

Prüfer: Meinhard Lukas

 Meine Notizen:

Fachprüfung aus Bürgerlichem Recht

Linz, 16. 4. 2015

Schwerpunkte: Schadenersatz, Familienrecht

SACHVERHALT

Als leidenschaftlicher Jäger hält sich **Jörg (J)** den imposanten Schweißhund¹⁾ Zerberus (Wert: € 2.000,-). Die Liebe zu Jagd und Hund konkurriert schon lange mit jener zu seiner Ehefrau. Seit circa vier Jahren leben **J** und **Rita (R)** eher neben- als miteinander, ohne intimen Kontakt. Der Hausmann **J** säubert noch die allgemeinen Teile des Hauses und gelegentlich „Ritas Zimmer“; **R**, die als angestellte Steuerberaterin gut verdient, deckt die Haushaltskosten. Sie schläft im Ehebett bzw in der – vor acht Jahren aus Ersparnissen finanzierten – Stadtwohnung; **J** bettet sich auf einer Couch im „Jagdzimmer“. Beide haben mit der (kinderlosen) Beziehung endgültig abgeschlossen. Zerberus hat sich gegenüber **R** mehrfach aggressiv verhalten, weshalb er in ihrer Gegenwart stets angeleint wird.

Als **R** am 1. 2. 2015 abends nach Hause kommt, hört sie Zerberus laut im (nicht eingefriedeten) Garten bellen. Bei ihrer Nachschau sieht sie **J** bewusstlos und blutverschmiert am Boden liegen. Für **R** ist klar: Stillt sie die Blutung nicht sofort, stirbt **J**. Als sie ihm zur Hilfe eilt, schnappt Zerberus, der instinktiv sein „Herrchen“ verteidigt, nach **R**. Er erwischt aber nur ihre Designer-Handtasche (Wert: € 1.000,-) und „zerfleischt“ diese regelrecht. **R** weiß, dass sie Zerberus mit dem Pfefferspray aus ihrer Manteltasche außer Gefecht setzen und dann in den nahen Gartenschuppen sperren könnte. Sie wittert aber die Chance, den „Köter“ endgültig loszuwerden. Daher ergreift sie das neben **J** liegende Jagdgewehr und erschießt Zerberus kurzerhand. Im Anschluss versorgt sie **J**.

Dieser ist, gerade von der Jagd zurückgekehrt, aufgrund einer plötzlich auftretenden Kreislaufschwäche unglücklich gestürzt. Der Aufprall führte zu einer oberflächlichen, kurzfristig stark blutenden Kopfwunde und ließ **J** für wenige Minuten bewusstlos werden. Dabei entglitt ihm auch die Leine, mit der er Zerberus (wie dies im Außenbereich notwendig ist) unter Kontrolle hatte. Als **J** kurz darauf wieder zu sich kommt und vom Geschehen erfährt, verfällt er in eine Depression mit attestiertem Krankheitswert.

Für **R** bringt der Undank des **J** angesichts ihrer (vermeintlichen) Lebensrettung das Fass zum Überlaufen; sie reicht wenige Tage später die Heimtrennungsklage ein. **J** erwidert, dass **R** aufgrund der Tötung seines treuen Begleiters die Scheidung allein verschulde, und verlangt mindestens ein Drittel ihres laufenden Einkommens zur Deckung seiner Bedürfnisse. **R** wiederum begehrt Abgeltung dafür, dass sie in die Stadtwohnung zieht und **J** das Haus belässt; sie beruft sich auf die 1990 (kurz nach der Trauung) geschlossene schriftliche Vereinbarung, wonach das (während aufrechter Ehe gemeinsam bewohnte) Haus im Scheidungsfall der Aufteilung unterliege. **J** verweist darauf, dass er das Haus von seiner Tante geerbt habe und es sein Eigentum sei. Im Übrigen verlangt er wegen der „Hinrichtung“ von Zerberus umfassende Wiedergutmachung, und zwar angemessenen Ersatz für 20 Tage leichte Schmerzen infolge der Depression und € 4.000,- für den Sachschaden. Der objektive Wert des Hundes spiegle nicht ansatzweise wider, was dieser ihm bedeutet und welch tiefe Trauer der Verlust ihm bereitet habe.

Wie ist die Rechtslage?

Dr. *Meinhard Lukas* ist Universitätsprofessor am Institut für Zivilrecht (Abteilung Grundlagenforschung) der Johannes Kepler Universität Linz und seit Oktober 2015 deren Rektor.

1) Speziell ausgebildeter Jagdhund (Jägersprache: Schweiß = Blut).

📎 Meine Notizen:

MUSTERLÖSUNG

Von Andreas Geroldinger und Dominic Gerstberger

I. Schadenersatz

A. J gegen R auf Schadenersatz iHv € 4.000,- gem §§ 1295, 1331 ABGB

Der **Schaden** des J besteht in einer Sachbeschädigung, konkret darin, dass sein Hund Zerberus tot ist. Der gemeine Wert des Hundes betrug € 2.000,-. J hatte aber laut Sachverhalt eine sehr enge Gefühlsverbundenheit mit Zerberus (arg: „Liebe zu ... Hund“, „objektive Wert ... spiegle nicht ansatzweise wider ...“). Als Jäger hatte er außerdem ein besonderes Interesse an dem speziell ausgebildeten „Schweißhund“. Den außerordentlichen Wert des Hundes beziffert J mit € 4.000,-.

1) Rechtswidrigkeit

Der Haftungsansatzpunkt (nach *Reischauer*: das Erfolgsunrecht)²⁾ bestünde in der Tötung des Zerberus, also im Eingriff in das Eigentum des J. R hat Zerberus gezielt getötet (arg: „erschießt ... kurzerhand“); mit diesem bewussten Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut des J erscheint das **Verhaltensunrecht** gegeben (zum Vorsatz siehe sogleich). Das Rechtswidrigkeitsurteil würde jedoch dann anders ausfallen, wenn R ein **Eingriffsrecht** in das Eigentum des J zukommen sollte, etwa aufgrund einer Notwehrsituation oder wegen rechtfertigenden Notstands oder Notstandshilfe.³⁾

All diese Eingriffsrechte stehen freilich unter dem **Vorbehalt**, dass nicht über das notwendige Maß hinaus in fremde Rechtsgüter eingegriffen wird. Ein mit den rechtlichen Werten verbundener Mensch in der Situation der R hätte nicht zum Jagdgewehr gegriffen, sondern den Pfefferspray zur Abwehr des Hundes eingesetzt. Denn R „wusste“, dass sie auch auf diese Weise den Hund „außer Gefecht setzen“ und ohne großen Zeitverlust (arg: nahegelegener Gartenschuppen) wegsperren hätte können. Dies hätte ihr laut Sachverhalt gefahrlos⁴⁾ die endgültige Abwehr aller vom Hund ausgehenden Gefahren ermöglicht. Zerberus hätte den Einsatz des Pfeffersprays, anders als jenen des Jagdgewehrs, aller Voraussicht nach überlebt. Die Handlung der R war daher exzessiv. Sie hat sich bewusst für den schwereren Eingriff in das Rechtsgut des J entschieden, um den „Köder endgültig loszuwerden“. Den Tod eines Hundes bei einem gezielten Schuss aus dem Jagdgewehr hat sie dabei auch vorhergesehen (arg: „wittert die Chance“). R wusste um und wollte die Tötung des Zerberus, womit Vorsatz anzunehmen ist. Auf die Frage, ob tatsächlich eine Notstands-, Notstandshilfe-, Sachwehr- oder Notwehrsituation vorlag, kommt es wegen des **Exzesses** nicht an. Das Verhalten der R war jedenfalls **rechtswidrig**.

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass im konkreten Fall verschiedene Ansatzpunkte für eine mögliche Rechtfertigung bestanden:

Zum einen konnte die (vermeintliche) **Rettung des J** als **Notstandshilfe** geprüft werden. Freilich glaubte R bloß, dass J verbluten werde. Tatsächlich war J laut Sachverhalt nur oberflächlich verwundet. Es lag daher keine Notstandshilfesituation, sondern eine sogenannte **Putativnotstandshilfe** vor. Freilich hätte jedermann, damit auch die Maßfigur (§ 1297 ABGB), die Bewusstlosigkeit eines Menschen, der stark am Kopf blutet, als höchst gefährliche Situation eingestuft. R ist daher im Hinblick auf diesen Irrtum keine Sorgfaltsverletzung vorzuwerfen. Eine angemessene Gefahrenabwehr hätte sie folglich keiner Schadenersatzpflicht ausgesetzt.

Der Angriff des Zerberus auf die **körperliche Integrität der R** könnte im Lichte eines rechtfertigenden Notstands (oder einer Sachwehr)⁵⁾ geprüft werden. Dabei wäre freilich darauf einzugehen, ob der Angriff auf sie noch andauert, wenn der Hund gerade die Tasche zerfleischt.⁶⁾

Dr. *Andreas Geroldinger* ist assoz. Universitätsprofessor, Mag. *Dominic Gerstberger* Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht (Abteilung Grundlagenforschung) der Johannes Kepler Universität Linz.

2) *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2007) § 1294 Rz 7. Sämtliche Nachweise werden in der zum Zeitpunkt der Prüfung aktuellen Auflage bzw Fassung zitiert.

3) *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT⁴ (2010) Rz 13/19.

4) Man mag die Realitätsnähe dieser Sachverhaltsangabe – etwa aufgrund eigener Erfahrungen mit Jagdhunden oder im Umgang mit einem Pfefferspray – bezweifeln; hier gilt aber die Regel: Der Sachverhalt ist vollständig und wirft keine Beweisprobleme auf.

5) *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ (2000) § 19 Rz 15; allgemein dazu auch *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT⁴ Rz 13/21.

6) Vgl zB *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 19 Rz 5: zu Boden geschlagener angriffsfähiger Täter, der kein Zeichen zur Angriffsbeendigung gibt.

Und schließlich könnte am Angriff auf das **Eigentum der R** als weiteren Fall eines Notstands (oder einer Sachwehr) angesetzt werden. Auch hier wäre zu argumentieren, ob der Angriff noch andauert oder die Tasche bereits zerstört und der Angriff auf das Eigentum damit beendet ist.

 Meine Notizen:

2) Weitere Voraussetzungen

Ohne den gezielten Schuss aus dem Jagdgewehr durch R wäre Zerberus nicht getötet worden; ihr rechtswidriges Verhalten war daher **kausal** für den Schaden des J. Beim Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut erübrigt sich im Hinblick auf den sogenannten „Einsatzschaden“⁷⁾ eine gesonderte Prüfung von Adäquanz und Rechtswidrigkeitszusammenhang.

Das **Verschulden** wird gem § 1297 ABGB vermutet. Anhaltspunkte für eine geistige Krankheit oder dgl liegen nicht vor. Die nähere Prüfung eines entschuldigenden Notstands iSd § 1306 a ABGB (in Bezug auf J: einer Putativnotstandshilfe) kann schon deswegen unterbleiben, weil R – wie vorhin dargelegt – bewusst exzessiv in das Rechtsgut des J eingegriffen hat.

R hat den Hund vorsätzlich getötet und damit den Straftatbestand des § 125 StGB („Sachbeschädigung“) erfüllt. J kann daher gem § 1331 ABGB den **Ersatz der besonderen Vorliebe** verlangen, der im vorliegenden Fall mit € 4.000,- beziffert wird.⁸⁾

J könnte allenfalls aus der objektiv sorgfaltswidrigen Verwahrung des Zerberus, die erst den Angriff ermöglichte, ein **Mitverschulden** angelastet werden. Diese war ihm jedoch wegen seiner Bewusstlosigkeit jedenfalls nicht subjektiv vorwerfbar.

3) Ergebnis

Der Anspruch des J gegen R auf Schadenersatz in Höhe von € 4.000,- besteht daher zu Recht.

B. J gegen R auf Schadenersatz iHv € 2.000,- gem §§ 1295, 1325 ABGB

Der **Schaden** des J besteht in der Körperverletzung, konkret in Depressionen mit Krankheitswert, welche auf den Tod seines Hundes folgten. Mit diesen Depressionen waren 20 Tage leichte Schmerzen verbunden. Nach den gängigen Richtsätzen der Judikatur gebühren dafür circa € 2.000,-.

Der Haftungsansatzpunkt liegt in der Verletzung des absolut geschützten Rechtsguts körperliche Integrität des J. Im Rahmen des **Verhaltensunrechts** gilt es an dieser Stelle zu fragen, ob sich R in Hinblick auf dieses Rechtsgut objektiv sorgfaltswidrig verhalten hat, indem sie den Hund Zerberus mit dem Jagdgewehr erschoss: Hätte die Maßfigur des § 1297 ABGB erkannt, dass sie J am Körper verletzt, wenn sie den Hund anstelle des Pfeffersprays mit dem Jagdgewehr außer Gefecht setzt?

Dies ist zumindest im Lichte einer Entscheidung des OLG Wien zu bejahen.⁹⁾ Die Maßfigur – ausgestattet mit dem Wissen der R um die besonders enge Beziehung des J zum Hund – hätte vorhergesehen, dass J aufgrund dieser sehr engen Gefühlsbeziehung in Depressionen mit Krankheitswert verfallen und dabei Schmerzen erleiden kann, wenn der Hund gezielt getötet wird. R hat folglich **sorgfaltswidrig** in Bezug auf das absolut geschützte Rechtsgut körperliche Integrität des J gehandelt.¹⁰⁾ Eine Rechtfertigung scheidet, wie schon oben dargelegt, aus.

Der Schuss der R aus dem Jagdgewehr auf den Hund war auch **kausal** für die Körperverletzung des J, denn hätte R nicht geschossen, wäre der Hund nicht gestorben und J nicht in die Schmerzen verursachenden Depressionen verfallen. Zu Adäquanz und Rechtswidrigkeitszusammenhang s oben A.2.

Bezüglich der Beurteilung des **Verschuldens** ist auf § 1297 ABGB zu verweisen; ein Freibeweis wird nicht gelingen. Ein Entschuldigungsgrund scheidet wiederum wegen des Exzesses aus.

7) Zum Begriff s *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1295 Rz 9; jüngst auch *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit (2016, Habilitationsschrift Linz) 97 ff.

8) Auf die Fragen, ob hier „Mutwille und Schadenfreude“ vorlagen und ob es sich dabei um kumulative oder alternative Voraussetzungen handelt, kommt es damit nicht an.

9) OLG Wien 12 R 146/10 v ZVR 2012/35.

10) Hier war natürlich auch das Gegenteil gut vertretbar; bei ausreichender Begründung wurden beide Lösungen akzeptiert.

✎ Meine Notizen: Der Anspruch des J gegen R auf Schadenersatz iHv € 2.000,- besteht zu Recht.¹¹⁾

C. R gegen J auf Schadenersatz iHv € 1.000,- gem § 1320 Satz 1 ABGB

Nach § 1320 Satz 1 ABGB haftet, wer das Tier „angetrieben, gereizt oder zu verhalten vernachlässigt hat“. Im vorliegenden Fall kommt allenfalls die letzte Variante in Betracht. Bei Entstehen des Schadens hat sich auch die typische Gefährlichkeit eines Tieres (gelenkt durch Triebe und Instinkte) verwirklicht (arg: „der instinktiv sein ‚Herrchen‘ verteidigt“).

Der **Schaden** der R besteht in der Beschädigung ihrer Designer-Handtasche im Wert von € 1.000,-.

Der Haftungsansatzpunkt ist die Beschädigung der Tasche. Das **Verhaltensunrecht** besteht in der mangelhaften Verwahrung, der Vernachlässigung der objektiv gebotenen Sorgfalt. Als Zerberus nach R schnappte und dann ihre Handtasche „zerfleischte“, war der Hund nicht angeleint. J ist die Leine entglitten, als er bewusstlos wurde. Da der Garten nicht eingefriedet und Zerberus im Freien sowie in der Gegenwart der R anzuleinen war, war der Hund im Zeitpunkt der Schädigung nicht ordnungsgemäß verwahrt. R wird der Beweis der objektiven Sorgfaltsverletzung folglich gelingen.¹²⁾

Die unzureichende Verwahrung des Zerberus war **kausal** für die Beschädigung der Tasche, denn wäre der Hund ordnungsgemäß angeleint gewesen, wäre er „unter Kontrolle“ gewesen und hätte nicht nach der Handtasche der R schnappen können.

Die unzureichende Verwahrung des Zerberus kann J aber **nicht subjektiv vorgeworfen** werden, da er zu diesem Zeitpunkt bewusstlos war und keine Möglichkeit hatte, für die Verwahrung zu sorgen. Der Freibeweis nach § 1297 ABGB wird J daher gelingen. Anhaltspunkte für eine Einlassungsfahrlässigkeit liegen nicht vor (arg: plötzlich auftretende Kreislaufschwäche).

Der Anspruch besteht daher nicht.

D. R gegen J auf Schadenersatz iHv € 1.000,- gem § 1320 Satz 2 ABGB

Der Schaden der R besteht wiederum in der Beschädigung ihrer Designer-Handtasche im Wert von € 1.000,-.

J ist der **Halter** (iSd § 1320 Satz 2 ABGB) des Hundes Zerberus, da er den Hund jagdlich führt sowie allein über die Verwahrung und Beaufsichtigung entscheidet. R übernimmt keine entsprechende Stellung, vielmehr wird Zerberus in ihrer Gegenwart wegen aggressiven Verhaltens stets angeleint.

Die Tierhalterhaftung des ABGB kehrt die Beweislast insofern um, als der Halter zu beweisen hat, dass er für die **objektiv erforderliche Verwahrung** und Beaufsichtigung gesorgt hat. Er haftet freilich auch dann, wenn er unverschuldet die gebotene Beaufsichtigung oder Verwahrung unterlassen hat.¹³⁾ Zur nötigen Verwahrung gilt das oben Gesagte, der Freibeweis wird J daher nicht gelingen. Auf das mangelnde Verschulden iS kommt es bei § 1320 Satz 2 ABGB nicht an.

Zu prüfen bleibt, ob R **Mitverschulden** an dem Schaden trifft, da sie sich – in dem Bewusstsein, dass sich Zerberus schon des Öfteren ihr gegenüber aggressiv verhalten hat – dem J und somit auch dem diesen bewachenden Zerberus annähert. Dies ist insofern zu verneinen, als es R nicht vorgeworfen werden kann, sich angesichts der vermeintlichen Notstandssituation dem J anzunähern, um diesem zu helfen.

Der Anspruch der R gegen J auf Schadenersatz iHv € 1.000,- gem § 1320 Satz 2 ABGB besteht zu Recht.¹⁴⁾ R kann mit diesem Anspruch gegen ihre Ersatzpflichten **aufrechnen** (§§ 1438 ff ABGB).

11) Der Ersatz des immateriellen Schadens nach § 1331 ABGB aus der besonderen Gefühlsbeziehung zu Zerberus könnte in Konkurrenz zum Anspruch nach § 1325 ABGB (s Pkt A) stehen; vgl OLG Wien 12 R 146/10v ZVR 2012/35.

12) Die Maßfigur des § 1297 ABGB darf man sich in dieser Situation nicht als ohnmächtig werdend vorstellen (vgl zB zu § 1320 Satz 2 ABGB RIS-Justiz RS0114918); ausführlich zur Argumentation anhand von Maßfiguren im österreichischen Zivilrecht *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992) 159 ff; zum österreichischen Strafrecht *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht (1974) 54 ff.

13) Siehe nur *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT⁴ Rz 14/35.

14) Für den Ersatz des Wertes der Tasche konnte auch noch an die Aufopferungshaftung nach § 1043 ABGB oder den Ersatzanspruch nach § 1036 iVm § 1014 analog ABGB gedacht werden; die Prüfung der beiden Ansprüche wurde aber nicht verlangt.

II. Scheidung und Scheidungsfolgen

✎ Meine Notizen:

A. Scheidung

1) Zerrüttung nach § 55 EheG

Laut Sachverhalt reicht R die **Heimtrennungsklage** ein. Voraussetzung für diese Art der Zerrüttungsscheidung ist gem § 55 EheG eine mindestens drei Jahre andauernde Aufhebung der „häuslichen Gemeinschaft“ sowie eine tiefgreifende unheilbare Zerrüttung der Ehe.

Unter dem Begriff „**häusliche Gemeinschaft**“ wird die Wohnungs-, Wirtschafts- und Geschlechtergemeinschaft verstanden. Laut Sachverhalt leben J und R schon seit circa vier Jahren eher neben- als miteinander und haben keinen intimen Kontakt. Weiters schlafen die beiden getrennt, R im Ehebett bzw in der Stadtwohnung, J auf einer Couch im Jagdzimmer. Es schadet nicht, dass J die allgemeinen Teile des Hauses und gelegentlich auch „Ritas Zimmer“ säubert und R im Gegenzug für die Haushaltskosten aufkommt, da es sich hierbei bloß um wechselseitige Unterstützungen in abgegrenzten Teilbereichen handelt¹⁵⁾ und ansonsten jeglicher Kontakt vermieden wird. Mit dem Haushaltsgeld wird außerdem nur ein Teil des (auch in der Phase der Zerrüttung gebührenden) Unterhalts während aufrechter Ehe abgedeckt. Das der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft innewohnende subjektive Element¹⁶⁾ ist erfüllt, da laut Sachverhalt beide mit der Beziehung „längst abgeschlossen“ haben.

Eine **tiefgreifende unheilbare Zerrüttung** der Ehe liegt dann vor, wenn die eheliche Gesinnung zumindest eines Teils erloschen ist und die Grundlage der Ehe auch objektiv weggefallen ist.¹⁷⁾ Beide Ehegatten haben mit der Beziehung **längst abgeschlossen**; deren eheliche Gesinnung ist daher erloschen. Dies manifestiert sich objektiv an der Vermeidung jeglichen Kontakts. Auch die zweite Voraussetzung ist daher erfüllt.

2) Verschuldensauspruch nach § 61 Abs 3 EheG

Mit dem Einwand, dass R aufgrund der Tötung seines treuen Begleiters die Scheidung alleine verschulde, und dem Verlangen nach einem Drittel ihres laufenden Einkommens als Unterhalt begehrt J den Verschuldensauspruch gem **§ 61 Abs 3 EheG**. Voraussetzung dafür ist lediglich das wesentlich geringergradige Zerrüttungsver schulden.¹⁸⁾ Zwischen der vorgeworfenen Verfehlung und der Zerrüttung muss ein ursächlicher Zusammenhang bestehen (§ 61 Abs 3 EheG: „Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet“). Daran fehlt es aber, wenn die Ehe im Zeitpunkt der Verfehlung bereits so tief zerrüttet ist, dass eine weitere Zerrüttung nicht mehr eintreten konnte.¹⁹⁾

Zu dem Zeitpunkt, als R den Hund des J tötete, hatten beide bereits seit circa vier Jahren „**mit der Beziehung endgültig abgeschlossen**“. Die Tötung des Zerberus war folglich **nicht kausal** für die Zerrüttung der Ehe. Auch sonst ist dem Sachverhalt kein Verhalten der R zu entnehmen, das auf ein überwiegendes oder gar alleiniges Verschulden an der Zerrüttung hindeuten würde. Die Voraussetzungen des § 61 Abs 3 EheG liegen somit nicht vor.²⁰⁾

Der Sachverhalt spricht davon, dass der Undank des J für R das Fass zum Überlaufen brachte. Dies konnte als Argument dafür verwendet werden, dass die Ehe zum Zeitpunkt der Tötung des Zerberus noch nicht restlos zerrüttet war.

Weiters konnte argumentiert werden, dass es sich bei der bewussten Tötung des geliebten Hundes um eine Eheverfehlung iSd § 49 EheG handelt (Zufügung seelischen Leids) und J Widerklage erheben könnte. Dann müsste auf die Zerrüttungskausalität eingegangen und darauf hingewiesen werden, dass eine solche Vorgehensweise – sofern ein Verschulden an der Zerrüttung bejaht wird – in Sachen Unterhalt ungünstiger wäre als jene nach § 61 Abs 3 iVm § 69 Abs 2 EheG (Stichwort: Anspannungsgrundsatz).

15) OGH 3 Ob 617/82 EFSlg 41.233; *Koziol – Welsler/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) Rz 1572.

16) *Koziol – Welsler/Kletečka*, BR I¹⁴ Rz 1572.

17) Vgl *Kerschner*, Familienrecht⁵ (2013) Rz 2/89; OGH 1 Ob 501/88 EFSlg 57.156.

18) *Kerschner*, Familienrecht⁵ Rz 2/94, 2/99; *Kerschner/Wagner*, Familienrecht² (2010) Rz 9/34 aE, 9/39; *Koziol – Welsler/Kletečka*, BR I¹⁴ Rz 1579; RIS-Justiz RS0057262.

19) Diese Ansicht ist freilich nicht unumstritten; im referierten Sinne etwa *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 61 Rz 5; aA *Koziol – Welsler/Kletečka*, BR I¹⁴ Rz 1599. Die Studierenden konnten natürlich beide Ansichten vertreten.

20) Zum denkbaren Mitverschuldensantrag der R wegen möglichen Verschuldens des J (Vernachlässigung der R wegen Jagd und Hund) analog § 60 Abs 3 EheG s *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ (2014) § 61 Rz 5 mwN.

📝 Meine Notizen:

B. Unterhalt²¹⁾

Da J mit dem Antrag auf einen Schuldausspruch nicht durchdringt, bemisst sich sein Unterhaltsanspruch nach **§ 69 Abs 3 EheG**.²²⁾ Dabei ist zu berücksichtigen, dass J derzeit einkommenslos ist, er aber dem Anspannungsgrundsatz unterliegt.²³⁾ Die einmalig auftretende Kreislaufschwäche lässt für sich genommen nicht auf eine dauernde Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit des J schließen. Ansonsten bestehen keine Hinweise auf eine geminderte Erwerbsfähigkeit.

Bei einem Schuldausspruch nach § 61 Abs 3 EheG wäre J grundsätzlich ein Unterhalt wie bei aufrechter Ehe (§ 94 Abs 2 ABGB) zugestanden, wobei er nicht dem Anspannungsgrundsatz unterlegen wäre (§ 69 Abs 2 EheG). Fraglich könnte dann aber sein, ob J tatsächlich noch als haushaltsführender Ehegatte anzusehen war. Schließlich hat er laut Sachverhalt lediglich die allgemeinen Teile des Hauses und gelegentlich das Zimmer der R gesäubert.

C. Aufteilung

1) Haus

Gem § 81 Abs 1 EheG sind im Falle der Scheidung der Ehe das eheliche Gebrauchsvermögen und die ehelichen Ersparnisse unter den Ehegatten aufzuteilen. Zum ehelichen Gebrauchsvermögen gehört gem § 81 Abs 2 EheG auch die Ehewohnung. Da J und R das Haus **während aufrechter Ehe gemeinsam bewohnten**, gilt das Haus als Ehewohnung.

Die schriftliche Vereinbarung, welche J und R während der Ehe geschlossen haben, ist als **Vorausvereinbarung** iSd § 97 Abs 1 EheG zu betrachten. Derartige Vorausvereinbarungen bedürfen daher der Form eines **Notariatsakts**. J und R haben die Vereinbarung zwar schriftlich geschlossen, ein Notariatsakt wurde aber nicht errichtet. Die Vereinbarung ist daher formungültig und somit unwirksam. Daran ändert auch nichts, dass die Vereinbarung bereits 1990 abgeschlossen wurde. § 97 Abs 1 EheG ist ab dem 1. 1. 2010 anzuwenden, wenn der verfahrenseinleitende Antrag oder die Klage nach dem 31. 12. 2009 bei Gericht eingebracht wurde (Art 18 § 3 FamRÄG 2009). Insofern wirkt die Bestimmung auch auf vor dem 1. 1. 2010 geschlossene Vorausvereinbarungen zurück.²⁴⁾

J hat das Haus von **seiner Tante geerbt**. Da die geschlossene Vereinbarung formungültig ist und kein gemeinsames Kind vorhanden ist (arg: „der [kinderlosen] Beziehung“), bleibt nach § 82 Abs 2 EheG lediglich zu prüfen, ob R zur Sicherung ihrer Lebensbedürfnisse auf die Weiterbenützung der Wohnung angewiesen ist. Laut Sachverhalt verfügt R über die Stadtwohnung als alternative Wohnmöglichkeit. Sie hat dadurch, dass sie aus der Ehewohnung ausziehen und in der Stadtwohnung wohnen will, die fehlende Abhängigkeit von der Weiterbenützung der Ehewohnung zur Sicherung ihrer Lebensbedürfnisse belegt. Die Ehewohnung unterliegt folglich nicht der Aufteilung.

2) Stadtwohnung

Zu prüfen ist weiters, ob die **Stadtwohnung** der Aufteilung unterliegt. Dabei könnte es sich um eheliche Ersparnisse iSd § 81 Abs 3 EheG handeln. Auch Häuser, Liegenschaften und Eigentumswohnungen können eine Wertanlage in diesem Sinn sein.²⁵⁾

Die Wohnung wurde laut Sachverhalt vor acht Jahren **aus Ersparnissen finanziert**. Die Stadtwohnung kann als eheliches Ersparnis betrachtet werden, da der **Verwertungszweck** insofern naheliegt, als R und J zum Zeitpunkt des Erwerbs noch zusammen in der Ehewohnung wohnten. Selbst wenn die Wohnung lediglich aus Mitteln der R finanziert wurde (arg: J ist einkommensloser Hausmann und war das wohl auch schon früher), ändert dies nichts an der Qualifikation als eheliches Ersparnis.²⁶⁾ Die Stadtwohnung **unterliegt daher der Aufteilung**.

21) Von den Studenten wurde hierbei lediglich gefordert, die Rechtsnormen und Kriterien darzulegen, nach denen sich der mögliche Unterhalt des J bemisst.

22) *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I¹⁴ Rz 1599.

23) *Koziol – Welser/Kletečka*, BR I¹⁴ Rz 1599.

24) *Kerschner*, Familienrecht⁵ Rz 2/113.

25) OGH 6 Ob 639/85 EFSlg 48.908; vgl *Kerschner/Wagner*, Familienrecht² Rz 9/65.

26) OGH 7 Ob 679/86 EFSlg 51.720.

Prüfer: Andreas Riedler

 Meine Notizen:

Fachprüfung aus Bürgerlichem Recht

Linz, 29. 5. 2015

Schwerpunkte: Schuldrecht AT (Verzug, Gewährleistung, Garantie, Zession), Sachenrecht, IPR

SACHVERHALT

A wendet sich für die Sanierung seiner Villa und die Neugestaltung des Gartens an den deutschen Elektrounternehmer E, von welchem er auf der Baumesse Wels eine Broschüre erhalten hatte. E unterbreitet – ausdrücklich ohne Gewähr – einen Kostenvoranschlag von € 50.000,- für Gartenbeleuchtung (€ 10.000,-) sowie Haussteuerung (€ 40.000,-). A unterzeichnet den Auftrag an E, welchem dessen AGB angefügt sind. Pkt 7 lautet: „Der Werkunternehmer kann seine Leistung mit schuldbefreiender Wirkung an ein anderes Elektrounternehmen seiner Wahl übertragen.“ Pkt 8 lautet: „Kosten von Verbesserung und Austausch gehen zulasten des Werkbestellers.“ Die Zahlung hat die G-Bank nach Auftrag des A gegenüber E auf erstes Anfordern unter Verzicht auf jede Einwendung schriftlich zugesagt. Als E die Installation der Haussteuerung beendet hat, stellt er eine Teilrechnung iHv € 43.000,-, da unvorhergesehen und zuvor nicht erkennbar zusätzlich brüchige Elektroleitungen getauscht werden mussten. E fordert von der G-Bank Zahlung, welche diese aufgrund der Überschreitung des Kostenvoranschlags für die Haussteuerung verweigert.

Die Installation der Gartenbeleuchtung übergibt E gem Pkt 7 seiner AGB an den Elektroinstallateur F. Als F unter Berufung auf Pkt 7 der AGB bei A die Arbeiten durchführen möchte, verweigert dies A, da er E mit der Durchführung der Arbeiten beauftragt habe, und fordert E auf, binnen vier Wochen bei sonstigem Rücktritt die Beleuchtung zu installieren. Das neuerliche Angebot der Erfüllung von F für E lehnt A ab und beauftragt einen anderen Elektriker mit der Installation. Die Mehrkosten iHv € 2.000,- fordert A nun von E.

Für die Haussteuerung hat E zur Bedienung der Jalousien bei jedem Fenster einen Stellmotor installiert. Nach Fertigstellung der Arbeiten möchte A von der Haussteuerung Gebrauch machen. Bei Bedienung der Jalousien hat einer der Stellmotoren einen Kurzschluss. Es stellt sich heraus, dass die Charge der von E installierten Stellmotoren des Herstellers X, welche er direkt bei diesem bezogen hat, aufgrund einer fehlerhaften Verlotung bereits andernorts vereinzelt zu Kurzschlüssen geführt haben, was E und X im Zeitpunkt des Einbaus der Motoren bei A bereits bekannt war. Bei Abschluss des Kaufvertrags – für den unter ausdrücklichem Ausschluss des UN-Kaufrechts „die Anwendung des österreichischen ABGB und UGB“ vereinbart wurde – und Lieferung der Stellmotoren von X an E sowie bei Vertragsschluss zwischen A und E war dieser Fehler noch nicht bekannt, hätte aber bei ordnungsgemäßer Prüfung festgestellt werden können.

Vom Gartenbauunternehmer K hat A Gartenmöbel erworben, welche K vom Großhändler V bezogen hat. Zwischen K und V wurde ausdrücklich ein Zessionsverbot für die Kaufpreisforderung vereinbart und festgehalten, dass das Eigentum erst mit Kaufpreiszahlung an K übergehen solle, wobei K die Weiterveräußerung bis zur Zahlung untersagt wurde. Dennoch verkauft K die Möbel unter Eigentumsvorbehalt an A, der kurz nach Lieferung den Kaufpreis bezahlt. Wenig später wird K wegen Ausfalls eines Großkunden völlig unerwartet insolvent. Die noch nicht beglichene Forderung des V hat inzwischen D aufgrund einer Factoringvereinbarung – welche auch die Übertragung des Insolvenzrisikos erfasst – erworben, welcher nun Zahlung von K verlangt.

Wie ist die Rechtslage?

✎ Meine Notizen:

MUSTERLÖSUNG¹⁾

Von Stephanie Gusenleitner und Michael Kraus

I. Anspruch E gegen G-Bank auf Zahlung von € 43.000,- gem § 1170 iVm § 880 a ABGB

Da E lt SV aus Deutschland ist, ist zunächst zu ermitteln, welches Sachrecht anzuwenden ist. Die Regelungen für vertragliche Schuldverhältnisse mit Auslandsbezug finden sich in der Rom I-VO. Art 4 Abs 1 Rom I-VO enthält eine Aufzählung von Vertragstypen und dem jeweiligen Recht, das anwendbar sein soll. Der Garantievertrag findet sich in dieser Aufzählung nicht. Für diese Fälle ist **Art 4 Abs 2 Rom I-VO** einschlägig, welcher vorsieht, dass, wenn der Vertrag nicht unter Abs 1 fällt, das Recht jenes Staates auf den Vertrag anzuwenden ist, in welchem die Partei, die für den Vertrag charakteristische Leistung erbringt, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Bei der Garantie erbringt der Garant die für den Vertrag **charakteristische Leistung**, weshalb an das Sitzrecht des Garanten anzuknüpfen ist.²⁾ Der Garantievertrag ist zwischen E als Begünstigtem und der G-Bank als Garanten geschlossen worden. Mangels gegenteiliger Hinweise im SV hat die G-Bank ihren Sitz in Österreich, sodass österreichisches Recht anzuwenden ist.

Der Garantievertrag ist ein prinzipiell formfreier Konsensualvertrag. Sichert er jedoch die Erfüllung einer fremden Schuld (sog Sicherungsgarantie: zB Zahlungsgarantie der Bank des Käufers), so ist nach hA das **Schriftformgebot des § 1346 Abs 2** auch auf den Garantievertrag analog anzuwenden.³⁾ Da die G-Bank die Zahlung der Schuld des A gegenüber E garantiert, ist § 1346 Abs 2 analog anzuwenden. Lt SV hat die G-Bank „schriftlich garantiert“, wodurch dem Formgebot des § 1346 Abs 2 Genüge getan und der Garantievertrag zwischen der G-Bank und E wirksam zustande gekommen ist und die G-Bank grundsätzlich leisten müsste.⁴⁾

Fraglich ist, wie sich der Einwand der G-Bank, E habe den Kostenvoranschlag für die Haussteuerung überschritten, auf ihre Zahlungspflicht aus dem Garantievertrag auswirkt. Die Garantie ist idR vom gesicherten Grundgeschäft losgelöst, Einwendungen des Garanten aus dem Grundgeschäft kommen nicht in Betracht (sog **Abstraktheit der Garantie**). Dies kommt vor allem durch die Wendung „auf erstes Anfordern unter Verzicht auf jede Einwendung“ zum Ausdruck. Jedoch kann der Garant den **Einwand des Rechtsmissbrauches** erheben, wenn die Inanspruchnahme durch den Begünstigten ganz offenkundig (evident) unberechtigt ist und der Garant durch Dokumente, Sachverständigengutachten etc leicht beweisen kann, dass der gesicherte Anspruch nicht zu Recht besteht.⁵⁾ Zu prüfen ist daher, ob die Überschreitung des Kostenvoranschlags einen Einwand wegen Rechtsmissbrauches begründet bzw die Forderung der Mehrkosten durch E gerechtfertigt ist.

E ist Unternehmer und mangels gegenteiliger Hinweise im SV ist A Verbraucher iSd KSchG. Gem **§ 5 Abs 2 KSchG** gelten Kostenvoranschläge eines Unternehmers gegenüber einem Verbraucher als unter Garantie abgegeben, außer das Gegenteil wurde ausdrücklich erklärt. Lt SV hat E gegenüber A den Kostenvoranschlag ausdrücklich ohne Gewähr abgegeben, sodass der **Kostenvoranschlag ohne Garantie** zu verstehen ist. Gem § 1170 a Abs 2 hat der Unternehmer bei Kostenvoranschlägen ohne Gewähr dem Besteller eine beträchtliche Überschreitung unverzüglich anzuzeigen, ansonsten verliert er jeden Anspruch wegen der Mehrarbeiten. Unbeträchtliche und unvorhergesehene Überschreitungen sind vom Werkbesteller aber hinzunehmen.⁶⁾ Beträchtlich ist jedenfalls eine Überschreitung von 30%,⁷⁾ aber auch von mehr

Univ.-Ass. Mag. *Stephanie Gusenleitner* und Univ.-Ass. Mag. *Michael Kraus*, LL.B., sind wissenschaftliche Mitarbeiter bei Univ.-Prof. Mag. Dr. *Andreas Riedler* am Institut für Multimediale Linzer Rechtsstudien.

- 1) Die Musterlösung wurde bewusst ausführlich formuliert. Sämtliche Literaturangaben beziehen sich auf die zum Prüfungszeitpunkt aktuellen Auflagen.
- 2) 5 Ob 184/08g Zak 2009, 111; *Kerschner/Wagner*, Zivilrecht VIII Internationales Privatrecht⁵ (2015) Rz 16/24.
- 3) *Riedler*, Zivilrecht II Schuldrecht Allgemeiner Teil⁴ (2010) Rz 23/5; *Dullinger*, Bürgerliches Recht II Schuldrecht Allgemeiner Teil⁶ (2014) Rz 6/45; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 155.
- 4) Die Zahlungsgarantie sichert die Erfüllung einer fremden Schuld, wodurch erst zu leisten wäre, wenn die gesicherte Schuld nicht erfüllt wird. Aufgrund des Versprechens der Leistung auf erstes Anfordern und des Verzichts auf jede Einwendung (Abstraktheit der Garantie) entsteht die Zahlungsverpflichtung des Garanten allein durch die Inanspruchnahme durch den Begünstigten. Auf die Erfüllung der gesicherten Schuld kommt es daher nicht an.
- 5) *Riedler*, ZR II SchRAT⁴ Rz 23/2; *Dullinger*, BR II SchRAT⁵ Rz 6/43; *Koziol/Welser* II¹³ 154f.
- 6) *Riedler*, Zivilrecht III Schuldrecht Besonderer Teil – Vertragliche Schuldverhältnisse⁴ (2010) Rz 8/17; *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III Schuldrecht Besonderer Teil⁴ (2010) Rz 3/12; *Koziol/Welser* II¹³ 259.
- 7) 8 Ob 521/93 JBI 1994, 179; vgl auch *Riedler*, ZR III SchRBT VertrSch⁴ Rz 8/17.

als 15%.⁸⁾ Hingegen wurde als unbeträchtlich eine Steigerung des Silberpreises um 12,7% qualifiziert.⁹⁾ Lt SV überschreitet E den Kostenvoranschlag für die Haussteuerung von € 40.000,- um € 3.000,-, was einer Überschreitung von 7,5% entspricht. Die Überschreitung ist daher als **unbeträchtlich zu qualifizieren**. Unvorhersehbar ist alles, was von einem Sachkundigen nicht einkalkuliert werden musste. Lt SV mussten unvorhergesehen und zuvor nicht erkennbar im Haus brüchige Elektroleitungen getauscht werden, sodass auch diese Voraussetzung vorliegt und E trotz Überschreitung des Kostenvoranschlags Anspruch auf das Entgelt für die Mehrarbeiten hat. Daher kommt der G-Bank **kein Einwand der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme** der Garantie zu und sie muss die € 43.000,- an E leisten.

✎ Meine Notizen:

Annex: Grundsätzlich ist der Werklohn gem § 1170 erst nach vollendetem Werk zu entrichten. Vereinbart zwischen E und A war die Installation einer Gartenbeleuchtung sowie einer Haussteuerung, wobei die beiden Leistungen grundsätzlich teilbar sind und beiden Leistungen die genaue Gegenleistung zugeordnet werden kann. Gem § 1415 ist der Gläubiger nicht verpflichtet, Teilleistungen anzunehmen. Aus dem SV lässt sich aber entnehmen, dass A die (Teil-)Leistung des E angenommen hat, da er zum einen gegenüber E – wenngleich unwirksam (s Anspruch III.) – nur Rücktritt bezüglich der Gartenbeleuchtung geltend macht und zum anderen auch von der Haussteuerung Gebrauch macht. E kann daher auch das Entgelt für die Haussteuerung im Rahmen einer Teilrechnung über € 43.000,- fordern.

Der Anspruch besteht.

II. Anspruch der G-Bank gegen A auf Aufwandsersatz iHv € 43.000,- gem §§ 1002 ff iVm § 1014 ABGB

Voraussetzungen für diesen Anspruch sind das Vorliegen eines **Auftragsverhältnisses** zwischen A und der G-Bank sowie das Vorliegen eines notwendigen oder nützlichen Aufwands der G-Bank zur Besorgung des Geschäfts. Lt SV hat die G-Bank die Garantie gegenüber E nach Auftrag von A übernommen. Vom Vorliegen eines Auftragsverhältnisses zwischen A und der G-Bank ist daher auszugehen. Da die G-Bank aus dem Garantievertrag zur Zahlung an E verpflichtet ist (s Anspruch oben), hat sie im Zeitpunkt der Zahlung an E einen Aufwand in Höhe der an E erbrachten Geldleistung zur Besorgung des beauftragten Geschäfts gemacht, den sie von A fordern kann.¹⁰⁾

Der Anspruch besteht.¹¹⁾

III. Anspruch A gegen E auf Zahlung von € 2.000,- gem § 921 iVm §§ 1295 ff ABGB

Da E lt SV aus Deutschland ist, ist zunächst wiederum zu ermitteln, welches Sachrecht anzuwenden ist. Der vorliegende Anspruch resultiert aus einem vertraglichen Schuldverhältnis, da zwischen A und E ein Werkvertrag zustande gekommen ist, aus welchem nun A den Ersatz der Mehrkosten durch die Beauftragung eines Dritten fordert. Die Regelungen für vertragliche Schuldverhältnisse mit Auslandsbezug finden sich in der Rom I-VO, welche in Art 6 eine Bestimmung für Verbraucherverträge enthält. Gem **Art 6 Abs 1 Rom I-VO** ist auf einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wenn der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (lit a leg cit) oder eine solche Tätigkeit in irgendeiner Weise auf diesen Staat ausrichtet (lit b leg cit) und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt. E ist Unternehmer und mangels gegenteiliger Hinweise im SV ist A Verbraucher. Fraglich ist, ob einer der beiden Tatbestände des Art 6 Abs 1 Rom I-VO erfüllt ist. Ausrichten iSd lit b leg cit erfasst alle auf den Verbraucherstaat gerichteten absatzfördernden Handlungen.

8) 4 Ob 511/88; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1170a Rz 14.

9) 5 Ob 34/75.

10) Vgl dazu *Riedler*, ZR III SchRBT VertrSch⁴ Rz 9/17; *Dullinger*, BR II SchRAT⁹ Rz 6/44; *Koziol/Welser*, BR III³ 156.

11) Einwendungen gem § 13 Abs 2 VKrG ergeben sich in casu nicht, da – selbst wenn die Anwendbarkeit des VKrG bejaht werden würde – jedenfalls die von Abs 1 leg cit für einen verbundenen Kreditvertrag geforderte wirtschaftliche Einheit fehlt. Zudem sind aufgrund der Abstraktheit der Garantie die Einwendungen des Garanten in Bezug auf das Valutaverhältnis im Wesentlichen auf den Einwand der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme beschränkt. Die Einwendung der Schlechterfüllung durch E kann nicht erhoben werden, da diese im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Garantie noch nicht bekannt war und daher, aufgrund der Abstraktheit der Garantie, keinen Einwand der rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme begründet.

📎 Meine Notizen:

gen,¹²⁾ dazu zählt vor allem Werbung.¹³⁾ Lt SV hat E auf einer Baumesse in Österreich dem A persönlich eine Broschüre übergeben. Die Werbung auf einer österreichischen Baumesse mit Broschüren ist als **auf Österreich gerichtete absatzfördernde Handlung** zu qualifizieren, wodurch E seine Tätigkeit auf Österreich, den Staat des Verbrauchers A, ausrichtet. Auch fällt der Werkvertrag zwischen A und E in den Bereich der Tätigkeit des E, sodass gem Art 6 Abs 1 Rom I-VO österreichisches Recht anzuwenden ist. Nach Art 12 Abs 1 lit c Rom I-VO ist das nach dieser VO anzuwendende Recht auch maßgebend für die Folgen der Nichterfüllung einschließlich Schadenersatz.

Voraussetzung für diesen Anspruch ist, dass A einen **Nichterfüllungsschaden** erlitten hat und aufgrund **subjektiven Verzugs** von E vom Vertrag zurückgetreten ist. Lt SV hat E die Installation der Gartenbeleuchtung gem Pkt 7 seiner AGB an F übertragen. Zu klären ist daher, ob diese Übertragung, wie in den AGB vorgesehen, mit schuldbefreiender Wirkung erfolgte und damit das Schuldverhältnis auf F übergegangen ist. Dafür ist zunächst die Frage der Gültigkeit der AGB zu beantworten.

A hat den Auftrag an E unterzeichnet, welchem die **AGB** des E angefügt waren. Da A Verbraucher und E Unternehmer iSd KSchG ist, beurteilt sich die Gültigkeit der vorliegenden Klauseln in den AGB nach den einseitig zwingenden Vorschriften des ersten Hauptstücks des KSchG. Wurde die in Frage stehende Klausel nicht im Einzelnen ausgehandelt, so sieht **§ 6 Abs 2 Z 2 KSchG** vor, dass eine Vertragsbestimmung, welche dem Unternehmer das Recht einräumt, seine Pflichten oder den gesamten Vertrag mit schuldbefreiender Wirkung einem Dritten zu überbinden, der im Vertrag nicht namentlich genannt ist, unwirksam ist. Dafür, dass Pkt 7 der AGB zwischen E und A im Einzelnen ausgehandelt wurde findet sich kein Hinweis im SV, sodass Pkt 7 gem § 6 Abs 2 Z 2 KSchG unwirksam ist. Eine Übertragung der Installation der Gartenbeleuchtung von E an F mit schuldbefreiender Wirkung gem Pkt 7 der AGB scheidet daher aus. Möglich wäre aber eine außerhalb der AGB vereinbarte **Schuldübernahme** zwischen E und F. Gem § 1405 Satz 1 kann eine Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Altschuldner (E) und Neuschuldner (F) vereinbart werden, zu deren Gültigkeit aber die Zustimmung des Gläubigers notwendig ist. Verweigert dieser die Zustimmung, bleibt gem **§ 1405 Satz 2** bloße **Erfüllungsübernahme** zurück, welche zu keinem Schuldnerwechsel führt, sondern bloß im Innenverhältnis zwischen altem und neuem Schuldner wirkt.¹⁴⁾ Lt SV hat A der Schuldübernahme durch F nicht zugestimmt. Vielmehr hat A die Erfüllung durch F verweigert, da er E mit den Arbeiten beauftragt habe. Es bleibt daher bloße Erfüllungsübernahme zurück. Das Schuldverhältnis ist nicht auf F übergegangen und E ist weiterhin Schuldner der von A geforderten Leistung.

Verzug liegt vor, wenn der Schuldner die Leistung nicht zum gehörigen Zeitpunkt, nicht am bedungenen Ort oder nicht in der vereinbarten Weise anbietet.¹⁵⁾ Da sich F gegenüber A auf Pkt 7 der AGB beruft, diese Schuldübernahme aber unwirksam ist, musste A die von F im eigenen Namen auf die Erfüllung einer behaupteten, aber rechtlich unwirksamen eigenen Verpflichtung angebotene Leistung nicht entgegennehmen und ist daher auch durch Ablehnung dieses Leistungsangebots des F nicht in Annahmeverzug geraten, da der Gläubiger die Zahlung nur annehmen muss, wenn die angebotene der vereinbarten Leistung entspricht (§ 1423 ABGB). Den zweiten Erfüllungsversuch nimmt F jedoch für E vor, sodass A die Annahme der Leistung grundlos verweigert und sich in Annahmeverzug befindet. Der **Rücktritt** steht nur dem vertragstreuen Teil zu. Wer selbst in einer Leistungsstörung verfangen ist, kann nicht wirksam zurücktreten.¹⁶⁾ Da zwischen A und E sowohl die Installation der Haussteuerung als auch der Gartenbeleuchtung vereinbart ist, möchte A in casu nur Teilrücktritt geltend machen. Dafür ist Teilbarkeit der Leistung Voraussetzung. Die beiden Leistungen sind grundsätzlich teilbar und beiden Leistungen kann die genaue Gegenleistung zugeordnet werden. Aus dem SV lässt sich entnehmen, dass A auch die (Teil-)Leistung des E angenommen hat, indem er von der Haussteuerung Gebrauch macht, sodass Teilbarkeit der Leistung vorliegt. Allerdings befindet sich A in **Annahmeverzug** und damit in einer Leistungsstörung. E befindet sich nicht in Schuldnerverzug, da F mit Zustimmung des E die Leistung auch nochmalig ordnungsgemäß angeboten hat. A kommt daher **kein Rücktrittsrecht** zu und E hat die durch Beauftragung eines Dritten geforderten Mehrkosten des A nicht zu ersetzen.

Der Anspruch besteht nicht.

12) 1 Ob 158/09f ÖBA 2010, 185.

13) *Lurger/Melcher*, Bürgerliches Recht VIII Internationales Privatrecht (2013) Rz 4/50.

14) *Riedler*, ZR II SchRAT⁴ Rz 21/2; *Dullinger*, BR II SchRAT⁵ Rz 5/92; *Kozio/Welser* II¹³ 134.

15) *Riedler*, ZR II SchRAT⁴ Rz 6/2; *Dullinger*, BR II SchRAT⁵ Rz 3/7; *Kozio/Welser* II¹³ 52f.

16) *Riedler*, ZR II SchRAT⁴ Rz 6/36; *Kozio/Welser* II¹³ 60f.

IV. Anspruch A gegen X gem §§ 1 ff PHG

✎ Meine Notizen:

Voraussetzung für diesen Anspruch ist ein **Schaden**, welcher durch ein fehlerhaftes Produkt verursacht wurde. Lt SV wurden an der Villa des A fehlerhafte Stellmotoren eingebaut, sodass A von X nur den Mangelschaden selbst fordern kann. Ersatzfähig im Rahmen des PHG ist gem § 1 PHG aber nur jener Schaden, welcher an einer **vom Produkt verschiedenen körperlichen Sache** eingetreten ist. Ein solcher Schaden liegt in casu nicht vor.

Der Anspruch besteht nicht.

V. Anspruch A gegen X auf Ersatz des Mangelschadens aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Voraussetzung für diesen Anspruch ist, dass der Vertrag zwischen X und E als solcher mit Schutzwirkung zugunsten des Endabnehmers A zu qualifizieren ist. Ein solcher Vertrag besteht gegenüber erkennbar von der Hauptleistung begünstigten Personen. Vor allem die Produzentenhaftung wird damit begründet, dass der Vertrag zwischen dem Hersteller und dessen Vertragspartner **Schutzwirkungen zugunsten des Endabnehmers** entfaltet.¹⁷⁾ Der Vertrag zwischen X und E ist daher als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Endabnehmers A zu qualifizieren, aus dessen Verletzung A gegenüber X Ersatzansprüche geltend machen könnte. Die Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist aber (nach stRsp) zu anderen **vertraglichen Ansprüchen** gegenüber einem der Vertragspartner **subsidiär**.¹⁸⁾ Zwar hat A gegenüber X in casu keine vertraglichen Ansprüche, gegenüber E bestehen aber vertragliche Ansprüche (s unten). Aufgrund der Subsidiarität scheidet daher ein Anspruch gegen X aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter aus.

Der Anspruch besteht nicht.

VI. Anspruch A gegen E auf Austausch (bzw allenfalls Reparatur) der mangelhaften Stellmotoren gem § 932 ABGB

Da E lt SV aus Deutschland ist, ist zunächst wiederum zu ermitteln, welches Sachrecht anzuwenden ist. Der vorliegende Anspruch resultiert – wie bereits der von A gegen E geprüfte Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten von € 2.000,- (s oben) – aus dem gleichen vertraglichen Schuldverhältnis, sodass auf die Ausführungen oben verwiesen werden kann und gem **Art 6 Rom I-VO** österreichisches Sachrecht anzuwenden ist.

Die Rsp und hL¹⁹⁾ nimmt die Abgrenzung zwischen Nichterfüllung und Gewährleistung in der Weise vor, dass bis zur vorbehaltlosen Übernahme Verzugs- und Unmöglichkeitregeln, ab der Übergabe der Sache hingegen die Gewährleistungsregeln heranzuziehen sind. Die Stellmotoren wurden eingebaut und übergeben. Nachdem diese vorbehaltlos übernommen wurden, kommen nicht die Verzugs- oder Unmöglichkeitregeln, sondern das Gewährleistungsrecht zur Anwendung.

Gewährleistung ist das Einestehenmüssen des Schuldners für Mängel seiner Leistung im Zeitpunkt ihrer Erbringung.²⁰⁾ Die übergebene Leistung ist mangelhaft, wenn sie entweder qualitativ oder quantitativ von der vertraglich geschuldete Sache abweicht (Sachmangel) oder dem Gläubiger nicht die vertraglich geschuldete Rechtsposition eingeräumt wird (Rechtsmangel).²¹⁾ Einzustehen ist für die bedungenen bzw die im Verkehr gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften (vgl § 922). In casu wurde zwischen A und E ein **Werkvertrag** über die Installation einer Haussteuerung vereinbart. Vertragsinhalt wurde ua die Lieferung und Installation **funktionsfähiger Stellmotoren**. Da die Stellmotoren aufgrund einer fehlerhaften Verlötung nicht die vertraglich bedungenen Eigenschaften aufweisen, also vom Vertragsinhalt abweichen, liegt eine mangelhafte Leistung iSd § 932 vor. Gewährleistungspflicht des E setzt Existenz des Mangels im **Zeitpunkt der Übergabe** des Leistungsgegenstandes voraus (§ 924 Satz 1). Gem § 924 Satz 2 wird vermutet, dass ein Mangel, der innerhalb

17) Riedler, ZR IV SchrBT GesSch³ Rz 2/73 und 8/1; Apathy/Riedler, BR III SchRBT⁴ Rz 13/30 und 14/50; Koziol/Welser II¹³ 146 und 378 f.

18) Riedler, ZR IV SchrBT GesSch³ Rz 2/73; Koziol/Welser II¹³ 143.

19) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/5; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/68, 3/145; Koziol/Welser II¹³ 65 f.

20) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/1; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/66; Koziol/Welser II¹³ 64.

21) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/1; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/66, 3/78 ff; Koziol/Welser II¹³ 67 ff.

✎ Meine Notizen:

von sechs Monaten nach Übergabe auftritt, schon bei Übergabe vorhanden war.²²⁾ Lt SV waren die Stellmotoren aufgrund der fehlerhaften Verlötung bereits im Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft, sodass die Vermutung gem § 924 Satz 2 nicht zur Anwendung gelangen muss. § 932 Abs 1 kennt vier Gewährleistungsbehelfe, welche in primäre und sekundäre Gewährleistungsbehelfe unterteilt werden.²³⁾ Nach der Konzeption des Gewährleistungsrechtes gilt das Primat der **Verbesserung bzw Austausch** der Sache (primäre Gewährleistungsbehelfe).²⁴⁾ Nur wenn vom Übergeber der Einwand der Unmöglichkeit bzw Untunlichkeit²⁵⁾ beider primärer Gewährleistungsbehelfe erhoben wird, eröffnet sich die Möglichkeit, sich auf Preisminderung oder Wandlung (sekundäre Gewährleistungsbehelfe) zu berufen.

Gem § 932 Abs 2 hat der Übernehmer grundsätzlich freie Wahl zwischen Verbesserung und Austausch der Sache. Verbesserung liegt vor, wenn der Mangel an der konkreten Sache behoben wird.²⁶⁾ Im Gegensatz dazu wird bei Austausch die mangelhafte Sache gegen eine mangelfreie Sache ausgetauscht, was nur bei Gattungsschulden möglich ist.²⁷⁾ Bei den Stellmotoren handelt es sich um eine **Gattungsschuld**. Zwar ist lt SV die gesamte Charge der Motoren fehlerhaft, jedoch ist davon nicht die ganze Gattung Stellmotoren betroffen, wodurch A ein **Wahlrecht** zwischen Verbesserung oder Austausch zusteht. A wird sich eher für den Austausch der Stellmotoren entscheiden. Für einen Einwand von E, dass Verbesserung oder Austausch unmöglich oder mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wären und daher A auf einen der beiden Behelfe beschränkt bzw ein Umstieg auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe geboten ist, findet sich im SV kein Hinweis. Auch für die im Rahmen des Austauschs anfallenden Aus- und Einbaukosten hat E aufzukommen, da Pkt 8 der AGB des E gegen **§ 8 Abs 3 KSchG** verstößt, wonach der Unternehmer die notwendigen Kosten des Austauschs, insb Versand-, Arbeits- und Materialkosten, zu tragen hat.

Der Anspruch besteht.²⁸⁾

VII. Anspruch A gegen E auf Austausch bzw Reparatur der fehlerhaften Stellmotoren gem § 933 a iVm §§ 1295 ff ABGB

Da E lt SV aus Deutschland ist, ist zunächst wiederum zu ermitteln, welches Sachrecht anzuwenden ist. Der vorliegende Anspruch resultiert – wie bereits der zuvor geprüfte Anspruch – aus dem gleichen vertraglichen Schuldverhältnis, sodass auf die Ausführungen oben verwiesen werden kann und gem **Art 6 iVm Art 12 Rom I-VO** österreichisches Sachrecht anzuwenden ist.

Nach § 933 a kann der Übernehmer vom Übergeber Schadenersatz fordern, wenn der Übergeber den Mangel verschuldet hat. § 933 a erfasst sowohl Mängel, die der Übergeber schuldhaft herbeigeführt hat, als auch Mängel, die der Übergeber vor Übergabe schuldhaft nicht beseitigt hat.²⁹⁾ Im Rahmen des § 933 a ist zu beachten, dass grundsätzlich der Nichterfüllungsschaden, also das Erfüllungsinteresse, zu ersetzen ist und bei behebbaren Mängeln Behebungspflicht des Übergebers besteht.³⁰⁾ E hat A mangelhafte Stellmotoren geliefert und eingebaut, wodurch A ein **Mangelschaden** entstand. Hinsichtlich des Mangelschadens kann A aufgrund des Primats der Naturalrestitution entweder Verbesserung oder Austausch begehren. Auf der Ebene der **Rechtswidrigkeit** ist die objektive Sorgfaltswidrigkeit des Verhaltens des Schädigers zu prüfen, also der Frage nachzugehen, ob sich der Schädiger nicht so verhalten hat, wie sich ein ordnungsgemäßer und rechtstreuer Mensch an seiner Stelle verhalten hätte.³¹⁾ Haftungsansatzpunkt ist im vorliegenden Fall die Schlechterfüllung des Werkvertrages durch E, welcher nach dem Werkvertrag eine voll funktionstüchtige Haussteuerung schuldet. Da die errichtete Haussteuerung jedoch mit fehlerhaften

22) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/24; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/83; Koziol/Welser II¹³ 78.

23) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/27 ff; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/86 ff; Koziol/Welser II¹³ 72.

24) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/28; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/87; Koziol/Welser II¹³ 72.

25) Siehe § 932. Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/32; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/98 f; Koziol/Welser II¹³ 73.

26) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/28; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/89; Koziol/Welser II¹³ 72.

27) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/28; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/90; Koziol/Welser II¹³ 72.

28) Eine Vertragsanfechtung wegen Irrtums ist in casu nicht zu prüfen, da nicht die Lieferung einer bestimmten Charge, sondern bloß die Lieferung bzw der Einbau eines bestimmten Produkts (Stellmotoren) vereinbart wurde. Da lt SV nur die letztlich gelieferte Charge fehlerhaft ist, ist A im Vertragsschlusszeitpunkt keinem Irrtum unterlegen.

29) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/72; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/148; Koziol/Welser II¹³ 87 f.

30) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/74; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/154; Koziol/Welser II¹³ 90.

31) Riedler, ZR IV SchRBT GesSch³ Rz 2/35; Apathy/Riedler, BR III SchRBT⁴ Rz 13/15.



Meine Notizen:

Stellmotoren versehen war, wick die erbrachte Leistung von der vertraglich geschuldeten ab, wodurch E seine Erfolgsverbindlichkeit verletzt hat. Daher wird objektiv sorgfaltswidriges Verhalten des E gem § 1298 (widerleglich) vermutet.³²⁾ Da E als Elektroinstallateur die Sorgfalt eines Sachverständigen iSd § 1299 zu vertreten hat,³³⁾ wird ihm keine Entlastung gelingen. E ist somit ein rechtswidriges Verhalten vorzuwerfen. **Kausalität** iS der Äquivalenztheorie³⁴⁾ liegt vor, da A bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung den Schaden nicht erlitten hätte. Nach der Adäquanztheorie ist ein Verhalten für den Eintritt eines Schadens **adäquat** ursächlich, wenn das Verhalten seiner Natur nach für die Herbeiführung des Schadens nicht gänzlich ungeeignet erscheint, der eingetretene Schaden also nicht außerhalb der allgemeinen Lebenserfahrung liegt.³⁵⁾ Adäquanz ist in casu gegeben, da der eingetretene Schaden nicht bloß aus einer ganz außergewöhnlichen Verkettung von ungewöhnlichen Umständen entstanden ist. Der eingetretene Schaden ist vom Schädiger nur zu ersetzen, wenn er im sachlichen, zeitlichen und persönlichen Schutzbereich der übertretenen Norm liegt.³⁶⁾ Der Werkvertrag zwischen A und E will die Interessen der Vertragsparteien schützen. Der **Rechtswidrigkeitszusammenhang** ergibt sich aus der Vertragsverletzung, welche A als einen der beiden Vertragspartner unmittelbar schädigt. **Verschulden** ist die individuelle subjektive Vorwerfbarkeit des objektiv rechtswidrigen Verhaltens. Schuldhaft handelt der Schädiger, wenn er ein Verhalten setzt, das er vermeiden hätte können und auch vermeiden hätte sollen.³⁷⁾ Im vertraglichen Bereich vermutet § 1298 (widerleglich) das Verschulden des Schädigers. Für E als Elektroinstallateur gelangt § 1299 zur Anwendung; dh, das Vorliegen der einschlägigen Fachkenntnisse wird unwiderleglich vermutet.³⁸⁾ Auch als Fachmann stünde ihm jedoch die Entlastungsmöglichkeit nach § 1297 (widerlegliche Vermutung) offen. § 1297 Satz 1 vermutet (widerleglich), dass die gewöhnlichen Fähigkeiten zur Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt beim Schädiger auch subjektiv vorliegen.³⁹⁾ Mangels Anhaltspunkten im SV ergibt sich für E keine Möglichkeit der Entlastung. E hat fahrlässig gehandelt, da er die objektiv gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen hat, obwohl er nach seinen geistigen und körperlichen Fähigkeiten, dh bei ordnungsgemäßer Überprüfung der Stellmotoren, zu ihrer Einhaltung befähigt gewesen wäre. Das objektiv sorgfaltswidrige Verhalten ist E somit auch subjektiv vorwerfbar.

Der Anspruch besteht.

VIII. Anspruch E gegen X auf Verbesserung bzw Austausch der Stellmotoren gem § 933 b ABGB

Lt SV handelt es sich bei E um einen deutschen Unternehmer. Damit liegt ein SV mit Auslandsbezug vor, weshalb das zur Lösung der weiteren Rechtsfragen maßgebliche Sachrecht zu ermitteln ist. Zuerst könnte das **UN-Kaufrecht** zur Anwendung gelangen. Allerdings können die Parteien gem **Art 6 UN-K** „die Anwendung dieses Übereinkommens ausschließen“. ⁴⁰⁾ Durch den ausdrücklichen Ausschluss des UN-Kaufrechts zwischen E und X wurde die Anwendung desselben gültig ausgeschlossen. Zwischen E und X liegt ein vertragliches Schuldverhältnis vor, wodurch wiederum die Rom I-VO anzuwenden ist. Gem **Art 3 Abs 1 ROM I-VO** können Parteien für ihre Verträge vereinbaren, welches Recht zur Anwendung gelangt, sodass die von E und X getroffene Rechtswahl zulässig ist und auf das Vertragsverhältnis zwischen E und X das österreichische ABGB und UGB anzuwenden sind.

Nach § 933 b Abs 1 kann der Unternehmer, der einem Verbraucher Gewähr geleistet hat, von seinem Vormann, wenn dieser ebenfalls Unternehmer ist, auch nach Ablauf der Gewährleistungsfristen des § 933 die Gewährleistung fordern. Voraussetzung des Rückgriffsanspruches „in der Kette“ ist, dass das letzte Glied in der **Lieferkette** ein Verbraucher und die Vormänner jeweils Unternehmer iSd KSchG sind.⁴¹⁾ Sowohl der Elektroinstallateur E als auch der Hersteller X sind Unternehmer iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG, da für beide das Geschäft zum Betrieb ihres Unternehmens gehört.

32) Riedler, ZR IV SchRBT GesSch³ Rz 2/91; Apathy/Riedler, BR III SchRBT⁴ Rz 13/37.

33) Vgl dazu Riedler, ZR IV SchRBT GesSch³ Rz 2/35; Apathy/Riedler, BR III SchRBT⁴ Rz 13/15.

34) Riedler, ZR IV SchRBT GesSch³ Rz 2/49; Apathy/Riedler, BR III SchRBT⁴ Rz 13/10; Koziol/Welser II¹³ 309.

35) Riedler, ZR IV SchRBT GesSch³ Rz 2/57; Apathy/Riedler, BR III SchRBT⁴ Rz 13/11; Koziol/Welser II¹³ 311.

36) Riedler, ZR IV SchRBT GesSch³ Rz 2/58; Apathy/Riedler, BR III SchRBT⁴ Rz 13/25.

37) Riedler, ZR IV SchRBT GesSch³ Rz 2/75; Apathy/Riedler, BR III SchRBT⁴ Rz 13/31; Koziol/Welser II¹³ 318 f.

38) Riedler, ZR IV SchRBT GesSch³ Rz 2/85; Apathy/Riedler, BR III SchRBT⁴ Rz 13/34.

39) Riedler, ZR IV SchRBT GesSch³ Rz 2/84; Apathy/Riedler, BR III SchRBT⁴ Rz 13/34; Koziol/Welser II¹³ 319.

40) Kerschner, ZR VIII IPR³ Rz 13/3.

41) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/77; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/125; Koziol/Welser II¹³ 84.

📝 Meine Notizen:

A ist als Letzter in der Lieferkette Verbraucher iSd § 1 Abs 1 Z 2 KSchG. E leistet A für die mangelhaften Stellmotoren Gewähr, welche E vom Hersteller X erworben hat. X ist daher **Vormann** des E, wodurch grundsätzlich ein Rückgriff in der Lieferkette möglich ist. Gem **§ 928 Satz 1** ist die Gewährleistung ausgeschlossen, wenn im Vertragsschlusszeitpunkt ein offenkundiger Mangel vorliegt, welcher in die Augen fällt und daher ohne nähere Prüfung der Sache erkennbar ist.⁴²⁾ Die Gewährleistung ist auch für solche Mängel ausgeschlossen, die zwar nicht offenkundig sind, die aber dem Übernehmer bei Vertragsschluss bekannt waren.⁴³⁾ Grundsätzlich kommt ein Gewährleistungsausschluss gem § 928 nur bei Speziesschulden in Betracht, bei Gattungsschulden nur, wenn die gesamte Gattung davon betroffen ist.⁴⁴⁾ Lt SV liegt **kein offenkundiger Mangel** vor, da E nur bei ordnungsgemäßer Überprüfung der Stellmotoren den Fehler erkannt hätte und daher von einer Offenkundigkeit nicht die Rede sein kann. Außerdem stand im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht fest, welche Charge geliefert wird. Darüber hinaus war E der Mangel der betreffenden Charge bei Vertragsschluss und Lieferung noch nicht bekannt. Zwar ist die gesamte Charge der Stellmotoren mangelhaft, im Vertragsschlusszeitpunkt stand aber weder die zu liefernde Charge fest noch ist der Mangel offenkundig oder dem E bekannt gewesen, wodurch eine Anwendung des § 928 Satz 1 ausscheidet.

Im Bereich des § 933 b ist aber auch die Rügeobliegenheit gem **§ 377 UGB** zu beachten.⁴⁵⁾ Wie oben bereits erwähnt, sind sowohl E als auch X als Unternehmer iSd § 1 UGB und § 1 KSchG zu qualifizieren, da für beide das Geschäft zum Betrieb ihres Unternehmens gehört. Es stellt sich daher die Frage, ob E seiner nach § 377 UGB bestehenden Obliegenheit zur Mängelrüge nachgekommen ist, welche bei beidseitig unternehmensbezogenen Kaufverträgen besteht.⁴⁶⁾ Kommt der Übernehmer dieser Obliegenheit nicht nach, gilt die Leistung als genehmigt. Eine rechtzeitige Rüge wahrt die Gewährleistungsfrist. E kam dieser Obliegenheit nicht nach, da er lt SV bei ordnungsgemäßer Überprüfung der Stellmotoren die Fehlerhaftigkeit feststellen hätte können und die Mängelanzeige nicht rechtzeitig bzw überhaupt nicht erstattet hat. Nachdem der Mangel bei ordnungsgemäßer Überprüfung erkennbar gewesen wäre, wird die Frist für die rechtzeitige Mängelanzeige nicht hinausgeschoben. Lt SV hat E überhaupt nicht gerügt, wodurch ein Regress in der Lieferkette gem § 933 b ausgeschlossen ist.⁴⁷⁾

Der Anspruch besteht nicht.

IX. Anspruch V gegen A auf Herausgabe der Gartenmöbel gem § 366 ABGB

Die anhand der örtlichen Lage individuell bestimmbaren Gartenmöbel können vom als Sachinhaber passivlegitimierten A vindiziert werden, wenn V entweder zu Beginn des SV Eigentümer derselben war oder im Laufe des SV Eigentum daran erlangt hat und dieses bis zum Ende des SV nicht wieder verloren hat.⁴⁸⁾

Zwischen V und K ist ein Kaufvertrag über die Gartenmöbel abgeschlossen worden, welche von V als berechtigten Vormann auch körperlich übergeben wurden (Modus iSd § 426).⁴⁹⁾ Zugleich wurde zwischen V und K ein Eigentumsvorbehalt vereinbart. Der Eigentumsvorbehalt dient **Sicherungszwecken** und **knüpft den Übergang des Eigentumsrechts vom Verkäufer auf den Käufer an die (vollständige) Bezahlung des Kaufpreises**.⁵⁰⁾ Der Eigentumserwerb des Käufers ist durch die Kaufpreiszahlung (aufschiebend) bedingt; der Eigentumsverlust des Verkäufers durch die Kaufpreiszahlung (auflösend) bedingt.⁵¹⁾ Da bei gültigem Eigentumsvorbehalt der Verkäufer entgegen § 1063 bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung Eigentümer bleiben soll⁵²⁾ und K lt SV die Forderung nicht beglichen hat, hat V sein Eigentum zunächst nicht verloren. K hat nur ein Anwartschaftsrecht.

42) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/62; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/132; Koziol/Welser II¹³ 82 f.

43) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/63; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/133; Koziol/Welser II¹³ 83.

44) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/62; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/132; Koziol/Welser II¹³ 82.

45) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/78; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/127; Koziol/Welser II¹³ 85.

46) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 7/67; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 3/139; Koziol/Welser II¹³ 81.

47) Das Unterlassen der Mängelrüge gem § 377 UGB hat auch zur Folge, dass „Ansprüche auf Schadenersatz wegen des Mangels selbst sowie aus einem Irrtum über die Mangelfreiheit der Sache“ von E gegenüber X nicht mehr geltend gemacht werden können.

48) Riedler, Zivilrecht I Allgemeiner Teil⁵ (2010) Rz 29/6 ff; Koziol – Welsch/Kletečka I¹⁴ Rz 1083 f.

49) Riedler, ZR I AT⁵ Rz 30/23; Koziol – Welsch/Kletečka I¹⁴ Rz 955, 1008 ff.

50) Riedler, ZR V SR⁴ Rz 1/10 und 4/24; Iro, BR IV SR⁵ Rz 8/1; Koziol – Welsch/Kletečka I¹⁴ Rz 1312 f.

51) Riedler, ZR V SR³ Rz 1/11; Iro, BR IV SR⁵ Rz 8/7 f; Koziol – Welsch/Kletečka I¹⁴ Rz 1322.

52) Riedler, ZR V SR³ Rz 4/2; Iro, BR IV SR⁵ Rz 8/7; Koziol – Welsch/Kletečka I¹⁴ Rz 1322.



Lt SV verkaufte und übergab K die Gartenmöbel an A unter Vereinbarung eines weiteren Eigentumsvorbehalts. In casu handelt es sich um einen sog nachgeschalteten Eigentumsvorbehalt. Von einem **nachgeschalteten Eigentumsvorbehalt** spricht man, wenn der Vorbehaltskäufer K sich bei Weiterveräußerung der Vorbehaltssache als Eigentümer ausgibt und sich seinerseits gegenüber dem Zweiterwerber A bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung das ihm noch gar nicht zustehende Eigentum zur Sicherung seines Kaufpreiszahlungsanspruches gegen den Zweiterwerber A vorbehält.⁵³⁾ Wird eine unter Eigentumsvorbehalt stehende Sache weiterveräußert, so muss zuerst der Frage nachgegangen werden, ob der Vorbehaltskäufer K vom Vorbehalts-eigentümer V zu dieser Weiterveräußerung ermächtigt war.

Lt SV hatte V dem K die Weiterveräußerung bis zur Zahlung des Kaufpreises untersagt. War der Vorbehaltskäufer K zur **Weiterveräußerung nicht ermächtigt**, so wird die Sache zum Gegenstand eines **doppelten Eigentumsvorbehaltes** und damit eines **doppelten Anwartschaftsrechtes**. Für die Frage, ob und wer wann das Eigentumsrecht erwirbt, ist danach zu differenzieren, ob zuerst der Vorbehaltskäufer K oder zuerst der Zweiterwerber A seinen Kaufpreis begleicht.⁵⁴⁾ Wird, wie in casu, der zweite Kaufpreis (vom Zweiterwerber A an den Vorbehaltskäufer K) zuerst bezahlt, so erlangt der Zweiterwerber A Eigentum nach Maßgabe der **Gutgläubensvorschriften**. Zur Anwendung gelangt daher § 367. A hat die Gartenmöbel als **bewegliche körperliche Sache** von K **entgeltlich** durch Kaufvertrag erworben.⁵⁵⁾ Nach § 368 Abs 1 ist **redlich**, wer weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört, wobei zu beachten ist, dass im Zusammenhang mit dem nachgeschalteten Eigentumsvorbehalt von der Rsp hohe Anforderungen an die Redlichkeit des (Zweit-)Erwerbers gestellt werden, der in Rechnungen und Zahlungsbelege Einsicht nehmen muss. Das soll nur für jene Letztabnehmer nicht gelten, die Sachen im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebes eines Unternehmers erwerben. A ist Letztabnehmer der Gartenmöbel und hat diese im ordentlichen Geschäftsbetrieb des Unternehmers K erworben, wodurch er nicht in Rechnungen und Zahlungsbelege Einsicht nehmen musste, sondern das Vertrauen des Erwerbers in die bloße Verfügungsbefugnis des Veräußerers nach § 368 Abs 1 Satz 2 reichte. A ist daher als redlich zu qualifizieren. Er erwarb die Gartenmöbel vom Gartenbauunternehmer K im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens, sodass ein **Erwerb vom Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens** vorliegt. Auch ist K Vertrauensmann des Eigentümers V, da dieser die Sache freiwillig an K übergeben hat.⁵⁶⁾ A hat gem § 367 originär Eigentum erworben, wodurch V nicht mehr Eigentümer der Gartenmöbel und somit nicht aktivlegitimiert ist.

Der Anspruch besteht nicht.

Annex: Nach hA gehen auch Nebenrechte der Forderung, die dem Zweck der Hauptforderung, ihrer Durchsetzung oder Sicherung dienen, auf den Zessionar über. Für die Übertragung obligatorischer Rechte ist kein eigener Modus erforderlich. Im Gegensatz dazu ist die Übertragung dinglicher Sicherungsrechte (zB Eigentumsvorbehalt) gemeinsam mit der Zession strittig.⁵⁷⁾ Nach der Rsp ist für die Übertragung des vorbehaltenen Eigentums auf den Zessionar kein dinglicher Rechtsakt notwendig, womit sie von der Übertragung des vorbehaltenen Eigentums zusammen mit der Zession der Kaufpreisforderung ausgeht. Als Begründung wird von der Rsp angeführt, das vorbehaltene Eigentum stelle ein Nebenrecht dar, welches durch die Zession ohne einen sachenrechtlichen Übergabeakt automatisch auf den Zessionar übergehe. Hingegen geht der Eigentumsvorbehalt nach hL⁵⁸⁾ mit der Zession nicht automatisch auf den Zessionar über, sondern bedarf als dingliches Recht der Setzung eines Modus.

Geht man wie die Rsp davon aus, dass der Eigentumsvorbehalt automatisch ohne zusätzlichen Modus mit der Zession auf den Zessionar übergeht, dann ist der vereinbarte Eigentumsvorbehalt automatisch mit der Abtretungsvereinbarung zwischen D und V auf den Zessionar D übergegangen. Folgt man dieser Auffassung, so wäre der soeben geprüfte Anspruch auf Herausgabe der Gartenmöbel nicht von V, sondern von D geltend zu machen. Inhaltlich unterscheiden sich die Ansprüche nicht, lediglich die Wirksamkeit der Zession zwischen D und V wäre zusätzlich zu thematisieren.

53) Riedler, ZR V SR³ Rz 4/30; Iro, BR IV SR⁵ Rz 8/15; Koziol – Welsler/Kletečka I¹⁴ Rz 1328.

54) Riedler, ZR V SR³ Rz 4/30; Iro, BR IV SR⁵ Rz 8/15; Koziol – Welsler/Kletečka I¹⁴ Rz 1328.

55) Riedler, ZR I AT⁵ Rz 31/16 f; Koziol – Welsler/Kletečka I¹⁴ Rz 1040f.

56) Riedler, ZR I AT⁵ Rz 31/30 f; Koziol – Welsler/Kletečka I¹⁴ Rz 1044f.

57) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 20/28; Koziol/Welsler II¹³ 123. Siehe auch Heidinger in Schwimann, ABGB Praxiskommentar VI³ (2006) § 1393 Rz 31; Lukas in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,01} (2013) § 1394 Rz 9.

58) Vgl Koziol – Welsler/Kletečka I¹⁴ Rz 1323.

✎ Meine Notizen:

X. Anspruch D gegen Masse des K auf Zahlung der Forderung iHd Quote gem § 1062 iVm §§ 1392 ff ABGB iVm § 50 IO

Der Zahlungsanspruch von D gegen die Masse des K gem § 1062 iVm §§ 1392 ff setzt voraus, dass eine **Forderung** gegen K **gültig** begründet und durch Zession auf D übertragen wurde.⁵⁹⁾ Lt SV ist zwischen V und K ein wirksamer Kaufvertrag über die Gartenmöbel zustande gekommen und K hat den Kaufpreis noch nicht beglichen. Ebenso hat lt SV D die Forderung aufgrund einer **Factoringvereinbarung** erworben. Beim Factoring werden Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen des Zedenten (idR Unternehmers) an einen Zessionar („Factor“) abgetreten, wobei es sich dabei idR um Forderungskauf handelt.⁶⁰⁾ Factoring ist daher eine Form der Zession. Fraglich ist, ob V diese Kaufpreisforderung wirksam an D abgetreten hat. Für eine rechtsgeschäftliche Forderungsabtretung sind Titel und Modus erforderlich. D hat lt SV die Forderung aufgrund einer Factoringvereinbarung erworben, also durch Forderungskauf. Das Gesetz sieht für die Abtretung keine besondere Form vor, eine Einigung zwischen Altgläubiger und Neugläubiger (§ 1392) ist ausreichend, sodass D über einen **gültigen Titel** verfügt. Auch für die Übertragung (**Modus**) der Kaufpreisforderung reicht die bloße Einigung zwischen V und D, wodurch die Kaufpreisforderung gegen K von V wirksam an D übertragen wurde. Fraglich ist, ob der Masseverwalter des K der Zahlungsaufforderung des D nachkommen muss oder ob er das bestehende Abtretungsverbot dem D entgegenhalten kann. **§ 1396 a** regelt die Zulässigkeit und die Wirkungen von vertraglichen Abtretungsverboten für Geldforderungen aus zweiseitigen Unternehmerngeschäften, welche nur verbindlich sind, wenn sie im Einzelnen ausgehandelt worden sind und den Gläubiger unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nicht gröblich benachteiligen. Wird eine Forderung entgegen dem vertraglichen Zessionsverbot übertragen, so bleibt die Zession jedoch wirksam (§ 1396 a Abs 1 Satz 2). Das gültig vereinbarte **Zessionsverbot wirkt somit nur relativ**.⁶¹⁾ Lt SV handelt es sich um ein vertragliches Zessionsverbot zwischen den beiden Unternehmern V und K, welches über eine Geldforderung (Kaufpreisforderung) aus einem unternehmerischen Geschäft abgeschlossen wurde. Zwischen V und K wurde lt SV die Forderungsabtretung ausdrücklich ausgeschlossen und damit im Einzelnen ausgehandelt (§ 6 Abs 2 KSchG). Auch wird V nicht gröblich benachteiligt. Das Zessionsverbot zwischen V und K ist daher zwar wirksam, aufgrund der bloß relativen Wirkung kann der Masseverwalter des K das Abtretungsverbot dem D aber nicht entgegenhalten. Allerdings ist die Kaufpreisforderung wegen der Insolvenz des K auf die **Quote** begrenzt.

Der Anspruch besteht.⁶²⁾

XI. Anspruch D gegen V aus der Haftung für die Einbringlichkeit der zedierten Forderung gem § 1397 iVm §§ 922 ff ABGB

Gem **§ 1397 Satz 2** hat der Zedent bei entgeltlicher Forderungsübertragung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung einzustehen.⁶³⁾ Bei Factoring handelt es sich idR um Forderungskauf, sodass **Entgeltlichkeit** der Abtretung vorliegt. Aufgrund der Insolvenz des K und der damit verbundenen Beschränkung auf die Quote ist die Kaufpreisforderung teilweise uneinbringlich. Fraglich ist, wie sich die Factoringvereinbarung zwischen V und D, welche nach dem SV auch den Übergang des Insolvenzrisikos beinhaltet, auf die Haftung für die Einbringlichkeit gem § 1397 Satz 2 auswirkt. Die §§ 1397 ff enthalten für die Zession eigene dispositiv-rechtliche Gewährleistungsvorschriften.⁶⁴⁾ Übernimmt der Factor auch das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (sog **Delkredere-Risiko**), so liegt sog „**echtes Factoring**“ vor.⁶⁵⁾ Mit Übernahme des Delkredere-Risikos durch den Zessionar vereinbaren die Parteien abweichend von der dispositiven Bestimmung des § 1397 einen **Ausschluss der Haf-**

59) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 20/1; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 5/17; Koziol/Welser II¹³ 116.

60) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 20/41.

61) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 20/6; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 5/22 ff; Koziol/Welser II¹³ 117 f.

62) Aufgrund der bloß relativen Wirkung des Zessionsverbots ist K gegenüber V auf Schadenersatzansprüche wegen Verletzung des vereinbarten Zessionsverbotes beschränkt. Mangels Hinweis im SV auf einen ersatzfähigen Schaden bei K ist in casu kein Schadenersatzanspruch des K zu prüfen.

63) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 20/27; Dullinger, BR II SchRAT⁵ Rz 5/41 f; Koziol/Welser II¹³ 123.

64) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 20/27.

65) Riedler, ZR II SchRAT⁴ Rz 20/41.

tung für die Einbringlichkeit der Forderung bei Insolvenz des Zessus. Darüber hinaus ist für eine Haftung gem § 1397 Voraussetzung, dass im **Zeitpunkt der Abtretung** bereits fällige Forderungen nicht richtig oder uneinbringlich waren. Die Forderung war im Zeitpunkt der Abtretung bereits fällig. Die Abtretung an D erfolgte vor Insolvenz des K, wodurch sie in diesem Zeitpunkt noch einbringlich war. Eine Haftung des V gem § 1397 Satz 2 würde daher auch aus diesem Grund scheitern.⁶⁶⁾ V haftet D aufgrund der Insolvenz des K damit nicht für die Einbringlichkeit der Forderung.

Der Anspruch besteht nicht.

 Meine Notizen:

Aktualisierungen

Zu **III.**: Auf den **Schuldnerverzug des Unternehmers im Verbrauchergeschäft** ist seit dem Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetz (GRUG; in Kraft seit 1. 1. 2022) die Spezialnorm des **§ 7 c KSchG anzuwenden**: Nach deren Abs 1 kann der Verbraucher den Unternehmer im Verzugsfall zunächst zur Leistung innerhalb einer angemessenen Nachfrist *auffordern*. Bei Nichterbringung der Leistung innerhalb dieser Frist kann der Verbraucher *zurücktreten*. Wie in der Musterlösung bereits dargestellt, befindet sich E laut SV aufgrund des vereinbarungsgemäßen Angebots der Leistung durch F (im Namen des E) gar nicht in Verzug (sondern vielmehr A durch Verweigerung der Annahme in Gläubigerverzug). Daher kann A selbstverständlich nicht zurücktreten und E muss den (als Folge des Deckungsgeschäfts bei einem Dritten) entstandenen Mehraufwand des A nicht ersetzen.

Zu **VI.**: Zwischen A und E kommt ein **Werkvertrag** über die Installation einer Haussteuerung zustande (s Musterlösung). Im Rahmen dieses Vertrags ist zwar ua auch die Übereignung funktionsfähiger Stellmotoren durch E auf A vorgesehen – mithin die Veräußerung ursprünglich beweglicher körperlicher Sachen –, trotzdem handelt es sich bei dem Vertrag wohl nicht um einen „Warenkauf“ iSd VGG (in Kraft seit 1. 1. 2022). Der Kaufvertragsbegriff des § 1 Abs 1 Z 1 VGG erfasst den Kauf von Waren, „einschließlich solcher, die noch herzustellen sind“ und geht damit über den KV-Begriff des ABGB hinaus.¹⁾ Enthält der Vertrag allerdings auch Elemente „der Bereitstellung von Dienstleistungen“, so bestimmt nach ErwGr 17 WKRL *das nationale Recht*, ob der ganze Vertrag als Kaufvertrag iSd RL gilt, weshalb man für die Frage der Anwendbarkeit des VGG weitgehend auf den österr Meinungsstand zur Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag zurückgreifen kann.²⁾ Da im SV eindeutig ein Werkvertrag vorliegt, ist nicht das Gewährleistungsrecht des VGG, sondern weiterhin jenes des ABGB (und KSchG) anwendbar.

§ 8 Abs 3 KSchG wurde durch das GRUG (mit 1. 1. 2022) aufgehoben, die Pflicht des Übergebers zur Tragung der Kosten der Verbesserung oder des Austausches findet sich seither in der allgemein-zivilrechtlichen Norm § 932 Abs 2.³⁾

Der in der Musterlösung als „Wandlung“ erwähnte sekundäre Gewährleistungsbefehl heißt seit Inkrafttreten des GRUG **„Auflösung des Vertrags“** (s § 932 ABGB).

Zu **VIII.**: Der Regress des Gewährleistungspflichtigen gegen seinen Vormann in § 933 b ABGB wurde mit 1. 1. 2022 novelliert: Muss der Übergeber dem Verbraucher durch Verbesserung oder Austausch Gewähr leisten (wie im vorliegenden Fall, s VI.), so kann er nun den gesamten ihm dadurch entstehenden Aufwand auf den Vormann überwälzen, falls er diesen unverzüglich nach Bekanntgabe des Mangels zur Herstellung des mangelfreien Zustands auffordert und der Vormann dem nicht in angemessener Frist nachkommt. E hat im SV jedoch nicht nur diese Ausweitung seines Regressanspruchs, sondern jeglichen Regress gegen X verwirkt, da er seiner Rügeobliegenheit gem § 377 UGB nicht nachkam (s Musterlösung), die selbstverständlich auch nach der Reform im Bereich des § 933 b ABGB zu beachten bleibt.⁴⁾

66) Die Frage der Anfechtung wegen Irrtums ist nicht zu behandeln, da im Zeitpunkt der Abtretung (des Vertragsschlusses) die Forderung noch einbringlich war und D daher keinem Irrtum unterlegen ist und auch die Insolvenz des K völlig unerwartet eintrat. Zudem wird die zwischen V und D vereinbarte Übernahme des Insolvenzrisikos nicht nur einen diesbezüglichen Gewährleistungsausschluss, sondern auch einen Verzicht auf die Anfechtung wegen Irrtums (bzgl der Insolvenz des Zessus) beinhalten, welcher zwischen Unternehmern möglich ist.

1) Erläut RV 949 BlgNR 27. GP 12.

2) *Stabentheiner*, Was ist neu am neuen Gewährleistungsrecht? ÖJZ 2021, 965 (968).

3) Für Verbraucherverträge, die dem VGG unterliegen, enthält § 13 Abs 1 VGG eine entsprechende Regelung.

4) Erläut RV 949 BlgNR 27. GP 42f.

Meine Notizen: Prüfer: Erwin Bernat

Fachprüfung aus Bürgerlichem Recht

Graz, 20. 11. 2015

Schwerpunkte: Versendungskauf (B-to-C/B-to-B); Preisgefahr; sekundäre Gewährleistungsbehelfe; Vertragsanfechtung wegen Irrtums; bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Vertrages; Zweikonditionen- und Saldotheorie; Anwendungsbereich des EKHG; durchbrechendes Vater-schaftsanerkennnis des „nicht-qualifizierten“ Samenspenders.

SACHVERHALT

I. Fall 1

A. Grundsachverhalt

Rechtsanwalt **Richard** ist Eigentümer einer großen, im 19. Wiener Gemeindebezirk (Hohe Warte 25) gelegenen Villa, in der er mit seiner Familie den ersten Stock bewohnt und im Erdgeschoss eine gutgehende Anwaltskanzlei betreibt. Anlässlich eines Besuches bei Grazer Verwandten am 18. 9. 2015 sieht Richard im Schaufenster des Antiquitätenhändlers **Anton** eine Keramik, die ihm als besonders schönes Exemplar des von Michael Powolny¹⁾ entworfenen „Schneckenreiters“ um € 6.000,- angeboten wird. Richard ist auch an einem Bücherschrank interessiert, der, wie Anton versichert, zwischen 1815 und 1830 hergestellt worden und „Zentimeter für Zentimeter echt und original“ sei. Richard und Anton werden sowohl über den „Schneckenreiter“ (Preis: € 6.000,-) als auch über den Bücherschrank (Preis: € 10.000,-) handelseins. „Der ‚Schneckenreiter‘ passt wunderbar in die Vitrine unseres Esszimmers, und einen so prachtvollen Bücherschrank habe ich schon seit Jahren für meine Anwaltskanzlei gesucht“, erklärt Richard dem Anton vor Geschäftsabschluss wahrheitsgemäß. Richard und Anton kommen überein, dass beide Objekte am 25. 9. 2015 von einem für Kunst- und Antiquitätentransporte spezialisierten Unternehmer von Graz nach Wien, Hohe Warte 25, transportiert werden sollen. Gesagt, getan: Noch in Gegenwart des Richard beauftragt Anton im eigenen Namen den Frächter **Friedrich** telefonisch mit dem Transport der Antiquitäten von Graz nach Wien.

Vereinbarungsgemäß bezahlt Richard beide Antiquitäten mit seiner Kreditkarte. Daraufhin überweist das Kreditkartenunternehmen am 22. 9. 2015 € 16.000,- auf Antons Geschäftskonto, wo dieser Betrag tags darauf gutgeschrieben wird.

Am 25. 9. 2015 übernimmt **Ludwig**, ein Fahrer des Friedrich, den Bücherschrank und den „Schneckenreiter“ im Grazer Geschäftslokal des Anton und verstaut diese Gegenstände unter Einhaltung äußerster Sorgfalt im Transportfahrzeug des Friedrich. Auf der Fahrt nach Wien gerät Ludwig ins Schleudern und kommt von der Straße ab. Das Transportfahrzeug überschlägt sich, an den transportierten Antiquitäten entsteht ein irreparabler Totalschaden (Restwert: € 0,-). Das, was vom „Schneckenreiter“ und dem Bücherschrank noch übrig geblieben ist, wird im Auftrag des Richard von der Straßenverwaltung entsorgt.

Ursache des Unfalls war eine Öllache, die Ludwig, der im Unfallzeitpunkt jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beachtet hatte, nicht bemerkt haben konnte.

Der „Schneckenreiter“ war echt und seinen Preis (€ 6.000,-) wert. Der Bücherschrank entstand zwar tatsächlich zwischen 1815 und 1830, allerdings wurden schadhafte Stellen zwischen 1870 und 1880 von einem Kunsttischler mit Hölzern aus der Zeit zwischen 1870 und 1880 ausgebessert. Davon hatte Anton zwar keine Kenntnis, als Kunstsachverständigem hätte ihm die Reparatur auffallen müssen. Der Bü-

ao. Univ.-Prof. Dr. *Erwin Bernat* lehrt am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Karl-Franzens-Universität Graz.

1) *Michael Powolny* (1871–1954) ist ein bedeutender österreichischer Keramikdesigner und Bildhauer.

cherschrank war aufgrund der Reparatur nicht € 10.000,-, sondern bloß € 7.000,- wert. Hätte Richard gewusst, dass er nicht „Zentimeter für Zentimeter echt und original“ gewesen ist, hätte er ihn nicht gekauft.

 Meine Notizen:

Frage 1: Wie beurteilen Sie die Rechtsstellung des Richard?

B. Sachverhaltsvariante

Auf der Fahrt nach Wien kollidiert der Kraftfahrzeuglenker **Sigi** als Folge von Sekundenschlaf mit dem Transportfahrzeug des Friedrich. Ludwig konnte den Unfall trotz Einhaltung jeder nach den Umständen des Falles gebotenen Sorgfalt nicht verhindern. – Ansonsten wie Grundsachverhalt.

Frage 2: Ändert sich aufgrund dieser Sachverhaltsvariante etwas an der Rechtsstellung des Richard?

II. Fall 2

Anna und **Barbara** sind seit 2007 ein Paar, das sich schon seit geraumer Zeit mit dem Gedanken trägt, eine Familie zu gründen. Im August 2010 bitten die beiden ihren Freund **Carl** um eine Samenspende. Dieser erklärt sich sofort bereit, Anna und Barbara bei der Erfüllung ihres gemeinsamen Kinderwunsches zu unterstützen. Er stellt ihnen im September 2011 seine Samenflüssigkeit zur Verfügung, die sich Anna im Beisein von Barbara in deren gemeinsamer Wohnung ohne ärztliche Assistenz selbst einbringt. Im Juni 2012 wird Anna von **Emil** entbunden, dessen leiblicher Vater Carl ist. Daraufhin wird strittig, welche Vorstellungen alle Beteiligten hinsichtlich der Übernahme der elterlichen Verantwortung im Zeitpunkt der Vornahme der künstlichen Insemination gehabt hatten. Carl, der mit Anna niemals geschlechtlich verkehrt hat, aber darauf besteht, als Vater des Emil festgestellt zu werden, wird Anna und Barbara zusehends lästig. Daher bitten sie ihren Freund **Franz**, die Vaterschaft gegenüber Emil anzuerkennen. Tatsächlich erklärt sich Franz zur Abgabe eines wesentlich falschen Vaterschaftsanerkennnisses unter der Bedingung bereit, dass ihm daraus keinerlei finanzielle Nachteile erwachsen werden. Das Vaterschaftsanerkennnis des Franz wird rechtswirksam. Weder Anna noch Emil erheben dagegen Widerspruch.²⁾

Frage 3: Carl will alles unternehmen, um als Vater des Emil festgestellt zu werden. Was kann, was soll Carl unternehmen?

Frage 4: Wie schätzen Sie die Chancen Carls ein, als Vater des Emil festgestellt zu werden?

Frage 5: Welche Rechte stehen Carl gegenüber Emil jedenfalls zu?

MUSTERLÖSUNG

Von Erwin Bernat

I. Fall 1

A. Grundsachverhalt

1) **Frage 1: Wie beurteilen Sie die Rechtsstellung des Richard?**

a) **Richard gegen Anton auf Rückzahlung des Preises für den „Schneckenreiter“ (€ 6.000,-)**

AGL: § 1435 ABGB (condictio causa finita) iVm § 7 b KSchG

Richard kaufte von Anton am 18. 9. 2015 einen „Schneckenreiter“ zum Preis von € 6.000,-. Der wirksam zustande gekommene Kaufvertrag (§§ 1053 ff ABGB) ist als Verbrauchergeschäft über eine Spezies (arg: ein „besonders schönes Exemplar des [...] ‚Schneckenreiters‘“) einzuordnen, und das aus folgendem Grund: Der Käufer kontrahierte – für Anton ersichtlich – nicht als Unternehmer, sondern als Verbraucher (arg: „Der ‚Schneckenreiter‘ passt wunderbar in die Vitrine unseres Esszimmers ...“). Hingegen zählt das Geschäft für Anton laut Sachverhalt „zum Betrieb seines Unternehmens“ (Anton ist Antiquitätenhändler, § 1 Abs 1 Z 1 KSchG, funktionale Betrachtungsweise). Richards Leistung (Zahlung von € 6.000,-) wurde vor jener des Anton (Besitz- und Eigentumsverschaffung am „Schneckenreiter“) fällig. Es liegt

²⁾ Sachverhalt in Anlehnung an BGH 15. 5. 2013, XII ZR 49/11 BGHZ 197, 242 = NJW 2013, 2589.

📝 Meine Notizen:

also ein sog Pränumerationskauf vor, der zur Durchbrechung des in § 1052 Satz 1 ABGB verankerten Prinzips der Leistung Zug um Zug führt.³⁾ Richard hat schuldfreiend geleistet, weil Anton die Geldleistung, die ihm für den „Schneckenreiter“ versprochen worden ist, am 23. 9. 2015 zugegangen ist.

Da sich Anton verpflichtete beide Antiquitäten (also auch den „Schneckenreiter“) am 25. 9. 2015 dem Frächter Friedrich zu übergeben, der sie Richard zustellen sollte, ist das Geschäft als Versendungskauf einzuordnen. Beim Versendungskauf ist zwar Erfüllungsort der Ort, an dem der Schuldner seine Niederlassung hat,⁴⁾ hier also das Grazer Geschäftslokal des Anton. Es stellt sich indes die Frage, ob schon durch die Übergabe des „Schneckenreiters“ an den Frächter (bzw dessen Fahrer Ludwig) das Eigentum sowie die Gefahr des zufälligen Untergangs des Kaufgegenstandes auf Richard übergegangen sind. Trägt Richard die Preisgefahr, bleibt der Kaufvertrag über den „Schneckenreiter“ aufrecht – und Anton darf das behalten, was von Richard für den „Schneckenreiter“ bezahlt worden ist (§ 1311 Satz 1 ABGB, *casum sentit dominus*). Trägt hingegen Anton die Preisgefahr, „so ist der [Kaufvertrag] für nicht geschlossen anzusehen“ (§ 1048 iVm § 1064 ABGB; vgl auch § 1447 ABGB), was zur Folge hätte, dass Richard das, was er für den „Schneckenreiter“ bezahlt hat (€ 6.000,-), von Anton auf bereicherungsrechtlicher Grundlage zurückverlangen könnte (*condictio causa finita*, § 1435 ABGB).

Folgte man der für den Versendungskauf allgemein gültigen Regel, wäre Richard Eigentümer des „Schneckenreiters“ geworden und trüge die Preisgefahr: Der „Schneckenreiter“ sollte vereinbarungsgemäß an Richards Wohn- und Geschäftsadresse (also an einen anderen Ort als den Erfüllungsort) übersendet werden. § 429 ABGB ordnet für einen solchen Fall iVm § 905 Abs 3 ABGB an, dass sowohl das Eigentum an der gekauften Sache als auch die Preisgefahr „bereits mit [...] Aushändigung [der Kaufsache] an eine mit der Übersendung betraute Person“ an den Käufer (in casu: Richard) übergehen.⁵⁾

Allerdings wird § 429 ABGB im vorliegenden Fall von § 7b KSchG idF des VRUG verdrängt (*lex specialis derogat legi generali*). Diese Sonderregel kommt im Fall eines Versendungskaufs zur Anwendung, wenn der Verkäufer (in casu: Anton) Unternehmer und der Käufer (in casu: Richard) Verbraucher iSv § 1 KSchG ist. § 7b KSchG verfolgt – in Umsetzung von Art 20 der Verbraucherrechte-Richtlinie – das Ziel, den Übergang von Eigentum und Preisgefahr generell erst dann eintreten zu lassen, wenn dem Käufer der Kaufgegenstand *zugegangen* ist,⁶⁾ oder, wie § 7b Satz 1 KSchG sagt, wenn „die Ware an [ihn] oder an einen von [ihm] bestimmten, vom Beförderer verschiedenen Dritten *abgeliefert* wird.“ Zu prüfen bleibt freilich die Anwendung der Ausnahmvorschrift des § 7b Satz 2 KSchG, derzufolge Eigentum und Gefahr „bereits mit der Aushändigung der Ware an den Beförderer“ übergeht. § 7b Satz 2 KSchG setzt allerdings voraus, dass der Verbraucher Vertragspartner des Transporteurs geworden ist, „ohne dabei eine vom Unternehmer vorgeschlagene Auswahlmöglichkeit zu nützen“. Laut Sachverhalt hat nicht Richard, sondern Anton den Transportvertrag mit Friedrich abgeschlossen. (Arg: „Noch in Gegenwart des Richard beauftragt Anton im eigenen Namen den Frächter Friedrich telefonisch mit dem Transport der Antiquitäten von Graz nach Wien.“) Demzufolge gelangt § 7b Satz 1 und nicht § 7b Satz 2 KSchG zur Anwendung.

Anton – und nicht Richard – trägt also die Gefahr des zufälligen Untergangs des „Schneckenreiters“, somit zerfällt der Kaufvertrag über diese Antiquität (§ 1048 iVm § 1064 ABGB) und es entsteht eine Bereicherungslage: Anton ist um den Betrag von € 6.000,-, den Richard für den „Schneckenreiter“ bezahlt hat, ungerechtfertigt bereichert. Aus diesem Grund steht Richard gegen Anton ein Anspruch auf Zahlung von € 6.000,- auf der Grundlage der *condictio causa finita* (§ 1435 ABGB) zu.

Ergebnis: Anton (Unternehmer) hat Richard (Verbraucher) am 18. 9. 2015 einen „Schneckenreiter“ (Spezies) um € 6.000,- verkauft. Richard hat schon am 18. 9. 2015 geleistet (Pränumerationskauf). Vereinbart wurde Versendung des Kaufgegenstandes. Die Gefahr des zufälligen Untergangs des Kaufgegenstandes am Transportweg be-

3) Vgl *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 757; *Apathy/Riedler* in *Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht III⁵ (2015) Rz 1/38.

4) Vgl *Welser/Zöchling-Jud* II¹⁴ Rz 151; *Dullinger* in *Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht II⁵ (2014) Rz 2/56.

5) Vgl die ErläutRV 89 BlgNR 25. GP 9, zu § 429 ABGB idF des Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes (VRUG), BGBl I 2014/33. § 429 ABGB idF dieses Gesetzes ist seit 13. 6. 2014 in Kraft, kommt auf den vorliegenden Fall, der im September 2015 spielt, also (schon) zur Anwendung; zu § 429 ABGB idF des VRUG s weiterführend *Rabl*, Die Neuregelung des Gefahrenübergangs bei versendeten Waren, VbR 2014, 144 ff.

6) Siehe nochmals 89 BlgNR 25. GP 9.

stimmt sich nicht nach § 429 ABGB, sondern nach § 7b Satz 1 KSchG (jeweils idF des VRUG, BGBl I 2014/33, gültig ab 13. 6. 2014, s § 41 Abs 29 KSchG). Folglich ist Anton um € 6.000,- ungerechtfertigt bereichert, so dass Richard gegen Anton ein Anspruch (Leistungskondition) auf der Grundlage des § 1435 ABGB zusteht.

✍ Meine Notizen:

b) Richard gegen Anton auf Rückzahlung des Preises für den Bücherschrank (€ 10.000,-)

AGL: § 1435 (condictio causa finita) bzw § 877 ABGB (condictio sine causa) iVm § 429, § 932 Abs 4, § 871 ABGB

aa) Beidseitig unternehmensbezogenes Geschäft oder Verbrauchergeschäft?

Richard kaufte von Anton am 18. 9. 2015 nicht nur den „Schneckenreiter“, sondern auch einen Bücherschrank (Preis: € 10.000,-) aus der frühen Biedermeierzeit, der nach Angaben des Anton „Zentimeter für Zentimeter echt und original“ sein sollte. Auch der Kauf des Bücherschranks ist – wie der Kauf des „Schneckenreiters“ – ein Pränumerationskauf, der auf Seite des Richard durch Zahlung mittels Kreditkarte erfüllt worden ist.

Ist der Kaufvertrag über den Bücherschrank für den Käufer als privates oder als unternehmensbezogenes Geschäft zu beurteilen? Nach einhelliger Lehre und Rsp zählen nicht nur jene Geschäfte, die typisch für den jeweiligen Geschäftszweig sind (aus anwaltlicher Perspektive: das entgeltliche Mandat), sondern auch die Hilfs- und Nebengeschäfte, etwa die Bestellung von Drucksachen⁷⁾ oder der Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung,⁸⁾ zum Betrieb des Unternehmens. Es muss lediglich ein sachlicher Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit gegeben sein. Aus diesem Grund ist auch der Kauf eines Bücherschranks durch einen Anwalt, der den Kaufgegenstand (ausschließlich) betrieblich nützt, ein betriebsbezogenes Geschäft. Im vorliegenden Fall hat Richard sogar offengelegt, in welcher Eigenschaft er den „Schneckenreiter“ und in welcher – anderen – Eigenschaft er den Bücherschrank kauft. Aber an der Eigenschaft des Richard als Verbraucher einerseits (Kaufvertrag über den „Schneckenreiter“) sowie als Unternehmer andererseits (Kaufvertrag über den Bücherschrank) würde sich selbst dann nichts ändern, wenn Anton gar nicht gewusst hätte, in welcher „Rolle“ sein Vertragspartner tatsächlich kontrahiert hat: „Ob jemand Unternehmer ist oder nicht, richtet sich nach den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen“⁹⁾ und nicht nach den subjektiven Vorstellungen der Vertragspartner.

Der vorliegende Fall unterscheidet sich ganz wesentlich von den sog *Dual-Use*-Fällen, bei denen zu entscheiden ist, ob ein Vertragspartner als Verbraucher gilt, wenn er den Vertragsgegenstand einer gemischten Zweckbestimmung (teils betrieblich, teils privat) zuführt.¹⁰⁾ Denn in casu ist nach dem Sachverhalt eindeutig, dass der Käufer den „Schneckenreiter“ (nur) privat, den Bücherschrank hingegen (nur) betrieblich nutzt. (Ein sog *Dual-Use*-Fall läge hingegen vor, wenn Richard den Bücherschrank sowohl privat als auch betrieblich nutzte.) Es wäre auch nicht zutreffend, von nur *einem* Kaufvertrag auszugehen, der über beide Kaufgegenstände abgeschlossen worden ist und diesen Vertrag unter Anwendung der Absorptionstheorie entweder nur als Verbrauchergeschäft oder nur als zweiseitig unternehmensbezogenes Geschäft zu qualifizieren.¹¹⁾ Gegen die Annahme bloß eines Kaufvertrages spricht hier wohl deutlich, dass sowohl der „Schneckenreiter“ als auch der Bücherschrank gesondert angeboten worden sind. Im Sachverhalt ist dementsprechend auch von einem Preis für den „Schneckenreiter“ (€ 6.000,-) und einem Preis für den Bücherschrank (€ 10.000,-), nicht hingegen von einem Gesamtpreis für beide Gegenstände die Rede. (Dass Richard beide Verträge uno actu erfüllt hat [Zahlung von € 16.000,-], steht auf einem anderen Blatt Papier.) Selbst wenn man im vorliegenden Fall annimmt, die Parteien hätten nur *einen* Kaufvertrag (Vertragsinhalt: *zwei* Leistungsgegenstände) abgeschlossen, kann es nicht überzeugen, nach der Absorptionstheorie vorzugehen und hinsichtlich beider Kaufobjekte entweder nur § 429 ABGB oder nur § 7b KSchG anzuwenden. Dass eine solche Beurteilung unangemessen ist, zeigt folgende Sachverhaltsvariante deutlich: Hätte Richard am 18. 9. 2015 den „Schneckenreiter“ als Verbraucher und am nächsten Tag den Bücherschrank als Unternehmer gekauft, wäre das eine Geschäft (Kauf des „Schneckenreiters“)

7) *Kathrein/Schoditsch*, KBB⁴ § 1 KSchG Rz 4.

8) *Kathrein/Schoditsch*, KBB⁴ § 1 KSchG Rz 4; vgl OGH 30. 8. 2006, 7 Ob 49/06s VR 2008, 30 = RdW 2007, 217.

9) *Krejci*, Grundfragen zum Geltungsbereich des I. Hauptstückes des KSchG, in *Krejci* (Hrsg), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 209 (215).

10) Dazu *Lurger/Augenhofer*, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht² (2008) 36f.

11) Der OGH vertritt in JBl 2011, 108 = SZ 2010/101 (E v 31. 8. 2010, 4 Ob 78/10i) die Auffassung, dass das Geschäft zur Gänze ein Unternehmergeschäft sei, wenn es teils zur privaten und teils zur geschäftlichen Sphäre zählt (so auch *Krejci* in *Rummeß* § 1 KSchG Rz 23; *Welser*, Zum Geltungsbereich des I. Hauptstückes des KSchG, in *Krejci* [Hrsg], Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz [1981] 193 [200]). Allerdings wollte der OGH mit diesem Satz nur die Beurteilung von *Dual-Use*-Fällen klarstellen.

📝 Meine Notizen:

unzweifelhaft als Verbrauchergeschäft, das andere (Kauf des Bücherschranks) hingegen – ebenso unzweifelhaft – als zweiseitig unternehmensbezogenes Geschäft zu qualifizieren. Die rechtliche Beurteilung kann daher nicht anders ausfallen, wenn dem Sachverhalt (rechtsirrig) nicht zwei Vertragsabschlüsse, sondern nur der Abschluss eines Kaufvertrags, der zwei Leistungsgegenstände zum Inhalt hat, zugrunde gelegt wird.

Der zwischen Richard und Anton über den Bücherschrank geschlossene Kaufvertrag ist ein zweiseitig unternehmensbezogenes Geschäft. Aus diesem Grund kommt nicht § 7 b KSchG, sondern die allgemeine Regel des § 429 ABGB mit der Folge zur Anwendung, dass Richard die Preisgefahr trägt. „Der Umstand allein, dass die Ware mangelhaft ist, berührt an sich den Gefahrenübergang nicht.“¹²⁾ Solange der Kaufvertrag aufrecht ist, darf Anton das Entgelt, das ihm für den Bücherschrank am 23. 9. 2015 zugegangen ist (€ 10.000,-), behalten, so dass dessen Zerstörung in die Risikosphäre des Richard fällt (*casum sentit dominus*, § 1311 Satz 1 ABGB).

bb) Wandlung und/oder Vertragsanfechtung?

Es stellt sich freilich die Frage, ob Richard den Kaufvertrag über den Bücherschrank wandeln oder ob er ihn (auch) wegen eines Geschäftsirrtums anfechten kann. Ist Wandlung bzw Vertragsanfechtung möglich, stellt sich die weitere Frage, welche Regeln für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des (aufgelösten) Kaufvertrages gelten.

Der Bücherschrank kann nicht mehr in natura zurückgestellt werden, weil er nicht mehr vorhanden ist. Verweigert man aus diesem Grund dem Käufer das Recht der Wandlung bzw die Vertragsanfechtung, darf der Verkäufer, wie soeben erwähnt, das Entgelt behalten. Die wohl hM¹³⁾ geht allerdings zu Recht davon aus, dass es für die Möglichkeit der Wandlung bzw der Vertragsanfechtung nicht auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Rückstellung des Kaufgegenstandes in natura ankommen kann: Die allgemeinen Normen, die sich mit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von Verträgen beschäftigen (s insb §§ 1431, 1435 und 877 ABGB), stehen nicht auf dem starren Standpunkt der Naturalrestitution, sondern begnügen sich im Fall der Unmöglichkeit der Rückgewähr mit der Leistung von *Wertersatz*. So die zu Unrecht empfangene Leistung also nicht mehr in natura zurückgestellt werden kann, hat der Käufer im Allgemeinen ihren Wert zu vergüten (§ 1447 Satz 3 ABGB).¹⁴⁾ Ob von dieser allgemeinen Regel im vorliegenden Fall eine Ausnahme zu machen ist, wird unter cc) näher untersucht.

(1) Wandlung nach § 932 Abs 4 ABGB

Obwohl der Bücherschrank aus der frühen Biedermeierzeit stammte, hat Anton mangelhaft erfüllt. Entgegen seiner Zusage war dieser Schrank ja nicht „Zentimeter für Zentimeter echt und original“, sondern wurde zwischen 1870 und 1880 von einem Kunsttischler mit Hölzern aus der Zeit zwischen 1870 und 1880 ausgebessert. Die Abweichung vom vertraglich Geschuldeten minderte den Wert des Vertragsgegenstandes beträchtlich, nämlich um € 3.000,- (Wert des Kaufgegenstandes bei hypothetischer Mangelfreiheit: € 10.000,-, Wert des mangelhaften Kaufgegenstandes: € 7.000,-).

Wandlung bzw Preisminderung kann Richard nur verlangen, wenn die Verbesserung der Speziessache – ihre Existenz unterstellt – nicht möglich wäre. Somit ist zu fragen, welche Rechte Richard gehabt hätte, wäre ihm der Bücherschrank zugestellt worden. Ein Schrank aus der frühen Biedermeierzeit (Stückschuld), der – entgegen dem vertraglich Zugesicherten – nicht „Zentimeter für Zentimeter echt und original“ ist, kann nicht in einen Biedermeierschrank „verwandelt“ werden, der so beschaffen ist, wie er im Entstehungszeitpunkt beschaffen war. Die zwischen 1870 und 1880 ausgetauschten Hölzer beseitigen die ursprüngliche Authentizität des Kaufobjektes ja unwiederbringlich.

Richard hat somit die Wahl zwischen Preisminderung und Wandlung (§ 932 Abs 4 Satz 1 ABGB), sofern der Mangel des Kaufobjekts nicht (bloß) „geringfügig“

12) *Wahle* in *Klang* IV/2², 155; *Rabl*, Die Gefahrtragung beim Kauf (2002) 285; aA wohl *Klicka/Reidinger* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 429 Rz 2; vgl auch *Schilcher*, Die Preisgefahr beim Kauf. Ein rechtsvergleichender Beitrag, *JBl* 1964, 395 (410).

13) Siehe insb *Welser/Zöchling-Jud* II¹⁴ Rz 357; *Dullinger* in *Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht II⁵ Rz 3/106; *Bydlinski* in *Klang*² IV/2 700; *Ostheim*, Zum Anspruch auf Vertragsaufhebung bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution, in FS *Wilburg* (1975 (307) 315; weitere Nw bei *Rabl*, Die Gefahrtragung beim Kauf 277 ff.

14) Vgl nur *Welser/Zöchling-Jud* II¹⁴ Rz 1754; *Apathy/Riedler* in *Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht III⁵ Rz 15/27; *Apathy*, *KBB*⁴ § 1431 Rz 7; *Wilburg* in *Klang* VI² 476.

ist. Der Mangel ist im vorliegenden Fall ohne Zweifel nicht (bloß) „geringfügig“, weil die Auflösung des Vertrages angesichts der mangelbedingten Wertminderung des Kaufobjektes nicht unverhältnismäßig erscheint.¹⁵⁾ Abgesehen davon indiziert das Ausbleiben einer zugesicherten Eigenschaft schon für sich das Vorliegen eines nicht (bloß) „geringfügigen“ Mangels.¹⁶⁾ Da Richard daran interessiert sein wird, den gesamten für den Bücherschrank bezahlten Preis (€ 10.000,-) zurückzubekommen, wird er wandeln.

✎ Meine Notizen:

Dieses Gestaltungsrecht muss Richard gerichtlich und innerhalb von zwei Jahren geltend machen (§ 933 Abs 1 Satz 1 ABGB). Die Frist beginnt hier mit dem 25. 9. 2015 zu laufen, das ist der Tag des Gefahrenübergangs (§ 933 Abs 1 Satz 2 ABGB).

Die Wandlung wirkt nur schuldrechtlich, nicht hingegen sachenrechtlich ex tunc. Nach wirksamer Ausübung des Wandlungsrechts ist der Kaufvertrag über den Bücherschrank aufgelöst, aber daran, dass Richard kraft § 429 ABGB im Zeitpunkt seiner Übergabe an den Transporteur Eigentum erlangt hat, ändert sich – auch rückblickend betrachtet – nichts.

(2) Vertragsanfechtung nach § 871 Abs 1 Fall 1 ABGB

Bei Abschluss des Kaufvertrages war Richard über seinen Inhalt im Irrtum. Dieser Geschäftsirrtum (Irrtum über den Leistungsgegenstand) war ursächlich für den Geschäftsabschluss. (Arg: Hätte Richard über die wahre Beschaffenheit des Bücherschranks Bescheid gewusst, hätte er ihn nicht gekauft.) Er ist auch wesentlich (arg: Er hätte den Bücherschrank bei Kenntnis der Sachlage nicht einmal zu einem für ihn besseren Preis gekauft) und beachtlich. Beachtlich iSv § 871 ABGB ist Richards Geschäftsirrtum deshalb, weil dieser Irrtum durch Antons Fehlverhalten verursacht worden ist (§ 871 Abs 1 Fall 1 ABGB). Anton hätte ja bei Einhaltung der Sorgfalt, zu der er als Kunstsachverständiger verpflichtet ist, erkennen müssen, dass schadhafte Stellen des Bücherschranks mit Hölzern aus der Zeit zwischen 1870 und 1880 ausgebesert worden sind – und Richard darauf vor Vertragsabschluss aufmerksam machen müssen. Aus diesem Grund kann Richard den Vertrag über den Bücherschrank nach § 871 Abs 1 Fall 1 ABGB anfechten. (Hingegen hat Anton seinen Vertragspartner nicht vorsätzlich getäuscht, so dass eine Anfechtung nach § 870 ABGB ausscheidet. Anton hätte Richards Irrtum „aus den Umständen“ [dh: aufgrund Richards Verhalten bei Vertragsabschluss] wohl auch nicht auffallen müssen [§ 871 Abs 1 Fall 2 ABGB]. Schließlich scheidet die Anfechtung des Vertrags auch nach § 871 Abs 1 Fall 3 ABGB aus, weil laut Sachverhalt gar keine Rede davon ist, dass Richard seinen Irrtum rechtzeitig [was immer das auch heißen mag] aufgeklärt hat.)

Nach *P. Bydlinski* kann die Vertragsanfechtung in Fällen wie dem vorliegenden neben § 871 ABGB auf culpa in contrahendo gestützt werden: Kommt ein Vertrag „zustande, der bei korrekter vorvertraglicher Aufklärung (so) nicht abgeschlossen worden wäre, richtet sich der Ersatzanspruch in der Sache auf Rückgängigmachung des Vertrages mit all seinen Folgen [...]. Aus c.i. c. kann daher als Naturalherstellung (§ 1323) durchaus auch Vertragsaufhebung gefordert werden.“¹⁷⁾

Das Recht der Vertragsanfechtung nach § 871 ABGB, das nach wohl hM gerichtlich ausgeübt werden muss (Analogie zu § 933 Abs 1 ABGB),¹⁸⁾ verjährt innerhalb von drei Jahren (§ 1487 ABGB). Die Aufhebung des Vertrags wirkt – im Gegensatz zur Wandlung – auch sachenrechtlich ex tunc (Wurzelmangel!), so dass die Übergabe des Bücherschranks an Friedrich bzw seinen Fahrer Ludwig – rückblickend betrachtet – niemals zum Eigentumserwerb des Käufers (Richard) geführt hat.

Das Recht den Kaufvertrag zu wandeln und ihn nach § 871 anzufechten steht dem Käufer beim sog Eigenschaftsirrtum nach ganz hM wahlweise zu.¹⁹⁾ Richard kann den Vertrag über den Bücherschrank daher sowohl mithilfe des § 871 ABGB als auch mithilfe des § 932 Abs 4 ABGB zu Fall bringen.

15) *Welser/Zöchling-Jud II*¹⁴ Rz 355; *Dullinger in Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht II⁵ Rz 3/105; 422 BlgNR 21. GP 19.

16) So auch OGH 15. 2. 2006, 7 Ob 239/05f JBI 2006, 585.

17) *P. Bydlinski in Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht I⁶ (2013) Rz 6/39.

18) *Zweifelnd P. Bydlinski in Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht I⁶ Rz 8/22.

19) *Welser/Zöchling-Jud II*¹⁴ Rz 414; *Dullinger in Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht II⁵ Rz 3/146; *P. Bydlinski in Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht I⁶ Rz 8/26.

📝 Meine Notizen:

cc) Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung

Unzweifelhaft hat nach dem unter bb) (1) und (2) Ausgeführten der Käufer Richard gegen den Verkäufer Anton einen kondiktionsrechtlichen Anspruch auf Zahlung von € 10.000,- (§ 1435 ABGB [Folge der Wandlung] bzw § 877 ABGB [Folge der Vertragsanfechtung], *condictio causa finita* bzw *condictio sine causa*): Aufgrund von Wandlung bzw Vertragsanfechtung fällt der Kaufvertrag über den Bücherschrank ja weg, so dass die Zahlung des Kaufpreises zu Unrecht erfolgte.

Wäre der Bücherschrank nicht zerstört worden, hätte Richard das Recht auf Rückzahlung des Kaufpreises nicht ohne Wenn und Aber, sondern nur Zug um Zug gegen Rückübereignung (im Fall von Anfechtung nach § 871 Abs 1 ABGB: schlichte Rückstellung) des Kaufobjekts (§ 1052 Satz 1 ABGB) gehabt. Es stellt sich daher die Frage, ob in Fällen wie dem vorliegenden der zufällige Sachuntergang in die Risikosphäre des Käufers oder des Verkäufers fällt.

Nach der sog Zweikonditionen-Theorie ist der Anspruch des Richard unabhängig vom Anspruch des Anton. Der zufällige Sachuntergang fällt nach dieser Theorie in die Risikosphäre des Anton: Das, worauf Anton einen Anspruch gehabt hat (Herausgabe des Bücherschranks), ist zufällig untergegangen. Der zufällige Sachuntergang befreit daher Richard auch von der Leistung von Wertersatz.

Nach der sog Saldotheorie „trägt hingegen der Empfänger [in casu: Richard] stets das Risiko des zufälligen Untergangs, weil sich die Sache in seiner Sphäre befunden hat, so dass er (zumindest in abstracto) die Gefahr beherrschen konnte. Er hat daher nur insoweit einen Anspruch gegen den Partner, als der Wert seiner Leistung jenen der untergegangenen Gegenleistung übersteigt.“²⁰ Dieser Theorie gebührt – jedenfalls im Ergebnis – der Vorzug, weil sie die für die *Abwicklung des Vertrages* allgemeingültigen Gefahrtragungsregeln (beim Versandkauf: § 1311 Satz 1 iVm § 429 ABGB bzw § 7b Satz 2 KSchG) im Fall der bereicherungsrechtlichen *Rückabwicklung des Vertrages* nicht künstlich in ihr Gegenteil verkehrt. Der deutsche BGH hat es in einer Entscheidung v. 8. 1. 1970 auf den Punkt gebracht: „Wer [...] einen Bereicherungsanspruch geltend macht, trägt das Risiko, dass sowohl seine Leistung noch beim Gegner ist als auch die von ihm selbst empfangene Leistung noch vorhanden ist.“²¹

Die sog Saldotheorie wird von *Welser/Zöchling-Jud*²² favorisiert, die sog Zweikonditionen-Theorie von *Apathy/Riedler*.²³ Je nachdem, welcher Theorie gefolgt wird, gelangt man zu folgendem Ergebnis:

Saldotheorie: Richard hat einen Anspruch gegen Anton auf Zahlung von € 10.000,-, er bekommt diesen Betrag aber nur, wenn er seinerseits bereit ist, für den untergegangenen Bücherschrank Wertersatz zu leisten (§ 1052 Satz 1 ABGB). Da der Bücherschrank nicht € 10.000,-, sondern nur € 7.000,- wert war, ist die Wertersatzleistung des Richard € 7.000,-. In praxi wird Anton gegen die Forderung, die Richard gegen ihn hat (€ 10.000,-), mit seiner eigenen Forderung idH von € 7.000,- aufrechnen. Das ergibt einen „Saldo“ idH von € 3.000,-.

Zweikonditionen-Theorie: Richard hat einen Anspruch gegen Anton auf Zahlung von € 10.000,-, schuldet im Gegenzug dem Anton aber nichts, weil der zufällige Sachuntergang in dessen Risikosphäre fällt.

*Bydlinski*²⁴ und *Aicher*²⁵ vertreten eine Mittelmeinung: Werde der Vertrag mit bloß sachenrechtlicher *ex nunc*-Wirkung aufgelöst, habe der Verkäufer einen Anspruch auf Wertersatz, im Fall der Auflösung des Vertrags mit sachenrechtlicher *ex tunc*-Wirkung hingegen nicht. Für den Fall der Wandlung sei dementsprechend von der Saldotheorie, für den Fall der Vertragsanfechtung wegen Irrtums dagegen von der Zweikonditionen-Theorie auszugehen. Diese Unterscheidung wird von *Welser/Zöchling-Jud* zu Recht kritisiert, weil „die Ungültigkeits- und Aufhebungsregeln auf die hier zu lösende Problematik nicht zugeschnitten sind. Ob zB ein Titel mit schuldrechtlicher oder sachenrechtlicher Rückwirkung wegfällt, ist eine konstruktive Entscheidung, aus der für diffizile Abwicklungsfragen nicht deduziert werden sollte.“²⁶ Abgesehen davon hat in Fällen wie dem vorliegenden (Eigenschaftsirrtum) der Käufer die Wahl, ob er den Vertrag wandelt oder ihn wegen Irrtums anfecht, so dass für solche Fälle die Unterscheidung, die

20) *Welser/Zöchling-Jud* II¹⁴ Rz 1773.

21) BGH 8. 1. 1970, VII ZR 130/68 NJW 1970, 656 = BGHZ 53, 144.

22) *Welser/Zöchling-Jud* II¹⁴ Rz 1774; weiterführend *Harrer*, Rückabwicklungsprobleme beim fehlerhaften Kauf, JBl 1983, 238 ff.

23) *Apathy/Riedler* in *Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht III⁵ Rz 15/37; weiterführend *Kerschner*, Der OGH auf dem Weg zur Saldotheorie? JBl 1988, 541 ff und 624 ff.

24) *Bydlinski* in *Klang* IV/2² 699 f.

25) *Aicher* in *Rummel*⁶ §§ 1048 ff Rz 17.

26) *Welser/Zöchling-Jud* II¹⁴ Rz 1774.

Bydlinski und *Aicher* treffen, praktisch wertlos ist: Hätte der Verkäufer nur dann Anspruch auf Wertersatz, wenn der Käufer den Vertrag wandelt, würde ein Käufer, der homo oeconomicus ist, den Vertrag stets nur über den Weg des § 871 ABGB zu Fall bringen – und sein Recht zu wandeln gar nicht erst in Anspruch nehmen.

✎ Meine Notizen:

Wendet der Student im vorliegenden Fall die Saldotheorie an, macht es im Endergebnis keinen Unterschied, ob er zuvor Auflösung des Vertrages (Wandlung bzw. Anfechtung) oder Preisminderung befürwortet. Im einen wie im anderen Fall gebührt dem Richard „unter dem Strich“ ein Betrag iHv € 3.000,-. Im Fall der Preisminderung gibt es freilich nur eine Forderung (die des Richard auf Zahlung von € 3.000,-), so dass man hier nicht gut von einem Saldo sprechen kann.

Ergebnis: Der Kaufvertrag über den Bücherschrank ist ein zweiseitig unternehmensbezogenes Geschäft. Der Leistungsgegenstand ist nach Übergabe an den Transporteur durch höhere Gewalt untergegangen, so dass Richard die Preisgefahr trägt (§ 429 ABGB). Anton hat indes mangelhaft erfüllt. Den bei Geschäftsabschluss vorliegenden Eigenschaftsirrtum kann Richard mithilfe des § 871 Abs 1 Fall 1 ABGB (Vertragsanfechtung) oder des § 932 Abs 4 ABGB (Wandlung) aufgreifen, obwohl der Bücherschrank nicht mehr vorhanden ist. Die Vertragsanfechtung bzw. der Rücktritt vom Vertrag führt zu einer Bereicherungslage: Richard hat jedenfalls das Recht auf Rückzahlung von € 10.000,-. Sehr strittig ist allerdings, ob dem Anspruch des Richard eine Forderung des Anton idH von € 7.000,- (= Wert des mangelhaften Bücherschranks) gegenübersteht. Die Zweikonditionen-Theorie verneint den Anspruch des Anton, die Saldotheorie bejaht ihn. Nach der Zweikonditionen-Theorie ist nur Richard Bereicherungsgläubiger und hat einen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises iHv € 10.000,-. Hingegen hat Anton nach der Saldotheorie gegen den Anspruch des Richard auf Rückzahlung des Kaufpreises iHv € 10.000,- einen Anspruch auf € 7.000,- (Wertersatz), so dass Richard im Ergebnis (kraft Aufrechnung) einen „Saldo“ iHv € 3.000,- bekommt.

c) Richard gegen Ludwig auf Zahlung von € 7.000,-

AGL: §§ 1, 5, 19 Abs 1 EKHG, §§ 1295, 1332 ABGB

Richard wurde gem § 429 ABGB Eigentümer des Bücherschranks. Maßgeblicher Erwerbszeitpunkt ist der Zeitpunkt seiner Ausfolgung an Friedrichs Fahrer, Ludwig. Der Bücherschrank hatte in diesem Zeitpunkt einen Verkehrswert von € 7.000,- (§ 1332 ABGB). Da er durch den Unfall total zerstört worden ist (Restwert: € 0,-), erlitt Richard einen Vermögensschaden iHv € 7.000,- (die Geltung der Saldotheorie vorausgesetzt). Es stellt sich daher fürs erste die Frage, ob Richard diesen Vermögensschaden auf Ludwig überwälzen kann.

Bei lebensnaher Betrachtung ist ausschließlich Friedrich, Ludwigs Dienstherr, Halter des Kraftfahrzeugs.²⁷⁾ Ludwig ist somit bloßer Lenker. Zwar ist Richards Vermögensschaden durch einen Unfall beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs entstanden, so dass das EKHG an sich anzuwenden wäre (§ 1 EKHG). Eine verschuldensunabhängige Haftung des Ludwig für diesen Vermögensschaden scheidet aber a priori aus, weil die verschuldensunabhängige Haftung nach EKHG im Allgemeinen nur den Halter, nicht hingegen den (bloßen) Lenker des Kraftfahrzeugs trifft (§ 5 EKHG e contrario).²⁸⁾

Laut Sachverhalt hat Ludwig weder beim Verpacken des Transportgutes noch bei der Inbetriebnahme des Transportfahrzeuges Sorgfaltspflichten außer Acht gelassen. Ludwig haftet daher auch nicht nach den Grundsätzen der Verschuldenshaftung (§ 19 Abs 1 EKHG iVm § 1295 ABGB e contrario).

Ergebnis: Richard kann den Vermögensschaden, der ihm durch die Zerstörung des Bücherschranks zugefügt worden ist, weder nach EKHG noch nach ABGB auf Ludwig überwälzen. Ludwig ist auch dann nicht zum Ersatz des durch die Zerstörung des Bücherschranks eingetretenen Vermögensschadens verpflichtet, wenn angenommen wird, dass das Eigentum am Bücherschrank im Zeitpunkt der Schädigung als Folge der (auch sachenrechtlich) ex tunc wirkenden Anfechtung des Kaufvertrages (§ 871 Abs 1 Fall 1 ABGB) Anton zugeordnet war.

27) Zum Halterbegriff s *Welser/Zöchling-Jud II*¹⁴ Rz 1596; *Apathy/Riedler in Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht III⁵ Rz 14/39.

28) Siehe indes § 6 Abs 1 Satz 1 EKHG. Nach dieser Bestimmung haftet der Lenker eines Kraftfahrzeugs losgelöst vom Verschulden, wenn er den Unfall im Zuge einer sog Schwarzfahrt verursacht.

✎ Meine Notizen:

- d) **Richard gegen Friedrich auf Zahlung von € 7.000,-**
AGL: § 1 iVm § 5 EKHG
EGL: § 4 Abs 1 EKHG

Wird durch einen Unfall beim Betrieb eines Kraftfahrzeugs eine Sache beschädigt, so ist dessen Halter selbst dann zum Schadenersatz verpflichtet, wenn das Kraftfahrzeug von einer anderen Person mit Willen des Halters benutzt worden ist (§ 5 iVm § 6 Abs 1 EKHG e contrario).

Allerdings kommt im vorliegenden Fall der Haftungsausschluss von § 4 Abs 1 EKHG zum Tragen: Nach den Grundsätzen der im EKHG verankerten strict liability haftet der Kfz-Halter nur bei Beschädigung des vom Fahrgast mitgeführten Handgepäcks sowie derjenigen Sachen, die der Fahrgast an sich trägt, nicht hingegen bei Beschädigung sonstiger Sachen – wie etwa bei Beschädigung von Frachtgut.

Da im Sachverhalt keine Hinweise auf ein Verschulden des Friedrich bei der Auswahl seines Fahrers Ludwig gegeben werden, haftet Friedrich auch nicht nach den Grundsätzen der Verschuldenshaftung.

Wer den Haftungsausschluss des § 4 Abs 1 EKHG übersieht, wird möglicherweise prüfen, ob die Haftung des Friedrich nach § 9 EKHG verneint werden kann. Nach dieser Bestimmung ist die Ersatzpflicht ausgeschlossen, wenn der Unfall durch ein „unabwendbares Ereignis“ verursacht wurde, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit noch auf einem Versagen der Einrichtungen [...] des Kraftfahrzeugs beruhte“ (§ 9 Abs 1 EKHG). „Unabwendbar ist ein Ereignis [...], das [...] trotz aller erdenklichen Sachkunde und Vorsicht nicht abgewendet werden kann“.²⁹⁾ Das ist regelmäßig dann der Fall, wenn der Lenker des Kraftfahrzeugs „die äußerste nach den Umständen des Falles mögliche und zumutbare Sorgfalt“³⁰⁾ (also nicht bloß die Sorgfalt eines „gewöhnlichen“ Lenkers eines Kraftfahrzeugs) eingehalten hat (§ 9 Abs 2 EKHG), es aber dennoch zum schädigenden Unfall gekommen ist. – Ludwig hat sich in casu wie der ideale Verkehrsteilnehmer verhalten. (Arg: Ludwig hat im Unfallzeitpunkt „jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt beachtet.“) Daher scheidet der Ersatzanspruch des Richard (auch) an § 9 EKHG.

Zu einem gegenteiligen Ergebnis kann nur kommen, wer das Schleudern des Fahrzeugs als Folge einer ölverschmutzten Fahrbahn als Verwirklichung von außergewöhnlicher Betriebsgefahr iSd § 9 Abs 2 EKHG bewertet und es – entgegen dem Wortlaut des § 9 Abs 2 EKHG – genügen lässt, dass die außergewöhnliche Betriebsgefahr nicht durch das Verhalten eines Dritten oder eines Tieres, sondern – wie im vorliegenden Fall – durch höhere Gewalt ausgelöst wird.³¹⁾

Ergebnis: Richard kann den Vermögensschaden, der ihm durch die Zerstörung des Bücherschranks zugefügt worden ist, nicht auf Friedrich überwälzen. Die Haftung des Friedrich scheidet einerseits an mangelndem (Auswahl-)Verschulden, andererseits an § 4 EKHG. Friedrich ist auch dann nicht zum Ersatz des durch die Zerstörung des Bücherschranks eingetretenen Vermögensschadens verpflichtet, wenn angenommen wird, dass das Eigentum am Bücherschrank im Zeitpunkt der Schädigung als Folge der (auch sachenrechtlich) ex tunc wirkenden Anfechtung des Kaufvertrages (§ 871 Abs 1 Fall 1 ABGB) Anton zugeordnet war.

B. Sachverhaltsvariante

- 1) **Frage 2: Ändert sich aufgrund dieser Sachverhaltsvariante etwas an der Rechtsstellung des Richard?**

- a) **Richard gegen Sigi auf Zahlung von € 7.000,-**
AGL: § 19 Abs 1 EKHG, §§ 1295, 1332 ABGB

Sigi hat den Unfall durch Sekundenschlaf verursacht. Schon aus dem wichtigsten Baugesetz unseres Deliktsrechts, dem *neminem laedere*-Prinzip, kann man ableiten, dass ein Fahrzeug nur lenken darf, wer aufgrund seiner körperlichen und geistigen Verfassung in der Lage ist, das Fahrzeug zu beherrschen und die beim Lenken des Fahrzeuges zu beachtenden Rechtsvorschriften zu befolgen (§ 58 Abs 1 Satz 1 StVO). Sekundenschlaf ist beim gesunden Menschen immer die Folge von Übermüdung; das muss ein rechtstreuer Fahrzeuglenker wissen. Aus diesem Grund ist die Inbetriebnahme eines Kraftfahrzeugs in übermüdetem Zustand als Pflichtverletzung zu qualifizieren, die dem Lenker regelmäßig als Verschulden zugerechnet wird (§ 1297 Satz 2 ABGB).

29) *Apathy*, Komm EKHG (1992) § 9 Rz 4 mwN.

30) *Apathy*, Komm EKHG (1992) § 9 Rz 16 mwN.

31) Zur Diskussion *Edbacher*, Die „außergewöhnliche Betriebsgefahr“ im Spiegel von Lehre und Rechtsprechung, ZVR 1989, 193 ff; *Apathy*, Komm EKHG (1992) § 9 Rz 31 mwN.

Es stellt sich somit die Frage, ob Richard gegen Sigi einen Anspruch auf Geldersatz (§ 1323 ABGB) iHv € 7.000,- hat.

✍ Meine Notizen:

Auf der Grundlage der Saldotheorie ergibt sich folgendes Bild: Anton hat nach Wandlung bzw Anfechtung des Vertrages gegen Richard einen Anspruch auf Zahlung von € 7.000,- (Wertersatz) und Richard gegen Anton einen Anspruch auf Rückzahlung von € 10.000,-. Folgt man der Saldotheorie, ist es unproblematisch, dem Richard gegen den Sigi einen Anspruch auf Geldersatz iHv € 7.000,- zuzugestehen: Richard wurde Eigentümer des Bücherschranks (§ 429 ABGB), der von Sigi aufgrund von Fahrlässigkeit zerstört worden ist. Nach der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des zwischen Richard und Anton geschlossenen Vertrages hat Richard ein Vermögensminus iHv € 7.000,-. Dieses Vermögensminus wird durch den Schadenersatzanspruch, den Richard gegen Sigi hat, ausgeglichen. – Steht Richard gegen Anton ein Anspruch auf Zahlung von € 3.000,- (i.e. der Saldo zugunsten des Richard aus der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Kaufvertrages) und gegen Sigi ein Anspruch auf Zahlung von € 7.000,- zu, dann steht Richard vermögensmäßig genauso, wie er vor Abschluss des Geschäftes mit Anton gestanden ist.

Ficht Richard den Kaufvertrag über den Bücherschrank gem § 871 Abs 1 Fall 1 ABGB an, ist er in dem Zeitpunkt, in dem Sigi den Kaufgegenstand schuldhaft zerstört, zwar nicht mehr dessen Eigentümer (arg: die Vertragsanfechtung wirkt sachenrechtlich ex tunc). Indes kann es nicht überzeugen, Richard nur deshalb leer ausgehen zu lassen, weil er vom Vertrag nicht zurückgetreten ist (§ 932 Abs 4 ABGB), sondern ihn nach § 871 ABGB angefochten hat. – Zur Begründung dieses Ergebnisses s die ganz analogen Überlegungen im nächsten Absatz, die Geltung beanspruchen müssen, wenn die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung des Vertrages vor dem Hintergrund der Zweikonditionen-Theorie gelöst wird (Drittschadensproblematik).

Dass Richard gegen Sigi einen Anspruch auf Zahlung von € 7.000,- hat, lässt sich auf der Grundlage der Zweikonditionen-Theorie nicht gut begründen. Auf der Grundlage dieser Theorie hat Richard gegen Anton einen Anspruch auf Zahlung von € 10.000,-, Anton hingegen „geht bereicherungsrechtlich leer aus“. Ihm – und nicht Richard – wird ja nach der Zweikonditionen-Theorie bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des Kaufvertrages das Risiko des zufälligen Untergangs der Sache zugeordnet. Es entsteht folglich ein Drittschadensproblem: Anton ist bloß mittelbar Geschädigter, und der unmittelbar Geschädigte, Richard, ist bereits durch den bereicherungsrechtlichen Anspruch, der ihm gegenüber Anton zusteht, schad- und klaglos gestellt. Indes wäre es ganz und gar unverständlich, wenn man den Schädiger (in casu: Sigi) nur deshalb von seiner Pflicht, für die Folgen seines verbotenen Tuns einzustehen, befreite, weil das Risiko des Sachuntergangs im Verhältnis zwischen Anton und Richard ganz auf Anton überwältigt worden ist. Vor dem Hintergrund der Zweikonditionen-Theorie wird man deshalb nicht Richard, sondern Anton gegen Sigi einen Anspruch auf Geldersatz iHv von € 7.000,- zugestehen müssen. Wie man zu diesem Ergebnis auf dogmatisch sauberem Wege gelangt, ist freilich heftig umstritten.³²⁾ In Fällen wie dem vorliegenden überzeugt wohl am ehesten die Begründung, die der OGH in den sog Lohnfortzahlungsfällen zugrunde legt (Analogie zu § 1358 ABGB bzw § 67 VersVG).³³⁾

II. Fall 2

A. Frage 3: Carl will alles unternehmen, um als Vater des Emil rechtlich festgestellt zu werden. Was kann, was soll Carl unternehmen?

Franz hat die Vaterschaft zu Emil im Wissen anerkannt, Emil nicht gezeugt zu haben. Dieses Vaterschaftsanerkennnis ist laut Sachverhalt bestandsfest. (Arg: Das Vaterschaftsanerkennnis wird rechtswirksam, die Widerspruchsberechtigten [Mutter und Kind, § 146 Abs 1 ABGB] erheben keinen Widerspruch.)

Will Carl Emils rechtlicher Vater werden, muss er ein durchbrechendes („qualifiziertes“) Vaterschaftsanerkennnis (§ 147 Abs 2 ABGB) abgeben. Fürs erste ist allerdings zu fragen, ob Carl zur Abgabe eines Vaterschaftsanerkennnisses überhaupt legitimiert ist. § 148 Abs 4 Satz 1 ABGB ordnet ja an, dass ein „Dritter, dessen Samen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet wird, [...] nicht als Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes festgestellt werden“ kann. Indes ist Carl nicht „Dritter“ iSd § 148 Abs 4 ABGB, weil er seinen Samen Anna und Barbara – und nicht einer für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen zugelassenen Krankenanstalt – überlassen hat (§ 148 Abs 4 Satz 2 ABGB e contrario). Carl ist daher rechtlich so gestellt, als hätte er mit Anna (Emils leiblicher Mutter) Geschlechtsverkehr

32) Vgl nur *Welser/Zöchling-Jud* II¹⁴ Rz 1462 ff; *Apathy/Riedler* in *Apathy* (Hrsg), *Bürgerliches Recht* III⁵ Rz 13/29, jeweils mwN.

33) Siehe dazu OGH 24. 3. 1994, 2 Ob 21/94 SZ 67/52 = DRdA 1995, 44 (*Klein*) = AnwBl 1994, 905 (*Berger*).

📎 Meine Notizen: gehabt. Er hat das Recht, ein durchbrechendes („qualifiziertes“) Vaterschaftsanerkennnis abzugeben.

Ergebnis: Carl hat zwar mit Anna nicht geschlechtlich verkehrt, dessen ungeachtet ist er zur Abgabe eines Vaterschaftsanerkennnisses legitimiert (§ 148 Abs 4 Satz 2 ABGB e contrario).

B. Frage 4: Wie schätzen Sie die Chancen Carls ein, als Vater des Emil rechtlich festgestellt zu werden?

Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit des durchbrechenden („qualifizierten“) Vaterschaftsanerkennnisses ist ua, dass die Mutter des noch nicht eigenberechtigten Kindes den Anerkennenden in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde als Vater bezeichnet (§ 147 Abs 2 Satz 2 ABGB). Aufgrund des vorliegenden Sachverhalts wird es Anna wohl mit großer Wahrscheinlichkeit unterlassen, Carl in der genannten Form als Vater zu bezeichnen. Carls Chancen, Franz als Vater zu verdrängen, stehen daher sehr schlecht, so lange Emil minderjährig ist. Nach Eintritt der Volljährigkeit hat es Emil in der Hand, den „Vätertausch“ zu realisieren: Gibt Carl nach Eintritt der Volljährigkeit seines leiblichen Sohnes ein durchbrechendes („qualifiziertes“) Vaterschaftsanerkennnis ab, dem Emil in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde zustimmt, wird Franz von Carl als Vater verdrängt.

Ergebnis: Die Chancen des Carl, Emils Vater zu werden, stehen schlecht, weil Anna qua § 147 Abs 2 Satz 2 ABGB das Recht hat, Carls Vaterschaftsanerkennnis zu vereiteln. Ist Emil einmal volljährig geworden, hängt es allein von ihm ab, ob ein „Vätertausch“ zustande kommt.

Anmerkung zu Frage 3 und 4: Gem § 150 ABGB hat Emil das Recht, bei Gericht die Feststellung zu begehren, dass nicht Franz, sondern Carl sein leiblicher Vater ist. Käme es zu einem entsprechenden Verfahren, hätte der stattgebende Beschluss die Wirkung eines „Vätertauschs“: Carl träte mit Rechtskraft des Beschlusses an Franz' Stelle. Indes wird ein Verfahren nach § 150 ABGB im vorliegenden Fall wohl schon deshalb nicht vom Zaun gebrochen werden, weil der minderjährige Emil vorerst von seiner Mutter (Anna) vertreten wird (§ 177 Abs 2 Satz 1 ABGB), die laut Sachverhalt nichts mit Carl zu tun haben will. Sie wird daher auch nicht bereit sein, namens ihres Kindes einen Antrag nach § 150 ABGB zu stellen.

C. Frage 5: Welche Rechte stehen Carl gegenüber Emil jedenfalls zu?

Gem § 188 Abs 2 ABGB idF des Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetzes 2013³⁴⁾ kann das Gericht auf Antrag verschiedenster Personen einem Dritten, der „zu [einem minderjährigen] Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist“, das Recht auf persönliche Kontakte einräumen, wenn solche Kontakte „dem Wohl des Kindes dienen“. Nach einem Urteil des EGMR vom 21. 12. 2010³⁵⁾ verstößt es gegen Art 8 EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben), wenn nicht geprüft werden kann, ob ein Kontakt zwischen dem Kind und seinem leiblichen (aber nicht rechtlichen) Vater dem Kindeswohl entspricht.³⁶⁾ Im Hinblick auf dieses Urteil ist auch ein (nicht anonymer) Samenspender, dessen Vaterschaft nicht festgestellt ist, „Dritter“ iS des § 188 Abs 2 ABGB und hat folglich die in dieser Bestimmung erwähnten „Restrechte“.³⁷⁾ Somit kann Carl, der „nur“ biologischer, nicht aber Vater im abstammungsrechtlichen Sinne ist, bei Gericht beantragen, es mögen ihm Kontaktrechte zum minderjährigen Emil eingeräumt werden. Wenn der Richter zu dem Schluss kommt, dass ein persönlicher Kontakt zwischen Emil und Carl Emils Wohl dient, wird er dem Antrag des Carl stattgeben.

Ergebnis: Carl ist antragsberechtigt nach § 188 Abs 2 ABGB und kann daher vom Außerstreitgericht das Recht zugesprochen bekommen, in regelmäßigen persönlichen Kontakt mit seinem leiblichen Sohn, Emil, zu treten.

34) BGBl I 2013/15, in Kraft getreten am 1. 2. 2013, § 1503 Abs 1 Z 1 ABGB.

35) *Anayo gegen Deutschland*, Appl 20.578/07, EF-Z 2011, 57 (*Nademleinsky*); bestätigt durch die E des EGMR v 15. 9. 2011 in der Rs *Schneider gegen Deutschland*, Appl 17.080/07, iFamZ 2012, 62; dazu *Ferrari*, EGMR fordert Besuchs- und Informationsrecht des biologischen Vaters, iFamZ 2012, 60.

36) Ausdrücklich Bezug nehmend auf *Anayo gegen Deutschland* die ErläutRV KindNamRÄG 2013, 2004 BlgNR 24. GP 29.

37) *Ferrari*, Künstliche Fortpflanzung im österreichischen Recht, in *Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg), Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht (2015) 181 (192 f); *Erlebach*, Rechte des Kindes nach Samen- und Eispende, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 243 (256 f).

Aktualisierungen

 Meine Notizen:

Zu I.: Seit Inkrafttreten des Gewährleistungsrichtlinien-Umsetzungsgesetzes (GRUG; mit 1. 1. 2022) heißt der sekundäre Gewährleistungsbehelf, mit dem der Gewährleistungsberechtigte sich vom gesamten Vertrag löst, nicht mehr „Wandlung“, sondern **„Auflösung des Vertrags“** (s § 932 ABGB).

Das Recht, den Vertrag über den Bücherschrank gem § 932 Abs 4 ABGB **aufzulösen**, muss Richard nach neuer Rechtslage nicht mehr gerichtlich geltend machen (vgl §§ 932 Abs 1, 933 Abs 1 ABGB idF GRUG); vielmehr genügt eine **formfreie außergerichtliche Erklärung**.¹⁾

Er hat dafür außerdem länger Zeit: Zwar beginnt die zweijährige *Gewährleistungsfrist* weiterhin mit dem Gefahrenübergang zu laufen (im SV war dies am 25. 9. 2015). Nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, innerhalb der der Mangel gem § 933 Abs 1 ABGB *hervorgekommen* sein muss, steht R seit 1. 1. 2022 gem § 933 Abs 3 ABGB *darán anschließend* noch die *dreimonatige Verjährungsfrist* offen, um seine Gewährleistungsrechte (hier den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für den Schrank gem § 1435 ABGB nach Auflösung des Vertrags) geltend zu machen. Das GRUG brachte nämlich für Sachmängel – nicht nur im VGG-, sondern auch im ABGB-Gewährleistungsrecht – eine **klare Trennung von Gewährleistungsfristen** (innerhalb derer der Mangel hervorgekommen muss) und **Verjährungsfristen** (innerhalb derer er notfalls gerichtlich geltend gemacht werden muss).

Aufgrund des neuen § 933 Abs 1 ABGB ist mE **auch die Vertragsanfechtung nach § 871 ABGB** künftig formfrei möglich, da das Erfordernis deren gerichtlicher Geltendmachung bisher mit einer Analogie zu § 933 Abs 1 ABGB (aF) begründet wurde. (An den *Wirkungen* der gewährleistungsrechtlichen Vertragsauflösung – wie ein Rücktritt nur schuldrechtlich ex tunc – und der irrtumsrechtlichen Anfechtung – auch sachenrechtlich ex tunc – hat das GRUG nichts geändert!)

1) Der Gesetzgeber des GRUG verzichtete bewusst auf eine ausdrückliche Bestimmung im ABGB über die Formfreiheit der Preisminderungs- bzw der Auflösungserklärung, vergleichbar mit den Bestimmungen in § 14 Abs 1 und § 15 Abs 1 VGG. Er ging vielmehr davon aus, dass die Neuformulierung des § 932 Abs 1, der Entfall des Erfordernisses gerichtlicher Geltendmachung in § 933 Abs 1 und das allgemeine Prinzip der Formfreiheit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen im allgemeinen Zivilrecht bereits Klarheit über die Formfreiheit gebracht hätten (Erläut RV 949 BlgNR 27. GP 40).

Meine Notizen: Prüfer: Andreas Riedler

Fachprüfung aus Privatrecht I

Linz, 2. 10. 2015

Schwerpunkte: Haustürgeschäft; AGB; Stellvertretung; Wurzelmängel; Eigentumherausgabeklage; Bedingung

SACHVERHALT

Der Katzenliebhaber **K** ist auf der Suche nach Biokatzenfutter und bittet daher seine Bekannte **B**, von der er weiß, dass sie für das Unternehmen **CatCare** derartige Artikel vertreibt, in seiner Wohnung eine „Verkaufsparty“ für Biokatzenfutter abzuhalten. **K** bestellt auf der Party am 11. 9. 2015 mittels Bestellformular einen Sack Biotrockenfutter um € 21,50 und den ganz neu im Sortiment erschienenen Fußabstreifer mit Katzenmotiv um € 27,-. Auf dem Formular von **CatCare** finden sich nur das Bestellraster samt Unterschriftenzeile, die pauschale Rücktrittsbelehrung „Rücktritt nur binnen einer Woche möglich“ und sonstige gesetzlich notwendige Angaben. In den über www.catcare.at bis Ende August 2015 abrufbaren AGB fand sich angeführt: „10. Von im Rahmen von Verkaufspartys abgeschlossenen Verträgen kann nur schriftlich zurückgetreten werden.“ Seit 1. 9. 2015 ist die Website offline. Nach Einlangen der unterfertigten Bestellung wird die Ware samt Durchschlag des Bestellformulars am 16. 9. 2015 geliefert, von **K** aber noch am selben Tag kommentarlos zurückgeschickt.

Da **K** einen Kratzbaum benötigt, bevollmächtigt er seinen 14-jährigen Enkel **E** mit dem Ankauf zum Preis von max € 70,-. **E** wird auf das Privatinserat des **V** auf „mag-haben.at“ aufmerksam: „Verkaufe Kratzbaum € 80,-. Vertrag laut Inserat.“ Als **E** bei **V** anruft, meldet sich dessen Gattin **G**, die von **V** zum Abschluss des Vertrags laut Inserat bevollmächtigt wurde. Obwohl **G** nichts von der Art der Faser weiß, sichert sie **E** auf dessen Nachfrage im Namen des **V** zu, dass die Kratzstämme mit Natursisalfasern umwickelt seien und er ihn um € 70,- haben könne. Tatsächlich handelt es sich um Kratzstämme mit Kunstsisalfasern, wodurch der objektive Wert nur € 35,- beträgt. **E** willigt in den Kauf ein. **G** berichtet **V** vom Verkauf um € 70,-, woraufhin **V** den Kratzbaum zu **E** bringt. Als **E** erkennt, dass die Kratzstämme mit Kunstsisalfasern umwickelt sind, verweigert er die Übernahme, da er nur einen Kratzbaum mit Naturfasern erwerben sollte. **V** will seine € 70,-. **E** verweist auf **K**.

Bevor **E** mit seinen Eltern in den Urlaub fährt, gibt er seine Bengalkatze bei **K** in Verwahrung. Der mit **K** im gemeinsamen Haushalt lebenden Lebensgefährtin **L** geht diese Katzenliebe zu weit. **L** verkauft daher die aufgrund ihres Leopardenmusters wertvolle Bengalkatze des **E** an ihre ältere Schwester **S** – dies allerdings unter der Abrede, dass **S** ihrer jüngeren Schwester **X** deren Drogenabhängigkeit niemals verzeihen dürfe. **L** übergibt die Katze an den Tierspediteur **T**, der diese bei **S** abliefern.

Wie ist die Rechtslage?

Schadenersatzrechtliche Ansprüche sind nicht zu prüfen.

MUSTERLÖSUNG

Von Petra Schindler und Petra Hochreiter

I. Anspruch des Unternehmens CatCare gegen K auf Zahlung von € 48,50 gem § 1062 ABGB

Voraussetzung für diesen Anspruch ist ein gültiger Kaufvertrag zwischen CatCare und K, der als Konsensualvertrag gem § 1054 iVm §§ 861 ff ABGB durch überein-

Univ.-Prof. Mag. Dr. Andreas Riedler ist Universitätsprofessor für Zivilrecht am Institut für Multimediale Linzer Rechtsstudien und am Institut für Zivilrecht sowie Vorstand des Instituts für Multimediale Linzer Rechtsstudien der Johannes Kepler Universität Linz.

Univ.-Ass. Mag. Petra Schindler und Univ.-Ass. Mag. Petra Hochreiter sind wissenschaftliche Mitarbeiterinnen bei Univ.-Prof. Mag. Dr. Andreas Riedler am Institut für Multimediale Linzer Rechtsstudien.