

Der EuGH verwirft zunächst den ungarischen Einwand, dass durch das kurze vorgerichtliche Verfahren (Aufforderungsschreiben am 14. 7. 2017, mit Gründen versehene Stellungnahme am 5. 10. 2017, jeweils mit nur einem Monat Frist, Klage bereits am 7. 12. 2017) die Verteidigungsrechte verletzt worden wären.

In der Sache hält der EuGH fest, dass die im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen eine Reihe von Verpflichtungen vorsehen, die in Anbetracht ihres Inhalts und ihres Zusammenwirkens die Kapitalverkehrsfreiheit beeinträchtigen können. Durch die Stigmatisierung der aus dem Ausland unterstützten Vereinigungen und Stiftungen können die Maßnahmen ein Klima des Misstrauens ihnen gegenüber schaffen, das geeignet ist, natürliche oder juristische Personen aus anderen MS oder Drittstaaten davon abzuhalten, ihnen finanzielle Unterstützung zukommen zu lassen. Die je nach der innerstaatlichen oder „ausländischen“ Herkunft der finanziellen Unterstützungen und somit je nach dem Wohnsitz oder Sitz der sie gewährenden natürlichen oder juristischen Personen unterschiedliche Behandlung stellt eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar.

Zwar kann das Ziel, die Transparenz der finanziellen Unterstützungen für bestimmte Organisationen der Zivilgesellschaft zu erhöhen, auch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen. Ungarn hat jedoch nicht erläutert, wodurch es gerechtfertigt sein soll, dass die Pflichten pauschal für jede finanzielle

Unterstützung (über dem Schwellenwert) aus irgendeinem anderen MS oder Drittstaat gelten, und weshalb die Pflichten pauschal für alle in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallenden Organisationen gelten und nicht nur für Organisationen, die in Anbetracht der von ihnen verfolgten Ziele und der Mittel, über die sie verfügen, tatsächlich erheblichen Einfluss auf das öffentliche Leben und die öffentliche Debatte haben können.

Schließlich prüft der EuGH auch, ob die Bestimmungen des Transparenzgesetzes mit der GRC im Einklang stehen, der eine nationale Maßnahme entsprechen muss, wenn sie eine Beschränkung (hier: der Kapitalverkehrsfreiheit) mit einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses rechtfertigen will. Die im Transparenzgesetz vorgesehenen Maßnahmen schränken einerseits die Vereinigungsfreiheit nach Art 12 GRC ein, da sie die Tätigkeit und die Arbeitsweise der Vereinigungen in verschiedener Hinsicht erheblich erschweren. Andererseits wird auch das in Art 7 GRC verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens durch die Melde- und Offenlegungspflichten eingeschränkt, und schließlich hat Ungarn nicht dargelegt, dass die Weitergabe personenbezogener Daten im Rahmen einer Verarbeitung erfolgt, die den Erfordernissen des Art 8 GRC entspricht. Die Einschränkungen dieser Grundrechte können auch mit keiner dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzung gerechtfertigt werden.

Hans Peter Lehofer

[BERICHT]

# Forum für Zivilrecht in Traunkirchen: OGH Cercle 2019

ÖJZ 2020/89

## A. Einleitung

Vom 16. bis 18. 9. 2019 fand das alljährliche Forum für Zivilrecht in Traunkirchen statt. Abschluss und Höhepunkt war der von der Präsidentin des OGH *Elisabeth Lovrek* gemeinsam mit den Veranstaltern *Ernst Karner*, *Stefan Perner* und *Martin Spitzer* begründete OGH Cercle, bei dem Richterinnen und Richter des Höchstgerichts die wichtigsten Entscheidungen des vorherigen Jahres vorstellten. Diese Vernetzung und Zusammenarbeit von Wissenschaft und Praxis steht ganz iS der Gründer des Forums, das dieses Jahr sein 50-jähriges Jubiläum feierte.

## B. Entscheidungen

### 1. Geschlechterdiskriminierende Klauseln im Gesellschaftsvertrag (6 Ob 55/18h)<sup>1)</sup>

#### a) Referat: HR Dr. Edwin Gitschthaler

Der Referent präsentierte eine viel beachtete Entscheidung aus dem eigenen Senat über die Zulässigkeit diskriminierender Klauseln eines im Jahr 1963 aufgesetzten KG-Gesellschaftsvertrags. In diesen Klauseln wurde die Übertragung von Gesellschaftsbeteiligungen auf weibliche Nachkommen, anders als bei männlichen, von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter abhängig gemacht, was der OGH für sittenwidrig erachtete.

Der verstorbene Kl, Komplementär der Gesellschaft, und in der Folge dessen Verlassenschaft begehrten die Feststellung der Nichtigkeit und in eventu die Aufhebung der betreffenden Klauseln. Die Vorinstanzen gaben dem Feststellungsbegehren statt. Der OGH gab der dagegen erhobenen Revision nicht Folge. Die Sittenwidrigkeit der Klauseln ergebe sich insb aus dem Widerspruch zu den gesetzlichen Wertungen in Art 14 EMRK, Art 7 B-VG, dem GIBG und der Gleichbehandlungsrichtlinie für Selbständige.<sup>2)</sup> Maßgeblich war laut Referent jedoch § 4 Z 3 GIBG, der eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens bzw bei der Aufnahme oder Ausweitung jeglicher anderer Art von selbständiger Tätigkeit verbietet. Diese Wertung sei auch auf Komplementäre anzuwenden, denn diese Gesellschaftsbeteiligung sei auf die Führung des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens unter eigener persönlich unbeschränkter Haftung ausgerichtet und daher wertungsmäßig eine selbständige Tätigkeit iS der RL und des GIBG.<sup>3)</sup> Der Referent betonte, dass die Entscheidung einerseits nur

1) Fundstellen: GesRZ 2019, 181 (*Artl*); ecoloex 2019, 602 (*Zimmermann*); ÖJZ 2019, 921 (*Permer*); NZ 2019, 373 (*Czernich*).

2) RL 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 7. 7. 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben.

3) Im Anschluss an *Kalss/Dauner-Lieb*, Töchter unerwünscht? Weder die einzelne Gesellschaft noch die Wirtschaft können sich das leisten, GesRZ 2016, 249 (255).

Komplementäre und andererseits keine Diskriminierung aufgrund anderer Merkmale als dem Geschlecht behandle. Dem Einwand der Bekl, dass die im Jahr 1962 konzipierten Klauseln des Gesellschaftsvertrags va aus dem damaligen Blickwinkel zu würdigen seien und daher ursprünglich nicht unsachlich, bedenklich oder sittenwidrig waren, folgte das Höchstgericht nicht. Bei der Prüfung der Nichtigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB sei zwar grds auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen,<sup>4)</sup> jedoch unterlägen die Maßstäbe der Sittenwidrigkeitsbeurteilung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts einem Wandel in der Zeit.<sup>5)</sup> Es sei außerdem zwischen der zulässigen Vereinbarung der Klausel zu einem früheren Zeitpunkt und dem sittenwidrigen Beharren auf dieser Klausel zum heutigen Zeitpunkt zu unterscheiden.<sup>6)</sup>

Die Diskussion im Senat sei, so abschließend der Referent, sehr breit geführt worden. Zur Sittenwidrigkeit im Erbrecht habe der OGH mit dieser Entscheidung aber jedenfalls keine Aussagen treffen wollen.<sup>7)</sup>

## b) Diskussionsbericht<sup>8)</sup>

Walch stellte zu Beginn die Frage nach der Übertragbarkeit der in der Entscheidung zum Ausdruck kommenden Wertungen auf andere Gesellschaftsformen oder das Vereinsrecht. Weiters wies er auf den Einfluss auf das Recht der Vermögensnachfolge hin, etwa iZm einer Einsetzung des ersten männlichen Nachkommens als Begünstigter einer Privatstiftung.

Harrer, der selbst am Verfahren beteiligt war, führte ins Treffen, dass die betreffende Klausel auf Wunsch des verstorbenen Kl in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wurde. Dem vom OGH herangezogenen Gleichbehandlungsgrundsatz stellte er die ebenso grundrechtlich geschützte Privatautonomie als gleichwertig gegenüber. Darüber hinaus überzeuge die Anwendung von gleichbehandlungsrechtlichen Kriterien, die aus dem Arbeitsrecht stammten, auf Komplementäre nicht, zumal die Rechtsfolge im GIBG Schadenersatz, nicht aber Nichtigkeit sei. Außerdem sei ein privatautonomer Akt aus dem Jahr 1968 nicht nach heutigen Wertmaßstäben zu beurteilen.

Perner äußerte Kritik an der grundrechtlichen Begründung der Entscheidung. Es gehe um die Ausübung der Privatautonomie, die auch unsachliche Entscheidungen erlaube, und nicht etwa um gesetzliches Unrecht wie in der vom Referenten genannten Entscheidung zur Ordre-public-Widrigkeit iranischen Erbrechts. Er erkundigte sich beim Referenten, weshalb für die Beurteilung der konkreten Klausel nicht § 4 Z 3 GIBG als ausreichender Prüfungsmaßstab erachtet worden sei, und wies auf die zahlreichen Folgefragen hin, die nun aufgeworfen würden.

Gitschthaler stimmte Perner zu, dass § 4 GIBG iE ausreiche; man habe sich aber im Senat um eine fundierte Entscheidungsbeurteilung bemüht und deshalb die relevanten Wertungen zur Aburteilung aufgenommen. Im Hinblick auf Harrer wies er auf den auch Komplementäre umfassenden Anwendungsbereich der Gleichbehandlungsrichtlinie für Selbständige hin und erwiderte, dass zwar die herangezogenen Normen nicht unmittelbar anzuwenden, wohl aber deren Wertungen für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit heranzuziehen seien.

P. Bydlinski berichtete, dass dieselbe Entscheidung bei einem Symposium ebenso kontrovers und va in erbrechtlichem Zusammenhang diskutiert worden sei. Seiner Einschätzung nach sei die nun für das Erbrecht ausgelöste Diskussion auch wegen des Zusammenspiels mit dem Pflichtteilsrecht noch nicht zu einem Ende gekommen.

Brenn wies darauf hin, dass sich die Äußerung zur fehlenden „unmittelbaren Anwendbarkeit“ der Gleichbehandlungsrichtlinie

für Selbständige nur auf den Anwendungsbereich der Richtlinie und nicht auf die Frage der „unmittelbaren Wirkung“ beziehen könne; außerdem verwies er auf die Richtlinie zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen,<sup>9)</sup> wie zB Versicherungsleistungen.

Spitzer sah das Verhältnis von Privatautonomie und Gleichheitssatz als noch nicht ausreichend ausgelotet. Er warnte davor, bei der Kontrolle von Verträgen die Verfassung zu sehr ins Spiel zu bringen, da dies zu einem steigenden Rechtfertigungsdruck privatautonomer Entscheidungen führe. Außerdem pflichtete er Perner in dessen Einschätzung hinsichtlich des GIBG als ausreichendes Mittel zur Kontrolle derartiger Vereinbarungen bei.

Vonkilch warf ein, bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Altvereinbarungen sei zwischen Dauer- und Zielschuldverhältnissen zu differenzieren. Gitschthaler bestätigte, dass im konkreten Fall das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses ausschlaggebend gewesen sei.

## 2. Waldrandhaftung (9 Ob 7/18 x)<sup>10)</sup>

### a) Referat: HR Mag. Herbert Painsi

Der Referent hob einleitend die erhebliche praktische Relevanz der vorgestellten Entscheidung hervor.

Fraglich war im konkreten Fall die Haftung des bekl Waldeigentümers für Schäden durch das Umstürzen einer am Waldrand gelegenen Eiche an Zaun und Gartenhäuschen des kl Nachbarn. Festgestellt wurde, dass das Umstürzen des Baumes auf bereits fortgeschrittene Wurzelfäule zurückzuführen war.

Beide Unterinstanzen gingen zwar von der Anwendbarkeit des Haftungsprivilegs nach § 176 Abs 2 ForstG aus, nach dem der Waldeigentümer nicht verpflichtet ist, Kontrollen des Baumbestands abseits von Wegen durchzuführen, und verneinten damit eine Haftung des Bekl nach allgemeinem Schadenersatzrecht. Liege aber ein besonderer Rechtsgrund vor, sei dieser nicht vom Haftungsprivileg umfasst. Diesen besonderen Rechtsgrund sah das ErstG in § 364 a ABGB analog, das BerG in § 364 Abs 2 ABGB.

Gegen die Tauglichkeit dieser Haftungsgrundlagen wandte sich der Bekl in seiner Rev, die der OGH als zulässig und berechtigt anerkannte. Das Höchstgericht prüfte die Frage, ob das Haftungsprivileg nach § 176 Abs 2 ForstG auch dann bestehe, wenn nicht im Wald selbst, sondern außerhalb des Waldes, am Waldrand, ein Schaden an der Nachbarliegenschaft entstehe. Dafür sprächen nach dem 9. Senat unter anderem systematische Argumente: Abs 3 und 4 des § 176 ForstG betreffen nämlich auch Nachbarliegenschaften. Außerdem wies das Höchstgericht darauf hin, dass die Auferlegung weitreichender Gefahrenabwendungspflichten

4) OGH 3 Ob 503/93 SZ 67/123; zu Dauerschuldverhältnissen 18. 2. 1987, 1 Ob 511/87; 3 Ob 143/18b ZFR 2019, 79 (*Brandstätter*).

5) Vgl etwa OGH 3 Ob 45/12g JBl 2012, 450, zur Frage der Sittenwidrigkeit eines Prostitutionsvertrags.

6) OGH 1 Ob 510/84 JBl 1985, 103; zum Gesellschaftsrecht 1 Ob 709/78 JBl 1979, 369; zum Rechtsmissbrauch bspw 4 Ob 501/93 EvBl 1993/101; 4 Ob 519/95 SZ 68/47; zur Umstandsklausel im Unterhaltsrecht 3 Ob 136/16w EF-Z 2017/116 (*Gitschthaler*).

7) *Gitschthaler* verwies allerdings in seinem Referat auf die in derselben Woche ergangene Entscheidung OGH 2 Ob 170/18s EvBl 2019/72 (*Legath*) zur Ordre-public-Widrigkeit des iranischen Erbrechts wegen der Ungleichbehandlung von Mann und Frau.

8) An der Diskussion beteiligt waren (neben dem Referenten, chronologisch) MMag. Dr. *Mathias Walch*; RA Univ.-Prof. Dr. *Friedrich Harrer*; Univ.-Prof. Dr. *Stefan Perner*; Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinski*; HR Hon.-Prof. Dr. *Christoph Brenn*; Univ.-Prof. Dr. *Martin Spitzer*; Univ.-Prof. Dr. *Andreas Vonkilch*.

9) RL 2004/113/EG des Rates v 13. 12. 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

10) Fundstellen: immoex 2019, 65 (*Klein*); RdU 2019, 83 (*E. Wagner*); ZVR 2019, 376 (*Kathrein*).

angesichts des österr Waldbestands von 4 Mio Hektar forstwirtschaftlich unzumutbar wäre. Damit scheidet eine allgemeine Deliktshaftung des Bekl, auch nach § 1319 ABGB analog, aus.

Nicht ausdrücklich Stellung nahm der OGH zu dem Vorschlag von *Jandl/E. Wagner*,<sup>11)</sup> die Wegehalterhaftung des § 176 Abs 4 ForstG analog auf wegeähnliche Nachbarflächen anzuwenden. Ein wertungsgleicher Sachverhalt sei hier aber mangels entsprechender Verkehrsfrequenzierung nicht gegeben.

Der OGH verneinte auch beide von den Unterinstanzen herangezogenen nachbarrechtlichen Anspruchsgrundlagen: Der Schadenersatzanspruch nach § 364 ABGB stehe aufgrund allgemeiner Haftungsgrundlagen zu, die hier gerade ausgeschlossen seien, und es liege auch keine unmittelbare Zuleitung vor, wie vom BerG angenommen. Für eine nachbarrechtliche Gefährdungshaftung gem § 364 a ABGB analog fehlten hier hinreichende Anhaltspunkte, insb liege auch keine vergleichbare Situation zu den vom ErstG angeführten Entscheidungen, in denen eine nachbarrechtliche Gefährdungshaftung angenommen wurde,<sup>12)</sup> vor.

Weiters prüfte der 9. Senat eine Haftung des Bekl aufgrund des Ingerenzprinzips und kam zum Ergebnis, dass das bloße Bestehenlassen einer Gefahrenquelle nur dann haftungsbegründend sei, wenn es sich nicht um eine natürliche Gefahr des Waldes handle, und daher im konkreten Fall keine Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht vorgelegen habe. Er schloss aber nicht aus, dass möglicherweise in anderen Sonderkonstellationen eine Haftung gegenüber Nachbargrundstücken eintreten könne.<sup>13)</sup>

#### b) Diskussionsbericht<sup>14)</sup>

*Fischer-Czermak* merkte an, der Grund für die Haftungsprivilegierung in § 176 Abs 2 ForstG sei die allgemeine Wegfreiheit im Wald; ob dies jedoch auch für den Waldrand gelte, sei ihrer Meinung nach fraglich. Darüber hinaus kritisierte sie die Verschiedenbehandlung von Wäldern iSd § 1 ForstG und Wäldern, die etwa wegen mangelnder Größe nicht unter diese Kategorie fielen.

*Painsi* antwortete, eine historische Betrachtung zeige, dass ursprünglich das Haftungsprivileg nur gegenüber Waldbenutzern gelten sollte, dies sei jedoch im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen worden. Die Anwendung der Haftungsbeschränkung auf den Waldrand sei auch deshalb zu begrüßen, weil sonst eine unzumutbare Haftungsgefahr für den Waldeigentümer drohe. Den Eigentümern der betroffenen anliegenden Grundstücke blieben nachbarrechtliche Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche sowie bei rechtswidriger und schuldhafter Verweigerung der Unterlassung bzw Beseitigung Schadenersatzansprüche.

*Ch. Huber* zog einen Vergleich zur wegehalterähnlichen Haftung nach § 176 Abs 4 ForstG und stellte die Frage in den Raum, ob nicht der Bewohner eines Hauses am Waldrand aufgrund der dauernden Nutzung sogar schützenswerter als der Wegbenutzer sei und deshalb iS eines Größenschlusses eine Haftung auch gegenüber Ersterem geboten sei.

*E. Wagner* betonte die besondere Relevanz der Entscheidung, da nunmehr viele strittige Fragen rund um die Waldrandhaftung klargestellt seien: Insb das Verhältnis zu anderen Rechtsgrundlagen der Baumhaftung (§ 1319 analog, § 364 ABGB) sei aufgrund der Wendung „vorbehaltlich eines besonderen Rechtsgrunds“ in § 176 Abs 2 ForstG strittig gewesen. *E. Wagner* legte dar, dass es im Rahmen des forstrechtlichen Haftungsprivilegs und dessen konsequenter Umsetzung am Waldrand gerade nicht angebracht sei, – wie zuvor von *Ch. Huber* vorgeschlagen – mit einem Größenschluss zu argumentieren, da man damit die Wertung des historischen Gesetzgebers verkehre. Schließlich betonte *E. Wagner*, dass die Entscheidung auch aus ökologischer Sicht, insb in Hin-

blick auf das Anliegen des Klimaschutzes zu begrüßen sei, da durch die erfolgten Klarstellungen vielen Bäumen das Umschneiden bzw Abschneiden der Äste, das die Baumeigentümer aufgrund der „Angst vor Haftung“ vornehmen, hoffentlich erspart bleibe.

*Karner* stimmte der Entscheidung grds zu, führte aber ins Treffen, dass sich Härten für Nachbarn dadurch ergeben könnten, dass der Wald behandelt werde wie eine sonstige Naturgefahr. Für Naturgefahren müsse im Allgemeinen nicht eingestanden werden, es sei denn, es liege eine risikohöhere Tätigkeit vor.<sup>15)</sup> Fehle eine risikohöhere Tätigkeit, wie im entschiedenen Fall, müssten mangels Tatbestandsmäßigkeit Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche scheitern. Um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen, sollte dem Nachbarn jedoch die Möglichkeit eines Beseitigungsanspruchs eingeräumt werden, der auf Duldung der Beseitigung gerichtet sei.<sup>16)</sup>

Auch *Stabentheiner* lobte die Entscheidung als wichtigen Meilenstein dafür, bedenklichen Entwicklungen im Haftungsrecht entgegenzutreten, die dadurch entstanden, dass bestimmte Interessengruppen beim Gesetzgeber sektorielle Haftungsfreistellungen erwirken würden. Waldeigentümern könnte durch diese Entscheidung einiges an Haftungängsten genommen werden. Er berichtete, dass das Justizministerium iZm der Haftung für Bäume und Wälder mit entsprechenden Initiativen zusammenarbeite, um im Rahmen eines Symposiums gemeinsame Leitlinien zu erstellen.

### 3. Keine fiktiven Reparaturkosten (1 Ob 105/19a)<sup>17)</sup>

#### a) Referat: HR Dr. Barbara Hofer-Zeni-Rennhofer

Im Vorprozess wurde dem nunmehrigen Bekl ein Ersatz der Kosten zur Reparatur einer durch die nunmehrige Kl durchgeführten mangelhaften Beschichtung in landwirtschaftlichen Betriebsräumen nach § 933 a ABGB zuerkannt. Der Bekl behob die Mängel jedoch in der Folge nicht, weswegen die Kl die Rückzahlung des vorschussweise geleisteten Betrags forderte.

Das ErstG wies das Klagebegehren ab. Zwar stehe für erst beabsichtigte Reparaturen bloß ein zweckgebundener, verrechnungspflichtiger Vorschuss zu, der bei nicht durchgeführter Reparatur vom Schädiger nach § 1435 ABGB zurückgefordert werden könne, die Vorentscheidung sei jedoch nicht als bloß vorschussweise Gewährung der Kosten zu verstehen. Die Ansicht wurde vom BerG bestätigt.

Der OGH erkannte die Rev der Kl dagegen als zulässig und berechtigt an. Nach mittlerweile gefestigter Rsp seien sowohl bei deliktischen als auch bei vertraglichen Schadenersatzansprüchen Reparaturkosten nur bis zur Höhe der objektiven Wertminderung zu ersetzen, weil eine diese übersteigende Leistung zu einer dem Schadenersatzrechtlichen Ausgleichsgedanken widersprechenden Bereicherung des Geschädigten führen würde.<sup>18)</sup> Der Geschädigte erhalte darüber hinausgehende Behebungskosten nur dann, wenn er seine Reparaturabsicht nachweise; diese könnten als Vorschuss zugesprochen werden, damit er nicht selbst mit eigenem Kapital in

11) *Jandl/E. Wagner*, Umweltrelevante Haftungsfragen (2016) 77 f.

12) ZB OGH 5 Ob 3/99 y JBI 1999, 520; 10 Ob 33/00 a RdU 2000/41.

13) So auch von *Jandl/E. Wagner*, Umweltrelevante Haftungsfragen 74 ff, vertreten.

14) An der Diskussion beteiligt waren Univ.-Prof. Dr. *Constanze Fischer-Czermak*; Univ.-Prof. Dr. *Christian Huber*; Univ.-Prof. Dr. *Erika Wagner*; Univ.-Prof. Dr. *Ernst Karner*; LStA Hon.-Prof. Dr. *Johannes Stabentheiner*.

15) Siehe dazu weiterführend *Karner*, Abwehransprüche bei naturgegebenen Immissionen? in *Perner/Riss* (Hrsg), Festschrift für Gert Iro zum 65. Geburtstag (2013) 17 ff.

16) Siehe *Karner* in FS Iro 30 f. Eine derartige Lösung vertreten auch der dBGH IV ZR 193/83 NJW 1985, 1773; sowie *F. Baur*, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160 (1961) 465 (477, 480); *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2<sup>13</sup> 679 f.

17) Fundstellen: Zak 2019, 317; EvBl-LS 2019/168.

18) OGH 4 Ob 42/15 b JBI 2015, 594 mwN; RIS-Justiz RS0022844.

Vorlage treten müsse.<sup>19)</sup> Angesichts der bereits zur Zeit des Vorprozesses (2011) stRsp, dass ein Ersatz bloß fiktiver Reparaturkosten nicht zustehe, und angesichts des allgemeinen Grundsatzes, dass Rechtsakte rechtskonform auszulegen seien, müsse die Vorentscheidung im Zweifel so ausgelegt werden, dass ihr nicht ohne Not eine Deutung gegeben werde, die sie als gesetzwidrig erscheinen lasse. Daher sei anzunehmen, dass im Vorprozess Reparaturabsicht zugrunde gelegt und ein Vorschuss zugesprochen wurde. Die Kl konnte daher ihre Leistung abzüglich der objektiven Wertminderung nach § 1435 ABGB kondizieren. Das Ausmaß der objektiven Wertminderung hat in der Folge die Tatsacheninstanz zu klären.

#### b) Diskussionsbericht<sup>20)</sup>

*Ch. Huber* pflichtete der Entscheidung uneingeschränkt bei. Sie entspreche einem allgemeinen Trend, der etwa auch in einer rezenten BGH-Entscheidung zum Werkvertragsrecht<sup>21)</sup> zum Ausdruck komme. Darüber hinaus sei ganz allgemein wünschenswert, einheitliche Prinzipien hinsichtlich fiktiver Kosten zu etablieren und etwa bei Personen- und Sachschäden Gleichklang herzustellen.

*Salficky* hob hervor, Ähnliches müsse auch für Kfz-Haftpflichtversicherungen gelten, die einen Vorschuss leisteten. Außerdem differenzierte er bereicherungsrechtlich danach, ob der Geschädigte ursprünglich Reparaturabsicht hatte – dann stünde eine Kondiktion nach § 1435 ABGB zu – oder nicht; in diesem Fall sei § 1431 ABGB anzuwenden.

*Karner* stimmte der Entscheidung ebenso zu und wies darauf hin, dass sie auch völlig in Einklang mit den von der Lehre herausgearbeiteten schadenersatzrechtlichen Grundsätzen stehe.<sup>22)</sup>

*Lovrek* stellte die Frage in den Raum, wie lange die angemessene Frist sei, während derer sich der Geschädigte mit der Reparatur Zeit lassen könnte. *Vonkilch* schlug vor, dies bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz des Rückforderungsprozesses zuzulassen. *Karner* meinte, dies sei wohl ähnlich zu lösen wie bei Verzugsfällen: Der Schädiger könne bei Nichtdurchführung der Reparatur eine angemessene Frist setzen, bis zu der repariert werden müsse. *Hofer-Zeni-Rennhofer* pflichtete *Karner* bei und ergänzte, die angemessene Frist könne durch den Einwand bestimmter Umstände, wie etwa Krankheit, verlängert werden.

*P. Bydlinski* stimmte der Entscheidung zu und nahm eine terminologische Präzisierung vor: Der Begriff „objektive Wertminderung“ impliziere einen Schadenseintritt; auch durch eine unsachgemäße Reparatur könne jedoch ein Vorteil entstehen. *Hofer-Zeni-Rennhofer* entgegnete, dass im konkreten Fall eine Funktionsbeeinträchtigung und damit jedenfalls ein Schaden vorgelegen habe. *M. Bydlinski*, der ebenfalls dem entscheidenden Senat angehört, ergänzte, der Begriff „objektive Wertminderung“ sei objektiv und abstrakt zu verstehen und könne neben einer konkreten Eigentumsbeeinträchtigung durch die unsachgemäße Reparatur auch einen Minderwert der erbrachten Leistung gegenüber der geschuldeten erfassen.

*Leitner* kam noch einmal auf die Frage nach der angemessenen Frist zurück und stimmte *Vonkilchs* Vorschlag zu. *Ch. Huber* erwähnte in dem Zusammenhang eine Entscheidung des OGH, bei der die am Körper Geschädigte mehrere Jahre bis zur notwendigen Zahnregulierung warten musste und dafür keinen Vorschuss erhielt.<sup>23)</sup> Wichtig sei daher ganz allgemein die entsprechende Formulierung der Behebungsabsicht im Vorschussbegehren.

*Vonkilch* schloss sich *Ch. Hubers* Wunsch nach einer Harmonisierung der Vorschussjudikatur an und hielt in diesem Zusammenhang für problematisch, dass die Judikatur im Bereich der Er-

haltungsansprüche des Bestandnehmers noch zögerlich sei und keinen Vorschuss gewähre.<sup>24)</sup> *Lovrek* stimmte zu, dass hier ein Gleichklang geboten sei, was auch schon in der Lehre diskutiert wurde.<sup>25)</sup>

#### 4. Demonstrationsschadenersatz (4 Ob 201/18 i)<sup>26)</sup>

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

Der Kl, ein privater Verein, erwirkte eine rechtskräftige Baubewilligung zur Errichtung eines buddhistischen Sakralbaus (Stupa). Der Bekl war Gründer, Sprecher und Organisator einer Bürgerinitiative, die gegen die Baubewilligung demonstrierte. Dabei wurden auch Baufahrzeuge des vom Kl beauftragten Bauunternehmens durch Demonstranten an der Zufahrt gehindert, weswegen eine Bauverzögerung und damit ein Vermögensschaden des Kl entstand.

Das ErstG gab dem kl Begehren auf Unterlassung und Ersatz der frustrierten Kosten des Bauunternehmens statt, weil der Bekl sein – grundrechtlich gewährleistetes – Versammlungsrecht missbraucht habe, um den Kl rechtswidrig zu schädigen. Die wiederholten Blockaden der Zufahrtsstraße hätten auf eine dauerhafte Behinderung abgezielt, die dazu geeignet sei, Vermögensschäden herbeizuführen.

Das BerG wies die Klage zur Gänze ab, weil mangels sittenwidriger Schädigung iSd § 1295 Abs 2 ABGB der bloße Vermögensschaden des Kl nicht zu ersetzen sei.

Der OGH ging ebenfalls von einem bloßen Vermögensschaden aus und betonte in seiner Entscheidungsbegründung, dass Absicht (iS von bedingter Vorsatz) und Sittenwidrigkeit nach § 1295 Abs 2 ABGB gesonderte Tatbestandsmerkmale seien, weshalb sich der Vorsatz sowohl auf den herbeigeführten Schaden als auch auf die dem Sittenwidrigkeitssurteil zugrundeliegenden Tatsachen erstrecken müsse, die dem Schädiger bekannt sein mussten. Für das Sittenwidrigkeitselement sei nicht erforderlich, dass die Schädigungsabsicht der einzige Grund der Rechtsausübung sei, dafür reiche es aus, dass zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis bestehe.<sup>27)</sup> Im Fall vorsätzlicher Schadenszufügung könne daher der bewusste Missbrauch des Versammlungsrechts eine sittenwidrige Schädigung begründen. Dies sei vor allem dann der Fall, wenn nicht mehr von einer friedlichen Versammlung auszugehen oder die Schädigung durch Behinderung keine zwangsläufige Begleiterscheinung der Versammlung an dem konkreten „genehmigten“ Versammlungsort gewesen sei. Bei zwangsläufigen Begleiterscheinungen sei ein Missbrauchsexzess zu verlangen. In der ebenfalls Demonstrationsschäden betreffenden Entscheidung 3 Ob 501/94<sup>28)</sup> sprach das Höchstgericht aus, dass das verfassungsrechtlich geschützte Versammlungsrecht dort seine Schranken finde, wo durch die Versammlung in die Privatrechtssphäre Dritter eingegriffen werde. Diese Aussage sei nicht zu teilen, weil sich in

19) OGH 28. 9. 2009, 2 Ob 117/09h mwN.

20) An der Diskussion beteiligt waren Univ.-Prof. Dr. *Christian Huber*; RA Dr. *Herbert Salficky*; Univ.-Prof. Dr. *Ernst Karner*; Präs. d. OGH Hon.-Prof. *Elisabeth Lovrek*; Univ.-Prof. Dr. *Andreas Vonkilch*; Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinski*; SenPräs Univ.-Prof. Dr. *Michael Bydlinski*; RA Univ.-Prof. Dr. *Max Leitner*.

21) BGH VII ZR 46/17 NJW 2018, 1463. Der BGH folgte hier dem Ansatz von *Halfmeier*, Grundstrukturen des bauvertraglichen Schadensersatzes, BauR 2013, 320.

22) ZB *Apathy*, Fragen des Ersatzes von Reparaturkosten, ZVR 1981, 257 (261 f); *Hinteregger*, Die Berechnung des Kfz-Schadens aus juristischer Perspektive, ZVR 2014, 480 (483 f).

23) OGH 1 Ob 48/11 g ZVR 2011/241 (*Ch. Huber*).

24) ZB OGH 27. 4. 1997, 5 Ob 523/93; 6 Ob 253/12t wobl 2013/77.

25) *Fidler*, Aufwendungen des Mieters zur Mangelbeseitigung, wobl 2013, 307.

26) Fundstellen: EvBl 2019/155 (*Brenn*); Zak 2019, 257; ecolex 2019/406.

27) OGH 4 Ob 501/93 EvBl 1993/101; 7 Ob 2314/96m SZ 69/289.

28) OGH 3 Ob 501/94 EvBl 1995/1.

dieser Hinsicht die Frage der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Versammlungsfreiheit stelle und dazu eine Interessenabwägung vorzunehmen sei. In der Entscheidung *Kudrevicius ua/Litauen*<sup>29)</sup> verneinte die große Kammer des EGMR eine Verletzung von Art 11 EMRK bei Strafurteilen gegen Demonstranten, die mehrere Autobahnen blockiert hatten. Eine vorsätzliche Störung rechtmäßiger Tätigkeiten anderer in einem wesentlich größeren Ausmaß, als es normalerweise mit Demonstrationen im öffentlichen Raum verbunden ist, sei laut dem EGMR eine „verwerfliche Handlung“, die Sanktionen einschließlich Strafen rechtfertigen könne.

Der OGH nahm auch ausdrücklich Bezug auf *Harrer/E. Wagner*,<sup>30)</sup> nach denen bei angezeigten Versammlungen – wie hier – nur bei zu Recht ausgesprochener Untersagung ein Schadenersatzanspruch Dritter für Nutzungsbeschränkungen in Betracht komme, und stimmte dieser Aussage grds zu. Er betonte aber, dass es hier nicht um den Schaden aus einer Nutzungsbeschränkung (zB Mietentgang) gehe. Hinsichtlich der Kausalität sei maßgebend, dass der Bekl nicht bloß die Demonstration angemeldet, sondern als Mittäter oder Beitragstäter, etwa durch bewusste Beteiligung an den missbräuchlichen Blockaden, gehandelt habe, was ebenfalls vom ErstG in neuerlicher Entscheidung nach Verfahrensergänzung geklärt werden müsse.

## b) Diskussionsbericht<sup>31)</sup>

*Spitzer* eröffnete die Diskussion mit dem Hinweis, dass die Annahme von Rechtsmissbrauch bei genehmigten Versammlungen nicht vorschnell erfolgen dürfe. Versammlungen iS der Versammlungsfreiheit dürften auch disruptiv sein und Störungen erzeugen; die Versammlungsfreiheit sei ein Recht gerade für Minderheiten. Die nachträgliche Aufladung einer genehmigten bzw nicht untersagten Demonstration mit einem Missbrauchskorrektiv halte er für latent gefährlich.

*Ch. Huber* gestand zwar zu, dass Demonstrationen gerade auch stören dürften. Davon sei jedoch der Fall zu unterscheiden, in dem eine Demonstration wie im konkreten Fall gerade darauf abziele, die Zufahrt zu einem Grundstück zu verhindern. In Deutschland würden derartige Fälle über die Verletzung des absolut geschützten Rechts am Gewerbebetrieb gelöst werden,<sup>32)</sup> die Lösung des OGH über § 1295 Abs 2 ABGB halte er jedoch vergleichsweise für sachgerechter.

*Harrer* unterstrich die fließende Grenze zwischen § 1295 Abs 2 ABGB und der Beeinträchtigung absolut geschützter Rechtsgüter: Hätten die Eingriffe auf dem beeinträchtigten Grundstück selbst stattgefunden, würde Ersatz wegen eines Eigentumseingriffs zustehen. Außerdem sei zu überlegen, ob durch die Behinderung der Zufahrt von Baufahrzeugen nicht eine Verletzung der absolut geschützten persönlichen Freiheit vorgelegen habe und insofern der Fall nicht zwingend unter Berufung auf Rechtsmissbrauch hätte gelöst werden müssen.

*Vonkilch* stimmte dem Vortragenden zu, dass die Versammlungsfreiheit ausgehöhlt werden würde, wenn etwa Tierschützer bloß in entlegenen Gebieten demonstrieren dürften. Er warf dann aber die Frage auf, wie dieser die Erlaubnis an Tierschützer bewerten würde, unmittelbar vor einer Fleischhauerei zu demonstrieren, wenn dabei die Tierschützer jeden die Fleischhauerei betretenden Kunden als Mörder beschimpfen würden.

*Wolff* kritisierte frühere politische Pläne, die Versammlungsfreiheit einzuschränken und etwa den die Demonstration Anmeldenden persönlich für Demonstrationsschäden haftbar zu machen. Die konkrete Entscheidung sei nach ihm ausgewogen; des Weiteren sei abzuwarten, wie das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs von den Unterinstanzen beurteilt werde.

*Koziol* erinnerte daran, dass bloße Vermögensschäden weitergehend als bloß im Falle der Verletzung von Schutzgesetzen, von Verträgen oder des Rechtsmissbrauchs zu ersetzen seien und dies auch von der Judikatur anerkannt sei.<sup>33)</sup> Außerdem dürfe nicht außer Acht gelassen werden, dass das Eigentum – wenn auch in geringerem Ausmaß – auch vor Nutzungsbeeinträchtigungen einer Sache geschützt sei, was für den konkreten Fall relevant sein könnte.

*E. Wagner* hielt fest, dass es bei ihrer vom OGH zitierten Stellungnahme<sup>34)</sup> um die Frage gegangen sei, inwieweit Nutzungsbeschränkungen durch angezeigte und nicht untersagte Demonstrationen schadenersatzbegründend seien. Dazu sei Folgendes klarzustellen: Das Blockieren einer Zufahrt zu einem Grundstück verunmögliche das Recht der jederzeitigen Sachnutzung – eine Komponente, die aus dem Eigentumsrecht erfließe. Die verursachten Stehzeiten der Baufirmen seien daher kein reiner Vermögensschaden. Es stelle sich somit die Frage, wieweit bei angezeigten Demonstrationen für die Nutzungsbeschränkungen einzustehen sei. Nicht jeder Eingriff in die „bloße“ Nutzungsmöglichkeit mache nach Ansicht von *E. Wagner* im Rahmen von angemeldeten und nicht untersagten Demonstrationen schadenersatzpflichtig.<sup>35)</sup> Es komme auf Intensität (Dauer) und Intentionalität des Eingriffs in die Nutzung an.<sup>36)</sup> Abzugrenzen seien die mit Demonstrationen verbundenen Eingriffe in die Sachnutzung jedenfalls von vorsätzlichen Sachbeschädigungen, Beleidigungen etc, die auch bei genehmigten Demonstrationen sehr wohl haftungsauslösend seien.

*Rath-Ruggenthaler* berichtete aus der eigenen judikativen Praxis von einem Verfahren, in dem ein Pelzkaufhaus eine eV gegen Tierschützer erwirken wollte, und kam auf die von *Spitzer* angesprochene notwendige Vorsicht bei der Beschränkung des Versammlungsrechts zurück.

## 5. Mitverschuldenszusammenhang bei mehreren Beratungsfehlern bei Anlegerschäden (1 Ob 78/19f iVm 2 Ob 99/16x, 7 Ob 95/17 x, 1 Ob 112/17b, 1 Ob 137/18f)<sup>37)</sup>

### a) Referat: HR Mag. *Herbert Painsi*, HR Mag. *Elisabeth Wessely-Kristöfel*

Die beiden Co-Referenten präsentierten eine vormalig bestehende Judikaturdivergenz zwischen verschiedenen höchstgerichtlichen Senaten, die jedoch jüngst behoben wurde. In allen Fällen ging es um Schadenersatzansprüche von Anlegern wegen Fehlberatung und die Frage, inwiefern ein Mitverschulden der kl Anleger zu berücksichtigen sei. Grundsätzlich sei unstrittig, dass auch im Bereich der fehlerhaften Anlageberatung ein Mitverschulden des Geschädigten den Schadenersatzanspruch mindern könne, wenn dieser den Aufklärungsfehler erkennen musste oder hätte können, weil ihm eigene Sachkunde zur Verfügung gestanden sei, er Risikohinweise nicht beachtet oder Informationen nicht gelesen habe.

29) Urteil 15. 10. 2015, 37553/05.

30) *Harrer/E. Wagner* in S/K<sup>4</sup> § 1302 Rz 62.

31) An der Diskussion beteiligt waren Univ.-Prof. Dr. *Martin Spitzer*; Univ.-Prof. Dr. *Christian Huber*; RA Univ.-Prof. Dr. *Friedrich Harrer*; Univ.-Prof. Dr. *Andreas Vonkilch*; RA Dr. *Rupert Wolff*; Univ.-Prof. iR Dr. DDR. hc. *Helmut Koziol*; Univ.-Prof. Dr. *Erika Wagner*; Mag. *Barbara Rath-Ruggenthaler*.

32) Dieses Recht wird aus § 823 BGB abgeleitet, s *G. Wagner* in MüKoBGB<sup>7</sup> § 823 Rz 316ff mwN.

33) Siehe näher *Koziol*, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 273.

34) *Harrer/E. Wagner* in S/K<sup>4</sup> § 1302 Rz 62.

35) Vgl dazu *E. Wagner*, Demonstrationsschäden im Lichte der Judikatur, JAP 1999/2000, 180.

36) Zu dieser Frage vgl auch *Rummel*, Wettbewerb durch Umweltschutz? Überlegung zum Mißbrauch subjektiver öffentlicher Rechte, RZ 1993, 34.

37) Fundstellen: JBl 2017, 585 (*Dullinger*); ZFR 2019, 39 (*Kepplinger*).

In der Leitentscheidung des 2. Senats (2 Ob 99/16x) blieb die Frage der Haftung der bekl Bank wegen Nichtoffenlegung von Innenprovisionen zwar offen, weil der Rechtswidrigkeitszusammenhang noch zu klären war, der Senat bejahte jedoch ein gleichteiliges Mitverschulden der Kl, weil ihr der Beratungsfehler aufgrund eigener Kenntnisse hätte auffallen müssen. Auch die beiden Folgejudikate (10 Ob 58/16a und 7 Ob 95/17x) gingen auf die Entscheidung des 2. Senats zurück; obwohl in beiden Fällen die Haftung der Bekl noch nicht feststand, wurde ein Mitverschulden der Kl angenommen, weil sie die beigelegten Produkthinweise nicht gelesen hatten.

Demgegenüber hatte der 1. Senat unter Verweis auf Vorentscheidungen bislang betont, dass ein Mitverschulden des Anlegers nur dann anzunehmen sei, wenn sich das Mitverschulden auch auf jenen Aufklärungsfehler bezog, der tatsächlich haftungsbegründend war. Er berief sich dazu auf *Kepplinger*, der dieses Ergebnis dogmatisch mit dem Erfordernis des Mitverschuldenszusammenhangs begründet.<sup>38)</sup> In seiner jüngsten Entscheidung 1 Ob 78/19f kehrte der 1. Senat in ausführlicher Auseinandersetzung mit Judikatur und Lehre von seiner bisherigen Auffassung ab und schloss sich den anderen Senaten an. Für die Begründung war va von Bedeutung, dass sich der Verschuldensvorwurf an die Bekl – die Nichtoffenlegung der Innenprovision – und der Mitverschuldensvorwurf an die Kl – das Nichtbeachten von Produktinformationen – auf denselben Schaden bezogen hätten. Für ein anspruchskürzendes Mitverschulden bedürfe es nun also auch nach dem 1. Senat keiner Korrelation zwischen der Sorglosigkeit des Geschädigten und der Aufklärungspflichtverletzung.

## b) Diskussionsbericht<sup>39)</sup>

*Lovrek* stellte zu Beginn der Diskussion klar, dass aus ihrer Sicht va die Frage der Schadensdefinition von Relevanz sei.

Anschließend meldete sich *Häusler* zu Wort, die in vier derartigen Verfahren auf Klagsseite vertreten hatte. Sie stimmte *Lovrek* insofern zu, als sie ebenfalls das Verständnis des Schadensbegriffs als wesentlich erachtete, betonte aber, durch Abstellen darauf, was konkret an der Vermögenszusammensetzung unerwünscht sei, könne im Einzelfall durchaus von unterschiedlichen Schadensbegriffen ausgegangen werden. Aus ihrer Sicht fehle es jedoch jedenfalls am Mitverschuldenszusammenhang, denn die Obliegenheit der Anleger, schriftlich vorliegende Produktinformationen zu lesen, könne nicht den Zweck haben, einen Schaden zu vermeiden, der durch das Lesen überhaupt nicht hätte gefunden werden können.<sup>40)</sup> Die Rechtsprechungslinie, die nun auch der 1. Senat eingeschlagen hat, führe laut *Häusler* dazu, dass Anleger, die in mehreren Punkten schlecht beraten wurden, schlechtergestellt würden als solche, die nur in einer Sache schlecht beraten wurden. *Häuslers* Kanzleipartner *Leitner* ergänzte und betonte erneut die Relevanz des Normzweckzusammenhangs, der bereits von *F. Bydlinski*<sup>41)</sup> formuliert worden sei. Einerseits könne sich deshalb auch bei einem Autodiebstahl der Dieb nicht auf ein Mitverschulden des Geschädigten berufen, wenn dieser den Autoschlüssel habe stecken lassen, und ebenso wenig sich daher die Bank auf eine Sorgfaltswidrigkeit des Anlegers, wenn dieser den Ausführungen des Bankberaters geglaubt habe. Andererseits müsste in derartigen Fällen das Verhältnis der Zurechnungsgründe – Vorsatz der Bank gegen Sorgfaltswidrigkeit des Anlegers – berücksichtigt werden.

Als Reaktion darauf wandte *Musger* ein, *Leitners* Argumente würden sich gegen jeglichen Mitverschuldenseinwand bei Beratungsfehlern richten, hier gehe es jedoch primär um die Frage des Schadensbegriffs. Dabei habe sich der 1. Senat von seiner Rechtsprechungslinie abgewandt und sich der Meinung des 2. Se-

nats angeschlossen. Nach *Musger* sei jedoch die frühere Linie des 1. Senats möglicherweise sachgerechter gewesen, denn nun ergebe sich ein Spannungsverhältnis zur Verjährungsproblematik bei Anlegerschäden, wo iS der sog „Trennungsthese“ von unterschiedlichen Schadensbegriffen ausgegangen werde.<sup>42)</sup>

*P. Bydlinski* entgegnete, dass auch hinsichtlich der Verjährungsfrage von einem einheitlichen Schadensereignis ausgegangen werden sollte, wie von ihm auch schon mehrmals vertreten wurde.<sup>43)</sup>

*M. Bydlinski* als Mitglied des 1. Senats war im Gegensatz zu *Musger* nicht der Meinung, dass die Fragen der Verjährung und des Mitverschuldens gleichlaufen müssten. Im Verjährungsrecht komme es nicht nur auf die Kenntnis des Schadens, sondern auch auf Kenntnis des Schädigers und der anspruchsbegründenden Tatsachen an. Erfahrung der Geschädigte später von einem viel manifesteren Beratungsfehler, so sei nicht ersichtlich, wieso er diesen nicht mehr einwenden könne, bloß weil er einen früheren leichteren Fehler nicht geltend gemacht habe. Die zwei Fragen dürften daher insofern nicht miteinander vermischt werden. In Reaktion auf die Wortmeldung von *Leitner* räumte er ein, dass das Vorliegen mehrerer Beratungsfehler gegenüber der Sorglosigkeit des Geschädigten, die sich nur auf einen Aspekt beziehe, entsprechend zu gewichten sei.

*Vonkilch* plädierte hinsichtlich der Verjährungsfrage für eine lebensnahe Betrachtung, was zur Folge haben müsste, va die mangelnde Risikolosigkeit des Anlageprodukts als entscheidenden Beratungsfehler zu sehen.

*Lovrek* fasste zum Abschluss zusammen, dass mit der besprochenen Entscheidung der 1. Senat zur Mehrheitsmeinung im OGH zurückgekehrt sei, und stellte in Aussicht, dass ein neuerliches Umschwenken wohl eines verstärkten Senats bedürfe. Damit dürfe sich diese Judikaturlinie auch in Zukunft halten.

## 6. Abtretbarkeit des Anfechtungsanspruchs (17 Ob 6/19k)<sup>44)</sup>

### a) Referat: HR Dr. Martin Stefula

Der OGH hatte erstmals über die Zulässigkeit der Abtretung von Anfechtungsansprüchen durch den Insolvenzverwalter (IV) zu entscheiden. Der Referent merkte einleitend an, die fehlende richterliche Klärung dieser Frage liege wohl daran, dass wegen der bisher ganz einhelligen Ablehnung der Abtretbarkeit in der Lehre<sup>45)</sup> diese wohl faktisch auch nie versucht worden sei. Anders sahen die Zulässigkeit der Abtretung erstmals *Trenker/U. Torggler*<sup>46)</sup> sowie jüngst *Nunner-Krautgasser*.<sup>47)</sup> Dieser Auffassung schloss sich der OGH im gegenständlichen Verfahren zur bestrit-

38) ZB *Kepplinger*, Anm zu 1 Ob 112/17b, ZFR 2018, 235.

39) An der Diskussion beteiligt waren Präs. d. OGH Hon.-Prof. *Elisabeth Lovrek*; RA Dr. *Mara-Sophie Häusler*, LL.M.; RA Univ.-Prof. Dr. *Max Leitner*; HR Dr. *Gottfried Musger*; Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinski*; SenPräs Univ.-Prof. Dr. *Michael Bydlinski*; Univ.-Prof. Dr. *Andreas Vonkilch*.

40) Siehe bereits *Häusler*, Zum Mitverschulden bei Beratungsdienstleistungen, ÖJZ 2014, 746.

41) *F. Bydlinski*, JBI 1961, 566 (Buchbesprechung).

42) ZB OGH 3 Ob 112/15i ÖBA 2016, 207 (*Klausberger/Lenz*).

43) ZB *P. Bydlinski*, Beginn und Lauf der Verjährung nach fehlerhafter Anlageberatung, in *Jabornegg/Kerschner/Riedler* (Hrsg), Haftung und Versicherung – Festschrift für Rudolf Reischauer (2010) 77 (82f).

44) Fundstellen: ÖBA 2019, 795 (*Spitzer/Wilfinger*); *ecolex* 2019, 871 (*Grubhofer*); ZJK 2019, 162 (*Trenker*); JBI 2019, 789 (*König*).

45) *Menzel*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Rechte (1886) 301f; *Krasnopolski*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht (1889) 109; *Ehrenzweig*, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung (1916) 344; *Bartsch/Pollak* I<sup>3</sup> 159f, 231, 233; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* I<sup>3</sup> § 27 Rz 56 und § 37 KO Rz 3.

46) *Trenker/U. Torggler*, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBI 2013, 613 (622f).

tenen Aktivlegitimation eines Neugläubigers weitgehend an, hob die Urteile der Vorinstanzen auf und wies zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurück.

Der OGH verwarf dabei die von der hL gegen eine Abtretbarkeit vorgebrachten Argumente: Es gebe weder eine unmittelbare Vorschrift, die die Abtretung verbiete, noch sei ein solches Verbot oder ein höchstpersönliches Recht des IV zur Anfechtung aus dessen Anfechtungsmonopol abzuleiten. Eine Abtretung stünde auch nicht im Widerspruch zu den Interessen der Gläubigergesamtheit, sondern könne vielmehr in Fällen der Massearmut – wie im vorliegenden Fall – deren Interessen durch Zufluss des Abtretungspreises in die Insolvenzmasse dienen. Ebenso wenig sei der debitor cessus gefährdet, weil diesem – unter der Bedingung der Anmeldung im Insolvenzverfahren – die gleichen Rückabwicklungsansprüche zustünden wie vor der Abtretung. Da die Wirksamkeit einer Abtretung nur ex ante beurteilt werden könne, verfange nach dem OGH auch nicht das Argument, dass die Lebensdauer eines Anfechtungsanspruchs grds mit der Dauer des Insolvenzverfahrens begrenzt sei.

Die Grenzen für die Zulässigkeit der Abtretung liegen nach dem OGH insb in der Insolvenzzweckwidrigkeit, etwa bei unentgeltlicher Abtretung, und dem Rechtsmissbrauch durch den IV. Die Angemessenheit des Abtretungspreises sei hingegen keine Zulässigkeitsgrenze, da es keinen Grund gebe, warum sich ein Anfechtungsgegner auf eine zu billige Abtretung berufen können sollte.

Abschließend wies der Referent auf auch weiterhin offene Fragen hin: So sei etwa fraglich, ob es der Zustimmung des Gläubigerausschusses für die Abtretung bedürfe – die hier aber ohnehin vorlag – oder eine Anzeige an das Insolvenzgericht geboten sei. Auch ob eine alleinige Abtretung des Gestaltungsrechts zulässig sei, sei im vorliegenden Fall nicht zu beantworten gewesen, da nach Ansicht des OGH das Leistungsrecht gemeinsam mit dem Gestaltungsrecht abgetreten worden sei. Offen seien außerdem auch Fragen im Zusammenhang mit der Haftung des IV und der Gegenforderung des debitor cessus.

## b) Diskussionsbericht<sup>48)</sup>

*Trenker* begrüßte, dass der Senat sich nicht von möglichen komplizierten Folgefragen habe abschrecken lassen. Das Fehlen eines Angemessenheitskorrektivs sei unproblematisch, Derartiges sei auch beim Vergleich nicht vorgesehen, der überhaupt ein Kernargument für die Zulässigkeit der – wirtschaftlich vergleichbaren – Abtretung sei. Es sei vielmehr mit den Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht und die Haftung des IV das Auslangen zu finden. Eine Zulässigkeitsgrenze sei aber die Abtretung an den Schuldner selbst. Um Gegenansprüche des Anfechtungsgegners durch die Abtretung nicht zu gefährden, könne eine bedingte Anmeldung mit anschließender Sicherstellung durch den IV vorgenommen werden.

Zum Angemessenheitskorrektiv zog *Schima* einen Vergleich zur „Business Judgment Rule“, wo Verstöße gegen den Ermessensspielraum gleichermaßen zur Haftung, aber nicht zur Unwirksamkeit führen würden. Offen sei für ihn noch die Frage, ob eine Abtretung des Anfechtungsanspruchs an eine dem IV nahestehende Person oder Gesellschaft wirksam sei, denn selbst in jenen Fällen sei eine Besserstellung der Massegläubiger gegenüber einer der Massearmut geschuldeten Unterlassung der Anfechtung denkbar und daher nicht zwingend von Rechtsmissbrauch auszugehen. Er sehe die Chance auf ein eigenes Geschäftsmodell, etwa im Zusammenschluss von IV zu Gesellschaften für den Ankauf dieser Anfechtungsansprüche. *Wolff* hegte wegen der auch für IV geltenden

anwaltlichen Treueverpflichtung Bedenken gegen dieses Modell und erachtete es für potentiell standeswidrig oder strafrechtlich relevant. *Lovrek*, Vorsitzende des erkennenden Senats, befürwortete in diesem Zusammenhang eine Anzeigepflicht des IV an das Gericht<sup>49)</sup> und pflichtete *Trenker* und *Schima* hinsichtlich der Haftung des IV nach allgemeinen Regeln bei. Eine Unwirksamkeit der Abtretung sei nur bei erkennbarem Missbrauch der Vertretungsmacht geboten.

*Stefula* teilte ihre Einschätzung und betonte die wirtschaftliche Bedeutung der Entscheidung, durch die faktisch ein Markt eröffnet werde, in dem sich viele bisher nicht vorhergesehene Konstellationen ergäben.

*Spitzer* gratulierte zur seines Erachtens besonders gelungenen Entscheidung, die sich hochkritisch mit den angeführten Literaturstellen auseinandersetze. Die von seinen Vorrednern diskutierte Haftungsthematik sei im Rahmen allgemeiner Regeln zu lösen.

*P. Bydlinski* stimmte dem Entscheidungsergebnis vollständig zu und sah darin den Grundsatz verwirklicht, dass Rechte übertragbar seien und für die Unübertragbarkeit besondere Gründe vorliegen müssten. Zweifel hegte er daran, dass nur eine unentgeltliche Abtretung unwirksam sei; die Unterscheidung von einem bloß sehr geringen Entgelt sei fragwürdig. Des Weiteren gab er zu bedenken, die Abtretung des Gestaltungsrechts allein gerate in problematische Nähe zur Prozessstandschaft.<sup>50)</sup>

*Mitterlehner* kritisierte – unter Zustimmung von *Stefula* – die Formulierungen des konkreten Abtretungsvertrags und merkte an, dass der IV bei Massearmut üblicherweise um Finanzierung des Anfechtungsprozesses bei den Gläubigern ansuche. Laut *Fink* sei dieser Weg auch rechtspolitisch gewünscht, anders als das Ergebnis der Entscheidung, das er aber für sachgerecht erachte.

*Riss* stellte abschließend zur Debatte, ob ein Verkauf mit Abtretung des Anfechtungsanspruchs nicht in manchen Konstellationen nunmehr sogar geboten sein könne: Bei Massearmut müsse der IV nämlich oft davon absehen, einen unsicheren Anfechtungsprozess zu führen, weil er nach der Rsp<sup>51)</sup> im Fall des Prozessverlustes dem bekl Anfechtungsgegner für den Kostenersatzanspruch unter Umständen persönlich hafte. Komme ein Anfechtungsprozess aus diesem Grund nicht infrage, müsse der IV wohl nach einer Möglichkeit suchen, die Interessen der Gläubigergemeinschaft dadurch zu fördern, dass er den unsicheren Anfechtungsanspruch verkaufe und zumindest den Erlös daraus für die Masse lukriere.

## 7. Deutsches Sicherungseigentum (3 Ob 249/18s)<sup>52)</sup>

### a) Referat: HR Dr. *Gottfried Musger*

*Musger* trug eine Entscheidung eines fremden Senats zur grenzüberschreitenden Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen vor: Im Zuge einer Fahrnisexekution aufgrund eines vollstreckbaren gerichtlichen Vergleichs wurden zugunsten des Bekl eine Registrierkasse und ein Pkw beim Verpflichteten in Österreich gepfändet. Gegen diese Exekutionsführung erhob der Kl, Vater des Verpflichteten, mit der Exszindierungsklage Widerspruch: Er habe in Deutschland mittels Besitzkonstitut Sicherungseigen-

47) *Nunner-Krautgasser*, Zur Abtretung von Insolvenzanfechtungsansprüchen, JBl 2018, 277 (basierend auf einem von ihr im vorliegenden Verfahren für die Kl erstatteten Rechtsgutachten).

48) An der Diskussion beteiligt waren Ass.-Prof. MMag. Dr. *Martin Trenker*; RA Hon.-Prof. Dr. *Georg Schima*; Präs. d. OGH Hon.-Prof. *Elisabeth Lovrek*; Univ.-Prof. Dr. *Martin Spitzer*; Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinski*; RA Dr. *Rudolf Mitterlehner*; RA Dr. *Bernhard Fink*; RA Dr. *Rupert Wolff*; Univ.-Prof. Dr. *Olaf Riss*, LL.M.

49) So auch *Trenker*, ZIK 2019, 162 (164).

50) Siehe bereits *P. Bydlinski*, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) 35.

51) OGH 16. 6. 2011, 7 Ob 92/11 x.

52) Fundstellen: JBl 2019, 439 (*Ronacher*); Zak 2019, 124 (*Lurger*); ÖBA 2019, 401 (*Faber*); ÖJZ 2020, 53 (*Bachner*).

tum an den Gegenständen zur Besicherung eines dem Verpflichteten gewährten Privatdarlehens erworben und diese danach dem Verpflichteten zur Nutzung überlassen. Beide Unterinstanzen wiesen den Anspruch des Kl unter Bezug auf die Entscheidung 3 Ob 126/83<sup>53)</sup> ab. Zwar sei wirksam nach deutschem Recht durch Besitzkonstitut Sicherungseigentum an den gepfändeten Gegenständen erworben worden, § 31 Abs 1 IPRG, wonach sich das Verbringen einer Sache in einen anderen Staat auf die im ersten Staat bereits eingetretene dingliche Rechtsänderung nicht mehr auswirke, sei jedoch bei dinglichen Sicherungsrechten durchbrochen. Andernfalls würden die strengen Publizitätsvorschriften in Österreich unterlaufen, welche eine Dauervoraussetzung iSd Abs 2 leg cit für den Fortbestand der Sicherungsrechte seien.

Die dagegen gerichtete Rev des Kl beurteilte der OGH als berechtigt. Dabei folgte das Höchstgericht weder der Vorentscheidung 3 Ob 126/83, noch sah es ein Vorabentscheidungsverfahren für geboten. Aus genuin kollisionsrechtlicher Betrachtung könne das Erlöschen eines in Deutschland mittels Besitzkonstitut wirksam übertragenen Sicherungseigentums durch Transport nach Österreich ohnehin nicht auf § 31 IPRG gestützt werden: Die nachträgliche Änderung der maßgebenden Voraussetzungen für die Anknüpfung an eine bestimmte Rechtsordnung habe auf bereits vollendete Tatbestände keinen Einfluss. Abs 2 leg cit regle ausdrücklich den Inhalt und nicht die Wirkung einmal begründeter dinglicher Rechte. Der mit einem späteren Transport bewirkte Statutenwechsel wirke somit nicht zurück. Andernfalls stünde ein daraus folgender Rechtsverlust auch im Widerspruch zum in § 7 IPRG verwirklichten, allgemein anerkannten Prinzip der wohl erworbenen Rechte. Dass nach deutschem Recht wirksam mittels Besitzkonstitut Sicherungseigentum begründet werden könne, sei auch kein Verstoß gegen den *ordre public*, da dieser nur bei einer Verletzung von Grundwertungen des österr Rechts vorliege. Eine solche Grundwertung sei jedoch nicht gegeben, da in der österr Rechtsordnung der Eigentumsvorbehalt – als anerkanntes Institut, das der Sicherungsübereignung wirtschaftlich nahekomme – ebenfalls ohne erschwerte Publizitätsvoraussetzungen wirksam sei.

Der Referent merkte abschließend an, dass der Fall wohl auch anders entschieden hätte werden können. Erfolge das Verbringen der Sachen ins Ausland bloß zur Gesetzesumgehung, sei nach § 1 Abs 1 IPRG eine Beurteilung des Sicherungseigentumserwerbs nach österr Recht erwägenswert. Denn in diesem Fall bestünde eine stärkere Beziehung zum österr Recht. Voraussetzung für diese Lösung sei allerdings, dass § 1 Abs 1 IPRG tatsächlich als Ausweichklausel verstanden werde, die in Ausnahmefällen die Korrektur der Regelanknüpfung ermögliche. Offen bleibe für ihn jedenfalls die in der Entscheidung angesprochene, aber letztlich nicht beantwortete Frage der Unionsrechtswidrigkeit des Verlusts eines nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats erworbenen dinglichen Rechts.

## b) Diskussionsbericht<sup>54)</sup>

*Brenn* befürwortete aufgrund der Nähe des besitzlosen Sicherungseigentums zum Pfandrecht die Beurteilung des Publizitätserfordernisses als Eingriffsnorm (Normen, die primär dem Schutz öffentlicher oder kollektiver Interessen dienen, wozu auch grundlegende Gläubigerschutzbestimmungen wie das Publizitätserfordernis für Pfandrechte gehörten) und vermisste eine entsprechende Auseinandersetzung mit der bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 1983, die diese Einordnung vorgezeichnet hatte. Er bezweifelte außerdem einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit durch ein Erlöschen des Sicherungsrechts, zumal die Warenverkehrsfreiheit auf die volle Verkehrsfähigkeit einer Sache, dh ohne

Verfügungsbeschränkungen, abziele, und aufgrund des Umstands, dass der Grenzüberschritt nur zur Umgehung des Publizitätserfordernisses nach österr Recht gewählt worden sei, zudem die grundsätzliche Anwendbarkeit von Unionsrecht auf den Sachverhalt. Gehe man aber von der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten aus, so wäre zur Klarstellung jedenfalls eine Vorlage an den EuGH geboten gewesen.

*W. Faber* pflichtete dieser Kritik in vielen Punkten bei und erachtete aufgrund ähnlicher Fragen in anderen Mitgliedstaaten ebenso eine Klärung durch den EuGH als wünschenswert. Aus nationaler Perspektive sei die Entscheidung außerdem Anlass, das Recht der Mobiliarsicherheiten grundlegend zu reformieren.<sup>55)</sup>

*Ch. Huber* verwies auf Parallelen zur deutschen Kontroverse zwischen Gründungstheorie und Sitztheorie im Kapitalgesellschaftsrecht.

*Laimer* stimmte zwar dem kollisionsrechtlichen Entscheidungsergebnis zu, ortete jedoch nicht genutztes Potenzial für eine grundlegende Ermittlung des Begriffs der Eingriffsnorm und eine fehlende Abwägung öffentlicher und privater Interessenverfolgung durch das Publizitätsprinzip.

*Heindler* erachtete die Einordnung der pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften als Eingriffsnorm für problematisch, da diese auf das Sicherungseigentum nur analog angewendet werden. Vorzugswürdig sei es, wie von *Musger* vorgeschlagen, bei bloßer Gesetzesumgehung auf die stärkere Beziehung nach § 1 Abs 1 IPRG abzustellen.

*Rothner* kam auf die sich durch die Entscheidung ergebende Folgefrage zur in Deutschland bejahten Wirksamkeit des verlängerten Eigentumsvorbehalts bei unwirksamer Zession zu sprechen.

*Musger* stimmte zu, dass die Entscheidung über den konkreten Fall hinaus Bedeutung habe, wenn auch der Begriff der Eingriffsnorm noch grundsätzlicher Klärung bedürfe. Er merkte jedoch an, dass der OGH sehr wohl in der Sache Stellung genommen habe und im Ergebnis das Faustpfandprinzip nicht zu den Grundwertungen der österr Rechtsordnung zähle. Die Festlegung von Eingriffsnormen stehe dem nationalen Gesetzgeber aber innerhalb der vom EuGH ggf zu präzisierenden Grenzen der Grundfreiheiten offen.

*P. Bydliński* führte ins Treffen, dass auch in Deutschland das Verhältnis von Sicherungseigentum und Eigentum kritisch diskutiert wurde, und stimmte der Entscheidung, insb in Bezug auf die argumentierte Durchbrechung des Publizitätsprinzips durch den Eigentumsvorbehalt,<sup>56)</sup> nicht zu.

Der Kritik schloss sich auch *Holzner* an, der das Augenmerk auf die Begründung mit § 31 IPRG legte und den bereits von *Ronacher*<sup>57)</sup> aufgezeigten Widerspruch zu den Mat zum IPRG<sup>58)</sup> betonte. Er hob zudem die Kohärenz der österr Sicherungsrechte im Vergleich zur deutschen Rechtslage hervor und wies auf praktische Probleme bei der Exekution ausländischer Sicherungsrechte hin.

*Lena Kolbitsch und Richard Franz*

53) OGH 3 Ob 126/83 SZ 56/188.

54) An der Diskussion beteiligt waren HR Hon.-Prof. Dr. *Christoph Brenn*; Präs. d. OGH Hon.-Prof. *Elisabeth Lovrek*; Univ.-Prof. Dr. *Wolfgang Faber*; Univ.-Prof. Dr. *Christian Huber*; Assoz. Prof. Dr. *Simon Laimer*, LL. M.; Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydliński*; Univ.-Prof. Dr. *Christian Holzner*; Ass.-Prof. Dr. MMag. *Florian Heindler*; RA Dr. *Gerhard Rothner*.

55) So bereits *W. Faber*, Das Mobiliarsicherungsrecht des DCFR: Perspektiven für eine Reform in Österreich bzw in Europa? JBl 2012, 341; *ders*, In Deutschland publizitätslos begründetes Sicherungseigentum nach Grenzüberschritt doch nicht unwirksam? ÖBA 2019, 401.

56) Vgl dazu bereits *P. Bydliński*, Eigentumsvorbehalt und Rücktrittsrecht, RdW 1984, 98.

57) *Ronacher*, Publizitätsloses Sicherungseigentum nach deutschem Recht in Österreich wirksam (Rechtsprechungsänderung), JBl 2019, 439 (445).

58) 784 BlgNR 14. GP 47 mit Verweis auf *Schwind*, Handbuch des österreichischen Internationalen Privatrechts (1975) 267, 278.