

ePub^{WU} Institutional Repository

Moritz Zoppel

Die Entlastungswirkung der hypothetischen Kausalität bei einer Unterlassung

Article (Published)
(Refereed)

Original Citation:

Zoppel, Moritz (2019) Die Entlastungswirkung der hypothetischen Kausalität bei einer Unterlassung. *Austrian Law Journal* (1). pp. 19-36. ISSN 2409-6911

This version is available at: <http://epub.wu.ac.at/6965/>

Available in ePub^{WU}: May 2019

ePub^{WU}, the institutional repository of the WU Vienna University of Economics and Business, is provided by the University Library and the IT-Services. The aim is to enable open access to the scholarly output of the WU.

This document is the publisher-created published version.

Die Entlastungswirkung der hypothetischen Kausalität bei einer Unterlassung

Moritz Zoppel,* Wien

Kurtzext: Die Kausalität wird im Schadenersatzrecht häufig mit der Hilfe von Annahmen geprüft. Ob diese Hypothesen für den Schädiger entlastend und damit haftungsbefreiend wirken können, ist seit langem umstritten. Das zeigt der Meinungsstand zur bekanntesten Form der hypothetischen Verursachung, der überholenden Kausalität. Weniger Beachtung wurde hingegen der – ebenso auf Annahmen aufbauenden – Kausalitätsprüfung einer Unterlassung geschenkt. Nach einer aktuellen Entscheidung des Obersten Gerichtshofes soll dabei selbst das fiktive haftungsbegründende Verhalten eines hypothetischen Dritten den realen Schädiger von seiner Haftung befreien. Die Entscheidung wird zum Ausgangspunkt genommen, um die hypothetische Kausalität der Unterlassung näher zu untersuchen.

Schlagworte: Kausalität; überholende Kausalität; Unterlassung; rechtmäßiges Alternativverhalten; Schadensberechnung; Entlastungswirkung; *conditio sine qua non*

I. Einleitung

Kann sich ein Schädiger gegenüber dem Geschädigten darauf berufen, dass der Schaden ohnehin in der Zukunft eingetreten wäre? Soll es dem A, der den Hund des B vergiftet hat, möglich sein, einer Haftung zu entgehen, weil C, noch bevor das tödliche Gift des A gewirkt hätte, das Tier erschießt? Ist C verantwortlich, obwohl der Hund auch ohne sein Zutun am Gift des A gestorben wäre?¹

Schwierigkeiten bei der Lösung von Rechtsproblemen mit hypothetischen Ursachen sind altbekannt.² Nicht zuletzt die juristische Diskussion zu den Folgen von fehlerhaften Anlageberatungen hat gezeigt, dass der Problembereich auch fernab von theoretischen Lehrbuchbeispielen von großem Interesse sein kann.³ Besonders die Frage nach der Entlastungswirkung eines bloß hypothetischen

* Dr. Moritz Zoppel, LL.M. (Cambridge) ist Senior Lecturer am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

¹ Heck, Grundriß des Schuldrechts (1929) 48; F. Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischen Recht (1964) 74 ff, 102; Deutsch, Haftungsrecht: Erster Band: Allgemeine Lehren (1976) 167 ff, 170 f; Gebauer, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund (2007) 1, 3, 14 zeigt, dass das klassische Lehrbuchbeispiel sehr deutlich an verschiedene Digestenstellen angelehnt ist.

² Siehe dazu bereits Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse (1855) 145 f; 155 FN 16; von Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadenersatzrecht (1962) 3; Spindler, Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht, AcP 208 (2008) 283.

³ Könnte etwa nachgewiesen werden, dass der Anleger eine hypothetische Investition getätigt hätte, die ebenso wie die reale Investition zu einem Verlust geführt hätte, soll es nach manchen zu einer Schadensminderung oder gar

oder fiktiven Ereignisses kann auf einen intensiven Meinungsaustausch blicken.⁴ Der Grund dafür lässt sich leicht erklären: Es könnten Geschehensabläufe entscheidende Bedeutung erlangen, die nie stattgefunden haben oder zumindest den konkreten Schaden oftmals nicht mehr verursachen konnten. Damit steht letztlich die juristische Tragweite der Frage: „Was wäre wenn?“ zur Diskussion.

II. Ausgangspunkt

In einer aktuellen Entscheidung setzte sich der Oberste Gerichtshof mit der Kausalität eines nicht eingeholten medizinischen Rates im Zusammenhang mit einem Verkehrsunfall auseinander. Eine an *Parkinson* erkrankte Frau hatte mit ihrer Vertrauensärztin nie über die Wirkung eines Medikaments auf die Fahrtauglichkeit gesprochen. Das sei der Patientin – anders als ein späterer Verkehrsunfall unter Medikamenteneinfluss – zwar grundsätzlich vorwerfbar, hätte sich aber gar nicht auf den Verlauf des Geschehens ausgewirkt. Die Ärztin hätte nämlich, wenn man sie danach gefragt hätte, ohnehin einen medizinisch falschen Rat erteilt und kein Problem hinsichtlich der Fahrtauglichkeit attestiert. Der durch den Unfall bedingte Schaden wäre demgemäß auch bei sorgfältigem Verhalten der Patientin – wenn sie mit ihrer Ärztin über die Nebenwirkungen gesprochen hätte – jedenfalls eingetreten. Die Haftung wurde in der Folge verneint.⁵

Die Entscheidung ist für die Reichweite der Entlastungswirkung von Hypothesen bei der Kausalitätsprüfung beachtenswert. Dass ähnliche Fallkonstellationen von *Caemmerer* vor rund 60 Jahren bereits weitgehend ratlos zurück ließen, lässt die Schwierigkeiten, die einem auf der Suche nach Lösungen begegnen könnten, erahnen.⁶ Vor diesem Hintergrund wird versucht, zu klären, ob das hinzugedachte Verhalten eines Dritten für den realen Schädiger zu einem Entfallen seiner Haftung führen kann. Ziel des Beitrages ist es, eine Grenze der zivilrechtlichen Kausalität etwas klarer zu definieren.⁷ Die Sachverhaltskonstellationen, in denen man bei der Kausalitätsprüfung zu Hypothesen greift, können deutlich variieren. Den „einen typischen Fall“ gibt es nicht.⁸ Dennoch sollen

einem Entfall der Haftung des Anlageberaters kommen. Zur hypothetischen Alternativveranlagung und Anlegerschäden siehe etwa *P. Bydlinski*, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159; *Kozioł*, Zum Ersatzanspruch unzulänglich aufgeklärter Anleger, in FS Picker (2010) 523 (536 ff); *Wendehorst*, Anlageberatung, Risikoauflklärung und Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖBA 2010, 562; *Leupold/Ramharter*, Anlegerschaden und Kausalitätsbeweis bei risikoträchtiger hypothetischer Alternativanlage, ÖBA 2010, 718; *Kodek*, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11; *P. Bydlinski*, Anlageberaterhaftung: Beweislast, Beweismaß, Beweiswürdigung und *Non liquet* hinsichtlich Schaden(shöhe) und Kausalität, ÖBA 2012, 797; *Trenker*, Die hypothetische Alternativveranlagung, ÖJZ 2013, 2; aus der Judikatur siehe statt vieler OGH 30.3.2011, 7 Ob 77/10i.

⁴ *Deutsch*, Haftungsrecht/I 168: „Die Palette der Meinungen weist im übrigen Extreme und vielerlei Schattierungen auf“; aus der Perspektive des *common law* *Hart/Honoré*, Causation in Law² (1985) 248.

⁵ OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v = EvBl 2017/155 (*Zoppel*), siehe auch *Die Presse*, Beipackzettel lesen und Arzt fragen (29.1.2017). Da es um die Frage nach dem Mitverschulden der Lenkerin ging, prüfte der OGH, ob ihr sorgloses Verhalten kausal war. Die Entscheidung wurde zur Erledigung einer Beweistrüge durch das Berufungsgericht aufgehoben; Zur Entscheidung detaillierter siehe IV.B.2. Zur Entlastungswirkung der hypothetischen Kausalität jüngst OGH 28.2.2018, 6 Ob 234/17f.

⁶ *von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität 4, 30 ff stellt sich die Frage, ob ein Apotheker, der ein Medikament ohne Rezept verkauft, welches anschließend zum Tod eines Kindes führt, sich darauf berufen könne, dass der Hausarzt das Rezept ohnehin ausgestellt hätte, wenn man ihn gefragt hätte; vgl schon *von Caemmerer*, Das Problem des Kausalzusammenhanges im Privatrecht (1956).

⁷ Siehe zum deutschen Recht *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 386; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich (1999) 106, 127 ff; zu verwandten Fragestellungen im Strafrecht grundlegend *Burgstaller*, Zu den objektiven Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung. Moderne Strafrechtsdogmatik in einem praktischen Fall, AnwBl 1980, 99 (102).

⁸ *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 12 ff; vgl *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ (2016) 307.

einige Grundsätze der Entlastungswirkung der hypothetischen Kausalität aufgezeigt werden. Der Fokus wird dabei, im Anschluss an die erwähnte höchstgerichtliche Entscheidung, auf die bisher weniger beachtete Kausalitätsprüfung einer Unterlassung⁹ gerichtet.¹⁰

III. Die hypothetische Kausalität – Versuch einer Begriffsklärung

Eine griffige und einheitlich verwendete Definition des Begriffes der hypothetischen Kausalität sucht man in der Literatur und Judikatur vergebens.¹¹ In diesem Beitrag wird „*hypothetische Kausalität*“ in einem weiten Sinne verstanden. Von hypothetischer Kausalität soll demzufolge dann die Rede sein, wenn sich eine Ursache zwar nicht unmittelbar verwirklichen konnte, sie aber für die Kausalitätsprüfung dennoch von Relevanz sein soll. Die Hypothese besteht darin, zu fragen, wie sich die Dinge unter Einbeziehung eines nicht völlig verwirklichten oder gänzlich erfundenen Ereignisses weiterentwickelt hätten. Der Sachverhalt wird gewissermaßen mit der Hilfe einer Hypothese zu Ende gedacht. Gängig ist diese Vorgehensweise, wenn mehrere reale Ereignisse den Schaden nacheinander – wie im Eingangsbeispiel – herbeigeführt hätten.¹² Als Anwendungsfälle der hypothetischen Kausalität werden hier neben der überholenden Kausalität aber auch die Kausalität der Unterlassung und das rechtmäßige Alternativverhalten verstanden.¹³

A. Überholende Kausalität

Vielfach werden die Begriffe hypothetische Kausalität und überholende Kausalität synonym verwendet.¹⁴ Wie das eingangs geschilderte Lehrbuchbeispiel zeigt, führt bei der überholenden Kausalität ein Ereignis den Schaden real herbei, ein anderes, ebenso reales Ereignis hätte aber später denselben Schaden verursacht, wenn die erste Bedingung sich nicht schon zuvor verwirklicht

⁹ In Österreich wird nach hA ein Kausalitätsbegriff verwendet, der über das rein naturwissenschaftlich-logische Verständnis hinausgeht. Das ist vor allem im Hinblick auf die Kausalität einer Unterlassung von Bedeutung. Eine Unterlassung könnte nach den „Naturgesetzen“ keine Veränderung eines Zustandes herbeiführen und damit auch nie kausal sein. Dazu aus jüngerer Zeit *Riss*, Hypothetische Kausalität, objektive Berechnung bloßer Vermögensschäden und Ersatz verlorener Prozesschancen, JBl 2004, 423, auch Fn 7; *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit (2017) 107 ff. *F. Bydliński*, Probleme der Schadensverursachung 3 ff; rechtsvergleichend zeigt *Spindler*, AcP 208 (2008), 283 (288), dass Kausalität als eine normative Kategorie zu begreifen sei, die die Zuweisung von Haftungsrisiken bezwecken soll; *Schulin*, Der natürliche – vorrechtliche – Kausalitätsbegriff im zivilen Schadenersatzrecht (1976) 132 ff; *Wagner* in Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 (2017)⁷ § 823 BGB, Rn 69 hält für das Haftungsrecht keinen naturwissenschaftlich-logischen, sondern einen pragmatischen Kausalitätsbegriff für maßgeblich, nach dem als Ursache die menschliche Intervention gilt, die den Normalverlauf der Dinge verändert hat bzw verändert hätte; vgl *Hart/Honoré*, Causation in Law²³⁸.

¹⁰ Siehe dazu grundlegend *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 643 ff; *Kozioł*, Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung, RdW 2007, 12.

¹¹ Siehe dazu jüngst OGH 28.2.2018, 6 Ob 234/17f: „*Unter dem Oberbegriff der „hypothetischen Kausalität“ (auch: „Reserveursache“) werden ganz unterschiedliche Konstellationen zusammengefasst“*; *Oetker* in Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (2016)⁷ § 249 BGB Rn 207 und 217; zum Begriff der hypothetischen Kausalität grundlegend: *Niederländer*, Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen, AcP 153 (1954), 41 (42; 50); ebenso *Niederländer*, Hypothetische Schadensereignisse, JZ 1959, 618; *Schobel*, Hypothetische Verursachung, Aliud-Verbesserung und Schadensteilung, JBl 2002, 771 (775) FN 11; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 3 ff; *Apathy*, Zur Haftung bei überholender Kausalität, in FS Kozioł (2010) 515 ff; *Schulin*, Der natürliche – vorrechtliche – Kausalitätsbegriff im zivilen Schadenersatzrecht 170 ff.

¹² *F. Bydliński*, Probleme der Schadensverursachung 7; *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 3/58; *Kleewein*, Hypothetische Kausalität und Schadensberechnung (1993) 7; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 5; vgl *Spindler*, AcP 208 (2008) 283, 286.

¹³ Vgl *Oetker* in MüKo/BGB⁷ § 249 Rn 217; *Katzenmeier* in BeckOK/BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck (2018) § 630 h BGB Rn 41; *Riss*, JBl 2004, 423.

¹⁴ Statt vieler *Rebhahn*, Staatshaftung 643 ff.

hätte.¹⁵ Es besteht eine sogenannte Reserveursache¹⁶, die sich nicht mehr auswirken konnte. Bezeichnend nennt *Wolff* diese Konstellation daher die „unnötige Kausalität“.¹⁷ Der erste Schädiger könnte sich, nach der *Conditio sine qua non* Formel¹⁸ immer darauf berufen, dass das zweite Ereignis den Schaden ohnehin verursacht hätte.¹⁹ Denkt man sich sein Verhalten weg, kommt es trotzdem zum Schadensfall. Der hypothetische Schädiger – der zu spät kommt – wäre allerdings mangels Kausalität oft ebenso nicht haftbar. Er konnte, so die herrschende Ansicht, das bereits zerstörte Rechtsgut gar nicht mehr beeinträchtigen und den Schaden somit auch nicht verursachen. Selbst wenn man sich sein Verhalten wegdenkt, tritt der Schaden ein.²⁰ Das eingangs geschilderte Kausalitätsdilemma im Lehrbuchbeispiel des vergifteten Hundes soll nach einhelliger Lösung nicht zu einer Entlastung des realen Schädigers C, der den noch lebendigen Hund erschossen hat, führen. Strittig bleibt vor allem, ob A, der den Tod durch das Gift nicht mehr verursachen konnte, solidarisch mit C haftet.²¹

B. Kausalität der Unterlassung und rechtmäßiges Alternativverhalten

Hypothesen werden auch abseits von multikausalen Konstellationen, wie der überholenden Kausalität, eingesetzt. Ein allseits weniger beachteter Fall der hypothetischen oder gar fiktiven Kausalität ergibt sich durch die Kausalitätsprüfung einer Unterlassung.²² Ist das in Frage stehende Verhalten kein aktives Tun, sondern ein Unterlassen, wird die Kausalität durch das Hinzudenken eines hypothetischen Kausalverlaufes geprüft. Es wird gefragt, ob die Vornahme der gebotenen Handlung das Eintreten des Schadens verhindert hätte. Es handelt sich bei dieser sogenannten Additionshypothese um einen rein ausgedachten Prüfungsschritt.²³ Die Reichweite der dabei getroffenen Annahmen rückte, wie eingangs erläutert wurde, in letzter Zeit stärker in den Vordergrund.²⁴

Die Kausalitätsprüfung einer Unterlassung steht in einem Naheverhältnis zur Lehre vom rechtmäßigen Alternativverhalten. Das Ziel beider Prüfungsschritte ist es, Szenarien auszusortieren, in denen sich ein pflichtwidriges Verhalten nicht ausgewirkt hat. Der Inhalt der Hypothese besteht bei der Prüfung des rechtmäßigen Alternativverhaltens und der Kausalitätsprüfung einer Unterlassung darin, eine pflichtgemäße Handlung des Schädigers hinzuzudenken. Wäre der Schaden auch unter der Prämisse des pflichtgemäßen Verhaltens eingetreten, soll die Haftung entfallen. Wird ein Verhalten nur deswegen untersagt, weil ein Schaden verhindert werden soll, so kann es nicht zu

¹⁵ Siehe schon *Ehrenzweig*, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts (1928) II/2, 45 f; *Reischauer in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2007) § 1302 Rz 14; *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 1302 Rz 9; *Koziol*, HPR I³ Rz 3/58; *Kleewein*, Hypothetische Kausalität 7; *Apathy* in FS Koziol 515 ff; *Schobel*, JBl 2002, 771 (775) FN 11.

¹⁶ Diesen Begriff verwendet *Heck*, Grundriß des Schuldrechts 48. Man könnte nach *Heck* aber auch von hypothetischer oder latenter Ursache sprechen.

¹⁷ *Wolff* in Klang-Kommentar zum ABGB VI² (1951) 10; vgl auch *Reischauer in Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14.

¹⁸ Mit dem Hinweis zur korrekten aber weniger gebräuchlichen Schreibweise „*condicio*“ *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} (2018) § 1293 Rz 2.

¹⁹ Vgl *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 69.

²⁰ Statt vieler *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil I¹⁴ (1987) 527 FN 12; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 390.

²¹ Siehe statt vieler *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 307.

²² Vgl *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 1; *Rebhahn*, Staatshaftung 643 und 653.

²³ *Koziol*, RdW 2007, 12; *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 457 ff.

²⁴ Vgl OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v = EvBl 2017/155 (*Zoppel*).

einer Haftung kommen, wenn der Schaden auch bei rechtmäßigem Verhalten entstanden wäre. Gewissermaßen fehlt es schon an der Kausalität der Pflichtwidrigkeit.²⁵

Wird eine Handlung beurteilt, fordert ein Teil der Lehre eine Trennung zwischen der Prüfung der Kausalität und dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens.²⁶ Die Grenzen zwischen Kausalität und Kausalität der Pflichtwidrigkeit, die das rechtmäßige Alternativverhalten vor Augen hat, verschwimmt jedoch zusehends. Bei der Prüfung einer Unterlassung lässt sich die Zweiteilung schon praktisch nicht durchhalten. Es kann dabei die Kausalität nur auf ein konkret gebotenes Tun bezogen geprüft werden. Daher steht bereits auf der Ebene der Kausalität die Auswirkung der Pflichtwidrigkeit zur Diskussion.²⁷ Die Kausalität der Unterlassung ist damit von normativen Wertungen getragen und nicht ausschließlich auf die Ermittlung einer deterministischen Kausalitätskette gerichtet.

C. Gemeinsamkeiten der Fälle der hypothetischen Kausalität

Die Kausalitätsprüfung der Unterlassung und die Lehre vom rechtmäßigen Alternativverhalten bauen auf einem rein fiktiven Verhalten des Schädigers auf. Die Hypothese, die gebildet wird, ist allgemein und offen gehalten. Schließlich soll damit eine Lösung für eine Vielzahl von Standardproblemen gefunden werden. Die überholende Kausalität setzt hingegen eine Sonderkonstellation voraus, in der eine Reserveursache real eintritt und den bereits zuvor entstandenen Schaden an sich auch verursacht hätte.²⁸ Allein aufgrund eines zeitlichen Unterschiedes verwirklicht sich die erste und nicht die hypothetische Ursache. Eine Reserveursache muss es hingegen beim rechtmäßigen Alternativverhalten und bei der Prüfung der Unterlassung nicht notwendigerweise geben. Aufgrund der weit gefassten Hypothese ist dies aber nicht ausgeschlossen. Zu denken wäre an Fälle, in denen das hinzugedachte Tun ein Verhalten eines Dritten zum Inhalt haben soll oder zu einer Reaktion eines Dritten führt.

Die Problemstellungen der Kausalität bei der Unterlassung, dem rechtmäßigen Alternativverhalten und der überholenden Kausalität sind damit bestimmt nicht völlig deckungsgleich. Im Kern geht es für alle drei Kategorien jedoch darum, ob sich der reale Verursacher durch ein Verhalten, das nie stattgefunden hat oder den Schaden in seiner konkreten Form nicht verursachen konnte, entschuldigen kann und folglich aus der Haftung entlassen wird.²⁹ Die Frage nach der Entlastungswirkung

²⁵ RIS-Justiz RS0111706; *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) 7/2; zur pflichtbezogenen Kausalitätslehre, die Kausalität und Rechtswidrigkeit auch bei einem Tun verknüpfen will, siehe statt vieler: *Hanau*, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit (1971); *von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadenersatzrecht 31 ff; *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit 107 ff; *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015) 693 ff.

²⁶ Statt vieler zu den Vorzügen der Kausalitätsprüfung, die sich auf die Ursächlichkeit des *realen* Verhaltens bezieht: *Kozioł*, HPR I³ Rz 8/60; 3/10; zu einer Kausalität der Pflichtwidrigkeit in Österreich siehe *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1295 Rz 1.

²⁷ *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992) 391 ff; *Rebhahn*, Staatshaftung 643; *Spindler*, AcP 208 (2008) 283 ff legt dar, dass Kausalität als Wertung zu verstehen ist und daher stets ein Zusammenhang zur Pflichtwidrigkeit bestehe; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1295 Rz 1; *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit 108 f; *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten 693 ff merkt an, dass bei der Unterlassung die Kausalität schlicht exakter als bei aktivem Tun geprüft werde.

²⁸ *Kozioł*, HPR I³ Rz 8/62, 3/58, FN 174; *Kleewein*, Hypothetische Kausalität 177 f; OGH 28.2.2018, 6 Ob 234/17.

²⁹ Vgl *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts 5/125 f; 7/29 f, der auf *Riss*, JBl 2004, 423 (430 ff) verweist; *Niederländer*, JZ 1959, 618; *Grunsky* in *MüKoBGB*³ § 249 Rn 87 f geht davon aus, dass es beim rechtmäßigen Alternativverhalten stets um ein Kausalitätsproblem gehe. Es sei daher generell zum Problembereich der kumulativen und

durch hypothetische Kausalität sollte für die angesprochenen Kausalitätsfiguren deshalb nach denselben Kriterien beantwortet werden. Dieser Gleichlauf der Wertungen wird zwischen überholender Kausalität und rechtmäßigem Alternativverhalten von der überwiegenden Ansicht anerkannt.³⁰ In Anbetracht der engen Verknüpfung von rechtmäßigem Alternativverhalten und Kausalität der Unterlassung³¹ liegt es nahe, auch diese Konstellationen unter denselben Wertungsaspekten zu lösen. Selbstredend darf dabei der Blick auf die gezeigten Differenzen, den Zweck der übertretenen Norm und das Kausalitätskonzept der *Conditio sine qua non* Formel nicht durch das Streben nach Wertungseinheit abschweifen.³²

IV. Lösungen des Problems der hypothetischen Kausalität

A. Überholende Kausalität

1. Problemaufriss

Die Reichweite der eingangs beschriebenen Entlastungswirkung ist zwar bei der überholenden Kausalität heftig umstritten, anders als die Kausalitätsprüfung der Unterlassung, stand jedoch die überholende Kausalität für Jahre im Zentrum der wissenschaftlichen Diskussion.³³ Aufgrund der intensiven Beschäftigung der Lehre und Rechtsprechung mit diesem Kausalitätsproblem eignet sie sich als Referenzmodell. Die angesprochenen Grundwertungen, die auch für die Kausalitätsprüfung bei der Unterlassung strukturbildend sind, können hier gut kenntlich gemacht werden.

Bei der überholenden Kausalität führt ein Ereignis den Schaden real herbei, den später ein anderes Ereignis ebenfalls verursacht hätte.³⁴ Der Schaden wäre demnach ohnehin eingetreten, weil eine hypothetische Ursache zum Tragen gekommen wäre.³⁵ Der Unterschied zwischen der überholenden und der, mit ihr oft verglichenen, kumulativen Kausalität besteht allein im Zeitmoment.³⁶ Während bei der kumulativen Kausalität beide Ereignisse den Schaden im selben Zeitpunkt herbeigeführt haben, löst bei der überholenden Kausalität das erste Ereignis den Schaden aus, das zweite Ereignis hätte aber später denselben Schaden verursacht, wenn das erste nicht zuvorgekommen

überholenden Kausalität zu zählen; *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit 111 betont eine enge Verwandtschaft, befürwortet aber dennoch eine Trennung.

³⁰ *Koziol*, HPR I³Rz 8/69; *ders*, Grundfragen des Schadenersatzrechts 5/125 f, 7/29 f; *ders*, Rechtmäßiges Alternativverhalten – Auflockerung starrer Lösungsansätze, in FS Deutsch (1999) 179. *Koziol* geht daher konsequenterweise für den Bereich des rechtmäßigen Alternativverhaltens von einer Schadensteilung aus; vgl auch *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 391 f; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 221 ff; *Riss*, JBl 2004, 423 (430 ff); *Niederländer*, JZ 1959, 618; siehe aber *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14a, der die Unterschiede zwischen rechtmäßigem Alternativverhalten und überholender Kausalität betont.

³¹ Dazu *Koziol* in FS Deutsch 179 (181); *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 392 f.

³² Vgl nur *Deutsch*, Haftungsrecht/I 125 ff.

³³ Siehe bereits den Überblick bei *Deutsch*, Haftungsrecht/I 168.

³⁴ *Karner* in KBB⁵ §1302 Rz 9.

³⁵ Vielfach wird aufgezeigt, dass in Wahrheit zwei hypothetische Ursachen bestehen. So etwa *Schobel*, JBl 2002, 771, insbesondere FN 9: konkret zu OGH 22.3.2001, 4 Ob 47/01t: Es lägen zwei hypothetische Ursachen vor, die jeweils den Schaden verursacht hätten, wenn es an der anderen Ursache gefehlt hätte; *Apathy* in FS Koziol 515; aA *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 77 ff die, im Einklang mit der wohl hA in Deutschland, einen realen Schadensbegriff vertritt.

³⁶ *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 68; diesen Umstand erklärend *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14. Er geht davon aus, dass schon der Standpunkt, dass ein bloßer Zeitunterschied eine Differenzierung der Haftung bei kumulativer und hypothetischer Kausalität nicht rechtfertigen könne, zu einer „schablonenhaften Betrachtung“ führe.

wäre.³⁷ Selbst eine minimale zeitliche Abweichung führt allerdings – nach einer weitverbreiteten Ansicht – zu einer anderen Lösung des Kausalitätsproblems: Anders als bei der kumulativen Kausalität, soll es durch die überholende Kausalität nicht zu einer solidarischen Haftung beider Schädiger kommen. Reale Kausalität geht demnach der hypothetischen Verursachung vor.³⁸ Haften soll derjenige, der den Schaden wirklich herbeigeführt hat. Spätere hypothetische Ereignisse sind auch in den Augen der Rechtsprechung dem Grundsatz nach unbeachtlich.³⁹ Der hypothetische Schädiger haftet nicht, weil er den Schaden nicht verursacht haben kann.⁴⁰

Das Prinzip der Irrelevanz von hypothetischen Ereignissen wird dessen ungeachtet bei einer sehr bedeutenden Gruppe, den sogenannten Anlageschäden, durchbrochen.⁴¹ Derselbe Schaden wäre hier ohnehin aufgrund einer Veranlagung – beispielsweise einer Vorerkrankung des Geschädigten – zeitlich versetzt eingetreten. Das beeinträchtigte Rechtsgut trug demnach den Schadenskeim bereits in sich, der später zur Zerstörung oder Beschädigung geführt hätte. Dies soll dem Schädiger zugutekommen.⁴² Er hat nur den durch die Vorverlagerung des Schadenseintritts entstehenden Nachteil zu ersetzen.⁴³

Die hypothetische Ursache gewinnt somit in einer Vielzahl von Fällen an Relevanz. Dabei verschwimmt die Grenze zur überholenden Kausalität – bei der die Reserveursache grundsätzlich unbeachtlich sein soll – zusehends. Dies und die aufgezeigte Nähe zur kumulativen Kausalität haben zu differenzierteren Perspektiven auf die überholende Kausalität in der Literatur geführt.⁴⁴

2. Schadensberechnung

Die vorherrschende Lehre in Österreich löst das Problem der überholenden Kausalität auf der Basis der zwei Schadensbegriffe⁴⁵, die dem ABGB zugrunde liegen.⁴⁶ Bei objektiv-abstrakter Schadensberechnung stellt die überholende Kausalität gar kein Problem dar. Relevant ist dabei allein

³⁷ Koziol, HPR I³Rz 3/58; Karner in KBB⁵ §1302 Rz 9.

³⁸ Statt vieler Reischauer in Rummel, ABGB³ §1302 Rz 14.

³⁹ RIS-Justiz RS0022653: „Der Umstand, dass ein Schade mehr oder weniger wahrscheinlich auch ohne die schadenbringende Handlung eingetreten wäre, und selbst der Umstand, dass der Beschädigte durch seine Tat den Beschädigten vielleicht vor einem nicht mit seiner Tat im Zusammenhang stehenden Schaden bewahrt hat, vermag die Schadenersatzpflicht des Beschädigten nicht aufzuheben.“; RIS-Justiz RS0022634; vgl aus der Lehre statt vieler Ehrenzweig, System I/2, 4; Wolf in Klang VI² 10; Reischauer in Rummel, ABGB³ §1302 Rz 14 ff; Niederländer AcP 153 (1954), 41 (50); dagegen Kleewein, Hypothetische Kausalität 87 ff; kritisch jüngst Trenker, ÖJZ 2013, 2 Fn 31; Apathy in FS Koziol 515 ff weist darauf hin, dass der Standpunkt des OGH keineswegs immer so eindeutig und dezidiert wäre, wie gemeinhin angenommen wird. In diesem Zusammenhang zeigt er auf, dass die reale Kausalität in Wahrheit auch nur eine hypothetische Kausalität sei. Auch nach Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1302 Rz 57 sei der Standpunkt des OGH keineswegs so klar.

⁴⁰ Sehr klar formuliert diesen Grundgedanken Larenz, Schuldrecht I¹⁴ 527: „Es ist m.E. nicht darum heranzukommen, daß im Falle nur hypothetischer Kausalität der für das hypothetische Ereignis Verantwortliche den schon vorher eingetretenen Schaden eben nicht wirklich verursacht hat.“; siehe dazu aus österreichischer Perspektive Reischauer in Rummel, ABGB³ §1302 Rz 14 ff.

⁴¹ RIS-Justiz RS0022678; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1302 Rz 57 wirft bereits Zweifel daran auf, dass der OGH konsequent nur von einer Haftung des realen Schädigers ausgeht; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1302 Rz 15.

⁴² Wendehorst, Ausgleich und Anspruch 128.

⁴³ F. Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung 99 ff; Karner in KBB⁵ § 1302 Rz 10.

⁴⁴ Vgl schon F. Bydlinski, JBI 1967, 130 (136) zur Rsp in Deutschland siehe Wendehorst, Ausgleich und Anspruch 128 ff; Gebauer, Hypothetische Kausalität 391 f.

⁴⁵ Siehe zur Problemstellung und zum Meinungsstand bei der Schadensberechnung: Kodek, Abstrakte Schadensberechnung – Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung, in FS Danzl (2017) 116 (117 ff).

⁴⁶ Grundlegend F. Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung 28 ff; Koziol, HPR I³Rz 3/67ff; aA Reischauer in Rummel, ABGB³ §1302 Rz 14 mit der Begründung, dass die abstrakte Schadensberechnung kein Prinzip unserer

der Zeitpunkt der Schädigung. Zur Haftung gezogen wird, im Ergebnis im Einklang mit der Rechtsprechung, der reale Schädiger. Spätere Veränderungen werden mit Verweis auf den Rechtsfortwirkungsgedanken unerheblich.⁴⁷

Sollte es zur subjektiv-konkreten Schadensberechnung, die den Wert im Vermögen des Geschädigten im Blick hat, kommen, so haften beide Schädiger solidarisch. *F. Bydlinski* unterstreicht, dass nur die Ursache hypothetisch sein dürfe. Es müsse in jedem Fall noch real rechtswidrig und schuldhaft gehandelt werden können. Das scheidet offensichtlich dann aus, wenn das Rechtsgut zum Zeitpunkt der Verwirklichung des zweiten Handlungsstranges bereits vollständig zerstört wurde.⁴⁸

Dieses Ergebnis wird von *Koziol* dahingehend weiterentwickelt, als es auch bei objektiv-abstrakter Schadensberechnung zu einer Solidarhaftung des realen und des hypothetischen Schädigers kommen solle, wenn der hypothetische Schädiger bereits rechtswidrig, schuldhaft und konkret gefährlich gehandelt habe. Es sei nicht hinzunehmen, dass allein ein minimaler zeitlicher Unterschied zu einem Umschwung von der solidarischen Haftung bei kumulativer Kausalität zur alleinigen Haftung des realen Schädigers bei der überholenden Kausalität führen könnte. Zudem sei die zerstörte Sache schon im Zeitpunkt der Zerstörung durch die hypothetische Ursache konkret gefährdet.⁴⁹

3. Abwägung der Umstände – die deutschen Lehren

Der Grundsatz der Irrelevanz von Reserveursachen, mit der Ausnahme der Anlageschäden, findet sich auch in der Judikatur des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes in Deutschland wieder.⁵⁰ Von großen Teilen der deutschen Lehre⁵¹ und vermehrt aufkommenden Stimmen in Österreich⁵² wird die Möglichkeit einer einheitlichen Lösung des Problems der überholenden Kausalität mittlerweile verneint. Nicht zuletzt wird bezweifelt, dass die Lösung auf rein begrifflicher Ebene, über die Verwendung eines Schadensbegriffes gefunden werden könne.⁵³ Aufgrund der großen

Rechtsordnung sei; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 23 f mit weiteren Nachweisen; *ders* in FS Danzl 116 (119) zweifelt daran, dass sich das Problem der überholenden Kausalität durch einen Begriff lösen lasse; auch dahingehend wohl *E. Wagner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ (2016) vor § 1293 Rz 23; *Harrer* in *Schwimmann*, Praxiskommentar ABGB³ (2006) Vor § 1293 Rz 23.

⁴⁷ *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 26 ff; *ders*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 192; *Koziol*, HPR I³Rz 3/67 ff; *Apathy* in FS *Koziol* 526 ff; *Karner* in KBB⁵ § 1302 Rz 9; dahingehend auch *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 527; kritisch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14; *Kodek* in FS Danzl 116 (119).

⁴⁸ *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 74 f; daran anschließend *Schobel*, JBI 2002, 771 (775); *Riss*, JBI 2004, 423 (425).

⁴⁹ *Koziol*, HPR I³ Rz 3/71; *ders*, RdW 2007, 12; zustimmend *Karner* in KBB⁵ § 1302 Rz 9; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1302 Rz 57; aA *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14 ff; vgl OGH 15.5.2008, 7 Ob 238/07m.

⁵⁰ Zum Beispiel BGHZ 29, 207 (215) = NJW 1959, 1131: Es ging in der oft zitierten Entscheidung um Wohnhäuser, die in den Jahren 1938 und 1939 im Zuge der Neugestaltung der Reichshauptstraße in Berlin rechtswidrig abgerissen wurden. Der BGH hielt den Einwand der Beklagten, dass die Häuser ohnehin später infolge der Kriegereignisse zerstört worden wären, für nicht entlastend; dazu *Deutsch*, Haftungsrecht I/1 168 f; kritisch zur Begründung des BGH *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 129 f; siehe auch *Niederländer* AcP 153 (1954), 41 ff (51); *Grunsky*, Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleich, in FS Hermann Lange (1992) 469.

⁵¹ *von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadenersatzrecht 1; *Grunsky* in FS Lange 469; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 81 ff; zum Meinungsstand vgl *Oetker* in MüKo/BGB⁷ § 249 BGB Rn 209 ff. *Oetker* selbst geht von einer grundsätzlichen Beachtlichkeit der hypothetischen Ursache aus.

⁵² *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 23 f; *ders* in FS Danzl 116 (119 und 127): abgeschwächt wohl dahingehend *Apathy* in FS *Koziol* 515 (528).

⁵³ So *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 23 f; *ders* in FS Danzl 116 (119 und 127): Es handele sich bei der abstrakten Schadensberechnung nicht um ein unverrückbares Dogma oder gar Allheilmittel für komplexe Probleme des Schadenersatzrechts; aA *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 192.

Fallgruppe der Anlageschäden, sei es zudem nicht stimmig von einem Grundsatz der Irrelevanz der hypothetischen Ursache auszugehen. Die Frage nach der Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit einer Reserveursache sei demzufolge eine Entscheidung im Einzelfall, die anhand von Wertungen vorzunehmen wäre.⁵⁴ Wenig verwunderlich bleibt es in der Folge umstritten, anhand welcher Kriterien im Detail zu differenzieren sei, ob gehaftet werde oder nicht und worin besagte Wertungen bestünden.⁵⁵ Ausschlaggebend soll der Zweck der übertretenen Norm, aber auch die Wahrscheinlichkeit, mit der sich die hypothetische Ursache verwirklicht hätte, der Unwertgehalt der Reserveursache, oder auch die zeitliche Abfolge sein.⁵⁶

Gewiss unbeachtlich ist nach beinahe einhelliger Lehre und Rechtsprechung in Deutschland die Reserveursache, wenn sie zur Verantwortlichkeit eines Dritten geführt hätte.⁵⁷ So wird ein Vandal, der ein Bild in einem Museum zerstört, nicht deswegen von seiner Haftung befreit, weil das Museum und damit auch das Bild wenige Tage später einem Brandstifter zum Opfer gefallen wären.⁵⁸ Der hypothetische Schädiger (Brandstifter) kann in dieser Konstellation gar nicht für den Schaden am Bild haften, weil er ihn nicht mehr verursachen konnte. Das Bild wurde bereits zuvor zerstört.⁵⁹ Berücksichtigte man daher die Reserveursache, ginge der Geschädigte (Eigentümer des Bildes) leer aus. Entlastet würde hingegen der haftpflichtige reale Schädiger (Vandal).⁶⁰ Es wird argumentiert, dass der Schaden hier eigentlich in der Vereitelung eines Schadensersatzanspruches gegen den hypothetischen Schädiger liege. Der wirkliche Schädiger haftet demnach für den Verlust des hypothetischen Anspruches gegen den Dritten.⁶¹ Ist der hypothetische Schädiger insolvent und könnte den Schaden ohnehin nicht ersetzen, so soll sich der erste Schädiger nicht auf die Undurchsetzbarkeit des hypothetischen Anspruchs berufen können.⁶²

Zum einen wird damit ein Unterschied zwischen der deutschen hL und den Lehren von *F. Bydlinski* und *Kozio*/augenscheinlich.⁶³ Zu einer solidarischen Haftung des hypothetischen mit dem realen Schädiger soll es nach der hL in Deutschland dem Grundsatz nach nicht kommen.⁶⁴ Die Reserveursache wird, wenn ein mit dem Erstscha den deckungsgleicher Zweitschaden eintreten würde, ausgeblendet und es haftet der reale Schädiger alleine. Das führt in der Folge zu einer weitgehenden

⁵⁴ Statt vieler *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 130; *Schiemann* in *Staudingers* Kommentar zum BGB VIII (2005) § 249 Rn 94; zur deutschen hL mit zahlreichen Nachweisen *Oetker* in *MüKo/BGB*⁷ § 249 BGB Rn 209 ff; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 23 f; *Trenker*, ÖJZ 2013, 2 (FN 31).

⁵⁵ So *Oetker* in *MüKo/BGB*⁷ § 249 BGB Rn 209.

⁵⁶ Vgl *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 130.

⁵⁷ Statt vieler *von Caemmerer*, Überholende Kausalität 21 f; *Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung (2004) 26; *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 526 f; *Oetker* in *MüKo/BGB*⁷ § 249 BGB Rn 214 f; siehe auch BGH in NJW 1958, 705: „Eine hypothetische Schadensursache kann nicht zugunsten des Schädigers berücksichtigt werden, wenn sie in der schädigenden Handlung eines Dritten besteht und der Geschädigte bei Wirksamwerden dieser Ursache von dem Dritten Schadensersatz beanspruchen könnte“; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1302 Rz 14 und 15 kann eine dahingehende Tendenz des OGH in SZ 39/172 aufzeigen; differenziert etwa *Deutsch*, Haftungsrecht/I 170 f.

⁵⁸ Vgl *Niederländer* AcP 153 (1954), 41 (53 ff).

⁵⁹ Siehe nur *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 527 FN 12.

⁶⁰ Dazu statt vieler *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 106 FN 208; zu den Gründen für die unvollständige Entlastungswirkung: *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 386 ff.

⁶¹ Vgl kritisch *Niederländer*, AcP 153 (1954), 41 (54); *Oetker* in *MüKo/BGB*⁷ § 249 BGB Rn 214 ff.

⁶² *Oetker* in *MüKo/BGB*⁷ § 249 BGB, Rn 214.

⁶³ *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 94 ff würde uU auch nach deutschem Recht beide Schädiger gemäß § 830 Abs 1 BGB solidarisch haften lassen, wenn die weiteren Voraussetzungen vorlägen.

⁶⁴ Übersicht zum Meinungsstand bei *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 390 ff: Es handle sich um die „praktisch einhellige Auffassung“; siehe auch *Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung 26 f. Auf den Umstand explizit hinweisend, dass darin ein Unterschied zu der von *F. Bydlinski* vertretenen Auffassung zu begreifen ist: *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 527 FN 12; *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 127 FN 293.

Einschränkung der Entlastungswirkung von hypothetischen Ursachen nach deutschem Recht. Sie werden nur in Ausnahmen berücksichtigt.⁶⁵ Zum anderen wird damit auch klarer, dass der Grundsatz der Irrelevanz der hypothetischen Ursache des OGH und die deutsche hL im Ergebnis in vielen Konstellationen gar nicht so weit auseinander liegen dürften.⁶⁶ Einigkeit besteht nach allen Lösungsansätzen zum Problem der überholenden Kausalität in Deutschland und Österreich darin, dass es nicht zu einer völligen Entlastung des realen Schädigers durch den hypothetischen Täter kommen kann. Umstritten bleibt, ob die Haftung stets auf den realen Schädiger reduziert werden soll.⁶⁷

B. Kausalität der Unterlassung

Eine Unterlassung ist für den Schaden dann kausal, wenn die Vornahme einer aktiven Handlung das Eintreten des Erfolges verhindert hätte.⁶⁸ Für die Prüfung der Kausalität wird daher der hypothetische Kausalverlauf hinzugedacht.⁶⁹ Anders als bei der Kausalitätsprüfung einer aktiven Handlung wird ein Ereignis nicht gedanklich eliminiert, sondern substituiert.⁷⁰ Die hinzugedachte Handlung ist allerdings real nie eingetreten, sondern eine reine Erfindung und Hilfsüberlegung.⁷¹

1. Die Wahrscheinlichkeit und der Inhalt der Hypothese

Schwierigkeiten ergeben sich zunächst auf Beweisebene. Die Konsequenzen des gebotenen, aber nicht gesetzten Verhaltens des Schädigers, lassen sich nur selten mit Sicherheit nachweisen.⁷² Die Rechtsprechung lässt es daher genügen, dass der Schaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch bei pflichtgemäßem Handeln eingetreten wäre.⁷³ Abgestellt wird auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge. Die Voraussetzungen für den Beweis der Kausalität liegen demgemäß unter dem Regelbeweismaß der ZPO, wonach für eine Feststellung eine hohe Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden muss.⁷⁴

Werden – wie in der zum Ausgangspunkt genommenen Entscheidung des OGH⁷⁵ – Folgereaktionen auf das hinzugedachte pflichtgemäße Verhalten des Schädigers berücksichtigt, so stellt sich anschließend die Frage, ob man die Folgeannahmen anhand objektiverer oder der konkreten Gegebenheit betrachtet. Hätte man sich *in concreto* folglich fragen müssen, wie die Vertrauensärztin der Schädigerin oder wie eine maßgerechte Ärztin die Fahrtauglichkeit eingeschätzt hätte? Überzeugend wird vertreten, dass das Verhalten einer vernünftigen Maßfigur wohl nur Indizwirkung

⁶⁵ Vgl. *Kozioł*, HPR I³Rz 3/65 f, der sich kritisch mit den deutschen Lehrmeinungen auseinandersetzt.

⁶⁶ Dahingehend bereits *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14 und 15, der darauf hinweist, dass die Haftung eines hypothetischen Dritten, der für das Ereignis einzustehen gehabt hätte, den realen Schädiger wohl auch in Österreich, nach einer Tendenz des OGH, nicht entlasten würde. Er verweist auf SZ 39/172 = EvBl 1967/155.

⁶⁷ Darauf hinweisend *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1302 Rz 52.

⁶⁸ Siehe nur *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 5.

⁶⁹ *Kozioł*, HPR I³Rz 3/14.

⁷⁰ *Zimmermann*, Digest of European Tort Law: Essential Cases on Natural Causation (2007) Rz 3.

⁷¹ *Kozioł*, RdW 2007, 12.

⁷² *P. Bydlinski*, ÖBA 2012, 797 (auch FN 59); *ders.*, ÖBA 2008, 159 (167); vor allem bei der Anlageberaterhaftung ist es strittig, wer den schwer zu erbringenden Nachweis der er hypothetischen Alternativenanlage zu erbringen hat; vgl. auch *Rebhahn*, Staatshaftung 653 ff; OGH 29.11.2017, 8 Ob 2/17

⁷³ OGH 28.2.2012, 4 Ob 145/11v = EvBl 2012/95 (*Rassl*); 29.11.2017, 1 Ob 112/17b = EvBl 2018/79 (*S. Gruber*).

⁷⁴ Mit weiteren Nachweisen siehe: *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³, vor § 266 ZPO (2017) Rz 11, 13 und 15.

⁷⁵ OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v = EvBl 2017/155 (*Zoppel*).

haben kann. Es sollte versucht werden, den Sachverhalt, nachdem das pflichtgemäße Verhalten eines durchschnittlichen Schädigers hinzugedacht wurde⁷⁶, realistisch weiterzudenken.⁷⁷

2. Die Reichweite der Entlastungswirkung in der Rechtsprechung

In der eingangs angesprochenen Entscheidung des 2. Senats des OGH hatte sich eine an *Parkinson* leidende PKW-Lenkerin über die Wirkung der ärztlich verschriebenen Medikamente auf ihre Fahrtauglichkeit nicht informiert.⁷⁸ Die zur Fahruntauglichkeit führende Wirkung gilt hingegen als erwiesen. Aufgrund der Intoxikation reagierte die zunächst Geschädigte, deren Mitverschulden fraglich war, im Anschluss an einen minderdramatischen Verkehrsunfall falsch. Sie verwechselte das Gaspedal mit der Bremse und konnte auch die Spur nicht mehr halten. Die für den Unfall in weiterer Folge kausale verminderte Reaktionsfähigkeit könne ein Laie jedoch in der Regel nur nach entsprechender ärztlicher Aufklärung einschätzen. Der PKW-Lenkerin wurde daher nicht die Teilnahme am Straßenverkehr in fahruntüchtigem Zustand vorgeworfen, sondern die Unterlassung der gebotenen Erkundigung hinsichtlich der Wirkung der zahlreichen eingenommenen Medikamente. Ein sorgfältiger Verkehrsteilnehmer sei zumindest dazu verpflichtet, einen Arzt zu konsultieren oder den Beipackzettel zu lesen, um die Wirkung eines Medikaments auf die Fahrtauglichkeit abzuklären.⁷⁹ Da es konkret um die Frage nach dem Mitverschulden der Lenkerin ging, prüfte der OGH, ob das sorglose Verhalten kausal war.⁸⁰ Die Kausalitätsprüfung besteht nun darin, zu erwägen, wie sich die Dinge gewöhnlich entwickelt hätten, wenn man sich an das vorgesehene Pflichtenprogramm gehalten hätte. Nach den oben dargestellten Grundsätzen ist das pflichtgemäße Verhalten hinzuzudenken. Es geht dabei nicht um die Frage, wie sich die Situation anschließend abstrakt weiter entwickelt hätte, sondern – soweit das eben möglich ist – um den konkreten Fall.⁸¹ Hier kommt es gerade wegen dieser subjektiven Elemente zu einer Überraschung, die zur Reichweite der Entlastungswirkung von hypothetischen Ereignissen überleitet. Der OGH kam zur Überzeugung, dass, wenn die Vertrauensärztin der Lenkerin nach der Wirkung der Medikation gefragt worden wäre, sich der Kausalverlauf nicht verändert hätte. Es wäre zwar davon auszugehen, dass sich eine Patientin an den Rat der behandelnden Ärztin gehalten hätte. Ebenso klar war, dass ein sorgfältiger Arzt auf die Fahruntauglichkeit hingewiesen hätte.⁸² Die konkrete Vertrauensärztin hätte allerdings – wie sich den Feststellungen entnehmen lässt – sorgfaltswidrig ihrer Patientin „bedenkenlos“ Fahrtauglichkeit attestiert. Die Unterlassung der Erkundigungspflicht wäre somit schon gar keine Bedingung für den eingetretenen Schaden gewesen. Das hinzugedachte, rein fiktive Verhalten einer Dritten – als Reaktion auf das ebenso fiktive Handeln der Schädigerin – würde im Ergebnis zu einer Entlassung aus der Haftung führen. Die Missachtung der Pflichten eines PKW Lenkers aus

⁷⁶ Vgl. A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 696.

⁷⁷ Vgl. zu Anlegerschäden *Kodek*, ÖBA 2012, 11; *Oberhammer*, Zu den Voraussetzungen der Prospekthaftung nach allgemeinem Zivilrecht, ÖBA 1998, 477.

⁷⁸ OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v = EvBl 2017/155 (*Zoppel*).

⁷⁹ *Gaisbauer*, Medikamentenbedingte Fahruntüchtigkeit, ZVR 1999, 38; *Kletečka-Pulker/Doppler*, Autounfall einer Parkinsonpatientin unter starkem Medikamenteneinfluss, JMG 2017, 187.

⁸⁰ Siehe dazu OGH 22.10.1992, 1 Ob 35/92 = JBl 1993, 389 (*Dullinger*); vgl. *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Vor § 1304 Rz 22.

⁸¹ Vgl. *Kodek*, ÖBA 2012, 11; *Oberhammer*, ÖBA 1998, 477; *Canaris*, Die Vermutung „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ und ihre Grundlagen in FS Hadding (2004) 3; *Rebhahn*, Staatshaftung 643 ff.

⁸² Konkret zu den ärztlichen Pflichten im Zusammenhang mit OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v; *Kletečka-Pulker/Doppler*, JMG 2017, 187.

§ 56 StVO blieben hingegen sanktionslos. Zu einer potentiellen Haftung der Ärztin bedurfte es keiner weiteren Erwägungen, da es keine reale Handlung gab, die man hätte beurteilen können.

C. Zwischenergebnis

Die beschriebenen Konstellationen der hypothetischen Kausalität stehen dem Grunde nach vor einem verwandten Problem. Um keine Wertungswidersprüche zu schaffen, sollten sich Lösungsvorschläge daher entlang derselben Linien orientieren, ohne aber die bestehenden Unterschiede zu ignorieren.⁸³

Die überholende Kausalität knüpft an einen spezifischen Ablauf an, wohingegen die Kausalität der Unterlassung einen Standardfall lösen muss. Zudem unterscheidet sich die Qualität der getroffenen Annahmen. Bei der überholenden Kausalität steht die Relevanz eines realen Verhaltens eines Dritten zur Diskussion. Damit stellt sich notwendigerweise die Frage nach dem Umgang mit der Handlung des Dritten in der Kausalitätsprüfung. Umstritten ist allenfalls, ob es zu einer solidarischen Haftung zwischen dem realen Schädiger und einem konkret gefährlich handelnden hypothetischen Dritten kommen soll. Zur völligen Entlastung des ersten Schädigers durch den hypothetischen Schädiger soll es hingegen nicht kommen.⁸⁴

Eine weiter gefasste Hypothese muss bei der Kausalitätsprüfung der Unterlassung gebildet werden. Es wird gefragt, ob der Schaden bei fiktiver Einhaltung des gebotenen Pflichtenprogrammes ausgeblieben wäre. Kann dies verneint werden, entfällt die Haftung des Schädigers. Aus der Perspektive des Geschädigten macht dieser Umstand jedoch einen entscheidenden Unterschied im Vergleich zu Fällen der überholenden Kausalität. Bei der überholenden Kausalität wird diskutiert, ob ein weiterer Haftpflichtiger dazu kommen soll, während es bei der Prüfung der Kausalität der Unterlassung um den gänzlichen Entfall der Haftung geht. Die Reichweite der hinzugedachten Handlungsstränge ist bei der Kausalitätsprüfung einer Unterlassung, das zeigt der Blick auf die Rechtsprechung⁸⁵, nichtsdestotrotz kaum eingeschränkt. Selbst das hypothetische Verhalten eines Dritten als Reaktion auf das ebenso erdachte Verhalten des Schädigers kann zur Haftungsbefreiung des realen Schädigers führen.

V. Entlastungswirkung durch die hypothetische Verantwortung eines Dritten

Um einer Ausuferung der Entlastungswirkung bei der Kausalität der Unterlassung entgegenzuwirken, wird zunächst ein Vorschlag zur Einschränkung der Prüfungshypothese gemacht. Anschließend soll eine Wertungsharmonie zum verwandten Problem der überholenden Kausalität hergestellt werden. Letztlich wird das Ergebnis aus rechtsvergleichender Perspektive abgesichert.

⁸³ Zur „Parallelität“ der Wertungen siehe III.C; dazu grundlegend *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts 5/125 f; 7/29 f; *ders* in FS Deutsch 179; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 221 ff; *Riss*, JBl 2004, 430 ff; *Niederländer*, JZ 1959, 618; kritisch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14a.

⁸⁴ Vgl statt vieler *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 221 ff.

⁸⁵ OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v = EvBl 2017/155 (*Zoppel*).

A. Einschränkung der Hypothese

Bei der Kausalitätsprüfung einer Unterlassung wird die Relevanz eines hypothetischen Kausalverlaufs notwendigerweise anerkannt. Die Hypothese ist aber – wie gezeigt wurde – nicht nur von anderer Qualität,⁸⁶ sondern auch dem Grunde nach allgemeiner formuliert, als bei der überholenden Kausalität. Schließlich soll ein Standardfall gelöst werden. Bei der überholenden Kausalität geht es hingegen um eine sachverhaltsbedingte Sonderkonstellation. Dabei steht immer das reale Verhalten eines Dritten und dessen Auswirkung auf die Verantwortlichkeit des Schädigers im Zentrum. Die Hypothese – der angenommene oder zweite Schädiger hätte den Schaden ohnehin auch verursacht – steht dabei bereits fest. Die Hilfsüberlegung, derer man sich bei der Kausalitätsprüfung einer Unterlassung bedient, kann indes variieren. Zwar sind die gebotenen Verhaltensvarianten, die hinzuzudenken wären, nicht unbeschränkt, hält man jedoch alle Reaktionen auf das pflichtgemäße hypothetische Verhalten des Schädigers für wesentlich, gelangt man ohne große Phantasie zu ausufernden Kausalitätsketten.⁸⁷ Diese müssten folglich wohl auch zu einer Entlastung führen. Die allgemein gehaltene Hypothese kann damit mE nur dann sachgerecht eingesetzt werden, wenn sie eine Einschränkung erfährt.⁸⁸ Diese Einschränkung fällt jedoch alles andere als leicht. *Schulin* hält zu Recht die Grenzziehungen zwischen Relevanz und Irrelevanz von erdachten Sachverhaltselementen für die schwierigste Frage bei der Kausalitätsprüfung einer Unterlassung.⁸⁹ Dabei muss schon aufgrund der Verschränkung von rechtmäßigem Alternativverhalten und Kausalität bei der Unterlassung der Normzweck stets das Leitmotiv bilden. Die Kausalität einer Unterlassung ist eben nicht bloß rein naturwissenschaftlich-logisch zu prüfen, sondern stellt eine normative Kategorie dar und ist damit von Wertungen mitgetragen.⁹⁰ Bei der Einschränkung der Hypothese kann der allgemeine Zweck des Schadensersatzrechts, Verhalten zur Schadensvermeidung zu

⁸⁶ In diese Richtung gehend jüngst zum rechtmäßigen Alternativverhalten OGH 28.2.2018, 6 Ob 234/17f.

⁸⁷ Vgl. *Canaris* in FS Hadding 3 (13): Zur Lehre vom „Erfolg in seiner konkreten Gestalt“: Es seien danach alle Umstände oder Vorgänge als ursächlich für ein bestimmtes Ereignis anzusehen, die vorliegen müssten, damit es sich so, an diesem Ort, zu dieser Zeit, in dieser Weise ereignen konnte. Nach dem Normzweck sei dann zu eruieren, welche Umstände irrelevant seien. *Canaris* entwickelt den Gedanken, dass bei einer unterlassenen Aufklärungspflicht, sich der Kausalverlauf schon dadurch verändert, weil keine freie Entscheidung mehr getroffen werde. Die Kausalität sei demnach auch dann zu bejahen, wenn der andere Teil sich trotz der Aufklärung genauso verhalten hätte, wie ohne diese.

⁸⁸ Zur Einschränkung der Prüfung der hypothetischen Kausalität *Schobel*, JBl 2002, 771 FN 9. *Schobel* setzt sich unter anderem mit dem Problem der sogenannten „intra-kausalen situativen Dependenz“ auseinander. Dabei geht es um Konstellationen, bei denen das Hinwegdenken einer hypothetischen Schadensursache dazu führt, dass eine andere Ursache in ihrer konkreten Form gar nicht mehr eintreten kann. *Schobel* spricht sich in diesem Zusammenhang für eine Einschränkung auf das direkte schadenskausale Moment aus. Wird beispielsweise eine Kuh, die bei Schlechtwettergefahr am Straßenrand steht, von einem sorglosen Lenker und einem Blitz gleichzeitig getötet, so sei nicht zu fragen, was passiert wäre, wenn der Bauer (Geschädigte) die Kuh ordnungsgemäß im Stall gehalten hätte. Um zu verhindern, dass das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten des Lenkers ohne Konsequenz bleibt, sei ausschließlich das unmittelbar schadensauslösende Moment als maßgebliche Ursache zu identifizieren und hinwegzudenken. Die Rahmenbedingungen (Kuh steht trotz Gewitters am Straßenrand) sollen hingegen unverändert bleiben.

⁸⁹ *Schulin*, Der natürliche – vorrechtliche – Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht 162 f.

⁹⁰ *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 8 f will die Beurteilung von hypothetischen Kausalverläufen auf einer Wertungsebene vornehmen. Es handele sich weniger um eine Frage der Kausalität und ginge mehr um ein Problem der Zurechnung. Zum rechtmäßigen Alternativverhalten im Zusammenhang mit Unterlassungen: *Kozioł*, Grundfragen des Schadensersatzrechts 7/23. *Kozioł* schließt den haftungsbefreienden Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei Vorsatz des Schädigers aus. Der Präventionsgedanke sei in diesen Fällen stärker; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung insbesondere 395 FN 24 lässt die Frage, welches Verhalten hinzuzudenken ist, weitgehend offen; mit einigen Einschränkungen aus strafrechtlicher Perspektive bezogen auf den sogenannten „Hadikgasse-Fall“ siehe *Burgstaller*, AnwBl 1980, 99 (102); jüngst A. *Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten 693 ff.

steuern, zur Orientierung dienen.⁹¹ Einheitslösungen nach einem Alles-oder-Nichts-Prinzip verbieten sich demnach.

Als Faustregel ist es zweckmäßig, die Hypothese auf das Verhalten des Schädigers und des Geschädigten zu begrenzen. Es müsste gefragt werden, ob der Schaden bei Hinzudenken des pflichtgemäßen Verhaltens trotzdem verursacht würde. Das plangemäße Verhalten des Schädigers bildet den hypothetischen Vergleichsmaßstab. Das haftungsbegründende Verhalten von hinzugedachten Dritten sollte regelmäßig keine Rolle spielen. Etwas anderes kann gelten, wenn es sich aus dem Zweck der übertretenen Norm ergibt.

Die vorgeschlagene Eingrenzung kommt nicht von ungefähr: Eine entsprechende Beschränkung wird bei der Kausalitätsprüfung von Handlungen nach der *Conditio sine qua non* Formel befürwortet. *Karollus* weist einprägsam darauf hin, dass ein Schlosser, der unberechtigt Nachschlüssel für Einbrecher anfertigt, von seiner Haftung nicht dadurch entlastet wird, weil höchstwahrscheinlich ansonsten ein erfundener anderer Schlosser dieselbe Tat begangen hätte.⁹² *Welser* führt aus, dass im Sinne der Lehre von der *conditio sine qua non* stets zu fragen sei, wie sich die Situation weiterentwickelt hätte, wenn man sich die Handlungen des Täters wegdenkt. Einzig die pflichtwidrige Handlung des Täters sei zu eliminieren. Nur danach richte sich schließlich der weitere Kausalverlauf. Jedenfalls dürfe das Verhalten des Täters nicht durch eine beliebige andere Handlung ersetzt werden.⁹³ *Kozioł* betont, dass es bei der Kausalitätsprüfung einer Handlung nicht angehe, ein anderes Verhalten zu fingieren und die Rechtsfolgen nach dem fingierten Verhalten eintreten zu lassen. Nur die wirklich gesetzte Handlung dürfe weggedacht werden.⁹⁴ *Kahrs* schränkt weiter ein und möchte jedenfalls das hypothetische unerlaubte Verhalten Dritter zwingend unbeachtet lassen – auch wenn es nahe läge, dass es sich ereignen könnte.⁹⁵

Da die Trennlinie zwischen einer Schädigung durch aktives Tun oder durch Unterlassen oftmals nur mit Schwierigkeiten gezogen werden kann⁹⁶, wäre es problematisch, die beiden Verhaltens-

⁹¹ So zu pragmatisch verstandenen Kausalitätsvoraussetzungen *Wagner* in MüKo/BGB⁷ § 823 BGB, Rn 69; er verweist auf *Hart/Honoré*, Causation in Law² IXXX.

⁹² *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 393 f FN 17.

⁹³ *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht (1970) 137; *Spendel*, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für Handlungsdelikte (1948) 34 f.

⁹⁴ *Kozioł*, HPR I³Rz 3/5 FN 14; *Kozioł*, RdW 2007, 12.

⁹⁵ *Kahrs*, Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht (1969) 40; in diese Richtung geht beim rechtmäßigen Alternativverhalten auch OGH 28.2.2018, 6 Ob 234/17f. Hingewiesen wird auch darauf, dass die Konstellation eine andere als bei der überholenden Kausalität sei, weil es in *concreto* auch „nur“ um das rein hypothetische Verhalten eines Dritten ginge.

⁹⁶ *Kozioł* in FS Deutsch 179 (182) zeigt, dass eine einfache Abgrenzung zwischen aktivem Tun und Unterlassen bedenklich sei; *Riss*, JBl 2004, 423; *Schulin*, Der natürliche – vorrechtliche – Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht 157 ist der Ansicht, dass die Unterscheidung zwischen aktivem Tun und Unterlassen keinen Einfluss auf die Prüfung der Kausalität haben dürfe. Er zeigt auch, dass der BGH im „Radfahrerfall“ (BGH in BGHSt 11, 1) sehr darauf bedacht ist, sich gar nicht festzulegen, ob eine Handlung oder eine Unterlassung geprüft werde; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung insbesondere 392 f und 402 FN 56 und *Rebhahn*, Staatshaftung 647 f zeigen Unterschiede bei der Zurechnung einer Unterlassung im Vergleich zu einem Tun auf. Diese ergeben sich mE aus der Kausalitätsprüfung selbst. Die Kausalität einer Unterlassung kann immer nur im Hinblick auf ein gebotenes Verhalten geprüft werden. Bestünden – so *Karollus* – mehrere gebotene Handlungen, die man als Vergleichskriterium heranziehen könne, so müsste man alle auch miteinbeziehen. Jedoch ließen sich die daraus resultierenden Divergenzen, nach beiden Autoren, durch das Einbeziehen anderer Elemente (zB Beweismaß) weitgehend abfedern. *Rebhahn* betont, dass es wesentlich von der Haftungsnorm abhängt, welche Verhaltensweisen noch einzubeziehen seien. Umso eher eine Pflicht bestünde, einen Erfolg zu verhindern, desto mehr schade dem Beklagten auch, dass sein Unterlassen das Risiko des Schadenseintritts im Vergleich zu einem Tun erhöht habe.

möglichkeiten grundsätzlich unterschiedlich zu behandeln und heterogene Ergebnisse zu riskieren. In beiden Fällen der Kausalitätsprüfung soll letztlich allgemein ermittelt werden, ob ein bestimmter Schaden einer bestimmten Person zugerechnet werden kann.⁹⁷ Es besteht somit eine wertungsmäßige Einheit zwischen der Kausalitätsprüfung nach der *Conditio sine qua non* Formel bei einer Handlung und jener bei einer Unterlassung.⁹⁸

Die Einschränkungen, die bei der Kausalitätsprüfung einer Handlung getroffen werden, müssten folglich auch bei einer Unterlassung gelten. Nur die pflichtgemäße Handlung des Schädigers ist hinzuzudenken. Reaktionen Dritter darauf – aber jedenfalls Handlungen, die zu einer fiktiven Schadenersatzpflicht von Dritten geführt hätten – sollten keine Berücksichtigung mehr finden. Zu betonen ist erneut, dass die vorgeschlagene Einschränkung unter keinen Umständen isoliert vom Zweck der übertretenen Norm vorgenommen werden darf.⁹⁹

B. Wertungseinheit der hypothetischen Kausalität

Unabhängig davon, welcher Lösung zum Problem der überholenden Kausalität man sich letzten Endes anschließt, besteht Einigkeit darüber, dass der reale Schädiger nicht unter Berufung auf die Verantwortlichkeit eines hypothetischen Schädigers von seiner Haftung befreit wird.¹⁰⁰ Die Judikatur und ein Teil der Lehre gehen sogar von einer gänzlichen Irrelevanz von hypothetischen Ereignissen aus. Nach dieser Ansicht kann das Verhalten von hypothetischen Dritten schon grundsätzlich keine Haftungsentlastung herbeiführen.¹⁰¹ Dieser Grundgedanke ist mit der oben angeregten Einschränkung der Hypothese ohne weiteres vereinbar.

Am intensivsten berücksichtigt wird das Verhalten des hypothetischen Schädigers in den Lösungsansätzen von *F. Bydlinski* und *Koziol* zur überholenden Kausalität und dem rechtmäßigen Alternativverhalten. Nach *F. Bydlinski* und *Koziol* soll es, wenn das Rechtsgut nicht völlig zerstört wurde, unter engen Voraussetzungen zu einer solidarischen Haftung des realen mit dem hypothetischen Täter kommen.¹⁰² Bezieht man diese Ansicht auf die Kausalität bei der Unterlassung im Zusammenhang mit dem Verhalten fiktiver Dritter, kann es vernünftigerweise nicht zu einer solidarischen Haftung des erdachten Dritten mit dem realen Schädiger kommen. Für ein rein erdachtes Verhal-

⁹⁷ *Koziol*, HPR I³Rz 3/14; *Larenz*, Ursächlichkeit der Unterlassung, NJW 1953, 686.

⁹⁸ *Deutsch*, Haftungsrecht/I 173 ff geht daher davon aus, dass die Unterlassung, sofern eine Pflicht zum Handeln bestanden hat, dem aktiven Tun gleichzustellen ist; vgl *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 455 f; *Hart/Honoré*, Causation in Law² 26, 37 f; *Riss*, JBl 2004, 423.

⁹⁹ Es lassen sich Fälle bilden, in denen der Zweck der Norm unter Umständen dazu führen kann, dass das Verhalten von Dritten durchaus eine Rolle spielen kann: So etwa bei Ansprüchen gegen den Staat wegen mangelnder Gefahrenabwehr durch Beaufsichtigung oder Information; freilich neben den Ansprüchen gegen den unmittelbaren Schädiger. Siehe grundlegend *Rebhahn*, Staatshaftung 650 ff, der sich dafür ausspricht, dass der Staat bei präventiver Aufsicht jedenfalls einwenden könne, dass selbst bei rechtmäßigem Handeln der Behörde und des Adressaten der Schaden eingetreten wäre, weil der Adressat (der unmittelbare Schädiger) die Anweisungen nicht schnell genug umsetzen hätte können. Aber auch wenn klar ist, dass der Adressat auf die Aufsichtsmaßnahmen nicht reagiert hätte, will *Rebhahn* den entlastenden Einwand der Behörde unter Umständen zulassen. Eingeräumt wird aber zu Recht, dass diese Fragen vom Inhalt und Zweck der Aufsichtspflicht determiniert werden; aA zur Zulässigkeit des entlastenden Einwands *Apathy*, Haftungsfolgen fehlerhafter Staatsaufsicht in *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben Haftungsfolgen (1988) 207 (226); vgl des Weiteren zur Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens *Canaris* in FS Hadding 3.

¹⁰⁰ Vgl *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1302 Rz 52.

¹⁰¹ RIS-Justiz RS0022653; vgl etwa *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1302 Rz 14.

¹⁰² *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 74 f; *ders*, System und Prinzipien des Privatrechts 192; *Koziol*, HPR I³Rz 3/67ff.

ten kann der Dritte – anders als ein konkret gefährlich handelnder und realer Täter bei der überholenden Kausalität – jedenfalls nicht zur Verantwortung gezogen werden. Aufgrund des weiter oben angesprochenen Gleichlaufes zwischen der Kausalität und der Prüfung des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei einer Unterlassung ist es daher überzeugender, eine Brücke zur von *Koziol*¹⁰³ vertretenen Ansicht zum rechtmäßigen Alternativverhalten zu schlagen. Nach *Koziol* kann das bloß hinzugedachte rechtmäßige Alternativverhalten des Schädigers niemals zu einer völligen Befreiung des Täters führen. Stattdessen solle es zu einer Schadensteilung zwischen realem Schädiger und Geschädigten kommen.¹⁰⁴ Legt man diesen Gedanken der Frage nach der Entlastungswirkung des Verhaltens von hypothetischen Dritten bei der Kausalität einer Unterlassung zugrunde, müsste konsequenterweise der Geschädigte, der für rein hypothetische Entwicklungen einzustehen hätte, gemeinsam mit dem realen Schädiger haften. Die entlastende Fiktion einer Ursache bei der Unterlassungsprüfung wäre, wie die fiktiven entlastenden Konsequenzen eines rechtmäßigen Alternativverhaltens nach der Ansicht *Koziols*, vom Geschädigten zu tragen.¹⁰⁵ Fraglich bleibt jedoch, mit Blick auf die vorgeschlagene Einschränkung der Hypothese, wann das Verhalten eines fiktiven Dritten bei der Unterlassungsprüfung überhaupt miteinbezogen werden muss und zu einer Verschiebung der Haftung zu Lasten des Geschädigten führen sollte.¹⁰⁶

Nach deutschem Recht ergibt sich ein wesentlicher Unterschied hinsichtlich der Beachtlichkeit von hypothetischen Ereignissen vielfach daraus, ob dahinter die schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit eines Dritten steht oder nicht.¹⁰⁷ Die hypothetische Haftung eines Dritten bildet nach beinahe einhelliger Lehre die Grenze jeder Berücksichtigung von Reserveursachen.¹⁰⁸ Man ist sich weitgehend einig darüber, dass dies „die wertungsmäßig allein plausible Lösung“¹⁰⁹ darstelle.¹¹⁰ Zum einen, weil sonst der Geschädigte leer ausginge.¹¹¹ Zum anderen hätte bei Hinwegdenken des realen Ereignisses zumindest ein Anspruch des Geschädigten gegen den hypothetischen Schädiger bestanden, der allerdings durch den realen Schädiger vereitelt wurde.¹¹² Dieses Argument sichert

¹⁰³ *Koziol* in FS Deutsch 179 (185)

¹⁰⁴ *Koziol* in FS Deutsch 179 (185).

¹⁰⁵ Vgl zur verwandten überholenden Kausalität mit dem Zufall *F. Bydliński*, Probleme der Schadensverursachung 78 ff; 95 ff; sich dem anschließend *Koziol*, HPR I³ Rz 3/78 ff. Die Schadensteilung wird hier allerdings wesentlich eingeschränkt.

¹⁰⁶ Zur alternativen Kausalität und den Figuren der kumulativen bzw überholenden Kausalität: *Koziol* in FS Deutsch 179 (185); zu beachten ist zudem, dass die Schadensteilung zu Ungunsten des Geschädigten zu verschieben wäre, wenn diesem zusätzlich ein Eigenverschulden zur Last fiele; siehe dazu den „Radfahrerfall“ des BGH in BGHSt 11, 1. Bei bewusster Wahl einer rechtswidrigen Handlung durch den Schädiger kommt zudem nach *Koziol* dem Präventions- und Sanktionsgedanken ein höheres Gewicht zu, sodass eine volle Haftung des Schädigers selbst bei geringen Verstößen gegen Verhaltensnormen gerechtfertigt sei. Hier wird deutlich, dass nach *Koziol* die Problemlösung an den Wertungen im Einzelfall orientiert werden soll. Kritisch bzw ablehnend *Reischauer* in *Rummel, ABGB*³ § 1302 Rz 14, 14a, der die Unterschiede zwischen rechtmäßigem Alternativverhalten und überholender Kausalität betont und darauf hinweist, dass bei rechtmäßigem Alternativverhalten schon gar keine Handlung vorliege, die den Schaden rechtswidrig herbeigeführt haben könne.

¹⁰⁷ So *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 386; hinsichtlich der rechtshistorischen Überlieferungen kann *Gebauer* auf *Mommsen*, Zur Lehre vom Interesse 146 ff verweisen, der die angesprochene Konstellation bereits vor mehr als 150 Jahren für nicht zu berücksichtigen ansah; *von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität 21 f; vgl zum *common law* *Hart/Honoré*, Causation in Law² 235 ff, 245; der OGH hat diese Frage in OGH 28.2.2018, 6 Ob 234/17f (zu Recht) offengelassen und in 26.6.2017, 2 Ob 117/16v wohl entgegen der hL in Deutschland entschieden.

¹⁰⁸ Siehe etwa *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 386; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich 127 ff.

¹⁰⁹ *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich 127 auf die ganz herrschende Meinung in Deutschland bezugnehmend.

¹¹⁰ Statt vieler *von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität 21 f.

¹¹¹ *von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität 21 f; *Kahrs*, Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht 164 ff; aA zum deutschen Recht *F. Bydliński*, Probleme der Schadensverursachung 94 ff.

¹¹² So schon *Mommsen*, Zur Lehre vom Interesse 149 FN 5.

gegen den naheliegenden Einwand ab, dass der Geschädigte eine Kompensation für einen Schaden erhält, den er bei rechtmäßigem Verhalten ohnehin erlitten hätte.

Nach einer weitverbreiteten Ansicht sei es dem Grundsatz nach nicht zulässig, dass dem wirklichen Schädiger ein fiktiv begangenes Unrecht zugutekomme. Es ist von einem offenen Wertungswiderspruch die Rede, der durch eine Entlastungswirkung mit dem Verweis auf eine bloß hypothetische Verantwortlichkeit eines Dritten entstehen würde.¹¹³ Nach *Gebauer* sei es ebenso naheliegend, eine Entlastung des Schädigers, wegen hypothetisch bestehendem Versicherungsschutz anzunehmen, wie aufgrund einer angenommenen Verantwortlichkeit eines Dritten. In beiden Fällen dürfe es zu keiner Entlastung des realen Schädigers kommen.¹¹⁴

Letztlich ist zumindest eine völlige Befreiung des real handelnden Ersttätters durch eine reine Fiktion nur schwer mit der schadenersatzrechtlichen Präventionsfunktion in Einklang zu bringen.¹¹⁵ Das Schadenersatzrecht soll einen Anreiz schaffen, Schädigungen zu vermeiden und das Verhalten der Rechtsunterworfenen dahingehend zu steuern, sich an Verhaltensnormen zu halten. Dieses Ziel wird durch die Anerkennung einer gänzlichen Entlastungswirkung durch erdachte Handlungen Dritter nicht optimal erreicht werden.

Im Ergebnis befindet man sich bei einer Verneinung der vollständigen Entlastungswirkung des Schädigers durch das hinzugedachte Verhalten eines Dritten bei der Kausalität der Unterlassung im Einklang mit allen beschriebenen Lösungsansätzen zur überholenden Kausalität.¹¹⁶ Wollte man hingegen dem bloß gedachten Verhalten eines hypothetischen Dritten eine gänzliche Entlastungswirkung für den realen Schädiger zuerkennen, täte sich ein Wertungswiderspruch zur überholenden Kausalität auf. Es würde in der Folge ein rein fiktives Verhalten bei der Kausalitätsprüfung der Unterlassung eine stärkere Entlastung des Schädigers bewirken, als ein zweites wirkliches Ereignis bei der überholenden Kausalität.¹¹⁷

VI. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Der OGH hat in einer aktuellen Entscheidung¹¹⁸ die Kausalität einer Unterlassung verneint, weil der Schaden selbst bei pflichtgemäßem Verhalten des Schädigers eingetreten wäre. Zur Entlastung führte jedoch letztlich das, als Reaktion hinzugedachte haftungsbegründende Verhalten eines Dritten. Die Entscheidung wurde zum Ausgangspunkt genommen, um die Grenzen der Entlastungswirkung der hypothetischen Kausalität zu diskutieren.

Die Kausalität einer Unterlassung wird durch das Hinzudenken des pflichtgemäßen Verhaltens geprüft. Als sinnvoll erweist es sich, diese weit gefasste Prüfungshypothese einzuschränken. Das Leit-

¹¹³ *Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung 26; kritisch zu diesem Begründungsmuster schon *Niederländer*, AcP 153 (1954) 41 (54).

¹¹⁴ *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 387 f.

¹¹⁵ Vgl zum rechtmäßigen Alternativverhalten *Kozioł* in FS Deutsch 179 (185), der in diesem Zusammenhang den das Schadenersatzrecht mitbeherrschenden Gedanken der Prävention und der Sanktion nennt. *Kozioł* plädiert auch aus diesem Grund für eine Schadensteilung, wenn bei rechtmäßigem Alternativverhalten der Schaden nicht eingetreten wäre; schon dahingehend *Niederländer* AcP 153 (1954), 41 (70 f); *Hart/Honoré*, Causation in Law² IXXX.

¹¹⁶ III.A.; statt vieler zum rechtmäßigen Alternativverhalten und der überholenden Kausalität: *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts 7/29.

¹¹⁷ Vgl *Kozioł* in FS Deutsch 179 (185); *Niederländer*, JZ 1959, 617.

¹¹⁸ OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v = EvBl 2017/155 (*Zoppel*).

motiv muss dabei der Zweck der übertretenen Norm sein. Als Faustregel bietet es sich an, die Kausalitätsprüfung auf das Verhalten des Schädigers und des Geschädigten zu reduzieren. Das fiktive haftungsbegründende Verhalten Dritter sollte keine Berücksichtigung mehr finden. Diese Einschränkung wird spiegelbildlich bei der Prüfung der Kausalität einer Handlung vollzogen. Nach der *Conditio sine qua non* Formel soll die Handlung des Täters reduziert werden, während es außer Betracht bleibt, dass ansonsten ein erfundener Dritter durch ein fiktives Verhalten den Schaden ebenso verursacht haben könnte.¹¹⁹

Die überholende Kausalität – als Referenzmodell der hypothetischen Kausalität – und die Kausalität einer Unterlassung stehen im Grunde vor einem verwandten Problem. Es geht um die Frage, ob der reale Schädiger durch ein erdachtes Ereignis entlastet wird. Ein wesentlicher Unterschied der beiden Kausalitätsfiguren liegt freilich in der Qualität, aber auch der Dimension der getroffenen Annahmen. Dennoch sollen die maßgebenden Wertungen bei der Lösung der beiden Kausalitätsprobleme parallel zueinander verlaufen.¹²⁰

Nach der Judikatur und einer weitverbreiteten Meinung zur überholenden Kausalität geht die reale der hypothetischen Kausalität grundsätzlich vor. Der erste oder reale Schädiger wird durch den zweiten oder hypothetischen Schädiger nicht vollständig entlastet. Am weitesten wird – sofern das Rechtsgut noch nicht vollständig zerstört wurde – das Verhalten des zweiten Schädigers nach *F. Bydlinski* und *Kozioł* miteinbezogen. Zu einer gänzlichen Haftungsbefreiung des realen Schädigers soll es jedoch auch nach ihnen nicht kommen. Unter engen Voraussetzungen wird von *F. Bydlinski* und *Kozioł* allerdings eine solidarische Haftung des konkret-gefährlich handelnden hypothetischen Schädigers mit dem realen Schädiger erwogen. Würde der Schädiger bei einer Unterlassung nun durch das erdachte Verhalten eines Dritten vollständig von seiner Haftung befreit, wäre der Wertungswiderspruch zur überholenden Kausalität augenscheinlich: Dem hinzugedachten Verhalten eines Dritten käme eine stärkere Entlastungswirkung zu, als der realen Reserveursache bei der überholenden Kausalität. Letztlich würde sich das fiktiv begangene Unrecht eines nicht haftenden Dritten zum Glücksfall für den realen Schädiger entwickeln.

Zusammengefasst lohnt es sich vor diesem Hintergrund, die uneingeschränkte Berücksichtigung von Hypothesen bei der Kausalitätsprüfung einer Unterlassung zu überdenken. Einen Orientierungspunkt bildet dabei eine vom konkreten Normzweck getragene Einschränkung der offenen Prüfungshypothese. Ferner sollten die gemeinsamen Wertungen innerhalb der Fallgruppe der hypothetischen Kausalität stärker beachtet und Wertungswidersprüche vermieden werden.

¹¹⁹ V.A.

¹²⁰ III.C.