

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf
Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer
Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer,
Martina Weixelbraun-Mohr
Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

November 2019

21

941 – 988

Aktuelles

**Anwaltstag 2019: Mahnende Worte des Präsidenten des
Österreichischen Rechtsanwaltskammertags an die Politik** ➔ 941

Beiträge

Analoge Anwendung von § 1313 a ABGB auf „technische Hilfsmittel“?

Christoph Kronthaler ➔ 945

**Rechtsträgerübergreifende Zuverlässigkeitsprüfung in
Glücksspiel- und Wettrecht** *Richard Kettisch* ➔ 950

**Erfolgsfaktoren für die Legalbewährung von
Maßnahmenuntergebrachten** *Monika Stempkowski* ➔ 958

Evidenzblatt

Betriebliche Übung: Überwachung durch den Betriebsrat ➔ 967

Die Bestellung des GmbH-Geschäftsführers
Alexander Leonhartsberger ➔ 974

Willkür bei Bemessung des Tagessatzes ➔ 982

Analoge Anwendung von § 1313 a ABGB auf „technische Hilfsmittel“?

„Technische Hilfsmittel“ ersetzen in der Praxis zunehmend menschliche Gehilfen. In der Literatur existieren derzeit mehrere unterschiedliche Ansätze im Hinblick auf die Haftung für „technische Erfüllungsgehilfen“. Der vorliegende Beitrag dient dazu, einen neuen Lösungsvorschlag zur Diskussion zu stellen.

Von Christoph Kronthaler

Inhaltsübersicht:

- Ratio der Bestimmungen über die Gehilfenhaftung im ABGB
- Bedeutung der Streitfrage für die Praxis
- Meinungsstand in der Literatur
- Eigene Auffassung
- Zusammenfassung

A. Ratio der Bestimmungen über die Gehilfenhaftung im ABGB

Dem Grundsatz nach hat jeder nur für das **eigene**, nicht aber für fremdes **Verhalten** einzustehen (§ 1313 Satz 1 ABGB).¹⁾ Das Gesetz macht davon allerdings einige praktisch wichtige Ausnahmen. §§ 1313 a und 1315 ABGB regeln etwa die **Haftung für Erfüllungs- und Besorgungsgehilfen**. Durch diese Bestimmungen wird die schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn deutlich ausgedehnt. Dies erscheint deshalb sachgerecht, weil der Geschäftsherr seinen Aktionsradius im Rechtsverkehr durch den Einsatz von Gehilfen²⁾ erheblich erweitern kann; dadurch verfolgt er unmittelbar **eigene Interessen**.³⁾ Der erzielbare wirtschaftliche Nutzen aus der Erweiterung der eigenen Handlungsmöglichkeiten rechtfertigt es, dem Geschäftsherrn auch die Tragung derjenigen Risiken aufzubürden, die mit dem Einsatz von Gehilfen verbunden sind.⁴⁾ Aus den §§ 1313 a und 1315 ABGB geht hervor, dass die Stellung der Gläubiger des Geschäftsherrn durch den Gehilfeneinsatz nicht verschlechtert werden darf.⁵⁾

Im Unterschied zum **Besorgungsgehilfen** (§ 1315 ABGB) wird der **Erfüllungsgehilfe** (§ 1313 a ABGB) zur **Erfüllung eines vertraglichen oder gesetzlichen⁶⁾ Schuldverhältnisses** eingesetzt.⁷⁾ Der Grad der schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn ist bei der **Besorgungsgehilfenhaftung** geringer.⁸⁾ Durch sie soll bloß die **Einhaltung der gegenüber jedermann bestehenden deliktischen Sorgfaltspflichten** sichergestellt werden.⁹⁾ Beim Erfüllungsgehilfen rechtfertigt demgegenüber die höhere Intensität an konkreter Interessenverfolgung eine striktere Zurechnung.¹⁰⁾

Bereits seit längerer Zeit,¹¹⁾ jüngst aber zunehmend,¹²⁾ wird in der Literatur darüber diskutiert, ob den Geschäftsherrn auch eine **Art (Gehilfen-)Haftung für „technische Hilfsmittel“¹³⁾** trifft, die anstelle¹⁴⁾ von Gehilfen (wie insb von Dienstnehmern oder auch von selbständigen Unternehmern¹⁵⁾) eingesetzt werden.

B. Bedeutung der Streitfrage für die Praxis

Die Tragweite der Diskussion über eine **Erweiterung des Anwendungsbereichs** von § 1313 a (und § 1315)

Haftung der Krankenanstalten für Computerfehlerleistungen, VR 2001, 222 (223); vgl auch *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 42 ff.

- Nach hM gilt § 1313 a ABGB bereits im vorvertraglichen Bereich (*Welser*, Vertretung ohne Vollmacht [1970] 79 ff; *F. Bydliński*, System und Prinzipien 207; *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts [2010] Rz 6/103; *Karner* in KBB⁵ § 1313 a Rz 2; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ [2015] Rz 1525; *Kletečka*, Anmerkung zu OGH 9 Ob 510/95, JBl 1996, 183 (186 ff); krit hingegen *Reischauer* in *Rummel II/2 b³* § 1313 a Rz 2).
- Kozioł*, Grundfragen Rz 6/103; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰⁵ § 1315 Rz 3; *Karner* in KBB⁵ § 1313 a Rz 2; *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1525, 1534; *Rabl/Riedler*, SchR BT⁶ Rz 13/39.
- Der Geschäftsherr haftet nach § 1315 ABGB nur für den Einsatz einer untüchtigen oder einer wesentlich gefährlichen Person (zB *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1533 ff).
- Rabl/Riedler*, SchR BT⁶ Rz 13/40 und – umgekehrt – auch *Kozioł*, Haftpflichtrecht II³ Rz D/2/17 sowie RIS-Justiz RS0028527.
- Reischauer* in *Rummel II/2 b³* § 1313 a Rz 1; *Karner* in KBB⁵ § 1313 a Rz 1; *Rabl/Riedler*, SchR BT⁶ Rz 13/44.
- Vgl insb *Kozioł*, ÖBA 1987, 3 (3 ff); zust *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 48 Fn 144. Ferner *Spiro*, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen (1984) 209 ff.
- Kozioł*, Grundfragen Rz 6/136 ff; *ders*, Haftpflichtrecht II³ Rz D/5/1 ff; *Ondreasova*, Gehilfenhaftung 157 ff.
- Unter den hier gewählten Begriff „technischer Hilfsmittel“ fallen etwa der Einsatz von Computern und von Robotern sowie die Verwendung künstlicher Intelligenz (KI) etc. Die Formulierung ist bewusst offen gehalten.
- Vgl insb *Kozioł*, ÖBA 1987, 3 (7 f).
- Vgl *Kozioł*, Haftpflichtrecht II³ Rz D/2/32; *Reischauer* in *Rummel II/2 b³* § 1313 a Rz 9; *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1526.

1) Statt aller *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht II³ (2018) Rz D/1/1 und *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2 b³ (2004) § 1313 Rz 1.

2) Unter „Gehilfen“ versteht die hL Personen, die mit Willen des Geschäftsherrn für ihn tätig werden; vgl *Reischauer* in *Rummel II/2 b³* § 1313 a Rz 8, § 1315 Rz 1; *Karner* in *Kozioł/P. Bydliński/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomm. zum ABGB⁵ (2017) § 1313 a Rz 3, § 1315 Rz 2; *Rabl/Riedler*, Schuldrecht, Besonderer Teil⁶ (2017) Rz 13/39; s ferner RIS-Justiz RS0028566.

3) *Kozioł*, Haftpflichtrecht II³ Rz D/1/3; *Karner* in KBB⁵ § 1313 a Rz 1; *Reischauer* in *Rummel II/2 b³* § 1313 a Rz 1; *ders*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1975) 175 f; *Ondreasova*, Die Gehilfenhaftung (2013) 29 ff, 41 ff.

4) *Karner* in KBB⁵ § 1313 a Rz 1; *Rabl/Riedler*, SchR BT⁶ Rz 13/39. Aus deutscher Perspektive ebenso *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht⁶ (2014) Rz 512.

5) *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996, Nachdruck 2013) 206 ff; *Kozioł*, Die Haftung der Banken bei Versagen technischer Hilfsmittel, ÖBA 1987, 3 (7); *ders*, Haftpflichtrecht II³ Rz D/2/2; *Karner* in KBB⁵ § 1313 a Rz 1; *Rabl/Riedler*, SchR BT⁶ Rz 13/44; *Janisch*, Online-Banking (2001) 239; *Gantner*, Die Haf-

ÖJZ 2019/117

§§ 1313 a, 1315
ABGB;
PHG

Gehilfenhaftung;
„technische
Hilfsmittel“;
Analogie;
Produkthaftung

ABGB kann im Grunde gar nicht überschätzt werden. Insgesamt dürfte freilich die Bedeutung der Haftung für „technische Erfüllungsgehilfen“ in der Praxis deutlich im Vordergrund stehen. Aus diesem Grund fokussiert sich der vorliegende Beitrag in weiterer Folge bloß auf die Frage nach einer möglichen Erfüllungsgehilfenhaftung für „technische Hilfsmittel“.¹⁶⁾ Es kommt nämlich heute häufiger denn je vor, dass sich ein Leistungsschuldner zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen „technischer Hilfsmittel“ anstatt von menschlichen Gehilfen bedient (zB beim Online-Banking, in Form von SB-Kassen in Supermärkten oder – in nicht allzu ferner Zukunft – beim Einsatz von Drohnen zur Zustellung von Paketen, die in einem Onlineshop bestellt wurden).

Trotz der stetig und rasch zunehmenden Bedeutung solcher „technischer Gehilfen“ im heutigen Wirtschaftsleben darf nicht übersehen werden, dass die herkömmlichen Mittel der Verschuldenshaftung auch in Hinkunft dazu geeignet sein dürften, einen großen Teil der Fälle technischer Fehlleistungen und Gebrechen zu erfassen.¹⁷⁾ So stellen bspw die mangelhafte Kontrolle und Wartung von EDV-Einrichtungen, der Einsatz einer unzulänglichen Software oder – vermutlich besonders häufig – menschliche Bedienungsfehler unser überkommenes Schadenersatzrecht vor keine allzu hohen Hürden.¹⁸⁾ Problematisch sind a priori nur jene Konstellationen, in denen **kein** wie auch immer geartetes **Verschulden** des Geschäftsherrn am Versagen der „technischen Hilfsmittel“ vorliegt.¹⁹⁾ Die Beweislast hierfür läge im Übrigen nach allgemeinen Grundsätzen beim Geschäftsherrn und nicht beim Geschädigten (§ 1298 ABGB).

Bei alledem ist nicht zu übersehen, dass der Einsatz von „technischen Hilfsmitteln“ ebenfalls dazu dient, den Aktionsradius im Geschäftsverkehr zu erweitern und insb auch dazu Kosten einzusparen.²⁰⁾ Es geht also wiederum um die **Verfolgung eigener Interessen** durch den Geschäftsherrn.²¹⁾ Diese an sich zutreffende Feststellung bildet auch erkennbar den Ausgangspunkt für die Überlegungen, den Anwendungsbereich der §§ 1313 a (und 1315) ABGB mittels **Analogie** (§ 7 ABGB) zu erstrecken.

C. Meinungsstand in der Literatur

G. Graf²²⁾ und Janisch²³⁾ befürworten etwa eine **verschuldensunabhängige Haftung** für „technische Hilfsmittel“, die dem Einsatz von Erfüllungsgehilfen entsprechen, auf Grundlage einer Analogie zu § 1313 a ABGB. Begründet wird diese Auffassung primär mit rechtsökonomischen Überlegungen: Der Geschäftsherr soll die Kosten der Entscheidung tragen, die Erfüllungshandlung nicht selbst zu erbringen. Ob er zur Erfüllung auf Gehilfen oder „technische Hilfsmittel“ zurückgreift, mache auf einer Wertungsebene keinen Unterschied.

Dagegen lehnt *Kozioł*²⁴⁾ einen Analogieschluss ab, der ausschließlich auf § 1313 a ABGB gestützt wird. Er begründet dies damit, dass stets zwischen der Haftung für menschliches Verhalten und der Haftung für Sachrisiken zu unterscheiden sei. Ohne konkrete Anhaltspunkte in der Rechtsordnung sei es daher nicht

möglich, neben der Haftung für Hilfspersonen eine Haftung für technische Hilfsmittel anzuerkennen. Im Ergebnis tritt *Kozioł* deshalb für eine umfassende **Rechtsanalogie** ein, die sich neben § 1313 a ABGB auf § 89 e GOG²⁵⁾ stützt, nach dem der Bund im Bereich der Justiz unabhängig vom Verschulden für durch den Einsatz automationsunterstützter Datenverarbeitung verursachte Schäden haftet.

Dem hält *Kodek*²⁶⁾ (mE zutreffend) entgegen, dass der Gesetzgeber bisher **nur in ausgewählten Bereichen** der Hoheitsverwaltung spezifische Haftungsregelungen für den Einsatz von automationsunterstützter Datenverarbeitung vorgesehen hat. Außerdem trete der Staat im Gerichts- und Verwaltungsverfahren **stets hoheitlich** auf, „sodass für den Einzelnen [...] nicht einmal theoretisch die Möglichkeit besteht, sich einen Computer überhaupt nicht oder nur in eingeschränkterem Umfang einsetzenden Partner zu wählen oder die damit verbundenen Haftungsfragen vertraglich zu regeln“. § 89 e GOG sei aber heranzuziehen, soweit es um den **Umfang der Haftung** geht.²⁷⁾

In Deutschland spricht sich die hM²⁸⁾ gegen eine Analogie zu § 278 BGB²⁹⁾ aus, der weitgehend dem § 1313 a ABGB entspricht.

- 16) Eine Haftung ähnlich wie für Besorgungsgehilfen wäre zB dann vorstellbar, wenn ein wegen einer Fehlfunktion „ausgebüxter“ Rasenmähdroboter einen Unfall im Straßenverkehr verursacht. In diesem Fall geht es um die Einhaltung der deliktischen Sorgfaltspflichten gegenüber jedermann.
- 17) *Kozioł*, ÖBA 1987, 3 (3, 7); *Freudenthaler*, Haftung für „technische Hilfsmittel“ wie für Erfüllungsgehilfen? ÖJZ 2011, 801; zum deutschen Recht *Canaris*, Bankvertragsrecht, in *Staub* (Hrsg), Großkommentar zum HGB V/14 (1988) Rz 367; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht, Allgemeiner Teil²¹ (2015) Rz 386.
- 18) So zu Recht *Köhler*, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 1982, 128 (158 ff); *Kozioł*, ÖBA 1987, 3.
- 19) *Kozioł*, ÖBA 1987, 3.
- 20) So schon *Köhler*, AcP 1982, 129.
- 21) *Kozioł*, Haftpflichtrecht II⁸ Rz D/5/3; vgl bereits *Köhler*, AcP 182, 148 (167).
- 22) Rechtsfragen des Telebanking (1997) 65 ff.
- 23) Online-Banking 241.
- 24) ÖBA 1987, 3 (6 ff); *ders*, Haftpflichtrecht II⁸ Rz D/5/3 und D/5/6.
- 25) Ursprünglich bezog sich *Kozioł* auf die § 27 GUG und § 453 a ZPO, die teilweise durch die Zivilverfahrens-Novelle 2002 (BGBl I 2002/76) ersetzt und schließlich durch die Zivilverfahrens-Novelle 2004 (BGBl I 2004/128) aufgehoben wurden. Die Nachfolgebestimmung findet sich in § 89 e GOG (vgl ErläutRV 613 BlgNR 22. GP 15). § 89 e GOG sieht eine verschuldensunabhängige Haftung des Bundes „für die durch den Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnik verursachten Schäden aus Fehlern bei der Führung gerichtlicher Geschäfte einschließlich der Justizverwaltungsgeschäfte sowie der dafür notwendigen Register und sonstigen Geschäftsbeihilfe und der öffentlichen Register“ vor (S 1). „Die Haftung ist ausgeschlossen, wenn der Schaden durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit noch auf einem Versagen der Mittel der automationsunterstützten Datenverarbeitung beruht“ (S 2). Ausführlich dazu *Kodek* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/1³ (2017) § 251 ZPO Rz 21 ff.
- 26) In *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} Vor § 1293 Rz 12.
- 27) Hier unter Berufung auf G. Graf, Telebanking 69; *Janisch*, Online-Banking 236 ff (241 ff).
- 28) *Grüneberg* in *Palandt* (Hrsg), Kurzkommentar zum BGB⁷⁷ (2018) § 278 Rz 11; *Schaub* in *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann* (Hrsg), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht (2019) § 278 Rz 17; *Medicus/Lorenz*, SchR AT²¹ Rz 386; letztlich auch *Grundmann* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB II⁸ (2019) § 278 Rz 46; aA etwa *M. Wolf* in *Soergel* (Hrsg), Kommentar zum BGB¹² (1990) § 278 Rz 25.
- 29) „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden“.

D. Eigene Auffassung

Die §§ 1313 a und 1315 ABGB knüpfen die Haftung des Geschäftsherrn an den Einsatz von **Hilfspersonen**. Da „technische Hilfsmittel“ unstreitig keine **Personen** sind, scheidet eine unmittelbare Anwendung der Bestimmungen über die Gehilfenhaftung von vornherein aus.³⁰⁾ Zu klären gilt es folglich bloß, ob eine **Analogie** in Betracht kommt. Der Geschäftsherr würde in diesem Fall für die von ihm eingesetzten „technischen Hilfsmittel“ wie für einen Erfüllungs- oder Besorgungsgehilfen haften.³¹⁾

Gegen einen Analogieschluss spricht, zugegeben aus eher formalen Gründen, dass sich die Frage nach dem „Verschulden“ (und – vorgelagert – nach einer objektiven Sorgfaltswidrigkeit) von „technischen Einrichtungen“ nicht sinnvoll stellen lässt.³²⁾ Da die Verschuldenshaftung allgemein (vgl § 1294 ABGB) und insb die §§ 1313 a und 1315 ABGB an ein **menschliches Verhalten** anknüpfen,³³⁾ kann mE durchaus bezweifelt werden, ob in § 1313 a (und § 1315) ABGB eine tragfähige Analogiegrundlage für „technische Hilfsmittel“ besteht. Welche Handlungen (oder Unterlassungen) eines „technischen Hilfsmittels“ wollte man dem Geschäftsherrn denn zurechnen? Die Regelungstechnik des § 1313 a ABGB³⁴⁾ passt erkennbar nicht für „technische Hilfsmittel“. ³⁵⁾ Problematisch erscheint ferner, dass sich die Abgrenzung, wann genau ein „technisches Hilfsmittel“ einen Gehilfen ersetzt, in der Praxis nur äußerst schwierig ziehen lässt.³⁶⁾

Bei der (Erfüllungsgehilfen-)Haftung für „technische Hilfsmittel“, die sich auch in § 1305 Abs 2 Arg-E³⁷⁾ findet, geht es in Wahrheit um die **Verantwortlichkeit für Schäden, die durch den Einsatz von mangelhaften Sachen** bei der Erfüllung eines vertraglichen (oder gesetzlichen) Pflichtenprogramms entstehen.³⁸⁾ Im Ergebnis dürfte es den Befürwortern der Zurechnung von „technischen Hilfsmitteln“ vor allem darum gehen, dem Geschäftsherrn, der in den Genuss der wirtschaftlichen Vorteile kommt, auch das **Risiko des Technologieeinsatzes zuzuweisen**.³⁹⁾ Namentlich *Koziol*⁴⁰⁾ betrachtet dies als Ausfluss der

allgemeinen Maxime der **ausgleichenden Gerechtigkeit**.⁴¹⁾

De lege lata dürfte sich, wenn überhaupt, nur eine **Analogie zur Gefährdungshaftung** anbieten. Dafür spricht vor allem, dass in der österr Lehre⁴²⁾ ganz überwiegend eine Einzel- sowie eine Gesamtanalogie⁴³⁾ zu den derzeit existierenden Gefährdungshaftungsnormen anerkannt wird, wenn eine Gefahrenquelle vorhanden ist, die den gesetzlich geregelten Fällen gleichkommt.⁴⁴⁾ Zwar sind „technische Hilfsmittel“, die anstelle von Gehilfen eingesetzt werden, gewiss nicht per se als „besonders gefährlich“ anzusehen,⁴⁵⁾ es besteht allerdings durch ihre massenhafte Verwendung ein **statistisch feststellbares Gefährdungspotential**.

Nahe liegt daher eine **Einzelanalogie zur verschuldensunabhängigen Haftung nach dem PHG**.⁴⁶⁾ Wie beim hier interessierenden Einsatz von „technischen Hilfsmitteln“ ist auch bei der Erzeugung von Massenprodukten damit zu rechnen, dass eine gewisse Anzahl an Produktfehlern auftritt, die zum Eintritt von Schäden führen können.⁴⁷⁾ Außerdem geht es bei der Produkthaftung ebenfalls nicht um das (menschliche) Verhalten des Herstellers, sondern allein um die **Fehlerhaftigkeit des Produkts**, also um Mängel von Sachen.⁴⁸⁾

Die (Einzel-)Analogie zum PHG ließe sich einerseits auf den Gedanken stützen, dass derjenige, dem die Vorteile zukommen, auch die Nachteile tragen soll (iS der ausgleichenden Gerechtigkeit).⁴⁹⁾ Für eine Ausdehnung der Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für den aus ganz unterschiedlichen Gründen erwünschten⁵⁰⁾ und praktisch nicht mehr wegzudenkenden Einsatz „technischer Hilfsmittel“ spricht andererseits auch, dass deren Einsatz untersagt werden müsste, wenn unsere Rechtsordnung nur die gefährde-

41) Dazu im Allgemeinen *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991, Nachdruck 2011) 357 ff.

42) Zur Einzelanalogie *Canaris*, Die Gefährdungshaftung im Lichte der neueren Rechtsentwicklung, JBl 1995, 2 (12); *Koziol/Apathy/Koch*, Österreichisches Haftpflichtrecht III³ (2014) Rz A/2/21 mit zahlreichen wN; *Schauer* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI⁴ (2016) § 2 EKHG Rz 19. Zur Gesamtanalogie: *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 6/9; *F. Bydliński*, System und Prinzipien 204; *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ Rz A/10/1 ff; *Reischauer* in *Rummel II/2 a²* § 1306 Rz 2; zu Unrecht skeptisch hingegen *Wagner* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI⁴ (2016) Vor §§ 1293 ff Rz 15.

43) Die Einzelanalogie bezieht sich auf ein bestimmtes Haftpflichtgesetz, die Gesamtanalogie auf die Grundtatbestände mehrerer Gesetze.

44) Ob das PHG eine Gefährdungshaftung vorsieht, ist umstritten (dafür: *Welser*, Das neue Produkthaftungsgesetz, wbl 1988, 165 [167]; *Canaris*, JBl 1995, 2 [6]; *Welser/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1625; dagegen: *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 6/8). Von den Grundwertungen herrscht zwischen der Produkthaftung und den sonst anerkannten Fällen einer Gefährdungshaftung jedenfalls Übereinstimmung (so zu Recht *F. Bydliński*, System und Prinzipien 205 Fn 208).

45) So bereits zu Recht *Koziol*, ÖBA 1987, 3 (9).

46) Ist das „technische Hilfsmittel“ (zB eine Drohne) fehlerhaft iSd § 5 PHG, kommt mE daneben auch eine Produkthaftung des Herstellers in Betracht.

47) ZB *Welser*, wbl 1988, 165 (167), der auf die besonderen Gefahren der industriellen Fertigung hinweist; *Canaris*, JBl 1995, 2 (3); vgl auch *Ch. Rabl*, Kommentar zum PHG (2017) Vorb Rz 94.

48) *Ch. Rabl*, PHG Vorb Rz 92; *Posch/Terlitz* in *Schwimmann/Kodek* VI⁴ § 5 PHG Rz 2; s auch OGH 8 Ob 91/13k VbR 2014, 137.

49) *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ Rz A/1/2; vgl zu den „Grundgedanken“ der Gefährdungshaftung ferner *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts (1941) 30; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 6/11.

50) ZB wegen der insgesamt geringeren Fehlerhäufigkeit.

30) Ebenso bspw *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ Rz D/5/3; *Freudenthaler*, ÖJZ 2011, 801 (801 f).

31) Vgl *Welser*, Braucht Österreich ein neues Schadenersatzrecht? in *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform des Schadenersatzrechts II (2006) 18, der in diesem Zusammenhang sogar von einem „Kuriosum“ spricht.

32) So zum deutschen Recht insb *Caspers* in *Staudinger* (Hrsg), Kommentar zum BGB (2014) § 278 Rz 5; *Schaub* in *BeckOGK BGB* § 278 Rz 17; *Medicus/Lorenz*, Schr AT²¹ Rz 386; *Köhler*, AcP 182, 148 (168).

33) Vgl *Koziol*, ÖBA 1987, 3 (8). Zum deutschen Schadenersatzrecht etwa *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht⁶ Rz 2.

34) Treffend *Reischauer* in *Rummel II/2 b³* § 1313 a Rz 12 mwN: „Das Verhalten des Gehilfen ist so zu bewerten, als ob es der Schuldner selbst gesetzt hätte“. Siehe ferner *F. Bydliński*, System und Prinzipien 207.

35) Insb deshalb, weil „technische Hilfsmittel“ unzweifelhaft auch solche Handlungen vollziehen können, die einem Menschen nicht möglich sind.

36) Darauf weisen *Medicus/Lorenz*, Schr AT²¹ Rz 386 mit Recht hin.

37) „Der Geschäftsherr haftet auch für das Versagen technischer Hilfsmittel, die er gleich einem Erfüllungsgehilfen einsetzt“.

38) *Reischauer*, Reform des Schadenersatzrechts? in *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform 23 (44); vgl auch *Koziol*, ÖBA 1987, 3 (8); *Gantner*, VR 2001, 222 (224).

39) Deutlich idS *Koziol*, ÖBA 1987, 3 (8); *Gantner*, VR 2001, 222 (223); s ferner *G. Graf*, Telebanking 66 f.

40) Haftpflichtrecht II³ Rz D/5/4.

ten Interessen Dritter ins Auge zu fassen hätte.⁵¹⁾ Dass es infolge der in der Praxis immer weiter fortschreitenden Zwischenschaltung „technischer Gehilfen“ zu Schäden an Personen und Sachen kommt, erscheint letztlich geradezu unvermeidlich. Die drohenden Schäden treten – was *Ehrenzweig*⁵²⁾ zutreffend als den Leitgedanken der Gefährdungshaftung erkannt hat – als **statistisch messbare Massenerscheinung** auf.

Die alleinige Heranziehung der überkommenen Verschuldenshaftung würde geradewegs dazu führen, dass durch menschliche Sorgfalt unvermeidbare, aber statistisch vorhersehbare (und damit kalkulierbare) Schäden stets vom Geschädigten getragen werden müssten. Der Geschäftsherr, der anstatt auf Gehilfen auf „technische Hilfsmittel“ zurückgreift, dürfte damit den Nutzen daraus ziehen, dass er andere an ihren bestehenden Rechtsgütern kalkulierbar schädigt. Die Rechtsstellung des Gläubigers verschlechterte sich im Vergleich zur Erfüllung durch den Geschäftsherrn selbst.⁵³⁾

*F. Bydliński*⁵⁴⁾ weist treffend darauf hin, dass ein solches „Auseinanderfallen von ‚gutem und bösem Tropfen‘ [...] die bestehende relative Güterverteilung (ohne Rechtfertigung aus dem Willen der Verkürzten) langfristig, nachhaltig und geplant [verschieben] und damit das Prinzip ausgleichender Gerechtigkeit“ verletzen würde. Bleibe der Gesetzgeber dennoch untätig, missachte er überdies die „austeilende Gerechtigkeit“.⁵⁵⁾

Der zunehmenden Verbreitung „technischer Gehilfen“ steht freilich derzeit im Gesetz keine „passende“ Haftungsregelung gegenüber. Die gerade angesprochene „Schieflage“ im Hinblick auf die beiden Gerechtigkeitsmaximen, die unser Schadenersatzrecht anerkanntermaßen ganz entscheidend prägen,⁵⁶⁾ deutet mE stark auf eine **ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke** hin.

Die durch die ProdukthaftungsRL⁵⁷⁾ bewirkte **Vollharmonisierung**⁵⁸⁾ wirkt mE bloß „vertikal“ und spricht daher nicht von vornherein gegen eine Einzelanalogie. Außerhalb des unmittelbaren sachlichen und persönlichen Anwendungsbereichs einer vollharmonisierenden RL muss ein Analogieschluss jedenfalls zulässig sein. Die (planwidrige) Unvollständigkeit betrifft im vorliegenden Fall nämlich allein das nationale Recht. Es dürfte darüber hinaus kein Zweifel daran bestehen, dass europäisches Sekundärrecht „Gesetz“ iSd § 7 ABGB ist.⁵⁹⁾

Auch der **Gedanke der Gefahrenbeherrschung**⁶⁰⁾ streitet erkennbar für die hier vertretene Auffassung. Im Bereich der gesamten Gefährdungshaftung zeigt sich, dass den „Inhaber“ der Gefahrenquelle die Haftpflicht trifft (zB den Halter eines Kfz, den Betriebsunternehmer, den Hersteller eines Produkts etc). Dies korreliert erkennbar mit dem **verhaltenssteuernden Anspruch** der Gefährdungshaftung.⁶¹⁾ Die Haftungsfolgen sollen denjenigen treffen, dem die Entscheidung über die zu ergreifenden Sicherungsmaßnahmen obliegt. Würde der Geschäftsherr nicht für die unverschuldeten Gebrechen der von ihm eingesetzten „technischen Hilfsmittel“ haften, würden die (statistisch vorhersehbaren) Schadenskosten zu Lasten der Allgemeinheit externalisiert. Der Geschäftsherr unterläge

damit keinem hohen haftungsrechtlichen Sorgfaltsanreiz. Die Präventionsfunktion des Schadenersatzrechts⁶²⁾ würde fehlschlagen.

Mit der Einzelanalogie zum PHG wäre hingegen sichergestellt, dass der Geschäftsherr das **Risiko (unverschuldeter) technischer Fehlleistungen** trägt. Eine Schlechterstellung des Gläubigers, wie sie auch § 1313 a ABGB vermeiden will (s oben Pkt A.), würde dadurch ausgeschlossen. Es bliebe gleichgültig, ob der Geschäftsherr selbst, durch einen menschlichen Gehilfen oder durch ein „technisches Hilfsmittel“ erfüllt.

Für die vorgeschlagene Einzelanalogie zum Produkthaftungsrecht spricht nicht zuletzt die **ökonomische Analyse**,⁶³⁾ namentlich der „**Cheapest-cost-insurer-Gedanke**“.⁶⁴⁾ Es soll derjenige ein bestimmtes Risiko tragen, der es mit der geringsten Prämie versichern kann. Für den einzelnen Gläubiger wären die Kosten, sich zu versichern, aller Wahrscheinlichkeit nach höher als für den Geschäftsherrn, der zur Vertragserfüllung wiederholt auf ein „technisches Hilfsmittel“ zurückgreifen möchte. Die Mehrkosten für die Versicherung könnte der Geschäftsherr auf den Preis überwälzen und so auf die Gesamtzahl der typischerweise risikoaversen Gläubiger verteilen.⁶⁵⁾

Die hier angedachte Einzelanalogie zum PHG bedeutete aber wohl zugleich, dass die Haftung des Geschäftsherrn für den Einsatz „technischer Gehilfen“ gewissen **Ausschlüssen** unterliegt. Das PGH sieht in § 2 Z 2 für Sachschäden einen **Selbstbehalt** in Höhe von € 500,- vor, welcher niemals zu ersetzen ist.⁶⁶⁾ Proble-

51) *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1², Das Recht der Schuldverhältnisse (1928) 637 f; *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2 a³ (2007) § 1306 Rz 2. *Kötz/Wagner* (Deliktsrecht¹³ [2016] Rz 498) sprechen in diesem Zusammenhang von einer „Regulierung ex ante“, die ökonomisch womöglich kontraproduktiv wirken würde.

52) System II/1² 638.

53) Ebenso bereits *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ Rz D/5/4.

54) System und Prinzipien 202.

55) Dazu *F. Bydliński*, Methodenlehre² 339 ff.

56) *Koziol*, Grundfragen Rz 1/3; aus deutscher Sicht vgl zB *Oetker* in *MüKoBGB* II⁸ § 249 Rz 8.

57) RL 85/374/EWG des Rates v 25. 7. 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl L 1985/210, 29.

58) Statt aller *Ch. Rabl*, PHG Vorb Rz 80 mwN.

59) Maßstab für die Feststellung einer (planwidrigen) Lücke ist immer die gesamte Rechtsordnung; vgl nur *Kodek* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (2015) § 7 Rz 18 mwN.

60) Vgl *Koziol*, Grundfragen Rz 6/139; *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht¹³ Rz 491; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag (1997) 183 ff.

61) Dazu etwa *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht¹³ Rz 498 ff.

62) Zur Präventionsfunktion des Schadenersatzrechts jüngst anschaulich *Kletečka*, Effektivitätsdefizite und dysfunktionale Verhaltenssteuerung im Privatrecht – Kann das Schadenersatzrecht hier etwas leisten? *JB* 2018, 497 (500 f).

63) Instrukтив zur ökonomischen Analyse des Schadenersatzrechts *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht¹³ Rz 59 ff.

64) Vgl *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts² (2012) 437.

65) Vgl bereits *Canaris*, *JB* 1995, 2 (6 f). Ferner *G. Graf*, *Telebanking* 70.

66) Vgl etwa *Ch. Rabl*, PHG § 2 Rz 26; *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ Rz B/231; *Posch/Terlitz* in *Schwimann/Kodek* VII⁴ § 1 PHG Rz 12. Zur Normzweck des Selbstbehalts vgl *ErwGr* 9 der ProdukthaftungsRL („Vermeidung einer allzu großen Zahl von Streitfällen“) sowie *ErläutRV* 272 *BlgNR* 17. GP 9: „Damit wird [...] verhindert, daß den Unternehmern (deren Versicherern und letztlich den Gerichten) durch die Abwicklung von Kleinschäden ein unverhältnismäßig großer Arbeitsaufwand entsteht; hier ist auch zu bedenken, daß ein großer Verwaltungsaufwand des Betriebs-

matisch erscheint der Ausschluss für **Sachschäden von Unternehmern**. Nach § 2 Z 1 PHG ist der Schaden durch die Beschädigung einer Sache nur dann zu ersetzen, „wenn ihn nicht ein Unternehmer erlitten hat, der die Sache überwiegend in seinem Unternehmen verwendet hat“. § 2 Z 1 PHG sollte wegen der ansonsten drohenden Wertungswidersprüche⁶⁷⁾ nicht analog herangezogen werden. Ein **Ersatz des entgangenen Gewinns** kommt aufgrund der Einzelanalogie zum PHG ebenfalls nicht in Betracht;⁶⁸⁾ auch **bloße Vermögensschäden** wären nicht ersatzfähig.⁶⁹⁾ Dies gilt allerdings nur für den Bereich der verschuldensunabhängigen Haftung für das Risiko von Fehlleistungen des „technischen Hilfsmittels“. Trifft den Geschäftsherrn ein Verschulden, zB wegen mangelhafter Wartung seines „technischen Erfüllungsgehilfen“, so haftet er dem Gläubiger auch für bloße Vermögensschäden (Vertragshaftung!). Bei grobem Verschulden ist volle Genugtuung zu leisten.

Fraglich ist ferner, inwieweit sich der Geschäftsherr auf die Einhaltung des **Standes der Wissenschaft und Technik** berufen kann, um sich von der Haftung zu befreien (analog zu § 8 Z 2 PHG). Im Unterschied zu fehlerhaften Produkten könnte es gewiss nicht auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens ankommen. Maßgeblich müsste vielmehr der Zeitpunkt des Einsatzes des „technischen Hilfsmittels“ sein. Mit dem Inverkehrbringen enden nämlich grundsätzlich die Einflussmöglichkeiten des Herstellers auf mögliche Fehler eines (konkreten) Produkts. Der Geschäftsherr verliert seine Einflussmöglichkeiten im Regelfall erst, sobald er sich für den Einsatz des „technischen Hilfsmittels“ entscheidet (bspw dann, wenn die Zustelldrohne das Versandzentrum des Händlers verlässt und sich auf den Weg zum Zustellort macht). Es würde – in Analogie zum Recht der Produkthaftung – darauf ankommen, ob der Geschäftsherr im Zeitpunkt der Verwendung nach dem Stand der Wissenschaft und Technik die Gefährlichkeit des „technischen Hilfsmittels“ nicht erkennen konnte (etwa, dass insgesamt alle Drohnen der auch von ihm eingesetzten Produktserie einen Konstruktionsfehler aufweisen).⁷⁰⁾ Dabei hätte ebenso ein strenger Maßstab für die Erkennbarkeit zu gelten.⁷¹⁾ Die Voraussetzungen für den Haftungsausschluss wären vom betroffenen Geschäftsherrn zu beweisen.⁷²⁾

Da § 8 Z 2 PHG den Zweck verfolgt, den Hersteller vom „**Entwicklungsrisiko**“ zu befreien,⁷³⁾ dürfte es mE vorzugswürdig sein, auf eine analoge Anwendung der Bestimmung zu verzichten. Die Nichterkennbarkeit bestimmter Gefahren bei der massenhaften Produktion beweglicher Güter ist ein Spezifikum des Produkthaftungsrechts, das sich wertungsmäßig nicht einfach auf den Einsatz von „technischen Hilfsmitteln“ übertragen lässt. Wollte man dieser Auffassung nicht folgen, so müsste es – wie oben schon dargelegt – auf die Erkennbarkeit der Gefährlichkeit des „technischen Hilfsmittels“ im konkreten Verwendungszeitpunkt ankommen.

Bei **Eingriffen Dritter** sollte der Geschäftsherr mE nicht haften. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass er **sämtliche gebotenen Sicherungsmaßnahmen** eingehalten hat und dies auch entsprechend unter Beweis stellen kann. Übernimmt zB ein Hacker eine Zu-

stelldrohne, obwohl der Geschäftsherr alle nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlichen Sicherungsmaßnahmen ergriffen hat, um einen Fernzugriff auf die Drohne möglichst auszuschließen, besteht kein sachlicher Grund für eine Haftung. Es entspricht einem allgemeinen Prinzip im Recht der Gefährdungshaftung,⁷⁴⁾ dass es bei (eigenmächtigen) Eingriffen Dritter zu keiner Haftpflicht kommt.⁷⁵⁾

Klärungsbedürftig ist schließlich, ob **unabwendbare Ereignisse**, die weder auf einem Fehler der Beschaffenheit noch auf einem Versagen der Mittel der „technischen Einrichtung“ beruhen, eine Entlastungsmöglichkeit für den Geschäftsherrn darstellen. Dies wird mit der hL⁷⁶⁾ zu bejahen sein.

E. Zusammenfassung

Der Einsatz von „technischen Hilfsmitteln“ schreitet in der Praxis unaufhaltsam voran. Daraus ergeben sich vielfältige Haftungsfragen. Es ist davon auszugehen, dass die herkömmlichen Mittel der Verschuldenshaftung auch in Hinkunft dazu geeignet sein dürften, einen großen Teil der Fälle technischer Fehlleistungen und Gebrechen zu erfassen. Problematisch sind aber jene Sachverhalte, in denen kein wie auch immer geartetes **Verschulden** des Geschäftsherrn am Versagen der „technischen Hilfsmittel“ vorliegt.

Nach der hier vertretenen Auffassung erscheint eine **Einzelanalogie zum PHG** am überzeugendsten, um dem Geschäftsherrn das Risiko (unverschuldeter) Gebrechen seines „technischen Erfüllungsgehilfen“ zuzuweisen, wie dies insb die Maxime ausgleichender Gerechtigkeit verlangt. →

haftpflichtversicherers zu einer Prämienenerhöhung führen könnte, die mit dem zusätzlich versicherten Wert in keinem gerechtfertigten Verhältnis stünde“.

- 67) Die hier angestellten Überlegungen zur Haftung für den Einsatz „technischer Hilfsmittel“ beruhen im Unterschied zur ProdukthaftungsRL nicht auf Verbraucherschutzerwägungen (vgl insb ErwGr 1 der ProdukthaftungsRL). Wie im Übrigen schon der historische österr Gesetzgeber anklingen lässt, wäre es nicht wirklich überzeugend, einen Unternehmer im Hinblick auf Sachschäden generell für weniger schutzwürdig zu halten (s ErläutRV 272 BlgNR 17. GP 9).
- 68) *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ Rz B/228; *Posch/Terlitzka* in *Schwimann/Kodek* VII⁴ § 1 PHG Rz 3; *Welsler/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1630.
- 69) *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ Rz B/105; *Welsler/Zöchling-Jud*, BR II¹⁴ Rz 1630; RIS-Justiz RS0111170.
- 70) Vgl ErläutRV 272 BlgNR 17. GP 12; *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ Rz B/238; RIS-Justiz RS0107611.
- 71) Vgl *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ Rz B/239; *Ch. Rabl*, PHG § 8 Rz 30f; OGH 9 Ob 60/09b JBl 2010, 795.
- 72) Vgl *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ Rz B/234.
- 73) Statt aller *Ch. Rabl*, PHG § 8 Rz 22ff.
- 74) ZB *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht III³ Rz A/1/9.
- 75) Vgl in diesem Punkt auch *G. Graf*, Telebanking 69; zust *Janisch*, Online-Banking 245.
- 76) *G. Graf*, Telebanking 69f; diesem folgend *Janisch*, Online-Banking 245f sowie *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} Vor § 1293 Rz 12; aA *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ Rz D/5/9.



→ In Kürze

Eine Einzelanalogie zum PHG würde es nach hier vertretener Auffassung ermöglichen, dem Geschäftsherrn auch das Risiko unverschuldeter Fehlleistungen von „technischen Hilfsmitteln“ zuzuweisen. Der Geschädigte darf durch den Einsatz „technischer Erfüllungsgehilfen“ keinesfalls schlechtergestellt werden.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Christoph Kronthaler war bis Ende Februar 2019 Universitätsassistent am Fachbereich Privatrecht der Universität Salzburg. Derzeit arbeitet er als Of counsel bei P | E | H | B Rechtsanwälte. E-Mail: christoph.kronthaler@sbg.ac.at

Vom selben Autor erschienen (Auswahl):

Kommentierung der §§ 6 und 9 KSchG in *Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg), GeKo Wohnrecht II (2019); *Kronthaler*, Erfrierungen beim Bergklettern kein „Unfall“? VbR 2018, 53; *Kletečka/Kronthaler*, Überlegungen zur Hinweispflicht bei „elektronisch geschlossenen Verträgen“ iSd § 8 FAGG, ÖJZ 2018, 5; *Kronthaler*, Negativzinsen, ÖJZ 2017, 101.

Literatur:

Koziol, Die Haftung der Banken bei Versagen technischer Hilfsmittel, ÖBA 1987, 3; *ders*, Österreichisches Haftpflichtrecht II³ (2018); *Koziol/Apathy/Koch*, Österreichisches Haftpflichtrecht III³ (2014); *Ondreasova*, Die Gehilfenhaftung (2013).