



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling als Vorsitzenden sowie den Hofrat Hon.-Prof. Dr. Kuras, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner und die Hofräte Mag. Ziegelbauer und Dr. Brenn als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien Dr. Eva *****, vertreten durch Mag. Ferdinand Kalchschmid, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen die beklagte Partei B***** Gesellschaft mbH & Co KG, *****, vertreten durch Mag. Albert Frank, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen 12.001,31 EUR sA, über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Landesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 19. Juni 2012, GZ 1 R 321/11d-79, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Innsbruck vom 26. August 2011, GZ 26 C 2073/04m-73, teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird aufgehoben und in der Sache dahin zu Recht erkannt, dass das Urteil des Erstgerichts, das in seinem die Klage abweisenden Teil als unangefochten von dieser Entscheidung unberührt bleibt, in seinem der Klage stattgebenden Teil wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 838,08 EUR (darin enthalten 139,38 EUR USt) bestimmten Rekurskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Dem Berufungsgericht wird die Fällung der Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz aufgetragen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die damals 53-jährige Klägerin zog sich im April 2003 als Hotelgast im von der Beklagten betriebenen „Sporthotel“ beim Duschen in ihrem Hotelzimmer eine Legionellen-Pneumonie mit Leberbeteiligung zu. Im Hotel wurde daraufhin eine zum Teil massive Kontamination des Wassers mit Legionellen festgestellt.

Das Hotel verfügt über ein Trinkwasser-Zirkulationssystem. Das erwärmte Trinkwasser (eigentlich: Brauchwasser) wird mit einer eigenen Zirkulationspumpe zur Zentrale zurückgeführt und dort wieder erwärmt, um es in den Verteilerleitungen warm zu halten und ein Auskühlen dieser Leitungen in Entnahmepausen und bei Stagnationen zu verhindern. Die genauen baulichen Gegebenheiten des Wasserversorgungssystems des Hotels im Jahr 2003 sind nicht feststellbar. Im Leitungssystem der Trinkwasseranlage bildeten sich aber zumindest fünf Stagnationsbereiche durch parallel geführte Leitungen. In derartigen parallelen Leitungen steht das Wasser, was zur Folge hat, dass warmes Wasser stärker auskühlt als notwendig bzw sich kaltes Wasser stärker erwärmt, wodurch die Vermehrung von Legionellen begünstigt wird. Anlässlich einer Nachbeprobung am 5. 6. 2003 wurde an der Zirkulation vor dem Wärmetauscher eine Temperatur von 50,1° C gemessen; am 2. 7. 2003 ergaben die Messergebnisse Temperaturen unter 55° C. Die Temperatur des erwärmten Trinkwassers in den Speichern war an Thermometern ablesbar. Es kann nicht festgestellt werden, auf welche Temperatur die Mischer 2003 eingestellt waren.

Bis zumindest März 2003 hatte ein Installationsunternehmen sämtliche Reparatur- und

Wartungsarbeiten an der Wasserversorgungsanlage im Hotel der Beklagten durchgeführt.

Bereits ab April 2001 bestand für Ärzte für den Fall der Befundung einer Legionellen-Erkrankung eine Meldepflicht. Für Ärzte und Hygieniker war damals klar, dass vor allem Menschen mit Immunschwäche einem Ansteckungsrisiko dann unterliegen, wenn Legionellen bei Temperaturen unter 60° C in Speichersystemen und bei Temperaturen unter 55° C an Wasserausläufen Populationen gebildet haben und bei Durchmischung von Wasser und Luft - wie etwa beim Duschen - über legionellentragende Wasserpartikel in die Atemwege gelangen. Die Landessanitätsdirektion für Tirol führte hinsichtlich der Legionellen-Problematik Ende 2001 und Anfang 2002 Gespräche mit der Tourismussektion der Tiroler Wirtschaftskammer und informierte auch die Fachgruppe Installationsbetriebe. Die Wirtschaftskammer Tirol gab in einer knappen Form Basisinformationen darüber an ihre Mitglieder weiter, deren näherer Inhalt nicht feststellbar ist. Die Landessanitätsdirektion reichte überdies ein Legionellen-Merkblatt von 2002 an die Bezirkshauptmannschaften und die Wirtschaftskammer weiter, erließ jedoch keine direkte Empfehlung an die Wirtschaftskammer für Tirol oder die dortigen Fachgruppen Tourismus oder Installationsbetriebe dahingehend, ältere Brauchwasser-Anlagen zu überprüfen. Medizinern und Hygienikern war es seit 1976 geläufig, dass Warmwasser- und Klimaanlage als mögliche Verursacher für Legionellen-Pneumonien in Frage kommen. Der Informationsprozess in Europa dauerte jedoch Jahrzehnte. Das Installationsunternehmen hat im Hotel der Beklagten vor der Ansteckung der Klägerin die Auslasstemperaturen nicht

geprüft.

Die 1950 geborene Klägerin war bei ihrem Aufenthalt im Hotel der Beklagten am 10. und 11. 4. 2003 knapp über 53 Jahre alt und in einem Krankenhaus als Abdominalchirurgin tätig. Sie erlitt infolge der Infektion 11 Tage mittelschwere und 57 Tage leichte Schmerzen (in komprimierter) Form. Nach Wiederaufnahme ihrer Arbeit als Ärztin litt sie bis zu ihrer Pensionierung im Jahr 2006 unter einer vorher nicht gekannten großen Ermüdbarkeit mit Erschöpfungszuständen und länger notwendigen Erholungsphasen, von denen nicht feststellbar ist, ob die Legionellen-Erkrankung für sie ursächlich war. Es kann nicht festgestellt werden, ob die Legionellen-Infektion für die Klägerin nach dem 14. 5. 2003 direkte krankheitswertige Folgen hatte, ebenso wenig, ob die Klägerin länger als vom 20. 4. bis zum 14. 5. 2003 auf Unterstützung für drei Stunden pro Tag in der Führung ihres Haushalts mit zwei mj Kindern angewiesen war. Bei 11 EUR brutto als Ansatz für eine Hilfskraft ergeben sich für 75 Stunden rechnerisch 825 EUR.

Die **Klägerin** beehrte insgesamt 14.843,31 EUR sA (10.000 EUR Schmerzensgeld; 1.536,31 EUR an kausalen Auslagen; 40 EUR an kausalen Spesen und 3.267 EUR an Kosten einer Haushaltshilfe während der Zeit ihres Krankenstandes). Die Beklagte sei aufgrund des Gastaufnahmevertrags mit der Klägerin verpflichtet gewesen, ihre Leistungen so zu erbringen, dass keine Gesundheitsschädigung der Klägerin erfolge. Die Wasserversorgungsanlage des Hotels habe nicht dem Stand der Technik entsprochen und sei gefährlich gewesen. Bei Großanlagen wie dem Hotel der Beklagten müsse beim Warmwasseraustritt eine Temperatur von 60° C erreicht und das gesamte Trinkwasser und die Vorwärmstufen mindestens

einmal täglich auf 60° C erwärmt werden. Eine seit Jahrzehnten veraltete und ungenügende Warmwasserversorgungsanlage schaffe ein erhebliches gesundheitliches Risiko für Hotelgäste. Die Legionellen-Problematik sei in einschlägigen Fachkreisen seit mindestens 10 Jahren diskutiert worden. Jedenfalls die beauftragte Installationsfirma hätte die Problematik erkennen und die Beklagte warnen müssen. Die Beklagte habe für deren Verschulden einzustehen.

Die **Beklagte** beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Der aus Anlass der Erkrankung der Klägerin festgestellte Legionellen-Befall des Trinkwassers im Hotelbetrieb werde zwar zugestanden. Weder die Beklagte noch das die Wasserversorgungsanlage regelmäßig betreuende Installationsunternehmen hätten aber nach ihrem damaligen Informationsstand und nach dem ihnen damals zumutbaren Wissensstand eine von der Anlage ausgehende Gefahr der Verseuchung des Trinkwassers mit Legionellen erkennen können. Das Installationsunternehmen sei auch nicht als Erfüllungsgehilfe in der Vertragsbeziehung zur Klägerin anzusehen. Falls nach dem damaligen Wissensstand eines Installateurs die Legionellen-Problematik bekannt gewesen sei, hätte die Installationsfirma eine Warnpflicht getroffen.

Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren im Umfang von 12.001,31 EUR statt (Schmerzensgeld 9.600 EUR; Spesen 40 EUR; kausale Auslagen 1.536,31 EUR und Ersatz der Kosten einer Haushaltshilfe im Ausmaß der Außerstreitstellung der Beklagten von 825 EUR) und wies das Mehrbegehren der Klägerin ab. Es bejahte die Haftung der Beklagten. Die Verantwortlichen des von der Beklagten ständig betrauten Installationsunternehmens hätten trotz Kenntnis des Gefahrenpotentials von Warmwasseranlagen bei

niedrigen Temperaturen keine Warnhinweise gegeben. Auch habe niemand die Temperaturen der Anlage und der Auslässe überprüft.

Das **Berufungsgericht** bestätigte den klageabweisenden Teil des Ersturteils, gab aber der Berufung der Beklagten Folge und hob den stattgebenden Teil der Entscheidung des Erstgerichts auf. Der Gastwirt habe den Gast vor allen Gefahren entsprechend dem jeweiligen Stand der Technik zu schützen. Er müsse die Installationen laufend überprüfen und instand halten. Nach den bisherigen Feststellungen sei allerdings nicht auszuschließen, dass der Geschäftsführer der Beklagten damals keine Kenntnis von der Legionellen-Problematik gehabt habe. Zur Beurteilung, ob die Beklagte „aus tatsächlicher unmittelbarer Kenntnis des Gefahrenrisikos“ hafte, bedürfe es daher ergänzender Feststellungen darüber, ob der Geschäftsführer der Beklagten vom Installationsunternehmen entsprechende Informationen erhalten habe.

Die Klägerin habe aber auch geltend gemacht, dass der Beklagte für das Verschulden des Installationsunternehmens hafte, das als Erfüllungsgehilfe des Beklagten zu qualifizieren sei. Daran sei richtig, dass die Beklagte auch für selbständige Erfüllungsgehilfen, und zwar auch bei der Erfüllung der Neben-, Schutz- und Sorgfaltspflichten, hafte. Für die Beurteilung der Frage, ob das Installationsunternehmen Erfüllungsgehilfe der Beklagten sei, sei eine genaue Ermittlung der vertraglichen Pflichtenlage erforderlich. Entscheidend sei, ob das Installationsunternehmen bei der Verfolgung der Interessen der Beklagten tätig und in deren Risikobereich einbezogen gewesen sei. Hier sei die Beklagte verpflichtet gewesen, alle Gefahrenquellen im Hause, vor allem auch die

Wasserinstallationen, laufend - zumindest jährlich - zu überprüfen sowie einwandfrei zu warten. Dies gelte umso mehr, als es sich bei der Wasserversorgungsanlage in ihrem Hotel im April 2003 offensichtlich um eine bereits ältere Anlage gehandelt habe. Es stehe aber noch nicht fest, ob die Beklagte dem Installationsunternehmen einen konkreten Auftrag zur regelmäßigen Kontrolle der gesamten Anlage erteilt und dem Unternehmen daher die aus dem Beherbergungsvertrag treffenden Schutz- und Sorgfaltspflichten übertragen habe. Hätte die Beklagte einen solchen Auftrag erteilt, wäre sie überdies verpflichtet gewesen, die Durchführung der entsprechenden Arbeiten regelmäßig zu kontrollieren. Nur unter all diesen Voraussetzungen könne sie den Nachweis eines fehlenden Verschuldens iSd § 1298 ABGB erbringen. Nicht aufgeklärte Umstände gingen zu Lasten der Beklagten, die ihre Verschuldensfreiheit nachzuweisen habe. Das Installationsunternehmen sei jedenfalls im Jahre 2003 - selbst wenn es keine tatsächliche Kenntnis von der Legionellen-Problematik gehabt habe - im Hinblick auf den nach § 1299 ABGB geltenden Haftungsmaßstab verpflichtet gewesen, sich über den aktuellen Stand von Gefahren bzw Risiken und daraus resultierenden notwendigen Instandhaltungsarbeiten zu informieren, wenn es einen Auftrag zur laufenden Instandhaltung der gesamten Installationsanlage eines Hotelbetriebs übernimmt.

Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof ließ das Berufungsgericht zu, da zur Rechtsfrage, zu welchen Prüfungs- und Instandsetzungs- bzw Instandhaltungsarbeiten ein Hotelbetreiber bezüglich einer schon älteren Wasserinstallationsanlage insbesondere zur Hintanhaltung der Gefahr einer Legionellen-Infektion verpflichtet sei,

höchstrichterliche Rechtsprechung fehle.

Gegen diesen Aufhebungsbeschluss richtet sich der **Rekurs** der Klägerin, der auf die Wiederherstellung des Urteils des Erstgerichts abzielt.

Mit ihrer Rekursbeantwortung beantragt die Beklagte, dem Rekurs der Gegenseite den Erfolg zu versagen.

Der Rekurs ist - wie sich aus den folgenden Ausführungen ergibt - zulässig und auch berechtigt.

I.1. Die Klägerin hat mit der Beklagten einen typischen Beherbergungsvertrag geschlossen. Dabei handelt es sich um einen „gemischten“ Vertrag, der nicht nur miet-, sondern auch werk-, kauf- und dienstvertragliche Elemente aufweist (RIS-Justiz RS0020600; RS0020591; *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³ § 970 Rz 5; *Rummel* in *Rummel* ABGB³ § 859 Rz 22). Zu den vom Hotelier geschuldeten Leistungen gehört - jedenfalls bei einem Hotel der hier zu beurteilenden Kategorie - auch eine zum ordentlichen Gebrauch geeignete Dusche mit Warmwasser, deren gefahrlose Benützung sicherzustellen ist (RIS-Justiz RS0023361, RS0020749 uva).

I.2. Bei der Beurteilung der aus dem Beherbergungsvertrag resultierenden Schutz- und Sorgfaltspflichten wird auf den Bestandvertrag und die dem Bestandgeber gegenüber dem Bestandnehmer obliegenden Pflichten abgestellt (RIS-Justiz RS0020884). Diese umfassen die nach dem jeweiligen Stand der Technik zumutbare Ausschaltung aller Gefahrenquellen (RIS-Justiz RS0020749). Welche Sicherungsmaßnahmen einem Gastwirt zumutbar und erforderlich sind, hängt dabei jeweils von den Umständen des Einzelfalls ab (RIS-Justiz RS0078150). Die Sorgfaltspflichten (Verkehrssicherungspflichten) aus dem Gastaufnahmevertrag dürfen dabei auch nicht überspannt werden (RIS-Justiz

RS0023311). Es sind aber jedenfalls jene Instandhaltungs- und Verbesserungsarbeiten durchzuführen, die nach den dem jeweiligen Stand der Technik entsprechenden Mindeststandards zumutbar sind (8 Ob 2290/96i mwN). Dabei können in geeigneten Zeitabständen auch Überprüfungen durch einen Fachmann erforderlich sein (1 Ob 428/57: Untersuchung des Zustandes des Geländers; 1 Ob 428/57: dem Stand der Technik entsprechende Balkonbrüstung; 2 Ob 216/01f: Handläufe der Stiege).

I.3. In diesem Sinn hat der Gastwirt bzw Hotelier insbesondere auch die im Beherbergungsbetrieb vorhandenen Elektro-, Gas- und Wasserinstallationen regelmäßig überprüfen und dem Ergebnis dieser Kontrolle entsprechend einwandfrei instandsetzen zu lassen (so bereits 1 Ob 600/93; vgl auch 4 Ob 113/10m: Überprüfung der Mindestwerte an freiem Chlor im Whirlpool).

Der dagegen erhobene Einwand der Beklagten, sie habe zum damaligen Zeitpunkt von der Legionellen-Problematik nichts gewusst und als Hotelbetreiberin auch nicht wissen müssen, überzeugt nicht:

Es wurde bereits ausgeführt, dass es zu den selbstverständlichen Pflichten eines Gastwirts bzw Hoteliers gehört, alle ihm zumutbaren Maßnahmen zu ergreifen, um seinen Gästen die gefahrlose Benutzung des Beherbergungsbetriebs und seiner Anlagen zu ermöglichen. Er hat daher auch alles Notwendige zu tun, um die möglichst gefahrlose Benützung der Wasserversorgungseinrichtungen und der damit verbundenen Anlagen zu ermöglichen. Nun muss aber jedem Gastwirt oder Hotelier bewusst sein, dass von einer Wasserversorgungsanlage (noch dazu bei einer - wie hier - schon älteren Anlage) bei mangelhafter Wartung und Betreuung Gefahren für die Gäste ausgehen können (zB

Verbrühungen, Verunreinigung des Wassers mit Keimen etc), weshalb es - wie schon oben ausgeführt - zu den Pflichten des Hoteliers gehört, die Wasserversorgungsanlage regelmäßig auf mögliche Gefahrenquellen kontrollieren zu lassen und für die erforderliche Wartung der Anlage zu sorgen. Ob der Hotelier dabei jede der möglicherweise von einer Wasserversorgungsanlage ausgehenden Gefahren konkret kennt, ist dafür gar nicht entscheidend.

Überdies trifft es nicht zu, dass es 2003 für einen Hotelier schlechterdings nicht möglich war, die Legionellen-Problematik zu kennen. Nach den Feststellungen führte die Landessanitätsdirektion für Tirol bereits Ende 2001, Anfang 2002 über dieses Thema Gespräche unter anderem mit der Tourismussektion der Tiroler Wirtschaftskammer. Diese informierte darüber bereits 2002 ihre Mitglieder - dazu gehört auch die Beklagte - sodass der Beklagten auch aus diesem Grund - auch wenn der Inhalt der Information im Detail nicht festgestellt werden konnte - das Erfordernis einer Überprüfung der Wasserversorgungsanlage durch einen Fachmann bewusst sein musste.

II. Im vorliegenden Fall geht es um die Gewährleistung einer entsprechenden Mindesttemperatur im Wassersystem, um die Entstehung von Legionellen zu verhindern. Nach den Feststellungen war diese Mindesttemperatur durch verschiedene Mängel im Wasserversorgungssystem nicht gewährleistet. Inwieweit dies zum fraglichen Zeitpunkt auch auf der Temperaturanzeige ersichtlich war, ist den Feststellungen nicht eindeutig zu entnehmen. Zu Recht ist das Berufungsgericht aber davon ausgegangen, dass diese Mängel des Wasserversorgungssystems (Stagnationsbereiche) für einen Fachmann ersichtlich sein mussten. Schließlich steht fest,

dass die Landessanitätsdirektion für Tirol Ende 2001, Anfang 2002 auch die Fachgruppe Installationsbetriebe der Wirtschaftskammer Tirol über die Legionellen-Problematik informierte und dass die Wirtschaftskammer diese Information an ihre Mitgliedsbetriebe weitergab. Das Berufungsgericht hat daraus zutreffend geschlossen, dass die Verantwortlichen des Installationsunternehmens, das unter diesen Umständen als Fachunternehmen zur Einholung allenfalls erforderlicher weiterer Informationen verpflichtet war, im Jahr 2003 die Problematik erkennen hätte müssen.

III. Dass die Beklagte selbst über das zur Überprüfung der Wasserversorgungsanlage und zur Gewährleistung einer gefahrlosen Wasserversorgung erforderliche Fachwissen verfügt, hat sie nicht behauptet und ist im Verfahren auch nicht hervorgekommen. Wie ausgeführt, war sie daher im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechung verpflichtet, einen Fachmann, dem die Mängel der Wasserinstallation auffallen mussten (§ 1299 ABGB), mit der (regelmäßigen) Überprüfung der Wasserversorgungsanlage zu beauftragen.

IV. Nach dem festgestellten Sachverhalt hat die Beklagte das Installationsunternehmen regelmäßig für Installationsarbeiten im Hotel herangezogen. Grundsätzlich zutreffend weist das Berufungsgericht allerdings darauf hin, dass Feststellungen über die von der Beklagten dem Installationsunternehmen erteilten Aufträge fehlen, sodass nicht beurteilt werden kann, ob das Installationsunternehmen nur mit anlassbezogenen Reparaturarbeiten oder mit darüber hinausgehenden (regelmäßigen) Wartungs- und Kontrollarbeiten beauftragt war. Nur im letzteren Fall kann aber dem Installationsunternehmen ein Fehlverhalten vorgeworfen werden. Im Gegensatz zum Berufungsgericht

erachtet aber der Oberste Gerichtshof die Rechtssache dessen ungeachtet als spruchreif:

V. Sollte die Beklagte das Installationsunternehmen tatsächlich nur mit anlassbezogenen Reparaturen, nicht aber - zur Ausschaltung möglicher Gefahrenquellen - mit einer darüber hinausgehenden Kontrolle und der laufenden Wartung der Wasserversorgungsanlage beauftragt haben, hätte sie ihre oben ausführlich dargestellte Verpflichtung, alles zu tun, um den Gästen die gefahrlose Benützung der Wasserversorgungseinrichtungen und der damit verbundenen Anlagen zu ermöglichen, verletzt. Unter dieser Voraussetzung wäre die Beklagte - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - schon aus diesem Grund für den von der Klägerin erlittenen Schaden haftpflichtig.

VI.1. Sollte hingegen die Beklagte das Installationsunternehmen mit der regelmäßigen Wartung und Kontrolle der Wasserversorgungsanlage auf Gefahrenquellen beauftragt haben, ist ihre Haftung aus folgenden Überlegungen ebenfalls zu bejahen:

Sollte das Installationsunternehmen einen derartigen Auftrag erhalten haben, hätte es die Wasserversorgungsanlage auf mögliche Gefahrenquellen - auch im Hinblick auf die Legionellen-Problematik - untersuchen und die festgestellten Mängel der Wasserversorgungsanlage beseitigen müssen. Es wurde bereits ausgeführt, dass das Installationsunternehmen als Fachunternehmen unter den gegebenen Umständen die Gefahr hätte erkennen und beseitigen müssen. Hatte das Installationsunternehmen einen entsprechenden Auftrag, hat es die daraus resultierenden Verpflichtungen verletzt und dadurch den Eintritt des Schadens der Klägerin ermöglicht.

Damit stellt sich die Frage, ob die Beklagte - unter der Voraussetzung einer entsprechenden Auftragserteilung an das Installationsunternehmen - für dessen Fehlverhalten einzustehen hat, was dann zu bejahen ist, wenn das Installationsunternehmen - wie die Klägerin geltend macht - als Erfüllungsgehilfe der Beklagten anzusehen ist.

VI.2. Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Willen des Schuldners zur Erfüllung der diesem obliegenden Verpflichtungen herangezogen wird (RIS-Justiz RS0028729; *Karner* in *KBB*³ § 1313a Rz 2 f; *Reischauer* in *Rummel* ABGB³ § 1313a Rz 8). Die Zurechnung des Fehlverhaltens eines Gehilfen in Bezug auf Erfüllungshandlungen beschränkt sich grundsätzlich nicht nur auf die Hauptleistungspflichten (*Reischauer* aaO § 1313a Rz 1; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II² 337 mwN), sondern auch auf Neben-, Schutz- und Sorgfaltspflichten (RIS-Justiz RS0028435; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II² 337). Der Zweck der „Gehilfenhaftung“ liegt im Kern darin, dass der Geschäftsherr aufgrund der für ihn nutzbringenden Erweiterung seines Aktionsradius auch das damit verbundene Risiko tragen (RIS-Justiz RS0028606; *Huber* aaO; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 1313a Rz 2; ähnlich *Harrer* in *Schwimann*, ABGB VI³ § 1313a Rz 1 mwN) und sich die Stellung des Gläubigers durch die Beiziehung von Hilfspersonen nicht verschlechtern soll (RIS-Justiz RS0028495; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II² 336).

Das wesentliche Zurechnungskriterium für den Gehilfen liegt in der Verfolgung der Interessen des Geschäftsherrn gegenüber dem Geschädigten bzw in der Einbeziehung des Gehilfen in das Interessenverfolgungsprogramm des Schuldners (RIS-Justiz RS0028425; *Reischauer* aaO § 1313a Rz 1, 3) bei der vom

Geschäftsherrn veranlassen Erfüllung eigener Vertragspflichten (RIS-Justiz RS0121745; *F. Bydlinski*, JBl 1995, 558 [562, 565]). Entscheidend ist also auch, welche konkreten Leistungspflichten bzw Schutz- und Sorgfaltspflichten der Geschäftsherr gegenüber seinem Vertragspartner übernommen hat (*Karner* aaO § 1313a Rz 1; *Schacherreiter* aaO § 1313a Rz 2). In diesem Umfang können grundsätzlich auch selbständige Unternehmen „Erfüllungsgehilfen“ sein (RIS-Justiz RS0028563; 4 Ob 251/06z; vgl nur *Karner* aaO § 1313a Rz 4; *Reischauer* aaO § 1313a Rz 9; *Harrer* aaO § 1313a Rz 6). Auf die Weisungsbefugnis des Geschäftsherrn kommt es nicht an (RIS-Justiz RS0121746; RS0121747), ebenso wenig auf dessen Fachkenntnis (1 Ob 193/57, EvBl 1957/294).

Gerade bei der Zurechnung selbständiger Unternehmer kommt es besonders auf den konkreten Inhalt des Vertrags zwischen dem Geschäftsherrn und dessen Gläubiger und die dabei übernommenen Sorgfaltspflichten an (RIS-Justiz RS0118512 [T4]). So wurde etwa die Haftung eines Belegarztes für das Verhalten wirtschaftlich und fachlich selbständiger Ärzte, die im Zuge der Operationsvorbereitung bestimmte für die Erfüllung des Behandlungsvertrags unentbehrliche ärztliche Leistungen unter seiner Oberleitung in Fragen der Operationsorganisation erbringen, bejaht, weil der Belegarzt dem Patienten aufgrund des Behandlungsvertrags eine ordnungsgemäße Behandlung unter Einschluss der Haftung für das Verschulden derjenigen Personen zusagt, die an der vereinbarten Behandlung unter seiner Ingerenz mitzuwirken haben (1 Ob 269/99m; RIS-Justiz RS0112955). Ein Reiseveranstalter haftet gemäß § 1313a ABGB auch für ein allfälliges Verschulden eines fachlich selbständigen Hoteliers bzw Unternehmens (RIS-Justiz

RS0115779). Auch bei Werkverträgen wird die Haftung eines Werkunternehmers nach § 1313a ABGB für das Verschulden eines fachlich selbständigen Unternehmens, das Bestandteile („Rohstoffe“) für das Werk bereitstellt, bejaht, wenn der Werkunternehmer - ausgehend von der Vereinbarung zwischen Werkunternehmer und dem Werkbesteller (RIS-Justiz RS0118512 [T4]; 6 Ob 170/08f) - unmittelbar in die werkvertragliche Erfüllungshandlung eingebunden wird (RIS-Justiz RS0118512).

Hingegen haftet der Händler nicht für den Produzenten einer Ware, weil der Händler nach dem Inhalt des Kaufvertrags nicht zur Herstellung der Kaufsache verpflichtet ist, die er regelmäßig auch nicht überwachen kann (RIS-Justiz RS0101969; RS0022662), sondern nur für die ihn treffenden Verpflichtungen der einwandfreien Lagerung der Ware oder zu Hinweisen auf Gefahren (RIS-Justiz RS0022662 [T4, T5]). Aus dem Vertrag kann sich auch ergeben, dass sich der Schuldner bloß verpflichtet hat, eine fachkundige Person auszuwählen, sodass er nur für das Auswahlverschulden haften soll (RIS-Justiz RS0028713; 7 Ob 26/11s). Eine solche Haftungseinschränkung muss sich aber aus dem Vertrag ergeben. Hat sich jemand zu einer Leistung verpflichtet, ist nicht anzunehmen, dass er nur jemand anderen auswählen soll, der die Leistung aufgrund eines eigenen Vertrags mit dem Auftraggeber erbringt. Regelmäßig ist daher eine Haftung für die Verletzung von aus dem Vertrag sich ergebenden Leistungsverpflichtungen des Schuldners zu bejahen, auch wenn sich der Schuldner eines selbständigen Dritten zur Erfüllung seiner Verpflichtungen bedient (RIS-Justiz RS0028713 [T2]; 4 Ob 197/05g), und zwar selbst dann wenn klar ist, dass die Leistung nur unter Mithilfe von weiteren Personen erbracht werden kann (1 Ob 23/86). Es ist also

entsprechend den verschiedenen Vertragstypen und der jeweiligen konkreten Vereinbarungen zu prüfen, ob bloß der „Einkauf“ eines „Produktes“ am Markt oder die Gestaltung einer Leistung mit vom Schuldner betrauten „Gehilfen“ übernommen wird.

Daraus ergeben sich für die hier zu beurteilende Entscheidung folgende Konsequenzen:

VI.3. Die Beklagte traf aus dem mit der Klägerin geschlossenen Beherbergungsvertrag unter anderem auch die Pflicht, der Klägerin die gefahrlose Benützung der in ihrem Zimmer vorhandenen Dusche zu ermöglichen. Diese Verpflichtung schließt die Verpflichtung zur zumutbaren Ausschaltung aller Gefahrenquellen mit ein. Beauftragte daher die Beklagte zur Ausschaltung möglicher Gefahrenquellen ein - wenngleich selbständiges - Installationsunternehmen mit regelmäßigen Kontroll- und Wartungsarbeiten an der Wasserversorgungsanlage, um ihren Haupt- und Nebenpflichten (auch) gegenüber der Klägerin gerecht zu werden, so bediente sich die Beklagte des Installationsunternehmens zur Erfüllung der gegenüber der Klägerin übernommenen Leistungs- bzw. Sorgfaltspflichten und bezog das Installationsunternehmen in ihr Interessenverfolgungsprogramm gegenüber der Klägerin ein. Damit ist aber - unter der Voraussetzung des Bestehens eines entsprechenden Auftrags - das Installationsunternehmen als Erfüllungsgehilfe der Beklagten iSd § 1313a ABGB anzusehen und die Haftung der Beklagten für den der Klägerin eingetretenen Schaden zu bejahen.

VII. Zusammenfassend beutet dies, dass die Beklagte der Klägerin entweder mangels Vergabe eines umfassenden Wartungs- bzw. Kontrollauftrags aus Eigenverschulden oder - im Fall des Abschluss eines solchen

Vertrags mit dem Installationsunternehmens - für dessen mangelhafte Erfüllung des Wartungs- bzw Kontrollvertrags iSd § 1313a ABGB haftet. Damit ist aber die Haftung der Beklagten - ohne dass es einer Ergänzung des Sachverhalts bedarf - in jedem Fall zu bejahen.

VIII. Der Höhe nach hat die Beklagte zuletzt nur mehr das Schmerzensgeldbegehren bestritten. Mit den dazu erstatteten (kursorischen) Ausführungen gelingt es ihr aber nicht, Bedenken gegen dessen Ausmessung durch das Erstgericht zu begründen. Das Urteil des Erstgerichts war daher in der Hauptsache zur Gänze wiederherzustellen.

X. Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens gründet sich auf § 41 ZPO (iVm § 50 ZPO). Hinsichtlich der Kosten des erst- und berufungsgerichtlichen Verfahrens war im Hinblick auf den Umfang der zu klärenden Fragen analog § 510 Abs 3 ZPO vorzugehen (RIS-Justiz RS0124588).

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 29. August 2013
Dr. S p e n l i n g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: