

## AUFSÄTZE

# Überlegungen zum Mitverschulden des Geschädigten

Gerade in der Baubranche ist das Mitverschulden des Geschädigten häufig ein Thema. Tatsächlich zeigt sich bei genauer Betrachtung, dass so manche kaum jemals hinterfragte Grundsätze sehr wohl zu hinterfragen sind.

**Deskriptoren:** Mitverschulden, Verschulden, Rechtswidrigkeit, Obligation, Vertragspflicht, Eigentum; §§ 354, 1294, 1304 ABGB; § 62 VersVG; §§ 2, 169 StGB.

Von Hermann Wenusch

### 1. Ist Rechtswidrigkeit die Voraussetzung für Verschulden?

§ 1304 ABGB bestimmt, dass der Geschädigte den erlittenen Schaden verhältnismäßig zu tragen hat, wenn neben dem Verschulden des (anderen) Schädigers auch ein Verschulden von seiner Seite vorliegt. Darüber, was diesbezüglich als Verschulden des Geschädigten anzusehen ist, wird schon lange diskutiert ...

Die wohl nahezu einhellige Meinung<sup>1</sup> vertritt die Ansicht, dass mit dem Verschulden von der Seite des Geschädigten bloß Verschulden „im untechnischen Sinn“<sup>2</sup> gemeint sei. „Verschulden im technischen Sinn“ sei nämlich nur denkbar, wenn das zu Grunde liegende Verhalten rechtswidrig sei<sup>3</sup> und es sei eben nicht rechtswidrig, das eigene Vermögen (also sich selbst) zu schädigen<sup>4</sup>. Die Voraussetzung, dass Rechtswidrigkeit vorliegen müsse, um überhaupt von Verschulden sprechen zu können, wird damit begründet, dass § 1294 ABGB „zwischen widerrechtlichen Verhalten und Zufall unterscheidet und nur für das widerrechtliche Verhalten die weitere Unterteilung in vorsätzliche und fahrlässige Beschädigung vornimmt“<sup>5</sup>. Dieses Argument ist aber wohl alles andere als zwingend: § 1294 ABGB liegt eine „Baumstruktur“ zu Grunde, bei der zu einer nicht weiter bedeutsamen Abzweigung keine weiteren Ausführungen erfolgen.

Zunächst erfolgt die Unterscheidung in „widerrechtliche Handlung“ und „Zufall“. Nicht ausdrücklich erwähnt werden übrigens die Fälle der Schädigung durch rechtmäßiges Verhalten eines anderen (also zB die Schädigung durch nicht unlautere Werbung). Nachdem die Fälle der rechtmäßigen Schädigung nicht so selten sind (tatsächlich ist die Schädigung des Mitbewerbs zentrales Element einer Marktwirtschaft), ist wohl nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber schlicht und einfach darauf vergessen hat. Die rechtmäßige Schädigung ist also sicher der Abzweigung „Zufall“ zuzurechnen. Wie die widerrechtliche, so kann auch die rechtmäßige Beschädigung vorsätzlich, fahrlässig oder völlig schuldlos zugefügt werden. Der Gesetzestext verfolgt mangels Bedeutsamkeit diese Abzweigung aber eben nicht weiter. Die zweite Verzweigung des Baums unterscheidet danach, ob die widerrechtliche Beschädigung „willkürlich oder unwillkürlich zugefügt“ wird. Daraus ist keinesfalls zu schließen, dass die Rechtswidrigkeit vorausgesetzt wird. Genau so ließe sich unterscheiden, ob die als Zufall qualifizierte rechtmäßige Beschädigung „willkürlich oder unwillkürlich zugefügt“ wird – nur wäre dies völlig überflüssig, weil die Abzweigung „Zufall“ (die wie gesagt auch die rechtmäßige Schädigung enthält) nicht weiter interessiert.

In der dritten Verzweigung wird dann die „willkürliche Beschädigung“ danach unterschieden, ob diese durch „böse Absicht“ oder „Versehen“ verursacht worden ist. Zur Abzweigung „unwillkürliche Beschädigung“ erfolgen keine weiteren Ausführungen – es ist dazu an dieser Stelle wohl auch kaum etwas zu sagen. Dieser Umstand darf aber nicht auf die vorangehende zweite Abzweigung ausgedehnt werden: Nur weil „böse Absicht“ und

1 So zB Koziol, Haftpflichtrecht<sup>3</sup> Rz 5/2 unter Verweis auf Mayrhofer, Ehrenzweig Privatrecht – Schuldrecht AT 293 unter Verweis auf Koziol, Haftpflichtrecht<sup>2</sup>.

2 Dullinger, Mitverschulden von Gehilfen, JBl 1990, 20 unter Verweis auf Koziol, Haftpflichtrecht<sup>2</sup>.

3 Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1304 ABGB Rz 1 (Stand 1.1.2007, rdb.at): „Der Verschuldensbegriff des ABGB ist so weit gefaßt, daß er auch die Rechtswidrigkeit des Verhaltens mitumfaßt“.

4 Vgl dazu auch OGH RS0022681 [T6] (OGH 04.05.2006, 9 Ob 3/06s): „Im Sinn des herrschenden Verständnisses handelt es sich bei diesem „(Mit-)Verschulden“ [des § 1304 ABGB] mangels Rechtspflicht, eigene Güter (zB Gesundheit) zu schützen, um kein Verschulden im technischen Sinn, sondern um eine Obliegenheitsverletzung“.

5 Koziol, Haftpflichtrecht<sup>3</sup> Rz 5/2.

„Versehen“ nicht zu „unwillkürlich“ passen, bedeutet das nicht, dass „willkürlich“ und „unwillkürlich“ nicht zu „Zufall“ passen.

Die vierte – und letzte – Verzweigung unterteilt schließlich das „Versehen“ in „schuld bare Unwissenheit“, „Mangel an gehöriger Aufmerksamkeit“ und „Mangel an gehörigem Fleiß“. Diese Unterteilung ist aber ohne Bedeutung – sie erfolgt nur um festzulegen, dass diese Fälle allesamt als „Versehen“ anzusehen sind.

Aus § 1294 ABGB lässt sich also nicht unbedingt erschließen, dass Rechtswidrigkeit eine Voraussetzung ist, um von Verschulden sprechen zu können. Vielmehr ist aus § 1304 ABGB das genaue Gegenteil zu schließen: Die Sorglosigkeit gegenüber eigenen Gütern ist – wie allgemein anerkannt – per se nicht rechtswidrig: So ist zB Eigentum die „*Befugniß, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten*“<sup>6</sup>. Trotzdem ist dann die Rede von einem „*Verschulden von Seite des Beschädigten*“. Dem Gesetzgeber war also völlig klar, dass eigene Güter nach Lust und Laune beschädigt werden dürfen – trotzdem spricht er von einem Verschulden des Beschädigten am Schaden. MaW: Eigene Rechtsgüter können selbstverständlich auch fahrlässig oder vorsätzlich geschädigt werden<sup>7</sup>.

Natürlich bedeutet der Begriff „Verschulden“ regelmäßig einen gewissen Vorwurf (Tadel)<sup>8</sup>. Dieser Vorwurf muss aber nicht der Vorwurf der Rechtswidrigkeit sein – es kann genauso der Vorwurf einer Obliegenheitsverletzung sein.

Zu denken ist an das, was gemeinhin als Schadensminderungspflicht bezeichnet wird: Es ist wohl sachgerecht, das Unterlassen einer Rettung durch (allenfalls teilweisen) Entfall des Schadenersatzanspruchs zu sanktionieren. Krasses Beispiel<sup>9</sup>: Der Eigentümer eines Beherbergungsbetriebes merkt, dass ein Gast eine Kerze brennen hat lassen und unternimmt nichts, obwohl klar ist, dass dies zu einem Brand führen wird.

## 2. Ist die sorglose Behandlung eigener Rechtsgüter tatsächlich nicht rechtswidrig?

Nahezu gebetsmühlenartig ist immer wieder der Stehsatz zu hören „*Sorgfaltswidrigkeit gegenüber eigenem*

*Eigentum ist nicht rechtswidrig*“<sup>10</sup> – ist dem tatsächlich (immer) so?

Wer einen Bestandteil seines Vermögens beschädigt und dadurch die Befriedigung wenigstens eines Gläubigers schmälert, begeht „*Betrügerische Krida*“ gemäß § 156 StGB. Wer grob fahrlässig seine Zahlungsunfähigkeit dadurch herbeiführt, dass er entgegen Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens einen bedeutenden Bestandteil seines Vermögens zerstört, beschädigt oder unbrauchbar macht, begeht „*Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen*“ gemäß § 159 StGB.

Bei Denkmälern, die unter Denkmalschutz stehen, ist die Zerstörung sowie jede Veränderung, die den Bestand (Substanz), die überlieferte (gewachsene) Erscheinung oder künstlerische Wirkung beeinflussen könnte, gemäß § 4 DMSG verboten.

Wenn der Vermieter den ihm gehörenden Mietgegenstand vernichtet, so handelt er natürlich rechtswidrig.

Mitunter ist nicht nur die Zerstörung bzw Beschädigung verpönt, sondern auch die Rettung (zumindest deren Versuch) vorgeschrieben:

Ist eine Sache versichert, so ist der Eigentümer gemäß § 62 Abs 1 VersVG verpflichtet, „*nach Möglichkeit für die Abwendung und Minderung des Schadens zu sorgen*“.

Eine Rechtswidrigkeit kann sich auch – um bei obigem Beispiel zu bleiben – wegen Herbeiführung einer Feuerbrunst an einer eigenen Sache durch Unterlassung gemäß § 169 Abs 2 iVm § 2 StGB ergeben, wenn dadurch Gefahr für Leib oder Leben eines Dritten oder eine Gefahr für das Eigentum eines Dritten in großem Ausmaß herbeiführt wird<sup>11,12</sup>.

Die Frage, ob eine Handlung oder Unterlassung rechtswidrig ist, ist nicht absolut und abstrakt, sondern im gegebenen Zusammenhang zu beurteilen. Bei diesem Zusammenhang sind immer die Umstände, insbesondere die beteiligten Personen zu beachten. Die Aussage „*die Schädigung eigener Rechtsgüter ist nicht rechtswidrig*“ ist also keinesfalls allgemeingültig. § 354 ABGB, wonach man mit eigenem Eigentum machen und lassen kann, was man will, ist also nur programmatischer Grundsatz, der durch eine Vielzahl von Ausnahmen durchbrochen wird.

6 § 354 ABGB.

7 Vgl dazu OGH RS0026343 [T1] (OGH 10.12.1987, 7 Ob 56/87): Es „*kommt darauf an, ob der Geschädigte jene Sorgfalt außer acht gelassen hat, die ein ordentlicher und verständiger Mensch (der maßstabgerechte Durchschnittsmensch) in der konkreten Lage zur Vermeidung des Schadens anzuwenden pflegt*“.

8 Was wohl daher kommt, dass die Frage des Verschuldens nur geprüft wird, wenn zuvor die Rechtswidrigkeit bejaht wurde.

9 Angelehnt an *Wilburg*, Elemente des Schadenersatzrechts 61.

10 *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1304 ABGB Rz 1 (Stand 1.1.2007, rdb.at).

11 Die notwendige „*Garantenstellung*“ gegenüber dem Dritten ergibt sich wohl schon aus der Rechtsvorschrift des § 169 StGB selbst, der die Gefährdung des Dritten verbietet.

12 Vgl dazu *Murschetz* in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB § 169 RZ 7 (Stand 27.4.2020, rdb.at): „*Der Eigentümer einer Sache kann sich [...] durch Unterlassen strafbar machen, da er zur Verhinderung von Gefährdungen, die von seinem Eigentum ausgehen, zivilrechtlich verpflichtet ist*“.

Interessant muss im gegebenen Zusammenhang Art 14 Abs 2 des deutschen Grundgesetzes erscheinen: „*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*“.

### 3. Wie hoch ist der Schaden bei einem Mitverschulden des Geschädigten?

§ 1293 ABGB definiert Schaden als Nachteil. Ergreift der Eigentümer eines Rechtsgutes bloß aus dem Grund keine Rettungsmaßnahme, weil er dieses ohnehin entfernen (zerstören) will, so erleidet er durch dessen Vernichtung gar keinen Nachteil und ist daher nicht geschädigt. Die Floskel von der „Differenz im Vermögen“<sup>13</sup> ergibt nur dann ein sinnvolles Ergebnis, wenn man die Absichten des Eigentümers berücksichtigt: Durch den Bestand des Rechtsgutes wird sein Vermögen in Wahrheit geschmälert – er muss zB Abbruchkosten

aufwenden, um es zu entfernen. Erledigt sich der Abbruch, so erspart er sich diese Kosten<sup>14</sup>.

Mangels Schadens gibt es nichts, was zwischen dem, der das Rechtsgut „aktiv“ beschädigt hat, und dem „Geschädigten“ aufzuteilen wäre.

Die Zahl der Fälle, in denen es um eine völlige Substanzvernichtung geht, die im Interesse des Eigentümers liegt, dürfte allerdings nicht wirklich überbordend sein.

Wenn man Schaden als Differenz im Vermögen ansieht, dann müsste sich der Eigentümer aber ganz generell auch das anrechnen lassen, was er sich dadurch erspart, dass er sich die gebotene Sorgfalt erspart hat – dies soll aber an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Hier nur so viel: Im vertraglichen Bereich ist niemand verpflichtet, die Vertragstreue des Vertragspartners zu kontrollieren<sup>15</sup>.

**Korrespondenz:** RA Ing. DDr. Hermann Wenusch, RA in Wien, kanzlei@ra-w.at.

13 ZB OGH 15.12.2009, 1 Ob 213/09v: „Der Schaden ist durch eine Differenzrechnung zu ermitteln“.

14 Vgl dazu OGH 29.05.2008, 2 Ob 176/07g: „Bei Zerstörung eines Gebäudes ist nicht nur dieses, sondern auch die gesamte Liegenschaft als „beschädigtes Gut“ anzusehen. Deren Werterhöhung ist

daher auch bei objektiv-abstrakter Berechnung zugunsten des Schädigers in Anrechnung zu bringen“.

15 Für den Bauwerkvertrag vgl OGH 22.03.2016, 5 Ob 143/15p, wonach der Bauherr auf die fachgerechte Ausführung der Arbeiten vertrauen darf.