auf andere Gründe, wie zB die Verminderung der Reiseaktivitäten zurückzuführen seien. Die Bekl ist auch der Annahme des ErstG nie konkret entgegengetreten, dass die Umsatzeinbuße auf 10% des Vorjahresumsatzes auf der allgemein gesunkenen Nachfrage nach Reisen und nicht auf der fehlenden Möglichkeit beruht habe, das Geschäftslokal geöffnet zu halten. Die Bekl stützt sich noch in ihrer RevBeantwortung allein darauf, dass die weltweiten Folgen der Pandemie für die gesamte **Tourismus- und Reisebranche** zum gänzlichen Mietzinserlass führen müssten. Da dieser Umstand aber allein für eine (weitergehende) Mietzinsreduktion nicht ausreicht, eine Umsatzeinbuße gerade **aufgrund des Betretungsverbots** von der Bekl nie konkret angesprochen und die Ausmittlung der Mietzinsminderung durch das ErstG auch aus keinen sonstigen Gründen angegriffen wird, war der Rev Folge zu geben und das Ersturteil wiederherzustellen.

Hinweis:

Der 3. Senat des OGH hatte sich schon wiederholt mit den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Mietzins zu beschäftigen (vgl 3 Ob 78/21y; 3 Ob 184/21m). Zwischenzeitlich ist geklärt, dass die infolge der COVID-19-Pandemie erlassenen behördlichen **Betretungsverbote** einen außerordentlichen Zufall iSd §§ 1104f ABGB begründen, die nach Maßgabe des vereinbarten **Vertragszwecks** (des Geschäfts- bzw Verwendungszwecks) zu einem gänzlichen oder teilweisen Entfall des Mietzinses führen. Zu einem nur teilweisen Entfall, also zu einer **Mietzinsminderung** kommt es, wenn für den Mieter ein vertragsgemäßer (dem Vertragszweck entsprechender) **Restnutzen** besteht oder ihm eine (geringfügige) Anpassung der Geschäftstätigkeit zumutbar ist. In einem solchen Fall korreliert die Mietzinsminderung mit der Gebrauchsbeschränkung des Geschäftslokals bzw mit der Beeinträchtigung der vertragsgemäßen Nutzung.

Ein **Umsatzrückgang** kommt als Minderungsfaktor in Betracht, aber nur dann, wenn dieser Rückgang unmittelbar (kausal) auf das behördliche **Betretungsverbot** zurückzuführen ist und daher eine unmittelbare Folge der daraus resultierenden eingeschränkten Nutzungsmöglichkeit des konkreten Geschäftslokals ist. Demgegenüber gehört ein **genereller** Umsatzrückgang, der die gesamte **Branche** trifft, zum allgemeinen **Unternehmerrisiko** und rechtfertigt grundsätzlich keine Mietzinsminderung. Ein solcher Fall liegt außerhalb der §§ 1104f ABGB; hier kommt es darauf an, ob der Rückgang des Geschäftserfolgs auf einer Verletzung der vertraglichen Verpflichtungen durch den Vermieter beruht.

Das **Ausmaß** der Mietzinsminderung ist im Allgemeinen nach § 273 ZPO einzuschätzen. Besteht ein „kausaler" Umsatzrückgang, so ist dieser freilich nicht das allein maßgebende Minderungskriterium, sondern nur ein Faktor, der die Minderung beeinflussen kann. Im Anlassfall hätte die Mieterin darlegen müssen, dass es aufgrund des Betretungsverbots für das gemietete Geschäftslokal zu einem relevanten Umsatzrückgang ihres Unternehmens gekommen ist.

Christoph Brenn

EvBl 2022/104

§§ 1293, 1295 ABGB

OGH 25. 11. 2021, 2 Ob 93/21x (OLG Linz 12 R 8/21i; LG Linz 5 Cg 44/19v)

➜ Ersatz frustrierter Aufwendungen bei Sachschäden

§§ 1293, 1295 ABGB

Im Fall eines (reinen) Sachschadens kommt ein Ersatz frustrierter Aufwendungen nur bei kumulativer Erfüllung zweier Kriterien in Betracht: Einerseits muss es sich um eine vermögenswerte, übertragbare und zum intendierten Zweck verwertbare Rechtsposition handeln; andererseits muss ein Aufwand für eine zeitlich konkrete einmalige Nutzung der erworbenen Rechtsposition vorliegen.

Sachverhalt:

Der Kl ist seit 2008 im Rallye-Sport tätig. Seit 2014/2015 befindet er sich „im Spitzenbereich". Im Jänner 2019 nahm er an der „Jänner-Rallye" in Freistadt teil. Bei insg fünf Teilnahmen an diesem Bewerb (einschließlich 2019) schied er vier Mal aus, im Jahr 2020 gewann er die Rallye. Für die von 3. bis 5. 1. 2019 dauernde Rallye war der Kl einer der Sieganwärter.

Der OGH überträgt seine Rsp zum Ersatz frustrierter Aufwendungen im Fall eines Personenschadens auch auf den bloßen Sachschaden.

Zum Zweck der Teilnahme an dieser Jänner-Rallye 2019 „vermietete" eine KG einer GmbH, deren Alleingesellschafter und -geschäftsführer der Kl ist, einen in ihrem Eigentum stehenden, für den Rallyebetrieb aufbereiteten Pkw Ford um eine Pauschale von € 35.200,– netto (€ 42.240,– brutto). Der „Mietpreis" umfasste neben der Fahrzeugmiete einschließlich der HaftpflichtVers unter anderem auch die Kosten für die Beistellung von zehn Personen, eines Racetrucks und eines Servicebusses. Nicht enthalten waren die Kosten für den Treibstoff, eine (fakultative) KaskoVers, Rennreifen und (Team-)Unterkunft. Der „Mietpreis" war unabhängig davon zu zahlen, ob der Kl die Rallye beendet hätte oder nicht. Die GmbH zahlte der KG den Mietpreis und trat dem Kl sämtliche Forderungen ab.

Der Kl erwarb um € 9.751,20 brutto insg 32 Winter- und Spikereifen für die Verwendung bei der Jänner-Rallye. Ein Spitzenfahrer kann die nicht gebrauchten Reifen nicht zu einem späteren Zeitpunkt verwenden, diese jedoch an Hobby-Rennfahrer um maximal € 100,– je Stück verkaufen. Der Kl schloss für die Jänner-Rallye eine KaskoVers um € 4.021,86 ab, wobei die Prämie unabhängig davon war, ob der Fahrer die Rallye beendet oder nicht. Der Kl kaufte um € 5,27 netto je Liter insg 288,37 Liter an speziellem Treibstoff mit erhöhter Oktanzahl für die Rallye; der nicht verbrauchte Treibstoff kann zwar nicht für eine spätere Rallye, allerdings in einem „normalen" Fahrzeug verwendet werden.

Nach Absolvierung der ersten (von 18) Sonderprüfung(en) ereignete sich auf der Verbindungsstrecke zwischen erster und zweiter Sonderprüfung am 4. 1. 2019 ein Verkehrsunfall, bei dem der vom Erst-

Bekl gelenkte, von der ZweitBekl gehaltene und bei der DrittBekl haftpflichtversicherte Pkw VW den vom Kl gelenkten Pkw Ford beschädigte. Eine Verschuldensteilung von 3:1 zu Gunsten des Kl ist unstrittig. Der Kl konnte die Rallye aufgrund der Beschädigung des Pkw Ford durch den Unfall nicht fortsetzen, weil er diesen Schaden nicht selbst beheben konnte. Da nach dem Unfall ein bis zum Folgetag dauernder „Abbau der gesamten Organisation" notwendig war, zahlte der Kl für seine Übernachtung und jene seines Betreuungsteams in einem Hotel € 798,–.

Der Kl begehrt – unter Anrechnung eines Mitverschuldens von einem Viertel – die Zahlung von € 43.973,63 sA als Ersatz für seine aufgrund des Unfalls frustrierten Aufwendungen („Mietpreis"; Kosten für Reifen, Treibstoff und KaskoVers; Übernachtungskosten).

Die Bekl wandten (ua) ein, es liege ein bloßer nicht ersatzfähiger Vermögensschaden vor.

Die Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren ab.

Der OGH bestätigte diese Entscheidung.

Aus den Entscheidungsgründen:

[…]

[Frustrierte Aufwendungen]

Als „frustrierte Aufwendungen" werden im Allgemeinen Aufwendungen bezeichnet, die durch das Schadensereignis zwar nicht selbst verursacht wurden, durch dieses aber nutzlos geworden sind (RS0125779). Der Schaden liegt dabei nicht in den – durch das Ereignis nicht verursachten – Aufwendungen als solchen, sondern im Ausbleiben ihres sonst eingetretenen Erfolgs (4 Ob 125/15k mwN). Solche Aufwendungen sind – zumindest weit überwiegend – Gegenstand des Verfahrens.

[Rsp zur Ersatzfähigkeit bei Sachschäden]

Die bisherige Rsp, die sich ausdrücklich mit dem Zuspruch frustrierter Aufwendungen im Fall von Sachschäden im deliktischen Schadenersatzrecht befasst, ist restriktiv. Sie spricht sich im Wesentlichen nur insoweit für deren Ersatz aus, als die Aufwendungen für den beschädigten Gegenstand selbst gemacht wurden, um ihn später wieder gebrauchen zu können. IdS wurden etwa dem Halter eines bei einem Verkehrsunfall beschädigten Kraftfahrzeugs die während der Reparaturzeit weiterlaufenden „Generalunkosten" wie Steuer und HaftpflichtVers zuerkannt (RS0022533; RS0030541). Keine Entschädigung wird hingegen für den bloßen Verlust der Möglichkeit des Gebrauchs eines Kraftfahrzeugs während der Zeit der unfallbedingten Reparatur gewährt (RS0038748).

Hintergrund dieser Rsp ist die Überlegung, dass ein Ersatz frustrierter Aufwendungen auf bestimmte, eng umgrenzte Fälle eingeschränkt werden müsse, um nicht die Wertungen des Gesetzes, nach denen ideelle Schäden nur in geringerem Maße zu ersetzen seien als Vermögensschäden, zu hintergehen und zu einer untragbaren Ausweitung des Ersatzes zu gelangen (RS0022533 [T 1]; zuletzt 4 Ob 49/19p).

[Rsp zur Ersatzfähigkeit bei Personenschäden]

Im Fall von Personenschäden lehnte der OGH den Ersatz nutzlos gewordener Aufwendungen in der älteren Rsp generell ab (Nachweise in 2 Ob 113/09w Pkt II.2.1. aE).

In der eine Judikaturwende darstellenden E 2 Ob 113/09w bejahte der erkSen allerdings einen Ersatzanspruch der bei einem Schiunfall verletzten Kl für die von ihr aufgewendete Stornogebühr für eine vor dem Unfall gebuchte (Pauschal-)Reise. Er legte vorerst den Meinungsstand in der (österr und deutschen) Lehre zur Ersatzfähigkeit frustrierter Aufwendungen dar (Pkt II. 2.2. bis 2.4.). Schließlich erwog der Senat, dass es sich beim Anspruch der Kl auf Vertragserfüllung, den diese gegenüber dem Reiseveranstalter erlangt hatte, (auch vor dem Hintergrund des damaligen § 31c Abs 3 KSchG) um eine vermögenswerte, übertragbare und verwertbare Rechtsposition handle. Die Aufwendungen der Kl hätten demnach dem Erwerb eines vermögenswerten Guts gedient. Das Eingehen dieser Verbindlichkeit falle außerdem nicht unter die allgemeinen – zeitweilig leer laufenden – Lebenshaltungskosten, sondern sei als Aufwand für die zeitlich konkrete einmalige Nutzung der erworbenen Rechtsposition anzusehen. Die Gefahr eines unabsehbaren Ausuferns von Schadenersatzansprüchen bestehe im Hinblick auf diese vorgenommenen Einschränkungen nicht.

In der FolgeE 8 Ob 101/10a sprach der OGH (vertraglichen) Schadenersatz für die frustrierten Kosten eines aufgrund eines Beratungsfehlers des bekl Reisebüros entgangenen Urlaubstags zu. Er verwies auf die in 2 Ob 113/09w dargestellten Grundsätze und übertrug diese auf den entschiedenen Sachverhalt.

[Ausufern der Haftung?]

Dem Ergebnis der soeben dargestellten Entscheidungen stimmte die Lehre überwiegend zu, allerdings warnten mehrere Autoren davor, dass die damit eingeschlagene Linie der Rsp zu einem unerwünschten Ausufern der Haftung führen könnte (*Karner,* Rechtsprechungswende beim Ersatz frustrierter Aufwendungen – Bemerkungen zu OGH 2 Ob 113/09w, ÖJZ 2010/86, 830; *ders,* ZVR 2011/178, 290 [Glosse zu 8 Ob 101/10a]; ähnlich *Koziol,* Haftpflichtrecht I[4] Rz B/1/151ff und 160; vgl auch *Bernat/Schwarzenegger,* Schadenersatz für „frustrierte Aufwendungen" auf dem Prüfstand des OGH – Kritik und Antikritik, in FS *Fenyves* [2013] 15 [26ff]). *Ch. Huber* hingegen begrüßt in seiner Glosse zu 2 Ob 113/09w (ZVR 2010/157, 326 [330ff]) die Entscheidung nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der methodischen Ableitung. Der OGH habe mit den beiden Kriterien „vermögenswerte, übertragbare und verwertbare" Rechtsposition und „zeitlich konkrete einmalige Nutzung der erworbenen Rechtsposition" zwei „Pflöcke gegen das unübersehbare Ausufern der Schadenersatzpflicht" eingeschlagen.

[Bekräftigung der Grundsätze der Rechtsprechung]

Die von der Lehre tw geäußerte Kritik an der Begründung der E 2 Ob 113/09w rechtfertigt nach Ansicht des erk Sen kein Abgehen von deren Grundsätzen. Der Ge-

fahr uferloser Haftungen begegnet die Entscheidung ohnehin durch das Anführen zweier Kriterien, die zur Annahme eines ersatzfähigen Schadens kumulativ erfüllt sein müssen: einerseits das Vorliegen einer vermögenswerten, übertragbaren und verwertbaren Rechtsposition; andererseits das Vereiteln einer zeitlich konkreten einmaligen Nutzung der erworbenen Rechtsposition, um eine Ersatzfähigkeit zeitweilig leerlaufender allgemeiner Lebenshaltungskosten hintanzuhalten.

[Übertragung dieser Grundsätze auf den bloßen Sachschaden]

Zu prüfen ist damit, ob die in der E 2 Ob 113/09 w für den Fall eines Personenschadens angestellten Erwägungen auch auf den hier vorliegenden Fall eines bloßen Sachschadens zu übertragen sind. Dies ist aus folgenden Erwägungen zu bejahen:

Vorweg ist anzumerken, dass der E 2 Ob 113/09 w entgegen der Ansicht des BerG keine Aussage entnommen werden kann, wonach die dort angestellten Erwägungen nur im Fall von Personenschäden, nicht aber im Fall von Sachschäden Geltung haben sollten.

Personen- und Sachschäden stehen vom Schadensbegriff des § 1293 ABGB her gesehen gleichberechtigt nebeneinander (*Wittwer* in *Schwimann/Neumayr,* ABGB-TaKom[5] § 1293 Rz 1). *Ch. Huber* (ZVR 2010/157, 326 [331]) betont ebenso wie *Reischauer* (in *Rummel,* ABGB[3] § 1293 Rz 11), dass die Ersatzfähigkeit frustrierter Aufwendungen nicht davon abhängen könne, ob der Primärschaden eine Körperverletzung oder eine Sachbeschädigung sei. Auch *Bernat/Schwarzenegger* (in FS *Fenyves,* 15 [23, 25]) gehen davon aus, dass eine Gleichbehandlung von frustrierten Aufwendungen bei Primärschädigung in Form von Personen- und Sachschäden geboten ist, wird doch in beiden Fällen ein absolut geschütztes Recht verletzt.

Eine Differenzierung zwischen Personen- und Sachschäden leitete der Senat in der E 2 Ob 279/77 ZVR 1978/264 daraus ab, dass bei Sachschäden ideeller Schadenersatz nur in Ausnahmefällen – etwa nach § 1331 ABGB – in Betracht komme, wohingegen bei einem Personenschaden die §§ 1325, 1327 ABGB zu berücksichtigen seien, zu deren Auslegung das EKHG herangezogen werden müsse. Auch die […] E 4 Ob 49/19 p könnte für eine differenzierte Betrachtungsweise sprechen, orientiert sich diese – trotz Vorliegens gegenteiliger Entscheidungen zum Personenschaden […] – doch an der (älteren) restriktiven Judikatur zum Ersatz frustrierter Aufwendungen im Fall von Sachschäden. Da die E 4 Ob 49/19 p allerdings jede Auseinandersetzung mit den E 2 Ob 113/09 w und 8 Ob 101/10 a vermissen lässt, ist aus ihr letztlich wenig zu gewinnen. Schließlich kann für eine Differenzierung zwischen Sach- und Personenschäden noch ins Treffen geführt werden, dass der Wert des Eigentums „unzweifelhaft" nicht an den Wert der körperlichen Integrität (oder der persönlichen Freiheit) heranreicht (*Schobel,* Der Ersatz frustrierter Aufwendungen [2003] 195, 238).

Insg sprechen nach Ansicht des erkSen aber die besseren Gründe dafür, die in der E 2 Ob 113/09 w für den Fall eines Personenschadens angestellten Erwägungen auch auf den hier vorliegenden Fall eines bloßen Sachschadens zu übertragen, weil in beiden Fällen ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt wird. Die in der E 2 Ob 113/09 w geforderte „Verwertbarkeit" der Rechtsposition meint nach dem Verständnis des Senats eine solche zum intendierten Zweck. Soweit die E 4 Ob 49/19 p eine gegenteilige Aussage enthalten sollte, teilt der Senat diese nicht.

[…]

[Zwischenergebnis]

Im Fall eines (reinen) Sachschadens kommt ein Ersatz frustrierter Aufwendungen nur bei kumulativer Erfüllung zweier der Gefahr der Uferlosigkeit einer Haftung entgegenstehender Kriterien in Betracht: Einerseits muss es sich um eine vermögenswerte, übertragbare und zum intendierten Zweck verwertbare Rechtsposition handeln; andererseits muss ein Aufwand für eine zeitlich konkrete einmalige Nutzung der erworbenen Rechtsposition vorliegen (vgl bereits 2 Ob 113/09 w [explizit nur für Personenschäden]).

[Beurteilung der einzelnen Positionen des Klagebegehrens]

Dies führt im Hinblick auf die einzelnen Positionen des Klagebegehrens zu folgendem Ergebnis:

Die für die Teilnahme an der Rallye aufgewendeten Pauschalkosten stellen nach Beginn der Rallye – in deren Verlauf grundsätzlich mit einem möglichen Ausscheiden gerechnet werden muss – keine übertrag- und verwertbare Position mehr dar und sind daher nicht ersatzfähig.

Die vom Kl aufgewendeten Kosten für spezielle Reifen und besonderes Benzin können nach den Feststellungen aufgrund des Unfalls nicht mehr für den intendierten Zweck – nämlich den Einsatz bei einer Rallye – Verwendung finden; sie stellen daher insoweit keine verwertbare Rechtsposition dar. Dass der Kl die (nicht genutzten) Reifen an „Hobbyfahrer" verkaufen und das nicht verwendete Benzin für „normale" Fahrzeuge verwenden hätte können, vermag an der Verneinung des Vorliegens einer verwertbaren Rechtsposition nichts zu ändern. Im Übrigen ist zu bedenken, dass der Kl in jenem Umfang, in dem er eine Verwendung dieser Güter zu einem anderen als dem eigentlich intendierten Zweck unterließ, gegen seine Obliegenheit zur Schadensminderung verstoßen hat. Insg stellen damit auch die für Reifen und Treibstoff aufgewendeten Kosten keinen ersatzfähigen Schaden dar.

Die KaskoVers ist nach den Feststellungen nach Beginn der Rallye weder übertrag- noch verwertbar. Es handelt sich bei den dafür aufgewendeten Kosten aber auch nicht um nach der dargestellten älteren Rsp […] ersatzfähige „Generalunkosten", sondern um einen von Vornherein für einen Zeitraum von nur wenigen Tagen gedachten Aufwand. Die spezielle KaskoVers sollte damit gerade nicht das alltägliche Unfallrisiko abdecken. Somit liegt auch in diesem Punkt kein ersatzfähiger Schaden vor.

Die geltend gemachten Kosten für eine tatsächlich konsumierte Übernachtung stellen überhaupt keine frustrierten Aufwendungen dar, wurden aber nur als solche eingeklagt. Schon aus diesem Grund kommt ein Zuspruch dieser Schadensposition nicht in Betracht.

Im Übrigen liegt es iS der Einwendungen der Bekl nahe, dass es sich dabei um Kosten handelt, die – unabhängig vom Schadensfall – „sowieso" aufgelaufen wären, zumal ein Abbau der „Organisation" nach Ende der Rallye in jedem Fall erforderlich gewesen wäre.

[…]

Hinweis:

Das BerG stützte die Abweisung des Klagebegehrens hilfsweise auf die fehlende **Adäquanz.** Die Ersatzfähigkeit setze einen engen Konnex mit der Schädigungshandlung voraus.

Nach der Theorie von der adäquaten Kausalität ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem eingetretenen Schaden nicht nur dann anzunehmen, wenn das Verhalten den eingetretenen Schaden unmittelbar verursacht hat; ein adäquater Kausalzusammenhang liegt vielmehr auch dann vor, wenn eine weitere Ursache für den entstandenen Schaden hinzugetreten ist und dieses Hinzutreten nicht außerhalb der allgemeinen menschlichen Erwartung steht (RIS-Justiz RS0022546; RS0022918). Die Adäquanz ist schon immer dann zu bejahen, wenn die Ursache ihrer allgemeinen Natur nach für die Herbeiführung eines Erfolgs wie des eingetretenen noch irgendwie geeignet erscheint und der (schädliche) Erfolg nicht nur wegen einer ganz außergewöhnlichen Verkettung von Umständen eingetreten ist (RS0022914; RS0098939).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Rechtsansicht des BerG, hier sei die Adäquanz zu verneinen, unzutreffend. Da die klagsabweisende Entscheidung der Vorinstanzen aber wohl aus anderen Gründen zu bestätigen war, ging der erkSen darauf nicht näher ein [vgl ErwGr 8].

Herbert Painsi

Anmerkung:

Der Teilnehmer einer Autorallye wird am Weg von der ersten zur zweiten Sonderprüfung in einen Verkehrsunfall verwickelt. Dabei wird sein gemieteter Rennwagen beschädigt, weshalb er die Rallye abbrechen muss und seine für die Teilnahme getätigten Aufwendungen frustriert werden. Strittig war nun, ob der schuldhaft handelnde Unfallgegner diese Aufwendungen zu ersetzen hat.

Zunächst stellt sich hier die Frage nach dem **absoluten Schutz des Mieters,** sind doch auch Frustrationsschäden im deliktischen Bereich grundsätzlich nur dann zu ersetzen, wenn sie als Folge der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts auftreten. Die Eigentumsverletzung würde sich als Haftungsgrundlage freilich nur eignen, wenn man mit der Gebrauchsüberlassung eine Risikoverlagerung und damit einen erweiterten persönlichen Rechtswidrigkeitszusammenhang annähme (vgl *Wilburg,* JherJB 82 [1932] 115 ff). Leitet man aus § 372 ABGB einen quasidinglichen Schutz des dreifach qualifizierten Rechtsbesitzers ab, könnte ein Ersatz für Folgeschäden aber auf den Eingriff in diese Rechtsposition gestützt werden (*Apathy,* Die publizianische Klage [1981] insb 102 ff). Diese Ansicht ist in der Lit allerdings auf erhebliche Kritik gestoßen (s etwa jüngst *Müller,* Das quasidingliche Recht [2019]). Es ist daher bemerkenswert, dass der OGH die Frage des absoluten Schutzes des Mieters nicht angesprochen, sondern diesen offenbar **als selbstverständlich vorausgesetzt** hat, obwohl die Rsp dazu bei Fahrnis keineswegs einheitlich ist (*Kodek* in FS 200 Jahre ABGB [2011] 1144; s nun aber ausführl OGH 2 Ob 29/20 h ÖBA 2021/2745 *[A. Figl]*).

Stattdessen hat sich der OGH bloß mit der augenscheinlichsten Problematik des Falles befasst, nämlich mit der **Ersatzfähigkeit von Frustrationsschäden.** Dabei geht es um die Frage, inwieweit ein Ausgleich für Aufwendungen gebührt, die vom schädigenden Verhalten zwar nicht verursacht, dadurch aber nutzlos geworden sind (*Koziol,* Haftpflichtrecht I⁴ [2020] 176 ff).

In der Lit findet sich diesbezüglich zunächst jene Ansicht, die am herrschenden Vermögensschadensbegriff festhält: Hinsichtlich der Aufwendungen fehle die Verursachung, hinsichtlich des damit erworbenen Äquivalents der Vermögenscharakter des Schadens, insoweit das Äquivalent keinen Veräußerungswert hat oder der Berechtigte durch die Schädigung bloß persönlich an der Nutzung gehindert wird. In der verursachten Nutzlosigkeit liege dann lediglich ein **Nichtvermögensschaden,** weshalb ein Geldersatz nach den diesbezüglichen Wertungen des ABGB nur unter engen Voraussetzungen gebühre. Dabei komme es insb auf die Bemessbarkeit des Schadens, die Stärke des Rechtswidrigkeitszusammenhangs und den Grad des Verschuldens an (*Schobel,* Der Ersatz frustrierter Aufwendungen [2003]).

Zu einem weitergehenden Ersatz gelangt dagegen die **Kommerzialisierungsthese,** die einen Vermögensschaden unabhängig von der konkreten Verwertbarkeit des in seinem Nutzen beeinträchtigten Äquivalents bereits dann annimmt, wenn dieses üblicherweise am Markt gegen Geld erworben wird. Noch weiter geht die **Frustrationsthese,** die nicht auf das Äquivalent, sondern auf die dafür getätigten Aufwendungen abstellt, die durch das schädigende Verhalten zwar nicht verursacht, wohl aber nutzlos geworden und damit in einen Schaden verwandelt worden seien (zu diesen Ansichten etwa *Küppers,* Verdorbene Genüsse und vereitelte Aufwendungen im Schadensersatzrecht [1976], sowie mit guten Gründen krit *Schobel,* Frustrierte Aufwendungen 59 ff).

Die Rsp war beim Ersatz des Frustrationsschadens lange Zeit überaus zurückhaltend. Lediglich die während der unfallbedingten Unbenützbarkeit eines Kfz anfallenden **Generalunkosten** (insb Steuern und Versicherung) wurden als ersatzfähig angesehen, wobei dies zunächst auf die Frustrationsthese gestützt (OGH 2 Ob 220/64 ZVR 1965/114), bald aber in stRsp damit begründet wurde, dass ein – wohl aufgrund der leichten Bemessbarkeit und des engen Rechtswidrigkeitszusammenhangs – ausnahmsweise ersatzfähiger **Nichtvermögensschaden** vorliege (ab OGH 2 Ob 279/77 ZVR 1978/264).

Umso überraschender war es, als der OGH in **2 Ob 113/09 w** ZVR 2010/157 *(Ch. Huber)* die aufgrund einer Körperverletzung „frustrierten Reisekosten" und daher erst recht die begehrte, schadensmindernde

Stornogebühr als **„ersatzfähigen Vermögensnachteil“** ansah (dazu insb *Karner,* ÖJZ 2010, 830), was durchwegs als Schwenk in Richtung Kommerzialisierungs- oder Frustrationsthese angesehen wurde (vgl etwa jüngst *Schwamberger,* Mahngebühren und Inkassokosten [2021] 78). Zu bedenken ist allerdings, dass der OGH den Ersatz daran knüpfte, dass die Klägerin mit dem Anspruch auf Erfüllung des Reisevertrags eine **„vermögenswerte, übertragbare und verwertbare Rechtsposition“** erworben hatte und der Verlust ihrer Fähigkeit, den vertraglichen Anspruch auszunutzen, „wirtschaftlich der Vernichtung des Anspruchs gleichzuhalten“ sei, was „bei lebensnaher Betrachtung“ einen Vermögensschaden begründe. Dies deutet darauf hin, dass der OGH weder mit der Frustrationsthese das Kausalitätserfordernis aufweichen, noch mit der Kommerzialisierungsthese den Vermögensbegriff auf alle Äquivalente ausdehnen wollte, die am Markt erworben werden können. Vielmehr soll es für einen Vermögensschaden offenbar sehr wohl weiterhin darauf ankommen, ob die Rechtsposition Veräußerungswert hat, jedoch (entgegen *Schobel,* Frustrierte Aufwendungen 112 ff) eine Schädigung dieses Vermögenswerts bereits dann vorliegt, wenn der Berechtigte an der rechtzeitigen Nutzung der Sache gehindert wird, also ein bloß **subjektbezogener Eingriff** vorliegt (gegen diese Deutung *Bernat/Schwarzenegger* in FS Fenyves [2013] 26 ff). Es soll also beispielsweise bei verderblichen Waren keinen Unterschied machen, ob sie direkt vernichtet werden oder sie der Eigentümer etwa aufgrund einer Körperverletzung nicht vor Verderb verwerten kann (vgl *Höpfner* in *Staudinger,* BGB [2021] § 251 Rz 83, und die allermeisten Anhänger der Kommerzialisierungsthese; aA etwa *Martens,* AcP 209 [2009] 445). Die zweite vom OGH aufgestellte Voraussetzung, wonach ein Ersatz nur bei Aufwendungen für eine **„zeitlich konkrete einmalige Nutzung** der erworbenen Rechtsposition“ gebühre, beruht wohl auf der Annahme, dass bei Aufwendungen für die allgemeine Lebenshaltung ein zeitweiliges Leerlaufen in Kauf genommen und die erworbene Rechtsposition daher ohnehin nicht verwertet worden wäre, es also deshalb an einem Vermögensschaden mangele. Damit soll ganz offensichtlich einer Haftungsausuferung vorgebeugt werden.

Die hier zu besprechende Entscheidung untermauert diese Sicht auf die Rsp: Zwar würden die beiden in OGH 2 Ob 113/09 w aufgestellten Voraussetzungen auch ausreichen, wenn der Frustrationsschaden bloß Folge einer Sachbeschädigung ist, doch scheitere ein Ersatz daran, dass die nutzlos gewordenen Güter zum Schädigungszeitpunkt aus rechtlichen bzw technischen Gründen nicht mehr verwertbar waren. Dies stärkt die Vermutung, dass der OGH **nicht auf die frustrierten Aufwendungen,** sondern auf den **objektiven Wert der Rechtsposition zum Schädigungszeitpunkt** abstellt. In 2 Ob 113/09 w wurde die Stornogebühr daher wohl deshalb ersetzt, weil eine **rechtzeitige Verwertung** des Anspruchs auf Erfüllung des Reisevertrags aufgrund der Verletzung **unzumutbar** geworden war, dies zur wirtschaftlichen Vernichtung des – ohne Zweifel vermögenswerten – Anspruchs geführt hatte und dessen Zeitwert offenbar kurzerhand mit den Reisekosten gleichgesetzt wurde, sodass aufgrund der schadensmindernden Stornierungsmöglichkeit letztlich ein Vermögensschaden in der Höhe der Stornogebühr verblieb. Dass die neue Rsp somit **in keinem Widerspruch zur alten Generalunkosten-Rsp** steht, zeigt die Prüfung des Ersatzes für die Kaskoversicherung unseres Rallye-Fahrers besonders deutlich: Dort wird zunächst ein Vermögensschaden verneint, weil die Versicherung nach Beginn der Rallye „weder übertragnoch verwertbar“ war. Auch ersatzfähige Generalunkosten lägen aber nicht vor, weil es sich um eine Spezialversicherung für die Rallye handelte, die „gerade nicht das alltägliche Unfallrisiko“ abdecken sollte. Während es für einen Vermögensschaden also zwar keine direkte Beeinträchtigung, aber doch immerhin einen Veräußerungswert gebraucht hätte, war der Ersatz des sehr wohl vorhandenen Nichtvermögensschadens nach der Generalunkosten-Rsp hier offenbar mangels engen Rechtswidrigkeitszusammenhangs ausgeschlossen.

Stefan Jahn,
Universität Wien

EvBl 2022/105

§ 1295 ABGB

OGH 24. 3. 2022, 9 Ob 4/22 m (OLG Linz 2 R 152/21 t; LG Steyr 31. 7. 2021 9 Cg 22/20 k)

➜ Sorgfaltspflichten bei einer gemeinsamen Bergtour mit zwei Seilschaften

§ 1295 ABGB

Die Mitglieder einer Bergsteigergruppe sind bei einer Bergtour im Rahmen objektiver Zumutbarkeit zu gegenseitiger Hilfeleistung und Unterstützung bei der Bewältigung alpiner Gefahren verpflichtet, wobei die Intensität der daraus konkret erfließenden Handlungspflichten von der mit der jeweiligen Situation verbundenen Schwierigkeit und Gefahr abhängt.

Sachverhalt:

Die Streitteile sind seit rund 20 Jahren Mitglieder des Vereins N Österreich. Der Kl ist seit 2008 als Hochtouren-, Skitouren- und Skihochtouren-Instruktor tätig und unternimmt und organisiert verschiedene Bergtouren; er unternahm bereits 150 Hochtouren. Der Bekl absolvierte die Ausbildung zum Übungsleiter Hochtouren und Übungsleiter Klettern I, II und III im Juni 2017, die einschließlich der Abschlussprüfung sechs Tage dauerte. Er unternahm etwas mehr als zehn Hochtouren.

Der Verein N Österreich veranstaltete für den 16. und 17. 7. 2017 eine Begehung des Großglockners. Der Kl organisierte diese Bergtour, die Teilnehmer meldeten sich aufgrund der Ausschreibung bei ihm an. Der Bekl hatte damit nichts zu tun.

Die Streitteile führten im Zuge dieser Bergtour jeweils eine Seilschaft, die aus fünf (jene des Kl) bzw sechs Personen (jene des Bekl) bestand. Nach dem problemlosen Aufstieg besprachen die Streitteile den zwischen den Teilnehmern einer Seilschaft einzuhaltenden Abstand. Sie kamen überein, dass ein Seilab-