadens kennzeichnende Vermögensverminderung dar. Die Tatsache, daß die wirtschaftliche Belastung erst durch die Existenz des Kindes ausgelöst wird, ergebe sich aus einem naturwissenschaftlichen Zusammenhang, der für sich genommen wertfrei sei. Der Schadensbegriff sei zudem weder nach dem Gesetz noch nach der schadenersatzrechtlichen Praxis derart negativ besetzt, daß es sich verbiete, finanzielle Belastungen aus der Geburt eines Kindes als Schaden anzusehen. Insbesondere bedeutete die Beurteilung der besonderen Unterhaltsbelastung infolge der Schwerebehinderung des Kindes als Schaden im Verhältnis zwischen Eltern und Arzt nicht etwa, daß über das Kind ein Unwerturteil ausgesprochen und es durch die Verbindung mit dem Begriff „Schaden“ in seiner Persönlichkeit herabgewürdigt werde. Auch der Bundesgerichtshof vertritt – gleich *Koziol* – die Ansicht, die Zubilligung von Schadenersatz in Fällen, wie dem vorliegenden, bleibe nicht nur ohne negative Auswirkung für das Kind, sondern könne diesem sogar dienlich sein, weil dadurch die wirtschaftliche Lage seiner Eltern verbessert werde.

Dieser Rechtsansicht schließt sich der erkennende Senat für den Fall an, daß es aufgrund eines Beratungsfehlers des behandelnden Arztes zu der bei richtiger Aufklärung nicht gewollten Geburt eines behinderten Kindes kommt. Wie bereits dargestellt, vertritt auch *Koziol* (aaO Rz 2/29) für den Fall ganz außerordentlicher Belastung die Ansicht, daß die Entstehung einer familienrechtlichen Beziehung dann als nachteilig beurteilt werden könnte. Die Frage, ob der Arzt bei schuldhafter Verletzung seiner Beraterpflicht in den Fällen, in denen seine Haftung nach umfassender Abwägung der jeweiligen Besonderheiten des Falles zu bejahen ist, den Unterhaltsaufwand insgesamt zu ersetzen hat, stellt sich im vorliegenden Fall nicht, weil das hier zu beurteilende Klagebegehren nur auf den durch die Behinderung verursachten Mehraufwand gerichtet ist.

Auch der Problembereich des Schadenersatzes für die unerwünschte eigene Existenz („wrongful life“) hat im Schrifttum insbesondere in Deutschland zahlreiche Stellungnahmen hervorgerufen (vgl die Darstellung des Meinungsstands in BGHZ 86, 240 und bei *Koziol* aaO Rz 2/30 ff). Die deutsche Rechtsprechung verneint einen derartigen Anspruch mit überzeugenden Argumenten. Diesen zufolge ist vorweg zu beachten, daß der Arzt dann, wenn ihm keine Methode zur Abwehr der schweren Schädigung des Kindes zur Verfügung stand, den Zustand des Kindes nicht verursacht hat. Die Pflicht, die Geburt deshalb zu verhindern, weil das Kind mit einer schweren Behinderung zur Welt kommen wird, läßt sich der Rechtsordnung nicht entnehmen. Das Urteil über den Wert menschlichen Lebens als höchstrangigen Rechtsguts steht dem Arzt nicht zu. Auch die Pflicht, das Leben schwer Behinderter zu erhalten, darf nicht vom Urteil über den Wert des erhaltbaren Lebenszustandes abhängig gemacht werden. Es geht hier nicht um jene Grenzfälle, in denen sich die Frage stellt, ob trotz der völligen Ausichtslosigkeit, den Leidenszustand zu bessern, noch einzelne Lebensfunktionen durch künstliche Maßnahmen aufrecht erhalten werden sollen. Weder die Ermöglichung noch die Nichtverhinderung von Leben verletzt ein geschütztes Rechtsgut. Es entzieht sich den Möglichkeiten einer allgemein verbindlichen Beurteilung, ob das Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative, nicht zu leben, überhaupt einen Schaden im Rechtssinn oder aber eine immer noch günstigere Lage darstellt.

Es ist insoweit sowohl eine deliktische Haftung des Arztes als auch eine Haftung aus einer Vertragspflicht zu verneinen. Das Fehlverhalten des Arztes liegt in einer Verletzung seiner vertraglichen Pflichten gegenüber den Eltern. Gegenüber dem Kind könnten sich überhaupt nur bei Bestehen vertraglicher Schutzwirkungen zu dessen Gunsten Pflichtverletzungen ergeben (vgl *Koziol* aaO Rz 2/33). *Koziol*, der einem Schadenersatzanspruch des Kindes grundsätzlich ablehnend gegenübersteht, erwägt einen subsidiären Schutz des Kindes für den Fall, daß die Unterhaltspflichtigen nicht in der Lage sind, den Ersatz zu liquidieren. Abgesehen davon, daß dieser Fall hier nicht zu beurteilen ist, steht dem Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen infolge der Behinderung jedenfalls der mangelnde Verursachung durch den Arzt entgegen. Das Kind wäre auch bei rechtmäßigem Verhalten des Arztes nicht gesund geboren worden (*Koziol* aaO Rz 2/32 mwN; in diesem Sinn auch *Zimmermann* in DJZ 1997, 131 f).

Ungeachtet dessen, daß in Deutschland der gerechtfertigte Schwangerschaftsabbruch der Mutter ausdrücklich nur in deren eigenem Interesse zugebilligt wird, während dies im StGB nicht in dieser deutlichen Form zum Ausdruck

kommt, ist der Ersatzanspruch des Kindes aus der Vertragshaftung auch nach österreichischer Rechtslage abzulehnen: Eigene Ansprüche des Kindes sind nur tragbar, soweit schuldhaft durch menschliches Handeln dessen Integritätsinteresse beeinträchtigt worden ist. In Fällen, wie dem hier vorliegenden, sind die Grenzen erreicht, innerhalb derer eine rechtliche Anspruchsregelung möglich ist. Der Mensch hat grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist, und er hat keinen Anspruch auf dessen Verhütung oder Verminderung durch andere. Soweit der Mutter von der Rechtsordnung gleichwohl die Möglichkeit der Entscheidung zur Abtreibung eingeräumt wird, kann daraus dem Kind ihr gegenüber kein Anspruch auf dessen Nichtexistenz erwachsen. Wollte man dem Arzt gegenüber anders entscheiden, so müßte folgerichtig auch eine Haftung der Eltern ihrem Kind gegenüber über ihre Unterhaltspflichtung hinaus bejaht werden, wenn sie es trotz schwerer genetischer Belastung gezeugt oder am Leben gelassen haben. Dieser in jeder Weise überzeugenden Argumentation des Bundesgerichtshofs vermögen die Befürworter eines eigenen Ersatzanspruchs des Kindes letztlich nichts wirklich Stichhaltiges entgegenzuhalten. Auch wenn die Abtreibung unter bestimmten Voraussetzungen als rechtmäßig anzusehen ist, steht dennoch nach heutiger Auffassung weder dem Nasciturus noch einem schon Geborenen ein Recht darauf zu, getötet zu werden (*Koziol aaO Rz 2/31*). Es erscheint zwar vordergründig als zutreffend, daß das Kind als eigentlich Verletzter und Geschädigter anspruchsberechtigt sein soll (so *Deutsch* in seiner ablehnenden Stellungnahme zur Entscheidung des BGH in DZ 1983, 447 = BGHZ 86, 240 in DJZ 1983, 451 f), und es ist auch richtig, daß bei oberflächlicher Betrachtung ein Widerspruch darin erblickt werden könnte, daß beim Anspruch der Eltern die Existenz des Kindes und das Entstehen der Unterhaltspflicht isoliert voneinander gewürdigt werden (so insbesondere *Picker aaO*), doch sind – wie *Zimmermann (aaO)* treffend nachweist – diese Ansätze letztlich rechtsdogmatisch nicht haltbar: Sie setzen sich über die Tatsache hinweg, daß die mangelnde Aufklärung durch den Arzt den „Schaden“ eben nicht zur Folge hatte. Das Ergebnis wäre, daß der Arzt ebenso haftete, als ob er einen zunächst gesunden Embryo geschädigt hätte. Dies ist aber abzulehnen. Die Anerkennung des Wiedergutmachungsinteresses der Eltern ist kein akzeptables Kriterium, das einen Größenschluß zugunsten des Kindes zu tragen vermöchte.

Während sich somit die von der Erstklägerin und dem Zweitkläger aus der Verletzung der Aufklärungspflicht geltend gemachten Nachteile aus rechtsdogmatischer Sicht grundsätzlich als ersatzfähig erweisen, trifft dies auf das Begehren des Dritklägers, soweit er es auf denselben Grund stützt, nicht zu.

Das Berufungsgericht hat infolge seiner vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten Rechtsansicht die in der Berufungsbeantwortung der erstbeklagten Partei, des Zweit- und des Drittbeklagten ausgeführte Mängelrüge nicht behandelt. Diese brachten darin – zusammengefaßt – vor, die aufgrund des Gutachtens des deutschen Sachverständigen getroffenen Feststellungen, Ultraschalluntersuchungen dienten auch der Abklärung der Frage nach der Integrität des Fötus und in bestimmtem Umfang der Darstellung der vier Extremitäten, deren Fehlen spätestens bei der dritten Ultraschalluntersuchung hätte auffallen müssen, seien unrichtig. Das Erstgericht habe außer acht gelassen, daß sich diese Überlegungen auf den Zeitpunkt Mai 1993 bezögen, daß ein intensives Mißbildungs-Screening bei unauffälliger Anamnese habe unterbleiben können sowie daß die

Überlegungen des Sachverständigen ausschließlich auf dem Stand der medizinischen Wissenschaft in Deutschland beruhten, wo die Verhältnisse der Ultraschalldiagnostik im Vergleich zu Österreich grundlegend verschieden gewesen seien. Es wäre ein österreichischer Gutachter zuzuziehen gewesen, der den Stand der medizinischen Wissenschaft in Österreich, bezogen auf das Jahr 1987, darzustellen gehabt hätte.

Diesem Vorbringen ist zu erwidern, daß der Patient aufgrund des Behandlungsvertrags Anspruch auf Anwendung der nach dem Stand der Wissenschaft zu fordernden sichersten Maßnahmen zur möglichen Ausschaltung oder Einschränkung bekannter Risiken und Gefahren hat (SZ 62/125; SZ 67/9; 6 Ob 3/98d). Den Arzt trifft die Verpflichtung, sich durch ständige Fort- und Weiterbildung Kenntnisse über den jeweiligen Stand der medizinischen Wissenschaft zu verschaffen (JBl 1994, 125), und sich nicht einfach auf die Kenntnisse der lokalen Übung oder die subjektive Überzeugung der an einem Krankenhaus tätigen Mediziner zu beschränken (SZ 62/125). Der Oberste Gerichtshof hat in Sozialrechtssachen wiederholt ausgesprochen, daß es zur Beurteilung der Zweckmäßigkeit einer Behandlung und der daraus folgenden Verpflichtung des Sozialversicherungsträgers zum Kostenersatz auf den allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft ankomme; der technisch-medizinische ortsübliche Standard eines bestimmten Landes sei dagegen nicht entscheidend (EvBl 1994/102; 10 Obs 200/93; 10 Obs 252/97z). Gerade Ärzte einer Universitätsklinik, der aufgrund der Verbindung von Lehre und Forschung einerseits und der dort geleisteten Betreuungstätigkeit Patienten gegenüber andererseits eine Sonderstellung zukommt (vgl. RV 504 BlgNR 17. GP 8 zum UOG, wonach Universitätskliniken der „medizinischen Spitzenversorgung dienen“), können sich nicht mit Erfolg darauf berufen, der medizinische Standard eines Nachbarlandes sei ihnen unbekannt und dürfe auch unbeachtet bleiben, zumal aus dem ergänzenden Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen vor dem Amtsgericht Frankfurt am Main hervorgeht, daß zumindest auf der Ebene der mit Ultraschalluntersuchungen befähigten Abteilungsleiter Kontakte zwischen Österreich und Deutschland bestanden. Dieser Vernehmung ist ebenso wie dem Gutachten selbst zu entnehmen, daß dem Nachbarland, bezogen auf den Untersuchungszeitpunkt, eine „Vorreiterrolle“ nicht erst kurzfristig zukam, sondern daß Untersuchungen in der vom Sachverständigen beschriebenen und geforderten Art in Deutschland schon seit rund 10 Jahren durchgeführt wurden. Völlig unerheblich ist es in diesem Zusammenhang, daß nach dem Vorbringen der Beklagten Ultraschalluntersuchungen im Rahmen des Mutter-Kind-Passes in Österreich erst ab dem Jahre 1988 durchgeführt wurden. Unhaltbar ist der Vorwurf der Revisionswerber, der Sachverständige habe seine Ausführungen auf den Zeitpunkt Mai 1993 bezogen, weil sich dafür weder dem Gutachten noch der ergänzenden Vernehmung irgendein Anhaltspunkt entnehmen läßt. Vielmehr führt der Sachverständige in seinem Gutachten ausdrücklich aus, Ultraschalluntersuchungen hätten auch unter den Vorstellungen des Jahres 1987/88 die Beurteilung der Extremitäten zumindest in der 18. und 24. Schwangerschaftswoche miteingeschlossen. Auch die Ausführungen der Revisionsgegner, wegen der unauffälligen Anamnese habe ein „Mißbildungs-Screening“ nicht vorgenommen werden müssen, gehen am Kern der gutachterlichen Ausführungen vorbei, legte der Sachverständige doch dar, daß das Fehlen der Extremitäten schon bei der zweiten, aber spätestens bei der

dritten Schwangerschafts-Ultraschalluntersuchung hätte auffallen müssen, es somit für die Erkennung eines besonderen Screenings gar nicht bedurfte. Aus der ergänzenden Vernehmung ergibt sich weiters unzweideutig, daß Blutungen und Wehen, die offenbar die Indikation für weitere Ultraschalluntersuchungen bei der Erstklägerin bildeten, entgegen der Ansicht der Revisionsgegner das Thema der Untersuchung nicht einschränken, sondern dieses „selbstverständlich“ dahin hätten erweitern müssen, „daß auch die Frage nach weiteren Auffälligkeiten am Kind als Routine nicht als Screening voraussetzen gewesen wäre“.

Der behauptete Verfahrensmangel, der von den Revisionsgegnern darin erblickt wird, daß der gerichtliche Sachverständige über Entsprechendes – und insoweit unbestrittenes – Fachwissen nur für den Bereich der Bundesrepublik Deutschland verfüge, liegt somit aus den angestellten rechtlichen Erwägungen nicht vor. Das Erstgericht durfte daher die Ergebnisse des Sachverständigen gutachtens seinen Feststellungen zugrundelegen. Soweit die Ausführungen der Revisionsgegner als Feststellungsrüge zu werten sind, kann schon jetzt gesagt werden, daß diese Rüge ausschließlich auf der Prämisse beruht, an der Universitätsklinik hätte ein gegenüber den Ausführungen des Sachverständigen geringerer Sorgfaltsmaßstab angewandt werden dürfen, weshalb sie schon aus den zur Mängelrüge angeführten rechtlichen Erwägungen unbeachtlich ist.

Mit ihrer Klage machten ursprünglich sowohl die Mutter (neben dem auf den erlittenen Schock gegründeten Leistungsbegehren) als auch der Vater den durch die Behinderung verursachten Unterhaltsmehrbedarf geltend. Die Erstklägerin ließ in der Folge ihr Begehren in diesem Punkt fallen und behauptete gleichzeitig die Abtreuung aller Ansprüche an den Zweitkläger. Diese Behauptung blieb bislang ungeprüft. Unklar ist, ob der Zweitkläger – was die Behauptung über die Abtreuung nahelegt – nun auch die Ansprüche der Erstklägerin als neuer Gläubiger geltend machen will, hat sein Klagebegehren doch trotz der Abtreuungsbehauptung insoweit bislang keine Änderung erfahren hat, obwohl die Ansprüche beider Elternteile nicht denknotwendig identisch sein müssen.

Unmittelbare Vertragspartnerin aus dem Behandlungsvertrag war die Mutter des Dritklägers, die Erstklägerin. Nach den bisherigen – allerdings bekämpften – Feststellungen hätte die Mutter das Kind nicht zur Welt gebracht, wenn sie von dessen Schädigung gewußt hätte. Der der Mutter durch die Vertragsverletzung entstandene Schaden kann in dem finanziellen und – in Form von Pflegeleistungen – sachlichen Unterhaltsmehraufwand für das Kind bestehen, den die Mutter ganz oder teilweise, möglicherweise lebenslang, wird erbringen müssen. Daß auch dieser Mehraufwand einer familienrechtlichen Unterhaltspflicht entspricht, steht im Verhältnis zu einem dafür verantwortlichen Dritten seiner Charakterisierung als Vermögensschaden nicht entgegen (BGHZ 86, 240). Soweit der Zweitkläger von der Erstklägerin abgetretene Ansprüche geltend macht, könnte ihnen daher grundsätzlich Berechtigung nicht abgesprochen werden.

Soweit das Begehren des Zweitklägers dahin zu verstehen ist, daß er damit eigene Ansprüche unabhängig von der behaupteten Zession verfolgt, ist zur Beurteilung seiner Aktivlegitimation sowohl für das Feststellungs- als auch das Zahlungsverbegehren zu erwägen: Wenn gleich der Vater im hier zu entscheidenden Fall offenkundig nicht selbst Partner des Behandlungsvertrags war, wird er doch von dessen Schutzbereich erfaßt. Für die Ersatzpflicht des verantwortlichen Arztes kann es keine Rolle spielen, wie sich die verursachte Belastung im Einzelfall

zwischen den Eheleuten verteilt (BGHZ 76, 249; BGHZ 86, 240; vgl auch *Kozio/aaO*, der, soweit er Schadenersatz befürwortet, jenen beider Elternteile als selbstverständlich unterstellt). Der Oberste Gerichtshof hat wiederholt ausgesprochen (SZ 35/32; ZVR 1970/150; 2 Ob 256/77; ZVR 1980/299; ZVR 1982/169; JBl 1989, 587; SZ 70/84), der Vater sei berechtigt, jenen Schaden im eigenen Namen einzuklagen, der ihm aufgrund seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht durch die Heilungskosten für sein minderjähriges Kind entstanden ist, ohne daß es einer Abtreuung von Ersatzansprüchen des Verletzten bedürfte. Als Rechtsgrundlage der Anspruchsberechtigung des Vaters wurde jeweils Schadensverlagerung angenommen (zuletzt ausführlich SZ 70/84), weil der Schaden, der normalerweise beim Verletzten eintritt, ausnahmsweise aufgrund bestehen der Unterhaltsverpflichtung wirtschaftlich vom Dritten, nämlich vom Vater, getragen sei. Der erkennende Senat verkennt nicht, daß der vorliegende Fall dadurch gekennzeichnet ist, daß – wie schon weiter oben dargelegt – das Kind selbst einen Schadensersatzanspruch aufgrund des unerwünschten eigenen Lebens nicht hat, hält aber dennoch an dieser Rechtsansicht fest, weil ungeachtet dieses Umstands jedenfalls die durch die Behinderung des Kindes verursachte Mehrbelastung und damit ein an sich in der Person des Kindes eingetretener Schaden aufgrund des Gesetzes (§ 140 Abs 1 ABGB) von beiden Eltern zu tragen sind. Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man – wie die deutsche Lehre und Rechtsprechung – den Schutzbereich des ärztlichen Behandlungsvertrages auf den Vater erstreckt, hat doch dieser gleich der Mutter ein eigenes, dem Arzt bekanntes Interesse, über das Wohlergehen bzw über Beeinträchtigungen der Leibesfrucht informiert zu werden.

Die Ansprüche des Zweitklägers sind aber (auch soweit er sie aufgrund der behaupteten Zession anstelle der Erstklägerin geltend macht) noch nicht spruchreif. Die Erst- und der Zweitkläger bekämpften in ihrer Berufungsbeantwortung zulässigerweise die Feststellung, die Erstklägerin hätte bei Aufklärung anlässlich der Ultraschalluntersuchungen einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen und ganz sicher keinen Wehenhemmer eingenommen. Mit der Bekämpfung dieser Feststellung hat sich das Berufungsgericht bislang nicht befäßt, sodaß noch keine den Obersten Gerichtshof bindende Sachverhaltsgrundlage vorliegt. Erst nach Erledigung dieser Beweisrüge wird nach Maßgabe der nachstehenden rechtlichen Überlegungen mit dem Zweitkläger zu erörtern sein, welche Anspruchsgrundlage er nunmehr geltend machen will und wie sein Begehren im Hinblick auf die behauptete Zession und die Klageeinschränkung durch die Erstklägerin zu verstehen ist. Erforderlichenfalls werden sodann Feststellungen über die Zession und den zur Begründung des Klagebegehrens behaupteten Aufwand zu treffen sein.

Sollte sich im fortgesetzten Verfahren herausstellen, daß die Erstklägerin keine Abtreuung hätte vornehmen lassen (vgl zur Beweislast für die Kausalität unterlassener Aufklärung zuletzt etwa 6 Ob 126/98t und 4 Ob 335/98p), wäre im Rahmen der Prüfung der Begehren des Zweit- und des Dritklägers die Behandlung zu prüfen, daß zusätzliche Behinderungen des Dritklägers aufgrund der verspätet einsetzenden Behandlung eingetreten und deshalb Folgeschäden zu befürchten seien und daß die Behandlung deshalb verspätet eingesetzt habe, weil nicht rechtzeitig entsprechende Fachärzte und Spezialisten beigezogen hätten

werden können. Die Kausalität der unterlassenen Aufklärung wäre für den Fall zu bejahen, daß der Drittkläger trotz Aufklärung der Eltern über seine Behinderung nicht abgetrieben worden wäre. Wäre es hingegen den erst zu treffenden Feststellungen zufolge nach entsprechender Aufklärung zur Abtreibung gekommen, müßte die Ursächlichkeit der Pflichtverletzung verneint werden, weil es dann nicht zu einer Lebendgeburt mit dem folgenden Leidenszustand gekommen wäre.

Unterstellt man die Richtigkeit der Behauptungen, daß der Körperschaden des Drittklägers bei sofort einsetzender Behandlung gemildert worden wäre bzw. weitere durch die angeborenen Schäden verursachte Folgeschäden hätten verhindert werden können, so wäre die Nichtaufklärung für jene Teilaspekte des Leidens des Kindes ursächlich, die auf die Verzögerung des Behandlungsbegins zurückzuführen sind. Insoweit wäre der Arzt, der die mögliche und pflichtgemäße Aufklärung über die erkennbare schwere Schädigung eines werdenden Kindes und damit auch über die Notwendigkeit von Sofortmaßnahmen nach der Geburt unterläßt, bei Austragung des Kindes genauso zu stellen wie jener Arzt, der ein werdendes Kind oder das Kind beim Geburtsvorgang verletzt.

Die Schlußfolgerung des Berufungsgerichts, Ansprüche, die durch die Unterlassung einer allenfalls möglichen sofortigen Behandlung nach der Geburt entstanden sind, könnten durch das sich auf künftige Schadensfolgen beziehende Feststellungsbegehren nicht gedeckt sein, ist in dieser Form nicht zwingend. Die darauf gerichteten Behauptungen der Kläger beschränken sich nicht darauf, daß der Drittkläger lediglich bis zum Einsetzen der Behandlung zusätzliche Leiden und Behinderungen habe ertragen müssen. Vielmehr wurde bereits in der Klage (auch) behauptet, daß durch den Zeitverlust infolge monatelangen Suchens nach geeigneten Spezialisten zusätzliche Schäden an der Wirbelsäule eingetreten seien. Es wurde weiters vorgebracht, daß eine Aggravation des Zustands des Drittklägers eingetreten und daß der optimale Zeitpunkt für den Einsatz von Prothesen, Lermethoden und Bewegungsübungen versäumt worden sei. Dieses Vorbringen, auf das das Feststellungsbegehren wohl subsidiär gegründet wurde, läßt sich zwanglos dahin verstehen, daß das Kind auch künftighin zusätzliche Leiden und Behinderungen infolge verspäteter Heilbehandlung erdulden werde müssen. Das auf entsprechende Aufforderung durch den Erstrichter letztlich erstattete Vorbringen, die kausale Verzögerung habe sich dahin ausgewirkt, daß das Kind während zumindest eines halben Jahres jene Bewegungsmöglichkeiten nicht gehabt habe, die ihm bei entsprechender rechtzeitiger Aufklärung hätten geboten werden können, läßt sich nicht als Widerruf der Behauptung interpretieren, daß die verspätete fachärztliche Behandlung bliebende, sonst vermeidbare Schäden zur Folge gehabt habe. Im Gegensatz zur Ansicht des Berufungsgerichts haben die Kläger das Feststellungsinteresse somit auch für diesen Teilbereich schlüssig dargetan. Es ist auch nicht richtig, daß die Kläger bloß einen unzulässigen Erkundungsbeweis führen wollten, haben sie doch unter anderem ausdrücklich das Auftreten eines Wirbelsäulenschadens behauptet.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, daß angebliche Verfahrensmängel erster Instanz, die vom Berufungsgericht bereits verneint wurden, in der Revision nicht neuerlich mit Erfolg geltend gemacht werden können (SZ 62/157; JBl 1990, 535; EFSJg 64.136 uva). Das Gericht zweiter Instanz hat sich jedoch aufgrund seiner unzutreffenden Rechtsansicht, daß das Klagebegehren insoweit

unschlüssig sei, nicht mit der Bekämpfung der Feststellung des Erstgerichts in der Berufung der Kläger, daß die körperliche Behinderung des Drittklägers nach der Geburt keine sofortige Therapie erfordert habe, befaßt. Das Urteil des Berufungsgerichts ist somit selbst mangelhaft geblieben. Der betreffende Teilspruch der Kläger kann daher ebenfalls noch nicht abschließend beurteilt werden.

Nach den bislang ungeprüft gebliebenen Behauptungen der Erstklägerin war die unterlassene Aufklärung über die schwere Behinderung des von ihr erwarteten Kindes insofern für den Schock bei der Geburt kausal, als sie gerade in der Ausnahmesituation einer Gebärenden von der Schwerebehinderung des Kindes erfuhr; bei Aufklärung in einer „normalen“ Situation wäre ihr der Schock nach ihren Behauptungen erspart geblieben.

Auch wenn der mit einer Schwangeren geschlossene Behandlungsvertrag in erster Linie die gynäkologische Betreuung der werdenden Mutter und die Überwachung der Leibesfrucht umfaßt, besteht doch insbesondere bei einer Ultrasonalluntersuchung auch die Vertragspflicht, die Mutter über erkennbare Schäden des werdenden Kindes aufzuklären. Die Aufklärungspflicht kann aber nicht nur auf den Zweck beschränkt bleiben, der Mutter eine Entscheidungshilfe für oder gegen eine Abtreibung zu bieten. Auch wenn der im Rahmen einer Schwangerenbetreuung beigezogene Arzt keine psychiatrischen Leistungen schuldet, ist er doch gehalten, sich das Wohl der Patientin in umfassender Weise angelegen sein zu lassen, wozu auch die Aufklärung über die Mißbildung eines Kindes zu einem im Vergleich zum Geburtsvorgang wesentlich günstigeren Termin gehört. Im Gegensatz zur Ansicht des Berufungsgerichts kann daher das Vorbringen der Mutter zur Begründung ihres Schmerzensgeldanspruchs nicht von vornherein als unschlüssig abgetan werden.

Richtig ist zwar, daß für seelische Schmerzen, die nicht auf einer Verletzung des eigenen Körpers beruhen, kein Schmerzensgeld zusteht. Wie der Oberste Gerichtshof aber bereits mehrfach ausgesprochen hat, ist unter einer Körperverletzung jede Beeinträchtigung der leiblichen und geistigen Gesundheit bzw. Unversehrtheit zu verstehen. Störungen von Gehirn- und Nervenfunktionen, wie zB auch Schlaflosigkeit oder Aufregungs- und Erregungszustände aller Art, sind als Körperverletzung zu qualifizieren. Lediglich eine psychische Beeinträchtigung, die bloß im Unbehagen oder in Unlustgefühlen besteht, reicht für sich allein nicht aus, um als Verletzung am Körper angesehen oder einer Verletzung gleichgestellt zu werden. Massive Einwirkungen auf die psychische Sphäre stellen jedenfalls dann eine körperliche Verletzung dar, wenn sie mit körperlichen Symptomen einhergehen, die als Krankheit anzusehen sind. Eine derartige massive psychische Beeinträchtigung ist anzunehmen, wenn aus ärztlicher Perspektive die Behandlung der psychischen Störung geboten ist. Das ist vor allem dann der Fall, wenn nicht damit gerechnet werden kann, daß die Folgen von selbst abklingen, oder wenn zu befürchten ist, daß ohne ärztliche Behandlung eine dauernde gesundheitliche Störung zurückbleibt (ZVR 1995/46 mwN; ZVR 1997/75 ua).

Die Erstklägerin behauptete, sie habe schwere psychische Beeinträchtigungen erlitten, die eine monatelange Behandlung notwendig gemacht hätten. Sie legte damit auch die von der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen für die Zuerkennung eines Schmerzensgelds mit ausreichender Deutlichkeit dar. Daß schließlich über Aufforderung durch den Erstrichter vorgebracht wurde, die Erstklägerin habe einen „körperlichen Schaden“ nicht erlitten, kann nur dahin ver-

standen werden, daß primär die psychische Sphäre der Erstklägerin betroffen war, vermag aber im übrigen ihr Vorbringen nicht dahin zu relativieren, daß die Beeinträchtigung bloß im üblichen Erschrecken, in Unlustgefühlen oder im Unbehagen bestanden habe.

In ihrer Berufung bekämpft die Erstklägerin sowohl die Feststellung, der Schock habe lediglich in dem Gefühl bestanden, „die Welt breche zusammen“, als auch die Feststellung, der Schock wäre nicht gemindert worden, wenn sie vor der Geburt über die Mißbildung des Kindes aufgeklärt worden wäre. Die Berufung macht insoweit auch Verfahrensmängel geltend. Mit dieser Rüge hat sich das Berufungsgericht, ausgehend von seiner unrichtigen Rechtsansicht, ebenfalls nicht weiter befaßt, sodaß das Verfahren auch insoweit mangelhaft geblieben ist. Das Verfahren ist daher auch noch nicht spruchreif, soweit es um den von der Erstklägerin geltend gemachten Schmerzensgeldanspruch geht.

Spätestens seit dem Maria-Theresianischen General-Sanitäts-Normativ 1770 („Sanitäts- und Kontumatsordnung“ vom 2. I. 1770, Slg. Osterreichischer Gesetze, Theil VI, 1247) kommt den Universitätskliniken aufgrund der Verbindung zwischen Lehre und Forschung einerseits und der dort geleisteten Betreuungstätigkeit für Patienten andererseits eine Sonderstellung zu, die durch § 59 des Hochschulorganisationsgesetzes BGBI 1955/154 dahin definiert wurde, daß Universitätskliniken jene Institute der medizinischen Fakultäten seien, die zugleich Krankenabteilung einer öffentlichen Krankenanstalt sind. Das Nachfolgesetz, das Universitätsorganisationsgesetz 1975 (UOG), normierte im § 76 Abs 7, daß die Institute medizinischer Fakultäten und die Abteilungen solcher Institute, die zugleich Krankenabteilungen an einer öffentlichen Krankenanstalt sind, die Bezeichnung Universitätsklinik führen. Die Institutsvorstände von Universitätskliniken führen die Bezeichnung Klinikvorstand. Gemäß § 54 Abs 7 UOG obliegt den Universitätskliniken außer den Aufgaben der wissenschaftlichen Lehre und Forschung die Erfüllung derjenigen Aufgaben, die sich aus ihrer Stellung als Abteilung eines öffentlichen Krankenhauses ergeben. Abs 9 dieser Gesetzesstelle sieht die Verbindung der Funktion des Klinikvorstands mit der Funktion des Leiters der Universitätsklinik in krankenanstaltenrechtlicher Hinsicht vor. Im Zusammenwirken räumen diese Bestimmungen dem Klinikvorstand eine umfassende Leitungsgewalt mit dem Effekt ein, daß er – auch was die medizinische Betreuung von Patienten im Rahmen der Klinik betrifft – zur Entscheidung berufen und letztverantwortlich war. Erst die – hier noch nicht anzuhaltende – UOG-Novelle 1988 mediatisierte dieses Weisungsrecht durch die zwingende Zwischenschaltung von Abteilungsleitern (*Mazal*, Sonderklassen-honoreare und Abteilungsgliederung an Universitätskliniken, ÖJZ 1991, 366). Durch diese gesetzliche Regelung, die die bestmögliche medizinische Betreuung durch besonders qualifizierte Ärzte (vgl dazu RV 504 aaO) sicherstellen soll, kommt es zu einer untrennbaren Verbindung von Aufgaben und Organisation der universitären Einrichtung mit jener der Krankenanstalt (vgl hierzu VfGH in ZfVB 1992/1260), sodaß es gerechtfertigt ist, Universitätskliniken in funktionaler Hinsicht als Teile der Krankenanstalt zu sehen (*Basl*, UOG '93 Anm 2 zu § 62). § 43 Abs 1 KAG bezeichnet Universitätskliniken als Krankenabteilungen öffentlicher Krankenanstalten und geht somit sogar von einer Identität aus.

In dienstrechtlicher Hinsicht folgt aus der dargestellten Doppelfunktion, daß die Ärzte der Universitätsklinik als Dienstnehmer der Viertbelegten Bundes-

bedienstete, das nichtärztliche Personal jedoch Dienstnehmer des Landes bzw der Gemeinden sind (RdA 1996/24 mit Glosse *Mazal*; *Barfuß/Steiner*, Zu den Dienstpflichten von Klinikvorständen, RdM 1996, 12). Gemäß § 155 Abs 5 BDDG haben die Hochschullehrer, die an der Universität als Ärzte verwendet werden, außerdem an der Erfüllung der Aufgaben mitzuwirken, die den Universitäts-einrichtungen im Rahmen des öffentlichen Gesundheitswesens und der Untersuchung und Behandlung von Menschen obliegen, wenn sie auf der Grundlage einer Vereinbarung gemäß § 54 UOG, durch die für eine Universitätsklinik die Zusammenarbeit zwischen dem Bund und dem Träger der Krankenanstalt geregelt sein soll, dienst- bzw hochschulrechtlich der Universitätsklinik zur Dienstleistung zugeordnet sind. Aufgrund dieser gegenüber dem Rechtsträger der Krankenanstalt bestehenden Pflichten als Leiter der Krankenabteilung kommt es dem ärztlichen Leiter unter anderem zu, die Erbringung ärztlicher Leistungen durch Mitarbeiter der Klinik zu überwachen, zu koordinieren und durch Weisungen zu gestalten (VwGH in ZfVB 1997/1961; *Barfuß/Steiner* aaO).

Rechtsträger der Krankenanstalt, in der die Erstklägerin untersucht wurde, ist die Erstbelegte, Rechtsträger der Universität die Viertbelegte. Daß der Patient vom Rechtsträger der Krankenanstalt aufgrund des schlecht erfüllten Behandlungsvertrags Schadenersatz begehren kann, ist unstrittig (SZ 62/53; JBl 1995, 453; SZ 69/198 ua). Die Heilbehandlung in einem öffentlichen Krankenhaus wird nach einem Teil der Lehre (*Schrägel*, AHG², Rz 103; dagegen *Vrbal/Zechner*, Kommentar zum Amtshaftungsrecht, 133) und ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung zur Privatwirtschaftsverwaltung des öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers gezählt (SZ 11/97; EvBl 1966/257; 7 Ob 58/70; EvBl 1970/179; 3 Ob 560/84). Demgegenüber wird für die Heilbehandlung in einer Universitätsklinik in der Lehre die Auffassung vertreten, daß die Behandlung wegen der Erfüllung der universitären Zwecke zur Hoheitsverwaltung gehöre (*Schrägel* aaO; *Vrbal/Zechner* aaO 135 f). In der Entscheidung JBl 1959, 595 verwies der Oberste Gerichtshof ausdrücklich darauf, daß sich die Klägerin nur auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts und nicht auf jene des AHG berufen habe und führte aus, für das Verschulden der an einem öffentlichen Krankenhaus tätigen Personen hafte derjenige, von dem das Krankenhaus betrieben werde. Soweit es sich um eine Universitätsklinik handle, sei der Bund als Betriebsführer anzusehen. Universitätskliniken dienten zwar in erster Linie Lehr- und Forschungszwecken, doch sei damit untrennbar auch die Behandlung der Kranken, die zu diesem Zweck herangezogen werden, verbunden. In seiner Entscheidung 7 Ob 58/70 stellte der Oberste Gerichtshof dar, auch dann, wenn im Sinne der Jurisdikatur der Bund als Betriebsführer der Universitätsklinik angesehen werden müsse, könne eine gleichartige Haftung der Gemeinde als Rechtsträgerin der Krankenanstalt nicht verneint werden. Bedeutsam sei in diesem Zusammenhang der Umstand, daß sich der Betrieb der Universitätsklinik in der größeren Rahmen des Betriebs der öffentlichen Krankenanstalt dergestalt einfüge, daß die von der Universitätsklinik erfaßten Krankenabteilungen nichtsdestoweniger solche des öffentlichen Krankenhauses seien. Die öffentliche Krankenanstalt lasse ihre Krankenabteilungen durch die medizinische Fakultät betreiben, indem sie die dort zum Zwecke der Krankenbehandlung zu erbringenden ärztlichen Leistungen durch Ärzte der Universitätsklinik bewirke. In diesem Belang bestehe demnach zwischen der öffentlichen Krankenanstalt und der Universitätsklinik eine

dermaßen enge Verflechtung, daß sich die Haftung des Rechtsträgers der öffentlichen Krankenanstalt gemäß § 1313a ABGB für Schäden, die durch die ärztliche Behandlung in den fraglichen Krankenaufteilungen verschuldet würden, nicht vermeiden lasse. Die Pflege von Kranken in einer öffentlichen Krankenanstalt sei nicht der Hoheits-, sondern der Wirtschaftsverwaltung zuzuzählen. In seiner grundlegenden Entscheidung SZ 70/241 führte der Oberste Gerichtshof schließlich aus, der Bund habe, gleichgültig ob er nach den Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes oder jenen des bürgerlichen Rechts hafte, als Gesamtschuldner mit der Gemeinde für Fehlleistungen in der Universitätsklinik einzustehen. In Anbetracht der bereits dargestellten engen Verflechtung der beiden Tätigkeitsbereiche, die dazu führe, daß der Arzt jeweils in einer Doppelfunktion agiere, weshalb eine saubere Trennung der einzelnen Anteile der schadensstiftenden Tätigkeit gar nicht möglich sei, müsse von der solidarischen Haftung der beiden Rechtsträger ausgegangen werden. An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten, kann doch dem Patienten nicht zugestanden werden, langwierige und im Ergebnis nicht befriedigend zu lösende Überlegungen darüber anzustellen, innerhalb welches der beiden Tätigkeitsbereiche seine Behandlung erfolgte.

Entgegen der Ansicht der viertbeklagten Partei ist deren Haftung daher dem Grunde nach zu bejahen. Der in diesem Zusammenhang von dieser erstattete Hinweis auf die Bestimmung des § 43 Abs 1 KAG geht schon deshalb fehl, weil er den Fall der ausnahmsweisen Aufnahme nicht anstandsbedürftiger Personen für Zwecke des Unterrichts und der medizinischen Forschung oder die längere Verpflegung ehemaliger Patienten aus demselben Grunde regelt. Bei dieser – hier nicht gegebenen – Sachverhaltskonstellation wäre das schädigende Verhalten ausschließlich dem Bund als Rechtsträger im Sinn des AHG zuzurechnen (*Barfuß/Steiner* aaO; *Vrba/Zechner* aaO 136), weil nicht zweifelhaft sein kann, daß die Aufnahme an sich nicht anstandsbedürftiger Personen ausschließlich zu Zwecken der Forschung und Lehre erfolgte. Amtshaftungsansprüche kommen nämlich immer dann in Betracht, wenn die Aufgabe ihrem Wesen nach hoheitlich ist und der Schaden durch Verhaltensweisen bei Erfüllung der Aufgabe eintrat, wenn somit ein hinreichend enger innerer und äußerer Zusammenhang besteht (SZ 59/112; SZ 63/25 uva). Dieser Zusammenhang könnte nur dann bejaht werden, wenn die Behandlung der Erstklägerin (zumindest auch) Zwecken der Forschung und Lehre gedient hätte, wie dies etwa in der Entscheidung SZ 70/241 infolge Anwendung einer neuen Operationsmethode angenommen wurde. In dem hier zu beurteilenden Fall der Durchführung von Routineultraschalluntersuchungen findet sich aber keinerlei Anhaltspunkt, diese könnten in irgendeiner Form der Forschung oder der Lehre gedient haben. Illustrativ sei auf die Aussage des Zweitbeklagten verwiesen, der in der Verhandlungstagsatzung vom 3. 4. 1995 eine diesbezügliche Frage mit „Nein, sicher nicht“ beantwortete. Es kann daher ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß die Untersuchungen an der Erstklägerin ausschließlich im Rahmen der der Krankenanstalt zugewiesenen medizinischen Versorgungspflichten ohne jeden Bezug zu Lehr- und Forschungszwecken erfolgten. Auf die in SZ 70/241 angeordnete Möglichkeit, den Bund als Betriebsführer auch deshalb nach bürgerlichem Recht hafte zu lassen, weil der Patient durch den Abschluß des Pflegevertrags schlüssig auch der Erfüllung des Forschungszwecks zustimme, muß daher nicht weiter eingegangen werden.

Die Erst- und die Viertbeklagte hafte daher zur ungeteilten Hand nach bürgerlichem Recht für die Folgen der Nichterkennung der Behinderung des Drittklägers bei den in der Universitätsfrauenklinik durchgeführten Ultraschalluntersuchungen.

Der Zweitbeklagte betreute nach den insoweit unbekämpften Feststellungen die Erstklägerin zwar während der Schwangerschaft, verfügte aber selbst über kein Ultraschallgerät und führte auch keine Ultraschalluntersuchungen durch. Der in den erstinstanzlichen Feststellungen enthaltene Satz: „Der Zweitbeklagte führte nur eine Ultraschalluntersuchung durch“ kann im Zusammenhang mit den übrigen Ausführungen des Erstgerichts nur dahin verstanden werden, daß der Zweitbeklagte bei der ersten Ultraschalluntersuchung der Klägerin im Krankenhaus anwesend war. Dieser Überweis – wie auch sonst bei ihm üblich – die Erstklägerin zur Ultraschalluntersuchung an das Krankenhaus. Damit war aber auch ohne ausdrückliche Absprache zwischen der Erstklägerin und dem Zweitbeklagten klargestellt, daß die Ultraschalluntersuchung aus dem mit der Erstklägerin geschlossenen Behandlungsvertrag ausgenommen sein sollte. Ein anderer Sinn konnte auch aus der Sicht der Erstklägerin diesem Verhalten nicht beigelegt werden. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß der Zweitbeklagte die Erstklägerin wunschgemäß zur ersten Ultraschalluntersuchung begleitete, weil die Schädigung des werdenden Kindes bei dieser Untersuchung noch nicht erkennbar war. Die sonstigen Ultraschalluntersuchungen wurden vom Zweitbeklagten durch schlüssigen und in keiner anderen Weise deutbares Verhalten von dem mit ihm geschlossenen Behandlungsvertrag ausgenommen. Daß die Erstklägerin dem Zweitbeklagten Aufnahmen der einzelnen Ultraschalluntersuchungen zur Überprüfung vorgelegt hätte, wurde im Verfahren nicht behauptet und ist auch sonst nicht hervorgekommen. Die Schädigung des Kindes konnte durch andere im Routinebereich eines Gynäkologen liegende Schwangerenuntersuchungen nicht erkannt werden. Es scheidet daher eine vertragliche Haftung des Zweitbeklagten für die Ansprüche der Kläger zur Gänze aus. Anhaltspunkte für ein deliktisches Vorgehen des Zweitbeklagten liegen nicht vor. In dieser Richtung wurde auch kein Vorbringen erstatet.

Wie bereits dargestellt, haftet für das dem Spitalsarzt anzulastende Fehlverhalten der Krankenhausträger dem Patienten als Partner des abgeschlossenen Behandlungsvertrags. Der Drittbeklagte stand zur Erstklägerin in keinerlei Vertragsverhältnis, insbesondere wurde nicht behauptet, es sei eine Sonderhonorarvereinbarung gemäß § 46 Abs 1 KAG getroffen worden, in welchem Fall die ausschließliche Zurechnung nur an den Klinikvorstand bzw den Leiter der klinischen Abteilung denkbar wäre (*Steiner/Barfuß* aaO). Das Schuldverhältnis bestand nur zwischen der Erstklägerin und dem Träger der Krankenanstalt sowie jenem der Universität. Der Drittbeklagte ist lediglich als deren Erfüllungsgehilfe nach § 1313a ABGB anzusehen und muß sich im Gegensatz zur Auffassung in der Revision das Verhalten seiner Mitarbeiter nicht persönlich zurechnen lassen. Die Haftung des Arztes, der als Erfüllungsgehilfe handelt, kommt nur als deliktische Haftung in Betracht (JBI 1959, 595; SZ 41/87; SZ 69/198; *Reischauer* in Rummel², Rz 24 zu § 1299). Die bloß allgemein gehaltene Behauptung, der Drittbeklagte habe seine Kontroll- und Aufsichtstätigkeit verletzt, läßt Anhaltspunkte für ein deliktisches Verhalten nicht erkennen. Auch der Drittbeklagte hat daher für die Ansprüche der Kläger nicht einzustehen.



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Niederreiter als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Tittel, Dr. Baumann, Hon. Prof. Dr. Danzl und Dr. Veith als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Karl U*****, vertreten durch Dr. Stefan Duschel und Mag. Klaus Hanten, Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagten Parteien 1.) Andreas Z*****, und 2.) Mag. Thomas Stenitzer, Rechtsanwalt, Rathausgasse 4, 2136 Laa an der Thaya, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der Z***** GesmbH, *****, beide vertreten durch Borns & Partner Rechtsanwaltskommanditpartnerschaft in Gänserndorf, wegen EUR 132.800,-- sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 12. Dezember 2003, GZ 11 R 152/03h-37, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 20. Juni 2003, GZ 19 Cg 42/02i-31, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit EUR 2.173,85 (darin enthalten EUR 362,31 USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Ehefrau des Klägers wurde am 15. 11. 2001 bei einem vom Erstbeklagten verschuldeten Verkehrsunfall derart schwer verletzt, dass sie noch am Folgetag ihren

Verletzungen erlag. Der Erstbeklagte hatte als Lenker eines von der nunmehrigen Gemeinschuldnerin Z***** GmbH gehaltenen LKW im alkoholisierten Zustand die Herrschaft über sein Fahrzeug verloren, dieses über einen Grünstreifen auf die Gegenfahrbahn gesteuert und den PKW-Polo der Ehefrau des Klägers im Bereich der Fahrgastzelle gerammt.

Der Kläger begehrt - soweit verfahrensgegenständlich - Schmerzensgeld für verkürztes Leben in der Höhe von EUR 117.800,--. Seine Ehefrau sei zum Unfallszeitpunkt im 22. Lebensjahr gestanden und hätte noch eine weitere Lebenserwartung von 58,9 Jahren gehabt. Durch die den beklagten Parteien zuzurechnende Tötung sei ihr die Lebensfreude für diesen Zeitraum genommen worden, wofür ihr ein Schmerzensgeld von EUR 2.000,-- pro Lebensjahr zustehe. Als eingetretetem Erben nach seiner Ehefrau sei dieser Anspruch auf den Kläger übergegangen.

Die beklagten Parteien wendeten im Wesentlichen ein, ein Schmerzensgeldanspruch, der aus der verkürzten Dauer des Lebens seiner Ehefrau resultiere, sei bei seiner Ehefrau nicht entstanden und demnach auch nicht auf den Kläger übergegangen.

Das Erstgericht stellte fest, die verstorbene Ehefrau des Klägers sei zum Unfallszeitpunkt im 22. Lebensjahr gestanden und hätte noch eine weitere Lebenserwartung von 58,9 Jahren gehabt. Der Kläger sei Alleinerbe nach seiner Ehefrau.

Rechtlich führte es aus, dem Kläger als Alleinerben nach seiner verstorbenen Ehefrau stehe Schmerzensgeld für die ihr entgangene Lebensfreude nicht zu. Ein derartiges Schmerzensgeld stelle keinen Ersatz für erlittene Leiden des Getöteten dar, sondern ausschließlich einen Anspruch des Erben, der kaum konkret bemessen

werden könne.

Das allein gegen die Abweisung von EUR 117.800,-- (Schmerzensgeld für die verkürzte Dauer des Lebens) vom Kläger angerufene Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Der in der Literatur vertretenen Rechtsansicht, dass auch *de lege lata* Schmerzensgeld für ein verkürztes Leben zuzusprechen sei, sei nicht zu folgen. Nach § 1325 habe derjenige, der jemand an seinem Körper verletze, auf Verlangen in den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen. Das Schmerzensgeld solle Vorteile für Nachteile ausgleichen, es solle ein Ausgleich zur Gewährung von Daseinsfreuden sein, zumindest sollten für entzogene Lebensfreude auf andere Weise gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen verschafft werden. Es sei Genugtuung für alles Ungemach, das der Verletzte im ideellen Bereich erdulden habe müssen, solle das Gefühl der Beeinträchtigung bzw auch das Gefühl einer Minderwertigkeit nehmen und so das gestörte Gleichgewicht der Persönlichkeit zumindest teilweise wiederherstellen. Wesentlich sei dabei, dass der Zustand, auf Grund dessen ein Schmerzensgeld gewährt worden sei, bewusst oder unbewusst erlebt worden sei. Bewusste oder unbewusste Schmerzempfindungen endeten aber mit dem Tod. Der Tod beende jegliche Erlebnisfähigkeit. Alle Entscheidungen, in denen Schmerzensgeld für Zustände der Bewusstlosigkeit oder der Todesangst oder Vernichtung der Persönlichkeit oder Einschränkung der Lebensfähigkeit oder Störung des Wohlbefindens zugesprochen worden seien, seien dadurch gekennzeichnet, dass der Verletzte diese Zustände bewusst oder unbewusst erlebt habe, also am Leben geblieben sei. Dies sei wesentlich, weil nur dann der vom Gesetzgeber

gewollte Gedanke einer Ausgleichsfunktion noch zum Tragen kommen könne.

Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil das Berufungsgericht nicht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes abgewichen sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision des Klägers mit dem Antrag, die Entscheidung dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren hinsichtlich des Erstbeklagten im Umfange von EUR 117.800,-- stattgegeben, hinsichtlich der zweitbeklagten Partei aber eine Konkursforderung in dieser Höhe festgestellt werde. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die beklagten Parteien beantragen in ihrer freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision des Klägers zurückzuweisen oder ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision ist zulässig, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Frage einer „Entschädigung für den verfrühten Tod“ nicht vorliegt, sie ist aber nicht berechtigt.

Im Revisionsverfahren ist ausschließlich die „Entschädigung für den verfrühten Tod“ der tödlich verunglückten Ehefrau des Klägers strittig. Das dem Kläger direkt zustehende „Trauerschmerzensgeld“ für den Verlust seiner Ehefrau wurde von den Vorinstanzen bereits rechtskräftig abgesprochen und bildet daher keinen Streitgegenstand mehr.

Nach der neueren Judikatur des Obersten Gerichtshofes besteht ein Schmerzensgeldanspruch nach § 1325 ABGB unabhängig davon, ob der Verletzte Schmerzen

empfinden kann oder nicht (6 Ob 535/1558/92; ZVR 2000/54 mwN). Diese Rechtsprechung wurde von einem Großteil der Lehre gebilligt (Koziol, Haftpflichtrecht I3 Rz 11/23; Karner, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung [1999] 123 ff [139]; Danzl in Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld⁸, 98 ff; krit Harrer in Schwimann ABGB², Rz 78 zu § 1325; Ch. Huber, Antithesen zum Schmerzensgeld ohne Schmerzen - Bemerkungen zur objektiv-abstrakten und subjektiv-konkreten Schadensberechnung, ZVR 2000, 218 ff).

Davon ausgehend wurde in der Literatur gefordert, auch getöteten (Unfall-)Opfern (ihren Rechtsnachfolgern) schon nach geltender Rechtslage eine „Entschädigung für den verfrühten Tod“ zuzuerkennen (Greiter, Schmerzensgeld für ein verkürztes Leben in FS Kohlegger [2001], 239 ff; ders AnwBl 2001, 274 und 2002, 448 f; ders in 15. Österreichischer Juristentag in Innsbruck ÖJZ 2004, 179; Prisching, Immaterieller Schadenersatz in Österreich und den USA [2003], 58).

Der überwiegende Teil des Schrifttums vertritt aber den Standpunkt, dass auf Grund der geltenden Rechtslage ein derartiger Anspruch nicht besteht. Karner/Koziol (Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT II/1 [2003], 67 ff) begründen ihre in den Gutachten ausgesprochene Auffassung mit der Höchstpersönlichkeit und damit Unvererblichkeit des Rechtsgutes „Leben“ (aaO 69). Mit der Anerkennung eines derartigen Ersatzanspruches bei Tötung würde dem Umstand nicht ausreichend Rechnung getragen, dass das vernichtete Rechtsgut mit der Person untrennbar verbunden und damit eben auch sein Ende mit dem Untergang der Person verknüpft ist. Eine Anwendung des Rechtsfortwirkungsgedankens auf Persönlichkeitsgüter ohne Marktwert, die untrennbar mit der

Person verbunden seien, mit dem Ergebnis, dass auch bei Tötung Ersatz zuzusprechen sei, könne nach geltendem Recht nicht vertreten werden. In seinem Beitrag, Die Tötung im Schadenersatzrecht, Liber Amicorum Pierre Widmer [2003], 203 ff hat Koziol dargelegt, dass zwar gewichtige Wertungsgesichtspunkte für weitgehende Schadenersatzansprüche bei Tötung sprechen, die Unvererblichkeit von Erwerbsfähigkeit und Recht auf Leben auch nicht logisch zu dem Schluss führen müssen, dass auch keine vererbbaaren Ersatzansprüche gegeben sein können (aaO 208) und die Vernichtung der Erwerbsfähigkeit als vermögenswertes Gut im Schadenersatzanspruch der Erben fortwirken kann; doch würde damit doch im Ergebnis ein an sich höchstpersönliches und damit unvererbliches Gut in den Nachlass fallen und damit den Erben ein Vermögenswert zukommen, der ihnen ohne Vernichtung des Vermögensgutes nie zugefallen wäre (aaO 212 f). Daher kann seine Auffassung nach eine Ausdehnung des Rechtsfortwirkungsgedankens auf Persönlichkeitsgüter ohne Marktwert, die untrennbar mit der Person verbunden sind, mit dem Ergebnis, dass auch bei Tötung Ersatz für die Zeit nach dem Tode zuzusprechen ist, nach geltendem Recht nicht vertreten werden (aaO 213). Auch Danzl (in Danzl/Gutiérrez - Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld⁸ 191 f mwN; ders, Schmerzensgeld im Wandel: Neues zu den Voraussetzungen und zur Höhe des Schmerzensgeldanspruchs, SV 2002, 73 [81]) findet keine Grundlagen für einen derartigen Anspruch in der geltenden Rechtslage.

Auch in der deutschen Lehre und Rechtsprechung wird die Meinung vertreten, dass der Gesetzgeber in der (vergleichbaren) Regelung des § 847 BGB (nunmehr § 253 Abs 2 BGB) weder für den Tod noch für die Verkürzung der

Lebenserwartung eine Entschädigung vorgesehen hat (BGHZ 138, 388 = NJW 1998, 2741; Pardey in Geigel, Der Haftpflichtprozess²⁴ [2004], 265, Rn 76; Wagner, Ersatz immaterieller Schäden: Bestandaufnahme und europäische Perspektiven, JZ 2004, 319 [325]; Koziol, die Bedeutung des Zeitfaktors bei der Bemessung ideeller Schäden, in FS Hausheer [2002], 597 [602]).

Der erkennende Senat schließt sich dieser überwiegenden Lehre an:

Das Schmerzensgeld ist nach seiner Zweckbestimmung jene materielle Entschädigung, auf die ein Verletzter zum Ausgleich der durch die Beschädigung insgesamt entstandenen körperlichen und seelischen Schmerzen, der entgangenen Lebensfreude und aller mit den Unfallverletzungen und ihren Folgen verbundenen Unbillen Anspruch hat. Als Maßstab für die Höhe des Schmerzensgeldes ist jener Geldbedarf anzusehen, der gerechtfertigt erscheint, um ihn in die Lage zu versetzen, sich als Ausgleich für die Leiden und statt der ihm entzogenen Lebensfreude auf andere Weise etwas leisten zu können, das ihn erfreut und womit er vielleicht den erlittenen Schmerz vergessen kann. Dem Verletzten soll damit das Gefühl der Verletzung genommen, das Gleichgewicht seiner Persönlichkeit wiederhergestellt und eine positive Veränderung seiner Gefühle bewirkt werden (Danzl aaO 66 ff mwN; Reischauer in Rummel ABGB³ Rz 43 zu § 1325 mwN). Diese Ausgleichsfunktion endet aber mit dem Tod des Verletzten. Nach dem Tod kann schon begrifflich ein Ausgleich für entgangene Lebensfreude nicht mehr stattfinden.

Koziol (Die Tötung im Schadenersatzrecht aaO 211) formuliert zur Frage des Schmerzensgeldes für verkürztes Leben treffend: „Wollte man in den Fällen einer

haftbarmachenden Tötung einen Ersatzanspruch entstehen und diesen als gewöhnlichen vermögenswerten Anspruch in den Nachlass fallen lassen, so würde damit im Ergebnis ein an sich höchstpersönliches und damit unvererbliches Gut ausschließlich deshalb in einen nicht höchstpersönlichen und damit vererblichen Geldanspruch umgewandelt werden, um den Erben einen Vermögenswert zukommen lassen, der ihnen ohne Vernichtung des Vermögensgutes nie zugefallen wäre".

Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 1. März 2005
Dr. N i e d e r r e i t e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Niederreiter als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Tittel, Dr. Baumann, Hon. Prof. Dr. Danzl und Dr. Veith als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Kordula L*****, vertreten durch Dr. Johannes Hochleitner, Rechtsanwalt in Eferding, gegen die beklagten Parteien 1. Johann A*****, und 2. A*****, vertreten durch Dr. Manfred Lirk und DDr. Karl Robert Hiebl, Rechtsanwälte in Braunau, wegen (ausgedehnt) EUR 122.896,68 sA (Revisionsinteresse EUR 58.100 sA), über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 28. September 2004, GZ 12 R 15/04v-41, womit infolge Berufungen beider Parteien das Urteil des Landesgerichtes Wels vom 16. April 2004, GZ 30 Cg 77/03m-33, bestätigt wurde, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Die außerordentliche Revision der klagenden Partei wird gemäß § 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen (§ 510 Abs 3 ZPO).

Der Antrag auf Zuspruch der Kosten der Revisionsbeantwortung wird gemäß § 508a Abs 2 zweiter Satz ZPO abgewiesen.

B e g r ü n d u n g :

Es entspricht der ständigen, auch von der Lehre gebilligten Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, dass zwar die Bemessung eines Schadenersatzanspruches - wie etwa des Schmerzensgeldes - nach § 273 ZPO einen Akt der rechtlichen Beurteilung darstellt und daher auch im Revisionsverfahren mit Rechtsrüge bekämpft werden kann (Rechberger in Fasching/Konecny² Rz 13 zu § 273; Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Schmerzensgeld⁸ 226 - jeweils mwN), die Höhe des angemessenen Schmerzensgeldes jedoch eine Frage des Einzelfalles ist, die in der Regel keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO zu begründen vermag (RIS-Justiz RS0042887). Lediglich im Falle einer eklatanten Fehlbemessung des Schmerzensgeldes, die völlig aus dem Rahmen der ständigen oberstgerichtlichen Rechtsprechung fiele (RIS-Justiz RS0031075; zuletzt 2 Ob 180/04s = ZVR 2004/113), wäre zur Vermeidung einer gravierenden Ungleichbehandlung durch die Rechtsprechung (6 Ob 317/02i) und damit letztlich aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit eine Revision dennoch ausnahmsweise zulässig (ausführlich Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, aaO 226 f).

Davon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein. Nach den maßgeblichen Feststellungen der Vorinstanzen hat die Nachricht vom tödlichen Arbeitsunfall ihres

31-jährigen Mannes am 1. 3. 2001 bei der am 5. 3. 1970 geborenen Klägerin und Mutter zweier 1994 und 1996 geborener Kinder eine krankheitswertige psychische Störung ausgelöst, die diagnostisch als Anpassungsstörung mit verlängerter depressiver Reaktion klassifiziert wird. Diese Störung wird durch einen anhaltenden depressiven Zustand als Reaktion auf eine Belastungssituation beschrieben, der nicht länger als zwei Jahre dauert. Bei der Klägerin lag eine zumindest mittelgradig ausgeprägte depressive Störung für die Dauer eines Jahres vor. Das Ausmaß dieser psychischen Störung ging über eine normale Trauerreaktion hinaus und hatte Krankheitswert. Sie erhielt etwa ein Monat lang unregelmäßig Beruhigungsmittel verabreicht und ab April 2001 ein Antidepressivum, welches in der Folge geringer dosiert und im November 2001 auf ihren Wunsch überhaupt abgesetzt wurde. Daraufhin kam es zwar bis März 2001 zunächst zu einer Verschlechterung der affektiven Symptomatik mit zunehmender Antriebshemmung, Selbstinsuffizienzgefühlen, Todeswünschen und konkreten Suizidgedanken; mit Beginn einer Psychotherapie im März 2002 kam es jedoch zur affektiven Besserung; Todeswünsche und Suizidgedanken verschwanden, der bis Therapiebeginn eingetretene Gewichtsverlust von insgesamt 23 kg kam zum Stillstand und es kam in der Folge wieder zur Gewichtszunahme. Während andauernder Psychotherapie konnte die Klägerin ab Sommer 2002 ein Leben führen, das trotz gelegentlicher affektiver Schwankungen keine Anzeichen mehr für eine klinisch relevante depressive Störung zeigte. Im März 2003 trat zwar erneut ein Stimmungstief auf und kam es nach dessen Besserung im Sommer/Herbst 2003 nochmals zu einer kurzen Stimmungsverschlechterung, deren Ursache jedoch in

(sonstigen) Unglücksfällen in der Familie der Klägerin lag (Krebserkrankung einer Nichte und unklarer plötzlicher Tod des Gatten einer Cousine). Seit Sommer 2003 hat die Klägerin wieder eine intime Beziehung zu einem Mann. Anlässlich der Befundaufnahme des psychiatrischen Sachverständigen am 18. 11. 2003 waren der psychopathologische Befund und neurologische Status unauffällig. Gerafft lagen bei der Klägerin insgesamt 10 Wochen starke, 8 Monate mittelgradige und 4 Monate leichtgradige seelische Schmerzen vor. Die Klägerin meidet noch immer bestimmte Räume ihres Hauses, etwa den Dachboden, wo sie zuletzt mit ihrem Mann viel gearbeitet hatte. Den Unfallort hat die Klägerin nie aufgesucht; im Straßenverkehr empfindet sie neben einem LKW (weil ihr Mann beim Entladen eines solchen durch einen umstürzenden Sattelzug erdrückt worden war) nach wie vor ein Beklemmungsgefühl und verspürt Angst vor dem Rückfahrtsignal solcher Fahrzeuge.

Die Klägerin begehrte (nach Ausdehnung) zuletzt ein Schmerzensgeld - alle übrigen Schadenspositionen bilden im Revisionsverfahren keinen Streitpunkt mehr - in Höhe von EUR 83.100, welchen Betrag sie auch in ihrer außerordentlichen Revision aufrecht erhält. Demgemäß hielten die Vorinstanzen ein solches in Höhe von EUR 25.000 gemäß § 1325 ABGB für angemessen.

Die dagegen ins Treffen geführten Argumente - Fehlen vergleichbarer Rechtsprechung, Nichtbeachtung der von der Judikatur "ausgearbeiteten Schmerzensgeldsätze", völlige und schlagartige Zunichtemachung der gesamten gemeinsamen Lebensplanung mit ihrem Ehegatten und damit nicht ausreichende Berücksichtigung der Umstände des konkreten Einzelfalles als junge Frau und Mutter, die durch ihre enorme

Gewichtsabnahme auch körperliche Schäden erlitten habe - vermögen keine gravierende Fehlbemessung dieses Schmerzensgeldbetrages aufzuzeigen. Der Oberste Gerichtshof hatte sich, wie schon das Berufungsgericht zutreffend hinwies, bereits in mehreren Entscheidungen auch mit Fragen der Höhe von Schmerzensgeldern für Schockschäden (mit Krankheitswert) bzw Trauerschmerzensgelder (ohne Krankheitswert) Angehöriger nach Mitteilung einer Todesnachricht zu befassen (2 Ob 136/00i = ZVR 2001/72: Zuspruch S 100.000 = EUR 7.267,28 an die Mutter eines unfallgetöteten Lenkers mit chronifizierter, voraussichtlich zeitlebens andauernder schwerer Depression samt Somatisierungszeichen und intensiver psychischer Behandlungsnotwendigkeit; 2 Ob 186/03x = ZVR 2004/6 = JBl 2004, 448: Zuspruch EUR 65.000 an einen Mann, der durch einen Verkehrsunfall seine gesamte nächste Familie, nämlich Frau und drei Kinder, verlor und hiedurch in eine schwere andauernde psychische Beeinträchtigung bis zur Berufsunfähigkeit und Suizidgedanken verfiel; 2 Ob 141/04f = ZVR 2004/86: Angemessenheit eines Betrages von EUR 13.000 bei 40-jährigem Mann, den mit seiner ebenfalls bei einem Unfall getöteten Mutter ein besonders enges und intensives familiäres Verhältnis verbunden hatte, ohne Auslösung eines krankheitswertigen Schockschadens für den Fall eines noch zu prüfenden - im hier vorliegenden Fall aber nicht geltend gemachten - groben Verschuldens).

Gerade ein Vergleich mit der Entscheidung 2 Ob 186/03x zeigt - bei aller Tragik auch des vorliegenden Falles - die Unhaltbarkeit der von der Klägerin geforderten, weit überhöhten Summe. Soweit in der Revision neben dem seelischen Beschwerdebild auch körperliche Schäden ins Treffen geführt werden, entfernt sich die

Rechtsmittelwerberin von der maßgeblichen erstinstanzlichen Tatsachengrundlage und bringt damit ihre Rechtsrüge nicht zur gesetzmäßigen Ausführung. Dass sog Schmerzengeld(tages)sätze stets nur Bemessungshilfe, jedoch keine Berechnungsmethode sind, entspricht ebenfalls der herrschenden Meinung in Lehre (Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, aaO 87 ff, insb 90 ff) und Rechtsprechung (1 Ob 94/00f; 2 Ob 15/02y; 7 Ob 296/02h).

Da demnach ein tauglicher Grund für die Zulassung der Revision im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO nicht gegeben ist, ist das außerordentliche Rechtsmittel der Klägerin nach den im Spruch zitierten Gesetzesstellen zurückzuweisen. Einer weiteren Begründung bedarf dieser Beschluss nicht (§ 510 Abs 3 ZPO):

Die Kostenentscheidung beruht auf § 508a Abs 2 zweiter Satz ZPO, weil die beklagten Parteien ihre Revisionsbeantwortung ohne Freistellungsmitteilung erstattet haben.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 20. Jänner 2005
Dr. N i e d e r r e i t e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung:

sprünglichen Studie noch weiter verbessert haben, nämlich von insgesamt 15 auf elf Prozent. Die weitere Verringerung neuerlicher Verurteilungen von 2008 auf 2013 ist statistisch „nicht signifikant, d.h. dass sie innerhalb einer zu erwartenden Schwankungsbreite liegt und durchaus auch zufällig zustande gekommen sein kann. Daher sollte die Verbesserung zwar anerkannt, aber nicht überinterpretiert werden.

Was die Replikationsstudie vor allem zeigt, ist die Konstanz des guten Ergebnisses: Die Rückfallraten nach einem positiv abgeschlossenen Tatausgleich sind niedrig und liegen bei den wichtigsten Konflikttypen in Summe zwischen elf und 15 Prozent. Der umstrittene Tatausgleich bei Gewalt in Paarbeziehungen weist stabil gute Resultate auf, nämlich (weniger als) zehn Prozent Rückfälle.

Diese erfreulichen Ergebnisse hängen einerseits mit der Klientel zusammen, die von den Staatsanwaltschaften und Gerichten dem Tatausgleich zugewiesen wird. Andererseits zeigen die niedrigen Rückfallraten, dass die Justiz in diesen Fällen zu recht auf eine formelle gerichtliche Sanktion verzichtet, denn eine solche bringt keine besseren spezialpräventiven Ergebnisse, auch nicht im Vergleich relativ homogener Gruppen. Nicht zuletzt ist die gute Legalbewährung nach einem Tatausgleich das Verdienst der Konfliktregler, die offenbar die überwiegende Mehrheit der Ausgleichsgespräche zu einem positiven Abschluss bringen und weitere Straftaten durch Konfliktregelung statt Strafe verhindern helfen. Der Rückgang der Zuweisungen zum Tatausgleich, der in den vergangenen fünfzehn Jahren zu beobachten ist, ist im Lichte dieser positiven Forschungsergebnisse nicht nachvollziehbar und bedauerlich.

7) Berechnete man die Legalbewährung ausschließlich für Erwachsene, verschwanden die regionalen Unterschiede.

8) Rund zwei Drittel der Zuweisungen zum Tatausgleich erfolgen wegen Körperverletzung gemäß § 83 StGB.

9) Nicht vorbestrafte Erwachsene wurden nach einer Zuweisung zum Tatausgleich (wegen einer Körperverletzung gemäß § 83 StGB) zu neun Prozent rückfällig, nach einer gerichtlichen Verurteilung zu 24 Prozent. Wurde jemand aufgrund einer Körperverletzung zu einer bedingten Geldstrafe verurteilt, lag die Rückfallrate bei 28 Prozent und damit deutlich höher als nach einem Tatausgleich (wegen § 83 StGB) mit 15 Prozent; vgl. Forschungsbericht Tabelle 5 (Hofinger/Neumann 2008: 43).

10) Während beim Tatausgleich insgesamt nur 16 Prozent wegen einer neuerlichen Straftat verurteilt wurden, waren es nach Verbüßung einer Gemein-

nützigen Leistung 29 Prozent und nach diversiver Bewährungshilfe sogar 43 Prozent (Hofinger/Neumann 2008: 72).

11) Am seltensten wurden nicht vorbestrafte Erwachsene nach einem Tatausgleich rückfällig (8%), weit häufiger wurden Jugendliche wegen einer neuerlichen Straftat gerichtlich verurteilt (37%).

12) Heinz, Wolfgang, 2005: Kriminalprävention auf justizieller Ebene: Hilft weniger mehr? Alternativen zu „klassischen“ Sanktionen – Erfahrungen aus Deutschland. http://www.unikonstanz.de/rtf/kis/Heinz_Alternativen_zu_klassischen_Sanktionen.pdf (zuletzt besucht am 31.3.2014).

FRANZ HARTL *)

Stand: Februar 2014

Schmerzensgeldsätze in Österreich in Euro

Schmerzen				
	leichte	mittlere	starke	qualvolle
OLG Graz	100	200	300	
OLG Innsbruck *)	100	200	300	
OLG Linz	Keine Angaben			
OLG Wien *)	110	220	330	
LG Eisenstadt *)	100	200	300	
LG Feldkirch	100	200	300	
LG ZRS Graz	110	200	300	
LG Innsbruck	100 – 110	200	300	
LG Klagenfurt	100 – 110	200 – 220	300 – 330	
LG Linz	100 – 120	200 – 240	300 – 360	
LG Salzburg *)	100	200	300	
LG St. Pölten	100 – 110	200 – 220	300 – 330	
LG ZRS Wien	100 – 110	200 – 220	300 – 330	
LG Korneuburg	100	200	300	
LG Krems	100 – 120	200 – 240	300 – 360	
LG Leoben	110	200	300	
LG Ried i. I.	130	260	400	
LG Steyr	100 – 120	200 – 250	300 – 350	
LG Wels	100 – 110	200 – 220	300 – 330	
LG Wr. Neustadt	110	220	330	

*) Die angeführten Beträge gelten als Untergrenze.

BEACHTEN: 1. Diese Schmerzensgeldtabelle stellt bloß eine **Bemessungshilfe** und **keine Berechnungsmethode** dar!

2. Es wird darauf hingewiesen, dass die in obiger Tabelle angeführten **Sätze der überwiegenden Praxis** bei diesen Gerichten entsprechen; **vereinzelte Abweichungen** können daher **nicht ausgeschlossen** werden.

*) Herausgegeben von Hofrat Professor Dr. Franz Hartl, Präsident des LG Korneuburg i.R.