

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

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

Juni 2017

12

533 – 580

Aktuelles

**Erste Erfahrungen mit dem Kindschafts- und
Namensrechts-Änderungsgesetz 2013** ➔ 533

Beiträge

**Zur notwendigen Einschränkung der
Interventionswirkung** *Birgit Schneider* ➔ 537

VwGH-Rechtsprechung zum Baurecht 2016 *Reinhold Moritz* ➔ 542

Evidenzblatt

**Kann der Domizilelternteil tatsächlich einen Sorgerechtsbruch
begehen?** *Mathias Walch* ➔ 548

Keine „Stalking-EV“ zum Schutz juristischer Personen
Julius Schumann ➔ 551

Satire *Michael Rami* ➔ 561

Forum

Forum für Zivilrecht in Traunkirchen: OGH Cercle 2016
Ernst Karner, Stefan Perner und Martin Spitzer ➔ 570

Kosten

Kostenseitig *Josef Obermaier* ➔ 580

Forum für Zivilrecht in Traunkirchen: OGH Cercle 2016

ÖJZ 2017/78

A. Die Idee der Veranstaltung

Bei der Gründung des Traunkirchner Seminars für Zivilrecht im Jahr 1970 spielte ein Wunsch eine besondere Rolle: Wissenschaft und Praxis miteinander zu verbinden, Justiz und Universität einander näherzubringen.

Der im Jahr 2016 von den nunmehrigen Veranstaltern *Ernst Karner*, *Stefan Perner* und *Martin Spitzer* gemeinsam mit der Vizepräsidentin des OGH *Elisabeth Lovrek* begründete OGH Cercle, der mit diesem Bericht einem breiten Publikum vorgestellt wird, ist dieser Tradition verpflichtet: Richterinnen und Richter des Höchstgerichts stellen die wichtigsten Entscheidungen des letzten Jahres zur Diskussion. In diesem Jahr findet das Forum für Zivilrecht in Traunkirchen vom 18. bis 20. 9. 2017 statt.

In ihren einführenden Worten betont *Lovrek* das in der Verbindung von Wissenschaft und Praxis zum Ausdruck kommende Alleinstellungsmerkmal des Forums in Traunkirchen, von dem beide Seiten profitieren. Beim OGH Cercle würden daher ganz bewusst Entscheidungen vorgestellt, bei denen man noch „streiten“ könne, bei denen es Kritik in der Lehre gebe, wo die Judikatur nicht ganz einheitlich sei oder es offene Fragen gebe, die durch die Entscheidungen für die Zukunft aufgeworfen würden. Teil dieser Idee sei es auch, dass die Referentinnen und Referenten nicht stets ihre eigenen Entscheidungen vorstellen, sondern manche der prä-sentierten Judikate aus fremden Senaten stammen.

B. OGH Cercle 2016

1. Detektivkostenersatz gegen dritten Ehestörer¹⁾

a) Referat: HR Dr. *Edwin Gitschthaler*

Gitschthaler referiert über eine Ehe am Ende ihres Bestands, bei der ein Ehepartner fremdgeht und der andere einen Detektiv einschaltet.

Der Sachverhalt nimmt 2010 seinen Lauf, als einander der Ehemann (ein Arzt) und eine Kollegin (spätere Freundin und noch spätere Bekl) im Spital kennenlernen. Als der Ehemann von Eheproblemen berichtet, bestärkt die Kollegin ihn, an der Ehe festzuhalten. Er erklärt, bereits anwaltlichen Rat eingeholt zu haben. Im September 2012 beginnt die „heiße Phase“. Der Ehemann nächtigt nicht mehr durchgehend zu Hause, sondern im Dienstzimmer und auch bei den Eltern. In den nächsten Monaten fährt er „zweigleisig“. Zu Hause erklärt er, er brauche Abstand und Zeit, um nachzudenken, wobei die sexuellen Kontakte mit der Ehefrau nicht abreißen. Gleichzeitig beginnt eine sexuelle Beziehung mit der Kollegin, nunmehr Freundin.

Ihr erklärt er glaubhaft, dass alles vorbei und die Scheidung reine Formsache sei. Nach einer häuslichen Auseinandersetzung

wird er von der Polizei weggewiesen und zieht am nächsten Tag endgültig aus der Ehemwohnung aus. Die Freundin nimmt dies als Bekräftigung seines Willens, die Ehe zu beenden.

Zwei Tage später wird ein Detektiv tätig, der nur feststellen kann, dass der Ehemann eine Nacht bei der Freundin genächtigt hat und dass es zum Austausch von Zärtlichkeiten gekommen ist. Die dafür verrechneten € 7.843,- trägt vorerst die Ehefrau, die die Kosten aber nunmehr von der Freundin ersetzt bekommen will.

Die Vorinstanzen weisen die Klage ab, der oRev wird vom 4. Senat Folge und der Klage damit stattgegeben.

Die Begründung fällt für *Gitschthaler* kurz aus. Es werde zunächst auf die stRsp verwiesen, dass außerhalb eines Ehescheidungsverfahrens nicht nur vom Ehegatten, sondern auch vom dritten Ehestörer derartige Kosten verlangt werden könnten. Die Pflicht zur ehelichen Treue bestehe grundsätzlich aber während der gesamten Dauer der Ehe und damit bis zur Rechtskraft der Scheidung. Der Ehestörer hafte für die Detektivkosten daher auch dann, wenn der Ehebruch gar nicht mehr zu einer Zerrüttung führen könne, weil die Ehe ohnehin schon zerrüttet sei. Schließlich folgt der Hinweis darauf, dass man sogar schuldrechtliche Verträge achten müsse und deshalb erst recht auch die Ehe eines anderen, da diese ein absolut geschütztes Rechtsgut sei.

Die Entscheidung ist in der Literatur kritisiert worden. Der Referent trägt die wesentlichen Argumente gegen die Entscheidung vor: Mit Blick auf den konkreten Fall könnte man fragen, wo eigentlich das Verschulden der Freundin liege, die ja davon ausgehen konnte, dass die Ehe am Ende sei.

Generell sei zu bedenken gegeben worden, dass es seit der Aufhebung des Straftatbestands des Ehebruchs im Jahr 1996 kein einschlägiges gesetzliches Verbot mehr gebe. § 90 ABGB über die eheliche Treuepflicht gelte nur inter partes, weil die Treue „einander“ geschuldet werde. Ferner bestünden auch Zweifel daran, dass die Ehe ein absolutes Rechtsgut sei, zumal es hier ja auch nur um eine spezifische Pflicht gehe. Dann werde gesagt, es bestehe ein erheblicher Widerspruch zu einer anderen RspLinie. Werde der betrogene Ehegatte krank (Depressionen etc), bekomme er nämlich weder vom Ehepartner noch vom Dritten ein Schmerzensgeld, das passe nicht zusammen. Überdies werde hervorgehoben, dass diese Rsp bloß pönalen Charakter gegenüber Ehepartnern und Dritten hätte und vor allem betragsmäßig in keinem Verhältnis zu jenen Entscheidungen stehe, die Trauerschmerzen und dergleichen zusprechen.

1) OGH 4 Ob 100/15g.

Schließlich werde noch die Frage des Abwicklungsinteresses thematisiert, dass man nämlich einen Detektivbericht brauche, um nachweisen zu können, dass man betrogen worden sei, um den Scheidungsprozess zu gewinnen – mit Blick auf einen allfälligen nachehelichen Unterhalt. Das überzeuge allerdings nur inter partes, jedoch nicht gegenüber dem Dritten.

b) Diskussionsbericht²⁾

Salficky erinnert daran, dass es nichts Besonderes sei, dass die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte rechtswidrig sein könne. Das Problem liege in diesem Fall allerdings auf der Kausalitätsebene.

Holzner sieht die Auswirkungen der Entscheidung vor allem kritisch, wenn es um eine Heimtrennungsscheidung geht. Würde man etwa bei verschuldeter Zerrüttung durch eine außereheliche Beziehung des einen Teils, aufgrund derer es keine Rolle mehr spiele, wenn der andere Teil ebenfalls einen neuen Partner finde, jetzt auf einmal den Auslöser der Zerrüttung den Ersatz seiner Detektivkosten zusprechen, wäre das eigenartig.

Karner hält es für problematisch, eheliche Pflichten schadenersatzrechtlich „abzusichern“. Insofern sei es richtig, die Beeinträchtigung im Grundsatz nicht schadenersatzrechtlich zu bewehren. Das habe aber Grenzen: Übe jemand Psychoterror aus, der beim Ehepartner zu einer psychischen Beeinträchtigung von Krankheitswert führe, stünde diesem selbstverständlich ein Schmerzensgeld zu. Die bloße Verletzung des familienrechtlichen Bands allein reiche hingegen nicht aus. Man müsse aber zumindest erwägen, das eheliche Band in jenem Rahmen zu schützen, in dem jegliches Forderungsrecht geschützt werde, nämlich bei wissentlicher Verleitung zum Vertragsbruch oder – die Rsp gehe hier ja sogar noch weiter – auch bei bewusster Ausnutzung. Dass ein gewisses Abwicklungsinteresse bestehen könne, sei ebenso verständlich. Es könne doch durchaus sein, dass eine Verschuldensscheidung gerechtfertigt sei, weil der eine sich dem Wesen der Ehe entsprechend verhalte, der andere hingegen nicht. Dass derjenige, der korrekt handle, stets das ganze Risiko tragen solle, leuchte dann aber zumindest nicht unmittelbar ein. Die gegenständliche Entscheidung sei – in Anbetracht des Sachverhalts – freilich grenzlastig, die ihr zugrunde liegenden Wertungen aber nicht rundweg abzulehnen. Dass der Ehebruch nicht strafbar sei, biete hingegen keine ausreichende Basis für eine Entscheidungskritik.

Zöchling-Jud weist darauf hin, dass die Entscheidung in einem Punkt konsequent sei, nämlich mit Blick auf das Verschulden. Wenn man sage, die Ehe sei bis zur Scheidung und nicht nur bis zur Zerrüttung von Dritten zu achten, zu wahren und zu respektieren, dann müsse man auch sagen, die Freundin wusste, dass der Gatte noch verheiratet ist.

Huber mahnt ein, den Anspruch dem Grund nach und den Anspruch der Höhe nach auseinanderzuhalten. Was aufstoße, seien die mehreren tausend Euro für den Detektiv. Die Entscheidung sei aber grundsätzlich richtig. Im konkreten Fall habe auch eine Rolle gespielt, dass bei der Scheidungsvereinbarung zwischen den Ehegatten ein wechselseitiger Ausschluss solcher Ansprüche vereinbart wurde. Vielleicht liege das Problem darin, dass der Anwalt übersehen habe, auch Ansprüche gegen den Dritttörer auszuschließen. Im Innenverhältnis zwischen dem Ehegatten und der Nebenbuhlerin solle der Ehegatte die Kosten tragen.

Höllwerth erläutert, dass in der Praxis zunächst oft ein Streitiges Verfahren eingeleitet werde. Die Ehegatten behielten sich einen Rest an Vernunft und strebten dann eine einvernehmliche Scheidung an. Der Scheidungsfolgenvergleich wirke bereinigend, die Detektivkosten zwischen den Ehegatten seien ausgeschlossen.

Was dann passiere, sei das „Foul in der Nachspielzeit“. Nachdem die Ehegatten bereits einvernehmlich geschieden seien, behalte sich der andere Ehegatte den Anspruch zurück, um nach der Scheidung aktiv gegen den Störer vorzugehen, der meist schon mit der geschiedenen Frau zusammenlebe – späte Rache.

Musger meint, dass Hintergrund der Rsp zur Haftung des dritten Störers offenkundig die Qualifikation der Ehe als absolut geschütztes Rechtsgut sei. Auch das könne aber nicht dazu führen, dass jeder Eingriff eines Dritten rechtswidrig sei. Vielmehr müsse hier schon nach allgemeinen Grundsätzen eine Interessenabwägung stattfinden, bei der eine grundrechtliche Betrachtung erforderlich sei. Insb sei Art 8 EMRK auf Seiten des dritten Störers zu beachten. Eine simple Analogie zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte sei jedenfalls nicht angebracht.

Gitschthaler fasst zum Abschluss zusammen, dass die Rsp aus familienrechtlicher Perspektive nicht zusammenpasse. Gerade im Unterhaltsrecht spiele der Zerrüttungszeitpunkt, die tiefgreifende unheilbare Zerrüttung, eine wichtigere Rolle als die Scheidung. Die Rechtsfolgen hingen dann vom Zufall ab, ob der Erstrichter schnell oder langsam sei und ob man gute Anwälte habe, die schnell einen Vergleich erzielten. Der Zerrüttungszeitpunkt sei maßgebend. Dass die Detektivkosten, die danach noch anfallen, zu bezahlen seien, sei schwer nachzuvollziehen, auch wenn die rein schadenersatzrechtlichen Argumente etwas für sich hätten.

2. Unterlassungsanspruch eines Mieters wegen Lärmimmissionen durch genehmigten Straßenbahnbetrieb³⁾

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

Der Referent präsentiert eine Entscheidung des eigenen Senats, anhand derer man gut zeigen könne, unter welchen Rahmenbedingungen der OGH arbeite.

Der Fall betrifft die Immissionsabwehrmöglichkeit bei behördlich genehmigten Anlagen, wozu zwei relevante Vorentscheidungen des 8. Senats zu berücksichtigen waren:

Die erste Vorentscheidung stammte aus 2007 und hatte einen Militärflugplatz zum Gegenstand. Bereits dort sei man zum Kern des Problems gekommen: Ist eine behördliche Anlage nach § 364 a ABGB nur dann anzunehmen, wenn der betroffene gestörte Nachbar in diesem Verfahren auch Parteistellung hatte, oder kann der Unterlassungsanspruch auch ohne solche Parteistellung abgeschnitten sein? Der 8. Senat habe mit dem BerG gemeint, dass gewichtige Gründe dafür sprechen, dass die Parteistellung nicht unbedingt erforderlich sei, sodass es auch Fälle des § 364 a ABGB geben könnte, in denen der Nachbar keine Parteistellung hatte. Aufgrund des unglücklich gefassten Klagebegehrens, das nicht auf die Unterlassung der Einwirkungen (Lärm), sondern auf das Abstellen der Quelle (Flugbetrieb) gerichtet gewesen sei, musste der 8. Senat diese Frage aber nicht abschließend beantworten.

2010 war es allerdings so weit und der 8. Senat nahm in einer ausführlichen Entscheidung mit grund- und europarechtlichen Ausführungen Stellung zur Frage, ob rechtliches Gehör eine notwendige Voraussetzung für die Anwendung des § 364 a ABGB sei, und hat diese Frage bejaht. Die Parteistellung im Bewilligungsverfahren sei ein absolutes Erfordernis, um den Unterlassungsanspruch zu verlieren, wobei im konkreten Fall noch die Ortsüblich-

2) An der Diskussion beteiligt waren – in der Reihenfolge ihrer Beiträge – RA Dr. *Herbert Salficky*, Univ.-Prof. Dr. *Christian Holzner*, Univ.-Prof. Dr. *Ernst Karner*, Univ.-Prof. Dr. *Brigitta Zöchling-Jud*, Univ.-Prof. Dr. *Christian Huber*, HR des OGH Dr. *Johann Höllwerth*, HR des OGH Dr. *Gottfried Musger* und HR des OGH Dr. *Edwin Gitschthaler*.

3) OGH 1 Ob 47/15 s.

keit der Lärmimmission – ein Hubschrauberlandeplatz mit medizinischer Versorgung – fraglich war.

Die vom Referenten vorgestellte Entscheidung spielt in der Innsbrucker Innenstadt. Der Kl wohnt dort seit 1983 in einem Haus, an dem eine Straßenbahnlinie vorbeiführt. 2010 wurden an dieser Straßenbahnanlage erhebliche Veränderungen vorgenommen. Die Linien wurden vermehrt und ineinander verzahnt; statt einer Weiche gibt es nunmehr drei, wobei das Überfahren von Weichen besonders lärmintensiv sei. Der Kl beklagte sich nicht nur über den Fahrlärm, sondern auch über die Erschütterungen, die unerträglich und gesundheitsgefährdend seien. Sein Begehren war auf Unterlassung des Bewirkens von direktem und sekundärem Luftschall durch die Eisenbahnanlage samt Straßengarnituren in einem Ausmaß, das ortsunüblich und gesundheitsgefährdend ist sowie den gesetzlichen Bestimmungen und den Bescheidaufgaben der Anlage zuwiderläuft, gerichtet.

Dieses Begehren ist nach *Bydlinski* aufgrund seiner Unbestimmtheit an sich problematisch. Der 1. Senat sei aber großzügig gewesen und habe gesagt, das solle noch nach Erörterung klargestellt werden.

Die Vorinstanzen weisen das Klagebegehren ab. Der OGH fällt eine Entscheidung, die auf den ersten Blick von der Entscheidung des 8. Senats, nach der man Parteistellung brauche, abweicht. Nach dem 1. Senat handle es sich um einen Fall einer ganz gewöhnlich genehmigten Anlage, wobei in der Literatur allerdings vertreten wird, dass man verschiedene Kategorien von Anlagen unterscheiden sollte. Einmal die hoheitlichen Anlagen, die im konkreten Fall ohnedies keine Rolle spielen. Dann die gemeinwichtigen Anlagen, die sich durch ein besonders hohes öffentliches Interesse an ihrem Bestand auszeichnen und zu denen auch Straßenbahnen gehören. Im Anschluss daran habe man vertreten, dass sich der 8. Senat mit der Fallgruppe der gemeinwichtigen Anlagen damals nicht auseinandergesetzt habe und sich der 1. Senat daher auch nicht unbedingt in einen Widerspruch setze, wenn er diese Fallgruppe anders behandle.

In verschiedenen gesetzlichen Bereichen bestehen Regeln, die darauf hindeuten, dass Straßenbahnen oder Eisenbahnen – besonders – im Ortsgebiet, wo sie sogar von der UVP ausgenommen sind, ein ganz besonderes öffentliches Interesse repräsentieren. Der 1. Senat sei daher zu dem Ergebnis gekommen, dass bei einer gemeinwichtigen Anlage das Erfordernis der Parteistellung nicht aufrechterhalten werden müsse, sondern dass die behördliche Genehmigung diese Immissionen decke und den Unterlassungsanspruch grundsätzlich ausschließe.

Um allzu weitreichende Folgen zu vermeiden – nach dem Motto „Wer eine Bewilligung hat, darf machen, was er will, und ist immun gegen Unterlassungsansprüche“ –, wurde der Grundsatz in zweifacher Hinsicht eingeschränkt. Erstens sei die Reichweite begrenzt mit der erteilten Genehmigung. Sobald das Unternehmen festgesetzte Grenzwerte oder Ähnliches verletze, sei die Immunisierung nicht mehr gegeben und der Unterlassungsanspruch möglich. (All das ist im Vorverfahren aber nicht geprüft und erörtert worden. Der Kl bezog sich sogar auf Grenzwerte und Bescheidwerte, die nie vorgebracht und festgestellt wurden.) Zweitens seien nur solche Immissionen hinzunehmen, die für den Betrieb der genehmigten Anlage typisch seien und auch durch zumutbare Vorkehrungen nicht hintangehalten oder verringert werden können. Man habe sich also hinsichtlich der zumutbaren Vorkehrungen im Einzelfall und des wirtschaftlichen Einsatzes vom Unternehmen noch Spielräume offengelassen.

b) Diskussionsbericht⁴⁾

Wagner unterstreicht, dass die Abstufung zwischen den Betriebsanlagen Zustimmung verdiene. Sie konstatiert auch eine Fortentwick-

lung beim Kriterium der zumutbaren Vorkehrungen. Die Entscheidung sei auch aus grundrechtlicher Sicht richtig, weil man nicht grundlos den Nachbarn die Parteistellung und das Recht, gehört zu werden, abschneiden könne, ohne zumindest den Vorkehrungsanspruch zu gewähren. Nicht ganz klar sei, wie man das Klagebegehren bei gemeinwichtigen Anlagen formuliere, weil es letztlich trotzdem beim Primat des Erfolgsverbots bleibe. Im Ergebnis laufe es aber auf Vorkehrungen hinaus, und das verdiene Zustimmung.

Spitzer gibt zu bedenken, dass die Formulierung, wonach es auf die Parteistellung dann nicht ankomme, wenn im Bewilligungsverfahren auf die schutzwürdigen Interessen immerhin generell Rücksicht zu nehmen sei, nicht deutlich sei. Sie insinuiere, dass es verschiedene Klassen von Verwaltungsverfahren gebe. Er vermute dahinter eine grundsätzlichere Frage. Man habe einen Reflex, immer auf das rechtliche Gehör abzustellen und darauf zu achten, dass man einen „Day in Court“ habe, egal ob im Verwaltungsverfahren oder im gerichtlichen Verfahren. Es sei aber eigentlich unklar, wie weit dieser Gedanke wirklich trage.

Musger pflichtet bei und hält fest, dass die Rsp zu § 364 a ABGB auf einer weiten Auslegung von Art 6 EMRK beruhe. Dazu gebe es aber einen schönen Satz des VfGH: Nicht alles, was jemandes Rechtstellung berührt, ist schon „seine Sache“ iSv Art 6 EMRK. *Musger* verweist auf einen parallelen Fall aus seinem Senat: Jemand wird verletzt, aufgrund der Verletzung muss ein Sachwalter bestellt werden. Im Schadenersatzprozess wird unter anderem die im PflEGSCHAFTSVERFAHREN bestimmte Entschädigung des Sachwalters geltend gemacht. Der Schädiger wendet ein, dass die Entschädigung zu hoch bestimmt worden sei. Der OGH habe hier aufgrund schadenersatzrechtlicher Erwägungen eine Tatbestandswirkung der pflegschaftsgerichtlichen Entscheidung angenommen und den Einwand nicht zugelassen. Eine generelle Bindung an Entscheidungen über Vorfragen könne daraus aber selbstverständlich nicht abgeleitet werden.

Brenn erklärt, dass der 8. Senat an der zitierten Entscheidung festhalte. Dieser habe seine Entscheidung auch dahin verstanden, dass sie für sämtliche Anlagen gelte, nicht nur für einen Hubschrauberlandeplatz oder Flugplatz, sondern genauso für eine Straßenbahn, weil in der Gemeinwichtigkeit einer Anlage kein geeignetes Kriterium für eine Differenzierung zu sehen sei. Dieses Kriterium treffe im Übrigen für einen Flugplatz genauso zu. Lasse man – so wie der 8. Senat – den Unterlassungsanspruch bei fehlender Parteistellung und daher mangelndem Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren zu, so wäre nur der Weg, nicht aber das Ergebnis anders. Dem Betroffenen (Kl) müsse im gerichtlichen Verfahren die Möglichkeit gegeben werden, seine Interessen darzulegen. In der Folge habe ein Interessenausgleich stattzufinden. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung sei die Zumutbarkeit der vom Betreiber (Bekl) allenfalls zu ergreifenden Schutzmaßnahmen zu prüfen. Über Erörterung sei dem Kl Gelegenheit zur Modifizierung seines Vorbringens und des Begehrens zu geben. Inhaltlich komme auch nur eine teilweise Stattgebung des Unterlassungsbegehrens in Betracht. Im Ergebnis sei dies nichts anderes als der von *Wagner* vertretene „Vorkehrungsanspruch“. Die erforderliche Interessenabwägung finde aber im Unterlassungsprozess statt, ohne dass der Kl gehalten ist, eine neue Klage (auf Geltendmachung des Vorkehrungsanspruchs) einzubringen.

Rebhahn fragt nach der Abgrenzung der gemeinwichtigen von anderen Anlagen. Ist auch das Klagenfurter Fußballstadion oder das Golf-GTI-Treffen gemeinwichtig? Kommt es auf die wirtschaft-

4) An der Diskussion beteiligt waren Univ.-Prof. Dr. *Erika Wagner*, Univ.-Prof. Dr. *Martin Spitzer*, HR des OGH Dr. *Gottfried Musger*, HR des OGH Dr. *Christoph Brenn*, Univ.-Prof. Dr. *Robert Rebhahn*, Univ.-Prof. Dr. *Christian Holzner*, HR des OGH Univ.-Prof. Dr. *Michael Bydlinski*.

lichen Interessen an, hänge es vom Zeitpunkt der ersten Errichtung oder von der aktuellen Lage ab, was gemeinwichtig ist? Gerade bei Straßenbahnen bestünden in dieser Hinsicht große Unterschiede im Laufe der Zeit. Es sei kein wirkliches Kriterium zu erkennen. Abgesehen davon habe die Entscheidung des 8. Senats einen Hubschrauberlandeplatz betroffen, der für Notflüge benutzt wurde, weshalb ohnedies eine gemeinwichtige Anlage vorgelegen sein müsste.

Holzner zeigt Verständnis für die Entscheidung. Bei den Verkehrslärmimmissionen von öffentlichen Straßen gehe man davon aus, dass diese nicht von § 364 a ABGB erfasst sind. Dabei handle es sich um ein allgemeines Problem der Enteignungsschädigung: Wenn die Allgemeinheit zu Lasten Einzelner profitiere, dann müsse man – wenn ein Sonderopfer erbracht werde – eine Enteignungsschädigung vorsehen. Bei den Straßenbahnen gehe es um die Substituierung des Straßenverkehrs. Es sei eine Gesellschaft beteiligt, die meistens ohnehin einer Kommune angehöre. Das öffentliche Interesse am öffentlichen Verkehr werde befördert und gefördert. Es sei verständlich, dass man in diesem Fall versuche, die Anforderungen an den Unterlassungsanspruch hinaufzusetzen. Man sollte den Ball wieder an das öffentliche Recht zurückspielen. Der Gesetzgeber solle im öffentlichen Recht dafür sorgen, dass für solche Fälle angemessene Entschädigungen vorgesehen sind. Das entscheidende Kriterium für einen Unterlassungsanspruch liege im Übrigen auch nicht darin, ob den Immissionsbetroffenen im Verwaltungsverfahren formelle Parteistellung gewährt worden sei.

3. Rückersatz des Geschäftsherrn gegen den Gehilfen auf Verfahrenskosten des Vorprozesses zwischen Drittem und Geschäftsherrn⁵⁾

a) Referat: HR Dr. Johann Höllwerth

Auf dem Dach einer Schule der Gemeinde Wien wird von der Generalunternehmerin (GU) ein Ballsportplatz errichtet, auf dem ein Fangnetz angebracht werden muss, dessen Errichtung an einen Subunternehmer (SU) vergeben wird. Obwohl das Fangnetz selbst funktioniert, ist die Ausführung mangelhaft, da die Verankerungspfeiler tief in das Gebäude eingebracht sind und die Dachhaut durchstoßen, weshalb Regen eindringen kann. Im Prozess der Gemeinde Wien gegen die GU auf Schadenersatz und Gewährleistung wird eine Verschuldensteilung von 1 : 1 vorgenommen. Der Fehler wird sowohl im Gewerk des SU gesehen als auch in der Verletzung von Kontroll- und Aufsichtspflichten durch die Gemeinde Wien. Die GU hatte ihrem SU im Vorprozess den Streit verkündet, der SU war als Nebenintervenient beigetreten.

Im Folgeprozess, mit dem der Senat des Referenten befasst war, klagt die GU ihren SU mit der Begründung, im Erstprozess habe sich die Fehlerhaftigkeit seines Gewerks herausgestellt. Geltend gemacht werden einerseits die Schadenersatz- und Mängelbehebungskosten, welche die GU gegenüber der Gemeinde Wien zu bezahlen hatte, als auch die gesamten Prozesskosten des Erstprozesses sowie ein Teil der an die Gemeinde Wien noch zu bezahlenden Barauslagen.

Die Vorinstanzen entscheiden gleichlautend, dass die Schadenersatzpflicht des SU auch die Prozesskosten des Vorprozesses mitumfasst sowie dass dem Einwand des SU, der Fehler liege in Wahrheit bei der GU, weil diese falsche Pläne geliefert und falsche Anleitungen gegeben hätte, die Bindungswirkung des Vorprozesses entgegenstehe.

Laut *Höllwerth* galt es zwei Fragen zu klären: ob der Regress auch die Prozesskosten des Vorverfahrens umfasst, sowie die Reichweite der Bindungswirkung des Erstprozesses. Die bisherige Rsp unterscheide zwei Fallkonstellationen, je nachdem, ob der Erstprozess für den GU ein Aktiv- oder ein Passivprozess sei. Im konkreten Fall handelte es sich um einen Passivprozess, weil nicht

die GU den Werklohn einklagte, sondern auf Gewährleistung in Anspruch genommen wurde.

Die Rsp beim Aktivprozess habe sich, vorsichtig ausgedrückt, im Laufe der Jahre entwickelt. In den 1980er- und 1990er-Jahren habe man einen Regress hinsichtlich der Prozesskosten gänzlich abgelehnt, da der Kl immer auf eigenes Risiko prozessiere. Zuletzt sei die Tendenz allerdings dahin gegangen, den Regress auch beim Aktivprozess unter bestimmten Voraussetzungen zu bejahen: Zur bloßen Schlechterfüllung müsse noch eine spezifische Pflichtverletzung hinzukommen, die idR darin bestehe, dass der SU auf Nachfrage des GU vor Prozesseinleitung noch einmal bestätigt, dass das Werk mangelfrei sei. Darin sei eine Informationspflichtverletzung zu sehen, die den Regress ermögliche.

Für Passivprozesse habe man zwei Vorentscheidungen als einschlägig erachtet. 2001 bejahte der 2. Senat den Regress generell mit der Begründung, der GU könne den Passivprozess idR nicht abwehren. Abgesehen von absurden Prozessführungen, bei denen der GU schon wisse, dass der Mangel bestehe und im Bereich des SU zu finden sei, könne er den Passivprozess nur durch Unterwerfung verhindern. In allen anderen Konstellationen werde er in das Verfahren gezwungen. 2004 tendierte der 1. Senat eher in die Gegenrichtung und vertrat wie die ältere Rsp, dass grundsätzlich auch im Passivprozess jeder auf eigenes Risiko prozessiere. Zur Beurteilung der Zulässigkeit des Regresses wäre eine Gesamtabwägung erforderlich. Allerdings finde sich auch hier der Hinweis, dass vom SU verursachte Informationsdefizite einen solchen Regress begründen könnten.

Nach *Höllwerth* habe man sich für die Variante des 2. Senats entschieden und vertreten, im Passivprozess erstreckte sich – von den absurden Rechtsverfolgungen abgesehen – die werkvertragliche Sorgfaltspflicht auch auf den Schadenersatz aus dem Vorprozess. Voraussetzung sei lediglich, dass bei Auftragserteilung für den späteren SU erkennbar gewesen sei, dass die Leistung, die er erbringe, für einen fremden Dritten bestimmt sei. Dann seien mögliche Schadenersatzprozesse bei mangelhafter Leistung absehbar und vom Schutzbereich des Werkvertrags umfasst.

Kurz darauf folgte der 8. Senat in einer Entscheidung dieser Rsp und im Mai 2016 bejahte der 6. Senat für den Aktivprozess ebenfalls allein aufgrund der Nebenintervention des SU im Erstprozess den Regress hinsichtlich der Prozesskosten. Sollten noch drei, vier andere Senate folgen, dann gebe es eine einheitliche Rsp. Ob sie richtig sei, werde auch die Wissenschaft beurteilen, aber wenn sie zumindest einheitlich sei, sei das schon ein Gewinn.

b) Diskussionsbericht⁶⁾

P. Bydliński spricht sich für eine vertragliche Rückfrageobliegenheit auch beim Passivprozess aus. Der GU solle sich zunächst an den SU wenden und rückfragen, ob die Behauptungen stimmen. Schließlich sei es nicht lebensnahe, dass die Klage aus heiterem Himmel komme. Für den Fall, dass der SU seine Hauptleistung nicht ordentlich erfüllt habe, sei eine Nebenpflicht, den GU von Haftungsansprüchen freizustellen, also den Auftraggeber direkt zu befriedigen, oder den GU in jeder Hinsicht zu unterstützen. Dazu sei es freilich notwendig, dass der SU vom GU vorweg angegangen und aufgefordert werde, Informationen zu geben und für den Fall einer Haftpflicht zu leisten. Werde hingegen der GU geklagt, die Rückfrageobliegenheit missachtet und lediglich ein Prozess ge-

5) OGH 7 Ob 114 /15p.

6) An der Diskussion beteiligt waren Univ.-Prof. Dr. Peter Bydliński, Univ.-Prof. Dr. Ernst Karner, Univ.-Prof. Dr. Silvia Dullinger, HR des OGH Dr. Johann Höllwerth, Univ.-Prof. Dr. Christian Huber, RA Dr. Stephan Steinhofner und VP des OGH Dr. Elisabeth Lovrek.

führt, sei dies hinsichtlich des Regresses für die angefallenen Prozesskosten nicht unproblematisch.

Karner stimmt zu und ergänzt, dass es sich um einen klaren Fall einer Schadensminderungspflicht handle. Die Verpflichtung, nachzufragen, sei jedenfalls zumutbar und ergebe sich aus den wechselseitigen vertraglichen Pflichten, weshalb die Voraussetzungen des § 1304 ABGB vorlägen.

Dullinger gibt zu bedenken, dass die Differenzierung zwischen Aktiv- und Passivprozess nicht unmittelbar einleuchtend und in der Sache durchaus problematisch sei. Es hänge oft vom Zufall ab, ob es zu einem Aktiv- oder einem Passivprozess komme. Wurde an den Werkunternehmer, also konkret an den GU, nicht bezahlt, dann müsse er den Aktivprozess führen. Wenn aber bezahlt ist, dann werde er geklagt. Im Übrigen werde der SU jedenfalls haftpflichtig, wenn er selbst nicht ordnungsgemäß geleistet habe. Gewährleistungsrechtlich sei dieser schließlich seinem Vertragspartner gegenüber, also dem GU, zunächst zur Verbesserung verpflichtet. Wenn er sich insofern nicht pflichtgemäß verhalte, dann habe er dem GU natürlich auch alle Schäden, die aus seinem pflichtwidrigen Verhalten entstehen, zu ersetzen. Aus Schadenersatzrechtlicher Sicht sei dies eher unproblematisch.

Höllwerth stimmt zu, auch nach seiner Ansicht sollte die Unterscheidung aufgegeben werden. Es sei sehr erfreulich, dass sich die Beurteilung in Richtung einer parallelen Betrachtung beider Seiten entwickelt.

Huber wirft ein, dass der SU vom ersten Moment an durch Anerkennung die Möglichkeit habe, steuernd einzugreifen und damit die Prozesskosten zu vermeiden. Der SU stehe der Sache auch viel näher, weil er das Werk erstellt habe. Der OGH sei offenbar bemüht, zwei Fallgruppen miteinander zu versöhnen bzw eine einheitliche Linie zu finden. Die Konstellation sei nämlich nicht auf den Vertrag beschränkt, sondern trete auch im außervertraglichen Bereich auf. Dabei bestehe für den, der die Schuld letztlich zu tragen habe, stets die Möglichkeit, korrigierend einzugreifen und die Verfahrenskosten zu vermeiden. Mache er dies nicht, dann müsse er dafür einstehen. Man prozessiere eben nicht immer auf eigenes Risiko, daher verdiene die Rsp uneingeschränkte Zustimmung.

Steinhofner stimmt der Entscheidung ebenfalls zu. Die ältere Rsp, welche die Kosten nicht als adäquate Folge der Pflichtverletzung des SU qualifiziert, sei abzulehnen. Im Übrigen müsse man die ZPO ernst nehmen, weshalb die Streitverkündung durch den GU ausreichend sei. Schließlich habe auch der Nebenintervenient alle Möglichkeiten, sich im Prozess einzubringen. Gestehe der SU hingegen nach Streitverkündung einen Fehler ein und der GU prozessiere dennoch weiter, dann sei der SU von der Ersatzpflicht befreit.

P. Bydlinski kommt noch einmal auf den Zeitraum vor Prozesseinleitung zurück. Der GU müsse sich zunächst an den SU wenden; sofern dieser darauf nicht reagiere, sei den bisherigen Ausführungen zuzustimmen. Über diese Obliegenheit dürfe aber nicht hinweggesehen werden.

Lovrek stimmt abschließend zu und gibt zu bedenken, dass im Normalfall niemand überrascht werde. Der Besteller gebe entweder an, warum er den Werklohn nicht zahle, oder er reklamiere Schäden. Dass die Klage aus heiterem Himmel komme, sei auch im Passivprozess nicht die Regel.

4. Diskriminierung aufgrund der Religion iZm dem Verbot des Tragens des islamischen Kopftuchs bzw der Abaya (islamisches Übergewand)⁷⁾

a) Referat: HR Dr. Christoph Brenn

Der Referent trägt eine Entscheidung eines fremden Senats vor, die eine Frage des Gleichbehandlungsgesetzes und des unionsrechtli-

chen Diskriminierungsverbots betrifft: Die Kl war in den Jahren 2009 – 2014 bei einem Notar angestellt, wo sie im Empfangsbereich tätig war und manchmal auch als Testamentszeugin herangezogen wurde. 2010 konvertierte sie zum Islam. Ab diesem Zeitpunkt trug sie in Anwesenheit von Männern ein Kopftuch. Im Februar 2010 ersuchte sie ihren Arbeitgeber, das Kopftuch auch während der Arbeit tragen zu dürfen. Der Notar erklärte sich zunächst zwar nicht damit einverstanden, erhob im Oktober 2010, als die Kl zur Arbeit mit dem Kopftuch erschien, dagegen aber keinen Einwand.

Im März 2014 trat die Kl mit dem Anliegen an den Notar heran, einen Gesichtsschleier zu tragen. Dies sei, so der Notar, mit dem normalen Kanzleibetrieb nicht mehr in Einklang zu bringen. Zwar wäre die Kl bereit gewesen, im Kundenkontakt den Gesichtsschleier abzunehmen. Der Notar war damit allerdings nicht einverstanden und kündigte aus diesem Grund das Arbeitsverhältnis.

Die Kl begehrte Schadenersatz nach dem GIBG in Höhe von € 7.000,- und berief sich auf eine Diskriminierung wegen der Religion.

Das ErstG wies das Klagebegehren zur Gänze ab. Das BerG hob die Entscheidung des ErstG auf, weil das Begehren zu unbestimmt formuliert sei.

Der OGH gab dem Rekurs beider Parteien Folge, hob die Entscheidungen der Vorinstanzen auf und sprach der Kl € 1.200,- zu, während er das Mehrbegehren in Höhe von € 5.800,- abwies. Die Abweisung erfolgte im Hinblick auf die geltend gemachte Diskriminierung wegen Tragens des Gesichtsschleiers. Der Zuspruch bezog sich auf die Diskriminierung wegen Tragens des Kopftuchs und auf die Einschränkung der Tätigkeit als Testamentszeugin. An die Aufschlüsselung seien keine übertriebenen Anforderungen zu stellen.

Die Entscheidung setzt sich zunächst mit dem Begriff der Religion und deren Ausübung auseinander. Dabei nimmt der OGH auf Art 14 StGG und Art 9 EMRK Bezug. Demnach sei es nicht relevant, ob das Tragen von Gesichtsschleier und Kopftuch konkreten Rechtsvorschriften nach dem islamischen Glauben entsprechen würde, die tatsächliche Übung reiche aus. Die referierte Entscheidung gelangt zum Ergebnis, dass eine unmittelbare Diskriminierung (Ungleichbehandlung) wegen der Religion vorliege, weil religiöse Kleidungsstücke keine neutralen Unterscheidungskriterien darstellen würden. Eine Rechtfertigung im Zusammenhang mit dem Tragen des Gesichtsschleiers sei aber möglich, soweit das Verbot eine berufliche Anforderung betreffe. Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie spricht im gegebenen Zusammenhang von „beruflicher Anforderung“, während das GIBG auf die „berufliche Voraussetzung“ abstellt. Auf Basis dieser Überlegungen kommt der 9. Senat zum Ergebnis, dass es im Kundenkontakt wichtig sei und den Gepflogenheiten entspreche, das gesamte Gesicht des Gesprächspartners einschließlich der Augen und der Mimik zu sehen. Dies gehöre zu den Grundregeln der zwischenmenschlichen Kommunikation und Interaktion. Aus diesem Grund entspreche die zu beurteilende Maßnahme, nämlich das Verbot des Notars, einer beruflichen Anforderung. Das Verbot des Notars zum Tragen des Gesichtsschleiers sei daher gerechtfertigt.

Anders beurteilt der 9. Senat die Situation im Zusammenhang mit dem Kopftuch. Er wirft dem Notar vor, einen nicht nachvollziehbaren Gesinnungswandel vollzogen zu haben, weil er das Kopftuch zunächst ohne besondere Einwände toleriert und erst später eine Einschränkung erklärt hat.

Brenn stellt abschließend seiner Ansicht nach wichtige Fragen in den Raum. Erstens werde in der Entscheidung auf die EMRK

7) OGH 9 Oba 117/15v.

Bezug genommen. Fraglich sei, ob das vom Ansatz richtig sei, zumal der Anwendungsbereich des Unionrechts eröffnet sei. In diesem Fall gelange ausschließlich die GRC zur Anwendung, weshalb auch auf die GRC Bezug zu nehmen wäre. Die GRC regelt die Religionsfreiheit in Art 10. Weiters stelle sich die Frage, ob es im Anlassfall wirklich um die Religionsfreiheit gehe. In Wirklichkeit sei ein Diskriminierungstatbestand wegen der Religion auf der Grundlage des Art 21 GRC in Verbindung mit der zugrunde liegenden Antidiskriminierungsrichtlinie zu beurteilen; die Richtlinie konkretisiere nach der stRsp des EuGH Art 21 GRC.

Die entscheidende Frage sei nach Auffassung *Brenns*, ob eine mittelbare oder eine unmittelbare Ungleichbehandlung vorliege. Demnach sei zu fragen, ob ein Verbot, das im Zusammenhang mit einem Gesichtsschleier oder mit einem Kopftuch ausgesprochen werde, an das Merkmal der Religion anknüpfe und ob die Bekleidung davon umfasst sei. Der EuGH nehme zwar eine weite Interpretation vor, in den bisherigen Entscheidungen gehe es aber immer – wie zum Beispiel beim Geschlecht – um persönliche Merkmale, die man nicht ändern könne. Zur Frage des Vorliegens einer Behinderung habe der EuGH hingegen ausgesprochen, dass eine Adipositas mit einer Behinderung nicht vergleichbar sei, weil selbst schwere Krankheiten den Behindertentatbestand nicht erfüllen könnten und daher kein Diskriminierungsschutz bestehe. Daraus könne durchaus abgeleitet werden, dass bei nicht vorgegebenen, also abänderbaren Merkmalen ein enger Ansatz zu wählen sei. In diesem Fall müsse man zum Schluss gelangen, dass religiöses Gewand nicht vom geschützten Merkmal „Religion“ umfasst sei.

Selbst wenn dieses Merkmal auch die religiöse Bekleidung umfassen würde, sei fraglich, ob es nicht darauf ankomme, dass der Notar die Religionsausübung in irgendeiner Art und Weise beeinträchtigen wollte. Der Notar müsse nämlich die Möglichkeit haben, eine allgemeine Bekleidungs Vorschrift einzuführen. Eine Bekleidungs Vorschrift knüpfe aber nicht an der Religion an, weshalb die Schlussfolgerung gerechtfertigt sei, dass nur eine mittelbare Ungleichbehandlung vorliege. Dieser Unterscheidung komme auf der Ebene der Rechtfertigung zentrale Bedeutung zu. Während bei einer unmittelbaren Ungleichbehandlung nur der Rechtfertigungsgrund der beruflichen Anforderung zur Verfügung stehe, könne bei mittelbarer Ungleichbehandlung jedes legitime Interesse als Rechtfertigungsgrund vorgebracht werden, so etwa auch die Neutralität der Bekleidung und der Weltanschauung.

Abschließend verweist *Brenn* auf zwei einschlägige Fälle, die beim EuGH anhängig sind. Derzeit liegen erst die beiden Schlussanträge, der eine von Generalanwältin *Kokott* und der andere von Generalanwältin *Sharpston*, vor. *Sharpston* vertritt eine unmittelbare Ungleichbehandlung, die beim Kopftuch nicht gerechtfertigt sei, weil die Kommunikation und Interaktion dadurch nicht behindert wären. Damit stehe sie auf einer Linie mit der Entscheidung des 9. Senats. *Kokott* ist demgegenüber anderer Ansicht und geht von einer nur mittelbaren Ungleichbehandlung aus. Nach ihr handelt es sich bei den Anordnungen des Arbeitgebers um neutrale Bekleidungs Vorschriften. *Kokott* geht sogar noch einen Schritt weiter und meint, die Neutralität der Bekleidung komme als berufliche Anforderung in Betracht, sodass auch im Zusammenhang mit einem Kopftuchverbot selbst eine unmittelbare Ungleichbehandlung gerechtfertigt wäre.

b) Diskussionsbericht⁸⁾

Huber stimmt eingangs dem referierten Schlussantrag *Kokotts* zu und verweist auf das Grundrecht des Eigentums, woraus sich ein Recht der unternehmerischen Freiheit ableite. Jeder McDonald's-Laden könne seinen Angestellten auferlegen, in welcher Beklei-

dung sie auftreten. Dies müsse auch für einen Notar gelten, der ein bestimmtes Erscheinungsbild von seinen Mitarbeitern verlangen könne. In Deutschland wäre in diesem Fall eine Schadenersatzpflicht ausgeschlossen.

Perner nimmt auf die Wortmeldung *Hubers* Bezug und merkt an, dass diesen Ausführungen die rechtliche Fundierung fehle. Es gehe darum, dass diese Fragen – unabhängig von ihrer inhaltlichen Bewertung – durch Richtlinien der EU determiniert sind. Der Gerichtshof hätte es sich daher insofern leicht machen und vorlegen können. In Wahrheit gehe es durchwegs um Grundfragen der Richtlinienauslegung. Der Diskutant teilt zwar nicht die Kritik an der Anwendung der EMRK, weil man darüber mittels Art 6 EUV und der Konvergenz zwischen GRC und EMRK-Grundrechten hinwegkomme. Hauptansatzpunkt sei aber der Umstand, dass man hätte vorlegen müssen.

Rebhahn verweist zunächst darauf, dass auch eine Diskriminierung wegen der Weltanschauung verboten sei. Notariatsbediensteten Hammer- und Sichelabzeichen zu verbieten, könne somit ebenfalls problematisch werden. Die Frage der unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung hänge davon ab, ob man in der Anordnung des Notars eine abstrakte oder eine konkrete Regelung sehe. Verstehe man die Vorschrift – im Einklang mit dem 9. Senat – als konkrete Regelung, dann spreche dies eher für eine unmittelbare Benachteiligung. Es gehe hier nicht um das Auftreten in der Öffentlichkeit, sondern im Arbeitsleben und um den Schutz einer bestimmten persönlichen Einstellung und deren äußeren Ausdruck gegenüber einem anderen Privatrechtssubjekt, das auch Grundrechte habe. In fast allen anderen Kontexten würde man fragen, ob die Bekleidungsregel, auf die man sich berufe, mit den Grundwerten des Unionsrechts übereinstimme. Hier falle auf, dass es eine geschlechtsspezifische Bekleidungsregel sei. Es handle sich um eine Bekleidungsregel nicht des Arbeitgebers, sondern der Religion, weshalb fraglich sei, ob die Rechtsordnung diese Verhaltensempfehlung schützen solle.

Als Mitglied des 9. Senats, der die Entscheidung getroffen hat, nimmt *Dehn* Stellung. Das Urteil sei so nahe wie möglich am Fall gehalten. Man sei von einer unmittelbaren Diskriminierung ausgegangen, weil es gerade keine dem Anschein nach neutrale allgemeine Bekleidungs Vorschrift gegeben habe, sondern nur eine unausgesprochene Erwartungshaltung und in der Folge ein Gebot, das nur an die Kl gerichtet gewesen sei. Das führe zur Frage der Rechtfertigung. Grundrechtliche Überlegungen, die man in diesem Zusammenhang sonst haben könnte, wie zB die Erwerbsfreiheit des Notars, hätten im Rahmen der Gleichbehandlung keinen Platz. Man könne lediglich fragen, ob es sich um eine berufliche Anforderung handle. Da die Kl am Empfangsbereich gesessen sei und als Testamentszeugin gesehen werden müsse, sei dieses Merkmal zu bejahen gewesen. Die Entscheidung reduziere sich ausschließlich darauf, weshalb man sie sehr gut mit den Anforderungen zwischenmenschlicher Kommunikation begründen konnte.

Man habe nicht vorgelegt, weil es sich um keine allgemeine Entscheidung zum Thema Burka- oder Kopftuchverbot handelte. Was offenbleiben konnte, sei die Frage der Weltanschauung, das vielleicht noch viel größere Problem. Was, wenn jemand mit Nudelsieb am Kopf erscheint, die Fußballclubzugehörigkeit, Tätowierungen und Ähnliches offen zur Schau stellt? Wie weit man in diesem Zusammenhang gehen kann, sei noch ungeklärt, aber im vorliegenden Fall nicht zu beantworten gewesen.

8) An der Diskussion beteiligt waren Univ.-Prof. Dr. *Christian Huber*, Univ.-Prof. *Stefan Perner*, Univ.-Prof. Dr. *Robert Rebhahn* und HR des OGH Hon.-Prof. Dr. *Wilma Dehn*.

5. Trauerschmerz bei Tod nach Unfall und verweigerter Bluttransfusion⁹⁾

a) Referat: HR Dr. Gottfried Musger

An einem Verkehrsunfall ist ein ausländisches Fahrzeug beteiligt, weshalb der bekl. Versicherungsverband zur Haftung herangezogen wird. Der Lenker des ausländischen Fahrzeugs handelt grob fahrlässig. Die Frau des Kl wird schwer verletzt, aber in stabilem Zustand ins Spital eingeliefert. Aus religiösen Gründen verweigert sie eine Bluttransfusion und stirbt daher am nächsten Tag.

Der Witwer macht Trauerschmerzensgeld und die Begräbniskosten geltend. Die Bekl wendet die Verweigerung der Bluttransfusion als Verletzung der Schadensminderungspflicht ein. Dies wird vom OGH im ersten Rechtsgang bejaht: Die Verweigerung der Bluttransfusion sei zwar nicht rechtswidrig, dürfe aber nicht dem Haftpflichtigen zur Last fallen. Es waren aber weitere Feststellungen zur Kausalität der Schadensminderungspflichtverletzung erforderlich.

Nach den Ergebnissen des zweiten Rechtsgangs war die Kausalität zu bejahen. Allerdings erhob der Kl nun einen Gegeneinwand. Bei Vornahme der Bluttransfusion hätte die Geschädigte zwar überlebt, der vom Bekl zu ersetzende Schaden wäre aber gerade aus diesem Grund wesentlich höher gewesen. Aus der ökonomischen Analyse des Rechts wisse man, dass es in vielen Fällen ökonomisch günstiger sei, jemanden zu töten, als ihn schwer zu verletzen.

Nach *Musger* wurden drei Ansätze überlegt, mit diesem Einwand umzugehen: Verneinung der Schadensminderungspflicht, Vorteilsanrechnung und Einwand des „sorgfältigen Alternativverhaltens“ in eigenen Angelegenheiten. Der OGH hat den letztgenannten Weg gewählt. Sorgfältiges Verhalten in eigenen Angelegenheiten hätte im konkreten Fall einen rechnerisch weit höheren Schaden verursacht. Das müsse dazu führen, dass der Klage, trotz Verletzung der Schadensminderungspflicht, stattgegeben werde.

Der Referent thematisiert noch das Problem, dass der Witwer einen eigenen Schaden geltend mache, weshalb fraglich sei, warum es überhaupt auf die Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die Verstorbene ankommen sollte. Dafür verweist er auf die ständige Judikatur des OGH, wonach sich der mittelbar Geschädigte das Mitverschulden des unmittelbar Verletzten anrechnen lassen müsse. Allenfalls könnte man darüber diskutieren, ob bei einem echten Schockschaden mit Krankheitswert anders zu entscheiden sei. Diese Frage habe sich aber im konkreten Fall nicht gestellt.

b) Diskussionsbericht¹⁰⁾

Karner stimmt der Entscheidung zu. Er halte es grundsätzlich für vertretbar, dass man demjenigen, der seine Gewissensfreiheit ausübe, auch das Risiko für die eigenen Gewissensentscheidungen auferlege. Richtig sei auch, dass die Verletzung einer Schadensminderungspflicht aber nur dann ins Gewicht fallen könne, wenn sie für die Vergrößerung des Schadens kausal gewesen sei. Die Kausalität der Schadensminderungspflichtverletzung sei jedoch vom Schädiger zu beweisen.

Karner merkt noch einen weiteren Punkt an. Es gäbe auch Fälle, bei denen jemand die Bluttransfusion verweigert, aber nicht stirbt und dies tatsächlich zu einer Schadensvergrößerung führt. Hier wäre wichtig zu beachten, dass die Verletzung der Schadensminderungspflicht so zu sehen sei wie ein Mitverschulden. Es müsse also zu einer Teilung des vergrößerten Schadens kommen. Das Verhalten eines Zeugen Jehovas, der aus Glaubensgründen in dieser Situation sein Leben aufs Spiel setze, stelle aber einen wesentlich schwächeren Zurechnungsgrund dar als beispielsweise das Fehlverhalten eines Berufschaffeurs, der jemandem durch einen Fahrfehler grob fahrlässig den Fuß „amputiere“. Dies müsse bei der Aufteilung des Schadens entsprechend berücksichtigt werden.

Huber merkt an, die Entscheidung noch nicht gelesen zu haben, und stellt eine Verständnisfrage. Dem OGH sei es nur um das Schmerzensgeld gegangen. Soll man im Rahmen der Vergleichsbetrachtung Schadensposten isoliert wahrnehmen oder eine Globalbetrachtung vornehmen? Je nachdem, ob man mit anderen Schäden – zB Unterhaltersatz nach § 1327 ABGB – verrechnen könne oder isoliert vorgehe, könne das unter Umständen auch Auswirkungen auf Regressansprüche der Sozialversicherungsträger haben.

Musger antwortet, ein Argument für die dogmatische Einordnung sei gewesen, dass man bei der Vorteilsanrechnung auf kongruente Vorteile beschränkt sei, während es bei der gewählten Lösung nur auf den rechnerischen Schaden ankomme.

Dullinger merkt zu *Karner* an, dass in Judikatur und Literatur verschiedene Auffassungen darüber bestehen, ob bei Verletzung der Schadensminderungspflicht – wie beim Mitverschulden – prozentuell geteilt werde oder ob der Geschädigte jene Schäden, die durch die Verletzung der Obliegenheit zusätzlich entstanden seien, selbst tragen müsse.

Karner repliziert, dass es zahlreiche jüngere Entscheidungen gebe, die von der Ansicht, dass bei einer Verletzung der Schadensminderungspflicht ein Ersatz des vergrößerten Schadens stets zur Gänze zu entfallen habe, abgegangen seien. Auch *Apathy*, *Koziol* und er selbst seien der Auffassung, dass es sachgerecht sei, den Schaden wie beim Mitverschulden nach der Schwere der Zurechnungsgründe zu teilen. Es sei alles andere als überzeugend, dass eine juristische Sekunde zu einem gänzlichen Umschwung führen solle. Die Obliegenheit der Schadensminderung beginne ja in der Sekunde nach dem Unfall. Beim Mitverschulden teile man, aber in der Sekunde nach dem Unfall solle jedes Fehlverhalten nur mehr dem Geschädigten zugerechnet werden. Dies wäre eindeutig sachwidrig.

Steininger stimmt der Entscheidung ebenfalls zu und meint, dass die Anknüpfung am Normzweck äußerst sinnvoll sei. Man könne sogar schon früher ansetzen, indem man sich überlege, welches Verhalten überhaupt eine Schadensminderungspflicht verletze. Wenn das Verhalten gar nicht geeignet wäre, den Schaden zu mindern, wenn man also durch die Bluttransfusion den Schaden gar nicht verringern könne, dann müsse man davon ausgehen, dass überhaupt keine Obliegenheitsverletzung gegeben sei. Der Unterschied zur tatsächlich gewählten Variante sei aber nicht sehr groß.

Musger präsentiert für die Diskussion einen zweiten Verkehrsunfall. Ein Auto fährt auf der Landstraße mit 50 km/h und kommt einer Rennradfahrergruppe entgegen. Die Radfahrer erschrecken, die Gruppe reißt auseinander, einer der Radfahrer kippt in das entgegenkommende Auto und wird schwer verletzt. Der OGH habe entschieden, dass den Lenker kein Verschulden getroffen habe und er auch die gebotene Sorgfalt iSv § 9 EKHG eingehalten habe, sodass sich keine weiteren Probleme ergaben.

Denkbar wäre aber auch die Annahme gewesen, dass § 9 EKHG eine leichte Verminderung der Geschwindigkeit erfordert hätte. Bei einem solchen Verhalten wäre der Verletzte nach den Feststellungen des ErstG mit hoher Wahrscheinlichkeit gestorben, weil er dann überfahren worden wäre. Die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt hätte daher – gegenüber den tatsächlich eingetretenen Verletzungen – zu einem weit geringeren rechnerischen Schaden geführt. Wäre in diesem Fall der Einwand des sorgfältigen Alternativverhaltens trotzdem erfolgreich, weil der Tod bei wertender Betrachtung immer schwerer wiegt als eine Verletzung, oder käme es tatsächlich nur auf den rechnerischen Schaden an?

9) OGH 2 Ob 148/15 a.

10) An der Diskussion beteiligt waren Univ.-Prof. Dr. *Ernst Karner*, Univ.-Prof. Dr. *Christian Huber*, HR des OGH Dr. *Gottfried Musger*, Univ.-Prof. Dr. *Silvia Dullinger*, Ass.-Prof. Dr. *Barbara Steininger* und VP des OGH Dr. *Elisabeth Lovrek*.

Karner und *Lovrek* stimmen zu, dass der Fall schwierig zu beurteilen sei. Der Senat habe aber wohl eine gute Lösung gefunden. Davon abgesehen sei aber davon auszugehen, dass das Leben als höchstes Rechtsgut auch den größten Schutz verdiene und dieser Schutz jedenfalls nicht unterlaufen werden dürfe. Hätte eine geringere Geschwindigkeit, deren Einhaltung geboten gewesen sei, zu einem schwerwiegenderen Schaden, nämlich dem Tod geführt, sei der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens nach *Karner* daher zulässig. Gerade eine derartige Fallkonstellation zeige allerdings, dass auch bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten eine Schadensteilung, wie sie *Koziol* generell vertrete, zuweilen sachgerechter erscheine. Auf den ersten Blick bestünde zwischen dem eben genannten Beispiel und der referierten „Jehova“-Entscheidung ein gewisses Spannungsverhältnis, doch sei – wie *Karner* weiter ausführt – zweierlei zu bedenken: Während die Verletzung der Schadensminderungspflicht im „Jehova“-Fall gar nicht kausal für eine Vergrößerung des Schadens gewesen sei, hätte der Schädiger die schwere Verletzung des Radfahrers unzweifelhaft verursacht, und es stelle sich die Frage, ob bei einem bloß gedachten hypothetischen Alternativverhalten ein gänzlicher oder teilweiser Ausschluss der Haftung bei wertender Betrachtung geboten erscheine, was zu bejahen sei. Überdies sei zu berücksichtigen, dass es bei der Schadensminderungspflicht um eine bloße Obliegenheit gehe, weil niemand dazu verpflichtet sei, sein eigenes Leben zu schonen, während sehr wohl eine Pflicht bestünde, das Leben anderer zu achten.

6. Verjährung bei verschiedenen Beratungsfehlern; „Trennungs- oder Einheitsthese“¹¹⁾

a) Referat: HR Hon.-Prof. Dr. Wilma Dehn und HR Mag. Herbert Painsi

Zunächst geht *Dehn* auf die Entscheidung 6 Ob 153/15s ein. Im Jahr 2004 nimmt ein Ehepaar einen Fremdwährungskredit (Schweizer Franken) auf, endfällig 2028, besichert über einen Tilgungsträger, nämlich eine gebundene Lebensversicherung. Hier würden sich alle Risiken verdichten, nämlich das Fremdwährungsrisiko, das Zinsänderungsrisiko und darüber hinaus das Risiko, wie sich der Tilgungsträger entwickle und ob er die Performance haben werde, damit der Kredit 2028 zurückgezahlt werden könne.

2008 kommt es zu einem Informationsgespräch mit einem Bankmitarbeiter. Nach den Feststellungen weiß man bereits, in welche Richtung sich die Situation entwickelt. Der Kl und seine Frau werden auf diese Entwicklung, die fallenden Börsenkurse und darauf hingewiesen, dass die Ansparpläne nicht einhaltbar seien. Eine Erholung der Märkte sei nicht prognostizierbar. Mögliche Verluste könne es geben, was mit Beispielen vorgerechnet wird. Die besprochenen Risiken werden im Überblick auf einem Informationsblatt festgehalten. Dennoch beschließen der Kl und seine Frau nichts zu tun.

Im November 2010 kommt es zu einem neuerlichen Informationsgespräch. 2012 teilt man mit, dass die Deckungslücke noch größer sei. Der Kl zahlt daraufhin in einen weiteren Fonds als Tilgungsträger ein. Im September 2013 wird es ihm endgültig unheimlich und er klagt auf Feststellung der Ersatzpflicht für die Schäden, die aus der Aufklärungspflichtverletzung entstehen könnten.

Die bekl Partei wendet Verjährung ein. Das ErstG folgt dem Einwand und weist ab, während dem BerG noch Feststellungen fehlen und es die Entscheidung daher aufhebt, den Rekurs aber zulässt.

Der OGH stellt – wie man das aus der Judikatur zur Anlegerberatung kenne – darauf ab, zu welchem Zeitpunkt der Geschädigte erkennt, dass ein Gesamtkonzept den Zusagen nicht entspricht. Dies entspreche der gefestigten Rsp. Die Entscheidung befinde sich auf dem Boden der gemäßigten Einheitstheorie. Die Folgeschäden lösen verjährungsrechtlich also keinen gesonderten

Fristenlauf aus. Deshalb müsse man mit dem Primärschaden eine Feststellungsklage einbringen, wenn der Schaden sonst nicht näher bezifferbar sei. Nur für nicht voraussehbare Folgeschäden laufe ein eigenes Verjährungsregime. Es gehe also nicht darum, dass verschiedene Schäden vorliegen, sondern dass die Verjährungsfrist dann beginne, wenn dem Kl der anspruchsbegründende Sachverhalt bekannt geworden sei. Der Kl könne sich aber aussuchen, auf welche Pflichtverletzung er sich stütze. Dieser Gesichtspunkt könne bei einem Fremdwährungskredit unter Umständen Bedeutung erlangen, weil dieser eben verschiedene Risiken beinhalte. Im konkreten Fall konnten diese Überlegungen aber dahingestellt bleiben, weil schon 2008 erkennbar gewesen war, dass ein Primärschaden vorliege, weshalb man abgewiesen hat.

Die zweite von *Dehn* referierte Entscheidung, 3 Ob 112/15i, betrifft einen Anlegerfall, nämlich eine Investition iHv € 30.000,- in Schiffsbeteiligungen. Der Kl rechnet damit, in eine Art Investmentfonds zu investieren und schlimmstenfalls keine Gewinnausschüttungen zu bekommen. Tatsächlich handelt es sich um Kommanditbeteiligungen, weshalb man im Ergebnis die Einzahlungen verlieren und auch nicht sicher sein kann, sich alle zwischenzeitlichen Ausschüttungen behalten zu können.

Allerdings existiert ein Verkaufsprospekt, in dem das Risiko des Totalverlusts genannt wird. Dieses wird jedoch nicht gelesen. Ausschüttungen finden von 2005 – 2008 statt. Ab 2009 gibt es keine Ausschüttungen mehr, dafür aber regelmäßige Schreiben einer Treuhänderin, aus denen hervorgeht, dass die Gesamtsituation sehr riskant und schwierig sei. Es ist von Restrukturierungsmaßnahmen die Rede und dass bei Insolvenz der Insolvenzverwalter die Gesellschafter bis zur Haftsumme in Anspruch nehmen könne. Welche dieser Schreiben der Kl bekommen hat, sei unklar. Der Kl vertraut darauf, dass die Situation nicht so schlimm sei, und schießt sogar € 900,- nach.

Erst bei einem Gespräch im Frühjahr 2013 wird ihm bewusst, dass die Ausschüttungen, die er bis 2008 bekommen hat, nicht nur Gewinne enthalten konnten, sondern auch ausbezahltes Kapital, weshalb er sich zur Einbringung einer Klage entschließt. Zum einen sei er unzureichend über die Natur der Veranlagung, insb auch das Kapitalverlustrisiko, aufgeklärt worden. Überdies sei nicht bekannt gewesen, dass die Rückzahlung der Einlagen verlangt werden und es eine Nachschusspflicht geben könne.

Das ErstG sowie das BerG lehnen beide die Verjährung ab. Der OGH entscheidet, dass von zwei verschiedenen schadensbegründenden Ereignissen auszugehen sei, also von unterschiedlichen Beratungsfehlern. Die Verjährung beziehe sich auf den jeweils geltend gemachten Anspruch, nicht den Schaden. Dazu wird einerseits auf den Streitgegenstand verwiesen, der die zu seiner Begründung dargebrachten Tatsachen konkretisiert. Andererseits wird bei einer amtshaftungsrechtlichen Entscheidung Anleihe genommen. Stützt der Kl sein Begehren alternativ auf verschiedene Sachverhaltsvarianten, liegen in Wahrheit zwei Ansprüche vor, die verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen seien. Diesen Gedanken habe man auf den vorliegenden Fall zu übertragen. Beim Schadenersatz wegen des Beratungsfehlers im Zusammenhang mit dem Kapitalverlustrisiko wurde Verjährung angenommen, weil dieses bereits aus dem Verkaufsprospekt ersichtlich gewesen sei. Hinsichtlich der Nachschusspflicht sei hingegen noch keine Verjährung eingetreten, weil diese vorher nicht erkennbar gewesen sei. Der Anspruch sei auf Naturalrestitution in Form einer Rückabwicklung gerichtet.

Painsi referiert anschließend die Entscheidung 5 Ob 133/15t, also eines Senats, dem er angehört. Der Sachverhalt ähnelt der bereits referierten Entscheidung des 3. Senats über die Beteiligung

11) OGH 6 Ob 153/15s; 3 Ob 112/15i; 5 Ob 133/15t.

an Schiffsfonds. Das Revisionsverfahren bezieht sich nur mehr auf zwei Aufklärungsfehler. Zum einen über das Risiko des Totalverlusts und zum anderen über die rechtliche Qualität der Ausschüttungen im Laufe der Abwicklung dieser Anlageform.

Die Verjährung sei ein Thema gewesen, weil aufgrund der Korrespondenz im Jahr 2009 klar sein musste und klar gewesen sei, dass es ein Totalverlustrisiko gebe. Daher habe sich die kl Partei in weiterer Folge auch „nur mehr“ auf die mangelnde Aufklärung in Bezug auf die rechtliche Qualität der Ausschüttungen gestützt. Das ErstG weist den gesamten Anspruch wegen Verjährung ab, die Berufungsinstanz gibt der Berufung der Kl statt und ändert die Entscheidung in ein Zwischenurteil iSd § 393 a ZPO ab, in dem ausgesprochen wird, dass der Anspruch nicht verjährt sei.

Der OGH gibt der Revision Folge und stellt das erstgerichtliche Urteil wieder her. Er folgt damit seinen Vorentscheidungen, insb der Entscheidung des 3. Senats, was den Eintritt der Verjährung, die gemäßigte Einheitstheorie und den Primärschaden angeht; ebenso, dass es sich um verschiedene Ansprüche handle, die verjährungsrechtlich getrennt zu beurteilen seien, wenn sich ein Kl auf mehrere verschiedene Sachverhaltsvarianten stütze.

Im nächsten Schritt sei zu klären, wann tatsächlich ein eigenständiger Beratungsfehler vorliege. Nicht jeder Umstand, der im Rahmen eines Anlageprospekts in den Bereich der Aufklärung falle, könne für sich selbständig als pflichtverletzend beurteilt werden, wenn nicht aufgeklärt werde. Es sei also genau zu prüfen, ob es um zwei selbständige anspruchsbegründende Aufklärungsverletzungen gehe oder ob in Wahrheit ein Beratungsfehler vorliege, der verschiedene Aspekte beinhaltet, die nicht selbständig pflichtverletzend und daher nicht selbständig anspruchsbegründend seien.

In die Kategorie der nicht selbständigen Beratungsfehler fallen die in ständiger Judikatur entschiedenen Fälle der Fremdwährungskredite. Bei diesen sind abstrakt auch zwei oder drei verschiedene Risiken bekannt. Nach der Rsp löst aber bereits die Kenntnis eines Risikos die Verjährung aus. Dabei ist der enge sachliche Zusammenhang der Hintergrund dafür, dass man von einem einzigen Beratungsfehler und daher nur einer Pflichtverletzung und einem haftungsbegründenden Tatbestandselement ausgeht. Es wäre natürlich auch denkbar, aus rein formalen Umständen aufgrund der Beratungsgeschichte eine andere Qualifikation vorzunehmen, etwa bei mehreren Beratungsgesprächen oder bei gesonderter Nachfrage zu einzelnen Aspekten.

Im konkreten Fall stellt sich die Frage, ob der „Ausschüttungsschwindel“ ein selbständiger Beratungsfehler ist und daher unabhängig und losgelöst vom Totalverlustrisiko ist. In der vom Sachverhalt vergleichbaren Entscheidung des OGH, 6 Ob 193/15 y, hat der 6. Senat es zumindest als vertretbar angesehen, dass man die zwei Aufklärungsaspekte Totalverlustrisiko und Rückzahlverpflichtung der Ausschüttungen ineinander aufgehen lasse, sodass es keine gesonderte Aufklärungspflicht gebe. In Anlehnung an diese Entscheidung war auch der 5. Senat der Ansicht, dass eine solche Differenzierung der typischen Interessenslage eines durchschnittlichen Anlegers nicht entspreche. Der Entscheidung des 5. Senats lag kein Ausschüttungsschwindel in dem Sinn zugrunde, dass den Anlegern gleichsam aktiv vorgetäuscht wurde, dass es sich bei den Ausschüttungen tatsächlich um eine Verzinsung bzw Rendite handeln würde. Dies sei der Ausgangspunkt des 3. Senats und Grund für die im Ergebnis gegenteilige Entscheidung gewesen.

b) Diskussionsbericht¹²⁾

Lovrek nimmt zunächst zu den in der Literatur vertretenen Positionen zum Thema Verjährung Stellung und merkt an, dass man einigen Veröffentlichungen anmerke, welcher Auftraggeber da-

hinterstehe. Lovrek mahnt daher ein, einen Schritt zurückzutreten und sich auf die dogmatischen Grundpositionen zu besinnen, ohne die Position einer bestimmten Bank oder eines bestimmten sonstigen Vereins in den Vordergrund zu stellen.

Salficky fragt nach, ob der enge sachliche Zusammenhang beim Beratungsfehler mit dem Streitgegenstandsbegriff der ZPO gleichzusetzen sei oder ob es Unterschiede gebe. Lovrek merkt dazu an, dass es sich dabei um die entscheidende Frage handle.

P. Bydlinski äußert Sympathie für die Variante, dass die Verjährung einheitlich zu sehen sei. Es gebe eine Beratung, diese Beratung sei fehlerhaft gewesen, auf den Grad der Fehlerhaftigkeit komme es nicht an. Es gehe um das Kriterium der Kenntnis des Schadens und des Schädigers, wann man also so viel wisse, dass man mit Aussicht auf Erfolg einen Anspruch geltend machen könne. Sobald man erfahre, die Beratung war fehlerhaft – in welchem Bereich auch immer –, habe man einen Grund, zu prüfen, ob man einen Anspruch geltend machen könne. Dass noch ein zusätzlicher Beratungsfehler erfolgt sei, der erst später aufkomme, sei nicht entscheidend, weil es sich um denselben Schaden handle.

Lovrek zitiert ein Beispiel aus der Literatur: Ein Radfahrer fährt einen Fußgänger nieder, der einen Körperschaden erleidet. Dem Radfahrer sind zwei Vorwürfe zu machen. Einerseits hat er während des Radfahrens telefoniert, andererseits ist er wissentlich mit falschen Bremsen gefahren. Über das Telefonieren weiß der Fußgänger Bescheid und nimmt dies nicht zum Anlass für eine Klage. Erst später erfährt er von den falschen Bremsen. In diesem Fall sei noch keine Verjährung eingetreten, obwohl die Unterschiede zu den Beratungsfehlern nur gering seien.

Spitzer stimmt Lovrek zu und vermutet eine unglückliche Mischung aus einzelnen Stehsätzen, die nie für den Zweck gemacht worden seien, für den sie jetzt verwendet werden. Man sage, der Schaden sei die unerwünschte Zusammensetzung des Vermögens. Das stimme für viele Dinge, aber für diesen Zweck leite es in die falsche Richtung. Dann werde noch die Unterscheidung von Primärschaden und Folgeschaden herangezogen und schließlich berufe man sich auf die „Kenntnis von Schaden und Schädiger“. Wenn man es beim Fremdwährungskredit auf den Punkt bringen möchte und sage, es sei weder Wechselkursrisiko noch Tilgungsträgerrisiko erklärt worden, dann seien das ganz unzweifelhaft zwei völlig verschiedene Pflichtverletzungen. Wenn man die Zwecke der Verjährung bedenke, gehe es darum, dass Anlass bestehe, den Anspruch mit Erfolg durchzusetzen. Dafür sei es aber nicht egal, was man von der jeweiligen Pflichtverletzung wisse.

Leitner stimmt der Entscheidung des 3. Senats vollinhaltlich zu, auch Spitzer habe den Punkt sofort getroffen. Man dürfe nicht den Fehler machen, in diese Leitsatzfalle zu tappen. Der Leitsatz sei immer die Antwort auf eine konkrete juristische Frage und oft wende man den Leitsatz an, ohne die Frage zu kennen. Jetzt gebe es den Leitsatz, der lautet: „Der Schaden tritt schon in dem Moment ein, in dem man erkennt, dass man etwas bekommen hat, was man nicht wollte.“ Und deshalb habe man jetzt Kenntnis. Zum Beispiel: Zu einem Zeitpunkt, in dem sich das Risiko noch nicht verwirklicht hat, erfährt man, dass ein vermeintlich risikofreies Produkt doch Kursrisiken unterliegt. Verwirklicht sich vier Jahre später dieses Risiko, wisse man seit F. Bydlinski, dass es keine neue Verjährung gibt. Dieser Leitsatz sei aber nicht zugeschnitten auf die Frage, was passiere, wenn mehrere unterschiedliche Pflichtverletzungen erfolgt seien, die zu unterschiedlichen Ansprüchen füh-

12) An der Diskussion beteiligt waren VP des OGH Dr. Elisabeth Lovrek, RA Dr. Herbert Salficky, Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski, Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer, RA PD Dr. Max Leitner, HR des OGH Dr. Gottfried Musger, Univ.-Prof. Dr. Robert Rebhahn und Univ.-Prof. Dr. Silvia Dullinger.

ren. Der Fehler sei daher, den Rechtssatz einfach auf eine andere Fragestellung anzuwenden.

Leitner bringt ein weiteres Beispiel: Man kauft ein Gemälde. Es soll von *van Dyck* sein und den englischen König abbilden. Nach einiger Zeit erfährt man, dass es sich gar nicht um den englischen König handelt, und drei Jahre später, dass es auch nicht von *van Dyck* ist. Auf diese Pflichtverletzung müsse man sich doch stützen können. Überdies sei es auch ein eigener Schaden, weil der Schaden nicht darin zu sehen sei, dass man einen bestimmten Preis bezahlt habe, sondern dass man diesen Preis für ein Bild bezahlt habe, das die Eigenschaft A nicht habe. Davon zu unterscheiden sei der Fall, dass man den gleichen Betrag gezahlt habe und das Produkt die Eigenschaft B nicht habe. Durch die Naturalrestitution werden natürlich *uno acto* alle Schäden beseitigt.

Musger merkt an, dass die Entscheidung des 3. Senats (Trennungsthese) wohl richtig sei. Eine bloße „Leitsatzbegründung“ dürfe man dem 5. Senat aber nicht vorwerfen, dieser habe vielmehr versucht, seine Entscheidung eigenständig zu begründen: Wenn man einen Beratungsfehler bemerke, dann müsse man auch prüfen, ob es vielleicht auch noch andere gebe. Damit verweise der 5. Senat auf die Rsp zur Nachforschungsobliegenheit des Geschädigten, die bei einem engen Zusammenhang zweier Beratungsfehler zu einer gewissen Korrektur der Trennungsthese führen könnte.

P. Bydlinski verweist zur Stützung seiner Auffassung noch einmal auf die Zwecke der Verjährung. Warum sage das Gesetz, man solle bei Kenntnis von Schaden und Schädiger innerhalb von drei Jahren klagen? Der Schaden liege darin, dass man eine Anlage getätigt habe, die man sonst nicht getätigt hätte. Diese hätte man bei bloß einem Beratungsfehler nicht getätigt und man hätte sie bei beiden Beratungsfehlern ebenso nicht getätigt.

Rebhahn meint, es sei ein großer Unterschied, ob man das Risiko eingeehe, etwas zu verlieren, oder zusätzlich auch noch das Risiko, etwas weiter zahlen zu müssen. Das seien zwei völlig verschiedene Nachteile.

Dullinger stimmt *Rebhahn* und *Leitner* zu. Keine Ausschüttungen zu bekommen, sei ein anderer Schaden als der Verlust des gesamten Kapitals oder eines wesentlichen Teils davon. Dies seien zwei unterschiedliche Schäden mit entsprechend unterschiedlicher verjährungsrechtlicher Anknüpfung.

7. Realteilung nach Zusage von Wohnungseigentum¹³⁾

a) Referat: SP Hon.-Prof. Dr. Hansjörg Sailer

Sailer referiert eine Entscheidung, die nicht aus seinem Senat stammt. Sie berührt im Wesentlichen zwei Aspekte, nämlich einerseits Fragen zum Geltungsbereich des § 37 WEG, zu dem es kaum Judikatur gibt, andererseits zur Realteilungsklage.

Der Sachverhalt beschreibt einen Katastrophenfall, ein geplantes Wohnungseigentumsprojekt, das schiefeht. Die Kl, zu 8/11 Eigentümerin der Liegenschaft, klagt ihre Miteigentümer (Erst-Bekl zu 1/11, ZweitBekl zu 2/11), denen sie Ende 2002 die Anteile verkauft hat, auf Teilung. Für die Bekl ist die Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum gem § 40 Abs 2 WEG 2002 im Grundbuch angemerkt. Wohnungseigentum wird aber nie begründet. Das Bauprojekt (vier Doppelhäuser sowie eine Tripeleinheit) wird nicht fertiggestellt und kann aufgrund eines geänderten Bebauungsplans in dieser Form nicht mehr vollendet werden. Für die beiden Bekl wurde bereits ein Doppelhaus errichtet, aber anders als geplant. Die Baugesellschaft, die das Projekt hätte durchführen sollen, ist seit Ende 2010 aufgelöst und mittlerweile liquidiert. Jetzt steht also nur ein einzelnes Objekt auf dem Grundstück.

Die kl Partei begehrt Realteilung in dem Sinn, dass die Bekl die bisher von ihnen genutzten Flächen im Miteigentum behalten und die Kl Alleineigentümerin der restlichen Flächen wird. Die Bekl werfen der Kl vor, 14 Jahre Zeit gehabt zu haben, die vertraglichen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Die Teilungsklage bedeute eine schikanöse Rechtsausübung. Man könnte auch unabhängig von der Insolvenz des Bauträgers die Verträge erfüllen.

Das ErstG entscheidet, dass eine Realteilung nicht zulässig sei. Das BerG bestätigt und ergänzt, dass auch keine Zivilteilung möglich sei. Der OGH gibt der Revision der kl Stiftung Folge, hebt die Vorentscheidungen auf und verweist zurück. Zunächst erfolgt eine ausführliche Auseinandersetzung mit § 37 Abs 5 WEG. Der Referent skizziert die in der Literatur vertretenen Strömungen, die durchaus kontrovers sind. Manche Vertreter der Lehre gehen von einer planwidrigen Unvollständigkeit aus und meinen, dass eine Teilungsklage nicht zulässig sei. Der OGH folgt dieser Auffassung nicht. § 37 Abs 5 WEG sei als abschließende Regelung über die Anwendung der Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes zu verstehen. Eine analoge Anwendung auf das hier vorliegende Vorstadium sei abzulehnen. Der Gesetzgeber habe im Stadium vor Begründung des Wohnungseigentums eine Teilungsklage – anders als bei bereits bestehendem Wohnungseigentum gem § 35 Abs 2 WEG – nicht explizit ausgeschlossen. Er habe den Unterschied zwischen Wohnungseigentum und schlichtem Miteigentum in diesem Stadium eben nur im dort festgelegten Umfang beseitigen wollen. Eine Teilungsklage sei daher möglich und darauf habe man auch nicht konkludent verzichtet.

Sailer merkt an, dass die Art der Aufteilung problematisch sei. Nach der Rsp – auf die der OGH in der vorliegenden Entscheidung zurückgreift – sei die Realteilung möglich, wenn so aufgeteilt werde, dass die entstehenden Teile den Anteilen etwa gleichwertig und gleich beschaffen seien, ohne dass man einen großen Wertausgleich benötige. Dann wird eine Entscheidung zitiert, in der der 3. Senat im Jahr 2005 verneint hatte, dass man einen Bauernhof real so teilen könne, dass ein Teil das Bauernhaus bekomme und die landwirtschaftlichen Gründe dem anderen zugewiesen werden. IS einer vernünftigen Lösung komme man aber hier, dem Begehren der Kl entsprechend, zu dem Ergebnis, dass die Bekl, die das Doppelhaus innehaben, das Miteigentum daran erhalten. Das Gericht sei an den Teilungsvorschlag auch nicht gebunden. Wenn dieser nicht geeignet sei, könne es die Klage nicht abweisen, sondern habe die angemessene Art der Teilung zu verfügen. Letztlich sei auch noch zu prüfen, ob eine wirtschaftliche Einheit zerstört würde, was nach dem konkreten Sachverhalt gerade nicht der Fall sei. Der 5. Senat habe also im Ergebnis eine zumindest praktikable Lösung gefunden.

b) Diskussionsbericht¹⁴⁾

Lovrek dankt dem Referenten für die Erörterung der schwierigen Probleme an der Schnittstelle von Wohnungseigentum und schlichtem Miteigentum. Tatsächlich habe man, wie auch *Holzner* bestätigt, versucht, eine plausible Lösung zu finden, um diesen „Schwebezustand“ in den Griff zu bekommen.

Ernst Kerner, Stefan Perner und Martin Spitzer

13) OGH 5 Ob 100/16s.

14) An der – wegen der fortgeschrittenen Zeit kurz gehaltenen – Diskussion beteiligt waren VP des OGH Dr. *Elisabeth Lovrek* und Univ.-Prof. Dr. *Christian Holzner*.