

EvBI 2018/80

§ 1313a ABGB
(§ 8 AM-VO)

OGH 14. 12. 2017,
2 Ob 205/17 m
(OLG Graz
4 R 76/17 d;
LG Klagenfurt
28 Cg 38/15 x)

→ Bruch einer Hubarbeitsbühne

§ 1313a ABGB (§ 8 AM-VO)

→ Die AM-VO gibt einschlägige technische Standards vor, deren Einhaltung auch für die Beurteilung maßgeblich sein kann, ob die Pflichten aus einem Bestandvertrag (hier: über eine Hubarbeitsbühne) erfüllt wurden.

→ Ist ein gesetzlich vorgeschriebener Prüfer hoheitlich als beliehener Unternehmer tätig, ist er

Sachverhalt:

Der Kl hatte von der Bekl im November 2014 einen Lkw mit einer darauf aufgebauten Hubarbeitsbühne gegen Entgelt gemietet. Er hatte den Lkw vor seinem Einfamilienhaus positioniert, die Stützen ausgefahren, war mit dem Personenkorb zum Dach des Hauses gefahren und befestigte dort etwa zehn Minuten lang Weihnachtsschmuck, als er plötzlich mitsamt dem Arbeitskorb abstürzte und sich dabei schwer verletzte.

Ein Bedienungsfehler des Kl mit überlagertem Funktionsfehler in Form eines Versagens einer Sicherheitsbegrenzung ist auszuschließen. Ursache für den Absturz des Arbeitskorbs war vielmehr der Bruch eines tragenden Elements, nämlich des Sockelrohrs zwischen dem Fahrzeug und der Hubarbeits-

bühne. Grund für diesen Bruch war die mangelhafte Qualität einer Schweißnaht (Kehlnaht); die dadurch entstandenen Risse bis zum Durchbruch sowohl in der Schweißnaht als auch im Rohrmaterial sind als Folgefehler einzustufen. Die visuell erkennbare unzureichende Schweißnahtqualität hatte zu einem sogenannten „Dauerbruch“ geführt, der sich immer weiter ausgedehnt hatte, bis der noch ungebrochene Restquerschnitt selbst normale Betriebsbelastungen nicht mehr aushielt und in Form eines „Gewaltbruchs“ plötzlich und für den Bediener unvorhergesehen durchbrach.

Der Fuhrparkleiter der Bekl konnte aufgrund seiner Ausbildung und seines Wissens einen solchen Dauerbruch und die Gefahr eines Gewaltbruchs nicht erkennen.

Die Hubarbeitsbühne ist gem § 8 Abs 1 Arbeitsmittelverordnung (AM-VO) mindestens einmal im Kalenderjahr, jedoch längstens im Abstand von 15 Monaten, einer wiederkehrenden Prüfung zu unterziehen, für die nach § 8 Abs 3 AM-VO bestimmte Personen iSd § 7 Abs 3 AM-VO, unter anderem Ingenieurbüros (beratende Ingenieure) einschlägiger Fachrichtung, im Rahmen ihrer Befugnisse heranzuziehen sind. Die Bekl selbst verfügt nicht über die notwendigen Voraussetzungen für die Durchführung wiederkehrender Prüfungen, wohl aber war der Nebenintervenient ein dazu befugter Prüfer.

Bei den von der Bekl (unter anderem) am 3. 5. 2013 und am 17. 4. 2014 veranlassten entgeltlichen Prüfungen nach § 8 Abs 2 AM-VO stellte der Nebenintervenient keine Mängel der Hubarbeitsbühne fest und bestätigte dies in den schriftlichen Prüfbefunden bzw im Prüfbuch. Eine „Prüflast“ ist darin nicht eingetragen.

Bei ordnungsgemäßer und aufmerksamer Durchführung hätte der Nebenintervenient die den Unfall auslösende Entwicklung des Dauerbruchs – Bruchli-

nicht dem Pflichtenkreis des Geschäftsherrn zuzurechnen und kann daher nicht dessen Erfüllungsgelhilfe sein.

→ Prüfer iSd § 7 Abs 3 AM-VO üben keine gesetzlich von einer bestimmten Behörde abgeleiteten hoheitlichen Tätigkeiten aus und sind daher keine beliebigen Unternehmer. Sie sind Erfüllungsgelhilfen des Geschäftsherren.

nien, Rostverfärbung, Einfärbungen der Rissränder an der Lackierung, mehrfach erfolgte Lackabsplittierungen – bereits anlässlich der Prüfung am 3. 5. 2013 erkennen können.

Wäre anlässlich der Prüfung am 3. 5. 2013 mit der vorgeschriebenen Prüflast eine Lastprüfung durch den Nebenintervenienten durchgeführt worden, wäre es bereits in deren Zuge zu einem Bruch gekommen.

Das ErstG wies das auf Zahlung von Schmerzensgeld und Heilungskosten gerichtete Klagebegehren ab.

Das BerG sprach mit Teilzwischenurteil aus, das Zahlungsbegehren bestehe dem Grunde nach zu Recht. Hinsichtlich des Feststellungsbegehrens hob es das erstgerichtliche Urteil auf und verwies insoweit die Rechtssache zur Verhandlung und Entscheidung an das ErstG zurück.

Der OGH gab Rev und Rek der Bekl nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:
[Vermietung und AM-VO]

Nach § 1096 Abs 1 ABGB ist der Vermieter verpflichtet, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Zustand zu übergeben. Zur Brauchbarkeit der Bestandsache gehört auch deren – hier nicht gegebene – Betriebssicherheit (vgl RIS-Justiz RS0020749 zum Berbergungsvertrag).

Wenngleich Adressaten der Arbeitsmittelverordnung (AM-VO BGBl II 2000/164) die Arbeitgeber sind und ihr Regelungszweck auf die Gesundheit der eigenen Arbeitnehmer abstellt (2 Ob 223/15 f; 2 Ob 83/16 v je mwN), gibt die V einschlägige technische Standards vor, deren Einhaltung auch für die Beurteilung maßgeblich ist, ob die bekl Vermieterin ihre Pflichten aus dem Bestandvertrag erfüllt hat (vgl 8 Ob 144/06 v: im Rahmen eines Werkvertrags zur Verfügung gestellte Hubarbeitsbühne). Der Vermieter muss nämlich alle nach dem Stand der Technik zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um von der Bestandsache ausgehende Gefahrenquellen zu beseitigen.

Die in § 8 Abs 1 AM-VO in der zum Unfallszeitpunkt geltenden Fassung angeordnete, längstens im Abstand von 15 Monaten durchzuführende wiederkehrende Prüfung näher beschriebener Arbeitsmittel, unter die auch die hier vermietete Hubarbeitsbühne fällt, ließ die Bekl vom Nebenintervenienten, einem iSd § 7 Abs 3 AM-VO Befugten, vornehmen. Da nach den Feststellungen der Bekl bzw ihren Leuten die durch die mangelhafte Qualität einer Schweißnaht begründete mangelnde Betriebssicherheit selbst nicht erkennbar war, ist ihr der ihr obliegende Beweis (§ 1298 ABGB) gelungen, dass sie kein Verschulden trifft.

Die Entscheidung beschäftigt sich sehr eingehend mit der Erfüllungsgelhilfenhaftung, insb damit, ob die Betrauung vom Gesetz (hier: AM-VO) vorgeschriebener Prüfer den Geschäftsherrn für deren Verschulden haftbar macht.

[Verschulden des Nebenintervenienten]

Der Nebenintervenient hingegen hätte den Mangel erkennen können und müssen. Ihn trifft daher ein Verschulden. Als Prüfer iS der AM-VO unterliegt er dem objektiven Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB und kann sich daher nicht auf allenfalls subjektives Unvermögen berufen.

Ob die Bekl aus der Vertragsverletzung nach allgemeinem Schadenersatzrecht, das Verschulden voraussetzt, haftet, hängt davon ab, ob ihr das Verschulden des Nebenintervenienten nach § 1313 a ABGB zurechenbar ist, mit anderen Worten, ob dieser ihr Erfüllungsgehilfe ist. Das ist mit dem BerG zu bejahen.

[Der Erfüllungsgehilfe]

Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Willen des Schuldners zur Erfüllung der diesem obliegenden Verpflichtungen herangezogen wird (RIS-Justiz RS0028729). Wesentlich ist die Einbeziehung des Gehilfen in das Interessenverfolgungsprogramm des Geschäftsherrn bei der von diesem veranlassten Erfüllung eigener Vertragspflichten. Voraussetzung für die Zurechnung als Erfüllungsgehilfe iSd § 1313 a ABGB ist somit, dass der Geschäftsherr als Vertragspartner ihn treffende vertragliche Pflichten auslagert und sich für die Erfüllung eigener Vertragspflichten des Gehilfen bedient. Der Gehilfe muss also im Pflichtenkreis des Geschäftsherrn tätig werden (*Karner*, EvBl 2014/46 [EAnm]; 8 Ob 53/14 y; 8 Ob 8/15 g). Für die Zurechnung selbständiger Unternehmer ist die Auslegung des Vertrags – hier des zwischen den Streitparteien geschlossenen Mietvertrags – von entscheidender Bedeutung (8 Ob 106/12 i EvBl 2014/46 [*Karner*] mwN; 6 Ob 170/08 f mwN zum Werkvertrag).

Nach der zum Mietvertrag ergangenen Rsp haftet der Bestandgeber für das Verschulden von Gewerksleuten, deren er sich zur Ausführung von Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten bedient (RIS-Justiz RS0021286; 3 Ob 589/90: fehlerhafter Kanalverschluss; 6 Ob 549/91: Schäden durch Bauführung; 8 Ob 106/12 i: Installationsfehler und Legionellenkontamination beim insoweit nach bestandrechtlichen Kriterien zu beurteilenden Beherbergungsvertrag).

Nichts anderes gilt für die Zurechnung des Nebenintervenienten, den die Bekl mit der Prüfung der Mangelfreiheit der Hubarbeitsbühne beauftragte. Dass die Bekl zu einer derartigen Prüfung nicht in der Lage war, entlastet sie nach der dargestellten Rsp zum Mietvertrag, die von einer weiten Zurechnung ausgeht, nicht (vgl dazu *Karner*, EvBl 2014/46 [EAnm] unter Hinweis auf die vergleichbare stRsp in Deutschland).

[Die Organstellung]

Ebenso zutreffend hat das BerG die Organstellung des Nebenintervenienten verneint.

Wenn der Nebenintervenient als beliehener Unternehmer in Vollziehung der Gesetze tätig geworden

wäre, hätte er hoheitliche Aufgaben erfüllt. Die für ihn handelnden Personen wären dann Organe im Sinn des § 1 Abs 2 AHG (RIS-Justiz RS0049956). Diesfalls könnte der Gehilfe nicht im Pflichtenkreis des Geschäftsherrn tätig werden, weil dieser zur hoheitlichen Tätigkeit behördlich nicht ermächtigt ist (8 Ob 8/15 g RIS-Justiz RS0130245 zur wiederkehrenden Begutachtung nach § 57 a KFG).

Ob der Nebenintervenient Erfüllungsgehilfe der Bekl ist, hängt somit davon ab, ob die im Rahmen der §§ 6 bis 8 AM-VO tätigen Prüfer mit hoheitlichen Tätigkeiten beliehene Unternehmer sind.

Beleihung erfolgt durch Gesetz oder sonstigen Hoheitsakt, wie etwa Bescheid (*Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ [2017] Rz 116). Keine Beleihung liegt vor, wenn Private nur Pflichten unterworfen, nicht aber zur Setzung von Hoheitsakten ermächtigt werden (VfSlg 7975/1977 zur Lohnsteuerabfuhrpflicht des Arbeitgebers; *Raschauer* Rz 117).

In der oberstgerichtlichen Rsp wurde ausgesprochen, dass die vom jeweiligen Landeshauptmann gem § 57 a KFG zur wiederkehrenden Begutachtung von Kraftfahrzeugen ermächtigten Vereine und Gewerbetreibenden (1 Ob 34/80 SZ 54/19; RIS-Justiz RS0049956; RS0049816), die Gasversorgungsunternehmen, denen nach dem Wiener Gasgesetz Befugnisse des Magistrats der Stadt Wien übertragen wurden (1 Ob 2047/96 b SZ 69/188 = RIS-Justiz RS0106343), und die Kesselprüfstellen, denen vom Bund die ihm zustehenden behördlichen Befugnisse im Wege des (damals geltenden) Kesselgesetzes übertragen wurden (1 Ob 25/01 k SZ 74/55), in Vollziehung der Gesetze tätig werden.

In folgenden Fällen hat der OGH hingegen eine hoheitliche Tätigkeit verneint: Ausübung der Befugnisse eines Ziviltechnikers bei Errichtung öffentlicher Urkunden im Rahmen der Hoheitsverwaltung (1 Ob 587/90 SZ 63/129 = RIS-Justiz RS0049953); erstmalige Erteilung der Berufspilotenlizenz – Prüfer für die Durchführung der praktischen Prüfung kein Organ iSd § 1 Abs 2 AHG (1 Ob 79/14 w RIS-Justiz RS0129543).

Analysiert man die angeführten Entscheidungen, so ist ersichtlich, dass in den dort zitierten jeweils einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen – anders als im hier zu beurteilenden Fall – stets bestimmte Behörden und deren (hoheitliche) Befugnisse betroffen waren und die hoheitlichen Befugnisse der Beliehenen von diesen Behörden abgeleitet werden. Mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage, aus der sich eine Beleihung der Prüfer ergeben könnte, sind Prüfer iSd § 7 Abs 3 AM-VO keine mit hoheitlichen Tätigkeiten beliehene Unternehmer.

Die Bekl hat daher für das Verschulden des Nebenintervenienten einzustehen, der ihr Erfüllungsgehilfe ist.

Hinweis:

Die Bestimmungen der Arbeitsmittelverordnung stellen bei gewerblicher Nutzung den Mindeststandard für den Schutz solcher Personen dar, die befugterweise in

den Gefahrenbereich gelangen. Technische Standards sind als „Schutzgesetze“ zu qualifizieren (8 Ob 144/06 v).

Ronald Rohrer →



Anmerkung:

Die Zurechnung des Ingenieurs an den Vermieter der Hubarbeitsbühne wirft schwierige Fragen der Gehilfenzurechnung auf, wobei ein Teil der Begründung des OGH problematisch ist.

Die Zurechnung soll nämlich ausscheiden, wenn der Ingenieur eine hoheitliche Tätigkeit ausübt (was der OGH verneint), zu der der Vermieter selbst nicht befugt ist. Dass der Geschäftsherr keine Leistung versprechen kann, die er nicht erbringen darf, überzeugt aber nicht. So rechnete der OGH einem Orthopäden die von ihm beigezogene Anästhesistin sehr wohl zu, obwohl es dem Orthopäden nicht erlaubt war, die schadensstiftende Narkose selbst durchzuführen (1 Ob 269/99 m; krit *Kopetzki*, RdM 2000/8). Jüngst wurde einer Gynäkologin der von ihr beigezogene Pathologe zugerechnet (1 Ob 161/16 g). An anderer Stelle rechnete der OGH dem Schuldner aus einem Wartungsvertrag, der über keine Berechtigung zur Flugfreigabe für den gewarteten Hubschrauber verfügte, den beigezogenen Unternehmer zu, der die Flugfreigabe erteilte. Entscheidend dafür war, dass sich der Schuldner gerade dazu verpflichtet hatte, den Hubschrauber in einen allen Vorschriften entsprechenden flugtauglichen Zustand zu versetzen (2 Ob 226/05 g).

Es kommt somit nicht darauf an, was der Geschäftsherr tun darf, sondern was er zu tun versprochen hat. Daher kann dem OGH auch nicht darin gefolgt werden, dass ein Kfz-Werkstattbetreiber, der Kfz-Begutachtungen nach § 57 a KFG nicht durchführen darf, nie für den zur Begutachtung beigezogenen Autofahrerverein haftet (so 8 Ob 8/15 g). Dies erfordert auch der hoheitliche Charakter der Begutachtung nicht, da vertragliche Ersatzansprüche durchaus neben Amtshaftungsansprüche treten können (1 Ob 49/95; 1 Ob 25/01 k). Entscheidend ist vielmehr, ob nach der Vertragsauslegung zu erwarten ist, dass der Geschäftsherr die fragliche Tätigkeit selbst (bzw durch einen seiner Mitarbeiter) vornimmt oder ob im arbeitsteiligen Wirtschaftsleben von vornherein eine Erbringung durch selbständige Dritte erwartet wird (*F. Bydliński*, JBl 1995, 562; *M. Wilburg*, ZBl 1931, 663). Verpflichtet sich etwa der Werkstattbetreiber – wie in 8 Ob 8/15 g – zur Begutachtung eines Fahrzeugs und zur Vornahme allfälliger Reparaturen, darf der durchschnittliche Werkbesteller diese Erklärung so verstehen, dass der

Werkstattbetreiber das Kfz selbst begutachtet, zumal nach § 57 a Abs 2 KFG auch geeignete Werkstattbetreiber zur Begutachtung ermächtigt werden können. Immerhin zählt die Prüfleistung gerade zur vertraglichen Hauptpflicht des Geschäftsherrn, der nach dem Parteiwillen nicht bloß als „Makler“ tätig werden soll. Da der Gläubiger somit ein eigenverantwortliches Tätigwerden des Geschäftsherrn erwarten darf, ist er – durch Zurechnung des beigezogenen Autofahrervereins – vor Nachteilen der Arbeitsteilung zu bewahren.

Im vorliegenden Fall ist die Zurechnung weniger eindeutig. Keine Haftung trafe den Vermieter für Konstruktions- oder Produktionsfehler des Bestandobjekts, weil er keine Herstellungspflicht übernimmt (*Karner*, EvBl 2014, 315). Demgegenüber wird der durchschnittliche Gläubiger eher mit einer persönlichen-Wartung der Hubarbeitsbühne durch den Vermieter rechnen. Selbst wenn ihm entsprechend klare Vorstellungen fehlen, wird aus seinem Empfängerhorizont die Wartung der Hubarbeitsbühne eher zum Verantwortungsbe- reich des Vermieters gehören. Auch diese Verantwortungsübernahme kann in Grenzbereichen die Gehilfenzurechnung rechtfertigen (*Burtscher*, ÖJZ 2014, 1060). Da die Judikatur überdies im Allgemeinen zu einer weitreichenden Zurechnung an den Bestandgeber neigt (*Karner*, EvBl 2014, 314 f), erscheint die Zurechnung des Ingenieurs an den Vermieter plausibel.

Die an der Vertragsauslegung im Einzelfall orientierte Abgrenzung des Pflichtenprogramms rückt freilich ein allgemeineres Problem wieder ins Bewusstsein. In jüngerer Zeit ist der OGH regelmäßig mit intrikaten Abgrenzungsfragen zur Gehilfenzurechnung konfrontiert (*Burtscher*, ÖJZ 2014, 1056; s nur 6 Ob 180/14 k, krit *Hafner*, EvBl 2016/2; 10 Ob 29/16 m, krit *B. Schima*, Zak 2017, 307; 1 Ob 161/16 g, krit *Burtscher*, EvBl 2017/46). Da der Geschädigte in solchen Fällen vorab kaum abschätzen kann, ob zugerechnet wird, steht er vor erheblichen Prozessrisiken. Diese ließen sich entschärfen, indem man das Dogma von der Subsidiarität des Schutzwirkungsvertrags aufgibt und dem Geschädigten einen direkten Anspruch gegen den selbständigen Erfüllungsgehilfen gewährt (*Burtscher*, JBl 2015, 631; *Karner* in KBB⁵ § 1313 a Rz 10; *Ch. Huber*, RdM 2017, 169; abl 9 Ob 69/17 p).

Bernhard Burtscher,
WU Wien



EvBl 2018/81

Art 8.1.4
ARB 2003
(§ 6 Abs 3 und
§ 62 Abs 2
VersVG;
§ 914 ABGB)

OGH 29. 11. 2017,
7 Ob 53/17 w
(OLG Linz
3 R 134/16 w;
LG Salzburg
10 Cg 78/15 a)

→ **Rechtsschutzversicherung: Leistungsfreiheit infolge unentschuldigter Fernbleibens von Parteienvernehmung**

Art 8.1.4 ARB 2003 (§ 6 Abs 3 und § 62 Abs 2 VersVG; § 914 ABGB)

Das unentschuldigte Fernbleiben des Versicherungsnehmers von seiner Parteienvernehmung

Sachverhalt:

Der Kl war bei der Bekl rechtsschutzversichert. Dem Versicherungsvertrag lagen die Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung 2003 (ARB 2003) zugrunde, die auszugsweise lauten:

kann, wenn es sich dabei um ein wesentliches Beweismittel handelt, eine grob fahrlässige Obliegenheitsverletzung nach Art 8.1.4 ARB 2003 begründen.

„Artikel 8

Welche Pflichten hat der Versicherungsnehmer zur Sicherung seines Deckungsanspruches zu beachten? (Obliegenheiten)

1. Verlangt der Versicherungsnehmer Versicherungsschutz, ist er verpflichtet,