

Zeitschrift für

# VERKEHRS- RECHT



Redaktion Karl-Heinz Danzl, Christian Huber,  
Georg Kathrein, Gerhard Pürstl

Oktober 2009

10

313 – 348

Beiträge

## Haftungsfragen bei mangelnder Gehsteigräumung

Gerhard Kienast 316

Dauerbrenner Halsschleudertrauma

Werner Laubichler 321

Bericht

Neuerungen im Luftfahrtsicherheitsgesetz

Joachim J. Janezic 326

Rechtsprechung

## Einstandspflicht einer WE-Gemeinschaft bei Übertragung der Schneeräumpflicht

331

Sturz vor nicht gestreutem Eingang einer Polizeiinspektion 336

Beweislastverteilung bei Unterlassung der gebotenen  
Räum- und Streupflicht 338

Judikaturübersicht Verwaltung

Vorrangverletzung, Sachverhalt muss konkretisiert sein 344

Sondertransportbegleitungen, kein subjektives Recht 345

# Haftungsfragen bei mangelnder Gehsteigräumung

## Gesetz versus OGH?

ZVR 2009/167

§ 93 Abs 1, 5  
StVO;  
§ 1315 ABGB

OGH 23. 3. 2007,  
2 Ob 156/05 p;  
17. 12. 2008,  
2 Ob 127/08 b

Gehsteigräumung;  
Verkehrssicherungspflicht;  
Haftung bei  
Gehilfeinsatz

Die Entscheidungen des OGH 2 Ob 156/05 p (ZVR 2008/5) und 2 Ob 127/08 b (ZVR 2009/173 in diesem Heft) bieten Anlass, die Judikatur zur Haftung beim Einsatz dritter Personen für die Gehsteigräumung zu hinterfragen.

Von Gerhard Kienast

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Die Judikatur des OGH
- C. Kritik
  1. Keine Haftung des Liegenschaftseigentümers nach rechtsgeschäftlicher Pflichtenübertragung
    - a) Keine Haftung nach § 1315 ABGB für ein Verhalten desjenigen, dem die Pflichten des § 93 Abs 1 StVO übertragen wurden
    - b) Keine Haftung für (eigenes) Auswahl- oder Überwachungsverschulden
    - c) Haftung nach 1315 ABGB und Haftung für Auswahl- und Überwachungsverschulden schließen einander aus
  2. § 1315 ABGB bei Nichterfüllung der Pflichten des § 93 Abs 1 StVO kein Thema
- D. Wer haftet nun?

### A. Einleitung

§ 93 Abs 1 StVO verpflichtet Eigentümer von in Ortsgebieten gelegenen Liegenschaften, in der Zeit von 6 bis 22 Uhr die entlang ihrer Liegenschaft in einer Entfernung von nicht mehr als 3 m vorhandenen Gehsteige und Gehwege von Schnee und Verunreinigungen zu säubern und sie bei Schnee und Glatteis zu bestreuen. Ausgenommen von dieser Verpflichtung sind Eigentümer von unverbauten, land- und forstwirtschaftlich genutzten Liegenschaften. Besteht kein Gehsteig oder Gehweg, ist der Straßenrand in der Breite von 1 m zu säubern oder zu bestreuen. Werden diese Pflichten rechtsgeschäftlich übertragen, tritt nach § 93 Abs 5 StVO der derart rechtsgeschäftlich Verpflichtete an die Stelle des Eigentümers, dh ihn treffen dann die gesetzlichen Pflichten.

Verletzt sich nun jemand beim Benutzen eines Gehsteigs, weil dieser nicht geräumt war, wird er – da er keine Kenntnis von einer allfälligen Pflichtenübertragung nach § 93 Abs 5 StVO hat – vom Liegenschaftseigentümer Schadenersatz begehren. Dieses Ansinnen stößt aber in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten faktischer und rechtlicher Natur. Faktisch, weil der Eigentümer beispielsweise seinen Wohnsitz im Ausland hat oder die Wohnsitzdaten des Grundbuchs überholt sind und daher Anfragen, ob eine außergerichtliche Einigung möglich ist, oft ebenso unbeantwortet bleiben wie jene, ob allenfalls die im § 93 StVO positivierten

Pflichten rechtsgeschäftlich einem Dritten überbunden wurden.<sup>1)</sup> Rechtlich, weil der Räumungspflichtige zur tatsächlichen Schneeräumung oft Gehilfen einsetzt und sich dann mit dem OGH darauf beruft, für diese nur im Rahmen des § 1315 ABGB zu haften.

Nun zu dieser – nicht immer widerspruchsfreien – Judikatur genauer:

### B. Die Judikatur des OGH

Der OGH zog aus diesen gesetzlichen Geboten bislang haftungsrechtlich – kurz zusammengefasst – folgende Konsequenzen:

Der OGH qualifiziert zunächst die Säuberungs- und Streupflichten des § 93 Abs 1 StVO als – positivierte – Verkehrssicherungspflichten.<sup>2)</sup> Diese seien Pflichten gegenüber der Allgemeinheit und daher im deliktischen Bereich angesiedelt.<sup>3)</sup> Für **Gehilfen** werde (daher) lediglich nach § 1315 ABGB haftet.<sup>4)</sup> Werde allerdings eine selbständige Hilfsperson<sup>5)</sup> mit der Erfüllung der Pflichten des § 93 Abs 1 StVO betraut,<sup>6)</sup> so sei diese Person – wie stets iZm § 1315 ABGB – nicht als Besorgungsgehilfe iSd § 1315 ABGB zu qualifizieren; positiviert wie auch nicht positiviert Verkehrssicherungspflichten gingen vielmehr auf diese selbständige Hilfsperson über; der Übertragende hafte diesfalls nur mehr für Auswahlverschulden und uU Überwachungsverschulden.<sup>7)</sup> Habe der Liegenschaftseigentümer seine

1) *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> (1984) 65 (FN 46) erkennt das Problem der Unkenntnis des Geschädigten von einer allfälligen Übertragung. Er nimmt deshalb eine diesbezügliche Auskunftspflicht des die Pflichten Übertragenden an. Offen bleibt lediglich, worauf sich diese Pflicht gründet.

2) OGH 2 Ob 64/98 wobl 1999/88; 5 Ob 173/02f ZVR 2003/108 = SZ 2002/116.

3) OGH 1 Ob 684/83 ZVR 1984/315; 6 Ob 276/98 a; 1 Ob 277/97 k; 2 Ob 64/98 w; 7 Ob 271/00 d.

4) OGH 2 Ob 107/98 v; 2 Ob 64/98 w wobl 1999/88; 6 Ob 276/98 a; 7 Ob 271/00 d; 5 Ob 173/02f ZVR 2003/108 = SZ 2002/116; 2 Ob 156/05 p ZVR 2008/5 (Ch. Huber).

5) Als „selbständige Hilfspersonen“ bezeichnet die Judikatur „eigenverantwortlich handelnde Personen“ (OGH 2 Ob 107/98 v). Diese können freilich Einzelpersonen oder auch juristische Personen sein.

6) Nach *Reischauer in Rummel*<sup>8</sup> § 1294 Rz 82 versteht die Judikatur unter „Betrauung“ die „Pflichtenübertragung“. Das lässt sich zwar aus OGH 2 Ob 107/98 v ableiten, nicht aber aus OGH 5 Ob 521/91 SZ 64/76 = RdW 1991, 322 = *ecolex* 1993, 156: Dort ermöglichte der OGH dem Verkehrssicherungspflichtigen, seinen Sorgfaltspflichten auch mit Betrauung einer anderen Person mit der Durchführung der Verkehrssicherungspflichten nachzukommen, wobei die Verkehrssicherungspflicht allerdings in einer Überwachungsspflicht fortbestand.

7) OGH 5 Ob 521/91 SZ 64/76 = RdW 1991, 322 = *ecolex* 1993, 156; 2 Ob 107/98 v, jeweils mit Rückbezug auf *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 65 f.

Pflichten nach § 93 Abs 1 StVO rechtsgeschäftlich **einem Dritten übertragen**, haften er zum einen gleichfalls für (eigenes) Auswahl- und allenfalls Überwachungsverschulden,<sup>8)</sup> zum anderen für das Verhalten des Dritten nach § 1315 ABGB,<sup>9)</sup> jedenfalls dann, wenn es sich bei diesem um keinen selbständigen, weisungsfreien Unternehmer handle.<sup>10)</sup>

Träger der Verkehrssicherungspflicht kann nach der Judikatur des OGH somit sein:

1) der nach § 93 Abs 1 StVO primär verpflichtete Liegenschaftseigentümer (wenn er die Pflichten niemandem überträgt);

2) derjenige, auf den diese Pflichten gem § 93 Abs 5 StVO rechtsgeschäftlich übertragen wurden und

3) jede selbständige Hilfsperson, derer sich einer der beiden Vorgenannten zur Erfüllung der Aufgaben bedient.

Freilich könne der jeweilige Träger der Verkehrssicherungspflicht wiederum zur Erfüllung seiner Pflichten (unselbständige) Hilfspersonen einsetzen; er haften aber für diese seine Gehilfen, wenn diese auftrags- oder weisungswidrig den Gehsteig nicht streuen und dadurch Schaden entsteht,<sup>11)</sup> lediglich nach § 1315 ABGB, also wenn diese untüchtig sind oder gefährlich und der Geschäftsherr um ihre Gefährlichkeit weiß.<sup>12)</sup> Der Liegenschaftseigentümer haften – ob er nun Gehilfen einsetzt oder seine Pflichten entsprechend § 93 Abs 5 StVO übertragen hat – auch für eigenes Auswahl- und uU Überwachungsverschulden.

Der Gehilfe selbst haften freilich ebenso lediglich deliktisch (bereits bei leichter Fahrlässigkeit),<sup>13)</sup> doch auch nur dann, wenn er einen konkreten Auftrag seines Geschäftsherrn nicht befolgt hat.<sup>14)</sup> Die Rechtswidrigkeit der Gehilfenhandlung liegt freilich nicht in einer Schutzgesetzverletzung,<sup>15)</sup> sondern in der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes (regelmäßig der körperlichen Unversehrtheit).<sup>16)</sup>

### C. Kritik

Eine allfällige Schadenersatzklage wird wohl regelmäßig an den Träger der positivierten Verkehrssicherungspflicht gerichtet. Ist es schon oft wegen der Übertragbarkeit nicht leicht, zu erkennen, wer nun Träger dieser Pflicht ist, so haften er dann doch bloß in den seltensten Fällen, wenn und weil er (unselbständige) Gehilfen einsetzt (deren Haftung wiederum zumeist finanziell nicht ergiebig ist) und ihm auch selbst kein Verschulden bei Auswahl oder Überwachung des Gehilfen vorgeworfen werden kann.

Der OGH erzielt damit ein Ergebnis, das von den Geschädigten kaum verstanden wird,<sup>17)</sup> das er selbst als „unbefriedigend“ erkennt und neuerdings mit einer erweiterten „Repräsentantenhaftung“ zur entschärfen sucht,<sup>18)</sup> die aber das Problem nur geringfügig lindert: Als Repräsentant juristischer Personen<sup>19)</sup> kommt zwar nach dieser Judikatur jeder in Betracht, sofern er keine „untergeordnete Tätigkeiten ausübt“.<sup>20)</sup> Dennoch bleiben dem Geschädigten erhebliche Rechtsschutzlücken: Es sind nämlich regelmäßig gerade jene, die untergeordnete Tätigkeiten ausüben und daher keinesfalls Repräsentanten sind, wegen ihres geringen Einkommens nicht in der Lage, die bei

Körperverletzung entstehenden erheblichen Schadensbeträge zu ersetzen.

Nicht gerade verbessert wird die Situation noch durch die neueste, Rechtseinheit herstellende Judikatur des OGH,<sup>21)</sup> wonach auch bei durch Unterlassung verursachter Schädigung der Geschädigte die Untüchtigkeit des Gehilfen zu beweisen hat, somit einer Person, die er regelmäßig gar nicht kennt. Der vom OGH gleichzeitig zugelassene Anscheinsbeweis ist aber in Wahrheit unzulässig, weil aus einer mangelhaften Gehsteigräumung nicht auf die habituelle Untüchtigkeit des Gehilfen geschlossen werden kann.<sup>22)</sup>

Darüber hinaus – und das ist entscheidender – setzt sich diese Judikatur mit verwaltungsrechtlichen Normen und damit dem Gesetz in Widerspruch.

ME gebietet eine korrekte Rechtsanwendung folgendes Ergebnis, das zudem den Bedürfnissen der Praxis gerecht wird:

1) Den nach § 93 Abs 1 StVO primär verpflichteten Eigentümer trifft nach rechtsgeschäftlicher Übertragung iSd § 93 Abs 5 StVO keine Haftung mehr, weder nach § 1315 ABGB noch für Auswahl- oder Überwachungsverschulden.

2) Auch bei Einsatz von Gehilfen ist bei Nichterfüllung der in § 93 Abs 1 StVO festgeschriebenen Pflichten § 1315 ABGB kein Thema.

Im Folgenden gilt es, diese Thesen zu begründen:



8) OGH 2 Ob 67/87 ZVR 1988/101.

9) OGH 5 Ob 173/02f ZVR 2003/108 = SZ 2002/116.

10) OGH 2 Ob 127/08b.

11) Unterlässt der Gehilfe ein gebotenes Handeln (Streuen), was ja bei Verkehrssicherungspflichten regelmäßig den Schaden herbeiführt, ist nach dem OGH dieses Unterlassen einem aktiven Tun, einem Handeln gleichzuhalten (OGH 2 Ob 64/98w wobl 1999/88). Ein Verschulden des Gehilfen bei Herbeiführung des Schadens ist nicht erforderlich (*Reischauer in Rummeß* § 1315 Rz 3).

12) Die Untüchtigkeit oder Gefährlichkeit muss darüber hinaus kausal für die Schadenszufügung sein (*Reischauer in Rummeß* § 1315 Rz 7 und 11).

13) OGH 2 Ob 156/05p ZVR 2008/5 (*Ch. Huber*).

14) OGH 2 Ob 51/97g; 2 Ob 64/98w wobl 1999/88; 5 Ob 173/02f SZ 2002/116 = ZVR 2003/108; 2 Ob 156/05p ZVR 2008/5 (*Ch. Huber*). In seiner E 2 Ob 312/67 ZVR 1968/148 deutete der OGH solch einen Auftrag zur Reinigung des Gehsteigs als pflichtbefreiende rechtsgeschäftliche Übertragung iSd § 93 Abs 5 StVO.

15) Diese Pflicht trifft ja nicht ihn, sondern seinen Geschäftsherrn.

16) So auch OGH 2 Ob 64/98w wobl 1999/88, der zutr betont, dass die Haftung des Gehilfen auch die Verletzung einer Verhaltenspflicht (etwa eines ihm erteilten Auftrags) voraussetzt.

17) Da Unternehmer ab einer bestimmten Größe die einzelnen Maßnahmen selten selbst setzen, vielmehr Gehilfen verwenden und diese idR nicht untüchtig sind, kommt es nur in den seltensten Fällen zu einer Unternehmerhaftung (so *Reischauer in Rummeß* § 1319a Rz 12).

18) OGH 2 Ob 107/98v.

19) Der OGH (2 Ob 107/98v) ließ allerdings anklagen, dass er die Repräsentantenhaftung nicht auf juristische Personen beschränkt sieht; ebenso: OGH 5 Ob 173/02f ZVR 2003/108 = wobl 2003/34 = SZ 2002/116.

20) OGH 7 Ob 271/00d; 7 Ob 128/04f.

21) OGH 2 Ob 127/08b ZVR 2009/173 (in diesem Heft).

22) Untüchtigkeit liegt ja nach dem OGH nur dann vor, wenn der Besorgungshelfer die für eine bestimmte Arbeit erforderlichen Kenntnisse überhaupt nicht besitzt oder wenn er infolge persönlicher Eigenschaften, etwa aus Hang zur Nachlässigkeit oder Nichtbeachtung der Vorschriften über die Ausübung seines Berufs nicht geeignet ist (OGH 1 Ob 570/90; 9 Ob 79/06t). Dafür bietet die nicht ordnungsgemäße Streuung allein jedoch keinen Anschein.

## 1. Keine Haftung des Liegenschaftseigentümers nach rechtsgeschäftlicher Pflichtenübertragung

Nach stRsp haftet ein Liegenschaftseigentümer, der die Pflichten des § 93 Abs 1 StVO rechtsgeschäftlich gem § 93 Abs 5 StVO einem Dritten übertragen hat, für diesen Dritten nach § 1315 ABGB, somit wie für einen untüchtigen oder gefährlichen Gehilfen,<sup>23)</sup> aber auch für eigenes Auswahl- und Überwachungsverschulden. Beide Haftungsgründe kommen aber nach rechtsgeschäftlicher Pflichtenübertragung nicht zum Tragen.<sup>24)</sup>

### a) Keine Haftung nach § 1315 ABGB für ein Verhalten desjenigen, dem die Pflichten des § 93 Abs 1 StVO übertragen wurden

Die Annahme einer Haftung nach § 1315 ABGB setzt voraus, dass ein Gehilfe eine Angelegenheit des Geschäftsherrn besorgt, dass somit die Pflichten des § 93 Abs 1 StVO (weiterhin) Pflichten des Liegenschaftseigentümers sind. Dies wäre in der Tat auch der Fall, wenn § 93 Abs 5 StVO nicht die Rechtsfolge anordnete, dass mit der rechtsgeschäftlichen Übertragung der Pflichten der Liegenschaftseigentümer auch gesetzlich aus dieser Verpflichtung entlassen wird.<sup>25)</sup> **Die rechtsgeschäftliche Pflichtenübertragung ändert somit den Normadressaten** des § 93 Abs 1 StVO, weshalb bei Missachtung dieser Pflichten auch nicht mehr der Liegenschaftseigentümer, sondern der rechtsgeschäftlich von diesem zur Pflichtenwahrnehmung beauftragte Dritte nach § 99 Abs 3 lit j StVO zu bestrafen ist.

Den rechtsgeschäftlich zur Gehsteigräumung Beauftragten treffen somit die Pflichten des § 93 Abs 1 StVO persönlich, er haftet wegen Schutzgesetzverletzung,<sup>26)</sup> er ist daher niemandes Gehilfe; der Liegenschaftseigentümer wiederum ist gänzlich von der Pflicht befreit, weshalb auch niemand seine Angelegenheit besorgt, für den er nach § 1315 ABGB einstehen müsste.

### b) Keine Haftung für (eigenes) Auswahl- oder Überwachungsverschulden

Der OGH lässt den Liegenschaftseigentümer neben dieser Haftung nach § 1315 ABGB auch für Auswahl- und uU Überwachungsverschulden hinsichtlich seines Gehilfen haften;<sup>27)</sup> dies mag mit *Kozioł*<sup>28)</sup> auf die nicht positivierten Verkehrssicherungspflichten zutreffen<sup>29)</sup> (dies wird hier aber nicht weiter untersucht); hat der Gesetzgeber die Verkehrssicherungspflichten aber festgeschrieben, dann ist das diesbezügliche Gesetz dafür maßgeblich, wer diese Pflichten zu erfüllen hat.<sup>30)</sup> Aufgrund der gesetzlichen Anordnung des § 93 Abs 5 StVO ist mit der rechtsgeschäftlichen Pflichtenübertragung der Liegenschaftseigentümer ex lege von seinen Pflichten und damit auch von jeder diesbezüglichen Haftung befreit; er ist nicht mehr Normadressat.<sup>31)</sup>

Dem OGH zufolge befreit allerdings eine Übertragung der Pflichten an einen Untüchtigen nicht von der Haftung.<sup>32)</sup> § 93 Abs 5 StVO normiert jedoch – anders als beispielsweise die BauO für Wien in § 124 Abs 1 hinsichtlich der Bestellung eines Bauführers – kein Kriterium für die Auswahl, auch hindert keine (zivilrechtliche) Norm, die Pflichten des § 93 Abs 1 StVO rechtsgeschäftlich auf einen untüchtigen Unternehmer

zu übertragen, sodass entgegen der Rechtsansicht des OGH die Pflichten- und Haftungsbefreiung auch in diesem Fall eintritt. Somit gilt auch in diesen Fällen: Nach rechtsgeschäftlicher Pflichtenübertragung fehlt dem Liegenschaftseigentümer für eine Haftung (wenn auch nur) für Auswahl- oder Überwachungsverschulden die Haftungsvoraussetzung der Rechtswidrigkeit. Ist nämlich die für eine Haftung essentielle Rechtswidrigkeit in der Übertretung eines Schutzgesetzes (§ 93 Abs 1 StVO) begründet, kann derjenige, den das Schutzgesetz gar nicht in die Pflicht nimmt, diese Pflicht nicht verletzen und damit das Gesetz auch nicht übertreten. Haftungsrechtlich kann nichts anderes gelten, denn die Haftung ist die Kehrseite der Pflicht.<sup>33)</sup>

Der Liegenschaftseigentümer braucht daher den von ihm beauftragten Dritten – auch wenn dieser untüchtig ist – nicht zu überwachen und allenfalls zur Pflichterfüllung anzuhalten; dies ist vielmehr Aufgabe der die StVO vollziehenden Behörden, die dieser mit ihrer gesetzlichen Sanktionsmöglichkeit nachzukommen haben.

Auch die Substitutionsregel des § 1010 ABGB bietet für den vorliegenden Fall keine Grundlage für das vom OGH Judizierte. Nach § 1010 ABGB haftet der Machthaber für (eigenes) Verschulden bei der Auswahl des Substituten. Die für die Haftung erforderliche Rechtswidrigkeit liegt offensichtlich – wiewohl soweit zu sehen bislang noch nicht diskutiert – in der Verletzung des Vertrags mit dem Machtgeber.<sup>34)</sup> Das belegt aber, dass § 1010 ABGB für das vom OGH judizierte Auswahlverschulden nicht Pate sein kann: Zunächst besteht kein Vertragsverhältnis zwischen „Staat“ und Liegenschaftseigentümer, als dessen Nebenpflicht eine sorgfältige Auswahl eines Substituten geschuldet sein könnte. Anders als bei Vertragsbeziehungen besteht iZm der Erfüllung gesetzlicher Pflichten auch kein Vertrauensverhältnis, als dessen Ausfluss ja die Pflicht zu sorgfältiger Auswahl zu sehen ist. Schließlich hat nach

23) ZB OGH 2 Ob 67/87 ZVR 1988/101.

24) In dS auch *Hellbling*, Einige Überlegungen zu § 93 StVO, ZVR 1976, 165 (165), der allerdings – was *Reischauer* (in *Rummel* § 1315 Rz 20) zu Recht kritisiert – die gänzliche Haftungsdispens von der Betrauung eines gewerberechtlich befugten Unternehmers abhängig macht.

25) Dies ist zB auch gem § 9 BauKG oder § 125 Abs 4 BauO für Wien der Fall.

26) § 93 Abs 1 StVO ist ein Schutzgesetz: OGH 3 Ob 569/81 ZVR 1982/261; 6 Ob 676/82 ZVR 1984/226; 8 Ob 49/85 ZVR 1987/8.

27) OGH 3 Ob 569/81 RZ 1982/58 = ZVR 1982/261; 2 Ob 107/98 v. Die Verkehrssicherungspflicht wirkt insoweit weiter fort (OGH 5 Ob 521/91 SZ 64/76 = RdW 1991, 322 = *ecolex* 1993, 156).

28) *Kozioł*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 65 f.

29) Unter diesem Aspekt sind auch die Ausführungen von *Fenyves*, Die Haftung des Immobilienverwalters, wobl 1992, 213 (bei FN 72) nicht zu beanstanden.

30) OGH 2 Ob 30/95 ÖJZ 1995/170; ähnlich: OGH 2 Ob 107/98 v. In dS instruktiv in einem vergleichbaren Zusammenhang auch *Merli*, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch (1995) 290.

31) In dS auch *VwGH* 14. 2. 1985, 84/02/0297.

32) OGH 2 Ob 34/89 ZVR 1990/107; 2 Ob 11/95 ZVR 1995/128; 2 Ob 127/08 b. Unklar bleibt, ob sich diese Aussage auf eigenes Verschulden bezieht oder nur Ausdruck der Haftung für untüchtige Besorgungsgehilfen ist.

33) In dS auch *Merli*, Öffentliche Nutzungsrechte und Gemeingebrauch (1995) 290 (bei FN 393).

34) Eine andere Möglichkeit wäre, die Rechtswidrigkeit nicht sorgfältiger Auswahl in § 1010 ABGB selbst begründet zu sehen; dies führte letztlich aber zu keinem anderen Ergebnis, weil – wie im Text noch ausgeführt – § 1010 ABGB weder unmittelbar noch analog auf den vorliegenden Fall anwendbar ist.

§ 1010 ABGB der Machthaber gegenüber dem Machtgeber für Auswahlverschulden einzustehen, nicht aber gegenüber Dritten. § 1010 ABGB ist daher mangels Vertragsbeziehung nicht unmittelbar anwendbar, aber auch nicht analog: Weder besteht eine Regelungslücke noch lassen sich jene Gründe, die für die Festschreibung des Auswahlverschuldens maßgeblich waren, insb das Vertrauensverhältnis, die Treupflicht, auf die gesetzliche Pflicht des § 93 Abs 1 StVO übertragen. Mit § 1010 ABGB lässt sich somit ein Auswahlverschulden gleichfalls nicht begründen.

### c) Haftung nach § 1315 ABGB und Haftung für Auswahl- und Überwachungsverschulden schließen einander aus

In der Regelung des § 1315 ABGB ist als Haftungsgrund Auswahlverschulden erkennbar: § 1315 ABGB schränkt die Haftung im Vergleich mit einer Haftung für Auswahlverschulden einerseits ein, indem nur für die wissentliche Auswahl von gefährlichen Personen gehaftet wird, nicht aber für die fahrlässige, andererseits erweitert er die Haftung wieder, indem für die Auswahl einer untüchtigen Person ohne Rücksicht darauf gehaftet wird, ob den Geschäftsherrn ein Verschulden trifft.<sup>35)</sup> Darüber hinaus ist regelmäßig einem Überwachungsverschulden ein Auswahlverschulden vorgelagert, weil ein Gehilfe, der im Hinblick darauf, dass er niemanden schädigt, einer Überwachung bedarf, als untüchtig anzusehen ist.<sup>36)</sup> ME kann daher methodisch dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, er hätte in § 1315 ABGB die Haftung für Auswahlmängel nicht abschließend geregelt. Lässt der Gesetzgeber zB den Geschäftsherrn für die Gefährlichkeit des Besorgungsgeliefen lediglich dann haften, wenn er von dieser Gefährlichkeit weiß, dann ist nicht anzunehmen, dass er bei fahrlässiger Unkenntnis bezüglich dieser Gefährlichkeit doch haftet, und zwar via „Auswahlverschulden“. Der OGH sah selbst in § 1315 ABGB eine hinsichtlich des Auswahlverschuldens abschließende Regelung, weshalb daneben § 1295 ABGB nicht subsidiär anwendbar ist.<sup>37)</sup>

## 2. § 1315 ABGB bei Nichterfüllung der Pflichten des § 93 Abs 1 StVO kein Thema

Der OGH qualifiziert – wie bereits erwähnt – die Pflichten des § 93 Abs 1 StVO als Verkehrssicherungspflichten. Setzt der derart Verkehrssicherungspflichtige zur Erfüllung seiner Streupflicht Gehilfen ein, unterlassen diese aber die Gehsteigstreuung, wodurch jemand zu Schaden kommt, so rechnet ihm der OGH das Verhalten der Gehilfen nur im Rahmen des § 1315 ABGB zu, somit nur dann, wenn diese habituell untüchtig sind oder gefährlich und er von der Gefährlichkeit Kenntnis hat. Der OGH hat zuletzt die bislang uneinheitlich beantwortete Frage entschieden, wer in derartigen Fällen die Un- bzw Tüchtigkeit des Gehilfen zu beweisen hat, und legte nun dem Geschädigten die Beweislast auch für die Untüchtigkeit des Gehilfen auf.<sup>38)</sup>

Diese Auseinandersetzung mit dem Gehilfenthema ist aber nicht erforderlich, denn der „Geschäftsherr“ haftet ohnehin unmittelbar und uneingeschränkt als nach dem Schutzgesetz Verpflichteter. Freilich kann der Liegenschaftseigentümer zur Erfüllung der gesetzli-

chen Streupflicht (ebenso wie der von ihm rechtsgeschäftlich dazu Beauftragte) Gehilfen einsetzen. Dies ändert aber nichts: Schreibt das Gesetz nämlich eine Pflicht vor und benennt es den Träger dieser Pflicht, dann ist es für das Rechtswidrigkeitsurteil der Gesetzesübertretung irrelevant, ob im konkreten Fall (im Innenverhältnis) allenfalls Gehilfen diese Handlungen hätten vornehmen sollen.<sup>39)</sup>

**Entscheidend ist daher:** Kann der Geschädigte beweisen, dass der Gehsteig nicht (ausreichend) gestreut war,<sup>40)</sup> dann gelingt ihm der Beweis einer Schutzgesetzverletzung. Der Liegenschaftseigentümer hat daraufhin zu beweisen, dass ihn an dieser Gesetzesübertretung kein Verschulden trifft, dass er somit für eine gesetzeskonforme Säuberung alles unternommen hat – und das erschöpft sich nicht im sorgfältigen Auswählen und allfälligen Überwachen der Gehilfen, sondern liegt bei einem Unternehmen primär in der entsprechenden Organisation!

Der direkte Zugriff auf den Geschäftsherrn führt somit über die Verletzung eines Schutzgesetzes. Ordnet dieses wie § 93 Abs 1 StVO ein positives Tun an, so ist bei einer Haftung für rechtswidriges Unterlassen § 1315 ABGB nicht anwendbar. Wertungsmäßig könnte sogar an eine Erfüllungsgehilfenhaftung gedacht werden, denn den Geschäftsherrn treffen ja (wenn auch: gesetzliche) Pflichten, er ist somit zu einer Leistung verpflichtet, zu deren Erfüllung er sich Gehilfen bedient. ME ist jedoch auch für die Anwendung einer Erfüllungsgehilfenhaftung kein Raum: Der Schaden entsteht ja durch ein Unterlassen und betrifft die „Hauptleistung“. Bei Schäden aus Nichterfüllung der Hauptleistung wendet man sich wohl an den Vertragspartner, weil dieser zum Handeln verpflichtet war, und geht regelmäßig nicht den Umweg über Gehilfen, die der Vertragspartner im Innenverhältnis zur Erfüllung der Hauptleistungspflicht eingesetzt hat, zumal dem Geschädigten regelmäßig nicht bekannt ist, welcher Gehilfe die Erfüllungshandlung hätte vornehmen sollen.

Den Geschädigten braucht somit nicht zu interessieren, ob der allenfalls eingesetzte Gehilfe tüchtig war oder nicht, denn der Schaden entstand nicht gelegentlich oder auch bei Verrichtung der Hauptleistung, sondern durch Nichterfüllung der Hauptleistung; dafür hat aber stets der „Geschäftsherr“ einzustehen. →

35) OGH 5 Ob 258/75; 1 Ob 687/86 SZ 60/49; 1 Ob 570/90.

36) OGH 1 Ob 518/50 SZ 23/273; 1 Ob 93/67.

37) OGH 1 Ob 518/50 SZ 23/273.

38) OGH 2 Ob 127/08b.

39) Auch nach *Daghofer*, Zum Entwurf eines § 1319a ABGB, Wegehafung, ZVR 1971, 1 (3f) scheint die Heranziehung des Instituts der Gehilfenhaftung bei Verletzung von Verkehrssicherungspflichten jüngeren Datums und auch nicht gesetzlich geboten zu sein.

40) Beweislastumkehr bei Schutzgesetzverletzungen: OGH 8 Ob 49/85 ZVR 1987/8; 2 Ob 45/97 z mwN. Der Schädiger hat also zu beweisen, dass das Schutzgesetz unverschuldet übertreten worden ist; das Verschulden hat sich allein auf die Übertretung des Gesetzes, nicht aber auf den Eintritt eines Schadens zu beziehen. Diese Beweislastumkehr im Haftungsrecht korreliert mit jener im Verwaltungsstrafrecht: Der VwGH qualifiziert nämlich – zu Recht – die Übertretung des § 93 Abs 1 und Abs 5 StVO als Ungehorsamsdelikt (VwSlg 12711 A/1988; VwSlg 15401 A/2000), bei welchem der Beschuldigte nach § 5 VStG glaubhaft zu machen hat, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

## D. Wer haftet nun?

Nach der Judikatur des OGH lassen sich Verkehrssicherungspflichten und damit auch die Pflichten des § 93 Abs 1 StVO rechtsgeschäftlich mit der Wirkung an Dritte übertragen, dass diese unmittelbar auf diese Dritten übergehen. Dies sei jedenfalls dann der Fall, wenn dieser Dritte ein selbstverantwortlicher Unternehmer ist. Auf Gehilfen geht die Pflicht jedoch nicht schlechthin über, sondern nur dann, wenn diesbezüglich ein konkreter Auftrag erfolgte.<sup>41)</sup>

Es ist somit für eine Haftung entscheidend, wer Träger der Verkehrssicherungspflicht ist, wer konkret die Verantwortung für die Einhaltung der Pflichten des § 93 Abs 1 StVO trägt. Zunächst treffen die Pflichten den Liegenschaftseigentümer; dieser kann sie aber rechtsgeschäftlich übertragen. Hinsichtlich des Vertragspartners sieht die StVO keine Einschränkung vor; es kommt somit ein selbständiges Unternehmen ebenso in Betracht wie ein Mieter oder auch ein Bediensteter des Liegenschaftseigentümers. Von einer rechtsgeschäftlichen Übertragung kann wohl aber dann nicht gesprochen werden, wenn der Dienstgeber seinem Dienstnehmer **im Rahmen des bestehenden Dienstverhältnisses** einen Arbeitsauftrag, eine Weisung erteilt, den Gehsteig zu räumen; diesbezüglich besorgt der Gehilfe diese Aufgabe im Rahmen seines bestehenden Dienstvertrags, ohne dass ihm diese Pflicht vertraglich überbunden würde. Ist die Pflicht zur Gehsteigräumung allerdings bereits ausreichend konkretisiert im Dienstvertrag enthalten, dann ist sie auch rechtsgeschäftlich übertragen worden.<sup>42)</sup> Bei beauftragten, selbständigen, eigenverantwortlich tätigen Unternehmen wird daher mit dem OGH regelmäßig von einer Übertragung der Pflichten auszugehen sein. Es kommt aber entgegen der Rechtsauffassung des OGH nicht auf die Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Aufgabenbesorgung an, sondern darauf, ob die Pflicht zur Aufgabenbesorgung vom Liegenschaftseigentümer rechtsgeschäftlich übertragen wurde. Die Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit haben idZ lediglich Indizwirkung für die rechtsgeschäftliche Pflichtenübertragung.

Der VwGH judiziert, dass der Normadressat des § 93 Abs 1 StVO nur einmal geändert werden kann,<sup>43)</sup> dass somit **nur einmal die Rechtsfolge des Pflichtenübergangs** eintritt. Der OGH erachtet hingegen auch bei einer zweiten oder dritten rechtsgeschäftlichen

Pflichtenübertragung den Normadressaten des § 93 Abs 1 StVO als geändert. Die Auffassung des VwGH hat mE nicht nur den Wortlaut auf ihrer Seite,<sup>44)</sup> sondern verhindert erhebliche faktische und rechtliche Schwierigkeiten: Faktische deshalb, weil dem Geschädigten nicht zugemutet werden muss, Übertragungsketten nachzuzeichnen. Rechtliche aber auch, weil insb bei beauftragten Räumungsunternehmen die Beantwortung der teils nicht einfachen Frage entbehrlich wird, ob allenfalls – wenn einzelne Mitarbeiter rechtsgeschäftlich zur Betreuung bestimmter Gebäude verpflichtet werden – auch die Räumspflicht auf diese Person übergegangen und das Räumungsunternehmen insoweit „entpflichtet“ ist.<sup>45)</sup>

Gegenstand der rechtsgeschäftlichen Übertragung sind die in § 93 Abs 1 StVO genannten Pflichten. Der OGH<sup>46)</sup> führt mE zutreffend aus, dass diese Pflichten teilbar sind; so zB, wenn jemand rechtsgeschäftlich nur zur Räumung des Gehsteigs von 6 bis 12 Uhr verpflichtet wurde, sodass von 12 bis 22 Uhr die Pflicht beim Liegenschaftseigentümer verbleibt. Keine Änderung des Normadressaten findet mE jedoch statt, wenn vertraglich die gesetzlich vorgegebenen Pflichten eingeschränkt werden, wenn somit zB vereinbart wird, den Gehsteig maximal zweimal am Tag zu räumen. Da die gesetzliche Pflicht gegebenenfalls eine häufigere Räumung erfordert, ist mE von Gesetzes wegen die (gesamte) Pflicht beim Liegenschaftseigentümer verblieben. Nur dann, wenn die Pflicht in dem in § 93 Abs 1 StVO vorgeschriebenen Umfang übertragen wird, tritt auch die Rechtsfolge des § 93 Abs 5 StVO ein.

41) OGH 2 Ob 51/97 g; 5 Ob 173/02f SZ 2002/116.

42) Ch. Huber bezweifelt in seiner Glosse zu OGH 2 Ob 156/05p (ZVR 2008/5, 24), dass auch bei Einbeziehung der Säuberungs- und Streupflicht in den Arbeitsvertrag einer Arbeitnehmerin diese Pflichten mit der Folge der Einstandspflicht auf diese übergehen. Hier übersieht Huber, dass diese Rechtsfolge unabhängig von der diesbezüglichen Kenntnis der AN aufgrund der Anordnung des § 93 Abs 5 StVO eintritt; eine andere Frage ist, ob im konkreten Fall der AN die Kenntnis der Rechtsfolge zumutbar ist.

43) VwGH VwSlg 11113A/1983; 14. 9. 1984, 84/02/0126.

44) Nur bei der ersten Übertragung kann – wie es in § 93 Abs 5 StVO heißt – „der durch das Rechtsgeschäft Verpflichtete an die Stelle des Eigentümers“ treten (Hervorhebung nicht im Original).

45) Gerade diese Unsicherheit kritisiert auch Ch. Huber (FN 42). Freilich wäre in dem von ihm glossierten Fall allenfalls der (ersten, verlorenen) Klage gegen den mietenden Drogeriemarkt stattzugeben gewesen und mangels Möglichkeit der Pflichtenübertragung an die Filialleiterin nicht jener gegen diese.

46) OGH 2 Ob 156/05p ZVR 2008/5 (Ch. Huber) unter Rückbezug auf VwGH 28. 9. 1984, 84/02/0281.

### → In Kürze

§ 93 StVO „positiviert“ eine Verkehrssicherungspflicht. Die Judikatur zur Verkehrssicherungspflicht ist daher nur soweit beachtlich, soweit sie mit § 93 StVO vereinbar ist. Deshalb haftet der Liegenschaftseigentümer nach rechtsgeschäftlicher Übertragung seiner Räumpflichten weder nach § 1315 ABGB noch für Auswahl- oder Überwachungsverschulden. Räumungsunternehmer, denen diese Pflicht übertragen wurde, können sich wiederum nicht mit dem Hinweis rechtfertigen, für ihre Mitarbeiter nur nach § 1315 ABGB zu haften. Schließlich lassen sich die Pflichten des § 93 Abs 1 StVO nur einmal übertragen, wodurch Überlegungen hinfällig werden, ob sie allenfalls auf Gehilfen des rechtsgeschäftlich Verpflichteten weiterübertragen wurden.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Dr. Gerhard Kienast ist Rechtsanwalt bei Fiebinger Polak Leon, Rechtsanwälte in Wien.

Kontaktadresse: Am Getreidemarkt 1, 1060 Wien.

Tel: (01) 582 58 0, E-Mail: g.kienast@fplp.at

#### Vom selben Autor erschienen:

Die Veränderung von Grundstücksgrenzen (1999);  
Das Flächenausmaß von Grundstücken, NZ 1998, 358;  
Der Gehsteig durch die Landschaft, ZVR 2005, 40.

