

126, 187 = RIS-Justiz RS0028848), auf die sich das ErstG stützte, hat der Gerichtshof hingegen die Zurechnung ausdrücklich bejaht, weil der vom Geschädigten beauftragte Reparateur dessen Erfüllungshilfe (in Bezug auf die Schadensminderungspflicht) dem Schädiger gegenüber sei. Wenn der Reparateur die Reparatur aus Säumigkeit oder aus unrichtigen Überlegungen verspätet beginne, so ginge dies daher zu Lasten des Geschädigten.

In 9 Ob 42/08 d hat der OGH insb unter Bezug auf *Dullinger* und *Harrer* ausgeführt, es werde die Meinung vertreten, dass eine Anrechnung des Verschuldens bei Herstellungsgehilfen lediglich bei Auswahl eines nicht befugten Gewerbsmanns bestehen könnte und Fehler des Herstellungsgehilfen dem Geschädigten nicht zugerechnet werden könnten, sondern dem Schädiger zuzurechnen seien, der durch sein schuldhaftes Verhalten die – immer mit Risiken behaftete – Reparatur erforderlich gemacht habe. Ob die nebenher wiedergegebene Meinung gebilligt wird, lässt sich der Entscheidung nicht deutlich entnehmen.

Der erk Senat teilt die hL, dass sich der Geschädigte das Verhalten des Herstellungsgehilfen nicht zurechnen lassen muss und der Geschädigte nur vertreten muss, den Herstellungsgehilfen nicht ordnungsgemäß ausgewählt zu haben, wie dies auch in der überwiegenden, oben wiedergegebenen Rsp (RIS-Justiz RS0028848) zum Ausdruck kommt. Gegen eine entsprechende Anwendung des § 1313a ABGB, also den Herstellungsgehilfen als Erfüllungsgehilfen des Geschädigten anzusehen, spricht, dass dem Geschä-

digten das Schadenersatzrechtliche Schuldverhältnis durch den Schädiger aufgezwungen wurde und es nicht dem Sinn und Zweck der Ersetzungsbefugnis des Geschädigten entspreche, ihm das Risiko einer schuldhaften Schadensausweitung durch Hilfspersonen aufzubürden, das der Schädiger tragen müsste, wenn er die Schadensbeseitigung vornimmt, wozu er berufen ist. Das zur Schadensausweitung und zu vermeidbaren Kosten führende Fehlverhalten der vom Kl zur Schadensbeseitigung eingesetzten Fachleute ist demnach dem Kl nicht zuzurechnen. Dass ihm nach den Umständen des Anlassfalls eine nicht sorgfältige Auswahl der Fachleute nicht anzulasten ist, haben die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt. Demnach muss der Kl eine Kürzung seines Ersatzanspruchs, sei es aus eigenem Mitverschulden, sei es wegen des Fehlverhaltens der Herstellungsgehilfen, nicht hinnehmen.

Zu Recht hat das BerG verneint, dem Kl sei es als Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten anzulasten, dass er nicht sofort den Bekl beigezogen hat. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf die Ausführungen des BerG verwiesen werden. Wenn der Rechtsmittelwerber sich idZ und an anderen Stellen der Rechtsmittelschrift darauf stützt, dem Kl sei bekannt gewesen, dass der Bekl die Verbindungsstelle nicht abgedichtet habe, er habe das jedoch vergessen, geht er nicht vom festgestellten Sachverhalt aus. Es ist nicht festgestellt, dass der Kl wusste, dass der Bekl entgegen seinem Versprechen die Rohreinmündung nicht abdichtete.

## Anwaltschaft: Keine Bindung an nicht mit dem Fehler verknüpfte Feststellungen des Vorprozesses

§§ 1295, 1298  
ABGB

OGH 9. 8. 2011,  
17 Ob 11/11 h

2012/196

1. Liegt das Verschulden des RA in der unterlassenen Aufklärung über die Notwendigkeit einer Prozesshandlung, ist über einen daraus abgeleiteten Schadenersatzanspruch der Prozess – auch in den dort in Betracht gekommenen rechtlichen Erwägungen – hypothetisch nachzuvollziehen und zu beurteilen, wie er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit geendet hätte, wäre die Prozesshandlung vorgenommen worden.

2. Bei der Beurteilung des hypothetischen Verfahrensausgangs des Vorprozesses hat das Gericht im Regressprozess nicht darauf abzustellen, wie das Gericht des Vorprozesses, wären die beanstandeten Unterlassungen unterblieben, seinerzeit entschieden hätte, sondern darauf, wie nach seiner Auffassung der Vorprozess – oder auch nur eine Teilfrage desselben – richtigerweise hätte entschieden werden müssen, wobei sich das RegressG bei seiner Beurteilung am Handeln eines pflichtgemäß handelnden Richters zu orientieren hat.

3. Das RegressG ist an die Verfahrensergebnisse des Vorprozesses, die mit dem RA-Fehler nichts zu tun haben, nicht gebunden. Gegen die Bindung spricht, dass damit der Vorrang der materiellen Gerechtigkeit vor der wirklichen Kausalität gesichert wird und auch jene Unwägbarkeiten ausgeschlossen werden, die sich daraus ergeben, dass sich prozessuales Verhalten und Vorbringen regelmäßig situationsbedingt am jeweiligen Verfahrensstand orientieren.

Dass dadurch uU unter Beteiligung beider, mit den Parteien des Regressprozesses allerdings nur teilweise übereinstimmender Parteien gewonnene und vom Anwaltsfehler nicht berührte Verfahrensergebnisse gegenstandslos werden und ein durch den Ausgang des Vorverfahrens entstandener geschützter Vermögenswert vernichtet werden kann, wiegt geringer als der Zuspruch von Schadenersatz für ein Verfahrensergebnis, das der materiellen Rechtslage entspricht.

4. Die hypothetische Betrachtung, ob der Geschädigte bei sachgemäßer anwaltlicher Vertretung den Vorprozess gewonnen hätte, betrifft nicht nur Rechtsfragen, sondern auch Tatsachenfeststellungen. Die Frage, wie der Vorprozess richtigerweise geführt und entschieden werden hätte müssen, beantwortet das RegressG, das auch über die Durchführung der beantragten Beweisaufnahmen aus seiner Sicht und nach seinem Ermessen zu entscheiden hat, unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung. Das RegressG hat seiner E den Sachverhalt zu Grunde zu legen, der dem Gericht des Vorverfahrens bei pflichtgemäßem Verhalten des RA unterbreitet und von ihm aufgeklärt worden wäre.

5. Das RegressG hat diesen Sachverhalt allerdings nicht von Amts wegen aufzuklären, sondern es obliegt den Parteien, diesen vorzutragen und die notwendigen Beweise dazu anzutreten.