

des Handelns umfassen. Somit liegt in der unzutreffenden Namensnennung im gegenständlichen Pressebericht ein unzulässiger Namensgebrauch gem § 43 ABGB, welcher die Bekl dem Unterlassungsanspruch des Kl als befugtem Träger des Namens „Prinz zu S“ aussetzt. Dies führt auch nicht zu einer unzumutbaren Belastung für die Bekl in dem Sinn, dass „sich jeder Medieninhaber bei der Berichterstattung über Personen

über deren Namen genau erkundigen müsste“, zumal der Klage ohnehin eine Abmahnung vorausgegangen war und es an der Bekl gelegen gewesen wäre, eine entsprechende Unterlassungserklärung abzugeben. Die Verteidigung des beanstandeten Verhaltens im Prozess offenbart das Vorliegen der Wiederholungsgefahr. Der Unterlassungsanspruch in dem vom BerG bejahten Umfang besteht daher zu Recht.

Praxishinweis:

Auch gegen den Medieninhaber besteht ein verschuldensunabhängiger Unterlassungsanspruch der Person, deren Name in einem Pressebericht in einer zur Ver-

wechslung geeigneten Weise für eine andere Person verwendet wird.

EvBI Redaktion

→ Beginn der Verjährungsfrist mit Vertragsrücktritt

§ 1489 ABGB (§ 921 ABGB)

Setzt, wie beim Anspruch nach § 921 ABGB, der Schadenersatzanspruch den vorherigen Rücktritt vom Vertrag voraus, liegt der Schadenseintritt bereits im Verlust des Leistungsanspruchs. Der Zeit-

punkt des Abschlusses eines Deckungsgeschäfts hat ausschließlich unter dem Gesichtspunkt eines allfälligen Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht Bedeutung, nicht aber für den Beginn der Verjährungsfrist.

Sachverhalt:

Der Kl begehrt € 51.682,09 und bringt dazu im Wesentlichen vor, er und seine damalige Lebensgefährtin seien je zur Hälfte Eigentümer einer Liegenschaft gewesen. Im Februar 2000 haben sie als Verkäufer mit dem Bekl als Käufer einen schriftlichen Kaufvertrag über diese Liegenschaft zu einem Preis von 5 S Mio (= € 363.364,17) abgeschlossen. Zur grundbüchlichen Abwicklung dieses Kaufvertrags sei es nicht gekommen, weil der Bekl nicht bereit gewesen sei, den Kaufvertrag in grundbuchsfähiger Form zu unterzeichnen und den Kaufpreis bei einem Treuhänder zu hinterlegen. Nach Setzung einer dreiwöchigen Nachfrist seien die Verkäufer mit Schreiben vom 9. 7. 2000 vom Vertrag zurückgetreten. Erst im Dezember 2006 sei es dem Kl und seiner ehemaligen Lebensgefährtin gelungen, die Liegenschaft zu verkaufen. Der erzielte Kaufpreis habe allerdings nur € 260.000,- betragen. Den Hälfteigentümern sei durch den subjektiven Verzug des Bekl ein Schaden von je € 51.682,09 entstanden, was dem nunmehrigen Klagsbetrag entspreche. Diesen Schaden habe der Bekl rechtswidrig und schuldhaft verursacht. Die Klagsforderung sei nicht verjährt, weil der Schaden nicht zeitgleich mit der schädigenden Handlung, sondern zeitlich nachfolgend eingetreten sei.

Das ErstG wies das Klagebegehren ab.

Das BerG hob diese E auf und verwies die Rechtsache zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen E an das ErstG zurück. Der OGH stellte das ErstU wieder her.

Aus den Entscheidungsgründen:

[Verjährung des Differenzschadens]

Wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt wird, kann der andere gem § 918 Abs 1 ABGB entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären. Der Rücktritt

vom Vertrag lässt gem § 921 ABGB den Anspruch auf Ersatz des durch verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens unberührt.

Nach herrschender Auffassung unterliegt der Differenzanspruch des § 921 ABGB als Schadenersatzanspruch der Verjährung des § 1489 ABGB (*Gschnitzer in Klang² IV/1, 496*). Dies wird damit begründet, dass der Zurücktretende mit dem Differenzanspruch nicht seinen vertragmäßigen Leistungsanspruch geltend macht, sondern eine Forderung auf Ersatz des Schadens, den er durch das Unterbleiben des Austauschs der beiden Leistungen erlitten hat. Die Verjährung beginnt (*Gschnitzer, aaO*) nicht vor Wirksamkeit der Rücktrittserklärung; vorher ist ja der Differenzanspruch noch nicht entstanden.

[Zur Frage des Schadenseintritts]

Nach der E des verstSen 1 Ob 621/95 SZ 68/238 = JBl 1996, 311 (*Apathy*) beginnt die Verjährung nicht vor Eintritt des Primärschadens zu laufen. Fraglich ist daher im vorliegenden Fall, wann der Schaden des Kl eingetreten ist.

Das BerG hat nun einerseits ausgeführt, die konkrete oder abstrakte Berechnung des Schadens betreffe nur die Schadenshöhe und nicht den Zeitpunkt des Schadenseintritts. Andererseits trug es dem ErstG die Feststellung des Marktwerts der Liegenschaft zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung auf. Für die Rechtsansicht des BerG kann auf *Gschnitzer* (in *Klang² IV/1, 496*) verwiesen werden. Demnach setzt der Beginn der Verjährung weiters Kenntnis der Tatsache eines durch den Rücktritt erlittenen Schadens voraus. IdS wäre die vom BerG aufgetragene Klärung, wann dem Kl bekannt wurde, dass er bei einem Deckungsgeschäft nicht den mit dem Bekl seinerzeit vereinbarten Preis erzielen kann, folgerichtig. →

EvBI 2009/10

§ 1489 ABGB
(§ 921 ABGB)

OGH 7. 8. 2008,
6 Ob 145/08 d
(LGZ Wien
37 R 550/07 t;
BG Hietzing
9 C 457/07 v)

Diese für den Praktiker äußerst wichtige E behandelt sehr ausführlich Fragen des Beginns der Verjährungsfrist bei Geltendmachung des Differenzanspruchs nach Vertragsrücktritt. Sie lehnt ausdrücklich das in 3 Ob 549/93 enthaltene obiter dictum, für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist sei der Abschluss des Deckungsgeschäfts maßgeblich, ab und relativiert die Lehre *Gschnitzers* (in *Klang² IV/1, 496*), der Beginn der Verjährung setze Kenntnis der Tatsache eines durch den Rücktritt erlittenen Schadens voraus.

Eine abweichende Auffassung vertritt *Koziol* (Haftpflichtrecht I³Rz 15/15). Das Problem des Verjährungsbeginns bei Verletzungen bestehender Leistungspflichten, vor allem vertraglicher Verbindlichkeiten, wiege besonders. Es gehe um die Frage der Fixierung des Entstehungszeitpunkts des Schadenersatzanspruchs, wenn – zB wegen verschuldeter Unmöglichkeit – an die Stelle des Leistungsanspruchs der Entschädigungsanspruch trete. Auszugehen sei davon, dass der Gläubiger selbst bei Kenntnis der eingetretenen Unmöglichkeit noch auf Leistung klagen könne, um dem Schuldner die Beweislast bezüglich der Unmöglichkeit aufzubürden. Solange dem Gläubiger aber noch der Leistungsanspruch zustehe, könne nicht die Verjährung des Schadenersatzanspruchs, der an dessen Stelle treten solle, beginnen. Die Verjährung des Entschädigungsanspruchs setze daher nach hA erst dann ein, wenn der Leistungsanspruch fällig geworden sowie die Unmöglichkeit tatsächlich eingetreten sei und diese Unmöglichkeit vom Schuldner erklärt oder bei zwangsweiser Durchsetzung des Leistungsanspruchs festgestellt worden sei. Der Schaden bestehe hier eben im Verlust des Leistungsanspruchs. Entsprechend beginne die Verjährung des Schadenersatzanspruchs wegen Mangelhaftigkeit der Leistung erst dann, wenn für den Besteller, der die Behebung des Mangels wünscht, erkennbar sei, dass die Verbesserungsversuche gescheitert seien oder der Schuldner die Verbesserung endgültig verweigere.

[Verlust des Leistungsanspruchs]

Zum hier zu beurteilenden Differenzanspruch nach § 921 ABGB stimmt *Koziol* (aaO) der Rsp zu, wonach die Verjährung des Schadenersatzanspruchs des Gläubigers, der wegen Verzugs des Schuldners vom Vertrag zurückgetreten ist, nicht erst mit Wirksamkeit der Rücktrittserklärung beginne (so noch *Gschnitzer in Klang*² IV/1, 496), sondern schon mit der Möglichkeit des Gläubigers, die Ersatzpflicht des Schuldners durch den Rücktritt zu bewirken (SZ 34/7; SZ 43/95 = EvBl 1970/360). Dies werde zu Recht damit begründet, dass allgemein dann, wenn die Entstehung des Anspruchs allein im Willensbereich des Gläubigers liege, die Verjährung nicht erst mit der Entstehung des Anspruchs, sondern schon mit der Möglichkeit, die Verpflichtung zu bewirken, beginne.

Nach Auffassung *Koziols* beginnt der Lauf der Verjährungsfrist daher spätestens mit der Wirksamkeit der Rücktrittserklärung. Die für den Fall der (nachträglichen) Unmöglichkeit angestellte Überlegung *Koziols*, wonach dem Gläubiger zunächst die Möglichkeit gegeben werden müsse, seinen vertraglichen Anspruch geltend zu machen, gilt ja dann nicht, wenn – wie beim Anspruch nach § 921 ABGB – der Schadenersatzanspruch den vorherigen Rücktritt vom Vertrag voraussetzt, sodass die Geltendmachung eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs nicht mehr in Frage kommt. Für diese Konstellation hat aber die Aussage *Koziols* (aaO) Gültigkeit, dass der Schaden im Verlust des Leistungsanspruchs liege.

[Weiter Schadensbegriff]

Diese Auffassung entspricht auch dem weiten Schadensbegriff des ABGB, wonach jeder rechtliche Nachteil

einen Schaden darstellt, somit jeder Zustand, an dem ein geringeres rechtliches Interesse als am bisherigen besteht (RIS-Justiz RS0022537). Demgemäß wäre es etwa auch ein Vermögensnachteil, wenn an Stelle des Besitzes eines Bargeldbetrags eine gleich hohe Geldforderung getreten ist, es sei denn, der Schuldner wäre bereit und im Stande, seine Verbindlichkeit unverzüglich abzutragen (9 ObA 2300/96 t SZ 70/104; *Lindner*, GesRz 2008, 26 [Anm zu 3 Ob 59/07 h]; 7 Ob 253/97 z; 6 Ob 103/08 b; vgl bereits *Kletečka*, ÖBA 1999, 388 [392]). Für das Vorliegen eines „realen Schadens“ ist eine in Geld messbare Vermögenseinbuße nicht unbedingt erforderlich (*Kletečka*, aaO; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/17). Es reicht aus, dass die Zusammensetzung des Vermögens des Geschädigten nach dem schadensbegründenden Ereignis nicht seinem Willen entspricht (*Kletečka*, aaO; *Bydlinski*, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159 [161]). IdS liegt der Schaden bei Nichteinhaltung einer vertraglichen Verpflichtung daher schon darin, dass der Geschädigte den vertraglichen Leistungsanspruch verliert. Dass die bloße Möglichkeit des Abschlusses eines Deckungsgeschäfts gerade bei einer Liegenschaft im Hinblick auf die damit regelmäßig verbundenen zeitaufwändigen Bemühungen bei der Suche nach Interessenten und die anschließenden Preisverhandlungen einem bestehenden vertraglichen Leistungsanspruch, wie dieser nach den Behauptungen des Kl ihm auf Grund des Kaufvertrags gegenüber dem Bekl zustand, nicht gleichgehalten werden kann, bedarf keiner Ausführungen. Der Verlust des vertraglichen Leistungsanspruchs und idS der Schadenseintritt war dem Kl aber spätestens mit seiner Rücktrittserklärung bekannt.

Bei der Frage, ob die Bemessung des Schadenersatzanspruchs – was auch bei § 921 ABGB möglich ist (RIS-Justiz RS0018454, RS0018463, RS0018448, RS0018591) – konkret oder abstrakt zu erfolgen hat, handelt es sich somit um eine bloße Frage der Schadensbemessung. Der Zeitpunkt des Abschlusses eines Deckungsgeschäfts bei Wahl der konkreten Schadensbemessung hat ausschließlich unter dem Gesichtspunkt eines allfälligen Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht (vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I³Rz 10/31 FN 116) Bedeutung, nicht aber für den Beginn der Verjährungsfrist. Daher kommt es für den Beginn der Verjährungsfrist – entgegen der Rechtsansicht des Bekl – auch nicht darauf an, dass – in analoger Anwendung des § 376 Abs 2 UGB – das Deckungsgeschäft *sofort* bewirkt wird. Auch § 376 UGB (wie bereits zuvor § 376 Abs 2 HGB) beschränkt lediglich die Zulässigkeit der konkreten Berechnung des Differenzanspruchs, um Spekulationen zu Lasten des Säumigen zu vermeiden (*Kramer in Straube*, HGB I³ § 376 Rz 21).

Durch diese Lösung hat es der Geschädigte nicht in der Hand, durch seine – gegebenenfalls auch nachträgliche – Wahl der Schadensbemessung (allenfalls rückwirkend) den Beginn der Verjährungsfrist zu beeinflussen. Ein Nachteil für die Stellung des Geschädigten liegt in dieser Auffassung nicht. Abgesehen davon, dass die Verjährungsfrist von drei Jahren regelmäßig für den Abschluss eines Deckungsgeschäfts ausreichen müsste, kann der Geschädigte in jenen seltenen Ausnahmefäl-

len, wo dies aus besonderen Gründen nicht der Fall ist, der drohenden Verjährung seines Schadenersatzanspruchs durch Erhebung einer Feststellungsklage begegnen.

Soweit die E 3 Ob 549/93 den Abschluss eines Deckungsgeschäfts erst mehrere Monate nach Verstreichen der Nachfrist nicht nur für die Schadensbemessung, sondern (obiter) auch für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist als maßgeblich ansieht, kann

dem aus den dargelegten Erwägungen nicht gefolgt werden. Im Übrigen wäre das Klagebegehren auch dann verjährt, wenn man dem Kl mehrere Monate zum Abschluss des Deckungsgeschäfts zubilligte, musste der Kl doch spätestens nach einem derartigen Zeitraum erkennen, dass sich seine Rechtsstellung im Vergleich zur Rechtslage bei aufrehtem Kaufvertrag mit dem Bekl verschlechtert hatte. Dies stellt aber nach dem Gesagten bereits einen Schaden im Rechtssinn dar.

Praxishinweis:

Achtung! Die Verjährung des Differenzschadens beginnt bereits mit Vertragsrücktritt und nicht erst mit Abschluss des Deckungsgeschäfts. Kann ein solches nicht zeitgerecht abgeschlossen werden, ist iS der E des verSten 1 Ob 621/95 SZ 68/238 der drohenden Verjährung mit Feststellungsklage zu begegnen.

EvBl Redaktion

Anmerkung:

Die vorliegende Entscheidung knüpft den Beginn der Verjährung des schadenersatzrechtlichen Differenzanspruchs bei subjektivem Schuldnerverzug (§§ 918, 921 ABGB) an den Zeitpunkt, in dem der Gläubiger die Möglichkeit zum Vertragsrücktritt hat (so schon 2 Ob 525/89 wbl 1989, 345). Ausdrücklich abgelehnt wird die in 3 Ob 549/93 vertretene Ansicht, wonach es für den Beginn des Fristenlaufs auf den (späteren) Zeitpunkt des Abschlusses des Deckungsgeschäfts ankommt.

Das Höchstgericht begründet sein Ergebnis – anknüpfend an *Koziol* (Haftpflichtrecht I³ [1997] Rz 15/15) – damit, dass der Gläubiger durch den Verlust des Leistungsanspruchs geschädigt sei. Dieser Schaden trete schon im Zeitpunkt des Rücktritts ein, nicht erst bei Abschluss des Deckungsgeschäfts. Allgemein liege „der Schaden bei Nichteinhaltung einer vertraglichen Verpflichtung daher schon darin, dass der Geschädigte seinen vertraglichen Leistungsanspruch verliert.“

Diese Begründung ist mE nicht zwingend. Zunächst fällt auf, dass die Nichteinhaltung der Verpflichtung (= der Verzug) dem Geschädigten den Erfüllungsanspruch keineswegs nimmt. Streng genommen verursacht der Geschädigte den Verlust des Leistungsanspruchs selbst, nämlich durch Rücktritt vom Vertrag. *Koziol*, auf den sich der OGH beruft, bezieht seine Ausführungen auch nicht auf den Verzug, sondern auf die verschuldete Unmöglichkeit (HPR I³ Rz 15/15); in diesem Fall nimmt die Vertragsverletzung (Unmöglichmachen der Leistung) dem Geschädigten aber in der Tat seinen Leistungsanspruch.

Interessant scheint vor allem ein Blick auf die Situation bei verschuldeter Schlechterfüllung. Wird die Leistung mangelhaft erbracht, kann der geschädigte Übernehmer Schadenersatz statt Gewährleistung begehren (§ 933 a). Nach der Rsp soll die Verjährung der Ansprüche wegen des Mangelschadens erst mit Erkennbarkeit des Misslingens der Verbesserung beginnen (zuletzt 6 Ob 141/03 h, RdW 2004, 84 noch zur

Rechtslage vor Inkrafttreten des § 933 a ABGB). Diese Rsp steht zwar durchaus im Einklang mit der Begründung des OGH in der vorliegenden Entscheidung: Der Schaden soll offenbar im Verlust des Leistungsanspruchs liegen. Die Lehre hält dieser Rsp aber zutreffend entgegen, dass der Ersatzanspruch des § 933 a ABGB primär auf Verbesserung gerichtet ist und daher bereits die Kenntnis vom ursprünglichen Mangel für jeden Schadenersatz statt Gewährleistung fristauslösend wirkt (*Welser/Jud*, Gewährleistung [2001] § 933 a Rz 28 ff; *P. Bydlinski* in KBB² § 933 a Rz 11). Die Verjährung beginnt daher einheitlich mit Erkennbarkeit des Mangels zu laufen. Das stimmt auch mit allgemeinen schadenersatzrechtlichen Prinzipien überein: Ob man im Ergebnis Naturalrestitution oder Geldersatz geltend macht – es handelt sich um ein und denselben Schadenersatzanspruch, daher muss auch eine einheitliche Verjährung Platz greifen. Das kann für den Geschädigten durchaus von Vorteil sein: Konkretisiert der Übernehmer sein Begehren in der Klage unrichtig (Geldanspruch statt Verbesserung) und stellt sich dies erst nach einiger Zeit heraus, kann der Übergeber nicht im Nachhinein einwenden, dass das Verbesserungsbegehren mittlerweile verjährt ist (so *P. Bydlinski* in KBB² § 933 a Rz 12).

Diese von der Lehre herausgearbeiteten Prinzipien sollten aber auch auf den Zeitraum vor Übergabe angewendet werden: Befindet sich der Schuldner mit seiner Leistung subjektiv im Verzug, so liegt der Primärschaden des Gläubigers in der Nichterfüllung der Verbindlichkeit (überzeugend für den schuldhaften Verzug mit der Zahlung von Geldleistungen *Rubin*, Direktklage des Geschädigten: Haftung des säumigen Haftpflichtversicherers, ZVR 2008, 538 [542]). Im Vergleich zur Situation bei vertragskonformer Erfüllung liegt darin durchaus ein primärer Vermögensnachteil: Die obligationsgemäße Vermehrung des Gläubigervermögens unterbleibt (treffend *Rubin*, ZVR 2008, 542).

Mit der Vertragsverletzung – Eintritt des Schuldnerverzugs – beginnt daher die Verjährung der Verzugschäden zu laufen. Wie diese zu beziffern sind, ist – wie der OGH zutreffend ausführt – eine von der Verjährung grundsätzlich zu trennende Frage der Schadensbemessung. Das so erzielte Ergebnis harmoniert mit dem der vorliegenden Entscheidung, weil der Gläubiger im Zeitpunkt des Eintritts des Schuldnerverzugs die Möglichkeit hat, vom Vertrag (unter Nachfristsetzung) zurückzutreten.

*Stefan Pernert
Universität Wien*

