

Änderung der Rechtslage und nachvertragliche anwaltliche Pflichten

Rechtsberatung ohne Ende am Beispiel des FaBo+?

EF-Z 2020/26
Rechtsberatung;
nachvertragliche
Pflichten;
Änderung der
Rechtslage

Der OGH hat die Einführung des Familienbonus Plus (FaBo+) zum Anlass genommen, um die Berechnung des Unterhalts für minderjährige Kinder grundlegend umzugestalten (4 Ob 150/19s).¹⁾ Der Beitrag untersucht auf Einladung der EF-Z-Redaktion, ob Rechtsanwälte Klienten bereits abgeschlossener „Altmandate“ darüber informieren müssen, wenn sie nach der neuen Rechtslage mehr Unterhalt fordern könnten.

Von Peter Gruber und Martin Spitzer

A. Familienrechtliche Grundlagen

1. Ausgangspunkt

Die zivilrechtl UhBemessung basiert auf der Prozentsatzmethode. Danach stehen dem Kind grds 16–22% des Nettoeinkommens des GeldUhPfl zu, der Regelbedarf dient dabei als Kontrollgröße. Bei näherem Hinsehen sind die Dinge allerdings viel komplizierter, weil Rsp des VfGH über die Jahre ein immer ausgeklügeltes System der UhBerechnung notwendig gemacht hat.²⁾ Da Kindererziehung auch im Allgemeininteresse liegt,³⁾ musste nämlich dem verfassungsrechtl Gebot Rechnung getragen werden, die Hälfte der UhPflicht steuerfrei zu stellen.⁴⁾

Die Gerichte sind für den untätigen Gesetzgeber eingesprungen und haben dessen Inaktivität durch eine verfassungskonforme Berechnung der effektiven Zahllast des GeldUhPfl kompensiert.⁵⁾ Der Weg führte über die Berücksichtigung von Transferleistungen wie der Familienbeihilfe (FB), die nach einer eigens entwickelten Formel tw auf den ProzentUh angerechnet wurde.⁶⁾

2. Rechtsprechungsänderung

Der OGH hat aber die Einführung des „Familienbonus Plus“ (FaBo+) durch das Jahressteuergesetz 2018⁷⁾ zum Anlass genommen, um die UhBemessung auf ganz neue Beine zu stellen.⁸⁾ Der Leitentscheidung des 4. Senats haben sich umgehend andere Senate⁹⁾ angeschlossen, sodass bereits von einer gefestigten Rsp gesprochen werden kann.¹⁰⁾ Dabei wurde jenen Stimmen aus der Lit eine Absage erteilt, die den FaBo+ als zusätzlichen Faktor in die schon bisher komplizierte Uh-Berechnungsformel integrieren wollten. Stattdessen wurde das bisherige Konzept der Berücksichtigung von Transferleistungen¹¹⁾ beim GeldUh – jedenfalls für Mj¹²⁾ – komplett aufgegeben.

Die verfassungsrechtl gebotene steuerliche Entlastung des GeldUhPfl soll nunmehr unmittelbar durch das Steuerrecht (UhAbsetzbetrag und FaBo+) und nicht mehr im Zuge der UhBerechnung erfolgen. Die

komplizierte UhBemessung wird damit vom Fremdkörper der steuerlichen Entlastung befreit. Das führt einerseits zu einer sehr begrüßenswerten „Entkopplung von Unterhalts- und Steuerrecht“, andererseits aber wohl auch zu allerlei Folgeproblemen.¹³⁾

- 1) Abgedruckt in diesem Heft EF-Z 2020/35 = EvBl 2020/8 (Brenn). Die Entscheidung beschäftigt auch die breitere Öffentlichkeit, s P. Gruber/Spitzer, Kindern steht rückwirkend mehr Unterhalt zu, Die Presse v 13. 1. 2020.
- 2) Vgl die Zusammenschau der Rechtsentwicklung bei Gitschthaler, Unterhaltsrechtl (2019) Rz 731–759 a, sowie Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas⁴ § 231 ABGB Rz 61 ff.
- 3) VfSlg 16.226/2001 und 16.562/2002.
- 4) VfSlg 14.992/1997; 15.023/1997; 16.026/2000.
- 5) Nach dem VfGH kann das Ziel der Entlastung entweder durch eine pauschalierende oder sonst sachliche Regelung des Gesetzgebers oder – solange der Gesetzgeber nicht tätig wird – im Rahmen der gerichtl UhBemessung erreicht werden (VfSlg 16.226/2001).
- 6) Vgl Gitschthaler, Unterhaltsrechtl Rz 756 f, und die auf Rekapitulation bei P. Gruber/Spitzer, Judikaturwende beim Kindesunterhalt – alles neu durch FaBo+, ÖJZ 2020, 140 (141) und Schindl, Die neue Unterhaltsberechnung nach 4 Ob 150/19s – eine verfassungsrechtliche Perspektive (in Druck).
- 7) BGBl I 2018/62.
- 8) Vgl dazu bereits P. Gruber/Spitzer, ÖJZ 2020, 140.
- 9) Nach 4 Ob 150/19s zB 6 Ob 208/19k; 1 Ob 171/19g; 3 Ob 154/19x; 10 Ob 65/19k.
- 10) Ausdrücklich Gitschthaler, Habemus iudicata de FaBone! EF-Z 2020/1.
- 11) Dazu Gitschthaler, Unterhaltsrechtl Rz 731–759 a.
- 12) Der OGH hat den Entfall der Anrechnung von Transferleistungen bislang nur für mj Kinder ausgesprochen, sodass noch offen ist, ob dies auch für volljährige Kinder gilt. Das ist mit Blick auf die geringere Höhe des FaBo+ bei erwachsenen Kindern keineswegs gesichert. Vgl dazu Gitschthaler, EF-Z 2020/25 in diesem Heft.
- 13) So bestechend einfach die Lösung des OGH auch sein mag, so sehr ist offen, ob damit den Erfordernissen des VfGH zur Entlastung des UhPfl ausreichend Rechnung getragen wird. Von den Autoren wurde an anderer Stelle bezweifelt, dass dies – außer bei geringem Einkommen und niedrigen Unterhaltssätzen – der Fall ist (P. Gruber/Spitzer, ÖJZ 2020, 140 [143]). Bei einem Prozentunterhalt an der oberen Grenze von knapp € 1.200,– beträgt der Anteil der durch den FaBo+ „steuerfreien Mitteln“ im Ergebnis etwa nur mehr rund ein Drittel, im Regelfall des Splittings des FaBo+ (Neuhausner in Schwimann/Kodex⁵ § 231 ABGB Rz 205) weniger als ein Viertel. Schindl (in Druck) hat diese Frage auf untersucht und zeigt, an wie vielen Stellen sich die neue Regelung mit verfassungsrechtlichen Vorgaben spießt: UhPfl mit höheren Einkommen und damit höherem Prozentunterhalt sind durch den Wegfall der einkommensabhängigen Familienbeihilfenanrechnung nunmehr (wesentlich) schlechter dran, als nach dem alten Regime.

3. (Rückwirkende) Unterhaltserhöhungsanträge

Auch wenn die neue Judikaturlinie also wohl noch einiges an Kopfzerbrechen bereiten wird, haben zumindest die meisten uher Kinder Grund zur Freude: Da nach der nunmehrigen Rsp Transferleistungen den UhBeitrag nicht mehr mindern, ergeben sich rückwirkend seit 1. 1. 2019 höhere UhAnspr.

Diese Erhöhung fällt umso höher aus, je höher die bislang zugesprochenen UhBeiträge sind. *Gitschthaler* hat Modellrechnungen durchgeführt: Vereinfacht kann nach ihm davon ausgegangen werden, dass sich eine UhErhöhung schon ab einem bisher festgesetzten UhBeitrag von rd € 240,- ergibt.¹⁴⁾ Bei UhBeiträgen von zB € 300,- ergibt sich bereits eine Erhöhung von rd € 20,-, bei solchen von € 1.000,- von rd € 190,-.¹⁵⁾ (Rückwirkende) UhErhöhungsanträge zahlen sich somit aus der Sicht des uher Kindes durchaus aus.

Das bietet Anlass zur Vergewisserung, welche Pflichten RA in solchen Situationen treffen. Müssen sie frühere Mandanten zur Stellung solcher Anträge animieren?

B. Handlungsbedarf für Anwälte?

1. Pflichtenprogramm des Rechtsanwalts

Die Pflichten des RA gegenüber seinem Mandanten ergeben sich primär aus dem abgeschlossenen Vertrag. Dabei wird es sich oft um einen mit einer Vollmacht gekoppelten Auftrag handeln,¹⁶⁾ auch Werkverträge¹⁷⁾ oder freie Dienstverträge¹⁸⁾ kommen je nach Hauptleistung¹⁹⁾ (Vertretung, Prozessführung, Beratung oder Vertragserrichtung etc) in Betracht.

Diese Hauptleistungspflichten werden wie immer von allerlei Nebenpflichten flankiert,²⁰⁾ die sich aus dem Vertrag selbst, dem anwaltlichen Standesrecht (vgl § 9 RAO)²¹⁾ oder dem allgemeinen Vertragsrecht ergeben.

Sehr allgemein gefasst ist der RA als SV iSd § 1299 ABGB²²⁾ verpflichtet, die Rechte seiner Partei gewissenhaft, umsichtig und redlich zu vertreten. Ihn treffen Warn-, Aufklärungs- und Informationspflichten und er muss Schaden von seinem Mandanten abwenden. All das ist Ausprägung einer umfassenden Interessenwahrungspflicht, bei der die Grenzen zw Hauptleistungs- und Nebenpflichten manchmal – unschädlich – verschwimmen.²³⁾

Dieser grob umrissene „Pflichtenkatalog“²⁴⁾ vermittelt einen Eindruck davon, was von einem RA erwartet werden kann.²⁵⁾ Mit Blick auf uhrechtl Verfahren wird man von einer Erfüllung dieser Pflichten ausgehen können, wenn der RA den relevanten familiären Sachverhalt vollständig ermittelt und unter Berücksichtigung der geltenden Rechtslage, stRsp und L²⁶⁾ sowie der konkreten Erfolgsaussichten²⁷⁾ seinen Mandanten umfassend belehrt und beraten hat.²⁸⁾

Selbstverständlich ist, dass der RA im Blick behalten muss, wenn sich die Erfolgsaussichten eines Antrags oder die maßgebende Rechtslage durch Aktivität des Gesetzgebers oder der Gerichte während aufrechtem Mandatsverhältnis ändern.²⁹⁾

Ebenso selbstverständlich ist, dass nach allgemeinen Grundsätzen³⁰⁾ RA natürlich auch vorvertragliche

Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten treffen, was insb die Aufklärung über Prozessrisiken, Erfolgsaussichten und anfallende Kosten betrifft.³¹⁾ Weniger klar ist demgegenüber, was nach Beendigung des Mandats gelten soll.

2. Nachvertragliches Pflichtenprogramm

a) Problemaufriss

Die hier interessierenden Fälle ereignen sich nicht bei der Anbahnung oder während der Erfüllung des Mandats, sondern danach. Fraglich ist daher, inwiefern der RA auch nach Erledigung des Mandats verpflichtet ist, neue Entwicklungen ehemaligen Mandanten mitzuteilen, für die sich daraus neue rechtl Möglichkeiten ergeben würden. Mit Blick auf den Ausgangsfall lautet die Frage daher, ob RA verpflichtet sind, ehemalige Mandanten auf die durch den FaBo+ und die neue Rsp des OGH entstandene Möglichkeit hinzuweisen, (rückwirkende) UhErhöhungsanträge zu stellen.

Die Frage ist allerdings keineswegs FaBo+-spezifisch. Schon im UhRecht stellen sich ähnliche Probleme auch anderswo: Muss der RA etwa darüber aufklären, wenn sich – wie gerade in Diskussion – die Steuersätze ändern, was sich auf das uhrelevante Nettoeinkommen auswirkt?³²⁾ Strukturell ähnliche Problemkonstellationen gibt es naturgemäß aber überhaupt quer durch die Rechtsordnung: Muss der RA frühere Mandanten darauf hinweisen, dass der Gesetzgeber mittlerweile das früher noch umstrittene Thema der

14) Vgl die Tabelle bei *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht⁴ Rz 759 c; *dens*, EF-Z 2020/25 in diesem Heft.

15) Siehe die Rechnung bei *P. Gruber/Spitzer*, ÖJZ 2020, 140 (142).

16) *Strasser* in *Rummel*³ § 1002 ABGB Rz 26; RS0038942 (T 6).

17) RS0113156.

18) *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm⁹ § 1151 ABGB Rz 149 mwN.

19) Vgl *F. Graf*, Anwaltshaftung (1991) 41.

20) Zahlreiche Nachweise unter RS0017049 und RS0013999; zuletzt etwa 9 Ob 2/18m (Maklervertrag).

21) *Lehner* in *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek*, RAO¹⁰ (2018) § 9 Rz 3 ff.

22) *Karner* in *KBB*⁵ § 1299 ABGB Rz 5; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,06} § 1299 Rz 2. Der OGH verweist auch iZm RA darauf, dass es bei § 1299 ABGB „um den durchschnittlichen Fachmann des jeweiligen Gebiets [gehe], der prinzipiell auch der maßgerechte im Sinn der Bestimmung ist“ (etwa 7 Ob 59/15 z ecollex 2015, 1049 [Schoditsch]; vgl RS0026535). Ein RA hat daher für die typischen Fähigkeiten seines Berufsstands einzustehen. Zu den Sorgfaltsanforderungen s etwa 7 Ob 59/15 z ecollex 2015, 1049 [Schoditsch]; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II³ (2018) A/6/42.

23) Vgl RS0112203; s auch *Lehner* in *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek*, RAO¹⁰ § 9 Rz 11.

24) Vgl ausf *Harrer/Wagner* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 1300 ABGB Rz 14 ff.

25) Die Rsp betont, dass die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht eines Rechtsberaters nicht überspannt werden dürfen und die Feststellung einer Pflichtverletzung letztlich eine Einzelfallbeurteilung sei (RS0026584).

26) Nach stRsp haften Angehörige rechtsberatender Berufe grds bei „Unkenntnis der Gesetze sowie einhelliger Lehre und Rechtsprechung“ (RS0049912).

27) 9 Ob 120/06 x; vgl RS0112203 (T 9, T 12).

28) Die Belehrung des meist rechtsunkundigen Mandanten zählt regelmäßig zu den wichtigsten Aufgaben (RS0038682).

29) Dazu s *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten (2009) 465 ff. Zur Frage, ab wann der RA Kenntnis von neuen Entwicklungen haben muss, s FN 61.

30) Zahlreiche Nachweise unter RS0016402.

31) *Koziol*, HPR II³ A/6/42; *Ziller*, Aufklärungspflichten des Rechtsanwaltes über Prozessrisiken (2012).

32) *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht⁴ Rz 758.

Thermenwartung/Thermenerneuerung geregelt hat?³³⁾ Muss der RA warnen, dass deutsches publizitätsloses Sicherungseigentum nun doch gefahrlos nach Österreich verbracht werden kann?³⁴⁾

Die Fragen, vor denen RA nun anlässlich des FaBo+ stehen, sind daher eigentlich ganz allgemeiner Natur. Sie sollen hier zunächst auch als solche behandelt werden, bevor auf den KindesUh zurückzukommen ist.

b) Pflichten nach Vertragsende

Nach Beendigung eines Vertragsverhältnisses könnte man an außervertragliche, also deliktische Pflichten denken. Eine deliktische Pflicht zur Aufklärung wird sich freilich nicht etablieren lassen, weil es keine allgemeine Schadensverhinderungspflicht gibt.³⁵⁾ Die Rechtsordnung verpflichtet eben nicht unterschiedslos jedermann zur Abwendung von Schaden von anderen.³⁶⁾ Deshalb muss ein Steuerberater seinen Nachbarn nicht über den Zaun Tipps zur Absetzung des Arbeitszimmers zurufen und ist der RA nicht zum Einschreiten verpflichtet, wenn er in der Straßenbahn Zeuge wird, wie eine ungünstige Vertragskonstruktion besprochen wird. Die anerkannten Ausnahmen im deliktischen Bereich sind das Eröffnen eines Verkehrs und das Schaffen oder Bestehenlassen von Gefahrenquellen.³⁷⁾ Davon kann hier – zumal mit Blick auf die betroffenen Rechtsgüter, nämlich das bloße Vermögen – nicht die Rede sein.

Ganz generell besteht in L³⁸⁾ und Rsp³⁹⁾ aber Einigkeit über die Existenz sog nachvertraglicher Pflichten. Es geht ja nicht um die Frage, ob jedermann Schaden von jedermann abwenden muss, sondern um Pflichten des RA gegenüber früheren Mandanten.

Im Grundsatz überrascht angesichts des universell anerkannten Bestehens vorvertraglicher Pflichten nicht, dass manche Pflichten auch die Vertragserfüllung überdauern können. Diese Selbstverständlichkeit gilt ohne weiteres auch für Berater im Allgemeinen und Anwälte im Besonderen. Schopper⁴⁰⁾ hat es in seinem grundlegenden Werk zu nachvertraglichen Pflichten unternommen, neben Verschwiegenheits-⁴¹⁾ und Treuepflichten⁴²⁾ allgemeine Schutz- und Sorgfaltspflichten⁴³⁾ und Aufklärungspflichten bei und nach Beendigung des Mandatsverhältnisses⁴⁴⁾ zu identifizieren. Die meisten dieser Pflichten bereiten relativ wenig Probleme. Es ist etwa selbstverständlich, dass der RA bei Beendigung des Mandats darauf hinweisen muss, wenn Fristen abzulaufen drohen (vgl auch § 36 Abs 2 ZPO), dass er nicht nach Beendigung des Mandats die Seiten wechseln und beim Prozessgegner anheuern darf (§ 10 Abs 1 RAO), dass die Verschwiegenheitspflicht fort dauert usw.

Hier interessieren allerdings Konstellationen, in denen der RA seine vertraglichen Hauptleistungspflichten wiederbeleben und Rat und Auskunft erteilen müsste; Schopper spricht dabei von Berichtigungs- und Aktualisierungspflichten.⁴⁵⁾ Zu deren Beurteilung bietet sich die Bildung von Fallgruppen an.

c) Korrektur sorgfaltswidrig falscher Ratschläge

Hat der RA bei laufendem Mandat sorgfaltswidrig (§§ 1298, 1299 ABGB) einen falschen Rat erteilt, berei-

tet die Beurteilung solcher Fälle keine besonderen Schwierigkeiten. Es geht bei genauer Betrachtung nicht um nachvertragliche Pflichten, sondern darum, dass schon die vertragliche Hauptleistungspflicht ungenügend erbracht wurde.⁴⁶⁾

Der Schaden ist damit bereits angerichtet und die Haftung dafür angelegt. Die Korrektur des falschen Ratschlags ermöglicht es nur, den Schaden zu sanieren oder zumindest zu minimieren. Die Berichtigung einer sorgfaltswidrig erteilten Fehlauskunft unterwirft den RA auch keinem mühsamen zusätzlichen Pflichtenprogramm, sie ermöglicht ihm vielmehr, die bereits grundgelegte Haftung aus der Welt zu schaffen. Wer vorwerfbar falsch beraten hat, wird ein erhebliches Interesse daran haben, seinen Fehler nunmehr zu korrigieren.⁴⁷⁾

Mit anderen Worten: Wer den Mieter über die Erneuerung der Therme falsch beraten hat, obwohl schon klar sein musste, dass der Vermieter dafür verantwortlich ist, hat ein vitales Eigeninteresse an Schadensminimierung.

33) § 3 Abs 2 Z 2 a MRG, vgl nur *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁶ (2019) 253.

34) Siehe dazu auch noch unten.

35) *Karner* in KBB⁵ § 1294 Rz 6; *Koziol*, HPR I³ Rz 4/60; *Reischauer* in *Rummel*⁶ § 1294 ABGB Rz 3f.

36) Bejaht man mit *Koziol* (HPR I³ Rz 4/60) zudem eine Pflicht zur Schadensabwehr immer dann, „wenn jemand die Gefahr einer sehr schweren Beeinträchtigung fremder Güter leicht und ohne eigene Gefährdung abwenden kann“ (vgl auch *Karner* in KBB⁵ zu § 1294 ABGB Rz 6 und rezent *P. Gruber*, Kausalität bei Mittätern und Pflicht zur Schadensverhinderung, JBl 2017, 612), spielt die objektive Zumutbarkeit des Tuns ebenso eine entscheidende Rolle.

37) *Karner* in KBB⁵ § 1294 Rz 6; *Koziol*, HPR I³ Rz 4/60.

38) *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten passim; *Koziol*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209; *Koziol*, HPR II⁸ A/2/348; *Rummel* in *Rummel/Lukas*⁴ § 859 ABGB Rz 54; *Bollenberger* in KBB⁵ zu § 859 ABGB Rz 5.

39) RS0119485.

40) *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten 404 ff; *ders*, Nachvertragliche Pflichten des Beraters, NZ 2009/28.

41) Diese ergeben sich einerseits bereits aus standesrechtlichen Vorschriften (§ 9 Abs 2 RAO), die zeitlich unbefristet über das Ende des Vertretungsverhältnisses hinauswirken (*Csoklich* in *Scheuba*, Standesrecht der Rechtsanwälte³ [2018] 44). Andererseits lässt sich die Pflicht zur Verschwiegenheit auch aus allgemeinen Schutz- und Sorgfaltspflichten im rechtsgeschäftlichen Bereich ableiten (vgl *P. Bydlinski* in KBB⁵ § 1009 ABGB Rz 2; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 1009 ABGB Rz 9; *Kietzab/Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm⁹ § 1153 ABGB Rz 35).

42) RA sind verpflichtet, die Interessen der von ihnen vertretenen Mandanten auch bei allfälligen späteren anwaltlichen Vorgängen zu wahren (4 Ob 543/87). Allgemein sollen während aufrehtem Mandatsverhältnis vorgenommene Handlungen nicht durch Annahme eines anderen Mandats vereitelt werden (vgl *Koziol*, HPR II⁸ A/2/353f und *Schopper*, NZ 2009/28 [108 ff]).

43) *Schopper*, NZ 2009/28 (100).

44) Nach stRsp sind RA verpflichtet, bei Ende des Mandats einem drohenden Rechtsverlust oder einem Fristversäumnis vorzubeugen (RS0107081; vgl dazu *Schopper*, NZ 2009/28 [105 ff]). Der Mandant muss daher auf in absehbarer Zukunft ablaufende Fristen hingewiesen werden (vgl *Lenneis*, Zur Belehrungs- und Warnpflicht des Rechtsanwaltes beim Vollmachtswechsel, AnwBl 2004, 140; *Baumgartner/U. Torggler* in *Klang*³ § 1009 ABGB Rz 36). Für unaufschiebbare Angelegenheiten bestehen kraft Gesetzes gewisse Fortsetzungspflichten (§ 11 Abs 2 RAO; § 1025 ABGB).

45) *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten 431.

46) *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten 457 f.

47) Siehe für eine detaillierte Auseinandersetzung auch mit Spezialproblemen *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten 457 ff; vgl auch *Oppitz* in *Apathy/Ir/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht VI² (2007) Rz 2/90 iZm Aufklärungspflichtverletzungen bei der Anlagerberatung.

d) Korrektur unrichtig gewordener Ratschläge

Kein Eigeninteresse an einer Korrektur früherer Ratschläge hat, wer ursprünglich sorgfältig beraten hat, selbst wenn sich der Rat später durch eine Änderung der Rechtslage als unrichtig herausstellt. Dass es möglich ist, sorgfältig und dennoch im Ergebnis „falsch“ zu beraten, ist dabei klar, auch ohne das rechtstheoretisch interessante Problem zu vertiefen, ob eine Änderung der stRsp eine Änderung der Rechtslage ist. Für Fälle der Rechtsberatung ist das evident der Fall. Ob der Gesetzgeber die unwirksame Telefaxbürgschaft plötzlich zulässt oder der OGH, spielt ja für den erteilten Ratschlag keine ausschlaggebende Rolle. Die Lage stellt sich heute dann jedenfalls anders dar als vor einigen Jahren.

Ereignen sich neue Entwicklungen, ist es aber eigentlich selbstverständlich, das Risiko späterer Änderungen der Rechtslage dem Mandanten aufzubürden, um dessen Angelegenheiten es ja geht. Er hat es dementsprechend auch in der Hand, gegen Zahlung eines neuerlichen Honorars *à jour* zu bleiben. Solche Konstellationen betreffen mehr als zumutbare Nachwehen des Vertrags wie die Aufrechterhaltung der Verschwiegenheit, der durch bloßes Nicht-Weitererzählen genügt wird. Es ginge vielmehr um aufgewärmte Hauptleistungspflichten, zu deren Erfüllung jeder RA dauerhaft die Rechtslage für jedes einzelne bereits erfolgreich abgeschlossene Mandat beobachten müsste.

Eine so verstandene „Beobachtungspflicht“ würde aber zu einer unzumutbaren Belastung des Geschäftsverkehrs führen.⁴⁸⁾ Abgeschlossene Mandate könnten nie archiviert werden,⁴⁹⁾ die Rechtsberatung würde zum Zielschuldverhältnis beim Honorar und zur Dauerschleife bei der Beratung.⁵⁰⁾

Dies gilt es als Basiswertung zu berücksichtigen, weil bei vor- und nachvertraglichen Pflichten im Allgemeinen und Informations- und Aufklärungspflichten im Besonderen häufig Interessen gegeneinander abgewogen werden (müssen).⁵¹⁾ Die Arbeit mit komparativen Sätzen und in beweglichen Systemen hat viele Vorteile, sie muss aber so erfolgen, dass Wertungsentscheidungen der Rechtsordnung respektiert werden.⁵²⁾ Vorsicht ist daher geboten, allzu freihändig zu agieren: Wer fragt, ob der Mandant nicht ein großes Interesse an der Auskunft hat, weil er seine besonders schutzbedürftigen Kinder ja bestmöglich versorgen will, und ob es dem RA in Anbetracht der Informationsasymmetrie nicht leicht fiel und daher zumutbar wäre, diese Information zu erteilen, geht in die Irre. Solche Begründungstopoi haben bei Abwägungsentscheidungen ihren Platz, können aber keine Handlungspflicht schaffen, für die es keinerlei Indizien gibt.

Es spricht daher mit Blick auf den Berater nichts dafür, ihn zu verpflichten, ohne Entgelt vertragliche Leistungen haftungsbewehrt auch nach Vertragsende zu erbringen. Zu all dem kommt hinzu, dass die Leichtigkeit der Raterteilung oft Fiktion sein wird, weil sie nur bei dem RA zutrifft, der sich (weiter) mit Familienrecht beschäftigt und alle früheren Akten im Kopf hat. Beides kann man niemandem zumuten. Beides erwartet auch der Mandant typischerweise nicht, womit der maßgebende Punkt freigelegt ist: die Vertragsinhalt gewordene Erwartungshaltung. Wer mangels einschlägiger

oder sonst erkennbarer Erwartungshaltung seines Gegenüber kein Vertrauen in Anspruch nimmt, der soll auch nicht haften. Aus diesem Grund vermag auch ergänzende Vertragsauslegung (hypothetischer Parteiwille, Übung des redlichen Verkehrs, Treu und Glauben)⁵³⁾ solche Pflichten kaum zu begründen, weil kein redlicher Mandant lebenslange Rechtsberatung erwarten darf.⁵⁴⁾ Ausnahmen werden die Regel bestätigen, aufgrund ihrer Einzelfallbezogenheit lassen sich aber kaum sinnvoll verallgemeinerbare Maximen aufstellen. Ausschlaggebend ist die Inanspruchnahme von Vertrauen über die Zeit der Mandatsbeendigung hinaus.⁵⁵⁾

e) Unklare Rechtslage bei Raterteilung

Damit bleiben jene Fälle, in denen die Rechtslage zum Zeitpunkt der Beratung unklar war. Muss der RA über eine Unklarheit der Rechtslage – und damit verbundene Chancen und Risiken – aufklären?

Wenn von der Unklarheit der Rechtslage gesprochen wird, ist zunächst einmal zu betonen, dass es um eine Betrachtung im Zeitpunkt der Beratung geht, sodass weder Chancen noch Risiken in der Rückschau übertrieben werden dürfen. Wer in Entsprechung jahrzehntelanger Praxis Mandanten dahingehend beraten hat, dass die Telefax-Bürgschaft formunwirksam ist, hat nicht sorgfaltswidrig gehandelt, nur weil der OGH sie dann plötzlich – nach Außerdienststellung der meisten Faxgeräte – für gültig erklärt hat.⁵⁶⁾ Das anders zu beurteilen wäre ein verhängnisvoller *hindsight bias*. Ebenso ist es bei publizitätslosen deutschen Sicherungsübereignungen und der Verbringung des Sicherungsguts nach Österreich, wo eine ganz hA ganz überraschend gekippt wurde.⁵⁷⁾ Das Risiko für Überraschungen trägt der Mandant.

Anders ist das bei echter Unklarheit, also solcher, die im Zeitpunkt der Beratung erkennbar ist. Der OGH hat etwa eine Zeit lang bei jeder sich bietenden Gelegenheit als *obiter dictum* in den Raum ge-

48) Schopper, Nachvertragliche Pflichten 478; ders, NZ 2009/28 (108); so auch A. Tschugguel, § 33 NO: Rückblick und Ausblick anlässlich der aktuellen OGH-Rechtsprechung, EF-Z 2012/125 (120); vgl auch Zankl, Erbrechtliche Informations- und Schadenersatzpflichten EF-Z 2018/76 (159); dens, Notarielle Beratungsfragen des ER-RÄG 2015, in FS Bittner (2018) 841 (849). Auch Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltschaft⁵ (2014) § 15 Rz 115 verneinen unter Berufung auf den BGH (NJW-RR 1990, 459) eine auf nachwirkende Vertragspflichten gestützte Pflicht zum unaufgeforderten Tätigwerden nach beendetem Mandat.

49) A. Tschugguel, EF-Z 2012/125 (FN 26).

50) Auch Schopper, Nachvertragliche Pflichten 464 ff, will bei schuldlos unrichtiger Auskunftserteilung eine Berichtigungspflicht nur ausnahmsweise annehmen.

51) Vgl Schopper, Nachvertragliche Pflichten 480.

52) Zur Bedeutung einer „Basiswertung“ bei beweglichen Systemen F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (2011) 531.

53) Statt aller Rummel in Rummel/Lukas⁴ § 914 ABGB Rz 24 ff.

54) Vgl Schopper, Nachvertragliche Pflichten 478; Zankl, EF-Z 2018/76 (159); dens in FS Bittner 841 (849).

55) Daher ist es auch konsequent, dass es zu einer Informationspflicht kommen kann, wenn der RA den Eindruck einer längeren oder dauerhaften Gültigkeit seiner Auskunft erweckt oder geschäftlicher Kontakt zum Mandanten besteht, Schopper, Nachvertragliche Pflichten 480 ff.

56) 9 Ob 41/12p; vgl dazu etwa Liebel/Spitzer, Bankgeheimnis und Onlinegeschäft. Zugleich Überlegungen zu Schriftform und Digitalisierung, ÖBA 2017, 376 (379).

57) 3 Ob 249/18s, vgl dazu Bachner, Publizität und stärkste Beziehung bei Mobiliarsicherheiten im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr, ÖJZ 2020, 53.

stellt,⁵⁸⁾ dass zweifelhaft sei, ob die Drittschuldver-
ständigung bei buchführungspflichtigen Sicherungs-
zedenten ein tauglicher Publizitätsakt sei.⁵⁹⁾ Diese In-
formation muss man dem Mandanten geben.

Mit Blick auf den FaBo+ bilden dabei spätestens zwei
Entscheidungen des 5. Senats eine Zäsur, in denen de-
klariert wurde, wie viel unklar ist. Auch wenn an die
nunmehrige Lösung damals noch gar nicht gedacht
wurde, wurde das Thema der unrechtl Berücksichtigung
des FaBo+ dadurch sicherlich auf das Tapet gebracht.⁶⁰⁾
Die Entscheidungen waren ab Juli und September 2019
im RIS abrufbar, sodass ab diesem Zeitpunkt (unter Be-
rücksichtigung einer sinnvollen Frist zur Kenntnis-
nahme, der hier nicht im Detail nachgegangen werden
muss)⁶¹⁾ hinreichend klar war, dass die unrechtl Berück-
sichtigung des FaBo+ kein Selbstläufer sein würde.

Seit es Anlass zu qualifizierten Zweifeln gab, dass
der FaBo+ gleich behandelt würde wie der Kinderfrei-
betrag, den er ersetzt, wäre der Berater angehalten ge-
wesen, über diese Zweifel aufzuklären. Hat er das getan
und hat der Mandant entschieden, das Risiko nicht
einzugehen, hat sich der RA korrekt verhalten. Hat
der RA nicht ordnungsgemäß beraten, hat er die Mög-
lichkeit, den verursachten Schaden zu sanieren.

f) Beratung bei Langzeitverhältnissen

Ganz generell stellt sich allerdings die Frage, welchen
Anforderungen gute Beratung genügen muss, wenn es
um ein auf lange Zeit angelegtes Rechtsverhältnis geht,
bei dem Änderungen nicht nur nicht unwahrscheinlich,
sondern systemimmanent sind. Wer haftungsminimie-
rend beraten will, ist uE gut damit beraten, den Ratschlag
zur periodischen Überprüfung zu geben. Kein UhTitel
ist für die Ewigkeit gemacht. Das ist bekannt, weil der Uh
sich ja nicht nur mehr oder weniger überraschend wie
beim FaBo+ ändern kann, sondern auch durch schlichte
Änderungen der Steuergesetze wie die im Regierungs-
programm 2020 geplanten, durch Einkommenssteige-
rungen des UhPfl,⁶²⁾ durch das Wegfallen anderer Uh-
Pflichten,⁶³⁾ durch eine altersbedingte Erhöhung der Be-
dürfnisse des Kindes⁶⁴⁾ usw. Der einmal zugesprochene
Uh ist also ständigen Wandlungen unterworfen, sodass
der RA auf die Möglichkeit zukünftiger Schwankungen
durch Veränderungen der Rahmenbedingungen hin-
weisen sollte. Wer seinen Mandanten dahingehend be-
rät, binnen der „unterhaltsrechtlichen Schreijahre“
(§ 1480)⁶⁵⁾ den bisherigen Titel überprüfen zu lassen, si-
chert nicht nur ein Folgemandat für die Zukunft, son-
dern muss sich auch um Änderungen der Rechtslage
keine Gedanken mehr machen.

C. Ergebnisse

1. Die Korrektur sorgfaltswidriger Rechtsberatung liegt
primär im Interesse des Beraters, der dadurch die Ge-
legenheit hat, den angelegten Schaden zu minimieren
und insoweit seine Haftpflicht zu sanieren. Besondere
Fragen nachvertraglicher Pflichten stellen sich nicht.

2. Macht nach sorgfältiger Rechtsberatung eine
neue Rechtslage den erteilten Rat unrichtig, ist der Be-
rater grds nicht angehalten, den Mandanten nachträg-
lich zu beraten und so die Hauptleistungspflichten aus
dem Mandat zu reaktivieren. Einem RA ist nicht zu-
mutbar, Altmandate ewig in Evidenz zu halten und auf
die Auswirkungen neuer Entwicklungen zu überprü-
fen. Ein Mandant darf sich keine immerwährende Be-
ratung erwarten. Wer aktuellen Rat will, kann ihn sich
holen.

3. Ist die Rechtslage im Zeitpunkt der Beratung un-
klar, schuldet der RA hinreichende Aufklärung über
die Unklarheit und die daraus resultierenden Hand-
lungsoptionen.

4. Bei der Beratung über lang andauernde Rechts-
verhältnisse mit abstrakt vorhersehbaren Veränderun-
gen kann sorgfältige Beratung den Ratschlag zur perio-
dischen Überprüfung erfordern.

58) Der Übergangsbereich zwischen zulässigem Vertrauen in das Fort-
bestehen der ständigen Rsp und Zerstörung desselben durch obi-
ter dicta oder umfangreiche literarische Stellungnahmen ist freilich
fließend.

59) Vgl Spitzer, Konkursfestigkeit und Publizität der Sicherungszession,
Zak 2007, 47.

60) 5 Ob 236/18 v: „Ob der Familienbonus die Anrechnung von Trans-
ferleistungen kürzen und damit zu einer Erhöhung des Kindesunter-
halts im Ausmaß der Steuerersparnis führen soll oder es nicht bloß
sachgerecht, sondern richtig erscheint, den Familienbonus (nur) bei
der Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage zu berücksich-
tigen“ musste „nicht abschließend geklärt werden“. Die Frage war
dann auch in 5 Ob 92/19 v „letztlich nicht entscheidend“.

61) RA haften nach stRsp grundsätzlich für „Unkenntnis der Gesetze
sowie einhelliger Lehre und Rechtsprechung“ (RS0049912).
Höchstgericht nicht entschieden ist allerdings die Frage, innerhalb
welchen Zeitraums der RA Kenntnis eines Akts der Rsp haben
muss. Unter Berufung auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf
(6 UF 114/79 VersR 1980, 359) wird angenommen, dass die Un-
kenntnis einer höchstgerichtl Entscheidung nicht entschuldbar ist,
wenn seit der Veröffentlichung in einer allgemeinen juristischen Zeit-
schrift bereits sechs Wochen verstrichen sind (vgl Völkl/Völkl, Bera-
terhaftung² [2014] Rz 7/27; vgl auch [ohne Nennung der konkreten
Zeitschrift] OLG Schleswig BeckRS 2013, 09391; Thiele, Die Zeit-
schriftenlektüre des Rechtsanwalts als haftungsrechtliches Pro-
blem, ÖJZ 1998, 735 [737] geht von einer Frist von circa vier Wochen
aus). Nach BGH NJW 1979, 877 kann indes von einem Rechtsan-
walt mit einer allgemeinen Beratungs- und Prozesspraxis nicht ver-
langt werden, dass er juristische Fachzeitschriften (hier FamRZ)
„alsbald“ nach Erscheinen darauf durcharbeitet, welche neuen
höchstrichterlichen Entscheidungen auf den entsprechenden Gebieten
ergangen sind (vgl Volkmer/Greger/Heinemann, Anwalts-
haftungsrecht⁴ [2014] Rz 23 ff). Nach Thiele, ÖJZ 1998, 735 (737)
haben RA, die mit bestimmten Tätigkeitsschwerpunkten in Erschei-
nung treten, zusätzlich zu den allgemeinen die entsprechenden
speziellen juristischen Fachzeitschriften zu lesen. Ob sich die ge-
nannten Grundsätze angesichts der mittlerweile raschen Veröffent-
lichung im allgemein zugänglichen Rechtsinformationssystem des
Bundes und zahlreicher juristischer Datenbanken aufrechterhalten
lassen oder sich die Zeitspanne zur „fristgerechten“ Kenntnisnahme
dadurch erheblich verkürzt hat, ist indes äußerst fraglich (in diese
Richtung Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 7/29; differenzierend hin-
gegen Borgmann/Jungk/Schwaiger, Anwaltschaft⁵ § 19 Rz 50
mit Blick auf die hohe Anzahl in Datenbanken abrufbarer Entschei-
dungen und die in den letzten Jahren gestiegene Anzahl von regel-
mäßig erscheinenden Fachzeitschriften).

62) Vgl 8 Ob 75/10 b.

63) 9 Ob 28/10 y.

64) 1 Ob 2360/96 g.

65) VerStSen 6 Ob 544/87; Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁹
(2019) 97.



→ In Kürze

→ Grundsätzlich sind Rechtsberater nach Beendigung
des Mandats nicht verpflichtet, den (ehemaligen)

**Mandanten auf Änderungen in Rechtsprechung und
Rechtslage aufmerksam zu machen; eine dauerhafte
dahingehende Beobachtung jedes einzelnen bereits
erfolgreich abgeschlossenen Mandats ist unzumutbar.**

- Bei unklarer Rechtslage im Beratungszeitpunkt muss der Rechtsanwalt darüber und über mögliche Optionen hinreichend aufklären.
- Bei Dauerrechtsverhältnissen kann unter Umständen die Beratung über abstrakt vorhersehbare Veränderungen geschuldet sein.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Peter Gruber, LL.M. (WU) BSc (WU) ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. E-Mail: peter.gruber@wu.ac.at

Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer ist Universitätsprofessor am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. E-Mail: lehrstuhl.spitzer@wu.ac.at



Art 24 GRC und Kindschaftsrecht

Reformvorschläge aus grundrechtlicher Perspektive

Der Beitrag untersucht das geltende Kindschaftsrecht aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht auf Grundrechtskonformität im Sinne der Grundrechtecharta der Europäischen Union. Daraus ergibt sich eine Reformnotwendigkeit im Verfahrensrecht bei Abstammungssachen und bei Angelegenheiten der Pflege und Erziehung im Spannungsverhältnis zwischen der Erziehungsautonomie und dem Kindeswohl.

Von Gundula Wenger-Haargassner

A. Einleitung – Anwendungsbereich der Grundrechtecharta

Im Familienrecht gibt es viele juristische Ebenen: die einfachgesetzl, die rechtspolitische,¹⁾ aber auch die grundrechtl. Letztere wird oftmals weniger berücksichtigt. Die Konsequenzen erscheinen nicht so greifbar wie bspw im Strafrecht, doch muss im Familienrecht aufgrund der möglichen, teils massiven Auswirkungen auf Kinder die grundrechtl Ebene als oberste Prüfebene stets beachtet werden.

Eine neue grundrechtl Dimension bietet seit einigen Jahren die EU: Durch den Vertrag von Lissabon erhielt die Union eine verbindliche Grundrechtecharta (GRC)²⁾ und damit den modernsten Grundrechtekatalog, den es derzeit gibt. Die GRC beinhaltet einige Grundrechte im familienrechtl Bereich. Bei den Kinderrechten ist Art 24 GRC von grundlegender Bedeutung.

Familienrecht stellt keine Kernkompetenz der Union dar, doch ist der Anwendungsbereich der GRC als Vorfrage bei familienrechtl Fällen nur bedingt ein Hindernis:

Art 51 GRC normiert zum Anwendungsbereich der GRC, dass diese für die MS bei der „Durchführung des Rechts der Union“ gilt. Hauptanwendungsfall ist dabei, wenn die MS funktionell als Organe der Union tätig werden und Unionsrecht direkt anwenden und umsetzen.³⁾ Die Union hat keine Kompetenzen, im Familienrecht Normen zu schaffen, hierbei wäre also eine Bindung an die GRC ausgeschlossen. Lediglich bei der mittelbaren Durchführung von Unionsrecht,⁴⁾ etwa wenn aufgrund einer RL umgesetztes nationales Recht vollzogen wird, sind ebenfalls mittelbar Auswirkungen auf das Familienrecht denkbar.

Die Auslegung von Art 51 GRC wird vom EuGH jedoch so weit judiziert, dass der Anwendungsbereich der GRC auch bei der Beschränkung von Grundfreiheiten⁵⁾ und bei mitgliedstaatlichem Handeln in uni-

onsrechtl determiniertem Kontext⁶⁾ eröffnet wird. Bei der Beschränkung von Grundfreiheiten, dies ist in der familienrechtl Praxis va bei Beschränkungen der Personenverkehrsfreiheit am häufigsten denkbar, ist der Anwendungsbereich der GRC eröffnet. Bei mitgliedstaatlichem Handeln in unionsrechtl determiniertem Kontext kommt es auf den Einzelfall und den konkreten Unionsrechtsbezug an. Gibt es einen relevanten Bezug zu Unionsrecht – und dieser kann va bei im Familienrecht häufigen grenzüberschreitenden Sachverhalten argumentiert werden –, so ist eine Grundrechtsbindung anzunehmen.

Dies kann durchaus bedeuten, dass der Anwendungsbereich der GRC in manchen familienrechtl Fallkonstellationen eröffnet ist und in manchen nicht. Man ist aber selbst im Familienrecht nicht vor der unionalen Ebene sicher: Der Beitrag untersucht daher anhand dieser neuen grundrechtl Ebene, konkret anhand der Schutzbereiche des Art 24 GRC, das geltende Kindschaftsrecht auf dessen Grundrechtskonformität.

B. Rechte des Kindes (Art 24 GRC)

1. Historie und rechtliche Hierarchie

Art 24 GRC basiert auf der UN-Kinderrechtskonvention, die von allen MS der Union ratifiziert wurde.⁷⁾ In Österreich orientiert sich das Bundesverfassungsgesetz

1) Prominentestes Beispiel ist wohl derzeit die Entwicklung rund um die „Ehe für alle“.

2) ABI C 2012/326, 391.

3) Die Leitentscheidung dazu: EuGH 13. 7. 1989, C-5/88, *Wachauf*.

4) Vgl *Herresthal*, Grundrechtecharta und Privatrecht, ZEuP 2014, 238 (248).

5) EuGH 18. 6. 1991, C-260/89, *ERT*; 30. 4. 2014, C-390/12, *Pfleger*.

6) EuGH 26. 2. 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*; 6. 3. 2014, C-206/13, *Siragusa*; 10. 7. 2014, C-198/13, *Hernández*.

7) Vgl *Hölscheidt in Meyer*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴ (2014) Art 24 Rz 1.

EF-Z 2020/27

Art 24 GRC;
§ 181 ABGB;
§ 104 AußStrG

Familienrecht;
Grundrechte;
Kindeswohl;
Verfahrensrecht