



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Haftung ohne Kausalitätsnachweis

Verfasserin

Mag. Mara-Sophie Häusler

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, August 2010

Studienkennzahl lt.
Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt.
Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VII
A Einleitung	1
B Kausalitäts- und Zurechnungstheorien im Überblick	3
1 Äquivalenztheorie	3
1.1 Lehre der <i>conditio sine qua non</i>	4
1.2 Theorie der gesetzmäßigen Bedingung	8
2 Theorien über die Begrenzung der Zurechnung	9
2.1 Die Adäquanztheorie	10
2.2 Kritik an der Adäquanztheorie	12
2.3 Lehre vom Schutzzweck der Norm	13
2.4 Adäquanz als Unterfall des Rechtswidrigkeitszusammenhanges?	14
2.5 Das Problem des rechtmäßigen Alternativverhaltens	16
3 Kritische Betrachtung der Kausalitätstheorien im Gesamtsystem der Haftungsvoraussetzungen	21
4 Problematische Fallgruppen – kumulative und überholende Kausalität	23
4.1 Kumulative Kausalität zweier Haftungsgründe	23
4.2 Kumulative Kausalität bei Konkurrenz mit einem Zufall	25
4.3 Überholende Kausalität und Anlageschäden	26
4.4 Versuch einer Lösung	29
C Haftung ohne Verursachungsnachweis – „Alternative Kausalität mit dem Zufall“	35
1 Ausgangssituation	35
2 Die herrschende Lehre	37
2.1 Alternative Kausalität mehrerer haftungsbegründender Umstände	37
2.2 „Alternative Kausalität mit dem Zufall“: Die Teilungstheorie	43
2.3 Übernahme der Teilungstheorie durch die Rechtsprechung	46
3 Prinzipien des Schadenersatzrechts	48
3.1 Ausgleich und Gewinnabwehr	49
3.2 Präventionsprinzip	51
3.3 Sanktionsprinzip	54
3.4 Einfluss der Prinzipien auf die Teilungstheorie	55

4	Methodische Rechtfertigung der Teilungstheorie	59
4.1	Die Zulässigkeit der Analogie im Allgemeinen	60
4.2	Probleme bei der analogen Anwendung der §§ 1301 f und 1304 ABGB	60
4.3	Analogie und Funktionswandel	64
4.4	Funktionswandel im Bereich des § 1302 ABGB?	65
5	Das Problem der Abgrenzung: Der Begriff des Zufalls	69
5.1	Fundamentale Kritik an der Teilungstheorie	69
5.2	Definitionsversuche in der Lehre	70
5.3	Kritik an den Abgrenzungsversuchen	72
6	Beweisrechtlicher Lösungsansatz	75
6.1	Allgemeines zum Beweisrecht	75
6.2	Der Kausalitätsbeweis	80
7	Ergebnis	87
D	Aktuelle Entwicklungen und Diskussionen rund um die Verursachungsproblematik	93
1	Reform des österreichischen Schadenersatzrechts?	93
1.1	Reformbestrebungen	93
1.2	Die Lösung der Zurechnungsfrage in den Entwürfen	96
1.3	Die Behandlung der problematischen Fallgruppen in den Entwürfen	97
2	Proportionalhaftung	104
2.1	Grundgedanke und Anwendung	104
2.2	Theorie vom Verlust einer Chance	106
2.3	Kritik	109
3	Das Problem der Massenschäden: „alternative Opferschaft“	111
3.1	Ausgangssituation	111
3.2	Lösungsansätze	113
E	Rechtsprechungsübersicht	119
1	Entscheidungen des OGH zur „alternativen Kausalität mit dem Zufall“	119
1.1	Schock (2 Ob 544/85)	119
1.2	Zytostatika-Injektion (7 Ob 648/89)	122
1.3	Gasbrand (6 Ob 604/91)	125
1.4	Notwehr I (8 Ob 608/92)	127
1.5	Speiseröhrenperforation (2 Ob 590/92)	130
1.6	Wrongful conception (6 Ob 502/95)	133
1.7	Asphyxie (4 Ob 554/95)	134

1.8	Schibindung (1 Ob 2139/96g)	136
1.9	Kleinkraftwerk (6 Ob 2144/96d)	138
1.10	Wirbelsäuleninstabilität (6 Ob 36/01i)	142
1.11	Deckenabsturz (1 Ob 175/01v)	143
1.12	Grauer Star (3 Ob 106/06v)	145
1.13	Notwehr II (9 Ob 13/07p)	146
1.14	Blutgerinnsel (8 Ob 121/07p)	147
1.15	Risikoschwangerschaft (4 Ob 75/08w)	149
1.16	Netzhautschädigung (2 Ob 120/08y)	151
	Literaturverzeichnis	a
	Anhang	i

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AcP	(deutsches) „Archiv für die civilistische Praxis“
aM	anderer Meinung
arg	argumento (folgt aus)
Art	Artikel
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BT	Besonderer Teil
bzw	beziehungsweise
ca	circa
Cass	(französischer) Cour de Cassation (Kassationsgerichtshof)
DCFR	„Draft Common Frame of Reference“
dh	das heißt
E	Entscheidung
ebd	ebenda
EKHG	Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz
EvBl	„Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen“ in der „Österreichischen Juristen-Zeitung“
f	und der, die folgende
ff	und die folgenden
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
ggf	gegebenenfalls
hA	herrschende Auffassung
HB	Handbuch
hL	herrschende Lehre

hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
iFamZ	„Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht“
iVm	in Verbindung mit
JBl	„Juristische Blätter“
JGS	„Justizgesetzsammlung“
JRP	„Journal für Rechtspolitik“
JZ	(deutsche) „Juristenzeitung“
Kap	Kapitel
KFG	Kraftfahrgesetz 1967
krit	kritisch
Lfg	Lieferung
IS	letzter Satz
LS	Leitsatz
mE	meines Erachtens
MietSlg	„Mietrechtliche Entscheidungen“
MR	„Medien und Recht“
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	(deutsche) „Neue Juristische Wochenschrift“
NZ	„Österreichische Notariats-Zeitung“
ÖBA	„Bankarchiv, Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen“
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	„Österreichische Juristen-Zeitung“
OLG	Oberlandesgericht
OR	Schweizerisches Obligationenrecht (fünfter Teil des Schweizerischen Zivilgesetzbuches)
ös	österreichischer Schilling

PEL Liab Dam	„Principles of European Law on Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another“
PETL	„Principles of European Tort Law“
PHG	Produkthaftungsgesetz
RdM	„Recht der Medizin“
RdW	„Recht der Wirtschaft“
Red	Redaktion
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIS	„Rechtsinformationssystem des österreichischen Bundeskanzleramtes“
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
RZ	„Österreichische Richterzeitung“
S	Satz
SJZ	„Schweizerische Juristen-Zeitung“
sog	sogenannte
stRsp	ständige Rechtsprechung
StG	Strafgesetz
StGB	Strafgesetzbuch 1975
StVO	Straßenverkehrsordnung 1960
SZ	„Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-) sachen“
U	Urteil
ua	und andere
uÄ	und Ähnliches
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uvm	und vieles mehr
v	versus
va	vor allem
verst Sen	verstärkter Senat
vgl	vergleiche
VR	„Die Versicherungsrundschau“

wobl	„Wohnrechtliche Blätter“
Z	Ziffer
Zak	„Zivilrecht aktuell“
zB	zum Beispiel
ZBl	„Zentralblatt für die juristische Praxis“
ZfRV	„Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht“
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	„Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“
ZVR	„Zeitschrift für Verkehrsrecht“

A Einleitung

Betrachtet man die Voraussetzungen des allgemeinen Schadenersatzanspruchs nach ABGB, so steht der eingetretene Schaden auf Seiten des Opfers der rechtswidrigen und schuldhaften Handlung des Täters gegenüber. Als verbindendes Element der Zurechnung eines Schadens zu einem Täter tritt die Kausalität. Kurz gesagt: Nur derjenige, der den Schaden verursacht hat, soll für ihn einstehen müssen.

Wer aber ist als Verursacher eines Schadens anzusehen? Muss der Begriff der Verursachung näher bestimmt werden? Welche zusätzlichen Kriterien müssen erfüllt sein, um einen Schaden einem rechtswidrig und schuldhaft Handelnden zurechnen zu können? Mit der Diskussion zu den allgemeinen Zurechnungsfragen beschäftigt sich der erste Teil der vorliegenden Arbeit. Dabei sollen vor allem jene Konstellationen, in denen sich die Verursachung nicht auf den ersten Blick feststellen lässt, untersucht und eine einheitliche Lösung versucht werden.

Darauf aufbauend wird die zentrale Fragestellung der vorliegenden Arbeit behandelt: Kann auf die Haftungsvoraussetzung der Kausalität verzichtet werden? Dabei sind insbesondere jene Fälle zu betrachten, die Rsp und Literatur unter dem Begriff der „alternativen Kausalität“ zusammenfassen. Die Frage stellt sich insbesondere dann, wenn ein dem Geschädigten zuzurechnendes Ereignis neben einem Täter möglicherweise kausal geworden ist (sog „alternative Kausalität mit dem Zufall“). Jene Lehre, die auch in diesen Fällen eine Haftung des potentiell kausalen Täters bejaht („Teilungstheorie“), soll eingehend untersucht und hinterfragt werden.

Eine Haftung ohne Kausalitätsnachweis nach dem Vorbild der Teilungstheorie wird auch im „*Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts*“¹ vorgeschlagen. Vor diesem Hintergrund widmet sich der letzte Teil der vorliegenden Arbeit den Zurechnungskonzepten der aktuellen europäischen und österreichischen Schadenersatzrechtsentwürfe.

¹ Der Entwurf ist abgedruckt und kommentiert in *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf. Eine überarbeitete Fassung findet sich in JBl 2008, 365.

In diesem Zusammenhang sollen auch jene Fallgruppen, die aktuell – national und international – Kausalitätsdebatten anfachen (zB „alternative Opferschaft“, Massenschäden), angeschnitten und das Konzept der Haftung nach Verursachungswahrscheinlichkeit („Proportionalhaftung“) dargestellt werden.

Den Abschluss bildet eine Übersicht und Besprechung der Entscheidungen des OGH, die zum Thema der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ ergangen sind.

B Kausalitäts- und Zurechnungstheorien im Überblick

„Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.“² § 1295 Abs 1 ABGB schreibt seit fast 200 Jahren unverändert die grundlegenden Voraussetzungen des Schadenersatzes fest: Die rechtswidrige und schuldhaft Verursachung eines Schadens. Der Wortlaut scheint eindeutig: Nur derjenige, der einen Schaden „zufügt“, ihn „verursacht“, kann zum Ersatz desselben herangezogen werden. § 1294 ABGB spricht von dem Schaden, der aus einer widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung (oder dem Zufall) „entspringt“. Die Kausalität ist also idR Voraussetzung einer Haftung. Dieser Grundsatz korrespondiert auch eindeutig mit dem natürlichen Rechtsempfinden, einen Schaden dem Verursacher zuzurechnen.

Näheres zur Bestimmung des Kausalzusammenhanges lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Weitgehend unstrittig ist, dass die Verursachung nicht rein mittels Naturwissenschaft und Logik zu ermitteln ist³, sondern die schadenersatzrechtliche Kausaltheorie eine juristische Theorie der Schadenszurechnung darstellt⁴. Grundsätzliche Einigkeit⁵ besteht auch über die im Folgenden kurz beschriebenen Theorien – ebenso wie über deren Schwachstellen.

1 Äquivalenztheorie

Nach der Bedingungs- oder Äquivalenztheorie ist jede einzelne Bedingung eines Ereignisses für dieses kausal. Die Art der Bedingung spielt keine Rolle, so wird beispielsweise nicht zwischen Verursachung im engeren Sinn, Veranlassung und

² § 1295 Abs 1 ABGB (JGS 1811/946 idF RGBI 1916/69).

³ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/3 mit Nachweisen zur Gegenansicht.

⁴ ZB F. Bydlinski, Schadensverursachung 4 f; Kleewein, Hypothetische Kausalität 17 f; Gimpel-Hinteregger, Umwelthaftung 165; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/3; vgl auch Rebhahn, Staatshaftung 543 f; Spindler, AcP 208, 282 (288).

⁵ Vgl zB Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/5 ff; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 309 ff; Apathy/Riedler, Schuldrecht³ Rz 13/10 f.

Ermöglichung⁶ unterschieden. Lässt etwa A seine Schusswaffe ungesichert herum liegen und stiftet B den C dazu an, D zu erschießen, sind A, B und C nach der Äquivalenztheorie gleichermaßen kausal für den Tod des D. Den näheren Inhalt der Äquivalenztheorie betreffend werden im Wesentlichen zwei Meinungen vertreten, die im Folgenden dargestellt werden.

1.1 Lehre der *conditio sine qua non*

Zumeist wird mit der Äquivalenztheorie die Lehre von der *conditio sine qua non* in Zusammenhang gebracht⁷: Kausal ist jeder Umstand, der nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg auch wegfiel. Die Formel der *conditio sine qua non* kann auch bei Unterlassungen angewendet werden, die ja im naturwissenschaftlichen Sinn nicht kausal für einen Erfolg sein können: Hier muss das gebotene Verhalten, das unterlassen wurde, hinzugedacht werden und dann gefragt werden, ob damit der Erfolg entfiel.

Vielfach wird kritisiert, dass die Formel der *conditio sine qua non* auf einer Art Zirkelschluss beruhe, da das kausale Verhalten bereits bekannt sein müsse, damit es weggedacht werden könne und die *conditio sine qua non* versage, wenn die Kausalität eben nicht gesichert wäre.⁸ *Kleewein*⁹ bringt an dieser Stelle das Beispiel, in dem ein Mann, der bei einer Verbrecherbande in Ungnade gefallen ist, ein Getränk von einem Unbekannten annimmt und wenig später bei einem Lauf durch den Wald tot zusammenbricht. Der Mann könnte an einem Gift im Getränk oder aber an einem durch den Waldlauf hervorgerufenen Herzinfarkt verstorben sein. Die Kritik, die Formel der *conditio sine qua non* helfe hier nicht weiter, geht mE ins Leere, da sie von falschen Voraussetzungen ausgeht. Freilich muss der reale Geschehensablauf hinsichtlich der Verursachung eines bestimmten Schadens durch ein konkretes Verhalten nach Erfahrung und Wissenschaft – oftmals erst durch einen Sachverständigen im Prozess – geklärt werden. Die *Conditio-sine-qua-non*-Formel kann nur die Frage beantworten,

⁶ Vgl *Engisch*, Kausalität 27; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 309.

⁷ *Wolff* in *Klang* VI² 8; *Gschnitzer*, Schuldrecht BT² 152; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/5 mwN (Fn 13).

⁸ Vgl nur *Kleewein*, Hypothetische Kausalität 25.

⁹ Hypothetische Kausalität 26.

welche Umstände geklärt werden müssen, um ein Ereignis als kausal im schadenersatzrechtlichen Sinne anzunehmen.¹⁰

Als plastisches Beispiel sei hier eine andere Voraussetzung der Haftung herangezogen: Die Gültigkeit folgender Sätze (im Bereich des Zivilrechts) wird wohl nicht zu beanstanden sein:

„Die Verschuldensformen sind Vorsatz und Fahrlässigkeit.“¹¹

„Fahrlässigkeit ist die Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt.“¹²

X kommt mit seinem Auto von der Straße ab und verletzt Y. Es könnte nun sein, dass X betrunken war, mit überhöhter Geschwindigkeit fuhr, durch sein Mobiltelefon abgelenkt war uvm oder aber, dass sich X sorgfältig verhalten hat und ein äußerer, unvorhergesehener Umstand zu dem Unfall führte. Die oben genannten Sätze helfen uns bei der Beurteilung, ob X fahrlässig war, nicht im Geringsten weiter. Anders verhält es sich freilich, wenn man den Ausgangsfall modifiziert: Der betrunkene X fährt mit überhöhter Geschwindigkeit und kommt von der Straße ab. Zu schnelles Autofahren im Zustand der Alkoholisierung lässt sich leicht als Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt qualifizieren, das Verschulden des X steht fest¹³. Die oben genannten Aussagen über das Verschulden helfen also nicht dabei, ein schuldhaftes Verhalten aus vielen möglichen zu erkennen. Ob sich jemand sorgfaltswidrig verhalten hat, kann nur aus der genauen Studie des Falles und unter Heranziehung dessen, was im Allgemeinen unter „Sorgfalt“ verstanden wird, erkannt werden. Hat man allerdings bereits ein bestimmtes Ereignis vor Augen, kann festgestellt werden, ob dieses im Sinne des ABGB als fahrlässig einzustufen ist.

Ebenso steht es mit der Konkretisierung des Kausalitätsbegriffes. *Burgstaller* räumt das Missverständnis um die Natur dieser Theorie anschaulich aus, indem er festhält, dass

¹⁰ Schon hier zeigt sich, dass im Bereich der Kausalität materielles Recht und Prozessrecht Hand in Hand gehen und einzelne Fragestellungen oftmals nur schwer dem einen oder anderen Rechtsgebiet zugeordnet werden können. Von der „Janusköpfigkeit“ des juristischen Kausalitätsbegriffs spricht *Gimpel-Hinteregger* (Umwelthaftung 166), die mE völlig zu Recht kritisiert, dass diesem Umstand in der Literatur zu wenig Rechnung getragen wird. Vgl zum Kausalitätsbeweis Kap C6.2.

¹¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 319.

¹² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 319.

¹³ Der Einfachheit halber wird davon ausgegangen, dass Entschuldigungsgründe nicht vorliegen.

die Formel nur aussagt, dass ein Verhalten kausal ist, wenn es *conditio sine qua non* ist, aber nichts zur Feststellung beiträgt, ob es *conditio sine qua non* ist.¹⁴ Mit anderen Worten: Die Theorie der *conditio sine qua non* kann und muss keine Erkenntnisse darüber liefern, welches Verhalten „wegzudenken“ ist, damit der Erfolg entfällt, sie sagt lediglich aus, dass ein Ereignis im hier fraglichen Sinne kausal ist, wenn der Erfolg entfällt, sobald man es „wegdenkt“. Die *Conditio-sine-qua-non*-Formel ist also keine Methode zur Feststellung der Kausalität. Zweifellos hat sie aber als allgemeine und grundlegende Aussage über den Kausalitätsbegriff eine Existenzberechtigung, wenn auch nur – und insoweit ist die Kritik berechtigt – einen bescheidenen Nutzen¹⁵

Diese Zurückweisung der prinzipiellen Kritik soll aber keineswegs bedeuten, dass die Aussage „Kausal im juristischen Sinne ist, was *conditio sine qua non* ist.“ unbestritten bleiben muss.

Auf den ersten Blick drängt sich die Frage auf, ob die Schadenszurechnung mittels *Conditio-sine-qua-non*-Formel nicht schon deshalb versagt, weil vergängliche Rechtsgüter in jedem Fall der Vernichtung ausgesetzt sind: Auch wenn man die Einwirkung des Täters wegdenkt, wäre das Mordopfer freilich irgendwann gestorben. Dieser Einwand erweist sich aber nicht als Mangel der Theorie, sondern zeigt lediglich auf, dass der Feststellung der Kausalität eine genaue Bestimmung des hier beachtlichen Erfolges vorangehen muss. Einerseits muss der fragliche Erfolg ganz konkret erfasst werden, andererseits ist eine gewisse Abstraktion nach juristischen Kategorien notwendig.¹⁶ Kausal sei also ein Ereignis, bei dessen Ausbleiben sich die juristische Kategorie des Erfolges oder zumindest dessen juristische Würdigung innerhalb derselben Kategorie verändert hätte.¹⁷ Für das Schadenersatzrecht ist der Ansatz, wie der Erfolg zu bestimmen ist, durch den Schadensbegriff vorgegeben. Anders als im Strafrecht¹⁸ interessiert hier nur, ob das Ereignis einen Schaden herbeigeführt hat, die angesprochene juristische Kategorie ist also leichter zu definieren. *Franz Bydlinski*¹⁹

¹⁴ *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt 84.

¹⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 309.

¹⁶ *Engisch*, Kausalität 9 f.

¹⁷ *Traeger*, Kausalbegriff 43 ff.

¹⁸ Vgl auch Kap B1.2.

¹⁹ Schadensverursachung 21 ff mit ausführlicher Darstellung des Schadensbegriffs.

weist folglich eindringlich darauf hin, dass Schadens- und Kausalitätsprüfung untrennbar miteinander verbunden sind.

*Kleewein*²⁰ wiederum hält es für „wenig zielführend“, Schadensberechnung und Kausalitätsprüfung zu verknüpfen. Zuerst müsse der reale Nachteil und die Kausalität eines Verhaltens für diesen geprüft werden, in einem zweiten Schritt sei zu fragen, ob sich der reale Nachteil als zivilrechtlich relevanter Schaden ausdrücken lasse. Auf den ersten Blick vereinfacht die Konzentration auf den tatsächlichen Erfolg die Prüfung des Verursachungszusammenhangs. Im Ergebnis werden die Probleme dadurch jedoch nur verlagert. Einerseits steht man wieder vor der ungelösten Frage, wie abstrakt oder konkret der „reale Nachteil“ betrachtet werden soll. Zum anderen müsste eine Art zweite Kausalitätsprüfung im Rahmen der Schadensberechnung stattfinden („Welchen Schaden hat der reale Nachteil verursacht?“). Letztlich ist im Haftpflichtrecht eben nur die Kategorie des Schadens relevant, die gedankliche Aufspaltung in die tatsächliche und die juristische Komponente des Erfolges erleichtert die Lösung der Zurechnungsfrage nicht.

Als weiterer Kritikpunkt wird angeführt, dass die Formel der *conditio sine qua non* mögliche „Ersatzursachen“ nicht berücksichtige. Durch das Vorgehen, die potentielle Ursache bloß wegzudenken, nicht aber mögliche andere Ursachen hinzuzudenken, könne der tatsächliche Kausalzusammenhang gar nicht erfasst werden.²¹ Ebenso führe es zu unbefriedigenden Ergebnissen, (sicher) nachfolgende Ereignisse nicht hinzuzudenken.²² In folgendem Beispiel wäre das Verhalten des Täters nach der *Conditio-sine-qua-non*-Formel streng genommen nicht kausal für den Schadenseintritt: Ein Mitarbeiter entfernt in böser Absicht sämtliche Feuerlöscher aus den Räumlichkeiten des Unternehmens. Kurz darauf ereignet sich zufällig ein zunächst kleiner Kabelbrand. Da es mangels Feuerlöscher lange dauert, bis die übrigen Angestellten geeignete Löschmaßnahmen ergreifen können, breitet sich das Feuer aus und richtet einen hohen Schaden an. Denkt man sich nun die Handlung des boshafte

²⁰ Hypothetische Kausalität 28.

²¹ *Engisch*, Kausalität 24 f, dessen Kritik *Gimpel-Hinteregger* (Umwelthaftung 157 f) ausführlich darstellt. In eine ähnliche Richtung geht auch *Burgstallers* Kritik für die Fallgruppe der „hypothetischen Kausalität“ (Fahrlässigkeitsdelikt 88 f).

²² *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt 89 („tätige Verhinderung einer Erfolgsabwehr“).

Kollegen weg, wäre zwar der Feuerlöscher schnell zur Hand gewesen. Damit auch der Schadenseintritt entfällt, muss man allerdings noch hinzudenken, dass die Mitarbeiter diesen auch benützt hätten.

Als Paradebeispiel für das „Versagen“ der *Conditio-sine-qua-non*-Formel wird der Fall der kumulativen Kausalität²³ genannt.²⁴ Zwei Schützen feuern jeweils einmal auf das Opfer, dieses stirbt. Es stellt sich heraus, dass beide Schüsse an sich tödliche Verletzungen herbeigeführt haben. Da die schadenersatzrechtlich relevante Kategorie nicht die tödliche Verletzung, sondern der Tod ist, muss gefragt werden, wer diesen verursacht hat. Nach der Formel von der *conditio sine qua non* kommt man zu einem merkwürdigen Ergebnis: Denkt man sich jeweils einen der Schüsse weg, so wäre der Tod des Opfers trotzdem eingetreten.²⁵ Das Ergebnis, niemand hätte den Tod verursacht, wäre augenscheinlich absurd.²⁶ *Burgstaller*²⁷ zeigt zwei Möglichkeiten auf, mit dieser Erkenntnis umzugehen: Entweder muss man anerkennen, dass es eine Erfolgzurechnung auch ohne Verursachung möglich ist, oder der oben aufgestellte Satz „Kausal ist, was *conditio sine qua non* ist.“ kann so nicht bestehen bleiben.

1.2 Theorie der gesetzmäßigen Bedingung

Besonders in der Strafrechtstheorie²⁸, aber auch für den Bereich des Schadenersatzrechts²⁹, wird von manchen der Theorie der gesetzmäßigen Bedingung gegenüber der Lehre von der *conditio sine qua non* der Vorzug gegeben. Nach dieser ist allein die Frage nach der realen Bedingung zu stellen: *„Ein Verhalten [...] erweist sich dann als ursächlich für einen nach einem bestimmten Tatbestand abgegrenzten konkreten (positiven) Erfolg, wenn sich an jenes Verhalten als zeitlich nachfolgend Veränderungen in der Außenwelt angeschlossen haben, die mit dem Verhalten und*

²³ Zur kumulativen Kausalität siehe eingehend Kap B4.1.

²⁴ ZB *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt 90 f; *Larenz*, AT I¹⁴ 434; *Welser* in *Reischauer/Spielbühler/Welser*, Reform II 1 (13), der sogar von „vollständiger Unbrauchbarkeit“ spricht. Vgl auch *Armin Ehrenzweig*, System II/1² 39 und 45 f.

²⁵ Beispiel aus *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 23.

²⁶ Prägnant *Welser* in *Reischauer/Spielbühler/Welser*, Reform II 1 (13): *„Es liegt ein Mann sowohl erschlagen als auch vergiftet da und niemand hat ihn umgebracht.“*

²⁷ Fahrlässigkeitsdelikt 92.

²⁸ Grundlegend *Engisch*, Kausalität 13 ff, insbesondere 21, diesem folgend *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt 92 ff.

²⁹ Vgl insbesondere die deutsche Lehre, zB *Larenz*, AT I¹⁴ 434; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht Rz 41 f.

untereinander in ihrer Aufeinanderfolge (natur-)gesetzmäßig verbunden waren und die ausgemündet sind in irgendeinem Bestandteil des konkreten Sachverhalts, der dem Strafgesetze gemäß als Erfolg abgegrenzt ist.“³⁰

Die geforderte gesetzmäßige Verbindung muss sich nicht notwendigerweise auf ein Naturgesetz stützen.³¹ Auch eine juristische Gesetzmäßigkeit, etwa wenn das Verhalten des Täters insofern einen Schaden verursacht, als es zum Erlöschen eines Rechtes führt, muss zur Bejahung des Kausalzusammenhanges führen.³²

Als Vorteil der Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung wird oft deren Anwendbarkeit auf die Fälle der kumulativen Kausalität angeführt: Hätte von zwei Handlungen jeweils nur eine ausgereicht, um den Erfolg herbeizuführen (zB zwei tödliche Schüsse auf das Opfer), so ist eben keine der beiden *conditio sine qua non*. Unzweifelhaft wurde aber eine reale Bedingung für den Erfolgseintritt gesetzt (sonst käme man ja im Umkehrschluss zu dem Ergebnis, dass das Opfer noch am Leben sein müsste).

Die Vertreter der Lehre von der *conditio sine qua non* argumentieren aber, dass die Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung nicht vom Strafrecht ins Schadenersatzrecht übernommen werden könne, da dort der reale Erfolg relevant wäre, hier aber der Schaden. Die Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung wäre allenfalls mit der Naturalrestitution und der objektiv-abstrakten Schadensberechnung in Einklang zu bringen, nicht aber mit der subjektiv-konkreten Berechnung des Interesses nach der Differenzmethode. Hier sei die Formel der *conditio sine qua non* unerlässlich.³³

2 Theorien über die Begrenzung der Zurechnung

Ob man als Ausgangspunkt die Theorie von der *conditio sine qua non* oder jene der gesetzmäßigen Bedingung wählt – unstrittig ist, dass diese nur in einem ersten Schritt

³⁰ Engisch, Kausalität 21.

³¹ Insofern zu eng die Definition *Burgstallers* (Fahrlässigkeitsdelikt 92 ff).

³² *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/7 Fn 20. Beispielsweise ist ein Anwalt, der mit der Klageeinbringung solange zögert, bis der Anspruch des Klienten verjährt ist, zweifelsohne kausal für den durch den Prozessverlust entstandenen Schaden.

³³ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/9.

den groben Rahmen für die Schadenszurechnung abstecken und es in weiterer Folge noch starker Einschränkungen bedarf. Dabei werden im Wesentlichen zwei Ansätze verfolgt³⁴: Zum einen wird darauf hingewiesen, dass die Kausalität allein niemals zur Begründung einer Haftung ausreicht, sondern weitere Voraussetzungen (idR Rechtswidrigkeit und Verschulden) erfüllt sein müssen. Zum anderen wird unabhängig von der Rechtswidrigkeits- und Verschuldensprüfung das eigene Kriterium der Adäquanz eingeführt. Auch die Lehre vom Schutzzweck der Norm schränkt die Zurechnung eines Schadens ein. Mit der Kausalitätsfrage haben diese beiden Theorien gemeinsam, dass sie den Zusammenhang zwischen dem rechtswidrigen (und ggf schuldhaften) Verhalten und dem Schaden beleuchten, weshalb sie hier Erwähnung finden sollen.

2.1 Die Adäquanztheorie

Bei der Adäquanztheorie handelt es sich, wie erwähnt, nicht um eine Kausalitätstheorie, sie führt vielmehr eine zusätzliche Voraussetzung der Haftung ein³⁵.

Das Kriterium der Adäquanz schließt die Ersatzpflicht für solche Schäden aus, die vom schädigenden Ereignis zu weit entfernt sind. *Traeger*³⁶ stellt darauf ab, ob das fragliche Verhalten einen generell begünstigenden Umstand für Erfolge dieser Art darstellt. Vielfach findet sich auch die Formulierung, dass solche Schäden nicht von der Ersatzpflicht erfasst sein sollen, die aus einer ganz außergewöhnlichen, objektiv unvorhersehbaren Verkettung von Umständen eingetreten sind³⁷. Inhaltlich decken sich diese Definitionen, auch die Judikatur³⁸ verwendet beide nebeneinander.

Die Begriffe der Außergewöhnlichkeit und Unvorhersehbarkeit legen nahe, nach dem Wissensstand zu fragen, der zur Beurteilung heranzuziehen ist. Stellt man auf den Standpunkt eines redlichen Beobachters ab, müsste man Spezialwissen des Täters (zB über den schlechten Gesundheitszustand des Opfers) außer Acht lassen, was zu

³⁴ Vgl zB *Gschitzer*, Schuldrecht BT² 434 f mwN.

³⁵ Vgl nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 311; anders noch *Mihurko* (Verursachung 11), der von einer „Einschränkung des Kausalbegriffes“ spricht.

³⁶ Kausalbegriff 166.

³⁷ ZB *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/8 mwN; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 311.

³⁸ RIS-Justiz RS0022914; zB OGH 1 Ob 35/08 = EvBl 1981/208; zuletzt OGH 2 Ob 100/05b = MietSlg 57.188.

augenscheinlich unbefriedigenden Ergebnissen führt (einem Außenstehenden ist nicht erkennbar, dass die leichte Verletzung zum Tod führen könnte, dem Täter aber schon). Auf der anderen Seite ist eine rein subjektive Beurteilung auch nicht zielführend, da man sich dem Bereich des Verschuldens nähern würde und in Konflikt mit der unstrittigen Lehre geriete, dass im Schadenersatzrecht nicht sämtliche Folgen des Handelns vom Verschulden erfasst sein müssen.³⁹ Es galt also, eine vermittelnde Lösung zwischen der vom Begründer der Adäquanztheorie, *Kries*⁴⁰, für das Strafrecht vertretenen subjektiven Theorie und der objektiven Theorie *Rümelins*⁴¹ zu finden.⁴² *Mihurko*⁴³ erkannte, dass zwischen dem Wissen um den gesetzmäßigen Kausalzusammenhang („nomologisches Wissen“) und jenem um die konkreten Umstände („ontologisches Wissen“) zu differenzieren ist. Ersteres müsse objektiv nach dem allgemeinen Wissensstand beurteilt werden. Bezüglich der tatsächlichen, konkreten Gegebenheiten müsse sowohl das Wissen einer Maßfigur, als auch das subjektive des Täters in die Betrachtung einbezogen werden. *„Adäquate Verursachung ist daher dann anzunehmen, wenn das Verhalten unter Zugrundelegung des zur Zeit der Beurteilung vorhandenen höchsten menschlichen Erfahrungswissens und unter Berücksichtigung der zur Zeit der Handlung dem Täter oder einem Durchschnittsmenschen bekannten oder erkennbaren Umstände des Falles geeignet war, eine Schadenfolge von der Art der eingetretenen in nicht ganz unerheblichem Grade zu begünstigen.“*⁴⁴ Heute gilt *Mihurkos* Formel zur Adäquanz als hM.⁴⁵

Der Begriff der Adäquanz taucht im Haftpflichtrecht auch in einem anderen Zusammenhang auf: In den Fällen zweifelhafter Kausalität⁴⁶ wird die Adäquanz im

³⁹ Siehe nur *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/2. Vgl dazu auch die Anordnung des § 1311 S 2 1. Fall ABGB, dass der Schädiger auch für Folgeschäden haftet, die er nicht vorhersehen konnte: *„Hat aber jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaßt; [...] so haftet er für allen Nachteil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.“*

⁴⁰ Vierteljahresschrift über die wissenschaftliche Philosophie 1888, 179 (Teil I), 287 (Teil II) und 393 (Teil III) und ZStW 9, 528.

⁴¹ AcP 1900, 171.

⁴² Dies versuchte bereits *Traeger* (Kausalbegriff 159 ff), auf dessen Lehre sich jene *Mihurkos* (Verursachung 22 ff) stützt.

⁴³ Verursachung 16 ff.

⁴⁴ *Mihurko*, Verursachung 22.

⁴⁵ Sie wird zB vom OGH in 1 Ob 35/80 = EvBl 1981/208 (RIS-Justiz RS0022914) zitiert sowie bei *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/10.

⁴⁶ Siehe Kap C2.2.

Sinne einer Gefährlichkeit, einer Begünstigung des Schadenseintritts, von manchen⁴⁷ zur Begründung einer Haftung herangezogen. Unter Betrachtung dieser beiden Aspekte erscheint die Adäquanz als Korrektiv für die Kausalitätstheorie: Ist ein Verhalten nach allgemeiner Lebenserfahrung in Bezug auf einen bestimmten Schaden ungefährlich, so soll trotz Kausalität nicht gehaftet werden. – Ist eine Handlung umgekehrt konkret gefährlich für einen Schadenseintritt, soll die Verursachung kein unbedingt notwendiges Haftungskriterium mehr sein.⁴⁸

2.2 Kritik an der Adäquanztheorie

Die Notwendigkeit der Zurechnungsbeschränkung durch das Kriterium der Adäquanz wird damit begründet, dass die Herbeiführung völlig untypischer Schäden nicht mehr vom freien Willen des Menschen beherrschbar sei und die eine daraus resultierende Haftung ein Spiel des blinden Zufalls sei⁴⁹. Dieser Gedanke korrespondiere mit dem Präventionsprinzip des Schadenersatzrechts: Die Auferlegung einer Ersatzpflicht für gänzlich unvorhersehbare Schäden habe keinerlei verhaltenssteuernde Wirkung. Von niemandem könne erwartet werden, dass er etwas zur Vermeidung von Schäden unternimmt, deren Eintritt niemand erahnen kann.⁵⁰

Diese von *Larenz*⁵¹ und *Franz Bydlinski*⁵² vorgebrachten Argumente weisen die Schwäche auf, sich allein auf die schadensvermeidende Wirkung des Haftpflichtrechts zu stützen. Das Prinzip der Prävention ist zwar zweifellos Teil des österreichischen Schadenersatzrechts, aber, wie an anderer Stelle eingehend zu erörtern sein wird⁵³, nicht konsequent verwirklicht. Aus dem Blickwinkel des Ausgleichsprinzips⁵⁴, bedürfte es mE einer näheren Begründung, warum dem Geschädigten, dem ein Nachteil, der ihm tatsächlich entstanden ist, nicht ersetzt wird.

⁴⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/31 mwN in Fn 108.

⁴⁸ In den Kap B4 und A soll gezeigt werden, dass das Kriterium der Adäquanz zur Haftungsbegründung in vielen Fällen nicht herangezogen werden muss, wenn man jenes der Verursachung nicht zu eng auslegt, und es in den übrigen Fällen zu einer überschießenden Haftung führt. Daher soll im Folgenden nur mehr auf den notwendigen haftungsbeschränkenden Aspekt der Adäquanz eingegangen werden.

⁴⁹ *Larenz*, AT I¹⁴ 439.

⁵⁰ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 60 f, aufbauend auf *Larenz*, AT I¹⁴ 439.

⁵¹ AT I¹⁴ 439.

⁵² Schadensverursachung 60 f.

⁵³ Siehe Kap C3.2.

⁵⁴ Siehe dazu Kap C3.1.

In ihrer notwendigen haftungsbeschränkenden Wirkung ist die Adäquanztheorie jedenfalls nicht zu beanstanden. Meiner Meinung nach zwangloser argumentieren lässt sich allerdings jene Lösung, die über den Rechtswidrigkeitszusammenhang zum selben Ergebnis wie die Adäquanztheorie gelangt.⁵⁵

2.3 *Lehre vom Schutzzweck der Norm*

Die Lehre vom Schutzzweck der Norm (auch: Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang) betrachtet die Rechtswidrigkeit des Verhaltens und fragt im Wege einer teleologischen Interpretation⁵⁶, ob die übertretene Norm⁵⁷ gerade Schäden wie den eingetretenen verhindern will.⁵⁸ Dies darf aber nicht so weit gehen, dass man nur den vordergründigen Zweck heranzieht. Der Schaden ist dem Täter auch zuzurechnen, wenn er bloß unter anderem und als Nebeneffekt in den Schutzbereich der Norm fällt.⁵⁹

Armin Ehrenzweig prägte in diesem Zusammenhang den Begriff der relativen Rechtswidrigkeit. Eine Handlung sei nur in Bezug auf jene Interessen rechtswidrig, die durch die verletzte Norm geschützt werden sollen.⁶⁰ Die heute hM geht von einem absoluten Rechtswidrigkeitsbegriff aus und versteht die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang als Zurechnungsbeschränkung. Für die Frage nach der Haftung führen beide Ansätze zum selben Ergebnis.⁶¹

Anschauliche Beispiele für den Rechtswidrigkeitszusammenhang lassen sich in den Regelungen über den Straßenverkehr finden: Die Vorschrift, nach der das Lenken eines Kraftfahrzeuges nur mit entsprechender Lenkberechtigung erlaubt ist, soll Gefahren vermeiden, die von nicht genügend befähigten oder ungeeigneten Kfz-Lenkern ausgehen. Daher haftet auch derjenige, der ohne Führerschein fährt, im Falle eines

⁵⁵ Siehe dazu sogleich Kap B2.3 und B2.4.

⁵⁶ Aus den Grundsätzen der teleologischen Interpretation folgt auch die Notwendigkeit der Betrachtung des Schutzzwecks für die Haftungsbegründung (*Bydlinski*, Schadensverursachung 63).

⁵⁷ Neben gesetzlichen Regelungen kommen auch vertragliche Vereinbarungen in Betracht. Die Ermittlung des Schutzzweckes einer solchen Bestimmung muss in diesem Fall nach den Regeln über die Vertragsauslegung erfolgen.

⁵⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/18 mwN.

⁵⁹ *Armin Ehrenzweig*, System II/1² 40; *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (3).

⁶⁰ System II/1² 40 und 48.

⁶¹ *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (2).

Unfalles nicht, wenn erwiesen ist, dass die Beschädigung nicht auf seine Unfähigkeit oder mangelnde Eignung zurückzuführen ist.⁶²

Wie bei allen Zurechnungskriterien stellt sich auch hier die Frage, inwieweit eine Abstraktion nach juristischen Kategorien zulässig ist. Fällt beispielsweise jeder Personenschaden an Fußgängern (zB Herzinfarkt infolge des Schreckens über ein gefährliches Überholmanöver) unter den Schutzzweck der Verkehrsregelungen für das Ortsgebiet, die ja zweifellos Gefahren für Leib und Leben der anderen Verkehrsteilnehmer verhindern wollen? *Burgstaller*⁶³ stellt zu Recht fest, dass solche Verallgemeinerungen das Kriterium des Rechtswidrigkeitszusammenhanges aushöhlen. Brauchbare Ergebnisse lassen sich nur erzielen, wenn man die Norm einer ganz konkreten teleologischen Interpretation unterzieht. Der eingetretene Schaden und der gesamte Geschehensablauf müssen in die Betrachtung einbezogen werden.

Die Lehre vom Schutzzweck der Norm beruht auf der für die Rechtswissenschaft grundlegenden Annahme, dass eine Verbots- oder Gebotsnorm nie um ihrer selbst Willen sondern zum Schutz von Gütern besteht⁶⁴. Das rechtswidrige Verhalten und der Schadenseintritt müssen daher nicht nur auf tatsächlicher Ebene (Kausalität), sondern auch auf normativer Ebene in Zusammenhang gebracht werden können, um eine Haftung zu begründen.

2.4 Adäquanz als Unterfall des Rechtswidrigkeitszusammenhanges?

Die hL⁶⁵ betrachtet die Adäquanz und den Rechtswidrigkeitszusammenhang als selbständige Haftungsvoraussetzungen, wobei die Adäquanz als Einschränkung des Kausalzusammenhanges und der Rechtswidrigkeitszusammenhang im Bereich der Rechtswidrigkeitsprüfung angesiedelt wird. Trotzdem wird die Verwandtschaft der beiden Haftungsbeschränkungen anerkannt: *„Deckt die erstgenannte [Adäquanz] alle Schadensfolgen, zu deren Vermeidung man überhaupt die Haftung unter dem Gesichtspunkt des Präventionsprinzips als normiert denken kann, so umfaßt der letztere*

⁶² Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 316; RIS-Justiz RS0026395, OGH 2 Ob 902/52 = SZ 26/59, zuletzt OGH 1 Ob 191/80 = ZVR 1981/240.

⁶³ Fahrlässigkeitsdelikt 98.

⁶⁴ *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (2).

⁶⁵ Zahlreiche Nachweise zur hL und der Gegenmeinung bei *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/75 f.

[Rechtswidrigkeitszusammenhang] *alle Schäden, die durch die verletzte konkrete Verhaltensnorm abgewehrt werden sollen.*⁶⁶

Diese Trennung ist aber keineswegs zwingend. Selbst *Koziol*⁶⁷, der eben dieser hL folgt, gibt zu, dass sich Haftungsnormen finden, deren Schutzzweck gerade auch inadäquate Schäden umfasst.⁶⁸ Ebenso sei es möglich, dass vertragliche Vereinbarungen Ähnliches vorsehen. Dies spricht mE aber gerade dafür, die Adäquanzprüfung auf die im konkreten Fall übertretene Norm zu beziehen, da eine generelle Aussage eben nicht möglich ist. Die Beurteilung nach der Adäquanztheorie kann keine endgültige Aussage treffen, da diese möglicherweise nach der Ermittlung des Schutzzweckes wieder zurückgenommen werden muss. Es ist also denkbar, dass eine Norm auch Schäden außerhalb der Adäquanzgrenze einbezieht, nicht aber, dass sie sozusagen über ihren eigenen Zweck hinausgeht. Der Adäquanzgedanke erweist sich daher im Vergleich zum Rechtswidrigkeitszusammenhang als Minus und hat somit als eigenes Kriterium systematisch keinen Sinn.⁶⁹

Darüber hinaus zeigt diese Zuordnung auch die mE richtige dogmatische Begründung der Einschränkung der Haftung auf „adäquate Verursachung“: Eine Schutznorm hat idR nicht den Zweck, Schäden zu verhindern, die außerhalb jeder Lebenserfahrung liegen. In diesem Zusammenhang finden freilich auch die Grundprinzipien des Schadenersatzrechts (insbesondere das Präventionsprinzip) insofern Beachtung, als zu untersuchen ist, inwieweit sie der konkret anzuwendenden Norm zugrunde liegen und damit die Reichweite des Schutzzwecks bestimmen.

⁶⁶ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 64.

⁶⁷ Haftpflichtrecht I³ Rz 8/76.

⁶⁸ Als Beispiele nennt *Koziol* (Haftpflichtrecht I³ Rz 8/76) die Haftung des Verwahrers, der die Sache weitergibt (§ 965 ABGB), und des Entlehners (§ 979 ABGB) für casus mixtus, die ähnlich konzipierte Haftung des Pfandgläubigers bei Afterverpfändung (die allerdings keine Rechtswidrigkeit voraussetzt, § 460 ABGB), aber auch die Haftung des unredlichen Besitzers (§ 335 ABGB).

⁶⁹ So auch *Burgstaller*, Fahrlässigkeitsdelikt 77 f; *Welser*, ÖJZ 1975, 37 (43). Auch *Koziol* (Haftpflichtrecht I³ Rz 8/76) hält diese Sichtweise schließlich für vertretbar. Bereits *Armin Ehrenzweig* (System II/1² 42 f) hält das Kriterium der Adäquanz für verzichtbar, weil es in praktischen Anwendung versage, und erkennt, dass der Weg über den Rechtswidrigkeitszusammenhang regelmäßig zu ähnlichen Ergebnissen führt.

2.5 Das Problem des rechtmäßigen Alternativverhaltens

Ein Täter soll dann nicht für den Schaden haften, wenn er denselben (rechnerischen)⁷⁰ Schaden auch dann verursacht hätte, hätte er rechtmäßig gehandelt. Die Frage nach dem rechtmäßigen Alternativverhalten wird nach hM als Unterfall der Prüfung des Rechtswidrigkeitszusammenhanges behandelt.⁷¹ Der Grundgedanke ist hierbei, dass ein Schaden dann nicht vom Schutzzweck der Norm umfasst sein kann, wenn er auch bei rechtmäßigem Verhalten des Täters (sicher)⁷² eingetreten wäre. Sonst würde der Norm ein Zweck unterstellt, den sie gar nicht erreichen kann. Dies gilt freilich nur insoweit, als die Aussage, dass ein gewisser Schaden nicht verhindert werden kann, mit Sicherheit richtig ist. Gerade bei der Prüfung der hypothetischen Auswirkung des rechtmäßigen Alternativverhaltens ist diese Sicherheit wohl gegeben, da man einen konkreten Fall vor Augen hat, den man ex post beurteilen kann (also kein Wahrscheinlichkeitsurteil ex ante fällen muss).

Allerdings vertritt die hM, dass Normen auch einen anderen Zweck als die reine Schadensverhinderung verfolgen können, insbesondere die Garantie eines bestimmten Verfahrens. In solchen Fälle sei der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht zulässig.⁷³ So kann sich zB im Fall der Inhaftierung einer Person ohne gültigen Haftbefehl der im Wege der Amtshaftung in Anspruch genommene Rechtsträger nicht darauf berufen, dass die Voraussetzungen für die Erteilung eines Haftbefehls ohnehin erfüllt gewesen wären.

Diese Ansicht entspricht zwar dem Gerechtigkeitsempfinden, dogmatisch ist sie allerdings mit der Lehre vom Schutzzweck der Norm nicht einwandfrei in Einklang zu bringen. Für die Frage des Schadenersatzes muss ja gerade nach dem schadensvermeidenden Zweck gefragt werden, der Verweis auf „andere Zwecke“ passt systematisch nicht – die Bejahung der Haftung beruht hier va auf einem Sanktionsbedürfnis⁷⁴. Das Präventionsinteresse der Allgemeinheit ist mE ausreichend

⁷⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/60 Fn 229.

⁷¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 318, mwN in Fn 100.

⁷² Die bloße Möglichkeit des Schadenseintritts trotz rechtmäßigem Verhalten reicht für eine Haftungsbefreiung nicht aus (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/60 Fn 230).

⁷³ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/65 mwN.

⁷⁴ Zur Bedeutung des Sanktionsgedankens im Schadenersatzrecht siehe unten Kap C3.3

geschützt, wenn an den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens ein strenger Maßstab angesetzt wird, zumal der nicht zu verhindernde Schadenseintritt ja nicht nur möglich, sondern erwiesen sein muss und der rechtswidrig Handelnde die Beweislast dafür trägt. Die Frage, ob dem Geschädigten in Fällen von behördlichem Fehlverhalten jedenfalls Ersatz zu leisten ist, ist daher mE nicht ausschließlich mit den allgemeinen Regeln des Haftpflichtrechts zu lösen, sondern bedarf der Berücksichtigung der grundrechtlichen Aspekte. Außerhalb der Amtshaftung, va im Bereich der Arzthaftung wegen mangelnder Einwilligung des Patienten,⁷⁵ ist der Geschädigte ebenso durch einen strengen Maßstab und die Beweislastverteilung ausreichend geschützt: Auch der OGH lässt den Einwand des Arztes, der Patient hätte bei richtiger Aufklärung ohnehin eingewilligt, zu.⁷⁶

Systematisch wird das Problem des rechtmäßigen Alternativverhaltens, wie eingangs erwähnt, als Teilaspekt der Lehre vom Schutzzweck der Norm angesehen. Allerdings weist es eine unübersehbare Nähe zur Frage nach der Kausalität insbesondere bei Unterlassungen auf: Wäre der Schaden auch eingetreten, wenn eine rechtmäßige Handlung gesetzt worden wäre? Die Fragestellung ist dieselbe, der einzige Unterschied besteht darin, dass in einem Fall eine unrechtmäßige Handlung gesetzt wurde, die nun gedanklich durch eine rechtmäßige ersetzt wird, während im anderen Fall gar keine Handlung gesetzt wurde. Hier wie dort geht man also für die Prüfung der Haftung vom pflichtgemäßen Verhalten aus und untersucht, inwieweit sich die Abweichung von diesem real ausgewirkt hat.

Ein Beispiel möge dies verdeutlichen: Ein Unternehmer gerät mit der Lieferung von Rohstoffen in Verzug. Der Produzent erleidet einen Schaden, da er seine Ware nicht herstellen und damit auch nicht verkaufen kann. Gegen die Schadenersatzforderung des Produzenten wendet der Lieferant ein, die Maschine des Produzenten sei nicht betriebstüchtig gewesen. Der Schaden wäre also auch eingetreten, wenn er die rechtlich gebotene, vertragsgemäße Handlung gesetzt hätte. War der Unternehmer für den Schaden nun gar nicht kausal oder hat er den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens? Kann es ernsthaft etwas an der Beurteilung ändern, wenn der

⁷⁵ *Koziol* (Haftpflichtrecht I³ Rz 8/65) hält auch in diesen Fällen den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens für unzulässig.

⁷⁶ RIS-Justiz RS0026783, zuletzt OGH 10 Ob 119/07h.

Lieferant nicht in Verzug gerät, sondern unbrauchbare, weil verdorbene Rohstoffe liefert, also eine (vertragswidrige) Handlung setzt?

Der Beispielfall deutet bereits an, dass die Nähe der Fragestellungen keineswegs nur bei Unterlassungen besteht, zumal in manchen Fällen die Abgrenzung zwischen einem aktiven Tun und einem Unterlassen nicht leicht fällt. Dies erscheint auf den ersten Blick fast unmöglich – man könnte meinen, es handle sich geradezu um Gegensätze. Das Problem erhellt jedoch sofort, wenn man sich vor Augen führt, dass jedes rechtswidrige Verhalten rein logisch das Unterlassen des von der Rechtsordnung gewollten Handelns in sich begreift.⁷⁷ Außerdem kann es nicht von Bedeutung sein, ob der Schädiger irgendein Verhalten statt des rechtlich gebotenen gesetzt hat oder eben ganz untätig geblieben ist, wie das obige Beispiel der Nicht- bzw Schlechterfüllung anschaulich zeigt.

*Koziol*⁷⁸ bringt zur Verdeutlichung des Unterschiedes zwischen den Rechtsfiguren der Kausalität und des rechtmäßigen Alternativverhaltens den (realen) Fall,⁷⁹ in dem eine Frau nach dem Tod ihres Mannes der Post gegenüber immer wieder erklärte, ihr Gatte lebe noch, um seine Pension ausbezahlt zu bekommen. In einigen Fällen hatte die Post als auszahlende Stelle diese Erklärung jedoch gar nicht verlangt. Die Versicherungsanstalt begehrte für diese Fälle Ersatz von der Post für die zuviel bezahlten Renten. *Koziol* sieht hier ein typisches Beispiel des rechtmäßigen Alternativverhaltens:⁸⁰ Die Post hätte die Rente auch ausbezahlt, wenn sie die Erklärung der Witwe verlangt hätte, da diese die Bestätigung wahrheitswidrig erteilt hätte. Kausal sei das Verhalten der Post dennoch, da der Schaden „*bei Wegdenken des rechtswidrigen Verhaltens, nämlich der Auszahlung ohne Lebensbestätigung*“⁸¹ unterblieben wäre. Es scheint allerdings, als ließe sich der Fall durch eine bloße Umformulierung als Kausalitätsproblem darstellen: Liegt die Rechtswidrigkeit tatsächlich in der „Auszahlung ohne Lebensbestätigung“ oder nicht etwa in der Unterlassung der

⁷⁷ So auch *Riss*, JBl 2004, 423 (428).

⁷⁸ Haftpflichtrecht I³ Rz 8/61.

⁷⁹ OGH 1 Ob 488/28 = SZ 10/277.

⁸⁰ Der OGH versteht den Fall als Kausalitätsproblematik. Interessanterweise bejaht er die Haftung mit der Begründung, der Schädiger könne sich nicht darauf berufen, dass „*nachher* [?] *ein Ereignis eintritt, das den Schaden gleichfalls herbeigeführt hätte.*“

⁸¹ Haftpflichtrecht I³ Rz 8/61.

Einholung der Bestätigung? Bei zweiterer Sichtweise scheint es bereits an der Kausalität zu mangeln: Der Schaden wäre auch eingetreten, hätte die Post die Einholung der Lebensbestätigung nicht unterlassen, also die Erklärung verlangt.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass diese Sichtweise unzulässig ist. Die Rechtswidrigkeit liegt zwar in der Unterlassung der Einholung der Bestätigung aber eben – wie *Koziol* richtig erkennt – nur im Zusammenhang mit der Auszahlung. Mit anderen Worten: Die Norm, gegen welche die Post verstoßen hat, ist nicht ein (sinnloses) Gebot, sich (immer) eine Erklärung vorlegen zu lassen, das irgendeine Person am Leben sei, sondern vielmehr das Verbot der Auszahlung einer Pensionsleistung ohne eine solche Bestätigung. Ein Verstoß gegen ein Verbot kann aber immer nur eine Handlung sein. Zur Abgrenzung zwischen Handlung und Unterlassung ist daher ganz allgemein die übertretene Norm zu betrachten: Wird gegen ein *Gebot* verstoßen, fällt dem „Täter“ immer die Unterlassung der gebotenen Handlung zur Last, unabhängig davon, ob er irgendein anderes Verhalten gesetzt hat. Wird hingegen ein *Verbot* missachtet, ist, wie gesagt, das fragliche Verhalten als Tun zu qualifizieren. Um zu ermitteln, ob eine Norm ein Ge- oder Verbot darstellt, ist nach dem Zweck zu fragen. Die bloße Formulierung ist bedeutungslos. Ein Gebot im hier verwendeten Sinne ist eine Verhaltensanordnung, die jedes Alternativverhalten grundsätzlich ausschließt (etwa die Hauptleistungspflicht in einem Vertrag). Ein Verbot erlaubt im Gegenteil dazu jedes andere als das verbotene Verhalten. So ist etwa die als Gebot erscheinende Regelung, beim Überholen den erforderlichen Seitenabstand zu einem Fahrradfahrer einzuhalten, nach diesem Verständnis ein Verbot, da nicht das Überholen von der Rechtsordnung gewünscht, sondern das Überholen ohne gehörigen Abstand verpönt ist. Bezogen auf das zuvor genannte Beispiel des Lieferanten bedeutet dies, dass auch die Schlechtleistung eine Unterlassung darstellt, da der Vertrag zur ordnungsgemäßen Leistung verpflichtet, also ein Gebot darstellt, und nicht bloß verbietet, schlecht zu leisten.

Die Erkenntnis, dass die Abgrenzung von Handlung und Unterlassung doch gelingt, beseitigt freilich dennoch nicht die Nähe des Problems des rechtmäßigen Alternativverhaltens zur Kausalitätsfrage.

Lässt sich nun das Problem des rechtmäßigen Alternativverhaltens allgemein als Kausalitätsfrage begreifen? Einen Einstieg für diese Sichtweise bringt der viel zitierte Satz, die schadenersatzrechtliche Kausalitätsfrage sei mittels einer juristischen Theorie der Schadenszurechnung und nicht mit naturwissenschaftlichen Gesetzen zu lösen.⁸² Theoretisch ist eine solche Sichtweise also möglich. Tatsächlich zeigt sich, dass im Wesentlichen zwei Ansätze vertreten werden: Der hM, die das rechtmäßige Alternativverhalten als Teil des Rechtswidrigkeitszusammenhanges prüft, steht die Theorie der Kausalität des pflichtwidrigen Verhaltens gegenüber. Diese va von *Hanau*⁸³ und *Reischauer*⁸⁴ vertretene Theorie geht von einem normativen Ursachenbegriff aus. Die Kausalität allein könne keine Haftung begründen, es komme immer auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens an. Wähle man nun gleich den Ansatz beim entscheidenden Haftungsmerkmal, erspare dies unnötige Kausalitätsprüfungen.⁸⁵

Die Frage der Einordnung ist zwar va dogmatischer Natur, sie hat jedoch auch praktische Auswirkungen für den Geschädigten: Für die Kausalität ist er nach der allgemeinen Regel beweispflichtig⁸⁶, wohingegen in dem Fall, in dem sich der Gegner auf rechtmäßiges Alternativverhalten berufen muss, diesen die Beweislast trifft. Ein Teil der Lehre löst das Problem dahingehend, dass bei der Kausalität der Unterlassung auch von einer Umkehr der Beweislast zulasten des Schädigers ausgegangen wird.⁸⁷ *Welser*⁸⁸ spricht sich hingegen für eine beweisrechtliche Gleichbehandlung in dem Sinne aus, dass der Geschädigte auch die „Kausalität der Pflichtwidrigkeit“ zu beweisen hat, ihm aber die Erleichterung des Prima-facie-Beweises zusteht. Dieser Lösung ist mE der Vorzug zu geben, da sie eher mit der allgemeinen Beweislastverteilung,⁸⁹ nach welcher der Kläger die anspruchsbegründenden Tatsachen nachzuweisen hat, im Einklang steht. Die mögliche Härte gegenüber dem Geschädigten

⁸² *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 4 f; *Kleewein*, Hypothetische Kausalität 17 f; *Gimpel-Hinteregger*, Umwelthaftung 165; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/3; vgl auch *Rebhahn*, Staatshaftung 543 f; *Spindler*, AcP 208, 282 (288).

⁸³ Kausalität 83 ff.

⁸⁴ In *Rummel*³ § 1295 Rz 1.

⁸⁵ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1295 Rz 1.

⁸⁶ Statt vieler *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/11 mwN.

⁸⁷ ZB *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/12 mwN zur Judikatur, ihm folgend *Karner* in *KBB*² § 1295 Rz 14. Das angeführte Argument ist allerdings wenig schlagkräftig: Der Grund für die Beweislastumkehr sei, dass der Schädiger konkret gefährlich gehandelt (!) habe. Auch diese Formulierung zeigt deutlich, dass Tun und Unterlassen nicht so leicht auseinander zu halten sind.

⁸⁸ ZVR 1976, 1 (7 f).

⁸⁹ Siehe zur Beweislast im Allgemeinen unten Kap C6.1.3.

wird durch die Zulassung des Anscheinsbeweises abgeschwächt, sodass letztlich der Vorteil für den Schädiger nur darin bestünde, dass er den Schadenseintritt bei rechtmäßigem Alternativverhalten nicht voll beweisen, sondern den einfacheren Gegenbeweis gegen den Anschein der Kausalität der Pflichtwidrigkeit führen müsste.

3 Kritische Betrachtung der Kausalitätstheorien im Gesamtsystem der Haftungsvoraussetzungen

Die bisherigen Ausführungen lassen leicht erkennen, dass die Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht im Allgemeinen zwar geklärt, im Detail jedoch höchst strittig sind. Es hat sich gezeigt, dass bislang jeder Versuch, die Schadenszurechnung mittels eines einheitlichen Kausalitätsprinzips vorzunehmen, weder mit dem Gesetzestext noch mit dem billigen Rechtsempfinden zu vereinbaren war. Den Grund für die manchmal nicht überzeugenden Lösungen sieht *Franz Bydlinski* in dem „*hier wie so oft schädlichen Streben nach Einheitslösungen*“⁹⁰.

ME ist die Ursache der Ungereimtheiten möglicherweise eine noch grundlegendere: Auffallend ist jedenfalls, dass im Bereich der eigentlichen Kausalitätstheorien (Theorie der *conditio sine qua non* und Theorie der gesetzmäßigen Bedingung) zumeist ein bestimmtes Ergebnis gerechtfertigt werden soll.⁹¹ So wird etwa nicht gefragt, ob kumulativ kausale Täter haften, vielmehr wird versucht, deren bereits von vornherein angenommene Ersatzpflicht zu rechtfertigen. Offenbar hat also der Rechtsanwender eine deutliche Vorstellung davon, was es bedeutet, einen Schaden zu „verursachen“. Die Tatsache, dass trotz der zahlreichen Überlegungen über zwei Jahrhunderte hinweg keine gänzlich befriedigende Konkretisierung des Kausalitätsbegriffes gelungen ist, spricht dafür, dass eine nähere Beschreibung des Begriffes der Verursachung bzw der Äquivalenztheorie vielleicht gar nicht möglich ist. Die Theorie der gesetzmäßigen Bedingung weist mE auch in diese Richtung, da sie im Kern darin besteht, dass der Begriff der „Verursachung“ durch den der „zeitlichen Aufeinanderfolge in gesetzmäßiger Verbundenheit“ ersetzt wird. Dies ist allerdings bei näherer Betrachtung eher eine Beschreibung als eine Konkretisierung des Verursachungsbegriffes. Neben

⁹⁰ *F. Bydlinski*, AcP 158, 97.

⁹¹ Ähnlich *Assmann* in *Fenyves/Weyers* 99 (104).

der Frage nach der Möglichkeit der Konkretisierung stellt sich auch jene nach der Notwendigkeit einer einheitlichen Kausalitätstheorie. Wie gesagt, scheinen das Rechtsempfinden und der Begriff „Verursachung“ schon eine erstaunlich genaue Auskunft darüber zu geben, für welche Ereignisse gehaftet werden soll. Wesentlich bleibt freilich die Äquivalenztheorie in ihrer grundlegenden Aussage, dass jede Bedingung und eben nicht etwa nur eine Hauptursache kausal im rechtlichen Sinne ist. Die analysierten Zurechnungstheorien erfahren jedoch trotz aller dogmatischen Begründungsschwierigkeiten breite Anerkennung, da ihnen letztlich zugestanden werden muss, dass sie ein funktionierendes System darstellen. Darüber hinaus soll ihnen hier keineswegs abgesprochen werden, dass jede Theorie wesentliche Aspekte der Zurechnungsfrage behandelt und wichtige Erkenntnisse liefert. Zumeist führen die verschiedenen Ansätze außerdem ohnehin zum selben Ergebnis und die Zahl der Fälle, in denen die Resultate unterschiedlich oder unbefriedigend sind, hält sich in Grenzen. Gerade solche problematische Fallgruppen sollen im Folgenden untersucht werden, wobei die von der hM vertretenen Theorien als Grundlage anerkannt werden. Die Formel der *conditio sine qua non* soll, wie von vielen⁹² vorgeschlagen, als „Faustregel“, nicht aber als einzig mögliche Interpretation des Begriffes der Verursachung und unumstößliche Haftungsvoraussetzung verstanden werden.⁹³ Für alle weitergehenden Untersuchungen sind mE zwei Punkte von wesentlicher Bedeutung und dürfen nicht aus den Augen verloren werden: Zum einen ist es nicht möglich, die Haftungsvoraussetzungen Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden als voneinander völlig unabhängige Kriterien zu betrachten. Zum anderen kann man deren Zusammenspiel nur dann richtig beurteilen, wenn man sich der unterschiedlichen Zielrichtungen der einzelnen Voraussetzungen bewusst ist: So steht auf der einen Seite die Beurteilung der Handlung nach Rechtswidrigkeit und Verschulden. Auf der anderen Seite ist der Erfolg zu betrachten, auf den die Methoden der Schadensberechnung anzuwenden sind. Dazwischen stehen alle in diesem Abschnitt besprochenen Theorien der Zurechnung, die die beiden Seiten Handlung und Erfolg miteinander verbinden – sei es auf tatsächlicher Ebene (Kausalität) oder auf normativer Ebene

⁹² Insbesondere Larenz, AT I¹⁴ 433; ihm folgend zB Deutsch, Haftungsrecht I 138; Gimpel-Hinteregger, Umwelthaftung 177 und mwN 157 (Fn 12).

⁹³ So bereits Armin Ehrenzweig, System II/1² 39: „Die Regel ist annehmbar, nur darf sie nicht umgekehrt werden: einer Ereignung hört nicht schon deswegen auf, Ursache zu sein, weil ohne sie eine andere Ereignung den gleichen Schaden herbeigeführt hätte.“

(Rechtswidrigkeitszusammenhang). In diesem Sinne spricht auch *Rebhahn*⁹⁴ von drei zu unterscheidenden Beweisthemen im Prozess: Ereignis A – der Schaden, Ereignis B – der Haftungsgrund und schließlich der Zusammenhang zwischen A und B. Dieser Ansatz der Prüfung der Haftungsvoraussetzungen nähert sich freilich der Theorie von der „Kausalität der Pflichtwidrigkeit“. Auch hier zeigt sich aber letztlich, dass trotz des dogmatisch ganz anderen Ansatzes und Weges das Ergebnis idR mit jenem der hM übereinstimmt.

4 Problematische Fallgruppen – kumulative und überholende Kausalität

Im Folgenden sollen Fallgruppen besprochen werden, die im Bereich des Haftungskriteriums der Kausalität kleinere oder größere Schwierigkeiten bereiten. Im Hinblick auf das Hauptthema der vorliegenden Arbeit soll besonders Augenmerk darauf gelegt werden, wie sich Ereignisse, die dem Geschädigten zuzurechnen sind („Zufälle“), auf die mögliche Haftung eines Schädigers auswirken, wobei zunächst die Lösungen nach dem derzeitigen Meinungsstand referiert und abschließend die Konsequenzen der hier vertretenen Ansicht⁹⁵ auf diese untersucht werden.

4.1 Kumulative Kausalität zweier Haftungsgründe

Von kumulativer Kausalität spricht man in jenen Fällen, in denen mehrere Ursachen wirksam werden, von denen jede einzelne den Erfolg herbeigeführt hätte. Als Schulbeispiel können die zwei Schützen dienen: Beide treffen das Opfer, auch ein Schuss alleine hätte gereicht, dieses zu töten.⁹⁶ Es lassen sich freilich beliebig viele weitere Fälle konstruieren: Ein Fabrikant hat eine Maschine und Rohstoffe bestellt, beide Lieferanten geraten in Verzug.⁹⁷ Mehrere Betriebe leiten ihr Abwasser in den

⁹⁴ Staatshaftung 544. *Rebhahn* weist hier auch darauf hin, dass für diese unterschiedlichen Beweisthemen nicht zwingend dieselben Beweisregeln zur Anwendung kommen müssen. Siehe dazu die ausführliche Darstellung der prozessrechtlichen Probleme in Kap C6.

⁹⁵ Siehe dazu Kap B3.

⁹⁶ Beispiel aus *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 23.

⁹⁷ Beispiel aus *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 335.

Fluss, in welchem die Fische sterben – die Menge eines Betriebs hätte den Schaden auch allein verursacht.⁹⁸

Mit der Formel von der *conditio sine qua non* lassen sich diese Fälle nicht lösen:⁹⁹ Denkt man sich das Verhalten eines Täters weg, entfällt der Erfolg dennoch nicht. Auf die Beispiele angewendet ergeben sich folgende Situationen: Jeder Schütze kann sich darauf berufen, dass das Opfer auch ohne seinen Schuss gestorben wäre, jeder Lieferant darauf, dass der Fabrikant ohnehin nicht hätte arbeiten können und auch die Wasserverschmutzer könnten sich auf den jeweils anderen „ausreden“.

Das Ergebnis der Haftungsfreiheit aller Täter ist offensichtlich unbefriedigend. Die hM nimmt daher solidarische Haftung an,¹⁰⁰ wenngleich mit unterschiedlichen Begründungen. Der OGH¹⁰¹ hielt es zunächst einfach aus „*Gründen der praktischen Vernunft*“¹⁰² für ein „*unmögliches Ergebnis*“, dass die beiden kumulativ kausalen Schädiger jeweils unter Verweis auf den anderen haftungsfrei bleiben könnten. *Franz Bydlinski*¹⁰³ und – im Anschluss an diesen – *Koziol*¹⁰⁴ finden eine dogmatische Begründung, indem sie von der Haftung für alternative Kausalität nach § 1302 ABGB analog¹⁰⁵ ausgehen. In beiden Fällen sei das Verhalten des Täters konkret gefährlich und potentiell kausal für den Schadenseintritt, was eine Haftung rechtfertige. Diese Herleitung wurde schließlich auch vom OGH übernommen.¹⁰⁶ *Reischauer*¹⁰⁷ sieht die

⁹⁸ Beispiel aus *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/51.

⁹⁹ Vgl etwa *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 55: „*Bei der kumulativen Kausalität lässt sich ebenso wenig die Behauptung halten, dass jeder Täter den Schaden verursacht hat.*“ Siehe zu dieser Kritik an der *Conditio-sine-qua-non*-Formel oben Kap B1.1.

¹⁰⁰ *Gimpel-Hinteregger*, Umwelthaftung 181; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/53 ff; *Rebhahn*, Staatshaftung 598 f; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1302 Rz 13; *Karner* in *KBB*² § 1302 Rz 8; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 335; *Apathy/Riedler*, Schuldrecht³ Rz 13/61; RIS-Justiz RS0022729, zuletzt OGH 1 Ob 243/07b.

¹⁰¹ OGH 2 Ob 166, 167/59 = EvBl 1959/244 im Anschluss an die Schweizer Lehre.

¹⁰² *Reischauer* (in *Rummel*³ § 1302 Rz 13) sieht in dieser Begründung einen zulässigen Rekurs auf die natürlichen Rechtsgrundsätze nach § 7 ABGB.

¹⁰³ Schadensverursachung 70 f.

¹⁰⁴ Haftpflichtrecht I³ Rz 3/55 ff.

¹⁰⁵ Siehe dazu ausführlich Kap C2.1.

¹⁰⁶ Erstmals OGH 7 Ob 13/84 = SZ 57/25.

¹⁰⁷ In *Rummel*³ § 1302 Rz 13.

bessere Begründung für die Solidarhaftung bei kumulativer Kausalität in einem Größenschluss aus der Haftung der Nebentäter.¹⁰⁸

4.2 *Kumulative Kausalität bei Konkurrenz mit einem Zufall*

Das Ergebnis der solidarischen Haftung bei kumulativer Kausalität zweier Haftungsgründe ist nicht zu beanstanden. Schwieriger wird die Lösung, wie bereits eingangs erwähnt, wenn nicht zwei Haftungsgründe wirksam wurden, sondern eine der Ursachen dem Geschädigten zuzurechnen ist.

Der OGH¹⁰⁹ hatte einen Fall zu beurteilen, in dem in einer Sendung zwei kreditschädigende Behauptungen über den Kläger aufgestellt worden waren, von denen eine wahr und eine unrichtig war. Jede Aussage war für sich genommen gleichermaßen kreditschädigend wie beide zusammen. Die E geht von einem Fall der kumulativen Kausalität aus, mit der Besonderheit, dass eines der potentiell kausalen Ereignisse – die wahre Aussage – dem Geschädigten selbst zuzurechnen sei. Analog zu § 1304 ABGB, der die Schadensteilung bei Mitverschulden des Geschädigten regelt, sei eine Teilung des Schadens geboten, mangels besonderer zugunsten einer Partei zu gewichteten Umstände im Verhältnis 1:1. Dieses Ergebnis wurde von *Leitner*¹¹⁰ mit Verweis auf die Nähe der Konstellation zu den Fällen des rechtmäßigen Alternativverhaltens¹¹¹ kritisiert.¹¹²

Allerdings kann der OGH seine Meinung auf einen Teil der Lehre stützen. *Koziol*¹¹³ etwa befürwortet aufbauend auf die Lehre *Franz Bydlinskis*¹¹⁴ ebenfalls die Teilung analog § 1304 ABGB. Dabei ist aber zu beachten, dass *Koziol* zum einen eigentlich eine andere Begründung wählt, indem er seine Meinung auf die Lehre zur „alternativen

¹⁰⁸ Ebenso wohl *Rebhahn*, Staatshaftung 599, der nur von einem Größenschluss zu § 1302 ABGB spricht. Ähnlich auch die hier vertretene Ansicht unten Kap B4.4.1.

¹⁰⁹ OGH 6 Ob 163/05x = ecolex 2006/116 (mit Besprechung von *Leitner* in ecolex 2006, 278).

¹¹⁰ Entscheidungsbesprechung in ecolex 2006, 278.

¹¹¹ Siehe dazu oben Kap B2.5.

¹¹² Ebenso sieht *Rebhahn* in der kumulativen Kausalität in den hier fraglichen Konstellationen keinen ausreichenden Haftungsgrund, da eben feststeht, dass der Schaden auch ohne das Verhalten des Täters eingetreten wäre (Staatshaftung 614).

¹¹³ Haftpflichtrecht I³ Rz 3/57.

¹¹⁴ Schadensverursachung 70 ff.

Kausalität mit Zufall“¹¹⁵ stützt¹¹⁶, und andererseits konsequenterweise auch beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens für eine Schadensteilung plädiert.¹¹⁷

4.3 Überholende Kausalität und Anlageschäden

Eine weitere problematische Kausalitätskonstellation wird mit dem Begriff der überholenden Kausalität angesprochen. In diesen Fällen führt ein Ereignis den Schaden herbei, ein weiteres hätte diesen Schaden aber später auch verursacht. Der Täter hat also eine reale Ursache gesetzt, es gibt aber noch eine hypothetische Ursache, die zu einem späteren Zeitpunkt wirksam geworden wäre (sog Reserveursache).¹¹⁸ Es stellt sich die Frage, ob der Hinweis auf diese Reserveursache¹¹⁹ den Täter entlasten kann. Haftet etwa der Randalierer für den gesamten Schaden an einem Gartenzaun, den ein heftiger Sturm in der darauf folgenden Nacht zerstört hätte? Kann sich derjenige, dessen Schlag bei einer Rauferei einem anderen eine Geisteskrankheit verursacht, darauf berufen, dass die Krankheit ohnehin einige Zeit später aufgetreten wäre?¹²⁰

Die beiden Beispiele zeigen bereits, dass es gilt, zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden. Im ersten Fall liegt sozusagen eine echte überholende Kausalität vor: Im Zeitpunkt der Beschädigung ist das Rechtsgut noch völlig unbeeinträchtigt, erst im Nachhinein tritt eine weitere hypothetische Schadensursache hinzu. Anders im zweiten Fall: Die Krankheit war im Organismus des Geschädigten bereits angelegt, der Täter hat „nur“ die Ursache für den – auf lange Sicht unvermeidlichen – Ausbruch gesetzt. Bei solchen Konstellationen spricht man von „Anlageschäden“¹²¹.

Die Problematik der „Anlageschäden“ weist auf das grundlegende Kausalitätsproblem hin, dass die meisten Rechtsgüter vergänglich sind. Ein Ereignis, das nach dem

¹¹⁵ Zu dieser Lehre ausführlich unten Kap C2.2. *Koziol* löst die Fälle kumulativer Kausalität, wie oben erwähnt, überhaupt analog zu jenen alternativer Kausalität (Kap C2.1).

¹¹⁶ An der vom OGH zitierten Stelle (Haftpflichtrecht I³ Rz 12/9) behandelt *Koziol* speziell jene Fälle, in denen zur Problematik der kumulativen Kausalität auch noch jene des Mitverschuldens hinzutritt. Dabei verweist *Koziol* auf seine Ansicht zur kumulativen Kausalität mit einem Zufall allgemein.

¹¹⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/69; vgl auch *Leitner*, *ecolex* 2006, 278 (280).

¹¹⁸ Vgl zur Terminologie *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht* II¹³ 336.

¹¹⁹ Es ist für die Beantwortung dieser Frage nur eingeschränkt von Bedeutung, ob die Reserveursache von einem weiteren Täter gesetzt oder zufällig eintritt, da zunächst zu klären ist, ob dem schädigenden nachfolgende Ereignisse überhaupt beachtlich sein können. In diesem Kapitel unterbleibt daher eine weitere Einteilung in „Konkurrenz mit einem Haftungsgrund“ und „Konkurrenz mit dem Zufall“.

¹²⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/60.

¹²¹ Vgl zur Terminologie *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht* II¹³ 336.

fraglichen schädigenden eintritt, ist daher jedenfalls unbeachtlich, wenn es „*bloß Ausdruck der Endlichkeit und Vergänglichkeit aller Vermögenswerte und Persönlichkeitsgüter*“¹²² ist. Die Vergänglichkeit ist ja bereits im Wert der Sache berücksichtigt. Dies gilt für die natürliche „Lebensdauer“ genauso, wie für bestimmte Schadensneigungen: Ein Haus, das im Überschwemmungsgebiet gebaut ist, ist aufgrund der Gefahr, dass es bei einem Hochwasser zerstört wird, weniger wert, als ein gleiches Haus in einem ungefährdeten Gebiet. Brennt nun ein Brandstifter ein solches Gebäude ab, kann es ihn keinesfalls entlasten, wenn später der Fluss so über die Ufer tritt, dass das Haus zerstört worden wäre, da sich gerade ein wertminderndes Risiko verwirklicht hat. Bei objektiv-konkreter Berechnung ist also einfach der Verkehrswert unter Berücksichtigung der Schadensanlage heranzuziehen.¹²³

„Anlageschäden“ sind va bei Körperverletzung oder Tötung eines Menschen von Bedeutung. Eine Zwischenstellung nimmt die Verletzung oder Tötung von Tieren ein: Auch hier mindert eine Krankheitsneigung freilich den Wert und damit den Wertersatz, die Anlageschadenproblematik kann aber im Rahmen des § 1332a ABGB bedeutsam werden, nämlich dann, wenn Heilungskosten zu ersetzen sind, da diese den Wert des Tieres überschreiten können. Auch bei anderen Sachschäden lässt sich von „Anlagefällen“ sprechen, wenn der Schaden subjektiv-konkret berechnet wird. Nach hM¹²⁴ und Rsp¹²⁵ hat der Schädiger in den genannten Fallgruppen nur jenen Schaden zu ersetzen, der durch die Vorverlegung des Schadenseintritts entsteht.

Der OGH vertritt auch in den anderen Fällen der überholenden Kausalität eine klare Linie, nach der allerdings eine spätere, hypothetische Ursache außer Betracht bleibt: „*die Reserveursache macht also weder haftbar noch kann sie den realen Schädiger entlasten.*“¹²⁶ Er kann sich dabei auf den überwiegenden Teil der Literatur¹²⁷ stützen, der diese Ansicht im Wesentlichen damit begründet, dass der Schaden zunächst real

¹²² F. Bydlinski, Schadensverursachung 98.

¹²³ F. Bydlinski, Schadensverursachung 100; Karner in KBB² § 1302 Rz 10; Reischauer in Rummel³ § 1302 Rz 15.

¹²⁴ ZB Harrer in Schwimann³ § 1302 Rz 39; Karner in KBB² § 1302 Rz 10; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 336.

¹²⁵ RIS-Justiz RS0022684 T7 und T11, etwa OGH 7 Ob 186/04k = VR 2005/685.

¹²⁶ OGH 7 Ob 238/07m = JBl 2009, 147. Vgl auch RIS-Justiz RS0022653.

¹²⁷ Harrer in Schwimann³ § 1302 Rz 37; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 336; Reischauer in Rummel³ § 1302 Rz 14.

herbeigeführt wurde und eine weitere „Ursache“ nur mehr hypothetischer Natur sein kann. Sobald eine reale Kausalität nachgewiesen ist, ist für eine Haftung für hypothetische Kausalverläufe kein Platz mehr.¹²⁸

Es soll also auch ein rechtswidrig und schuldhaft handelnder Täter, der wegen der bereits wirksam gewordenen Erstursache nur mehr eine hypothetische Reserveursache setzt, nicht zur Haftung herangezogen werden können. In diesem Zusammenhang wird häufig das Argument vorgebracht, der bloß hypothetisch kausale Täter könne in gar kein Rechtsgut mehr eingreifen, da dieses bereits durch die reale Ursache zerstört worden sei.¹²⁹ *Koziol*¹³⁰ wendet dagegen ein, dass der Einwand andere Zurechnungsvoraussetzungen betreffe. Häufig wird die Zurechnung hier am Rechtswidrigkeitszusammenhang scheitern: So wird man es etwa nicht als Zweck einer Geschwindigkeitsbeschränkung ansehen können, dass verhindert werden soll, dass ein bereits verstorbene Unfallopfer ein weiteres Mal überfahren wird. Bei jenen Fällen, in denen gerade der Eingriff in ein (absolut geschütztes) Rechtsgut die Rechtswidrigkeit begründet, mangelt es bereits an dieser, wenn das Rechtsgut nicht mehr existiert. Nur wenn auch diese Voraussetzungen vorliegen, soll nach *Koziol* gehaftet werden.

*Franz Bydlinski*¹³¹ argumentiert gegen die hM, die Haftung für überholende Kausalität dürfe sich nicht von jener für kumulative Kausalität unterscheiden, da der Unterschied bloß im Zeitelement liege und wenige Sekunden nicht über Haftung oder Haftungsfreiheit entscheiden sollen. Daher soll auch in Fällen überholender Kausalität (bei subjektiv-konkreter Schadensberechnung) eine Solidarhaftung eintreten, sofern das zweite Ereignis ein Haftungsgrund ist, und eine Teilhaftung, wenn das hypothetisch kausale Ereignis dem Geschädigten zuzurechnen ist.¹³²

¹²⁸ *Reischauer in Rummel*³ § 1302 Rz 14: „Reale Kausalität geht hypothetischer vor!“.

¹²⁹ *Juen*, Arzthaftungsrecht² 43; *Harrer in Schwimann*³ § 1302 Rz 36; *Reischauer in Rummel*³ § 1302 Rz 14.

¹³⁰ JBl 2006, 768 (772).

¹³¹ Schadensverursachung 68 f, 97; ihm folgend *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/77; *Riss*, JBl 2004, 423 (425).

¹³² *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 97; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/78.

4.4 Versuch einer Lösung

Mit der Theorie der *conditio sine qua non* lässt sich eine Haftung in den Fällen mit kumulativer und überholender Kausalität auf keinen Fall vereinbaren. In beiden Konstellationen wäre der Schaden eben gerade auch eingetreten, wenn man sich das fragliche Verhalten des Täters „wegdenkt“. Nach der geschilderten hM müssen also Ausnahmen vom Kausalitätsprinzip gerechtfertigt werden.¹³³ Sieht man *Conditio-sine-qua-non*-Formel aber als bloße „Faustregel“¹³⁴ und erkennt man an, dass Verursachung darüber hinausgehen kann,¹³⁵ erscheint eine Verantwortlichkeit des Täters in den genannten Konstellationen keineswegs als Haftung ohne Verursachung.¹³⁶ Es lässt sich mit dem Sprachgebrauch und allgemeinen Verursachungsverständnis ganz problemlos in Einklang bringen, wenn man beim Beispielfall der zwei Schützen sagt, beide hätten den Tod des Opfers „verursacht“, auch wenn jeder einzelne Schuss denselben Schaden herbeigeführt hätte. Ebenso steht fest, dass der Randalierer tatsächlich kausal für den Schaden am Zaun war, der später bei einem Unwetter zerstört wird oder der Schläger zunächst die Geisteskrankheit des Verletzten verursacht hat, auch wenn sie sonst später auch eingetreten wäre. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Verursachung an sich in den genannten Fallgruppen also unproblematisch. Erst in einem weiteren Schritt ist zu fragen, ob eine hypothetische oder reale weitere Ursache den Täter entlasten kann.

Dies unterscheidet die genannten Fälle ganz grundlegend von jenen der alternativen Kausalität, wo es tatsächlich um die Frage eine Haftung ohne Verursachung – genauer: ohne Nachweis der Verursachung, mit anderen Worten um eine Haftung für mögliche Verursachung – geht. Eine Gleichbehandlung der Fälle ist daher keineswegs zwingend,

¹³³ Siehe etwa *Koziol*, der diese Fälle in Haftpflichtrecht I³ als „Ausnahmen vom Verursachungsprinzip“ bespricht.

¹³⁴ *Larenz*, AT I¹⁴ 433; ihm folgend zB *Deutsch*, Haftungsrecht I 138; *Gimpel-Hinteregger*, Umwelthaftung 177 und mwN 157 (Fn 12).

¹³⁵ Siehe oben Kap B3,

¹³⁶ So schon *Wolff* (in *Klang* VI² 10), der auch die „unnötige Verursachung“ (gemeint sind jene Fälle, die heute unter kumulativer und überholender Kausalität verstanden werden) für eine Verursachung im Rechtssinn hält.

die Lösung für eine Fallgruppe kann mE nicht, wie es *Franz Bydlinski* und *Koziol* vorschlagen,¹³⁷ ohne weiteres auf eine andere übertragen werden.¹³⁸

4.4.1 Kumulative Kausalität

Die Fälle kumulativer Kausalität zweier Täter sind nach dieser Auffassung einfach zu lösen¹³⁹: Nach § 1302 ABGB haften auch Nebentäter, die jeweils eine Ursache für den Eintritt des gesamten Schadens gesetzt haben, solidarisch.¹⁴⁰ Die Fälle kumulativer Kausalität sind genau gleich gelagert: Mehrere Täter haben jeweils eine Ursache für den Schadenseintritt gesetzt. Die Formel der *conditio sine qua non* verdeckt diesen Umstand bloß, da sie unterstellt, dass letztlich nur eine Ursache unmittelbar zum Schadenseintritt führt. Im Ergebnis führt dieser Weg zum selben Ziel wie die hM, nämlich der Solidarhaftung aller kumulativ kausalen Täter.¹⁴¹

Ist eines der beiden kumulativ schadenskausalen Ereignisse dem Geschädigten selbst zuzurechnen, stellt sich die Frage, ob auch für diesen Fall eine Analogie zu § 1302 ABGB möglich ist. Dies ist mE zu verneinen. Der Täter hat den Schaden zwar nach dem hier zugrunde gelegten Kausalitätsverständnis verursacht, § 1302 ABGB verlangt aber immer mehrere Schädiger, deren Verhalten einen Haftungsgrund bildet.¹⁴² Von diesem Erfordernis abzugehen, besteht in den vorliegenden Fällen auch überhaupt kein Anlass: Wie *Leitner*¹⁴³ überzeugend darlegt, ähnelt die Fragestellung jener nach

¹³⁷ Schadensverursachung 70 f bzw Haftpflichtrecht I³ Rz 3/55 ff. Dabei ist freilich zu beachten, dass beide von der Theorie der *conditio sine qua non* und damit davon ausgehen, dass in allen drei Fallgruppen eine Haftung ohne Verursachung in Frage steht.

¹³⁸ So auch *Niederländer*, JZ 1959, 617 (621); *Kramer* in *Fenyves/Weyers* 55 (95). Auch *F. Bydlinski*, der alle drei Konstellationen unter dem Begriff der „*potentiellen Kausalität*“ zusammenfasst, erkennt allerdings einen Unterschied zwischen den Fallgruppen und teilt sie in „*mögliche Kausalität*“ (alternative Kausalität) und „*hypothetische Kausalität*“ (kumulative und überholende Kausalität) ein (Schadensverursachung 70).

¹³⁹ So auch *Mayer-Maly*, JBl 1965, 442 f, der von einem „*strikt normativ gehaltenen Konzept der Kausalität*“ ausgeht und damit diese Fallgruppe „*einfängt*“. Die Kritik *Koziols* an *Mayer-Malys* Ausführungen (Haftpflichtrecht I³ Rz 3/54) überzeugt insofern nicht, als *Koziol* streng an der Theorie von der *conditio sine qua non* festhält, ohne darauf einzugehen, dass diese keineswegs unumstritten ist.

¹⁴⁰ Nach *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 326 liege ein Fall der Unbestimmbarkeit der Anteile vor; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 14/11 löst das Problem mittels Größenschluss aus dieser Regel.

¹⁴¹ Dieses Ergebnis ist übrigens nicht nur für die geltende österreichische Rechtslage unbestritten – siehe zu den Reformentwürfen, die allesamt ebenso die Solidarhaftung kumulativ kausaler Täter vorschlagen, unten Kap D1.3.

¹⁴² So auch noch OGH 7 Ob 513/84.

¹⁴³ *Ecolex* 2006, 278 (280).

dem rechtmäßigen Alternativverhalten: In beiden Fällen wäre der Schaden auch bei rechtmäßigem Handeln des Täters eingetreten. Der Geschädigte würde also von einem Schaden entlastet, den er ohne das Verhalten des Täters jedenfalls selber hätte tragen müssen – er erscheint daher nicht benachteiligt, wenn man ihm keinen Ersatz gewährt. Auch die Argumentation des fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhangs, mit der die Lehre vom rechtmäßigen Alternativverhalten dogmatisch gerechtfertigt wird,¹⁴⁴ kann auf diese Fallgruppe übertragen werden: Es ist nicht der Zweck einer Norm, den Eintritt eines Schadens, den sich der Täter ohnehin selbst zugefügt hätte, zu verhindern – die Norm versagt gleichsam in dem Moment, in dem der Geschädigte selbst sein eigenes Rechtsgut beeinträchtigt. Der Täter kann sich also bei kumulativer Kausalität mit einem dem Geschädigten zuzurechnenden Ereignis durch den Beweis der Kausalität dieses Ereignisses entlasten.

4.4.2 Überholende Kausalität

Die oben referierte Lösung der „Anlagefälle“ durch die hM ist auch nach der hier vertretenen Ansicht nicht zu beanstanden: Der Schädiger war zweifellos kausal für einen Schaden, aber eben nur an einem bereits wertgeminderten Rechtsgut. So wie die allgemeine „Lebensdauer“ in die Schadensberechnung mit einbezogen werden muss,¹⁴⁵ dürfen auch besondere, im konkreten verletzten Rechtsgut liegende Umstände nicht außer Ansatz bleiben.

Wenn *Juen*¹⁴⁶ sich gegen eine undifferenzierte Anwendung dieser Lösung ausspricht, übersieht er, dass in dem von ihm genannten Beispielfall gar kein Problem der überholenden Kausalität¹⁴⁷ vorliegt: Ein Arzt versucht eine Patientin vor der drohenden Erblindung zu retten, der Eingriff misslingt aber und die Patientin erblindet sogleich. Freilich wäre es verfehlt, dem Arzt nur den „Verfrühungsschaden“ aufzuerlegen. Der

¹⁴⁴ Siehe dazu oben Kap B2.5.

¹⁴⁵ Eine Ausnahme stellen die Begräbniskosten dar, die bei Tötung eines Menschen nach § 1327 ABGB zu ersetzen sind (vgl etwa *Reischauer in Rummel*³ § 1327 Rz 7; ausdrücklich: § 12 Abs 1 Z 5 EKHG), da diese wohl jedenfalls angefallen wären. Dies ist aber mE ohne Einfluss auf die anderen Fälle überholender Kausalität (etwas Anderes deutet *Reischauer in Rummel*³ § 1302 Rz 14 an), da die Tötung eines Menschen aufgrund des besonderen Unwerts zu besonderen schadenersatzrechtlichen Problemen führt, die eine Ungleichbehandlung durchaus rechtfertigen können.

¹⁴⁶ *Arzthaftung*² 46.

¹⁴⁷ Auch nicht um jene des rechtmäßigen Alternativverhaltens, wie *Juen* schließlich meint (*Arzthaftung*² 46).

Arzt schuldet nämlich in diesem Fall nicht, den begangenen Fehler nicht zu machen, sondern vielmehr überhaupt die korrekte Durchführung der Heilbehandlung. Rechtswidrig ist also die Vernachlässigung des Gebots, die Patientin nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu behandeln. Richtigerweise muss man daher die Kausalität der Unterlassung prüfen, wobei man – durch das Hinzudenken der geschuldeten Handlung – zu dem eindeutigen Ergebnis kommt, dass der Arzt die Erblindung im juristischen Sinne verursacht hat.

Auch der hM und Rsp, die in jenen Fällen überholender Kausalität, in denen das hypothetisch kausale Ereignis im Zeitpunkt der Schädigung noch nicht als Schadensanlage vorhanden war, dieses Ereignis für unbeachtlich hält, ist mE zuzustimmen. Eine Haftung des „zweiten Täters“ kommt entgegen *Franz Bydlinski* und *Koziol* nicht in Betracht. Wie oben erwähnt, wird gegen seine Haftung vorgebracht, dieser könne in ein nicht mehr bestehendes Rechtsgut nicht mehr eingreifen.¹⁴⁸ Wenngleich *Koziol* völlig zutreffend bemerkt, dass dies nicht die Kausalität, sondern die Frage nach der Rechtswidrigkeit des Verhaltens betrifft, so ist dem entgegenzuhalten, dass sich mE kein Fall finden lässt, in dem die Rechtswidrigkeit des Verhaltens dennoch gegeben wäre.

Aber auch auf der Ebene der Kausalität können die beiden fraglichen Ereignisse nicht als gleichwertig betrachtet werden. Nach der hier vertretenen Ansicht ist der erste Schädiger problemlos real kausal für den Schaden geworden, der zweite hingegen nur mehr hypothetisch.¹⁴⁹ Es liegt mE auf der Hand, dass hier ein großer Qualitätsunterschied besteht.¹⁵⁰ Dies sei an folgendem Beispiel verdeutlicht: Ein Hirsch liegt tot im Wald. Ein Wilderer erkennt nicht, dass das Tier nicht mehr lebt und schießt darauf. Dieser Wilderer ist genauso „hypothetisch“ – also eben gerade nicht – kausal für den Tod des Hirschs, ob dieser nun kurz vorher von einem anderen widerrechtlich getötet wurde, oder ob es sich um ein verendetes Tier handelt.

¹⁴⁸ *Juen*, Arzthaftungsrecht² 43; *Harrer* in *Schwimann*³ § 1302 Rz 36; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1302 Rz 14.

¹⁴⁹ Dieser Unterschied ergibt sich in dieser Deutlichkeit erst, wenn man von der Alleingeltung der Theorie von der *conditio sine qua non* abgeht, da diese, wie erwähnt, schon die erste Ursache nur hypothetisch kausal erscheinen lässt.

¹⁵⁰ Siehe *Reischauer* in *Rummel*³ § 1302 Rz 14; ähnliche Bedenken äußert auch *Kramer* in *Fenyves/Weyers* 55 (95).

Auch *Franz Bydlinskis* Einwand, ein bloß minimaler Zeitunterschied zwischen zwei Ereignissen könne keine unterschiedliche Behandlung im Vergleich zu den Fällen kumulativer Kausalität nicht rechtfertigen, ist mE alleine nicht tragfähig.¹⁵¹ Zuzugeben ist, dass sich die beiden Fallgruppen in manchen Konstellationen sehr ähnlich sind, andererseits könnten zwischen den fraglichen Ereignissen auch Monate oder Jahre vergangen sein. Außerdem ist das Moment der Zeit in vielen Bereichen ein ausschlaggebendes Kriterium. Etwa kann es über die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts entscheiden, ob ein Beteiligter um 23:00 Uhr seines 18. Geburtstages oder um 01:00 Uhr des Folgetages handelt. Ebenso kann sich die gesamte Erbfolge verändern, je nachdem, ob ein potentieller Erbe wenige Minuten vor oder nach dem Erblasser verstirbt. Wo sich eine exakte Grenze ziehen lässt – hier also der Eintritt eines Ereignisses gleichzeitig mit oder nach einem anderen – muss man diese nicht allein deshalb in Frage stellen, weil sich manche Fälle der Grenze nähern.

¹⁵¹ So auch *Reischauer* in *Rummel*³ § 1302 Rz 14.

C Haftung ohne Verursachungsnachweis – „Alternative Kausalität mit dem Zufall“

1 Ausgangssituation

Bei der sog alternativen Kausalität geht es um die Verursachung eines Schadens durch einen Täter, wobei nicht festzustellen ist, welcher von mehreren Tätern, die in Betracht kommen, kausal war. Man denke an das Schulbeispiel der Treibjagd: Zwei Jäger schießen, einer trifft den Treiber, es lässt sich nicht herausfinden, aus wessen Gewehr die Kugel stammt, die den Treiber getroffen hat.¹⁵² Die Problematik der alternativen Kausalität wird oft mit jener der überholenden und jener der kumulativen Kausalität unter dem Begriff der multikausalen Schäden zusammengefasst.¹⁵³ Diese Bezeichnung ist allerdings irreführend, da in dem hier interessierenden Fall der Schaden gerade nicht mehrere Ursachen hat, sondern sich die (einzige) wahre Ursache aus mehreren möglichen nicht feststellen lässt.¹⁵⁴

Beim Sonderfall der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ handelt es sich um jene Fälle, in denen nicht zwei rechtswidrig und schuldhaft handelnde Täter konkret gefährlich handeln, sondern als mögliche alternative Schadensursache ein Ereignis in Frage kommt, das dem Geschädigten zuzuordnen ist. Typischerweise ist diese weitere potentielle Ursache eben ein Zufall (im klassischen Sinne des Wortes).

¹⁵² *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 334.

¹⁵³ Vgl zB *Fenyves/Weyers*, Multikausale Schäden; *Kleewein*, Hypothetische Kausalität 39.

¹⁵⁴ Auch die rechtlichen Probleme – und damit auch die Lösungsansätze – sind bei der überholenden und kumulativen Kausalität ganz anders gelagert: Siehe dazu Kap B4.1 und B4.3. *Rebhahn* (Staatshaftung 591) fasst die Fallgruppen unter dem Begriff der potentiellen Kausalität zusammen und sieht die Gemeinsamkeit darin, dass zwar nicht aus Sicht des Beschuldigten, sehr wohl aber aus Sicht des Geschädigten das Erfordernis der Kausalität erfüllt sei: Betrachte man die Gesamtheit der fraglichen Taten, sei diese *conditio sine qua non* für den Schadenseintritt. Von einem praktischen Standpunkt aus ist diese Beobachtung nicht von der Hand zu weisen, dennoch zeigt sich ein feiner Unterschied der Fälle der alternativen Kausalität zu jenen der kumulativen und der überholenden Kausalität: Der Kausalitätsverlauf ist bei alternativer Kausalität eben unklar, die Einbeziehung der fraglichen Taten in die Kausalitätsprüfung beruht auf anderen Kriterien (Gefährlichkeit, Kausalitätsverdacht). Hier steht eben sogar fest, dass man bei einem höheren Wissensstand eine Tat aus der Prüfung ausscheiden müsste, weil sie gerade nicht kausal war.

Einer Vielzahl der einschlägigen oberstgerichtlichen Entscheidungen liegen Sachverhalte zugrunde, in denen medizinische Kunstfehler eine Rolle spielen¹⁵⁵ – wohl weil in diesen Fällen der Beweis, etwa ob ein Fehler des Arztes oder das allgemeine Operationsrisiko zur Gesundheitsschädigung oder gar zum Tod des Patienten geführt hat, oftmals besonders schwierig zu erbringen ist.

Freilich sind aber auch ganz andere Konstellationen denkbar, etwa, wenn unklar ist, ob eine fahrlässig weggeworfene Zigarette oder ein zufälliger Kurzschluss einen Brand verursacht hat¹⁵⁶ oder wenn ein Wanderer von einem Stein getroffen wird, wobei sich nicht nachweisen lässt, ob es der Stein war, den ein Bergsteiger geworfen hat oder ein zufällig herab fallender.¹⁵⁷

Allerdings ist das Feld der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ weiter, als es der Begriff auf den ersten Blick vermuten lässt.¹⁵⁸ So fällt in diese Kategorie auch jene Fallgruppe, in der einer der potentiellen Schädiger gerechtfertigt oder entschuldigt ist, beispielsweise in dem Fall einer Schlägerei, wenn einige Schläge durch Notwehr gerechtfertigt sind, andere aber eine Notwehrüberschreitung darstellen.¹⁵⁹ Ebenso stellt sich das Problem, wenn einer von mehreren möglichen Tätern aufgrund seines Alters oder Geisteszustandes schuldunfähig ist.

Die Vielzahl der möglichen Konstellationen zeigt, dass die Problematik in der Praxis von großer Bedeutung ist. Die höchstgerichtlichen Entscheidungen zum Problemfeld der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ scheinen im Vergleich dazu relativ selten. Dies lässt sich mE dadurch erklären, dass – wie noch zu zeigen sein wird – eine der größten theoretischen wie praktischen Schwierigkeiten darin liegt, das Phänomen der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ von anderen Rechtsproblemen abzugrenzen.¹⁶⁰ Eine Vielzahl der Fälle wird wohl bereits im Laufe des Verfahrens über

¹⁵⁵ Vgl OGH 7 Ob 648/89 = JBl 1990, 524 (*Holzer*): Zytostatika-Injektion; OGH 6 Ob 604/91 = JBl 1992, 522: Gasbrand; OGH 3 Ob 106/06v = RdM 2007/115 (*Leischner*, tabellarische Übersicht): Grauer Star uvm; eine Darstellung der einschlägigen E findet sich in Kap A.

¹⁵⁶ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 89.

¹⁵⁷ *Reischauer* in *Rummel*² § 1302 Rz 12.

¹⁵⁸ Zum Begriff des Zufalls siehe unten Kap C5.

¹⁵⁹ Vgl OGH 8 Ob 608/92 = EvBl 1994/13.

¹⁶⁰ Siehe dazu Kap C5.

prozessrechtliche Wege gelöst, weshalb sie in der letzten Instanz gar nicht mehr als Fälle der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ erkennbar sind.

2 Die herrschende Lehre

2.1 Alternative Kausalität mehrerer haftungsbegründender Umstände

Die von *Franz Bydlinski* begründete Lehre zur Haftung bei „alternativer Kausalität mit dem Zufall“ stellt eine Weiterentwicklung seiner Theorie zur Haftung bei alternativer Kausalität mehrerer haftungsbegründender Ereignisse dar. Aus diesem Grund sollen hier die Lösungsansätze zu diesem Problemkreis im Überblick dargestellt werden.

Ein rechtsvergleichender Blick auf die mit unserem Haftpflichtrecht durchaus vergleichbaren Schadenersatzsysteme Deutschlands und der Schweiz zeigt, ebenso wie die historische Betrachtung, sehr unterschiedliche Lösungsansätze: Im deutschen Zivilrecht ist die Haftung bei alternativer Kausalität ausdrücklich geregelt. § 830 Abs 1 S 2 BGB¹⁶¹ bestimmt für diesen Fall die Solidarhaftung aller Beteiligten. Im Schweizer Obligationenrecht, dessen Art 50 und 51¹⁶² den §§ 1301 f ABGB ähnlich sind, wurde eine Haftung für alternative Kausalität lange Zeit einhellig abgelehnt.¹⁶³ Diese ablehnende Haltung wird zwar zunehmend kritisiert, die Haftung für alternativ kausale Täter ist aber nach wie vor nicht hM, die Frage bleibt strittig.¹⁶⁴

¹⁶¹ § 830 BGB: (1) ¹Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. ²Das Gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln lässt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat. (2) Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich.

¹⁶² Art 50 OR: (1) Haben mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet, sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, so haften sie dem Geschädigten solidarisch. (2) Ob und in welchem Umfange die Beteiligten Rückgriff gegeneinander nehmen, wird durch richterliches Ermessen bestimmt. (3) [...].

Art 51 OR: (1) Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, sei es aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift dem Verletzten für denselben Schaden, so wird die Bestimmung über den Rückgriff unter Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, entsprechend auf sie angewendet. (2) [...].

¹⁶³ *Kramer in Fenyves/Weyers* 55 (68 f).

¹⁶⁴ *Schwenzer, OR AT*⁴ Rz 21.03.

Die Haftung mehrerer Täter ist im österreichischen ABGB in den §§ 1301 und 1302¹⁶⁵ geregelt. Unterschieden wird nach hL zwischen Mittätern, Teilnehmern und Nebentätern. Bei gemeinschaftlichem Verletzungsvorsatz haften alle Mittäter zu ungeteilter Hand, ebenso wie die sog Teilnehmer, die sich Anstiftung, Beihilfe uÄ zu schulden kommen lassen. Nebentäter, also unabhängig von einander Handelnde, müssen für den von ihnen verursachten Schadensteil einstehen, sofern sich dieser bestimmen lässt. Ist dies nicht der Fall, trifft auch sie eine Solidarhaftung.¹⁶⁶ Die Tatsache, dass sich eine dem § 830 Abs 1 S 2 BGB entsprechende Norm über die alternative Kausalität nicht findet, wurde von Teilen der Lehre¹⁶⁷ als Argument herangezogen, eine Haftung alternativ kausaler Täter abzulehnen. Der OGH löste die „Jagdunfall-Fälle“ in Anlehnung an die Lehre *Nippels*¹⁶⁸, indem er eine einheitliche Handlung der Beteiligten konstruierte, sodass die §§ 1301 f ABGB, die die Haftung von Mittätern, Teilnehmern und Nebentätern regeln, direkt angewendet werden konnten. So entschied er beispielsweise in einem Fall, in dem ein Passant von einem von vier Jägern – von welchem ließ sich nicht feststellen – verletzt worden war, dass das gleichzeitige Schießen von derselben Stelle aus *„eine einheitliche, von allen vier Beklagten zur Erzielung desselben Erfolges gesetzte, gemeinschaftliche Tat“* darstelle.¹⁶⁹ Zeiller wiederum war überhaupt der Ansicht, dass die Bestimmung des § 1302 ABGB auch die Fälle der alternativen Kausalität erfasse.¹⁷⁰ Die historische Interpretation legt also eine Haftung für diese Fälle nahe. Allerdings findet *Zeillers* Ansicht im Wortlaut des Gesetzes keine Deckung: § 1301 ABGB normiert eine Haftung für Personen, die zum

¹⁶⁵ § 1301. Für einen widerrechtlich zugefügten Schaden können mehrere Personen verantwortlich werden, indem sie gemeinschaftlich, unmittelbarer oder mittelbarer Weise, durch Verleiten, Drohen, Befehlen, Helfen, Verhehlen u. dgl.; auch nur durch Unterlassung der besonderen Verbindlichkeit das Übel zu verhindern, dazu beigetragen haben.

§ 1302. In einem solchen Falle verantwortet, wenn die Beschädigung in einem Versehen gegründet ist, und die Anteile sich bestimmen lassen, jeder nur den durch sein Versehen verursachten Schaden. Wenn aber der Schade vorsätzlich zugefügt worden ist; oder, wenn die Anteile der einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen; so haften alle für einen, und einer für alle; doch bleibt demjenigen, welcher den Schaden ersetzt hat, der Rückersatz gegen die Übrigen vorbehalten.

¹⁶⁶ Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass jeder (Neben-)Täter eine *conditio sine qua non* für den gesamten Schadenseintritt gesetzt hat – dann haftet jeder von ihnen jedenfalls auf die gesamte Summe. Vgl nur *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 14/11.

¹⁶⁷ So *Wolff* in *Klang* VI² 56, ihm folgend OGH 4 Ob 320/33 = ZBl 1933/377. Vgl auch *Wolff*, Verbotenes Verhalten 330.

¹⁶⁸ *Nippel*, ABGB VIII/1 114.

¹⁶⁹ OGH Rv VI 308/8 = JBl 1909, 81; Ähnlich die ältere schweizerische Lehre und Rsp, die in Beteiligungsfällen mit dem Kausalitätserfordernis „großzügig“ umgeht (*Kramer* in *Fenyves/Weyers* 55 [63, mwN in Fn 42]).

¹⁷⁰ *Zeiller*, Kommentar III/1 724.

Schaden „beigetragen haben“, § 1302 ABGB spricht von den „Anteilen der Einzelnen an der Beschädigung“. Beide Ausdrücke setzen wohl begrifflich die (erwiesene) Kausalität voraus.

Sowohl die absolute Ablehnung der Haftung von alternativ kausalen Tätern als auch die direkte Anwendung der §§ 1301 f ABGB können aber nunmehr mit der hM als überholt betrachtet werden. *Franz Bydlinski* begründete die nunmehr hL, die die §§ 1301 f ABGB auf die Fälle der alternativen Kausalität analog anwendet.¹⁷¹

Ausgangspunkt ist die in § 1302 ABGB normierte Solidarhaftung für vorsätzliche Schädigung durch Mehrere bzw für den Fall, dass sich die Anteile der einzelnen fahrlässig Handelnden am Schaden nicht bestimmen lassen. Diese Regelung stellt eine Ausnahme vom Grundsatz dar, dass ein Täter nur für den von ihm (erwiesenermaßen) verursachten Schaden zur Haftung herangezogen werden kann. Der vom Geschädigten gemäß § 1302 S 2 ABGB in Anspruch Genommene haftet immer für mehr, als er tatsächlich verursacht hat. Dies wird anhand eines Beispiels deutlich: A und B haben beim Fußballspielen fahrlässig das Feld des Landwirts C niedergetrampelt – jeder der beiden hat mit Sicherheit einen Teil des Schadens verursacht, der genaue Anteil wird sich nicht bestimmen lassen. Wird nun A von C in Anspruch genommen, so muss er diesem gemäß § 1302 S 2 ABGB den Schaden in voller Höhe ersetzen. Diese Haftung lässt sich in drei Teile aufgliedern: (a) A haftet für den Teil des Schadens, den er mit Sicherheit selbst verursacht hat. (b) Da er den gesamten Schaden keinesfalls alleine verursacht hat, muss A auch für einen Schadenteil, den mit Sicherheit nicht er, sondern B verursacht hat, eintreten. (c) Für den restlichen Anteil am Schaden war entweder A oder B kausal, A haftet hier also für einen Schadensteil, den er möglicherweise verursacht hat. Bezüglich des letztgenannten Anteils liegt also eine Haftung für alternative Kausalität vor.

Sobald dies erkannt ist, drängt sich die Frage auf, ob eine so gravierende Unterscheidung – volle Haftung bzw gar keine Haftung – zwischen jenen Fällen, in denen jeder der Beteiligten für einen (auch noch so kleinen) Teil des Schadens

¹⁷¹ Die folgende Darstellung beruht auf dem grundlegenden Aufsatz *F. Bydlinskis*, Haftung für alternative Kausalität, JBl 1959, 1.

erwiesenermaßen kausal war, und jenen, in denen eben auch dieser Minimalanteil an der Beschädigung nicht nachgewiesen werden kann, gerechtfertigt sein kann. *Franz Bydlinski* verneint dies klar: Das Werturteil des Gesetzgebers, dass in Fällen wie dem genannten Beispiel schon die mögliche Kausalität, sofern die anderen Haftungsvoraussetzungen erwiesen sind, einen ausreichenden Haftungsgrund darstellt, müsse auf die Fälle alternativer Kausalität ausgedehnt werden, eine Analogie sei zwingend.¹⁷²

Franz Bydlinski sieht sein Ergebnis durch den damals in Geltung stehenden § 157 Abs 2 2. Fall StG¹⁷³ bestätigt: Hier wurde für alle Beteiligten eine Strafbarkeit nach dem Delikt der schweren Körperverletzung („*Verbrechen der schweren körperlichen Beschädigung*“) normiert, wenn bei einer Schlägerei jemand schwer verletzt wurde und sich nicht feststellen ließ, wer die Verletzung tatsächlich zugefügt hatte. In diesem Fall konnten also mehrere alternativ kausale Täter sogar strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Dies hilft freilich dem Verletzten wenig, wenn er über das Schadenersatzrecht keinen Ausgleich erhalten kann.¹⁷⁴ Eine Analogie zu dieser strafrechtlichen Bestimmung kann für die heutige Rechtslage nicht mehr herangezogen werden, da die Nachfolgebestimmung (§ 91 StGB) ein anderes Konzept für die Haftung der an einer Schlägerei Beteiligten wählt.¹⁷⁵

Nach *Franz Bydlinski* muss zu der bloß möglichen Kausalität für einen Schaden noch ein weiteres Moment hinzutreten, um einen Haftungsgrund annehmen zu können: die konkrete Gefährlichkeit der Handlung. Werde also ein abgestelltes Auto beschädigt und es kämen nur drei Autofahrer in Frage, die in der fraglichen Zeit an dieser Stelle vorbeigefahren sind, so könne man diese noch nicht zur Haftung heranziehen, da sie

¹⁷² *F. Bydlinski*, JBl 1959, 1 (9).

¹⁷³ Das StG wurde mit 1.1.1975 vom StGB abgelöst, der Raufhandel ist nunmehr in § 91 StGB geregelt.

¹⁷⁴ *F. Bydlinski*, JBl 1959, 1 (9).

¹⁷⁵ § 91 StGB idgF normiert ein eigenes (Gefährdungs-)Delikt, das durch die Teilnahme an einer Schlägerei oder einem Angriff Mehrerer verwirklicht wird, sofern die Schlägerei oder der Angriff eine Körperverletzung oder den Tod eines Opfers nach sich zieht. Die Täter haben auch dann für den Erfolg einzustehen, wenn nachweislich jemand anderer den verursachenden Schlag gesetzt hat (*Hauptmann/Jerabek* in WK² § 91 StGB Rz 1). Das StG regelte hingegen in seinem § 157 nur den Fall, dass sich der Urheber der Verletzung nicht ermitteln lässt und normierte eine Haftung nach dem Delikt der Körperverletzung. Diesen Umstand übersieht *F. Bydlinski* (in FS Beitzke 3 [6]) offenbar, wenn er auch mit der Analogie zu § 91 StGB argumentiert.

nicht alle eine konkrete Gefahr für das Rechtsgut des Beschädigten geschaffen hätten.¹⁷⁶ Fraglich bleibt allerdings, wann eine allgemeine Gefahr sich ausreichend konkretisiert, um eine Haftung ohne nachgewiesener Verursachung annehmen zu können. Besonders im Bereich der fahrlässigen Handlung und Schädigung – wie im genannten Beispielfall – ist die Abgrenzung schwierig. *Bodewig*¹⁷⁷ hält es für ausreichend, wenn im oben genannten Beispiel feststünde, dass die Fahrer alle betrunken waren und Schlangenlinie fuhren. ME ist es äußerst fraglich, ob dies genügt, um eine Haftung zu begründen: *Bodewig* stellt hier in Wahrheit nicht auf das Haftungsmerkmal der konkreten Gefährlichkeit ab, sondern ergänzt den von *Franz Bydlinski* angesprochenen Fall nur um die ohnehin zweifellos notwendigen weiteren Haftungsvoraussetzung der Rechtswidrigkeit. Bloß das „Schlangenlinie-Fahren“ könnte man als Konkretisierung der Gefahr ansehen,¹⁷⁸ die Trunkenheit am Steuer allein ist keinesfalls dazu geeignet, eine solche Konkretisierung zu begründen.

Die Elemente Rechtswidrigkeit, Verschulden, potentielle Kausalität und konkrete Gefährlichkeit verdichten sich nach *Franz Bydlinski* zu einem ausreichenden Haftungsgrund, wenn man bedenkt, dass die „Ersatzberechtigung des Verletzten an sich“¹⁷⁹ feststeht. Der Begriff der „Ersatzberechtigung an sich“ stieß auf Kritik: Nach *Reischauer*¹⁸⁰ gebe es keinen Anspruch an sich, ein Anspruch setze notwendigerweise sowohl einen Berechtigten als auch einen Verpflichteten voraus, die Person des Verpflichteten sei aber in der gegenständlichen Konstellation gerade fraglich. Die Diskussion über die Begrifflichkeit¹⁸¹ sollte aber nicht den ganz wesentlichen Kern der Aussage verdecken: In den Fällen der alternativen Kausalität mehrerer haftungsbegründender Ereignisse steht fest, dass dem Geschädigten Ersatz gebühren würde, wenn sich der Kausalzusammenhang aufklären ließe. Diese Beobachtung lässt nicht nur die Ablehnung eines Ersatzanspruches unbillig erscheinen, sondern macht auch deutlich, dass der Geschädigte keinesfalls einen Vorteil aus seinem Schaden ziehen kann. Hierin besteht ein grundlegender Unterschied zu den Fällen der alternativen Kausalität mit dem Zufall, in denen die Möglichkeit besteht, dass der

¹⁷⁶ *F. Bydlinski*, FS Beitzke 3 (24 ff).

¹⁷⁷ AcP 185, 505 (520 ff).

¹⁷⁸ AA *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2¹³ 574 f.

¹⁷⁹ *F. Bydlinski*, FS Beitzke 3 (9).

¹⁸⁰ In *Rummel*² § 1302 Rz 12, einschränkend in *Rummel*³ § 1302 Rz 12.

¹⁸¹ Siehe zur Kritik *Reischauers* auch *Kletečka*, JBl 2009, 137 (139 Fn 23).

Geschädigte Ersatz für einen Schaden erhalte, den er bei Aufklärung der Kausalität selber hätte tragen müssen.

Franz Bydlinski Theorie über der Haftung für alternative Kausalität durch das Zusammenspiel der unterschiedlichen Haftungselemente unter dem Verzicht auf die nachgewiesene Kausalität beruht auf *Wilburgs* „beweglichem System“. ¹⁸² *Wilburg* ¹⁸³ benennt vier Elemente der Schadenshaftung: den Eingriff in ein fremdes Rechtsgut oder die Gefährdung dessen, die Veranlassung des Schadensfalls in der Sphäre des Haftenden, den Vorwurf eines Mangels, der die Sphäre des Haftenden trifft und die wirtschaftliche Kraft des Haftenden. Seine zentrale These besagt, dass nicht alle oder bestimmte dieser Elemente Voraussetzung für eine Schadenersatzpflicht darstellen, sondern diese auch aus beliebigen Verbindungen resultieren könne. ¹⁸⁴ Die einzelnen Haftungsgründe seien auf Seiten des Schädigers wie auf Seiten des Geschädigten nach Ermessen zu beurteilen. Aus dieser Bewertung ergebe sich das Bestehen und – da auch eine Teilhaftung möglich sei – das Ausmaß der Haftung. Ebenso sei eine teilweise Haftung zu erwägen, wenn Zweifel über einzelne Tatbestandsmerkmale beständen. ¹⁸⁵

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass nach hM alternativ kausale, rechtswidrig und schuldhaft handelnde Täter solidarisch haften, sofern ihr Verhalten für den Schadenseintritt konkret gefährlich war, da diese Elemente insgesamt einen ausreichenden Haftungsgrund darstellen. Dem in Anspruch Genommenen steht der Regress gegen den oder die anderen zu. Kann auch er die Kausalität nicht aufklären (indem er etwa sich selbst frei beweist oder die Kausalität des Verhaltens eines anderen nachweist), haften alle Beteiligten nach Gewicht der Zurechnungsmomente – insbesondere des Verschuldens – und in Ermangelung besonderer Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Gewichtung nach Köpfen. ¹⁸⁶

¹⁸² *F. Bydlinski*, JBl 1959, 1 (12) und Schadensverursachung 72.

¹⁸³ *Elemente des Schadensrechts* 28 f.

¹⁸⁴ *Wilburg*, *Elemente des Schadensrechts* 29.

¹⁸⁵ *Wilburg*, *Elemente des Schadensrechts* 73.

¹⁸⁶ *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I³ Rz 14/25; RIS-Justiz RS0017514, zuletzt 10 Ob 137/00w. AA *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht* II¹³ 334: immer nach Köpfen.

2.2 „Alternative Kausalität mit dem Zufall“: Die Teilungstheorie

Betrachtet man die Situation der verschiedenen Varianten alternativer Kausalität von der Seite des Täters, so drängt sich die Frage auf, ob die konkrete Gefährlichkeit auch als Haftungsgrund ausreicht, wenn als alternative Ursache eben kein weiterer Täter sondern ein Umstand, der dem Geschädigten zuzurechnen ist, in Frage kommt. Dieser Gedanke wurde erstmals bereits 1941 von *Wilburg*¹⁸⁷ geäußert, aber erst fast zwanzig Jahre später von *Franz Bydlinski* wieder aufgegriffen, der allerdings zu diesem Zeitpunkt noch an einer möglichen Analogie zweifelte.¹⁸⁸

Fest steht, dass die Position des Täters und die ihn treffenden möglichen Haftungsgründe in beiden Konstellationen – ob nun auch ein anderer Täter oder ein Zufall den Schaden herbeiführen hätte können – dieselben sind. Der Unterschied ergibt sich, wie erwähnt, erst bei der Betrachtung vom Standpunkt des Opfers aus. Der Umstand, dass der Geschädigte, ließe sich der Kausalzusammenhang klären, den Schaden möglicherweise selbst zu tragen hätte, fällt allerdings schwer gegen eine (volle) Ersatzpflicht des alternativ kausalen Täters ins Gewicht. Aus der Abwägung dieser beiden Betrachtungsweisen entwickelte *Franz Bydlinski* die Theorie der Anteilshaftung des alternativ kausalen Täters. Er legte den Grundstein für seine Lehrmeinung in den 1960er-Jahren mit seinem Werk „*Probleme der Schadensverursachung*“. In weiterer Folge widmete er ihr mehrere Arbeiten¹⁸⁹ und fand in *Koziol* einen weiteren Vertreter seiner Theorie,¹⁹⁰ die im Folgenden in Anlehnung an *Kletečka*¹⁹¹ als „Teilungstheorie“ bezeichnet werden soll.

Eine der zentralen Aussagen *Franz Bydlinskis* ist, dass es nicht angehe, eher den schuldlosen Geschädigten als den schuldigen Täter mit dem (schwierigen) Nachweis der Kausalität zu belasten. Eine solche Bevorzugung des Täters widerspreche den

¹⁸⁷ *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts 74: „Eine Haftung kommt nicht minder dann in Frage, wenn die Handlung eines Täters mit zufälligen Ereignissen sich trifft und Zweifel darüber bestehen, was von beidem Ursache des eingetretenen Schadens ist.“

¹⁸⁸ *F. Bydlinski*, JBl 1959, 1 (13). Auch in AcP 158, 410 (427) vertritt *F. Bydlinski* die Haftung nach Verursachungswahrscheinlichkeit noch de lege ferenda, ebenso *Gernhuber*, JZ 1961 148 (150).

¹⁸⁹ *F. Bydlinski*, FS Beitzke 3 und FS Frotz 3.

¹⁹⁰ Die Theorie *F. Bydlinskis* fand auch uneingeschränkte Zustimmung durch *Juen* (Arzthaftungsrecht² 33).

¹⁹¹ JBl 2009, 137 (138).

Prinzipien des österreichischen Schadenersatzrechts,¹⁹² insbesondere dem Präventionsprinzip. Die Haftungsfreiheit des Täters würde nämlich in letzter Konsequenz dazu führen, dass beispielsweise während eines Steinschlags jedermann Steine werfen könnte, ohne von Ersatzforderungen bedroht zu sein, da man die Kausalität eines einzelnen geworfenen Steins nie nachweisen könnte. Der Gedanke des Rechtsgüterschutzes würde unterlaufen.¹⁹³ Ein weiteres Prinzip spreche gegen die Haftungsfreiheit: Der Hintergrund der Verschuldenshaftung sei der Gedanke der Verantwortlichkeit für den eigenen Willensfehler. Im gegenständlichen Fall könnte eben das Risiko wegen der Unaufklärbarkeit der Verursachung auf den Geschädigten abgewälzt werden, wenn man eine Haftung ohne Kausalitätsnachweis ablehnt.¹⁹⁴

Diese Erkenntnis legt auf den ersten Blick eine Beweislastumkehr nahe, die Vertreter der Teilungstheorie lehnen aber eine Lösung auf der Ebene des Beweisrechts ab.¹⁹⁵ Eine solche Lösung hätte den entscheidenden Nachteil, dass sie immer nur zu einer vollen oder zu gar keiner Haftung führen könne („*Alles-oder-nichts-Tendenz*“).¹⁹⁶

Zunächst dachte *Franz Bydlinski* nur an eine Lösung *de lege ferenda*,¹⁹⁷ schon bald entwickelte er seine Theorie zur Haftung im „klassischen“ Fall alternativer Kausalität „*in legitimer Fortbildung des geltenden materiellen Rechts*“¹⁹⁸ dahingehend weiter, dass er aus den §§ 1301 ff ABGB den Haftungsgrund für bloß mögliche Kausalität des für den Schadenseintritt konkret gefährlich Handelnden als allgemeine Regel ableitete: Wie bereits obenausgeführt,¹⁹⁹ kann die hier für bestimmte Fälle der Schädigermehrheit normierte Solidarhaftung dazu führen, dass der einzelne Schädiger für Schadensteile haftet, die er gar nicht oder nicht nachweislich verursacht hat.²⁰⁰ Zweifellos geht der

¹⁹² Vgl dazu Kap C3.

¹⁹³ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 80 f und 87.

¹⁹⁴ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 81.

¹⁹⁵ Siehe zu dieser Diskussion Kap C6.2.2.

¹⁹⁶ *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (5).

¹⁹⁷ *F. Bydlinski*, JBl 1959, 1 (13).

¹⁹⁸ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 89.

¹⁹⁹ Siehe Kap C2.1.

²⁰⁰ Im deutschen Recht findet sich in § 830 Abs 1 S 2 BGB, der die Haftung alternativ kausaler Täter normiert, eine Norm, die den Kausalitätsverdacht allein als Zurechnungselement genügen lässt (*F. Bydlinski*, AcP 158, 410 [416]), während der Gesetzestext des ABGB zumindest die nachgewiesene Kausalität für einen Schadensteil voraussetzt.

Gesetzgeber hier von dem strengen Verursachungsprinzip in dem Sinne, dass nur erwiesene Kausalität zu einer Haftung führen kann, ab.²⁰¹

Auf Grundlage des Haftungselements der möglichen Kausalität müssten nun die anderen Haftungsgründe, die dem Täter zu Last zu legen sind, in eine Gesamtbetrachtung einbezogen werden.²⁰² Diese Gesamtbetrachtung schlage dann für eine Haftung des Täters aus, wenn *„der Grad des Verschuldens und die Wahrscheinlichkeit der Verursachung zusammen den in Anspruch Genommenen so stark belasten, daß es schlechthin ungerecht erscheint, ihn frei [...] zu lassen.“*²⁰³

Nicht akzeptabel sei aber, wie erwähnt, eine volle Haftung des alternativ kausalen Täters. Vielmehr habe dieser unter Heranziehung des Rechtsgedanken des § 1304 ABGB, der die Schadensteilung beim Mitverschulden des Geschädigten regelt, jenen Schadensteil zu tragen, der jener Wahrscheinlichkeit entspricht, mit der er den Schaden verursacht hat.²⁰⁴ Ist also die Verursachung durch einen vom Geschädigten zu tragenden Zufall genauso wahrscheinlich wie jene durch einen rechtswidrig und schuldhaft handelnden Täter, so haftet der Täter dem Geschädigten für die Hälfte des Schadens.

Selbst *Franz Bydlinski* räumt ein, dass die Teilungstheorie an der *„Grenze legitimer systematischer Rechtsfortbildung“* angesiedelt sei und sowohl über den Wortlaut als auch über die Grundwertung des Gesetzes hinausgehe.²⁰⁵ Allerdings sei diese Rechtsfortbildung im konkreten Fall angebracht, da sich bezüglich der historischen Wertung, dem Geschädigten den komplexen Kausalitätsbeweis vollständig aufzubürden, ein Funktionswandel vollzogen habe.²⁰⁶

²⁰¹ Im Unterschied zu den Fällen der kumulativen und der überholenden Kausalität spielt hier übrigens die Definition des Verursachungsbegriffes keine Rolle. Sieht man die Theorie der *conditio sine qua non* als einzige zulässige Verursachungstheorie an, muss man, wie in Kap B1 erörtert, auch andere Ausnahmen vom Verursachungsprinzip anerkennen. Selbst wenn man aber von einem weiteren Kausalitätsbegriff ausgeht, lassen sich die genannten Fälle des § 1302 ABGB nicht unter die Kategorie „verursachter Schaden“ einordnen.

²⁰² *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 89.

²⁰³ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 90.

²⁰⁴ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 87 und AcP 158, 410 (427).

²⁰⁵ *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (4).

²⁰⁶ *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (5). Zur Methode des Funktionswandels und zur Zulässigkeit der Anwendung in der gegenständlichen Fallkonstellation siehe Kap C4.3 und C4.4.

Aufgrund der relativ weiten Entfernung vom gesetzlich geregelten Grundfall des § 1302 ABGB dürfe man allerdings die Haftung des Täters bei Kausalitätskonkurrenz mit dem Zufall nicht zu rigoros handhaben. Zwei Einschränkungen der Haftung seien zu erwägen: Zum einen müsse der Täter durch einen erheblichen Kausalitätsverdacht belastet sein. Nach *Koziol* müsse die Wahrscheinlichkeit der Verursachung so hoch sein, dass diese „auf Grund des räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs und der hohen Eignung zur Schadensherbeiführung bei isolierter Einzelbetrachtung“ als erwiesen angenommen werden müsste und „nur wegen der ungefähr gleichermaßen wahrscheinlichen Verursachung durch ein Zufallsereignis [...] zweifelhaft erscheint.“²⁰⁷ Im Einzelnen werden zum Kriterium des erheblichen Kausalitätsverdachts verschiedene Meinungen vertreten: *Rebhahn*²⁰⁸ etwa spricht von einem notwendigen Überzeugungsgrad von 0,4 bzw 0,5, je nachdem, ob der „Zufall“ ein Verhalten eines Dritten oder ein sonstiges zufälliges Ereignis war, da ersteres vom Geschädigten weniger stark zu vertreten sei.

Des Weiteren sei eine Beschränkung auf die Fälle groben Verschuldens (Vorsatz, grobe Fahrlässigkeit) in Betracht zu ziehen. Diese beiden Elemente könnten den Mangel der nachgewiesenen Verursachung ausgleichen, sodass insgesamt trotzdem ein gewichtiger Haftungsgrund vorliege.²⁰⁹

Nach der Teilungstheorie kommt man also zu dem Ergebnis, dass im Falle der alternativen Kausalitätskonkurrenz zwischen Haftungsgrund und dem Zufall der potentiell kausale Täter für den Teil des Schadens haftet, der der Wahrscheinlichkeit seiner Verursachung entspricht, sofern diese Wahrscheinlichkeit erheblich ist und der Täter rechtswidrig und grob schuldhaft gehandelt hat.

2.3 Übernahme der Teilungstheorie durch die Rechtsprechung²¹⁰

Der OGH hat sich in einigen E ausdrücklich *Franz Bydlinski* und *Koziol* angeschlossen. Zum ersten Mal erwägt er eine Anwendung der Teilungstheorie auf die Fälle

²⁰⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/38.

²⁰⁸ Staatshaftung 618.

²⁰⁹ *F. Bydlinski*, FS Beitzke 3 (33 f) und FS Frotz 3 (6), ihm folgend *Rebhahn*, Staatshaftung 617.

²¹⁰ Eine Darstellung der einschlägigen E findet sich in Kap A.

„alternativer Kausalität mit dem Zufall“ in der E 2 Ob 544/85²¹¹: Bei der Klägerin wurde im Krankenhaus nach einem Autounfall, bei dem sie mehrere Knochenbrüche erlitt, die übliche und notwendige Schockbehandlung unterlassen. Nach einer Oberschenkeloperation zeigte sie eine Abwehrschwäche, die zu Entzündungen und der Notwendigkeit weiterer Operationen führte. Die Abwehrschwäche könnte durch das Unterlassen der Schockbehandlung hervorgerufen worden sein, ebenso wahrscheinlich war allerdings ein schicksalhafter Eintritt durch das allgemeine Operationsrisiko. In dieser E schildert der OGH eingehend die Teilungstheorie, lässt aber noch offen, ob er sich ihr anschließt: Im konkreten Fall mangle es an einem groben Verschulden des Arztes, die vom Berufungsgericht vertretene Haftung gehe über die Ansicht *Franz Bydlinskis* und *Koziols* hinaus und sei daher „jedenfalls abzulehnen“.

Vier Jahre später nimmt der OGH erstmals eine Schadensteilung nach *Franz Bydlinski/Koziol* vor:²¹² Einem Kleinkind, das an Leukämie erkrankt war, wurden Zytostatika injiziert. Der behandelnde Arzt erkannte das Auftreten von Komplikationen nicht und unterließ daher die in solchen Fällen unverzüglich notwendige Behandlung. Bei dem Mädchen traten infolgedessen schwere Gewebsschädigungen auf. Der OGH sprach aus, dass wegen „alternativer Kausalität mit dem Zufall“ eine Schadensteilung vorzunehmen wäre, diese mangels näherer Bestimmbarkeit der Verursachungswahrscheinlichkeit im Verhältnis 50:50.

Die Teilungstheorie gilt mittlerweile als stRsp, sie wird bis heute in zwölf oberstgerichtlichen E²¹³ thematisiert. Auffallend ist allerdings, dass die Rsp im Detail keineswegs so einheitlich ist, wie man auf den ersten Blick vermuten würde. Eines der Probleme liegt bereits in der Qualifikation des konkreten Falles als Anwendungsfall der Teilungstheorie. So wurde beispielsweise die E zur Zytostatika-Injektion mit dem Argument kritisiert, es liege in Wahrheit kein „Zufall“ in dem hier relevanten Sinne vor.²¹⁴ Die Tatsache, dass auch der OGH Schwierigkeiten mit der Abgrenzung zu

²¹¹ = JBl 1986, 576 (*Deutsch*), detaillierte Darstellung und Kritik siehe Kap E1.1.

²¹² 7 Ob 648/89 = JBl 1990, 524 (krit *Holzer*), detaillierte Darstellung und Kritik siehe Kap E1.2.

²¹³ Vgl die Übersicht in Kap A.

²¹⁴ *Holzer*, JBl 1990, 526 f (Glosse zu 7 Ob 648/89).

anderen rechtlichen Phänomenen hat, kann als weiteres Indiz dafür dienen, dass die Teilungstheorie hier eine Schwachstelle aufweist.²¹⁵

Darüber hinaus setzt sich der OGH kaum mit den vorgeschlagenen Einschränkungen der Haftung auseinander. Verneint er noch in der ersten E²¹⁶ eine Haftung „jedenfalls“ deswegen, weil keine grobe Fahrlässigkeit behauptet wurde, wird das Kriterium des groben Verschuldens in keiner anderen E ausdrücklich erwähnt. Auch der Terminus „erheblicher Kausalitätsverdacht“ kommt in den oberstgerichtlichen E kaum vor,²¹⁷ im Ergebnis wurde allerdings nur in Fällen eine Haftung in Betracht gezogen, in denen die Verursachung durch den Täter zumindest gleich wahrscheinlich war wie jene durch das zufällige Ereignis.

Obwohl die Teilungstheorie also von der Rsp im Wesentlichen übernommen wurde, bleiben Detailfragen unklar. In der Lehre ist sie insgesamt nach wie vor sehr umstritten. Im Folgenden sollen daher die einzelnen Elemente der Teilungstheorie und die Argumente, mit denen sie begründet wird, eingehend beleuchtet werden.

3 Prinzipien des Schadenersatzrechts

Um eine Haftung für „alternative Kausalität mit dem Zufall“ zu rechtfertigen, werden – ebenso wie für die Gegenansicht – immer wieder „Prinzipien des Schadenersatzrechtes“, wie zB der Präventionsgedanke oder die sog Gewinnabwehr, bemüht. Der OGH führt in einer E²¹⁸ aus, dass die „*Extremlösungen*“, zu welchen die Lösung des Problems über die Beweisebene führen, den „*tragenden Grundsätzen des österreichischen Schadenersatzrechts*“ widersprechen, diese durch die Teilungstheorie hingegen gewahrt werden könnten. Allerdings versäumt der OGH anzugeben, welche Grundsätze es überhaupt sind, die unser Schadenersatzrecht tragen. Es soll daher an

²¹⁵ Siehe dazu Kap C5.

²¹⁶ 2 Ob 544/85 = JBl 1986, 576 (*Deutsch*).

²¹⁷ Nur die E zur Risikoschwangerschaft 4 Ob 75/08w = Zak 2008/541 (*Kletečka*) gibt die Teilungstheorie in diesem Wortlaut wieder, es handelt sich aber um ein bloßes obiter dictum. In 9 Ob 13/07p (Notwehr II) führt der OGH aus, dass die Teilungstheorie nur anzuwenden sei, „*wenn beide [gemeint wohl: mögliche] Schadensursachen mit gleich hoher Wahrscheinlichkeit zur selbstständigen Schadensherbeiführung geeignete Ursachen waren*“. Dies ist wohl auch so zu verstehen, dass der Haftungsgrund mindestens gleich wahrscheinlich kausal war.

²¹⁸ 4 Ob 554/95 (Asphyxie) = JBl 1996, 181, siehe unten Kap E1.7.

dieser Stelle kurz untersucht werden, welche Grundsätze als allgemein anerkannte Prinzipien des österreichischen Schadenersatzrechts gelten können und wie sie sich auf den zu untersuchenden Fall der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ auswirken.

Als Grundwertung ist zunächst festzustellen, dass die schadenersatzrechtlichen Regelungen, im Gegensatz zum Strafrecht,²¹⁹ immer beim Schaden, also dem Erfolg ansetzen und nicht bei der Handlung selbst. Es steht also der Schaden, nicht das verpönte Verhalten im Vordergrund. Als deutlichste Ausprägung dieser Wertung sei die ausnahmslose Unbeachtlichkeit des Versuches genannt: Auch der Täter, der in Mordabsicht aus dem Hinterhalt mehrmals auf einen Menschen schießt, kann zivilrechtlich nicht belangt werden, solange er nicht trifft.

3.1 Ausgleich und Gewinnabwehr

Wie die Bezeichnung „Schadenersatzrecht“ nahe legt, ist dessen vorrangiger Zweck, dem Geschädigten Ersatz, also einen Ausgleich für den erlittenen Nachteil zu gewähren.²²⁰ Nach ganz hM steht die Ausgleichsfunktion hinter jeder Art von Schadenersatz, unabhängig davon, ob es um den Bereich der Verschuldens- oder der Gefährdungshaftung geht oder ob ein materieller oder ein immaterieller Schaden ersetzt werden soll.²²¹

In diesem Zusammenhang wird oft der sog Rechtsfortsetzungsgedanke genannt, dem die Vorstellung zugrunde liegt, dass das (vom Schädiger verletzte) Recht nicht untergehe, sondern sich eben in einen Schadenersatzanspruch „verwandle“. Dieser Gedanke erweist sich aber eher als bloßer Teilaspekt des Ausgleichsprinzips, da der Ausgleich auch den Ersatz von Folgeschäden umfasst, der sich schwer als Ersatz des beschädigten Rechts im engeren Sinne erfassen lässt.²²²

²¹⁹ Kienapfel/Höpfel, Strafrecht¹² Z4 Rz 23 ff; Fuchs, Strafrecht⁷ 8. Kap Rz 13 ff.

²²⁰ ZB F. Bydlinski, System und Prinzipien 187 (beachte auch Fn 188); Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/13; Harrer in Schwimann³ Vor §§ 1293 Rz 4; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 301. Auch im deutschen Recht wird die Ausgleichsfunktion einhellig als wichtigster Zweck des Haftpflichtrechts angenommen: Siehe nur Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2¹³ 345. Krit Wagner in Münchener Kommentar⁵ Vor §§ 823-853 BGB Rz 38 und Rebhahn, Staatshaftung 120. Zur Diskussion Kletečka, ÖJZ 2008, 785 (786 f).

²²¹ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/13 ff mwN.

²²² Larenz, AT¹⁴ 425.

Nimmt man den Ausgleichsgedanken als vorrangiges Prinzip des Schadenersatzrechts an, so ist damit auch klar, dass der Geschädigte nicht mehr und nicht weniger erhalten soll, als ihm an Vermögenseinbuße entstanden ist.²²³ Das Prinzip, dass dem Ersatzberechtigten aus dem Schadensfall kein Vorteil entstehen soll, wird als „Gewinnabwehr“ bezeichnet. Es korrespondiert mit dem Ansatz des § 1311 ABGB, dass jemand, der einen Schaden erleidet, diesen grundsätzlich selbst zu tragen hat.²²⁴

Die grundsätzliche Geltung des Prinzips der Gewinnabwehr ergibt sich schon aus dem in § 1323 ABGB statuierten Vorrang der Naturalrestitution. Der Geschädigte ist nach Vorstellung des Gesetzgebers idealerweise in natura so zu stellen, wie er ohne den Eintritt des schädigenden Ereignisses gestanden wäre. Der enge Zusammenhang von Ausgleichsfunktion und Naturalrestitution wird immer wieder hervorgehoben.²²⁵

Es drängt sich sofort der Einwand auf, dass sich das Prinzip der Naturalrestitution in der Praxis gerade nicht durchgesetzt habe. Es liegt auf der Hand, dass der Geldersatz in den meisten Fällen für den Geschädigten angenehmer und praktischer ist. Obwohl nach dem Gesetzeswortlaut ein Geldersatz nur dann gefordert werden kann, wenn die Zurückversetzung in den vorigen Stand nicht „tunlich“ ist, geht die hA²²⁶ von einem Wahlrecht des Geschädigten zwischen den beiden Ersatzarten aus. Während der OGH²²⁷ im Jahr 1917 die Rückversetzung in den vorigen Stand noch als den „*obersten Grundsatz des Schadenersatzrechts*“ schützt, nimmt die neuere Rsp²²⁸ Untunlichkeit schon dann an, wenn der Geschädigte die Naturalherstellung nicht wünscht. Trotz der mittlerweile geringen Relevanz der Naturalrestitution in der Praxis ist die Intention des Gesetzgebers klar: Die Rechtssphäre des Geschädigten soll sich nach geleistetem Schadenersatz gleich darstellen wie vor dem Eintritt des haftungsbegründenden

²²³ Kleewein, Hypothetische Kausalität 13; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 10/33. Vgl auch den europäischen Ansatz im Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens, dessen Schadenersatzregeln das Prinzip der Gewinnabwehr ebenfalls zu Grunde gelegt wurde („*neither does it aspire to enrich the injured party*“, Bar/Clive/Schulte-Nötke, DCFR 80 f).

²²⁴ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/1.

²²⁵ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 321; Reischauer in Rummel³ § 1323 Rz 1; OGH 1 Ob 620/94 = SZ 68/101.

²²⁶ Harrer in Schwimann³ § 1323 Rz 11; Reischauer in Rummel³ § 1323 Rz 7; aA Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 322.

²²⁷ OGH Rv I 501/17 = JBl 1919, 140.

²²⁸ ZB OGH 4 Ob 118/01h = JBl 2002, 112.

Ereignisses. Daran sollte grundsätzlich auch die „Ausweichmöglichkeit“ auf den Ersatz in Geld nichts ändern.

Im Bereich der Schadensberechnung wird die Gewinnabwehr weithin als gültig anerkannt. Ist das haftbarmachende Ereignis nicht nur für Schäden, sondern auch für Vorteile des Geschädigten – zB den Erhalt von Krankengeld – kausal, wird dieser Umstand nach der Theorie der Vorteilsausgleichung berücksichtigt. Ebenso muss der Geschädigte eine etwaige Bereicherung herausgeben, die sich aus der Problematik „neu für alt“ ergibt. Für diese Fälle wird immer wieder betont, dass der Geschädigte aus einem Schadensereignis nicht in irgendeiner Form bereichert werden soll.²²⁹

Das Prinzip der Gewinnabwehr ist im hier untersuchten Zusammenhang insofern von großer Bedeutung, da gerade in diesem Bereich ein grundsätzlicher Unterschied zwischen den Fällen der alternativen Kausalität mehrerer rechtswidrig und schuldhaft handelnder Täter und jenen der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ liegt: Nur in der zweiten Fallgruppe besteht die Möglichkeit, dass der Geschädigte mehr ersetzt bekommt, als ihm bei vollständiger Aufklärung des Kausalzusammenhanges zustünde. Nähme man die Wiedergutmachung als einziges Motiv des Schadenersatzrechts an, so wäre eine Abweichung vom strengen Verursachungsprinzip in Richtung Haftung für bloß mögliche Kausalität logischerweise in diesen Fällen nicht möglich.²³⁰

3.2 Präventionsprinzip

Die Prävention wird meist als zweites Prinzip nach der Ausgleichsfunktion genannt.²³¹ *Gschnitzer*²³² sieht die Ersatzpflicht überhaupt vorrangig durch den Gedanken der Schadensverhütung begründet. Andererseits wird gelegentlich, va in der deutschen Lehre, die Schadensvermeidung auch nur als Nebenzweck²³³ des Schadenersatzrechts angesehen, der allerdings als solcher keine normative Kraft entfaltet, also zur Auslegung der Rechtsnormen gar nicht heran gezogen werden kann. Weder die eine

²²⁹ ZB *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 10/59; *Apathy/Riedler*, Schuldrecht³ Rz 13/56.

²³⁰ In diesem Sinne argumentiert *Brehm*, JZ 1980, 585 (589), der die Wiedergutmachung uneingeschränkt als oberste Begrenzung des Ersatzanspruches postuliert.

²³¹ Vgl zB *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/15; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 301.

²³² Schuldrecht BT² 148; so auch aus ökonomischen Erwägungen unter Einbeziehung der Problematik der Versicherung *Wagner* in Münchener Kommentar⁵ Vor §§ 823-853 BGB Rz 41.

²³³ *Larenz*, AT I¹⁴ 423 f; ähnlich *Widmer* in *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf 127 (129).

noch die andere Meinung kann einer näheren Überprüfung vollkommen standhalten. Dass das Haftpflichtrecht vorrangig dem Ausgleich dient, ist, wie oben gesagt, mittlerweile hL.²³⁴

Die Ansicht, die die Prävention als bloßen Nebeneffekt betrachtet, erweist sich insbesondere im Zusammenhang mit ökonomischen Überlegungen als problematisch: Ist ein Schaden real eingetreten, so kann er zwar beim Geschädigten „ausgeglichen“, niemals aber aus der Welt geschafft werden. Jede Schadenersatzleistung ist daher letztlich bloß eine Schadensverlagerung.²³⁵ Aus ökonomischer Sicht muss daher der vorrangige Zweck eines Rechtssystems sein, Schäden von vornherein zu verhindern. Diese beabsichtigte Wirkung von Rechtsnormen wird mit dem Begriff des Präventionsprinzips angesprochen.

Freilich ist nicht gesagt, dass im System der Rechtsordnung gerade dem Haftpflichtrecht die Aufgabe der Schadensverhütung zukommen muss. Einen großen Teil der Schadenspräventionswirkung übernehmen sicherlich das Strafrecht und das Verwaltungsrecht. Dies erklärt sich schon daraus, dass unser Zivilrecht von einer individuellen Betrachtungsweise des Verhältnisses zwischen Schädiger und Geschädigtem ausgeht und daher global-ökonomischen Überlegungen nur begrenzt zugänglich ist.²³⁶ Dennoch ist das Präventionsprinzip unbestrittenermaßen auch im Schadenersatzrecht von Bedeutung, insbesondere im Bereich der Fahrlässigkeit, da diese im Strafrecht nur ausnahmsweise zu einer Verantwortlichkeit führt.²³⁷ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das Präventionsprinzip in den einzelnen Rechtsgebieten mitunter nicht exakt dieselben Ziele verfolgt: Während etwa im Strafrecht unter den Stichworten „Spezial-“ und „Generalprävention“ vordergründig

²³⁴ ZB *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 187, beachte auch Fn 188; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/13; *Harrer in Schwimann*³ Vor §§ 1293 Rz 4; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 301.

²³⁵ *Gschnitzer*, Schuldrecht BT² 143; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/2; *Kletečka*, ÖJZ 2008, 785 (788).

²³⁶ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 190 Fn 190.

²³⁷ § 7 StGB: (1) Wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist nur vorsätzliches Handeln strafbar. (2) [...].

von der Verhinderung strafbarer Handlungen die Rede ist,²³⁸ geht es im Schadenersatzrecht in erster Linie (nur) um die Vermeidung eines Schadens.²³⁹

Ganz allgemein hat das Schadenersatzrecht, wie erwähnt, als Ausgangspunkt immer den entstandenen Schaden, während das Strafrecht eher den Unwert der Handlung in den Vordergrund rückt (sog personale Unrechtslehre²⁴⁰). Schon das Kriterium des Schadens führt mE unweigerlich zu einem Vorrang der Ausgleichsfunktion gegenüber der Prävention. Tatsächlich zeigen einige Fallkonstellationen, dass das Schadenersatzrecht nicht unbedingt dazu geeignet ist, rechtswidriges Verhalten zu verhindern – als Beispiel kann hier der „angefahrene Dackel“ dienen: Gemäß § 1332a ABGB hat jemand, der aus der Verletzung eines Tieres schadenersatzpflichtig wird, auch jene vernünftigerweise aufgewendeten Behandlungskosten – und zwar unabhängig vom Erfolg der Maßnahmen – zu bezahlen, die über den Wert des Tieres hinaus gehen, während er bei Tötung des Tieres nur dessen Wert zu ersetzen hat. Der Schädiger steigt schadenersatzrechtlich also idR selbst dann besser aus, wenn er den Dackel mit Tötungsabsicht überfährt, als wenn es bei einem leicht fahrlässigen Unfall mit Verletzungsfolge bleibt. Es liegt auf der Hand, dass dieses Ergebnis mit dem Präventionsgedanken nicht in Einklang zu bringen ist. Etwas abgeschwächt werden diese Extremfälle durch § 1331 ABGB, der bei besonders qualifiziertem Verschulden (Mutwillen, Schadenfreude) sowie bei strafbaren Handlungen²⁴¹ den zu ersetzenden Schaden um den Wert der besonderen Vorliebe ausdehnt. Außerdem könnte man argumentieren, dass bei Einführung des § 1332a die Präventionswirkung bewusst zugunsten anderer Ziele außer Acht gelassen wurde und es sich um eine Ausnahme handelt. Tatsächlich führt die Voraussetzung des zivilrechtlich bewertbaren Schadens aber in jedem Fall dazu, dass die Rechtsfolge mit dem moralischen Unwert und oft auch mit der Entstehung nicht ersatzfähiger Schäden – etwa aufgewendete Zeit ohne Einkommensverlust, Ärger oder andere psychische Beeinträchtigungen unter der Schwelle zur Krankheit – in keinem Zusammenhang steht. Es ist also zu bedenken, dass die Präventionswirkung im Schadenersatzrecht nie

²³⁸ Die Vermeidung strafbarer Handlungen trägt logischerweise zur Schadensvermeidung bei, geht aber darüber hinaus.

²³⁹ Vgl beispielsweise *Gschnitzer*, Schuldrecht BT und Schadenersatz 148: „Schadensverhütung“; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 190: „Schadensprävention“; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/15: „Schädigungen zu vermeiden“, „Schadensverhütung“.

²⁴⁰ *Kienapfel/Höpfel*, Strafrecht¹² Z4 Rz 23 ff; *Fuchs*, Strafrecht⁷ 8. Kap Rz 13 ff.

²⁴¹ In Frage kommt insbesondere die vorsätzliche Sachbeschädigung (§ 125 StGB).

umfassend im Sinne einer Verhütung rechtswidrigen Verhaltens sein kann, da sich die „Sanktion“ immer nur nach dem Schadenseintritt bemisst. Überdies setzt eine präventive Wirkung voraus, dass sich der Täter der zivilrechtlichen Folgen, die sein Verhalten nach sich ziehen kann, bewusst ist. Gerade die speziellen Voraussetzungen des Ersatzes des Affektionsinteresses nach § 1331 ABGB sind ein gutes Beispiel dafür, dass der Normunterworfenen idR nur eine vage Idee haben wird, welche schadenersatzrechtlichen Folgen sein Handeln haben kann.

Als faktische Einschränkung der Präventionswirkung ist an dieser Stelle noch die Versicherbarkeit zu erwähnen. Besonders deutlich zeigt sich dies bei den Pflicht-Haftpflichtversicherungen:²⁴² ZB muss gemäß § 59 KFG jedes zum Verkehr zugelassene Kfz versichert sein.²⁴³ Dies führt idR dazu, dass ein Lenker, der einen Schaden verursacht, die finanzielle Belastung gar nicht – oder nur sehr abgeschwächt durch die Erhöhung der Versicherungsprämien – zu spüren bekommt. Die Präventionswirkung ist also durch den Mangel der unmittelbaren erheblichen Auswirkung auf den Schädiger für einen ganzen Lebensbereich durch gesetzliche Regelung stark abgeschwächt. Das Ausgleichsprinzip hingegen bleibt von einer Versicherung freilich unberührt, der Geschädigte behält ja den vollen Ersatzanspruch (der praktisch aufgrund des geringeren Insolvenzrisikos sogar „mehr Wert“ ist).

3.3 Sanktionsprinzip

Im Bereich der Verschuldenshaftung – aber wohl nur dort – kann auch das Bedürfnis nach der Sanktionierung eines missbilligten Verhaltens eine Rolle spielen. Als Ausdruck des Sanktionsprinzips wird insbesondere § 1324 ABGB verstanden,²⁴⁴ der bei schwerem Verschulden (Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit) die Leistung der „vollen Genugtuung“, also auch den Ersatz des entgangenen Gewinns, anordnet, während bei leichter Fahrlässigkeit bloß der positive Schaden zu ersetzen ist. Die Abstufung der Höhe des Ersatzes nach Verschuldensgrad wird daher auch als systemwidrig kritisiert.

²⁴² ZB Larenz, AT¹⁴ 423.

²⁴³ Die Ausgestaltung der vorgeschriebenen Versicherung ist im Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungsgesetz (KHVG) 1994 geregelt.

²⁴⁴ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/16.

Wolff²⁴⁵ spricht beispielsweise von einer „Vermengung von Strafe und Schadenersatz“, die zu missbilligen sei. Auch der OGH konstatiert, dass die Proportionalität von Schuld und Haftung kein Leitgedanke des österreichischen Schadenersatzrechts ist.²⁴⁶ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass beide Entwürfe zur Reform des Schadenersatzrechts den abgestuften Schadensbegriff aufgeben.²⁴⁷

ME kommt dem Sanktionsprinzip im Haftpflichtrecht keine eigenständige Bedeutung zu, es ist vielmehr immer in Zusammenhang mit dem Präventionsprinzip zu sehen.²⁴⁸ Abgesehen von der Präventionswirkung könnte die Sanktion nur der Vergeltung dienen.²⁴⁹ Larenz betont zurecht, dass es verfehlt wäre, die Schadenersatzpflicht als bloße Sanktion im Sinne einer Reaktion der Rechtsordnung auf Unrecht zu sehen, ein solcher Gedanke gehöre dem Strafrecht an, dem Zivilrecht sei er fremd.²⁵⁰ Da selbst im Strafrecht die Vergeltung als eigener Strafzweck abgelehnt wird,²⁵¹ sollte sie mE im Privatrecht umso weniger als Auslegungskriterium herangezogen werden. Es dürfte sich überhaupt um einen von den europäischen Privatrechtsordnungen anerkannten Grundsatz handeln, dass das Schadenersatzrecht nicht der Bestrafung des Schädigers dienen soll – dieses Prinzip hat auch Eingang in den Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens gefunden.²⁵² Das Sanktionsprinzip wird daher im Folgenden nicht weiter behandelt, sondern als mit dem Präventionsprinzip gleichbedeutend verstanden.

3.4 Einfluss der Prinzipien auf die Teilungstheorie

Das Problem der Gewinnabwehr stellt, wie gesagt, den augenfälligsten Kritikpunkt an der Teilungstheorie dar. Es wird in dabei in Kauf genommen, dass der Geschädigte möglicherweise Ersatz für einen Schaden bekommt, den er nach dem Prinzip des

²⁴⁵ In *Klang* VI² 125.

²⁴⁶ OGH 1 Ob 315/97y (verst Sen) = SZ 71/56; siehe auch *Reischauer* in *Rummel*³ § 1324 Rz 10a.

²⁴⁷ *Apathy* in *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf 73 (80 f); *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform III 15 f. Siehe zu den Reformbestrebungen unten Kap D1.

²⁴⁸ Siehe zum Zusammenhang von Sanktion und Prävention *Kletečka*, ÖJZ 2008, 785 (789).

²⁴⁹ *Wagner* in *Münchener Kommentar*⁵ Vor §§ 823-853 BGB Rz 44.

²⁵⁰ *Larenz*, AT¹⁴ 423 mwN; aA *Brehm*, JZ 1980, 585 (589), der die Sanktion als selbständiges Element der Haftung begreift, das aber durch das Element der „Schadensabnahme“ (Ausgleichsfunktion) insofern begrenzt sei, als eine Sanktion nur dann berechtigt sei, soweit sie dem Geschädigten zu Gute käme.

²⁵¹ *Ebner* in *WK*² Vor §§ 32-36 StGB Rz 16.

²⁵² *Bar/Clive/Schulte-Nörke*, DCFR 80 f: „*The law on non-contractual liability for damage caused to another [...] does not seek to punish anybody*“ (Das außervertragliche Haftpflichtrecht hat nicht das Ziel, jemanden zu bestrafen).

§ 1311 ABGB selbst hätte tragen müssen. *Franz Bydlinski* erachtet diesen Gedanken nicht als ausreichend, um seine Theorie der Haftung bei „alternativer Kausalität mit dem Zufall“ zu widerlegen. Er sieht die Gewinnabwehr insbesondere in einem Spannungsverhältnis mit dem Präventionsprinzip und lässt eine Abwägung zwischen diesen beiden Grundsätzen „mit besonderer Entschiedenheit“ zugunsten des letzteren ausgehen:²⁵³ „Soll im Extremfall etwa wirklich ein boshafter Täter während eines zufällig abgehenden Steinschlages auf dadurch bedrohte Personen praktisch ohne Gefahr irgendeiner Ersatzpflicht Steine werfen dürfen [...]?“²⁵⁴

Dieses Ergebnis widerspricht – zumindest auf den ersten Blick – der von der hL vorgenommenen Reihung, die die Ausgleichsfunktion als primären Zweck des Haftpflichtrechts und somit als dem Präventionszweck vorrangig wahrnimmt.²⁵⁵ Auffallend ist dabei, neben der eher geringen Praxisnähe des Beispiels, dass sich *Franz Bydlinski* im Hinblick auf die Wichtigkeit des Präventionsgedankens gerade auf die vereinzelt gebliebene und auch dezidiert als zu weit gehend abgelehnte²⁵⁶ Ansicht *Gschnitzers*²⁵⁷ beruft.²⁵⁸ *Franz Bydlinski* muss sich diesbezüglich allerdings bloß den Vorwurf der Überhöhung gefallen lassen, in der Sache lassen sich seine Argumente auch aufrechterhalten, wenn man den Präventionsgedanken nicht über den Ausgleichsgedanken stellt: So sieht *Koziol* in der Teilungstheorie gerade einen Mittelweg zwischen den Prinzipien des Ausgleichs und der Schadensverhütung: Gerade der Vorschlag der Teilung des Schadens zwischen Geschädigtem und Schädiger trage beiden Grundsätzen Rechnung, indem eben nicht in vollem Umfang zugunsten des einen oder des anderen entschieden werde.²⁵⁹

Darüber hinaus bleibt zu beachten, dass das Prinzip der Gewinnabwehr nicht mit dem Ausgleichsgedanken ident ist, sondern bloß auf ihm fußt. Selbst wenn man also den unumschränkten Vorrang des Ausgleichsprinzips annimmt, ergibt sich daraus nicht zwingend die ausnahmslose Notwendigkeit der Gewinnabwehr: In der hier fraglichen

²⁵³ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 79 f.

²⁵⁴ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 80.

²⁵⁵ Vgl zB *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/15; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 301. Zur Bedeutung des Präventionsprinzips siehe Kap C3.2.

²⁵⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/17.

²⁵⁷ Schuldrecht BT² 148.

²⁵⁸ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 80 Fn 185.

²⁵⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/36.

Konstellation ist ja zweifellos ein Schaden entstanden, der bezifferbar ist und daher dem Geschädigten „ausgeglichen“ werden kann. Davon zu unterscheiden ist die Frage, an welche Voraussetzungen man einen solchen Ersatz knüpft. Dies unterscheidet die Fälle der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ von anderen Phänomenen, in denen eine Haftung unter Berufung auf das Ausgleichsprinzip abgelehnt wird (Stichwort: punitive damages²⁶⁰).

Zusammenfassend kommt man zu dem mäßig befriedigenden Ergebnis, dass sich im Bezug auf die Teilungstheorie wenig aus den Grundprinzipien des Schadenersatzrechts gewinnen lässt. Eindeutig ist nur, dass sich die Grundsätze der Gewinnabwehr und der Prävention hier auf der Suche nach einer Lösung widersprechen. ME gibt die Teilungstheorie, entgegen der eben beschriebenen Deutung *Koziols*, dem Präventionsprinzip doch einen gewissen Vorrang. Durch die teilweise Haftung eines Täters wird dem Schadensverhütungsgedanken genauso viel Rechnung getragen, wie es das Gesetz in vielen Fällen explizit vorsieht: Sobald nicht bloß ein Einzelner zur Haftung herangezogen werden kann, trägt dieser entweder von vornherein oder, im Falle der Solidarhaftung, im Regresswege auch nur einen Teil des Schadens. Geht man davon aus, dass den Schadenersatzregelungen grundsätzlich (auch) der Zweck der Schadensverhütung zugrunde liegt, so muss man zugeben, dass dieser offenbar nicht voraussetzt, dass der Täter im Endeffekt den gesamten Schaden trägt. Mit anderen Worten: Niemand würde es als mit dem Präventionsprinzip unvereinbar finden, dass selbst der vorsätzlich handelnde Mittäter Regress von seinen Komplizen fordern kann.

Das Präventionsprinzip, wie es im ABGB verankert ist, erfährt also durch die Teilungstheorie keine Einschränkung.²⁶¹ Der Gewinnabwehr wird hingegen gerade nicht genüge getan: Die ungewollte Situation, dass der Geschädigte mehr ersetzt bekommt, als ihm nach der Regelung des § 1311 ABGB zustünde, ist hier nicht ausgeschlossen, sondern nur betragsmäßig auf den Anteil (idR die Hälfte des Schadens)

²⁶⁰ Für diesen Bereich vertritt beispielsweise auch *Koziol* in FS Bydlinski 175 (184) die Ansicht, es sei nicht zu rechtfertigen, aus einem Sanktionsbedürfnis heraus „Ersatz“ zuzusprechen, wo niemand einen entsprechenden Verlust erlitten hat. Siehe zu „punitive damages“ umfassend *Kletečka*, ÖJZ 2008, 785.

²⁶¹ Auch *Jabornegg* (VR 1988, 71 [55]) vertritt die Ansicht, dass die Teilungstheorie dem Präventionszweck in besonderer Weise Rechnung trägt.

beschränkt. Eine Beschränkung nur der Höhe nach ist zwar ein Zugeständnis, kann aber grundsätzliche Bedenken nicht beseitigen.

ME darf aber eben gerade die Rolle der Prävention nicht überschätzt werden: Der von der Arbeitsgruppe unter der Leitung von *Koziol* erarbeitete „Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts“²⁶² hält in seiner programmatischen Bestimmung des § 1292 Abs 1 die Grundprinzipien des Haftpflichtrechts fest: „*Aufgabe des Schadenersatzrecht ist es Schaden auszugleichen und damit zugleich einen Anreiz zu schaffen, Schäden zu vermeiden.*“²⁶³ Der Präventionsgedanke wird hier als Wirkung des Ausgleichs dargestellt.²⁶⁴ ME beschreibt diese Formulierung auch das Verhältnis von Ausgleichs- und Präventionsfunktion im geltenden Recht treffend. Es kann nicht verleugnet werden, dass die Idee der Schadensvermeidung im österreichischen Haftpflichtrecht Niederschlag fand,²⁶⁵ und zwar überall dort, wo der Ersatz vom Schuldvorwurf abhängt: der oben erwähnte abgestufte Schadensbegriff nach § 1324 ABGB, der Ersatz des Wertes der besonderen Vorliebe bei mutwilliger Schadenszufügung, Schädigung aus Schadenfreude oder durch strafbare Handlung nach § 1331 ABGB, der von der Rsp entwickelte Ersatz von Schock- und Trauerschäden bei grober Fahrlässigkeit und von bloßen Gefühlsschäden bei sittenwidriger Schädigung.²⁶⁶ Allerdings bewegen sich alle genannten Beispiele im Rahmen des Schadensausgleichs im Sinne eines Ersatzes für verursachte Schäden. Anders als bei der Teilungstheorie wird hier der Präventionsgedanke nicht dafür herangezogen, mehr zu ersetzen, als tatsächlich an Nachteilen verursacht wurde. Man könnte vielmehr umgekehrt formulieren, dass dann, wenn es aus präventiven Überlegungen heraus nicht notwendig erscheint, uU nicht der gesamte entstandene Nachteil ausgeglichen wird (zB entgangener Gewinn, Wert der besonderen Vorliebe, Schock- und Trauerschaden).²⁶⁷

²⁶² Siehe zu den Reformbestrebungen unten Kap D1.

²⁶³ *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf 1.

²⁶⁴ Arg „und damit zugleich“. Diese programmatische Bestimmung steht allerdings, wie zu zeigen sein wird, in einem Spannungsverhältnis zum materiellen Inhalt des Entwurfs, insbesondere der Proportionalhaftung (siehe dazu unten Kap D1.2; *Kletečka*, ÖJZ 2008, 785 [786 Fn 6]).

²⁶⁵ Daher ginge es (zumindest für das österreichische Recht) mE zu weit, die Prävention mit *Larenz* (AT I¹⁴ 423 f) zum bloßen Nebeneffekt ohne jede normative Kraft zu erklären.

²⁶⁶ Aufzählung nach *Kletečka*, ÖJZ 2008, 785 (787 ff).

²⁶⁷ Gemeint ist in diesem Zusammenhang nicht der juristische Schaden, sondern der vom Geschädigten tatsächlich empfundene Nachteil. Ein anderes Problem ist die Frage, wie dieser Nachteil ersetzt werden kann, da immaterielle Schäden keinen realen Gegenwert in Geld haben. Hier lässt sich freilich aus präventiven Überlegungen der Schadenersatz fast beliebig hoch ansetzen und so

Der Gedanke der Schadensvermeidung dient also mE „nur“ der Auffüllung des Ausgleichsprinzips und ist diesem daher insofern untergeordnet.

Wenn *Franz Bydlinski* nun etwas polemisch fragt, ob der boshafte Steinwerfer während des Steinschlages ohne Risiko für ihn Menschen abschießen dürfen soll,²⁶⁸ so ist zu entgegnen, dass das Schadenersatzrecht so oder so kaum eine Wirkung dagegen haben kann: Eine etwaige Präventionswirkung versagt immer dort, wo der Täter davon ausgeht, nicht überführt werden zu können, wie im genannten Beispielfall. Es wird also kaum zu vermeiden sein, dass potentielle Täter für sie günstige, zufällige Umstände zur Begehung einer rechtswidrigen Handlung ausnutzen. Es ist außerdem praktisch auszuschließen, dass eine so spezielle und komplexe juristische Theorie wie die Teilungstheorie Eingang in das Rechtsbewusstsein der Rechtsunterworfenen findet. Mit anderen Worten: Es ist höchst unwahrscheinlich, dass sich der boshafte Steinwerfer eher davon abschrecken lassen wird, dass ihm nur eine Verursachungswahrscheinlichkeit von zumindest 50 % nachgewiesen werden muss, als wenn gegen ihn der volle Kausalitätsbeweis zu führen ist.

4 Methodische Rechtfertigung der Teilungstheorie

Sogar der Begründer der Teilungstheorie, *Franz Bydlinski*, lässt anklingen, dass seine Idee methodisch durchaus gewagt ist,²⁶⁹ er äußert sogar „volles Verständnis für die Opposition gegen die empfohlene Rechtsfortbildung“.²⁷⁰ Als Rechtfertigung für die weitgehende systematische Analogie greift er auf die Figur des Funktionswandels zurück. Die Methoden der Analogie und des Funktionswandels und insbesondere deren Zusammenspiel verdienen daher eine nähere Betrachtung.

innerhalb der Grenzen des Ausgleichs zu bleiben. Dies ändert aber nichts daran, dass dem Ersatz ein tatsächlich empfundener Nachteil zugrunde liegt, auf den die anderen Voraussetzungen (Verursachung durch einen rechtswidrig und schuldhaft handelnden Täter) zutreffen.

²⁶⁸ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 80.

²⁶⁹ *F. Bydlinski*, FS Beitzke 3 (30 f) und (noch deutlicher) FS Frotz 3 (4 f).

²⁷⁰ *F. Bydlinski*, FS Beitzke 3 (31).

4.1 Die Zulässigkeit der Analogie im Allgemeinen

§ 7 S 1 ABGB erklärt die Rechtsfortbildung über den Wortlaut des Gesetzes hinaus für zulässig: „Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden.“ Unbestrittene Voraussetzung der Analogie ist eine planwidrige Unvollständigkeit des geltenden Rechts, gemessen an der gesamten Rechtsordnung – die Gesetzeslücke.²⁷¹

Man unterscheidet dabei zwischen der echten Lücke, bei der die Norm ohne Ergänzung gar nicht anwendbar ist, und der teleologischen Lücke,²⁷² die sich erst aus der Interpretation der Norm in Zusammenschau mit dem Gleichheitssatz ergibt. Eine Rechtsfortbildung ist also in diesem Fall grundsätzlich nur dann zulässig, wenn der Zweck und Wertung der Norm eine Anwendung auf den fraglichen, unregelten Fall nahe legen.²⁷³

4.2 Probleme bei der analogen Anwendung der §§ 1301 f und 1304 ABGB

Kurz zusammengefasst, vertreten die Befürworter der Teilungstheorie die These, dass sich aus den §§ 1301 f ABGB die allgemeine Regel ableiten lässt, dass nicht nur erwiesene, sondern auch bloß mögliche Kausalität einen Haftungsgrund darstellen kann.²⁷⁴ Dieser Schluss ist freilich nicht unumstritten, zumal die §§ 1301 f ABGB ganz spezielle Konstellationen regeln. Eine Haftung für Schäden ohne (nachgewiesene) Verursachung – in der Gestalt der Solidarhaftung – ordnet § 1302 ABGB überhaupt nur in zwei Fällen an: Zum einen gilt die ungeteilte Haftung für Mittäter, also bei vorsätzlicher, gemeinschaftlicher Schädigung. Dies begründet die hM damit, dass jene, die sich gemeinsam zu einer Tatausübung entschließen, zumindest der Verdacht der

²⁷¹ ZB *Canaris*, Lücken 16; *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 473; *F. Bydlinski* in *Rummel*³ § 7 Rz 2; *P. Bydlinski* in *KBB*² § 7 Rz 1; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 27 uvm. *Posch* in *Schwimann*³ § 7 Rz 1 unterscheidet zwischen Gesetzes- und Rechtslücken, üblicherweise werden die Begriffe aber synonym verwendet.

²⁷² Auch „unechte Lücke“ genannt (vgl. zB *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 474). Dieser Begriff ist aber insofern missverständlich, als *Wolff* (in *Klang* I/1² 104) damit eine rechtlich irrelevante „Lücke“ meint, die sich bloß durch Gerechtigkeit, Moral oder Zweckmäßigkeit ergibt.

²⁷³ *Canaris*, Lücken 72; *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 474.

²⁷⁴ Siehe dazu ausführlich Kap C2.2.

psychischen Kausalität – etwa durch gegenseitiges Bestärken – trifft, der sich gemeinsam mit dem starken Haftungselement des Vorsatzes zu einem ausreichenden Zurechnungsgrund verdichtet.²⁷⁵ Der zweite ist der im vorliegenden Zusammenhang interessantere Fall: Auch bei bloß fahrlässiger, gemeinschaftlicher Schadenszufügung greift die Solidarhaftung ein, wenn die Anteile der Täter am Gesamtschaden nicht zu bestimmen sind. Es ist ein leicht gefundenes Argument gegen die Teilungstheorie, davon auszugehen, dass es sich bei den genannten Fällen um Ausnahmen handelt, weshalb die Ableitung eines zu verallgemeinernden Grundsatzes nicht zulässig ist: „singularia non sunt extenda“.²⁷⁶ Diese Argumentation findet sich va in der deutschen Literatur²⁷⁷ betreffend § 830 Abs 1 S 2 BGB: Ausdrücklich lehnt etwa *Bauer* die Ansicht *Franz Bydlinskis* unter Betonung des Ausnahmecharakters der Regelung für das deutsche Recht ab – § 830 Abs 1 S 2 BGB enthalte gerade kein allgemeines Haftungsprinzip.²⁷⁸ Für das österreichische Recht meldet *Lukas* Zweifel an der unbegrenzten Analogiefähigkeit der Bestimmungen an: „Hätte der Gesetzgeber das Tatbestandselement der Kausalität prinzipiell für substituierbar gehalten, wäre dies im österreichischen Schadenersatzrecht vermutlich entsprechend zum Ausdruck gebracht worden.“²⁷⁹

Ganz abgesehen von der Frage nach einem noch weiter verallgemeinerungsfähigen Grundsatz bringt schon die „einfache“ analoge Anwendung der §§ 1301 ff ABGB auf die Fälle, in denen ein haftungsbegründender Umstand und ein Zufall alternativ kausal waren, Schwierigkeiten mit sich: Zunächst muss das Vorliegen einer teleologischen Lücke überprüft werden und daher nach der Wertung und dem Zweck der betreffenden Normen – insbesondere des § 1302 S 2 2. Variante²⁸⁰ – gefragt werden. *Albert A. Ehrenzweig*²⁸¹ sieht den Gesetzesgrund in der Absicht, es mehreren Tätern unmöglich zu machen, sich gegenseitig die Schuld zuzuschieben. Diese Wertung lässt sich leicht

²⁷⁵ *F. Bydlinski*, JBl 1959, 1 (10); *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/25; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1302 Rz 1. *Karner* in *KBB*² § 1301 Rz 1 spricht genauer von einer „Vermutung“ der psychischen Kausalität.

²⁷⁶ In diesem Sinn argumentiert etwa *Mayer-Maly* (JBl 1965, 441 [444]) gegen die Behandlung möglicher Kausalität als Haftungselement. Vgl auch *Welser*, ZfRV 1968, 38 (42).

²⁷⁷ *ZB Mertens* in Münchener Kommentar III/2 § 830 BGB Rz 2; *Mäsch*, Chance und Schaden 136 ff mwN; *Taupitz*, FS Canaris 1231 (1235); *Spindler*, AcP 208, 282 [343].

²⁷⁸ *Bauer*, JZ 1971, 4 (6).

²⁷⁹ *Lukas*, JBl 1997, 395 (396).

²⁸⁰ „[...] wenn die Anteile der einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen; so haften alle für einen, und einer für alle [...]“

²⁸¹ Schuldhaftung 254 f.

auf alternativ kausale Täter übertragen. Bemerkenswert ist, dass *Albert A. Ehrenzweig* es aus diesem Grund für unmöglich hält, eine Haftung zu begründen, „*wenn mit der Schuldhandlung ein anderes Ereignis zusammentrifft.*“²⁸²

Schwierigkeiten betreffend die analoge Anwendung bereiten auch die immer wieder hervorgehobenen Einschränkungen der Haftung für wahrscheinliche Verursachung: So soll erst ab eine Verursachungswahrscheinlichkeit von 50 %²⁸³ gehaftet werden, zudem nur bei grobem Verschulden²⁸⁴. Für diese zusätzlichen Voraussetzungen findet sich im Gesetzestext selbst gar kein Anhaltspunkt. Ganz im Gegenteil haftet etwa der Mittäter nach § 1302 ABGB, sofern Solidarhaftung eingreift, auch für einen Schadensteil, den er mit Sicherheit nicht selbst verursacht hat. Von der Voraussetzung einer überwiegenden Verursachungswahrscheinlichkeit kann hier also keine Rede sein. Ebenso haftet er, sofern sich Anteile am Schaden nicht bestimmen lassen, gerade unabhängig vom Grad seines Verschuldens. Auch für alternativ kausale Täter wird eine Haftung unabhängig von Verschulden und Verursachungswahrscheinlichkeit²⁸⁵ vertreten.

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass auch § 1304 ABGB auf die hier interessierenden Fälle keineswegs „zwanglos“ analog angewendet werden kann.²⁸⁶ § 1304 ABGB bestimmt folgende Schadensteilung bei einem Mitverschulden des Geschädigten: „*Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismäßig; und wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen läßt, zu gleichen Teilen.*“ Ein Wertungsunterschied ergibt sich in der Anwendung des zweiten Halbsatzes: In Fällen des Mitverschuldens könnte der Schaden 9:1 zulasten des Schädigers und in demselben Verhältnis zu seinen Gunsten aufgeteilt werden bzw bei verhältnismäßig geringem Verschulden zur Gänze dem einen oder anderen Streitteil

²⁸² *Albert A. Ehrenzweig*, Schuldhaftung 245 f.

²⁸³ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/38; ähnlich *Rebhahn*, Staatshaftung 618.

²⁸⁴ *F. Bydlinski*, FS Beitzke 3 (33 f) und FS Frotz 3 (6), ihm folgend *Rebhahn*, Staatshaftung 617.

²⁸⁵ Dies ist im Übrigen mE nicht unproblematisch. Lehnt man die Verursachungswahrscheinlichkeit als Kriterium für die Ersatzbemessung ab, müsste man konsequenterweise davon ausgehen, dass auch derjenige Täter, dessen Verhalten nur zu einem geringen Prozentsatz wahrscheinlich für den Schadenseintritt kausal war, im Regressweg von demjenigen, der den Schaden wahrscheinlicher verursacht hat, nur die Hälfte des geleisteten Ersatzes erhält. Daraus zeigt sich, dass sich schon die analoge Anwendung des § 1302 ABGB bei alternativer Kausalität zweier Haftungsgründe nicht ganz nahtlos ins System fügt.

²⁸⁶ So aber *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (6).

angelastet werden.²⁸⁷ Der Schädiger kann also bei Anwendung des Mitverschuldenseinwandes – bei überwiegendem Verschulden des Opfers – zum Ersatz eines ganz geringen Teils des Schadens (knapp über 0 %) oder – wenn sein Verschulden überwiegt – zum Ersatz des gesamten Schadens herangezogen werden. Auch die Haftung auf jeden Prozentsatz zwischen knapp über 0 und 100 % des Gesamtschadens ist möglich. Die Zweifelsregel des zweiten Halbsatzes, die eine fünfzigprozentige Haftung vorsieht, führt also zu einer Haftung auf einen Betrag in der Mitte des möglichen Spektrums.

Ganz anders stellt es sich bei den Fällen der alternativen Kausalität mit Zufall dar: Durch die Haftung in der Höhe Verursachungswahrscheinlichkeit im Zusammenhang mit der zusätzlichen Voraussetzung des erheblichen Kausalitätsverdachtes kann die Anwendung der Teilungstheorie keinesfalls zu einem Ersatz von weniger als der Hälfte des Schadens führen. Ist der mögliche Täter mit einer Wahrscheinlichkeit von weniger als 50 % kausal, haftet er ja nach der Teilungstheorie gar nicht.²⁸⁸ Das Spektrum der möglichen Ersatzpflicht bewegt sich hier also nur zwischen 50 und 100 %. Wendet man die Zweifelsregel an – was, nebenbei bemerkt, bei allen einschlägigen E des OGH gemacht wurde²⁸⁹ –, haftet der potentiell kausale Täter daher nur auf den geringsten möglichen Betrag. Dem zweiten Halbsatz wird demnach bei seiner analogen Anwendung ein anderer Wertungsmaßstab unterstellt, was die Zulässigkeit dieser Analogie mE äußerst fragwürdig erscheinen lässt.

Dieser Wertungswiderspruch ergibt sich daraus, dass bei der Teilungstheorie die Kategorie der Wahrscheinlichkeit doppelte Funktion hat: Zum einen ist sie für die Begründung der Haftung, zum anderen für die Höhe des Ersatzes zu beachten. Die Wahrscheinlichkeit der Verursachung ist im System des österreichischen Haftungsrechts insofern eine Art Fremdkörper: IdR hat die Ausprägung eines

²⁸⁷ In der Praxis sind insbesondere die Aufteilungen 1:1, 2:1, 3:1 und 4:1 üblich, es findet sich beispielsweise aber auch eine Aufteilung 7:1 (9 ObA 38/89 = RdW 1990, 56); siehe dazu die ausführliche Aufstellung der Rsp bei *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 12/32 ff.

²⁸⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/38 f; anders *Rebhahn* (Staatshaftung 618), der uU einen „Überzeugungsgrad von etwa 0,4“ genügen lässt.

²⁸⁹ OGH 7 Ob 648/89 = JBl 1990, 524 (*Holzer*); 8 Ob 608/92 = EvBl 1994/13; 8 Ob 121/07p.

Haftungselements eben keine Auswirkung auf die Höhe der Haftung²⁹⁰ („Alles-oder-nichts-Prinzip“), zumal die Haftungselemente auch nur schwer quantifizierbar sind. Diese Erwägungen können mE als zusätzliches Indiz dafür angesehen werden, dass die Teilungstheorie mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbaren ist.

Es bleibt also eine Vielzahl von Gründen, die es äußerst zweifelhaft erscheinen lassen, die Fälle der alternativen Kausalitätskonkurrenz mit dem Zufall mittels einfachen Analogieschlusses zu den §§ 1301 f ABGB lösen zu können, ohne die Rechtsfigur der Analogie zu überspannen.

4.3 Analogie und Funktionswandel²⁹¹

Von einem Funktionswandel spricht man, wenn sich eine Wertung des historischen Gesetzgebers unter aktuellen Bedingungen nicht mehr aufrechterhalten lässt. Häufig sind es faktische Veränderungen, das Auftreten von Lebenssachverhalten, va durch technische Entwicklungen, die der Gesetzgeber des ABGB im frühen 19. Jahrhundert selbstverständlich nicht bedenken konnte. Der Funktionswandel im engeren Sinn meint aber rechtliche Veränderungen, also die Verschiebung juristischer Wertungen, die dazu führt, dass die bisherige Auslegung formal unverändert gebliebener Normen überdacht werden muss.

Beispielsweise könnte sich das Verhältnis Regel zu Ausnahme verändern, wenn immer mehr Ausnahmen, die in die gleiche Richtung zielen, Bestand der Rechtsordnung werden. Dies wiederum könnte zu einer neuen Bewertung führen, da Ausnahmen idR eher restriktiv auszulegen sind. Ein anderes typisches Beispiel für das Auftreten eines Funktionswandels sind Generalklauseln, also Gesetzesbegriffe, die bewusst unbestimmt gehalten sind, um gerade solche Anpassungen zu ermöglichen.

Ob man einen Funktionswandel als gegeben annehmen darf, ist anhand eines beweglichen Systems zu beurteilen: Je zwangloser sich die gewünschte neue Auslegung

²⁹⁰ Eine gewisse Ausnahme stellt hier freilich § 1324 ABGB für das Haftungselement des Verschuldens dar, der aber ebenfalls als systemwidrig kritisiert wird. Siehe dazu Kap C3.3.

²⁹¹ Dieses Kapitel beruht auf *F. Bydlinskis* eigenen Ausführungen (Methodenlehre² 577 ff), da, so weit ersichtlich, nur er sich der hier interessierenden Problematik des Zusammenspiels von Funktionswandel und Analogie methodisch annimmt.

in den Wortlaut fügt und je gravierender die auftretenden Wertungswidersprüche sind, umso eher muss man den historischen Normzweck zugunsten einer (rein) teleologischen Interpretation verlassen.²⁹²

Im hier interessierenden Zusammenhang kommt, wie erwähnt, allerdings als weiterer Aspekt hinzu, dass man sich im Bereich der Rechtsfortbildung (nicht der reinen Auslegung) befindet: Das Zusammenspiel von Funktionswandel und Analogie kann sich ergeben, wenn sich die Wertungen derartig verschieben, dass eine nachträgliche Gesetzeslücke²⁹³ entsteht. Zusätzlich zu den allgemeinen Voraussetzungen der Analogie ist hier für eine zulässige Rechtsfortbildung der Nachweis notwendig, dass die ursprünglichen Wertungen des Gesetzgebers nicht mehr zutreffen.²⁹⁴

4.4 Funktionswandel im Bereich des § 1302 ABGB?

Bei der Entwicklung der Teilungstheorie arbeitet *Franz Bydlinski* wie gesagt zunächst den Haftungsgrund der bloß möglichen Kausalität als „allgemeine Regel“ heraus, auf die er seinen Analogieschluss zu den §§ 1301 f und 1304 ABGB stützt.²⁹⁵ Später gesteht er zu, dass es mit der klassischen Analogie nicht getan ist, da die Teilungstheorie nicht mit der historischen Grundwertung der Regelungen über die Haftung mehrerer Täter in Einklang stehe.²⁹⁶ Als Rechtfertigung der Teilungstheorie zieht er nunmehr die Beobachtung heran, dass sich unterschiedliche rechtliche Institute entwickelt haben, deren Ziel es sei, dem Geschädigten bei der schwierigen Aufgabe, einen Kausalzusammenhang nachzuweisen, zu helfen. Insbesondere führt er hier Erleichterungen im Rahmen des Beweisrechts (Beweislastumkehr und Anscheinsbeweis) an. Daraus zieht er den Schluss, dass die dem § 1302 ABGB zugrunde liegende historische Wertung, dass das Problem der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ zulasten des Geschädigten zu lösen sei, nicht mehr haltbar sei. Der

²⁹² *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 580 f.

²⁹³ Zum Begriff der nachträglichen Gesetzeslücke vgl. *Canaris*, Lücken 135 f.

²⁹⁴ *Canaris*, Lücken 135.

²⁹⁵ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 89.

²⁹⁶ *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (4).

systematische Kontext der Norm habe sich geändert, die Analogie sei daher möglich, obwohl sie eben die Grundwertung überschreite.²⁹⁷

Die These des Funktionswandels hält allerdings mE einer genauen Analyse der höchstgerichtlichen Rsp nicht stand.²⁹⁸ Zu Beginn ist klarzustellen, dass *Franz Bydlinski*, soweit er sich auf die Judikatur, die im Bereich der Haftung für ärztliche Kunstfehler eine Beweislastumkehr annimmt, sich nur auf das deutsche Recht bezieht.²⁹⁹ Der BGH geht tatsächlich in stRsp von einer Umkehr der Beweislast zulasten des Arztes für den ursächlichen Zusammenhang aus, wenn dem Arzt ein grober Behandlungsfehler³⁰⁰ unterlaufen ist, der geeignet ist, den eingetretenen Gesundheitsschaden zu verursachen.³⁰¹

Die Rsp des OGH zum Kausalitätsbeweis (insbesondere beim ärztlichen Behandlungsfehler) ist hingegen terminologisch sehr uneinheitlich. So nimmt er in der E 6 Ob 604/91³⁰² eine Beweislastumkehr an: Die erwiesene Verletzung des Behandlungsvertrages bürde dem Arzt ähnlich wie bei einer Schutzgesetzverletzung den vollen Beweis dafür auf, „*daß das nach Erfahrung und logischer Erwägung vom Patienten zu tragende natürliche Behandlungsrisiko einer bleibenden Gesundheitsschädigung wesentlich erhöhende Verhalten [...] im konkreten Behandlungsfall mit größter Wahrscheinlichkeit für die eingetretenen Folgen unwesentlich geblieben sei.*“ Auch in neueren E³⁰³ spricht er von einer Beweislastumkehr zulasten des Arztes, wenn der Kunstfehler zu einer nicht unwesentlichen Erhöhung des Behandlungsrisikos für den Geschädigten geführt hat.

Andere E³⁰⁴ gehen hingegen ausdrücklich von der allgemeinen Regel aus, dass der Geschädigte Kunstfehler und Verursachungszusammenhang zu beweisen habe. Als

²⁹⁷ *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (4 f).

²⁹⁸ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Kletečka*, JBl 2009, 137 (140 f).

²⁹⁹ *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (5 Fn 6).

³⁰⁰ Ein grober Behandlungsfehler liegt vor, wenn dem Arzt ein schwerer Sorgfaltsverstoß, also grobes Verschulden, angelastet werden kann. Näheres zur Definition des groben Behandlungsfehlers siehe *Spindler* in Beck'scher Online-Kommentar¹¹ § 823 BGB Rz 795.

³⁰¹ ZB BGH VI ZR 34/03 = NJW 2004, 2011; VI ZR 328/03= NJW 2005, 427; zuletzt VI ZR 118/06 = NJW 2008, 1304.

³⁰² = JBl 1992, 522, ausführliche Besprechung siehe unten Kap E1.3.

³⁰³ ZB OGH 4 Ob 137/07m = Zak 2007/651; 1 Ob 138/07m = Zak 2008/244.

³⁰⁴ ZB OGH 10 Ob 93/04f.

Beweiserleichterungen nennt der OGH dann häufig entweder die Zulässigkeit des Prima-facie-Beweises³⁰⁵ oder das Beweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit³⁰⁶. Offensichtlich wird die uneinheitliche Rsp in der E 10 Ob 62/08b, in welcher der OGH zuerst meint, es genüge der Nachweis einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit, im nächsten Satz aber jene Rsp-Linie aufgreift, die von der Beweislastumkehr ausgeht.

Mit der Tatsache, dass auf die fraglichen Fälle die Rechtsfiguren des Anscheinsbeweises und des Beweismaßes der hohen Wahrscheinlichkeit angewendet werden, lässt sich ein Funktionswandel keinesfalls rechtfertigen, da diese keine Besonderheit des Kausalitätsbeweises darstellen.³⁰⁷ Der Prima-facie-Beweis wurde zwar als Beweiserleichterung zur Überwindung von Beweisproblemen von der Rsp entwickelt, ist aber keineswegs auf den Beweis der Verursachung beschränkt.³⁰⁸ Ebenso ist die Frage nach dem erforderlichen Beweismaß ein ganz allgemeines Problem, wobei mittlerweile die „hohe Wahrscheinlichkeit“ als Regelbeweismaß angenommen wird.³⁰⁹

Außerhalb der Bereiche der Arzthaftung und der Schutzgesetzverletzung gibt es in der Judikatur, soweit ersichtlich, keine Tendenzen, eine besondere Erleichterung für den Kausalitätsbeweis über die genannten allgemeinen Regeln hinaus zu schaffen. Auch in diesen Fallgruppen ist die Annahme einer Beweislastumkehr aber verfehlt³¹⁰ und eben auch nicht notwendig, da, wie noch zu zeigen sein wird,³¹¹ die mögliche Beweisnot des Geschädigten im Rahmen des allgemein gültigen Beweisrechts ausreichend behoben werden kann.

Gegen einen Funktionswandel im Bereich des Kausalitätsbeweises gerade auf dem angesprochenen Gebiet der Arzthaftung spricht übrigens schon ein rein faktisches Argument: Die Beweisnot des Geschädigten müsste im Laufe der Zeit nicht größer, sondern wesentlich kleiner geworden sein, da sich die Abläufe im menschlichen Körper mit dem Fortschritt der medizinischen Wissenschaft immer besser nachweisen lassen.

³⁰⁵ ZB OGH 9 Ob 3/05i = RdM 2006/31.

³⁰⁶ ZB OGH 2 Ob 590/92 = JBl 1994, 540 (*Bollenberger*).

³⁰⁷ *Kletečka*, JBl 2009, 137 (140 f).

³⁰⁸ Zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit des Anscheinsbeweises siehe unten Kap C6.1.2.

³⁰⁹ Statt vieler *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 755, siehe dazu Kap C6.1.1.

³¹⁰ *Kletečka*, JBl 2009, 137 (141).

³¹¹ Siehe unten Kap C6.2.

Schon deshalb muss bezweifelt werden, dass der Geschädigte diesbezüglich heute schützenswerter ist als zur Zeit der Erlassung des ABGB.

Die These des Funktionswandels muss aber noch einen grundlegenden Einwand gegen sich gelten lassen: Ein Funktionswandel ist, wie gesagt, dann anzunehmen, wenn sich die Rechtslage im Umfeld des zu lösenden Problems derartig verändert hat, dass die alte Lösung nicht mehr in das System passt. Es müssten sich hier also sozusagen um die Frage des Kausalitätsbeweises herum die Wertigkeiten so verschoben haben, dass sich in manchen Situationen eine Aufbürdung des vollen Beweises durch die „Alles-oder-nichts“-Ausgestaltung nicht mehr in das restliche Schadenersatzrecht einfügen lässt. Tatsächlich liegt hier ein ganz anderes Phänomen vor: Die Rsp hat versucht, das Problem des Kausalitätsbeweises selbst auf die eine oder andere Art zu lösen, von einer Verschiebung der Wertigkeiten im Umfeld oder gar dem Auftreten einer nachträglichen Lücke kann keine Rede sein. Auch wenn von der genannten Rsp ein größerer Bereich umfasst ist, so fällt jener der alternativen Kausalität mit dem Zufall zweifelsfrei darunter. Es ist aber unmöglich, eine Lösung einer Fragestellung (Behebung des Beweisnotstandes auf Beweisebene) einerseits als falsch zu kritisieren (angebracht sei nach den Vertretern der Teilungstheorie ja die Lösung auf materiell-rechtlicher Ebene), sie aber andererseits als Argument für einen Funktionswandel heranzuziehen, um einen anderen Lösungsweg zu rechtfertigen. Überspitzt formuliert würde die Argumentationslinie dann nämlich lauten: „Diese Lösung ist falsch, aber allein die Tatsache, dass die Rsp mehrfach erkannt hat, dass es hier ein Problem gibt, bedeutet einen Funktionswandel.“ Der Rückgriff auf die Figur des Funktionswandels ist daher im Bereich der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ methodisch nicht haltbar.

Allenfalls könnte man ins Treffen führen, dass neue Gesetze und die Rsp immer „geschädigtenfreundlicher“ würden und daher die alten Vorstellungen des ABGB, das ja als obersten Grundsatz postuliert, dass jeder seinen Schaden selber zu tragen hat, in dieser Schärfe nicht mehr aufrecht zu erhalten seien. Hier wäre methodisch an einen Funktionswandel zu denken, der allerdings an der Breite und Ungenauigkeit des Problems scheitert: Die juristischen Methoden dürfen nicht so ausgedehnt angewendet werden, dass sie das Recht uneingeschränkt an gesellschaftlich gerade geltende

Wertvorstellungen anpassen können, sondern sind nur für die Lösung punktueller Probleme heranzuziehen – für alles Weitergehende ist der Gesetzgeber gefragt.

5 Das Problem der Abgrenzung: Der Begriff des Zufalls

5.1 Fundamentale Kritik an der Teilungstheorie

Den stärksten prinzipiellen Einwand gegen die Teilungstheorie bringt *Welser*, der sozusagen das Phänomen der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ als solches in Frage stellt und feststellt, dass in jedem Fall, in dem man einer Person bloß die mögliche Verursachung nachweisen kann, der Zufall als weiterer möglicher Verursacher mit im Spiel ist.³¹² Konsequenz zu Ende gedacht führe die Teilungstheorie also immer zu einer Haftung für bloß mögliche Verursachung, was das Schadenersatzrecht grundlegend umgestalten würde.³¹³

*Koziol*³¹⁴ und *Franz Bydlinski*³¹⁵ wehren sich gegen diese Kritik, indem sie betonen, dass es ja nur dann zu einer Teilhaftung kommen solle, wenn der Täter zusätzlich durch konkrete Gefährlichkeit und grobes Verschulden belastet sei. Es sei also nicht der Fall, dass die Teilungstheorie bei jeder Beweisschwierigkeit die Kausalität betreffend zur Anwendung käme. *Welser*, der diese Replik antizipiert zu haben scheint, meint allerdings, dass eine solche Abschwächung der Haftungstheorie eine bloße Einschränkung darstelle und daher nicht geeignet sei, grundsätzliche Bedenken zu beseitigen. Zudem entferne sich die Theorie mit dem zusätzlichen Kriterium der überwiegend wahrscheinlichen Kausalität vollends vom Gesetzestext.³¹⁶

³¹² *Welser*, ZfRV 1968, 38 (42). Interessanterweise führt *Kleewein* (ÖJZ 1993, 161 [161]) für den Bereich der Arzthaftung ein ganz ähnliches Argument für (!) die Teilungstheorie ins Treffen: Gerade weil hier praktisch immer auch ein Zufall als Verursacher in Frage komme, gehe es nicht an, den „durch ein rechtswidriges Verhalten geschädigten“ Patienten (gemeint wohl: „möglicherweise geschädigten“, die wahre Ursache steht ja gerade nicht fest) deshalb um seinen Ersatzanspruch zu bringen.

³¹³ In ZfRV 1968, 38 (42) bezieht sich *Welser* nur auf das deutsche Recht, die Problematik ist im österreichischen Recht aber völlig gleich gelagert; siehe daher auch zB *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 335; zustimmend *Lukas*, JBl 1997, 395 (396); *Kletečka*, JBl 2009, 137 (142).

³¹⁴ Haftpflichtrecht I³ Rz 3/38.

³¹⁵ FS Beitzke 3 (33 f).

³¹⁶ ZfRV 1968, 38 (42 f).

Welsers Kritik läuft, wie erwähnt, letztlich darauf hinaus, dass die Existenz der Figur der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ überhaupt geleugnet wird. Dieser Ansatz ist mE dann zwingend richtig, wenn man „Zufall“ in diesem Zusammenhang negativ als „alles, was kein haftungsbegründendes Verhalten ist“ definiert. Die der Konstellation der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ zugeordneten Fälle erweisen sich dann als simples Beweisproblem.

Es ist offensichtlich, dass die Befürworter der Teilungstheorie Fälle vor Augen haben, in welchen sich der dem Geschädigten zuzurechnenden Zufall in irgendeiner Form manifestiert: Man denke an in Notwehr gesetzten Faustschlag³¹⁷ oder das Operationsrisiko³¹⁸. Es ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass manche Fälle – zB wenn zwar zwei Täter als Verursacher in Frage kommen, einer aber nicht schuldig ist – eine derartige Nähe zu jenen der alternativen Kausalität zweier haftungsbegründender Ereignisse aufweisen, dass konträre Rechtsfolgen – voller Ersatz bzw gar kein Ersatz – unbillig erscheinen. Manche Autoren versuchen daher, den Begriff des Zufalls dahingehend einzuschränken, dass gerade diese Fälle erfasst werden können.

Ob eine weniger umfassende Definition des Zufallsbegriffes als jene, von der *Welser* ausgeht, möglich und zielführend ist, soll im Folgenden geklärt werden.

5.2 Definitionsversuche in der Lehre

Unter Bezugnahme auf die bereits erwähnte, vielfach kritisierte E des OGH³¹⁹ betreffend eine misslungene Zytostatika-Injektion bei einem Kleinkind versucht *Reischauer*³²⁰, die Fälle alternativer Kausalität von anderen Kausalitätsbeweisproblemen abzugrenzen, indem er vom „feststehenden zufälligen Ereignis“ spricht.

Es gehe grundsätzlich nicht an, Beweisschwierigkeiten durch die Gewährung eines Teilersatzes zu umgehen. Könne man die Kausalität unter Zuhilfenahme der

³¹⁷ OGH 8 Ob 608/92 = EvBl 1994/13, siehe unten Kap E1.4.

³¹⁸ OGH 2 Ob 544/85 = JB1 1986, 576 (*Deutsch*), siehe unten Kap E1.1; *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (7 f).

³¹⁹ OGH 7 Ob 648/89 = JB1 1990, 524 (*Holzer*), siehe dazu näher Kap E1.2.

³²⁰ In *Rummel*³ § 1302 Rz 12a, ihm folgend *Bumberger*, Kausalitätsbeweis 102 f.

Beweisregeln bejahen, so ergebe sich daraus als logische Konsequenz die Nichtunterstellung eines Zufalls, verneine man sie, ergebe sich logischerweise die Annahme von Zufall.

Die Fälle der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ seien davon aber zu unterscheiden, und zwar insofern, als hier sowohl das vorwerfbare Verhalten als auch das zufällige Ereignis feststünden. Als Beispiel nennt *Reischauer* folgenden Fall: Ein Bergsteiger wirft einen Stein auf einen Weg. Gleichzeitig löst sich ein anderer Stein und fällt auf den Weg. Ein Wanderer wird von einem Stein getroffen und verletzt. Es lässt sich nicht nachweisen, welcher Stein den Wanderer verletzt hat, fest steht aber, dass sowohl der Wanderer als auch ein Zufall eine konkrete Gefahr für ihn geschaffen haben.

Anzumerken ist an dieser Stelle, dass *Reischauers* Ausführungen sehr knapp gehalten sind und vor dem Stand der Rsp referieren, da er selbst der Teilungstheorie insgesamt kritisch gegenüber steht.³²¹ Wie in einem anderen Zusammenhang zu zeigen sein wird,³²² wählt *Reischauer* schon bei der Lösung der Fälle mit alternativer Konkurrenz zweier haftungsbegründender Ereignisse einen anderen Weg als *Franz Bydlinki*.

Auch *Rebhahn*³²³ beschäftigt sich mit der Problematik, wobei ein ähnliches Abgrenzungskriterium wählt: Von Kausalitätskonkurrenz mit dem Zufall könne nur gesprochen werden, wenn die potentielle Ursache in der Sphäre des Geschädigten ein „konkretes, abgegrenztes Ereignis“ sei, das einen „erkennbaren Anlass“ habe. In allen anderen Fällen liege „unsichere Kausalität“ vor. Letztere Fallgruppe löst *Rebhahn* über die Schiene des Beweisrechts.³²⁴

Zur Abgrenzung zwischen „alternativer Kausalität bei Konkurrenz mit einem Umstand, der dem Geschädigten zuzurechnen ist“ und „unsicherer Kausalität“ gibt aber auch *Rebhahn* keine näheren Anhaltspunkte, wobei er ausdrücklich davor warnt, mit einer Haftung aufgrund eines bloßen Kausalitätsverdachts im Ausmaß der Verursachungswahrscheinlichkeit zu großzügig umzugehen.

³²¹ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1302 Rz 12a: „Der Zuspruch von Ersatz ist [...] problematisch.“

³²² Siehe unten Kap C6.2.2.

³²³ Staatshaftung 605 und 616 ff.

³²⁴ In Staatshaftung 623 ff behandelt er die Frage, in welchen Fällen eine Herabsetzung des richterlichen Überzeugungsgrades gerechtfertigt sein kann.

5.3 Kritik an den Abgrenzungsversuchen

Wie eingangs erwähnt, versuchen sowohl *Reischauer* als auch *Rebhahn* mit ihren Abgrenzungsversuchen, jene Fälle von einer etwaigen Teilhaftung zu umfassen, die der alternativen Kausalitätskonkurrenz zweier Haftungsgründe besonders nahe stehen. Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: ME gelingt es nicht, einen strukturellen Unterschied zwischen der „alternativen“ und der „unsicheren“ Kausalität – um bei *Rebhahns* Begrifflichkeit zu bleiben – aufzuzeigen. Das Abgrenzungsproblem bleibt letztlich das Gleiche, ob man nun fragt, welche Fälle noch „nahe genug“ am Ausgangsfall sind, um eine Analogie gerade noch zu rechtfertigen, oder ob man nach dem näheren Inhalt des Begriffs „Ereignis“ fragt.

Eindeutig als feststehendes oder konkretes Ereignis lässt sich etwa der in Notwehr gesetzte Schlag³²⁵ bezeichnen. Allgemeiner kann man damit die Fälle erfassen, in denen einer von mehreren potentiellen Tätern jedenfalls haftungsfrei bleibt, etwa weil er gerechtfertigt oder entschuldigt ist – zweifellos eine Fallgruppe, die auf den ersten Blick besonders nah an den Fällen der alternativen Kausalität mehrerer haftbarer Täter liegt.

Deutlich größere Schwierigkeiten lassen sich schon am Beispiel *Reischauers* demonstrieren: Der Wanderer wird am Kopf verletzt. Steht das zufällige Ereignis nur dann fest, wenn ein anderer einen zweiten Stein fallen gesehen hat? Wie ist der Fall zu beurteilen, wenn es in der Gegend oft zu Steinschlägen kommt, aber keiner einen Steinschlag zur fraglichen Zeit am fraglichen Ort beweisen kann? Wie, wenn etwa die Schwere der Verletzungen Zweifel aufkommen lassen, ob diese wirklich von dem kleinen Stein, den der Täter geworfen hat, verursacht wurden, es aber sonst keine Anzeichen für einen weiteren Steinschlag gibt? ME müsste die Abgrenzung mit den Begriffen *Rebhahns* und *Reischauers* dazu führen, dass nur in der ersten Variante die Teilhaftung eingreifen kann und der Geschädigte in den beiden letzten Fällen leer ausgeht. Die letzte Variante betreffend könnte man wiederum einwenden, dass wohl nur ein anderer Stein die Verletzung herbeigeführt haben kann, wenn es nicht der des Täters war. Pointiert formuliert: Muss jemand anderer den zweiten Stein fallen sehen, damit es zu einer Teilhaftung kommen kann?

³²⁵ OGH 8 Ob 608/92 = EvBl 1994/13, siehe unten Kap E1.4.

Besonders deutlich zeigt sich mE die mangelnde Abgrenzbarkeit gerade in den Fällen der Arzthaftung, die oftmals als Musterbeispiele für „alternative Kausalität mit dem Zufall“ herhalten müssen. Folgt man streng der Ansicht, dass die mögliche Alternativursache ein Ereignis sein muss, so wäre die Teilungstheorie auf jenen Fall, den *Franz Bydlinski* selbst als „Paradefall“³²⁶ bezeichnet, nicht anzuwenden.³²⁷ In der fraglichen E war unklar,³²⁸ ob eine unterlassene Schockbehandlung (Haftungsgrund) oder das allgemeine Operationsrisiko und der allgemeine schlechte Zustand (Zufall) kausal für das Auftreten von Infektionen war. Weder das Operationsrisiko, noch der Zustand des Patienten kann auch bei extensiver Auslegung als „Ereignis“ bezeichnet werden. Vielmehr könnten die „Ereignisse“ verschiedenste Vorgänge im Körper gewesen sein, die im Sprachgebrauch unter „Operationsrisiko“ und „schlechter Gesundheitszustand“ zusammengefasst werden. Konkrete Vorgänge im menschlichen Körper standen aber gerade nicht fest – sonst hätte die Kausalität ja vermutlich nachgewiesen werden können.

Es lassen sich mühelos noch weitere Beispiele für die Abgrenzungsprobleme finden – etwa jene E, in der der OGH die Teilungstheorie erstmals anwendete:³²⁹ Die Klägerin (ein Kleinkind) war an Leukämie erkrankt. Im Zuge der Therapie wurden ihr Zytostatika in den rechten Handrücken injiziert. Dabei gelangte die injizierte Substanz in das umliegende Gewebe und verursachte eine Nekrose, die Hand der Klägerin wurde dauerhaft schwer geschädigt. Nicht festgestellt werden konnte, ob der behandelnde Arzt bei der Injektion einen Fehler gemacht hat, oder ob das Loch in der Vene, durch das die Zytostatika austraten, bereits vorhanden war. Jedenfalls fiel dem Arzt eine unterlassene Nachbehandlung zur Last. Obwohl hinsichtlich der unterlassenen Nachsorge kein zufälliges Ereignis zu erkennen ist,³³⁰ entschied der OGH auf Schadensteilung.

³²⁶ *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (7 f) über die E des OGH 2 Ob 544/85 = JBl 1986, 576 (*Deutsch*).

³²⁷ Folgerichtig ordnet sie daher *Rebhahn* (Staatshaftung 605 Fn 191) entgegen der Meinung *F. Bydlinskis* und des OGH auch in die Fallgruppe der „unsicheren Kausalität“ ein – ebenso wie die im Folgenden genannte E 7 Ob 648/89 = JBl 1990, 524 und die E 2 Ob 590/92 = JBl 1994, 540 (*Bollenberger*), in welcher der OGH allerdings die Kausalität als erwiesen annimmt.

³²⁸ Der Sachverhalt ist in der E missverständlich dargestellt. Der OGH nimmt im Gegensatz zum Berufungsgericht keinen Fall der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ an. Eine eingehende Besprechung findet sich unten in Kap E1.1.

³²⁹ OGH 7 Ob 648/89 = JBl 1990, 524 (krit *Holzer*), detaillierte Darstellung und Kritik siehe Kap E1.2.

³³⁰ So auch die Kritik von *Holzer*, JBl 1990, 526.

In Anbetracht der Arzthaftungsentscheidungen wird schnell klar, dass das Abgrenzungskriterium des „Ereignisses“ aufgegeben werden muss, wenn man eine Anwendung der Teilungstheorie ermöglichen möchte: Zuletzt entschied der OGH³³¹ auf Schadensteilung wegen „alternativer Kausalität mit dem Zufall“, weil nicht feststand, ob ein Blutgerinnsel durch das allgemeine Risiko einer Stent-Therapie oder durch die Unterlassung der Verabreichung von ausreichenden Blutgerinnungshemmern verursacht wurde. Die E ist ein gutes Beispiel für einen Fall, in dem gerade kein zufälliges Ereignis eingetreten ist, sondern einfach nicht festgestellt werden kann, ob die Unterlassung kausal für den Schaden war, wenngleich eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht.

Franz Bydlinski ortet hinsichtlich der beiden erstgenannten E bloße Anlaufschwierigkeiten bei der Anwendung der relativ neuen Teilungstheorie, die mit zunehmender praktischer Erfahrung überwindbar seien.³³² ME sind die Schwierigkeiten, wie eingangs erwähnt, nicht zu überwinden, weil es an einem strukturellen Unterscheidungskriterium zwischen „alternativer“ und „unsicherer“ Kausalität mangelt, der Übergang also fließend ist. Jede Trennlinie, die zu ziehen versucht wird, indem der Begriff des Zufalls enger gefasst wird, ist daher letztlich willkürlich.

Die referierten E zur Arzthaftung zeigen, dass sich gerade im medizinischen Bereich, in dem es sicherlich besonders schwierig ist, konkrete Vorgänge und damit Verursachungszusammenhänge nachzuweisen, damit beholfen wird, dass die nicht erklärbaren Vorgänge sprachlich mit einem weiten Begriff umschrieben werden, um so einen Umstand, der dem Geschädigten zuzurechnen ist, greifbar zu machen. Was etwa versteht der OGH unter dem „*Operationsrisiko*“³³³, dem „*progressiven Fortschreiten*“ einer Erkrankung³³⁴ oder unter der Feststellung, der Schaden sei möglicherweise „*degenerativ bedingt*“³³⁵? ME ist der einzige Inhalt dieser Begriffe die statistische Wahrscheinlichkeit, dass der tatsächliche Schaden ohne jedes Zutun eines Täters

³³¹ OGH 8 Ob 121/07p, siehe auch unten Kap E1.14.

³³² *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (10).

³³³ OGH 2 Ob 544/85 = JBl 1986, 576 (*Deutsch*).

³³⁴ OGH 3 Ob 106/06v.

³³⁵ OGH 6 Ob 36/01i.

eintritt,³³⁶ was wiederum bloß die Wahrscheinlichkeit der Verursachung durch den potentiellen Schädiger mindert, aber keine selbständige Fallgruppe ausmacht.

6 Beweisrechtlicher Lösungsansatz

Wie auch die bisherigen Kapitel zeigen, wird in Diskussionen rund um die Verursachung häufig auch die prozessuale Ebene, der Kausalitätsbeweis, angesprochen. Dies ergibt sich wohl daraus, dass die größeren Schwierigkeiten bei der Feststellung des Kausalzusammenhangs im tatsächlichen Bereich liegen und weniger in der rechtlichen Beurteilung. Gerade die Teilungstheorie wird ja, wie die Haftung für alternative Kausalität im Allgemeinen, auch mit der besonderen Schwierigkeit des Verursachungsbeweises begründet.³³⁷ Im Folgenden soll daher nach einem Überblick über das Beweisrecht und den Kausalitätsbeweis im Allgemeinen untersucht werden, wie sich die angesprochenen Problemfelder aus einem rein beweisrechtlichen Blickwinkel darstellen.

6.1 Allgemeines zum Beweisrecht

Das Beweisrecht lässt sich als Schnittstelle zwischen materiellem und formellem Recht begreifen. Gerade im Zivilprozess, wo der Prozessstoff vorrangig von den Parteien geliefert werden muss,³³⁸ also nicht in jedem Fall die materielle Wahrheit ermittelt werden kann und muss, ist das Zusammenspiel zwischen materiellem Recht und Beweisrecht oft schwer zu fassen und mit dem natürlichen Rechtsempfinden in Einklang zu bringen. Eine zusätzliche Schwierigkeit entsteht dadurch, dass Begriffe und Rechtsfiguren des Beweisrechts in Literatur und Judikatur uneinheitlich verwendet werden. Dieses einleitende Kapitel soll daher der Begriffsklärung für die weiteren Ausführungen dienen.

³³⁶ So schon *Kletečka*, JBl 2009, 137 (141): „Restwahrscheinlichkeit“.

³³⁷ Siehe dazu oben Kap C2.1 und C2.2.

³³⁸ Vorrang des sog Verhandlungsgrundsatzes, vgl zB *Fasching* in *Fasching/Konecny*² Einleitung II/1 Rz 16.

6.1.1 Beweiswürdigung und Beweismaß

Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, der seit Einführung der ZPO 1898 unverändert in § 272 verankert ist, hat das Gericht „unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht.“ Dieses Prinzip stellt den Gegensatz zur vorher geltenden gebundenen Beweiswürdigung dar, sagt aber noch nichts darüber aus, welcher Überzeugungsgrad vom Richter gefordert wird, damit er eine Tatsache als erwiesen annehmen kann („Beweismaß“).

Im Wesentlichen werden hinsichtlich des erforderlichen Beweismaßes zwei Theorien vertreten: Die Wahrheitsüberzeugungstheorie, der va die ältere Lehre und Rsp folgt, verlangt, dass der Richter in einem solchen Grad vom Vorhandensein der Tatsache überzeugt ist, „der für jeden vernünftigen, die Lebensverhältnisse klar überschauenden Menschen keinen Zweifel daran läßt,“³³⁹ es ist also eine volle Überzeugung des Richters von der Wahrheit erforderlich. Die ältere Rsp schwächte diese Lehre dahingehend ab, als sie sich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit begnügte.³⁴⁰

Mittlerweile ist aber hL, dass die definitive Wahrheitsüberzeugung von keinem Menschen verlangt werden kann, weshalb die Aufgabe der richterlichen Beweiswürdigung darin zu sehen ist, ein Wahrscheinlichkeitsurteil abzugeben (sog Wahrscheinlichkeitsüberzeugungstheorie).³⁴¹ Entsprechend wird heute die hohe Wahrscheinlichkeit als das Regelbeweismaß angesehen.³⁴² Kann weder eine Tatsache noch ihr Gegenteil mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, spricht man von einer Non-liquet-Lage, die eine Entscheidung auf Grundlage der Beweislast zur Folge hat.³⁴³ Solche reinen Beweislastentscheidungen entsprechen aber häufig nicht dem natürlichen Rechtsempfinden und sollten daher nicht die Regel sein.³⁴⁴

³³⁹ Fasching, Zivilprozeßrecht² Rz 815; vgl auch Holzhammer, Zivilprozeßrecht² 237.

³⁴⁰ ZB OGH 2 Ob 5/48 = SZ 21/59: „mit einem an die Grenze der Gewißheit nahen Grade der Wahrscheinlichkeit“; Fucik, RZ 1988, 122.

³⁴¹ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁷ Rz 755.

³⁴² Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/11; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁷ Rz 755; RIS-Justiz RS0110701; zuletzt OGH 2 Ob 120/08y.

³⁴³ Siehe zu non liquet und Beweislast Kap C6.1.3.

³⁴⁴ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁷ Rz 759.

Auch aus diesem Grund sollte das Beweismaß nicht zu hoch angesetzt werden, da dies ein non liquet wahrscheinlicher macht.³⁴⁵

6.1.2 Der Prima-facie-Beweis

In der Praxis sind manche Tatsachen schwer oder gar nicht beweisbar, etwa weil sie der direkten Wahrnehmung entzogen sind. Dies ist insofern unproblematisch, als der Beweis auch mittelbar geführt werden kann. Richtet sich der Beweis auf tatbestandsfremde Tatsachen, die Rückschlüsse auf die tatbestandsrelevante Tatsache erlauben, spricht man vom Indizienbeweis.³⁴⁶ Der Indizienbeweis ist nur eine besondere Ausprägung des Beweises, auch hier muss der Richter davon überzeugt werden, dass die tatbestandsrelevante Tatsache mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegt.³⁴⁷

Im Gegensatz dazu stellt die zweite Form des mittelbaren Beweises, der Prima-facie-Beweis, auch Anscheinsbeweis genannt, eine durch die Rsp und Lehre entwickelte Beweiserleichterung dar.³⁴⁸ Der Prima-facie-Beweis wird seit der E des OGH 1 Ob 592/51³⁴⁹ als Bestandteil der österreichischen Judikatur betrachtet. Es handelt sich dabei auch um eine Verschiebung der Beweisführung von einer tatbestandsmäßigen Tatsache auf eine leichter erweisliche „Vor-Tatsache“.³⁵⁰ Ist diese „Vor-Tatsache“ bewiesen, wird durch die Anwendung allgemeingültiger Erfahrungssätze auf eine typischerweise damit verknüpfte Tatsache geschlossen.³⁵¹ Der Anscheinsbeweis stellt zwar eine Erleichterung für den Beweisführer dar, bewirkt aber nach hM keine Umkehr der

³⁴⁵ *Klicka*, Beweislastverteilung 21.

³⁴⁶ Statt vieler *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 769.

³⁴⁷ Behauptet etwa die Großmutter im Nachhinein, sie habe ihrer Enkelin ein Schmuckstück nicht schenken, sondern bloß leihen wollen, so kann die Enkelin gegen die Aussage der Großmutter deren inneren Willensbildungsvorgang nicht beweisen. Kann die Enkelin aber beweisen, dass sie an diesem Tag ihren 18. Geburtstag hatte, das Schmuckstück in Geschenkpapier verpackt war und die Großmutter bereits ihren drei älteren Schwestern zu diesem Anlass ähnliche Stücke geschenkt hat, so wird ihr der volle Beweis der Schenkungsabsicht mittelbar dennoch gelingen.

³⁴⁸ *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 893; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/2; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 770.

³⁴⁹ = JBl 1953, 18: Die E selbst spricht eigentlich gar nicht vom Anscheinsbeweis, vielmehr vertritt *Gschntzer* in seiner Anmerkung die Ansicht, dass der OGH hier die deutsche Lehre und Praxis übernommen habe.

³⁵⁰ RIS-Justiz RS0040274. Strittig ist, ob damit eine Verschiebung des Beweisthemas einhergeht (so *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 894), oder der Richter wie bei jedem anderen Beweis vom Vorliegen der tatbestandsrelevanten Tatsachen überzeugt sein muss (so *Rechberger*, ÖJZ 1974, 113).

³⁵¹ *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 893 f.

Beweislast.³⁵² Er kann daher vom Beweisgegner entkräftet werden, indem dieser aufzeigt, dass der typische Geschehensablauf im konkreten Fall nicht zwingend stattgefunden hat.

Der Anscheinsbeweis wird insbesondere für die Bereiche der Kausalität und des Verschuldens für zulässig erachtet,³⁵³ da hier ein direkter Beweis besonders schwierig ist: Beispielsweise lässt sich ein Vorsatz des Schädigers immer nur aus seinem Handeln erschließen, da es sich um einen rein inneren Vorgang handelt. Auch der Kausalverlauf ist oft ein Geschehen, das nicht direkt wahrnehmbar ist und nur aufgrund der empirischen Erfahrung von Ursache und Wirkung angenommen werden kann. Besteht erfahrungsgemäß ein solcher Zusammenhang, reicht es, wenn der Beweispflichtige die beiden Endtatsachen beweist, da der Erfahrungssatz die den Kausalverlauf begründenden Zwischentatsachen ersetzt.³⁵⁴

6.1.3 Beweislosigkeit und Beweislast

Die Beweislast stellt die Schnittstelle zwischen materiellem Recht und Prozessrecht dar.³⁵⁵ Wesentlich ist das ausnahmslos geltende Prinzip, dass die Beweislosigkeit (sog non liquet) niemals zur Entscheidungslosigkeit führen darf.³⁵⁶ Die Frage, was zu gelten hat, wenn die Beweiswürdigung zu keinem Ergebnis führt, welche Partei also das Risiko der Beweislosigkeit trägt,³⁵⁷ beantworten die Beweislastregeln.

³⁵² Vgl nur *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 771 mwN in Fn 58. Nachweise zur Gegenansicht bei *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/3 Fn 8.

³⁵³ Meist werden nur Kausalität und Verschulden als Anwendungsbereich für den Prima-facie-Beweis genannt: *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht² 251; *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 894; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/2 („insbesondere“); *Rechberger* (in *Rechberger*³ Vor § 266 ZPO Rz 22) sieht die Rechtfertigung dieser Beweismaßreduzierung gerade in der „besonderen Eigenart der materiellrechtlichen Tatbestandsmerkmale des Schadenersatzrechtes“, so auch *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 770. In *Fasching/Konecny*² Vor § 266 ZPO Rz 60 spricht *Rechberger* bloß davon, dass der Prima-facie-Beweis in der Praxis gerade, aber nicht nur für diese Beweisthemen zugelassen wird, wobei er die Möglichkeit der Anwendung in anderen Bereichen nicht kategorisch auszuschließen scheint. Tatsächlich finden sich zahlreiche E, in welchen der OGH prima facie auf andere Tatsachen schließt. – Zuletzt entschied er etwa, dass das Mitfahren des Halters im Kfz prima facie darauf hindeutet, dass der Lenker mit Willen des Halters fuhr (7 Ob 289/08p = EvBl 2009/99).

³⁵⁴ *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht² 251.

³⁵⁵ Daher ist auch strittig, welchem der beiden Rechtsbereiche die Beweislastregeln angehören.

³⁵⁶ *Rechberger* in *Rechberger*³ Vor § 266 ZPO Rz 8.

³⁵⁷ Hier wird die sog objektive Beweislast behandelt. Die Lehre kennt auch den Aspekt der subjektiven Beweislast, auch Beweisführungslast genannt, womit angesprochen ist, dass vor Durchführung des

Als allgemeine Regel gilt, dass wenn eine Tatsache unklar bleibt, so zu entscheiden ist, als wäre die Tatsache nicht eingetreten.³⁵⁸ Dies führt dazu, dass der Richter über die zu beweisende Tatsache (A) nur folgende Aussagen treffen kann: „A trifft zu.“ oder „A trifft nicht zu.“ Die dritte zulässige Variante „Es kann nicht festgestellt werden, dass A zutrifft.“ ist gleichbedeutend mit „A trifft nicht zu.“ Daraus ergibt sich nach *Rosenberg* folgende allgemeine Zuordnung: „Jede Partei trägt die Beweislast für das Vorliegen aller tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm.“³⁵⁹

Der Gesetzgeber kann freilich abweichende Beweislastregeln normieren. Wichtigstes Beispiel für eine Beweislastumkehr im Schadenersatzrecht ist § 1298 ABGB nach welchem bei Nichterfüllung „*einer vertraglichen oder gesetzlichen Verbindlichkeit*“ der Schädiger seine Schuldlosigkeit zu beweisen hat.³⁶⁰

Für einen Schadenersatzanspruch ergibt sich folgende Verteilung der Beweislast: Der Geschädigte hat jedenfalls den Eintritt eines Schadens zu beweisen. Eine Erleichterung gewährt § 273 ZPO hinsichtlich der Höhe: Ist diese nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten nachzuweisen, kann das Gericht den Betrag nach freier Überzeugung festsetzen. Der Beweis der Kausalität obliegt im Regelfall auch dem Geschädigten.³⁶¹ Die weiteren Voraussetzungen, die Rechtswidrigkeit, der Rechtswidrigkeitszusammenhang und die Adäquanz³⁶² sowie das Verschulden³⁶³, sind Teil der rechtlichen Beurteilung. Wenn man vereinfacht von der Beweislast für eines dieser Kriterien spricht, kann damit eigentlich nur der Beweis der für diese Beurteilung relevanten Tatsachen gemeint sein.³⁶⁴ Diese trifft idR ebenfalls den Geschädigten. Für das Verschulden gelten die besonderen Bestimmungen der §§ 1296 bis 1298 ABGB: § 1296 statuiert der allgemeinen Regel entsprechend, dass im Zweifel nicht von dem

Verfahrens zu klären ist, welche Partei welchen Beweis antreten, dh Beweismittel beantragen und für die Beweisaufnahme sorgen muss (vgl etwa *Klicka*, Beweislastverteilung 12 ff).

³⁵⁸ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁷ Rz 760.

³⁵⁹ Zitiert nach *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht² 249.

³⁶⁰ Der genaue Anwendungsbereich des § 1298 ABGB ist strittig, siehe die Zusammenfassung der Meinungen bei *Koziol*, Haftpflichtrecht³ Rz 16/21 ff.

³⁶¹ Statt vieler *Koziol*, Haftpflichtrecht³ Rz 16/11 mwN; RIS-Justiz RS0022664, zuletzt OGH 9 Ob 3/05i. Näheres zum Kausalitätsbeweis siehe sogleich Kap C6.2.

³⁶² *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbaur*, Schadenersatz, 19. Lfg Rz 9; OGH 1 Ob 102/00g = EvBl 2001/52. Zur Frage, ob ein eigenständiges Kriterium „Adäquanz“ seine Berechtigung hat, siehe oben Kap B2.4.

³⁶³ *Koziol*, Haftpflichtrecht³ Rz 16/15.

³⁶⁴ Dennoch soll diese vereinfachte Terminologie in der Folge beibehalten werden.

Verschulden eines Anderen auszugehen ist. Allerdings hilft § 1297 dem Geschädigten mit einer Beweislastumkehr hinsichtlich der „gewöhnlichen Fähigkeiten“, § 1298 wie gesagt bei vertraglichen Schadenersatzansprüchen.

6.2 Der Kausalitätsbeweis

6.2.1 Allgemeines

Nach der Grundregel ist es Sache des Geschädigten, die Kausalität des Verhaltens des Täters für seinen Schaden zu beweisen.³⁶⁵ Das Beweisthema ist dabei die „natürliche Kausalität“, deren Vorliegen eine irreversible Tatfrage ist.³⁶⁶

Von diesem Kausalitätsbeweis unterscheidet der OGH die Frage nach der „juristischen Kausalität“, deren Beantwortung Teil der rechtlichen Beurteilung ist.³⁶⁷ Unter diesem Begriff versteht der OGH aber nicht Verursachung im eigentlichen Sinn, sondern zusätzliche Zurechnungskriterien wie die Adäquanz oder spezielle gesetzliche Regeln, die den Kausalzusammenhang betreffen.³⁶⁸ ME bedarf es aber auch im Bereich der „natürlichen Kausalität“ eines (kleinen) Schrittes der rechtlichen Beurteilung, weil die schadenersatzrechtliche Kausalität, wie häufig betont wird,³⁶⁹ keine naturwissenschaftliche, sondern eine juristische Kategorie ist.³⁷⁰ Der Geschädigte muss also zunächst nachweisen, dass das Verhalten des Täters seinen Schaden verursacht hat („Kausalitätsbeweis“). Dies bildet die Grundlage für die Beurteilung durch den Richter, ob die Haftungsvoraussetzung der Kausalität vorliegt.

³⁶⁵ Statt vieler *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/11 mwN; RIS-Justiz RS0022664, zuletzt OGH 9 Ob 3/05i. Dies gilt nicht nur für die deliktische, sondern auch für die vertragliche Haftung, die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB erfasst nicht auch den Kausalzusammenhang (*Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/27; *Harrer in Schwimann*³ § 1298 Rz 1; *Karner in KBB*² § 1298 Rz 2; *Reischauer in Rummel*³ § 1298 Rz 2). Zu Diskussion, ob diese Beweislastverteilung auf für die Kausalität einer Unterlassung gilt, siehe oben Kap B2.5 und *Welser*, ZVR 1976, 1 (7 f); *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/12; *Karner in KBB*² § 1295 Rz 14;

³⁶⁶ RIS-Justiz RS0022582, zuletzt OGH 5 Ob 169/06y; *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz, 19. Lfg Rz 9.

³⁶⁷ RIS-Justiz RS0022582, zuletzt OGH 5 Ob 169/06y.

³⁶⁸ Vgl OGH 10 ObS 195/01a.

³⁶⁹ *ZB F. Bydlinski*, Schadensverursachung 4 f; *Kleewein*, Hypothetische Kausalität 17 f; *Gimpel-Hinteregger*, Umwelthaftung 165; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/3; vgl auch *Rebhahn*, Staatshaftung 543 f; *Spindler*, AcP 208, 282 (288).

³⁷⁰ Dies ist insbesondere im Bereich der Haftung für Unterlassungen von Bedeutung, da eine Unterlassung naturwissenschaftlich gesehen nicht kausal für einen Schadenseintritt werden kann.

Der Kausalitätsbeweis ist insofern schwierig, als das Verhältnis von Ursache und Wirkung häufig der direkten Wahrnehmung entzogen ist und nur auf Erfahrungssätze gestützt werden kann. Daher erachtet die hM in diesem Bereich den Prima-facie-Beweis für zulässig.³⁷¹ Überhaupt hat die Rsp mit unterschiedlichen Mitteln versucht, dem Geschädigten den schwierigen Verursachungsnachweis zu erleichtern: In älteren E etwa spricht er im Zusammenhang mit Schutzgesetzverletzungen aus, die Kausalität müsse „*nicht mit voller Strenge*“ nachgewiesen werden.³⁷² Diese Judikatur ist allerdings vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich erst aus ihr die Anerkennung des Anscheinsbeweises entwickelte. In neueren E wird die genannte Formulierung daher in diesem Sinne verstanden.³⁷³

Insbesondere im Bereich der Arzthaftung möchte der OGH gelegentlich die Beweislast für die Kausalität eines Behandlungsfehlers umkehren.³⁷⁴ Dies kann im Ergebnis gerechtfertigt sein, zumal in manchen Fällen auch hier in Wahrheit das Instrument des Anscheinsbeweises angewendet wird, oder es gar nicht um Kausalität, sondern um rechtmäßiges Alternativverhalten geht,³⁷⁵ das nach hM der Schädiger beweisen muss.

Oft ergeben sich diese Beweislastprobleme auch aus dem oben angesprochenen Problem der Kausalität der Unterlassung:³⁷⁶ Ein Arzt, dem ein Kunstfehler unterläuft, wird regelmäßig nicht einem Verbot zuwider handeln, sondern dem Gebot, den Patienten nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu behandeln. Die Außerachtlassung dieser Verpflichtung ist schadenersatzrechtlich als Unterlassung zu werten. Für die Kausalität der Unterlassung wird aufgrund der Nähe zur Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens auch von einem Teil Lehre eine Beweislastverschiebung auf den

³⁷¹ Zum Institut des Prima-facie-Beweises siehe oben Kap C6.1.2.

³⁷² ZB OGH 3 Ob 701/50 = EvBl 1951/69.

³⁷³ Vgl etwa zuletzt OGH 6 Ob 303/05k.

³⁷⁴ OGH 6 Ob 688/90 (RIS-Justiz RS0026412 T5); 6 Ob 604/91 = JBl 1992, 522 (ausführliche Besprechung siehe unten Kap E1.3); 4 Ob 137/07m = Zak 2007/651; 1 Ob 138/07m = Zak 2008/244. Der deutsche BGH bürdet in stRsp dem Arzt, dem ein grober Behandlungsfehler unterlaufen ist, die Beweislast für die Verursachung auf (zB BGH VI ZR 34/03 = NJW 2004, 2011; VI ZR 328/03 = NJW 2005, 427; zuletzt VI ZR 118/06 = NJW 2008, 1304).

³⁷⁵ *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht, 7. Lfg II/22; *derselbe*, JBl 2009, 137 (140),

³⁷⁶ Siehe zur Abgrenzung der Kausalität der Unterlassung vom rechtmäßigen Alternativverhalten und den daraus resultierenden Problemen oben Kap B2.5.

Täter vertreten.³⁷⁷ Folgt man dieser Ansicht, sind viele dieser E des OGH zur Beweislastumkehr gerechtfertigt.³⁷⁸ ME ist eine Beweislastumkehr für die Kausalität aber in jedem Fall verfehlt.³⁷⁹ Das Abweichen von der allgemeinen Beweislastregel bedarf nach hM eines besonderen Grundes, die bloße Schwierigkeit der Beweisführung oder sogar deren Unmöglichkeit reicht nicht aus.³⁸⁰ Eine besondere „Nähe zum Beweis“, die eine Beweislastverschiebung rechtfertigen könnte,³⁸¹ liegt in den Arzthaftungsfällen idR hinsichtlich der Kausalität auch nicht vor, da die konkreten Vorgänge im Körper des Patienten für Kläger und Beklagten in gleicher Weise im Dunklen liegen.³⁸²

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass der Geschädigte den Richter davon überzeugen muss, dass die Kausalität des Verhaltens des Täters mit hoher Wahrscheinlichkeit³⁸³ gegeben ist. Der Kausalitätsbeweis gelingt ihm in Form eines Prima-facie-Beweises³⁸⁴ auch dann, wenn er ein Ereignis nachweisen kann, über das es einen allgemeinen Erfahrungssatz mit dem Inhalt gibt, dass ein solches Ereignis typischerweise Schäden wie die gegenständlichen herbeiführt, und der Täter keine Gründe nachweisen kann, warum im konkreten Fall ein anderer als der typische Ablauf stattgefunden haben könnte. Eine gesetzliche Abweichung von dieser Regel behandelt das folgende Kapitel.

6.2.2 Alternative Kausalität als reines Beweisproblem?

Die Unterschiede zwischen den Lösungswegen, die für die Fälle der Kausalitätskonkurrenz von einem Haftungsgrund und einem dem Geschädigten zuzurechnenden Verhalten vertreten werden, lassen sich im Wesentlichen auf die Frage zurückführen, ob die Regeln über die Haftung ohne Verursachungsnachweis dem

³⁷⁷ ZB *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/12 mwN zur Judikatur, ihm folgend *Karner* in KBB² § 1295 Rz 14; aA *Welser*, ZVR 1976, 1 (7 f).

³⁷⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/11. So liegen zB den E OGH 6 Ob 702/89 = SZ 63/90; 4 Ob 137/07m = JBl 1992, 522; 6 Ob 3/98d und 3 Ob 209/07t Kunstfehler in Form von Unterlassungen zugrunde.

³⁷⁹ So auch *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/11; *Kletečka*, JBl 2009, 137 (141); aA *Juen*, Arzthaftung² 241.

³⁸⁰ RIS-Justiz RS0039939 T12, OGH 4 Ob 31/91 = MR 1991, 205; 4 Ob 124/93 = MR 1994, 37; 9 ObA 7/98i; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² Vor § 266 ZPO Rz 33.

³⁸¹ *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² Vor § 266 ZPO Rz 34.

³⁸² Vgl *Hofmann*, Beweislast 18. AA offenbar *Juen*, Arzthaftung² 241.

³⁸³ Zum Regelbeweismaß oben Kap C6.1.1.

³⁸⁴ Zum Prima-facie-Beweis oben Kap C6.1.2.

materiellen Schadenersatzrecht oder dem Beweisrecht zuzuordnen sind. Während *Franz Bydlinski* seine Theorien zur alternativen Kausalität auf dem materiellen Recht aufbaut,³⁸⁵ sieht ein Teil der Lehre³⁸⁶ die Haftung alternativ kausaler Täter als reine Beweislastregel, die den Beweis der Kausalität dem potentiell kausalen Täter auferlegt.

Gegen die Beweislastdeutung bringt *Franz Bydlinski* das Argument, eine Vermutung mit dem Inhalt, alle möglichen Täter hätten den Schaden verursacht, „ginge [...] auf etwas gewiß Unrichtiges und wäre daher absurd.“³⁸⁷ *Reischauer*³⁸⁸ und *Kletečka*³⁸⁹ wenden dagegen ein, dass eine Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Verursachung nicht zu einer solchen Vermutung führen würde, da im Prozess nur das Verhältnis zwischen dem Geschädigten und jedem einzelnen möglichen Schädiger zu betrachten ist.³⁹⁰

Ganz unproblematisch ist die Betrachtung der Regeln über die alternative Kausalität als Beweislastfragen aber nicht: Die Haftung des alternativ kausalen Täters wird ja aus der in den §§ 1301 f ABGB geregelten vollen Haftung des Beteiligten, dessen Anteil am Schaden sich nicht bestimmen lässt, abgeleitet. In diesem Fall kann aber keineswegs von einer Vermutung für die Kausalität gesprochen werden, da feststeht, dass der Beteiligte nicht den gesamten Schaden verursacht hat. Dass für die analoge Anwendung der §§ 1301 f ABGB hinsichtlich der Zuordnung zum materiellen Schadenersatz bzw Beweisrecht etwas anderes gelten soll als für den Grundfall, ist schwer zu begründen.

Dennoch ist auch die genannte Bestimmung des ABGB dem Beweisrecht sehr nahe und nur im Zusammenhang mit diesem anwendbar, setzt sie doch voraus, dass im Beweisverfahren die Schadensanteile nicht ermittelt werden konnten. Daher verfolgt sie denselben Zweck wie eine Beweislastregel, nämlich die Klärung der Frage, wie bei

³⁸⁵ „Entscheidend ist zunächst einmal, dem Verschwinden wichtiger Teile des materiellen Schadenersatzrechts unter der Tarnkappe beweismethodischer Hilfsbewägungen entgegenzuwirken.“ *F. Bydlinski*, FS Beitzke 3 (34).

³⁸⁶ *Reischauer*, Entlastungsbeweis 113; *Jabornegg*, VR 1988, 37 (54); *Reischauer* in *Rummel*³ § 1302 Rz 12; *Kletečka*, JBl 2009, 137 (140). Zum § 830 Abs 1 S 2 BGB *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2¹³ 578 f.

³⁸⁷ *F. Bydlinski*, FS Beitzke 3 (8).

³⁸⁸ In *Rummel*³ § 1302 Rz 12.

³⁸⁹ JBl 2009, 137 (140 Fn 26).

³⁹⁰ Dieselbe Ansicht vertreten auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2¹³ 572.

einem non liquet zu entscheiden ist, und die Entlastung einer der Parteien (hier des Geschädigten) von Beweisschwierigkeiten.

Letztlich kann jedoch dahin gestellt bleiben, ob man die Regeln über die Haftung des Nebentäters und des alternativ kausalen Täters dem Beweisrecht oder dem materiellen Schadenersatzrecht zuordnet – entscheidend ist die Erkenntnis, dass sie in der Regel erst im Prozess wirksam werden, da erst der Richter entscheiden kann, ob ein non liquet vorliegt, und damit eine derartige Nähe zum Beweisrecht aufweisen, dass sie nicht unabhängig davon gesehen werden können.

Erkennt man eine materiell-rechtliche Regel an, die eine Haftung für bloß mögliche Kausalität statuiert, müsste sich der Richter im Prozess fragen, ob er davon überzeugt ist, dass das Ereignis mit hoher Wahrscheinlichkeit (Beweismaß) wahrscheinlich kausal war (erheblicher Kausalitätsverdacht als Tatbestandsmerkmal). Diese Doppelung des Wahrscheinlichkeitsurteils lässt sich mE nicht vernünftig auflösen, da eine materiell-rechtliche Kategorie „Wahrscheinlichkeit“ inhaltlich nichts Anderes sein kann als die beweisrechtliche. Selbst wenn sich dogmatisch irgendeine feinsinnige Unterscheidung zwischen materiell-rechtlicher und beweisrechtlicher Wahrscheinlichkeit festmachen ließe, ginge dies an der Praxis vorbei, da das zentrale Element des Beweises letztlich die subjektive Überzeugung des Richters ist.

*Rebhahn*³⁹¹ versucht das Problem zu lösen, indem er das Tatbestandselement des erheblichen Kausalitätsverdachts, also der „wahrscheinlichen Verursachung“ umformuliert: Ein sachkundiger Beobachter müsse vom Vorliegen der Kausalität überzeugt sein. Unklar bleibt allerdings, warum der hypothetische Beobachter zu einem anderen Ergebnis (nämlich der vollen Überzeugung) kommen sollte als der Richter. Auch der Beobachter könnte nur dasselbe Wahrscheinlichkeitsurteil fällen, womit man wieder bei der Ausgangssituation angelangt ist.

*Kozioł*³⁹² sieht die konkrete Gefährlichkeit in jenen Fällen als gegeben an, in denen „*bei isolierter Betrachtung jeden einzelnen Ereignisses*“³⁹³ [...] *dessen Ursächlichkeit auf*

³⁹¹ Staatshaftung 572 f.

³⁹² Haftpflichtrecht I¹³ Rz 3/31 und 3/33.

Grund des räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs und der konkreten Gefährlichkeit so wahrscheinlich wäre, daß sie als erwiesen angesehen werden müßte.“ Gerade diese Formulierung macht jedoch deutlich, dass es nur eine Kategorie der „Wahrscheinlichkeit“ geben kann: In Einzelbetrachtung sei ein Ereignis so hochwahrscheinlich kausal, dass man die Verursachung als bewiesen ansehen müsste. Das Hinzutreten einer oder mehrerer weiterer möglicher Ursachen senkt den Wahrscheinlichkeitsgrad ab. Warum sich das Problem bei Absinken der Wahrscheinlichkeit unter das Regelbeweismaß in ein materiell-rechtliches Phänomen verwandeln soll, bleibt im Dunklen.

Wie erwähnt, kommt es im Ergebnis gar nicht darauf an, welchem Rechtsgebiet man die besprochenen Regeln zuordnet, sondern auf die Feststellung, dass den Regeln dieselben Zwecke zugrunde liegen wie einer Beweislastnorm. Damit wird nämlich deutlich, dass der Grund der Haftung des Nebentäters und des alternativ kausalen Täters nicht in der Anerkennung einer Haftung für mögliche Kausalität liegt, sondern in der Entlastung eines aus besonderem Grund schützenswerten Geschädigten. Dieser besondere Grund wiederum ist in beiden Fällen darin zu erkennen, dass dem Geschädigten jedenfalls ein Ersatz zustünde, egal zu wessen Lasten der Beweis der Kausalität (bzw der Kausalität hinsichtlich der Schadensanteile) ausgeht.³⁹⁴

6.2.3 „Alternative Kausalität mit dem Zufall“ als unsichere Kausalität

Die Analyse der Haftung für alternative Kausalität aus beweisrechtlicher Sicht zeigt zweierlei: Zum einen führt die „Verdoppelung“ des Kriteriums der Wahrscheinlichkeit zu dogmatischen und praktischen Problemen. Dies gilt im Bereich der Teilungstheorie freilich genauso wie bei der alternativen Kausalität zweier Haftungsgründe. Der zweite Punkt, der erheblichen Einfluss auf die Teilungstheorie hat, ist der herausgearbeitete

³⁹³ Hinsichtlich der Verwendung dieses Begriffes dürfte *Koziol* einem Missverständnis unterliegen: *Larenz/Canaris* (Schuldrecht II/2¹³ 572) meinen mE wie *Reischauer* (in *Rummel*³ § 1302 Rz 12) und *Kletečka* (JBI 2009, 137 [140 Fn 26]) die Betrachtung des individuellen Anspruchsverhältnisses zwischen Geschädigtem und einem möglichen Schädiger, nicht aber, dass bei der Kausalitätsprüfung die weiteren möglichen Ursachen außer Betracht bleiben sollen. Vielmehr soll bei mehreren möglichen Schädigern der Belangte den Kausalitätsbeweis des Klägers nicht durch den Verweis auf die anderen entkräften können, sondern seinerseits beweisen müssen, dass er gerade nicht kausal war, sodass der Kläger im Ergebnis nur beweisen muss, dass nur sein Gegner oder jemand anderer einen kausalen Haftungsgrund gesetzt haben kann.

³⁹⁴ *Kletečka*, JBI 2009, 137 (140).

Grund für die Haftung nach §§ 1301 f ABGB (analog): Anders als im Fall der Nebentäterhaftung und der alternativen Kausalität zweier Haftungsgründe steht dem Geschädigten bei möglicher Ursächlichkeit eines Zufalls eben nicht unabhängig von der Klärung der Kausalfrage Ersatz für seinen Schaden zu. Das wesentliche Motiv für die Beweiserleichterung fehlt also in den Fällen der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“. Das alles legt es mE nahe, in diesen Fällen trotz des verpönten „Alles-oder-nichts-Prinzips“ nach dem allgemeinen Beweisrecht vorzugehen.

Geht man davon aus, dass eine Teilhaftung nach Verursachungswahrscheinlichkeit im österreichischen Schadenersatzrecht nicht möglich ist, stellt sich die Fallgruppe der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ als bloße Unsicherheit beim Versuch des Beweises des Kausalzusammenhangs dar.³⁹⁵ Die Lösung kann in diesem Fall also in der Tat nur „alles oder nichts“ lauten: Dem Geschädigten obliegt der Beweis, dass das Verhalten des potentiellen Schädigers seinen Schaden verursacht hat. Besteht zwischen möglicher Ursache und Schaden typischerweise ein Zusammenhang, kommt dem Geschädigten der Prima-facie-Beweis zu gute. In den hier besprochenen Fällen kann der mögliche Schädiger allerdings die zufällige Reserveursache zur Entkräftung des Anscheinsbeweises anführen. Die Möglichkeit der zufälligen Beschädigung schlägt daher zulasten des Geschädigten aus, sodass er leer ausgeht.³⁹⁶

³⁹⁵ Zur hier vertretenen Ansicht, dass die „alternative Kausalität mit dem Zufall“ keine eigene Fallgruppe darstellt, siehe eingehend Kap C5.3.

³⁹⁶ Zum selben Ergebnis kommt *Kletečka*, JBl 2009, 137 (142).

7 *Ergebnis*

In den vorangegangenen Kapiteln wurde die Lehre und Rsp, die eine Haftung ohne Verursachungsnachweis zulassen will, einer eingehenden Überprüfung unterzogen. Es zeigt sich, dass die Kausalität des fraglichen Ereignisses für den eingetretenen Schaden als Haftungskriterium nicht so weitgehend aufgegeben werden kann, wie dies die Teilungstheorie verlangt, und diese daher mit dem geltenden Recht nicht vereinbar ist. Im Folgenden sollen die gewonnenen Argumente zusammengefasst dargestellt werden.

Zunächst ist festzuhalten, dass eine Haftung ohne Verursachung oder Nachweis derselben dem österreichischen Recht nicht völlig fremd ist. Die §§ 1301 f ABGB ordnen schon in ihrem Grundanwendungsbereich eine solche an, nämlich dort, wo einer von mehreren Schädigern ohne Rücksicht auf den von ihm verursachten Anteil für den gesamten Schaden haftet.³⁹⁷ *Franz Bydlinski* hat überzeugend nachgewiesen,³⁹⁸ dass eine Analogie auf die Fälle alternativer Kausalität mehrerer Haftungsgründe zwingend ist, da die Grundwertung des Falls der nicht feststellbaren Schadensanteile – nämlich dem zweifellos ersatzberechtigten Geschädigten die Beweisschwierigkeit abzunehmen – dieselbe ist.

Dies gilt aber gerade nicht für jene Fälle, in denen nicht mehrere Haftungsgründe alternativ kausal waren, sondern ein dem Geschädigten zuzurechnenden Umstand als mögliche Ursache hinzutritt. Hier passt die Grundwertung der Norm nicht mehr,³⁹⁹ eine einfache Gesetzesanalogie ist nicht möglich.

Die Rechtsfolge – die Ersatzpflicht nach der Verursachungswahrscheinlichkeit – ist dem österreichischen Schadenersatzrecht an sich völlig fremd.⁴⁰⁰ Einzig mögliche Grundlage für eine bloße Teilhaftung bietet die Mitverschuldensregel des § 1304

³⁹⁷ Das ist bei vorsätzlichem Handeln und bei Unbestimmbarkeit der Anteile der Fall.

³⁹⁸ Grundlegend *F. Bydlinski*, JBl 1959, 1. Siehe dazu oben Kap C2.1 mwN.

³⁹⁹ *Kletečka* (JBl 2009, 137 [139]) sieht darin das entscheidende Argument gegen die Teilungstheorie. Auch *F. Bydlinski* (FS Frotz 3 [4]) gesteht dies zu.

⁴⁰⁰ So auch *Kletečka* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, HB Medizinrecht, 7. Lfg II/22. Zur Kritik an der Proportionalhaftung siehe auch unten Kap D2.3.

ABGB, deren Systematik aber, wie oben erläutert,⁴⁰¹ nicht mit jener der Teilungstheorie übereinstimmt.

Auch die Einbeziehung der Prinzipien des Schadenersatzrechts bringt kein eindeutiges Ergebnis. Während der Gedanke der Gewinnabwehr ganz eindeutig gegen eine Teilhaftung bei bloß möglicher Kausalität spricht, ist unter dem Aspekt der Prävention eine Ersatzpflicht eher geboten. Da das österreichische Haftpflichtrecht aber insgesamt nur in einem eingeschränkten Bereich schadensverhütend wirkt und überdies bezweifelt werden muss, dass eine signifikante Anzahl von Tätern vor der Ausführung ihrer Tat zurückschreckt, weil der Nachweis einer fünfzigprozentigen Kausalitätswahrscheinlichkeit für eine Haftung ausreicht, kommt dem Argument der Prävention auch keine besondere Überzeugungskraft zu.⁴⁰²

Das methodische Fundament der Teilungstheorie ist also nicht tragfähig.⁴⁰³ Umso zwingender müssten die Argumente für eine Notwendigkeit einer solchen Haftung nach den Grundsätzen der Rechtsordnung sein. Auch hier lassen sich aber gewichtige Gründe gegen eine Schadenersatzpflicht des nur möglicherweise kausalen Täters finden.

Schon hinsichtlich der Frage, ob es gerechter und billiger ist, den potentiell kausalen Täter in den fraglichen Fällen haften zu lassen, als am strengen Kausalitätsbeweis festzuhalten, können mit guten Argumenten unterschiedliche Ansichten vertreten werden. Auffällig ist jedenfalls, dass im vorliegenden Zusammenhang erstaunlich oft die dogmatische Argumentationslinie verlassen und auf Billigkeitserwägungen zurückgegriffen wird.⁴⁰⁴ Offenbar weist das bloße Gerechtigkeitsempfinden, wann eine Haftung des potentiell kausalen Täters eingreifen soll, aber je nach Ausgestaltung des Einzelfalls in die eine oder andere Richtung. Dies dürfte mit ein Grund sein, warum die

⁴⁰¹ Siehe Kap C4.2.

⁴⁰² Vgl zum Einfluss der schadenersatzrechtlichen Prinzipien auf eine Haftung für mögliche Kausalität oben Kap C3.4.

⁴⁰³ Dass auch kein Funktionswandel eingetreten ist, wurde oben (Kap C4.4) nachgewiesen.

⁴⁰⁴ F. Bydlinski bringt Gerechtigkeit und Billigkeit immer wieder als zentrales Argument für seine Theorie ins Spiel: AcP 158, 410 (427) („deutliches Gefühl der Unbilligkeit“); Schadensverursachung 90 („schlechthin ungerecht“); FS Beitzke 3 (33) („Der Gerechtigkeitsgehalt dieses Lösungsweges scheint mir evident zu sein.“); FS Frotz 3 (4) („Das Gerechtigkeitsgebot des Gleichmaßes spricht entschieden dagegen.“). Ebenso argumentiert der OGH in der Asphyxie-E 4 Ob 554/95 („eine dem Gerechtigkeitsgebot entsprechende Problemlösung“ im Gegensatz zu „unverständlichen und unbilligen Extrem Lösungen“), dazu unten Kap E1.7.

Vertreter der Teilungstheorie die Haftung auf erheblichen Kausalitätsverdacht und insbesondere grobes Verschulden einschränken wollen. Gerade in jenen Fällen der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“, die die Vertreter der Teilungstheorie vor Augen haben, nämlich die, in denen sich das zufällige Ereignis derartig eingrenzen lässt, dass es fast wie ein alternativ kausaler Täter wirkt,⁴⁰⁵ wird die Teilhaftung offenbar als billiger empfunden als jede „Alles-oder-nichts-Lösung“. Schwerer fällt das Gerechtigkeitsurteil hingegen, wenn bloß abstrakt bleibende Zweifel an der Kausalität bestehen.⁴⁰⁶

Der Billigkeitserwägung, die zu einer Teilhaftung führen soll, scheint die Vorstellung zugrunde zu liegen, dass die Gefahr abgewehrt werden müsse, dass ein Schädiger durch ein rein zufälliges Ereignis von seiner Ersatzpflicht befreit werde. *Rebhahn*⁴⁰⁷ spricht etwa von einem „*unverdienten Glücksfall*“ für den Täter.⁴⁰⁸ Diese Sichtweise trägt dem Umstand zu wenig Rechnung, dass eben in den fraglichen Konstellationen unbekannt ist, ob der Betroffene überhaupt „Schädiger“ oder „Täter“ geworden ist. Sie dürfte von der Vorstellung ausgehen, dass das Beweisrecht völlig unzulänglich ist, wenn es darum geht, die Kausalität des rechtswidrig und schuldhaft Handelnden im Prozess der Realität entsprechend abzubilden. Es darf aber nicht übersehen werden, dass dieses Risiko der unzureichenden Feststellung der Tatsachen auf beiden Seiten in gleicher Weise besteht und es letztlich nur um die Frage gehen kann, wem dieses Risiko aufgebürdet werden soll.⁴⁰⁹

Es bleibt unklar, warum gerade das Hinzutreten eines möglicherweise kausalen, zufälligen Ereignisses einen so besonderen „*unverdienten Glücksfall*“ darstellen soll. Wie bereits an anderer Stelle erörtert,⁴¹⁰ bewirkt schon die Grundvoraussetzung einer Haftung, der Eintritt eines Schadens, dass irgendwelche Zufälligkeiten über die

⁴⁰⁵ Etwa in jenen Fällen, in denen einer der Schädiger deshalb nicht haftet, weil er gerechtfertigt oder entschuldigt ist.

⁴⁰⁶ Dieser Umstand führte wiederum zu Versuchen der Einschränkung des Anwendungsbereichs der Teilungstheorie. Dazu sogleich und oben Kap C5.

⁴⁰⁷ Staatshaftung 608.

⁴⁰⁸ *Larenz/Canaris* (Schuldrecht II/2¹³ 578 f) sehen in dem „*unverdienten Glücksfall*“ sogar die ratio der – im deutschen Recht gesetzlich explizit geregelten – Haftung bei alternativer Kausalität mehrerer Täter und kommen so zu einer analogen Anwendung des § 830 Abs 1 S 2 BGB im Sinne der Teilungstheorie.

⁴⁰⁹ Diese Fragestellung weist freilich deutlich in den Bereich der Beweislastverteilung.

⁴¹⁰ Siehe Kap B2.2.

Ersatzpflicht entscheiden – etwa wenn die Tatausführung rein zufällig oder gar nur deshalb misslingt, weil das Opfer besondere Vorsorge getroffen hat. Aber auch dann, wenn ein dem Geschädigten zuzurechnendes Ereignis in der Form zwischen die Tathandlung und den möglichen Schadenseintritt tritt, dass nur dieses kausal für den Schaden wurde, so kann der noch so böswillig Handelnde keinesfalls zu irgendeiner Ersatzpflicht herangezogen werden. Es lassen sich unzählige „Glücksfälle“ konstruieren, die eine Haftung des Täters ausschließen.

In diesem Zusammenhang lassen die Vertreter der Teilungstheorie eine weitere Frage offen: Warum soll unter allen erdenklichen Beweisschwierigkeiten des Geschädigten gerade bei dieser einen so großzügige Hilfe angeboten werden?⁴¹¹ Weder der möglicherweise eintretende Schaden, noch die potentielle Rechtswidrigkeit oder ein wahrscheinliches Verschulden können eine Haftung begründen. Für die im Gesetz geregelten Fälle der Haftung ohne Verursachungsnachweis und für die Fälle der alternativen Kausalität mehrerer Haftungsgründe lässt sich die Frage beantworten: Der „an sich feststehende“ Ersatzanspruch des Geschädigten rechtfertigt die Erleichterung.⁴¹² Für die hier interessierenden Fälle lässt sich keine vergleichbare Antwort finden.

Im Zusammenhang mit der Haftung für potentielle Kausalität wird immer wieder der „Alles-oder-nichts-Grundsatz“ des Prozessrechts als unbillig kritisiert. Diesbezüglich ist anzumerken, dass dieser Grundsatz außerhalb der Kausalitätsdebatte unumstritten ist. Wie erwähnt, macht es für den zur Gänze negativen Prozessausgang keinen Unterschied, ob der Beklagte sicher nicht oder aber möglicherweise oder sogar wahrscheinlich fahrlässig gehandelt hat, eine Haftung kann erst bei Erreichen des Beweismaßes der hohen Wahrscheinlichkeit eingreifen.⁴¹³ Darüber hinaus kann auch die Teilungstheorie in dieser Hinsicht dem Gerechtigkeitserfordernis nicht genügen: Die Einschränkung auf Fälle mit erheblicher Verursachungswahrscheinlichkeit führt dazu, dass keine durchgehende Abstufung der Teilhaftung stattfindet, sondern diese nach

⁴¹¹ Kletečka, JBl 2009, 137 (142).

⁴¹² F. Bydlinski (FS Beitzke 3 [11]) stellt dieselbe Frage im Zusammenhang mit der Haftung bei alternativer Kausalität zweier Haftungsgründe und beantwortet sie genauso, ohne allerdings auf die Konsequenzen für die Haftung bei „alternativer Kausalität mit dem Zufall“ einzugehen.

⁴¹³ Dies gilt freilich nur außerhalb des Anwendungsbereichs des § 1298 ABGB.

unten mit 50 % begrenzt ist. Insofern kann man mit *Kletečka*⁴¹⁴ von einem „Die-Hälfte-oder-nichts-Prinzip“ sprechen. Dies schwächt die Härte „alles oder nichts“ zwar ab, der Gerechtigkeitsgehalt ist für denjenigen, der nur einen nicht ganz gleich wahrscheinlichen Haftungsgrund im Vergleich zum zufälligen Ereignis nachweisen kann und daher gar keinen Ersatz bekommt, aber wohl kaum größer.

Der zentrale Einwand bleibt schließlich jener *Welsers*:⁴¹⁵ Wenn immer die Kausalität nicht eindeutig ist, kommt als Mitverursacher irgendein Zufall in Betracht. Mit anderen Worten: Es besteht kein struktureller Unterschied zwischen jenen Fällen, die die Befürworter der Teilungstheorie vor Augen haben und jenen, in denen die Kausalität einfach nicht nachweisbar ist. Die Abgrenzungsversuche können nicht überzeugen, weil sie letztlich auf das rein begriffliche, aber nicht inhaltliche Unterscheidungskriterium hinauslaufen, ob sich die statistische Restwahrscheinlichkeit der Nicht-Verursachung durch den Täter irgendwie benennen lässt (Stichwort „Operationsrisiko“).⁴¹⁶

Im Übrigen hätte die Teilungstheorie kaum einen Anwendungsbereich, wenn man auch diese eher abstrakten Begriffe ausklammert und strikt ein konkret erklärbares, zufälliges Ereignis fordert, um zu einer Teilhaftung des potentiell kausalen Täters zu gelangen: Die gegenständlichen Fälle sind ja geradezu dadurch gekennzeichnet, dass sich die Abläufe nicht so einfach klären lassen.

Da eine Abgrenzung misslingt, muss man mit *Welser* davon ausgehen, dass die Konsequenz der Teilungstheorie eine Haftung für bloß mögliche Kausalität ist. Dass im österreichischen Schadenersatzrecht verankerte Prinzip, dass nur für die Verursachung eines Schadens gehaftet wird, würde damit jede Bedeutung verlieren. Die vorgeschlagenen Einschränkungen⁴¹⁷ – zB die Voraussetzung des groben Verschuldens – liegen auf einer ganz anderen Ebene und ändern daher nichts an der grundsätzlichen Feststellung, dass die Teilungstheorie das Erfordernis der Kausalität völlig aushebelt. So würde etwa die genannte Eingrenzung bedeuten, dass bei grober Fahrlässigkeit und

⁴¹⁴ JBl 2009, 137 (142).

⁴¹⁵ ZfRV 1968, 38 (42 f).

⁴¹⁶ *Kletečka*, JBl 2009, 137 (141).

⁴¹⁷ Vgl *F. Bydlinski*, FS Beitzke 3 (33 f); *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/38.

Vorsatz immer für bloß mögliche Kausalität gehaftet wird. Dies wäre aber eine ebenso große Umgestaltung des österreichischen Schadenersatzrechts.

Nach eingehender Analyse kommt man zu dem Ergebnis, dass die Fälle der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ keine eigene Fallgruppe bilden, sondern nur eine nicht sinnvoll abgrenzbare Ausformung der Schwierigkeit des Kausalitätsbeweises für den Geschädigten darstellen. Es führt daher mE kein Weg daran vorbei, die Lösung im Prozessrecht zu suchen.

Im Ergebnis ist eine Haftung ohne Kausalitätsnachweis nach geltendem Recht nur dort möglich, wo eine Beweiserleichterung zugunsten des Geschädigten gerechtfertigt ist. – Dies ist aufgrund der grundsätzlich feststehenden Ersatzberechtigung bei der Haftung des Nebentäters und bei der Haftung für alternative Kausalität zweier Haftungsgründe der Fall, nicht aber bei sonstigen bloßen Unsicherheiten bei der Feststellung des Kausalzusammenhanges.

D Aktuelle Entwicklungen und Diskussionen rund um die Verursachungsproblematik

1 Reform des österreichischen Schadenersatzrechts?

1.1 Reformbestrebungen

Die Grundregeln des österreichischen Schadenersatzrechts finden sich nach wie vor im ABGB, und zwar im Dreißigsten Hauptstück des Zweiten Teils „Vom Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung“ (§§ 1293 – 1341), welches in weiten Teilen noch in der Stammfassung von 1811 in Geltung ist. Die letzte umfassende Überarbeitung fand mit der III. Teilnovelle⁴¹⁸ im Jahr 1916 statt. Über punktuelle Novellierungen hinausgehende Neuerungen wurden in zahlreichen Nebengesetzen normiert, man denke etwa an das EKHG⁴¹⁹ oder das PHG⁴²⁰. Um die alten Regelungen des ABGB auf aktuelle Lebenssachverhalte anzupassen, die der historische Gesetzgeber vor 200 Jahren freilich nicht vorhersehen konnte, hat sich das allgemeine Schadenersatzrecht weitgehend in den Bereich des Richterrechts verlagert⁴²¹ – so beruht ja auch die in der vorliegenden Arbeit besprochene Haftung für alternative Kausalität auf Lehre und Rsp. Aufgrund der Zersplitterung des Haftpflichtrechts mangelt es an einem geschlossenen System⁴²² und kommt es zu Wertungswidersprüchen⁴²³. Das Gewicht der Judikatur ist darüber hinaus in Bezug auf die Rechtssicherheit problematisch. Will das Schadenersatzrecht ein Mindestmaß an Präventionswirkung erzielen, ist Klarheit der Tatbestände und Vorhersehbarkeit der Rechtsfolgen für den Normunterworfenen notwendig.

Es besteht ein breiter Konsens über die Reformbedürftigkeit einzelner Bereiche des Haftpflichtrechts. So wird etwa die Gehilfenhaftung des ABGB als veraltet

⁴¹⁸ RGBl 1916/69, in Kraft getreten am 1. 1. 1917 (Teile schon am 1. bzw 15. 4. 1916).

⁴¹⁹ BGBl 1959/48, in Kraft getreten am 1. 6. 1959.

⁴²⁰ BGBl 1988/99, in Kraft getreten am 1. 7. 1988.

⁴²¹ Griss, JBl 2005, 273 (274).

⁴²² Hopf in Griss/Kathrein/Koziol, Entwurf 17 (17). So mangelt es etwa an einer allgemeinen Regel für die Gefährdungshaftung, vgl Griss, JBl 2005, 273 (274).

⁴²³ Hopf (in Griss/Kathrein/Koziol, Entwurf 17 [17]) nennt das Beispiel des Ersatzes bei entgangener Urlaubsfreude nach § 31e Abs 3 KSchG (eingeführt mit BGBl I 2003/91), der zur ansonsten eher restriktiven Haltung des ABGB zum Ersatz immaterieller Schäden im Widerspruch steht.

angesehen⁴²⁴ und die Neuordnung und Verallgemeinerung der Gefährdungshaftung⁴²⁵ als notwendig erachtet.

Ein unvermeidlicher Streitpunkt ist die Frage, ob das Schadenersatzrecht in seiner Gesamtheit einer neuen Regelung unterzogen werden muss, oder ob punktuelle Novellierungen ausreichen.⁴²⁶ Als Argument gegen eine Gesamtreform wird va angeführt, dass eine solche eine „jahrzehntelange Rechtsunsicherheit“⁴²⁷ zur Folge hätte. Dem ist mE insoweit beizupflichten, als man Regelungen, die inhaltlich nicht abgeändert werden sollen, beibehalten sollte, um eine Fortführung der Judikatur und Lehre zu ermöglichen.⁴²⁸ Solche rein praktischen Erwägungen sollten allerdings einer inhaltlich notwendigen Reform nicht im Wege stehen.⁴²⁹

Bei jeder Reformbestrebung darf selbstverständlich die europäische Perspektive nicht außer Acht gelassen werden.⁴³⁰ Im Zuge des Vorhabens, eine Harmonisierung der europäischen Haftpflichtrechtssysteme zu erreichen, wurden zwei Entwürfe unterschiedlicher internationaler Gruppen erarbeitet, die sich mit den Prinzipien des europäischen Schadenersatzrechts befassen: Die „*Principles of European Tort Law*“ (PETL) der European Group on Tort Law⁴³¹ und die „*Principles of European Law on Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*“ (PET Liab Dam) der Study Group on a European Civil Code⁴³², die als VI. Buch Eingang in den Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens („*Draft Common Frame of Reference*“, DCFR) gefunden haben.⁴³³

⁴²⁴ Harrer in JBl 1996, 19 (23 f); derselbe in Schwimann³ Vor §§ 1293 ff Rz 6.

⁴²⁵ Harrer in JBl 1996, 19 (20 f); Griss, JBl 2005, 273 (274); Harrer in Schwimann³ Vor §§ 1293 ff Rz 6; gegen eine allgemeine Gefährdungshaftungsnorm Fischer-Czermak, NZ 2006, 1.

⁴²⁶ Zur Diskussion ausführlich Koziol, JBl 2008, 348 (348 ff).

⁴²⁷ Reischauer/Spielbüchler/Welser, Reform III 15.

⁴²⁸ So auch Huber, ZVR 2006, 472 (472).

⁴²⁹ Ähnlich Fischer-Czermak, NZ 2006, 1 (2).

⁴³⁰ Reischauer/Spielbüchler/Welser (Reform III 15) empfehlen daher, mit einer möglichen Gesamtreform jedenfalls solange zuzuwarten, bis die europäische Rechtsvereinheitlichung stärkere Konturen bekommt.

⁴³¹ Originaltext abgedruckt in Schmidt-Kessel/Müller, Reform I 195 ff, Übersetzung aus dem Englischen von Koch/Koziol/Magnus ebd 204 ff.

⁴³² Englischer Originaltext abgedruckt in Schmidt-Kessel/Müller, Reform I 214 ff.

⁴³³ Englischer Originaltext veröffentlicht in Bar/Clive/Schulte-Nölke, DCFR 131 ff. Die PET Liab Dam wurden bis auf wenige, kleine Ausnahmen unverändert in den DCFR übernommen, der Text zur Verursachung ist in beiden Entwürfen deckungsgleich.

Auch in Österreich haben sich gleich zwei Arbeitsgruppen mit der möglichen Reform des Schadenersatzrechts befasst. Im Jahr 2005 präsentierte die Forschungsstelle für Europäisches Schadenersatzrecht der Österreichischen Akademie der Wissenschaften den von einer Expertengruppe unter der Leitung von *Koziol* ausgearbeiteten „Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts“⁴³⁴ (im Folgenden: Entwurf *Koziol*), der eine umfassende Neuregelung nach dem Vorbild der PETL⁴³⁵ vorschlägt, die sich am „beweglichen System“ *Wilburgs*⁴³⁶ orientiert. Als Reaktion auf diesen Entwurf riefen *Reischauer*, *Spielbüchler* und *Welser* ihrerseits einen Arbeitskreis am Ludwig-Boltzmann-Institut für Gesetzgebungspraxis und Rechtsanwendung ins Leben, welcher 2008 seinerseits seine „Vorschläge“ veröffentlichte (im Folgenden: Entwurf *Reischauer*).⁴³⁷ Dieser zweite Entwurf orientiert sich am derzeitigen Normenbestand des ABGB, behält die bisher geltende Systematik bei und schlägt zu einzelnen Problemkreisen⁴³⁸ Reformen vor. Die beiden österreichischen Entwürfe unterscheiden sich also schon in der Herangehensweise grundlegend. Va der Entwurf *Koziol* war und ist in Presse⁴³⁹ und Literatur⁴⁴⁰ teils heftiger Kritik ausgesetzt. Im Folgenden sollen nur jene Bereiche der vorgeschlagenen Regelungen gegenüber gestellt werden, die für die Frage der Verursachung von Bedeutung sind.⁴⁴¹

⁴³⁴ Der Entwurf ist abgedruckt und kommentiert in *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf. Eine überarbeitete Fassung findet sich in JBl 2008, 365.

⁴³⁵ *Hopf* in *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf 17 (20).

⁴³⁶ Vgl etwa *Griss*, JBl 2005, 273 (274). Nachweise zur Entwicklung des beweglichen Systems bei *Koziol*, JBl 2006, 768 (780, Fn 106 ff).

⁴³⁷ Die kommentierten „Vorschläge eines Arbeitskreises“ finden sich in *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform III. *Schauer* bespricht den Entwurf in VR 2008, Heft 7-8, 40.

⁴³⁸ Dies sind insbesondere die Abschaffung des gegliederten Schadensbegriffs, die Gehilfenhaftung, die Gefährdungshaftung, die Umwelthaftung, der Bereich immaterieller Schäden und die Verjährungsregeln, siehe *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform III 15 ff.

⁴³⁹ *Harrer* in den Salzburger Nachrichten („Der Staatsbürger“) vom 27. 9. 2005; *Kerschner* in den OÖ Nachrichten vom 2. 11. 2005 und im Standard vom 28. 1. 2006; *Huber* in der Wiener Zeitung vom 11. 4. 2006; zitiert nach *Reischauer* in *Rummel*³ Vor §§ 1293 ff Rz 3.

⁴⁴⁰ Polemisch-kabarettistisch *Wilhelm*, *ecolex* 2005, 497; dagegen *F. Bydlinski*, JBl 2005, 676; va mit dem Argument der mangelnden Rechtssicherheit *Fischer-Czermak*, NZ 2006, 1; ausführlich und scharf *Reischauer*, ÖJZ 2006, 391; *derselbe* in *Rummel*³ Vor §§ 1293 ff; siehe auch *Harrer* in *Schwimann*³ Vor §§ 1293 ff Rz 6 ff; *Neumayr*, Zak 2006, 66; *Spielbüchler*, JBl 2006, 341; grundsätzlich zustimmend *Wagner*, JBl 2008, 2. Zum Entwurf *Reischauer* liegen bis dato nur zwei Besprechungen vor: *Koziol*, JBl 2008, 348 und *Reischauer*, JBl 2009, 405 und 484.

⁴⁴¹ In diesem Zusammenhang soll nicht unerwähnt bleiben, dass in der Schweiz ebenfalls eine Reform des Haftpflichtrechts diskutiert wurde. 1999 legten *Widmer/Wessner* einen Vorentwurf vor, der auf der Website des Schweizer Bundesamts für Justiz veröffentlicht ist (abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflich.Par.0007.File.tmp/vn-ve-d.pdf>), der aber nie in das Gesetzgebungsprogramm aufgenommen wurde. Anfang 2009 ließ der

1.2 Die Lösung der Zurechnungsfrage in den Entwürfen

Die beiden europäischen Entwürfe enthalten jeweils einen eigenen Abschnitt mit dem Titel „*Causation*“, also „Verursachung“. In den PETL ist dieses Kapitel mit sieben Artikeln gar das umfangreichste des gesamten Entwurfes,⁴⁴² das VI. Buch des DCFR hingegen kommt mit drei kurzen Regelungen aus.⁴⁴³ Sehr ausführlich behandelt auch der Entwurf *Koziol* in den fünf Absätzen seines § 1294 die Kausalität. Der § 1302 Abs 2 des Entwurfs *Reischauer*, der sich mit denselben Verursachungsproblemen auseinandersetzt, diese aber ganz anders löst, ist teilweise eher klarstellender Natur, um sich von der Lehre und Rsp zur aktuellen Rechtslage zu distanzieren. Die ausführliche Behandlung der Verursachungsproblematik ist wohl auch unter dem Blickwinkel einer Replik auf den Entwurf *Koziol* zu sehen. Der Umfang der Regelungsvorschläge ist insofern bemerkenswert, als das ABGB idgF keine vergleichbaren Bestimmungen enthält. Man muss in Anbetracht dessen wohl grundsätzlich anerkennen, dass ein gewisses Regelungsbedürfnis in diesem Bereich besteht.

Über die Ausgestaltung dieser Regelungen besteht aber alles andere als Einigkeit. Schon in der Frage nach dem grundsätzlichen Inhalt der Haftungsvoraussetzung der Kausalität wählen die vier genannten Entwürfe drei verschiedene Lösungen:

Die PETL schreiben in ihrem Art 3:101 die natürliche Kausalität im Sinne der Theorie von der *conditio sine qua non* fest: Ein Geschehen oder Verhalten sei dann Ursache des eingetretenen Schadens, wenn ohne dieses der Schaden nicht eingetreten wäre.⁴⁴⁴ Der Entwurf *Koziol* folgt diesem Beispiel und formuliert seinen § 1294 Abs 1 ganz ähnlich: „*Eine Handlung, eine Unterlassung oder ein anderes Ereignis ist Ursache eines Schadens, wenn dieser sonst nicht eingetreten wäre.*“

Schweizer Bundesrat verlautbaren, dass auf eine umfassende Reform des Haftpflichtrechts verzichtet werde.

⁴⁴² Chapter 3, Art 3:101 – 3:106, 3:201 PETL.

⁴⁴³ Book VI, Chapter 4, Art 4:101 – 4.103 DCFR, wobei dieses Kapitel im Zusammenhang mit anderen Normen gelesen werden muss, etwa mit der allgemeinen Anordnung der Solidarhaftung bei mehreren Haftenden (Art VI.-6:105).

⁴⁴⁴ Art 3:101. *Conditio sine qua non*.

An activity or conduct (hereafter: activity) is a cause of the victim's damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred.

Der DCFR hingegen formuliert die Verursachung wesentlich freier: „*A person causes legally relevant damage to another if the damage is to be regarded as a consequence of that person's conduct [...]*“.⁴⁴⁵ Ein Verhalten ist nach dem DCFR also dann kausal, wenn der eingetretene Schaden als Folge des Verhaltens anzusehen ist. Der Entwurf *Reischauer* verzichtet überhaupt auf eine ausdrückliche Bestimmung – wie im geltenden Recht lässt sich das Kriterium der Kausalität aus den einzelnen Normen erschließen – und behandelt ausgewählte Problemfelder in seinem § 1302 Abs 2.

Zur Frage, ob der Inhalt des Haftungskriteriums Kausalität durch eine gesetzliche Norm näher bestimmt werden sollte, kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zu den Verursachungstheorien im geltenden Recht verwiesen werden. Zusammengefasst ist mE der Begriff „Verursachung“ inhaltlich hinreichend bestimmt, sodass es keiner genaueren Beschreibung bedarf.⁴⁴⁶

Festzuhalten ist jedenfalls, dass die Ursächlichkeit im Sinne einer *conditio sine qua non* schon im geltenden Recht keine unbestrittene Haftungsvoraussetzung ist.⁴⁴⁷ Eine derartige Einschränkung des Verursachungsbegriffes führt auch dazu, dass sich einige Fallgruppen nicht befriedigend lösen lassen⁴⁴⁸ und Ausnahmeregelungen erfordern. Die gesetzliche Festschreibung der Theorie von der *conditio sine qua non*, wie es die PETL⁴⁴⁹ und der Entwurf *Koziol*⁴⁵⁰ vorsehen, ist daher mE nicht zielführend.⁴⁵¹

1.3 Die Behandlung der problematischen Fallgruppen in den Entwürfen

Völlig unterschiedlich lösen die einzelnen Entwürfe auch die problematischen Fallgruppen, insbesondere die Verursachung durch mehrere und jene Fälle, die unter den Schlagworten der kumulativen, überholenden und alternativen Kausalität zusammengefasst werden. Da sich der Entwurf *Koziol* inhaltlich auf die PETL stützt⁴⁵²

⁴⁴⁵ Art VI.-4:101 I DCFR.

⁴⁴⁶ Siehe dazu ausführlich oben Kap B3.

⁴⁴⁷ AA offenbar *Koziol*, JBl 2006, 768 (771 f).

⁴⁴⁸ Insbesondere die Fälle der kumulativen und der überholenden Kausalität, siehe oben Kap B4.

⁴⁴⁹ Art 3:101.

⁴⁵⁰ § 1294 Abs 1.

⁴⁵¹ So auch *Schmidt-Kessel/Müller*, Reform I 144.

⁴⁵² *Hopf* in *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf 17 (20).

und diesen daher sehr ähnlich ist, werden diese beiden Vorschläge unter einem behandelt.

1.3.1 DCFR: Einheitliche Lösung über einen weiten Kausalitätsbegriff

Der DCFR behandelt die Verursachung von allen Entwürfen am wenigsten ausführlich. Neben der oben dargestellten allgemeinen Verursachungsregel behandelt er nur drei Fallgruppen gesondert: Wie im § 1301 ABGB werden in Art VI.-4:102 Mittäter, Anstifter und sonstige Helfer den (direkten) Verursachern gleichgestellt. Art VI.-4:101 II enthält die Bestimmung, dass die Veranlagung des Geschädigten bei Körperverletzung oder Tod ohne Einfluss auf die Ersatzpflicht des Schädigers ist. Schließlich regelt der DCFR die „alternative Kausalität“⁴⁵³ mit der Figur der Vermutung:⁴⁵⁴ Kommen mehrere Ereignisse, für die jeweils ein möglicher Täter verantwortlich ist, als Ursachen in Betracht, so wird hinsichtlich eines jeden davon widerleglich vermutet, dass es den Schaden verursacht hat (Beweislastumkehr). In diesem Zusammenhang ist auch Art VI.-6:105 I beachtlich, der für mehrere Haftende immer die Solidarhaftung anordnet.

Aus der Zusammenschau dieser Regelungen ergeben sich daher mE folgende Rechtsfolgen: Bei alternativer Kausalität zweier Haftungsgründe sind beide möglichen Täter solidarisch verantwortlich. Ist die Verursachung insofern unklar, als eine mögliche Ursache dem Geschädigten zuzurechnen ist, muss man mittels Umkehrschluss aus der genannten Regelung wohl davon ausgehen, dass keine Haftung eintritt. Eine Analogie, wie sie im geltenden Recht für Fälle der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ vertreten wird, ist ausgeschlossen, weil man einer Arbeitsgruppe, die um die derzeit bestehenden Probleme Bescheid weiß, schwerlich eine planwidrige Lücke unterstellen kann.

⁴⁵³ Art VI.-4:103: Alternative Causes

Where legally relevant damage may have been caused by any one or more of a number of occurrences for which different persons are accountable and it is established that the damage was caused by one of these occurrences but not which one, each person who is accountable for any of the occurrences is rebuttably presumed to have caused that damage.

⁴⁵⁴ Zu diesem Ansatz für das geltende österreichische Recht siehe oben Kap C6.2.2.

Aufgrund des weiten Verursachungsbegriffes sind auch kumulativ kausale Täter als Verursacher anzusehen⁴⁵⁵, sodass ebenfalls die Solidarhaftung eingreift. In dieser Konstellation ist allerdings fraglich, inwieweit sich ein dem Geschädigten zuzurechnenden Zufall auf die Haftung des potentiellen Täters auswirkt. Da sich dazu keine Regelung findet, ist mE davon auszugehen, dass in einem solchen Fall eine Haftung nicht in Betracht kommt.⁴⁵⁶

Betreffend die Beachtlichkeit später eintretender Reserveursachen – Stichwort „überholende Kausalität“ – muss auch mit dem allgemeinen Verursachungsgedanken operiert werden: Grundsätzlich ist eine weitere Ursache wohl ohne Bedeutung, wenn der Schaden bereits herbeigeführt wurde.⁴⁵⁷ Bei den sog Anlageschäden ordnet der DCFR, wie erwähnt, die Unbeachtlichkeit der Prädisposition bei Personenschäden an.⁴⁵⁸

Es zeigt sich, dass sich die meisten Kausalitätsfälle tatsächlich mittels einer simplen Grundregel und wenigen Ergänzungen lösen lassen.⁴⁵⁹ Probleme treten aber dadurch auf, dass Auslegung und das Ziehen von Analogien und Umkehrschlüssen schwieriger als in geltenden Rechtsordnungen erscheinen, die sich auf ein großes Gerüst von unbestrittenen ergänzenden Theorien und Lehrmeinungen stützen können. Insofern erscheint eine etwas detailliertere Regelung, besonders hinsichtlich des Einflusses von Ursachen aus der Sphäre des Geschädigten, durchaus zweckmäßig.

1.3.2 Entwurf Koziol auf Grundlage der PETL: Differenzierte Einzelregelungen

Der Entwurf *Koziol* und die PETL regeln die Haftungsfolgen bei vielen problematischen Kausalitätskonstellationen völlig anders als das geltende österreichische Recht. Eine Übereinstimmung aller genannten Regelungsvorschläge und der geltenden Rechtslage findet sich allerdings im Hinblick auf die Solidarhaftung kumulativ kausaler Täter.

⁴⁵⁵ *Schmidt-Kessel/Müller*, Reform I 147.

⁴⁵⁶ Siehe oben Kap B4.2.

⁴⁵⁷ Dieses Ergebnis ist durchaus diskussionswürdig (siehe zu dieser Problematik im Hinblick auf die geltende Rechtslage oben Kap B4.3 und B4.4), weshalb eine ausdrückliche Regelung dieser Fälle durchaus wünschenswert wäre.

⁴⁵⁸ Im Bereich der Sachschäden kommt ein „Anlageschaden“ mE nicht in Betracht, dazu oben Kap B4.3.

⁴⁵⁹ Diese Ansicht wird in der vorliegenden Arbeit auch zu geltenden österreichischen Schadenersatzrecht vertreten, siehe oben Kap B3 und B4.4.

Bemerkenswert ist hingegen, dass die Fälle der überholenden Kausalität jenen der kumulativen Kausalität gleich gestellt werden, sodass der hypothetisch kausale Täter als Solidarschuldner hinzutritt. Diese Lösung weicht nicht nur von der in den PETL getroffenen ab, welche die Unbeachtlichkeit einer hypothetischen Ursache festschreiben,⁴⁶⁰ sie ist auch aufgrund der langen Zeiträume, die zwischen den Ereignissen liegen können, in praktischer Hinsicht problematisch.⁴⁶¹ Nicht ganz treffend ist mE auch die für diese Regelung gewählte Umschreibung, kumulative und überholende Kausalität liegen vor, „wenn ein Ereignis in hohem Maß geeignet war, den Schaden herbeizuführen, dasselbe jedoch auch für ein anderes Ereignis zutrifft.“⁴⁶² Diese Formulierung lässt sich daraus erklären, dass der Entwurf Kausalität nur bei Vorliegen einer *conditio sine qua non* annimmt. Trotzdem erscheint sie zu weit gegriffen, da der Begriff der Eignung für die Schadensherbeiführung nicht die Besonderheiten der fraglichen Konstellationen erfassen kann. Nach dem Wortlaut wären auch Fälle der alternativen Kausalität oder gar Fälle, in denen ein Ereignis zwar gefährlich, aber erwiesenermaßen nicht kausal war, erfasst. Auf den Kritikpunkt, die Regeln des Entwurfs über die Kausalität wären schlecht verständlich,⁴⁶³ soll hier aber nicht näher eingegangen werden, zumal § 1294 Abs 2 des Entwurfs ohnehin in Klammerausdrücken klarstellt, welche Konstellation jeweils gemeint ist.

Auch im Bereich der alternativen Kausalität entfernt sich der Entwurf von der hM und Rsp⁴⁶⁴ zum geltenden Recht, indem eine Anteilshaftung „nach dem Gewicht der Zurechungsgründe und der Wahrscheinlichkeit der Verursachung“ vorgeschlagen wird. Eine ebensolche Aufteilung wird für jene Fälle vorgesehen, in denen „eines der beiden Ereignisse ein Zufall oder vom Geschädigten herbeigeführt“ ist.

Dem Wortlaut nach ist mE nicht ganz deutlich, wie die Fälle der kumulativen und überholenden Kausalitätskonkurrenz mit einem dem Geschädigten zuzurechnenden Ereignis geregelt werden sollen.⁴⁶⁵ Eine Teilung nach der Wahrscheinlichkeit der

⁴⁶⁰ Art 3: 104 PETL.

⁴⁶¹ Wagner, JBl 2008, 2 (7). Siehe zur Problematik der überholenden Kausalität im geltenden Recht oben Kap B4.3 und B4.4.2.

⁴⁶² § 1294 Abs 2 S 2 des Entwurfs.

⁴⁶³ Dazu auch F. Bydlinski in Griss/Kathrein/Koziol, Entwurf 37 (44).

⁴⁶⁴ Siehe oben Kap C2.1.

⁴⁶⁵ Undeutlich auch Griss, JBl 2005, 273 (275): „Gleiches gilt...“.

Verursachung kommt nicht in Betracht, da es diese nur bei unsicherer („alternativer“) Kausalität geben kann. Es müsste also bei einer Haftung nach dem „*Gewicht der Zurechnungsgründe*“ bleiben.

Hinsichtlich der Haftung für alternative Kausalität ist der Entwurf im Vergleich zur für das geltende Recht vertretenen Teilungstheorie⁴⁶⁶ konsequenter.⁴⁶⁷ Zum einen vereinheitlicht er das Haftungsmaß für den Täter, der nur möglicherweise kausal geworden ist, ob nun ein weiterer Täter oder irgendein anderes Ereignis als weitere Ursache in Frage kommen. Erkennt man eine Teilhaftung nach Verursachungswahrscheinlichkeit und Schwere der Zurechnungsgründe grundsätzlich an, so muss man *Franz Bydlinski* darin zustimmen, dass die Zurechnung durch bloßen Kausalitätsverdacht schwächer ist als bei erwiesener Kausalität, weshalb der Anteilhaftung gegenüber der Solidarhaftung der Vorzug zu geben ist.⁴⁶⁸ Zum anderen ist der Entwurf insofern konsequenter, als die Anwendbarkeit der Teilhaftung nicht durch zusätzliche Kriterien wie das grobe Verschulden und die überwiegende Wahrscheinlichkeit eingeschränkt wird.

Dennoch verabsäumt es der Entwurf, sich ausdrücklich zu einer durchgängigen Proportionalhaftung zu bekennen.⁴⁶⁹ Vielmehr orientiert er sich zu stark an der bisher gebrauchten Begrifflichkeit und erkennt nicht an, dass sich das der Proportionalhaftung zugrunde gelegte „Phänomen“ der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ nicht von einer ganz allgemeinen Unsicherheit im Kausalverlauf abgrenzen lässt.⁴⁷⁰ Der Entwurf hält auch an der Systematik fest, die Fallgruppen der kumulativen, der überholenden und der alternativen Kausalität in einem zu behandeln, ohne dem Umstand ausreichend Rechnung zu tragen, dass letzterer ein ganz anderes Problem (nämlich der mangelnde Kausalitätsnachweis) zugrunde liegt.

⁴⁶⁶ Siehe Kap C2.2.

⁴⁶⁷ *Kletečka*, JBl 2009, 137 (143).

⁴⁶⁸ *F. Bydlinski* in *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf 37 (43).

⁴⁶⁹ *AA Wagner*, JBl 2008, 2 (7), der aber übersieht, dass die Diskussion zur „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ in der österreichischen Literatur (interessanterweise) nie mit dem Schlagwort „Proportionalhaftung“ in Zusammenhang gebracht wird.

⁴⁷⁰ Siehe dazu oben Kap C5.

Ob man nun das Konzept der Proportionalhaftung⁴⁷¹ bzw der Haftung nach Zurechnungsgründen befürwortet oder nicht, wäre eine einheitliche Lösung jedenfalls wünschenswert. Führt man eine solche Teilhaftung nämlich nur für die Fälle „alternativer Kausalität mit dem Zufall“ ein, übernimmt man das (mE unlösbare) Problem der Abgrenzung, das sich bereits im geltenden Recht stellt, in die neue Rechtslage.

Das Vorbild des Entwurfs, die PETL, treffen in ihrem Art 3:106 das Problem mE besser, wo unter der Überschrift „*Unsichere Ursachen in der Sphäre des Geschädigten*“ ganz allgemein formuliert ist: „*Der Geschädigte hat seinen Schaden entsprechend der Wahrscheinlichkeit selbst zu tragen, dass der Schaden möglicherweise von einer Aktivität, einem Ereignis oder anderen Umständen in seiner eigenen Sphäre verursacht wurde.*“ Überhaupt sind die PETL hinsichtlich der Einführung einer Proportionalhaftung bemerkenswert konsequent, zumal neben dem genannten Fall auch die Fälle der alternativen Kausalität zweier Haftungsgründe (Art 3:103 Abs 1) und der sog alternativen Opferschaft⁴⁷² (Art 3:103 Abs 2) auf diese Weise geregelt werden.

Beachtens- und mE befürwortenswert ist die Regelung des Problems der sog minimalen Kausalität in § 1294 Abs 4 des Entwurfs, der dem Art 3:105 der PETL entspricht: Haben viele Ereignisse zusammen einen Schaden verursacht, wobei aber feststeht, dass keines alleine den gesamten Schaden herbeiführen konnte, so wird nicht solidarisch, sondern – über eine Vermutung der gleichzeitigen Verursachung – nach gleichen Teilen gehaftet. Schon am bekannten Beispiel einer Menge an Demonstranten, die eine Wiese zertrampeln, lässt sich einleuchtend zeigen, dass eine Solidarhaftung den Einzelnen unbillig hart träfe.⁴⁷³

⁴⁷¹ Dazu sogleich unten Kap D2.

⁴⁷² In den anderen hier besprochenen Entwürfen wird dieses Problem nicht ausdrücklich geregelt, sondern muss über die allgemeinen Kausalitätsregeln gelöst werden. Siehe zur „alternativen Opferschaft“ Kap D3.

⁴⁷³ Zugegebenermaßen kann es nach dieser Regelung im Einzelfall wiederum den Geschädigten hart treffen, dass er, um vollständigen Ersatz zu erlangen, jeden einzelnen Schädiger ausfindig machen muss.

1.3.3 Entwurf Reischauer: Positivierung von Lehre und Rechtsprechung

Der Entwurf *Reischauer* verzichtet auf grundlegende systematische Änderungen im Bereich der Kausalität und baut auf dem bestehenden Normenbestand – er ergänzt und erweitert bloß den bisherigen § 1302 ABGB – und der bisherigen Lehre und Rsp dazu auf. Der vorgeschlagene zweite Absatz beschäftigt sich mit den klassischen Problemfällen der kumulativen, überholenden und alternativen Kausalität. Wie erwähnt, wird der Verursachungsbegriff hier nicht durch die Festschreibung der Theorie von der *conditio sine qua non* eingeschränkt, weshalb ähnlich dem DCFR eine Lösung der problematischen Fälle über das allgemeine Verursachungsprinzip möglich wäre. Bei dem Großteil der Regelungen handelt es sich daher eher um Klarstellungen, mit denen die hM und Rsp⁴⁷⁴ zur derzeit geltenden Rechtslage festgeschrieben wird, also keine Änderung in den Rechtsfolgen eintreten soll.⁴⁷⁵

Der Entwurf *Reischauer* geht also von einem weiten Verursachungsbegriff aus, hält aber, im Gegensatz zu dem vorgenannten Entwurf *Koziol*, am Erfordernis des strengen Kausalitätsnachweises fest. Dies wird – wohl als Antwort auf den heftig kritisierten Entwurf *Koziol* – auch ausdrücklich festgeschrieben: „Ist zweifelhaft, ob schuldhaftes Verhalten⁴⁷⁶ oder bloßer Zufall den Schaden herbeigeführt hat, so trifft der Schaden nur den Geschädigten.“ Damit wird in diesem Punkt die aktuelle Rsp zur „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ klar abgelehnt⁴⁷⁷ und der Kausalitätsbeweis für den Geschädigten im Vergleich zur aktuellen Rechtslage insofern – mE zu Recht – verschärft. Eine Haftung ohne Verursachungsnachweis käme bei einer Reform im Sinne des Entwurfs *Reischauer* wie nach der bisherigen Rechtslage nur bei der Solidarhaftung mehrerer Beteiligter und bei der alternativen Kausalitätskonkurrenz mehrerer haftbarmachender Ereignisse in Betracht.

⁴⁷⁴ Siehe zur aktuellen Meinung und Rsp oben Kap B4.1 (zur kumulativen Kausalität), Kap B4.3 (zur überholenden Kausalität) und Kap C2.1 (zur alternativen Kausalität).

⁴⁷⁵ *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform III 37.

⁴⁷⁶ Dies soll nach dem letzten Satz des § 1302 Abs 2 des Entwurfs sinngemäß freilich auch bei verschuldensunabhängiger Haftung gelten.

⁴⁷⁷ So ausdrücklich die Erläuterungen in *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform III 37.

2 *Proportionalhaftung*

2.1 *Grundgedanke und Anwendung*

Die Idee der Proportionalhaftung wird in letzter Zeit immer wieder als innovatives „Geheimrezept“ für die Lösung von (Beweis-)Problemen im Bereich der Kausalität präsentiert.⁴⁷⁸ Das Konzept der Proportionalhaftung ist viel älter, als es auf den ersten Blick scheint: Bereits *Wilburg* spricht sich für die „*Verwendung bloßer Wahrscheinlichkeiten [...] als Basis einer Ersatzpflicht*“ aus, da diese dem Bestreben entspreche, „*einem richtigen Ergebnis möglichst nahe zu kommen*“⁴⁷⁹. Einen Schritt in diese Richtung geht auch die hM und Rsp, wenn sie für die Fälle „alternativer Kausalität mit dem Zufall“ die Teilungstheorie⁴⁸⁰ anwendet, ohne jedoch konsequente eine „echte“ Proportionalhaftung einzuführen.⁴⁸¹ Auffallend ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass in der österreichischen Literatur, anders als in Deutschland⁴⁸², das Phänomen der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ und die Teilungstheorie mit dem Begriff der Proportionalhaftung nie in Verbindung gebracht werden.

In der deutschen Literatur wird die Proportionalhaftung auch de lege lata immer wieder diskutiert.⁴⁸³ Dass eine Verwirklichung der Haftung nach Wahrscheinlichkeiten mE zumindest nach geltendem österreichischem Recht nicht möglich ist, ergibt sich schon aus der oben eingehend begründeten Ablehnung der Teilungstheorie.⁴⁸⁴ Da sie aber, wie oben erwähnt, über die europäische Ebene und den Entwurf für eine neues

⁴⁷⁸ So etwa auf europäischer Ebene in den PETL und im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, dazu oben Kap D1. *Wagner* in Münchener Kommentar⁵ § 823 BGB Rz 815 befürwortet sie für den Bereich der Arzthaftung. Siehe auch *Mäsch*, Chance und Schaden; *A. Staudinger*, NJW 2006, 2433 (2439); *Stremitzer*, AcP 208, 676.

⁴⁷⁹ *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts 73.

⁴⁸⁰ Siehe Kap C2.2.

⁴⁸¹ Zum einen bestreiten die Vertreter der Teilungstheorie, dass diese bei jeder Unsicherheit betreffend den Verursachungszusammenhang zur Anwendung kommen solle, und versuchen, das Phänomen „alternative Kausalität mit dem Zufall“ gegenüber bloßen Kausalitätsbeweisschwierigkeiten abzugrenzen (siehe Kap C5.2). Zum anderen wird immer wieder die Einschränkung betont, die Kausalität des Haftungsgrundes müsse zumindest ebenso wahrscheinlich sein, wie das Wirksamwerden eines Zufalls (zB *F. Bydlinski*, FS Beitzke 3 [33 f]; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/38; OGH 9 Ob 13/07p).

⁴⁸² Vgl *Taupitz*, FS Canaris 1231 (1235); *Spindler*, AcP 208, 282 (308); *Stremitzer*, AcP 208, 676 (680 f) mit ausdrücklichem Bezug auf das österreichische Recht.

⁴⁸³ Befürwortend etwa *Mäsch*, Chance und Schaden; *Stremitzer*, AcP 208, 676; *Wagner*, FS Hirsch 453.

⁴⁸⁴ Siehe etwa die Zusammenfassung in Kap C7.

österreichisches Schadenersatzrecht⁴⁸⁵ in die rechtspolitische Diskussion eingebracht wurde, soll diese im Folgenden kurz dargestellt werden.

Ausgangspunkt ist eine ökonomische Betrachtungsweise: Da ein bereits entstandener Schaden nicht mehr beseitigt, sondern nur noch verlagert werden kann,⁴⁸⁶ ist von diesem Standpunkt aus die Prävention ein wichtiges Ziel. Die Kausalität ist mit ihrer Begrenzung durch die Adäquanztheorie daher grundsätzlich ein wesentliches Kriterium: Derjenige, der den Schaden durch sein Verhalten verursacht hat, hätte ihn durch abweichendes Verhalten verhindern können,⁴⁸⁷ wenn er die Möglichkeit des Schadenseintritts vorhersehen konnte.⁴⁸⁸ Nach dem Grundsatz der ökonomischen Effizienz gilt es aber auch, ein Übermaß an Vorsichtsmaßnahmen zu vermeiden.⁴⁸⁹ Nach *Spindler* drehe es sich daher letztlich bei der Schadensprävention um die Abschätzung der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts. Dieser Abwägung könne das „Alles-oder-nichts-Prinzip“ nicht gerecht werden, weshalb es ineffizient sei.⁴⁹⁰

Nach dieser Argumentation muss der Umfang der Haftung – anders als bei der „Schmalspurversion“ der Teilungstheorie und des Entwurfs *Koziol* – nach einer ex ante zu beurteilenden Wahrscheinlichkeit berechnet werden. Sie wäre daher in dieser Form nicht mit einer Haftung für erwiesene Kausalität vereinbar.⁴⁹¹

Das Problem dieser rein auf Prävention gestützten Theorie liegt darin, dass sie von der These ausgeht, dass derjenige, der den Schaden verhindern könnte, ihn auch verhindern würde. Bei vorsätzlicher, bewusster Schadensverursachung, wenn also der Schaden in vollem Bewusstsein über die Konsequenzen in Kauf genommen wird, greifen weder Erwägungen über Prävention noch über übermäßige Vorkehrungsmaßnahmen. In solchen Fällen erscheint eine bloße Anteilshaftung nach der ex ante zu beurteilenden

⁴⁸⁵ Siehe Kap D1.3.2.

⁴⁸⁶ Vgl nur *Gschnitzer*, Schuldrecht BT² 143; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/2.

⁴⁸⁷ Diesen „banalen Satz“ betont etwa *Wagner*, JBl 2008, 2 (6).

⁴⁸⁸ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 60 f, aufbauend auf *Larenz*, AT I¹⁴ 439.

⁴⁸⁹ *Stremitzer*, AcP 208, 676 (693).

⁴⁹⁰ *Spindler*, AcP 208, 282 (299) mwN. Die Diskrepanz ergibt sich va daraus, dass die ökonomische Analyse immer das Gesamtbild betrachten muss, während das geltende Schadenersatzrecht im Wesentlichen auf das Zwei-Personen-Verhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem ausgelegt ist.

⁴⁹¹ *Spindler*, AcP 208, 282 (301). Das erhellt schon daraus, dass im Einzelfall auch eine ganz geringe (gerade noch über der Adäquanzgrenze liegende) Ex-ante-Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt im konkreten Fall wirksam werden kann und zu einer Haftung auf 100 % führen würde. Die Mischung aus Ex-ante- und Ex-post-Betrachtung verzerrt daher das Gesamtbild.

Wahrscheinlichkeit zum einen unbillig, zum anderen soll hier eine volle Haftung auch ökonomisch geboten sein.⁴⁹²

Die Haftung nach Verursachungswahrscheinlichkeit lässt sich dann mit einer vollen Haftung bei erwiesener Kausalität verbinden, wenn die Wahrscheinlichkeit ex post betrachtet wird, also die Proportionalhaftung nur bei Zweifeln über den Kausalzusammenhang greift.⁴⁹³ Eine Ex-post-Betrachtung lässt sich aber wiederum mit dem rechtsökonomischen Präventionsansatz nicht in Einklang bringen.

2.2 Theorie vom Verlust einer Chance

In anderen Rechtsordnungen wird die Idee der Haftung nach Wahrscheinlichkeitsquoten unter dem Stichwort „perte d’une chance“ (etwa Frankreich, Belgien) bzw. „loss of chance“ (angloamerikanischer Raum) vertreten.⁴⁹⁴ Die Theorie vom Verlust einer Chance ist international durchaus weit verbreitet, weshalb sie auch von Unidroit⁴⁹⁵ in die „*Principles of International Commercial Contracts*“⁴⁹⁶ aufgenommen wurde.⁴⁹⁷ Da sie ihren Ausgangspunkt im französischen Recht hat, soll im Folgenden vorrangig auf dieses eingegangen werden.⁴⁹⁸

In der französischen Lehre und Rsp ist der Verlust einer Chance seit über 100 Jahren⁴⁹⁹ als selbstständige Schadenskategorie anerkannt. In ihrem Kernbereich behandelt die

⁴⁹² Spindler, AcP 208, 282 (302). Ähnlich verhält es sich auch bei besonders groben Sorgfaltsverstößen.

⁴⁹³ Diese Art der Proportionalhaftung sehen etwa die PETL vor, siehe oben Kap D1.3.2.

⁴⁹⁴ Im Folgenden wird nur auf die französische Lehre des „perte d’une chance“ näher eingegangen, zu anderen Rechtsordnungen siehe Mäsch, Chance und Schaden 156 ff.

⁴⁹⁵ Internationales Institut für die Vereinheitlichung von Privatrecht mit dem Sitz in Rom.

⁴⁹⁶ Die deutsche Version ist unter <http://www.unidroit.org/german/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf> abrufbar.

⁴⁹⁷ Art 7.4.3

(Bestimmtheit des Schadens)

(1) Ersatz wird nur für Schaden, einschließlich zukünftigen Schadens, geschuldet, der mit einem vernünftigen Grad an Bestimmtheit festgestellt wird.

(2) Ersatz für den Verlust einer Chance kann nach dem Maße der Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts geschuldet werden.

(3) Kann der Betrag des Schadensersatzes nicht mit hinreichender Bestimmtheit ermittelt werden, so liegt die Festsetzung im Ermessen des Gerichts.

⁴⁹⁸ In der österreichischen Literatur wurde die Lehre von Verlust einer Chance bislang kaum behandelt. Als Ausnahme ist Riss, JBl 2004, 423, zu erwähnen, der die Anwendung auf verlorene Prozesschancen vorschlägt.

⁴⁹⁹ E der Chambre des requêtes des Cour de Cassation vom 17. 7. 1889, veröffentlicht in Recueil Sirey 1891 I 399, zitiert nach Viney/Jourdain, Responsabilité² Rz 280 Fn 369; zur Lehre statt vieler ebd Rz 278 ff.

Lehre vom Verlust einer Chance jenen Bereich, der im deutschen Recht als „Haftungsauffüllung“⁵⁰⁰ bezeichnet wird, ohne dass jedoch zunächst das Erfordernis der Kausalität zur Begründung einer Haftung aufgegeben wurde. Mit anderen Worten: Es wurde jedenfalls ein Schaden verursacht, fraglich ist nur, ob und in welcher Höhe dieser Schaden ersatzfähig ist.

Die Lehre vom Verlust einer Chance greift also nicht direkt bei der Frage der Kausalität ein, sondern statuiert eine neue Schadenskategorie, eben den Verlust der Chance auf die Vermeidung eines Schadens.⁵⁰¹ Sie beruht auf dem Gedanken, ein rechtswidriges, gefährliches Verhalten jedenfalls die Wahrscheinlichkeit für einen Schadenseintritt vergrößert. Die Chance des Geschädigten, unbeschadet zu bleiben, wird als eigenes Rechtsgut gesehen,⁵⁰² eine Verminderung desselben stellt also einen selbständigen Schaden dar. Die verlorene Chance wird mangels eigenständigen Werts als Prozentsatz des real eingetretenen Schadens bewertet. Die Nähe zur Proportionalhaftung ergibt sich daraus, dass die Wahrscheinlichkeit für das Erreichen des Ziels, also die Vermeidung des Schadens diesen Prozentsatz bestimmt.⁵⁰³ Die Verlagerung der Diskussion von der Kausalitätsebene hin zur Schadensberechnung bringt den Vorteil, dass man sich nicht vom „Alles-oder-nichts-Prinzip“ lösen muss, um die Höhe des Ersatzanspruchs zu diskutieren.⁵⁰⁴

In neuerer Zeit wurde die Doktrin vom Verlust einer Chance von der Rsp⁵⁰⁵ dahingehend ausgeweitet, dass in Arzthaftungsfällen, in denen unklar ist, ob der Kunstfehler des Arztes den Schaden des Patienten verursacht hat, die statistische Verminderung der Heilungschance als eigener Schaden bewertet wird. Der Anwendungsbereich wurde damit auf die Haftungsbegründung ausgeweitet.

⁵⁰⁰ Die deutsche Lehre und Rsp unterscheidet (jedenfalls bei der deliktischen Haftung) zwischen haftungsbegründender Kausalität (Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Rechtsgutverletzung) und haftungsauffüllender Kausalität (Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Schaden), vgl zB *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht⁴ Rz 47 f.

⁵⁰¹ *Mäsch*, Chance und Schaden 143 ff.

⁵⁰² *Stoll*, AcP 176, 145 (157 f).

⁵⁰³ *Viney/Jourdain*, Responsabilité² Rz 284.

⁵⁰⁴ *Mäsch*, Chance und Schaden 146.

⁵⁰⁵ Mittlerweile stRsp der Prèmiere chambre civil des Cour de cassation, vgl *Mäsch*, Chance und Schaden 171 mwN.

Als Beispiel kann ein Fall dienen, den das Zürcher Obergericht im Jahr 1989 zu entscheiden hatte.⁵⁰⁶ Die Ärzte des Kantonsspitals hatten den Tumor des Patienten nicht rechtzeitig erkannt. Die erforderliche Operation erfolgte erst mit einer Verspätung von sieben Wochen. Der Patient verstarb letztlich an der Krebserkrankung. Einen Kausalzusammenhang zwischen der mangelhaften Behandlung und dem Tod ließ sich nicht nachweisen, wohl aber, dass der Patient bei rechtzeitiger Erkennung eine Überlebenschance von 60 % gehabt hätte, die sich durch den Behandlungsfehler erheblich vermindert hatte. Nach der Lehre vom Verlust einer Chance würden die Erben jenen Anteil am Gesamtschaden ersetzt bekommen, der dieser Chancenminderung entspricht.⁵⁰⁷ Überraschenderweise entschied das Zürcher Obergericht tatsächlich im Sinne der französischen Lehre und Rsp – freilich ohne diese ausdrücklich zu erwähnen – und verwies die Sache zur Schadensbemessung zurück an die Vorinstanz. Dieses habe dabei den Umstand, dass der Patient möglicherweise auch bei richtiger Behandlung gestorben wäre, in die Berechnung einzubeziehen.

In einem Fall wie diesem ist die oben genannte Verlagerung auf die Ebene der Schadensberechnung nur eine scheinbare, tatsächlich liegt der Knackpunkt der E gerade in der Verursachungsfrage.⁵⁰⁸ Das Kausalitätserfordernis wird hier sozusagen im Vorbeigehen ganz aufgegeben, man gelangt über den Umweg der Schadensberechnung unweigerlich erst Recht wieder auf der Kausalitätsebene.

Diese Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass die Bewertung des Schadens der verlorenen Chance eine reine Fiktion ist: Real entstehen kann als Schaden eben nur alles oder nichts, niemals aber ein Bruchteil. Betrachtet man nun etwa die Heilungschance als eigenes Rechtsgut, so ist der Eingriff in dieses Rechtsgut unabhängig von einem später eingetretenen Schaden an „anderen“ Rechtsgütern wie etwa der körperlichen Integrität. Demnach müsste aber auch derjenige, der trotz einer fehlerhaften Behandlung gesund

⁵⁰⁶ E der 1. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts vom 17. 11. 1988, SJZ 1989, 119.

⁵⁰⁷ Zu verschiedenen vorgeschlagenen Berechnungsmethoden siehe *Wagner*, FS Hirsch 453 (456 f) und *Stremitzer*, AcP 208, 676 (687 f).

⁵⁰⁸ *Fleischer* spricht daher in JZ 1999, 766 (772) zu Recht davon, dass mit einem Wort („Chancenverlust“) zwei Welten angesprochen würden.

wird, Ersatz für seine verlorene Heilungschance bekommen.⁵⁰⁹ Dieses Extrembeispiel zeigt auf, dass die Argumentation, die Chance sei ein eigenes Rechtsgut, nicht mit der Berechnung anhand des eingetretenen realen Schadens in Einklang zu bringen ist. Mit anderen Worten: Der Patient, der nach dem Behandlungsfehler zum teuren Spezialisten geht und aufgrund seiner beruflichen Stellung einen hohen Verdienstausschlag erleidet, hatte dieselbe Heilungschance, wie derjenige, der von vornherein kein Einkommen hatte und in einer Sozialeinrichtung weiter behandelt wird. Trotzdem wird der Erstgenannte einen wesentlich höheren Betrag ersetzt bekommen. Eine mögliche Lösung wäre, den Verlust einer Heilungschance als immateriellen Schaden zu begreifen. Dies ändert aber auch nichts daran, dass der Verlust Chance auf Schadensvermeidung in Wahrheit eine bloße Vorstufe zum Schaden selbst ist und die Anerkennung als eigenes Rechtsgut wohl nur der Umgehung des Kausalitätserfordernisses dient.⁵¹⁰

An dieser Stelle sei noch einmal klargestellt, dass der eingangs erwähnte Kernbereich der Theorie vom Verlust einer Chance ganz anders zu beurteilen ist: Unstrittigweise kann der Verlust einer Erwerbchance bereits selbst einen gewissen Vermögenswert darstellen. Anders als etwa im deutschen Recht sind solche Schäden nach dem ABGB ganz selbstverständlich im Rahmen der objektiv-abstrakten Schadensberechnung ersatzfähig.⁵¹¹ Auch hier spielt freilich bei der Berechnung des Verkehrswertes die Wahrscheinlichkeit der Gewinnerzielung eine Rolle, es können aber auch andere Faktoren zu berücksichtigen sein.⁵¹²

2.3 Kritik

Das augenfälligste Problem aller Ausprägungen der Proportionalhaftung ist die mangelnde Verfügbarkeit der Daten.⁵¹³ Zwar gibt es tatsächlich gerade in der

⁵⁰⁹ *Fleischer*, JZ 1999, 766 (773); *Koziol*, FS Stoll 233 (247) mwN; *Wagner*, FS Hirsch 453 (457 f), der aber grundsätzlich für eine Proportionalhaftung eintritt. *Riss* (JBl 2004, 423 [440]) möchte den Ersatz für die beeinträchtigte Chance mit der Höhe des real eingetretenen Schadens begrenzen.

⁵¹⁰ *Taupitz*, FS Canaris 1231 (1234).

⁵¹¹ *Koziol*, FS Stoll 233 (240), der darin den Grund sieht, warum die Theorie vom Verlust einer Chance in Österreich bislang wenig Beachtung fand.

⁵¹² Man denke etwa an ein zerstörtes Lotterielos: Hier deckt sich die statistische Gewinnwahrscheinlichkeit regelmäßig nicht mit dem Einkaufswert (sonst könnte ja das Lotterieunternehmen keinen Gewinn erzielen).

⁵¹³ *Spindler*, AcP 208, 282 (330); aA *Stremitzer*, AcP 208, 676 (698).

Arzthaftung zahlreiche statistische Aufzeichnungen über Heilungschancen, doch trifft dies wohl nur auf die Fälle geradezu typischer Arztfehler zu, wie etwa die nicht rechtzeitige Erkennung einer Erkrankung, wie sie der oben besprochenen E des Zürcher Obergerichts⁵¹⁴ zugrunde lag. Was passiert aber, wenn sich auch die Verursachungswahrscheinlichkeit nicht beziffern lässt? Entweder müsste man wieder auf Beweislastregeln zurückgreifen, deren Anwendung ja gerade vermieden werden soll, oder der Richter wird zu einer Art „Wahrscheinlichkeitsrechner“.

ME stellt es eine erhebliche Herausforderung an den Richter dar, wenn er nicht mehr nur entscheiden muss, ob er davon überzeugt ist, dass ein Ereignis mit hoher Wahrscheinlichkeit⁵¹⁵ einen Schaden herbeigeführt hat, sondern stattdessen diese Wahrscheinlichkeit beziffern soll. Das Problem wird noch dadurch verschärft, dass die Verursachungswahrscheinlichkeit eine Tatfrage ist, die in vielen Fällen durch die Instanzen nicht mehr überprüfbar ist. Die Etablierung einer einheitlichen Rsp durch den OGH ist dadurch ausgeschlossen. Insofern wäre es für die Parteien praktisch sehr schwierig, die erstrichterlichen Wahrscheinlichkeitsabschätzungen vorherzusehen.

Ist aber ohne Richter völlig unklar, wie viel der Schädiger schuldet, werden die Parteien dazu gezwungen, ihren Rechtsstreit vor dem Gericht auszutragen. Während der Schädiger bislang nur das Risiko abschätzen musste, ob ihm der Geschädigte die Kausalität nachweisen kann, und umgekehrt der Geschädigte die Aussicht seiner Beweisführung überprüfen musste würde durch die Einführung der abgestuften Haftung die Abschätzung des Prozessrisikos deutlich erschwert.⁵¹⁶ Gleichzeitig hätte der Geschädigte weniger Anreiz, seinen Anspruch durchzusetzen, wenn er gerade im Bereich der Arzthaftung fast nie mit dem Ersatz seines gesamten Schadens rechnen könnte.⁵¹⁷

Noch deutlicher stellt sich dieses Problem bei jener Form der Proportionalhaftung dar, wie sie der Entwurf *Koziol* vertritt: Hier soll gemäß § 1294 Abs 2 IS „nach dem

⁵¹⁴ E der 1. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts vom 17. 11. 1988, SJZ 1989, 119, siehe oben Kap D2.2.

⁵¹⁵ Zum Beweismaß oben Kap C6.1.1 und Kap C6.2.1.

⁵¹⁶ *Wagner* (JBI 2008, 2 [8]) schlägt vor, mit der Einführung einer Proportionalhaftung auch insofern unbestimmte Klagen zuzulassen, um das Prozesskostenrisiko des Geschädigten zu minimieren.

⁵¹⁷ *Taupitz*, FS Canaris 1231 (1236); *Spindler*, AcP 208, 282 (330).

Gewicht der Zurechnungsgründe und der Wahrscheinlichkeit der Verursachung“ gehaftet werden. Damit wird die Bemessung des Schadenersatzes noch mehr ins Ermessen des Richters gestellt – den Ausgang des Rechtsstreits vorherzusehen, wird völlig unmöglich. Dieses Konzept der Proportionalhaftung erscheint mir daher vom Standpunkt der Rechtssicherheit überaus problematisch.⁵¹⁸

Das Problem wird dadurch verschärft, dass sich die Proportionalhaftung, wie oben erläutert,⁵¹⁹ nicht mit der Haftung für erwiesene Kausalität vereinbaren lässt. Es müsste daher immer – auch bei ex post feststehender Verursachung – beurteilt werden, mit welcher Ex-ante-Wahrscheinlichkeit das Ereignis den Schaden herbeigeführt hat. Dieser Grad der Abstraktion vom tatsächlichen Geschehen ist in der Prozesssituation, wie sie sich nach der österreichischen ZPO darstellt, kaum denkbar. Die „abgeschwächten“ Varianten der Proportionalhaftung, die nebenbei auch eine Haftung für erwiesene Kausalität zulassen, nehmen dem Konzept seinen ökonomischen Zweck.

3 Das Problem der Massenschäden: „alternative Opferschaft“

3.1 Ausgangssituation

Im Bereich der vergleichsweise neuen Gebiete des Haftungsrechts, wie etwa der Umwelthaftung und der Produkthaftung, ergibt sich die zusätzliche Schwierigkeit, dass eine Gefahr regelmäßig von mehreren Tätern ausgeht und eine Vielzahl von Geschädigten zur Folge hat. Es liegt auf der Hand, dass gerade auf diesen Gebieten der Verursachungszusammenhang nicht leicht nachzuvollziehen ist.

Zu trauriger Berühmtheit gelangte der sog DES-Fall⁵²⁰, der im Jahr 1980 Gegenstand der E des kalifornischen Supreme Court „*Sindell v Abbott Laboratories*“⁵²¹ war und hier

⁵¹⁸ Auch *G. Hager* (NJW 1986, 1961 [1965]) sieht bei der Proportionalhaftung den Spielraum der richterlichen Rechtsfortbildung als überschritten an, ihm zustimmend *Posch* in *Fenyves/Weyers* 153 (181).

⁵¹⁹ Kap D2.1.

⁵²⁰ Besprochen etwa bei *Bodewig*, AcP 185, 505; *Assmann* in *Fenyves/Weyers* 99 (127 ff); *Posch* in *Fenyves/Weyers* 153 (175 ff); *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2¹³ 579 f; *J. Hager*, FS Canaris 403 ff; *Eberl-Borges* in *Staudinger*¹³ § 830 BGB Rz 108 ff.

⁵²¹ E des California Supreme Court vom 20. 3. 1980, 26 Cal 3d 588, abrufbar unter <http://online.ceb.com/calcases/C3/26C3d588.htm>. Der Fall beschäftigte viele Gerichte der USA mit unterschiedlichen Ergebnissen, siehe die Nachweise bei *Bodewig*, AcP 185, 505 (509, Fn 7, 8 und 9).

als Beispiel dienen soll: Über einen Zeitraum von etwa 25 Jahren wurde Schwangeren Diethylstilbestrol (DES)⁵²² verabreicht, um Fehlgeburten zu verhindern. Dieser Wirkstoff war in Präparaten von etwa 200 Herstellern enthalten. Zu Beginn der 1970er-Jahre wurde das Medikament verboten, da sich herausstellte, dass es bei Töchtern der behandelten Frauen Unterleibskrebs verursacht. Da sich die Erkrankung erst nach frühestens zehn Jahren entwickelt und Ärzte zudem häufig nur den Wirkstoff verschrieben hatten, konnten viele der betroffenen Töchter nicht mehr nachweisen, welches der verschiedenen Präparate ihre Mutter eingenommen hatte.

Betrachtet man den Gesamtkomplex, stellt sich die Frage der alternativen Kausalität in einer solchen Konstellation nicht nur auf der Täter-, sondern auch auf der Opferseite. Einerseits kann also das einzelne Opfer nicht nachweisen, welcher Täter es geschädigt hat, andererseits steht fest, dass der einzelne Täter einen gewissen Schaden herbeigeführt hat, aber nicht, bei welchem Opfer. Diese Fälle werden mit dem Begriff der „alternativen Opferschaft“⁵²³ bezeichnet.

Unter den Begriff „alternative Opferschaft“ lassen sich aber auch jene Fälle subsumieren, bei denen mehrere Geschädigte vorhanden sind und sicher ist, dass ein Täter den Schaden von einem oder einem Teil der Geschädigten verursacht hat und die Schäden der anderen durch Zufall verursacht wurden. Es lässt sich jedoch nicht feststellen, welchen Geschädigten der Täter den Schaden zugefügt hat.

Als anschauliches Beispiel kann der Fall dienen, dass in einem Gebiet nachweislich ein Zusammenhang zwischen rechtswidrigen Luftimmissionen und Erkrankungen der Anwohner besteht. Statistisch lässt sich nachweisen, dass jeder Fünfte aufgrund der Immissionen erkrankt ist.⁵²⁴ Fest steht daher, dass der Emittent einen Schaden in der Höhe von 20 % sämtlicher Schäden verursacht hat, im Dunklen bleibt aber, bei welchen konkreten Erkrankten.

⁵²² Bei DES handelt es sich um ein synthetisch hergestelltes Östrogen.

⁵²³ Der Begriff wurde von *Bodewig* (AcP 185, 505 [543]) eingeführt.

⁵²⁴ *Jabornegg*, VR 1988, 37 (56); *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/39.

3.2 Lösungsansätze

Bei Massenschäden wie den genannten erscheint es besonders unbillig, den Schädiger haftungsfrei zu lassen. Im Unterschied zu den einfachen Fällen alternativer Kausalität steht hier ja sogar fest, dass der Täter einen Schaden verursacht hat.⁵²⁵ Allerdings darf nicht übersehen werden, dass auch hier nicht bekannt ist, in welcher Höhe der Schaden verursacht wurde, weil die Schadenshöhe von den persönlichen Verhältnissen des Geschädigten abhängt.⁵²⁶ Kennt man also den konkreten Geschädigten nicht, lässt sich die Schadenshöhe zwar vielleicht statistisch, nicht aber real feststellen. Auf der anderen Seite würde die Annahme einer Haftung für den gesamten Schaden insofern zu Unbehagen führen, als der Schädiger zwar im jeweiligen Einzelfall den Schaden zur Gänze verursacht haben könnte, in der Gesamtbetrachtung aber sicher nicht für alle Schäden verantwortlich ist.⁵²⁷

3.2.1 Die Entscheidung „Sindell v Abbott Laboratories“

Die E des Supreme Court von Kalifornien wurde als eine von vielen in den DES-Fällen berühmt, weil sie den wohl kreativsten Lösungsvorschlag brachte: Jedes Unternehmen solle in Höhe der Wahrscheinlichkeitsquote, mit der die Mutter gerade dieses Medikament eingenommen hatte, haften. Diese Quote bestimme sich nach dem Marktanteil des jeweiligen Produkts (Haftung nach Marktanteilen, „market share liability“).

Die Idee dahinter ist klar: Leistet jeder Hersteller jeder Geschädigten Ersatz in der Höhe seines Marktanteils, bezahlt in Summe jeder Hersteller 100 % der von ihm nach der statistischen Wahrscheinlichkeit verursachten Schäden, während jede Geschädigte Ausgleich für ihren Gesamtschaden erhält. Die Lösung hat aber zwei Schönheitsfehler: Die Gesamtbetrachtung ist nur zulässig, wenn alle Fälle gleichgelagert sind.⁵²⁸ So muss etwa jede Betroffene nachweisen können, dass DES ihre Erkrankung verursacht hat, aber – und darin liegt das größte Problem – darf keiner der Beteiligten der Beweis gelingen, dass ihre Mutter ein spezielles Präparat eingenommen hatte. Sobald nämlich

⁵²⁵ Bodewig, AcP 185, 505 (539); Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/47; J. Hager, FS Canaris 403 (412).

⁵²⁶ Medicus, JZ 1986, 778 (781); Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/50.

⁵²⁷ Bodewig, AcP 185, 505 (527).

⁵²⁸ Bodewig, AcP 185, 505 (510).

ein Produzent einer Geschädigten aus erwiesener Kausalität auf den ganzen Schaden haftet, stimmt die Verteilung in der Gesamtbetrachtung nicht mehr.⁵²⁹ Ebenso verzerrt es das Gesamtbild, wenn in einem Fall nur einige bestimmte Produkte in Betracht kommen, da der Nachweis gelingt, dass die fragliche Apotheke nur diese Präparate führte.⁵³⁰ Als zweites Problem muss hier, wie bei jeder Wahrscheinlichkeitshaftung, erwähnt werden, dass die praktische Handhabung äußerst schwierig erscheint, da zu bezweifeln ist, dass für den konkreten Zeitraum und den in Frage kommenden geographischen Bereich entsprechende Daten von jedem Unternehmen verfügbar sind.⁵³¹

Unabhängig von der Idee der „market share liability“ bringt die E freilich überhaupt die Haftung nach Verursachungswahrscheinlichkeit bei Massenschäden⁵³² ins Spiel. Die Kritikpunkte lassen sich aber ebenso verallgemeinern.⁵³³ Im Fall der schädlichen Emissionen ergeben sich beispielsweise ganz ähnliche Schwierigkeiten: Die statistische Erhöhung der Zahl der Erkrankungen wird sich idR erst nach langer Zeit nachweisen lassen⁵³⁴ und dies auch wohl nur für ein bestimmtes Gebiet. Es stellt sich etwa die Frage, wie mit Erkrankten in Gebieten umzugehen ist, die nicht unmittelbar betroffen sind, aber in der Nähe liegen.

3.2.2 Lösung nach dem ABGB

Möchte man Fälle, wie den DES-Fall, nach österreichischem Schadenersatzrecht lösen, wäre die Haftung für alternativ kausale Täter analog zu § 1302 ABGB in Betracht zu ziehen. Im einzelnen Verhältnis zwischen der Geschädigten und den Herstellern würde jeder der Produzenten nach dem PHG haften, sofern sich die Kausalität nachweisen ließe. Es scheint auf den ersten Blick ein geradezu typischer Anwendungsfall der Solidarhaftung bei alternativer Kausalität vorzuliegen.

⁵²⁹ Die Haftung nach Verursachungswahrscheinlichkeit funktioniert ganz allgemein nicht neben der Haftung für erwiesene Kausalität (*Spindler*, AcP 208, 282 [301], siehe dazu auch oben Kap D2.1).

⁵³⁰ *Bodewig*, AcP 185, 505 (553 f); *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/50.

⁵³¹ *Posch* (in *Fenyves/Weyers* 153 [179]) fragt in diesem Sinne, was denn der „relevante Markt“ sei, an dem der Anteil bestehe.

⁵³² Diese Lösung wählen auch die PETL, dazu oben Kap D1.3.2.

⁵³³ Siehe zur allgemeinen Kritik an der Proportionalhaftung Kap D2.1 und D2.3.

⁵³⁴ *Medicus*, JZ 1986, 778 (781).

Problematisch ist hier allerdings die Voraussetzung der konkreten Gefährlichkeit der Handlung für den Schadenseintritt, die an die Stelle des Kriteriums der Kausalität tritt.⁵³⁵ Das bloße In-Verkehr-Bringen des Medikaments ist lediglich eine abstrakte Gefährdung. Je nach dem, mit welchem Ereignis man eine ausreichende Konkretisierung annimmt, ändert sich das Ergebnis, da jeweils ein anderer Personenkreis in die Haftung einbezogen wird. Nimmt man erst die Einnahme des Medikaments als ausreichend konkrete Gefahr an, ist freilich mit der Haftung für alternative Kausalität nichts mehr zu gewinnen. *Bodewig*⁵³⁶ vermeint daher schon im Verschreiben des Wirkstoffes durch den Arzt eine ausreichende Konkretisierung zu erblicken. Dies ist insofern unstimmg, als der Schadenersatzanspruch letztlich erst recht davon abhängt, ob die Patientin das Präparat auch eingenommen hat.⁵³⁷ *Koziol*⁵³⁸ spricht sich ganz allgemein für eine Abschwächung der Voraussetzung der konkreten Gefährlichkeit insoweit aus, als es um Schäden geht, die der Täter (in der Gesamtbetrachtung) nachweislich verursacht hat.⁵³⁹

Wie oben erwähnt, spricht gegen die Solidarhaftung, zu der die analoge Anwendung des § 1302 ABGB führt, dass der in Anspruch genommene Schädiger zwar im konkreten Fall den Schaden verursacht haben könnte, keinesfalls aber alle Schäden aller Geschädigten. Dennoch müsste er in den Einzelprozessen jeder einzelnen erkrankten Frau zum vollen Ersatz verurteilt werden. *Larenz/Canaris*⁵⁴⁰ sehen gerade darin den springenden Punkt, der eine Haftung unmöglich macht, der Nachweis eines konkreten Geschädigten sei unverzichtbar. *Gimpel-Hinteregger*⁵⁴¹ hingegen möchte gerade über diesen Weg die Haftung nach Marktanteil, wie sie der California Supreme Court vorschlägt, ins österreichische Recht übertragen: Da die konkrete Gefährlichkeit abgeschwächt sei, sei es gerechtfertigt, von der Solidarhaftung abzugehen und nur eine Teilhaftung eingreifen zu lassen.

⁵³⁵ Siehe zu dieser Voraussetzung (und zur Haftung für alternative Kausalität im Allgemeinen) oben Kap C2.1.

⁵³⁶ AcP 185, 505 (522) zum deutschen Recht; ebenso *J. Hager*, FS Canaris 403 (416 f).

⁵³⁷ *Eberl-Borges* (in *Staudinger*¹³ § 830 Rz 111) spricht zu Recht von einem „wesentlichen graduellen Unterschied“ zwischen der Gefahr, die von den bloß verschriebenen Mitteln, und jener, die von dem eingenommenen Mittel ausgeht.

⁵³⁸ *Haftpflichtrecht I*¹³ Rz 3/40.

⁵³⁹ Eine Haftung komme also immer nur auf den geringsten der Schadensbeträge der jeweiligen Geschädigten in Betracht, nur dieser sei vom Täter sicher verursacht.

⁵⁴⁰ *Schuldrecht II/2*¹³ 580.

⁵⁴¹ *Umwelthaftung* 206.

In jenen Fällen wie dem Emissionsfall, in denen ein Teil der Schäden durch Zufall eingetreten ist, kommt eine Haftung idR selbst dann nicht in Betracht, wenn man eine Haftung für „alternative Kausalität mit dem Zufall“ nach der Teilungstheorie bejaht: Im Beispielfall hat der Täter den Schaden eines einzelnen Erkrankten mit nur zwanzigprozentiger Wahrscheinlichkeit verursacht. Es mangelt daher an der Voraussetzung des erheblichen Kausalitätsverdachtes.⁵⁴²

3.2.3 Poolbildung und „Solidargemeinschaft der Geschädigten“

Ein weiterer Lösungsansatz besteht darin, von der dem Schadenersatzrecht zugrunde liegenden Einzelperspektive soweit wie möglich abzugehen und die (potentiellen) Gläubiger zusammenzufassen.

In diesem Zusammenhang wird – für die Fälle, in denen kein „Zufall“ mit im Spiel war – die relativ simple Lösung der „Poolbildung“ vorgeschlagen: Die Geschädigten sollen ihre Ansprüche an eine Person zur Durchsetzung abtreten, die diese dann als Gesamtschaden einklagen kann und jeder Schädiger zur Haftung auf den von ihm verursachten Anteil verpflichtet werden kann.⁵⁴³ Offensichtlich ist bei diesem Lösungsweg die praktische Grenze, dass man alle Geschädigten kennen und von der Idee begeistern müsste. Allerdings stellt sich auch die dogmatische Frage ob ein „Anspruch“, von dem unklar ist, gegen wen er besteht, überhaupt zediert werden kann. Lehnt man eine Teilhaftung der Schädiger jedem einzelnen Geschädigten gegenüber ab, kann mE auch die „Poolbildung“ nicht helfen, da eine Zession mangels bestehender Forderung scheitern müsste.

Anders stellt sich allerdings der Fall der Schadensverlagerung dar: Übernimmt etwa die einzige Krankenkasse an einem Ort sämtliche Heilungskosten, könnte diese ihren eigenen Schaden⁵⁴⁴ gegen die Schädiger uU durchsetzen. An diesem Beispiel zeigt sich das zweifellos nicht befriedigende Ergebnis, dass man bei materiellen Schäden über solche Konstruktionen zum Ersatz des gesamten Schadens kommen kann, während dies

⁵⁴² Koziol, Haftpflichtrecht I¹³ Rz 3/40. Zu den Voraussetzungen der Anwendung der Teilungstheorie nach hM siehe oben Kap C2.2 und C2.3.

⁵⁴³ ZB Assmann in Fenyves/Weyers 99 (128); J. Hager, FS Canaris 403 (413).

⁵⁴⁴ Auch eine Legalzession muss mE am mangelnden Bestehen einer Forderung scheitern.

bei immateriellen Schäden, die nur dem Geschädigten selbst entstehen können und bei denen daher nur eine Zession in Frage käme, nicht möglich ist.

Hinsichtlich der Emissionsfälle, also wenn bei alternativer Opferschaft ein Teil der Schäden zufällig entstanden ist, schlägt *Bodewig* eine gleichmäßige Verteilung des Ersatzes auf die Geschädigten vor. Diese bilden insofern eine „Solidargemeinschaft“, als die tatsächlich Geschädigten nur, aber auch immerhin, einen Teil ihres Schadens ersetzt bekommen und auch jene, die eigentlich keine Opfer des Schädigers sind, einen Teilbetrag erhalten.⁵⁴⁵ Auch bei dieser Lösung bleibt das Problem der unterschiedlichen Schadenshöhen bestehen, sodass man auch hier nur zu einer „*statistischen Gerechtigkeit*“ käme.⁵⁴⁶

Als Lösung außerhalb des Schadenersatzrechts bietet sich für einzelne Gefahrenbereiche das Fondssystem an, wie es in den USA für die Opfer von Umwelteinflüssen eingeführt wurde:⁵⁴⁷ Über Steuern auf für die Umwelt gefährliche Substanzen wird ein Fonds finanziert, aus dem Geschädigte unter anderen Voraussetzungen als nach dem Haftpflichtrecht Ersatz erhalten können. Auch nach diesem System ist aber freilich nicht garantiert, dass auch die tatsächlich schädigenden Unternehmen ihren Beitrag leisten – etwa dann, wenn sich erst im Nachhinein herausstellt, dass eine bestimmte, zunächst nicht besteuerte Substanz gefährlich ist oder umgekehrt, eine harmlose Substanz als gefährlich eingestuft wird. Zumindest könnten aber durch das Fondssystem und durch ausreichende Strafbestimmungen für schädigende Unternehmen die durch die Unzulänglichkeiten des Schadenersatzrechts entstehenden empfundenen Ungerechtigkeiten aus der Sicht der Opfer abgeschwächt werden.

⁵⁴⁵ *Bodewig*, AcP 185, 505 (544).

⁵⁴⁶ *Bodewig*, AcP 185, 505 (552 ff).

⁵⁴⁷ *Posch* in *Fenyves/Weyers* 153 (184).

E Rechtsprechungsübersicht

1 Entscheidungen des OGH zur „alternativen Kausalität mit dem Zufall“

1.1 Schock (2 Ob 544/85)⁵⁴⁸

1.1.1 Entscheidung

Die Klägerin hatte sich bei einem Unfall diverse Knochenbrüche zugezogen. Nach ihrer Einlieferung ins Krankenhaus Lainz im Dezember 1978 erlitt sie einen ausgeprägten Schock mit gehirn- und lungenmäßiger Fettembolie. In einem solchen Fall wäre nach damaligem Stand der medizinischen Wissenschaft eine Schockbehandlung notwendig und üblich gewesen, welche aber unterlassen wurde. Die Klägerin wurde in weiterer Folge in die Intensivabteilung des Allgemeinen Krankenhauses überstellt, wo etwa zwei Wochen nach ihrem Unfall eine Marknagelungsoperation im Oberschenkel durchgeführt wurde. Bei adäquater Schockbehandlung im Krankenhaus Lainz hätte eine solche Operation zwei bis drei Tage nach der Verletzung stattfinden können. Die Marknagelung verursachte schließlich immer wieder Infektionen, die neue Eingriffe erforderlich machten, sodass die Klägerin insgesamt etwa 10 Monate in stationärer Behandlung verbringen musste. Die Klägerin begehrte 150.000 öS an Schmerzensgeld mit dem Vorbringen, die Komplikationen wären aufgrund der Unterlassung einer Schockbehandlung aufgetreten.

Ganz allgemein stellte der immunologische Sachverständige fest, dass schwere Unfälle mit Knochenbrüchen zur Beeinträchtigung der körperlichen Abwehrleistung führen und das statistische Infektionsrisiko bei Knochenoperationen 2 bis 6 % beträgt.

Das Erstgericht sprach der Klägerin 80.000 öS mit der Begründung zu, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der unterlassenen Schockbehandlung und dem Schaden der Klägerin „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ gegeben sei. Allerdings sei dem „Splitting“ des unfallchirurgischen Sachverständigen dahingehend beizupflichten, dass

⁵⁴⁸ = JBl 1986, 576 (Deutsch).

„das Verhältnis der Ursache der Infektion [...] zu 50 % als Operationsrisiko und zu 50 % auf die verminderte Abwehrschwäche [gemeint wohl: Abwehrleistung] der Klägerin zurückzuführen, aufzuteilen“ sei.

Das OLG Wien als Berufungsgericht rügte diesbezüglich zwar die mangelnde rechtliche Begründung der Schadensteilung, pflichtete der E aber bei, da ein Sonderfall der alternativen Kausalität, nämlich die Konkurrenz von Haftungsgrund und Zufallsereignis vorliege. Es schloss sich der Ansicht *Franz Bydlinskis* und *Koziols* an, da sich nur durch die Teilhaftung vermeiden ließe, dass einerseits der Täter voll entlastet, andererseits der Geschädigte trotz mangelnden Nachweises der Verursachung voll entschädigt werde und entschied auf ein Schmerzensgeld von 100.000 öS.

Der OGH erkennt zunächst, dass der Sachverhalt unklar ist, da das Erstgericht einerseits feststellt, dass die Verursachung „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ gegeben sei, andererseits „das Verhältnis der Ursache der Infektion“ mit 50:50 bestimmt. Das Berufungsgericht verstand dies im Sinne einer Verursachungswahrscheinlichkeit von 50 %, der OGH hingegen meint aus dem oben genannten Wortlaut eine Mitverursachung abzuleiten – was eine volle Haftung der beklagten Spitalserhalterin zur Folge hätte. Letztlich hält er daher die Aufhebung der Vorentscheidungen zu Klärung des Sachverhalts für unumgänglich.

Zur vom OLG Wien herangezogenen Teilungstheorie äußert sich der OGH hier noch zurückhaltend: Nach *Franz Bydlinski*⁵⁴⁹ liege dann ein gewichtiger Haftungsgrund vor, wenn der potentielle Schädiger durch erheblichen Kausalitätsverdacht und grobes Verschulden belastet sei. Die E des Berufungsgerichtes sei „jedenfalls abzulehnen“, da im vorliegenden Fall kein grobes Verschulden anzunehmen sei und behauptet wurde und sie damit über die Lehre *Franz Bydlinskis*, der sich im Übrigen „nur *Koziol*“ angeschlossen habe, hinausschieße. Der OGH verzichtet mit diesem Hinweis auf eine klärende Stellungnahme zur Teilungstheorie an sich.

⁵⁴⁹ Der OGH bezieht sich auf *F. Bydlinski*, JBl 1959, 1 und FS Beitzke 3 (30 ff).

1.1.2 Anmerkungen

Es sei kurz angemerkt, dass *Deutsch* in seiner Entscheidungsanmerkung⁵⁵⁰ die Ansicht *Franz Bydlinskis* offenbar missversteht und davon ausgeht, dass die Teilungstheorie nur bei leichter Fahrlässigkeit greife, wohingegen der mögliche Schädiger bei schwerem Verschulden voll hafte. Ganz im Gegenteil soll aber die Teilungstheorie nur bei schwerem Verschulden Anwendung finden, was der OGH in der vorliegenden E gerade betont.

Ob hier tatsächlich keine grobe Fahrlässigkeit vorlag, lässt sich freilich diskutieren.⁵⁵¹ Tatsächlich spricht die Schilderung des Sachverhalts eher dafür, dass hier eine unbedingt erforderliche und ganz übliche Behandlung verabsäumt wurde. Der OGH hingegen meint, dass schwere Verschulden sei nicht einmal vorgebracht worden. Dieser Ansatz scheint jedenfalls zu formalistisch. Sofern die Umstände, die auf grobe Fahrlässigkeit hindeuten, festgestellt sind, ist ein explizites Vorbringen nicht notwendig.⁵⁵²

Wie erwähnt, erkennt der OGH das wesentliche Problem aber ganz richtig, wenn er ausspricht, dass der Kausalzusammenhang nach den bisherigen Feststellungen nicht beurteilt werden kann, weil unklar bleibt, ob Operationsrisiko und verminderte Abwehrleistung gemeinsam oder bloß alternativ kausal waren. Im zweiten Fall läge nach *Franz Bydlinski* der „Paradefall“ seiner Teilungstheorie vor.⁵⁵³ In Wahrheit lassen sich aber gerade anhand dieses Sachverhalts die Abgrenzungsschwierigkeiten aufzeigen.⁵⁵⁴

⁵⁵⁰ JBI 1986, 578.

⁵⁵¹ *Deutsch* (JBI 1986, 578 [578]) geht ohne Weiteres von grober Fahrlässigkeit aus; ihm folgend *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (7).

⁵⁵² *F. Bydlinski*, JBI 1992, 341 (352), *derselbe* in FS Frotz 3 (7). Der Anspruch des Klägers muss sich aus seinen Tatsachenbehauptungen (!) schlüssig ableiten lassen (vgl zB *Schragel* in *Fasching/Konecny*² § 178 ZPO Rz 2), die ausdrückliche Erwähnung von Rechtsbegriffen („grobes Verschulden“) kann daher nicht notwendig sein.

⁵⁵³ *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (8); zustimmend *Juen*, *Arzthaftung*² 34.

⁵⁵⁴ Siehe dazu oben Kap C5.3.

1.2 Zytostatika-Injektion (7 Ob 648/89)⁵⁵⁵

1.2.1 Entscheidung

Der viel beachteten und scharf kritisierten ersten E unter Anwendung der Teilungstheorie liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein an Leukämie erkranktes Kleinkind – die spätere Klägerin – wurde im Jahr 1983 an einer Universitätskinderklinik zur stationären Behandlung aufgenommen. Im Zuge der Therapie wurde dem Mädchen an einem Nachmittag von einem Turnusarzt eine Injektion mit Zytostatika⁵⁵⁶ über eine Kanüle am rechten Handrücken verabreicht, an welche nachher eine Glukoseinfusion angeschlossen wurde. Nach der Injektion bemerkten die Eltern eine Schwellung an der Einstichstelle, der mehrfach herbeigeholte Turnusarzt traf aber keine Maßnahmen. Die Nachtschwester bemerkte bei ihrem Dienstantritt am frühen Abend, dass die Infusion nicht richtig floss und verständigte den Turnusarzt. Nachdem sie die Infusion abgenommen hatte, versorgte sie die Hand des Mädchens mit Salbe und Umschlägen. Auch die Ärztin, die am nächsten Tag die Visite durchführte, ordnete keine zusätzliche Behandlung an. Erst am zweiten Tag nach der Infusion wurde erkannt, dass die Entzündung des Handrückens auf in das umliegende Gewebe ausgetretene Zytostatika zurückzuführen ist.

Es konnte nicht mehr festgestellt werden, warum die Zytostatika in das Gewebe eingedrungen sind, „*ob etwa bei der Injektion neben die Vene gestochen wurde oder ob die Zytostatika durch ein vorhandenes Loch in der Vene ins Gewebe gelangten.*“

Die Klägerin erlitt eine Nekrose am rechten Handrücken, die einen operativen Eingriff erforderte. Die rechte Hand der Klägerin ist dadurch kleiner und in der Beweglichkeit stark eingeschränkt, weshalb sie die Feststellung der Ersatzpflicht des Spitalerhalters für diesen Schaden begehrte.⁵⁵⁷

Nach den Feststellungen des Erstgerichts kommt es bei etwa jeder tausendsten Injektion zu einem Austritt des Zytostatikums. Die Durchführung im konkreten Fall entsprach

⁵⁵⁵ = JBl 1990, 524 (Holzer) = ÖJZ 1990/43.

⁵⁵⁶ Das sind Stoffe, die Zellwachstum und Zellteilung hemmen.

⁵⁵⁷ Die Klägerin begehrte zunächst auch 100.000 öS an Schmerzensgeld, das Verfahren wurde in weiterer Folge auf das Feststellungsbegehren eingeschränkt.

dem Wissensstand im Jahr 1983. Es gab an der Universitätskinderklinik keine Leitlinien für die Behandlung von Komplikationen. Da die Früherkennung wesentlich ist, müsste alle 15 bis 30 Minuten eine Kontrolle stattfinden, bei einer Rötung oder Schwellung die Injektion sofort abgebrochen werden, die betroffene Extremität hoch gelagert und mit Eis und Kochsalzinjektion behandelt werden. Das Erstgericht beurteilte folglich die Unterlassung dieser Maßnahmen als Kunstfehler und bejahte die Ersatzpflicht. Das Berufungsgericht bestätigte, dass der Schmerzensgeldanspruch dem Grunde nach bestehe.

Der OGH stellt klar, dass dem Arzt kein Vorwurf hinsichtlich der Injektion zu machen sei, sondern der Kunstfehler in der unterlassenen Behandlung der bereits aufgetretenen Komplikation bestehe. Er erkennt auch noch, dass es den Feststellungen widerspräche, von einem nicht zu verhindernden, schicksalhaften Verlauf auszugehen. Umso überraschender kommt die daraus gezogene Folgerung, „*daß hier für den Schaden der Klägerin ein Haftungsgrund mit Zufall konkurriert.*“ In so einem Fall sei in entsprechender Anwendung des Rechtsgedankens des § 1304 ABGB eine Schadensteilung nach dem „*Verursachungsanteil*“ des Schädigers vorzunehmen.⁵⁵⁸ Da dieser im konkreten Fall nicht hinreichend bestimmbar sei, komme nach der Zweifelsregel des § 1304 ABGB eine Aufteilung 50:50 zum Tragen.

1.2.2 Anmerkungen

Zunächst ist zu bemerken, dass sich der OGH, obwohl er hier die Teilungstheorie zum ersten Mal anwendet, nicht sehr ausführlich damit auseinandersetzt. Er erwähnt weder die eben besprochene Vorentscheidung⁵⁵⁹ noch irgendwelche Gegenansichten oder -argumente zur Teilungstheorie, er weist nicht einmal auf den Umstand hin, dass es sich hier um eine wesentliche Neuerung in der Rsp handelt. All dies spricht mE dafür, dass der erkennende Senat die Tragweite seiner E unterschätzt hat.

In der Literatur ist man sich einig, dass diese E überdies an der Sache vorbeigeht. So wurde zu Recht kritisiert, dass der OGH gar nicht ausführt, worin ein der Klägerin

⁵⁵⁸ Der OGH bezieht sich hier auf *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 87 und *Koziol*, Haftpflichtrecht I² 238.

⁵⁵⁹ 2 Ob 544/85 = JBl 1986, 576 (*Deutsch*), siehe oben Kap E1.1. Diese Kritik äußert auch *Holzer*, JBl 1990, 526 (527).

zurechenbarer Zufall überhaupt gelegen sein könnte.⁵⁶⁰ Ein solcher Zufall lässt sich dem Sachverhalt auch nicht entnehmen: Einen Anhaltspunkt mag man auf den ersten Blick in der Formulierung zu erkennen glauben, es sei nicht feststellbar, ob der Arzt bei der Injektion die Vene verfehlt oder ein bereits vorhandenes Loch zum Austritt der Zytostatika geführt hätte. Diese Negativfeststellung bedeutet allerdings nur, dass dem Arzt beim Durchführen der Injektion kein Kunstfehler nachgewiesen werden konnte. Fraglich ist in weiterer Folge nur mehr die unterlassene rechtzeitige Behandlung nach Auftreten der Entzündung. Diesbezüglich steht wiederum nach dem Sachverhalt fest, dass die Unterlassung kausal war – das Ausmaß der Verletzung hätte sich durch die gebotene rechtzeitige Behandlung mindern lassen.

Die E geht auch nach der der Teilungstheorie zugrunde liegenden Wertung in eine völlig falsche Richtung: Keinesfalls sollte die Haftung für einen nachweislich kausalen Kunstfehler gemindert werden,⁵⁶¹ ganz im Gegenteil soll ja dem Patienten aus einer Beweisnot geholfen werden, die im vorliegenden Fall aber überhaupt nicht bestand.

Das Problem liegt in Wahrheit darin, dass ein Teil des Gesamtschadens schon durch die Injektion selbst entstanden ist. Diesen Schaden hat die Klägerin zu tragen. Erst für die Verschlimmerung durch die unterlassene Behandlung hat der Spitalserhalter einzustehen. Lässt sich aber nicht feststellen, wie hoch dieser Schaden ist, also wie sehr sich die Folgen durch eine rechtzeitige Behandlung mindern lassen hätten, kommt die Schätzung der Schadenshöhe gemäß § 273 ZPO zu Hilfe.⁵⁶² Richtigerweise haftet der Spitalserhalter im vorliegenden Fall auf den gesamten Schaden aus der Unterlassung der Behandlung, welcher mangels Feststellbarkeit der Höhe nach § 273 ZPO zu schätzen ist.

⁵⁶⁰ *Holzer*, JBl 1990, 526 (Entscheidungsanmerkung); ihm folgend *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (9); *Kleewein*, ÖJZ 1993, 161 (161); *Juen*, *Arzthaftung*² 35. *Rebhahn* (Staatshaftung 615) spricht in diesem Zusammenhang davon, dass die E mehr Rätsel aufgabe, als sie löse.

⁵⁶¹ *Holzer*, JBl 1990, 526 (527).

⁵⁶² *F. Bydlinski*, FS Frotz 3 (9) und JBl 1992, 341 (352); *Juen*, *Arzthaftung*² 36. Richtig löst der OGH das Problem in einer aktuellen E betreffend einen Behandlungsfehler bei einer Risikoschwangerschaft, siehe unten Kap E1.15.

1.3 *Gasbrand (6 Ob 604/91)*⁵⁶³

1.3.1 *Entscheidung*

Bei einem Sturz von einer Leiter zog sich der Kläger im Jahr 1984 einen Drehbruch des linken Oberarms und eine leicht verschmutzte Schürfwunde zu. Im Unfallkrankenhaus wurde ein Gipsverband angelegt, eine Impfung gegen Tetanus unterblieb aber. Am nächsten Tag litt der Kläger unter Schmerzen und Fieber, später auch an erhöhten Blutzuckerwerten. Der Kläger wurde drei Tage lang nur mit schmerzstillenden Mitteln behandelt, erst am vierten Tag wurde der Gipsverband abgenommen und eine Schwellung festgestellt. Da sich der Zustand des Klägers weiter verschlechterte, wurde er am fünften Tag in ein Röntgeninstitut überführt, wo eine fortgeschrittene Erkrankung an Gasbrand diagnostiziert wurde. Zur Abwendung der Lebensgefahr wurde der gesamte linke Arm sofort amputiert. In weiterer Folge traten ein Wundstarrkrampf und Eiterungen auf, die weitere Operationen erforderlich machten. Der Kläger begehrte insgesamt ca 1.683.000 öS an Schmerzensgeld, Verdienstentgang und sonstigen Kosten sowie die Feststellung der Ersatzpflicht der Spitalserhalterin.

Das Erstgericht stellte fest, dass eine Gasbrandinfektion in Friedenszeiten äußerst selten auftritt. Dennoch wäre bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt die Infektion zwei bis drei Tage früher erkannt worden. Insbesondere hätte dem erhöhten Blutzuckerwert mehr Beachtung geschenkt werden müssen, da dieser häufig auf eine Infektion hindeute. Eine frühere Diagnose hätte die Amputation des Armes mit großer Wahrscheinlichkeit vermieden. Die erforderliche Tetanusimpfung hätte den zusätzlichen Wundstarrkrampf verhindert. Das Erstgericht sprach dem Kläger daher ein Schmerzensgeld von 745.000 öS zu und gab dem Feststellungsbegehren statt.

Das Berufungsgericht bestätigte die E und führte aus, dass im Hinblick auf die Schwierigkeit der Beurteilung der Erfolgchancen im Anlassfall eine hohe Wahrscheinlichkeit der Vermeidung des eingetretenen Erfolges ausreiche, „*um den Erfordernissen des Kausalzusammenhanges zu genügen*“. Allerdings sprach es die

⁵⁶³ = JBl 1992, 522 = EvBl 1993/34.

Zulässigkeit der Revision unter Verweis auf die E 7 Ob 648/89⁵⁶⁴ aus, da diese bei alternativer Kausalität zwischen Behandlungsfehler und dem Zufall eine Schadensteilung vorgesehen habe.

Der OGH erkennt, dass sich das „*Problem der alternativen Kausalität hier gar nicht stellt*“. Bei Gesundheitsschädigungen sei der Verursachungszusammenhang oft nicht mit Sicherheit nachzuweisen. Habe ein Arzt gegen die anerkannten Methoden der medizinischen Wissenschaft verstoßen und ein Verhalten gesetzt, welches das allgemeine Behandlungsrisiko erfahrungsgemäß wesentlich erhöht, so trage der Beklagte aus dieser Vertragsverletzung den vollen Beweis dafür, dass das Verhalten im konkreten Fall dennoch ohne Folgen geblieben sei. Der Kausalzusammenhang stünde aber im gegenständlichen Fall mit ausreichender Wahrscheinlichkeit irrevisibel fest. Obiter lehnt der OGH die genannte Vorentscheidung⁵⁶⁵ zur Teilungstheorie im Anschluss an *Holzer* ab.

1.3.2 Anmerkungen

Die E ist nicht zu beanstanden.⁵⁶⁶ Das Regelbeweismaß⁵⁶⁷ ist erfüllt, der Kausalitätsbeweis erbracht. Es ist daher mE kein Grund ersichtlich, warum die Spitalserhalterin nicht für den gesamten Schaden aufkommen sollte.

Interessant ist dennoch, dass das Berufungsgericht die Rsp zur „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ erwähnt. Es erkennt offenbar, ganz im Sinne der Kritik *Welsers*⁵⁶⁸, dass immer, wenn die Kausalität nicht eindeutig feststeht, ein Zufall mit im Spiel gewesen sein könnte. Dies spielt allerdings hier keine Rolle, da die Kausalität, sobald sie mit hoher Wahrscheinlichkeit gegeben ist, bewiesen ist und damit im prozessrechtlichen Sinne „feststeht“.

⁵⁶⁴ = JBl 1990, 524 (*Holzer*), siehe Kap E1.2.

⁵⁶⁵ OGH 7 Ob 648/89 = JBl 1990, 524 (*Holzer*), siehe Kap E1.2.

⁵⁶⁶ Zustimmend auch *Kleewein*, ÖJZ 1993, 161 (162).

⁵⁶⁷ Siehe zum Beweismaß oben Kap C6.1.1.

⁵⁶⁸ Siehe oben Kap C5.1.

Die E wurde von manchen⁵⁶⁹ im Sinne einer Ablehnung der Teilungstheorie verstanden. Diese Deutung ist aber mE nicht zwingend.⁵⁷⁰ Der abschließenden Aussage, dass der E 7 Ob 648/89 nicht gefolgt werde, ist eine derartige Bedeutung deshalb nicht unbedingt beizumessen, weil der OGH sie sozusagen als Antwort auf die Frage des Berufungsgerichts, ob diese E im konkreten Fall einschlägig sei, trifft. Die Ablehnung der verfehlten Vorentscheidung könnte daher auch dahingehend verstanden werden, dass der erkennende Senat da wie dort die Voraussetzungen für die Anwendung der Teilungstheorie als nicht gegeben erachtet.

1.4 Notwehr I (8 Ob 608/92)⁵⁷¹

1.4.1 Entscheidung

Im vorliegenden Fall waren der Kläger, der Beklagte und dessen Begleiter in Streit geraten. Der Kläger hatte den Begleiter in einem Gasthof angegriffen und verletzt und die Brille des Beklagten zerstört. Als die Beiden später eine andere Gaststätte aufsuchten, trafen sie dort wieder auf den Kläger, es kam zu einer neuerlichen Auseinandersetzung. Der Beklagte verließ schließlich mit seinem Begleiter das Lokal, wobei er vom Kläger verfolgt wurde, der dem Begleiter einen Faustschlag versetzte. Der Beklagte wollte helfend eingreifen und schlug den Kläger ebenfalls mit der Faust ins Gesicht. Dieser ging zu Boden, schlug mit dem Kopf auf und blieb bewusstlos liegen. Trotzdem schlug der Beklagte weiter auf den nunmehr Hilflosen ein. Der Kläger erlitt bei diesem Vorfall schwere Augenverletzungen, die zu einer Erblindung des linken Auges führten, einen Nasenbeinbruch, Rissquetschwunden und eine schwere Schädelprellung und verlor 500 öS an Bargeld. Er begehrte die Zahlung von 195.000 öS und die Feststellung der Haftung des Beklagten für die Hälfte aller Schäden aus dem Vorfall, wobei er ein Mitverschulden seinerseits von 50 % einräumte.

Hinsichtlich der Verursachung der Verletzungen wurden folgende Feststellungen getroffen: *„Für die Verletzungen des Klägers ist mit Sicherheit mehr als eine Gewalteinwirkung, insbesondere mehr als [ein] einziger Faustschlag gegen den Kopf,*

⁵⁶⁹ Kleewein, ÖJZ 1993, 161 (162); Koziol, Haftpflichtrecht I¹³ Rz 3/36 Fn 122; Karner in KBB² § 1302 Rz 5.

⁵⁷⁰ So auch Bumberger, Kausalitätsbeweis 119.

⁵⁷¹ = EvBl 1994/13.

ursächlich; die Augen- und Nasenverletzung des Klägers wurde nicht durch den gleichen Schlag verursacht. Nicht festgestellt werden kann, ob und welche Verletzungen der Kläger durch den ersten Schlag, sowie ob und welche Verletzungen er durch die folgenden Schläge des Beklagten erlitt. Nicht feststellbar ist auch, daß die vom Kläger insgesamt erlittenen Verletzungen nur durch den ersten Schlag oder nur durch die darauffolgende[n] Schläge verursacht wurden.“

Das Erstgericht erachtete ein Schmerzensgeld von 140.000 öS als angemessen und sprach dem Kläger die Hälfte dieses Betrages sowie der verlorenen 500 öS zu, insgesamt also 70.250 öS und gab dem Feststellungsbegehren statt. Der Beklagte habe sich eine Notwehrüberschreitung zu Schulden kommen lassen, die Teilung 1:1 sei aufgrund der vorangegangenen Provokationen des Klägers gerechtfertigt.

Das Berufungsgericht bestätigte die erstgerichtliche E im Ergebnis. Es sei irrelevant, ob sich dem Beklagten schon hinsichtlich des ersten Schlages eine Notwehrüberschreitung anzulasten sei. Im Falle der alternativen Kausalität ergebe eine analoge Anwendung des § 1302 ABGB eine Beweiserleichterung, sodass alle, die mit einem Kausalitätsverdacht belastet seien, das Risiko der Unaufklärbarkeit tragen. Diese Beweiserleichterung sei nach *Koziol*⁵⁷² auch auf Fälle anwendbar, in denen ein Schädiger mehrere mögliche Ursachen gesetzt hat, aber nicht für alle haftbar gemacht werden könnte. Die „*Grundsätze der alternativen Kausalität*“ seien auch hier analog anzuwenden, weshalb der Beklagte unabhängig davon, ob er den ersten Schlag in Notwehr versetzt hat oder nicht, für sämtliche Folgen der Auseinandersetzung einstehen müsse.

Der OGH ist der Ansicht, dass der erste Schlag als Notwehr anerkannt werden kann und daher nicht rechtswidrig war, wohingegen die weiteren Schläge einen Notwehrexzess darstellen, da der Angriff zweifellos völlig abgeschlossen gewesen sei – der ursprüngliche Angreifer lag ja bewusstlos am Boden. Er fasst die Feststellungen der Unterinstanzen wie folgt zusammen: *„Die Besonderheit des vorliegenden Falles liegt darin, daß nicht festgestellt werden kann, ob und welche Verletzung durch den ersten – gerechtfertigten und daher nicht haftbar machenden – Schlag und welche durch Folgeschläge, für die der Beklagte einzustehen hat, verursacht wurden.“* Dem

⁵⁷² Der OGH zitiert hier *Koziol*, Haftpflichtrecht I² 66 Fn 76.

Berufungsgericht pflichtet der OGH insofern bei, als er auch einen Fall der alternativen Kausalität annimmt.

Der Grund für die Haftung bei alternativer Kausalität sei, wie *Franz Bydlinski* mehrmals überzeugend nachgewiesen habe,⁵⁷³ die konkrete Gefährlichkeit der Handlungen, die dazu führe, dass Unsicherheiten hinsichtlich der Verursachung eher die Täter belasten sollen. Dieser Gedanke sei verallgemeinerungsfähig und -bedürftig, da eine Lösung über Beweislastumkehr oder Prima-facie-Beweis zu demselben Ergebnis führe, „*als ob die Verursachung tatsächlich feststünde*“. Man müsse aber vielmehr das Beweisthema auf die konkrete Gefährlichkeit der Handlung verschieben und nach dem Prinzip der Schadensteilung des § 1304 ABGB eine Anteilshaftung annehmen. Mangels näherer Bestimmbarkeit hafte der Schädiger auf die Hälfte.

Im vorliegenden Fall müsse zusätzlich noch das Mitverschulden des Klägers im Ausmaß von 50 % in Anschlag gebracht werden, sodass der Ersatzanspruch noch einmal um die Hälfte zu kürzen sei und der Beklagte nur für ein Viertel des entstandenen Schadens und der Folgeschäden hafte.

1.4.2 Anmerkungen

Wie so oft bei Kausalitätsfragen sind auch bei dieser E die Feststellungen widersprüchlich: Zunächst heißt es, dass die Augen- und die Nasenverletzung nicht vom selben Schlag herrühren können, wohingegen gleich danach angemerkt wird, es könne nicht festgestellt werden, ob eine Verletzung durch die rechtswidrigen Schläge verursacht wurde. Da aber nur der erste Schlag in Notwehr gesetzt wurde, müsste nach der ersten Feststellung zumindest ein Teil des Schadens jedenfalls ungerechtfertigt verursacht worden sein. Dies hätte freilich einen großen Einfluss auf die Lösung des Falles, weil man, sobald feststeht, dass der Täter jedenfalls einen Anteil am Schaden zu verantworten hat, nach § 273 ZPO vorgehen könnte. Diese Sichtweise ist nur möglich, wenn man – anders als es offenbar der OGH tut – die Körperverletzung als Gesamtschaden qualifiziert und nicht jede Verletzung als einzelnen Schaden betrachtet.

⁵⁷³ Hier verweist der OGH auf *F. Bydlinski*, JBl 1959 1, insbesondere 8 ff, 13, Schadensverursachung 87 ff, FS Beitzke 3 (6, 30 ff) und die Auseinandersetzung mit den Einwänden *Welsers*, ZfRV 1968, 38 (42 ff) bei *Koziol*, Haftpflichtrecht I² 66 ff.

Nach letzterer, mE verfehlter Ansicht lässt sich hingegen die Kausalität der rechtswidrigen Schläge jeweils nicht nachweisen.

Geht man davon aus, dass die gerechtfertigten und ungerechtfertigten Schläge tatsächlich alternativ kausal waren, so bietet der Sachverhalt ein Beispiel dafür, dass es Fallkonstellationen gibt, in denen das „Alles-oder-nichts-Prinzip“ wirklich unbefriedigend erscheint. Die Fälle, in denen einer der alternativ kausalen Täter gerechtfertigt oder entschuldigt war, liegen besonders nahe an der Konstellation der alternativen Kausalität mehrerer haftungsbegründender Ereignisse. Diese Nähe vermag aber an den grundlegenden Bedenken nichts zu ändern.

1.5 Speiseröhrenperforation (2 Ob 590/92)⁵⁷⁴

1.5.1 Entscheidung

Die in der gegenständlichen E getroffenen Feststellungen sind äußerst umfangreich, insbesondere soweit jene des Erstgerichts wiedergegeben werden. Da der OGH allerdings nur mehr das mögliche Fehlverhalten eines der beiden beteiligten Ärzte zu beurteilen hatte, kann der entscheidungsrelevante Sachverhalt relativ kurz zusammengefasst werden:

Der Kläger hatte an einem Abend im Jänner 1985 ein Fleischstück verschluckt, wobei sich dieses in seiner Speiseröhre verding. Am Vormittag des darauf folgenden Tages suchte er deshalb ein Krankenhaus auf. Ein Assistenzarzt versuchte, mit diversen Geräten, den Fremdkörper in Vollnarkose aus der Speiseröhre zu entfernen. Als dies misslang, führte Primarius Dr. W – der nunmehr Beklagte⁵⁷⁵ – den Eingriff fort, doch auch er hatte keinen Erfolg. Er brach den Eingriff ab, wobei er ein tumoröses Geschehen nicht ausschloss, und setzte dem Kläger einen „Bougie Nr. 24“⁵⁷⁶, der grundsätzlich der Dehnung der Speiseröhre sowie der Anregung der Peristaltik und Antiperistaltik dient, um die Fleischreste so in den Magen zu befördern. Zusätzlich

⁵⁷⁴ = JBl 1994, 540 (Bollenberger).

⁵⁷⁵ Dr. W war „zwischenzeitig“ (ob vor Beginn oder im Laufe des Verfahrens, geht aus der E nicht hervor) verstorben, weshalb das Verfahren schließlich gegen seine Verlassenschaft geführt wurde.

⁵⁷⁶ Bei einem Bougie, auch Dilatator genannt, handelt es sich um ein medizinisches Werkzeug zur Erweiterung von Körperkanälen.

ordnete er ein Schluckaktröntgen an, welches der Assistenzarzt mit etwas Verspätung durchführte. Bei dem Röntgen stellte sich eine Perforierung der Speiseröhre heraus. In weiterer Folge erlitt der Kläger durch den Austritt von Flüssigkeiten eine lebensgefährliche Brustraum- und Bauchfellentzündung.

Das Erstgericht stellte fest, dass der Primarius bei sämtlichen Eingriffen lege artis vorgegangen war, allerdings sei das Einlegen des Bougies nicht indiziert gewesen. Da der Primarius einen Tumor vermutet hatte, sei es sogar kontraindiziert gewesen. Es sei nicht auszuschließen, dass *„der derzeitige Zustand des Klägers sich günstiger darstellen würde, wenn der Bougie nicht gesetzt worden und das Schluckaktröntgen zu einem früheren Zeitpunkt durchgeführt worden wäre.“* Es könne nicht festgestellt werden, dass das Setzen des Bougies eine *„eigenständige Bedeutung“* hinsichtlich der Perforation habe. Das Risiko einer Perforation der Speiseröhre liege bei lege artis durchgeführten Eingriffen bei etwa 2 %.

Das Berufungsgericht erachtete die Sache nicht als spruchreif. Es sah das Einsetzen des Bougies als Kunstfehler an. Kausal könne *„neben dem Zustand des Klägers [...] der Zeitraum zwischen Durchführbarkeit des Schluckaktröntgens und der tatsächlichen Durchführung desselben [...] ebenso [...] wie die Setzung eines Bougie“* gewesen sein. Aufgrund des Zusammentreffens mehrerer möglicher Schädiger habe der Geschädigte lediglich einen Kausalitätsverdacht nachzuweisen und es liege an der beklagten Partei zu beweisen, dass der Bougie keine schädliche Auswirkung gehabt habe. Gelänge dieser Beweis nicht, würde ein Behandlungsfehler mit einem Zufall, nämlich dem Zustand des Patienten bei Beginn der Behandlung, konkurrieren, sodass eine Schadensteilung vorzunehmen wäre.

Der OGH gibt den Rekursen beider Parteien nicht Folge. Gegenstand des Rekursverfahrens sei nur mehr die Beurteilung des Einlegens des Bougie Nr. 24 im Hinblick auf den Leidenszustand des Klägers. Wegen der grundsätzlichen Schwierigkeiten, die Kausalität zu beweisen, seien geringere Anforderungen zu stellen, sodass *„im Sinne des Prima-facie-Beweises“* der Nachweis einer hohen Wahrscheinlichkeit genüge. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes reiche die bloße Möglichkeit der Kausalität zur Begründung einer Haftung nicht aus. Es müsse

daher geklärt werden, ob der Bougie die Speiseröhre aufgedehnt und dabei eine Perforation verursacht oder zur Vergrößerung einer bereits vorhandenen Perforation geführt hat und ob dies einen negativen Einfluss auf den Krankheitsverlauf hatte.

Für eine Schadensteilung sieht der OGH keinen Platz. Er lehnt die Zytostatika-E⁵⁷⁷ im Anschluss an *Holzer* ab und sieht sich „nicht veranlaßt, von der Ansicht abzugehen, daß Auswirkungen einer Krankheitslage des Patienten oder einer vor Beginn der ärztlichen Behandlung, bei der ein Kunstfehler unterliefe, vorhanden gewesenen schadensgeneigten Konstitutionsschwäche prinzipiell vom Schädiger zu tragen sind“.

1.5.2 Anmerkungen

Bei dieser E stellt sich, ähnlich wie der E zum Gasbrand⁵⁷⁸, die Frage, ob der OGH die Teilungstheorie grundsätzlich ablehnen⁵⁷⁹ oder nur deren Unanwendbarkeit auf den vorliegenden Fall betonen wollte. Die Missverständlichkeit ergibt sich daraus, dass er nicht scharf zwischen alternativer Kausalität und additiver Kausalität von Konstitutionsschwäche und Behandlungsfehler unterscheidet. Bei letzterem Fall gibt es tatsächlich auch nach der Rsp zur Teilungstheorie keinen Grund, eine Teilhaftung anzunehmen.

Jedenfalls geht der OGH mit dieser E eher in die Richtung einer rein beweisrechtlichen Lösung, hätte er doch sonst für den zweiten Rechtsgang eine Teilhaftung für den Fall vorschlagen müssen, dass sich die Kausalität nicht nachweisen lässt. Die E spricht tatsächlich eher für die auch in der vorliegenden Arbeit vertretene Ansicht, dass bei bloß möglicher Kausalität des Bougie-Einlegens für den Schaden dem Patienten überhaupt kein Ersatz zugesprochen werden kann.

Es sei noch erwähnt, dass sich hier ein weiteres Problem stellt, dass eine Haftung des Arztes in Zweifel zieht. Aus den Feststellungen lässt sich mE nicht eindeutig entnehmen, ob der Patient tatsächlich unter einem Tumor litt. War dies nämlich nicht der Fall, ist eine Ersatzpflicht schon aus einem anderen Grund fraglich: Die

⁵⁷⁷ 7 Ob 648/89 = JBl 1990, 524 (*Holzer*), siehe Kap E1.2.

⁵⁷⁸ 6 Ob 604/91 = JBl 1992, 522, siehe Kap E1.3.

⁵⁷⁹ *Bollenberger*, JBl 1994, 543 (545); *Koziol*, Haftpflichtrecht I¹³ Rz 3/36 Fn 122; *Rebhahn*, Staatshaftung 616; *Bumberger*, Kausalitätsbeweis 120 ff; *Karner* in *KBB*² § 1302 Rz 5.

Feststellungen legen nahe, dass die Anwendung des Bougies nämlich bloß wegen des Verdachts auf ein tumoröses Geschehen kontraindiziert war. Hat sich aber ein anderes als das Risiko, aufgrund dessen das Einlegen des Bougies als Kunstfehler erscheint, verwirklicht, liegt kein objektiver Sorgfaltsverstoß vor. Es kann dem objektiv richtig Handelnden nicht deshalb ein Vorwurf gemacht werden, weil er irrtümlich Umstände annimmt, die sein Handeln fahrlässig machen würden.⁵⁸⁰

1.6 *Wrongful conception (6 Ob 502/95)*⁵⁸¹

Diese E soll nur kurz Erwähnung finden, da hier bloß die Klägerin in ihrer Revision eine Schadensteilung unter Verweis auf die E zur Zytostatika-Injektion⁵⁸² anspricht.

1.6.1 Entscheidung

Die Klägerin ließ 1978 eine Eileitersterilisation vornehmen. Die angewendete Methode war damals wissenschaftlich anerkannt und hatte eine „Versagerquote“ von 0,3 bis 1 %. Tatsächlich wurde die Klägerin zehn Jahre später erneut schwanger. Sie beehrte Schmerzensgeld und Kosten für das Kind (inklusive der Feststellung der Haftung für zukünftige Kosten).

Weder erste noch zweite Instanz konnten einen Kunstfehler des behandelnden Arztes feststellen. Der OGH ließ die Revision nicht zu und sprach lediglich aus, dass ein nicht feststellbarer Verursachungsanteil noch nicht zu einer Schadensaufteilung führe.

1.6.2 Anmerkungen

Der Verweis der Klägerin auf die Zytostatika-E lässt sich nur dadurch erklären, dass sie entgegen der Feststellungen davon ausging, dass der Arzt einen Behandlungsfehler zu verantworten habe. Dem Umstand, dass der OGH entgegen der einhelligen Kritik⁵⁸³ den Sachverhalt der Zytostatika-E so deutet, dass ein „*schuldhafter Behandlungsfehler mit einem dem Patienten zurechenbaren Zufall konkurrierte*“, ist mE keine große

⁵⁸⁰ Bollenberger, JBl 1994, 543 (543).

⁵⁸¹ = RdM 1995/11 (Bernat).

⁵⁸² 7 Ob 648/89 = JBl 1990, 524 (Holzer), siehe Kap E1.2.

⁵⁸³ Siehe dazu die Besprechung der Zytostatika-E Kap E1.2.

Bedeutung zuzumessen. Für den gegenständlichen Fall war die zitierte E jedenfalls nicht einschlägig, und nur das wollte der OGH hier offenbar zum Ausdruck bringen.

1.7 Asphyxie (4 Ob 554/95)⁵⁸⁴

1.7.1 Entscheidung

Der Kläger kam 1988 mit einer perinatalen Asphyxie⁵⁸⁵ zur Welt, die zu einer Hirnblutung führte. Er ist schwer entwicklungsgestört, leidet unter Anfällen und Krämpfen und wird lebenslang blind sein.

Die Mutter des Klägers war zwei Tage vor der Geburt aus der stationären Behandlung des Landeskrankenhauses, als dessen Erhalter das Land nun geklagt wird, entlassen worden. Da eine Risikoschwangerschaft – es hatte bereits bei der ersten Schwangerschaft der Mutter des Klägers Komplikationen gegeben – und pathologische Befunde vorlagen, die auf eine Plazentainsuffizienz hindeuteten, hätte dies nicht geschehen dürfen.

Als Ursachen für die Asphyxie des Klägers kommt eine schwere Plazentainsuffizienz seiner Mutter oder eine zweifache straffe Nabelschnurumschlingung in Betracht. Wäre die Mutter in stationärer Behandlung verblieben, hätte die Plazentainsuffizienz und damit das Risiko einer Asphyxie erkannt werden können. Bei entsprechender rechtzeitiger Einleitung des Geburtsvorganges wäre die Verwirklichung dieses Risikos für den Kläger vermieden worden.

Das Erstgericht stellte fest, dass die Nabelschnurumschlingung und die Plazentainsuffizienz in keinem ursächlichen Zusammenhang zueinander stünden und daher ein Fall der alternativen Kausalität zwischen Haftungsgrund und einem Zufall vorläge, weshalb im Zweifel eine Schadensteilung im Verhältnis 1:1 vorzunehmen wäre.

⁵⁸⁴ = JBl 1996, 181 = SZ 68/207 = RdM 1996/7 = RdW 1996, 161.

⁵⁸⁵ Unter perinataler Asphyxie versteht man einen Sauerstoffmangel mit drohender Erstickung, der im Zuge der Geburt auftritt.

Das Berufungsgericht hob diese E aufgrund von Verfahrens- und Feststellungsmängeln auf. Es müsse festgestellt werden, ob der Kunstfehler die Gefahr für eine Nabelschnurumschlingung wesentlich erhöht habe. Bejahendenfalls habe das beklagte Land für den gesamten Schaden einzustehen.

Der OGH befasst sich va mit der Zulässigkeit der Revision aus dem Grunde, dass die Rsp zur alternativen Kausalität zwischen Behandlungsfehler und eine, Zufall uneinheitlich sei, und äußert sich zu allen Vorentscheidungen zu dieser Thematik.

Außerhalb der Arzthaftung sei der OGH der Lehre *Franz Bydlinskis* zur alternativen Kausalitätskonkurrenz von Haftungsgrund und einem dem Geschädigten zuzurechnenden Umstand bereits in der E zur Notwehr⁵⁸⁶ gefolgt. Zur vorliegenden Konstellation liege in Wahrheit noch gar keine Rsp vor, da der OGH in der Schock-E⁵⁸⁷ nicht abschließend Stellung nehme, der Zytostatika-E⁵⁸⁸ eigentlich ein Sachverhalt zugrunde gelegen sei, der nicht unter die Fälle der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ einzuordnen sei, es sich bei der ablehnenden Stellungnahme in der Gasbrand-E⁵⁸⁹ lediglich ein obiter dictum handle und schließlich in der E zur Speiseröhrenperforation⁵⁹⁰ an der Kausalitätsproblematik vorbeiarargumentiert werde.

Der erkennende Senat folgt im Anschluss an die Vorentscheidung zur Notwehr der Teilungstheorie, da nur diese dem Gerechtigkeitsgebot entspreche. Ansonsten wären nur „*unverständliche und unbillige Extremlösungen*“ denkbar. Sowohl eine volle Haftung des Täters „*ungeachtet der gar nicht feststehenden Kausalität*“ als auch der Verlust des gesamten Ersatzanspruches mangels eindeutiger Feststellbarkeit seien mit den „*tragenden Grundsätzen des österreichischen Schadenersatzrechtes*“ nicht vereinbar, welche aber bei der Teilungstheorie insofern gewahrt blieben „*als sie mit den den §§ 1302, 1304 ABGB zugrundeliegenden Wertungen im Einklang stehen.*“

⁵⁸⁶ 8 Ob 608/92 = EvBl 1994/13, siehe Kap E1.4.

⁵⁸⁷ 2 Ob 544/85 = JBl 1986, 576 (*Deutsch*), siehe Kap E1.1.

⁵⁸⁸ 7 Ob 648/89 = JBl 1990, 524 (*Holzer*), siehe Kap E1.2.

⁵⁸⁹ 6 Ob 604/91 = JBl 1992, 522, siehe Kap E1.3.

⁵⁹⁰ 2 Ob 590/92 = JBl 1994, 540 (*Bollenberger*), siehe Kap E1.5.

Im Ergebnis sei aber die Aufhebung der Ersturteils zu Recht erfolgt, da nahe liege, dass die Nabelschnurumschlingung bei einer früheren Einleitung der Geburt ebenfalls unterblieben wäre. In diesem Fall wäre der Beweis der Kausalität gelungen.

1.7.2 Anmerkungen

Mit dem in der vorliegenden E enthaltenen flammenden Plädoyer für die Teilungstheorie wurde diese endgültig Bestandteil der oberstgerichtlichen Judikatur. Unter der Prämisse, dass die möglichen Ursachen tatsächlich alternativ (und nicht additiv) kausal waren, könnte man hier wohl tatsächlich vom „Paradefall“ für eine Anwendung der Teilungstheorie sprechen: Beide potentiellen Ursachen sind greifbar und benennbar – einerseits der Behandlungsfehler, der in der verspäteten Einleitung der Geburt zu sehen ist, andererseits die schicksalhafte Nabelschnurumschlingung. Nach allen vertretenen Definitionen des Zufallsbegriffs⁵⁹¹ lässt sich dieser Fall problemlos als „alternative Kausalität mit dem Zufall“ beschreiben. Freilich beseitigt dieser für den Bereich der Arzthaftung gefundene Anwendungsfall nicht die Skepsis, ob ein qualitativer Unterschied zwischen der offensichtlichen Nabelschnurumschlingung und irgendeinem „unsichtbaren“ Zweifel an der Verursachung besteht.⁵⁹² Folgt man aber der Teilungstheorie, ist die E nicht zu beanstanden.

1.8 *Schibindung (1 Ob 2139/96g)*⁵⁹³

Diese E releviert das Problem der Kausalitätskonkurrenz von einem Haftungsgrund und einem Zufall gar nicht, da aber *Lukas* in seiner Entscheidungsbesprechung⁵⁹⁴ die Thematik aufgreift, soll sie hier besprochen werden.

1.8.1 Entscheidung

Die Klägerin wollte das Schifahren erlernen und mietete zu diesem Zweck ein Paar Schi im Sportgeschäft der Beklagten. Die Beklagte wählte die Ausrüstung entsprechend der Angaben der Klägerin, stellte aber den Anpressdruck der Sicherheitsbindung zu stark

⁵⁹¹ Siehe dazu oben Kap C5.2.

⁵⁹² Siehe zu dieser grundlegenden Kritik oben Kap C5.1 und Kap C5.3.

⁵⁹³ = JBl 1997, 392 (*Lukas*) = ZVR 1997/145.

⁵⁹⁴ JBl 1997, 395.

ein, was dazu führt, dass sich die Bindung zu schwer öffnet. Als die Klägerin einen Übungshang langsam hinunterfuhr, stürzte sie in einer Linkskurve schräg zur Fahrtrichtung über ihr rechtes Knie. Die Sicherheitsbindung öffnete sich nicht. Die Klägerin erlitt mehrere Bandverletzungen im rechten Knie und begehrte 100.000 öS an Schmerzensgeld und entstandenen Kosten.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren mangels erwiesener Kausalität ab. Das Berufungsgericht hingegen war der Ansicht, dass es „möglich und jedenfalls nicht ausschließbar“ sei, dass die Verletzungen bei einer richtig justierten Bindung vermieden worden wären. Die Klägerin habe nachgewiesen, dass die Verletzungswahrscheinlichkeit durch die falsch eingestellte Sicherheitsbindung nicht bloß unwesentlich erhöht wurde. Die Beklagte hätte den „vollen Beweis des Gegenteils“ erbringen müssen. Der OGH setzt sich intensiv mit Literatur und Rsp rund um das Schifahren und insbesondere Schibindungen auseinander und kommt zu dem Ergebnis, dass eine abschließende Beurteilung der entscheidenden Frage, ob die Kausalität im Sinne eines Prima-facie-Beweises als erwiesen angesehen werden kann, noch nicht möglich sei.

1.8.2 Anmerkungen

Lukas spricht in seiner Entscheidungsbesprechung⁵⁹⁵ das Problem der Vereinbarkeit der verschiedenen „Hilfestellungen“ an, die der OGH dem Kläger, der Schwierigkeiten mit der Führung des Kausalitätsbeweises hat, anbietet. Dies ist mE eine berechtigte Kritik an den unterschiedlichen Judikaturlinien des OGH zum Kausalitätsbeweis, wenngleich *Lukas* die mögliche Lösung selbst anspricht: Eine Teilhaftung kommt nur dann in Betracht, wenn die Führung eines Prima-facie-Beweises ausgeschlossen ist.⁵⁹⁶ Das erhellt ganz allgemein aus dem Zusammenspiel von materiellem Recht und den prozessualen Beweisregeln: Versteht man die Teilungstheorie als materiellrechtliche Regelung, so ist es Tatbestandsvoraussetzung, dass die Kausalität nicht nachweisbar ist. Nicht nachweisbar ist sie im prozessrechtlichen Sinne dann, wenn alle Beweismöglichkeiten scheitern. Das Unbehagen ergibt sich wohl daraus, dass

⁵⁹⁵ JBI 1997, 395.

⁵⁹⁶ *Lukas*, JBI 1997, 395 (395).

Tatsachen, deren Existenz real nicht sicher ist, im Prozess nach den Beweisregeln dennoch als bestehend angenommen werden können. Ab diesem Moment ist aber die reale Unsicherheit für die Lösung des Falles unbeachtlich.

Hinsichtlich der Verursachungswahrscheinlichkeit stellt sich das zusätzliche Problem, dass mit der Teilungstheorie und dem Prima-facie-Beweis dasselbe Phänomen einmal dem materiellen und einmal dem formellen Recht zugeordnet wird. Wenn *Lukas* kritisiert, dass der OGH seine Rsp zum Prima-facie-Beweis trotz Anerkennung einer Teilhaftung bei bloß möglicher Kausalität fortschreibt,⁵⁹⁷ und damit erkennt, dass die Teilungstheorie mit dem im Prozessrecht geltenden „Alles-oder-nichts-Prinzip“ nicht vereinbar ist, ist ihm daher beizupflichten.

1.9 Kleinkraftwerk (6 Ob 2144/96d)

Auch in dieser E wird die Frage der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ gar nicht releviert, sondern eigentlich das Zusammenspiel von alternativer Kausalität und Mitverschulden behandelt. Sie soll hier als weiteres Beispiel für Abgrenzungsschwierigkeiten dienen, in diesem Fall zwischen möglicher Eigenverursachung und Mitverschulden des Geschädigten.

1.9.1 Entscheidung

Der E liegt zusammengefasst folgender Sachverhalt zugrunde:⁵⁹⁸ Die Klägerin ließ ein Kleinkraftwerk errichten. Kurze Zeit nach der Inbetriebnahme brach die Rohrleitung an mehreren Stellen, wobei das austretende Wasser zusätzliche Schäden verursachte.

An der Herstellung der Rohrleitung waren vier Unternehmer beteiligt: DI ZK, der im Verfahren als Nebenintervenient auf Klagsseite auftritt, war für die Projekterstellung verantwortlich. Das Unternehmen K, deren Inhaberin die erstbeklagte Partei ist,⁵⁹⁹ war für die Rohrlieferung zuständig. Zunächst war die C KG (im Verfahren Nebenintervenientin auf Seiten der Erstbeklagten) dafür ins Auge gefasst worden,

⁵⁹⁷ *Lukas*, JBl 1997, 395 (396).

⁵⁹⁸ Der Sachverhalt ist komplex und wirft mehrere Rechtsfragen auf. Zur Vereinfachung wird hier nur der Teil der E geschildert, der die Frage nach der Kausalität betrifft.

⁵⁹⁹ Zunächst gab es noch weitere Beklagte, weshalb sich die „Nummerierung“ der Beklagten im Laufe des Verfahrens veränderte.

weshalb die Statik ursprünglich von ihr stammt und gemeinsam mit der Erstbeklagten überarbeitet wurde. Mit der Verlegung der Rohrleitung war die S Bau GmbH, nunmehr Zweitbeklagte, beauftragt. Die Werkverträge von K und S Bau sahen vor, dass diese auch für den Zuständigkeitsbereich der jeweils anderen haften sollen.

Jeder dieser Beteiligten hatte nicht ordnungsgemäß gearbeitet: So war bereits der Entwurf des ZK fehlerhaft, ebenso wie die Statik, die der K zuzurechnen ist, und schließlich war auch die Ausführung der S Bau mit Mängeln behaftet. Nach der Feststellung des Erstgerichts, die vom OGH übernommen wurde, hätte jeder dieser Mängel auch allein zum Schaden führen können. Der Projektant ZK hätte überdies sämtliche Fehler bei gewissenhafter Überprüfung erkennen müssen.

Das Erstgericht ging offenbar von alternativer Kausalität aus⁶⁰⁰ und berechnete die Verursachungsanteile wie folgt: Der fehlerhafte Entwurf könne sich nur auf einer Länge von 251,58 m ausgewirkt haben, die fehlerhafte Statik auf 449,54 m und die fehlerhafte Ausführung auf 703,73 m. Dies ergebe folgende Verursachungswahrscheinlichkeiten: Entwurf 18 %, Statik 32 % und Ausführung 50 %.⁶⁰¹ Der fehlerhafte Entwurf des ZK sei der Klägerin zuzurechnen, ebenso wie ein Hälfteanteil an den anderen Fehlern aufgrund der mangelhaften Überprüfung. Für die Fehler in Statik und Ausführung (insgesamt 41 %) seien die Erst- und Zweitbeklagte solidarisch verantwortlich.

Das OLG Linz als Berufungsgericht änderte das Urteil insofern ab, als dem ZK die mangelnde Überprüfung der Ausführung nicht anzulasten sei. Die Klägerin müsse sich daher den fehlerhaften Entwurf und den Hälfteanteil am Statikfehler zurechnen lassen. Hinsichtlich des Erst- und der Zweitbeklagten nahm das Berufungsgericht alternative

⁶⁰⁰ Dies erschließt sich aus folgendem Wortlaut: „Ausgehend davon, daß schon jeder einzelne Fehler für sich zum Schaden hätte führen können, sind die Fehler [...] zu [einem gewissen Prozentsatz] ursächlich.“ Eine rechtliche Würdigung der Kausalitätsfrage durch das Erstgericht lässt sich der E des OGH nicht entnehmen.

⁶⁰¹ Es wurden einfach die Teilstrecken, auf die sich die Fehler ausgewirkt haben konnten, zueinander in Verhältnis gesetzt (703,73, 449,54 und 251,58 verhalten sich zueinander ungefähr wie 50, 32 und 18). Diese Rechnung stimmt mE nur, wenn sich die Risse und Brüche in der Rohrleitung gleichmäßig über die gesamten 721 m verteilt haben und etwa keine Häufung in einem nur von einem bestimmten Mangel betroffenen Teil aufgetreten ist. Dazu enthält die E aber keine Feststellungen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die angewandte Methode zur Berechnung von Wahrscheinlichkeiten mathematisch überhaupt zulässig ist. Der OGH ist ohne nähere Begründung der Ansicht, dass diese Berechnung „eine brauchbare Grundlage zur Festlegung der Anteile der möglichen Schadensverursacher“ biete.

Kausalität an, den Anteil von 34 % (Entwurf 18 % + Statik 16 %) rechnete es als Mitverschulden an.

Der OGH schließt sich der E des Berufungsgerichts an. Das Berufungsgericht hätte richtigerweise den Geschädigten wie einen weiteren Schädiger behandelt und nicht das Mitverschulden gegenüber jedem einzelnen Beklagten betrachtet. Es handle sich um einen Fall in dem „*neben dem Schädiger* [gemeint wohl: den Schädigern] *auch der Geschädigte eine Bedingung für den Schaden gesetzt hat.*“

1.9.2 Anmerkungen

Weder das OLG Linz noch der OGH bemerkten, dass die oben genannte Aussage im eklatanten Widerspruch zu der mehrmals betonten Feststellung, es könnte jeder Fehler alleine den Schaden verursacht haben, steht. Der Irrtum ist schon deshalb offensichtlich, weil die beiden Schädiger zueinander ja gerade im Verhältnis der alternativen Kausalität behandelt werden und es nicht einzusehen ist, warum die Kausalität des Fehlers des ZK anders zu sehen sein sollte. Richtigerweise ist der mangelhafte Entwurf und damit ein der Klägerin zuzurechnender Umstand mit achtzehnprozentiger Wahrscheinlichkeit die Schadensursache, es liegt also eindeutig ein Fall vor, in dem zwei haftungsbegründende und ein dem Geschädigten zuzurechnendes Verhalten alternativ kausal sind. Hinsichtlich der unterlassenen Überprüfung ist es freilich richtig, ein Mitverschulden der Klägerin anzunehmen.

Wendet man nun die Teilungstheorie im Sinne *Franz Bydlinskis* auf diesen Sachverhalt an, kommt man zu einem ganz anderem Ergebnis: Gegen die Erstbeklagte wäre die Klage abzuweisen, es liegt kein erheblicher Kausalitätsverdacht vor, da sie den Schaden ja nur mit zweiunddreißigprozentiger Wahrscheinlichkeit verursacht hat. Die Zweibeklagte haftet auf die Hälfte, da sie mit einer Wahrscheinlichkeit von 50 % kausal war. Mitverschulden spielt in dem Fall keine Rolle. Dieses Ergebnis zeigt, dass die Teilungstheorie ihren postulierten Zweck nicht erreichen kann: Der Umstand, der der Klägerin zuzurechnen ist, war nur mit achtzehnprozentiger Wahrscheinlichkeit die Schadensursache, zu 82 % hat ihr also jemand anderer rechtswidrig und schuldhaft einen Schaden verursacht. Dass sie nun ausgerechnet die Hälfte des Schadens ersetzt bekommt, erscheint völlig willkürlich, schließlich hätte sich die Wahrscheinlichkeit auf

die beiden Beklagten ja auch zB 48 % zu 34 % aufteilen können und die Klägerin gar keinen Ersatz bekommen.

Besonders absurd erscheint dieses Ergebnis, wenn man in die Betrachtung mit einbezieht, dass ohnehin beide Beklagten solidarisch haften. Dies ändert an dem der Klägerin zuzusprechenden Betrag deshalb nichts, weil die vertragliche Solidarhaftung als Haftung für fremdes Verhalten (ähnlich der Gehilfenhaftung) konzipiert ist und daher den Kausalitätsbeweis nicht ersetzen kann.

Lehnt man die Teilungstheorie ab, müsste man schlichtweg davon ausgehen, dass der Kausalitätsbeweis nicht geglückt ist und die Klage daher gegen beide abzuweisen wäre.

Die E zeigt, wie schwierig Kausalitätskonstellationen oft zu erkennen und zuzuordnen sind. Das Verfahren weist die Besonderheit auf, dass sich das Erstgericht intensiv mit der Kausalitätsfrage auseinander gesetzt hat – auch wenn es aus diesen Feststellungen im Sinne der Teilungstheorie falsche rechtliche Schlüsse gezogen hat. Es lässt sich erahnen, wie oft in solchen Fällen keine „Wahrscheinlichkeitsrechnung“ angestellt wird, sondern die Kausalität für die Instanzen nicht überprüfbar einfach als erwiesen angenommen oder verneint wird.

Diese E ist überdies ein schönes Beispiel dafür, welche praktischen Auswirkungen eine Haftung nach Wahrscheinlichkeiten hat, nämlich mit welchen komplexen Rechenaufgaben die Gerichte beschäftigt werden.⁶⁰² Die Meinung des OGH, dass es bei einer Anteilshaftung nicht darauf ankomme, dass eine genaue Feststellung der Anteile möglich sei und auch die Anwendung des § 273 ZPO in Betracht käme, ergibt sich aus dessen irriger Beurteilung des Anteils der Klägerin als Mitverschulden und hilft für die Wahrscheinlichkeitsrechnung deshalb nicht weiter, da in diesem Fall die Wahrscheinlichkeit, dass sich gerade einer der Fehler ausgewirkt hat, für jeden Mangel mathematisch sehr wohl berechnen ließe, da diese ja anders als die Feststellung einer Mitverschuldensquote nicht Rechts- sondern Tatfrage ist.

⁶⁰² Siehe zur Kritik am Konzept der Proportionalhaftung Kap D2.3.

1.10 Wirbelsäuleninstabilität (6 Ob 36/01i)

1.10.1 Entscheidung

Nach den Feststellungen der Vorinstanzen hatte der Kläger eine Instabilität in einem Wirbelsäulensegment erlitten, wobei ebenso wahrscheinlich war, dass dies durch eine nicht indizierte Operation verursacht wurde, wie die Möglichkeit, dass der Schaden degenerativ bedingt war.

Der OGH spricht hier aus, dass die Teilungstheorie bei alternativer Kausalität zwischen einem Haftungsgrund und einem vom Geschädigten zu vertretenden Zufall einheitliche Rsp darstellt, weshalb die Revision unzulässig sei.

1.10.2 Anmerkungen

Bemerkenswert ist einzig die Auswahl der Vorentscheidungen, mit welchen die „einheitliche Rsp“ belegt wird: Genau genommen hatte der OGH zuvor erst einmal auf Schadensteilung bei alternativer Kausalitätskonkurrenz zwischen Behandlungsfehler und einem Zufall entschieden, nämlich in der viel kritisierten und in der gegenständlichen E nicht erwähnten Zytostatika-E⁶⁰³. Die hier herangezogene Asphyxie-E⁶⁰⁴ enthält zwar ein flammendes Plädoyer für die Teilungstheorie – insofern ist der Verweis durchaus berechtigt –, ist allerdings formell ein bloßer Aufhebungsbeschluss, wobei der OGH sogar eher davon ausgeht, dass im konkreten Fall eine volle Haftung gerechtfertigt sein wird. Die als Beispiel für „alternative Kausalität mit dem Zufall“ außerhalb der Arzthaftung neben der E zur Notwehr⁶⁰⁵ zitierte Kleinkraftwerk-E⁶⁰⁶, bespricht dieses Thema gar nicht explizit und kann daher keinesfalls als Beleg für eine einheitliche Rsp herangezogen werden. Dennoch trägt die gegenständliche E dazu bei, dass die Teilungstheorie seit der Asphyxie-E⁶⁰⁷ als Bestandteil der Rsp des OGH betrachtet wird.⁶⁰⁸

⁶⁰³ 7 Ob 648/89 = JB1 1990, 524 (*Holzer*), siehe oben Kap E1.2.

⁶⁰⁴ 4 Ob 554/95 = JB1 1996, 181, siehe oben Kap E1.7.

⁶⁰⁵ 8 Ob 608/92 = EvBl 1994/13, siehe oben Kap E1.4.

⁶⁰⁶ 6 Ob 2144/96d, siehe oben Kap E1.9.

⁶⁰⁷ 4 Ob 554/95 = JB1 1996, 181, siehe oben Kap E1.7.

⁶⁰⁸ ZB *Juen*, Arzthaftung² 42.

1.11 Deckenabsturz (1 Ob 175/01v)⁶⁰⁹

Diese E enthält in erster Linie eine wichtige Aussage des OGH zur überholenden Kausalität. Zu besprechen ist sie an dieser Stelle, weil das Erstgericht alternative Kausalität annahm und nach der Teilungstheorie urteilte.

1.11.1 Entscheidung

Folgender Sachverhalt war zu beurteilen: Der Kläger ist Hauseigentümer. Der Beklagte ließ in den Jahren 1993 und 1994 den gemieteten Dachboden des Hauses ausbauen. Im Zuge dieser Arbeiten kam es aufgrund mangelhafter Abdeckung zu einem Wassereintritt. Bereits in den 1960er-Jahren waren bei Reparaturarbeiten am Dach Vermorschungen und Feuchtigkeitsschäden an den Dippelbäumen festgestellt worden. Damals waren die morschen Dippelbäume mit Draht und Flachstahl fixiert worden.

1996 stürzte in der Wohnung unterhalb des Dachbodens die Deckenstuckatur mit Schilfrohmatten und Putz ab, wobei ein Kachelofen beschädigt wurde. Die Feuchtigkeit im Putz hatte zur Korrosion der Drähte in den Schilfrohmatten geführt, weshalb diese schließlich rissen. Der Kläger begehrte Ersatz für die Kosten der Sanierung und die Wertminderung des Ofens sowie die Feststellung der Ersatzpflicht des Beklagten.

Das Erstgericht gab dem Begehren zur Hälfte statt und begründete dies damit, dass nicht festgestellt werden könne, ob der Schaden durch den Wassereintritt während des Dachbodenausbaus oder durch die bereits vorhandene Durchfeuchtung verursacht wurde. Der Wassereintritt habe zwar die Korrosion der Metallteile beschleunigt und hätte den Schaden auch allein verursachen können, der Schaden wäre aber jedenfalls irgendwann eingetreten. Die „alte Durchfeuchtung“ stelle einen dem Kläger zuzurechnenden Zufall dar. Da nicht zu klären sei, ob diese oder der Wassereintritt, den der Beklagte zu verantworten hat, für den konkreten Schaden kausal gewesen sei, gebiete die Gerechtigkeit eine Schadensteilung nach § 1304 ABGB.

⁶⁰⁹ = JB1 2002, 720 = wobl 2002, 367 = RdW 2002, 728 = MietSlg 54.183.

Das Berufungsgericht änderte das Ersturteil im Sinne einer Stattgebung des gesamten Begehrens ab. Der OGH wies die dagegen erhobene Revision des Beklagten ab. Es liege hier keine Konstellation der alternativen Kausalität vor, da nicht einmal ein Verdacht bestehe, dass die Decke zum Zeitpunkt des Schadenseintritts allein aufgrund der Vorschädigung eingestürzt sei. Auch kumulative Kausalität könne keinesfalls angenommen werden, da hierfür sogar der Beweis erforderlich gewesen wäre, dass die bestehende Durchfeuchtung allein auch zum Schaden geführt hätte. Den Feststellungen könne auch nicht entnommen werden, dass nur das Zusammenwirken der beiden Faktoren ursächlich gewesen sei – im Gegenteil habe das Erstgericht festgestellt, dass der Wassereintritt für sich zum Deckenabsturz geführt haben konnte. Überholende Kausalität könne auch nicht angenommen werden, da die Feststellung, der Schaden wäre „irgendwann“ eingetreten, nicht ausreiche, es müsste vielmehr ein konkreter, absehbarer Eintritt des Schadens bewiesen werden. Der Beklagte werde daher durch die hypothetische Ursache nicht entlastet und sei für den gesamten Schaden verantwortlich.

1.11.2 Anmerkungen

Der Analyse der Verursachungsfragen durch den OGH ist nichts hinzuzufügen. Die E des Erstgerichts liefert eines von vielen Beispielen, in denen die Teilungstheorie ganz und gar nicht im Sinne der Erfinder angewendet wird. Interessant ist allerdings, dass offenbar die Äquivalenztheorie, nach der alle Ursachen unabhängig von deren Qualität gleichermaßen zur Schadenersatzpflicht führen können, in manchen Konstellationen – insbesondere dann, wenn der Geschädigte irgendeinen Beitrag zum Schadenseintritt geleistet hat – als unbillig empfunden wird. Es ist aber verfehlt, bei eigentlich nachgewiesener Verursachung durch den Schädiger über vermeintliche Kausalitätsprobleme eine Minderung der Ersatzpflicht herbeiführen zu wollen. Vielmehr sind Beiträge des Geschädigten zum Schadenseintritt nach dem Institut des Mitverschuldens zu beurteilen. Unter diesem Gesichtspunkt ist die durch den erkennenden Senat getroffene exakte Differenzierung der Kausalitätsprobleme zu begrüßen.

1.12 Grauer Star (3 Ob 106/06v)⁶¹⁰

1.12.1 Entscheidung

Die Klägerin litt an einer hochgradigen Hornhautverkrümmung (Astigmatismus) und starker Weitsichtigkeit auf beiden Augen. Im Mai 1999 ließ sie vom Beklagten eine sog Lasik-Operation beider Augen durchführen, in weiterer Folge war am rechten Auge eine weitere Operation zur Korrektur notwendig. Die Nachuntersuchungen waren zunächst zufriedenstellend, kurze Zeit später stellte sich aber ein deutlich vergrößerter Sehfehler ein. Es wurde eine Aufsteilung und Verdünnung der Hornhaut (Keratokonus) sowie ein Grauer Star (Katarakt) festgestellt. Es traten Doppelbilder und Blendungen auf, was zu einer depressiven Verstimmung der Klägerin führte. Vor den Operationen hatte bereits ein beginnender Grauer Star bestanden.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Die Operationen seien *lege artis* durchgeführt worden und nicht kontraindiziert gewesen. Als Ursache für die Doppelbilder und Blendungen komme neben dem diesbezüglichen Operationsrisiko auch der Graue Star in Betracht. Die Kausalität könnte nur durch eine operative Korrektur der Katarakt geklärt werden, welche die Klägerin jedoch ablehne. Nur so wäre aber die Feststellung möglich, dass sich ein spezifisches Operationsrisiko verwirklicht habe und die Aufklärungspflicht⁶¹¹ verletzt wurde.

Das Berufungsgericht bestätigte diese E im Ergebnis mit der Begründung, der Anscheinsbeweis stehe der Klägerin im konkreten Fall nicht zu, da es in ihrer Macht stehe, den Verursachungszusammenhang durch die Katarakt-Operation zu klären. Sie könne zwar nicht zur Operation verhalten werden, die aus der Verweigerung resultierende Unsicherheit gehe aber zu ihren Lasten.

Der OGH hob die Vorentscheidungen zur Verfahrensergänzung auf. Ob der Prima-facie-Beweis zulässig ist, sei davon abhängig, ob die Operation des Grauen Stars zumutbar sei, etwa weil sie auf lange Sicht ohnehin unvermeidlich wäre, und von der

⁶¹⁰ = RdM 2007/115 (*Leischner*, tabellarische Übersicht).

⁶¹¹ Auch die Frage nach dem Aufklärungsmangel erörtert der OGH und erachtet das Verfahren diesbezüglich als ergänzungsbedürftig. Im Folgenden wird die E nur hinsichtlich der Kausalitätsproblematik besprochen.

Klägerin nur aus dem Motiv abgelehnt werde, ihr eine günstigere Prozessposition zu verschaffen. Diesbezüglich müssen die Feststellungen ergänzt werden. Der Anscheinsbeweis sei der Klägerin jedenfalls bislang nicht gelungen, da der Beklagte einen anderen als den prima facie angenommenen Verlauf aufzuzeigen vermochte.⁶¹² Der Unmöglichkeit des Beweises sei die Unzumutbarkeit gleichzuhalten. Für den Fall, dass die Operation unzumutbar wäre, wäre die Theorie *Franz Bydlinski*⁶¹³ anzuwenden, die dem erkennenden Senat unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit geboten erscheine. Neu sei am gegenständlichen Fall, dass das haftungsbegründende Ereignis kein Kunstfehler sondern ein Aufklärungsmangel sei, wobei dies keinen prinzipiellen Unterschied zu den bisherigen E begründe.

1.12.2 Anmerkungen

Interessanter als die Kausalitätsfrage ist an dieser E freilich die Aussage, dass die Klägerin die Obliegenheit treffe, eine zumutbare Operation zu Beweiszwecken durchführen zu lassen. Da die Teilungstheorie mittlerweile als stRsp gilt⁶¹⁴, ist die diesbezügliche Beurteilung des OGH nicht überraschend. Beachtenswert sind hier wiederum die E der unteren Instanzen, die das Problem rein auf Beweisebene lösen. Dies liegt aber in der Besonderheit des konkreten Falls begründet, da Erst- und Berufungsgericht von einer Beweisvereitelung der Klägerin ausgingen, deren Folgen ihr zur Last fallen müssten.

1.13 Notwehr II (9 Ob 13/07p)

1.13.1 Entscheidung

Der Kläger als Revisionswerber meint, sein Fall sei mit jenem, welcher der Notwehr-E⁶¹⁵ zugrunde lag, ident. In beiden Fällen ging eine Schlägerei voraus, hier war jedoch der Kläger – und nicht, wie in der Vorentscheidung, der Beklagte – angegriffen worden

⁶¹² Dies ist allerdings, wie der erkennende Senat richtig bemerkt, ein bloßes obiter dictum, da die Frage nach dem Gelingen eines Beweises irrevisibel ist.

⁶¹³ Die Theorie wird noch einmal ausführlich referiert, wobei auf *F. Bydlinski*, JBl 1959, 1 ff als Grundlage und die Literaturhinweise bei *Juen*, Arzthaftung² 32, Fn 129, der sich der Teilungstheorie anschließt, sowie auf die Vorentscheidungen zur Asphyxie (4 Ob 554/95 = JBl 1996, 181, siehe oben Kap E1.7) und zur Wirbelsäuleninstabilität (6 Ob 36/01i, siehe oben Kap E1.10) verwiesen wird.

⁶¹⁴ So schon die Vorentscheidung des OGH 6 Ob 36/01i, siehe oben Kap E1.10.

⁶¹⁵ OGH 8 Ob 608/92 = EvBl 1994/13, siehe Kap E1.4.

und hatte eine Notwehrüberschreitung zu verantworten. Er hatte sich bei der Auseinandersetzung unter anderem eine Verletzung am Finger zugezogen. Nach den Feststellungen des Erstgerichts war nicht feststellbar, dass diese Verletzung durch den Beklagten verursacht worden war, es sei viel mehr überwiegend wahrscheinlich, dass sich der Kläger selbst verletzt hatte. Da eine Schadensteilung aber voraussetze, dass „*beide Schadensursachen mit gleich hoher Wahrscheinlichkeit zur selbständigen Schadensherbeiführung geeignete Ursachen waren*“, komme diese hier nicht in Frage.

1.13.2 Anmerkungen

Diese E ist im Ergebnis sicher nicht zu beanstanden. Im Hinblick auf die Teilungstheorie ist die Formulierung nicht ganz glücklich,⁶¹⁶ die E stellt aber letztlich eindeutig klar, dass die Teilungstheorie zu keiner konsequenten Proportionalhaftung führt, da eben eine Wahrscheinlichkeit der Verursachung durch den möglichen Täter von mindestens 50 % als Voraussetzung angenommen wird. In der Vorjudikatur wird diese von der hL⁶¹⁷ geforderte Voraussetzung nicht ausdrücklich erwähnt,⁶¹⁸ was wohl darauf zurückzuführen ist, dass sie in jenen Fällen, in denen der OGH eine Schadensteilung für sachgerecht hielt, unstrittig erfüllt war.

1.14 Blutgerinnsel (8 Ob 121/07p)

1.14.1 Entscheidung

Die Klägerin unterzog sich aufgrund eines Gehirn-Aneurysmas einer endovaskulären Therapie⁶¹⁹ im Krankenhaus der Beklagten. Im Zuge dieser Therapie wurde das Aneurysma mit sog Coils⁶²⁰ ausgefüllt und ein Stent⁶²¹ eingebracht, welcher immer ein gewisses Thromboserisiko birgt. Die Klägerin wurde postoperativ mit

⁶¹⁶ Zum einen müsste es richtigerweise „mögliche Schadensursachen“ heißen, zum anderen kann wohl nur gemeint sein, dass die Kausalität des Haftungsgrundes zumindest – und nicht genau – gleich wahrscheinlich sein müsse.

⁶¹⁷ Besonders betont dies *Koziol* (Haftpflichtrecht I³ Rz 3/38), teilweise aA *Rebhahn*, Staatshaftung 618.

⁶¹⁸ In einer späteren E erwähnt der OGH die Voraussetzung des „erheblichen Kausalitätsverdachts“ in einem obiter dictum: 4 Ob 75/08w = Zak 2008/541 (*Kletečka*), siehe sogleich Kap E1.15.

⁶¹⁹ Die endovaskuläre Therapie ist die minimalinvasive Alternative zur offenen Hirn-Operation.

⁶²⁰ Dabei handelt es sich um Spiralen aus einer Platinlegierung, die eine Blutgerinnung innerhalb des Aneurysmas bewirken sollen.

⁶²¹ Ein Stent ist ein Metallgitter, das zur Stabilisierung von Organwänden, insbesondere Gefäßwänden, dient.

gerinnungshemmenden Medikamenten behandelt, die Dosis war jedoch zu niedrig, wodurch die Gefahr einer Thrombose deutlich erhöht wurde. Tatsächlich lagerten sich am Stent Blutgerinnsel ab und die Klägerin erlitt mehrere Hirninfarkte. Die Ursache für die Ablagerungen lässt sich nicht feststellen. Sie könnten schicksalhaft entstanden oder durch die mangelnde Medikation verursacht worden sein.

Das Erstgericht führte aus, dass die Wahrscheinlichkeit der Verursachung nicht festgestellt werden könne, nicht einmal dahingehend, ob beide mögliche Ursachen gleich wahrscheinlich seien, und wies das Klagebegehren (Schmerzensgeld, Pflegekosten, Feststellung der Haftung für künftige Schäden) ab. Das Berufungsgericht sah hingegen die Voraussetzungen für die Anwendung der Teilungstheorie als erfüllt an und teilte den Schaden im Zweifel 1:1.

Der OGH wies die Revisionen mangels erheblicher Rechtsfrage zurück und sprach hinsichtlich der Frage der Haftung bei Konkurrenz von ärztlichem Fehlverhalten mit einem in die Sphäre des Patienten fallenden Umstand als mögliche Ursachen aus, dass diese Frage bereits wiederholt behandelt und § 1304 ABGB angewendet worden sei.⁶²²

1.14.2 Anmerkungen

Die Beurteilung des Erstgerichts, das ein Vorgehen nach der Teilungstheorie deshalb ausschließt, weil nicht einmal die Wahrscheinlichkeit der Verursachung feststellbar sei, ist insofern bemerkenswert, als sie auf ein bisher in Literatur und Rsp soweit ersichtlich nicht thematisiertes Problem hinweist: Wie oben besprochen,⁶²³ führt die von den Vertretern der Teilungstheorie vorgeschlagene Zweifelsregel, nach der bei mangelnder Feststellbarkeit der Verursachungswahrscheinlichkeiten eine Teilung 1:1 stattfinden soll, in Verbindung mit der Einschränkung, dass erst ab einer Wahrscheinlichkeit von 50 % gehaftet werden soll, dazu, dass im Zweifel auf das Minimum gehaftet wird. Das Erstgericht erkennt hier aber zutreffend, dass in jenem Fall, in dem sich das Verhältnis der Wahrscheinlichkeiten überhaupt nicht bestimmen lässt, ja sogar zweifelhaft bleibt,

⁶²² Dabei zitiert der OGH *Juen*, *Arzthaftung*² 32 und die E *Notwehr I* (8 Ob 608/92 = EvBl 1994/13, siehe oben Kap E1.4), *Asphyxie* (4 Ob 554/95 = JBl 1996, 181, siehe oben Kap E1.7) und *Wirbelsäuleninstabilität* (6 Ob 36/01i, siehe oben Kap E1.10). Bei der Nennung der E 6 Ob 608/92 dürfte es sich um ein Fehlzitat handeln (gemeint wohl auch hier: *Notwehr I*), diese E behandelt die Abgrenzung von Geschäftsraummiete und Unternehmenspacht.

⁶²³ Kap C4.2.

ob die Haftungsvoraussetzung des erheblichen Kausalitätsverdachts überhaupt gegeben ist.

Eine Haftung nach der Zweifelsregel käme nach der Teilungstheorie nur dann in Betracht, wenn feststeht, dass das haftungsbegründende Ereignis zumindest gleich wahrscheinlich kausal war wie der Zufall, eine genauere Bestimmung des Verhältnisses aber nicht möglich ist. Dieses Ergebnis mutet freilich seltsam an, was mE wiederum ein Indiz dafür ist, dass die Haftung nach Verursachungswahrscheinlichkeit in der Praxis nicht zu den gewünschten Ergebnissen führen kann.

1.15 Risikoschwangerschaft (4 Ob 75/08w)⁶²⁴

Diese aktuelle E zeigt ein weiteres Mal, dass Kausalitätsprobleme va im Bereich der Arzthaftung auftreten. Erfreulicherweise setzt sich der OGH hier mit den verschiedenen möglichen Konstellationen intensiv auseinander. Der Sachverhalt ist sehr ausführlich beschrieben, das Kernproblem lässt sich aber kurz zusammenfassen:

1.15.1 Entscheidung

Die Schwangerschaft der Mutter der Klägerin war bekanntermaßen eine Risikoschwangerschaft, weil sie unter einer chronischen Niereninsuffizienz litt. Am 21. 2. 2001 empfahl der Beklagte Facharzt für Gynäkologie und Geburtshilfe der Klägerin hausärztliche Kontrolluntersuchungen zwei Mal wöchentlich. Beim nächsten Kontrolltermin am 12. 3. 2001 stellte der Arzt die Diagnose Plazentainsuffizienz, Retardierung des Kindes und Fruchtwasserreduktion. Am selben Tag kam die Klägerin mittels Notkaiserschnitt zur Welt. Sie ist seit ihrer Geburt schwer krank und behindert und begehrte 200.000 € an Schmerzensgeld sowie die Feststellung der Haftung des Beklagten für alle zukünftigen Folgen aus dem Geburtsvorgang.

Das Erstgericht stellte fest, dass der Arzt einen Kunstfehler zu verantworten habe, da er häufigere Überprüfungen hätte anordnen müssen. Die Geburt hätte dann früher stattgefunden, wobei die Retardierung der Klägerin dann nicht in so großem Ausmaß

⁶²⁴ Zak 2008/541 (*Kletečka*) = iFamZ 2008/124 = RdM-LS 2009/4 = ecolex 2008/303 = RZ 2008, 38.

eingetreten wäre. Allerdings sei es auch sehr unwahrscheinlich, dass die Klägerin gesund zur Welt gekommen wäre. Dennoch gab es dem Begehren vollumfänglich statt.

Das Berufungsgericht hob das Ersturteil teilweise auf und erklärte den Rekurs für zulässig, da zu klären sei, ob eine Schadensteilung nach §§ 1302, 1304 ABGB bei Zusammentreffen von Zufall und schuldhaftem Verhalten im Sinne „*summierter Einwirkungen*“ anzuwenden sei.

Laut OGH steht fest, dass die Schädigung der Klägerin zwei Ursachen hat: den Behandlungsfehler und ihre (zufällige) Vorschädigung, wobei der Schaden durch keine der Ursachen alleine in dieser Gestalt eingetreten wäre. Daher liege kein Fall der alternativen Kausalität vor. Es sei auch kein sog Anlagefall, in dem im Schädigungszeitpunkt bereits eine Veranlagung bestand, die später zum selben Schaden geführt hätte, oder eine Verletzung zusammen mit einer besonderen Veranlagung des Geschädigten die Schwere der Folgen bestimmt. Die Vorschädigung der Klägerin gehe zu ihren Lasten, der Arzt habe nur für den weiteren Schaden einzustehen. Da dieser im konkreten Fall nicht feststellbar sei, sei eine Aufteilung in Weiterentwicklung der Theorie zur alternativen Kausalität zwischen einem Haftungsgrund und einem Zufall analog § 1304 ABGB im Zweifel zu gleichen Teilen vorzunehmen.

1.15.2 Anmerkungen

Vorweg ist anzumerken, dass die Feststellung „*Die Geburt eines gesunden Kindes bei einer Entbindung vor der 37. Schwangerschaftswoche ist aber sehr unwahrscheinlich*“ insofern unklar ist, als nicht hervorgeht, ob es sich um eine ganz allgemeine Feststellung hinsichtlich des Risikos bei Frühgeburten handelt oder ob damit auf eine bereits vorhandene Schädigung des Kindes Bezug genommen wird. Im ersteren Fall würde sich nämlich ein ganz anderes Problem stellen: Die Unterlassung der früheren Entbindung wäre dann zwar allein kausal für den konkreten Schaden, das rechtlich gebotene Verhalten hätte aber womöglich einen anderen (geringeren) Schaden verursacht. Zu fragen wäre dann, ob dieser hypothetische Kausalverlauf den Schädiger entlastet.

In Zusammenschau mit den anderen Feststellungen, insbesondere, dass bereits am 21. 2. 2001 eine Retardierung vorlag, liegt aber die zweite Variante tatsächlich näher. Folgt man dieser Auslegung, hat der OGH das Kausalitätsproblem an sich treffend erkannt: Es besteht bereits ein irreversibler Schaden, das Eingreifen des Arztes kann nur mehr eine Verschlimmerung verhindern oder eben bewirken.⁶²⁵

Wie *Kletečka* in seiner Entscheidungsbesprechung⁶²⁶ richtig bemerkt, vergreift sich der OGH in der Bezeichnung – von „*summierten Einwirkungen*“ kann keine Rede sein, vielmehr liegt der ganz übliche Fall vor, dass ein Patient bereits vor Eingreifen des Arztes Schäden erlitten hat, die auch der Arzt nicht mehr beseitigen kann. Der OGH macht es sich durch die missverständliche Terminologie sozusagen schwerer als notwendig. Im gegenständlichen Fall konnte einfach nicht festgestellt werden, wie hoch der vom Arzt verursachte Schaden ist, da er sich qualitativ nicht von dem bereits vorhandenen abgrenzen ließ. Folgerichtig hätte eine Schätzung nach § 273 Abs 1 ZPO stattfinden müssen⁶²⁷, die freilich vermutlich zum selben Ergebnis geführt hätte.⁶²⁸

1.16 Netzhautschädigung (2 Ob 120/08y)

In der vorliegenden E weist der OGH die außerordentliche Revision unter Verweis auf zahlreiche Vorentscheidungen zum Kausalitätsbeweis mangels erheblicher Rechtsfrage zurück. Die E ist dennoch von Interesse, da sie als aktuellste E zum Thema der alternativen Kausalität zwischen einem Haftungsgrund und einem Zufall – wenngleich freilich nicht in Abkehr von der bisherigen Judikatur – einen Schritt in die Richtung der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht macht.

1.16.1 Entscheidung

Der zugrunde liegende Sachverhalt wird nicht ausgeführt, es lässt sich nur entnehmen, dass der Kläger eine Schädigung der Netzhaut seines rechten Auges erlitten hatte, die

⁶²⁵ Dieselbe Konstellation liegt der Zytostatika-E zugrunde, in der der OGH aber irrig nach der Teilungstheorie vorgeht, siehe oben Kap E1.2.

⁶²⁶ Zak 2008, 314.

⁶²⁷ Die Ausübung des in § 273 Abs 1 ZPO eingeräumten Ermessens durch den Richter ist zwingend, wenn sich die Anspruchshöhe anders nicht bestimmen lässt (*Rechberger in Fasching/Konecny*² § 273 ZPO Rz 9).

⁶²⁸ *Kletečka*, Zak 2008, 314 (315).

zur Erblindung geführt hatte. Der Kläger sah dafür einen nicht näher bezeichneten, Jahre zurückliegenden Unfall, den offenbar die Beklagte zu vertreten hatte, als kausal an.

Der OGH führt zunächst aus, dass die hohe Wahrscheinlichkeit das Regelbeweismaß darstellt. Das Berufungsgericht hätte in vertretbarer Weise angenommen, dass der Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Erblindung nicht mit diesem erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrad erwiesen sei.

Interessanter ist der zweite Punkt der E, in dem kurz die Haftung für alternative Kausalität analog § 1302 ABGB referiert wird, die Anwendung aber im konkreten Fall verneint wird, da *„es an einer Mehrheit konkret gefährlich handelnder möglicher Schädiger fehlt“*. Die Möglichkeit der Haftung bei Kausalitätskonkurrenz mit dem Zufall wird mit dem Hinweis abgetan, die Vorinstanzen hätten keine *„konkrete Wahrscheinlichkeit des Eintritts von Zufall“* festgestellt, vielmehr sei ungeklärt geblieben, auf welche Ursache die Netzhautschädigung zurückzuführen sei. Besonders interessant ist der letzte Satz der E, in dem der OGH die alternative Kausalität als Beweislastproblem begreift.

1.16.2 Anmerkungen

Der Umstand, dass der OGH die alternative Kausalität als Beweislastproblem ansieht, ist insofern beachtlich, als man gerade über diese Ansicht, die das Problem auf prozessualrechtlicher Ebene löst, nicht zu einer Teilhaftung kommt („Alles-oder-nichts-Prinzip“), also auch dann nicht, wenn die Wahrscheinlichkeit des Zufallseintritts bemessen worden wäre.

Überhaupt wäre im Sinne der stRsp zur Teilungstheorie möglicherweise eine Aufhebung der vorinstanzlichen E geboten gewesen, um eben das Wahrscheinlichkeitsverhältnis von Haftungsgrund und Zufall festzustellen. Eine abschließende Beurteilung dieser Frage ist aber, ohne die näheren Umstände des Falles zu kennen, nicht möglich. Der Fall könnte selbstverständlich auch so gelagert sein, dass schon eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Unfall kausal war, ausgeschlossen werden könnte. Dann wäre die Klage auch im Sinne der

Teilungstheorie, deren Anwendung ja eine Verursachungswahrscheinlichkeit von mindestens 50 % voraussetzt, abzuweisen gewesen.

Der OGH setzt sich bei dieser E zwar, wie erwähnt, mit der Problematik der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ nicht eingehend auseinander, weshalb von einem Abgehen von der stRsp keine Rede sein kann. Dennoch bleibt festzuhalten, dass er hier einen Fall, in dem ungeklärt ist, ob der Schaden auf einem Haftungsgrund beruht, mE richtigerweise über das Beweisrecht und nicht analog §§ 1302, 1304 ABGB löst.

Literaturverzeichnis

- Apathy*, Peter: Begrenzung der Haftung, Art und Umfang des Ersatzes – in: *Griss*, Irmgard / *Kathrein*, Georg / *Koziol*, Helmut (Hrsg): Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Wien 2005, 73.
- Apathy*, Peter / *Riedler*, Andreas: Bürgerliches Recht III, Schuldrecht, Besonderer Teil³ Wien (ua) 2008.
- Aigner*, Gerhard / *Kletečka*, Andreas / *Kletečka-Pulker*, Maria / *Memmer*, Michael (Hrsg): Handbuch Medizinrecht für die Praxis, Loseblattausgabe, 1.-7. Lfg, Wien 2008.
- Assmann*, Heinz-Dieter: Multikausale Schäden im deutschen Haftungsrecht – in: *Fenyves*, Attila / *Weyers*, Hans-Leo (Hrsg): Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten (1988) 99.
- Bamberger*, Heinz Georg / *Roth*, Herbert: Beck'scher Online-Kommentar BGB¹¹, München 2008.
- Bar*, Christian von / *Clive*, Eric / *Schulte-Nölke*, Hans: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, München 2009.
- Bauer*, Marianne: Die Problematik gesamtschuldnerischer Haftung trotz ungeklärter Verursachung, JZ 1971, 4.
- Bienenfeld*, Rudolf: Die Haftungen ohne Verschulden, Berlin, Wien 1933.
- Blomeyer*, Arwed: Die Umkehr der Beweislast, AcP 158, 97.
- Bodewig*, Theo: Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden, AcP 185, 505.
- Bollenberger*, Raimund: Glosse zu OGH 2 Ob 590/92, JBl 1994, 543.
- Braun*, Johann: Haftung für Massenschäden, NJW 1998, 2318.
- Brehm*, Wolfgang: Zur Haftung bei alternativer Kausalität, JZ 1980, 585.
- Burgstaller*, Manfred: Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, Wien 1974.
- Bumberger*, Carmen: Zum Kausalitätsbeweis im Haftpflichtrecht, Linz 2003.
- Buxbaum*, Wiebke: Solidarische Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen, französischen und anglo-amerikanischen Recht, Karlsruhe 1965.
- Bydlinski*, Franz: Mittäterschaft im Schadensrecht, AcP 158, 410.
- Bydlinski*, Franz: Haftung bei alternativer Kausalität, JBl 1959, 1.
- Bydlinski*, Franz: Probleme der Schadensverursachung, Stuttgart 1964.
- Bydlinski*, Franz: Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität – in: *Sandrock*, Otto (Hrsg): FS Beitzke, Berlin 1979, 3
- Bydlinski*, Franz: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², Wien 1991.
- Bydlinski*, Franz: Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, JBl 1992, 341.
- Bydlinski*, Franz: Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen – in: *Enzinger*, Michael / *Hügel*, Hanns / *Dillenz*, Walter (Hrsg): FS Frotz, Wien 1993, 3.
- Bydlinski*, Franz: System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996.

- Bydlinski, Franz*: Die Verursachung im Entwurf eines neuen Schadenersatzrechts – in: *Griss, Irmgard / Kathrein, Georg / Koziol, Helmut* (Hrsg): Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Wien 2005, 37.
- Bydlinski, Franz*: Editoriale Erzählungen und der Schadenersatzentwurf, JBI 2005, 676.
- Bydlinski, Peter*: Haftung für fehlerhaft Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 153.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung *praeter legem*, Berlin 1964.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadenersatzrecht, JZ 1987, 93.
- Cigoj, Stojan*: Multikausale Schäden – Landesreferat Jugoslawien – in: *Fenyves, Attila / Weyers, Hans-Leo* (Hrsg): Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, Frankfurt am Main 1988, 33.
- Deutsch, Erwin*: Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren, Köln (ua) 1976.
- Deutsch, Erwin*: Glosse zu OGH 7. 5. 1985, 20 Ob 544/85, JBI 1986, 578.
- Deutsch, Erwin*: Zurechnungszusammenhang, Rechtswidrigkeit und Verschulden – in: *Beuthien, Volker / Fuchs, Maximilian / Roth, Herbert / Schiemann, Gottfried / Wacke, Andreas* (Hrsg): FS Medicus, Köln (ua) 1999, 77.
- Deutsch, Erwin / Ahrens, Hans-Jürgen*: Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen – Schadenersatz – Schmerzensgeld⁴, Köln (ua) 2002.
- Dolinar, Hans*: Bemerkungen zum Prima-facie-Beweis, ÖJZ 1968, 431.
- Elliott, E. Donald*: Torts with multiple causes unter U.S. Law – in: *Fenyves, Attila / Weyers, Hans-Leo* (Hrsg): Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, Frankfurt am Main 1988, 9.
- Ehrenzweig, Albert A.*: Die Schuldhafung im Schadenersatzrecht, Wien 1936.
- Ehrenzweig, Armin*: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II/1²: Das Recht der Schuldverhältnisse, Wien 1928.
- Engisch, Karl*: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen 1931.
- Fasching, Hans-Walter*: Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts², Wien 1990.
- Fasching, Hans-Walter / Konecny, Andreas* (Hrsg): Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen², Wien 2002-2008.
- Fenyves, Attila / Weyers, Hans-Leo* (Hrsg): Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten. Verhandlungen der Fachgruppe für Zivilrechtsvergleichung auf der Tagung für Rechtsvergleichung in Innsbruck 1987, Frankfurt am Main 1988.
- Fischer-Czermak, Constanze*: Der Entwurf einer allgemeinen Gefährdungshaftung, NZ 2006, 1.
- Fleischer, Holger*: Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht, JZ 1999, 766.
- Fuchs, Helmut*: Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I⁷ Wien 2008.
- Fucik, Robert*: Das Beweismaß im Zivilprozeß, RZ 1988, 122.
- Gernhuber, Joachim*: Haftung bei alternativer Kausalität. Zum Urteil BGH VI ZR 7/60, JZ 1961, 148.
- Gimpel-Hinteregger, Monika*: Grundfragen der Umwelthaftung. Zugleich ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Haftungsrechts, zur ökonomischen Analyse des Rechts und zum privaten Immissionsschutzrecht, Wien 1994.

- Griss, Irmgard*: Der Entwurf des neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2005, 273.
- Griss, Irmgard / Kathrein, Georg / Koziol, Helmut* (Hrsg): Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Wien 2005.
- Gschnitzer, Franz*: Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadenersatz, Wien 1963.
- Gschnitzer, Franz*: Österreichisches Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadenersatz² [*Faistenberger* ua], Wien 1988.
- Hager, Günter*: Umweltschäden – ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrechts, NJW 1983, 1961.
- Hager, Johannes*: Die Kausalität bei Massenschäden – in: *Heldrich, Andreas / Prölss, Jürgen / Koller, Ingo* (Hrsg): FS Canaris, Band I, München 2007, 403.
- Hager, Johannes* (Red) / *Belling, Detlev W. / Eberl-Borges, Christina*: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch¹³, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse – §§ 830-839 (Unerlaubte Handlungen 3). Berlin 2008.
- Hanau, Peter*: Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit. Eine Studie zum Problem des pflichtmäßigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht. Göttingen 1971.
- Harrer, Friedrich*: Reformfordernisse im österr Schadenersatzrecht, JBl 1996, 19.
- Heid, Stephan / Rudolf, Claudia*: Rechtsprechungsübersicht Ärztehftung, eolex 1993, 658.
- Hofmann, Edgar*: Die Umkehr der Beweislast in der Kausalitätsfrage, Karlsruhe 1972.
- Holzer, Wolfgang*: Die Haftung des Arztes im Zivilrecht – in: *Dirnhofer, Richard / Holzer, Wolfgang / Posch, Willibald / Proske, Manfred / Schick, Peter J.*: Die Haftung des Arztes in zivil- und strafrechtlicher Sicht unter Einschluß des Arzneimittelrechts, Graz 1983, 63.
- Holzer, Wolfgang*: Glosse zu OGH 7 Ob 648/89, JBl 1990, 526.
- Holzhammer, Richard*: Österreichisches Zivilprozeßrecht², Wien ua 1976.
- Hopf, Gerhard*: Das Reformvorhaben – in: *Griss, Irmgard / Kathrein, Georg / Koziol, Helmut* (Hrsg): Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Wien 2005, 17.
- Höpfel, Frank / Ratz, Eckart* (Hrsg): Wiener Kommentar zum StGB², Wien 1999-2008.
- Huber, Christian*: Reform des österreichischen Schadenersatzrechts. Blickwinkel des deutschen Rechts, Umfang des Ersatzes und Nebengesetze, ZVR 2006, 472.
- Jabornegg, Peter*: Der Schutz der Umwelt durch das Zivilrecht, VR 1988, 37.
- Juen, Thomas*: Arzthaftungsrecht. Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für den Behandlungsfehler – der Arzthaftungsprozess in Österreich², Wien 2005.
- Kienapfel, Diethelm / Höpfel, Frank*: Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil¹² Wien 2007.
- Klang, Heinrich / Gschnitzer, Franz* (Hrsg): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band VI², Wien 1951.
- Klewein, Wolfgang*: Hypothetische Kausalität und Schadensberechnung, Wien 1993.
- Klewein, Wolfgang*: Zurechnungszusammenhang und Normadäquanz in der Arzthaftung, ÖJZ 1993, 161.
- Kletečka, Andreas*: Verursachungskonkurrenz mit dem Zufall – Die Wahrscheinlichkeit als Haftungsgrund? JBl 2009, 137.

- Kletečka*, Andreas: Punitive damages – Der vergessene Reformpunkt? ÖJZ 2008, 785.
- Klicka*, Thomas: Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht, Wien 1995.
- Koch*, Harald: Haftung für Massenschäden – Recht, Abwicklungspraxis, rechtspolitischer Handlungsbedarf, JZ 1998, 801.
- Koziol*, Helmut: Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I³, Wien 1997.
- Koziol*, Helmut: Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II², Wien 1984.
- Koziol*, Helmut: Schadenersatz für den Verlust einer Chance? – in: *Hohloch*, Gerhard / *Frank*, Rainer / *Schlechtriem*, Peter: FS Stoll, Tübingen 2001, 233.
- Koziol*, Helmut: Die Bereicherung des Schädigers als schadenersatzrechtliches Zurechungselement? Zur Auflockerung der Grenze zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht – in: *Koziol*, Helmut / *Rummel*, Peter: FS Bydlinski, Wien ua 2002, 175.
- Koziol*, Helmut: Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts. Zugleich ein neuerlicher Versuch der Klarstellung der Idee des beweglichen Systems, JBl 2006, 768.
- Koziol*, Helmut: Schadenersatzreform: Der Gegenentwurf eines Arbeitskreises, JBl 2008, 405.
- Koziol*, Helmut / *Bydlinski*, Peter / *Bollenberger*, Raimund (Hrsg): Kurzkomentar zum ABGB², Wien 2007.
- Koziol*, Helmut / *Welser*, Rudolf: Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band I¹³ [*Kletečka*], Wien 2006.
- Koziol*, Helmut / *Welser*, Rudolf: Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band II¹³ [*Welser*], Wien 2007.
- Kralik*, Rodrich: Die Beweiswürdigung im zivilgerichtlichen Verfahren, ÖJZ 1954, 157.
- Kramer*, Ernst A.: Multikausale Schäden – Länderberichte Schweiz/Österreich – in: *Fenyves*, Attila / *Weyers*, Hans-Leo (Hrsg): Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, Frankfurt am Main 1988, 55.
- Kries*, Johannes von: Ueber den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie 1888, 179 (Teil I), 287 (Teil II) und 393 (Teil III).
- Kries*, Johannes von: Ueber die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte, ZStW 9 (1889), 528.
- Larenz*, Karl: Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensersatzrecht, NJW 1959, 865.
- Larenz*, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allgemeiner Teil¹⁴, München 1978.
- Larenz*, Karl / *Canaris*, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2: Besonderer Teil¹³, München 1994.
- Leitner*, Max: Kumulative Kausalität mit Zufall – Kritik an 6 Ob 163/05x, ecolex 2006, 278.
- Lukas*, Meinhard: Glosse zu OGH 1 Ob 2139/96g, JBl 1997, 395.
- Mäsch*, Gerald: Chance und Schaden. Zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen, Tübingen 2004.
- Mayer-Maly*, Theo: Zivilistische Kausalitätstheorie in Bewegung, JBl 1965, 441.
- Mayer-Maly*, Theo: Die Lebenskraft des ABGB, NZ 1986, 265.
- Mayrhofer*, Heinrich: Das Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeine Lehren³, Wien 1986.

- Medicus*, Dieter: Schuldrecht I: Allgemeiner Teil¹⁷, München 2006.
- Medicus*, Dieter: Zivilrecht und Umweltschutz, JZ 1986, 778.
- Mihurko*, Max: Verursachung, Begünstigung, Rechtswidrigkeit als Voraussetzungen der Schadenshaftung, Wien 1915.
- Neumayr*, Matthias: Braucht Österreich ein neues Schadenersatzrecht? Zak 2006, 66.
- Niederländer*, Hubert: Hypothetische Schadensereignisse, JZ 1959, 617.
- Nigl*, Hans Erwin: Neuere Judikatur zur Arzthaftung, Zak 2009, 148.
- Nippel*, Franz Xaver J. F.: Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Länder der österreichischen Monarchie: mit besonderer Berücksichtigung des practischen Bedürfnisses, Band VIII/1, Grätz 1835.
- Posch*, Willibald: Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten – in: *Fenyves*, Attila / *Weyers*, Hans-Leo (Hrsg): Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, Frankfurt am Main 1988, 153.
- Rebhahn*, Robert: Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr. Eine Studie insbesondere zur österreichischen Amtshaftung mit einem Beitrag zum Kausalzusammenhang im Schadenersatzrecht, Wien 1997.
- Rebmann*, Kurt / *Säcker*, Franz Jürgen (Hrsg): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III/2, München 1980.
- Rebmann*, Kurt / *Säcker*, Franz Jürgen / *Rixecker*, Roland (Hrsg): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5⁵, München 2009.
- Rechberger*, Walter (Hrsg): Kommentar zur ZPO³, Wien 2006.
- Rechberger*, Walter: Der Anscheinsbeweis in der österreichischen Judikatur, ÖJZ 1972, 425 (Teil I) und 457 (Teil II).
- Rechberger*, Walter: Die Überprüfung von Erfahrungssätzen in der Revisionsinstanz, ÖJZ 1974, 113.
- Rechberger*, Walter / *Simotta*, Daphne-Ariane: Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts: Erkenntnisverfahren⁷, Wien 2009.
- Reischauer*, Rudolf: Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§1298 ABGB), Berlin 1975.
- Reischauer*, Rudolf: Die Haftung wegen möglicher Kausalität am Beispiel eines Auffahrunfalles (§ 1302 ABGB), VR 1987, 208.
- Reischauer*, Rudolf: Reform des Schadenersatzrechts? Stellungnahme zu einem Arbeitsgruppenentwurf (§§ 1293 ff ABGB, AtomHG, EKHG usw), ÖJZ 2006, 391.
- Reischauer*, Rudolf: Schadenersatzreform – Verständnis und Missverständnisse. Eine Antwort auf Koziol (JB1 2008, 348), JB1 2009, 405 (Teil I) und 484 (Teil II).
- Reischauer*, Rudolf / *Spielbüchler*, Karl / *Welser*, Rudolf (Hrsg): Reform des Schadenersatzrechts 2. Zum Entwurf einer Arbeitsgruppe, Wien 2006.
- Reischauer*, Rudolf / *Spielbüchler*, Karl / *Welser*, Rudolf (Hrsg): Reform des Schadenersatzrechts 3. Vorschläge eines Arbeitskreises, Wien 2008.
- Riss*, Olaf: Hypothetische Kausalität, objektive Berechnung bloßer Vermögensschäden und Ersatz verlorener Prozesschancen, JB1 2004, 423.

- Rother*, Werner: Adäquanztheorie und Schadensverursachung durch mehrere, NUW 1965, 177.
- Rümelin*, Max: Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, AcP 90, 171.
- Rummel*, Peter (Hrsg): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/1², Wien 2004.
- Rummel*, Peter (Hrsg): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/1³, Wien 2007.
- Schauer*, Martin: Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts. Zugleich eine Besprechung des gleichnamigen Buchs, JRP 2006, 276.
- Schauer*, Martin: Zu den Vorschlägen des Arbeitskreises zur Reform des Schadenersatzrechts: Die Perspektive von außen, VR 2008, Heft 7-8, 40.
- Schiemann*, Gottfried: Kausalitätsprobleme bei der Arzthaftung – in: *Heldrich*, Andreas / *Prölss*, Jürgen / *Koller*, Ingo (Hrsg): FS Canaris, Band I, München 2007, 1161.
- Schmidt-Kessel*, Martin / *Müller*, Sandra B.: Reform des Schadenersatzrechts 1. Europäische Vorgaben und Vorbilder, Wien 2006.
- Schwenzer*, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil⁴, Bern 2006.
- Schwimann*, Michael (Hrsg): Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³, Wien 2006.
- Spielbühler*, Karl: Dankt der Gesetzgeber ab? Gegen das Abschieben der Entscheidung, JBl 2006, 341.
- Spindler*, Gerald: Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht, AcP 208, 282.
- Staudinger*, Ansgar: Schadenersatzrecht – Wettbewerb und Ideen der Rechtsordnungen, NJW 2006, 2433.
- Stoll*, Hans: Haftungsverlagerung durch Beweisrechtliche Mittel, AcP 176, 145.
- Stremitzer*, Alexander: Haftung bei Unsicherheit des hypothetischen Kausalitätsverlaufs. Berechnungsmethoden am Beispiel der Arzthaftung, AcP 208, 676.
- Taupitz*, Jochen: Proportionalhaftung zur Lösung von Kausalitätsproblemen – insbesondere in der Arzthaftung? – in: *Heldrich*, Andreas / *Prölss*, Jürgen / *Koller*, Ingo (Hrsg): FS Canaris, Band I, München 2007, 1231.
- Taupitz*, Jochen / *Pfeiffer*, Christian: Der Entwurf und der Gegenentwurf für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht – eine kritische Analyse, JBl 2010, 88.
- Traeger*, Ludwig: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904.
- Viney*, Geneviève / *Jourdain*, Patrice: Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité², Paris 1998.
- Vrba*, Karl / *Lampelmayer*, Manfred / *Wulff-Gegenbauer*, Wolfgang: Schadenersatz in der Praxis, Loseblattausgabe 1.-19. Lfg, Wien 2008.
- Wagner*, Gerhard: Reform des Schadenersatzrechts, JBl 2008, 1.
- Wagner*, Gerhard: Proportionalhaftung für ärztliche Behandlungsfehler de lege lata – in: *Müller*, Gerda (Hrsg): FS Hirsch, München 2008, 453.
- Welser*, Rudolf: Zur solidarischen Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen Recht, ZfRV 1968, 38.
- Welser*, Rudolf: Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 1 (Teil I) und 37 (Teil II).
- Welser*, Rudolf: Schutzgesetzverletzung, Verschulden und Beweislast, ZVR 1976, 1.

- Welser, Rudolf*: Braucht Österreich ein neues Schadenersatzrecht? – in:
Reischauer, Rudolf / Spielbüchler, Karl / Welser, Rudolf (Hrsg): Reform des Schadenersatzrechts 2,
Wien 2006, 1.
- Widmer, Pierre / Wessner, Pierre*: Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. Erläuternder
Bericht, Bern 2000.
- Widmer, Pierre*: Der österreichische Entwurf aus der Sicht des Auslandes. – in:
Griss, Irmgard / Kathrein, Georg / Koziol, Helmut (Hrsg): Entwurf eines neuen österreichischen
Schadenersatzrechts, Wien 2005, 127.
- Wilburg, Walter*: Die Elemente des Schadensrechts, Marburg a. d. Lahn 1941.
- Wilhelm, Georg*: „Aufgabe des Schadenersatzrechts ist es, Schaden auszugleichen...“, Editorial, *ecolex*
2005, 497.
- Wolff, Karl*: Verbotenes Verhalten. Ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Privat- und Strafrechts wie
auch zur Rechtslogik, Wien ua 1923.
- Zeiller, Franz von*: Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen
Erbländer der oesterreichischen Monarchie, Band II/1, Wien – Triest 1812.

Anhang

Abstract

Im Jahr 2011 wird das österreichische ABGB 200 Jahre alt. Im Vorfeld dieses Jubiläums wird seit einigen Jahren die Reformbedürftigkeit dieses Gesetzeswerks – insbesondere auch des Schadenersatzrechts – diskutiert. Das allgemeine österreichische Schadenersatzrecht ist in weiten Teilen nach wie vor in der Stammfassung des ABGB in Geltung. Die letzte umfassende Novellierung des allgemeinen Schadenersatzrechts fand mit der III. Teilnovelle, die am 1. 1. 1917 in Kraft trat, statt.

Seit dem Jahr 1811 beschreibt § 1295 ABGB die grundlegenden Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches wie folgt: *„Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.“* Daraus ergibt sich die Verursachung als das zentrale Zurechnungskriterium zwischen dem Schaden und einem potentiellen Ersatzpflichtigen.

Im Zuge der aktuellen Reformbestrebungen ist auch das Zurechnungskriterium der Kausalität in Diskussion geraten. Dies wird in der vorliegenden Arbeit zum Anlass genommen, zu untersuchen, wie die Haftungsvoraussetzung „Kausalität“ im ABGB ausgestaltet ist. Dabei wird versucht, einen einheitlichen Lösungsweg für jene Fallgruppen aufzuzeigen, in denen die Zurechnung auf den ersten Blick problematisch ist („kumulative“ und „überholende Kausalität“).

Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf der Frage, in welchen Fällen auf den Nachweis der Verursachung verzichtet werden kann. Dabei wird insbesondere jene Lehrmeinung und Rechtsprechung, die bestimmte Fälle unter dem Begriff der „alternativen Kausalität mit dem Zufall“ zusammenfasst und eine Schadensteilung zwischen potentielltem Schädiger und Geschädigten vorschlägt, einer eingehenden Prüfung unterzogen und versucht

dazulegen, dass diese Fälle als reines Beweisproblem über das Prozessrecht zu lösen sind.

Darauf aufbauend wird untersucht, ob der Verursachungsnachweis als Haftungsvoraussetzung de lege ferenda durch den Nachweis einer bestimmten Verursachungswahrscheinlichkeit im Sinne einer Proportionalhaftung ersetzt werden kann.

Abstract (English Version)

The year 2011 marks 200 years since the Austrian General Civil Code (ABGB) came into force. Leading up to this anniversary there have been discussions for several years about the need for reform to this body of law, regarding tort law in particular. General Austrian tort law as stated in the original version of the Civil Code is still widely applied. The last comprehensive amendment to general tort law was laid out in the Third Amendment, which came into effect on January 1st, 1917.

As of the year 1811, section 1295 ABGB states the fundamental preconditions for a claim to damages as follows: “*Every person has the right to demand compensation from the tortfeasor for any damage caused by him where he is at fault; the damage caused may be with or without contractual obligation*”. This results in causation being the central criterion for attribution of damage to a potential liability for compensation.

In the current search for reform the criterion of causation has come under discussion. This led to the impetus for this study, namely examining how “causation” as a precondition for liability is defined by the ABGB. This study will attempt to show a uniform approach to groups of cases where attribution of liability seems problematic at first glance (“concurrent actual cause” and “intervening cause”).

The main focus lies in the following issue: in which cases can one forego proof of causation? This study will conduct thorough research of how certain cases are grouped together in both prevailing opinion and case law under the concept of “alternating causation combined with chance” and how they suggest a division of damages between the potential tortfeasor and the injured party. The study will attempt to argue that the solution is to treat these cases as a pure problem of evidence in terms of procedural law.

Taking this idea further, the study will examine whether *de lege ferenda* the proof of causation as a precondition for liability could be replaced by evidence of a certain probability of causation leading to proportional attribution of liability.

Lebenslauf

Persönliche Daten

Name Mag. iur. Mara-Sophie Häusler
Geburtsdatum 30. Mai 1985

Ausbildung

seit 10/2007 Universität Wien, Doktoratsstudium des Rechtswissenschaften
10/2003 - 10/2007 Universität Wien, Studium der Rechtswissenschaften
10/2003 - 07/2005 Universität Wien, Studium der Deutschen Philologie
09/1995 - 06/2003 Bundesrealgymnasium Wien XIII, Fichtnergasse 15

Berufliche Praxis

Seit 02/2010 Willheim Müller Rechtsanwälte, Rechtsanwaltsanwärterin
01/2009 - 09/2009 Sprengel des Oberlandesgerichts Wien, Rechtspraktikantin
04/2007 - 11/2008 Institut für Zivilrecht der Universität Wien, Forschungsassistentin
04/2004 - 03/2007 Mahlerlaw Rechtsanwälte, studentische Mitarbeiterin

Publikationen

Häusler/Göd in *Piska/Frohner*, Fachwörterbuch zur Einführung in die Rechtswissenschaften² (2009)
Häusler, Sleep well – Anspruchsverjährung im Zivilrecht, *ecolex* 2008, 884
Kletečka/Häusler, Superädifikat: OGH verschärft Anforderungen, *ecolex* 2008, 718
Häusler, Jüngere Rechtsprechung zum Internetrecht, *ecolex* 2008, 625
Kletečka/Häusler, Ärztliche Pflichten im Zusammenhang mit Schutzimpfungen, *Mitteilungen der Ärztekammer Tirol* 2008/01