

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf
Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer
Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer,
 Martina Weixelbraun-Mohr
Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

Juli/August 2018

14
15

625 – 696

Aktuelles

**Hainburg reloaded – die Rückkehr des „bevorzugten Wasserbaus“
 als „standortrelevantes Vorhaben“?** ➔ 625

Beiträge

**Zur Zulässigkeit von
 Bankomatentgelten** Angelika Kurz ➔ 629

**Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel
 der Rechtsprechung II/2017** Evelyn Völkl und Wolfgang Völkl ➔ 638

VwGH-Rechtsprechung zum Baurecht 2017 Reinhold Moritz ➔ 646

Evidenzblatt

Kein Schutz der Unschuldsvermutung über den Tod hinaus
 Bernhard Burtscher ➔ 651

**Internetvertrag mit Zahlungspflicht erfordert gesonderte
 Information** ➔ 660

Geldwäscherei ➔ 673

Forum

Zur Reichweite der Erfüllungsgehilfenhaftung des Vermieters
 Christian Huber ➔ 684

Bericht

Forum für Zivilrecht in Traunkirchen: OGH Cercle 20. 9. 2017
 Ernst Karner, Stefan Perner und Martin Spitzer ➔ 686

Forum für Zivilrecht in Traunkirchen: OGH Cercle 20. 9. 2017

ÖJZ 2018/91

A. Einleitung

Der von der VP – seit 1. 7. 2018 Präsidentin – des OGH *Elisabeth Lovrek* mit den Veranstaltern des Forums für Zivilrecht *Ernst Karner*, *Stefan Perner* und *Martin Spitzer* begründete OGH Cercle ging 2017 in sein zweites Jahr.

Lovrek betonte, die Vertreter sämtlicher Zivilsenate des Höchstgerichts hätten wieder Entscheidungen ausgewählt, die besonders Anlass zur Diskussion bieten oder Folgefragen aufwerfen. Bei den Entscheidungen zu „Negativzinsen“ gebe es zwar bereits eine relativ gefestigte Rsp. Aufgrund ihrer Bedeutung und des Interesses der Medien und Fachöffentlichkeit, wollte man sie aber ebenfalls präsentieren. Jedenfalls etablierte sich der OGH Cercle beim Forum Zivilrecht in Traunkirchen endgültig als das Forum für den Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis.

B. OGH Cercle 2017

1. Negativzinsen¹⁾

a) Referat: HR Dr. *Gottfried Musger*

In allen Entscheidungen geht es um Kreditverträge mit Zinsgleitklauseln, in denen ein Referenzzinssatz samt Aufschlag vorgesehen ist. Die Zinsen, die der Schuldner zu zahlen hat, ergeben sich aus der Summe beider Werte. Folgt man dieser Formel und wird der Referenzzinssatz negativ, vermindert sich mathematisch zuerst der Sollzinssatz des Schuldners unter den Betrag, der als Aufschlag vorgesehen war. Wird der Referenzzinssatz noch niedriger, kann es sein, dass man auch mit dem Aufschlag nicht mehr über null kommt, die Zinsen somit negativ werden, also die Bank dem Kreditnehmer etwas zahlen müsste.

Der OGH hatte sich dazu einerseits mit Verbandsprozessen über vorbeugende Unterlassungsklagen zu beschäftigen. Die dafür notwendige Erstbegehungsgefahr besteht etwa dann, wenn eine Bank ankündigt, keine Negativzinsen auszuführen oder dem Kunden zumindest den Aufschlag zu verrechnen.

Andererseits gab es Individualprozesse von Bankkunden auf Rückzahlung zu viel bezahlter Zinsen, weil die Bank weiterhin den Aufschlag verrechnet hat, obwohl man mathematisch unter dem Aufschlag gewesen wäre.

Eine Klage auf Zahlung von Negativzinsen ist demgegenüber noch nicht vorgekommen, weil die Voraussetzungen dafür faktisch noch nicht gegeben waren. Aus der Ankündigung der Bank, mindestens den Aufschlag zu verrechnen oder keinesfalls Zinsen zu zahlen, ergibt sich aber ein rechtliches Interesse für Feststellungsklagen.

Der 10. Senat hatte es mit einem Verbandsprozess zu tun (10 Ob 13/17k). Die Bank beharrte dabei zwar ausdrücklich nicht darauf, den Aufschlag zu verrechnen, kündigte aber an, keine Negativzinsen zu zahlen. Dazu sei die Bank aber nach der auf § 28 a KSchG gestützten Argumentation des kl VKI verpflichtet, um nicht gegen das Gebot der Vertragstreue zu verstoßen. Der 10. Senat argumentierte, dass das Gebot der Vertragstreue zu allgemein sei, um unter § 28 a KSchG gefasst werden zu können.

Weiters argumentierte der VKI mit einem Verstoß gegen das Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG. Da eine Untergrenze

nur gemeinsam mit einer Obergrenze vereinbart werden könne, verstoße die angekündigte Praxis, den Zinssatz bei 0% einzufrieren und keine Negativzinsen zu zahlen, gegen das Symmetriegebot, weil damit bloß eine Untergrenze von null eingezogen würde.

Der 10. Senat hielt dem einen natürlichen Konsens entgegen: Kein Kreditnehmer würde erwarten, von der Bank Zinsen gezahlt zu bekommen. Außerdem dürfe ein redlicher Kreditnehmer von vornherein nicht damit rechnen, selbst Zinsen zu bekommen. Zur Untermauerung folgt der Hinweis auf die Sparzinsen-E 5 Ob 138/09 v, nach der der Zinssatz beim Sparbuch nicht unter null sinken könne, weil redlicherweise davon ausgegangen werden könne, dass ein Sparvertrag der Vermögensbildung diene.

Unmittelbar nach der Entscheidung des 10. Senats folgte eine Entscheidung des 1. Senats zu einem ähnlichen Sachverhalt in einem Individualprozess (1 Ob 4/17 w). Im Gegensatz zum 10. Senat konnte der 1. Senat aber als Ausgangspunkt vom Wortlaut der Vertragsklauseln ausgehen; es war ausdrücklich eine Zahlungsverpflichtung des Kreditnehmers vorgesehen. Nach dem 1. Senat sei dieser Begriff eindeutig. Es gehe immer nur darum, dass der Kunde Sollzinsen zahle, nicht aber, dass er einen Anspruch auf Zinsen habe. Es gebe keinen Anhaltspunkt für einen anderen natürlichen Konsens und ein redlicher Kreditnehmer konnte diese Klausel als Erklärung der Bank auch nicht anders verstehen. § 6 Abs 1 Z 5 KSchG betreffe nur die Entgeltzahlungspflicht des Verbrauchers und könne nicht zu einer Zahlungsverpflichtung des Unternehmers führen. Daher stehe die Wertung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG dem Ergebnis nicht entgegen.

Der 4. Senat hatte einen Individualprozess gegen eine Bank zu beurteilen, die mindestens den Aufschlag verrechnete (4 Ob 60/17 b). Nach seiner Entscheidung ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Vertragszweck, dass das Kreditinstitut mindestens den Aufschlag als Sollzinsen verlangen könne. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Klausel bleibe kein Platz für eine ergänzende Vertragsauslegung. Die Wertung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG stünde einer anderen Auslegung entgegen; denn wenn man der Bank folgte, hätte man eine Zinsuntergrenze in Höhe des Aufschlags, aber keine Zinsobergrenze und damit wäre das Symmetriegebot verletzt.

Die Entscheidungen des 8. Senats führen beide Linien zusammen und grenzen das Argument des redlichen Erklärungsempfängers – nicht ausdrücklich, aber implizit – vom Argument des natürlichen Konsenses ab (8 Ob 101/16 k; 8 Ob 107/16 t).

Mit seiner zweiten Entscheidung stellt der 4. Senat klar, dass auch die ausdrückliche Vereinbarung eines Mindestzinssatzes in Höhe des Aufschlags gegen das Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstößt (4 Ob 107/17 i).

Die Entscheidungen des 3. Senats und des 9. Senats schreiben die Judikaturlinie schließlich fort (3 Ob 88/17 p; 9 Ob 35/17 p). Damit gibt es nach dem Referenten eine klare Entscheidungslage, bei der es unwahrscheinlich ist, dass der OGH mit einem verstärkten Senat in diesen Fällen noch einmal abgehen würde.

¹⁾ OGH 10 Ob 13/17k; 4 Ob 60/17b; 1 Ob 4/17w; 8 Ob 101/16k; 8 Ob 107/16t; 4 Ob 107/17i; 9 Ob 35/17p; zuletzt 3 Ob 88/17p.

Bei § 6 Abs 1 Z 5 KSchG stellt sich nach *Musger* noch die Frage, ob das Symmetrieargument bei null ende. Der Wortlaut von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG stelle auf die Zahlungspflicht des Verbrauchers ab, die der Bestimmung zugrunde liegende Wertung gehe aber möglicherweise darüber hinaus. Das leite zu der noch offenen Frage über, was bei Kreditverträgen von Unternehmern gelte.

b) Diskussionsbericht²⁾

P. Bydlinski stimmt den Entscheidungen zu und greift ebenfalls auf den natürlichen Konsens zurück. Hätte die Bank dem Kunden bei Vertragsabschluss gesagt, es könne sogar sein, dass er zeitweise gar nichts zahlen müsse, hätte der Kreditnehmer sich doch gefreut und nie mit einer noch günstigeren Lage gerechnet. Dies sei auch ein Zeichen, dass der natürliche Wille dahin gehe, dass ein Kreditnehmer nie davon ausgegangen wäre, dass er etwas bekomme.

Huber stimmt dem Referenten grundsätzlich zu, vermisst in der Diskussion aber den Aspekt der Geschäftsgrundlage. In der Schweiz gebe es mittlerweile zehnjährige Staatsanleihen bei denen Negativzinsen zu zahlen sind. Das Wortlautargument sei zwar ein Anhaltspunkt, aber es stelle sich schon die Frage, ob der OGH an der Rsp auch festhalten werde, wenn es plötzlich keine Inflation mehr gebe, sondern eine Deflation und wenn diese zwei, fünf oder sieben Prozent ausmache, sodass unter realwirtschaftlichen Gesichtspunkten auch ein Negativzinssatz für die Bank noch ein Geschäft sei.

Stabentheiner stimmt den Entscheidungen vollinhaltlich zu und weist ergänzend auch auf das Argument der Entgeltlichkeit des Kreditvertrags hin; damit sei der Wesenskern des Rechtsgeschäfts angesprochen. Es sei denkunmöglich, dass sich eine der Hauptleistungspflichten gleichsam „auf die andere Seite“ schlage, sodass eine Partei der anderen plötzlich in zweierlei Form hauptleistungspflichtig wäre. Im ABGB würden die Zinsen eben als das Entgelt für die Hingabe der Kreditvaluta ausdrücklich angesprochen (§ 988 Satz 3). Außerdem gebe es eine ähnliche Fallkonstellation, die das Ergebnis untermauere. Es gehe dabei um gesetzliche Zinsen, nämlich um die Regelung des Art I § 1 Abs 1 a des 1. Euro-JuBeG für vom Basiszinssatz abgeleitete Zinssätze. Man könne die Dinge zwar nicht eins zu eins umlegen, aber beim Basiszinssatz habe sich der Gesetzgeber schon früher (nämlich mit dem BG BGBl I 2013/51, einem Begleitgesetz zum ZahlungsverzugsG) dafür entschieden, eine Zinsentwicklung, die solche Zinssätze ins Negative drücken könnte, abzufangen und diese Zinssätze jedenfalls bei null nach unten zu begrenzen.

Brenn stimmt *Stabentheiner* zu und weist auf die Entscheidung des 8. Senats hin, die auf das Wesen des Kreditvertrags ausdrücklich Bezug nehme. Dies entspreche im Prinzip dem, was der 10. Senat mit dem natürlichen Konsens meine: Zum Kreditvertrag gehörten zwei Komponenten: Zum einen das Kapital und zum anderen das Entgelt. Typisch für den Kreditvertrag sei, dass die Bank 100%, also das gesamte Kapital zurückerhalte. Wenn eine Veränderung der Zinsen stattfinde, könne sich dies nur auf das Entgelt und nicht auf das Kapital auswirken. Die Bank müsse dessen ungeachtet 100% des hingegebenen Kapitals wieder zurückbekommen.

Dullinger meint ebenfalls, dass bei null jedenfalls die Grenze einzuziehen sei; sie bezweifelt allerdings, dass aus § 6 Abs 1 Z 5 KSchG die Unzulässigkeit einer Mindestzins- ohne gleichzeitige Höchstzinsvereinbarung abzuleiten sei. Die Bestimmung sage ja nur, dass kein höheres Entgelt verlangt werden dürfe als bei Vertragsschluss vereinbart, außer die bekannten Voraussetzungen sind erfüllt. Man könne das mit einem Mietvertrag vergleichen, in dem ein Mindestzins – zB € 300,- – und ebenfalls ein variabler Teil – etwa VPI – vereinbart wurden. Entwickle sich der Parameter unvorhergesehen, wären die € 300,- als Mindestzins doch auch

dann zu zahlen, wenn es keinen Höchstzinssatz gebe. Außerdem käme man bei 0% Kreditzinsen bereits in den Bereich der *laesio enormis*. Müsse man nicht sagen, dass auch die Kreditgewährung einen bestimmten (Markt-)Wert habe und das Entgelt nicht weniger als die Hälfte dieses Wertes betragen dürfe? Null sei immer weniger als die Hälfte eines positiven Wertes.

Musger hält zum Argument mit dem „Wesen“ des Kreditvertrags fest, dass eine explizite Vereinbarung von Negativzinsen selbstverständlich möglich sei. Das Argument passe aber auf Auslegungsebene: Ein redlicher Kreditnehmer erwarte nicht, Negativzinsen zu erhalten. Zur Wertung des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG meint *Musger*, dass aus der Untergrenze sE auch die Verpflichtung zur Obergrenze abzuleiten sei. Dies treffe auch auf den von *Dullinger* genannten Mietzinsfall zu.

Lovrek gibt zu bedenken, dass das Beispiel der Mietverträge nur scheinbar passen dürfte, um mit dem Hinweis auf das „Wesen des Vertrags“ gegen Negativzinsen zu argumentieren. Es gebe viele Pauschalzinsvereinbarungen, bei denen die tatsächlichen Betriebskosten weit über dem vereinbarten Zins lägen. Es sei keineswegs selbstverständlich, dass in diesen Fällen keine Miete vorliege.

Dullinger weist darauf hin, dass es um die ganz grundsätzliche Frage gehe, ob § 6 Abs 1 Z 5 KSchG die Vereinbarung eines Mindestentgelts wirklich ausschließe. Bei der Bestimmung handle es sich ja um keine Preisregelungsvorschrift. Es gehe nicht darum, dass sich aus der Entgeltänderungsklausel ein „fairer Preis“ ableiten lassen müsse. Auch im Anwendungsbereich des KSchG werde die Preisvereinbarung zwischen den Parteien als solche nicht kontrolliert. Insofern kämen auch hier nur die allgemeinen Schranken des ABGB – *laesio enormis* und *Wucher* – zur Anwendung.

Lovrek gibt zu bedenken, dass es sich dabei nur um eine Anregung an die Vertragsverfasser handeln könne, weil die konkreten Verträge keine Mindestvereinbarung hätten.

Kronthaler ist der Auffassung, dass man den Zweck des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG nicht dadurch umgehen könne, dass das Entgelt in ein Fixum und einen variablen Restanteil aufgespalten werde. Man müsse das Symmetriegebot vielmehr vollständig zur Anwendung bringen; eine Untergrenze lasse sich auf diesem Weg keinesfalls einziehen.

Lovrek wendet ein, dass sich der Fixbetrag in diesem Fall auch zugunsten der Bank nicht ändere.

Salficky stimmt den Entscheidungen zu. Die Stellungnahmen in der Lehre, die von einer Pflicht zur Zahlung von Negativzinsen ausgehen, argumentieren nur mit einer ergänzenden Vertragsauslegung, die aber nicht dazu führen könne, dass das Wesen des Vertrags in das Gegenteil verkehrt werde.

Perner knüpft an der Wortmeldung *Hubers* an, allerdings nicht auf Ebene der Geschäftsgrundlage, sondern bereits bei Auslegung des Vertrags. Die Banken wollten in den Klauseln zum Ausdruck bringen, dass sie sich zum Referenzzinssatz refinanzieren können. Das Entgelt für die Bank sei der Aufschlag auf den Referenzzinssatz. Wenn die Banken nun argumentieren, das stimme alles nicht, man könne sich ja gar nicht refinanzieren, das gebe es bei keiner Bank, dann könne das schon sein, das sei den Kunden aber nicht gesagt worden. Argumentierte man mit der Vertragsauslegung, sei auf den redlichen Kunden abzustellen: Dieser habe aber die Erwartung, dass sich die Bank eben zum negativen Referenzzinssatz refinanzieren könne. Sie erhalte also Geld fürs Ausborgen. Das

2) An der Diskussion beteiligt waren (neben dem Referenten, chronologisch) o. Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinski*, Univ.-Prof. Dr. *Christian Huber*, LStA Hon.-Prof. Dr. *Johannes Stabentheiner*, HR des OGH Hon.-Prof. Dr. *Christoph Brenn*, Univ.-Prof. Dr. *Silvia Dullinger*, VP des OGH Hon.-Prof. Dr. *Elisabeth Lovrek*, Univ.-Ass. Mag. *Christoph Kronthaler*, RA Dr. *Herbert Salficky*, Univ.-Prof. Dr. *Stefan Perner*, Dr. *Eike Wolf*.

müsse sie dem Kunden nicht vollständig weitergeben, denn das Entgelt sei der Aufschlag. Teilweise müsse die Bank es aber sehr wohl weitergeben, wenn nämlich der Referenzzinssatz insgesamt so negativ sei, dass auch mit dem Aufschlag weniger als null herauskomme. Es gebe also keinen Grund – einzelne konkrete Vertragsklauseln einmal außen vorgelassen –, ganz grundsätzlich gegen das Auszahlen von Negativzinsen zu sein.

Brenn vertritt die Ansicht, dass die Vertragsparteien Negativzinsen vereinbaren könnten, allerdings müssten sich beide Parteien dessen bewusst sein. Ein derartiger übereinstimmender Rechtsgeschäftswille habe bisher nicht bestanden. Es müsse daher das typische Modell bzw der typische Vertrag beurteilt werden, weshalb zumindest im derzeitigen Stadium das Anknüpfen an das Wesen des Vertrags zutreffend sei. Würden zukünftig bewusst Vereinbarungen getroffen werden, die auf die Zahlung von Negativzinsen abzielten, so stelle sich die Frage, ob nicht möglicherweise eine Typenänderung eintrete, nämlich dass aus dem Kredit ein Verwahrungsvertrag werde.

Wolf vermisst die langfristige Betrachtungsweise. Die Bank habe vorher auch positive Zinsen bezogen, jetzt rutsche es eben ins Negative. Es sei ein kurzfristiges Argument, gegen Negativzinsen zu sein, betriebswirtschaftlich gesehen sollte man die Dauer des Vertrags und den sich dadurch ergebenden Handlungsspielraum der Bank beachten.

2. Bonuszahlungen an CEO/unbestimmte Rahmenzielvereinbarung³⁾

a) Referat: HR Hon.-Prof. Dr. *Wilma Dehn*

Die Referentin stellt eine Entscheidung an der Schnittstelle von Zivil- und Arbeitsrecht vor:

Der Kl war CEO der bekl Gesellschaft und führte Gehaltsgespräche mit dem Vorstandsvorsitzenden der Muttergesellschaft. Entgegen seiner Vorstellung von € 180.000,- Jahresgehalt wurde ihm mündlich ein Fixum von € 150.000,- zugesagt, plus eine jährliche Bonuszahlung iHv 20% des Jahresgehaltes, deren zugrunde liegende Parameter und Ziele jedes Jahr neu festgelegt werden sollten. Die schriftliche Fassung der Vereinbarung enthielt das Jahresbruttogehalt iHv € 150.000,- und einen individuell für jedes Jahr zu vereinbarenden Bonus, abhängig vom Budget und dem erzielten Ergebnis der Gruppe, jedoch keine Bezugnahme auf 20% des Jahresgehaltes. Die bekl Gesellschaft war zu diesem Zeitpunkt in einer wirtschaftlichen Krise. Aufgabe des Geschäftsführers und Voraussetzung für den Bonus war, einen „Turnaround“ herbeizuführen, für den keine Parameter oder Ziele festgelegt wurden.

Nach Verkauf des Unternehmens wird dem Geschäftsführer vom neuen Eigentümer gekündigt. Der Kl verlangt den Bonus für zwei Jahre und berechnet diesen auf Basis der nicht schriftlich festgehaltenen 20%. Die Bekl wendet ein, dass mangels festgelegter Ziele und Parameter eine Berechnung nicht möglich sei. Der Kl selbst hat sich nie aktiv um die Festlegung der Parameter für die Bonuszahlung gekümmert. Offen ist bis dato die Frage, ob der „Turnaround“ geschafft wurde oder nicht. Der Kl behauptet dies unter Berufung auf „schwarze Zahlen“, die Bekl bestreitet dies unter Hinweise auf Einmal-Effekte in der Bilanz.

Die beiden Vorinstanzen gaben der Klage dem Grunde nach statt. Der OGH hob auf und verwies an das ErstG zurück. Er befasste sich va mit der Frage, was zu gelten habe, wenn im fortgesetzten Verfahren festgestellt werden sollte, dass die Sanierung nachhaltig war.

Im konkreten Fall liege eine Rahmenvereinbarung mit unklarem Inhalt vor, aber (noch) keine entsprechende Einzelvereinbarung. Es gebe dennoch eine Anspruchsgrundlage für die Bonus-

zahlung, denn die Rahmenvereinbarung sei keine bloß unverbindliche Absichtserklärung. Vielmehr sei ein Bindungswille dahin erkennbar, jedes Jahr miteinander in Verhandlung zu treten und in einem kooperativen Prozess Parameter und Ziele festzulegen.

Die Pflicht sei aber nur, in Verhandlungen zu treten und sich um eine Einigung zu bemühen, nicht aber, dass auch ein Ergebnis erzielt werden müsse. Fänden keine Verhandlungen statt, seien Schadenersatzansprüche denkbar, wobei fraglich sei, wen das Verschulden treffe, wer den ersten Schritt zu setzen habe. Zur Beurteilung der Schadensbemessung wäre dann schon aus Kausalitätserwägungen ein – hier nur schwer greifbares – redliches Alternativverhalten mit einem konkreten Ergebnis notwendig. Ein Schadenersatzrechtlicher Zugang sei also nicht ausgeschlossen, das Ergebnis lasse die Entscheidung aber offen und erkläre den Parteiwillen als vorrangig maßgeblich.

Dieser gewährte im vorliegenden Fall noch Spielraum. Anhand ergänzender Vertragsauslegung sei somit auf den hypothetischen Parteiwillen abzustellen: Was hätten vernünftige und redliche Parteien vereinbart, wenn sie vorhergesehen hätten, dass sie keine Einigung finden? Die Entscheidung gebe nur Hinweise auf denkbare Varianten, zB die Weitergeltung einer bestehenden Vereinbarung des Vorjahres. Vorstellbar wäre auch ein Rückgriff auf einen Durchschnittswert, einen Zweifelswert, einen vergleichbaren Bonus, der im Unternehmen ausgezahlt worden sei oder die Bestimmung durch einen Dritten.

Jedenfalls zu berücksichtigen sei, dass nicht unrealistisch hohe oder niedrige Parameter festgelegt werden können, weil von vornherein davon ausgegangen werden könne, dass keine Einigung darüber erzielt würde. Eine an den Interessen der Vertragspartner sowie an Treu und Glauben orientierte Auslegung könne auch zur Akzeptanz eines angemessenen Bonus führen, so die Entscheidung am Ende. Damit werde Bezug genommen auf § 1152 ABGB, wobei sich das angemessene Entgelt an 20% des Jahresfixums orientieren könne.

b) Diskussionsbericht⁴⁾

Schima begrüßt den Umstand, dass solche Fragen an das Höchstgericht herangetragen werden. Dies erfolge sehr selten, obwohl die Sachverhaltskonstellation durchaus typisch gewesen sei. Zielvereinbarungen würden meist jährlich festgelegt. Es gebe auch so gut wie keine Bonusklausel, die sage, was passiere, wenn sich die Parteien nicht einigen. Das sei genau die Lücke, die hier vorliege: Die Parteien haben den Fall nicht geregelt, dass sie sich nicht einigen. Es gebe eine – kritikwürdige – Entscheidung in Deutschland, die davon ausgegangen sei, dass in diesem Fall im Zweifel der Höchstbetrag gelte. Die konkrete Entscheidung sei demgegenüber zu begrüßen, weil zu viel unklar gewesen sei. Es wäre nicht richtig, auch im Anlassfall zu sagen, die 20% stünden zu. Abgesehen davon sei hier ja offenbar generell noch zu prüfen, ob der Turnaround geschafft worden sei. Dies sei nach betriebswirtschaftlichen Gründen zu prüfen.

Fischer-Czermak meint ebenfalls, dass selbst bei Bejahung des Turnarounds mit Blick auf die Parameter viel unklar sei. Schadenersatz könnte man sich vorstellen, wenn wirklich noch keine Bindung da sei und die Vertragsverhandlungen scheitern, die beiden sich aber nur bereit erklärt haben, zu verhandeln. Gehe der Weg über das Schadenersatzrecht, stellen sich aber weitere Fragen. Da es sich um den vorvertraglichen Bereich handle, könne nicht das

3) OGH 9 ObA 163/16k.

4) An der Diskussion beteiligt waren (neben der Referentin, chronologisch) RA Hon.-Prof. Dr. *Georg Schima*, MBL-HSG, LL.M., Univ.-Prof. *Constanze Fischer-Czermak*, Univ.-Prof. Dr. *Christian Huber*, Univ.-Prof. Dr. *Andreas Kletečka*.

Erfüllungsinteresse zustehen. Woran bemesse sich aber der Vertrauensschaden?

Dehn merkt an, dass man zu einer Schadensausmessung nach § 273 Abs 1 ZPO gelangen könnte, was aber voraussetze, dass dem Grunde nach feststehe, dass es den Anspruch geben soll, was im konkreten Fall aber problematisch sei. Das hänge vom Betriebsergebnis ab, als Richter wisse man aber nicht, wie das Unternehmen seine Gewinnparameter festgelegt hätte. § 273 Abs 1 ZPO helfe also kaum. In der Lit sei mittels § 1152 ABGB auf ein angemessenes Entgelt zurückgegriffen worden. Das werde aber für eine Tätigkeit gewährt, der Bonus müsse aber gar nicht tätigkeitsspezifisch sein. Vielleicht sei die Entscheidung ein Aufruf, den Vertrag im Vorhinein gut zu gestalten – ähnlich wie Kollektivvertragsparteien, die mangels Einigung auch auf Klauseln zurückgreifen können, die eine Aussage darüber treffen, was mangels Einigung über einen Neuabschluss zu gelten habe.

Huber räumt ein, dass die Beurteilung, ob der Turnaround gelungen sei, schwierig sein könne. Es gebe aber zwei Konstellationen, die eindeutig seien: Erstens, wenn verkauft werde, weil das Unternehmen ein Sanierungsfall sei. Dann sei eben die Nachhaltigkeit nicht geschafft. Der zweite Fall komme bei Start-Up-Unternehmen häufig vor – ein Start mit riesigen Verlusten und dann kommen die Gewinnphase sowie der opportune Zeitpunkt, um zu veräußern. Hier könne von nachhaltiger Sanierung ausgegangen werden. In der Sache müsse es bei Erfüllung der Voraussetzungen einen Erfüllungsanspruch geben, nicht nur das Vertrauensinteresse. Beim Vertrauensinteresse würde man meistens zu gar nichts kommen.

Dehn stellt klar, dass die Frage des Turnarounds im konkreten Fall nicht geklärt war.

Kletečka gibt zu bedenken, dass bei diesem Verständnis kaum noch Vereinbarungen bleiben, die unbestimmt seien. Der OGH wende § 1152 ABGB zu Recht nicht an, dann gehe man aber noch einmal „über die Bande“ und komme über den Schadenersatz wieder zurück. Man müsse sagen: Hättet ihr es vereinbart – es ist nicht vereinbart.

Dehn meint, dass der Senat diese Botschaft nicht senden wollte, weil dies geheißsen hätte: Es gibt eine Vereinbarung mit einem Bindungswillen nur über € 150.000,- fix und sonst gar nichts. Man könne die Vertragsverhandlungen aber schon so verstehen, dass klar war, € 180.000,- seien gewünscht und es werde ihm zugesagt, dass das im Erfolgsfall auf Basis eines Bonus auch so sein solle.

Schima gibt zu bedenken, dass die Fälle selten über Schadenersatzansprüche gelöst werden können. Selten trete etwa der Vorstand an den Aufsichtsratsvorsitzenden heran, verlange eine Zielsetzung und diese würden abgeblockt oder Scheinverhandlungen geführt und absurde Ziele festgelegt. In der Praxis liege der Grund oft schlicht in einer Schlamperei. Richtig sei der Lösungsweg über eine ergänzende Vertragsauslegung. Die Vereinbarung sei nicht einfach unbestimmt. Man könne § 1152 ABGB heranziehen, auch dass einer gesagt habe, er möchte € 180.000,-, sei ein gewisser Anhaltspunkt. Um die Lücke zu füllen und beurteilen zu können, was redliche Parteien im Bewusstsein dieser Lücke getan hätten, müsse man ja alle diese Umstände berücksichtigen, vielleicht fehle da auch Vorbringen.

3. Gewährleistung/Zumutbarkeit Verbesserungskosten⁵⁾

a) Referat: HR Univ.-Prof. Dr. Michael Bydlinski

M. Bydlinski referiert den Sachverhalt, wonach Ehegatten die Außenanlagen ihres Hauses mit Natursteinplatten verlegen lassen wollten.

Zum Pflichtenprogramm des Verkäufers gehörte es auch, an Ort und Stelle auszumessen, wie viele Platten gebraucht werden. Das ist der Ansatzpunkt der gesamten Problematik, weil letztlich zu wenig Platten geliefert wurden, weil sich der Verkäufer vermesen hat.

Die vertragliche Vorgabe war, dass die Platten eine einheitliche Optik haben sollen. Nachdem bei Verlegung zu wenig Platten vorhanden waren, hat letztlich der Verkäufer noch Plattenmaterial nachgeliefert. Erst nachdem alles verlegt und getrocknet war, stellte sich heraus, dass die nachgelieferten Platten etwas anders aussehen.

Eine Nachlieferung aus derselben Charge ist nicht mehr möglich. Eine einheitliche Optik könne nur dadurch erzielt werden, dass die gesamten Platten entfernt und eine gesamte neue Charge mit einheitlicher Optik nachgeliefert wird.

Die Kl bringen schließlich – angelehnt an die *Weber/Putz*-Entscheidung des EuGH – eine Klage auf € 130.000,- ein, weil die Mängelbehebung nur durch Ein- und Ausbau inklusive Gartenwiederherstellung möglich sei und der Verkäufer daher nicht nur neue Platten liefern, sondern auch die Ein- und Ausbaurkosten tragen müsse.

Der Verkäufer sollte also viel Aufwand für die Platten betreiben, die maximal € 25.000,- gekostet hätten. Nach dem EuGH sei die Unverhältnismäßigkeit nämlich nur von Bedeutung für die Frage, welcher der denkbaren Primärbehelfe gewählt werden könne, sie könne aber nicht überhaupt jeglichen Primärbehelf ausschließen, wobei eine Kostenbeteiligung des Übernehmers möglich sei, in deren Berechnung der Wert des vertragsgemäßen Verbrauchsguts und die Bedeutung der Vertragswidrigkeit einfließen könnten. Das allgemeine Verständnis der EuGH-Entscheidung sei daher offenbar, dass der Anspruch des Verbrauchers durch die Gerichte beschränkt werden könne.

Der OGH verwies den Fall zur Verfahrensergänzung an das ErstG zurück. Es komme nach dem OGH für die Frage der Kostenbeteiligung auch darauf an, ob ein redlicher Erwerber, der eigenes Geld investiere, ebenfalls den gesamten Betrag aufwenden würde. Das solle im Verhältnis zum Verkäufer nicht ganz unbeachtet bleiben. Die Käufer hätten nur dann einen Anspruch auf Verbesserung, wenn sie sich kostenmäßig beteiligen. Dann sei die erste Frage, ob sie sich überhaupt beteiligen müssen? Dazu fehlten noch konkretere Feststellungen. Zweitens sei fraglich, in welcher Höhe man sich beteiligen müsse. Auch von der durch das Gericht festzulegenden Beteiligungshöhe hänge ab, ob die Käufer dann nicht doch lieber Preisminderung oder Wandlung haben wollen.

Der EuGH sage eindeutig, dass der Käufer, wenn er sich an den Austauschkosten nicht beteiligen wolle, auf einen Sekundärbehelf umsteigen könne. In einem ersten Schritt sei hier das ErstG am Zug, sich ein Bild zu machen, ob und – wenn ja – in welcher Höhe eine Kostenbeteiligung der Käufer im Raum stehe. Zur Wandlung ergeben sich folgende Fragen: Wie wäre die Wandlung nach europäischem Recht zu verstehen? Gehört zur Wandlung zumindest auch der Ausbau?

b) Diskussionsbericht⁶⁾

Kletečka fragt nach, ob man damit eine Art Gestaltungsrecht des Käufers konstruiert habe, eine Zuzahlung zu tätigen, damit die

⁵⁾ OGH 1 Ob 209/16s.

⁶⁾ An der Diskussion beteiligt waren (neben dem Referenten, chronologisch) Univ.-Prof. Dr. *Andreas Kletečka*, HR des OGH Hon.-Prof. Dr. *Christoph Brenn*, VP des OGH Hon.-Prof. Dr. *Elisabeth Lovrek*, Univ.-Prof. Dr. *Stefan Perner*, Univ.-Prof. Dr. *Christian Huber*, LStA Hon.-Prof. Dr. *Johannes Stabentheiner*, o. Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinski*, Univ.-Prof. Dr. *Ernst Karner*, Univ.-Prof. Dr. *Silvia Dullinger*.

Unverhältnismäßigkeit des § 932 Abs 4 ABGB wegfallen. Außerdem fragt er sich, ob man Schadenersatz geltend gemacht habe wegen der fehlerhaften Vermessung. In diesem Fall bekomme der Erwerber ohnehin den ganzen Betrag.

M. Bydlinski bejaht den ersten Punkt und weist darauf hin, dass der EuGH dies bereits vorgegeben habe. Schadenersatz sei geltend gemacht worden, allerdings stelle sich mit Blick auf den Gleichlauf von Gewährleistung und Schadenersatz dort dieselbe Frage nach der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung.

Brenn weist darauf hin, dass es in der vorliegenden Konstellation einige ungeklärte Fragen vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkauf-RL gebe. Wie sei etwa die Höhe des Kostenbeitrags zu bemessen? Außerdem sei dies ein ganz außergewöhnlicher Fall des rein optischen Mangels, der nicht mit *Weber/Putz* vergleichbar sei. Es stelle sich daher auch die Frage, ob es eine Missbrauchsgrenze gebe. Diese Überlegungen würden ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH nahelegen.

M. Bydlinski wendet ein, dass man natürlich daran gedacht habe, vorzulegen. Allerdings sei hier noch vieles unklar, man habe ohnehin jedenfalls aufheben müssen und in manchen Bereichen hätte man einfach noch keine klaren Fragen stellen können. Dann habe es nicht sehr viel Sinn, den EuGH zu fragen, der zur Frage der Höhe der Kostenbeteiligung auch sicher keine Antwort gegeben hätte, wohl auch nicht einmal zu den konkreten Kriterien. Komme der Akt wirklich noch einmal und stelle sich eine unklare Frage des Unionsrechts, dann werde man vorlegen.

Lovrek wendet ein, dass der Ästhetik im konkreten Fall der Verlegung von Natursteinplatten in einheitlicher Optik eben eine große Bedeutung zukomme. Daher sei nicht von einem Missbrauch auszugehen. Das Aus- und Einbauen koste nun einmal Geld.

Perner stimmt *M. Bydlinski* mit Blick auf das Verneinen der Vorlagefrage zu. Der Fall sei insofern unionsrechtlich eindeutig, weil sich der EuGH mit Blick auf die Unverhältnismäßigkeit auf Richtlinienebene klar geäußert habe: Den Einwand der absoluten Unverhältnismäßigkeit gebe es nicht. Da es genau solche Fälle geben könne, die zu absurden Ergebnissen führen, habe er eine angemessene Kostenbeteiligung des Übernehmers „erfunden“. Wenn man einen Richtliniengehalt erfinde, den es nicht gebe, könne es auch nicht überraschen, dass es im nationalen Recht schwer sei, richtlinienkonform zu interpretieren. Der Gesetzgeber habe ja mit dieser Rechtsnorm nicht rechnen und sich darauf einstellen können. Es sei daher eigentlich überraschend, dass sich der OGH so stark bemüht habe, richtlinienkonform zu interpretieren oder Rechtsfortbildung zu betreiben. Tatsächlich sei man in einem Bereich, wo man die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfindung erreicht habe. Man hätte sagen können: Wir haben keine Rechtsgrundlage im österr Recht für eine angemessene Kostenbeteiligung und es gibt nach wie vor den Unverhältnismäßigkeitseinwand des Verkäufers. Wo solle es ihn auch geben, wenn nicht in diesen Fällen, wo eben das Vielfache des eigentlichen Kaufpreises an Verbesserungskosten anfallt? Die europarechtliche Rechtslage sei also klar und in der Handhabung schwierig, aber im nationalen Recht hätten die Gerichte recht einfach entscheiden können.

Huber lobt, dass der Kl nicht mit einer überraschenden Rechtsansicht konfrontiert wurde, sondern zurückverwiesen wurde. Das werde nicht immer beherzigt. Inhaltlich weist er auf eine Parallele zur Regulierung von Kfz-Sachschäden hin. Dort stelle sich mitunter die Frage, ob der Geschädigte noch auf Reparaturkostenbasis abrechnen könne oder der Ersatzpflichtige auf die Totalschadensabrechnung verweisen könne. Der Geschädigte habe die Möglichkeit, die Tunlichkeit dadurch

aufrechtzuerhalten, dass er einen Beitrag zum Schadenersatzbeitrag leiste, um die Restitution zu ermöglichen. Dass bei der Beurteilung darauf abzustellen sei, wie ein vernünftiger Vertragspartner vorgehen würde, wenn er selbst zahlen müsste, halte er aber insgesamt für falsch. Es dürfe einen Unterschied machen, ob man einen Nachteil aus eigenem Vermögen zu tragen habe oder ob man ihn auf einen Ersatzpflichtigen überwälzen könne. Wenn man ihn auf einen Ersatzpflichtigen überwälzen könne, dann müsse man keine Abstriche machen.

Stabentheiner berichtet, dass sich das BMJ bereits unmittelbar nach der Veröffentlichung des EuGH-Erk *Weber/Putz* mit der Frage auseinandergesetzt habe, ob dieses Erk Anlass für den österr Gesetzgeber sein könnte, im Gewährleistungsrecht nachzuziehen, also die österr Gewährleistungsregelungen an die Inhalte dieser Entscheidung anzupassen (ÖJZ 2011, 1045 [1050 ff]). Man sei aber schnell zur Überzeugung gekommen, dass der Zick-Zack-Kurs des EuGH – erstens keine Austauschverweigerung des Verkäufers wegen Unverhältnismäßigkeit, aber zweitens Reduktion des Kostenerstattungsanspruchs des Käufers bei Unbilligkeit auf einen „angemessenen Betrag“ und schließlich drittens bei zu großer Kostenbeteiligung des Käufers infolge dieser Reduktion der mögliche Umstieg auf die Preisminderung oder Wandlung – keine taugliche Grundlage für gesetzgeberisches Handeln sei. Es sei vielmehr Sache der Judikatur, mit dieser seltsamen Vorgabe umzugehen. Man sei davon überzeugt gewesen, dass dies der Judikatur gut gelingen würde; und diese Überzeugung sei nun durch die besprochene E 1 Ob 209/16s bestätigt worden. Hinzuweisen sei außerdem auf die Richtlinienentwürfe der EK über die Bereitstellung digitaler Inhalte und va über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenhandels, die das Recht des Warenkaufs im Fall ihrer Umsetzung erheblich umgestalten würden.

P. Bydlinski stimmt *Perner* zu: Nach wie vor habe man keine Gesetzesänderung, daher sei § 932 Abs 4 ABGB anzuwenden, wonach der Übergeber die Verbesserung bei unverhältnismäßig hohem Aufwand verweigern könne. Die Rsp des EuGH habe sich im österr Recht nicht niedergeschlagen. Wie solle man das richtlinienkonform interpretieren? Der österr Gesetzgeber habe das seinerzeit ganz bewusst so gewollt. Ein ganz anderer, davon unabhängiger Punkt, der nicht die konkrete Entscheidung des OGH betreffe, aber die Judikatur insgesamt, sei die Frage nach der gespaltenen Auslegung. Es sei methodisch nicht klar, wieso eine gesplattene Auslegung vorzunehmen sei, wonach die Rsp des EuGH nur im Bereich der Verbrauchergeschäfte zur Anwendung komme.

Karner tritt mit Nachdruck für eine gesplattene Auslegung und damit für eine Beschränkung auf den Anwendungsbereich des KSchG ein. Bei den Aus- und Einbaukosten gehe es nämlich um einen Mangelfolgeschaden, der an sich eben nur bei Verschulden zu ersetzen sei. Ein verschuldensunabhängiger Ersatz verstoße aber nicht nur gegen die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätze, sondern führe auch zu Verwerfungen im Gewährleistungsrecht: Der Übergeber habe nämlich plötzlich für Leistungen – den Aus- und Einbau – einzustehen, die nie vom vertraglichen Pflichtenprogramm umfasst gewesen seien. Beides sei gegenüber Konsumenten zwar unvermeidbar, weil insoweit den Vorgaben des EuGH zu folgen sei, dürfe aber – wie auch der OGH zu Recht ausgesprochen habe – nicht auf Unternehmengeschäfte übertragen werden. Es sei überdies zu beachten, dass sich der österr Gesetzgeber in einer ganz parallelen Fallkonstellation ausdrücklich gegen eine einheitliche Umsetzung entschieden habe: Bei den nachteiligen Folgen einer unrichtigen Montageanleitung iSd § 9a KSchG gehe es ja ebenfalls

um einen Mangelfolgeschaden, der – entgegen den allgemeinen Regeln – verschuldensunabhängig zu ersetzen sei. Der Gesetzgeber habe diese Bestimmung deshalb ganz bewusst auf den Anwendungsbereich des KSchG beschränkt. Auch dies spreche geradezu zwingend dafür, die systemwidrigen Vorgaben des EuGH zumindest nicht überschießend umzusetzen und auf jene Fälle zu beschränken, in denen dies europarechtlich unvermeidlich geboten sei.

Dullinger geht auf die vom Referenten aufgeworfene Frage ein, ob die Ausbaukosten auch zu ersetzen seien, wenn Wandlung geltend gemacht werde. Im Wandlungsrecht selbst sei dieser Kostenersatz nicht enthalten. Zwar habe der Übergeber einen Anspruch auf Rückstellung seiner Platten – vielleicht müsse er sie abholen –; dem Übernehmer stehe aber im Rahmen seines Wandlungsrechts als solchem kein Anspruch auf Beseitigung der Platten zu. Freilich könne sich der Beseitigungsanspruch aus Schadenersatz ergeben, uU auch aus einer Eigentumsbeeinträchtigung des Übernehmers.

4. Haftung für vom falschen Vater abstammenden Labrador⁷⁾

a) Referat: HR Dr. Karina Grohmann

Die Referentin stellt eine Entscheidung vor, in der es um einen Labrador geht, der nicht vom in den Papieren ausgewiesenen Vater abstammt und diverse Erbkrankheiten aufweist.

Der Kl hatte sich beim nunmehr bekl Züchter für den Labradorwelpen Aaron interessiert. Dort informierte er sich über Aarons Eltern und ließ sich die Papiere zeigen. Die Mutter war danach eine Hündin des Bekl, der Vater sollte Matthew sein, der im Eigentum des Nebenintervenienten steht.

Der Bekl sicherte dem Kl zu, dass die Tiere den Zuchtbestimmungen entsprechend frei von Hüft- (HD) und Ellenbogendysplasie (ED) sind. Der Kl kauft daraufhin vom Bekl den Welpen um € 850,-, der von einer Hündin des Bekl abstammt.

Im Alter von etwa acht Monaten beginnt der Hund aufgrund schwerer HD und ED zu hinken. Die Behandlungskosten und die Wertminderung summieren sich auf € 7.000,-, die der Kl aus dem Titel des Schadenersatzes einklagt.

Im Verfahren stellt sich heraus, dass Aaron anders als in den Papieren ausgewiesen nicht von Matthew abstammt. Der Bekl wendet ein, dass ihn kein Verschulden treffe, da er sich an die Zuchtregeln gehalten, zwei von Erbkrankheiten freie Tiere (die Mutter von Aaron und Matthew) zur Zucht gewählt und seine Hündin zum Decken mit Matthew in den Betrieb des Nebenintervenienten gebracht habe. Der Nebenintervenient als Besitzer des Deckrüden weist ebenfalls jegliche Schuld von sich.

Der Klage wird vom ErstG und vom BerG stattgegeben, das BerG lässt den Bekl für einen verschuldeten Mangel haften, weil ihm der Entlastungsbeweis nach § 1298 nicht gelungen sei.

Der Revision des Bekl wurde vom OGH Folge gegeben: Ein Züchter hafte grundsätzlich nicht für eine derartig genetisch bedingte Erkrankung, wenn er die Zuchtregeln eingehalten habe. Dazu fehlen aber diesbezügliche Feststellungen, weshalb das Eigenverschulden des bekl Züchters noch offen und zu prüfen sei.

Die zweite Frage war jene der Zurechnung eines Verschuldens des Nebenintervenienten. Der OGH hat den Deckrüdenbesitzer als Zulieferer von Rohstoffen angesehen, für den der Kl nach § 1313 a ABGB nicht haften.

b) Diskussionsbericht⁸⁾

Karner hegt Bedenken gegen die ausbleibende Zurechnung, weil für diese das vertraglich geschuldete Leistungsprogramm maßgeb-

lich sei. Was sei aber die vertraglich übernommene Pflicht eines Züchters? – zu züchten! Dies sei der entscheidende Unterschied zum bloßen Kauf eines Hundes von einem Händler, dem ein Zulieferer bzw Produzent selbstverständlich nicht zuzurechnen sei. Nicht entscheidend sei hingegen, ob der Züchter die Züchtung mit Hilfe eigener oder fremder Hunde vornehme. Es handle sich nämlich um einen typischen Herstellungsprozess, bei dem Gehilfen anerkannter Maßen nach § 1313 a ABGB zuzurechnen seien. Eine gewisse Schwierigkeit bestehe im konkreten Fall freilich darin, dass ein bereits existierender Hund vom Züchter erworben worden seien, weshalb man sich gedanklich offenbar an einem Kaufvertrag orientiert habe. Tatsächlich gehe es hingegen um den Einsatz von Erfüllungsgehilfen im Vorbereitungsstadium, was aber – wie allgemein anerkannt sei – grundsätzlich nichts an der Übernahme einer Herstellungspflicht sowie der Zurechnung der Gehilfen nach § 1313 a ABGB ändere. Die Entscheidung sei hinsichtlich der Gehilfenzurechnung daher zu restriktiv.

Dies werde, wie *Karner* weiter ausführt, auch deutlich, wenn man den Fall mit einer anderen rezenten Entscheidung vergleiche, bei der sich eine Patientin bei einer Gynäkologin untersuchen ließ und die vorgenommenen Abstriche an einen Pathologen geschickt wurden.⁹⁾ Unter ausdrücklicher Ablehnung der zutreffenden Vorjudikatur habe der OGH der Gynäkologin den Pathologen nach § 1313 a ABGB zugerechnet, obwohl an sich klar sei, dass sich eine Gynäkologin mangels einschlägiger Fachkenntnisse regelmäßig nicht vertraglich dazu verpflichtet, selbst pathologische Untersuchungen durchzuführen. Die Zurechnung sei hier also überaus extensiv, auch wenn sie sich im konkreten Fall – nicht aber als allgemeine Regel – sachlich immerhin damit rechtfertigen lasse, dass gegenüber der Patientin nicht offengelegt worden sei, dass die Gynäkologin die Abstriche weiterleiten werde. Gerade bei einer leitsatzmäßigen Anwendung der genannten Entscheidung stehe zu befürchten, dass die rechtlichen Grenzen der Zurechnung von Erfüllungsgehilfen verschwimmen und zunehmend unsicher werden. Dieser beunruhigende Befund werde noch dadurch verschärft, dass ein Anspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter – der sowohl gegenüber dem Pathologen als auch gegenüber dem Eigentümer des Deckrüdens an sich unproblematisch wäre – nach stRsp nur subsidiär sei und daher ausscheide, wenn ein „deckungsgleicher“ Anspruch gegen den Geschäftsherren bestehe. Gerade in jenen Fällen, in denen eine Zurechnung nach § 1313 a ABGB aus rechtlichen oder faktischen Gründen zweifelhaft sei, sei der Geschädigte dadurch aber gezwungen, sowohl den potentiellen Geschäftsherren als auch den potentiellen Gehilfen zu klagen, obgleich er wisse, dass er einen der beiden Prozesse mit Sicherheit verlieren müsse. Um dieses höchst unbefriedigende Ergebnis zu vermeiden, sollte die Subsidiaritätsthese deshalb in jenen Fällen, in denen es sich beim Gehilfen um einen Unternehmer handle, aufgegeben werden.

Dullinger wendet ein, dass beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter immer noch das Problem des bloßen Vermögensschadens bestehe. Im Übrigen trage der Verkäufer gem § 1298 ABGB die Beweislast bzgl Rechtswidrigkeit und Verschulden. Schuldinhalt sei ein Welpen konkreter Abstammung gewesen, der geschuldete Erfolg sei daher nicht eingetreten; der Verkäufer müsse sich in der Frage seines sorgfaltswidrigen Verhaltens und Verschuldens entlasten.

7) OGH 10 Ob 29/16m.

8) An der Diskussion beteiligt waren (neben der Referentin, chronologisch) Univ.-Prof. Dr. Ernst Karner, Univ.-Prof. Dr. Silvia Dullinger, Univ.-Prof. Dr. Constanze Fischer-Czermak, Univ.-Prof. Dr. Christian Huber.

9) OGH 29. 3. 2017, 1 Ob 161/16g EvBl 2017/145 (Burtscher).

Grohmann entgegnet, dass die Anwendung von § 1298 ABGB unstrittig gewesen sei. Natürlich habe sich der Bekl zu entlasten. Dazu gebe es keine Feststellungen, aber immerhin ein ansatzweise ausreichendes Entlastungsvorbringen des Bekl, der meinte, er habe sich an die Zuchtregeln gehalten, also einen Rüden ausgesucht, der zur Zucht zugelassen sei und die Hündin dann dort hingebbracht. Dieses Vorbringen sei gerade noch ausreichend gewesen, den Bekl treffe aber natürlich die Beweislast.

Fischer-Czermak weist auf den Aspekt fehlerhafter Aufklärung hin. Im Bereich der falschen Auskunft hätte man dem Züchter den Besitzer des vermeintlichen Deckrüdens zurechnen können. Dieser habe ja gesagt, dass die Hündin von Matthew gedeckt worden sei, und diese Auskunft habe der Züchter als Verkäufer weitergegeben.

Huber stimmt der von Karner erwähnten Pathologen-Entscheidung zu, weil sie einen Anreiz zur Transparenz der Verhältnisse gebe; sie sei aber sicherlich nicht verallgemeinerungsfähig. Es gehe im konkreten Fall um das Vielfache des Kaufpreises. Huber ruft in Erinnerung, dass es in der Rechtsordnung eine Wertepyramide gebe, über den Tieren stehen Menschen. Manchmal müsse der Geschädigte im Schadenersatzrecht wählen zwischen einer Pflege zuhause und einer im Pflegeheim; erstere koste um 50 oder 80 Prozent mehr und man sei relativ rasch bei der Unverhältnismäßigkeit. Bei diesen Entscheidungen sollte man berücksichtigen, wie man bei den Hunden verfährt.

Grohmann merkt an, dass keine Pflegekosten, sondern Operationskosten begehrt wurden.

5. Hypothekargläubiger/Superädifikat und Feuerversicherung¹⁰⁾

a) Referat: HR Dr. Johann Höllwerth

Der Referent stellt eine versicherungsrechtliche Entscheidung vor:

Kl ist die kreditgewährende Bank, auf der bekl Seite steht ein Versicherer. Zudem spielen die Liegenschaftseigentümerin und ein Brandstifter eine Rolle.

Die Bank gewährt Kredit an die Liegenschaftseigentümerin und den Brandstifter mit dem Ziel, dass ein Gärtnereibetrieb mit Glashaus errichtet wird. Das geschieht in Form eines Superädifikats. Als Sicherheit für die Bank wird auf der Liegenschaft eine Hypothek eingeräumt und das Superädifikat ordnungsgemäß verpfändet.

Das Objekt wird bei der beklP mittels Bündelversicherung für Superädifikate versichert. Zu diesem Bündel gehört auch eine Feuerversicherung. Die (kl) Bank zeigt die erfolgte Verpfändung der Versicherung an, woraufhin diese einen Sperrschein ausstellt, mit dem sie die erfolgte Verpfändung zur Kenntnis nimmt und der Bank mitteilt, dass künftig die Bestimmungen der §§ 99 ff VersVG Anwendung finden. Das entspricht dem Standpunkt der klP im Prozess. Die beklP wird den gegenteiligen Standpunkt vertreten. In der Insolvenz der Liegenschaftseigentümerin und des Brandstifters beabsichtigt der Masseverwalter, das Gebäude zu veräußern und schließt einen Kaufvertrag über den Preis von € 470.000,-.

Am Tag vor Unterfertigung des Kaufvertrags brennt der Brandstifter das Glashaus ab. Der Käufer des Objekts ist weiterhin am Kauf interessiert, freilich bei Reduktion des Kaufpreises um den Schaden von € 65.000,-.

Die Bank begehrt diesen Betrag vom Feuerversicherer, wobei nach § 102 VersVG selbst bei Leistungsfreiheit des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer wegen einer Obliegenheitsverletzung oder – wie hier – wegen vorsätzlicher Herbeiführung

des Versicherungsfalls die Haftung gegenüber dem Hypothekargläubiger aufrechterbleibt.

Für die Aktivlegitimation der Versicherung spricht § 100 VersVG, der den Hypothekargläubiger in der Feuerversicherung durch eine Pfandrechtersreckung begünstigt, nach der das Pfandrecht auf die Versicherungssumme erstreckt wird. Zu klärende Rechtsfrage war: Gilt das Privileg der Pfandrechtersreckung zugunsten des Hypothekargläubigers auch dann, wenn das Pfandobjekt nicht eine Liegenschaft samt Gebäude, sondern „nur“ ein Superädifikat ist? Eine weitere Begünstigung des Hypothekargläubigers, die im vorliegenden Fall schlagend wird, ist das Privileg des § 102 VersVG.

Das ErstG hat die Pfandrechtersreckung verneint, das BerG hat sie bejaht.

Dagegen wendete sich der Rekurs des bekl Versicherers, der eine Wiederherstellung des Ersturteils anstrebte. Der OGH folgte der Rechtsansicht der zweiten Instanz: Bei § 100 VersVG gehe es nicht um die Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen iS des ABGB, sondern um die Differenzierung zwischen Gebäude und Liegenschaft. Das Privileg für den Hypothekarkreditgeber nach § 100 VersVG erstrecke sich nur auf das Gebäude und nicht auch auf die Liegenschaft. Daher schließe der Wortlaut die Einbeziehung von Superädifikaten nicht aus. Zu § 102 VersVG ging der OGH davon aus, dass es zwar stimme, dass der Begriff „Hypothekargläubiger“ in den §§ 448 ff ABGB typischerweise eine Hypothek an einer verbücherten Liegenschaft meine. Die Differenzierung in diesen Bestimmungen zwischen Hypothek und Handpfand betreffe aber im Regelfall nur die Frage der Pfandrechtsbegründung.

Im Ergebnis seien die Begünstigungen des Hypothekargläubigers (§§ 99 ff VersVG) auch auf das Pfandrecht bei Superädifikaten anwendbar.

b) Diskussionsbericht¹¹⁾

Kletečka stimmt der Entscheidung vollinhaltlich zu. Die Unterscheidung in bewegliche und unbewegliche Sachen habe im vorliegenden Fall überhaupt keine Bedeutung. Man müsse nur bedenken, dass das Superädifikat viel häufiger als unbewegliche Sache behandelt werde als dass man von einer beweglichen ausgehe. Schon bei der Gewährleistungsfrist, im IPR, beim LBG oder bei der Zwangsversteigerung wird das Superädifikat als unbeweglich behandelt. Damit sei dies sicher kein Argument.

Man müsse sich über die Publizität Gedanken machen. Gerade was die Pfandrechtsbegründung betreffe, sei die Publizität durch das UHG eine sehr hohe. Niemand könne sich darauf berufen, dass er es nicht gewusst habe. Das heiße, es könne nur darum gehen, dass der Versicherer wisse, da gibt es noch einen anderen. Das sei daraus zu erkennen. Es gebe also keinen Grund, warum die Entscheidung nicht richtig sein soll.

6. Änderungen der Privatstiftung zum Nachteil der Ehefrau¹²⁾

a) Referat: HR Dr. Edwin Gitschthaler

Gitschthaler referiert eine Entscheidung aus dem Stiftungsrecht.

Kl ist Frau G, die beiden Familienstiftungen und Herr G sind Erst-, Zweit- und DrittBekl. Der Sachverhalt geht in die 60er Jahre zurück, als Herr G bereits ein Einzelunternehmen betrieb.

10) OGH 7 Ob 98/16m.

11) An der Diskussion beteiligt war (neben dem Referenten) Univ.-Prof. Dr. Andreas Kletečka.

12) OGH 6 Ob 122/16h.

Frau G blieb zunächst bei den drei Kindern zu Hause, ging aber bald wieder im Unternehmen ihres Mannes arbeiten und unterstützte ihn.

Nach den ersten Aufträgen wird eine KG mit Herrn G als Komplementär und Frau G als Kommanditistin gegründet. Das Geschäft floriert und es kommt zur Gründung der G GmbH, deren Gesellschafter Herr und Frau G sind (Anteilsverhältnis: 85:15). Im Jahr 1999 wird die Idee einer Privatstiftung entwickelt, um das Lebenswerk zu erhalten. Es wird zunächst als Stiftergesellschaft die GG GmbH (Anteilsverhältnis 90:10), gegründet. Herr und Frau G gründen in weiterer Folge die erste Privatstiftung, die G Privatstiftung, zur Sicherung und Erhaltung des Vermögens, aber va zur Versorgung der Begünstigten, des Ehepaares G, und der Kinder als Zweitbegünstigte.

In weiterer Folge verzichten beide Ehegatten wechselseitig auf den Pflichtteil, wobei sich aus den Feststellungen ergibt, dass Herr G die Versorgung der Familie bis zum Lebensende über die Begünstigtenstellung zugesichert habe. Zusätzlich werden die Anteile der beiden an der G GmbH beinahe zur Gänze in die Stiftung eingebracht. Eine zweite Privatstiftung wird nach denselben Modalitäten ins Leben gerufen. Herr G behält sich zunächst als einziger Stifter ein Änderungsrecht in beiden Stiftungen vor.

2011 lässt sich das Ehepaar G scheiden. Zuvor kommt es im Jahr 2009 zu einer Änderung der Stiftungserklärungen. Es wird noch einmal der Versorgungszweck betont und darüber hinaus werden alle, auch die Kinder, mit € 700.000,- pro Person netto jährlich begünstigt.

Eine wesentliche Änderung bestand darin, dass die Stiftergesellschaft, die ursprünglich erst nach dem Ableben des Herrn G ein Änderungsrecht haben sollte, nunmehr auch ein Änderungsrecht haben sollte.

In den nächsten Jahren folgen zahlreiche Änderungen der Stiftungserklärungen: Das Änderungsrecht der Stiftergesellschaft wird von Herrn G allein ruhend gestellt. Im Jahr 2012 wird der Frau und den Kindern von Herrn G die Begünstigtenstellung vollumfänglich entzogen. 2014 kommt es wieder zu einer Änderung bzw Neuerrichtung der Stiftungen. In den Stiftungserklärungen wird klargestellt, dass Herr G immer das alleinige Änderungsrecht gehabt habe. Dies wurde von Frau G bestritten, weshalb die Stiftergesellschaft vorsichtshalber die Neufassungen miterrichtet.

Der OGH stellt – anders als die Vorinstanzen – fest, dass die in der Zeit nach dem 10. 4. 2009 – also nach der Erklärung über die Begünstigung iHv € 700.000,- pro Person – vorgenommenen Änderungen der Stiftungsurkunden unwirksam seien, dass die Kl Begünstigte der ErstBekl und der ZweitBekl sei und dass der DrittBekl für Schäden, die aus diesen Änderungen entstanden seien, einzustehen habe.

Gitschthaler referiert die beiden wesentlichen Aussagen des 6. Senats: Einerseits müsse bei gemeinsamen Änderungen der Stiftungserklärungen gem § 3 Abs 2 PSG ein gewisser zeitlicher Zusammenhang von maximal einigen Tagen – und nicht wie im vorliegenden Fall fünf Jahre danach durch die Stiftergesellschaft – bestehen. Die zweite wesentliche Aussage betrifft Treuepflichten zwischen Mitstiftern: Der DrittBekl habe durch sein Verhalten Frau G dazu gebracht, die Unternehmensanteile in die Stiftung einzubringen. Das geschah vor dem Hintergrund, dass sie und die Familie als Begünstigte versorgt sind. Dazu sei noch der Pflichtteilsverzicht gekommen und danach habe der DrittBekl der Ehefrau die Begünstigtenstellung entzogen. Zwischen den vom DrittBekl dabei verfolgten eigenen Interessen („Schutz seines Lebenswerks“) und den beeinträchtigten Interessen der Kl und der Kinder (Verlust der Begünstigtenstellungen) bestehe jedoch ein krasses Missver-

hältnis. Das Verhalten des DrittBekl sei daher als rechtsmissbräuchlich angesehen worden.

b) Diskussionsbericht¹³⁾

Rizzi merkt an, dass es eine ausdrückliche Regelung über die Änderungsmöglichkeiten gegeben habe. Demnach konnte der DrittBekl die Änderung ohne Zustimmung seiner vormaligen Ehefrau (und Mitstifterin) und seiner Kinder vornehmen. Dass die Erwartungshaltungen der Anderen berechtigterweise anders waren und sein Verhalten insgesamt rechtsmissbräuchlich, mag in diesem Fall zutreffen. Die Formulierung in der Begründung, dass Änderungen der Begünstigtenstellungen von Mitstiftern oder zulasten von Mitstiftern durch einen änderungsberechtigten Stifter immer den berechtigten Erwartungshaltungen widersprechen, wäre in dieser Allgemeinheit aber zu weitgehend.

Schima hält die Begründung des OGH über den Rechtsmissbrauch und die Treuepflicht des Stifters, der ein alleiniges Änderungsrecht habe, für eine Art Sündenfall. Man könne sich bei der Lektüre der Entscheidung des Eindrucks nicht erwehren, dass der OGH hier eine güterrechtliche Entscheidung im Gewand des Stiftungsrechts getroffen habe. Die Ehe sei ja aus Alleinverschulden geschieden worden und nun versuche man offenbar, die Aufteilung mit den Mitteln des Stiftungsrechts vorzunehmen. Es handle sich um einen Anwendungsfall des Satzes „hard cases make bad law“, der sich nicht verselbstständigen sollte.

Gitschthaler stimmt insofern zu, als man bei den Folgeentscheidungen aufpassen müsse, dass sich die Aussagen nicht verselbstständigen. Die Treuepflichten zwischen Mitstiftern seien aber natürlich keine Erfindung der Entscheidung, sondern in der Lit anerkannt. Man wollte die Treuebindung in der vorliegenden Entscheidung sogar auf einen möglichst hohen Level führen. Der aufteilungsrechtliche Einwand sei interessant, aber es sei eben kein Aufteilungsverfahren gewesen.

Hayden spricht das zeitliche Element bei § 3 Abs 2 PSG an. Die gemeinsame Ausübung finde man auch im Gesellschaftsrecht, etwa bei § 80 Abs 1 GmbHG über die gemeinschaftliche Ausübung von Mitberechtigten eines Gesellschaftsanteils. Dort werde aber überwiegend darauf abgestellt, dass die gemeinsame Ausübung die Einheitlichkeit der Willenserklärungen, nicht aber ein zeitliches Element betreffe. Zu denken wäre auch an die Gesamtgeschäftsführung nach § 21 Abs 1 GmbHG, wo die Zustimmungserteilung auf die allgemeine Rechtsgeschäftslehre gestützt werde. Könne man das zeitliche Element daher vielleicht auf die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, etwa auf die Bindungsfrist stützen? Eine zweite Frage betreffe die Treuepflicht unter Mitstiftern. Wieso werde auf den Rechtsmissbrauch zurückgegriffen und nicht auf die schlichte Sittenwidrigkeit, stehe doch das Änderungsrecht gegenüber der Stiftung, nicht aber den Mitstiftern zu?

Gitschthaler erinnert daran, dass die beiden Erklärungen fünf Jahre auseinander liegen. Das zeitliche Element sei va aus Perspektive einer gewissen Rechtsicherheit zu verstehen. Die Sittenwidrigkeit sei auch ein gangbarer Weg. Wichtig sei aber, dass die Entscheidung zum Ausdruck bringen wollte, dass es sich um einen Ausnahmefall gehandelt habe.

Schima führt ins Treffen, dass auch ein Rechtsgeschäft nach § 1016 ABGB nicht ewig genehmigt werden könne. Der hinkende Zustand könne nur eine gewisse Zeit andauern. Die Frage habe im Gesellschaftsrecht durchaus praktische Bedeutung. „Gemeinsam

13) An der Diskussion beteiligt waren (neben dem Referenten) RA Dr. Paul Rizzi, RA Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, MBL-HSG, LL. M., RiAA Mag. Helene Hayden, o. Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski.

handeln“ lege noch einen engeren Zusammenhang nahe als die bloße Genehmigung. Spreche die Putzfrau die Kündigung aus und genehmige sie dann erst der Vorstandsvorsitzende, der eigentlich befugt sei, dann gehe das nicht ewig.

Gitschthaler greift die Frage der Genehmigung auf. Auch die zweite Instanz habe die Genehmigung als Argument herangezogen, das habe die Erklärung aber nicht hergegeben. Es sei (fünf Jahre später) nichts genehmigt, sondern eine Erklärung vorsichtshalber abgegeben worden, weil Frau G das alleinige Änderungsrecht bestritten hatte. Man habe in der Entscheidung aber auch gesagt, dass das in dem zeitlichen Abstand auch gar nicht genehmigungsfähig wäre.

P. Bydlinski weist auf die zeitliche Abfolge hin. Die erste Genehmigung sei durch den Stifter G allein erfolgt, die zweite, die man vielleicht benötigt hätte, durch die Stifter-GmbH. Dies sei dann aber im Jahr 2014 als Neuerrichtung durch die Stiftergesellschaft und Herrn G bezeichnet worden. Die Änderungen zwischen 2009 und 2014 seien damit also in die Erklärungen mit aufgenommen worden.

Gitschthaler bejaht und führt aus, dass man daher auch gesagt habe, der Stifter dürfe sie wegen der Treuepflichten jetzt als Begünstigte nicht mehr hinausschmeißen, weil das natürlich der nächste Schritt gewesen wäre.

7. Aufteilung Höchsthaftungssumme nach § 275 UGB¹⁴⁾

a) Referat: HR Hon.-Prof. Dr. Christoph Brenn

Die referierte Entscheidung betrifft die Haftung der bekl. Gesellschaft als Abschlussprüferin.

Sie hatte mehrere Jahresabschlüsse einer Emittentin geprüft und wurde wegen sorgfaltswidriger Bestätigungsvermerke den sechs Kl. schadenersatzpflichtig. Problematisch war, dass die Haftungshöchstsumme des § 275 Abs 2 UGB nicht ausreichte, um alle Kl. zu befriedigen.

Die Vorinstanzen haben die aufgelisteten Beträge in unterschiedlicher Höhe zugesprochen. Eine aliquote Aufteilung sei un-durchführbar und aus diesem Grund das sogenannte Prioritätsprinzip maßgebend. Die Ansprüche werden nach ihrem zeitlichen Einlangen zu 100% befriedigt, bis die Haftungssumme aufgebraucht ist. Die späteren Gläubiger gehen leer aus.

Die Bekl. erhob Revision. Darin vertrat sie die Ansicht, dass bei gesetzlicher oder berufsrechtlicher Pflicht, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen, und bei Bestehen einer zulässigen Haftungsbegrenzung nicht das Prioritätsprinzip maßgebend sei, sondern das Quotenmodell. Diese Aliquotierung müsse bereits über entsprechenden Einwand im Titelverfahren berücksichtigt werden.

Der OGH gelangt wie die Vorinstanzen zum Ergebnis, dass das Prioritätsprinzip maßgebend sei, das außerhalb des Insolvenzverfahrens grundsätzlich gelte. Eine Regel, die von diesem Prinzip abweiche, bedürfe einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage oder zumindest einer Regelung, die analogiefähig sei. Auch eine Entscheidung des 2. Senats zur Anlegerentschädigung aus dem Jahre 2012¹⁵⁾ spreche für das Prioritätsprinzip.

Der 8. Senat befasste sich mit Stellungnahmen in der Lit, die auf jene Entscheidung Bezug nehmen und deutlich überwiegend gegen das Prioritätsprinzip argumentieren. So wurde vorgebracht, dass § 156 Abs 3 VersVG über den Deckungskonkurs eine Grundlage für eine Rechtsanalogie biete oder die §§ 15, 16 EKHG herangezogen werden könnten (Quotenmodell bei Haftungshöchstbeträgen). Beides verwirft der 8. Senat in der vorliegenden Entscheidung. Ein entscheidendes Argument für die Priorität sei nach dem

8. Senat, dass § 275 UGB primär als Haftungsnorm gegenüber der Gesellschaft konzipiert worden sei, nicht gegenüber den Drittgläubigern. Es bestehe daher kein Anlass, die Drittgläubiger in den Genuss einer Aliquotierung kommen zu lassen. Die Konstellation sei nach dem 8. Senat außerdem mit § 1409 ABGB vergleichbar, was der Referent allerdings zur Diskussion stellt. Nach dem 8. Senat reichten auch die Mittel des Zivilprozesses für eine Quotenberechnung nicht aus.

Auffällig sei, dass der 2. Senat – auf den der 8. Senat im vorliegenden Fall Bezug nehme – darauf hingewiesen habe, dass mehrere Schadensereignisse vorhanden gewesen seien. Das lege eine Unterscheidung zwischen einzelnen, punktuellen Schadensereignissen und vielen unüberschaubaren Schadensereignissen nahe. § 275 UGB gehe von einzelnen Schadensereignissen aus. Die Haftungshöchstsummen bestehen für jede einzelne Prüfung und für jeden Bestätigungsvermerk, der für die jeweilige Prüfung gegeben werde. Letztlich mangle es an Verfahrensregeln, die die Vorgehensweise vorgeben. Die Anzahl der Gläubiger könne allenfalls der Abschlussprüfer wissen – eine praktische Schwierigkeit sei hier zuzugestehen. Auch dies sei letztlich für das Prioritätsprinzip ausschlaggebend gewesen.

b) Diskussionsbericht¹⁶⁾

Lovrek führt ins Treffen, dass *Brenn* das zutreffende Kernargument am Schluss genannt habe. Es gebe keine Verfahrensregeln und es stehe Richtern auch nicht zu, diese einfach zu erfinden.

Spitzer stimmt der Entscheidung sowie *Lovrek* zu und ergänzt einen materiell-rechtlichen Gedanken. Das Prioritätsprinzip würde oft als urzeitlich primitiv hingestellt: Alles wirke hart und brutal, irgendwer komme dann zu kurz. Man müsse aber erkennen, dass es das Prioritätsprinzip nun einmal gebe. Wer zu spät komme, den bestrafe vor einem Insolvenzverfahren das Leben. Die Priorität sei daher keine Verlegenheitslösung, sondern die Wahl, die das Gesetz getroffen habe.

Sailer hebt hervor, dass die Situation mit einer bedingten Erb-antrittserklärung vergleichbar sei. Auch dort habe man viele Forderungen und eine beschränkte Haftungssumme. Auch dort sei meistens im Titelprozess nicht zu klären, wer wie viel bekomme, aber das sei noch nicht unbedingt eine Entscheidung für das Prioritätsprinzip.

Kletečka meint, man müsste genauer überlegen, wo das Prioritätsprinzip gelte. Dies sei bei formalen Fragen wie dem Grundbuch der Fall, wo man die zeitliche Abfolge feststellen könne. Naheliegender sei für ihn das VersVG. Zwar sei dies eine andere Situation. Man habe ja an sich eine unbeschränkte Haftung und nur die Versicherungssumme sei beschränkt. Dennoch könne man auf den Gedanken zurückgreifen. Das Prioritätsprinzip sei missbrauchsanfällig. Es sei auch nicht Aufgabe des Gerichts, sondern letztlich des Haftpflichtigen, alle gleich zu behandeln, etwa einen Aufruf zu machen. All diejenigen, die die Möglichkeit hatten, würden dann gleichbehandelt. Ab dann gelte: Wer zu spät komme, den bestrafe das Leben – aber eben erst danach.

Dehn merkt an, dass man natürlich eine wertungsmäßige Parallele zur Insolvenz habe, wenn etwa in Anlegerfällen 1.500 Gläubiger kämen und man einen begrenzten Haftungsfonds habe. Das

14) OGH 8 Ob 94/16f.

15) OGH 2 Ob 171/12 d.

16) An der Diskussion beteiligt waren (neben dem Referenten) VP des OGH Hon.-Prof. Dr. *Elisabeth Lovrek*, Univ.-Prof. Dr. *Martin Spitzer*, Sen.-Präs. des OGH Hon.-Prof. Dr. *Hansjörg Sailer*, Univ.-Prof. Dr. *Andreas Kletečka*, HR des OGH Hon.-Prof. Dr. *Wilma Dehn*, RA Hon.-Prof. Dr. *Georg Schima*, MBL-HSG, LL. M., Univ.-Prof. Dr. *Olaf Riss*, HR des OGH Univ.-Prof. Dr. *Michael Bydlinski*, HR des OGH Dr. *Gottfried Musger*.

praktische Problem sei aber, dass man keine Verfahrensordnung habe und keine Regeln, wie man aufteilen solle. Bei einer Analogie zu § 156 Abs 3 VersVG tue man sich mit Blick auf die Lücke schwer. Es habe beim GesRÄG 2005 Vorschläge gegeben, die nicht übernommen worden seien. Man müsse daher beim Prioritätsprinzip bleiben. Auch sonst wende man in vergleichbaren Situationen das Prioritätsprinzip an. Bei § 1409 ABGB habe man etwa einen begrenzten Haftungsfond, auch § 15 SpaltG sei ein Anwendungsfall. Man könne zum Beispiel nach der Tilgungsordnung verteilen. Es werde aber auch das Problem der Beziehung von Abschlussprüfer und Versicherung zu prüfen sein. Diese stehe vor der Frage, was sie bei mehreren drängenden Gläubigern ersetzen soll, wenn sie dem Abschlussprüfer eine ausreichende Versicherungsdeckung – nach Priorität – schulde. Kann sie sich ihm gegenüber darauf berufen, einem Gläubiger nur in Höhe der Quote verpflichtet zu sein? Die Lösung sei wohl, dass man § 156 Abs 3 VersVG einschränke und nach Ausschöpfen des Haftungsfonds des Abschlussprüfers den Bestand einer versicherten Forderung des Dritten, die quotal zu befriedigen wäre, verneine. Sonst habe man tatsächlich die Situation, dass der Verpflichtete nach Priorität, die Versicherung nach Quote hafte. Das gehe nicht gut zusammen.

Schima pflichtet dem OGH bei und vertritt die Auffassung, dass es unmöglich sei, eine Verteilung nach Quoten vorzunehmen. Wollte man den Fall anders lösen, müsste der Gesetzgeber etwas vorsehen. Interessant sei aber, ob die Summe im konkreten Verfahren bereits erschöpft gewesen sei und ob man auch in einem Fall, wo alle gleichzeitig klagen und gleichzeitig ein Urteil bekommen, das Prioritätsprinzip anwenden würde und dies dann über das Exekutionsverfahren funktioniere? Gehe das überhaupt?

Riss knüpft an *Spitzer* an und stimmt ihm im Prinzip zu. Das Prioritätsprinzip gelte im Zivilrecht bis zur Situation, wo man erkenne, dass der Haftungsfond nicht ausreiche: Mit Insolvenzeröffnung werde das Prioritätsprinzip abgelöst und man schwenke zur Gläubigergleichbehandlung um. Das heiße aber nicht, dass erst ab diesem Moment (= Insolvenzeröffnung) die Pflicht zur Gläubigergleichbehandlung bestehe. Wie die Anfechtungstatbestände (§§ 27 ff IO) zeigen, wirke der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung auf den Moment der materiellen Insolvenz zurück. Die Anfechtung habe dann das Ziel, die Gläubigergleichbehandlung auch außerhalb des Insolvenzverfahrens herzustellen. Hier könne man eine gewisse Parallele zur aktuellen OGH-Entscheidung ausmachen, wo ebenfalls mehrere Gläubiger außerhalb eines Insolvenzverfahrens auf einen beschränkten und unzureichenden Haftungsfonds greifen. Vielleicht könne man das prozessuale Hindernis, dass ein Gesamtvollstreckungsverfahren mit gleichmäßiger Befriedigung der Gläubiger ohne Insolvenzeröffnung nicht vorgesehen sei, dadurch in den Griff bekommen, dass man eine Analogie zur Insolvenzanfechtung erlaube. Der Schuldner oder ein Gläubiger könnte dann die Unwirksamklärung der Erfüllung an einen überproportional befriedigten Gläubiger verlangen. Damit würde das Geld wieder retour in den Haftungsfond gezogen, so dass man es nun verhältnismäßig auf alle Gläubiger verteilen könnte; damit könnte man das aus materiellrechtlicher Sicht wenig zufriedenstellende Prioritätsprinzip zugunsten der Gläubigergleichbehandlung abschwächen.

Brenn zieht eine Zwischenbilanz und erkennt in der Diskussion Parallelen zu den Sitzungen des Senats. Am Ende des Tages müsse aber eine Entscheidung zwischen Prioritätsprinzip oder Quotenmodell getroffen werden. Zur Argumentation *Sailers* führt er aus, dass der Rückgriff auf die bedingte Erbantrittserklärung zwar zu-

treffe, man mit dem VersVG und dem EKHG aber Wertungen habe, die wesentlich näher lägen.

Zur fehlenden Verfahrensordnung merkt *Brenn* an, dass zwar letztlich der Gesetzgeber tätig werden müsste. Allerdings finde man im EKHG und in § 156 Abs 3 VersVG ebenfalls keine Verfahrensordnung. Einen wie in § 156 Abs 3 VersVG vorgesehenen Aufruf könne man schalten. Dass es mit der Abwicklung über den Versicherer schwierig werden könnte, teile er nicht. § 156 Abs 3 VersVG unterscheide zwar danach, ob direkte Ansprüche gegenüber dem Versicherer bestünden oder ob über den Versicherungsnehmer abgewickelt werde. Aber auch im zweiten Fall zahle der Versicherer direkt an den Geschädigten im Namen des Versicherungsnehmers.

Dass die Situation bei Anwendung des Prioritätsprinzips ebenfalls schwierig sei, trifft nach *Brenn* ohne Zweifel zu. Es bestünden nach der referierten Entscheidung aber gewisse Anhaltspunkte auch in § 1409 ABGB. Es müsse wohl darauf ankommen, wer die Ansprüche zuerst geltend mache. Ein Abstellen rein auf die Vornahme der Zahlung durch den Haftpflichtigen eröffne diesem eine willkürliche Vorgangsweise ohne jede objektive Anknüpfung. Außerdem werde der Bekl über bestehende Ansprüche informiert und die Erreichung der Haftungshöchstgrenze könne überhaupt erst über Einwand wahrgenommen werden, der auch begründet werden müsse. Die Gerichte müssten also zunächst einmal auf die Haftungshöchstgrenze nicht Rücksicht nehmen. Diese Fragen hätten letztlich aber nicht geklärt werden müssen, weil im Anfall die Haftungshöchstsumme durch die eingeklagten Ansprüche nicht ausgeschöpft gewesen sei.

Lovrek merkt an, dass der Einwand, es gebe andere Ansprüche, nicht ausreiche. Man müsse vorbringen, bereits erfüllt zu haben.

Brenn entgegnet, dass im konkreten Verfahren die beklP eingewandt habe, dass mehrere Gläubiger vor der Tür stünden und daher die geltend gemachten Beträge an die Kl nicht ausgezahlt werden könnten, weil dann für die anderen Gläubiger nichts mehr übrig bliebe. Eine Erfüllung bzw Zahlung habe daher nicht stattgefunden.

M. Bydlinski merkt an, dass bei herkömmlichem Verständnis des Prioritätsprinzips ein Gläubiger nichts mehr bekomme, wenn er zu einem Zeitpunkt komme, wo schon alles ausgeschöpft sei. Dann sei er aber auch mit der Klage nicht mehr erfolgreich. Was gelte aber vorher? Viele kämen, es sei noch nichts ausgezahlt, sie wollten aber insgesamt zu viel. Im grundbücherlichen Prioritätsprinzip könne man immerhin sagen, einer habe sich zuerst gekümmert; er soll den Vorrang haben. Dies habe eine Berechtigung, aber wenn sich der Schuldner aussuche, wem er zahle, und die anderen schauen durch die Finger, dann habe man schon mehr Sympathie für die Quotierungslösung.

Musger fasst das Verständnis der Entscheidung zusammen: Klagen alle Gläubiger in einem Verfahren und wurde noch keinem gezahlt, dann wäre allen Klagen stattzugeben. Der Schuldner könnte sich aussuchen, wem er zahle. Sobald der Höchstbetrag erschöpft sei, wäre dies ein Oppositionsgrund.

Lovrek bejaht, dass dies die Konsequenz der Entscheidung wäre.

Brenn erwidert, dass man hier die Probleme mit dem Prioritätsprinzip deutlich sehe. Klagen mehrere Gläubiger gleichzeitig und sei die Haftungssumme erschöpft, so sei es wohl nur sachgerecht, schon im Titelverfahren darauf abzustellen, wer zunächst die Forderung gegenüber dem Haftpflichtigen, nämlich dem Abschlussprüfer, geltend gemacht habe. Nur dabei handle es sich um ein halbwegs objektives Entscheidungskriterium.

Ernst Kamber, Stefan Perner und Martin Spitzer