

## Schadenshaftung im Reiserecht

Entgangene Urlaubsfreude  
Zusatzleistungen  
Flugverspätung und -annullierung  
Dienstreise

OGH verschärft Anforderungen  
Superädifikat

Abdingbarkeit der  
Erhaltungspflicht des Vermieters

Verbraucherschutz bei  
Schiedsvereinbarungen mit  
GmbH-Geschäftsführern

Mehrarbeitszuschlag bei  
Teilzeit und verkürzter Wochenarbeitszeit

Zessionsgebühr bei  
Umgründung, Asset- und Share-deal

EuGH *Telekom*  
Rechtzeitigkeit von Überweisungen



# Memo: Die Privatstiftung im Zivilrecht

CLEMENS LIMBERG

Bei der Schaffung des Privatstiftungsgesetzes (PSG) im Jahr 1993 hat der Gesetzgeber vornehmlich organisatorische und steuerrechtliche Belange der Privatstiftung geregelt und überließ deren Eingliederung in das allgemeine Zivilrecht weitgehend der Lit und Jud.<sup>1)</sup> Mittlerweile gibt es zu einigen daraus resultierenden Fragen (oberst)gerichtliche Entscheidungen, die hier überblicksartig dargestellt werden sollen.

Nach §§ 33 f PSG kann sich der Stifter das *Widerrufs- oder Änderungsrecht* vorbehalten. Da diese Rechte auch zu einer Vermögensauskehr aus der Privatstiftung an den Stifter verwendet werden können, hat der OGH eine Pfändung der „Gesamtrechte des Stifters“ zugelassen (3 Ob 217/05 s, *ecolex* 2006/275).<sup>2)</sup> Der betreibende Gläubiger kann nach dieser Jud also an Stelle des Stifters dessen Widerrufs- oder Änderungsrecht ausüben, um dann in der Folge auf einen (Liquidations-)Erlös beim Stifter zu greifen. Außerdem unterliegt nach Ansicht des OLG Wien<sup>3)</sup> die Unterlassung des Widerrufs (wohl auch die Unterlassung einer entsprechenden Änderung) grundsätzlich der Anfechtung nach AnFO und KO.<sup>4)</sup>

Der OGH hat sich auch mit *Unterhaltsansprüchen* gegen Stifter befasst. In einer E aus dem Jahr 2000 wendete er allgemeine Unterhaltsgrundsätze (va den Anspannungsgrundsatz) an und berücksichtigte bei der Bemessung der Geldunterhaltspflicht des Ehegatten, der einen wesentlichen Teil seines Vermögens in eine Privatstiftung einbrachte und dem die Erträge der Stiftung widmungsgemäß nicht zukamen, auch jenes Einkommen, das aus dem gestifteten Vermögen erzielbar gewesen wäre.<sup>5)</sup> In einer späteren E zum *Ausstattungsanspruch* (6 Ob 180/01 s, *ecolex* 2002/1) lehnte der OGH die Einbeziehung des *vor* Entstehung des Ausstattungsanspruchs gestifteten Vermögens in dessen Berechnungsgrundlage ab. Es gilt daher nach Rsp des OGH wohl (auch für alle übrigen gesetzlichen Unterhaltspflichten): Vermögensbringungen in Privatstiftungen können einen bestehenden Unterhaltsanspruch nicht mindern, Vermögenswidmungen *vor* Entstehen eines Unterhaltsanspruchs sind aber grundsätzlich unbeachtlich (sofern keine Umgehungsabsicht des unterhaltspflichtigen Stifters vorliegt).<sup>6)</sup>

In einer ersten E zum *Pflichtteilsrecht* (6 Ob 290/02 v, *ecolex* 2003/129 [krit *B. Jud*]) sprach der OGH iZm einer liechtensteinischen Stiftung aus, dass das Pflichtteilsrecht durch Einsatz einer Privatstiftung grundsätzlich nicht umgangen werden dürfe und dass die allgemeinen Regeln über die Schenkungsanrechnung zur Anwendung kämen. In einer jüngeren E konkretisierte der OGH diese Ausführungen<sup>7)</sup> und folgte der hL darin, dass bei Vorbehalt des Widerrufs- oder gänzlichen Änderungsrechts kein Vermögensopfer iSd § 785 ABGB vorliege. Dies führe dazu, dass die Zwei-Jahres-Frist des § 785 Abs 3, nach deren Ablauf das geschenkte (hier: gestiftete) Vermögen pflichtteilsrechtlich unbeachtlich wäre, nicht zu laufen beginne und damit eine bei Tod des Stifters unter Wider-

rufs- oder Änderungsvorbehalt stehende Privatstiftung grundsätzlich eine Schenkungsanrechnung auslösen könne.

Bei Betrachtung der bisher ergangenen, eben dargestellten E lassen sich mE zwei begrüßenswerte Tendenzen feststellen: Erstens kann man ein intensives Bemühen der Gerichte erkennen, das Rechtsinstitut der Privatstiftung so unauffällig und systemkonform wie möglich in das allgemeine Zivilrecht einzugliedern und der Privatstiftung (und den Stiftern) möglichst keine Sonderstellung einzuräumen. Zweitens orientiert sich die Jud bei diesem Vorhaben recht deutlich an dem Meinungsstand in der Lit, der ja in einigen Bereichen auch schon recht ausgereift wirkt. Abzuwarten bleibt aber die weitere Entwicklung in der Jud, da diese bisher erst einige grundlegende Fragen beantwortet hat und sich in Zukunft wohl va auf (Detail-)Fragen im Erb- und Scheidungsrecht<sup>8)</sup> konzentrieren wird.

MMag. Dr. Clemens Limberg war Assistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien und absolviert derzeit ein LL.M.-Studium an der Donau-Universität Krems.

- 1) Siehe für viele *Csoklich*, Privatstiftung und Scheidung, RdW 2000/371, 402.
- 2) Siehe auch die gleichförmig begründete E vom selben Tag 3 Ob 16/06 h, JBl 2007, 106.
- 3) OLG Wien 29. 11. 2005, 28 R 189/05 b = NZ 2006/Ps 10, 221.
- 4) Zur Anfechtung von Vermögenszuwendungen an Privatstiftungen liegt keine Jud vor, die ganz überwiegende L bejaht die Möglichkeit einer solchen aber (vgl *N. Arnold*, PSG<sup>2</sup> § 4 Rz 46 mwN). Siehe zur Anfechtung und Pfändbarkeit der Stifterrechte auch *Bollenberger*, Zugriff auf Stiftungsvermögen durch Gläubiger des Stifters, *ecolex* 2006, 641 und ausführlich (allerdings vor der eben erwähnten Jud) *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters (2004) 129 ff jeweils mwN.
- 5) 2 Ob 295/00 x, SZ 73/179.
- 6) Nach *N. Arnold* (PSG<sup>2</sup> Einl Rz 30) bezieht der OGH das *vor* Entstehen des Ausstattungsanspruchs (wohl auch Unterhaltsanspruchs) gestiftete Vermögen auch dann in die Unterhaltsbemessung ein, wenn ein Widerrufsrecht besteht; der genannten E kann diese durchaus begrüßenswerte Ansicht aber mE gerade nicht entnommen werden. Dort heißt es: „Es hat (...) dabei zu verleihen, dass die Berücksichtigung von Vermögensverringerungen, die vor der Eheschließung des Dotationsberechtigten erfolgten, die Umgehungsabsicht des Dotationsverpflichteten voraussetzt.“ (6 Ob 180/01 s, *ecolex* 2002/1.) Der OGH beschäftigte sich in der zit E auch nicht weiter mit den Auswirkungen eines Widerrufsrechts, da der Stifter in dem zugrunde liegenden Sachverhalt gar nicht über ein solches verfügte.
- 7) 10 Ob 45/07 a, *ecolex* 2007/285 [krit *Limberg*]; s zu dieser E auch *B. Jud*, Privatstiftungsrecht und Pflichtteilsrecht: Erste Klärung durch den OGH, Zak 2007/640, 369; *Schauer*, OGH: Schutz der Pflichtteilsberechtigten gegenüber Privatstiftung, JEV 2007, 90.
- 8) Zum Spannungsverhältnis von Privatstiftung und Erbrecht s etwa *Schauer*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 251; *ders.*, Privatstiftung und Erbrecht, in *Donitz/Kals* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts (2001) 13; *B. Jud*, Privatstiftung und Pflichtteilsdeckung, in FS Welsch (2004) 369; *Limberg*, Privatstiftung und Erbrecht (2006). Zum Spannungsverhältnis von Privatstiftung und Scheidung s *Csoklich*, RdW 2000/371, 402 und jüngst ausführlich *B. Jud*, Die Privatstiftung in der Vermögensaufteilung bei Scheidung des Stifters, GesRZ 2007, 289.

## Annahme einer Versicherungsleistung durch den gesetzlichen Vertreter

1. Entstehungsgeschichte und Gesetzesmaterialien sind für die Auslegung nur dann maßgeblich, wenn die Ausdrucksweise des Gesetzes zweifelhaft ist; ansonsten ist ein kundgemachtes Gesetz aus sich selbst auszulegen. Eine historische Auslegung iS der Feststellung des Willens des historischen Gesetzgebers anhand der Materialien bedarf besonderer Vorsicht, weil diese nicht Gesetz geworden sind und mit dem wahren Willen des Gesetzgebers nicht übereinstimmen müssen. Die Norm selbst mit ihrem Wortlaut, mit ihrer Systematik und in ihrem Zusammenhang mit anderen Normen steht insoweit über der Meinung der (Gesetzes-)Redaktoren.

2. § 149 Abs 1 letzter Satz ABGB verknüpft die Pflicht der Eltern (eines minderjährigen Kindes) hinsichtlich des Kindesvermögens mit den Vorschriften „über die Anlegung von Mündelgeld“ (§§ 230 ff ABGB) ohne § 234 ABGB auszuschließen. Auch nach dem im Vordergrund stehenden Schutzgedanken des § 21 Abs 1 ABGB ist iS einer generellen Verweisung auf sämtliche unter den Abschnitt „Anlegung von Mündelgeld“ der in § 234 ABGB idF KindRÄG 2001 gewählte Ausdruck „der gesetzliche Vertreter“ nicht eng (unter Ausklammerung der Eltern, Groß- und Pflegeeltern), sondern weit – sohin diese Personengruppe mirumfassend – auszulegen. Über € 10.000,- liegende Zahlungen an einen Minderjährigen dürfen Eltern entgegen der (Gesetzes)Materialien nur mit Ermächtigung des Pfllegschaftsgerichts entgegennehmen. Durch das Unterbleiben einer solchen Genehmigung hat eine Versicherung die Versi-

cherungssumme grundsätzlich nicht schuldbeitragend geleistet (§ 234 ABGB).

*Der nach einem Scheidungsvergleich obsorgeberechtigte Vater des Kl hat bei der bekl Versicherung eine Versicherung abgeschlossen, in welcher der Kl ua auch mit einer Unfallversicherung bis zu einer Versicherungssumme von € 90.000,- (mit)versichert war. Der Kl erlitt einen Mopedunfall, nach dem er nunmehr querschnittgelähmt ist. Die Überweisung der Versicherungssumme erfolgte an den Vater zu einem Zeitpunkt, als der Kl noch nicht volljährig war. Der Kl beehrte die Zahlung von € 39.418,09 mit der Begründung, dass ihm nur ein Teil der Versicherungsleistung zugute gekommen ist und eine Betreibung gegen den Vater „wenig aussichtsreich“ sei.*

### Anmerkung:

*Der OGH lehnt in dieser E die sich ua auf den JAB zum KindRÄG 2001 (587 BlgNR 14. GP 60) stützenden Auffassungen von Hopf in KBB<sup>2</sup> § 234 Rz 1; Stabenheimer in Rummel ABGB<sup>3</sup>, 1. ErgBd 3 (2003) § 234 Rz 4; Koziol/Weser I<sup>3</sup>, 564 und Dullinger/Kerschner in Loderbauer, Kinder- und Jugendrecht<sup>3</sup> (2004) 5f Rz 23 ff ab. Die E ist nicht nur für Fragen der Entgegennahmen von Versicherungsleistungen von Bedeutung, sondern betrifft auch die im JAB geäußerte Ansicht, dass die Eltern nach Ablauf der Vertragsdauer eines namens des Kindes abgeschlossenen Bausparvertrags nicht der gerichtlichen Genehmigung zur Empfangnahme des angesparten Kapitals (samt Zinsen und Prämien) bedürfen.*

§§ 6, 21, 149, 234  
ABGB

OGH 9. 4. 2008,  
7 Ob 24/08z

2008/254

## Schenkung eines Sparbuchs mit „Bank Sperre“

1. Die Identifizierungspflicht nach BWG spielt bei der Beurteilung der Frage, ob die Schenkung des Sparbuchs wirksam zustande gekommen ist, keine Rolle, weil § 32 Abs 4 Z 2 BWG kein Übertragungsverbot normiert.

2. Ein mit Losungswort versehenes Sparbuch kann durch Übergabe und Mitteilung des Losungsworts ins Eigentum des Übernehmers übertragen werden, weil die schenkungsweise Zession einer Forderung der Form eines Notariatsakts nicht bedarf, wenn eine wirkliche Übergabe iSd § 943 ABGB stattgefunden hat.

3. Bei einem mit einer Sperrklausel („Bank Sperre“) versehenen Sparbuch kann eine wirkliche Übergabe iSd § 943 ABGB nur dann vorliegen, wenn der Schenker (hier der Erblasser) sich mit der Übergabe jeder Dispositionsmöglichkeit über das Sparbuch begeben hat und auch keine Möglichkeit mehr hat, durch allfällige Rücknahme der Sperre – auch ohne Vorlage bei der Bank – die beim Sparbuch bestehende Dispositionsmöglichkeiten zu beeinflussen.

*Der Erblasser schenkte ein zuvor bei einem Notar hinterlegtes Sparbuch (Einlagestand € 100.000,-) dem*

*Bekl. Dabei handelt es sich um ein sog Typ-2-Sparbuch – lautet entweder auf den Namen des Einlegers oder auf die Bezeichnung „Nummernsparbuch“. Ein Losungswort war nicht vereinbart. Anlässlich der Übergabe sagte der Erblasser dem Bekl, er wolle ihm das Sparbuch jetzt (in Schenkungsabsicht) geben, es sei aber bis zu seinem Tod mit einer Bankklausel gesperrt, das Guthaben aber bei Vorlage der Sterbeurkunde auszahlfähig. Der Bekl hinterlegte das Sparbuch wieder beim Notar mit dem Auftrag, dieses an ihn gegen Vorlage der Sterbeurkunde neuerlich auszufolgen. Der OGH trug eine Verfahrensergänzung auf, weil nach den Feststellungen der Inhalt der „Bank Sperre“ nicht hinreichend geklärt und daher noch keine abschließende Beurteilung möglich sei.*

### Aus der Begründung:

Die Vorinstanzen haben zutreffend erkannt, dass für eine Schenkung auf den Todesfall das Formerfordernis des Notariatsakts nicht erfüllt ist. Die Übergabe des Sparbuchs würde nur dann eine Schenkung iSd § 943 ABGB darstellen, wenn es sich dabei um eine „wirkliche Übergabe“ handeln würde. Nach hRsp wird ein mit Losungswort versehenes Sparbuch durch Übergabe und Mitteilung des Losungsworts

§§ 427, 943  
ABGB;  
§ 32 Abs 4 Z 2,  
§ 40 BWG;  
§ 1 Abs 1 lit d  
NotAktG

OGH 8. 5. 2008,  
6 Ob 53/08z

2008/255

ins Eigentum des Übernehmers übertragen. Die schenkungsweise Zession einer Forderung bedarf der Form eines Notariatsakts gem § 1 Abs 1 lit d NotAktG dann nicht, wenn eine wirkliche Übergabe iSd § 427 ABGB stattgefunden hat (JB 142 alt; SZ 39/140). Ein mit Losungswort versehenes Sparbuch wird daher grundsätzlich durch Übergabe und Mitteilung des Losungsworts ins Eigentum des Übernehmers übertragen (7 Ob 579/92 wbl 1993, 95; 1 Ob 39/97lc; 6 Ob 56/99z; 2 Ob 47/03f; RIS-Justiz RS0011186; 8 Ob 22/07d; RIS-Justiz RS0011168).

Zuletzt hat der OGH in 8 Ob 22/07 d ausgesprochen, dass die Identifizierungspflicht nach dem BWG für die Beurteilung der Frage, ob die Schenkung eines Sparbuchs wirksam zustande gekommen ist, keine Rolle spielt. Die – aufsichtsrechtlichen – Regelungen des § 32 Abs 4 Z 2 BWG sowie des § 40 BWG dienen der Umsetzung der Geldwäsche-RL 91/308/EWG idF RL 2001/97/EG sowie der Empfehlungen der Financial Action Task Force (FATF), somit der Bekämpfung der Geldwäsche und der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung. Die Identifizierung und Dokumentation des Kunden diene diesem Zweck (8 Ob 22/07 d mwN; 9 Ob 108/06g). Hingegen verstehe sich die Regelung des § 32 Abs 4 Z 2 BWG nicht als ein Übertragungsverbot (9 Ob 108/06g).

Dieser Auffassung schloss sich der OGH in einer weiteren E ausdrücklich an (9 Ob 108/06g; vgl auch 10 Ob 61/07d); sie wurde auch von der Lehre gebilligt (*Artmann*, Entscheidungsanm zu 8 Ob 22/07d, 9 Ob 108/06g und 10 Ob 61/07d, ÖBA 2008, 214 [215]; *Dullinger/Nußbaumer*, Entscheidungsanm zu 7 Ob 65/06v, JBl 2007, 179 [181]; *Hegen*, Zur rechtsgültigen Schenkung von Typ-2-Sparbüchern – Die Konsequenzen für die Bankenpraxis im Spareinlagengeschäft, ZFR 2007/66).

In 8 Ob 22/07 d verwarf der OGH den Einwand, mangels Auszahlung des nicht identifizierten Sparbuchs sei dem Beschenkten noch nicht der unmittelbare Zugriff auf den Gegenstand der Schenkung ermöglicht worden, mit der Begründung, dass die Kl ungeachtet der vorgeschriebenen Identifizierung bei Vorlage der Sparbücher durch die Übergabe derselben und Mitteilung des Losungsworts sehr wohl in die Lage versetzt worden sei, über das Sparbuch zu verfügen. Der Umstand, dass die Gläubigerbank – offensichtlich aufgrund eines unzutreffenden Verständnisses des § 32 Abs 4 Z 2 BWG – die Auszahlung der Sparguthaben an die Kl infolge Zweifel an ihrer materiellen Berechtigung verweigerte, könne dem Umstand, dass hier eine wirksame Schenkung vorliege, keinen Abbruch tun (8 Ob 22/07d EvBl 2007/144 = Zak 2007/483; dazu auch *Rieder/Sloboda*, Zak 2007, 303).

Die Besonderheit des vorliegenden Falls liegt nun allerdings darin, dass durch die vom Erblasser verfügte „Banksperre“, die eine Auszahlung des Sparbuchs erst an die Vorlage einer Sterbeurkunde knüpfte, die bloße Übergabe des Sparbuchs und Nennung des Losungsworts dem Empfänger gerade keine unmittelbare Verfügung über das Sparguthaben ermög-

lichte. Zu dieser „Banksperre“ fehlen jedoch nähere Feststellungen. Weil es sich bei einer „Banksperre“ im vorliegenden Zusammenhang nicht um ein standardisiertes Institut handelt, sind Geltungsgrund und Inhalt dieser „Sperre“ nicht eindeutig. Zu klären ist, ob es sich dabei um einen einseitigen Auftrag des Erblassers oder eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem Erblasser und der Bank handelte und ob und unter welchen Voraussetzungen diese Sperre gegebenenfalls wieder aufgehoben hätte werden können.

Die zitierten E, nach denen die Übergabe des Sparbuchs und gegebenenfalls Mitteilung des Losungsworts ausreicht, sind nämlich vor dem Hintergrund der üblichen Konstellation zu verstehen, dass damit dem Empfänger die Verfügung über das Sparguthaben ermöglicht wird, sodass diese Vorgangsweise eine „wirkliche Übergabe“ iSd § 943 ABGB darstellt. Die hier verfügte „Banksperre“ unterscheidet sich aber von einer zeitlichen Bindung des Sparbuchs, weil sie – im Gegensatz zur Bindung – auch keine vorherige Auflösung allenfalls unter Verlust bestimmter in Anspruch genommener Zinsenvorteile ermöglicht (vgl § 32 Abs 8 BWG), sondern offenbar der Auszahlung schlechthin entgegensteht.

Im Hinblick auf diese Besonderheit könnte eine wirkliche Übergabe iSd § 943 ABGB nur dann vorliegen, wenn der Erblasser sich mit der Übergabe jeder Dispositionsmöglichkeit über das Sparbuch begeben hätte und auch keine Möglichkeit mehr gehabt hätte, durch eine allfällige Rücknahme der Sperre die beim Sparbuch bestehenden Dispositionsmöglichkeiten zu beeinflussen. Diesbezüglich sind jedoch noch nähere Feststellungen erforderlich. Sollte die „Banksperre“ demgegenüber noch einer nachträglichen, von der Vorlage des Sparbuchs allenfalls sogar unabhängigen Disposition des Erblassers unterlegen sein, so hätte er mit der bloßen Übergabe des Sparbuchs eine Konstruktion gewählt, bei der er zwar sich selbst der Behebungsmöglichkeit begab, aber dem Empfänger gerade nicht die gesamte dem Erblasser zustehende Rechtsposition übertrug, sondern erst mit seinem Tod die Verfügung über das Sparguthaben ermöglichen sollte. Dies wäre für eine „wirkliche Übergabe“ iSd § 943 ABGB aber nicht ausreichend. Bei einer derartigen Konstellation könnte die Übergabe allein die damit auch verbundene Warnfunktion zum Schutz vor Übereilung nicht erfüllen. Vielmehr hätte dann der Erblasser seinen Willen in einem Notariatsakt gem § 943 ABGB iVm § 1 NotAktG dokumentieren müssen.

Die bloße Übergabe als solche ist jedenfalls noch nicht aussagekräftig, weil sie zur Erfüllung verschiedenster Rechtsgeschäfte (Verwahrung, Leihe, Prekarium, Miete, Schenkung ua) erfolgen kann und über ihren Zweck für sich allein nichts aussagt (5 Ob 521/85). Muss aber erst auf eine hinzutretende Erklärung des Erblassers zurückgegriffen werden, kann durch die Übergabe als solche der Beweis Zweck nicht erreicht sein (5 Ob 521/85).

## OGH dreht Rsp zur Vinkulierung

1. Die Vinkulierung einer Forderung steht der Wirksamkeit einer verbotswidrig geleisteten Zahlung des Versicherers an Dritte nicht entgegen, begründet kein Zurückbehaltungsrecht des Vinkulargläubigers und ist auch den Konkursgläubigern gegenüber wirkungslos. Die vinkulierte Forderung fällt in die allgemeine Konkursmasse. Dies folgt insb aus der Beschlagswirkung des Konkursrechts, welches auch als Gesamtvollstreckungsrecht bezeichnet werden kann.

2. Eine Gesetzeslücke liegt dort nicht vor, wo es den Parteien freigestanden wäre, statt des allerdings unregulierten Sachverhalts einen anderen – geregelten – Sachverhalt herbeizuführen.

### Aus der Begründung:

In der Vertragspraxis hat sich die „Vinkulierung“ von Versicherungsforderungen herausgebildet, die gesetzlich nicht geregelt ist. Nach hA ist darunter als Mindestinhalt eine Zahlungssperre zugunsten des Vinkulargläubigers mit der Wirkung zu verstehen, dass Leistungen des Versicherers nur mit Zustimmung des Vinkulargläubigers möglich sind. Die üblichen Vinkulierungsvereinbarungen enthalten ausdrücklich gar keine Abtretungs- oder Pfändungsverbote, sondern nur eine „Zahlungssperre“. Zahlungssperren, die von den Parteien eines Schuldverhältnisses zugunsten Dritter (also vom Versicherungsnehmer und dem Versicherer zugunsten eines Vinkulargläubigers) vereinbart werden, wirken nicht absolut, sondern nur relativ (RIS-Justiz RS0113295), also nur zwischen den Parteien. Sie stehen einer späteren Verpfändung nicht entgegen (7 Ob 304/99 b). Die Vinkulierung allein schließt nicht aus, dass der Versicherungsnehmer Ansprüche aus dem Vertrag – allerdings nur zur Zahlung an den Vinkulierungsberechtigten, solange keine Zustimmungserklärung vorliegt – selbst einklagen kann (7 Ob 45/06 b).

Auch im vorliegenden Fall haben die Parteien lediglich eine Zahlungssperre vereinbart, wird doch in der Vinkulierungserklärung lediglich eine Verständigungspflicht des Versicherers bei Verpfändung, Abtretung oder Bezugsrechtsänderung (das Bezugsrecht wurde dem Kreditgeber eingeräumt) begründet. Der OGH hat in 7 Ob 75/05 p (SZ 2005/71 = RdW 2005/624, 546 = ZIK 2005/147, 137 = ZIK 2005/175, 150 *G. Kodek*) = ÖBA 2005, 1317, 911 = VR 2006/713, 170 = RIS-Justiz RS0119919) zu einem solchen Fall dargelegt, dass im Konkurs des VN der Rückkaufwert in die Masse falle, doch erlösche die Vinkulierung nicht. Daraus drohe eine „Pattstellung“. Der VN könne wegen des Wegfalls der Verfügungsbefugnis die Forderung des Vinkulargläubigers nicht tilgen; dem Vinkulargläubiger wiederum stehe aber aus der reinen Zahlungssperre kein Verwertungsrecht zu. Er könne die Versicherungsforderung nach Konkurseröffnung wegen des Exekutionsverbots nach § 10 Abs 1 KO auch nicht mehr pfänden. Diese „Pattstellung“ sei so zu lösen, dass die Vinkulierung im Konkurs in analoger Anwendung des § 10 Abs 2 KO gleich einem Zurückbehaltungsrecht und daher „wie ein Pfandrecht“ zu behandeln sei, weil die Situation des Retentionsberechtigten der des Vinkulargläubigers augenfällig ähnlich

sei (so auch *Kömürücü-Spielbüchler*, Die Vinkulierung von Versicherungen 45 f; *Grasl-Palten*, Anmerkung zu 7 Ob 2087/96 d, ÖBA 1997/626, 469 [478]; *Feil*, KO<sup>5</sup>, § 10 Rz 25; *Apathy* in *Bartsch-Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I § 10 KO Rz 16; kritisch dazu hingegen *Fenyves*, ÖBA 1998, 343 ff). Die Behandlung des Zurückbehaltungsrechts nach § 10 Abs 2 KO im Konkurs „wie Pfandrechte“ heiße nach hA allerdings nicht, dass sich das Retentionsrecht in ein Verwertungsrecht verwandle. Es erfolge lediglich eine formale Gleichstellung mit dem Pfandrecht. Dies bedeute, dass der Retentionsberechtigte ein Absonderungsrecht geltend machen und dadurch mittelbar die Einlösung seiner Forderung durch den MV nach § 120 Abs 1 KO erzwingen könne. Sei aber der Vinkulargläubiger einem Retentionsberechtigten gleichzustellen, müsse auch dem Vinkulargläubiger ein Absonderungsrecht und ein Vorgehen nach § 120 Abs 2 KO zugebilligt werden. Demnach könne vom MV nur die Differenz zwischen der durch ihn eingelösten Forderung des Vinkulargläubigers und der Versicherungsforderung für die Masse beansprucht werden.

An 7 Ob 75/05 p wurde von *G. Kodek*, ZIK 2005/175, 150 (ihm folgend *Ladon*, Zak 2008/38, 23), Kritik geübt. Der OGH stütze sich ausschließlich auf Lehrmeinungen und Judikatur, die durch die Grundsatzentscheidung 7 Ob 304/99 b (SZ 73/90), mit der die relative Wirkung der Zahlungssperre ausgesprochen worden sei, „überholt“ seien. Es bestehe ein Widerspruch zwischen dieser E und der E 7 Ob 75/05 p. Es sei auf die im ZessRÄG zum Ausdruck kommende Wertung des Gesetzgebers Bedacht zu nehmen. Unabhängig davon werde wegen der inhaltlichen Unterschiede kein Zurückbehaltungsrecht begründet. Der MV habe nach den Wertungen der KO bloß obligatorische Verwertungsschranken, denen der Schuldner unterworfen sei, nicht zu beachten.

Kern der Rechtsfrage ist, ob die zwischen den Parteien vereinbarte Vinkulierung als vereinbartes Retentionsrecht zu beurteilen ist oder nicht. Der erk Senat, der dies in 7 Ob 75/05 p bejaht hat, will sich der Kritik an seiner Rechtsansicht nicht verschließen. Schon *Fenyves*, aaO, ihm folgend *G. Kodek*, aaO und ihm folgend nunmehr *Ladon*, aaO, vertreten die Ansicht, dass die Unterschiede zwischen Vinkulierung und Retentionsrecht nach § 471 ABGB so groß seien, dass das Sperrrecht des Vinkulargläubigers nicht als Retentionsrecht zu bewerten sei. Der typische Zurückbehaltungsberechtigte halte eine körperliche Sache zurück, die sich in seiner Gewahrsame befinde und auf die er Aufwendungen gemacht oder die ihm Schaden gestiftet habe. Der Vinkulargläubiger wolle dagegen eine Forderung „sperrn“, die noch gar nicht vorhanden sei, ja vielleicht nie entstehe, an der er naturgemäß keine Gewahrsame ausüben könne und auf die er auch keine Aufwendungen gemacht habe; er gebe den Kredit ja nicht, damit ein Versicherungsvertrag geschlossen werde, sondern wolle einen schon bestehenden oder erst zu schließenden Versicherungsvertrag dazu verwenden, um einen Kredit zu sichern, den der VN zu einem ganz anderen Zweck verwendet habe.

Im vorliegenden Fall erscheint es umso problematischer, die Vinkulierung einem Retentionsrecht gleichzuhalten, als die Kl ihre Forderung zunächst im Konkurs angemeldet und ein Absonderungsrecht erst geltend gemacht hat, als die Rückkaufswerte bereits in die Konkursmasse geflossen waren. Einer analogen Anwendung des § 10 Abs 2 KO steht auch entgegen, dass keine Gesetzeslücke besteht. Den Parteien stünde es frei, statt einer – (ehemals) steuerschonenden – Vinkulierung den Weg einer absolut wirkenden Verpfändung zu wählen. Zutreffend weist jüngst auch *Ladon*, aaO im Anschluss an *Fenyves* und *G. Kodek* darauf hin, dass im Konkursrecht, welches auch als Gesamtvollstreckungsrecht bezeichnet werden kann, durch die Eröffnung des Konkurses das gesamte der Exekution unterworfenene Vermögen der freien Verfügung des Gemeinschuldners entzogen wird. Es ist consequent, die Beschlagswirkung über die gesamte Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger vorzusehen, also auch gegenüber dem Vinkulargläubiger. Auch wenn die Kon-

kurseröffnung Verträge, aus denen dem Gläubiger Forderungen gegen den Gemeinschuldner zustehen, nicht berührt, ändert dies zufolge der Beschlagswirkung des Konkurses nichts daran, dass die betreffenden Forderungen im Konkurs in die Masse fallen.

Entgegen 7 Ob 75/05 p wird also nunmehr – in Fortführung der grundlegenden Erwägungen in SZ 73/19 – die Rechtsansicht vertreten, dass bei einer Vinkulierungsvereinbarung, bei der die Parteien lediglich eine Verständigungspflicht im Fall der Verpfändung usw vereinbaren, der Zahlungssperre nur relative Wirkung zukommt und diese, weil sie kein Zurückbehaltungsrecht des Vinkulargläubigers bewirkt, den (anderen) Konkursgläubigern gegenüber wirkungslos ist. Die Forderung aus dem Versicherungsvertrag fällt bei Konkurs des VN in die Masse.

### Anmerkung:

Siehe dazu das editorial S 701.

## „Handschlag“ reicht nicht zum (konkludenten) Abgehen vom Schriftformvorbehalt

§§ 863, 886  
ABGB;  
Pkt 5.5 ÖNORM  
B 2110

OGH 23. 4. 2008,  
7 Ob 35/08 k

2008/257

1. Wenn bei einem Bauwerkvertrag nur die subsidiäre Geltung der ÖNORMEN vereinbart wurde, sind deren Bestimmungen nur soweit heranzuziehen, als die – nach den vertraglichen Vereinbarungen – in erster Linie maßgebliche Heranziehung des Auftragschreibens (und in zweiter Linie heranzuziehenden Bedingungen, Bau- und Konstruktionsplänen etc) keine andere Regelung vorsehen.

2. Sieht das Auftragschreiben vor, dass Abänderungen und Ergänzungen dieses Auftragschreibens zu ihrer Rechtswirksamkeit der schriftlichen Bestätigung beider Vertragspartner bedürfen und dies (auch) für den Fall einer Vereinbarung des Abgehens von der Schriftform gilt, stellt Pkt 5.5 ÖNORM B 2110 insofern eine „einfachere“ Schriftformklausel dar, als es danach zur Wahrung des Schriftformgebots genügt, wenn mündliche Vereinbarungen nachträglich von einem Vertragspartner schriftlich bestätigt werden und der andere Vertragspartner dagegen in angemessener Frist keinen Widerspruch erhebt. Die Ansicht, dass Pkt 5.5 ÖNORM B 2110 mit der Regelung des Auftragschreibens nicht im Widerspruch steht, sondern diese bloß ergänze, trifft nicht zu.

3. Nach dem sehr strengen Maßstab des § 863 ABGB („kein vernünftiger Grund, daran zu zweifeln“) kann aus dem Umstand allein, dass eine mündliche Vereinbarung mit Handschlag bekräftigt wurde, nicht mit der erforderlichen Sicherheit abgeleitet werden, man habe sich über ein Abgehen vom Schriftformerfordernis geeinigt.

*Die bekl ARGE-Mitglieder beauftragten die Kl mit der Lieferung von Stabstahl zu einem auch bei schwankendem Stahlpreis fixen Festpreis von € 770,- bis 30. 4. 2005 (Auftragsvolumen 5.500t). Nach Preisänderungen am Stahlmarkt einigte man sich am 29. 3. 2005 auf einen „Einheitspreis“ von € 682,50/t als Fixpreis*

*ab 1. 4. 2005–31. 3. 2006, was schriftlich festgehalten und unterzeichnet wurde. Nach weiterem Sinken der Stahlpreise versuchte man am 29. 11. 2005 zu einer Einigung zu kommen. Es haftete bereits ein Betrag von € 170.000,- auf die gelegten Rechnungen aus. Die Verantwortlichen der Streitparteien einigten sich per Handschlag auf eine Nachzahlung der Bekl von € 40.000,- netto bei gleichzeitigem Verzicht beider Vertragsparteien auf weitere Forderungen; weiters auf einen ab 16. 11. 2005 geltenden Festpreis von € 497,50/t Stahl (ohne Verlegung). Schriftlich festgehalten wurde das Verhandlungsergebnis allerdings nicht, sondern von der Zweitbekl darüber unaufgefordert ein Aktenvermerk verfasst und mit Begleitschreiben am 1. 12. 2005 allen Teilnehmern der Verhandlung übermittelt (Eingang 6. 12. 2005 bei der Kl). Die Kl antwortete am 17. 1. 2006, dass sie sich mit der Formulierung im Aktenvermerk in keinster Weise einverstanden erkläre; es sei bisher keine Vereinbarung geschlossen, sondern lediglich angedachte Lösungsmöglichkeiten diskutiert worden.*

### Aus der Begründung:

Die Ansicht des BerG, der Pkt 5.5 der Ö-NORM B 2110 stehe mit der Schriftformklausel des Auftragschreibens nicht im Widerspruch, sondern ergänze diese bloß, kann nicht gebilligt werden. Da „bei Widerspruch“ nur die subsidiäre Geltung der Ö-NORMEN vereinbart wurde, sind deren Bestimmungen nur soweit heranzuziehen, als das in erster Linie maßgebliche Auftragschreiben (und die in zweiter Linie heranzuziehenden Bedingungen, Bau- und Konstruktionsplänen etc) keine andere Regelung vorsehen. Das ist aber hinsichtlich der Frage des Schriftformgebots gerade nicht der Fall. Pkt 12. des Auftragschreibens sieht vor, dass Abänderungen und Ergänzungen dieses Auftragschreibens zu ihrer Rechtswirksamkeit der schriftlichen Bestätigung beider Vertragspartner be-

dürfen und dies (auch) für den Fall einer Vereinbarung des Abgehens von der vereinbarten Schriftform gilt. Pkt 5.5 der Ö-NORM B 2110 stellt insofern eine „einfachere“ (und daher mit Pkt 12. des Auftragschreibens im Widerspruch stehende) Schriftformklausel dar, als es danach zur Wahrung des Schriftformgebots genügt, wenn mündliche Vereinbarungen nachträglich von einem Vertragspartner schriftlich bestätigt werden und der andere Vertragspartner dagegen in angemessener Frist keinen Widerspruch erhebt. Diese Bestimmung kommt aber nicht zur Anwendung, weil die Parteien im – wie bereits betont – in erster Linie maßgeblichen Auftragschreiben diesbezüglich eine Regelung getroffen haben, die die Wirksamkeit jeder Änderung oder Ergänzung, insb auch des Schriftlichkeitsgebots, von der schriftlichen Bestätigung beider Vertragspartner abhängig macht. Für die Frage, ob die am 29. 11. 2005 von den Streitparteien mündlich getroffenen Vereinbarungen rechtswirksam wurden, ist daher allein Pkt 12. des Auftragschreibens entscheidend. Die darin genannte Voraussetzung einer schriftlichen Bestätigung einer bloß mündlich getroffenen abändernden Vereinbarung durch beide Vertragspartner wurde hinsichtlich der Absprachen vom 29. 11. 2005 unstrittig nicht erfüllt.

Die Ansicht der Kl, diese mündlich getroffenen Vereinbarungen seien nicht rechtswirksam geworden, ist demnach zutreffend. Auch der Rechtsmeinung des BerG, die Parteien hätten sich am 29. 11. 2005 rechtswirksam konkludent dahin geeinigt, von der Einhaltung der Schriftform (überhaupt) abzusehen,

kann nämlich keineswegs beigepflichtet werden. Abgesehen davon, dass ein solches formloses Abgehen vom Schriftlichkeitserfordernis im Hinblick auf den Wortlaut des Pkt 12. des Auftragschreibens problematisch erscheint, kann nach dem sehr strengen Maßstab des § 863 ABGB („kein vernünftiger Grund, daran zu zweifeln“) aus dem Umstand allein, dass die Streitparteile ihre mündlichen Vereinbarungen mit Handschlag bekräftigten, nicht mit der erforderlichen Sicherheit abgeleitet werden, man habe sich über ein Abgehen vom Schriftformerfordernis geeinigt. Dies gilt umso mehr, als auch die Bekl, worauf die Revisionswerberin zutreffend hinweist, niemals einen konkludenten Verzicht auf die Schriftform behauptet, sondern sich vielmehr auf Pkt 5.5 der Ö-NORM B 2110 berufen haben, was im Fall eines konkludenten Verzichts auf die Schriftform ja ganz überflüssig gewesen wäre.

Da demnach eine Preisreduzierung entsprechend der mündlichen Vereinbarung vom 29. 11. 2005 nicht wirksam zustande gekommen ist, ist der auf der schriftlichen Vereinbarung eines höheren Stahlpreises vom 29. 3. 2005 beruhende Anspruch der Kl grundsätzlich berechtigt.

#### **Anmerkung:**

*Fraglich ist, auf welche Weise ein konkludentes Abgehen von der Schriftform (vgl RIS-Justiz RS0038673) noch möglich ist, wenn die Bekräftigung einer Vereinbarung per Handschlag nicht ausreicht.*

## **Zum Kriterium der „Vorformulierung“ in Vertragsformblättern bzw AGB**

1. AGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. AGB liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragspartei im Einzelnen ausgehandelt sind. Diese Definition deckt wohl auch den Begriff der „Vertragsformblätter“ ab; eine Differenzierung zwischen diesen und AGB ist auch entbehrlich, da die rechtlichen Konsequenzen der Verwendung gesetzwidriger Klauseln völlig gleich sind, ob das betreffende Gestaltungsmodell nun als AGB oder Vertragsformular zu bezeichnen ist, die vom Gesetzgeber stets nur gemeinsam – als Begriffspaar – genannt werden.

2. Es macht keinen Unterschied, ob ein Verwender eine Klausel, die Teil eines Vertragsformblatts ist, etwa EDV-mäßig speichert oder diese immer wieder bloß aus dem Gedächtnis reproduziert. Es genügt, dass die Klausel idS „im Kopf des Verwenders gespeichert“ ist.

*Über Auftrag der Kl, einer österr GmbH, die mit Chemikalien handelt, führte die bekl österr Speditionsgesellschaft einen Transport von Kühlgut von Deutschland nach Tschechien durch. Die Bekl übergab dem Empfänger der Chemikalien nicht nur den Lieferschein der Kl, sondern auch weitere Dokumente, die die Bezugsquelle der Kl offenlegten. In dem der Bekl von der Kl übermittelten schriftlichen Transportauftrag (ein „teilweise ausgefülltes Formblatt“) findet sich der Hinweis, dass die Auslieferung beim tschechischen Kunden nur mit beiliegendem Lieferschein im Namen der Kl erfolgen dürfe. Ein Postskriptum („PS“) zum Transportauftrag lautet:*

*„Bezahlung Ihrer Rechnung nur nach Vorlage des Original-Frachtbriefes mit Übernahmebestätigung. Bei nachgewiesener Neutralitätsverletzung sind wir berechtigt, Ihnen den vollen Warenwert dieser Lieferung in Rechnung zu stellen und verzichten Sie außerdem zur Gänze auf die Bezahlung ihrer Frachtrechnung!“*

*Die Kl begehrt von der Bekl für diese „Neutralitätsverletzung“ die Konventionalstrafe mit der Behauptung aufgrund des schriftlichen Transportvertrags sei die Bekl gehalten gewesen, die Anlieferung „streng neutral“ – ohne Bekanntgabe des (sozusagen ein Betriebsgeheimnis darstellenden) Lieferanten der Kl – durchzuführen. Strittig war, ob dieses Postskriptum, das nach der Unterschriftenzeile enthalten war, eine „Vorformulierung“ idS §§ 864a, 879 ABGB darstellen kann.*

§§ 864a, 879  
ABGB

OGH 23. 4. 2008,  
7 Ob 89/08a

2008/258

## Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung, wenn nicht feststeht, wer gezahlt hat

§§ 877, 1412,  
1431, 1435 ABGB

OGH 28. 4. 2008,  
8 Ob 130/07 m

2008/259

1. Für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ist – ebenso wie für die Beurteilung, auf welche vertragliche Beziehung hin Leistungen erfolgten – die ausdrücklich oder konkludent erklärte Zweckbestimmung maßgeblich, welche nach dem Empfängerhorizont zu bestimmen ist. Auch im dreipersonalen Verhältnis ist die Rückabwicklung einer fehlgeschlagenen Leistung zwischen jenen Personen vorzunehmen, die nach dem angenommenen Schuldverhältnis oder der sonstigen Zweckvereinbarung Leistender und Leistungsempfänger sein sollten. Im Bareinzahlungsverkehr ist davon auszugehen, dass eine unter dem Namen des Schuldners auf das richtige Konto vorgenommene Zahlung einen ausreichenden Nachweis dafür bietet, dass damit eine Schuld des Schuldners erfüllt wird.

2. Wird daher eine Zahlung im Namen des Schuldners, der als Einzahler aufscheint, getätigt, ist die Überweisung nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont als solche des Schuldners anzusehen, und zwar unabhängig davon, ob der Schuldner selbst oder ein Dritter geleistet hat. Wer tatsächlich die wirtschaftliche Belastung der Vermögensverschiebung zu tragen hatte, ist hingegen nach neuerer Rsp des OGH – der in früheren Entscheidungen insb iZm der Bestimmung der Aktivlegitimation für die Rückforderung einer verbotenen Ablöse nach § 27 MRG auf diesen Gesichtspunkt abstellte – gerade nicht maßgeblich.

### Aus der Begründung:

Zum Verständnis vorzuschicken ist, dass der OGH in mehreren Rechtsstreitigkeiten, in welchen stets die hier Bekl als Finanziererin eines Liegenschaftskaufs und mehrere, jeweils einem „Firmengeflecht“ zugehörige Unternehmen als Verkäufer aufgetreten sind, auf der Grundlage der jeweiligen Tatsachenfeststellungen eine ständige Geschäftsbeziehung zwischen der Bekl als Finanziererin und dem Verkäufer als gegeben erachtete (9 Ob 186/02x; 5 Ob 41/03w; 9 Ob 41/03z; 1 Ob 5/04y; im Anlassfall 2 Ob 17/05x).

In der Regel bedurften die mit Ausländern geschlossenen Liegenschaftskaufverträge der grundverkehrsbehördlichen Genehmigung. Auch hier wurde der aufschiebend bedingt geschlossene Kaufvertrag mangels grundverkehrsbehördlicher Genehmigung nicht wirksam (RIS-Justiz RS0038627). Vom demnach zulässigen Einwendungsdurchgriff war nicht nur der Kreditvertrag, sondern auch die Mithaftungserklärung der Kl erfasst. Im Anlassfall wurde ausgesprochen (2 Ob 17/05x), dass die Bekl keinen Kondiktionsanspruch in Höhe des zugezahlten Darlehens gegen die Kl, die selbst niemals über das Darlehen verfügte, geltend machen könne, sondern nur ein Begehren auf Abtretung der der Kl infolge Unwirksamkeit des Kaufvertrags gegen die Verkäuferin zustehenden Bereicherungsansprüche erheben könne. Das Risiko der treuwidrigen Verwendung des Darlehensbetrags traf (und trifft) somit die Bekl (vgl dazu auch 3 Ob 75/87 SZ 60/129 = JBl 1988, 172 [P. Bydlin-

ski]; 3 Ob 277/02k; 1 Ob 5/04y). Ein Begehren auf Abtretung der der Kl gegen die Verkäuferin zustehenden Ansprüche erhob die Bekl im Vorverfahren nicht.

Die von der hier Bekl auch auf den Rechtsgrund der Bereicherung gestützte Darlehensklage wurde im Vorverfahren somit rechtskräftig abgewiesen.

Aus der Unwirksamkeit des Kaufvertrags, die sich aus den dargelegten Gründen auch auf das zwischen den Streitparteien geschlossene Finanzierungsgeschäft erstreckt, ergibt sich, dass die wechselseitig erbrachten Leistungen kondiziert werden können. Wie bereits ausgeführt, steht allerdings der hier Bekl kein Kondiktionsanspruch in Höhe der überwiesenen Darlehenssumme zu, sondern lediglich ein Anspruch auf Abtretung.

Die Kl ihrerseits kann jedoch die von ihr an die Bekl geleisteten Kreditrückzahlungsraten kondizieren (zur Anwendbarkeit des § 877 ABGB bei Rückabwicklung eines Kaufvertrags, dem die grundverkehrsbehördliche Zustimmung versagt wurde, s 3 Ob 553/81 SZ 54/156). Die Rechtsfolgen der Rückabwicklung nach § 877 ABGB entsprechen jenen der § 1431 ABGB und § 1437 ABGB (*Bollenberger* in KBB<sup>2</sup> § 877 Rz 3; 1 Ob 57/04w SZ 2004/76 ua).

Die Bekl bezweifelt nicht, dass die Kl die von ihr geleisteten Kreditrückzahlungsraten kondizieren könne. Die Bekl meint allerdings, da nicht feststehe, wer die festgestellten Kreditrückzahlungen auf das Konto der Bekl tätigte, sei der Kl der Nachweis eines ihr zustehenden Kondiktionsanspruchs nicht gelungen.

Allerdings wurde vom ErstG ausdrücklich festgestellt, dass Kreditrückzahlungen in Höhe des Klagebegehrens erfolgten, wobei auf den Einzahlungsbelegen die Kl als Auftraggeberin und Einzahlerin aufscheint. Nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont erfolgte die Zahlung der festgestellten Kreditraten durch die Kl. Ist der Bezug auf die bestimmte Schuld offenkundig, genügt die Herbeiführung des Leistungserfolgs durch eine Leistungshandlung des Schuldners, die in jeder Weise der geschuldeten entspricht, zur Erfüllung (RIS-Justiz RS0033232). Die Bekl stellt auch gar nicht in Abrede, die im Namen der Kl auf ihr Darlehenskonto erfolgten Zahlungen (zunächst) als solche der Kl aufgefasst und auch als solche angenommen zu haben.

Für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ist – ebenso wie für die Beurteilung, auf welche vertragliche Beziehung hin Leistungen erfolgten – die ausdrücklich oder konkludent erklärte Zweckbestimmung bei der Leistung maßgeblich. Diese Zweckbestimmung ist in ihrer Bedeutung entsprechend dem Empfängerhorizont zu bestimmen (*Bydlinski* in Klang<sup>2</sup> IV/2, 307; *Koziol* in KBB<sup>2</sup> vor §§ 1431 bis 1437 Rz 3; 9 Ob 39/02d ecolex 2003/306). So entspricht es auch der hRsp zum dreipersonalen Verhältnis, dass die Rückabwicklung einer fehlgeschlagenen Leistung zwischen den Personen vorzunehmen ist, die nach dem angenommenen Schuldverhältnis oder der sonstigen Zweckvereinbarung Leistender

und Leistungsempfänger sein sollten (RIS-Justiz RS0033737; 1 Ob 2375/96p; 8 Ob 13/05 b SZ 2005/44). Die Feststellung, wer „Leistender“ und wer „Leistungsempfänger“ ist, ist dabei nach der beabsichtigten Zweckbeziehung zu treffen, die sich aus dem (beabsichtigten) Rechtsgrund der Leistung ergibt. Die Rückabwicklung hat in derselben Zweckbeziehung zu erfolgen, die für die Leistung maßgebend war (8 Ob 13/05 b SZ 2005/44). Wer tatsächlich die wirtschaftlichen Belastungen der Vermögensverschiebung zu tragen hatte, ist hingegen nach der nRsp des OGH – der in früheren E insb iZm der Bestimmung der Aktivlegitimation für die Rückforderung einer verbotenen Ablöse nach § 27 MRG auf diesen Gesichtspunkt abstellte – gerade nicht maßgeblich: Eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung einer rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung hat demnach zwischen jenen Personen zu geschehen, die im Zeitpunkt der Leistung durch ein scheinbares Rechtsverhältnis verbunden waren (5 Ob 224/01 d; 5 Ob 143/00 s wobl 2001/152).

Vor dem Hintergrund dieser Lehre und Rsp geht die vom ErstG getroffene – und vom BerG übernommene – Negativfeststellung, dass nicht festgestellt worden könne, wer tatsächlich die Einzahlungen tä-

tigte, entgegen der Auffassung der Vorinstanzen und der Bekl nicht zu Lasten der Kl: Im Bareinzahlungsverkehr ist davon auszugehen, dass eine unter dem Namen des Schuldners auf das richtige Konto vorgenommene Zahlung einen ausreichenden Nachweis dafür bietet, dass damit eine Schuld des Schuldners erfüllt wird. Wird daher eine Zahlung im Namen des Schuldners, der als Einzahler aufscheint, getätigt, ist die Überweisung nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont als solche des Schuldners anzusehen, und zwar unabhängig davon, ob der Schuldner selbst oder ein Dritter geleistet hat.

Hier steht im Übrigen eine Leistung eines Dritten gar nicht positiv fest: Weder trat ein Dritter als Leistender oder – wie es das BerG meint – ein „Scheinvertreter“ auf: Positiv steht vielmehr nur fest, dass Kreditrückzahlungen auf das bei der Bekl für die Kl geführte Darlehenskonto im Namen der Kl erfolgten. Die von den Vorinstanzen getroffene Negativfeststellung lässt weder die positive Annahme zu, dass ein Dritter leistete, noch, dass die Darlehensrückzahlungsraten die Kl wirtschaftlich nicht belasteten. Das Vorbringen der Bekl, dass der Vermittler des Immobiliengeschäfts die Kreditrückzahlungen vornahm, hat sich somit nicht erwiesen.

## Schutzpflichten gegenüber dem Zeitungszusteller – Streupflicht

Besteht eine gefährliche Stelle im Zugangsbereich (auf einer Liegenschaft) – wie dies bei Schneefall, Glätte und Eis in Verbindung mit Abschüssigkeit gegeben ist –, hat der den Zeitungszustelldienst (Hauszustellung) in Anspruch nehmende Hauseigentümer auch die (vertragliche) Pflicht zur Vermeidung einer Schädigung des Zustellers in seiner körperlichen Integrität (§ 1325 ABGB) die entsprechenden Säuberungs- und Räumungspflichten wahrzunehmen. Wem dies wegen der frühen Morgenstunde der Zustellung zu beschwerlich ist, hat dafür Sorge zu tra-

gen, dass dem Zeitungsausträger zur Abgabe und Ablage des ausgelieferten Mediums ein offener Briefkasten oder eine Zeitungsrulle, wie sie standardmäßig angeboten werden, zur Verfügung steht oder eben in der kritischen Jahreszeit auf Postzustellung umzustellen. Durch eine solche – vertragliche – Verkehrssicherungspflicht (aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Zustellers) werden weder die sonst maßgeblichen Zumutbarkeitskriterien überspannt noch wird die Risikoüberschaubarkeit unzumutbar erweitert.

§§ 881, 1295,  
1325 ABGB

OGH 28. 4. 2008,  
2 Ob 78/08s

2008/260

## Wiederkaufsrecht als besonderes Widerrufsrecht des Übergabsvertrags

1. Dem Informations- und Äußerungsrecht kommt nur im Verhältnis zwischen behinderter Person und Sachwalter Bedeutung zu; seine Verletzung berührt die Gültigkeit von Rechtshandlungen des Sachwalters nicht.

2. Dem Sachwalter des Berechtigten steht die Ausübung des Wiederkaufsrechts zu, zumal die Ausübung von Gestaltungsrechten nicht a priori „vertretungsfeindlich“ ist und der Sachwalter immerhin als gesetzlicher Vertreter des Berechtigten rätig wird.

3. Rechtsgrundlage eines Wiederkaufsrechts ist der ursprüngliche Kaufvertrag, jedoch wurde von der Rsp die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts auch in Übergabsverträgen als zulässig angesehen.

4. Besteht der Wiederkaufspreis für erbrachte Pflegeleistungen lediglich in einem dem Verpflichteten zu zahlenden Geldbetrag pro Jahr, während ein darüber hinausgehender Wiederkaufspreis ausdrücklich ausgeschlossen wurde, so handelt es sich solange Pflegeleistungen nicht erbracht wurden, beim Vorbehalt des Wiederkaufs trotz dieser Bezeichnung in

Wahrheit um ein dem Übergaber eingeräumtes, besonderes Widerrufsrecht.

5. Soweit der Übergabsvertrag als Schenkung zu beurteilen ist, steht dem Widerruf § 946 ABGB aber nicht entgegen, da § 946 ABGB dispositiver Natur ist und Schenkungsverträgen nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit auch Wiederkaufsrechte, Vorkaufsrechte, Resolutivbedingungen oder aber ein Widerrufsvorbehalt beigesezt werden können.

*Der Übergabsvertrag lautet im hier entscheidungswesentlichen Teil:*

*„b) Pflege und Betreuung:*

*Die Übernehmer verpflichten sich, den Übergaber im Krankheits- und Gebrechlichkeitsfalle unentgeltlich mit kindlicher Liebe zu pflegen und zu betreuen. Der Übergaber nimmt dieses Recht hiernit vertraglich an (...).*

VII.

*Die Übergabe erfolgt mit Vorbehalt des Wiederkaufes. Die Übernehmer räumen daher dem Übergaber hinsichtlich sämtlicher Übergabsliegenschaften das Recht des*

§§ 946, 947, 948,  
1068 ABGB;  
§ 273 a ABGB idF  
vor SWRÄG 2006

OGH 7. 5. 2008,  
9 Ob 8/07b

2008/261

Wiederkaufes im Sinne des § 1068 ABGB ein, wobei der Wiederkaufspreis darin besteht, dass der Übergeber im Falle des Wiederkaufes eine von den Übernehmern bereits erbrachte Pflege und Betreuung im Sinne des Punktes III. Abs b) dieses Vertrages mit einem Betrag von S 60.000,- pro Jahr, wertgesichert nach dem VPI 1996 = 100 mit Ausgangsindexzahl März 1999, abzugelten, jedoch einen darüber hinausgehenden Wiederkaufspreis nicht zu leisten hat. Der Übergeber erklärt, das Wiederkaufsrecht im vorstehenden Umfang vereinbarungsgemäß anzunehmen. (...)"

### Aus der Begründung:

Sowohl nach den Materialien (RV 742 BlgNR 15. GP, 19) als auch nahezu übereinstimmender Lehre (Hopf in KBB § 273 a ABGB Rz 3; Stabentheiner in Rummel I<sup>3</sup> § 273 a Rz 4; Weitzenböck in Schwimann I<sup>3</sup> § 273 a Rz 7 und Maurer/Tschugguel, Sachwalterrecht<sup>2</sup>, 72) kommt dem Informations- und Äußerungsrecht (§ 273 a ABGB alt) nur im Verhältnis zwischen behinderter Person und Sachwalter Bedeutung zu; seine Verletzung berührt die Gültigkeit von Rechtshandlungen des Sachwalters nicht. Die Gegenmeinung V. Steiningers (Zum Mitspracherecht Pflegebefohlener in FS Kralik 550 f) ist vereinzelt geblieben und überzeugt nicht.

Entgegen der Auffassung der Bekl muss auch die Ausübung des „Wiederkaufsrechts“ dem Sachwalter des Berechtigten zugestanden werden. Der OGH hat bereits ausgesprochen, dass auch der Widerruf einer Privatstiftung trotz der dort einfließenden subjektiven, gefühlsbedingten Überlegungen die Vertretungsbefugnis des Sachwalters nicht ausschließt, zumal die Ausübung von Gestaltungsrechten nicht a priori „vertretungsfeindlich“ ist (6 Ob 106/03 m SZ 2003/105). Diese Erwägungen müssen auch im vorliegenden Fall gelten, wo nicht ein Dritter, sondern der gesetzliche Vertreter des Berechtigten tätig wird.

Die Bekl vermeinen weiters, dass das Klagebegehren schon nach dem Text des Übergabsvertrags abzuweisen gewesen wäre und die Aufhebung zur Ermittlung einer über den Text hinausgehenden Parteiabsicht entbehrlich ist. Dem kann nicht gefolgt werden. Bestand nämlich keine über den Wortsinn der Vertragsurkunde hinausgehende übereinstimmende Parteiabsicht, kommt es nur auf den objektiven Erklärungswert der Urkunde, nicht aber darauf an, wie eine Partei diese subjektiv verstanden hat (RIS-Justiz RS0017783). Eine reine Urkundenauslegung könnte aber, wie noch darzulegen ist, im vorliegenden Fall nicht zugunsten der Bekl ausgehen. Die Rechtsgrund-

lage eines Wiederkaufsrechts ist der ursprüngliche Kaufvertrag (RIS-Justiz RS0020175). Von der Rsp wurde die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts auch in einem Übergabevertrag für zulässig anerkannt (2 Ob 278/97 i). Wesentliches Merkmal eines Wiederkaufsrechts ist es, dass die verkaufte Sache zu einem bestimmten oder bestimmbar Preis wieder zurückgekauft werden kann (SZ 2002/159 ua). Unterzieht man nun Punkt VII. des Übergabsvertrags einer näheren Überprüfung, erkennt man, dass ein bestimmter bzw bestimmbarer Wiederkaufspreis nur in dem Umfang besteht, als von den Übernehmern tatsächlich Pflegeleistungen erbracht wurden, nämlich wertgesicherte S 60.000,- pro Jahr, während ein darüber hinausgehender Wiederkaufspreis ausdrücklich ausgeschlossen ist. Solange daher abzugeltende Pflegeleistungen nicht erbracht wurden, wie es hier unstrittig ist, handelt es sich bei dem Vorbehalt des „Wiederkaufs“ trotz dieser Bezeichnung in Wahrheit um die Vereinbarung eines dem Übergeber eingeräumten, besonderen Widerrufsrechts. Dieses kann aber nicht losgelöst vom Übergabsvertrag als formbedürftige „Schenkung“ angesehen werden, sondern als ein besonderes, dem Übergeber von Anfang an eingeräumtes Gestaltungsrecht, dem zwingende gesetzliche Bestimmungen nicht entgegenstehen. Der Rücktritt von bereits in Vollzug gesetzten Übergabsverträgen wurde im Übrigen von der Rsp auch nur für den Fall verneint, dass nichts anderes vereinbart wurde (RIS-Justiz RS0017117). Liegt aber – vor Erbringung von Gegenleistungen – nicht die Ausübung eines Wiederkaufsrechts, sondern eines besonderen Widerrufsrechts vor, stellt sich die von den Bekl relevierte Frage einer Verkürzung über die Hälfte nach § 934 ABGB gar nicht.

Die Bekl meinen ferner, dass, sofern der Übergabsvertrag als Schenkung zu beurteilen sei, dessen Widerruf § 946 ABGB entgegenstünde, zumal die Voraussetzungen der §§ 947, 948 ABGB nicht gegeben seien. Dabei übersehen die Bekl jedoch, dass die §§ 947, 948 ABGB zwar gesetzliche Widerrufsrechte regeln, diese Regelung jedoch nicht abschließender Natur ist, zumal § 946 ABGB dispositiver Natur ist. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit können daher einem Schenkungsvertrag auch Wiederkaufsrechte, Vorkaufsrechte, Resolutivbedingungen (Binder in Schwimann IV<sup>3</sup> § 946 Rz 7) oder aber ein Widerrufsvorbehalt (Schubert in Rummel ABGB I<sup>3</sup> § 946 Rz 1) zulässigerweise beigesetzt werden. Auch der Aspekt einer Schenkung würde daher die entgeltfreie Rückübertragung der Liegenschaften (vor Erbringung der abzugeltenden Leistungen) nicht hindern.

## Vertragliche Verkehrssicherungspflicht des Vermieters auf öffentl Verkehrsflächen

Der Mieter, der verpflichtet ist, die Kosten der Schneeräumung als Betriebskosten zu tragen, leistet im Rahmen der ihm vorgeschriebenen anteiligen Betriebskosten seinen Beitrag zu den Kosten des mit dem Winterdienst beauftragten Unternehmens. Die vertragliche Räumungs- und Streupflicht des Bestandgebers erstreckt sich im Verhältnis zur Bestand-

nehmern oder Dritten, ebenfalls vom Schutzbereich des Mietvertrags umfassten Personen jedenfalls auf den gesamten Bereich, den der Bestandgeber nach § 93 Abs 1 StVO zu säubern und zu bestreuen hat. Die mietvertragliche Verkehrssicherungspflicht des Liegenschaftseigentümers bleibt also in ihrem Umfang nicht hinter seiner deliktischen zurück.

§§ 1096, 1319,  
1319a ABGB;  
§ 93 StVO;  
§§ 21, 23 MRG

OGH 10. 4. 2008,  
2 Ob 60/08z

2008/262

Der kl Mieter stürzte um etwa 8.00 Uhr morgens einige Meter vom Eingang des Hauses entfernt auf dem schnee- und eisbedeckten Gehsteig, der schon zu den öffentlichen Verkehrsflächen zählt, und verletzte sich. Die Haftung des mit dem Winterdienst beauftragten Unternehmens wegen Verletzung der Streupflicht stand schon rechtskräftig fest.

### Aus der Begründung:

Neben den in § 1096 Abs 1 Satz 1 ABGB angeführten Hauptleistungspflichten treffen den Vermieter gegenüber dem Mieter Schutz- und Sorgfaltspflichten, va wenn es um Gefahrenquellen geht, die mit der Beschaffenheit des Bestandobjekts im Zusammenhang stehen. Der Vermieter hat dafür zu sorgen, dass der Mieter durch Gefahrenquellen, die mit dem Bestandobjekt, seiner Beschaffenheit bzw der Art des Gebrauchs zusammenhängen, nicht geschädigt wird (2 Ob 335/97 x JBl 1998, 655 = ZVR 1998/139; RIS-Justiz RS0020884). Dies umfasst jedenfalls die Verpflichtung des Vermieters, eine Schädigung des Mieters durch unterlassene Erhaltungs- und Betreuungsmaßnahmen (wozu iwS auch die Schneerräumung und die Streupflicht gehören; *Wüsth in Rummel*<sup>3</sup> § 1096 ABGB Rz 5) an allgemeinen Teilen der Liegenschaft zu verhindern (5 Ob 3/05 k; 2 Ob 47/07 m RIS-Justiz RS0020884 [T10]). Diese Säuberungs- und Streupflicht wird als vertragliche Nebenverpflichtung aus § 1096 ABGB abgeleitet (RIS-Justiz RS0023235; RS0021318; 2 Ob 47/07 m).

Unzweifelhaft ist somit die vertragliche Haftung des Vermieters für jene Unfälle von Mietern und geschützten Dritten wie Angehörigen (2 Ob 513/96; 2 Ob 335/97 x; *Binder in Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> V § 1096 Rz 25) oder Arbeitnehmern des Mieters (2 Ob 216/03 h), die sich auf nicht ordnungsgemäß geräumten oder gestreuten allgemeinen Teilen des Hauses ereigneten, zB in Innenhöfen (7 Ob 174/71 ZVR 1973/6 = MietSlg 23.205 = RIS-Justiz RS0023235 [T1]: Hof eines landwirtschaftlichen Gebäudes; 2 Ob 202/00 w) oder auf Freiflächen innerhalb einer – aus mehreren Häusern bestehenden – Wohnhausanlage (2 Ob 26/95 ZVR 1996/32; 2 Ob 47/07 m).

Eine vertragliche Verkehrssicherungspflicht (Nebenleistungsverpflichtung aus dem Bestandvertrag) trifft den Vermieter auch insofern, als er den Zugang zu einem vermieteten Objekt während der gesamten Bestandzeit in sicherem Zustand zu erhalten hat (*Iro in KBB*<sup>2</sup> § 1096 ABGB Rz 15; vgl *Wüsth*, aaO mwN; *Binder*, aaO Rz 22; 5 Ob 2153/96 w; 1 Ob 279/01 p; RIS-Justiz RS0104241; RS0024556: ordnungsgemäße Stiegenbeleuchtung; RS0024566: schadhafter Hausgang). Für die vertragliche Haftung des Vermieters ist nicht erforderlich, dass dieser Zugang ausschließlich über eine im Eigentum des Vermieters stehende Fläche führt (vgl 1 Ob 279/01 p: Sturz der Mieterin auf einem vereisten Weg zwischen Parkplatz und Haus). Nicht explizit beantwortet wurde in der jüngeren höchstgerichtlichen Judikatur, in welchem Ausmaß (also über den unmittelbaren Zugangsbereich hinaus) eine vertragliche Räumungs- und Streupflicht des Vermieters auf öffentlichen Verkehrsflächen besteht. Die in § 93 Abs 1 StVO gere-

gelte Verpflichtung der Anrainer bezieht sich ausschließlich auf Flächen, die dem öffentlichen Verkehr dienen: zu säubern und zu bestreuen sind die entlang der Liegenschaft vorhandenen, dem öffentlichen Verkehr dienenden Gehsteige und Gehwege einschließlich der in ihrem Zuge befindlichen Stiegenanlagen sowie mangels eines Gehsteigs (Gehwegs) der Straßenrand in einer Breite von 1 m. Diese Säuberungs- und Streupflicht ist eine gegenüber der Allgemeinheit bestehende (gesetzliche) Obliegenheit zur Verkehrssicherung (RIS-Justiz RS0021318 [T1]). Zu dem – auch hier zu beurteilenden – Verhältnis des Bestandgebers zum Bestandnehmer hat der OGH in 3 Ob 569/81 ZVR 1982/261 ausgesprochen, dass der Vermieter für den Sturz eines Mieters am Straßenrand, der mangels eines Gehsteigs vom Vermieter zu räumen war, vertraglich aus dem Grund des § 1096 ABGB haftet.

Das BerG hat die Einschränkung der aus § 1096 ABGB abgeleiteten vertraglichen Verkehrssicherungspflicht des Vermieters auf den unmittelbaren Eingangsbereich mit jener höchstgerichtlichen Judikatur gerechtfertigt, die den Inhaber eines Geschäftslokals aufgrund vorvertraglicher Schutz- und Verkehrssicherungspflichten gegenüber (potenziellen) Kunden verpflichtet, den Eingang und den unmittelbar davor befindlichen Gehsteigbereich zu säubern und zu bestreuen (SZ 52/135; 9 Ob 162/00 i; vgl 1 Ob 152/05 t; 2 Ob 158/06 h). Dieser Vergleich ist nach Auffassung des erk Senats nicht überzeugend: Benutzt der Inhaber eines Geschäftslokals dieses (wie in vielen Fällen) aufgrund eines Mietvertrags, beschränkt sich sein Einflussbereich auf das ihm ausschließlich zur Benutzung überlassene Objekt. Die in der Judikatur bejahte Verpflichtung zur Sicherung des Eingangsbereichs bedeutet nichts anderes, als die vertragliche Verpflichtung des Geschäftsinhabers, die Sicherheit seiner Kunden im Inneren des Objekts zu gewährleisten, räumlich auf den Außenbereich, und zwar in zumutbarem Ausmaß auszudehnen. Diese räumliche Beschränkung trägt dem allgemeinen Grundsatz, dass (auch vertragliche) Verkehrssicherungspflichten nicht überspannt werden sollen (vgl RIS-Justiz RS0023487; vgl RS0023950; 2 Ob 265/06 v) und eine Verkehrssicherungspflicht Verfügungsmacht und Einflussnahme auf den Gefahrenbereich voraussetzt (RIS-Justiz RS0023355 [T28]), Rechnung. IdS hat der OGH in der vom BerG zitierten E 2 Ob 181/02 k eine Ausweitung der vertraglichen Haftung des Betreibers eines Mauttunnels auf die (ca 31 km langen) Anschlussstrecken mit dem Argument abgelehnt, diese bedeute ein unzumutbares Ausufern.

Anders stellt sich die Situation beim Hauseigentümer dar, an dessen Objekt eine öffentliche Verkehrsfläche (hier Gehsteig) vorbeiführt und den – im Gegensatz zum Geschäftsinhaber – gegenüber der Allgemeinheit nach § 93 Abs 1 StVO eine Verkehrssicherungspflicht trifft. Im Fall des bereits mit Verkehrssicherungspflichten belasteten Vermieters und Anrainers liegt eine unzumutbare Ausweitung von Verkehrssicherungspflichten nicht vor, wenn die Nebenverpflichtung gegenüber dem Mieter auf den gesamten nach § 93 Abs 1 StVO von der Streu- und

Räumspflicht erfassten öffentlichen Gehsteig ausgedehnt wird.

Überzeugend ist das Argument des Revisionswerbers, in dem er auf die Verpflichtung der Mieter verweist, die Kosten der Schneerräumung als Betriebskosten zu tragen. In den taxativ aufgezählten (E. M. Hausmann in Hausmann/Vonkiltb, Österreichisches Wohnrecht, § 21 MRG Rz 6) Betriebskostenkatalog des § 21 Abs 1 MRG fallen die angemessene Versicherung des Hauses gegen die gesetzliche Haftpflicht des Hauseigentümers (Z 5) und die in § 23 MRG bestimmten angemessenen Aufwendungen für die Hausbetreuung (Z 8 idF der WRN 2000), § 23 Abs 1 MRG idF der WRN 2000 zählt zu den zu ersetzenden Aufwendungen für die Hausbetreuung auch die Reinhaltung der in die Betreuungspflicht des Liegenschaftseigentümers fallenden Gehsteige einschließlich der Schneerräumung.

Außerhalb des Vollanwendungsbereichs des MRG bestimmt sich die Verpflichtung des Mieters zur Tragung der Betriebskosten nach der mit dem Vermieter getroffenen Vereinbarung. Regelt diese Überwälzungsvereinbarung die vom Mieter zu tragenden Kosten nicht ausdrücklich, sind idR die im MRG aufgezählten Betriebskosten gemeint (E. M. Hausmann, aaO Rz 5).

Der Mieter leistet daher im Rahmen der ihm vorgeschriebenen anteiligen Betriebskosten seinen Beitrag zu den Kosten des mit dem Winterdienst beauftragten Unternehmens. Die Haftpflichtversicherung, deren Prämien ebenfalls auf die Mieter überwält werden, deckt auch Schadenersatzansprüche Dritter ab, welche infolge Verletzung der Streu- und Räumungspflicht (§ 93 Abs 1 StVO) entstehen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten:

Die vertragliche Räumungs- und Streupflicht des Bestandgebers erstreckt sich im Verhältnis zu Bestandnehmern oder dritten, ebenfalls vom Schutzbereich des Mietvertrags umfassten Personen jedenfalls auf den gesamten Bereich, den der Bestandgeber nach § 93 Abs 1 StVO zu säubern und zu bestreuen hat (so auch Binder, aaO Rz 21). Die mietvertragliche Verkehrssicherungspflicht des Liegenschaftseigentümers bleibt also in ihrem Umfang nicht hinter seiner deliktsrechtlichen zurück.

### Anmerkung:

Bemerkenswert ist, dass der OGH die Ausdehnung der vertraglichen Verkehrssicherungspflicht auf öffentliche Verkehrsflächen vor dem Gebäude und deren Zumutbarkeit zunächst damit begründet, dass eine deliktische Pflicht nach § 93 StVO bestehe und die vertragliche Pflicht nicht hinter der deliktischen zurückbleibe. Nun ist die Räum- und Streupflicht nach § 93 Abs 1 StVO eine gegenüber der Allgemeinheit bestehende (gesetzliche) Obliegenheit zur Verkehrssicherung (RIS-Justiz RS0021318). Für das Verschulden eines Gehilfen wird – gegenüber der Allgemeinheit – demnach nicht nach § 1313a ABGB, sondern lediglich im Rahmen des § 1315 ABGB haftet, wie dies auch bei einer rechtsgeschäftlichen Übertragung der Fall wäre (vgl 5 Ob 173/02f wobl 2003/34; 2 Ob 67/87 ZVR 1998/101).

Der gegenüber der Allgemeinheit primär Verkehrssicherungspflichtige kann aber nach § 93 Abs 5 StVO diese (Verkehrssicherungs-)Pflicht durch Rechtsgeschäft auf einen Dritten übertragen, wodurch dieser Dritte in jeder – und zwar auch in zivilrechtlicher – Hinsicht an die Stelle des Eigentümer/Anrainers tritt (RIS-Justiz RS0023328). Der Anrainer haftet dann nicht mehr bzw nur mehr für Auswahlverschulden nach § 1315 ABGB (2 Ob 67/87 ZVR 1998/101).

Festgestelltmaßen hat hier die Bekl ihre nach § 93 Abs 1 StVO bestehende Verkehrssicherungspflicht auf das erstbekl Winterdienstunternehmen übertragen und haftet daher deliktisch – mit Ausnahme nach § 1315 ABGB – eben nicht. Die Voraussetzung für die Transformation der (deliktischen) Verkehrssicherungspflicht in eine vertraglich geschuldete Verkehrssicherungspflicht, die der erk Senat annahm, ist daher gerade nicht gegeben. Die mietvertragliche Verkehrssicherungspflicht wird umgekehrt auf einen deliktsrechtlichen Bereich erstreckt, für den der Vermieter gerade nicht (mehr) einzustehen hat. Dies wäre nur dann gerechtfertigt, wenn sich der Mieter durch die Betriebskostentragung eine solche Verkehrssicherungspflicht „erkaufen“ würde. Dies scheint – auch wenn der OGH dies so nicht sagt – der tragende Gesichtspunkt für die geäußerte Rechtsansicht zu sein. ME hätte es dafür einer tiefer gehenden Untersuchung der Rechtsnatur der Betriebskosten bedurft, die in weiten Teilen für den Vermieter kein Mietentgelt für die überlassenen Bestandräumlichkeiten darstellen, sondern als Durchlaufposten (vgl 5 Ob 115/00y) bloß tatsächlich entstandenen Aufwand abgelten. Es wäre daher mE für die Frage, ob sich der Mieter eine vertragliche Haftung zusätzlich zur bestehenden deliktischen Haftung des Winterdienstunternehmens erkaufte, zu differenzieren, ob es sich bei den überwältten Betriebskosten um Aufwendungen handelt, die ihrer Natur nach als Gebrauchskosten zu qualifizieren sind (Grundkosten, Warmwasser, Heizung, Liftbetriebskosten, Hausverwaltung/Hausbetreuung) und daher kein Entgelt iSd § 1090 ABGB darstellen, oder ob Kosten überwältt werden, die ihrer Natur keine Gebrauchskosten darstellen (Grundsteuer, Bankgebühren, „Hauszubehör“, „Kleinreparaturkosten“, schließlich im Regelfall auch Kosten für die Versicherung der Liegenschaft) und daher als Entgelt zu werten sind (vgl dazu 8 Ob 25/06 v wobl 2006/103 [Prader]). Da der Winterdienst auf öffentlichen Verkehrsflächen zur Hausbetreuung zählt und die dafür abgewältzten Kosten keinen Entgeltcharakter haben, wäre es mE näher liegend, den Mieter auf Flächen außerhalb der Bestandliegenschaft wie jeden Dritten zu behandeln. Eine vertragliche Verkehrssicherungspflicht aus einer deliktischen zu generieren, die auf ganz anderen Gesichtspunkten basiert und deswegen im Übrigen auch abgewältzt werden kann, geht mE zu weit.

Harald Friedl

Dr. Harald Friedl war von 2001–2007 Assistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien und ist nunmehr RAA bei Karselk Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH.

## Ärztliche Aufklärungspflicht auch bei äußerst geringen Risiken – intraoperative Wachheit

1. Die Aufklärungspflicht eines Arztes reicht umso weiter, je weniger die Operation aus der Sicht eines vernünftigen Patienten vordringlich oder gar geboten ist (hier Sterilisation). Gerade bei nicht dringlichen Operationen gilt, dass der Patient selbst die Abwägung vornehmen soll, ob er trotz des statistisch unwahrscheinlichen Risikos nachteiliger Folgen sich der geplanten Operation unterziehen oder aber seinen bisherigen Gesundheitszustand unverändert belassen will. Daher kann sich eine Aufklärungspflicht auch ergeben, wenn die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts zahlenmäßig sehr gering ist (hier intraoperative Wachheit).

2. Es lassen sich keine allgemeinen Richtlinien darüber aufstellen, ab welchem Häufigkeitsgrad eines Operationsrisikos aufgeklärt werden muss. Es kommt va darauf an, ob die Risiken lebensbedrohend sind oder wichtige Körperfunktionen betreffen; es darf aber nicht nur auf allgemeine statistische Werte abgestellt werden, sodass die Aufklärungspflicht nicht schon bei einer Risikodichte im Promillebereich entfällt (hier 0,2–0,4%).

*Die Kl unterzog sich nach der Geburt ihres 4. Kindes einer Sterilisationsoperation unter Vollnarkose. Sie wachte während der Operation trotz fachgerechter Anästhesie wegen einer relativen Underdosierung auf und konnte sich nicht bemerkbar machen. Die unzureichende Narkosetiefe wurde zum frühest möglichen Zeitpunkt behoben. Das Risiko der intraoperativen Wachheit liegt bei 0,2–0,4%, worüber die Kl nicht aufgeklärt wurde. Es wären auch andere Anästhesieformen in Frage gekommen.*

### Aus der Begründung:

Die Aufklärungspflicht reicht umso weiter, je weniger die Operation aus der Sicht eines vernünftigen Patienten vordringlich oder gar geboten ist (10 Ob 2350/96b SZ 69/199 uva). Gerade bei nicht dringlichen Operationen – eine solche stellt (unbestrittenmaßen) die von der Kl gewünschte Sterilisationsoperation dar – gilt, dass der Patient selbst die Abwägung vornehmen soll, ob er trotz des statistisch unwahrscheinlichen Risikos nachteiliger Folgen sich der geplanten Operation unterziehen oder aber seinen bisherigen Gesundheitszustand unverändert belassen will. Daher kann sich eine Aufklärungspflicht auch ergeben, wenn die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts zahlenmäßig sehr gering ist (7 Ob 21/07z; RIS-Justiz RS0026375).

Es entspricht weiters der stRsp, dass auf ein typisches, dh speziell dem geplanten Eingriff anhaftendes und auch bei größter Sorgfalt nicht vermeidbares Risiko unabhängig von der prozentmäßigen Wahrscheinlichkeit, also auch bei allfälliger Seltenheit ihres Eintritts, hinzuweisen ist; die ärztliche Aufklärungspflicht ist in diesem Fall verschärft (RIS-Justiz RS0026581, RS0026340). Das gilt zwar nur dann, wenn das Risiko geeignet ist, die Entscheidung des

Patienten zu beeinflussen (1 Ob 532/94 SZ 67/9 = JBl 1995, 245 = RdM 1994, 121 ua). Dass dies beim Risiko einer intraoperativen Wachheit im vorliegenden Fall zu bejahen ist, bedarf keiner weiteren Erörterung, war doch die Operation weder dringlich noch geboten; zudem hätte allenfalls auch eine Epiduralanästhesie vorgenommen werden können. Unmaßgeblich zu bleiben hat der Umstand, ob der Arzt dennoch annahm bzw subjektiv der Meinung war, die Kl werde – selbst bei entsprechender Aufklärung – ein derart geringes Risiko wie es die intraoperative Wachheit darstellt, nicht in ihre Überlegungen einbeziehen, sondern eine Vollnarkose bevorzugen. Aufgabe des Arztes ist es nämlich, durch entsprechende Aufklärung den in die Vollnarkose einwilligenden Patienten in Stand zu setzen, selbst die Tragweite seiner Einwilligung zu überschauen (1 Ob 743/80 JBl 1982, 491 und die folgende Rsp; RIS-Justiz RS0026413). Im Hinblick auf diese Gegebenheiten ist die Rechtsansicht des BerG, es wäre von einem gewissenhaften Arzt zu erwarten gewesen, dass er die Kl im vorliegenden Fall auch über das Risiko einer intraoperativen Wachheit aufklärt, nicht zu beanstanden. Infolge der Nichtaufklärung war die Kl überrascht, weil sie mit dem Aufwachen während der Operation nicht gerechnet hatte. Gerade dies soll aber durch eine vollständige und ausreichende Aufklärung verhindert werden. Der Arzt hätte die Kl auch über allfällige adäquate Maßnahmen (etwa die Periduralanästhesie) informieren und das Für und Wider mit ihr abzuwägen gehabt, sofern jeweils unterschiedliche Risiken entstehen können (RIS-Justiz RS0026426). Wäre die Vornahme einer Epiduralanästhesie infolge des bei der Kl gegebenen Gesundheitszustands tatsächlich mit weitaus erheblicheren Risiken verbunden gewesen, hätte sie – nach entsprechender Aufklärung und Abwägung – gegebenenfalls von der Operation überhaupt Abstand nehmen können.

In welchem Umfang der Arzt im Einzelfall den Patienten aufklären muss, ist eine stets anhand der zu den konkreten Umständen des Einzelfalls getroffenen Feststellungen zu beurteilende Rechtsfrage (stRsp, RIS-Justiz RS0026763). Aus diesem Grund wurde bereits ausgesprochen, es könnten keine vom Einzelfall losgelösten (abstrakten) Prozent- oder Promillesätze dafür angegeben werden, bei welcher Wahrscheinlichkeit von Risiken oder Schädigungen eine Aufklärungspflicht generell nicht mehr bestehe (8 Ob 646/92). Es ließen sich keine allgemeinen Richtlinien darüber aufstellen, ab welchem Häufigkeitsgrad eines Operationsrisikos aufgeklärt werden müsse. Es komme va darauf an, ob die Risiken lebensbedrohend seien oder wichtige Körperfunktionen betreffen; weiters sei maßgeblich, ob die Risiken von einem solchen Gewicht seien, dass ein vernünftiger Patient ernsthaft in seine Überlegungen einbeziehen muss, ob er lieber mit den bisherigen Beschwerden weiterleben möchte oder aber die gute Chance einer Verbesserung bzw Heilung mit demgegenüber viel kleineren Gefahren erkaufte (3 Ob 545/

82 SZ 55/114 = JBl 1983, 373 [Holzner] und die folgende Rsp; RIS-Justiz RS0026437). Es dürfe nicht nur auf allgemein statistische Werte abgestellt werden; die Aufklärungspflicht des Arztes entfalle nicht schon bei einer Risikodichte im Promillebereich (2 Ob 505/96 RdM 1996, 87). So wurde etwa auch jüngst eine Verletzung der Aufklärungspflicht bei einem 0,32%igen typischen Risiko, über das nicht aufgeklärt wurde, bejaht (4 Ob 132/06z betreffend eine Darmspiegelung verbunden mit einer

Polypentfernung und das damit typischerweise verbundene Risiko einer Darmperforation). Nur wenn das Risiko eine offenkundige Tatsache darstellte (wie etwa das jedem Eingriff in den menschlichen Organismus innewohnende Infektionsrisiko), wäre eine andere Beurteilung vorzunehmen (RIS-Justiz RS0040163). Dass es sich beim Risiko einer intraoperativen Wachheit aber nicht um eine jedermann bekannte, offenkundige Tatsache handelt, ist nicht zu bezweifeln.

## Unzulässige Zinsanpassungsklausel – Verjährung wegen Schadenskenntnis eines Dritten (AK)

§ 1489 ABGB  
OGH 6. 5. 2008,  
1 Ob 241/07b  
2008/264

War eine Landes-AK nicht nur mit der Ermittlung des Schadens, der einem Verbraucher/Kreditnehmer möglicherweise durch rechtsgrundlos geleistete Zinszahlungen infolge einer unzulässigen Zinsanpassungsklausel entstanden ist, sondern auch mit der Geltendmachung des daraus erwachsenen Ersatzanspruchs betraut, so steht die Kenntnis, die die Mitarbeiter der Landes-AK vom Schaden erlangt haben, der Kenntnis des Geschädigten von Schaden und Schädiger iSd § 1489 ABGB gleich. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass die Schadenersatzklage selbst von der Bundes-Arbeiterkammer als Zessionarin der Ersatzforderung zu erheben war.

AKNÖ war daher bereits 2001 seitens der Kreditnehmer mit der Feststellung des Vorliegens und des Umfangs des Zinsschadens aber auch mit der Veranlassung der Geltendmachung eines solchen beauftragt.

Die Rechtsfigur des Wissensvertreters beruht auf dem Grundgedanken, dass sich – unabhängig von einem Vertretungsverhältnis – derjenige, der einen anderen mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten in eigener Verantwortung betraut, das in diesem Rahmen erlangte Wissen des anderen zurechnen lassen muss (vgl dazu *Ira*, ÖBA 2001, 3 ff [6]). Diese Voraussetzung trifft hier auf die AKNÖ zu, zumal ein Wertungswiderspruch darin läge, Personen, die vom Geschäftsherrn damit betraut wurden, rechtserhebliche Tatsachen entgegenzunehmen oder anzuzeigen (zB Hausverwalter oder Architekten), als Wissensvermittler des Geschäftsherrn zu qualifizieren, nicht aber jene, die mit der Ermittlung dieser Tatsachen betraut wurden. War aber der AKNÖ der Schaden „zwei bis drei Tage vor dem 10. 5. 2002“ soweit bekannt, dass mit Aussicht auf Erfolg Klage erhoben werden konnte und war sie festgestelltermaßen auch mit der Geltendmachung eines allfälligen Schadens betraut, dann ist deren Wissen den Kreditnehmern zuzurechnen. Die Klagsführung hätte sohin noch vor dem 10. 5. 2005 erfolgen müssen. Die am 10. 5. 2005 eingebrachte Klage ist daher im Hinblick auf die Schadenersatzforderung verjährt.

### Aus der Begründung:

Die Verjährungsfrist des § 1489 ABGB beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem dem Geschädigten sowohl der Schaden als auch die Person des Schädigers bekannt geworden sind. Nach stRsp müssen dem Ersatzberechtigten Schaden und Schädiger soweit bekannt sein, dass er eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erheben kann, wobei aber die Erkundigungspflicht des Geschädigten nicht überspannt werden darf (1 Ob 68/05i mwN). Der Geschädigte darf sich allerdings nicht einfach passiv verhalten und es darauf ankommen lassen, dass er von der Person des Ersatzpflichtigen bzw vom Schaden eines Tages zufällig Kenntnis erhält. Dabei hat auch eine Wissenszurechnung allfälliger „Wissensvertreter“ zu erfolgen (RIS-Justiz RS0065360). Im vorliegenden Fall ist daher zu prüfen, ob das Wissen der Kl (B-AK) bzw der AKNÖ über Umstände, die für den Beginn der Verjährungsfrist relevant sind, den einzelnen Kreditnehmern zurechenbar ist. Das BerG hat zutreffend die Rsp wiedergegeben, wonach als Wissensvertreter jene Person zu qualifizieren ist, die vom Geschäftsherrn damit betraut wurde, Tatsachen, deren Kenntnis von Rechtserheblichkeit ist, entgegenzunehmen oder anzuzeigen. Die Kreditnehmer haben die AKNÖ bereits im Jahr 2001 mit der Überprüfung ihrer bereits abgedeckten Kredite beauftragt, aber auch damit, den erlittenen Zinsschaden gegenüber der bekl Kreditgeberin geltend zu machen. Sie unterfertigten am 12. 5. 2002 und am 6. 5. 2005 eine Abtretungsvereinbarung zum Inkasso und zur Klagsführung durch die Kl. Die

Dieses Ergebnis trifft sich mit der E des HG Wien zu Dg 1 R 248/05 z (siehe hiezu *Klauser/Gaugg*, *ecolex* 2006, 740). Dort war nämlich nur das „Wissen der Verbraucherorganisation“, die für den Kreditnehmer den Schaden zu berechnen hatten, maßgeblich, sodass die Verjährungsfrist (erst) mit der Verständigung des Kreditnehmers vom Nachrechnungsergebnis zu laufen begann. Hier aber war die AKNÖ damit beauftragt, den Schaden auch geltend zu machen, sie war also mit der Einbringung betraut, weshalb sich die Kreditnehmer das Wissen der von ihr beauftragten Institution auch zuzurechnen haben.

### Anmerkung:

Siehe dazu OGH 28. 2. 2008, 9 Ob 23/07b, *ecolex* 2008, 426.

## Exekution auf ein Unternehmen – Rekursrecht des Bestandgebers

1. Die Pfändung eines Unternehmens samt damit verbundenen Bestand- und Nutzungsrechten wird (schon) durch das an den Verpflichteten gerichtete Verfügungsverbot bewirkt. Als Verwertungsart kommt beim gewerblichen Unternehmen nach § 341 EO nur die Zwangsverwaltung (§ 334 EO) oder die Zwangsverpachtung (§ 340 EO) in Frage. Einem Bestandgeber des Verpflichteten ist kein Leistungsverbot zu erteilen, weil er nicht Dritter iSd § 331 Abs 1 zweiter Satz EO ist und ein solches Verbot der exekutiven Verwertung des Unternehmens durch Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung im Wege stünde.

2. Bei der auf Verwertung durch Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung eines Unternehmens gerichteten Exekution sind dessen Erträge das Exekutionsobjekt, also ein von der Leistungsver-

pflichtung eines Drittschuldners in der Forderungsexekution völlig verschiedener Vermögenswert. Die Verwertung solcher Rechte setzt notwendig voraus, dass der Drittschuldner seiner Leistungspflicht gegenüber dem Verpflichteten weiterhin erbringen kann. § 331 Abs 1 zweiter Satz EO hat mit den dort angeführten Leistungsverpflichtungen eines Dritten nur solche Verpflichtungen vor Augen, mit denen der Anspruch des Betreibenden entweder unmittelbar oder mittelbar befriedigt werden kann.

3. Wird dem Bestandgeber des Verpflichteten dennoch ein Verbot zugestellt, dann steht diesem ein Rekursrecht zu, weil die verfügten Verbote, die weder für die Zwangsverwaltung noch zur Zwangsverpachtung notwendig sind, in seine Rechtsstellung eingreifen.

§§ 331, 334, 341 EO

OGH 10. 4. 2003 Ob 260/07t

2008/265

## Durch Versäumungsurteil erwirkte Aufsandungserklärung anfechtbar

1. Die Anfechtung der Verbücherung des Eigentums-erwerbs des Geschenknehmers nach § 3 Z 1 AnFO aufgrund eines außerhalb der Anfechtungsfrist geschlossenen Schenkungsvertrags setzt – wie dies auch auf die Anfechtungstatbestände des § 2 AnFO zutrifft – eine Rechtshandlung des Schuldners voraus. Ein aufgrund schon vorliegender und anfechtungsfester Aufsandungserklärung des Schuldners vom Geschenknehmer gestellter Grundbuchsanzug reicht nicht.

2. Wird allerdings innerhalb der Anfechtungsfrist eine Aufsandungserklärung des Geschenkgebers

durch Versäumungsurteil erwirkt, liegt eine unentgeltliche Verfügung des Schuldners vor, die angefochten werden kann. Dass für diese Handlung des Schuldners ein Exekutionstitel erworben wurde, steht der Anfechtung nicht im Wege (§ 6 AnFO).

§ 3 Z 1, § 6 AnFO

OGH 10. 4. 2003 Ob 16/08m

2008/266

### Anmerkung:

Der 3. Senat kommt zu LS 1 zum gleichen Ergebnis wie schon 2 Ob 53/07v (ecolex 2008/235, 636), ohne jedoch die kurz zuvor ergangene E des 2. Senats anzuführen.

## Haftung des bürgenden Verbands bei TIR-Verstoß des Transportunternehmers

1. Zur Unterbrechung der zweijährigen Frist gegenüber dem bürgenden Verband nach Art 11 Abs 2 TIR-Abkommen kommt es auch dann, wenn gegen das Transportunternehmen ein (Finanz-)Strafverfahren innerhalb dieser Frist eingeleitet wurde. Unter dem Begriff „die Sache“, die „zum Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens gemacht worden (ist)“, ist nicht nur ein Zivilverfahren zwischen der Zollbehörde und dem bürgenden Verband zu verstehen. Auch die englische Fassung spricht von „legal proceedings“ und unterscheidet daher gerade nicht zwischen „civil“ und „criminal proceedings“.

2. Art 8 Abs 7 TIR-Abkommen normiert keine Ausfallsbürgschaft des Verbands, sondern entspricht lediglich der dem gemeinen Bürgen gebotenen Vorausmahnung des Zolld Schuldners.

3. Die Haftung des bürgenden Verbands nach dem TIR-Verfahren gegenüber den Zollbehörden der Transitländer, durch die die Waren mit einem Carnet-TIR befördert werden, beginnt jeweils mit der Einfuhr der Waren. Diese Haftung setzt die Annahme des Carnet-TIR durch eine Abgangszollstelle nicht voraus.

Art 8, 11 TIR-Abkommen (1978)

OGH 15. 4. 2005 Ob 284/07m

2008/267

## AMIS – Vorlage an den EuGH zur sog Massenschadenklausel in Rechtsschutzversicherungsverträgen

Dem EuGH werden gem Art 234 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art 4 (1) der Richtlinie 87/344/EWG des Rates zur Koordination der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung vom 22. Juni 1987 dahin auszulegen, dass ihm eine in Allgemeinen Versicherungsbedingungen eines Rechtsschutzversicherers enthaltene Klausel, die den Versicherer in Versicherungsfällen, in denen eine größere Anzahl von Versicherungsnehmern durch dasselbe Ereignis (etwa die Insolvenz eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens) geschädigt wird, zur Auswahl ei-

nes Rechtsvertreters berechtigt und damit das Recht des einzelnen Versicherungsnehmers auf freie Anwaltswahl beschränkt (sogenannte „Massenschadenklausel“), widerspricht?

2. Im Fall der Verneinung von Frage 1: Unter welchen Voraussetzungen liegt ein „Massenschaden“ vor, der es im Sinn (beziehungsweise in Ergänzung) der genannten Richtlinie gestattet, dem Versicherer anstelle des Versicherungsnehmers das Recht der Auswahl des rechtsfreundlichen Vertreters einzuräumen?

§ 234 EGV; Art 4 RL 87/33 EWG, Art 5 RL 87/34 EWG;

§§ 158k, 158p VersVG; Pkt 6.7.3. ARB 1995 u ARB 20

OGH 23. 4. 2007 Ob 26/08m

2008/268

### Aus der Begründung:

Der in Salzburg wohnhafte Kl ist bei der Bekl, einem österreichischen Versicherungsunternehmen, rechtsschutzversichert. Dem Versicherungsvertrag liegen die „Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutz-Versicherung“ (ARB 1995) zugrunde. Deren Art 6.7.3. lautet:

„Genießen mehrere Versicherungsnehmer zur Wahrnehmung ihrer rechtlichen Interessen Versicherungsschutz aus einem oder mehreren Versicherungsverträgen und sind ihre Interessen aufgrund der gleichen oder einer gleichartigen Ursache gegen den/dieselben Gegner gerichtet, ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung vorerst auf die außergerichtliche Wahrnehmung der rechtlichen Interessen der Versicherungsnehmer und die Führung notwendiger Musterprozesse durch von ihm ausgewählte Rechtsvertreter zu beschränken. Wenn oder sobald die Versicherungsnehmer durch diese Maßnahmen nicht ausreichend gegen einen Verlust ihrer Ansprüche, insb durch drohende Verjährung, geschützt sind, übernimmt der Versicherer darüber hinaus die Kosten für Gemeinschaftsklagen oder sonstige gemeinschaftliche Formen außergerichtlicher und gerichtlicher Interessenswahrnehmungen durch von ihm ausgewählte Rechtsvertreter.“

Der Kl hatte bei zwei Wertpapierdienstleistungsunternehmen (Kurzbezeichnung „A\*\*\*\*“) Geld veranlagt. Infolge Insolvenz beider Unternehmen wurde er – wie viele andere Anleger auch – geschädigt. Er beauftragte die an seinem Wohnort ansässige S\*\*\*\* RA-GmbH mit seiner rechtsfreundlichen Vertretung. Seine Anwälte vertraten und vertreten seine Interessen ua in den über das Vermögen der insolventen A\*\*\*\*-Unternehmen eröffneten Konkursverfahren und in einem gegen die Organe dieser Unternehmen geführten Strafverfahren.

Ein am 9. 5. 2006 schriftlich gestelltes Ersuchen des Kl, für das erfolgte und künftige Einschreiten seiner Anwälte Rechtsschutzdeckung zuzusagen, wurde von der Bekl abgelehnt.

Der Kl begehrte (soweit für das Vorabentscheidungsverfahren wesentlich) die Feststellung der Ersatzpflicht der Bekl für die Kosten des gerichtlichen und außergerichtlichen Einschreitens seiner Anwälte in den bereits anhängigen und weiteren Verfahren gegen diverse Schädiger, darunter auch die Republik Österreich, der er Versäumnisse der FMA vorwirft. Weiters begehrte er die Feststellung, dass die Bestimmung des Art 6.7.3. der ARB 1995 unwirksam und nicht Bestandteil des zwischen den Streitparteien geschlossenen Rechtsschutzversicherungsvertrags sei. Art 6.7.3. der ARB 1995 schränke das im Art 4 der RL 87/344/EWG (RechtsschutzversicherungsRL) postulierte und durch § 158 k VersVG in Ö umgesetzte Recht des Versicherungsnehmers auf freie Anwaltswahl unzulässig ein und sei daher unbeachtlich.

Die Bekl beantragte, die Kl abzuweisen. Der Fall A\*\*\*\* sei ein klassischer Massenschadensfall, wenngleich die Höhe des Schadens der einzelnen Anleger unterschiedlich sei. Massenschäden seien bei Einführung der RL 87/344/EWG vom 22. 6. 1987 und des die RL umsetzenden § 158 k des VersVG größtenteils

unbekannt gewesen, nicht bedacht und nicht mitgeregelt worden. Art 6.7.3. der ARB 1995 verstoße daher nicht gegen die RL und § 158 k VersVG, zumal die beanstandete Klausel wegen der Kosteneinsparung im Interesse der Versicherungsnehmer geboten sei und den Versicherungsnehmern Vorteile bringe.

(...)

Gemeinschaftsrecht:

Art 4 der RL 87/333/EWG des Rates vom 22. 6. 1987 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung, deren Auslegung Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist, lautet:

„(1) In jedem Rechtsschutz-Versicherungsvertrag ist ausdrücklich anzuerkennen, dass

a) wenn ein Rechtsanwalt oder eine sonstige nach dem nationalen Recht entsprechend qualifizierte Person in Anspruch genommen wird, um in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren den Versicherer zu verteidigen, zu vertreten oder seine Interessen wahrzunehmen, dem Versicherten die Wahl des Rechtsanwalts oder der sonstigen Person freisteht;

b) der Versicherte einen Rechtsanwalt oder, wenn er es vorzieht und soweit das nationale Recht dies zulässt, eine andere entsprechend qualifizierte Person frei wählen kann, die seine Interessen vertritt, wenn eine Interessenkollision entsteht.

(2) Unter Rechtsanwalt ist jede Person zu verstehen, die ihre beruflichen Tätigkeiten unter einer der Bezeichnungen gemäß der Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. 3. 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (1) auszuüben berechtigt ist.“

Art 5 der Richtlinie 87/344/EWG stellt eine Ausnahmeregelung zu Art 4 dar und hat folgenden Wortlaut:

„(1) Jeder Mitgliedstaat kann die Rechtsschutzversicherung von der Anwendung des Art 4 Abs 1 ausnehmen, wenn alle nachfolgenden Bedingungen erfüllt sind:

a) Die Versicherung gilt nur für Fälle, die sich aus dem Einsatz von Straßenfahrzeugen im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats ergeben.

b) Die Versicherung ist an einen Vertrag über den Beistand gebunden, der bei einem Unfall mit oder einem Schaden an einem Straßenfahrzeug zu gewähren ist.

c) Weder der Rechtsschutzversicherer noch der Beistandsversicherer decken Haftpflichtversicherungszweige.

d) Es werden Vorkehrungen getroffen, damit die Rechtsberatung und die Vertretung der Parteien in einem Streitfall durch völlig unabhängige Rechtsanwälte sichergestellt wird, wenn diese Parteien bei ein und demselben Versicherer rechtsschutzversichert sind.

(2) Die Freistellung, die ein Mitgliedstaat einem Unternehmen gemäß Absatz 1 gewährt, berührt nicht die Anwendung von Artikel 3 Absatz 2.“

Mit der Problematik der freien Anwaltswahl beschäftigt sich in dieser RL auch noch der Erwägungsgrund 11, der folgenden Wortlaut hat:

„Das Interesse des Rechtsschutzversicherten setzt voraus, dass Letzterer selbst seinen Rechtsanwalt oder eine andere Person wählen kann, die die nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften im Rahmen von Gerichts- und Verwaltungsverfahren anerkannten Qualifikationen besitzt, und zwar immer, wenn es zu einer Interessenkollision kommt.“

(...)

Begründung der Vorlage:

Über die hier maßgebliche Frage der Auslegung des Art 4 der RL 87/344/EWG wurde vom EuGH noch nicht entschieden. Nach Ansicht des OGH ist die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts auch nicht derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bliebe:

Einerseits scheint der Wortlaut des Art 4 der genannten RL und der Umstand, dass in deren Art 5 (nur) eine – im vorliegenden Rechtsfall nicht in Betracht zu ziehende – Ausnahmeregelung angeführt wird, für die Ansicht des Kl zu sprechen.

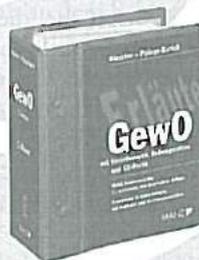
Andererseits lassen sich für ein Auswahlrecht des Rechtsschutzversicherers hinsichtlich der (anwaltlichen) Vertretung des Versicherungsnehmers in sogenannten „Kumulfällen“ (Schadensfälle, die gleichzeitig eine große Anzahl von Rechtsschutzversicherten – etwa als Anleger – betreffen) aus teleologischer Sicht insb folgende Gründe ins Treffen führen: Es liegt auf der Hand, dass die Kosten eines Musterprozesses oder einer Gemeinschaftsklage für mehrere Anspruchsteller wesentlich geringer sind als viele entsprechende Einzelklagen. Da diese bei einer sehr großen Anzahl von geschädigten Versicherungsnehmern exorbitant hohe Kosten verursachen und für den Versicherer daher nicht finanzierbar sein können, werden die Versicherungen zur Deckung von „Kumulfällen“ nur bereit sein, wenn in diesen Fällen am Postulat der freien Anwaltswahl nicht kompromisslos festgehalten, sondern eine entsprechende Kostenbegrenzung durch eine „Massenschadenklausel“ (ähnlich der hier in Rede stehenden) sichergestellt wird. Eine solche Kosteneinsparung wird in „Kumulfällen“ durch Auswahl des Rechtsvertreters durch den Versicherer als Organisator und Koordinator gewährleistet und ist im Interesse der Versicherungsgemeinschaft wohl geboten. Unterstellt man, dass die RechtsschutzversicherungsRL vom Modell der konventionellen Geltendmachung von Ansprüchen durch den einzelnen Versicherungsnehmer ausgeht, so steht sie der Auswahl des Rechtsvertreters für die Vertretung vor Gerichten und Verwaltungsbehörden durch den Versicherer in „Kumulsituationen“ nicht entgegen. Insofern kann die Regelung einer „Massenschadenklausel“ wie Art 6.7.3. der ARB 1995 als Ergänzung des in der Richtlinie formulierten Grundsatzes der freien Anwaltswahl angesehen werden. Auch wenn man idS anerkennt, dass die organisierte gemeinschaftliche Wahrnehmung rechtlicher Interessen zugunsten einer Gruppe von Versicherten nicht Gegenstand der Überlegungen und Regelungen der RechtsschutzversicherungsRL war und eine „Kumulfälle“ berücksichtigende Klausel daher nicht im Widerspruch zur RL steht, sondern diese ergänzt, erscheint allerdings eine Klarstellung der Grenze zwischen einem „konventionellen Fall“ und einer „Kumulschadenssituation“ er-

forderlich. Es stellt sich demnach die Frage, auf welche Weise und nach welchen Kriterien eine „Massenschadenklausel“, die dem Versicherer anstelle des Versicherungsnehmers das Recht der Auswahl des Vertreters einräumt, ihren Anwendungsbereich zu bestimmen bzw einzugrenzen hat. In Betracht käme etwa die Festlegung einer Mindestanzahl der betroffenen Versicherungsnehmer oder Ähnliches. Aus diesem Blickwinkel scheint eine Klausel, die wie Art 6.7.3. der ARB 1995 bereits die Involvierung „mehrerer Versicherungsnehmer“ genügen lässt, um dem Versicherer das Auswahlrecht zuzuerkennen, idS Intentionen und Anforderungen der RechtsschutzversicherungsRL problematisch. Auch in diesem Punkt erscheint eine Klärung durch den EuGH im Fall der Verneinung der Frage 1 notwendig.

### Anmerkung:

*Nachwehen zum AMIS-Skandal. Folgende Verfahren wurden ebenfalls unterbrochen: 7 Ob 91/08 w; 7 Ob30/08 z; 7 Ob 70/08 g.*

## Kinscher/Paliego-Barfuß Die Gewerbeordnung



Loseblattwerk in 3 Mappen  
mit 6. Erg.-Lfg. 2008.  
EUR 448,-  
ISBN 978-3-214-02403-1

Preis mit Abnahmeverpflichtung  
für mindestens 2 Erg.-Lfg.  
EUR 298,-

### Inhalt der 6. Ergänzungslieferung:

- ▶ **Große GewO-Novelle 2008 (BGBl I 2008/42):**
  - Maßnahmen gegen das "Koma-Trinken" Jugendlicher
  - Vereinfachung des Anzeigeverfahrens (ohne Bescheid)
  - neues Gütesiegel "Meisterbetrieb"
  - verpflichtende Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Immobilienreuhänder
  - EU-weite Anerkennung von Berufsqualifikationen (RL-Umsetzung)
  - Maßnahmen gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (RL-Umsetzung)
- ▶ **GewO-Novelle BGBl I 2008/57:**
  - Gewerbe der Personenbetreuung (§ 159 GewO): Befugnis zu einzelnen pflegerischen und ärztlichen Tätigkeiten

MANZ