

tungsmöglichkeit iSd Art 5 Abs 3 auf der anderen Seite erzielt werden könnte. Für jene Fälle, in denen die Ursache für die Leistungsstörung bei einem Dritten läge, bliebe dem LFU ohnehin die Möglichkeit des Regresses.⁵²⁾ Dabei spräche auch nichts gegen eine Kombination einer solchen Lösung mit der geplanten Erhöhung

der anspruchsbegründenden Verspätungsdauer von drei Stunden.⁵³⁾

52) Vgl Art 13 EU-FluggastVO.

53) Vorschlag des Rates der EU v 18. 3. 2013, 7615/13.

→ In Kürze

Der EuGH überlässt es idR den nationalen Gerichten, inwieweit ein ausführendes Luftfahrtunternehmen alle „zumutbaren Maßnahmen“ a) zur Vermeidung eines „außergewöhnlichen Umstands“, b) der Ursächlichkeit eines solchen Umstands für eine Annullierung des Flugs bzw eine „große Verspätung“ des Fluggastes an seinem Endziel, oder aber c) der für den Fluggast mit einer solchen Leistungsstörung verbundenen Unbilden ergriffen hat. Die Beurteilung dessen hängt von einer Vielzahl von Faktoren

ab, wobei das ausführende Luftfahrtunternehmen durch die Behauptungs- und Beweislast regelmäßig vor große Herausforderungen gestellt wird.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Mag. Jörg Iglseder ist als Richter am LG Korneuburg Vorsitzender des mit Fluggastrechtsachen betrauten Rechtsmittelsenats. E-Mail: joerg.iglseder@justiz.gv.at



Beweiserleichterungen im Haftpflichtprozess

Überlegungen zu Amtshaftung und Beweisrecht am Beispiel Ischgl^{*)}

Die nach dem Ausbruch der Corona-Pandemie in Österreich im März 2020 lautgewordenen Stimmen, die den Behörden Missmanagement in der Krise vorwerfen, kulminieren in derzeit anhängigen Amtshaftungsklagen. Anhand dieses Beispiels untersucht der Beitrag einerseits allgemeine materiell-rechtliche Voraussetzungen eines Amtshaftungsanspruchs und andererseits, auf welche Beweiserleichterungen Kläger im Haftpflichtprozess hoffen dürfen.

Von Dominik Schindl und Martin Spitzer

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangspunkt
- B. Der Fall: „Causa Ischgl“
- C. Haftungsrechtliche Beurteilung
 1. Grundsätzliches
 2. Öffentlich-rechtliche Handlungspflicht
 3. Zivilrechtliche Sorgfaltswidrigkeit
 4. Kausalität
 5. Zwischenfazit
- D. Beweiserleichterungen im Haftpflichtprozess
 1. Ausgangspunkt: Beweislast beim KI
 2. Öffentlich-rechtliche Handlungspflicht und zivilrechtliche Sorgfaltswidrigkeit
 - a) Grundsätzliches und Bestandsaufnahme
 - b) Öffentlich-rechtliche Handlungspflicht
 - c) Zivilrechtliche Sorgfaltswidrigkeit
 3. Kausalität
 - a) Knackpunkt Kausalitätsnachweis
 - b) Beweislastumkehr oder Anscheinsbeweis?
 - c) „Risikoerhöhung“?
 - d) Reduktion des Beweismaßes bei Unterlassungen?
 - e) Alternative Kausalität mit dem Zufall?
- E. Ergebnisse

A. Ausgangspunkt

Von der Überzeugung, Recht zu haben, bis zum Urteil, das dies auch so sieht, ist es oft ein weiter Weg. Dazwischen liegt der Prozess, in dem der Beweis „*der Preis [ist], um den die Rechte processualisch zu haben sind; je höher dieser Preis, [...] um so mehr verringert sich der praktische Werth der Rechte*“.¹⁾

Wer diesen Preis zahlen muss und wie hoch er ausfällt, ergibt sich sowohl aus materiell-rechtlichen als auch aus prozessualen Vorgaben, bei denen zuerst an Beweislast und Beweismaß zu denken ist. Tradierte Formeln sind so schnell zur Hand, dass der Gesetzgeber sich nicht einmal die Mühe einer Regelung gemacht hat:²⁾ Nicht erst seit *Rosenberg*,³⁾ sondern schon

ZVR 2021/124

§§ 1298, 1302, 1304, 1311 ABGB;
§ 1 AHG;
§ 272 ZPO

alternative Kausalität mit dem Zufall;

Amtshaftung;

Anscheinsbeweis;

Beweiserleichterungen;

Beweislastumkehr

^{*)} Der Beitrag ist die stark erweiterte Fassung eines Vortrags, der am 2. Wiener Zivilgerichtstag des OLG Wien und der WU Wien am 20. 4. 2021 gehalten wurde.

¹⁾ *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung III/1 (1865) 195.

²⁾ Siehe aber schon *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie III/2 (1813) 708 ff.

³⁾ *Rosenberg*, Die Beweislast⁵ (1965) 98 f; zur dogmatischen Herleitung *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze III/1³

seit dem römischen Recht⁴⁾ gilt, dass der Kl für alle anspruchsbegründenden Tatsachen beweispflichtig ist (*actori incumbit probatio*), während dem Bekl der Beweis für seine Einwendungen obliegt (*reus in excipiendo fit actor*). Überzeugt werden muss natürlich die RichterIn, deren freie Beweiswürdigung (§ 272 ZPO) grds zumindest dazu führen muss, dass sie eine Tatsache mit hoher Wahrscheinlichkeit für wahr hält, sonst droht die Negativfeststellung.⁵⁾

Neben diese Grundsätze tritt allerdings eine Vielfalt von Beweiserleichterungen, die sich aus einem nicht mehr so übersichtlichen Amalgam von Prozessrecht und materiellem Recht entwickelt hat und sich als stark richterrechtlich geprägte Reaktion auf Beweisnotstände in bestimmten gängigen Konstellationen präsentiert.

Eine rein abstrakte Abhandlung solcher Beweiserleichterungen, die doch Antwortcharakter auf konkrete Situationen haben, erscheint deshalb wenig zielführend. Da derzeit zahlreiche Amtshaftungsklagen wegen angeblichen „Corona-Missmanagements“ in Ischgl im März 2020 die österr Gerichte beschäftigen, gibt es aber ohnehin genug allg bekanntes Anschauungsmaterial. Ischgl bildet daher die Folie für diese Bestandsaufnahme über einige prozessuale und materiell-rechtliche Mechanismen, die bei Beweisschwierigkeiten Abhilfe schaffen können, gleichzeitig aber auch den Anlass zu einer kritischen Reflexion manch althergebrachter Stehsätze des Beweisrechts.

B. Der Fall: „Causa Ischgl“

Die Gemeinsamkeit der aktuellen Amtshaftungsprozesse ist der Vorwurf (zu) zögerlicher Corona-Maßnahmen zu Beginn der Pandemie: In Ischgl sei „too little, too late“ passiert. Je nach Fassung wird den Behörden Unfähigkeit oder mit Blick auf wirtschaftliche Interessen sogar Unredlichkeit vorgeworfen, im Raum steht jedenfalls der Vorwurf schuldhaft zu langsamer Reaktion auf die Gefahr.⁶⁾ Dadurch hätten Österreichs Behörden nicht nur abstrakt zur Ausbreitung des Virus beigetragen, sondern auch ganz konkrete Ansteckungen nicht verhindert: Obwohl erste Warnungen über isländische Reiserückkehrer schon am Donnerstag, 5. 3., eingelangt seien, habe man den Urlauberschichtwechsel am folgenden Wochenende (Samstag, 7. 3.) nicht verhindert, sondern den Skibetrieb stattdessen noch eine Woche lang aufrechterhalten. Die Beendigung der Skisaison erst am 13. 3. durch auf das EpiG gestützte Verordnungen der BH Landeck⁷⁾ sei daher zu spät erfolgt.⁸⁾

Dieser Beitrag soll die maßgebenden (amts-)haftungsrechtlichen Weichenstellungen aufarbeiten (C.) und untersuchen, inwieweit potentiell Geschädigte in den Genuss von Beweiserleichterungen kommen könnten (D.).

C. Haftungsrechtliche Beurteilung

1. Grundsätzliches

Als Schadensposten kommen bei einer Corona-Infektion, die natürlich eine Gesundheitsschädigung ist, insb Heilungskosten, Verdienstentgang und Schmer-

zengeld in Frage (§ 1325 ABGB). Bei Todesfällen ist auch an Begräbniskosten und Hinterbliebenenunterhalt (§ 1327 ABGB) zu denken, als Reflexschäden kommen darüber hinaus Schock- oder Trauerschäden in Betracht.

Haftungsgrundlage könnte das AHG sein: In Ausführung des Art 23 B-VG regelt es die Haftung von Körperschaften des öff Rechts für Schäden, die deren Organe „in Vollziehung der Gesetze“ zufügen. § 1 Abs 1 AHG normiert dabei eine Haftung „nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts“, wobei es sich unbestritten um eine Grundlagen- und nicht bloß eine Rechtsfolgenverweisung handelt.⁹⁾ Damit richten sich auch die Voraussetzungen der Haftung nach den allg Regeln zur Verschuldenshaftung, freilich unter Beachtung etwaiger Sonderbestimmungen des AHG.

2. Öffentlich-rechtliche Handlungspflicht

Wo es wie hier um den Vorwurf eines Unterlassens geht – die Behörden hätten früher handeln sollen –, muss für einen Schadenersatz- und damit auch für einen Amtshaftungsanspruch in einem ersten Schritt eine korrespondierende Handlungspflicht bestehen. Eine allg Pflicht, Schädigungen anderer zu verhindern, gibt es nämlich weder generell¹⁰⁾ noch für den Staat.¹¹⁾

Wie heikel die Frage ist,¹²⁾ zeigt die zwischenzeitig wieder eingeschlafene Diskussion um eine grundlegende Reform des Schadenersatzrechts, bei der (auch) die vorgeschlagene, recht allg gefasste Regelung über eine Handlungspflicht Anlass zu heftigen Auseinandersetzungen war.¹³⁾ *De lege lata* widmet sich das ABGB

(2017) Vor § 266 ZPO Rz 31f und ausf *Klicka*, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht (1995) 47 ff.

4) *Paulus*, libro LXIX ad edictum, D.22.3.2: *Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*; weiters *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht² (1996) 10, 363f, 493, 597f und ausf *Wacke*, Zur Beweislast im klassischen Zivilprozeß, SZ 109 (1992) 411.

5) *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger*, Beweisrecht (2020) Vor §§ 266ff ZPO Rz 20; zum Begriff *Rechberger* in *Fasching/Konecny III*¹³ Vor § 266 ZPO Rz 20 mit FN 53; zur Möglichkeit des römischen *iudex*, sich bei Unklarheit des Sachverhalts durch Eidesablegung von der Entscheidungspflicht zu befreien, etwa *Mayer-Maly*, *Iurare sibi non liquere* und Rechtsverweigerungsverbot, in FS Matscher (1993) 349 (351 ff).

6) Dabei geht es nicht um einzelne Klagen oder konkretes Klagsvorbringen, sondern den auch öff aufgearbeiteten Sachverhalt (vgl den als „Rohrer-Bericht“ bekanntgewordenen Bericht der vom Land Tirol eingesetzten unabhängigen Expertenkommission unter Vorsitz des ehemaligen VPräs des OGH Dr. *Ronald Rohrer* v 12. 10. 2020) und den medial erhobenen Vorwurf mangelhaften Krisenmanagements.

7) LA-KAT-COVID-EPI/57/8–2020; LA-KAT-COVID-EPI/57/9–2020. Das COVID-19-MaßnahmenG und der darauf gestützte erste bundesweite Lockdown wurden erst am 15. 3. kundgemacht (BGBl I 2020/12; BGBl II 2020/98).

8) Zum Sachverhalt und einer ersten grundlegenden rechtlichen Analyse *Geroldinger*, Amtshaftung wegen Fehlern bei Bekämpfung der COVID-19-Epidemie? JBl 2020, 523.

9) *Kozioł*, HPR II³ (2018) Rz D/10/7; *Mader* in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII⁴ (2017) § 1 AHG Rz 16; *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 94f; *Schragel*, AHG³ (2003) § 1 Rz 139.

10) Statt aller *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ (2019) 321.

11) *Kozioł*, HPR II³ Rz D/10/8; *Rebhahn*, Staatshaftung 105ff, 466ff.

12) Zur Diskussion in Österreich *P. Gruber*, Kausalität bei Mittätern und Pflicht zur Schadensverhinderung, JBl 2017, 612 (614f); aus rechtsvergleichender Perspektive *Kozioł*, Liability for Omissions – Basic Questions, JETL 2011, 127.

13) § 1297 ABGB des Entwurfs lautete: „Jeder hat den einem anderen erkennbar drohenden Schaden zu verhindern, wenn er zu dem Gefährdeten in einem Naheverhältnis steht, wenn er einen Verkehr zulässt oder eine Gefahrenquelle schafft oder aufrecht erhält oder

der Schadenszufügung durch Unterlassung abseits einzelner Spezialfälle¹⁴⁾ freilich gar nicht, sodass erst Rsp und L Fallgruppen herausarbeiten mussten, in denen eine Handlungspflicht gerechtfertigt erscheint,¹⁵⁾ wozu insb die Verkehrssicherungspflichten¹⁶⁾ zählen.

Bei hoheitlichen Unterlassungen stellt sich die Lage allerdings noch schwieriger dar: Für Verwaltungsbehörden gilt nämlich das Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG,¹⁷⁾ wonach ihr Handeln einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Damit kann ihnen eine Unterlassung nur angelastet werden, wenn die geforderte Handlung auf Basis der öff-rechtlichen Vorschriften im konkreten Fall überhaupt zulässig und geboten war.¹⁸⁾

Dass der Verfassung im hier interessierenden Bereich höchstrangiger Rechtsgüter Schutzpflichten des Staates zu entnehmen sind,¹⁹⁾ ist unbestritten. Damit fällt die Beurteilung jener Konstellationen leicht, in denen der verfassungsgesetzliche Schutzauftrag durch ein einfaches Gesetz bei dessen Auslegung oder beim Vollzugsermessens hindurchstrahlen kann.²⁰⁾ Ob auch ohne Grundlage im Gesetz Eingriffsbefugnisse der Vollziehung unter direkter Berufung auf eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht angenommen werden dürfen, ist dagegen „[s]ehr fraglich und umstritten“.²¹⁾ Jedenfalls würde sich dann die Frage nach der „freilich nicht eindeutig abzugrenzen[den]“ Reichweite dieser Schutzpflichten²²⁾ in aller Schärfe stellen.

Mit Blick auf das EpiG muss dieses Problem an dieser Stelle allerdings nicht vertieft werden: Dort finden sich vielfältige Maßnahmen für den Fall eines Krankheitsausbruchs,²³⁾ die von Absonderung über Betriebs-schließungen bis hin zu Verkehrsbeschränkungen reichen.²⁴⁾ Während manche davon als explizite Handlungspflichten formuliert sind (§ 24: „sind [...] Verkehrsbeschränkungen zu verfügen“), scheinen andere reine Ermächtigungen für die Behörden zu enthalten (§ 20 Abs 1: „kann die Schließung von Betriebsstätten [...] angeordnet werden“).

Überzeugend geht der OGH in gefestigter Rsp aber davon aus, dass als Grundlage für amtshaftungsrechtlich relevante Handlungspflichten nicht nur Vorschriften in Frage kommen, die ausdrückliche Handlungsaufträge enthalten,²⁵⁾ sondern jede typischerweise in Materien Gesetzen enthaltene Ermächtigungsnorm, wenn und weil sie sich zu einer konkreten Handlungspflicht verdichten kann.²⁶⁾ In der berühmten „Handlaufentscheidung“²⁷⁾ hat der 1. Senat als Fachsenat für Amtshaftungssachen²⁸⁾ etwa eine Pflicht der Gewerbebehörde angenommen, die Einhaltung von Auflagen einer Betriebsanlageneignung zu überprüfen, obwohl die GewO die Behörde zu einer solchen Kontrolle nicht verpflichtet, sondern nur ermächtigt.

Die auf dieser Prüfstufe entscheidende Frage ist daher, ob die – notwendig abstrakt formulierten – Tatbestandsmerkmale für den Eintritt der jeweiligen Handlungspflicht erfüllt waren und ob sich die den Behörden eingeräumten Ermächtigungen im konkreten Fall zu einer entsprechenden Pflicht konzentriert haben. Nur dann kann die Unterlassung der jeweils gebotenen Maßnahme als Basis für einen Amtshaftungsanspruch wegen fehlerhafter Vollziehung der Gesetze dienen.

Eine Rolle bei der Beurteilung müssen bei derartigen Abwägungsentscheidungen sicherlich auch widerstreitende Interessen spielen. Die möglichen Maßnahmen – von Verkehrsbeschränkungen bis zu Betriebs-schließungen – sind schließlich sämtlich Eingriffe im grundrechtsnahen Bereich, was eine umfassende Interessenabwägung erforderlich macht.²⁹⁾ Wäre eine Maßnahme zum damaligen Zeitpunkt gar nicht zulässig gewesen, kann ihr Unterlassen naturgemäß auch nicht zur Amtshaftung führen.

Dabei handelt es sich ausschließlich um ein Problem des öff Rechts. Ohne öff-rechtliche Handlungspflicht erübrigt sich jede weitere Prüfung.³⁰⁾ Und doch sind die Amtshaftungsgerichte bei der Beurteilung dieser genuin öff-rechtlichen Frage auf sich allein gestellt: Anders als bei der Beurteilung der öff-rechtlichen Rechtswidrigkeit erlassener Bescheide oder Verordnungen, die im Amtshaftungsprozess vom VfGH oder VfGH übernommen wird,³¹⁾ gibt es bei Unterlassungen keine Möglichkeit, die GH des öff Rechts einzubinden.³²⁾ →

wenn zwischen dem drohenden Schaden und der mit der Abwendung verbundenen Belastung ein krasses Missverhältnis besteht.“ (abgedruckt bspw in Diskussionsentwurf der beim BMJ eingerichteten Arbeitsgruppe für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht, ZVR 2008, 168 [169]).

- 14) Etwa § 1320 ABGB bei Unterlassung der geeigneten Verwahrung eines Tieres.
- 15) *Kozioł*, HPR I⁴ (2020) Rz C/1/75ff.
- 16) Zum Zusammenspiel zwischen allg Verkehrssicherungspflichten, Wegehalterhaftung (§ 1319a ABGB) und (quasi-)vertraglicher Haftung zuletzt *Doppelbauer*, Quasi-vertragliche Haftung eines Einkaufszentrums gegenüber Kunden? ÖJZ 2021, 300.
- 17) Das Legalitätsprinzip gilt selbstverständlich auch für die Gerichtsbarkeit (*Berka*, Verfassungsrecht⁷ [2018] Rz 494), um die es hier aber nicht geht. Aus etwaigem legislativen Unrecht könnten ganz allg keine Amtshaftungsansprüche abgeleitet werden (s mwN *Schindl*, Rechtsschutz zwischen Zivil- und öffentlichem Recht, JRP 2021, 61 [64]), was auch für gesetzgeberische Unterlassungen gilt (etwa *Mader* in *Schwimmann/Kodek VII*⁴ § 1 AHG Rz 19).
- 18) *Mader* in *Schwimmann/Kodek VII*⁴ § 1 AHG Rz 53; *Rebhahn*, Staatshaftung 106, 466f; *ders*, Haftung für fehlerhafte Staatsaufsicht, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Organhaftung und Staatshaftung in Steuer-sachen (2002) 277 (284f).
- 19) Grundlegend *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 75ff, 243ff; *Berka/Binder/Kneihls*, Die Grundrechte² (2019) 158ff, 214ff (allg), 285ff (zum Recht auf Leben).
- 20) *Rebhahn*, Staatshaftung 138f, 466.
- 21) *Rebhahn*, Staatshaftung 139.
- 22) *Berka*, Verfassungsrecht⁷ Rz 1342 (zum Recht auf Leben).
- 23) SARS-CoV-2 wurde den im EpiG genannten Krankheiten durch entsprechende Verordnungen gleichgestellt (BGBl II 2020/15; BGBl II 2020/74), sodass die Behörden auf „das gesamte ‚Arsenal‘ des EpidemieG“ zurückgreifen konnten (*Geroldinger*, JBl 2020, 523 [524]).
- 24) Zu den einzelnen Handlungsmöglichkeiten *Geroldinger*, JBl 2020, 523 (529f); COVID-bedingte Maßnahmen- und Sondergesetze, auf die etwaige Maßnahmen gestützt werden hätten können, gab es zu Beginn der Pandemie ja noch nicht.
- 25) Wie etwa § 73 AVG zur Entscheidungspflicht „ohne unnötigen Aufschub“; dazu zuletzt OGH 1 Ob 125/17i.
- 26) *Kucsko-Stadlmayer*, Säumnisschutz und Amtshaftung, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Rechtsschutz gegen staatliche Untätigkeit (2011) 353 (356f, 360f); *Rebhahn*, Staatshaftung 466ff; *ders* in *Holoubek/Lang* 277 (284ff) jeweils mwN aus der Rsp.
- 27) OGH 1 Ob 16/92.
- 28) Derzeit OGH 502 Präs 8/21 b Pkt I.1.1.1.
- 29) *Geroldinger*, JBl 2020, 523 (530).
- 30) *Rebhahn*, Staatshaftung 416ff.
- 31) Bescheid: § 11 Abs 1 AHG; Verordnung: § 11 Abs 3 AHG; Art 89 Abs 2 und 3 B-VG.
- 32) *Mader* in *Schwimmann/Kodek VII*⁴ § 1 AHG Rz 49; *Rebhahn*, Staatshaftung 424, 435.

Rückschlüsse auf das Pflichtenprogramm kann die Zivilrichterin allenfalls mittelbar aus jenen Erkenntnissen gewinnen, in denen sich der VfGH in weiterer Folge mit erlassenen COVID-Verordnungen beschäftigt hat. Dabei sind die Erkenntnisse, in denen die geprüfte Norm „gehalten“ hat, ebenso wertvoll wie jene, in denen das nicht der Fall war. Rückblickend gerät sonst allzu leicht in Vergessenheit, dass die Behörden in manchen Fällen nach Ansicht des VfGH „zu viel“ und zu undifferenziert getan haben.

3. Zivilrechtliche Sorgfaltswidrigkeit

Von der Frage, ob es aus öff-rechtlicher Perspektive eine Handlungspflicht gegeben hat, ist jene nach der zivilrechtlichen Sorgfaltswidrigkeit zu trennen.³³⁾ Dazu gehören die – zivilrechtliche – Rechtswidrigkeit, die mit der hA auch im Amtshaftungsrecht als Verhaltensunrecht verstanden wird,³⁴⁾ sowie das Verschulden. Im gegebenen Kontext bietet sich freilich eine gemeinsame Behandlung der objektiven und der subjektiven Sorgfaltswidrigkeit an, zumal in der Amtshaftung der objektivierte Verschuldensmaßstab des § 1299 ABGB anzulegen ist.³⁵⁾ Für eine eigentliche Verschuldensprüfung bleibt daher typischerweise „kein sachliches Substrat“³⁶⁾ mehr.

Welche Kriterien sind nun bei der Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit zu berücksichtigen?³⁷⁾ Konkret werden insb der Rang der gefährdeten Rechtsgüter – Gesundheit, Leib und Leben – und das damals bekannte³⁸⁾ Gefährdungsrisiko – Gefahr von Ansteckungen und schwerer Verläufe – eine Rolle spielen. Darüber hinaus wird man aber auch bedenken müssen, dass es nötig war, einschneidende Maßnahmen gegen die damit einhergehenden Grundrechtseingriffe abzuwägen.

All diese Faktoren sind zwar schon von der Frage nach der öff-rechtlichen Handlungspflicht bekannt,³⁹⁾ auf der Ebene der Sorgfaltswidrigkeit sind sie aber unter einem anderen Blickwinkel relevant: Geht es bei der Handlungspflicht um deren objektiven Bestand, ist bei der Sorgfaltswidrigkeit zu fragen, ob das einem sorgfältigen Organ auch erkennbar war und es dementsprechend gehandelt hätte. Dennoch: So sehr es sich dabei um „zwei Arten von Rechtswidrigkeit“ handelt,⁴⁰⁾ so sehr verschwimmen diese Kriterien gerade bei der Unterlassung auch wieder.⁴¹⁾

Ein für die Beurteilung der Sorgfalt besonders relevantes Kriterium ist zweifellos der Zeitfaktor: Dass nach dem OGH eine für zehn Jahre unterlassene Durchführungsverordnung Amtshaftungsansprüche auslösen kann,⁴²⁾ bedarf kaum einer weiteren Begründung; in Ischgl umfasste der kritische Zeitraum allerdings bloß wenige Tage, es bestand also erheblicher (Zeit-)Druck.⁴³⁾

Dieser Faktor darf amtshaftungsrechtlich auch durchaus berücksichtigt werden. So legt der 1. Senat gerade an Verordnungen als generelle Rechtsquellen typischerweise einen sehr hohen Sorgfaldmaßstab an und bejaht bei öff-rechtlich rechtswidrigen Verordnungen dementsprechend häufig auch die zivilrechtliche Sorgfaltswidrigkeit und damit Amtshaftungsansprüche.⁴⁴⁾ Dieser durchaus strenge Maßstab findet seine Grundlage aber gerade darin, dass Verordnungen

idR ohne besonderen Zeitdruck ergehen und darum besondere Nachforschungs- und Überprüfungspflichten gerechtfertigt erscheinen.⁴⁵⁾ Mit anderen Worten: Was lange währt, soll dann bitte auch gut werden.

Umgekehrt spricht das aber dafür, den Sorgfaldmaßstab bei hohem Zeitdruck, wenn Verordnungen also ausnahmsweise sehr schnell ergehen müssen, spiegelbildlich niedriger anzusetzen, sodass einerseits etwaige Maßnahmen weniger streng zu prüfen sind,⁴⁶⁾ andererseits aber auch der Spielraum für ein Zuwarten größer wird, denn auch dabei kann es sich ja um eine Entscheidung handeln, die sorgfältig ist.

Das ist kein Freibrief für Schlamperei und auch kein amtshaftungsrechtliches Spezifikum,⁴⁷⁾ sondern Ausdruck des Umstands, dass der Maßstab für sorgfältiges Verhalten nie rein abstrakt im luftleeren Raum entsteht, sondern von konkreten Personen in konkreten Situationen nichts verlangen soll, was eine realistische Maßfigur gar nicht leisten kann. Es ist eine ganz allschadenersatzrechtliche Wertung, dass rechtmäßiges Verhalten einer Maßfigur zumutbar und von ihr leistbar sein muss.⁴⁸⁾

33) *Rebhahn*, Staatshaftung 416ff, 448ff.

34) *Mader* in *Schwimann/Kodek VII* § 1 AHG Rz 48; *Schauer*, Verschulden als Haftungsvoraussetzung, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen (2002) 45 (49) jeweils mwN. Die Judikatur prüft die Vertretbarkeit der Rechtsauffassung des Organs typischerweise auf Verschuldensebene, was eher für das Verständnis der Rechtswidrigkeit als Erfolgsunrecht hindeutet (*Rebhahn*, Staatshaftung 452); jedenfalls zutr ist aber der Befund von *Stelzer/Maschke*, Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeitszusammenhang als Voraussetzung des Haftungsanspruches, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen (2002) 13 (17), nach denen es „ja schließlich nicht darum [geht], bestimmte Fragen nicht zu stellen, sondern nur darum, auf welcher Ebene sie korrekterweise zu behandeln sind“.

35) Siehe *Koziol*, HPR II³ Rz D/10/9f; *Schauer* in *Holoubek/Lang* 45 (55ff) jeweils mwN zu den verschiedenen Begründungssträngen für das objektivierte Verschulden.

36) *Rebhahn*, Staatshaftung 451; ähnlich *Mader* in *Schwimann/Kodek VII* § 1 AHG Rz 59 FN 531, Rz 67 und *Schauer* in *Holoubek/Lang* 45 (60); zu einzelnen Konstellationen, in denen das Verschulden – je nach Begründungsansatz für den objektiven Verschuldensmaßstab (vgl FN 35) – als eigenständiger Filter relevant sein könnte, s *Schragel*, AHG³ § 1 Rz 156, 162.

37) *Allg Rebhahn*, Staatshaftung 479ff.

38) Zum *hindsight bias* im konkreten Fall *Geroldinger*, JBI 2020, 523 (531f).

39) Vgl *Rebhahn*, Staatshaftung 479: „Die [...] relevanten Elemente sind im wesentlichen dieselben“.

40) *Schauer* in *Holoubek/Lang* 45 (49).

41) Vgl *Rebhahn* in *Holoubek/Lang* 277 (285f), nach dem bei Ermessensübung „Rechtswidrigkeit und Sorgfaltswidrigkeit [...] nicht bloß ineinander über[gehen], sondern [zusammen]fallen“.

42) OGH 1 Ob 19/80 (nicht im RIS veröffentlicht; gekürzt wiedergegeben in ZLW 1982, 408).

43) Darauf weist auch *Geroldinger*, JBI 2020, 523 (531) hin; s auch den *Rohrer-Bericht* (vgl FN 6) 134.

44) RIS-Justiz RS0049821; RS0049935.

45) OGH 1 Ob 38/87; 1 Ob 407/97b; 1 Ob 255/09w.

46) Eindrucksvoll OGH 1 Ob 255/09w, wo eine Haftung wegen Erlasses später vom VfGH aufgehobener Verordnungen gerade wegen des Zeitdrucks verneint wurde.

47) Auch bei der aus dem Gesellschaftsrecht bekannten *Business Judgment Rule* wird die zeitliche Komponente betont, vgl etwa *Karollus*, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag zur *Business Judgment Rule* (§ 84 Abs 1 a AktG und § 25 Abs 1 a GmbHG), ÖBA 2016, 252 (258): „Ein wesentliches Kriterium stellt auch die Eilbedürftigkeit einer Entscheidung dar“.

48) *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 319, 330.

4. Kausalität

Wurde eine öff-rechtliche Handlungspflicht zivilrechtlich sorgfaltswidrig verletzt, braucht es für eine Haftung noch die Kausalität der Pflichtwidrigkeit für die eingetretenen Schäden.⁴⁹⁾ Dabei ist eine Unterlassung nach hA dann kausal, wenn der Schaden bei pflichtgemäßem Handeln entfallen wäre,⁵⁰⁾ womit es in den Ischgl-Fällen entscheidend auf zwei Zeitpunkte ankommt: einerseits jenen, in dem gehandelt hätte werden müssen, andererseits jenen der Ansteckung.

Theoretisch ist es dann nicht schwierig, den hypothetischen Kausalverlauf bei pflichtgemäßem Handeln nachzuvollziehen. Hätte die Behörde etwa am 10. 3. reagieren müssen, wäre deren Unterlassen keinesfalls kausal für eine am 8. 3. erfolgte Infektion, sodass kein Ersatzanspruch besteht. Erfolgte die Ansteckung dagegen erst am 12. 3. und wäre sie durch die gebotene Reaktion verhindert worden, ist die Kausalität zu bejahen. Dabei muss aber immer auf die konkrete pflichtwidrige Unterlassung abgestellt werden: Was hätte also wann getan werden müssen? Hätte man am 10. 3. schon die Après-Ski-Bars sperren müssen, ist die Ansteckung am 12. 3. aber in der Seilbahngondel passiert, fehlt es nämlich wiederum an der Kausalität und es besteht keine Haftung.

5. Zwischenfazit

Damit ergibt sich folgendes Bild:

Zunächst erscheint eine Haftung für etwaige Infektionen bis zum Urlauberschichtwechsel am 7. 3. jedenfalls dann eher unwahrscheinlich, wenn man an die am 5. 3. eingegangenen Warnungen aus Island anknüpft. Dass es sorgfaltswidrig gewesen wäre, nicht binnen Tagesfrist so weitreichende Entscheidungen zu treffen, erscheint nämlich ebenso unwahrscheinlich wie die Erbringung des Beweises, dass sich jemand gerade in den letzten beiden Tagen dieser Urlaubswoche infiziert hat. Infektionen in diesem Zeitraum präsentieren sich nach dem gegenwärtigen Kenntnisstand daher wohl weitgehend als „unschuldige“ Infektionen.

Bei Ansteckungen nach dem Urlauberschichtwechsel ist das nicht so einfach. Mit jedem weiteren Tag, der ungenützt verstrichen ist, wird der Vorwurf des Versäumnisses lauter. Aber auch hier ist zuerst zu fragen, ob eine Handlungspflicht bestand, die sorgfaltswidrig versäumt wurde, und wenn ja, welche.

Helfen könnte der Vorwurf, man hätte die neuen Urlauber schon gar nicht anreisen lassen dürfen, Ischgl also schon vor dem Urlauberschichtwechsel am 7. 3. sperren müssen.⁵¹⁾ Dann mag richterliche Beweiswürdigung zur Feststellung führen, dass sich eine Person, die aus einem gesunden Umfeld nach Ischgl kam und nach ihrer Heimkehr an COVID erkrankt ist, in Ischgl angesteckt hat. Der „Rohrer-Bericht“ kommt freilich (nur) zum Ergebnis, dass eine „Beendigung des Skibetriebes am 09.03. (mit spätester Wirkung 10.03.)“ sinnvoll gewesen wäre.⁵²⁾

Damit dürfte es jedenfalls kein Selbstläufer sein, den Vorwurf zu erhärten, die Behörden hätten aus juristischer Perspektive schon den Schichtwechsel am 7. 3. verhindern müssen. Je später aber ein Pflichtverstoß angenommen wird, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit einer „unschuldigen“ Infektion davor. Hätte man Ischgl nämlich etwa erst am 10. 3. sperren müssen, hatte ein am 7. 3. angereister Urlauber schon davor tagelang Zeit, sich „unschuldig“ zu infizieren, so dass dafür kein Ersatz gebühren würde.

Hinzu kommt: So sauber sich die Kausalität am Papier prüfen lässt, so illusorisch wird es im wirklichen Leben meist sein, das Geschehen hins Zeit und Ort einer Ansteckung derart präzise feststellen zu können. Sicher ist, dass das Auftreten erster Symptome und die Inkubationszeiten sich kaum stundengenau festmachen lassen. Auf offiziellen Informationsseiten der BReg heißt es im Mai 2021: Die Inkubationszeit „scheint nach aktuellem Wissensstand zwischen einem und 14 Tagen zu liegen, im Durchschnitt beträgt sie fünf bis sechs Tage“.⁵³⁾

Was gilt dann aber, wenn nur feststeht, dass eine Infektion stattgefunden hat, aber unklar bleibt, ob diese – unter Annahme einer sorgfaltswidrigen Verletzung der Handlungspflicht zur Sperre am 10. 3. – schon am 8. oder erst am 12. 3. erfolgte?

D. Beweiserleichterungen im Haftpflichtprozess

1. Ausgangspunkt: Beweislast beim KI

In den Ischgl-Verfahren wird nach dem bisher Gesagten vermutlich – wie häufig im Schadenersatzprozess – auf verschiedenen Ebenen mit Unsicherheiten umzugehen sein, die von der Handlungspflicht über ihre sorgfaltswidrige Verletzung bis zur Kausalität reichen. Wie wird diese Ungewissheit bewältigt? Auf den ersten Blick scheint die Antwort klar: Da jede Partei die für sie günstigen Umstände beweisen muss,⁵⁴⁾ geht das Unaufrklärbarkeitsrisiko hins der anspruchsbegründenden Tatsachen grds zulasten des Kl.⁵⁵⁾

Gerade in Schadenersatzprozessen führt das bisweilen zu inakzeptablen Ergebnissen.⁵⁶⁾ L und Rsp haben

49) Zur Kausalität im Amtshaftungsrecht *Bollenberger*, Kausalität als Voraussetzung des Haftungsanspruchs, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen (2002) 29.

50) *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ 313; auf *Zoppel*, Die Entlastungswirkung der hypothetischen Kausalität bei einer Unterlassung, ALJ 2019, 19 (22f, 28ff) und weiters *Kozioł*, HPR I⁶ (1997) Rz 3/1, 8/63; anders aber *ders* in der Neuauflage (HPR I⁴ Rz B/2/25ff, C/10/81), der nunmehr fragt, ob irgendein Verhalten den Schadenseintritt verhindert hätte, und so auch bei Unterlassungen zwischen Kausalität und dem Einwand des rechtmäßigen Alternativhaltens trennt. Diese Frage, die womöglich Auswirkungen auf Ebene der Beweislast haben könnte, soll hier mit Blick auf die ganz überwiegende hA aber nicht vertieft werden.

51) Auch eine vorgelagerte Warnpflicht wäre denkbar, wobei es bei Erkennen der Tragweite der Situation damit wohl nicht getan gewesen wäre.

52) Rohrer-Bericht (vgl FN 6) 127ff, vgl auch 118, 139.

53) <https://www.gesundheit.gv.at/krankheiten/immunsystem/coronavirus-covid-19/uebertragung> (zuletzt abgerufen 20. 5. 2021).

54) *Spitzer* in *Spitzer/Wilfing* Vor §§ 266ff ZPO Rz 21; RIS-Justiz RS0037797; RS0039939; RS0106638; zu den Hintergründen *Karner*, The Function of the Burden of Proof in Tort Law, in *Kozioł/B.C. Steiner* (Hrsg), European Tort Law 2008 (2009) 68 (70) und *Klicka*, Beweislastverteilung 59ff; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast (1983) 179ff.

55) *Fasching*, Lehrbuch des österr Zivilprozeßrechts² (1990) Rz 879.

56) Siehe schon *Bartsch*, Grundfragen des Schadenersatzrechtes, in FS Jahrhundertfeier ABGB I (1911) 655 (667ff) und *Lehmann*, Der Nothstand des Schadenprocesses und der Entwurf der königl. Sächs. Civilproceßordnung (1865) 1, der vom „wahr[e]n Elend“ berichtet, dass im Schadenersatzprozess den „Anforderungen an den

daher eine Reihe materiell-rechtlicher wie prozessualer Institute entwickelt, um die Position des Kl zu stärken: Zu denken ist – neben schon vom Gesetzgeber vorgesehenen Vermutungen – an richterrechtliche Beweislastumkehr, Anscheinsbeweise und Beweismaßreduktionen, über manche Verursachungsfragen helfen außerdem Rechtsfiguren wie alternative, kumulative oder überholende Kausalität hinweg und manchmal soll der Schädiger schon allein deshalb haften, weil sich die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht unwesentlich erhöht hat. Freilich ist nicht immer klar, für welche Fälle welche Beweiserleichterungen in Betracht kommen und woraus diese ihre Rechtfertigung ziehen.

2. Öffentlich-rechtliche Handlungspflicht und zivilrechtliche Sorgfaltswidrigkeit

a) Grundsätzliches und Bestandsaufnahme

Das Bestehen einer öff-rechtlichen Handlungspflicht hat zwei Facetten: einerseits, ob eine solche abstrakt bestehen könnte, und andererseits, ob sie auch im konkreten Fall bestanden hat.⁵⁷⁾ Ob eine Handlungspflicht abstrakt besteht, ist eine Rechtsfrage, die primär aus den Materiengesetzen zu beantworten ist.⁵⁸⁾ Beweiserleichterungen spielen dabei keine Rolle, weil die österr⁵⁹⁾ Rechtslage schon nicht Gegenstand des Beweisverfahrens ist: *Iura novit curia*.

Schwieriger zu beurteilen sind die Folgefragen, ob sich die abstrakte zur konkreten Handlungspflicht verdichtet hat und ob diese Handlungspflicht sorgfaltswidrig verletzt wurde. Für die Beantwortung beider Fragen kommt es (auch) auf Tatfragen an, wie die Risiken einer COVID-Infektion und den Kenntnisstand der Behörden.⁶⁰⁾ Die Rsp dürfte bei Unterlassungen die öff-rechtliche von der privatrechtlichen Frage nicht immer scharf trennen,⁶¹⁾ sondern kommt dem Kl tw bei beidem sehr entgegen:

Recht großzügig wirkt es etwa, wenn der OGH meint, der bekl Rechtsträger habe zu beweisen, „die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung des Schadens getroffen zu haben“,⁶²⁾ was nach einer umfassenden Beweislastumkehr klingt. An anderer Stelle heißt es dann aber, die Kl habe „in genügender Weise dargetan, daß die beklagte Partei [...] Maßnahmen [...] ergreifen hätte müssen“, wodurch sie ihrer „Beweispflicht [...], was den Grund ihres Anspruches betrifft, genügt“ habe.⁶³⁾ Das wirkt – den allg Regeln folgend –, als wäre doch der Kl beweisbelastet. Wie stehen die Dinge nun wirklich?

b) Öffentlich-rechtliche Handlungspflicht

Klar dürfte sein, dass es nicht angehen kann, dem Staat die umfassende Beweislast dafür aufzubürden, dass er keinen Grund zum Handeln hatte, nur weil es irgendeine abstrakte Handlungsermächtigung gibt. Das Ergebnis wäre ein permanenter Rechtfertigungsdruck, der dem Haftpflichtprozess auch sonst fremd ist. Der Geschädigte hat ja sonst auch die „Tatbestandsmäßigkeit“ des schädigenden Verhaltens, also die „Verletzung der ganz abstrakten, streng objektiven Verhaltenspflichten“ zu beweisen.⁶⁴⁾ Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass sich das Vorliegen der Handlungspflicht, also die Existenz eines erfüllbaren Tatbestands, erst im konkreten Einzelfall beurteilen lässt.

Auch für den Geschädigten kann der Nachweis jener Umstände, die zur Verdichtung der abstrakten Ermächtigung zur Handlungspflicht führen, freilich problematisch sein. *Rebhahn* hat daher iZm Schutzgesetzen im Anschluss an *Karollus*⁶⁵⁾ betont, dass eine allg Beweislastumkehr nicht zu rechtfertigen sei, und stattdessen den Vorschlag gemacht, dass der Geschädigte zumindest, aber immerhin irgendeinen „objektive[n] Mangel in der Sphäre des Beklagten“ zu beweisen habe, also etwa, dass die „Aufgriffsschwelle zur Gefahrenabwehr“ erreicht war.⁶⁶⁾ *Rebhahn* meint damit jedenfalls, dass es erst ab dem Beweis einer Gefährdungswahrscheinlichkeit, die „zwar noch nicht (notwendig) die Pflicht der Behörde zu Maßnahmen der Gefahrenabwehr, wohl aber die zu weiteren Ermittlungen“ auslöst, gerechtfertigt sei, den bekl Rechtsträger beweisen zu lassen, dass er „trotz Kenntnis der Gefahr keinen Anlaß oder keine Möglichkeit hatte, den Eintritt des Schadens abzuwehren“. ⁶⁷⁾

Ob daraus eine Beweislastumkehr auch schon hinsichtlich der konkreten Handlungspflicht folgen würde, bleibt allerdings offen, zumal *Rebhahn* sich zur Sorgfaltswidrigkeit äußert. Selbst wenn man seinen Vorschlag aber auf die Frage der öff-rechtlichen Handlungspflicht erstrecken wollte, ist durchaus fraglich, wie weit derartige Überlegungen für die Causa Ischgl tragen können: Denn dass die Behörden ab Kenntnis erster Corona-Infektionen weitere Nachforschungspflichten trafen (und damit die „Aufgriffsschwelle“ erreicht war), wird wohl niemand ernsthaft bezweifeln. Den Rechtsträger aber schon allein deshalb mit dem Beweis zu belasten, dass ihn konkret keine Handlungspflicht traf, geht im Anlassfall – wie wohl auch sonst in manchen Fällen – zu weit. Dazu passt, dass *Rebhahn* seinen Vorschlag explizit auch nur für solche Regelungen erstattet, die ein verpöntes Verhalten konkret umschreiben, sodass eine allg Ermächtigung zu Aufsicht und Überwachung nicht genüge.

Es sollte daher für die Frage, ob überhaupt eine Handlungspflicht bestand, jedenfalls für den konkreten Fall beim Grundsatz bleiben, dass der Geschädigte die

Beweis [...] nimmer genügt werden kann“; rezent *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger* Vor §§ 266ff ZPO Rz 17 und allg zur Beweislast im Zivilverfahren *Rassi*, Kooperation und Geheimnisschutz bei Beweisschwierigkeiten im Zivilprozess (2020) 5ff.

57) *Rebhahn*, Staatshaftung 466; ders in *Holoubek/Lang* 277 (284f).

58) *Rebhahn*, Staatshaftung 466; und zwar vom Zivilrichter (vgl bei FN 32).

59) Zur Ermittlung ausländischen Rechts §§ 3f IPRG und § 271 ZPO; dazu etwa *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger* § 271 ZPO. *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, Zivilprozessordnung⁵ (2019) § 271 ZPO Rz 1 sprechen von einem „Erhebungsverfahren eigener Art“.

60) *Rebhahn*, Staatshaftung 466, 506, s schon oben bei FN 39.

61) Siehe oben bei FN 41, aber auch sogleich im Text.

62) OGH 1 Ob 42/81; vgl RIS-Justiz RS0049961 (T 3); RS0105567; RS0106348; RS0111941.

63) OGH 1 Ob 47/86.

64) *Koziol*, HPR¹⁴ Rz D/7/30, 34; vgl auch *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰³ § 1298 ABGB Rz 17, nach dem „ein Teilaspekt der Rechtswidrigkeit“ immer vom Geschädigten zu beweisen sei. Zum Parallelproblem bei der Frage, ob ein Schutzgesetz verletzt wurde, *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992) 176.

65) *Karollus*, Funktion 176: „Es wäre auch völlig sachwidrig, wenn jeder, der einen Schaden verursacht hat, bereits beweisen müßte, daß kein Schutzgesetz übertreten wurde. Dem Schädiger [...] das Unauflösbarkeitsrisiko zuzuweisen, wenn ein Schutzgesetzverstoß ‚abstrakt‘ denkbar erscheint [...], wäre durch nichts gerechtfertigt“.

66) *Rebhahn*, Staatshaftung 519, auch 524.

67) *Rebhahn*, Staatshaftung 486f, 519.

für die öff-rechtliche Rechtswidrigkeit ausschlaggebenden Tatsachen zu beweisen hat.⁶⁸⁾

c) Zivilrechtliche Sorgfaltswidrigkeit

Demgegenüber vertritt der OGH für die Einhaltung der zivilrechtlichen Sorgfaltswidrigkeit in Amtshaftungsfällen eine Beweislastumkehr zulasten des Rechtsträgers. Er begründet das tw spezifisch amtshaftungsrechtlich mit der Verpflichtung von Organen, sich ausnahmslos rechtmäßig zu verhalten,⁶⁹⁾ tw aber auch mit einem allg Hinweis auf eine Beweislastumkehr bei Schutzgesetzverletzungen (§ 1311 ABGB).⁷⁰⁾

Dass Organe sich rechtmäßig verhalten sollen, stimmt zwar. Daraus beweisrechtliche Konsequenzen abzuleiten, läuft indes auf eine *petitio principii* hinaus, weil natürlich jeder dazu verpflichtet ist, sich rechtmäßig zu verhalten; wurde die objektive Sorgfalt eingehalten, dann war das Verhalten nach zivilrechtlichen Maßstäben aber eben nicht rechtswidrig.⁷¹⁾ Wäre mit der Verpflichtung zum rechtmäßigen Verhalten dagegen gemeint, dass aus dem abstrakten Übertreten einer Rechtspflicht auch auf die zivilrechtliche Sorgfaltswidrigkeit iS des Verhaltensunrechts geschlossen werden soll, so entspricht dieser Begründungsansatz iW jenem zu den Schutzgesetzverletzungen.⁷²⁾ Wo eine bestehende Pflicht nicht erfüllt wird, wird die Sorgfaltswidrigkeit vermutet, dem Schuldner obliegt gem § 1298 ABGB der Beweis des Gegenteils.⁷³⁾

Folgte man diesem Ansatz, wäre die entscheidende Frage, ob das EpiG als Schutzgesetz zu qualifizieren ist. Diesbzgl ist der Amtshaftungssenat sehr großzügig: Für ihn waren etwa die Bestimmungen zur Bankenaufsicht⁷⁴⁾ genauso wie das WeinG 1961⁷⁵⁾ Schutzgesetze.⁷⁶⁾

Allerdings lehnt die überwiegende L – entgegen der Rsp – die Anwendbarkeit des § 1298 ABGB auf Schutzgesetzverletzungen schon von vornherein ab:⁷⁷⁾ Die dort vorgesehene, weitgehende Beweislastumkehr sei nur dort gerechtfertigt, wo schon vor der Schädigung eine Sonderbeziehung bestanden habe,⁷⁸⁾ ganz allg, gegenüber jedermann bestehende Rechtspflichten sollen dagegen nicht ausreichen.

Nun könnte man zwar überlegen, ob das besondere Verhältnis zwischen Staat und Bürger eine solche Sonderbeziehung ist. Tatsächlich identifiziert *Rebhahn* im amtshaftungsrechtlichen Kontext derartige Sonderbeziehungen, etwa in „*vertragsähnliche[n] Beziehungen*“, wenn bspw Beamtenbezüge nicht ausbezahlt werden, oder bei subjektiv-öff Rechten auf Bescheiderlassung.⁷⁹⁾ Auch hier ist aber die dahinterstehende Wertung, dass der vom Rechtsträger zu berücksichtigende Bereich individuell klar umrissen und daher für ihn viel eher und klarer vorhersehbar ist, während es bei uns um die ganz abstrakte, gegenüber jedermann bestehende Pflicht zur Gefahrenabwehr geht.⁸⁰⁾

Karollus hält außerhalb solcher Sonderbeziehungen – wie es wohl auch der konkrete Fall ist – allenfalls einen Anscheinsbeweis für zulässig, weil „*grundsätzlich einmal – prima facie – davon auszugehen [ist], daß bei Erfüllung des Tatbestandes auch die objektive Sorgfaltswidrigkeit vorliegt*“.⁸¹⁾ Da die Rechtfertigung des Anscheinsbeweises ist, dass vom Vorliegen einer Tatsache typischerweise auf das Vorliegen einer anderen geschlossen werden kann,⁸²⁾ ist das aber auch für die von *Karollus* befürwortete Beweiserleichterung zu fordern: Mit *Reischauer* wird man daher bspw davon ausgehen können, dass, wer auf der falschen Fahrbahnhälfte fährt, typischerweise einen sorgfaltswidrigen Fahrfehler begangen hat.⁸³⁾

Das „Schutzgesetz“ Rechtsfahrgebot (§ 7 Abs 1 StVO)⁸⁴⁾ ist in solchen Fällen formalisierte Typizität: Auf der falschen Seite zu fahren ist verboten, weil es gefährlich ist. Wer es dennoch macht, handelt gefährlich, und das tun sorgfältige Menschen typischerweise nicht. Im Normalfall kann daher aus der Übertretung auf die Sorgfaltswidrigkeit geschlossen werden; worauf es ankommt, ist aber nicht das Schutzgesetz, sondern die darin kodifizierte Typizität.⁸⁵⁾

Damit geht es aber in Wahrheit auch in der Causa *Ischgl* nicht darum, ob das EpiG als Schutzgesetz zu

68) So wohl auch OGH 1 Ob 47/86 (Zitat aus dieser Entscheidung bei FN 63); s weiters *Mader* in *Schwimmann/Kodek* VII⁴ § 1 Rz 59, nach dem die „*Rechtsverletzung*“ vom Geschädigten zu beweisen sei. Damit kann im gegebenen Kontext nur die Frage nach der öff-rechtlichen Rechtswidrigkeit gemeint sein, weil die Beweislast für die objektive Sorgfaltswidrigkeit im nächsten Satz angesprochen wird.

69) RIS-Justiz RS0049794; *Rebhahn*, Staatshaftung 507f; weitere Nachw bei *Schrägel*, AHG³ § 1 Rz 161. Die Analyse der Rsp wird dadurch verkompliziert, dass der OGH oft von Verschulden spricht, damit aber wohl kaum die – im Amtshaftungsprozess praktisch irrelevante (dazu bei und in FN 35) – subjektive Vorwerfbarkeit meint.

70) *Mader* in *Schwimmann/Kodek* VII⁴ § 1 AHG Rz 85; *Rebhahn*, Staatshaftung 508 jeweils mwN; dass § 1298 ABGB nicht nur die Beweislast zur subjektiven Vorwerfbarkeit, sondern auch für die objektive Sorgfaltswidrigkeit umkehrt, ist heute hA (*Karner* in *KBB*⁶ [2020] § 1298 ABGB Rz 2; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1298 ABGB Rz 11 ff; *Kozioł*, HPR I⁴ Rz D/7/33 ff jeweils mwN; zur uneinheitlichen Rsp dort Rz D/7/35).

71) Dazu *Apathy*, Anm zu OGH 1 Ob 9/92, JBl 1992, 649 (652); *Rebhahn*, Staatshaftung 508.

72) So auch *Apathy*, Anm zu OGH 1 Ob 9/92, JBl 1992, 649 (652); *Schrägel*, AHG³ § 1 Rz 161.

73) Zu den dahinterstehenden Wertungen *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1298 ABGB Rz 2 mwN. Generell ist zu § 1298 ABGB vieles unklar, schon die Anwendbarkeit auf bloße Sorgfaltswidrigkeit im Gegensatz zu Erfolgsverbindlichkeiten wird prominent bestritten (*Reischauer* in *Rummel*³, ABGB II/2 a³ [2007] § 1298 ABGB Rz 1 ff).

74) Erstmals wohl OGH 1 Ob 36/79; 1 Ob 42/81; s *Kozioł*, HPR II³ Rz A/3/35 mwN und zur derzeitigen Rechtslage; krit zur Qualifikation als Schutzgesetz *Rebhahn*, Staatshaftung 517.

75) OGH 1 Ob 44/89.

76) Häufig meint der OGH damit freilich etwas anderes, etwa den Rechtswidrigkeitszusammenhang; s *Rebhahn*, Staatshaftung 520 und zur Wein- und zur Handlaufentscheidung (bei FN 27; auch dort war von einem Schutzgesetz die Rede) 456 FN 115: „*In beiden Entscheidungen konnte es nur um den Schutzzweck, und nicht um die sonst mit § 1311 verbundenen Folgen gehen*“.

77) *Karner* in *KBB*⁶ § 1298 ABGB Rz 4 mwN; wie die Rsp dagegen *Welser*, Schutzgesetzverletzung, Verschulden und Beweislast, ZVR 1976, 1 (9f).

78) *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1298 ABGB Rz 8 mwN in FN 28.

79) *Rebhahn*, Staatshaftung 520f.

80) Gegen eine allg Anwendbarkeit des § 1298 ABGB im AHG auch *Reischauer* in *Rummel*³ § 1298 ABGB Rz 30a.

81) *Karollus*, Funktion 176; ähnlich *ders*, Praktische Probleme der Schutzgesetzhaftung, insbesondere im Verkehrshaftpflichtrecht, ZVR 1994, 129 (135).

82) *Rechberger* in *Fasching/Konecny* III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 56; *Spitzer* in *Spitzer/Wilfinger* Vor §§ 266 ff ZPO Rz 18.

83) *Reischauer* in *Rummel*³ § 1294 ABGB Rz 14 und § 1311 ABGB Rz 18; *ders*, Verschulden und Beweislast, ZVR 1978, 97, 129 (132f); dass „*das Fahren in der Straßenmitte [...] eine Unvorsichtigkeit und ein Verschulden [...] nicht begründen muß*“, erkennt schon OGH Rv I, 452/12 (veröffentlicht in GIUNF 5953).

84) Siehe *Kozioł*, HPR II³ Rz A/3/56 mwN aus der Rsp.

85) Ähnlich zur Kausalität noch unten bei FN 94.

qualifizieren ist. Einerseits ist § 1298 ABGB nach hL auf Schutzgesetzverletzungen von vornherein nicht anwendbar, andererseits ist für die Frage, ob ein Anscheinsbeweis zulässig ist, ausschließlich das Bestehen eines typischen Erfahrungssatzes relevant. Dass ein solcher für derart singuläre Situationen wie die konkrete besteht, kann man durchaus bezweifeln.

Vor dem Hintergrund der gefestigten Judikatur zur Anwendbarkeit des § 1298 ABGB auf Schutzgesetzverletzungen und der diesbzgl großzügigen Haltung des Amtshaftungssenats ist allerdings durchaus vorstellbar, dass die Gerichte eine Beweislastumkehr bejahen würden. Da hinter einer Beweislastumkehr materielle Wertungen stehen sollten,⁸⁶⁾ bedürfte es dafür aber einer vertieften Auseinandersetzung damit.

3. Kausalität

a) Knackpunkt Kausalitätsnachweis

Womöglich stellt sich die Frage nach Beweiserleichterungen für die öff-rechtliche Handlungspflicht und die zivilrechtliche Sorgfaltswidrigkeit im konkreten Fall aber ohnehin nicht in voller Schärfe, denn das notwendige Beweismaterial dürfte weitgehend vorliegen: Welche Informationen wann verfügbar waren und welche Handlungen wann gesetzt wurden, scheint – nicht zuletzt dank des „Rohrer-Berichts“⁸⁷⁾ – gut dokumentiert zu sein.⁸⁸⁾

Nach gegenwärtigem Stand wird der am heißesten umkämpfte Schauplatz daher die Kausalität sein. Die Frage stellt sich, wenn zwar die erste Hürde einer sorgfaltswidrigen Unterlassung genommen wird, aber nicht klar ist, ob eine allfällige Infektion schon vor oder erst nach der inkriminierten Unterlassung stattgefunden hat. Die oben gebildeten Fallgruppen zur Kausalität haben Gewissheit über Zeit und Ort der Ansteckung vorausgesetzt. Praktisch wird sich aber kaum feststellen lassen, ob eine Infektion am 8. 3. in der Bar, am 9. 3. im Restaurant oder am 11. 3. in der Gondel erfolgt ist.

b) Beweislastumkehr oder Anscheinsbeweis?

Die Rsp knüpft bei Beweiserleichterungen zur Kausalität häufig wiederum an Schutzgesetzverletzungen an. In welcher Form dabei eine Beweiserleichterung gewährt werden soll, klingt aber nicht immer ganz eindeutig durch, manchmal ist vom Anscheinsbeweis die Rede, manchmal von einer Beweislastumkehr.⁸⁹⁾ Symptomatisch für diese Unklarheit hielt der Amtshaftungssenat einmal fest, es bedürfe „keines strikten Nachweises des Kausalzusammenhanges, weil die Kausalität der Pflichtwidrigkeit vermutet wird. [...] Der Schädiger kann sich, wenn die Übertretung des Schutzgesetzes fest steht, nur dadurch von seiner Haftung befreien, daß er [...] die Kausalität der Pflichtwidrigkeit ernstlich zweifelhaft macht“.⁹⁰⁾ Was als Beweislastumkehr startet (Vermutung der Kausalität), endet mit der Widerlegung des Anscheinsbeweises („Zweifelhaftmachen“).

Wie bei der Sorgfaltswidrigkeit wendet sich die L auch beim Kausalitätsnachweis schon seit jeher gegen die Annahme einer Beweislastumkehr,⁹¹⁾ anders als bei der objektiven Sorgfaltswidrigkeit hat der OGH die dahingehende Judikaturlinie mittlerweile aber auch ex-

plizit aufgegeben.⁹²⁾ Wie bei der Sorgfaltswidrigkeit steht daher bei Schutzgesetzen allenfalls ein Anscheinsbeweis im Raum, zu dem auch hier vor zu leitsatzartigem Vorgehen gewarnt werden muss. Die Schutzgesetzeigenschaft einer übertretenen Norm allein vermag einen Anscheinsbeweis nicht zu begründen. Vielmehr steht hinter der Zulässigkeit des Anscheinsbeweises hier wie dort die Existenz eines entsprechenden Erfahrungssatzes.

Dass gerade bei Schutzgesetzen ein solcher Erfahrungssatz zur Kausalität der Gesetzesübertretung oft naheliegt, liegt schlicht daran, dass Schutzgesetze eben Normen sind, die bestimmte Verhaltensweisen „wegen der für sie typischen Gefahr für andere schon als solche [...] verbieten, ohne Rücksicht darauf, ob im einzelnen Falle eine solche Gefahr auch wirklich besteht“.⁹³⁾ In solchen Situationen besteht dann aber nun einmal häufig ein entsprechender Erfahrungssatz.⁹⁴⁾

Damit entbindet die Feststellung, es mit einem Schutzgesetz zu tun zu haben, auch hier nicht von der Notwendigkeit, für jeden Einzelfall auch wirklich zu prüfen, ob ein Anscheinsbeweis auf einen dafür erforderlichen Erfahrungssatz gegründet werden kann.⁹⁵⁾ Ebensovienig wie jeder Anscheinsbeweis ein Schutzge-

86) Zutr zuletzt *Artnner*, Anm zu OGH 9 Ob 60/20v, EvBl 2021/45; s ausf *Klicka*, Beweislastverteilung 47 ff; *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (§ 1298 ABGB) (1975) 307 f.

87) Dazu FN 6.

88) Freilich dürfte dennoch auch aus dem Nichtvorliegen dieser Informationen nicht ohne Weiteres von den bisher dargestellten Grundsätzen abgegangen werden. Beweisrechtliche Konsequenzen bei unterlassener Dokumentation, wie sie die Rsp typischerweise in Arzthaftungsfällen annimmt, haben ihre Grundlage nämlich in einer bestehenden – etwa aus dem Behandlungsvertrag abzuleitenden – Dokumentationspflicht; vgl dazu RIS-Justiz RS0026236 (T 2); RS0108525 (T 4) und zuletzt OGH 4 Ob 28/20a. Auch eine mögliche „Beweisnähe“ könnte wohl keine Umkehr der Beweislast bewirken; ausf dazu *Rassi*, Kooperation 19 ff, insb 31 ff.

89) *Karner* in KBB⁶ § 1311 ABGB Rz 6; aus amtshaftungsrechtlicher Perspektive *Bollenberger* in *Holoubek/Lang* 29 (33 f) und ausf *Rebhahn*, Staatshaftung 578 ff.

90) Etwa OGH 1 Ob 42/81.

91) Allg *Kozioł*, HPR I⁴ Rz D/7/271, *ders*, HPR II³ Rz A/3/17; *Welser*, ZVR 1976, 1 (7); zur Amtshaftung *Bollenberger* in *Holoubek/Lang* 29 (34); *Rebhahn*, Staatshaftung 587, 654 ff; s weiters *Bumberger*, Zum Kausalitätsbeweis im Haftpflichtrecht (2003) 167 ff; generell krit zur Beweislastumkehr zum Kausalverlauf *H. Weber*, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozeß (1997) 223 ff.

92) RIS-Justiz RS0027517; vgl schon OGH 2 Ob 284/76 (veröffentlicht in EvBl 1977/246 = ZVR 1978/89); jüngst auch der Amtshaftungssenat zu OGH 1 Ob 79/15x; weitere Nachw bei *Kozioł*, HPR I⁴ Rz D/7; Tendenzen in diese Richtung erkennt bereits *Welser*, ZVR 1976, 1 (5), vgl aber auch noch die späteren anderslautenden Entscheidungen etwa bei *Karner* in KBB⁶ § 1311 ABGB Rz 6.

93) *Wolff* in *Klang* VI² (1951) 82.

94) *Karner* in KBB⁶ § 1311 ABGB Rz 6 mWn; zum parallelen Gedanken bei der Sorgfaltswidrigkeit bei FN 85.

95) Jüngere Stimmen in der Lit attestieren der Rsp zu Schutzgesetzverletzungen freilich – phänomenologisch unstrittig zutr –, dass sie den Anscheinsbeweis von seiner ursprünglichen Anknüpfung an Erfahrungssätze entkopple (*Koller*, Beweisfragen bei kapitalmarktrechtlichen Prozessen in Österreich, ZP 133 [2020] 421 [445] und *ders*, Der Anscheinsbeweis im Bauprozess, in FS 40 Jahre ÖGEBAU [2019] 241 [245] unter Verweis insb auf *Diederichsen*, Zur Rechtsnatur und systematischen Stellung von Beweislast und Anscheinsbeweis, VersR 1966, 211 [219]). Auch hier könnte aber allenfalls der Schutzzweck der Norm rechtfertigen, den Anscheinsbeweis zuzulassen, obwohl keine „besonders stark ausgeprägten Erfahrungssätze“ vorliegen (*Koller*, ZP 133 [2020] 421 [445]; *ders* in FS 40 Jahre ÖGEBAU 241 [245]); der pauschale Verweis auf die Schutzgesetzeigenschaft einer Norm reicht daher keinesfalls aus (zur Verknüpfung der Beweislast mit dem Schutzzweck aus amtshaftungsrechtlicher Perspektive schon *Rebhahn*, Staatshaftung 519 f).

setz voraussetzt, liefert jedes Schutzgesetz für jede Kausalitätsfrage einen Anscheinsbeweis: „Der Anscheinsbeweis wird [...] von der Überlegung getragen, dass Schutzgesetze regelmäßig ein abstrakt gefährliches Verhalten gerade deshalb verbieten, weil es geeignet ist, derartige Schäden herbeizuführen. [...] Sofernne Erfahrungssätze existieren, wird dem Geschädigten aber auch sonst – nicht nur bei Verletzung von Schutzgesetzen – die Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises gewährt. Insofern stellt also die Fallgruppe der Schutzgesetzverletzung keine Besonderheit dar.“⁹⁶⁾

Das hat der OGH in einer rezenten Entscheidung nachvollzogen, in der der 2. Senat festhält, dass zwar auch bei Schutzgesetzverletzungen die Beweislast hinsichtlich der Kausalität nicht verändert werde, aber regelmäßig, nämlich dann, wenn ein entsprechender Erfahrungssatz besteht, ein Anscheinsbeweis in Frage komme. Der Anscheinsbeweis dürfe aber gerade nicht dazu dienen, „Lücken der Beweisführung durch bloße Vermutungen auszufüllen“.⁹⁷⁾

Mit Blick auf die Causa Ischgl wird man die Existenz eines Erfahrungssatzes für die Kausalität genauso wie bei der objektiven Sorgfaltswidrigkeit durchaus bezweifeln können. Selbst wenn man einen Anscheinsbeweis aber für zulässig hält, wird er konkret wohl nicht die erhoffte Abhilfe schaffen, weil er ja schon durch den Gegenbeweis⁹⁸⁾ entkräftet werden kann, dass ein anderer Kausalverlauf plausibel ist.⁹⁹⁾ Oft wird es ebenso wahrscheinlich sein, dass sich der Geschädigte vor einer Pflichtwidrigkeit in dieser Woche angesteckt hat wie danach, was ausreicht, die Überzeugung des Gerichts von einem „typischen“ Geschehensablauf zu erschüttern.¹⁰⁰⁾ Hätte man etwa am 10. 3. die Bars schließen müssen, hätte die Ansteckung genauso gut schon am 9. 3. in der Bar oder tatsächlich erst am 12. 3., aber in der Gondel passieren können.

c) „Risikoerhöhung“?

Eine besondere Form der Beweiserleichterung für die Kausalität anerkennt die Judikatur auch dann, wenn das Fehlverhalten zu einer Erhöhung des Risikos des Schadenseintritts geführt hat.¹⁰¹⁾ Typischer Anwendungsbereich sind Arzthaftungsfälle: Gelingt dem Patienten der Beweis, dass der Arzt einen Behandlungsfehler begangen hat, und zumindest der Anscheinsbeweis, dass der Fehler die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht bloß unwesentlich erhöht hat, obliegt dem Arzt der Beweis, dass seine „Sorgfaltverletzung ‚mit größter Wahrscheinlichkeit‘ nicht kausal für den Schaden“ gewesen ist; darin liege „in einem gewissen Maß“ eine Beweislastumkehr.¹⁰²⁾

Aus dieser speziell für Arzthaftungsfälle entwickelten Rsp-Linie ist allerdings für Ischgl aus zweierlei Gründen nichts zu gewinnen. Einerseits ist sie auch in ihrem genuinen Anwendungsbereich weniger gesichert, als man glauben würde: Rezent sprach der 6. Senat der Beweislastumkehr bei Risikoerhöhung nämlich jedwede Berechtigung ab,¹⁰³⁾ was der 1. Senat postwendend als der hRsp widersprechend kritisierte und wieder auf diese einschwenkte.¹⁰⁴⁾ Andererseits fände die Beweislastumkehr ihre – allfällige – Berechtigung erst recht wieder darin, dass „ein festgestellter schuldhafter Behandlungsfehler auf einen nachteiligen Kausalverlauf

geradezu hinweist“,¹⁰⁵⁾ also – wie der Anscheinsbeweis¹⁰⁶⁾ – in einem typischen Geschehensablauf. Dass ein solcher Erfahrungssatz konkret besteht, wurde schon oben bezweifelt.

d) Reduktion des Beweismaßes bei Unterlassungen?

Womöglich kann aber eine andere Beweiserleichterung iZm Unterlassungen helfen. Dem Kl soll nämlich bei Unterlassungen wegen des nur schwer nachzuweisenden hypothetischen Kausalverlaufs eine Reduktion des Beweismaßes zugutekommen: Das Regelbeweismaß ist hohe Wahrscheinlichkeit.¹⁰⁷⁾ Was gilt dann bei Unterlassungen?

In einer Entscheidung aus 2008 heißt es, die Kausalität könne „nur bejaht werden, wenn der Schadenseintritt bei pflichtgemäßem Handeln mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vermieden worden wäre“.¹⁰⁸⁾ Das lässt den Leser ratlos zurück, weil es für ein im Vergleich zum Regelbeweismaß sogar erhöhtes Beweismaß keinen Grund gibt. Auch andere Entscheidungen zeichnen – im Ergebnis oft unschädlich – ein durchaus buntes Bild: So ist zu lesen, dass bei Unterlassungen der Beweis „eines (sehr) hohen Wahrscheinlichkeitsgrades“¹⁰⁹⁾ nötig sei, was für den Kl kein großer Gewinn ist. Nicht viel klarer ist die Lage, wenn in ein und derselben Entscheidung einmal hohe, einmal bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit gefordert wird.¹¹⁰⁾

Letztlich kann aber davon ausgegangen werden, dass bei Unterlassungen bereits die bloß überwiegende

96) Bollenberger in Holoubek/Lang 29 (34f); vgl schon Welser, ZVR 1976, 1 (7).

97) OGH 2 Ob 95/19p.

98) Dieser „Gegenbeweis“ ist vom „Beweis des Gegenteils“ bei gesetzlichen Vermutungen (etwa bei FN 73) klar zu trennen (Rechberger in Fasching/Konecny III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 53), wengleich § 270 ZPO und daran anknüpfend Teile der älteren L (Neumann, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen II⁴ [1928] 991) terminologisch noch nicht unterscheiden (s aber schon Sperl, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege I/2 [1928] 405 und der Sache nach Schrutka Edler von Rechtenstamm, Grundriß des Zivilprozeßrechts [1909] 193); zur „einfachen Vermutung“ des § 310 ZPO allerdings Wilfing in Spitzer/Wilfing § 310 ZPO Rz 3.

99) Spitzer in Spitzer/Wilfing Vor §§ 266ff ZPO Rz 18.

100) Rechberger in Fasching/Konecny III/1³ Vor § 266 ZPO Rz 64: „wenn der typische Geschehensablauf im konkreten Fall nicht zwingend ist und die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs besteht“.

101) OGH 1 Ob 138/07 m: Erhöhung des Risikos von 10% auf 12,5% bis 16,6%; 4 Ob 28/20 a: Reduktion der Heilungschancen bei Unterlassung der gebotenen Behandlung von 35,3% auf 30,1%.

102) OGH 1 Ob 11/21f.

103) OGH 6 Ob 137/20w mwN aus der Lit.

104) OGH 1 Ob 11/21f mwN.

105) RIS-Justiz RS0038222: Daneben fallen die „besonderen Schwierigkeiten eines exakten [Kausalitäts]beweises“ bei Arzthaftungsfällen ins Gewicht.

106) Der 6. Senat sprach sich zu OGH 6 Ob 137/20m dementsprechend für einen Anscheinsbeweis und eine Beweismaßreduzierung aus; ähnlich mwN Neumayr, Prozessuale Fragen des Arzthaftungsprozesses, in Resch/Wallner (Hrsg), Handbuch Medizinrecht³ (2020) 369 (385); weiters Bollenberger, Anm zu OGH 2 Ob 590/92, JBl 1994, 540 (544 FN 5), der auch auf die Parallele zum Anscheinsbeweis bei Schutzgesetzverletzungen hinweist.

107) Spitzer in Spitzer/Wilfing Vor §§ 266ff ZPO Rz 12; Ziehensack in Hölwerth/Ziehensack, ZPO Taschenkommentar (2019) § 266 ZPO Rz 8; RIS-Justiz RS0110701; zur früher vertretenen Wahrheitsüberzeugungstheorie („an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“) Fasching, Lehrbuch² Rz 815; offenlassend rezent Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht⁵ (2021) Rz 765.

108) OGH 1 Ob 64/08f.

109) OGH 1 Ob 520/93.

110) OGH 1 Ob 186/11a.

Wahrscheinlichkeit ausreicht.¹¹¹⁾ Ihr kann „der Gegner den Beweis der höheren Wahrscheinlichkeit eines anderen Verlaufs entgegenhalten“.¹¹²⁾

Auf dieser Basis könnte der vorliegende Fall zur Nagelprobe für die Beweismaßreduktion zur Kausalität bei Unterlassungen werden: Steht eine Infektion zwischen 7. 3. und 13. 3. im Raum und aktualisierte sich die Handlungspflicht am 10. 3. um 12.00 Uhr, wäre nach rein zeitraumbezogenen Kriterien eine Infektion davor und danach gleich wahrscheinlich. Reicht für die überwiegende Wahrscheinlichkeit, wenn sich die Handlungspflicht um 10.00 Uhr aktualisierte? Oder um 11.59 Uhr? Ist Beweis darüber aufzunehmen, ob der Betroffene davor oder danach öfter Gondel gefahren ist und in Après-Ski-Lokalen tanzen war, weil dabei das Infektionsrisiko höher und damit eine Infektion wahrscheinlicher war?

e) Alternative Kausalität mit dem Zufall?

Unterm Strich scheint die Beweismaßreduktion bei Unterlassungen die am ehesten geeignete der bisher betrachteten Optionen, um dem Kl beim Überspielen von Beweisnotständen hins der Kausalität zu helfen. Womöglich bleibt aber auch hier zu viel offen, was zu einem abschließenden Blick in das materielle Schadenersatzrecht einlädt. Hier finden sich Rechtsinstitute, die die Dichotomie von Klagsstattgebung bei hinreichendem Überzeugungsgrad und Abweisung bei fehlender Überzeugung auflockern. Es geht dann nicht mehr um „alles oder nichts“, der Zweifel geht vielmehr im Anspruch auf.

Dabei ist an die L von der alternativen Kausalität mit dem Zufall zu denken, die als genuin schadenersatzrechtlicher Ansatzpunkt für den Umgang mit unsicheren Kausalverläufen somit erst in einem „logisch nachgelagerten Schritt“ zu prüfen ist, wenn der Kausalitätsbeweis auch bei abgesenktem Beweismaß scheitert.¹¹³⁾ Tatsächlich handelt es sich dabei auch rechtsvergleichend wohl um eine der schwierigsten und am uneinheitlichsten beantworteten Fragen des Schadenersatzrechts,¹¹⁴⁾ zu der schon „eine kleine Bibliothek“¹¹⁵⁾ geschrieben wurde.

Ausgangspunkt ist die Haftung bei „normaler“ alternativer Kausalität: Kommen mehrere als Schädiger in Frage, von denen aber nur einer den Schaden verursacht hat, kommt es nach hA und stRsp zur Solidarhaftung in Analogie zu § 1302 ABGB. Die Voraussetzung dafür ist nicht nur, dass beide potentiellen Schädiger rechtswidrig und schuldhaft (oder sonst haftungsbegründend)¹¹⁶⁾ gehandelt haben, sondern als Ausgleich für die bloß potentielle Kausalität, dass sie auch konkret gefährlich gehandelt haben, weil das den Rechtsgütern des Geschädigten gegenüber gefährliche Verhalten den Kausalitätsnachweis ersetzt.¹¹⁷⁾

Diese schon von Zeiller in seinem Kommentar befürwortete Lösung¹¹⁸⁾ wurde in einem zweiten Schritt auf Fälle ausgedehnt, in denen nicht mehrere Täter in Betracht kommen, sondern der Schaden entweder durch einen – potentiellen – Schädiger verursacht wurde oder auf ein zufälliges Ereignis zurückzuführen ist; man spricht von alternativer Kausalität mit dem Zufall. Dann soll es in Anlehnung an § 1304 ABGB zur Schadensteilung kommen,¹¹⁹⁾ um der „Alles-oder-nichts“-Tendenz“ als „Superwirkung“ bei Lösungen über das Beweisrecht zu entkommen.¹²⁰⁾ Der Schädiger haftet

nach dem Grad seiner Verursachungswahrscheinlichkeit, der Geschädigte trägt den auf den Zufall entfallenden Wahrscheinlichkeitsrest als allg Lebensrisiko. Perner hat dazu auf die Parallele zu Fällen aufmerksam gemacht, in denen die jeweils verursachten Schadensanteile bei Nebentätern nicht feststellbar sind, aber einer von ihnen etwa wegen Deliktsunfähigkeit nicht haftet: Auch dort trägt ja der Geschädigte das Risiko hins der Schädigung durch den Deliktsunfähigen, weshalb eine Schadensteilung gerechtfertigt erscheint.¹²¹⁾

Gerade weil bei der alternativen Kausalität mit dem Zufall – anders als bei der „normalen“ alternativen Kausalität – aber nicht feststeht, dass sich nicht nur das allg Lebensrisiko verwirklicht hat und dass jedenfalls ein Schädiger schuldhaft den Schaden herbeigeführt hat,¹²²⁾ wird die Schadensteilung durchaus auch krit gesehen.¹²³⁾ Die Befürworter der Haftung verlangen jedenfalls besonders schwere Zurechnungsmomente, wobei die konkrete Gefährlichkeit und grobes Verschulden eine Rolle spielen. F. Bydliniski hat ursprünglich nach Art des beweglichen Systems¹²⁴⁾ eine

111) Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka⁵ Vor § 266 ZPO Rz 6; Spitzer in Spitzer/Wilfinger Vor §§ 266ff ZPO Rz 17; RIS-Justiz RS0022900; speziell zur Amtshaftung Bollenberger in Holoubek/Lang 29 (36); Rebhahn, Staatshaftung 643ff.

112) OGH 2 Ob 95/19p; RIS-Justiz RS0022900 (T 1).

113) OGH 6 Ob 137/20w unter Berufung auf B. C. Steininger, Umgang mit Behandlungsfehlern aus rechtsvergleichender Sicht: Kausalität und Kausalitätsbeweis, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), 79 (86) und Karner, Besprechung von Heinrich, Haftung bei alternativer Kausalität mit Zufall, JBl 2013, 134 (135).

114) Dazu Koziol, Harmonisation and Fundamental Questions of European Tort Law (2017) Rz 7/56; ders., Alternative Causation, Including Events Within the Victim's Sphere – Comparative Report, in Winiinger/Koziol/Koch/Zimmermann (Hrsg.), Digest of European Tort Law I (2007) Rz 6b/29/1 ff; s auch die dortige Rsp-Übersicht über die europäischen Länder in Rz 6b/2ff und die Nachw bei Burtscher/Spitzer, Haftung für Klimaschäden, ÖJZ 2017, 945 (951 f) sowie B. C. Steininger in Österreichische Juristenkommission 79 (87 ff).

115) Harrer, Zufall und Wahrscheinlichkeit im Haftungsrecht, ZVR 2012, 440 (442).

116) Zur Gefährdungshaftung s etwa Karner in KBB⁶ § 1302 ABGB Rz 7; Koziol, HPR I⁴ Rz B/2/77f.

117) OGH 1 Ob 26/80 (RIS-Justiz RS0022712) unter Berufung auf F. Bydliniski, Haftung bei alternativer Kausalität, JBl 1959, 1; ders., Probleme der Schadenersatzhaftung nach deutschem und österreichischem Recht (1964) 70ff und ders., Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität, in FS Beitzke (1979) 3; ausf zum Thema Koziol, HPR I⁴ Rz B/2/42ff, der nunmehr allerdings (anders noch ders., HPR I³ Rz 3/29) für Teil- statt Solidarhaftung eintritt (Rz B/2/53ff; für Deutschland mit Blick auf § 287 dZPO, die Parallelnorm zu § 273 ZPO, G. Wagner in MüKoBGB⁸ § 830 BGB [2020] Rz 69, 80ff).

118) Zeiller, Kommentar III/2 724.

119) Koziol, HPR I⁴ Rz B/2/57ff; Karner in KBB⁶ § 1302 ABGB Rz 5 jeweils mwN.

120) F. Bydliniski, Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen, in FS Frotz (1993) 3 (5).

121) Perner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2008) § 896 ABGB Rz 61.

122) Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁶ 318.

123) Schon Welser, Zur solidarischen Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen Recht, ZfRv 1968, 38 (42ff); rezent Harrer, ZVR 2012, 440 (442ff); Kletečka, Alternative Verursachungskonkurrenz mit dem Zufall – Die Wahrscheinlichkeit als Haftungsgrund? JBl 2009, 137 (140ff); weitere Nachw bei Koziol, HPR I⁴ Rz B/2/59 FN 176 und B/2/61 FN 181 sowie Karner in KBB⁶ § 1302 ABGB Rz 5.

124) Das erklärt, warum die notwendige Verursachungswahrscheinlichkeit, die den erheblichen Kausalitätsverdacht begründet, nicht benannt wird; vgl aber F. Bydliniski in FS Frotz 3 (7), wonach „etwa 50 Prozent“ einen „Paradefall“ darstellen. Der OGH verlangte zuletzt – obiter – (zumindest?) gleich hohe Wahrscheinlichkeit (OGH 6 Ob 78/16p).

Kombination beider Kriterien verlangt;¹²⁵⁾ in jüngerer Zeit geht die hL dahin, auch ohne grobes Verschulden eine Haftung zu befürworten, solange das Verhalten des potentiell kausalen Täters nur in höchstem Maße für den Schadenseintritt adäquat war.¹²⁶⁾

Nach anfänglichem Schwanken¹²⁷⁾ kommt nunmehr auch die Rsp zur Schadensteilung.¹²⁸⁾ Der OGH verlangt zwar nicht unbedingt ein verschärftes Verschuldenserfordernis,¹²⁹⁾ betont aber immerhin, dass bloß mögliche Kausalität nicht hinreiche: „[G]erade das Erfordernis der konkreten Gefährlichkeit der potentiellen Schadensursache [soll] den fehlenden Kausalitätsnachweis im Sinn eines beweglichen Systems ausgleichen und im Ergebnis einen tragfähigen Haftungsgrund bewirken“.¹³⁰⁾ Die Handlung müsse daher „in höchstem Maße adäquat für den Schadenseintritt“ sein.¹³¹⁾

Somit steht der OGH einer Teilhaftung bei alternativer Kausalität mit dem Zufall durchaus aufgeschlossen gegenüber. Soweit ersichtlich, wurde sie zwar noch in keinem Amtshaftungsfall herangezogen,¹³²⁾ aber immerhin auch schon vom Amtshaftungssenat.¹³³⁾ Da § 1 AHG auf die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts verweist, ist kein Grund ersichtlich, warum in Amtshaftungsfällen anders zu entscheiden sein sollte.¹³⁴⁾ Gelingt daher trotz Zuhilfenahme aller Beweiserleichterungen der Kausalitätsbeweis nicht, kommt womöglich auf Basis der alternativen Kausalität mit dem Zufall zumindest eine Teilhaftung in Betracht.

Auch dass die alternative Kausalität mit dem Zufall im konkreten Fall zeitlich gestreckt ist, weil sich die Infektion die ganze Woche lang ereignet haben könnte, schadet nicht. Zu erinnern ist an jenen Fall, in dem der Schaden aus einer Körperverletzung eines Skifahrers geteilt wurde, nachdem der Skifahrer durch einen selbstverschuldeten Sturz die Piste entlanggeschlittert und in eine gefährlich aufgestellte Hinweistafel geprallt war. Ob die Körperverletzung auf den Sturz oder die Kollision zurückzuführen war, konnte nicht festgestellt werden; der OGH ging dennoch von einer Teilhaftung aus.¹³⁵⁾

E. Ergebnisse

Die Causa Ischgl wirft nicht nur schwierige amtshaftungsrechtliche Fragen an der Schnittstelle von Zivil- und öff Recht auf, sie stellt gefundene Lösungen auch gleich auf die beweisrechtliche Probe.

Die ausschlaggebenden materiell-rechtlichen Überlegungen lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

1. Ein Amtshaftungsanspruch besteht nur dann, wenn der Staat aus öff-rechtlicher Perspektive zur Schadensverhinderung verpflichtet gewesen wäre und diese Pflicht – wenngleich mit objektiviertem Verschuldensmaßstab – sorgfaltswidrig verletzt hat. Insb die (grundrechtlich geschützten) Interessen Dritter, in die die geforderten Maßnahmen eingegriffen hätten, und der massive Zeitdruck, unter dem die handelnden Organe standen, werden hier in einer Ex-ante-Betrachtung zu berücksichtigen sein.

2. Gelingt es, eine pflichtwidrige Unterlassung festzumachen, muss diese für den konkreten Schaden ursächlich gewesen sein, um eine Ersatzpflicht zu begründen. Bei realistischer Betrachtungsweise wird der

Nachweis des konkreten Kausalverlaufs allerdings nur in den seltensten Fällen gelingen.

Wenn nun der Beweis der Preis ist, um den Rechte im Prozess zu haben sind, ist er sehr behutsam zu bemessen. Insb bedarf das Abgehen von der Grundregel, wonach der Kl die anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen hat, einer Rechtfertigung, die nicht allein in tradierten Leitsätzen, sondern nur in Sachargumenten zu finden ist. Konkret bedeutet das:

3. Will man den Rechtsträger nicht unter permanenten Rechtfertigungsdruck stellen, muss der Geschädigte jedenfalls jene Umstände beweisen, die in einem ersten Schritt die öff-rechtliche Handlungspflicht auslösen.

4. Eine Beweislastumkehr hins der objektiven Sorgfaltswidrigkeit lässt sich nicht begründen: § 1298 ABGB kommt nach hL – entgegen der Rsp – bei Schutzgesetzverletzungen nicht zur Anwendung, auch ein Anscheinsbeweis wird aber am Fehlen eines typischen Erfahrungssatzes scheitern.

5. Die in früheren Entscheidungen durchklingende Umkehr der Beweislast betr die Kausalität einer Schutzgesetzverletzung hat der OGH mittlerweile explizit aufgegeben. Ein für den Anscheinsbeweis typisch-formelhafter Geschehensablauf wird sich ebenfalls kaum festmachen lassen. Bleiben trotz Reduktion des Beweismaßes bei Unterlassungen auf „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ noch Zweifel, könnte allenfalls noch die L von der alternativen Kausalität mit dem Zufall Abhilfe schaffen. Um auf materiell-rechtlicher Basis über das strenge Kausalitätserfordernis hinwegzusehen, sind allerdings besonders gewichtige Zurechnungselemente zu verlangen. →

125) F. Bydliński, Probleme 86ff, insb 89f; ders in FS Beitzke 3 (30ff, insb 33f); ders in FS Frotz 3 (7f); zust *Rebhahn*, Staatshaftung 608f; aA (Teilhaftung *de lege ferenda* befürwortend, aber aus dem geltenden Recht nicht ableitbar) noch F. Bydliński, JBl 1959, 1 (13).

126) Vgl *Koziol*, HPR I⁴ Rz B/2/60; *Heinrich*, Haftung bei alternativer Kausalität mit Zufall (2010) 49ff, 111ff sowie den Überblick bei *Karner* in KBB⁶ § 1302 ABGB Rz 5.

127) Überblick bei *Bumberger*, Kausalitätsbeweis 113ff und *Häusler*, Haftung ohne Kausalitätsnachweis (2013) 105ff.

128) RIS-Justiz RS0090872; s auch die Nachw bei *Karner* in KBB⁶ § 1302 ABGB Rz 6 und *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1302 ABGB Rz 38.

129) Vgl aber OGH 2 Ob 544/85, die wohl erste Entscheidung zu diesem Thema, wo der OGH *obiter* zu erkennen gab, dass er eine Teilhaftung allenfalls nur bei grobem Verschulden befürworten würde: Ein solches sei nicht einmal behauptet worden und eine „Fortbildung des bestehenden Rechtes noch über die von *Bydliński* gezogenen Grenzen hinaus ist [...] jedenfalls abzulehnen“. Erstmals bejaht wurde eine Teilhaftung – unter expliziter Berufung auf F. *Bydliński* – zu OGH 7 Ob 648/89, wo das erhöhte Verschuldenserfordernis nicht thematisiert wird.

130) OGH 6 Ob 137/20w.

131) RIS-Justiz RS0022721 (T 1); ähnlich (T 3) und (T 4); krit und für eine Rückbesinnung auf erhöhtes Verschulden *Engel*, Dogmatische Überlegungen zur Schadensteilung bei alternativer Kausalität mit Zufall, ÖJZ 2013, 293 (295f).

132) Zur „normalen“ alternativen Kausalität mit Solidarhaftung implizit aber etwa OGH 1 Ob 105/13t.

133) OGH 1 Ob 63/11p; zur Entscheidung sogleich im Text.

134) Der Gleichlauf ist unbestritten (vgl schon FN 9); zu den Spezialfragen bei unsicheren Kausalverläufen s etwa *Bollenberger* in *Holoubek/Lang* 29 (32); *Paar*, Grundzüge des Amtshaftungsrechts (2010) 42; *Schrägel*, AHG³ § 1 Rz 175; ausf *Rebhahn*, Staatshaftung 588ff.

135) OGH 1 Ob 63/11p. Bezeichnend für die Diskussion löste die Entscheidung das volle Spektrum an Reaktionen aus: zust *Karner*, Anm zu OGH 1 Ob 63/11p, EvBl 2012/45; offenlassend *Huber*, Anm zu 1 Ob 63/11p, ZVR 2012, 57; krit *Kletečka*, Anm zu OGH 1 Ob 63/11p, Zak 2011, 357.

→ In Kürze

Amtshaftung in der „Causa Ischgl“ setzt voraus, dass die Behörden trotz Bestehens einer öffentlich-rechtlichen Handlungspflicht sorgfaltswidrig nicht gehandelt haben und diese Unterlassung für die jeweils konkret geltend gemachten Schäden kausal war. Auf rein beweisrechtlicher Ebene helfen verschiedene von L und Rsp herausgearbeitete Beweiserleichterungen weniger als prima vista womöglich erhofft. Sollte nur der – konkret wohl am schwierigsten zu erbringende – Kausalitätsbeweis scheitern, könnte aber die alternative Kausalität mit dem Zufall zur Teilhaftung führen.



→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Martin Spitzer ist Universitätsprofessor am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

Kontaktadresse: Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1, 1020 Wien.

Tel: +43 (0)1 313 36-5666,

E-Mail: lehrstuhl.spitzer@wu.ac.at,

Internet: www.wu.at/spitzer

Mag. Dominik Schindl ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

Kontaktadresse: Wirtschaftsuniversität Wien, Welthandelsplatz 1, 1020 Wien.

Tel: +43 (0)1 313 36-5662,

E-Mail: dominik.schindl@wu.ac.at,

Internet: www.wu.at/spitzer

Rechtsprechung

ZVR 2021/125

§ 6 Abs 2 Z 3,
§ 31 c alt KSchG;
§ 9 Abs 1 PRG

OGH 28. 5. 2019,
4 Ob 203/18h
(HG Wien
16. 8. 2018,
60 R 36/18 a;
BGHS Wien
16. 2. 2018,
13 C 384/17 s)

→ Wirksamer Vorbehalt zur Änderung einer Fluglinie in Pauschalreisevertrag

§ 6 Abs 2 Z 3, § 31 c alt KSchG; § 9 Abs 1 PRG
Eine Klausel in einem – dem alten Recht unterliegenden – Pauschalreisevertrag, wonach Flugzeitenänderungen gestattet sind, die insb wegen der Änderung der Fluggesellschaft notwendig werden, bildet einen wirksamen Änderungsvorbehalt. Der

Sachverhalt:

[Reisevertrag und AGB]

Zwei Verbraucher buchten bei einem Reisebüro in Graz eine von der Bekl veranstaltete Pauschalreise in die Dominikanische Republik. Im Flugplan schien die Fluglinie C auf. Der Reisebüromitarbeiter bestätigte anlässlich der Buchung auf Anfrage, dass die Reisenden auch definitiv diese Fluglinie bekommen würden. Die Buchungsbestätigung enthielt den folgenden Text:

„An den gebuchten Verkehrstagen sind Flugzeitenänderungen, die nach Vertragsabschluss notwendig werden und von [der Bekl] nicht wider Treu und Glauben herbeigeführt wurden, insb wegen Änderung der Fluggesellschaft, des Fluggeräts und/oder der Streckenführung, gestattet.“

[Reiserücktritt wegen Änderung der Fluggesellschaft]

Die Reisenden besprachen mit dem Reisebüromitarbeiter auch die Änderungsvorbehalte in den Unterlagen. Er teilte ihnen mit, dass nach seinen Erfahrungen aus den letzten Jahren bei der Bekl keine derartigen Änderungen vorgekommen seien und sie die Reise so wie gebucht bekommen würden. Die Reisenden fuhren dann plangemäß von Graz nach München und warteten dort auf das Boarding für den Flug in die Dominikanische Republik. Sie wurden darüber informiert, dass der „heutige C Flug [...] aus operativen Gründen der Flugplanung [...] mit einem Flugzeug der H durchgeführt wird“. Dabei

auf der Grundlage dieser Klausel vorgenommene Wechsel der Fluggesellschaft ist dem Reisenden jedenfalls zumutbar, wenn statt des ursprünglich angekündigten Unternehmens ein – trotz einiger negativer Internetbewertungen – diesem gleichwertiger Luftbeförderer den Flug durchführt.

handle es sich um ein IOSA-zertifiziertes europäisches Luftfahrtunternehmen. Die Reisenden suchten unverzüglich im Internet nach Informationen über diese Fluglinie und stießen neben positiven auch auf eine Reihe von negativen Nutzerbewertungen, sodass sie sich Sorgen machten und ihr Sicherheitsgefühl nicht mehr gegeben war. Sie entschlossen sich, den Flug nicht anzutreten. Alternative Anreisemöglichkeiten waren nicht sinnvoll umsetzbar, weshalb sie mit dem Zug nach Hause fuhren. Die Bekl hatte erst am Abreisetag davon erfahren, dass C die Entscheidung getroffen hatte, für diesen Flug H einzusetzen. Der Bekl wurden die für die beiden Reisenden vorgesehenen Leistungen voll in Rechnung gestellt, sodass sie sich durch deren Nichtinanspruchnahme nichts erspart hat.

Die beiden Reisenden haben ihre Forderungen gegen die Bekl dem VKI iSd § 502 Abs 5 Z 3 ZPO abgetreten.

[Klagebegehren]

Der Kl begehrt die Zahlung von € 2.651,80 sA. Eine der Reisenden leide iZm den jeweiligen konkreten Flugumständen an Flugangst und achte daher bei Reisebuchungen auf die ausführende Fluggesellschaft. Besonders bei Langstreckenflügen sei ihr die Auswahl renommierter, bevorzugterweise deutscher Fluggesellschaften wichtig. Die kurzfristige Änderung der ausführenden Fluggesellschaft sei eine unzulässige Leistungsänderung. Die Bekl müsse sich als Reiseveranstalter die Erklärungen des Reisevermittlers zurechnen lassen. C lasse seine Flüge systematisch von H durchführen, sodass die Bekl ihre

Änderungen der Fluglinie werden Pauschalreisende im Allgemeinen in Kauf nehmen müssen.