

Anmerkung:

§ 1170 b ABGB will den Werkunternehmer gegen das mit der Vorleistungspflicht im Baugewerbe zusammenhängende Insolvenzrisiko absichern. Aufgrund der festen Verbindung des Bauwerks mit dem Grund stehen in diesem Bereich sonstige Sicherungsmöglichkeiten (Herausgabe des Werks Zug um Zug gegen Entrichtung des Entgelts, Eigentumsvorbehalt) nicht zur Verfügung (*B. Jud*, RdW 1998, 248). Dem Unternehmer wird deshalb ab Vertragsschluss ein Sicherstellungsanspruch hinsichtlich des ausstehenden Entgelts eingeräumt. In der Praxis wird die Sicherstellung allerdings oftmals erst eingefordert, wenn im Zuge der Bauausführung Unstimmigkeiten auftreten (*M. Bydlinski* in KBB⁵ § 1170 b Rz 1 mwN). Im konkreten Fall berief sich der Unternehmer überhaupt erst auf § 1170 b ABGB, als der Besteller den Werklohn wegen mangelhafter Leistung einbehält.

Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich lediglich mit den Rechtsfolgen des Rücktritts gem § 1170 b Abs 2 ABGB. Ob Sicherstellung nach mangelhafter Erfüllung noch verlangt werden kann, konnte der OGH hingegen – weil im Revisionsverfahren nicht mehr str – offenlassen. Das ist zu bejahen, weil sich auch der verbesserungspflichtige Unternehmer in jener schutzwürdigen Situation befindet, die § 1170 b ABGB zugrunde liegt: Da die Fälligkeit gem § 1170 ABGB erst mit Vollendung des Werks eintritt, berechtigen bereits geringfügige Mängel zur Einbehaltung des gesamten Werklohns (*Kletečka* in ABGB-ON^{1,02} § 1170 Rz 7). Aufgrund der ausstehenden Verbesserungen bleibt die Vorleistungspflicht damit zur Gänze aufrecht. Dass sich der Unternehmer durch die nachträgliche Einforderung der Sicherung bereits dem Insolvenzrisiko des Bestellers ausgesetzt hat, schließt die Anwendbarkeit des § 1170 b ABGB nicht aus. Das Begehren kann ab Vertragsschluss und solange Entgelt aussteht gestellt werden. Es ist damit in Übereinstimmung mit den ErläutRV (1058 BlgNR 22. GP 72) an keine zeitlichen Schranken geknüpft.

Verweigert der Besteller die Sicherstellung, kann der Unternehmer den Vertrag aufheben, womit sich die in der Entscheidung behandelte Frage nach den Rechtsfolgen stellt. Dass der Entgeltanspruch in diesem Fall bestehen bleibt, stellt einerseits der Verweis auf § 1168 Abs 2 ABGB klar (ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 73). Andererseits verdeutlicht § 1170 b ABGB, dass dem Unternehmer die Leistungserbringung nur

unter Sicherstellung zugemutet werden soll. Die Sicherstellungsobliegenheit stellt folglich eine zur Ausführung des Werks erforderliche Mitwirkung des Bestellers iSv § 1168 Abs 2 ABGB dar (krit *Schopper*, JAP 2006/2007, 53 [FN 65]).

In der Lehre wurde zwar darauf hingewiesen, dass sich der mangelhaft erfüllende Werkunternehmer auf diese Weise unter Beibehaltung des Entgeltanspruchs von seiner Verbesserungspflicht befreien kann (*Högl/Wiesinger*, JBl 2009, 155 [159 ff]; *Hörker* in ABGB-ON^{1,02} § 1170 b Rz 31; *Maier-Hülle*, immolex 2007, 230 [232]; *Panholzer*, ZBR 2016, 107 [112 f]; *Schmidinger*, bauaktuell 2012, 42 [44]). Das ist allerdings Konsequenz der Gefahrtragungsregel des § 1168 ABGB. Denn ähnlich wie § 1168 a ABGB, nimmt auch § 1170 b ABGB eine Risikoordnung vor und weist das Unterbleiben der Sicherstellung der Bestellersphäre zu. Gleiches wird für einen verwandten Fall vertreten: Erhebt der gewährleistungspflichtige Unternehmer die Unsicherheitseinrede gem § 1052 S 2 ABGB, kann er die Verbesserung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern. Unterbleibt die Sicherstellung, misslingt die Fertigstellung ebenfalls aus Gründen in der Bestellersphäre. Dem Unternehmer gebührt diesfalls das (um den ersparten Verbesserungsaufwand verminderte) Entgelt gem § 1168 ABGB (*Karollus/Lukas*, JBl 2001, 677, 766 [769 ff]). Nichts anderes kann für § 1170 b ABGB gelten, zumal dem Unternehmer damit ein von den Voraussetzungen des § 1052 S 2 ABGB unabhängiges (und insofern weitergehendes) Sicherstellungsrecht eingeräumt wird (ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 72).

Gegen diesen Entgeltanspruch steht dem Besteller auch kein Leistungsverweigerungsrecht mehr zu. Durch die Leistungsverweigerung soll auf den Werkunternehmer Druck ausgeübt werden, die Verbesserung vorzunehmen, weshalb nach einhelliger Auffassung ein aufrechter Verbesserungsanspruch Voraussetzung ist (*Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 1167 Rz 12; RIS-Justiz RS0021925). Mit der Vertragsaufhebung entfällt die Verpflichtung zur Verbesserung und damit auch die Grundlage des Leistungsverweigerungsrechts (zust *Berlakovits/Stanke*, bauaktuell 2016, 217 [220]; *Wagner*, ZVB 2016, 520 [522]; *Wenusch*, ZRB 2016, 173 [177]; *Wiesinger*, bauaktuell 2017, 33 [34]).

Severin Kietaibl,
WU Wien

⇒ Kein Unfallversicherungsschutz bei Erfrierungen

Art 6.1 UA00 (§ 179 VersVG)

⇒ Erfrierungen sind zwar Gesundheitsschädigungen, aber keine Unfallereignisse. Da sie allmählich anstatt „plötzlich“ auftreten, können sie nur unter Versicherungsschutz fallen, wenn sie durch ein Unfallereignis verursacht wurden (hier verneint, weil die nur allmähliche Änderung der Witterungs- und Umweltbedingungen anlässlich einer hochalpinen Bergtour objektiv nicht ungewöhnlich war).

⇒ „Plötzlich“ sind zwanglos alle Ereignisse, die sich in einem sehr kurzen Zeitraum unerwartet ereignen. Auch allmählich eintretende Ereignisse können unter den Begriff fallen, wenn sie nur für den VN unerwartet und unvorhergesehen waren. Ein Unfallereignis liegt aber nur dann vor, wenn objektiv für den betroffenen VN kein Grund bestand, mit den konkret eingetretenen Umständen zu rechnen, er davon überrascht wurde und ihnen nicht entgehen konnte. →

EvBl 2017/67

Art 6.1 UA00
(§ 179 VersVG)

OGH 28. 9. 2016,
7 Ob 79/16 I
(OLG Innsbruck
4 R 35/16 II,
LG Innsbruck
5 Gg 41/15 I)

Sachverhalt:

Zwischen den Streitparteien besteht ein Unfallversicherungsvertrag, dem die „Klipp & Klar Bedingungen für die Unfallversicherung 2010“ (kurz: UA00) zugrunde liegen; deren Art 6.1. UA00 lautet:

„Ein Unfall liegt vor, wenn die versicherte Person durch ein plötzlich von außen auf ihren Körper wirkendes Ereignis (Unfallereignis) unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erleidet.“

In dieser Entscheidung klärt der zust. Fachsenat des OGH – unter Zitierung österr. (krit.) und deutscher Lehre – den Unfallversicherungsschutz bei plötzlichen bzw. allmählichen Einwirkungen.

Der Kl. und sein Freund, beide geübte Tourenger, unternahmen eine mehrtägige alpine Hochtour über die Nollen-Route am Mönch in der Schweiz. Sie gelangten bei besten Wetterbedingungen zur Guggihütte auf 2.791 m. Die bestehenden Wetterbedingungen vor dem weiteren Aufstieg auf über 4.000 m und die Tagesprognose eigneten sich für die geplante Tour. Nach Überwindung der Nollen änderte sich die Wetterlage insofern, als ein stürmischer Wind mit Böen von bis zu 77–88 km/h zu wehen begann, welcher zwar das Gehen und Klettern beeinträchtigte, jedoch für die Höhe von ca. 4.000 m und den Schwierigkeitsgrad des Wegs nicht ungewöhnlich ist. Die Außentemperaturen lagen bei – für die Höhenlage ebenfalls nicht ungewöhnlichen – minus 10 bis minus 12° C. Aufgrund des Schneemangels befand sich am Weg nach den Nollen blankes Eis statt wie üblich Firnschnee. Auch dadurch mussten sie [der Kl. und sein Freund] langsamer und mit erhöhter Aufmerksamkeit gehen. Trotzdem lag die Aufstiegszeit des Kl. noch im Durchschnitt. Der Wind wurde mit zunehmender Höhe stärker, das Wetter war ansonsten einwandfrei, „was jedenfalls keinen Wetterumschwung im klassischen Sinn darstellt“. Sie trafen die alpine technische richtige Entscheidung, weiter zu gehen, weil beim restlichen Aufstieg keine technischen Schwierigkeiten zu erwarten waren und nur noch zwei bis drei Stunden vor ihnen lagen. Im Gegensatz dazu wäre der Abstieg aufgrund des Abseilens über die Nollen viel schwieriger gewesen und hätte etwa fünf bis sechs Stunden beansprucht.

Während des weiteren Aufstiegs bemerkte der Kl. ein „komisches Gefühl“ an den Zehen. Er erlitt an den Zehen Erfrierungen II. und III. Grades. An den Großzehen blieb ein dauerhafter Schaden in Form von Taubheitsgefühl und Sensibilitätsstörungen.

Der Kl. war auf der Tour in keiner Notsituation, sondern hat die schwierigen Verhältnisse alpine technisch richtig gemeistert. Er war auch nicht überfordert. Zu den Erfrierungen kam es aufgrund des ungünstigen Zusammentreffens folgender Faktoren: relativ kalte Außentemperaturen, stürmischer Wind, kalte Eisoberfläche (geringe Firnauflage), wegen der schwierigen Bedingungen notwendiger dauernder Einsatz von Steigeisen und Klettern in Seilschaft. Dass alle diese Faktoren zusammentreffen, war für den Kl. nicht vorhersehbar; jedoch muss man bei einer alpinen Hochtour wie dieser damit rechnen.

Der Kl. beehrte von der Bekl. die Zahlung von € 30.139,- aus der Unfallversicherung und hilfsweise die Feststellung des Versicherungsschutzes. Bei den Erfrierungen und den daraus resultierenden Dauerschä-

den handle es sich nach der Bedingungslage um einen vom Versicherungsschutz umfassten Unfall.

Die Bekl. wendete ein, dass kein Unfall nach den Versicherungsbedingungen vorliege, weil die Körperschäden nicht auf ein plötzlich von außen auf den Körper wirkendes Ereignis zurückzuführen seien.

Das ErstG wies das Klagebegehren ab.

Das BerG bestätigte das ErstU.

Der OGH gab der Rev. des Kl. keine Folge.

Aus den Entscheidungsgründen:

[Unfall als „plötzliches“ Ereignis – Vorentscheidung und krit. Lehre]

IZm der bei einem Auftauchgang aufgetretenen Caisson-Krankheit (Taucherkrankheit) hat der OGH in der E 7 Ob 320/04 s, RIS-Justiz RS0082022 (T 7) ausgesprochen, dass jedenfalls dann kein Unfall vorliegt, wenn der Tauchgang nicht durch ungewollte und ungeplante Umstände gestört wurde. Erfolgte bei einem Tauchgang der Auftauchgang vorschriftsgemäß, liegt beim Auftreten der Caisson-Krankheit aufgrund der Konstitution des Tauchers kein „plötzliches“ Ereignis vor, weil die Gesetzmäßigkeit der Druckverhältnisse allg. bekannt ist. Die Veränderung der Luftdruck- und Sauerstoffverhältnisse ist nach objektiven Maßstäben nicht überraschend und unentrinnbar (und damit ist der Bedingung nicht plötzl.).

Diese Entscheidung wird von *Palten* (Unfall oder nicht Unfall – das ist hier die Frage! Unfallbegriff und Unfallbeweis im [Zerr-]Spiegel der österr. Judikatur, VR 2012 H 1–2, 32 [37]) kritisiert. Es gehe nicht um das Erwartungsgemäße an den Druckverhältnissen, sondern um das Fehlen des „Plus 1“ (spezifisches Unfallereignis), weil der Versicherte nicht wegen Erscheinens eines gefährlichen Wasserbewohners (Hai!) oder wegen technischer Probleme an seiner Ausrüstung zum übereilten Auftauchen gebracht worden sei. Er habe völlig korrekt *lege artis* gehandelt und dennoch einen Schaden erlitten. Das sei ein Unglück, aber kein Unfall.

[BGH-Rsp und deutsche Lehre]

2.2. Der BGH hat in seiner E 24. 9. 2008 IV ZR 219/07 (NJW 2008, 3644 = VersR 2008, 1683) unter Verweis auf Vorjudikatur zu einer vergleichbaren deutschen Bedingungslage ausgesprochen, dass Fälle allmählicher Einwirkungen von Witterungsbedingungen nur dann ein Unfallereignis darstellen würden, wenn der VN durch ein hinzutretendes äußeres Ereignis in seiner Bewegungsfreiheit so beeinträchtigt werde, dass er den Einwirkungen von zB Kälte oder Hitze hilflos ausgesetzt sei. In der E 15. 2. 1962 II ZR 95/60 (NJW 1962, 914) wurde als ein solches Ereignis das Verhängen des Kletterseils ohne unmittelbare Körperschädigung angesehen, was zur Folge hatte, dass der Versicherte in einer Bergwand festgehalten wurde und infolgedessen erfror. Nach stRsp des BGH müsse das Unfallereignis plötzlich eintreten; wann aus einem solchen Geschehen ein Schaden entstehe, spiele keine Rolle (IV a ZR 204/87 mwN VersR 1988, 951). Habe sich das Geschehen innerhalb eines kurzen Zeitraums verwirklicht, sei es stets plötzlich, ohne dass es auf die Erwartungen des

Betroffenen ankomme. Lediglich in den Fällen, in denen sich das Geschehen nicht innerhalb eines kurzen Zeitraums ereigne, würden auch weitere Ereignisse vom Versicherungsschutz umfasst, die für den Betroffenen unerwartet, überraschend und unentrinnbar seien (IV ZR 390/12 mwN VersR 2014, 59). Die bloße Vorhersehbarkeit des schädigenden Ereignisses sei nicht maßgeblich (IV a ZR 204/87 VersR 1988, 951).

2.3. Nach der deutschen Lehre sei „plötzlich“ als Gegensatz zu „allmählich“ anzusehen (*Knappmann* in *Prölss/Martin*, VVG²⁹ § 178 Rn 13 mwN uva). Die Einwirkung, nicht aber die dadurch bewirkte Gesundheitsschädigung müsse plötzlich erfolgen. Wann das Ereignis zu einer Gesundheitsschädigung führe, sei in diesem Zusammenhang nicht entscheidend; sie könne sich auch allmählich entwickeln, sofern noch ein zeitlicher Kausalzusammenhang mit dem Unfallereignis bestehe (*Leverenz* in *Bruck/Möller*, VVG⁹ § 178 Rn 82; *Knappmann*, aaO § 178 Rn 16; *Grimm*, Unfallversicherung⁵ AUB 2010 Rn 22, 26; *Wussow/Pürckhauer*, AUB⁶ § 1 III Rn 43).

Das Kriterium der Plötzlichkeit fehle, wenn Ereignisse kontinuierlich über eine längere Dauer oder in der Wiederholung über einen längeren Zeitraum auf den Körper wirken würden (*Grimm*, aaO AUB 2010 Rn 22). Entscheidend sei, dass das Unfallereignis plötzlich eingetreten sei. Allmählich wirkende Ereignisse seien hingegen grds auch dann auszuschließen, wenn die versicherte Person ihnen nicht ausweichen könne (*Leverenz*, aaO § 178 Rn 98). Die Absicherung von (schleichenden) umweltbedingten Gesundheitsbeeinträchtigungen gehöre – auch aus Sicht eines verständigen VN – nicht zu den Aufgaben der Unfallversicherung (*Leverenz*, aaO § 178 Rn 94).

Bei Augenblicksereignissen sei das Merkmal der Plötzlichkeit immer zu bejahen. Der Begriff der Plötzlichkeit erschöpfe sich jedoch nicht in dem Zeitpunkt, er schließe vielmehr alternativ auch ein subjektives Element des Unerwarteten, nicht Vorausgesehenen, Unentrinnbaren mit ein, das an die Erwartungen und Vorstellungen des Betroffenen anknüpfe. Entscheidend sei, ob der Verletzte die gesundheitsschädigende Wirkung vorhergesehen habe. Voraussetzung sei aber auch hier ein abgegrenzter und zusammenhängender Zeitrahmen. Würde auf die zeitliche Eingrenzung völlig verzichtet, würden alle schädlichen Umwelteinflüsse oder auch andere Witterungseinflüsse, denen sich der Einzelne nicht entziehen könne, als Unfälle qualifiziert werden können. Das widerspräche dem erkennbaren und in den Bedingungen vorausgesetzten Wortgehalt (*Knappmann*, aaO § 178 Rn 14; vgl auch *Leverenz*, aaO § 178 Rn 90 ff; *Grimm*, aaO AUB 2010 Rn 22 f, 26 f; *Wussow/Pürckhauer*, aaO § 1 III Rn 38 ff). Ob der Verletzte die Gefahr hätte erkennen oder sich der Einwirkung hätte entziehen können – wie überhaupt jedes Verschuldenselement –, sei unerheblich (*Knappmann*, aaO § 178 Rn 14; *Grimm*, aaO AUB 2010 Rn 27; *Leverenz*, aaO § 178 Rn 101). Das (subjektive) Erfordernis des Unerwarteten und Unvorhergesehenen sei idS zu verstehen, dass es objektiv für den Betroffenen keinen Grund und Anlass gegeben habe, das Unfallereignis in seiner konkreten Gestaltung voraussehen und dass er dem Ereignis deshalb nicht

entgehen habe können (*Wussow/Pürckhauer*, aaO § 1 III Rn 41; *Leverenz*, aaO § 178 Rn 99 f; vgl auch *Grimm*, aaO).

Erfrieren könne infolge einer plötzlich eingetretenen Bewegungsunfähigkeit als Unfallfolge vom Versicherungsschutz umfasst sein (vgl *Knappmann*, aaO § 178 Rn 13; *Grimm*, aaO AUB 2010 Rn 20). Eine plötzliche Körpereinwirkung sei zB gegeben, wenn ein Bergsteiger während einer Tour von einer nachhaltigen Verschlechterung der Wetter- und Sichtverhältnisse überrascht wird, sodass er nicht mehr zum Abstieg in der Lage sei (*Dörner* in Münchener Kommentar zum VVG, § 178 Rn 62, 78).

[Beurteilung durch den OGH – objektiver Maßstab für „Plötzlichkeit“]

3 Der erkSen hat dazu erwogen:

3.1. Zum Begriff der „Plötzlichkeit“ des Unfallgeschehens gehört – wie vom OGH bereits dargelegt – das Moment des Unerwarteten und des Unentrinnbaren. „Plötzlich“ sind damit zwanglos alle Ereignisse, die sich in einem sehr kurzen Zeitraum unerwartet ereignen. Es können aber auch allmählich eintretende Ereignisse unter den Begriff fallen, wenn sie nur für den VN unerwartet und unvorhergesehen waren. Dazu bedarf es aber einer Einschränkung, weil ansonsten besorglos handelnde VN gegenüber achtsamen vorausschauenden benachteiligt wären. Dazu dient die Unfallversicherung nicht. Der durchschnittliche VN erwartet auch nach der Bedingungsfrage nicht, dass jedweder Unglücksfall versichert ist. Es ist also ein objektiver Maßstab einzuziehen. Ein Unfallereignis liegt damit nur dann vor, wenn objektiv für den betroffenen VN kein Grund bestand, mit den konkret eingetretenen Umständen zu rechnen, er davon überrascht wurde und ihnen nicht entgehen konnte. Hat also ein VN zwar selbst nicht damit gerechnet, den konkreten widrigen Umständen in dieser Form zu begegnen, hätte er dies aber objektiv betrachtet in der konkreten Situation tun müssen, mangelt es an der beachtlichen subjektiven Komponente, sodass nicht von „Plötzlichkeit“ und einem Unfallgeschehen gesprochen werden kann.

[Ergebnis: Kein Unfall]

3.2. Für den vorliegenden Fall bedeutet das Folgendes:

Die Witterungs- und Umwelteinflüsse, denen der Kl und sein Begleiter ausgesetzt waren und die zu den Erfrierungen führten, traten in zeitlicher Hinsicht nicht plötzlich ein. Es gab keinen unerwarteten Wetterumschwung, etwa in Form eines unvermittelt aufziehenden Gewitters oder Sturms, dem der Kl (zwangsläufig) hilflos ausgesetzt war, sondern das Wetter änderte sich der Höhenlage entsprechend allmählich. Der Kl begegnete objektiv keinen ungewöhnlichen Verhältnissen und er geriet während des Aufstiegs auch in keine Notlage. Vielmehr war er in der Lage, den Aufstieg in durchschnittlicher Zeit ohne Überforderung zu bewältigen. Dabei bediente er sich Techniken, die bei einer Tour im hochalpinen Gelände üblich sind.

Der Kl sah zwar die konkreten Witterungs- und Umwelteinflüsse subjektiv nicht voraus, doch musste man nach den Feststellungen objektiv mit ihnen bei

einer solchen alpinen Hochtour, wie sie der Kl unternahm, rechnen. Der Kl kann sich daher objektiv nicht darauf berufen, er sei von den äußeren Verhältnissen unentrinnbar überrascht worden.

Damit fehlt es an der „Plötzlichkeit“ des Geschehens iS der Bedingungen. Ein anderes Auslegungsergebnis würde dazu führen, dass alle Gesundheitsschädigungen im Zuge von Witterungs- und/oder Umwelteinflüssen vom Versicherungsschutz erfasst wären, was ein durchschnittlicher VN nach der Bedingungs-lage nicht erwartet.

Das Wort „plötzlich“ in Art 6.1. UA00 bezieht sich nur auf das von außen auf den Körper wirkende Ereignis, nicht jedoch auf die Unfallfolge (Gesundheitsschädigung). Erfrierungen treten allmählich und nicht

Hinweis:

Auch nach dem hier maßgebenden Art 6.1. der „Klipp & Klar Bedingungen für die Unfallversicherung 2010“ hätte der Kl – als Voraussetzung für das Vorliegen eines Unfalls – durch ein plötzlich von außen auf seinen Körper wirkendes Ereignis (Unfallereignis) unfreiwillig eine Gesundheitsschädigung erleiden müssen.

Dazu berief sich der OGH zunächst auf folgende stRsp:

Dass eigenes Verhalten zum Unfall beitragen, ihn sogar herbeiführen kann, ist in der Unfallversicherung nicht zweifelhaft. Dabei wird zwar ein gewolltes und gesteuertes Verhalten des VN nicht als Unfallereignis angesehen werden können; ein Unfall ist aber zu bejahen, wenn der Vorgang vom Versicherten bewusst und gewollt begonnen und beherrscht wurde, sich dieser Beherrschung aber durch einen unerwarteten Ablauf entzogen und nunmehr schädigend auf den Versicherten eingewirkt hat (RIS-Justiz RS0082008). Zum Begriff der „Plötzlichkeit“ des Unfalls gehört das Moment des Unerwarteten und des Unentrinnbaren. Für den Versicherten muss die Lage so sein, dass er sich bei normalem Geschehensablauf den Folgen des Ereignisses im Augenblick ihres Einwirkens auf seine Person nicht mehr entziehen kann (RIS-Justiz RS0082022; vgl Perner in Fenyves/Schauer, VersVG § 179 Rz 10 mwN). Der VN trägt die (Behauptungs- und) Beweislast für den Versicherungsfall und die Ursächlichkeit des Unfalls für die Invalidität (RIS-Justiz RS0122800).

Von diesen allg Grundsätzen wurde auch in der nunmehr vorliegenden Entscheidung nicht abgegangen.

Helge Hoch

Anmerkung:

Der OGH hatte die Frage zu beurteilen, ob die im Zuge einer mehrtägigen Bergwanderung erlittene Gesundheitsschädigung des Kl „durch ein plötzlich von außen auf [seinen] Körper wirkendes Ereignis“ verursacht wurde, was zur Deckung aus der Unfallversicherung geführt hätte. Der Gerichtshof verneint dies mangels Plötzlichkeit, was auf Basis der in der Entscheidung wiedergegebenen Feststellungen gut vertretbar erscheint. Das Ergebnis ist – wie immer, wenn der Ver-

plötzlich auf und wirken nicht von außen, Sie stellen eine Gesundheitsschädigung dar, können aber nicht selbst als Unfallereignis iS der Bedingungen aufgefasst werden. Es bedarf zuerst eines Unfallereignisses, das hier fehlt, das zu den Erfrierungen führt, damit diese unter den Versicherungsschutz fallen können.

3.3. Es liegt demnach hier kein Unfall iSd Art 6.1. UA00 vor, es handelte sich um einen nicht gedeckten Unglücksfall.

3.4. Die Versicherungsbedingungen stellen auf den tatsächlichen Eintritt eines Unfallereignisses ab. Darauf, ob ein Bergsteiger mit weniger guten Fähigkeiten in eine Notlage geraten wäre, kommt es nicht an.

4. Die Vorinstanzen haben daher zu Recht das Klagebegehren abgewiesen.

sicherer keine Leistung erbringen muss – aus Perspektive des Versicherungsnehmers unerfreulich, jedoch schlicht dem Umstand geschuldet, dass nicht jeder Unglücksfall den Versicherungsschutz auslöst, sondern nur ein Unfallereignis (ausführlich Palten, VR 2012, H 1–2, 32 ff; Perner in Fenyves/Schauer, VersVG-Kommentar [2016] § 179 Rz 8 ff).

In Grenzfällen – ein solcher lag hier vor – ist die Abgrenzung naturgemäß schwierig. Der OGH stellt zutreffend auf die Perspektive des durchschnittlichen Versicherungsnehmers ab, der tatsächlich nicht damit rechnet, dass schlechthin jede Gesundheitsschädigung infolge von Wittereeinflüssen gedeckt ist. Wer sich in der irrigen Annahme, ihn erwarte ein lauer Sommerabend, zu leicht kleidet, hat zwar Deckung aus der Unfallversicherung, wenn er vom Blitz getroffen wird, nicht aber, wenn er nach einem Gewitter mit einer schweren Verköhlung ins Spital muss. Die vom OGH für die Unterscheidung von Unglück und Unfall – also die primäre Risikoumschreibung – ins Treffen geführte Begründung überzeugt damit im Grundsatz.

Der Gerichtshof erliegt durch das Abstellen auf die Erwartungshaltung des Versicherungsnehmers außerdem erfreulicher Weise nicht der Versuchung, sich auf die oberflächlich-begriffliche Ebene zurückzuziehen. So wäre es falsch zu fragen, ob „Erfrierungen ein Unfall sind“, weil damit nur die Unfallfolge angesprochen würde, nicht aber das der Erfrierung zugrunde liegende Ereignis. Auch das bloße Rekurrieren auf eine „tagelange Wanderung“ reicht nicht aus, um die Plötzlichkeit auszuschließen. Selbstverständlich kommt es auf die konkreten Umstände an, weshalb etwa eine wetterbedingte Notlage sehr wohl als Unfall einzuordnen sein kann.

Der OGH weist darauf hin, dass eine abweichende Auslegung zu einer Bevorzugung besonders sorglos handelnder Versicherungsnehmer gegenüber achtsamen vorausschauenden führte. Diesem Argument ist auf der abstrakten Ebene der Risikoumschreibung in Grenzfällen (Unglück oder Unfall?) zuzustimmen. Zu beachten ist freilich, dass konkretes Fehlverhalten des Versicherten irrelevant ist (vgl Perner in Fenyves/Schauer, VersVG § 179 Rz 11). Die fahrlässige Herbeiführung eines Unfalls soll gerade nicht schaden, Vorsatz nur dann, wenn er auch die Gesundheitsschädi-

gung umfasst (§ 181 Abs 1 VersVG; zB beabsichtigte Selbstverletzung). Auch ein erwartbarer, aber im konkreten Fall nicht erwarteter Geschehensablauf (zB: flüchtiger Versicherungsnehmer wird erschossen; Ver-

sicherungsnehmer taucht zu schnell auf) kann plötzlich sein (zutr *Palten*, VR 2012 H 1 – 2, 36 ff).

Stefan Perner,
Universität Linz

→ Benützungsentgelt für Dachbodenausbau

§ 18 WEG (§ 1041 ABGB)

→ Die Verfolgung eines Anspruchs auf Zahlung eines Benützungsentgelts gegen einen Mit- und Wohnungseigentümer, der allgemeine Teile der Liegenschaft ohne Zustimmung der übrigen aus-

Sachverhalt:

Die Kl ist die Eigentümergemeinschaft einer Liegenschaft, auf der ein Wohnhaus mit zwei aneinander gebauten Gebäudetrakten (Stiegen 1 und 2) errichtet ist. Diese verfügen über einen Dachboden. Die Bekl kaufte im September 2011 die Wohnung top 10 auf Stiege 2 samt Terrasse und Dachboden.

1992 hatte die damalige Alleineigentümerin der Liegenschaft (eine GmbH) Miteigentumsanteile zur Begründung von Wohnungseigentum verkauft. Verkäuferin und Käuferin räumten sich wechselseitig Wohnungseigentum an Räumlichkeiten und Wohnungen ein. Die Wohnung top 10 auf Stiege 2 besteht laut Nutzwertfestsetzung aus einer Wohnung mit 83,40 m², einer Terrasse mit 4,23 m² und einem Dachboden mit 72,20 m² Nutzfläche. Die Miteigentumsanteile entsprechen dieser Nutzwertfestsetzung und dem Wohnungseigentumsvertrag. Der Einzelrechtsvorgänger der Bekl kaufte im Jahr 1992 diese Wohnung top 10 und hielt im Vertrag fest, dass er den Dachboden von 72,20 m² von der Wohnungseigentumseinheit zu trennen und gemeinsam mit dem über der Wohnung liegenden Dachboden auszubauen beabsichtige. In zwei weiteren Verträgen übertrug die GmbH die Rechte des Dachbodenausbau an den Rechtsvorgänger der Bekl. Dieser erwirkte Baubewilligungen für den gesamten Dachbodenausbau, den er aber nur zum Teil realisierte. Er errichtete die über der Stiege 2 gelegene Dachgeschosswohnung 11A; die Nutzwerte wurden idF neu festgesetzt. Die Wohnung top 11A hat eine Nutzfläche von 139,87 m² unter Einbeziehung der Dachbodenfläche von 71 m² (Zubehör zur Wohnung top 10). Dieser Dachausbau entspricht nicht der Baubewilligung; daher wurde kein neuer Wohnungseigentumsvertrag geschlossen, der den Ausbau des Dachbodens im Rahmen der neuen Nutzwerte berücksichtigt hätte. Eine Vereinbarung zur Festlegung eines abweichenden Aufteilungsschlüssels oder einer abweichenden Abrechnungseigenheit gibt es nicht. Das Objekt verfügt über eine gemeinsame Wärmeversorgungsanlage.

Die Kl (Eigentümergemeinschaft) begehrt näher aufgeschlüsselte, anteilige Bewirtschaftungs-, Heiz- und Warmwasserkosten für das Objekt top 11A. Die Bekl nutze einen Teil des noch nicht parifizierten Dachbodens und weigere sich, irgendwelche mit der Nutzung verbundenen Aufwendungen zu zahlen. Die Vorschreibung und Einbringlichmachung von laufenden Bewirtschaftungskosten gehöre zur Verwaltung

schließlich nützt, gehört nicht zur Verwaltung der Liegenschaft iSd § 18 Abs 1 Satz 1 WEG 2002.

→ Es ist aber zulässig, dass ein Mit- und Wohnungseigentümer einen solchen Anspruch nach § 1041 ABGB an die Eigentümergemeinschaft abtritt.

der Liegenschaft. Außerdem hätten die Miteigentümer die Klagsführung beschlossen und der Kl ihre allfälligen Ansprüche zediert. Die Bekl bestritt die Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs, die Aktivlegitimation der Kl, eine rechtswirksame Forderungsabtretung sowie die Schlüssigkeit des Begehrens. Die Verpflichtung, zu den Aufwendungen der Liegenschaft nach § 32 WEG 2002 beizutragen, richte sich nach der dinglichen Rechtsposition als Wohnungseigentümer.

Das ErstG wies das Klagebegehren ab.

Das BerG bestätigte die Entscheidung.

Der OGH hob die Entscheidungen auf und verwies zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurück.

Aus der Begründung:

[Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs]

Die Vorinstanzen haben die Einrede der Unzulässigkeit des streitigen Rechtswegs weder im Spruch noch in den Entscheidungsgründen behandelt, weshalb dem OGH die Prüfung dieses Prozesshindernisses nicht verwehrt ist (RIS-Justiz RS0114196; RS0039774; 5 Ob 200/14 v).

Primär maßgeblich für die Abgrenzung des streitigen vom außerstreitigen Verfahren sind der Inhalt des Begehrens und die anspruchsbegründenden Tatsachenbehauptungen (stRsp RIS-Justiz RS0013639; RS0005861). Von Bedeutung ist die Natur, das Wesen des erhobenen Anspruchs (RIS-Justiz RS0045718; RS0045584).

Die Kl brachte im Kern vor, dass sich die Bekl trotz vielfacher Aufforderung weigere, irgendwelche mit der Nutzung des nicht parifizierten, rechtswidrig errichteten Objekts verbundene Aufwendungen zu zahlen. Seit mehr als drei Jahren entziehe sie dieses Objekt der allgemeinen Nutzung und nutze es ausschließlich selbst. Es ist unstrittig, dass die Bekl im Grundbuch nur als Eigentümerin der Wohnung top 10 eingetragen ist und die Dachbodenwohnung 11A mangels Parifizierung und Begründung von Wohnungseigentum an diesem Objekt nach wie vor als allgemeiner Teil der Liegenschaft anzusehen ist, soweit es nicht um die einbezogene Dachbodenfläche geht, die im Grundbuch als Zubehör zur Wohnung 10 eingetragen ist.

Nach § 32 Abs 1 WEG 2002 sind die Aufwendungen für die Liegenschaft einschließlich der Beiträge zur Rücklage von den Wohnungseigentümern nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile zu tragen. Dafür

EvBl 2017/68

In dieser Entscheidung klärt der OGH die Anspruchsberechtigung für Entgelt wegen Nutzung eines nicht baubewilligungskonform ausgebauten Dachbodens.