

Anwaltliche Rechtspraxis

Fragen Antworten

Texte Erklärungen

Vorbemerkung

In der täglichen Rechtspraxis begegnet man bisweilen Fragestellungen, die in dieser Form in der juristischen Fachliteratur nicht anzutreffen sind.

Außerdem entspricht es der anwaltlichen Praxis, dass man sich besondere Erklärungsmuster aneignet, um schwierige rechtliche Zusammenhänge verständlich darzustellen.

Ich bin mittlerweile seit 20 Jahren im anwaltlichen Berufsfeld tätig, seit 1999 als selbständiger Rechtsanwalt. Aus diesem Grund habe ich mir erlaubt, einige der häufig gestellten Fragen sowie die dazu von mir routinemäßig gebrauchte Erklärung und Beantwortung im vorliegenden Überblick zusammenzufassen.

Ich hoffe, dass sich für den einen oder anderen Leser so manche interessante Fragestellung bzw. Erläuterung findet.

Um aufzuzeigen, dass die bisweilen recht narrativen Formulierungen durchaus in entsprechendem Kontext zur Gesetzeslage, Rechtsprechung und Literatur stehen, wurden von meiner Mitarbeiterin Dr. Heidemarie Kleinbauer entsprechende Fußnoten mit Verweis- und Belegstellen eingefügt.

Linz, Herbst 2015

Dr. Christoph Arbeithuber, P.L.L.M

Themen und Inhalt

| | |
|---|--------------|
| Liegenschaftserwerb..... | Seite |
| <i>Vorsicht beim Liegenschafts Kauf!</i> | 10 |
| Brauche ich einen Immobilienmakler? | 10 |
| <i>Ein Immobilienmakler kann nützlicher Dienstleister sein. Aber man sollte sich vor schwarzen Schafen hüten!</i> | 10 |
| <i>Augen auf - Kauf ist Kauf!</i> | 10 |
| Brauche ich ein schriftliches Angebot? | 11 |
| Brauche ich einen Vorvertrag? | 11 |
| Ab wann gilt der Vertrag? | 11 |
| <i>Entscheidend ist nicht die Bezeichnung!</i> | 11 |
| <i>Der Liegenschaftsvertrag kann individuell gestaltet werden!</i> | 12 |
| <i>Vorsicht beim Rückgriff auf im Internet gefundene Vorlagen!</i> | 14 |
| Was sollte man beim Liegenschafts Kauf jedenfalls beachten? | 15 |
| <i>Wichtig ist nicht auch der rechtliche Objektszustand!</i> | 15 |
| Wie sieht es mit dem rechtlichen Zustand der Kaufsache aus? | 15 |
| Sind Belastungen vorhanden? | 15 |
| Ist das Eigentum der Verkäuferseite überhaupt gegeben? | 15 |
| Gibt es auch zum Kaufpreis etwas zu sagen? | 16 |
| Wann und wie erhalte ich die Liegenschaft? | 17 |
| Wann wird übergeben und wie wird übergeben? | 17 |
| <i>Wenn Sie bestimmte Vereinbarungsinhalte haben wollen, sagen Sie das und verschriftlichen Sie das auch!</i> | 17 |
| Gibt es Gewährleistung beim Grundstücks Kauf? | 17 |
| Gibt es sonstige Vorschriften? | 18 |
| <i>Bauordnungs- und Grundverkehrsrecht.</i> | 18 |
| <i>Wohnbauförderungsvorschriften.</i> | 18 |
| <i>Steuern und Gebühren.</i> | 19 |
| <i>Entscheidend ist das, was die Parteien wirklich wollen!</i> | 19 |
| Machen wir etwas schwarz? | 20 |
| <i>Dazu gilt: Finger weg!</i> | 20 |
| <i>Generell gilt: Keine Abenteuer!</i> | 21 |

| | |
|--|-------|
| Treuhandenschaft | Seite |
| Wie stelle ich sicher, dass ich zum Kaufpreis komme? | 22 |
| Wie stelle ich sicher, dass ins Grundbuch komme? | 22 |
| Treuhandenschaft beim Immobilienkauf. Worum geht es dabei? | 22 |
| <i>Der Verkäufer möchte möglichst sofort das Geld haben!</i> | 23 |
| <i>Der Käufer möchte zahlen, wenn er im Grundbuch ist!</i> | 24 |
| <i>Lösung: Treuhandenschaft.</i> | 24 |
| <i>Abwicklung der Treuhandenschaft.</i> | 25 |
| | |
| Lebensgemeinschaft und Ehe | Seite |
| Was ist was? | |
| Inhalt, Beendigung und Folgen | 27 |
| | |
| Zur Lebensgemeinschaft | Seite |
| Was ist eine Lebensgemeinschaft? | 28 |
| Ist die Lebensgemeinschaft ein Vertrag? | 29 |
| Welche Folgen hat die Lebensgemeinschaft? | 29 |
| <i>Regelungen in Einzelbestimmungen und Sondernormen.</i> | 29 |
| | |
| Zur Ehe | Seite |
| Was versteht man unter einer Ehe? | 31 |
| <i>Ehevertrag.</i> | 31 |
| <i>Besondere Verbundenheit der Ehegatten.</i> | 31 |
| <i>Ehevertrag und besondere Pflichten.</i> | 31 |
| <i>Kinder und besondere Verbundenheit.</i> | 32 |
| <i>Besondere wirtschaftliche Verbundenheit.</i> | 32 |
| Worum geht es bei der Scheidung? | 32 |
| <i>Auflösung der besonderen Verbundenheiten.</i> | 32 |
| <i>Beendigung des Ehevertrages.</i> | 32 |
| <i>Weitere Scheidungsfolgen. Überblick.</i> | 33 |
| Häufige Fragen und Antworten im Überblick. | 34 |
| Wir „leben doch in Scheidung“? | 35 |

| | |
|---|----|
| Muss ich mich einvernehmlich scheiden lassen? | 37 |
| Was ist eine streitige Scheidung? | 37 |
| Ist es nicht so, dass eine einvernehmliche Scheidung immer die günstigste und beste Variante darstellt? | 37 |
| Alle sagen, die einvernehmliche Scheidung ist das Beste? | 37 |
| Ich will nicht klagen! | 38 |
| Ich möchte lieber die einvernehmliche Scheidung? | 38 |
| Kann ich also eine Scheidungsklage in eine einvernehmliche Scheidung ändern? | 38 |
| Welche Steuern und Gebühren folgen auf eine Scheidung? | 39 |
| Wie bewirke ich nun die Scheidung? | 39 |
| Unter welchen Voraussetzungen kann ich mich scheiden lassen? | 40 |
| <i>Scheidungsgründe.</i> | 40 |
| Welche Scheidungsgründe gibt es? | 40 |
| <i>Gesetzlicher Katalog von Scheidungsgründen.</i> | 40 |
| Wie erfolgt die Scheidung wegen Verschuldens? | 41 |
| <i>Verschuldensscheidung.</i> | 41 |
| <i>Verschuldensscheidung. Klage.</i> | 42 |
| <i>Verschuldensscheidung. Verfahren.</i> | 42 |
| <i>Verschuldensscheidung. Urteil.</i> | 42 |
| <i>Verschuldensscheidung. Ehebeendigung.</i> | 42 |
| <i>Verschuldensausspruch. Bedeutung.</i> | 42 |
| Wie erfolgt die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft? | 43 |
| <i>Heimtrennungsklage.</i> | 43 |
| <i>Besonderer Verschuldensausspruch.</i> | 43 |
| <i>Sonstige Scheidungsgründe.</i> | 43 |
| Was ist nach dem Scheidungsurteil wegen Verschuldens oder Auflösung der häuslichen Gemeinschaft zu regeln? | 44 |
| <i>Sonstiger / weiterer Regelungsbedarf.</i> | 44 |
| Wie decke ich meine laufenden Kosten? | 44 |
| <i>Ehegattenunterhalt bei Verschuldensscheidung.</i> | 44 |
| Wie berechnet sich der Ehegattenunterhalt bei alleinigem oder überwiegendem Verschulden? | 45 |
| Gibt es Ehegattenunterhalt bei gleichzeitigem Verschulden? | 45 |
| Wann gebührt ein verschuldensunabhängiger Unterhalt? | 45 |

| | |
|---|----|
| Gibt es eine Besonderheit beim Unterhalt nach Scheidung | |
| wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft? | 46 |
| <i>„Durchhalteprämie“.</i> | 46 |
| Gibt es Regelungsbedarf in Hinblick auf die Kinder? | 47 |
| <i>Kindesunterhalt,</i> | |
| <i>Obsorge und Kontaktrecht.</i> | 47 |
| Wer kommt für den Unterhalt der Kinder auf? | 47 |
| Wer betreut die Kinder? Obsorge und Kontaktrecht. | 48 |
| <i>Obsorge.</i> | 48 |
| <i>Kontaktrecht.</i> | 48 |
| Was unterliegt der Aufteilung? | 49 |
| <i>Gebrauchsvermögen und Ersparnisse.</i> | 49 |
| Was unterliegt nicht der Aufteilung? | 49 |
| Wonach richtet sich die Aufteilung? | 49 |
| Was passiert mit etwaigen Schulden? | 49 |
| Welche weiteren Scheidungsfolgen sind wesentlich? | 49 |
| Wie erfolgt die Scheidung im Einvernehmen? | 50 |
| Checkliste Scheidung | 52 |

| | |
|--|-------|
| Erbrecht | Seite |
| Häufige Fragen: | 54 |
| Worum handelt es sich beim „Pflichtteil“? | 54 |
| Wann ist er zu leisten? | 54 |
| Wie hoch ist dieser? | 54 |
| Kann man darüber zu Lebzeiten eine Klärung herbeiführen? | 54 |
| Kann man das gesetzliche Erbrecht abändern? | 55 |
| Was versteht man unter dem Pflichtteil? | 55 |
| <i>Erbrechtlicher Mindestanspruch.</i> | 55 |
| Wie berechnet man den Pflichtteil? Wie hoch ist dieser? | 57 |
| Kann man den Pflichtteil durch Schenkungen umgehen? | 58 |
| Und wenn der Pflichtteilsberechtigte schon etwas erhalten hat? | 59 |
| Kann man den Pflichtteil zu Lebzeiten vertraglich regeln? | 59 |
| <i>Pflichtteilsverzichtsvertrag.</i> | 59 |
| Gibt es die Möglichkeit, den Pflichtteil zu mindern? | 60 |

| Schadenersatz | Seite |
|---|-------|
| Einfach Pech gehabt - oder zumindest anspruchsberechtigt? | 61 |
| Was ist überhaupt ein ersatzfähiger Schaden im Rechtssinn? | 61 |
| Was wäre zum Beispiel kein ersatzfähiger Schaden? | 61 |
| <i>Nicht alles, was als Nachteil verstanden bzw. empfunden wird, ist rechtlich betrachtet ein ersatzfähiger Schaden.</i> | 62 |
| Was ist ein mittelbarer Schaden? | 63 |
| <i>Mittelbarer Schaden. Begriff.</i> | 63 |
| <i>Bsp: Gesellschafter als mittelbar Geschädigte.</i> | 63 |
| Wie hoch ist mein Schaden? | 64 |
| Vom ersatzfähigen Schaden zum Schadenersatzanspruch. | 66 |
| <i>Verschuldenshaftung.</i> | 67 |
| <i>Gefährdungshaftung.</i> | 67 |
| <i>Zusammenfassender Grundsatz.</i> | 67 |
| <i>Erfolgshaftung.</i> | 68 |
| <i>Auch im Medizinrecht: Keine Erfolgshaftung!</i> | 68 |
| Welche Arten von Schäden gibt es? | 69 |
| Gibt es Schadenersatz in der Medizin? | 69 |
| <i>Haftungsfälle im Medizinrecht.</i> | 70 |
| <i>Nicht lege artis ausgeführter Behandlungsvorgang.</i> | 70 |
| <i>Fehlen der rechtsgültigen Einwilligung eines Patienten.</i> | 70 |
| <i>Richtig besehen schafft das ärztliche Informations-gespräch dem Arzt einen besonderen Freiraum, nämlich den Freiraum, die Entscheidung über das Vorgehen und die Verantwortung für diese Entscheidung an den Patienten zu reichen!</i> | 71 |
| Was bedeutet Schadensverursachung oder Kausalität? | 72 |
| <i>Kausalität und Schadensverursachung.</i> | 72 |
| Wird immer gehaftet, wenn schuldhaft und vorschriftswidrig gehandelt und ein Schaden verursacht wurde? | 74 |
| <i>Rechtmäßiges Alternativverhalten.</i> | 74 |
| <i>Fehlender Rechtswidrigkeitszusammenhang.</i> | 75 |
| <i>Nicht ersatzfähiger oder mittelbarer Schaden.</i> | 75 |
| Worum geht es in einem gerichtlichen Verfahren und wie läuft dieses gerichtliche Verfahren ab? | 76 |

| | |
|---|----|
| Was ist zu beweisen? | 76 |
| Welche Beweismittel gibt es? | 76 |
| <i>Das Verfahren schafft die Entscheidungsbasis für das Gericht.</i> | 76 |
| <i>Zunächst geht es im Verfahren darum zu rekonstruieren,</i> | |
| <i>was sich bei dem Ereignis, das Anlass des Streits ist, zugetragen hat.</i> | 76 |
| <i>Rechtliche Wertung des rekonstruierten Geschehens.</i> | 77 |
| Wann erhalte ich Geld? Wie lange dauert das? | 77 |
| Wer ersetzt mir den Schaden, dass ich auf Ersatz warten muss? | 78 |
| Welche Versicherung ist bei Schadenersatzansprüchen zuständig? | 79 |
| <i>Rechtsschutzversicherung.</i> | 79 |
| <i>Haftpflichtversicherung.</i> | 80 |
| <i>Unfall-/Kaskoversicherung.</i> | 80 |
| <i>Sachversicherungen.</i> | 81 |
| <i>Zahlungen und Folgen im Schadensfall.</i> | 81 |
| Was bewirkt eine Kaskozahlung für den Geschädigten? | 82 |
| Was ist mit dem Selbstbehalt? | 82 |
| Was ist bei einem Mitverschulden bzw. einer Haftungsteilung? | 83 |
| <i>Anspruchskürzung.</i> | 83 |
| <i>Quotenvorrecht.</i> | 83 |
| Wozu habe ich eine Unfallversicherung? | 83 |
| <i>Personenschaden und Ansprüche aus Versicherungsvertrag.</i> | 83 |
| Beim Schadenersatzanspruch gegenüber dem Schädiger: | |
| Wie wird das Schmerzengeld bemessen? | 85 |
| <i>Schmerzen und Schmerzperioden.</i> | 85 |
| Mir kommen die medizinischen Werte so gering vor? | 86 |
| <i>Richtiges Verständnis des Gutachtens ist wichtig!</i> | 86 |
| <i>Zu beachten (1): Nur drei Schmerzkategorien!</i> | 86 |
| <i>Zu beachten (2): Geraffte Schmerzzeiträume!</i> | 87 |
| <i>„Abrechnung“ nach Tages-Einheiten!</i> | 87 |
| <i>Entpacken wie die ZIP-Datei.</i> | 88 |
| Was ist mit meinen vielen Behandlungsaufwendungen? | 89 |
| <i>Kausaler Behandlungsaufwand ist zu ersetzen.</i> | 89 |
| <i>Der Weg zum ersatzfähigen Heilungsaufwand.</i> | 90 |

| | |
|--|----|
| Mein Arzt hat mir die Behandlung verschrieben – jetzt wird sie nicht übernommen? Wie gibt es das? | 92 |
| <i>Der Arzt behandelt. Er nimmt keine Ersatzbeurteilung vor!</i> | 92 |
| Soll ich zum Arzt gehen? | 92 |
| Wie oft muss ich zum Arzt gehen? | 92 |
| <i>Die Beschwerden und der Arzt entscheiden!</i> | 92 |
| <i>Adäquate Behandlung ist sinnvoll.</i> | 93 |
| <i>Gleichzeitig erfolgt dabei Dokumentation.</i> | 93 |
| <i>Kein Taktieren im Bereich der Behandlung!</i> | 94 |
| <i>Grundsätzlich sind Verletzungen zu behandeln.</i> | 94 |
| <i>Leiden vortäuschen schafft Qualen!</i> | 95 |
| Ich habe durch den Unfall vermehrte Bedürfnisse – sind diese zu ersetzen? | 95 |
| <i>Haushaltshilfe und Pflegeaufwand.</i> | 95 |
| Wegen des Unfalls konnte ich eine Reise nicht antreten? | 96 |
| Bekomme ich den Schaden mit oder ohne Umsatzsteuer (brutto oder netto)? | 97 |
| Totalschaden und Leasingnehmer? | 98 |
| <i>Trennung von Leasingvertrag (Leasingkonto) und Schadenersatz.</i> | 98 |
| Schlussbemerkung | 99 |

Liegenschaftserwerb

Aufgrund der gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere am Kapitalmarkt, besteht nach wie vor rege Aktivität am Immobilienmarkt. Es gilt:

Vorsicht beim Liegenschafts Kauf!

Brauche ich einen Immobilienmakler?

Im Liegenschaftsgeschäft sind vor allem auch die Immobilienmakler hochaktiv. Ich habe zu dieser Branche ein sehr gespaltenes Verhältnis: Zum einen gibt es hervorragende Dienstleister, insbesondere im Gefolge verschiedener Banken; zum anderen schlägt das Pendel extrem weit in die Gegenrichtung aus und es entspricht meiner langjährigen Beobachtung, dass gerade in dieser Branche häufig mit unzureichender Beratung, bisweilen schlicht falscher Auskunft, unseriös gearbeitet wird.¹

Ein Immobilienmakler kann nützlicher Dienstleister sein. Aber man sollte sich vor schwarzen Schafen hüten!

Notwendig ist die Beiziehung eines Immobilienmaklers jedenfalls nicht. Gerade die Vertragsgestaltung sollte man nicht den Immobilienmaklern überlassen. Im Gegenteil: Oft erfolgt der Kontakt zum Anwalt oder Notar viel zu spät! Man kann es in dem Zusammenhang nicht oft genug wiederholen und betonen:

Augen auf - Kauf ist Kauf!

¹ Um die seriös und kompetent arbeitenden Immobilienmakler vor unredlichen Marktteilnehmern zu schützen, wurden vom Fachverbandsausschuss des Fachverbandes der Immobilien- und Vermögenstreuhänder am 13.6.2012 „Besondere Standesregeln für Immobilienmakler“ beschlossen und vom erweiterten Präsidium der Wirtschaftskammer Österreich am 27.6.2012 genehmigt. In Kraft traten die Standesregeln am 1.10.2012. Grundlagen für die Verhaltensregeln der Immobilienmakler stellen das Maklergesetz und die Immobilienmaklerverordnung 1996 dar.

Brauche ich ein schriftliches Angebot?**Brauche ich einen Vorvertrag?****Ab wann gilt der Vertrag?**

Bereits dann, wenn sich Verkäufer und Käufer nur über die Grunderfordernisse des Kaufes einigen - dies sind im wesentlichen nur Kaufobjekt und Kaufpreis -, kommt ein rechtsgültiger Kaufvertrag zustande, unabhängig davon, ob und gegebenenfalls unter welcher Bezeichnung man die Einigung schriftlich dokumentiert.²

Gerade Immobilienmakler drängen häufig auf ein schriftliches Ergebnis (Provision!), ohne die Parteien hinreichend und richtig darüber aufzuklären,³ dass ein oft nur auf einem besseren Schmierzettel festgehaltenes Ergebnis schon ein rechtlich verbindlicher Kaufvertrag ist.

Entscheidend ist nicht die Bezeichnung!

Häufig tragen die von Maklern verwendeten Formulare die Bezeichnung „Vorvertrag“, „Kaufanbot“ oder dergleichen.

² S. dazu etwa jüngst OGH 2.10.2014, 2 Ob 210/13s mwN, wo es heißt: „Auch beim Liegenschafts Kauf ist der Kaufvertrag grundsätzlich schon dann perfekt, also für beide Vertragsteile voll verbindlich, wenn über den Kaufgegenstand und den Kaufpreis Einigung besteht. ... Ist doch nach ständiger Rechtsprechung bei Konsensualverträgen, so auch beim Liegenschafts Kauf, im Zweifel nicht anzunehmen, die Parteien hätten lediglich einen Vorvertrag iSd § 936 ABGB geschlossen und damit den umständlicheren Weg des neuerlichen Vertragsschlusses gewählt (2 Ob 33/05z; 3 Ob 58/10s; RIS-Justiz RS0017974). Dem steht die Bezeichnung der schriftlichen Zusammenfassung des mündlich Vereinbarten als „Vorkaufsvertrag“ ebensowenig entgegen, wie der Umstand, dass ein – für die Verbücherung notwendiger – „notarischer Kaufvertrag“ in Aussicht genommen wurde (vgl. 3 Ob 58/10s mwN).“

³ Zur Haftung für die Folgen fehlerhafter oder unterlassener Beratung s. zB OGH 27.11.1985, 1 Ob 609/85, bzw. zur Pflichtverletzung des Immobilienmaklers, wenn er den Auftraggeber nicht aufklärt oder wenn seine Angaben nicht richtig oder aufgrund ihrer Unvollständigkeit mißverständlich sind OGH 22.6.2011, 2 Ob 176/10m; 12.6.2001, 4 Ob 135/01h.

Beim Vertrag verhält es sich aber nicht anders als beim Marmeladeglas: Entscheidend ist nicht, was man drauf schreibt, sondern was drinnen ist. Auch wenn Sie auf ein Glas Erdbeermarmelade Marille schreiben, ist und bleibt es Erdbeermarmelade.

Beim Vertrag ist es nicht anders. Auch wenn Sie als Käufer die Urkunde „Kaufanbot“ nennen und der Verkäufer dazu sein Einverständnis bekundet, ist das bereits ein Kaufvertrag. Und auch der unscheinbar so genannte Vorvertrag, der in der Regel alle wesentlichen Vertragsinhalte umfasst, ist nichts anderes als ein rechtlich verbindlicher Kaufvertrag.

Der Liegenschaftsvertrag kann individuell gestaltet werden! Wie beim Autokauf sind die Inhalte verhandelbar!

Und in dem Zusammenhang mache ich eine weitere, interessante Beobachtung: Während Parteien bei einem vergleichsweise unkomplizierten Gebrauchtwagenkauf alle auch nur entfernt denkbaren Zusatzformulierungen schriftlich festhalten und die jeweiligen Vertragsinhalte bis ins kleinste Detail, bis zu den Fußmatten auf der Beifahrerseite, exakt festlegen, selbst wenn es nur um verhältnismäßig geringe Kaufbeträge geht, so findet dies beim Liegenschafts Kauf nicht statt. Hier wird geredet und „mündlich dazu ausgemacht“. Oder nur dazu gedacht. Oder gar nichts gesagt oder gedacht.

Warum ist das so?

Meine einzige Erklärung dafür ist, dass den Parteien – anders als etwa beim Autokauf – die Komplexität der Zusammenhänge zu wenig klar ist, sodass sie schlicht und einfach aus Angst, etwas Falsches zu schreiben, aus bloßer Vorsicht oder aus Unwissenheit heraus davon Abstand nehmen, dass sie dasjenige, was sie wirklich wollen, einfach ausformulieren. Anders als beim

Autokauf werden die Parteien freilich vielfach nicht in der Lage sein, die rechtlichen Zusammenhänge so gut zu durchschauen, dass ihnen eine Ausformulierung ohne weiteres möglich ist.⁴ Daher passiert das nicht.

Und so kommt es immer wieder dazu, dass zwar bindende Verträge vorliegen – die oft anders genannt sind -, den Parteien aber gar nicht bewusst ist, dass sie eigentlich ein fixes Immobiliengeschäft in der Tasche haben.⁵ Weil ihnen das aber oft nicht bewusst ist, passiert dies in einer solchen Form, dass ihnen Wichtiges gleich gar nicht niedergeschrieben und geregelt wird (im Glauben, dass „man sich das dann ja eh beim richtigen Vertrag ausmacht“), oder zu einer solchen Zeit, zu der noch nicht einmal ansatzweise die Finanzierung näher durchdacht, geschweige denn sicher gestellt ist.

Die Meinung, dass erst der anwaltlich oder notariell aufbereitete Vertrag gilt, ist ein Irrglaube, der oft fatale Folgen nach sich zieht. Natürlich kann es sein, dass man im Nachhinein, also auch dann, wenn nur ein rudimentäres und auf die wesentlichsten Eckdaten beschränktes Dokument vorliegt, trotzdem im guten Einvernehmen noch wichtige zusätzliche Aspekte im Rahmen der professionellen Vertragsverfassung klären und konfliktfrei ausformulieren kann. Dann hat man nicht Recht, sondern einfach nur Glück gehabt.

⁴ S. allerdings zu dem den Immobilienmakler auch diesbezüglich treffenden Sorgfaltsmaßstab die Bestimmungen der Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Standes- und Ausübungsregeln für Immobilienmakler, BGBl. Nr. 297/1996 idF BGBl. II Nr. 268/2010.

⁵ Die Zweifelsregel – wie oben unter Fn 2 dargestellt - gilt nach der Entscheidung des OGH vom 18.10.2012, 4 Ob 178/12y, nur dann nicht, wenn sich aus dem Parteiwillen ganz klar und deutlich und unmißverständlich ergebe, dass die Parteien tatsächlich nur einen Vorvertrag abschließen wollten und das Zustandekommen des Hauptvertrages von der Unterfertigung eines schriftlichen Kaufvertrages abhängig sein sollte.

Denn genauso gut kann es auch vorkommen, dass erst bei der professionellen Ausformulierung den Parteien die in Wahrheit strittigen Punkte zu Bewusstsein kommen und entweder beide, oder zumindest aber eine der Vertragsparteien mehr als unglücklich über die weitreichende Bedeutung der bloß auf einem Schmierzettel hingeschriebenen, in der Form gar nicht erwarteten, verbindlichen Vereinbarung und deren Rechtsfolgen ist.

Vorsicht auch beim Rückgriff auf irgendwelche im Internet gefundene Vorlagen!

Denn die Vorlage aus dem Netz hat es typischerweise eben an sich, dass sie gerade nicht auf den individuellen Fall zugeschnitten ist und daher mit großer Wahrscheinlichkeit genau gar nicht passt. Ich hatte hier schon allerlei am Tisch, selbst Vorlagen, die, ohne dass es den Parteien aufgefallen wäre, auf der Basis fremder Rechtsordnungen erstellt wurden.

Was die Makler betrifft, muss man wissen: Typischerweise entsteht der Anspruch auf Maklerhonorar mit der vertraglichen Einigung,⁶ und zwar unabhängig davon, in welcher Form diese erfolgt. Es kommt also für das Maklerhonorar nicht auf das Vorliegen eines „schön ausformuliert geschriebenen“ Kaufvertrages an, auch nicht auf die Grundbuchsdurchführung, ja nicht einmal auf Schriftlichkeit, sondern darauf, ab wann eine vertragliche Bindung der Parteien gegeben ist, wobei es auch reicht, dass diese überhaupt nur mündlich erfolgte oder bloß irgendein Schmierzettel die wesentlichen Einigungsinhalte dokumentiert.

⁶ Vgl. § 7 MaklerG, BGBl. Nr. 262/1996 idF BGBl. I Nr. 34/2012, wo es in Abs. 1 S. 1 – lapidar – heißt: „Der Anspruch auf Provision entsteht mit der Rechtswirksamkeit des vermittelten Geschäfts.“

Daher nochmals mein dringender Rat:

Augen auf – Kauf ist Kauf!

Was sollte man beim Liegenschafts Kauf jedenfalls beachten?

Wichtig ist nach meiner Überzeugung jedenfalls ein professioneller Zugang in der Form, dass rechtzeitig die Einbindung einer anwaltlichen oder notariellen Betreuung erfolgt. Dies sollte vor (!) der vertraglichen Einigung (Bindung) erfolgen! Denn wenn die vertragliche Bindung einmal gegeben ist, dann ist das Malheur häufig schon passiert und im Nachhinein kaum mehr auszugleichen – oder zumindest dann nur mit großem Aufwand und erheblichem Risiko behebbar.

**Wichtig ist nicht nur das technische Zustandsbild,
sondern auch der rechtliche Objektzustand!**

Meiner Erfahrung nach liegen die Probleme zumeist weniger an einer fundierten technischen Beurteilung des Kaufobjektes. Hier ist den Kaufinteressenten eigentlich durchaus bewusst, dass es sich typischermaßen um ein großes und bedeutsames Investitionsvolumen handelt, weshalb man sich die technischen bzw. baulichen Gegebenheiten nach meiner Beobachtung schon genau ansieht.

Wie sieht es mit dem rechtlichen Zustand der Kaufsache aus?

Sind Belastungen vorhanden?

Ist das Eigentum der Verkäuferseite überhaupt gegeben?

Steht das Objekt wirklich in unbelastetem Eigentum der Verkäuferseite oder haben sonstige Personen Rechte an der Sache? Das muss genau geprüft werden. Belastungen des Eigentumsrechts können beispielsweise Pfandrechte sein, dies

⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen zur Bedeutung des Grundbuches und der darin enthaltenen Eintragungen in *Koziol-Welser/Kletecka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) Rz 1103ff.

können aber auch Dienstbarkeitsrechte wie Wohn-, Geh- und Fahrrechte oder dergleichen sein.

Zu prüfen ist: Liegt unbelastetes (frei von Rechten Dritter befindliches) Eigentum des Verkäufers vor?

Wenn ja: Wie stelle ich sicher, dass die Kaufsache in mein unbelastetes Käuferigentum übergeht?

Wenn nein: Wie stelle ich sicher, dass Lastenfreiheit hergestellt / mein unbelastetes Eigentumsrecht begründet wird?

Gibt es auch zum Kaufpreis etwas zu sagen?

Beim Kaufpreis ist nicht nur wichtig, wie viel der Käufer zu bezahlen hat, sondern auch, wann die Zahlung zu erfolgen hat und wie mit dem Kaufpreis umzugehen ist.

Oft erfordert gerade die notwendige Lastenfreistellung, dass der Kaufpreis nicht an den Verkäufer gelangt, sondern an eine pfandrechtl. an der Kaufsache berechnete (besicherte) Bank. Denn diese gibt die Berechnung an der Kaufsache (die pfandrechtl. Besicherung) natürlich erst dann auf, wenn ihre Forderung (meistens eine Kreditforderung, die noch auf die Anschaffung oder eine Bauführung/Sanierung zurückgeht) bezahlt ist.

Es müssen aber nicht immer Banken sein, die Geldforderungen mit einer Liegenschaft besichert haben. So können auch andere Schulden des Verkäufers mit der Liegenschaft sichergestellt sein. Oder es können Gläubiger des Eigentümers auch exekutiv (also im Exekutionsweg) Rechte an der Liegenschaft begründet haben.⁸

Bedenken Sie auch, dass die subjektiven Verkäufervorstellungen vom Kreditausmaß oft weit neben den realen Gegebenheiten

⁸ S. etwa zur zwangsweisen Pfandrechtsbegründung die §§ 87-96 EO.

liegen: Immer wieder wird übersehen, dass bei Kredittilgungen gerade zu Beginn die effektive Kapitalszahlung sehr schleppend vorangeht und ein Gutteil der Zahlungen für den Zinsendienst aufgeht. Oft nehmen Verkäufer daher irrigerweise einen viel zu niedrigen Stand des Finanzierungsdarlehens als gegeben an.

Wann und wie erhalte ich die Liegenschaft?

Besonders wichtig ist auch, zu regeln, wann und in welchem Zustand die tatsächliche Übergabe der Kaufsache stattzufinden hat.

Wann wird übergeben und wie wird übergeben?

Ist zu räumen? Verbleibt Inventar im Objekt? Was bleibt sonst, was wird verändert? Besonders dazu verhält es sich nicht anders als bei den erwähnten Fußmatten beim Gebrauchtwagenkauf:

**Wenn Sie bestimmte Vereinbarungsinhalte haben
wollen, sagen Sie das und verschriftlichen Sie das auch!**

Gibt es Gewährleistung beim Grundstückskauf?

Ja.⁹ Natürlich ist es aber auch in dem Zusammenhang wichtig, die Gewährleistung vertraglich so zu regeln, dass sie exakt dem Wunsch und Willen der Parteien entspricht.

Oft wird übersehen, dass dieses Thema – zumindest beim Verkauf zwischen Privaten (Konsumenten) - beim Liegenschafts-kauf genauso frei verhandelbar ist wie bei jedem sonstigen Kauf auch. Man denke hier wieder an den viel nahe liegenderen (weil viel alltäglicheren und überschaubareren) Gebrauchtwagenkauf. Dort ist es selbstverständlich, dass man darüber spricht und im Vertrag auch festhält, wofür und wie lange die eine Seite

⁹ S. etwa OGH 20.10.2005, 3 Ob 24/05h.

gewährleistungs- oder schadenersatzpflichtig ist (oder ob man derlei überhaupt ausschließen möchte).¹⁰

Gibt es sonstige Vorschriften?

Ja. So gilt zu beachten, dass gerade ein Liegenschafts Kauf verschiedenen besonderen Vorschriften unterliegt und sich insoweit schon von sonstigen Kaufgeschäften deutlich unterscheidet. An vorderster Stelle ist hier etwa das Abgabenrecht (Stichwort Immobilienertragsteuer und Grunderwerbsteuer) zu nennen; aber auch etwa das Bauordnungs- und Grundverkehrsrecht. Wird anlässlich eines Kaufs eine Liegenschaft (vermessen und) geteilt, dann sind weitere Spezialgesetze zu beachten und besondere Bewilligungen erforderlich.

Bauordnungs- und Grundverkehrsrecht.

Hier kommt die besondere Tücke hinzu, dass diese Rechtsbereiche in Österreich länderspezifisch unterschiedlich geregelt sind. In der Hauptsache geht es beim Grundverkehr im Kern darum, dass der Grundstückserwerb im Grünland wesentlichen Beschränkungen bzw. Genehmigungserfordernissen unterliegt. Solange eine solche (landesgesetzlich geforderte) behördliche Bewilligung nicht vorliegt, ist der Kauf schwebend unwirksam.

Zudem können sich wesentliche Aspekte aus den jeweiligen

Wohnbauförderungsvorschriften.

ergeben. So sind häufig Wohnbauförderungen mit einem Veräußerungsverbot, das zu Gunsten der Förderstelle im Grundbuch eingetragen ist, verknüpft, sodass die Zustimmung

¹⁰ Nach § 919 ABGB ist grundsätzlich auch ein gänzlicher Ausschluss der Gewährleistung zulässig, allerdings unterliegen die Vereinbarungen über den Ausschluss der Gewährleistung der allgemeinen Sittenwidrigkeitskontrolle des § 897 Abs. 1 ABGB, so *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 391. Betreffend die Gewährleistung bei Verbraucherverträgen sind in den §§ 8ff KSchG allerdings die allgemeinen Bestimmungen über die Gewährleistung zugunsten des Verbrauchers modifiziert.

zum Verkauf mit Übernahme des Förderungsdarlehens durch den Käufer von der Genehmigung der Förderstelle (und damit von der Förderungswürdigkeit des Käufers) abhängig ist.

Ein weiteres Thema sind

Steuern und Gebühren.¹¹

Dazu vertrete ich hartnäckig folgende Meinung:

Entscheidend ist zunächst das, was die Parteien (zivilrechtlich) wirklich wollen!

Der wahre Vereinbarungswille ist bestmöglich juristisch zu formulieren. Diese juristische Darstellung des tatsächlichen Parteiwillens ist Aufgabe des bearbeitenden Anwalts oder Notars. Es spricht **dann** nichts dagegen, sich in der Folge Gedanken darüber zu machen, wie man dieses klar dargestellte Rechtsverhältnis allenfalls steuerlich optimieren kann. Nicht sinnvoll ist es aus meiner Sicht – und zahlreiche Streitfälle als Beispiele aus der Praxis scheinen mir doch ein deutlicher Beweis für die Richtigkeit meines Standpunktes zu sein –, das Pferd von hinten aufzuzäumen, also zunächst die abgabenrechtliche Optimierung vorzunehmen und das steuerlich optimierte Konstrukt dann irgendwie niederzuschreiben, schlechtestenfalls so, dass es den Parteiwillen – wenn überhaupt – nur mehr fragmentarisch oder über Umwege zum Ausdruck bringt. Davon halte ich nichts: Jeder Streit, der aus einem solchen Procedere resultiert, kostet bei weitem mehr Zeit, Nerven und Geld als eine allenfalls mit der zivilrechtlich sauberen Lösung verbundene Vorgangsweise, mag auch die steuerliche Optimierung erst im zweiten Bearbeitungsschritt unternommen worden sein.

¹¹ Stichwort: Immobilienertragsteuer, Grunderwerbsteuer und Grundbuchsgebühr.

Häufig bedenken diese Konstellationen Folgekomplikationen nicht. Das Schwarzgeschäft ist ein klassisches Beispiel dafür.

So ein typischer Fall für eine (freilich ohnehin klar gesetzwidrige) Trickserei (oder „Optimierung“) ist die Schwarzzahlung.

Machen wir etwas schwarz?

Dazu gilt: Finger weg!

Es mag sein, dass man beim Erwerb den einen oder anderen Euro an Grunderwerbsteuer spart. Aber abgesehen davon, dass die relative Ersparnis im direkten Vergleich zum Gesamtaufwand ohnedies ein verschwindend geringes Ausmaß ausmacht, kann sich das ganz bitter rächen. Man mag es auch noch so wenig vorgehabt haben, aber vielleicht kommt es entgegen jeder Erwartung doch zu einem baldigen Verkauf der Liegenschaft, und dann schlägt beispielsweise die Immobilienertragsteuer mit voller Härte zu. Oder es kommt zu einem Streit zwischen Käufer und Verkäufer über die Höhe der natürlich nicht schriftlich festgehaltenen Schwarzzahlung, dann führt dies in einen Prozess, in dem gut und gerne beide Teile voll draufzahlen. Oder es kommt aus irgendeinem Grund wegen Nichtdurchführbarkeit des Kaufvertrages zur Rückabwicklung oder zu einem Gewährleistungsfall: Am Beginn der Auseinandersetzung rund um die Preisminderung steht dann die heftig umstrittene Frage, von welcher Ausgangsbasis (Kaufsumme) man eigentlich redet und es kostet dabei dann den Beteiligten die erste Verhandlungsstunde mehr, als sie an vermeintlicher Abgabenerparnis je zu träumen gewagt hatten.

Habe ich Sie überzeugt? Ich hoffe!

Generell gilt: Keine Abenteuer!

Auch andere Beweggründe motivieren die Parteien bisweilen zu abenteuerlichen Konstruktionen, von denen ich gleichermaßen hartnäckig wie entschieden abrate. Da mag es einem durchaus schlau erscheinen, „die Liegenschaft auf wen anderen schreiben zu lassen“. Aber das Rad der Zeit dreht sich: Menschen werden krank, Menschen sterben, Menschen trennen sich und dergleichen. Und dann sieht man sich – zum Beispiel nach dem Tod des formalen Liegenschaftseigentümers – einem Riesensproblem gegenüber. Und so schlau es auch scheinen mag zu tricksen (beispielsweise eine Liegenschaft vom unternehmerisch tätigen Mann auf die Frau, vom Opa auf die minderjährige Enkelin usw. zu überschreiben, damit sie nicht zugreifen können, wie dies immer wieder formuliert wird), so dramatisch und kostenintensiv können sich solche Schritte dann entwickeln, wenn die Wege einen anderen Lauf nehmen, als man damals glaubte.

Treuhanderschaft

Wie stelle ich sicher, dass ich zum Kaufpreis komme?

Wie stelle ich sicher, dass ins Grundbuch komme?

Ein wichtiges Sicherungsinstrument, um die Liegenschaftstransaktion sicher abzuwickeln, ist die Treuhanderschaft,¹² die regelmäßig vom professionellen juristischen Vertragsverfasser – Anwalt oder Notar – übernommen wird. Oft ist eine solche Treuhanderschaft auch zwingend erforderlich, um von der den Liegenschaftserwerb finanzierenden Bank den erforderlichen Kredit bewilligt (und ausbezahlt) zu bekommen. Denn die finanzierende Bank möchte ja auch sicherstellen, dass der Kreditbetrag wirklich dorthin gelangt, wofür er aufgenommen wurde – nämlich im Grundbuch, nicht im Casino. Aber natürlich geht es der Bank nicht um Fürsorglichkeit gegenüber dem Kreditnehmer. Es geht ihr nur um dessen Zahlungsfähigkeit bzw. um deren Sicherstellung. So muss der Treuhänder regelmäßig anlässlich der Anforderung des Kreditbetrages auf das Treuhandkonto gegenüber der Bank die Zusage abgeben, sowohl für die Eintragung des Eigentumsrechts des Käufers (also des Bankkunden/Kreditnehmers) als auch für die Eintragung eines Pfandrechts der Bank (zur Sicherstellung des Kredits) im Grundbuch Sorge zu tragen.

Treuhanderschaft beim Immobilienkauf. Worum geht es dabei?

Der Immobilienmarkt hat nach wie vor Hochkonjunktur. Aufgrund der desaströsen Entwicklung der Euro-Währung versuchen zahlreiche Menschen, ihr hart erarbeitetes Geld durch einen Immobilienkauf in Sicherheit zu bringen. Kaum einer

¹² S. ausführlich zum Institut der Treuhand *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 687ff.

dieser Liegenschaftskäufe wird ohne Treuhandschaft abgewickelt.

Warum? werde ich häufig gefragt.

Mit mehr als gutem Grund! lautet die Antwort.

Denn der Liegenschaftsverkauf oder -ankauf unterscheidet sich deutlich von sonstigen Geschäften, was vor allem darin seinen Grund hat, dass der rechtliche Erwerb der Kaufsache mit einem behördlichen und gerichtlichen Bewilligungsvorgang verknüpft ist. Der Grundbucheintrag – als Teil des Erwerbsvorgangs – entspricht rechtlich gesehen dem das Eintragungsbegehren bewilligenden Grundbuchsbeschluss.

Damit diese Bewilligung(en) erteilt werden kann (können), sind – je nach Einzelfall mehr oder weniger – gesetzliche Erfordernisse zu erfüllen. Die Herstellung dieser Erfordernisse wiederum erfolgt im Anschluss an die vertragliche Einigung der Parteien – also im Anschluss an das gemeinsame Unterschreiben des Kaufvertrages.

Nun haben aber sowohl der Verkäufer als auch der Käufer beim Unterschreiben eines Kaufvertrages im Hinblick darauf, dass daran anschließend erst die beschriebenen Bewilligungsvoraussetzungen (Übergabevoraussetzungen) zu schaffen sind und damit auch erhebliche Zeitspannen verbunden sind, unterschiedliche Interessen, die im Wege der Treuhandschaft für beide Seiten ideal bedient werden können.¹³

**Der Verkäufer möchte möglichst sofort beim
Unterschreiben des Kaufvertrages das Geld haben!**

Der Verkäufer möchte für seine verbindliche Unterschrift am Kaufvertrag sichergestellt haben, dass er den Kaufpreis wirklich

¹³ Der zur Abwicklung eines Liegenschaftskaufes bestellte, fremdnützige Treuhänder hat die gegensätzlichen Interessen aller Treugeber bestmöglich zu berücksichtigen.

erhält. Immerhin bindet er sich mit der Unterschrift und begibt sich damit der Möglichkeit, die Sache anderweitig – vielleicht sogar besser – zu verkaufen. Und wenn der Käufer einmal im Grundbuch eingetragen ist, liegt dem ein gerichtlicher Beschluss zugrunde, man kann also einem zahlungsunfähigen (oder mit der Zahlung säumigen bzw. diese verweigernden) Käufer den Kaufgegenstand nicht einfach ohne weiteres wiederum abnehmen.

Der Käufer möchte die Zahlung erst dann leisten, wenn sein Eigentumserwerb laut dem (oft schon viel früher unterschriebenen) Kaufvertrag im Grundbuch eingetragen ist!

Für den Käufer stellt die sofortige Zahlung beim Unterschreiben des Kaufvertrages ein Risiko dar, weil er mit der bloßen vertraglichen Einigung und Bindung noch lange nicht im Grundbuch eingetragen und damit Eigentümer ist, auch wenn ihm die Sache vollständig übergeben wurde. So kann in der Zwischenzeit etwa eine behördliche Bewilligung nicht erteilt werden; es kann die Bewilligung des Grundbucheintrages durch das Grundbuchsgericht versagt werden; und vor allem kann es auch sein, dass in der Zwischenzeit, Dritte, die vom Kauf weder wissen noch wissen können (weil der Kauf eben noch nicht grundbücherlich durchgeführt ist), Rechte erwerben, zB erwirbt jemand ein Pfandrecht an der Liegenschaft, es wird ein Fahrrecht eingetragen; oder ein unredlicher Verkäufer, der die Sache bereits verkauft hat, geht zur Bank und nimmt unter Einräumung eines Pfandrechts auf die Liegenschaft einen Kredit auf. Gerade bei Liegenschaften, die der Bewilligungspflicht nach grundverkehrsrechtlichen Vorschriften unterliegen, ist ein – wenn auch formgültig unterschriebener – Kaufvertrag zunächst überhaupt schwebend unwirksam, bis die behördliche Bewilligung vorliegt.

Lösung: Treuhandschaft.

Die Interessenlage wird im Wege der **Treuhanderschaft** gelöst.

Dabei eröffne ich als Treuhänder ein eigenes Konto (sogenanntes Anderkonto), auf welches anlässlich der Vertragsunterzeichnung die Einzahlung des Kaufpreises durch den Käufer erfolgt. Dies sichert dem Verkäufer das tatsächliche Vorhandensein des Kaufpreises. Gleichzeitig wird im Rahmen einer Treuhandvereinbarung vorgesehen, dass ich über das Geld (den Kaufpreiserlag) erst dann verfüge (dieses erst dann an den Verkäufer weiterleite), wenn der vertragsmäßige Eigentumserwerb des Käufers erfolgt oder zumindest rechtlich gesichert ist. Dies wiederum sichert den Käufer dahin ab, dass der Verkäufer nur dann das Geld erhält, wenn das damit angestrebte Ziel erreicht ist. Wird also etwa eine grundverkehrsbehördliche Genehmigung versagt oder scheitert etwa die vertraglich vorgesehene Löschung einer Belastung, eine vereinbarte Grundteilung oder dergleichen, dann kann zwar der Kaufvertrag nicht umgesetzt (grundbücherlich durchgeführt) werden und es erhält sozusagen der Käufer die Kaufsache nicht, jedoch ist für ihn durch die Treuhanderschaft der Erhalt des vorab erlegten Kaufpreises gesichert.

Es passiert damit also weder dem Verkäufer noch dem Käufer, dass einer von ihnen gleichzeitig ohne Geld und ohne Liegenschaft da steht.

Die Treuhanderschaft unterliegt ganz bestimmten berufsrechtlich vorgegebenen Modalitäten.¹⁴ Sofern nicht ausdrückliche Entbindung davon stattfindet, unterliegt jede Treuhandabwicklung einer externen Revision durch die Rechtsanwaltskammer.¹⁵

¹⁴ S. in diesem Zusammenhang § 10a RAO.

¹⁵ Vgl. dazu beispielsweise das Statut der „Treuhand-Revision der Steiermärkischen Rechtsanwaltskammer“, das die Einrichtung und Aufgaben der Treuhand-Revision sowie die Rechte und Pflichten der Rechtsanwälte regelt, www.rakstmk.at.

Das Kernstück der formalisierten Abwicklung ist meines Erachtens die Erstellung eines gemeinsamen Kontoverfügungsauftrages, in welchen insbesondere auch die Bank, bei welcher das Treuhandkonto errichtet wird, eingebunden wird. So ist vorgesehen, dass die kontoführende Bank unmittelbar gegenüber den Vertragsparteien (als Treugebern) dafür haftet, dass Zahlungen ausschließlich – bei sonstiger Haftung der Bank gegenüber den Vertragsparteien – zu vorab definierten Empfängern gelangen.

Wenn ein Kauf nicht aus Eigenmitteln sondern drittfinanziert (üblicherweise über Bankkredit) erfolgt, dann ist typischerweise neben dem Käufer auch die an diesen kreditgewährende Bank daran interessiert, dass im Gegenzug für die darlehensweise Zurverfügungstellung des Kaufpreises sowohl der Eintrag des Eigentumsrechts der Käuferseite als auch ein den Kredit besicherndes Pfandrecht im Grundbuch der Liegenschaft gesichert ist. Daher wird die treuhändige Abwicklung eines kreditfinanzierten Liegenschaftskaufes typischerweise von der den Kauf finanzierenden Bank jedenfalls verlangt (und zwar unabhängig davon, was sich sozusagen Käufer und Verkäufer ausmachen).

Lebensgemeinschaft und Ehe

Was ist was?

Inhalt, Beendigung und Folgen

Die vorliegende Zusammenfassung beschreibt zunächst kurz die außereheliche Lebensgemeinschaft und in der Folge die Ehe.

Vorweg kann ganz kurz zusammenfassend gesagt werden:

Während die außereheliche Lebensgemeinschaft hauptsächlich in **Einzelbestimmungen** bzw. **Sondernormen** gesetzlich angesprochen ist und sich eine zusammengefasste Regelung – wie für den Bereich der Ehe und der Ehescheidung – in einem einheitlichen Gesetzeswerk (Gesetzesabschnitt) nicht findet, kann hinsichtlich der Ehe bzw. der Ehescheidung auf die Bestimmungen des **ABGB** und des **EheG** zurückgegriffen werden. Zur außerehelichen Lebensgemeinschaft liegt jedoch mittlerweile einiges an **Rechtsprechung** vor, welche neben den vereinzelt Sondernormen vor allem auf die allgemeinen zivil- bzw. **schuldrechtlichen Grundsätze des ABGB** zurückgreift.

Nicht besprochen werden die eingetragenen Partnerschaften (eheähnliche Vertragsbeziehung unter Gleichgeschlechtlichen), da Fragen dazu in meiner Praxis bislang nicht aufgetreten sind.

Zur Lebensgemeinschaft

Was ist eine Lebensgemeinschaft?

Es gibt in der österreichischen Rechtsordnung kein "Lebensgemeinschaftsgesetz". Vielmehr nimmt der Gesetzgeber in mehreren, vereinzelt Gesetzesstellen¹⁶ auf das gesellschaftliche Phänomen der Lebensgemeinschaft (es ist nicht lange her, da gab es Lebensgemeinschaften nicht) Bezug.

Die Gerichte¹⁷ haben jedoch ein grundsätzliches Bild von der rechtlichen Beschreibung der Lebensgemeinschaft gezeichnet. Demnach ist eine Lebensgemeinschaft eine

- **Wohngemeinschaft,**
- **Wirtschaftsgemeinschaft und**
- **Geschlechtsgemeinschaft.**

Diese Kriterien können in unterschiedlicher Ausprägung erfüllt sein, es wird aber grundsätzlich das Vorliegen sämtlicher drei Aspekte gefordert, um eine Lebensgemeinschaft im Rechtssinne anzunehmen.

Es ist leicht ersichtlich, dass es in Zweifelsfällen auf die besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalles ankommt. Will umgekehrt die Annahme einer Lebensgemeinschaft behaupten und beweisen (zB aufgrund daraus abgeleiteten Ruhens eines Scheidungsunterhalts), so wird er versuchen, dem Richter zu vermitteln, dass die genannten drei Aspekte vorliegen. Dies ist praktisch oft schwierig (vor allem in Hinblick auf den Tatbestand der Wirtschaftsgemeinschaft).

¹⁶ S. beispielsweise §§ 90, 91, 94 ABGB bzw. §§ 23, 49, 50, 55 EheG.

¹⁷ So zB OGH 26.2.1997, 3 Ob 2292/96x; 6.5.1987, 8 Ob 568/87.

Ist die Lebensgemeinschaft ein Vertrag?

Anders als bei der Ehe, die als Vertragsverhältnis angesehen wird, nimmt man bei einer bloßen Lebensgemeinschaft grundsätzlich kein Vertragsverhältnis an. Die Lebensgefährten sind also in ihrer Lebensbeziehung nicht Vertragspartner. Daraus folgt vor allem, dass die Lebensgemeinschaft jederzeit und auch ohne Angabe von Gründen ohne weiteres beendet werden kann. Besondere Probleme kann dies im Bereich einer Wohnsituation schaffen. So kann sich nämlich ein Lebensgefährte, der nicht der Eigentümer oder Mieter Wohnung ist, weder auf ein familienrechtliches noch ein sonstiges vertragsrechtliches Bleiberecht nach Beendigung der Lebensgemeinschaft berufen. Er muss ausziehen, wenn der andere Teil, der Eigentümer oder Mieter ist, dies verlangt.

Es können sich aber Themenstellungen anlässlich der Beendigung der Lebensgemeinschaft ergeben, die nach allgemeinen **schuldrechtlichen Regeln** (uU auch unter Anwendung der vertragsrechtlichen Regeln) zu beurteilen sind.

Welche Folgen hat die Lebensgemeinschaft?

Regelungen in Einzelbestimmungen und Sondernormen.

Die Rechtsfolgen einer außerehelichen Lebensgemeinschaft sind in verschiedensten **Einzelbestimmungen** geregelt. Bisweilen ist die Stellung des Lebensgefährten jenem eines Ehegatten durch **Sondernormen** angenähert.¹⁸

Bei Beendigung stehen aber dem Lebensgefährten **keine** Unterhaltsansprüche gegenüber dem (vormaligen) anderen Teil zu; jedoch bestimmen sich die Folgen teils nach Sondernormen; insbesondere aber gilt auch **allgemeines Schuldrecht**, das heißt, dass einem (vormaligen) Lebensgefährten Ansprüche (vor allem)

¹⁸ *Koziol-Welser/Kletecka, aaO, Rz 1414.*

aus **Bereicherungsrecht** zustehen können (typischer Beispielfall ist, dass der eine in die Wohnung des anderen investiert und dieser Aufwand dem anderen auch nach der Beendigung der Lebensgemeinschaft nützlich ist); bei größeren Vorhaben wie zB einem Hausbau nimmt die Rechtsprechung zum Teil sogar das Vorliegen einer **Gesellschaft** bürgerlichen Rechts an, sodass im Auflösungsfall entsprechende (gesellschaftsrechtliche) Rechte gegeben sind. Bei Schenkungen, die während der Lebensgemeinschaft (in Hinblick auf diese und den angenommenen Fortbestand derselben) getätigt werden, kommt nach Beendigung zB **Anfechtung** in Betracht.¹⁹

Das heißt, dass die Beendigung einer Lebensgemeinschaft durchaus zu einem wirtschaftlichen Ausgleich im Wege allgemeiner schuldrechtlicher Rechtsansprüche führen kann.

¹⁹ *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1415.

Zur Ehe

Was versteht man unter einer Ehe?

Ehevertrag.

Rechtlich betrachtet handelt es sich bei einer Ehe um einen zwischen Mann und Frau geschlossenen **Vertrag**. Dieser begründet eine besondere rechtliche Verbundenheit der Ehegatten.

Besondere Verbundenheit der Ehegatten.

Abgesehen von der Heirat und damit der Schließung des Ehevertrages an sich geht die Verbundenheit der Ehegatten über die unmittelbaren Rechtsfolgen der Eheschließung hinaus.

Ehevertrag und besondere Pflichten.

Besondere Rechtsfolge des Ehevertrages ist etwa die eheliche **Beistandspflicht**; dies freilich nicht nur, im anwaltlichen Beratungsgespräch aber besonders häufig erörtert, in finanzieller Hinsicht (Stichwort: **Unterhalt**). Die Ehegattenunterhaltspflicht²⁰ lässt sich ganz kurz und grob besprochen als die Verpflichtung beschreiben, den anderen, einkommensmäßig schlechter gestellten, Ehepartner am Lebensstandard des Besserverdieners teilhaben zu lassen. Die Verletzung der ehelichen

²⁰ § 94 ABGB normiert in diesem Zusammenhang: „Die Ehegatten haben nach ihren Kräften und gemäß der Gestaltung ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse gemeinsam beizutragen.“ (Abs. 1) „Der Ehegatte, der den gemeinsamen Haushalt führt, leistet dadurch seinen Beitrag im Sinn des Abs. 1; er hat an den anderen einen Anspruch auf Unterhalt, wobei eigene Einkünfte angemessen zu berücksichtigen sind. Dies gilt nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zugunsten des bisher Unterhaltsberechtigten weiter, sofern nicht die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs, besonders wegen der Gründe, die zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts geführt haben, ein Mißbrauch des Rechtes wäre. Ein Unterhaltsanspruch steht einem Ehegatten auch zu, soweit er seinen Beitrag nach Abs. 1 nicht zu leisten vermag.“ (Abs. 2) Vgl. zum gesetzlichen Unterhaltsanspruch ausführlich *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1514ff.

Unterhaltspflicht stellt eine relevante, bei weitem aber nicht die einzige, Eheverfehlung dar. Allgemein bekannt ist natürlich die eheliche **Treupflicht**. Ebenso das Gebot des **gewaltfreien** und **anständigen**, achtungsvollen Umgangs miteinander.

Kinder und besondere Verbundenheit.

Eine besondere Verbundenheit der Ehegatten ergibt sich auch über gemeinsame Kinder.

Vermögen und Schulden. Gemeinsames Wirtschaften. Besondere wirtschaftliche Verbundenheit.

Und schließlich entspricht es dem Wesen der Ehe, dass die Eheleute miteinander in **Wohngemeinschaft** leben. Auch das Wohnen, das häufig auf gemeinsamen Liegenschaftserwerb zurückgeht, sowie das gemeinsame **Wirtschaften** überhaupt, schaffen eine besondere Verbundenheit.

Worum geht es bei der Scheidung?²¹

Auflösung der besonderen Verbundenheiten.

Bei der Ehescheidung geht es im weiteren Sinn grob gesprochen darum, diese **besonderen Verbundenheiten aufzulösen**. Folgendes ergibt sich dazu im **Überblick²²** :

Beendigung des Ehevertrages.

Dies betrifft - regelmäßig - zunächst die **Beendigung des Ehevertrages** an sich, wofür - neben anderen, praktisch unbedeutenden Facetten - das Rechtsinstitut der **Scheidung** gesetzlich vorgesehen ist. Mit der Scheidung endet grundsätzlich aber bloß der Ehevertrag an sich.

²¹ S. ausführlich zur Ehescheidung, *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1554ff.

²² Die genauen Inhalte der Folgen einer Ehebeendigung sind unten detailliert dargestellt.

Scheidungsfolgen. Überblick.

Danach (bei der einvernehmlichen Ehescheidung gleichzeitig) sind die weiteren besonderen Verflechtungen infolge der Scheidung aufzulösen. Im **Überblick**²³ sind dies vor allem:

Scheidungsunterhalt.

Das betrifft zunächst das **wirtschaftliche Fortkommen** der vormaligen Eheleute. Während der Ehe wurde typischerweise gemeinsam gewirtschaftet. Jeder Geschiedene muss nunmehr für sich die Lebenshaltungskosten bestreiten. Klärungen dazu können im Bereich des Scheidungsunterhalts erfolgen.

Rechtsverhältnisse zu den Kindern.

Besonders enge Verknüpfungen bestehen bei **gemeinsamen Kindern**. Das rechtliche Verhältnis zu diesen ist **neu zu regeln**.

Auflösung der wirtschaftlichen Verbundenheit.

Weil die Scheidung zumeist auch mit der Beendigung des gemeinsamen Wohnens einhergeht, ist insb. auch diese Verbindung neu zu ordnen; dasselbe gilt auch für sonstiges **eheliches Gebrauchsvermögen** (wie zB ein Auto) und **eheliche Ersparnisse** (Sparbuchguthaben, Lebensversicherung), aber auch für eheliche **Schulden**.

²³ Zu den näheren inhaltlichen Antworten und Erklärungen siehe weiter unten.

Häufige Fragen und Antworten im Überblick:²⁴

Muss ich mich scheiden lassen?

Grundsätzlich **nein**.

Muss ich der einvernehmlichen Scheidung zustimmen oder kann ich den Ehepartner "zur Einvernehmlichen verpflichten"?

Grundsätzlich **nein**.

Wie komme ich **finanziell** über die Runden?

Primär durch Klärung des **Ehegattenunterhalts**.

Wie hoch ist mein **Unterhaltsanspruch**?

Oder bin ich diesem gegenüber unterhaltspflichtig?

Wenn ja, in welcher Höhe?

Das richtet sich primär nach dem **Verschulden** am Scheitern der Ehe und nach den **Einkommensverhältnissen**.

Was ist mit den **Kindern**?

Wer sorgt für diese? Wo werden sie wohnen?

Entscheidend dafür ist das **Kindeswohl**.

Was ist mit den **Kindern**?

Welche Geldzahlungen können sie beanspruchen? Von welchem Elternteil und in welcher Höhe?

Entscheidend dafür ist das **Kindeunterhaltsrecht**.

Dieses richtet sich vor allem nach dem **Bedarf** des Kindes einerseits und nach der **Leistungsfähigkeit** der Eltern.

²⁴ Zu den näheren inhaltlichen Antworten und Erklärungen siehe weiter unten.

Wer muss ausziehen? Und wenn ich das bin: Wie lange kann ich noch bleiben? Muss ich den anderen Teil "auszahlen"? Wenn ja, wie viel muss ich zahlen? Oder umgekehrt: Wie hoch ist mein Anspruch? Erhalte ich **Vermögen**? Wer bezahlt die **Schulden**?

Dies wird im Rahmen der **Aufteilung** geklärt.

Wir „leben doch in Scheidung“?

Nein.

Oft höre ich das, wenn jemand kommt, um Fragen rund um eine Scheidung zu besprechen. Die Leute sagen dann gerne, sie würden derzeit „in Scheidung leben“. Damit meinen sie Unterschiedliches. Mehrheitlich ist davon die Rede, dass die Scheidung bevorsteht, vielleicht auch schon klar ist, dass es zur Scheidung kommen wird, diese aber noch nicht durchgeführt ist. Manche verstehen darunter auch den Zustand des getrennt Lebens vor der Ehescheidung.

Es wundert mich nicht, dass es alleine schon beim Begriffsverständnis des "in Scheidung Lebens" unterschiedlichste Deutungsvarianten gibt. Das hat seinen naheliegenden Grund darin, dass dem Gesetz ein solcher Personenstand fremd ist. Das Gesetz kennt nur den Personenstand „verheiratet“ oder „geschieden“, nicht aber ein „in Scheidung leben“.

Warum dann doch so oft von „in Scheidung leben“ die Rede ist? Ich weiß es nicht. Vermutlich kommt das von irgendwelchen Fernsehfilmen oder Serien, in denen dieser Begriff gebraucht wird. Der Rechtsordnung ist er jedenfalls fremd. Das ist wichtig: Denn manche meinen, sie würden „in Scheidung leben“ und wären deswegen ihrer ehelichen Pflichten enthoben. Das ist schlicht falsch. Und manch einer bricht einen Streit vom Zaun, beschließt dann für sich selbst, er werde nun „in Scheidung leben“ und glaubt - schlechtestensfalls - dann selbst, von ehevertraglichen Pflichten nicht mehr betroffen zu sein.

Auch das ist - natürlich - schlichtweg unrichtig.

Aber wir leben doch nicht mehr beisammen?

Ist das völlig belanglos?

Gibt es so etwas wie „in Scheidung zu leben“?

Die Formulierung, „in Scheidung zu leben“, sollte man jedenfalls vermeiden. Sie bewirkt schon vom Begriff her völlige Unklarheit und schafft mehr Verwirrung als Ordnung, führt mithin gerade nicht weiter.

Dasjenige, was das Ehegesetz kennt, ist die Zerrüttung der Ehe.²⁵ Dieser Begriff wird mancherorts im Ehegesetz als Scheidungsvoraussetzung genannt. Das Zugeständnis der unheilbaren Zerrüttung ist insbesondere Voraussetzung bei der einvernehmlichen Scheidung.²⁶ Auch eine Scheidung wegen Eheverfehlungen des anderen Teils kommt nur dann in Betracht, wenn diese Eheverfehlungen Ursache für die daraus resultierende Ehezerrüttung waren. War die Ehe also schon zerrüttet, kommt nachfolgenden Eheverfehlungen geringere (oder keine) Bedeutung zu, wenn/weil sie für die Zerrüttung nicht ursächlich waren.

Letztlich stellt eine zumindest dreijährige Heimtrennung einen besonderen Scheidungsgrund dar. Es bedarf in diesem Fall keines Verschuldensvorwurfs gegenüber dem anderen Ehegatten, vielmehr reicht alleine der Nachweis der zumindest 3-jährigen Trennung aus, die Scheidung der Ehe verlangen zu können. In Ausnahmefällen kann die Frist 6 Jahre betragen.

²⁵ S. ausführlich zum Zerrüttungsprinzip, *Koch* in *KBB*⁴ § 49 EheG Rz 4; *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1555 bzw. 1557ff.

²⁶ § 55a Abs. 1 EheG lautet: „Ist die eheliche Lebensgemeinschaft der Ehegatten seit mindestens einem halben Jahr aufgehoben, gestehen beide die unheilbare Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses zu und besteht zwischen ihnen Einvernehmen über die Scheidung, so können sie die Scheidung gemeinsam begehren.“ S. zur einvernehmlichen Scheidung ausführlich *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1580ff.

Muss ich mich einvernehmlich scheiden lassen?

Grundsätzlich kennt das Gesetz keine grundlose Scheidungspflicht des anderen Teils. Schon gar nicht gibt es eine Verpflichtung, eine Scheidung im Einvernehmen durchzuführen. Diese - nämlich die einvernehmliche Scheidung - wählt man in der Praxis dann, wenn sie mehr Vorteile bietet als die oft auf mehrere Streitpunkte aufgesplittete streitige Scheidung.

Was ist eine streitige Scheidung?

Als streitig oder strittig bezeichnet man jede Scheidung, die nicht in der Form der einvernehmlichen Ehescheidung vorgenommen wird.

Ist es nicht so, dass eine einvernehmliche Scheidung immer die günstigste und beste Variante darstellt?

Nein. Bestandteil der Scheidung im Einvernehmen ist ein Vertrag zwischen den vormaligen Ehepartnern (dann also Scheidungsvertragspartnern). Und wie bei allen sonstigen Verträgen auch kommt es auf den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung an, um diesen allenfalls als vorteilhaft oder nachteilig ansehen zu können?

Alle sagen, die einvernehmliche Scheidung ist das Beste?

Das stimmt in dieser Allgemeinheit nicht. Dann, wenn ich es schaffe, meine Rechtsposition, die ich auch im Falle der strittigen Scheidung durchzusetzen versuchen würde, in die einvernehmliche Scheidung, besonders eben den Scheidungsfolgenvertrag, einfließen zu lassen und dieser somit im Ergebnis dem entspricht, was ich bei strittiger Scheidung (realistisch!) anstreben würde, kann man durchaus von einer vorteilhaften einvernehmlichen Scheidung reden.

Gebe ich jedoch Ansprüche im Rahmen der einvernehmlichen Scheidung auf, die ich mit hoher Wahrscheinlichkeit bei der strittigen Scheidung durchsetzen könnte, dann erachte ich diese

Scheidungsform nicht für vorteilhaft.

Oder umgekehrt: Verpflichte ich mich im Rahmen der einvernehmlichen Scheidung zu Leistungen, zu denen ich bei strittiger Scheidung höchstwahrscheinlich nicht verpflichtet würde, dann ist in einem solchen Fall die einvernehmliche Scheidung gewiss nicht vorteilhaft. Oder gebe ich im Fall der einvernehmlichen Scheidung Rechte auf, die ich bei strittiger Scheidung wohl durchsetzen könnte, dann ist die einvernehmliche Scheidung ebenso nicht vorteilhaft.

Ich will nicht klagen!

Ich möchte lieber die einvernehmliche Scheidung?

Die Einbringung der Klage steht einer nachfolgenden einvernehmlichen Scheidung nicht im Weg.

Oft geraten Gespräche rund um die Inhalte einer einvernehmlichen Scheidung ins Stocken. Bisweilen bekommt man den sprichwörtlichen Karren nicht wieder flott, ohne einen Impuls durch die Scheidungsklage zu setzen. Gerade Männer tendieren bisweilen dazu, den gleichwohl ausdrücklich ausgesprochenen Scheidungswunsch der Frau nicht ernst zu nehmen. Beispielsweise: Wenn ein Alkoholiker dazu neigt, sein Alkoholproblem selbst nicht einzusehen bzw. es sich selbst nicht einzugestehen, nimmt er umso weniger das Verlangen der Frau, deswegen die Ehebeendigung zu wünschen, ernst. Er nimmt sein Problem ja nicht einmal selbst ernst. Wenn einem solchen Ehepartner durch die Scheidungsklage klar zu Bewusstsein kommt, dass es dem anderen Teil ernst ist, bringt dies in der Folge häufig rasch vernünftige Vereinbarungen und damit auch eine einvernehmliche Scheidung zustande.

Kann ich also eine Scheidungsklage in eine einvernehmliche Scheidung ändern?

Ja.

Die Scheidungsklage steht einer einvernehmlichen Scheidung **nicht** entgegen. Im Gegenteil, sie kann das Zustandekommen einer einvernehmlichen Regelung oftmals sogar fördern, in dem dadurch ein gewisser Verhandlungszwang - etwas milder formuliert: ein gewisser Verhandlungsanreiz - geschaffen wird.

Welche Steuern und Gebühren folgen auf eine Scheidung?

Die durch eine Scheidung ausgelösten Steuern und Gebühren sind je nach Einzelfall völlig unterschiedlich. Feste Beträge kennt das Gerichtsgebührengesetz für die bei Gericht für die dort erbrachten staatlichen Leistungen verzeichneten Gebühren. Es handelt sich um sogenannte Pauschalgebühren, also feste Beträge, die dem durchschnittlichen Scheidungsfall Rechnung tragen.²⁷ Gestaltet sich eine Scheidung als aufwendiger oder zeitintensiver, kostet es rein deshalb grundsätzlich bei Gericht nicht mehr (oder bei sehr raschen und einvernehmlichen Erledigungen umgekehrt nicht weniger). Jedoch spielt für das Ausmaß der Gebühren die Anzahl der eingeleiteten Verfahren eine Rolle. Der eheliche Pauschalgebührenbetrag trägt dem typischen Gerichtsaufwand im jeweiligen Verfahren Rechnung. Die Gebühren sind aber meines Erachtens kein grundsätzlich ausschlaggebender Faktor dafür, welche Scheidungsart man wählt und welche Scheidungsinhalte man vereinbart. Auch hier gilt mein Grundsatz: Das Gebührenrecht folgt der sauberen zivilrechtlichen Regelung oder Vereinbarung. Oder umgekehrt: Es soll nicht das Gebührenrecht den Inhalt der jeweiligen Vereinbarung festlegen.

Wie bewirke ich nun die Scheidung?

Bei der Frage, wie man die Scheidung herbeiführt, ist nun zwischen den unterschiedlichen Scheidungsgründen zu

²⁷ S. zur Entstehung der Gebührenpflicht hinsichtlich der Pauschalgebühren § 2 Z. 1 Gerichtsgebührengesetz (GGG), BGBl. Nr. 501/1984 idF BGBl. I Nr. 87/2015.

differenzieren.

Jedenfalls erfordert die Scheidung der Ehe einen **richterlichen** Ausspruch (Urteil oder Beschluss). Um diesen Richterspruch zu erlangen, ist eine entsprechende Antragstellung bei Gericht erforderlich.

Diese Antragstellung erfolgt bei den Scheidungsgründen grundsätzlich mit **Klage** (Scheidungsklage mit dem Antrag auf Erlassung eines Scheidungsurteils). Bei der einvernehmlichen Scheidung fordert das Gesetz einen **gemeinsamen Antrag** beider Eheleute (und zwar einen Antrag auf Erlassung eines Scheidungsbeschlusses über die Scheidung im Einvernehmen).

Unter welchen Voraussetzungen kann ich mich scheiden lassen?

Scheidungsgründe.

Es ist bekannt, dass die Ehe bzw. - rechtlich betrachtet - der Ehevertrag auf Dauer, nämlich bis zum Tod eines der Eheleute, angelegt ist. Die vorherige Beendigung der Ehe erfordert daher besondere Voraussetzungen. Praktisch bedeutsam sind die im Gesetz geregelten Scheidungsgründe. Zu diesem ordnet der Gesetzgeber an, dass im Falle ihres Vorliegens die vorzeitige Beendigung der Ehe durch Richterspruch (Urteil oder Beschluss) herbeigeführt werden kann.

Welche Scheidungsgründe gibt es?

Gesetzlicher Katalog von Scheidungsgründen.

Eine Scheidung ist nur unter bestimmten Voraussetzungen (Ehescheidungsgründen) möglich:

- **Scheidung wegen Verschuldens** (Eheverfehlungen; „Verschuldensscheidung“);²⁸
- **Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft** („Heimtrennungsklage“);²⁹
- **Scheidung wegen geistiger³⁰ oder ansteckender / ekelerregender Krankheiten³¹**
- **Scheidung im Einvernehmen.**³²

Wie erfolgt die Scheidung wegen Verschuldens?

Verschuldensscheidung.

Eine Scheidung wegen Verschuldens kann begehrt werden, wenn der andere Ehegatte eine schwere **Eheverfehlung** (oder ehrloses oder unsittliches Verhalten, wie beispielsweise Zufügung körperlicher Gewalt, Verletzung der Pflicht zur anständigen Begegnung) gesetzt hat und die Ehe dadurch unheilbar **zerrüttet**

²⁸ § 49 EheG normiert: „Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere durch eine schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten die Ehe schuldhaft so tief zerrüttet hat, dass die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Eine schwere Eheverfehlung liegt insbesondere vor, wenn ein Ehegatte die Ehe gebrochen oder dem anderen körperliche Gewalt oder schweres seelisches Leid zugefügt hat. Wer selbst eine Verfehlung begangen hat, kann die Scheidung nicht begehren, wenn nach der Art seiner Verfehlung, insbesondere wegen des Zusammenhangs der Verfehlung des anderen Ehegatten mit seinem eigenen Verschulden sein Scheidungsbegehren bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt ist.“ Zu den Eheverfehlungen siehe ausführlich *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1557ff.

²⁹ Hierzu ordnet § 55 EheG an: „Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben, so kann jeder Ehegatte wegen tiefgreifender unheilbarer Zerrüttung der Ehe deren Scheidung begehren. Dem Scheidungsbegehren ist nicht stattzugeben, wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft zu erwarten ist.“ S. allgemein zur Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft, *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1572ff.

³⁰ §§ 50, 51 EheG.

³¹ § 52 EheG; praktisch sehr selten.

³² § 55a EheG; zur einvernehmlichen Scheidung s. ausführlich *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1580 ff.

ist und das Recht auf Scheidung nicht wegen **Verzeihung** oder **Fristablaufs** ausgeschlossen ist.

Verschuldensscheidung. Klage.

Die Geltendmachung erfolgt durch **Klage**, über die das Gericht mit Urteil entscheidet – der Beklagte kann zB die Zerrüttung oder Eheverfehlung bestreiten, er kann aber auch geltend machen, dass den Kläger selbst ein Verschulden trifft.

Verschuldensscheidung. Verfahren.

Das Gericht führt ein Verfahren durch (vernimmt zB Zeugen) und entscheidet dann mit Urteil. Im Urteil spricht das Gericht die Scheidung aus und erkennt über das Verschulden.

Verschuldensscheidung. Urteil.

Das Klagebegehren wird im Urteil entweder abgewiesen, wenn zB kein Verschulden (oder keine unheilbare Zerrüttung) festgestellt werden konnte, oder dem Klagebegehren wird stattgegeben und es wird entweder das alleinige oder überwiegende Verschulden eines Teils oder das gleichteilige Verschulden beider Teile³³ ausgesprochen.

Verschuldensscheidung. Ehebeendigung.

Die Folge des Scheidungsurteils ist die **Beendigung** der Ehe. Weitergehende unmittelbare Regelungen trifft das Scheidungsurteil nicht.

Verschuldensausspruch. Bedeutung.

Der Verschuldensausspruch ist vor allem für den Ehegattenunterhalt wesentlich.

³³ Vgl. zur Abgrenzung gleichteiliges/überwiegendes Verschulden jüngst OGH 24.2.2015, 10 Ob 83/14z, ÖJZ 2015, 954, wonach auch ein freundschaftlicher Umgang eine Eheverfehlung begründen kann, wenn er den Eindruck einer ehewidrigen Beziehung erweckt (etwa wenn ein Ehegatte ihn dem anderen trotz seiner über das Übliche hinausgehenden Intensität verheimlicht).

Wie erfolgt die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft?

Heimtrennungsklage.

Eine Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft kann jeder verlangen – unabhängig vom Verschulden des anderen -, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben ist.

Dem Scheidungsbegehren wird allerdings nicht Folge gegeben, wenn die Wiederherstellung der Ehe zu erwarten ist oder wenn der Kläger die Zerrüttung verschuldet hat und den Beklagten die Scheidung härter träfe. Nach 6 Jahren wird der Klage aber jedenfalls stattgegeben.³⁴

Besonderer Verschuldensauspruch.

Der **Beklagte** kann den Ausspruch beantragen, dass der **Kläger** die Zerrüttung allein oder überwiegend **verschuldet** hat (dies verschafft **Vorteile beim Unterhalt**).

Sonstige Scheidungsgründe.

Unbesprochen bleiben die praktisch nicht sehr bedeutsamen weiteren Scheidungsgründe.

Dies sind die Scheidung wegen geistiger Erkrankung und die Scheidung wegen ansteckender oder ekelregender Krankheiten.

Auf die einvernehmliche Scheidung (als weiterer Scheidungsgrund) wird unten gesondert eingegangen.

³⁴ So die Absätze 2 und 3 des § 55 EheG.

Was ist nach dem Scheidungsurteil wegen Verschuldens oder Auflösung der häuslichen Gemeinschaft zu regeln?

Sonstiger / weiterer Regelungsbedarf.

Bei einer Scheidung wegen Verschuldens oder Auflösung der häuslichen Gemeinschaft gilt es in der Folge weiteres zu klären – darüber wird im Scheidungsurteil **nicht** unmittelbar abgesprochen-, nämlich insb.:

Den **Ehegattenunterhalt**, die Rechtsverhältnisse zu **Kindern** sowie die **Aufteilung** von Vermögen, Ersparnissen und Schulden.

Wie decke ich meine laufenden Kosten?

Ehegattenunterhalt bei Verschuldensscheidung.

Der Ehegattenunterhalt bei einer Verschuldensscheidung ergibt sich aus dem Verschuldensauspruch im Urteil und den jeweiligen Einkommen.

Dabei kommen in Betracht:

- angemessener Unterhalt gegenüber dem allein oder überwiegend Schuldigen³⁵;
oder
- Notunterhalt bei gleichzeitigem Verschulden³⁶;
oder
- verschuldensunabhängiger Unterhalt³⁷.

³⁵ § 66 EheG.

³⁶ § 68 EheG.

³⁷ § 68a EheG.

Wie berechnet sich der Ehegattenunterhalt bei alleinigem oder überwiegendem Verschulden?³⁸

Bei alleinigem oder überwiegendem Verschuldensauspruch lautet die Rechnung wie folgt:

Zahlungspflichtig ist derjenige, den laut Scheidungsurteil das alleinige oder überwiegende Verschulden trifft.

Der Höhe nach bedeutet dies:

33 % des anrechenbaren Nettoeinkommens des Unterhaltspflichtigen bzw. 40 % des Gesamteinkommens (wenn beide verdienen, jedoch unter Anrechnung des Eigeneinkommens); dabei werden jeweils Abzüge bei weiteren Unterhaltspflichten (4 % je weiteres Kind bzw. 0-3 % für Gatten/Gattin aus erster Ehe) vorgenommen.

Gibt es Ehegattenunterhalt bei gleichzeitigem Verschulden?³⁹

Es besteht die Möglichkeit eines „Unterhaltsbeitrages“ nach Billigkeit;⁴⁰ dies entspricht einem sog. Notunterhalt bei Einkommenslosigkeit, Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit.

Wann gebührt ein verschuldensunabhängiger Unterhalt?⁴¹

Ausnahmsweise kann auch dem schuldigen Teil Unterhalt zustehen, sog. verschuldensunabhängiger Unterhalt, wenn ihm die Erwerbstätigkeit wegen der Pflege/Erziehung gemeinsamer

³⁸ § 66 EheG lautet diesbezüglich: „Der allein oder überwiegend schuldige Ehegatte hat dem anderen, soweit dessen Einkünfte aus Vermögen und die Erträge einer Erwerbstätigkeit, die von ihm den Umständen nach erwartet werden kann, nicht ausreichen, den nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt zu gewähren.“ S. zum Unterhalt bei Scheidung wegen Verschuldens ausführlich *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1589ff.

³⁹ § 68 EheG.

⁴⁰ § 68 S. 1 EheG normiert in diesem Zusammenhang: „Sind beide Ehegatten schuld an der Scheidung, trägt aber keiner die überwiegende Schuld, so kann dem Ehegatten, der sich nicht selbst unterhalten kann, ein Beitrag zu seinem Unterhalt zugebilligt werden, wenn und soweit dies mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des anderen Ehegatten der Billigkeit entspricht.“

⁴¹ Vgl. § 68a EheG.

Kinder unzumutbar wäre oder wenn er sich der Haushaltsführung, der Pflege/Erziehung eines gemeinsamen Kindes oder der Betreuung eines Angehörigen gewidmet hat und ihm aufgrund eines dadurch bedingten Mangels an Erwerbsmöglichkeiten die Selbsterhaltung nicht zugemutet werden kann. Die Unterhaltshöhe liegt in der Praxis in der Bandbreite zwischen dem angemessenen und dem Notunterhalt. Der Unterhalt vermindert sich oder besteht gar nicht, wenn es unbillig wäre (sehr schwere Eheverfehlungen).

Gibt es eine Besonderheit beim Unterhalt nach Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft?⁴²

Ja. Man spricht von der „Durchhalteprämie“.

Spricht nämlich das Gericht aus, dass der Kläger die Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet hat, ist der Beklagte im Wesentlichen so gestellt wie bei aufrechter Ehe. Er/Sie hat also den vollen Ehegattenunterhaltsanspruch. Diese Konstellation verschafft auch eine Privilegierung beim Witwenunterhalt.

⁴² S. § 69 Abs. 2 EheG.

Gibt es Regelungsbedarf in Hinblick auf die Kinder?

Ja.

Zu klären sind vor allem:

Kindesunterhalt,**Obsorge und Kontaktrecht.****Wer kommt für den Unterhalt der Kinder auf?**⁴³

Grundsätzlich haben die Eltern gemeinsam zur Deckung der Bedürfnisse der Kinder beizutragen. Der Elternteil, der den Haushalt führt, in dem er das Kind betreut, leistet grundsätzlich damit seinen Beitrag (in natura: **Naturalunterhalt**). Der andere Elternteil hat einen finanziellen Beitrag zu leisten (**Geldunterhalt**). Diese Unterhaltspflicht erlischt mit der **Selbsterhaltungsfähigkeit** (nicht: Volljährigkeit!).

Ausschlaggebend für die Höhe des Geldunterhaltes sind die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten und der Bedarf des Kindes. Eine Entscheidungshilfe für die Unterhaltsermittlung ist die Prozentmethode:⁴⁴

Bemessungsgrundlage ist das anrechenbare Nettoeinkommen des Verpflichteten.⁴⁵ Regelbedarfsätze stellen eine Orientierungshilfe und Kontrollgröße dar. Eigene Einkünfte (zB Lehrlingsentschädigung) sind auf den Unterhalt anzurechnen. Neben dem regelmäßigen Unterhalt kann im Einzelfall auch **Sonderbedarf** bestehen (zB notwendige medizinische Sonderkosten oder besondere Ausbildungskosten).

⁴³ S. in diesem Zusammenhang § 231 ABGB; vgl. zur Unterhaltspflicht der Eltern ausführlich *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1762ff.

⁴⁴ 0 bis 6 Jahre: 16 %, 6 bis 10 Jahre: 18%, 10 bis 15 Jahre: 20%, über 15 Jahre: 22 %. Abzüge bei weiteren Unterhaltspflichten: 1 % je Kind unter 10 Jahren, 2 % je Kind über 10 Jahren, 0-3 % bei Unterhaltspflicht für Ehegatten.

⁴⁵ Zur Berücksichtigung ehelicher Schulden bei der Bemessung des Kindesunterhalts s. OGH 11.12.2013, 7 Ob 100/13a, Zak 2014, 71.

Wer betreut die Kinder? Obsorge und Kontaktrecht.**Obsorge.**

Die Obsorgepflicht umfasst grds. die Erziehung, die Pflege, die gesetzliche Vertretung sowie die Vermögensverwaltung.⁴⁶ Möglichkeiten der Obsorge nach Beendigung der Ehe sind grds.:

- gemeinsame Obsorge beider Elternteile
- alleinige Obsorge eines Elternteils
- uU (einstweilige) Zwischenlösungen

Wird die Ehe durch Urteil geschieden, so bleibt die Obsorge beider Elternteile aufrecht. Die Eltern müssen sich aber über den hauptsächlichen Aufenthalt des Kindes einigen.⁴⁷ Die Regelung muss dem Wohl des Kindes entsprechen. Überhaupt ist das **Kindeswohl** die entscheidende Richtlinie für die Gestaltung der Rechtsverhältnisse zu den Kindern. Kommt eine Einigung nicht zustande, entscheidet das Gericht nach dem **Kindeswohl**.

Kontaktrecht.

Kinder haben ein Recht darauf, mit jenem Elternteil, der mit ihnen nicht im gemeinsamen Haushalt lebt, regelmäßig persönlichen Kontakt zu haben (**Besuchsrecht**, nun als Kontaktrecht bezeichnet).⁴⁸ Das Besuchsrecht soll zwischen Eltern und Kind einvernehmlich geregelt werden. Ist dies nicht möglich, hat das Gericht unter Beachtung der Bedürfnisse und Wünsche des Kindes eine Regelung entsprechend dem Kindeswohl zu treffen⁴⁹

⁴⁶ § 158 ABGB lautet: „Wer mit der Obsorge für ein minderjähriges Kind betraut ist, hat es zu pflegen und zu erziehen, sein Vermögen zu verwalten und es in diesen sowie allen anderen Angelegenheiten zu vertreten; Pflege und Erziehung sowie die Vermögensverwaltung umfassen auch die gesetzliche Vertretung in diesen Bereichen.“ S. zum Inhalt der Obsorge ausführlich *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, 1739ff.

⁴⁷ Vgl. § 179 ABGB.

⁴⁸ Vgl. §§ 186 und 187 ABGB.

⁴⁹ Vgl. jüngst zum Kriterium des Kindeswohls OGH 16.10.2013, 7 Ob 168/13a, Zak 2014, 71.

Was unterliegt der Aufteilung?⁵⁰

Gebrauchsvermögen und Ersparnisse.

Aufzuteilen ist zum einen das **Gebrauchsvermögen**, das sind jene Sachen, die während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft dem Gebrauch beider Ehegatten gedient haben⁵¹; dazu gehören auch der Hausrat und die Ehewohnung (zB Wohnungseinrichtung, Auto, ..); sowie zum anderen die **Ersparnisse**, das sind üblicherweise für eine Verwertung bestimmte Wertanlagen, welche die Ehegatten während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft angesammelt haben⁵².

Was unterliegt nicht der Aufteilung?

Der Aufteilung unterliegen **nicht** Sachen, die ein Ehegatte in die Ehe **ingebracht** hat, ein Ehegatte von Todes wegen erworben hat (**ererbtes** Vermögen) oder die ihm ein Dritter **geschenkt** hat. Ferner nicht Sachen, die dem **persönlichen Gebrauch** eines Ehegatten oder der **Berufsausübung** dienen oder die zu einem **Unternehmen** gehören (oder Unternehmensanteile, ausgenommen Wertanlagen).⁵³

Wonach richtet sich die Aufteilung?

Die Aufteilung ist nach Billigkeit vorzunehmen.⁵⁴ Die Praxis neigt zur Teilung 1:1. Entscheidend sind auch der jeweilige Beitrag, das Wohl der Kinder und Schulden.

⁵⁰ Vgl. §§ 81 ff EheG. S. auch *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1608ff.

⁵¹ Beachte: Auf das Eigentum kommt es somit grds. nicht an!

⁵² Beachte: Auf das Eigentum kommt es somit grds. nicht an!

⁵³ § 82 EheG.

⁵⁴ S. ausführlich dazu *Koch* in KBB⁴ § 83 EheG Rz 1 ff.

Was passiert mit etwaigen Schulden?⁵⁵

Schulden, die mit Gebrauchsvermögen und Ersparnissen **in Zusammenhang** stehen, sind zu veranschlagen und auch bei der Abwägung der Billigkeitskriterien zu berücksichtigen.⁵⁶

Bei Krediten kann das Gericht aussprechen, dass ein Ehegatte Hauptschuldner und der andere Ausfallsbürge wird (nur noch erschwert belangt werden kann).⁵⁷

Welche weiteren Scheidungsfolgen sind wesentlich?

Beispielhaft sei auf weitere wesentliche Scheidungsfolgen hingewiesen; diese bestehen etwa (**zB**)

- in Bezug auf die Sozialversicherung:
 - Krankenversicherung (Entfall der Angehörigeneigenschaft),
 - Witwenpension (nicht bei Unterhaltsverzicht!);⁵⁸
- in Hinblick auf die Namensführung⁵⁹ oder
- in Bezug auf Sondernormen zB im Wohnungseigentumsrecht.⁶⁰

⁵⁵ S. dazu ausführlich *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1625ff.

⁵⁶ § 81 Abs 1 l.S. EheG: „Bei der Aufteilung sind die Schulden, die mit dem ehelichen Gebrauchsvermögen und den ehelichen Ersparnissen in einem inneren Zusammenhang stehen, in Anschlag zu bringen.“

⁵⁷ §98 EheG.

⁵⁸ S. zu den sozialversicherungsrechtlichen Folgen ausführlich *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1666ff.

⁵⁹ Vgl diesbezüglich § 62 EheG; *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1588.

⁶⁰ Vgl. § 15 WEG.

Wie erfolgt die Scheidung im Einvernehmen?

§55a EheG lautet (in den Absätzen 1 und 2):

„(1) Ist die eheliche Lebensgemeinschaft der Ehegatten seit mindestens einem **halben Jahr aufgehoben**, gestehen beide die unheilbare **Zerrüttung** des ehelichen Verhältnisses zu und besteht zwischen ihnen **Einvernehmen** über die Scheidung, so können sie die Scheidung **gemeinsam** begehren.

(2) Die Ehe darf nur geschieden werden, wenn die Ehegatten eine **schriftliche Vereinbarung** über die Betreuung ihrer **Kinder** oder die Obsorge, die Ausübung des Rechtes auf persönliche Kontakte und die Unterhaltspflicht hinsichtlich ihrer gemeinsamen Kinder⁶¹ sowie ihre **unterhaltsrechtlichen** Beziehungen⁶² und die gesetzlichen **vermögensrechtlichen** Ansprüche im Verhältnis zueinander⁶³ für den Fall der Scheidung vor Gericht schließen.“

Für eine Scheidung im Einvernehmen müssen also folgende Voraussetzungen vorliegen:

- die eheliche Lebensgemeinschaft muss seit mehr als 6 Monaten aufgehoben sein,
- das Zugeständnis der unheilbaren Zerrüttung,
- ein gemeinsamer Antrag sowie
- eine Scheidungsfolgenvereinbarung, in der
 - der Ehegattenunterhalt,
 - die Obsorge und das Kontaktrecht zu den Kindern,
 - der Unterhalt für die Kinder und
 - die Aufteilung (Gebrauchsvermögen, Ersparnisse, Schulden)geregelt sein müssen.

⁶¹ Erforderlich ist also die umfassende Regelung der Rechtsverhältnisse zu den minderjährigen Kindern.

⁶² Gemeint ist hier die Regelung des Unterhalts zwischen den (geschiedenen) Ehegatten („Scheidungsunterhalt“).

⁶³ Gemeint sind hier aufteilungsrechtliche Regelungen hinsichtlich ehelichen Gebrauchsvermögens, ehelicher Ersparnisse und damit in Zusammenhang stehender Schulden.

Die **Ehescheidungsfolgen** sind hier Teil des **Gesamtpakets**.⁶⁴ Dies ist unverzichtbare Voraussetzung für die einvernehmliche Scheidung. Gleichzeitig schafft das einen ökonomischen Vorteil, weil es daher nicht zu jeweils gesonderten, weiteren Verfahren über die einzelnen Punkte kommt bzw. kommen sollte. In der Praxis orientieren sich die Parteien gerne daran, mit welchem Ergebnis jeweils bei einer gerichtlichen Entscheidung zu rechnen wäre. Die Scheidung im Einvernehmen ist auch dann noch möglich, wenn bereits ein Scheidungsprozess anhängig ist.

Checkliste Scheidung

Allgemeines

- Datum/Ort der Eheschließung
- Staatsbürgerschaft
- Gemeinsame Kinder (Name, Alter, Beruf)
- Sonstige Sorgepflichten (Name, Alter, Beruf)

Scheidungsgründe

- Scheidungsgrund **Verschulden**:
 - Inhalt des Fehlverhaltens des Gatten/der Gattin
 - Wann wurde welches Fehlverhalten gesetzt
 - Beweismittel (zB Zeugen, Fotos, Schriftstücke, zB Briefe usw....)
- Scheidungsgrund **Trennung**: Liegt 3-jährige Trennung vor
- Scheidungsgrund **Einvernehmen**
 - gemeinsamer Scheidungswille?
 - Einigung über Ehegattenunterhalt?
 - Einigung über Kindesunterhalt?

⁶⁴ S. zum Einvernehmen über die Scheidungsfolgen *Koziol-Welser/Kletecka*, aaO, Rz 1582f.

- Einigung über Kindesobsorge, Besuchsrecht?
- Einigung über die Teilung von Vermögen/Ersparnissen/Schulden?

Ehegattenunterhalt

- Eigenes Einkommen(durchschnittlich netto, Zulagen usw)
- Einkommen des Partners(durchschnittlich netto, Zulagen usw)

Kindesunterhalt

- Kind, Alter in Jahren, Einkommen des Kindes (durchschnittlich netto, Zulagen usw)
- Weitere Sorgepflichten
- Eigenes Einkommen (durchschnittlich netto, Zulagen usw)

Obsorge, Besuchsrecht

- Wem soll die Obsorge für die Kinder zukommen?
- Ist gemeinsame Obsorge möglich?
- Bei wem soll sich das Kind dann überwiegend aufhalten?
- Wann kommt dem anderen Teil ein Besuchsrecht zu?

Aufteilung Gebrauchsvermögen / Ersparnisse / Schulden

- Vermögenswerte (Bsp: **Gebrauchsvermögen** wie Autos, Wohnung,...; **Ersparnisse** wie Sparbücher, Bausparverträge, ...)
- Art des Vermögens, Alter, Wert, Erwerbungsart
- Angaben über Verbindlichkeiten/Schulden
 - Wem gegenüber besteht die Schuld (Gläubiger)
 - Wer / was haftet dem Gläubiger (Pfandrechte, ..)
 - Höhe der Verbindlichkeit

Beweismittel für ein Scheidungsverfahren

- Bsp: Zeugen (Name, Beruf, Anschrift)
- Urkunden (zB Briefe, ..)
- Fotos, usw

Erbrecht

Immer wieder stellen sich im Bereich des Erbrechts vor allem Fragen nach dem **Pflichtteilsrecht**.⁶⁵

Worum handelt es sich beim „Pflichtteil“?

Wann ist er zu leisten?

Wie hoch ist dieser?

Kann man darüber zu Lebzeiten eine Klärung herbeiführen?

Diese und ähnliche Fragestellungen stehen in erbrechtlichem Zusammenhang häufig zur Diskussion. Sie sollen durch folgende Ausführungen näher erörtert werden:

Ich gehe zur Illustration in einem Beispiel von einer Familie mit zwei Kindern aus. Der Ehemann stirbt. Wie gestaltet sich die Situation?

Die Ehegattin hat bei Vorhandensein von Kindern ein gesetzliches (fixes) Erbrecht im Umfang von einem Drittel.⁶⁶ Hinzu kommt ein Vorausvermächtnis.⁶⁷

Mehrere Kinder haben nach dem Gesetz grundsätzlich das Erbrecht im gleichen Ausmaß, sind also untereinander gleichberechtigt.⁶⁸

⁶⁵ S. ausführlich zum Pflichtteilsrecht *Welser/Zöchling-Jud*, aaO, Rz 2278ff.

⁶⁶ § 757 Abs. 1 S. 1 ABGB: „Der Ehegatte des Erblassers ist neben Kindern des Erblassers und deren Nachkommen zu einem Drittel des Nachlasses, neben Eltern und Geschwistern des Erblassers oder neben Großeltern zu zwei Dritteln des Nachlasses gesetzlicher Erbe.“

⁶⁷ Dazu heißt es in § 758 ABGB: „Sofern der Ehegatte nicht rechtmäßig enterbt worden ist, gebühren ihm als gesetzliches Vorausvermächtnis das Recht, in der Ehewohnung weiter zu wohnen, und die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen, soweit sie zu dessen Fortführung entsprechend den bisherigen Lebensverhältnissen erforderlich sind.“

Somit teilen sich die verbleibenden zwei Drittel - neben der Gattin, die mit einem Drittel zum Zug kommt - auf die beiden Kinder.

Der Erbanspruch eines Kindes beträgt - genauso wie beim anderen Kind - ein Drittel (1/3).

Gibt es kein Testament, so wird im Verlassenschaftsverfahren das Erbe der Ehefrau (Witwe) zu einem Drittel und den beiden Kindern ebenfalls jeweils zu einem Drittel eingewantwortet.

Kann man das gesetzliche Erbrecht abändern?

Ja. Aber es gibt zwingende Grenzen.

Die gesetzliche Lage ist durch eine letztwillige Verfügung änderbar. Eine Grenze für die Änderungsmöglichkeit stellt das sogenannte Pflichtteilsrecht dar.

Was versteht man unter dem Pflichtteil?

Erbrechtlicher Mindestanspruch.

Unter dem Pflichtteil versteht man – einfach ausgedrückt – das, was dem Pflichtteilsberechtigten **mindestens** zukommen muss. Der Pflichtteil ist sozusagen ein **erbrechtlicher Mindestanspruch**.⁶⁹

Das heißt, dass man mittels letztwilliger Verfügung zwar in einem bestimmten Rahmen die Rechtsnachfolgen bzw. erbrechtlichen Verhältnisse nach seinem Ableben selbst

⁶⁸ § 732 ABGB lautet: „Wenn der Erblasser Kinder ersten Grades hat, so fällt ihnen die ganze Erbschaft zu; sie mögen männlichen oder weiblichen Geschlechtes; sie mögen bei Lebzeiten des Erblassers oder nach seinem Tode geboren sein. Mehrere Kinder teilen die Erbschaft nach ihrer Zahl in gleiche Teile. Enkel von noch lebenden Kindern, und Urenkel von noch lebenden Enkeln haben kein Recht zur Erbfolge.“

⁶⁹ In diesem Zusammenhang normiert § 762 ABGB: „Die Personen, die der Erblasser in der letzten Anordnung bedenken muss, sind seine Kinder, in Ermangelung solcher seine Eltern, und der Ehegatte.“ sowie § 764 ABGB: „Der Erbteil, welchen diese Personen zu fordern berechtigt sind, heißt: Pflichtteil; sie selbst werden in dieser Rücksicht Noterben genannt.“

gestalten kann; jedoch darf dadurch keine Unterschreitung des erbrechtlichen Mindestanspruchs (Pflichtteils) bewirkt werden.⁷⁰

Wird ein Pflichtteilsberechtigter mit letztwilliger Verfügung in seinen Ansprüchen auf diesen Pflichtteil beschränkt, erhält er also nur dasjenige, was ihm mindestens zukommen muss, so gebührt dem Pflichtteilsberechtigten kein quotenmäßiger Anteil am Erbe (Nachlass), sondern ein (Geld-)Anspruch.⁷¹

Der auf den Pflichtteil Beschränkte wird nicht Miterbe, er hat aber einen (erbrechtlichen) Anspruch im Umfang des gesetzlichen Mindestrechts (Pflichtteils). Der Pflichtteilsanspruch ist in Geld zu bezahlen, wenn er nicht in Gestalt eines Erbteils oder Vermächtnisses hinterlassen wird.⁷²

Dies bedeutet insbesondere, dass der Erblasser im Rahmen einer letztwilligen Verfügung den Pflichtteil anordnen und bestimmte Regelungen, in welcher Gestalt der Pflichtteil hinterlassen wird, treffen kann. Dieser Pflichtteil muss dem Berechtigten aber ganz frei bleiben und es sind einschränkende Bedingungen oder Belastungen ungültig.⁷³ Erfolgt die bloße Anordnung der Beschränkung auf den Pflichtteil, dann ist dieser in Geld zu erfüllen.

Wird dem Pflichtteilsberechtigten zwar etwas hinterlassen, jedoch weniger als es dem rechnerischen Pflichtteilsanspruch

⁷⁰ Nach *Apathy* in KBB⁴ § 552 Rz 1 hat der Erblasser das unverzichtbare höchstpersönliche Recht, durch seine Erklärung des letzten Willens (oder einen Erbvertrag) über seinen Nachlass zu verfügen allerdings nur unbeschadet des Pflichtteilsrechts naher Angehöriger.

⁷¹ So *Apathy*, aaO, § 764 Rz 1.

⁷² § 774 1. S. ABGB: „Der Pflichtteil kann in Gestalt eines Erbteils oder Vermächtnisses, auch ohne ausdrückliche Benennung des Pflichtteils hinterlassen werden.“

⁷³ § 774 S. 2 und 3 ABGB: „Er muss aber dem Noterben ganz frei bleiben. Jede denselben einschränkende Bedingung oder Belastung ist ungültig.“

entspricht, so hat dieser einen Anspruch auf **Pflichtteils-ergänzung**.⁷⁴

Wie berechnet man den Pflichtteil? Wie hoch ist dieser?

Bei der Berechnung ist grundsätzlich vom gesetzlichen Erbrecht auszugehen und zunächst zu fragen, welche Quote dem betreffenden Pflichtteilsberechtigten nach dem Gesetz zukäme. Es wird also dessen grundsätzliche gesetzliche, erbrechtliche Stellung als Ausgangspunkt herangezogen.⁷⁵

Die **rechnerische Höhe** des Pflichtteils entspricht sodann der **Hälfte** der im Gesetz vorgesehenen Quote. Diese halbe Erbquote ist der eine Berechnungsfaktor. Der andere Berechnungsfaktor ist der sogenannte „**reine Nachlass**“: Das ist dasjenige, was – grob gesprochen – am Ende des Verlassenschaftsverfahrens unter Berücksichtigung von Schulden, Kosten etc. im Ergebnis als Vermögen übrig bleibt.⁷⁶

Dem Pflichtteilsberechtigten kommt nun ein Anspruch im Ausmaß seiner halben gesetzlichen Erbquote aus diesem Vermögenswert („reinem Nachlass“) zu.

In unserem Fall heißt das:

- gesetzliche Erbquote (zB eines der Kinder, das auf den Pflichtteil beschränkt wird) ist 1/3.
- Berechnungsgrundlage für den Pflichtteil ist die Hälfte davon, also 1/6. Das pflichtteilsberechtigten Kind hat also einen Anspruch in rechnerischer Höhe von 1/6 des reinen Nachlasses.

⁷⁴ § 775 ABGB normiert in diesem Zusammenhang: „Ein Noterbe, welcher ohne die in den §§ 768 - 773 vorgeschriebenen Bedingungen enterbt worden, kann den ihm gebührenden vollen Pflichtteil; und, wenn er in dem reinen Betrage des Pflichtteils verkürzt worden ist, die Ergänzung desselben fordern.“

⁷⁵ Diesbezüglich lautet § 765 ABGB: „Als Pflichtteil gebührt jedem Kind und dem Ehegatten die Hälfte dessen, was ihm nach der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre.“

⁷⁶ S. zum „reinen Nachlass“ eingehend *Apathy*, aaO, § 784 Rz 1; *Welser/Zöchling-Jud*, aaO, Rz 2306.

Beispiel:

| | |
|--|------------|
| Vermögenswerte laut Verlassenschaftsverfahren € | 100.000,00 |
| Verbindlichkeiten, Kosten usw. € | 40.000,00 |
| reiner Nachlass somit € | 60.000,00 |
| Pflichtteilsanspruch somit 1/6 von € 60.000,00 = € | 10.000,00 |

Kann man den Pflichtteil durch Schenkungen umgehen?

Nein.

Dem sind **Grenzen** gesetzt. Denn wenn man ohne weiteres über Schenkungen zu Lebzeiten die Pflichtteilsansprüche folgenlos reduzieren könnte, wäre ja die gesetzliche Anordnung eines Mindesterbess nicht effektiv (sinnlos).

Daher sieht das Gesetz vor, dass bei der Beurteilung des Pflichtteilsanspruchs Schenkungen zu berücksichtigen sind, die der Verstorbene (Erblasser) zu Lebzeiten gemacht hat.⁷⁷ Dies betrifft vor allem Schenkungen an andere Pflichtteilsberechtigte. Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen sind nicht relevant, wenn sie früher als 2 Jahre vor dem Tod erfolgten.⁷⁸ Auch bestimmte andere Schenkungen, zB zu gemeinnützigen Zwecken, sind nicht relevant.⁷⁹ Der Gegenstand der Schenkung ist auf Verlangen des Pflichtteilberechtigten dem Nachlass hinzuzurechnen. Man „vergrößert“ sozusagen den Nachlasswert um die Schenkung und rechnet den Pflichtteil vom „erhöhten“ Wert.

⁷⁷ § 785 Abs. 1 S. 1 ABGB lautet: „Auf Verlangen eines pflichtteilsberechtigten Kindes oder des pflichtteilsberechtigten Ehegatten sind bei der Berechnung des Nachlasses Schenkungen des Erblassers in Anschlag zu bringen.“

⁷⁸ § 785 Abs. 3 S. 2 ABGB.

⁷⁹ § 785 Abs. 3 S. 1 ABGB.

Und wenn der Pflichtteilsberechtigte schon etwas erhalten hat?

Es kann das, was der Pflichtteilsberechtigte aus der Verlassenschaft erhalten hat, angerechnet werden. Mitunter muss sich der Pflichtteilsberechtigte selbst erhaltene Geschenke anrechnen lassen.⁸⁰

Auch bestimmte sonstige Leistungen, die der Verstorbene zu Lebzeiten für den Pflichtteilsberechtigten erbracht hat, können ebenso wie Vorschussleistungen auf den Pflichtteil anzurechnen sein.⁸¹

Kann man den Pflichtteil zu Lebzeiten vertraglich regeln?**Pflichtteilsverzichtungsvertrag.**

Ja. Es besteht die Möglichkeit, dass zwischen dem späteren Erblasser (noch zu dessen Lebzeiten) und dem Pflichtteilsberechtigten ein **Vertrag** über den Pflichtteil geschlossen wird. Darin kann der Pflichtteilsberechtigte auch auf seinen Anspruch verzichten. Meist geschieht dies im Gegenzug für den Erhalt einer bestimmten, vertraglich festzulegenden Leistung, die der Pflichtteilsberechtigte zu Lebzeiten schon erhält.

Beispielsweise erhält ein Kind von den Eltern einen Baugrund und verzichtet aus diesem Anlass auf den Pflichtteil. Dieser Vertrag bedarf einer ganz besonderen Form (Notariatsakt).

⁸⁰ § 787 ABGB normiert: „Alles, was die Noterben durch Legate oder andere Verfügungen des Erblassers wirklich aus der Verlassenschaft erhalten, wird bei Bestimmung ihres Pflichtteiles in Rechnung gebracht.“ (Abs. 1) „Wenn bei Bestimmung des Pflichtteiles Schenkungen in Anschlag zu bringen sind, muss sich jeder Noterbe auf die dadurch bewirkte Erhöhung seines Pflichtteiles die nach § 785 zum Nachlasse hinzuzurechnenden Geschenke anrechnen lassen, die er selbst vom Erblasser erhalten hat.“ (Abs. 2)

⁸¹ S. ausführlich zur Anrechnung von Vorempfängen und Vorschüssen *Welser/Zöchling-Jud*, aaO, Rz 2348ff.

Gibt es die Möglichkeit, den Pflichtteil unter bestimmten Voraussetzungen zusätzlich zu mindern?

Ja. Kein Naheverhältnis.

Dies ist unter Umständen möglich, wenn der Erblasser und der Pflichtteilsberechtigte zu keiner Zeit in einem Naheverhältnis standen, wie es in der Familie zwischen solchen Verwandten gewöhnlich besteht. Diesfalls kann der Pflichtteil (noch einmal) auf die Hälfte im Wege der letztwilligen Verfügung vermindert werden.⁸²

⁸² § 773a Abs. 1 lautet: „Standen der Erblasser und der Pflichtteilsberechtigte zu keiner Zeit in einem Naheverhältnis, wie es in der Familie zwischen solchen Verwandten gewöhnlich besteht, so kann der Erblasser den Pflichtteil auf die Hälfte mindern.“

Schadenersatz

Die Thematik Schadenersatz bzw. Schadenersatz- und Versicherungsrecht stellt, insbesondere auch in Kombination mit dem Verkehrs-, Gesundheits- sowie Medizinrecht einen Schwerpunkt meiner anwaltlichen Dienstleistung dar. Die Fragestellungen sind in dem Zusammenhang ebenso vielfältig wie das tägliche Leben.

Einfach Pech gehabt - oder zumindest anspruchsberechtigt?

Was ist überhaupt ein ersatzfähiger Schaden im Rechtssinn?⁸³

Bisweilen hat jemand das Pech, zwar einen Nachteil erleiden zu müssen, ohne jedoch als geschädigte Person über einen ersatzfähigen Anspruch zu verfügen. Dies kann in mehreren Konstellationen auftreten. Manche Nachteile, die man erleidet, stellen keinen Schaden im Rechtssinn dar. Auch spricht der Jurist etwa des Öfteren von nicht ersatzfähigen mittelbaren Schäden. Überhaupt berechtigt der bloße Schadenseintritt grds. nicht bereits dazu, berechtigt Ersatz dafür verlangen zu können.

Was wäre zum Beispiel kein ersatzfähiger Schaden?

Dies wären zB bloßer Ärger über das Verhalten eines anderen, reines Unbehagen⁸⁴ oder dergleichen. Auch beim Leasingvertrag muss man in der Praxis genau schauen, bei wem (Leasing genau welcher ersatzfähige Schaden eingetreten ist [ob beim Leasinggeber als Eigentümer oder beim Leasingnehmer als Nutzer]).

Besonderes gilt beim **Nutzungsausfall** eines Pkws nach einem Verkehrsunfall. Die „Standzeit“ der Reparatur und der

⁸³ Vgl. dazu ausführlich *Danzl* in KBB⁴ §§ 1323-1325.

⁸⁴ So OGH 9 Ob 36/00k, 12.7.2000; s. allerdings zur Bewertung von Ärger und Enttäuschung im Zusammenhang mit einem nicht zustande gekommenen oder abgebrochenen Erholungsurlaub als kaum höhere als leichte körperliche Schmerzen, OLG Wien 4R 153/06h, 27.2.2007.

Nutzungsausfall während der Zeit, werden häufig mit einem Leihwagen überbrückt.⁸⁵ Die Kosten dafür sind nur dann ersatzfähiger Schaden, wenn der Geschädigte(!) selbst auch die Kfz-Leihwagenvariante in seiner eigenen Haftpflichtversicherung beinhaltet (darauf nicht verzichtet) hat. Damit beeinflusst der eigene Haftpflichtversicherungsvertrag den Schadenersatzanspruch gegenüber dem Unfallgegner.⁸⁶ Kann ein Anspruch auf Ersatz für den Nutzungsausfall (idR praktisch bei Standzeiten nach Lkw-Beschädigungen) erhoben werden, dann ist auf die Besonderheit im Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungsgesetz⁸⁷ zu verweisen, wonach dieser Schaden im Ergebnis im Wesentlichen vom eigenen Haftpflichtversicherer ersetzt wird.⁸⁸

Es gibt also aus rechtlicher Sicht durchaus bemerkenswerte Sonderregelungen zum ersatzfähigen Schaden(-sbegriff) an sich, der sich vom im Volksmund üblichen Verständnis des Schadens deutlich unterscheidet.

Nicht alles, was als Nachteil verstanden bzw. empfunden wird, ist rechtlich betrachtet auch ein ersatzfähiger Schaden.

⁸⁵ S. allgemein zur Thematik Mietwagen bzw. sonstige Ersatzfahrzeuge *Danzl*, aaO, § 1323 Rz 15ff.

⁸⁶ § 21 Abs. 1 KHVG lautet (sgn. „Spalttarif“): „Verzichtet der Versicherungsnehmer rechtswirksam auf Ansprüche auf Ersatz von Mietkosten eines Ersatzfahrzeuges einschließlich eines Taxis und des Verdienstentganges wegen der Nichtbenützbarkeit des Fahrzeuges, die ihm gegen Personen zustehen, die durch einen Haftpflichtversicherungsvertrag für ein unter § 59 Abs. 1 KFG 1967 fallendes Fahrzeug versichert sind, so gebührt ihm ein Nachlaß von 20 vH von der vereinbarten Prämie.“ Ausführlich dazu *Kath*, Kfz-Haftpflichtversicherungsrecht (2003), S 124ff.

⁸⁷ BGBl. Nr. 651/1994 idF BGBl. I Nr. 34/2015 (KHVG 1994).

⁸⁸ § 21 Abs. 4 KHVG. Zu Details des Ersatzanspruchs gegenüber dem Versicherer des Geschädigten siehe *Kath*, Kfz-Haftpflichtversicherungsrecht (2003), S 135ff.

Was ist ein mittelbarer Schaden?⁸⁹

Dies sei vorweg mit einem Beispiel illustriert: Lange Zeit war(!) der klassische mittelbare Schaden jener Entgeltfortzahlungsaufwand, den ein Dienstgeber an einen verunfallten und daher im Krankenstand befindlichen Mitarbeiter zu leisten hatte.

Mittlerweile ist dazu anerkannt, dass aufgrund gesetzlicher Schadensüberwälzung auf den Dienstgeber (ausnahmsweise aufgrund der konkreten gesetzlichen Konstellation) diesem ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem Schädiger zukommt.⁹⁰

Mittelbarer Schaden. Begriff.

Dennoch kennt die Rechtsordnung nach wie vor zahlreiche Fälle, in denen jemand zwar **wirtschaftlich Nachteile** erleidet, ohne jedoch über einen berechtigten Schadenersatzanspruch gegenüber dem Verursacher zu verfügen. Liegt ein Schaden außerhalb des Schutzzwecks der übertretenen Norm, so spricht man von einem **mittelbaren** Schaden; etwa wurde dies in der jüngeren Rechtsprechung bei einem **Kundenausfall** auf der Raststätte (wirtschaftlicher Nachteil) wegen unfallbedingter Straßensperre angenommen.^{91 92}

Bsp: Gesellschafter als mittelbar Geschädigte.

Interessant und in der Praxis immer wieder auftauchend ist in dem Zusammenhang etwa die Annahme eines bloß **mittelbaren** Schadens (der übrigen Gesellschafter) bei Verletzung eines mitarbeitenden Mitgesellschafters. Schlägt sich der unfall-

⁸⁹ Nach *Welser/Zöchling-Jud*, aaO, Rz 1397, sind dies nachteilige Veränderungen des Vermögens, die bei einem Geschädigten eintreten, ohne dass sie Folge der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes dieses Geschädigten sind, sondern die Schäden sofort im Gesamtvermögen eintreten.

⁹⁰ S. dazu grundlegend und die Entwicklungslinien in der Rechtsprechung aufzeigend OGH 24.3.1994, 2 Ob 21/94.

⁹¹ *Karner* in KBB⁴ §1295 ABGB Rz 13 (im Allgemeinen sowie mwNw).

⁹² Sh. aus der jüngeren Rsp etwa auch OGH 25.3.2010, 2 Ob 190/09v.

bedingte Erwerbsausfall eines mitarbeitenden Gesellschafters einer **Personengesellschaft** in einem **Gewinnausfall** der Gesellschaft nieder, kann der **verletzte** Gesellschafter Ersatz des Gewinnausfalles nur in dem Ausmaß fordern, der seiner gesellschaftlichen Beteiligung entspricht. Für die anderen Gesellschafter, die auch einen Erwerbsausfall in Höhe ihrer Gewinnbeteiligung erleiden, ist dieser Ausfall nur ein mittelbarer Schaden, dessen Ersatz sie nicht verlangen können.⁹³

Wie hoch ist mein Schaden?

Oft geht es in der täglichen Praxis auch um Fragen der **Schadensberechnung**.⁹⁴

Dabei wird zunächst zumeist die gutachterlich-technische Schadensermittlung bezweifelt. Diesen Bedenken ist auf tatsächlich-technischer Ebene bzw. im Beweiswege zu begegnen.

Rechtlich begegnet in dem Zusammenhang bisweilen die Tatsache auf Unverständnis, dass lediglich der „Zeitwertschaden“⁹⁵ zu ersetzen ist. Besonders bei Gegenständen, die der Geschädigte subjektiv nicht als abgenutzt empfindet und welche diesem subjektiv noch gleich einem Neugegenstand dienlich sind, ergeben sich immer wieder diffizile Bewertungsfragen. In der Rechtspraxis wird grundsätzlich auf den objektiven Markt- bzw. **Verkehrswert** einer Sache abgestellt, während der Wert besonderer Vorliebe nur in Ausnahmefällen ersatzfähig ist. Dies kann v.a. bei Totalschäden ärgerlich sein, wenn ein – wenn auch wirtschaftlich nicht mehr wertvolles – Fahrzeug dem Eigentümer

⁹³ RIS-Justiz RS0022525.

⁹⁴ S. dazu allgemein *Karner* in *KBB*⁴ § 1293 Rz 8 ff; *Reischauer* in *Rummel*³, § 1293 Rz 2a-2d.

⁹⁵ Zum gemeinen Wert – Berechnungshilfe vgl. *Reischauer*, aaO, § 1332 Rz 2ff.

noch gute Dienste geleistet hat. (Reiner Ärger wiederum ist nicht ersatzfähig; siehe oben).

Die **Restwerbörsen** sind jedenfalls dann beachtlich (und die dort für das Wrack einlangenden Angebote) bemessungsentscheidend für den Schaden, wenn dem Geschädigten das Angebot quasi auf dem Silbertablett präsentiert wird. Dazu entschied der OGH:

Ein Geschädigter ist grundsätzlich berechtigt, an den örtlichen Gebrauchtwagenhändler zu veräußern. Eine Marktforschung kann ihm nicht abverlangt werden, auch nicht über einen lokalen Markt zwischen Privaten. Übermittelt allerdings der Haftpflichtversicherer dem Geschädigten, der sein Fahrzeug nicht reparieren lässt, ein Angebot eines (über das Internet vom Haftpflichtversicherer vermittelten) Privaten, das Wrack um einen günstigeren Preis zu kaufen, „auf dem Silbertablett“, so hat der Geschädigte nur Anspruch auf die Differenz zwischen dem Wiederbeschaffungswert und dem Angebotspreis des Privaten. Ein Geschädigter verletzt durch die Unterlassung der Mitteilung den Haftpflichtversicherer, das Autowrack nicht reparieren zu lassen, sondern unrepariert zu verkaufen, dann nicht seine Schadensminderungspflicht, wenn er als Laie von einem „Privatmarkt“ mit höheren Angeboten für Wracks nichts wusste oder nichts wissen musste und daher auch nicht wissen konnte bzw musste, dass er mit seiner dem Haftpflichtversicherer zunächst nicht bekanntgegebenen Willensänderung, das Wrack nicht reparieren zu lassen, sondern unrepariert zu verkaufen, diesem die Möglichkeit nahm, über das Internet - schadens-mindernd - höhere Kaufangebote einzuholen und dem Geschädigten „auf dem Silbertablett“ zu präsentieren. Um in einem solchen Fall eine Verletzung der Schadensminderungspflicht des Geschädigten anzunehmen, müsste der Haftpflichtversicherer vom zunächst reparaturwilligen Geschädigten verlangen, dass dieser im Fall, dass er es sich anders überlegen sollte und doch nicht reparieren lassen, sondern unrepariert verkaufen wolle, den Versicherer darüber informiere und ihm so ermögliche, höhere Angebote als auf dem lokalen Kfz-Händlermarkt zu präsentieren.⁹⁶

⁹⁶ 2 Ob 18/13f in RIS-Justiz RS0125392.

Entscheidend ist nach der Rechtsprechung grundsätzlich der lokale Gebrauchtwagenmarkt: Der relevante Markt für die Ermittlung des Wrackwerts eines Kraftfahrzeugs ergibt sich regelmäßig aus dem Wohnort des Geschädigten. Dies hindert aber keineswegs eine abweichende Beurteilung, wenn im konkreten Einzelfall die Verwertung des beschädigten Fahrzeugs am mit dem Wohnort nicht identen Unfallort zu einem aus der Sicht des Geschädigten sachgerechteren Ergebnis führt. Dem Geschädigten ist ein legitimes Interesse an der möglichst schnellen und mit möglichst geringem Aufwand an Zeit und Mühe verbundenen Verwertung des Wracks zuzubilligen. Ließe sich allerdings für das im Ausland beschädigte Fahrzeug auf dem heimischen Markt unter Berücksichtigung des Aufwands für die Organisation und die Kosten des Rücktransports und der mit der inländischen Verwertung verbundenen Zeit und Mühe ein bedeutend höherer Verwertungserlös als am ausländischen Unfallort erzielen, so verstößt die Verwertung im Ausland gegen die Schadensminderungspflicht des Geschädigten, sodass er sich bei der Schadensberechnung den entsprechend höheren als den tatsächlich erzielten Veräußerungserlös anrechnen lassen muss.⁹⁷

Vom ersatzfähigen Schaden zum Schadenersatzanspruch⁹⁸

„Jetzt habe ich so einen großen Schaden – da muss doch jemand verantwortlich sein, den muss mir doch jemand ersetzen.“ Dieser Gedanke ist menschlich verständlich und derlei hört man als Anwalt auch sehr häufig. Dennoch ist eine solche Betrachtung rechtlich schlichtweg falsch.

Die Rechtsordnung ist geprägt vom Prinzip der **Verschuldenshaftung**. Für die Verwendung gefährlicher Sachen kann eine **Gefährdungshaftung** bestehen. Als völlige Ausnahme ist eine **Erfolgshaftung** anzusehen.

⁹⁷ 20b249/08v in RIS-Justiz RS0125392.

⁹⁸ Vgl. dazu allgemein *Welser/Zöchling-Jud*, aaO, Rz 1324 ff.

Verschuldenshaftung.⁹⁹

Hierbei geht es darum, dass jemand durch ein objektiv **rechtswidriges** und subjektiv verschuldetes (**vorwerfbares**) Verhalten einen Schaden eines anderen verursacht. Nicht der Schadenseintritt entscheidet über den Anspruch; sondern das schuldhaftes Fehlverhalten des Schädigers bei der Schadenszufügung.

Gefährdungshaftung.¹⁰⁰

Dabei knüpft der Haftungsgrund an die Gefährlichkeit einer Sache an, die jemand für sich verwendet. Hauptanwendungsfall ist die Gefährdungshaftung bei **Kraftfahrzeugen** und Eisenbahnen.¹⁰¹

Der **Halter** eines Kraftfahrzeuges verwendet eine Sache, die der Gesetzgeber als grundsätzlich gefahrenträchtig einstuft. Kommt es folglich beim Betrieb dieser Sache zu einem Schaden, so hat der Halter dafür aufzukommen, sofern nicht ein unabwendbares Ereignis vorgelegen hat. Unabwendbar ist der Verkehrsunfall ganz grob gesprochen nur dann, wenn er seine Ursache nicht in einem technischen Defekt des Fahrzeuges hat und wenn er vom Lenker selbst bei größtmöglicher Vorsicht nicht vermieden werden konnte (mit kompliziert geregelten Einschränkungen).¹⁰²

Zusammenfassender Grundsatz.

Somit ist ein Anspruch auf Ersatz eines Schadens grundsätzlich dann gegeben, wenn er vorwerfbar schuldhaft von einem anderen Menschen (durch dessen rechtswidriges Fehlverhalten) verursacht wurde.

⁹⁹ Grundlegend *Karner*, aaO, § 1295 Rz 1ff.

¹⁰⁰ Generell dazu *Welser/Zöchling-Jud*, aaO, Rz 1329.

¹⁰¹ Bundesgesetz vom 21. Jänner 1959 über die Haftung für den Ersatz von Schäden aus Unfällen beim Betrieb von Eisenbahnen und beim Betrieb von Kraftfahrzeugen (Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz - EKHG.).

¹⁰² § 9 EKHG.

Oder – bei der Gefährdungshaftung (zB) für Kraftfahrzeuge – wenn der Unfall beim Betrieb eines Kraftfahrzeuges verursacht wurde und nicht als unabwendbar einzustufen ist.

In diesen Fällen sind also der Schädiger (bei der Verschuldenshaftung) oder der Halter (bei Kraftfahrzeugen) für den verursachten Schaden ersatzpflichtig.

Erfolgshaftung.

Die Rechtsordnung kennt grundsätzlich¹⁰³ **keine** reine Erfolgshaftung (Erfolg wird in dem Zusammenhang als „negativer Erfolg“, als unverschuldete Verursachung eines Schadens verstanden). Der bloße Umstand, dass jemand den Schaden eines anderen verursacht, führt grds. zu keiner Schadenersatzpflicht. Nur dann, wenn der Schaden vorwerfbar und rechtswidrig verschuldet wurde oder wenn eine besondere Haftung für die Gefährlichkeit einer Sache gesetzlich vorgesehen ist, kommt es zu einer Haftung.

Auch im Medizinrecht: Keine Erfolgshaftung!

Daher haftet etwa auch ein Arzt nicht für einen bestimmten – ausgebliebenen - Behandlungserfolg.¹⁰⁴ Denn auch im Bereich des Medizin-/Arzt Haftungsrechts gilt keine Erfolgshaftung. Wenn jemand im Krankenhaus erkrankt, dann ist dies zwar Pech und sicher nicht das, was man sich wünscht, aber dennoch führt der bloße Umstand, im Krankenhaus erkrankt zu sein, nicht zur Haftung.¹⁰⁵

¹⁰³ Von seltenen sondergesetzlichen Ausnahmen abgesehen!

¹⁰⁴ JBl 1992, 520; OGH 19.11.2002, 4 Ob 249/02z; 31.1.2013, 1 Ob 258/12s.

¹⁰⁵ S. dazu den Beispielsfall (OGH 04.11.201, 8Ob123/10m) in *Arbeithuber*, *Arztrecht* (2014) 209, 210; sowie im Allgemeinen und mWNw ausführlich *Arbeithuber*, *Arztrecht* (2014) 209 f.

Auch bei Auftreten von schicksalhaften (unerwünschten) Operationsfolgen greift keine Haftung, außer diese wären vom Behandler verschuldet worden.¹⁰⁶

Welche Arten von Schäden gibt es?

Bei den Schadensarten unterscheidet man typischerweise Personenschäden,¹⁰⁷ Sachschäden¹⁰⁸ und Vermögensschäden¹⁰⁹.

Bloße Vermögensschäden (die also nicht Folge eines Personen- oder Sachschadens sind)¹¹⁰ werden nur eingeschränkt als ersatzfähig erachtet.¹¹¹ Immaterielle Schäden (hauptsächlich: Trauer, Schmerzen)¹¹² sind nur in besonders geregelten Fällen zu ersetzen.¹¹³

Gibt es Schadenersatz in der Medizin?

Oben wurde bereits gesagt, dass auch im Medizinrecht **keine Erfolgshaftung** gilt. Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch ist daher menschliches, rechtswidriges und vorwerfbares Fehlverhalten (sh. oben).

¹⁰⁶ So OGH 29.4.2013, 8 Ob 133/12h.

¹⁰⁷ § 1325 ABGB normiert: „Wer jemandem an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten, ersetzt ihm den entgangenen und künftig entgehenden Verdienst und bezahlt ihm ein angemessenes Schmerzensgeld.“

¹⁰⁸ Wenn bei der Zerstörung oder Beschädigung von Sachen nicht Natural-, sondern Geldersatz zu leisten ist, gebührt grundsätzlich ihr gemeiner Wert zur Zeit der Schädigung (§ 1332 ABGB).

¹⁰⁹ Vermögensschäden sind Nachteile an geldwerten Gütern, sie sind „in Geld meßbar“.

¹¹⁰ Wenn zB ein Unternehmer, dessen Arbeiter bei einem Straßenverkehrsunfall verletzt wurden, die verschiedenen Werkverträge nicht rechtzeitig erfüllen kann oder wenn einem Gastwirt, bei dem die verletzten Arbeiter sonst täglich ihr Mittagessen einnehmen, dieser Gewinn entgeht, so *Welser/Zöchling-Jud*, aaO, Rz 1397.

¹¹¹ S. dazu mwN ausführlich *Welser/Zöchling-Jud*, aaO, Rz 1398.

¹¹² Wenn eine Körperverletzung mit Schmerzen verbunden ist oder eine Sache zerstört wird, zu der der Eigentümer eine besondere Beziehung hat, kann ein „nachteiliges Gefühl“, ein „Gefühlsschaden“ entstehen, der nicht in Geld meßbar ist und der ideeller oder immaterieller Schaden genannt wird, so *Welser/Zöchling-Jud*, aaO, Rz 1353.

¹¹³ S. dazu ausführlich *Welser/Zöchling-Jud*, aaO, Rz 1354.

Haftungsfälle im Medizinrecht.

Im Bereich der Medizin haben sich im Laufe der Jahre hauptsächlich zwei wesentliche Haftungsansätze herausgebildet:

Nicht lege artis ausgeführter Behandlungsvorgang.

Dieser liegt dann vor, wenn nicht dem Stand der medizinischen Wissenschaft gemäß vorgegangen wurde; dies ist grob gesprochen dann der Fall, wenn einem Arzt ein vorwerfbarer „handwerklicher Fehler“ unterläuft.¹¹⁴

Fehlen der rechtsgültigen Einwilligung eines Patienten.

Der weitere Haftungsansatz liegt im Fehlen einer rechtsgültigen Einwilligung des Patienten zur Behandlung (zB die Durchführung einer Operation ohne Zustimmung des aufgeklärten Patienten).¹¹⁵ Die Rechtsprechung geht dabei davon aus, dass der Patient selbst zu entscheiden habe, ob er eine bestimmte Behandlung wünscht oder lieber mit den Krankheitsproblemen weiterlebt. Ein Patient mit einem desolaten Knie kann sich beispielsweise für eine Knieoperation entscheiden oder aber umgekehrt die Entscheidung treffen, den Eingriff und die damit verbundenen, möglichen Nachteile und Risiken nicht in Kauf zu nehmen und lieber unbehandelt weiterzuleben. Diese Entscheidungsfreiheit soll man ihm lassen, man soll ihn nicht ohne (und natürlich schon gar nicht gegen) seinen Willen operieren.

Eine persönliche Anmerkung dazu: Leider, so scheint dies zumindest die laufende Praxis zutage zu fördern, haben Patienten, die sich gegen eine Behandlung entschieden haben oder die an vorgeschlagenen Behandlungsbemühungen des Arztes nicht mitwirken, dann oft nicht das Rückgrat, auch die

¹¹⁴ Vgl. *Arbeithuber*, aaO, 206ff.

¹¹⁵ S. den ausführlichen Überblick über die diesbezügliche Rechtsprechung in *Arbeithuber*, aaO, 257 ff.

Folgen der selbst getroffenen Entscheidung zu übernehmen und andere – nämlich die Ärzte - dafür verantwortlich zu machen; daher ist es **für den Arzt** wichtig, die **angebotenen** Behandlungen auch und gerade dann zu dokumentieren, wenn sie der Patient nicht wünscht.

Immerhin scheint die Rechtsprechung der Gerichte zumindest das Mitverschulden des Patienten zusehends zu berücksichtigen (bemerkenswert in dem Zusammenhang ist insbesondere eine oberstgerichtliche Entscheidung, die auch das Verschulden des Patienten an der Behandlungsbedürftigkeit an sich als beachtliches Mitverschulden wertet¹¹⁶).

Es ist **für den Arzt** ganz generell wichtig, auch die Aufklärung zu dokumentieren.¹¹⁷ Um dies administrativ besser handhaben zu können, bieten sich Textbausteine und / oder Kürzel an.

Zurück zur rechtsgültigen **Einwilligung** der Patienten:

Voraussetzung dafür, dass der Patient die vorhin beschriebene Entscheidung selbstbestimmt treffen kann, ist die entsprechende ärztliche Beratung, also vor allem die Information des Patienten darüber, worum es aus medizinischer Sicht überhaupt geht. Der Patient soll informiert sein und in informiertem Zustand die Einwilligung treffen. Sehr griffig – treffender als die deutsche Formulierung – ist in dem Zusammenhang der englische Ausdruck. Dieser spricht vom *informed consent* des Patienten.

Richtig besehen schafft das ärztliche Informationsgespräch gerade dem Arzt einen besonderen Freiraum, nämlich den Freiraum, die Entscheidung über das weitere Vorgehen und die Verantwortung für diese Entscheidung nicht selbst tragen zu müssen, sondern an den Patienten weiter zu reichen!

¹¹⁶ OGH 11.5.2010, 4 Ob 36/10p, s. dazu *Arbeithuber*, aaO, 266 ff.

¹¹⁷ Ausdrücklich gesetzlich angeordnet zB in § 19 Abs 1 Z 3 ZÄG oder in § 5 Abs 4 ÄsthOpG.

Dem Arzt schafft es – jedenfalls **rechtlich** betrachtet – Erleichterung, einfach zu akzeptieren, dass es dem Patienten überlassen sein soll, ob er sich behandeln lassen möchte oder nicht.

Der Patient soll nur das **Risiko**, das **er** eingeht, kennen – er soll darüber informiert werden -, was es heißt, wenn er den Behandlungsvorschlag bzw. bestehende Alternativen dazu aufgreift oder ablehnt (und lieber unbehandelt weiterleidet).

Will der Patient die Behandlung **nicht**, obwohl sie aus medizinischer Sicht dringend indiziert scheint, so ist auch das zu akzeptieren und es soll dies – zumindest rechtlich - für den Arzt keine Last sein. Wenn der informierte Patient das eben nicht will, dann trifft damit seine eigene Entscheidung. **Er hat aber auch dann die Folgen selbst zu verantworten.**

Im Bereich der ästhetischen Medizin gelten Sondernormen.¹¹⁸

Was bedeutet Schadensverursachung oder Kausalität?¹¹⁹

Die Begriffe Verursachung und Kausalität werden von routinierten Schadenbearbeitern als selbstverständliche Arbeitsmittel bzw. Arbeitsbegriffe laufend gebraucht - auch im Umgang mit nicht rechtskundigen Geschädigten. Immer wieder begegne ich als Anwalt dazu entsprechender Fragestellung von Betroffenen.

Kausalität und Schadensverursachung.

Kausalität und Schadensverursachung können praktisch wohl als Synonyme angesehen werden. In der Rechtspraxis geht es darum, die haftpflichtigen Folgen (kausale Schäden) von

¹¹⁸ S. dazu die §§ 5, 6 und 7 ÄsthOpG.

¹¹⁹ Nach *Welser/Zöchling-Jud*, aaO, Rz 1367, ist „ein Verhalten (dann) ursächlich (= kausal) für einen Erfolg, wenn es nicht weggedacht werden kann, ohne dass dann der Erfolg entfiel“.

sonstigen Entwicklungen (zB schicksalhaften degenerativen Beschwerden im Personenschadensbereich) abzugrenzen.

Nicht kausale Schäden sind solche, die anderer Ursache bzw. unabhängig von einem Schadensgeschehen eingetreten sind (auch die sogenannten „**Sowiesoschäden**“, jene Schäden also, die ohnehin – auch ohne schädigendes Ereignis - eingetreten wären).

Das Bestehen einer **Schadensanlage**¹²⁰ entlastet den Schädiger übrigens nicht. Oft meinen Geschädigte, sie müssten vor dem Unfall bestandene Probleme verschweigen, weil sie sich sonst um ihren Ersatzanspruch bringen würden. Dies ist falsch: Der Schädiger muss den Geschädigten so nehmen, wie er ist. Er kann sich den Geschädigten ebensowenig aussuchen wie der Geschädigte den Schädiger. Wenn er einen besonders leicht verletzlichen Menschen schädigt (zB jemanden, der – typischerweise altersbedingt - gesundheitlich ohnehin schon schlecht beisammen ist, wie man das landläufig formuliert), dann muss er sich damit abfinden, dass er weitaus schwerere Leidenszustände verursacht, als dies bei einem rundum Gesunden der Fall wäre.

Mein Standardbeispiel dazu ist die Verletzung beim Auffahrunfall: Wenn im Wagen, dem man auffährt, eine alte Person sitzt, die schon ein Bandscheibenleiden hat, die aber mit Glück und dank ärztlicher Kunst noch schmerzfrei gehalten werden konnte, dann löst man durch einen auffahrbedingten Stoß begreiflicherweise deutlich mehr Beschwerden aus, als wenn im Wagen zwei jugendliche 18-Jährige sitzen, die auf dem Weg zum Judotraining sind und die sich dort mit zehnmal mehr

¹²⁰ S. dazu jüngst OGH 17.2.2014, 4 Ob 204/13y, ZVR 2015, 78, für den Bereich des Medizin-/Arztrechtes, wonach Schmerzen, die bei der Behandlung eines ärztlichen Kunstfehlers aufgrund außergewöhnlicher veranlagungsbedingter Therapieunverträglichkeit des Patienten zusätzlich auftraten, auch noch in einem adäquaten Kausalzusammenhang mit dem ärztlichen Fehlverhalten stehen. Die bloße Mitursächlichkeit der Veranlagung des Patienten könne keine Schadensteilung rechtfertigen, der Arzt hafte für den gesamten Schaden, Zak 2014, 118f.

Wucht auf die Matte werfen, als der Wagen durch den Anstoß erfahren hat. Die alte Frau wird durch ein und dieselbe Kollision eine Schwerkranke – die beiden Jugendlichen schütteln sich einmal durch, gehen ins Training und damit hat es sich.

Freilich gilt: Eine Haftung des Schädigers ist nur für jene Folgen gegeben, die durch seine Handlung verursacht wurden; **kausal** ist mithin (nur) jenes Verhalten, das nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg (im Sinne eines negativen Ergebnisses, also im Sinne eines Schadens) entfiel.¹²¹

Die Beschwerden, die unabhängig von der Handlung des Schädigers schon da waren oder unabhängig davon gekommen wären („Sowiesobeschwerden“), bleiben haftungsmäßig außer Betracht.

Wird immer gehaftet, wenn schuldhaft und vorschriftswidrig gehandelt und ein Schaden verursacht wurde?

Nein. Es gibt in dem Zusammenhang nach der anwaltlichen Praxis im Wesentlichen drei häufige Konstellationen, in denen trotz vorschriftswidrigen Verhaltens des Schädigers keine Haftung desselben gegeben ist.

Rechtmäßiges Alternativverhalten.

Obwohl rechtswidrig gehandelt und ein Schaden verursacht wurde, wird nicht gehaftet, weil auch bei korrektem Verhalten (rechtmäßigem Alternativverhalten) der Schaden in gleicher

¹²¹ Dies ist eine Prüfung nach der Formel von der *conditio sine qua non* (Bedingungstheorie), s. dazu ausführlich *Welser/Zöchling-Jud*, aaO, Rz 1366ff: Bei einer Schädigung durch Unterlassen ist zu fragen, ob der Schaden auch eingetreten wäre, wenn man sich das pflichtgemäße Verhalten hinzudenkt – wäre der Schaden dann ausgeblieben, ist die Unterlassung ursächlich.

Weise (oder gar schlimmer) eingetreten wäre.¹²² Die Rechtswidrigkeit war also nicht ausschlaggebende Ursache für den Schadenseintritt. Das kann sogar bei „schweren“ Sorgfaltsverstößen der Fall sein. Als Beispiel nenne ich dazu gerne die überhöhte Geschwindigkeit eines bevorrangten Autofahrers, der genau deshalb den überholten Linksabbieger „nur“ an der vorderen Ecke trifft und nicht (wie dies bei korrekter Geschwindigkeit im Beispiel der Fall wäre) direkt an der Fahrertüre.

Fehlender Rechtswidrigkeitszusammenhang.

Obwohl rechtswidrig gehandelt und ein Schaden verursacht wurde, ist dieser nicht zu ersetzen, weil der Zweck des übertretenen Gesetzes andere Zielsetzungen verfolgt als die Verhinderung des verursachten Schadens.¹²³ Als Beispiel ist das Überholverbot auf unregulierten Kreuzungen zu nennen. Dieses dient dem Schutz des bevorrangten Rechtsabbiegers. Kollidiert der – wenn auch vorschriftswidrig – Überholende hingegen mit dem von links einfahrenden Verkehrsteilnehmer, so verneint die Rechtsprechung einen Schadenersatz des links Einfahrenden, da dieser nicht vom Schutzzweck des Gesetzes erfasst sei.

Nicht ersatzfähiger oder mittelbarer Schaden.

Obwohl rechtswidrig gehandelt und ein Schaden verursacht wurde, greift keine Haftung, weil es sich aus rechtlichen Gründen um keinen ersatzfähigen Schaden handelt (sei es, weil der Betroffene nur mittelbar geschädigt ist oder weil das Gesetz den verursachten Nachteil überhaupt nicht als entschädigungspflichtigen Schaden wertet).

¹²² Dieser Grundsatz ist auch auf den Mitverschuldenseinwand beim Schmerzensgeld anzuwenden, s. zB bei Verstößen gegen die Gurten- und Sturzhelmpflicht *Kath*, Schmerzensgeld (2005) 145ff.

¹²³ Der eingetretene Schaden liegt außerhalb des Schutzbereiches der konkreten Norm.

**Worum geht es in einem gerichtlichen Verfahren
und wie läuft dieses gerichtliche Verfahren ab?**

Was ist zu beweisen?

Welche Beweismittel gibt es?

Das Verfahren schafft die Entscheidungsbasis für das Gericht.

Man muss sich als Partei eines Gerichtsverfahrens immer vor Augen halten, dass der mit der Sache befasste Richter beim tatsächlichen Schadensgeschehen **nicht dabei** war. Vor ihm stehen praktisch zwei **ihm völlig fremde Personen**, die Unterschiedliches oder Gegenteiliges behaupten. Bevor der Richter die rechtliche Beurteilung des Streits vornehmen kann, muss er zunächst einmal feststellen, was sich eigentlich **wirklich zugetragen** hat. Er muss also die damaligen Ereignisse, die Anlass des Streits sind, rekonstruieren.

Zunächst geht es im Verfahren darum zu rekonstruieren, was sich bei dem Ereignis, das Anlass des Streits ist, zugetragen hat.

Dazu verwendet der Richter die in den Verfahrensordnungen (Gesetzen) vorgesehenen **Informationsquellen (Beweismittel)**.

Hauptsächliche **Beweismittel** sind in jedem Gerichtsverfahren sogenannte objektive Beweismittel, das sind vor allem Fotos/Videos oder auch Urkunden; außerdem die Beiziehung eines Gutachters (Sachverständigen). Prozessrechtlich grundsätzlich gleichwertig, aber praktisch weit weniger aussagekräftig - und gemeinhin weitaus überschätzt (!) -, sind die subjektiven Beweismittel wie zB die Befragung von unbeteiligten Personen (Zeugen) oder am Verfahren beteiligten Personen (Parteien).

Grundsätzlich hat der Geschädigte den durch den Schädiger rechtswidrig und schuldhaft verursachten Schaden zu beweisen.¹²⁴ Fügt jedoch ein Schuldner seinem Gläubiger durch Verletzung einer vertraglichen oder gesetzlichen Verbindlichkeit – also durch Verletzung bereits bestehender schuldrechtlicher Sonderbeziehungen – einen Schaden zu, so muss nach § 1298 ABGB grundsätzlich der Schädiger beweisen, dass ihn daran kein Verschulden trifft (Beweislastumkehr). Der Beweis des Schadens und der Kausalität obliegt aber auch hier dem Geschädigten¹²⁵.

Im Rahmen der sogenannten **Beweiswürdigung** entscheidet sich der Richter, der einen oder anderen Informationsquelle (dem einen oder anderen Beweisergebnis) bei der Rekonstruktion des damaligen Geschehens zu folgen. In der Praxis haben sich vor allem die Gutachten von Sachverständigen als besonders aussagekräftige Verfahrensergebnisse abgezeichnet.

Rechtliche Wertung des rekonstruierten Geschehens.

Hat sich der Richter so ein Bild über die tatsächlichen damaligen Ereignisse geschaffen, dann nimmt er von seiner Rekonstruktion ausgehend die rechtliche Beurteilung des (von ihm angenommenen) Sachverhalts an.

Wann erhalte ich Geld?

Wie lange dauert das?

Diese Fragestellung ist natürlich ebenso häufig wie in jedem Fall berechtigt, praktisch aber seriöser Weise zumeist nicht zu beantworten. Wenn jemandem die außergerichtliche Bearbeitung eines Schadens zu lange dauert, kann er grund-

¹²⁴ Vgl. § 1296 ABGB: „Im Zweifel gilt die Vermutung, dass ein Schade ohne Verschulden eines anderen entstanden sei.“

¹²⁵ S. dazu ausführlich *Welser/Zöchling-Jud*, aaO, Rz 1423ff.

sätzlich gerichtlich (üblicherweise mit Klage) vorgehen. Der Gerichtsprozess ist zeitlich nicht verlässlich vorhersagbar.

Das Verfahren führt der Richter, der die entsprechenden Termine nach seinen freien Kapazitäten gestaltet und festlegt. Es gibt keine effizienten und somit praktisch relevanten Erledigungsfristen in den Verfahrensgesetzen.

Auch das gegnerische Gestalten des Verfahrens entzieht sich in einem gewissen Rahmen der eigenen Disposition: Wenn der Gegner meint, es sei gegen eine für ihn ungünstige Beurteilung eine Berufung angebracht, dann steht ihm das frei und es ist eben die Ergreifung dieser rechtlichen Möglichkeit (Erhebung einer Berufung durch den Gegner) zu akzeptieren.

Wer ersetzt mir den Schaden, dass ich auf Ersatz warten muss?

Kommt der Schädiger seiner Leistungspflicht nicht nach, so kann der Berechtigte den sich aus der Zahlungsverzögerung ergebenden Schaden im Wege der Geltendmachung von **Verzugszinsen** fordern. Dieser Zahlungsverzugs-Schaden wird praktisch also durch Zinsen abgegolten. Bei den gegenwärtigen Verhältnissen decken die gesetzlichen Zinsen den tatsächlich vorstellbaren Schaden aus einer Zahlungsverzögerung bei weitem (mehr als) ab. Sollte der Schaden aus der verschuldeten Zahlungsverzögerung tatsächlich noch höher sein, dann kann auch dieser geltend gemacht werden (zB bei Inanspruchnahme eines sehr hoch verzinsten Kredits, indem man zusätzlich zum Schadenersatzanspruch an sich auch die hohen Zinsen geltend macht).

Führt der Zahlungsverzug einen eigenständigen Schaden herbei, der nicht abgewendet werden konnte, so kann dieser unter Umständen gesondert als kausale Schadensfolge ersatzfähig sein.

Welche Versicherung ist bei Schadenersatzansprüchen zuständig?

Brauche ich eine Rechtsschutzversicherung?

Nützt eine Haftpflichtversicherung?

Was leistet eine Unfallversicherung?

Was leistet eine Kaskoversicherung?

Im Bereich des Schadenersatzrechtes herrscht häufig Unklarheit über die maßgeblichen Versicherungszusammenhänge.

Nicht selten kommen Schädiger zum anwaltlichen Gespräch mit einer Rechtsschutzpolizze oder es nehmen Geschädigte ihre Unfallversicherungspolizze mit. Beides trifft den Nagel nicht wirklich auf den Kopf. Warum?

Rechtsschutzversicherung.

Die **aktive** Geltendmachung behaupteter Schadenersatzansprüche fällt in den Bereich der Rechtsschutzversicherung.¹²⁶ Diese übernimmt die damit einhergehenden **Kosten**. Jedoch übernimmt sie nicht die Verpflichtung (eines Schädigers), an den Geschädigten Schadenersatz zu zahlen. Die Rechtsschutzversicherung sichert den Geschädigten also davor ab, dass er zusätzlich zum Schaden, den er ohnehin schon erlitten hat (und den er anwaltlich bzw. gerichtlich einfordern will), noch auf den Rechtsverfolgungskosten sitzen bleibt. Deshalb wird ihm im Umfang des Rechtsschutzversicherungsvertrages das mit der Anspruchsgeltendmachung verbundene **Kostenrisiko** durch den

¹²⁶ § 158j Abs. 1 VersVG lautet: „Bei der Rechtsschutzversicherung sorgt der Versicherer für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers in den im Vertrag umschriebenen Bereichen und trägt die dem Versicherungsnehmer dabei entstehenden Kosten. Wenn sich aus dem Vertrag nichts anderes ergibt, umfaßt die Versicherung sowohl die Wahrnehmung der Interessen in einem gerichtlichen oder sonstigen behördlichen Verfahren als auch außerhalb eines solchen.“

Rechtsschutzversicherer abgenommen. Seine Haftpflichtversicherung hilft dem Geschädigten hingegen nicht weiter.

Haftpflichtversicherung.

Die Haftpflichtversicherung¹²⁷ schützt den Versicherten davor, als haftpflichtiger Schadensverursacher aus der eigenen Tasche Schadenersatzverpflichtungen erfüllen zu müssen. Hier übernimmt die Haftpflichtversicherung die Befriedigung berechtigter Schadenersatzforderungen, aber auch die Abwehr unberechtigter Ersatzforderungen und die Tragung der damit einhergehenden Kosten.

Unfall-/Kaskoversicherung.

Andere Versicherungen, wie zB eine - von ihrer Bezeichnung her durchaus zum Thema naheliegend klingende - **Unfallversicherung**¹²⁸ oder eine **Kaskoversicherung**, führen den Geschädigten in Bezug auf seinen Schadenersatz gegenüber dem Gegner (Schädiger) nicht weiter. Sie können aber dazu dienen, dem Geschädigten sofort den Schaden bzw. einzelne Schadensfolgen ganz oder teilweise abzunehmen, indem sie gewissermaßen an Stelle des Schädigers sofort entsprechend dem **Versicherungsvertrag** Zahlung leisten.¹²⁹

Bei **Personenschäden** greift man zur **Unfallversicherungspolize**, bei Kfz-**Sachschäden** zur **Kaskoversicherungspolize**.

¹²⁷ § 149 VersVG normiert: „Bei der Haftpflichtversicherung ist der Versicherer verpflichtet, dem Versicherungsnehmer die Leistung zu ersetzen, die dieser auf Grund seiner Verantwortlichkeit für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache an einem Dritten zu bewirken hat.“

¹²⁸ Hierzu normiert § 179 Abs. 1 VersVG: „Die Unfallversicherung kann gegen Unfälle, die dem Versicherungsnehmer, oder gegen Unfälle, die einem anderen zustoßen, genommen werden.“

¹²⁹ ZB leistet der Versicherer nach Art. 5 der Allgemeinen Bedingungen für die Kraftfahrzeug-Kaskoversicherung (AKKB 2012/1) – unter Abzug einer allenfalls vereinbarten Selbstbeteiligung (Artikel 8) – jenen Betrag, der nach den im Folgenden angeführten Punkten (Versicherungsleistung bei Totalschaden, bei Teilschaden, etc.) berechnet wird.

Daher wird die Unfallversicherung bisweilen als Körperkasko bezeichnet.

Sachversicherungen.

Auch schützen **verschiedenste Sachversicherungen** bei diversen (laut Vertrag versicherten) Schäden durch Übernahme der in der Polizze bezeichneten (versicherten) Risiken (zB eine Wasserschadenversicherung).

Zahlungen und Folgen im Schadensfall.

Der Versicherer leistet im Schadensfall an den Geschädigten als **Versicherungsnehmer** Zahlung laut im Versicherungsvertrag.

Dafür ist der Unfall- bzw. der Kaskoversicherer (Sachversicherer) dann in der Regel berechtigt, die von ihm bezahlten Schäden vom Schadensgegner zu fordern.¹³⁰ Mit der Zahlung durch den Versicherer und dem Rechtsübergang an den Versicherer fehlt es dem Geschädigten am Recht, die - ohnehin schon vom Versicherer erhaltenen - Schadenspositionen selbst weiter vom Geschädigten verlangen zu können. Dies gilt aber nur insoweit, als der Versicherer zu konkreten Ersatzpositionen, die der Dritte zu ersetzen hat, Zahlung leistet (**kongruente** Leistungen des Versicherers). Insoweit es sich um - vom Schadenersatz unabhängige - Zahlungen des Versicherers laut Versicherungsvertrag handelt (weil dies eben unabhängig vom Schadenersatzrecht zwischen dem Versicherungsnehmer und dem eigenen Versicherer so vereinbart ist), berührt die Zahlung des Versicherers die (nicht kongruenten) Rechtsansprüche des Versicherten als Geschädigtem nicht (man spricht davon, dass nur bei sogenannten kongruenten Zahlungen des Versicherers

¹³⁰ § 67 Abs. 1 S.1 VersVG lautet: „Steht dem Versicherungsnehmer ein Schadenersatzanspruch gegen einen Dritten zu, so geht der Anspruch auf den Versicherer über, soweit dieser dem Versicherungsnehmer den Schaden ersetzt.“

die Schadenersatzansprüche auf den Versicherer übergehen¹³¹). Hingegen lässt die Erbringung nicht kongruenter Leistungen das schadenersatzrechtliche Forderungsrecht des Geschädigten unberührt.

Was bewirkt eine Kaskozahlung für den Geschädigten?

Forderungsübergang.

Wird ein Sachschaden, für den ein gegnerischer Schädiger verantwortlich ist, von einem Kaskoversicherer bezahlt,¹³² dann erledigt sich sozusagen im Umfang der Zahlung des Versicherers der Schaden des Geschädigten und das Forderungsrecht gegenüber dem Schädiger geht auf den Kaskoversicherer über. Wer somit vom Kaskoversicherer eine Zahlung erhalten hat, kann diese nicht noch einmal vom Schädiger fordern.

Was ist mit dem Selbstbehalt?

Häufig sehen (vor allem Kaskoverträge) einen Selbstbehalt vor. Da der Selbstbehalt gerade nicht vom Kaskoversicherer bezahlt wird und als offener Schaden beim Geschädigten bleibt, kann dieser den Selbstbehalt auch nach Kaskoabrechnung weiterhin vom Schädiger fordern. Dem Versicherungsnehmer kommt dabei sogar ein Quotenvorrecht zugute.¹³³ Er erhält den Selbstbehalt ungekürzt, sofern dieser im berechtigten Schadenersatzanspruch (unter Außerachtlassung der Versicherungszahlung) Deckung findet.

¹³¹ S. zum Kongruenzprinzip ausführlich *Kath*, Regress des Versicherers (2011) 67ff.

¹³² Vgl. im Zusammenhang mit Schadenersatzansprüchen, die nicht oder nur unter erschwerten Umständen gegen einen Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherer geltend gemacht werden können, die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Entschädigung von Verkehrsofern (Verkehrsoffer-Entschädigungsgesetz – VOEG), BGBl. I Nr. 37/2007 idF BGBl. Nr. 34/2015, und dazu jüngst OGH 21.2.2013, 2 Ob 185/12p, ZVR 2014, 20 ff.

¹³³ S. zum Quotenvorrecht des VN ausführlich *Kath*, Regress des Versicherers, 71ff.

Beispiel: Der Sachschaden beträgt EUR 10.000,00. Der Geschädigte (= Kaskoversicherungsnehmer) hat einen Selbstbehalt von EUR 2.000,00 und ein Mitverschulden von drei Viertel. Ohne Kaskoversicherung hätte er einen Schadenersatzanspruch von EUR 2.500,00. Da der Selbstbehalt geringer ist, als die Ersatzleistung, die er ohne Kaskoabrechnung erhält, bekommt er vom Schädiger den ungekürzten Selbstbehalt von EUR 2.000,00.

Was ist bei einem Mitverschulden bzw. einer Haftungsteilung?

Anspruchskürzung.

Quotenvorrecht.

Mitverschulden führt grundsätzlich zur quotenmäßigen Anspruchskürzung. Dies gilt sowohl bei der Verschuldenshaftung¹³⁴ als auch bei der Gefährdungshaftung.¹³⁵

Der Selbstbehalt bei einer Kaskoversicherung gebührt aber (bei Deckung im berechtigten Schadenersatzanspruch) dennoch voll (siehe oben).

Wozu habe ich eine Unfallversicherung?

Personenschaden und Ansprüche aus Versicherungsvertrag.

Die Unfallversicherung trägt einen sehr allgemeinen Namen, ist allerdings für ganz spezielle Zwecke (Schadensfälle) bestimmt.¹³⁶ Es handelt sich auch hier um einen vertraglichen Anspruch gegenüber dem eigenen Versicherer. Die Unfallversicherung übernimmt bestimmte (vertraglich vereinbarte) Zahlungen nach

¹³⁴ §1304 ABGB.

¹³⁵ *Karner* in KBB⁴ §1304 Rz 5. Für die Gefährdungshaftung nach EKHG ausdrücklich § 7 EKHG.

¹³⁶ Vgl. Art 2 iVm Art. 6 AUVB 2008 (Allgemeine Bedingungen für die Unfallversicherung).

Eintreten eines Personenschadens (Unfalls iSd Bedingungen) **unabhängig** davon, ob dieser von einem Gegner schuldhaft verursacht wurde, unverschuldet eingetreten ist oder selbst verschuldet wurde. Gerade beim selbstverschuldeten Unfall kann es freilich im jeweiligen Einzelfall zu Leistungsfreiheiten bzw. zu fehlender Leistungsverpflichtung des Versicherers kommen.

Die Unfallversicherung ist gewissermaßen eine „**Körperkasko**“. Natürlich hat der Körper keinen Zeitwert oder Restwert, woran man sich zur Bemessung des Zahlungsanspruchs des Verunglückten orientieren könnte. Die Unfallversicherungsbedingungen ziehen zur Bewertung der Versicherungsleistung die im Versicherungsvertrag vereinbarte Berechnungssumme, welche der Verunglückte bei Vertragsabschluss selbst gestalten kann, einerseits, und das Ausmaß der bleibenden Verletzungsfolgen andererseits heran.

Die Bemessungsgrundlage (Versicherungssumme) kann der (später Verunglückte) Versicherungsnehmer selbst wählen. Dabei stehen natürlich die Höhe der Bemessung (Versicherungssumme) einerseits und die Kosten für den Versicherungsschutz (Prämie) andererseits in Wechselbeziehung. Ganz vereinfachend – pauschalierend und über den Daumen peilend gesprochen gilt: Je höher die Bemessungsbasis (Versicherungssumme und mögliche Leistungspflicht des Versicherers), umso höher die Kosten (Versicherungsprämien).

Art 7 AUVB 2008 unterteilt schematisch den menschlichen Körper in Bestandteile (Glieder) und bewertet (taxiert) diese jeweiligen Körperregionen. Das Ausmaß der konkreten, bleibenden Verletzungsfolgen zur Anwendung der Gliedertaxe richtet sich nach medizinischen Kriterien, ist in der Praxis also eine reine medizinische Gutachtensfrage. Rechtlich ergeben sich praktisch vor allem bei der strittigen Berücksichtigung von nicht

versicherten Risiken, Obliegenheitsverletzungen, strittigen vorbestehenden Risiken und deren Beurteilung Rechtsfragen.¹³⁷

In weitaus überwiegender Anzahl der Fälle gibt aber rein das medizinische Gutachten in Verbindung mit der Polizze (vereinbarten Versicherungssumme) ausschließlichen Ausschlag für die Versicherungsleistung.

Ausgehend vom Versicherungsvertrag, also der Bemessungsgrundlage, der Gliedertaxe und der medizinischen Begutachtung ergibt sich dann ein rechnerischer Vorgang.

Die unterschiedlichen Versicherungsprodukte sehen hier aber verschiedenste Gestaltungsvarianten mit etwa besonderen Erhöhungen bei sehr schweren Verletzungen oder dergleichen vor. Auch werden oft weitere Leistungen als Zahlungen (nur) im Invaliditätsfall in den Versicherungsprodukten vorgesehen. Maßgeblich ist immer der konkrete Vertrags-/ Polizzeninhalt.

Beim Schadenersatzanspruch gegenüber dem Schädiger:

Wie wird das Schmerzensgeld bemessen?¹³⁸

Schmerzen und Schmerzperioden.

Begrifflich spricht man beim Schmerzensgeld von jenem Schadenersatz, den der haftpflichtige **Gegner** an den Geschädigten aus dem Grund der Körperverletzung leistet.

Ausschlaggebend für die Beurteilung des Schmerzensgeldes sind **Art und Ausmaß** der erlittenen Verletzungen sowie **Dauer** und **Intensität** der Schmerzen.

¹³⁷ Exemplarisch für mehrere spannende Rechtsfragen im Bereich der Unfallversicherung (Abfindung, Vergleich, Teilzahlungen, Fristen, Obliegenheiten, Mitwirkungspflichten) zB jüngst OGH zu 7Ob117/15d.

¹³⁸ S. zu den Bemessungsgrundsätzen für die Ermittlung eines angemessenen Schmerzensgeldes *Kath*, Schmerzensgeld, 37ff.

Man unterscheidet üblicherweise

- starke,
- mittlere und
- leichte Schmerzen.

Dabei gibt man diese Schmerzen in sogenannten

- Schmerzperioden (Schmerzzeiträume)
- bezogen auf den 24-Stunden-Tag (gerafft) an.¹³⁹

Mir kommen die medizinischen Werte so gering vor?

Richtiges Verständnis des Gutachtens ist wichtig!

Zu beachten (1): Nur drei Schmerzkategorien!

Von absoluten Ausnahmefällen abgesehen, differenziert die Praxis nur zwischen den drei Kategorien leicht – mittel - stark.

Freilich ist es völlig verständlich, dass nahezu jeder Geschädigte die Schmerzen, die er verspürt, als stark empfindet. Daher stößt man häufig auf große Enttäuschung, indem die Geschädigten vehement die medizinischen Aussagen dazu bestreiten, dass ihre Beschwerden nur als leicht zu werten seien. Geschädigte erachten sich also oft über die medizinische Einstufung ihrer Beschwerden in den Kategorien leicht und mittel als beschwert.

Zur Einstufung der Schmerzen in die Kategorie leicht, mittel und stark muss man sich vor Augen halten, dass in der Praxis eben keine weiterführenden Kategorien gebildet wurden bzw. berücksichtigt werden. Mein erklärender Hinweis ist daher folgender: Es muss auch Platz sein für die Schmerzen eines verletzten Motorradlenkers, der vom Traktor erfasst und gegen die Leitschiene geschleudert wurde, sodass, neben zahlreichen

¹³⁹ Zu Schmerzkategorien, Schmerzperioden und Schmerzengeldtag-sätzen eingehend *Kath*, Schmerzengeld, 43ff.

Brüchen und inneren Verletzungen, Gliedmaßen wie Beine oder Arme fehlen etc. Dieser hat starke Schmerzen!

Natürlich mag eine Knieprellung, Rippenprellung, ein Schienbeinbruch oder dergleichen während der gesamten Beschwerdezeit als stark beschwerlich empfunden werden. Würde man aber sozusagen diese Verletzungen in den zur Verfügung stehenden Kategorien als stark einschätzen, bliebe für den beispielsweise genannten Motorradfahrer mit abgetrennten Gliedmaßen kein Raum. Aus diesem Verständnis heraus darf es nicht verwundern, dass häufig die subjektiv gleichwohl als stark empfundenen Schmerzen dann in der medizinischen Beurteilung nur als leichte Schmerzen kategorisiert werden.

Zu beachten (2): Geraffte Schmerzzeiträume!

„Abrechnung“ nach Tages-Einheiten!

Geschädigte beschweren sich auch oft über die viel zu kurz empfundenen Angaben zu den Schmerzperioden in der medizinischen Einschätzung. Auch das ist verständlich, wenn jemandem die Bemessungsmethodik nicht näher vertraut ist.

Dabei ist zwecks besseren Verständnisses darauf hinzuweisen, dass in der gängigen Bemessungspraxis die Beschwerden gerafft, auf den **24-Stunden-Tag** bezogen, angegeben werden.

Verrechnungseinheit ist also immer der **ganze Tag (24 Std.)**. Wenn das Gutachten zB von drei Tagen leichten Schmerzen spricht, dann meint der Gutachter also wirklich drei volle Tage, sohin 72 Stunden.

Nun gibt es aber viele Schmerzzustände, die glücklicherweise nicht den ganzen Tag lang andauern, sondern die zwischendurch auch abklingen oder gar nicht vorhanden sind; so zB indem der Verletzte immerhin schlafen kann, oder indem er etwa bei seiner

Büroarbeit, die er im Sitzen verrichtet, nicht leidet oder ähnliches.

Mein Standardbeispiel in dem Zusammenhang ist das verletzte Knie, das beim Stiegensteigen Beschwerden macht. Auch wenn diese Beschwerden 3 Monate hindurch jeden Tag auftreten, so wird dies in der medizinischen Beurteilung nicht dazu führen, dass der medizinische Sachverständige 3 Monate, also 90 Tage, als Schmerzzeitraum annimmt, vielmehr wird er die nur **fallweise** auftretenden Beschwerden entsprechend ihrem zeitlichen Ausmaß im Rahmen eines 24-Stunden-Tages zusammenfassen. Mithin kann es durchaus sein, dass fallweise auftretende, ausklingende Restbeschwerden zwar über 3 Monate verspürt werden, im Gutachten dazu aber etwa nur von 3-5 Tagen leichten Schmerzen die Rede ist. Dies muss nicht Folge einer falschen medizinischen Beurteilung sein, sondern kann ein völlig korrektes Ergebnis der **Komprimierung** auf die Tageseinheit – die 24-Stunden-Einheit - darstellen.

Entpacken wie die ZIP-Datei.

Oder – zur Erläuterung – anders herum besprochen: Man muss gewissermaßen die **komprimierte Datei entpacken**, also die zusammengefassten Zeiträume wie eine komprimierte Datei auf ihre ursprünglichen Ausmaße auspacken (ausdehnen).

Damit wird typischerweise die auf den ersten Blick häufig zu Unmut führende medizinische Beurteilung dann gut verständlich.

Die Bemessung in Schmerzperioden mit den drei Kategorien **leicht - mittel und stark bezogen auf den 24-Stunden-Tag** ist in der Praxis die entscheidende Vorgangsweise bei der Bemessung von Schmerzensgeldansprüchen, die in dieser Form auch bei Gericht gehandhabt wird. Natürlich besteht, alleine schon deswegen, weil die Schmerzperioden von medizinischer Seite her oft mit einer entsprechender Bandbreite eingeschätzt

werden, eine Argumentationsmöglichkeit hinsichtlich des konkreten Zahlungsbetrages. Dem Richter kommt auch entsprechender (freier) Gestaltungsspielraum¹⁴⁰ zu. In der Praxis erfolgt aber auch bei Gericht zunächst ein durchaus mathematischer Zugang auf Basis des Gutachtens statt.¹⁴¹

In der Praxis ist man dabei in der ersten Verfahrensinstanz – was die richterliche Bemessung betrifft – quasi auch in letzter Instanz, denn nur in den seltensten Fällen wird diese erstrichterliche Ausmittlung, sofern sie sich innerhalb der Grenzen des Ermessensspielraums, der dem Richter eingeräumt ist, bewegt, abgeändert.

Was ist mit meinen vielen Behandlungsaufwendungen?

Kausaler Behandlungsaufwand ist zu ersetzen.

Erfordert eine Körperverletzung eine medizinische Behandlung oder erscheint eine solche auch nur zweckmäßig, dann ist der Verletzte berechtigt, diese Behandlungsaufwendungen vom Schädiger ersetzt zu verlangen. Kann er diese aus eigenem nicht bezahlen, steht ihm auch die Möglichkeit offen, einen Vorschuss vom Schädiger zu verlangen (praktisch naheliegend ist dies etwa bei kostenintensiveren Zahnbehandlungen, die zB vom Zahnarzt nur gegen Akontozahlung oder Vorkasse erbracht werden).¹⁴²

Es gelten aber wichtige Einschränkungen:

Nicht alle medizinischen Leistungen werden als zielführend und damit als ersatzfähig anerkannt. Lässt der Verletzte etwa seinen

¹⁴⁰ § 273 ZPO.

¹⁴¹ Zum objektiven Beurteilungsmaßstab als „letztes Korrektiv“ s. *Kath*, Schmerzengeld, 47ff.

¹⁴² S. zum Vorschuss auf zukünftige Heilbehandlungen grundlegend OGH 23.10.1997, 2 Ob 82/97s; dem nachfolgend OGH 28.4.2011, 1 Ob 48/11g sowie 9.4.2015, 2 Ob 173/14a. S. auch *Schwarzenegger/Thunhart*, Was kommt nach den fiktiven Heilungskosten?, ÖJZ 2001, 673 ff.

Hormonstatus von einem Wüschelrutengeher auspendeln, wie mir dies schon unterkam, dann fehlt der Nachweis einer medizinischen Eignung der Behandlung und der Verletzte hat solche Aufwendungen jedenfalls selbst zu tragen, auch dann, wenn den Unfallgegner an seinen Verletzungen ein noch so schweres Verschulden trifft.

Der Weg zum ersatzfähigen Heilungsaufwand.

Gerade die nichtärztlichen Heilungsangebote (zB Massagen) sind hinsichtlich ihrer Ersatzfähigkeit häufig strittig. Ich persönlich vertrete als Orientierungslinie dabei folgenden Zugang:

Es entspricht zweifelsohne dem Stand der Gesundheitsversorgung, dass man die Heilungsbemühungen nicht ausschließlich auf ärztliche Leistungsangebote reduzieren kann. Nichtsdestotrotz obliegt es dem Arzt und - kommt diesem kraft Gesetzes die zentrale Bedeutung dabei zu -, ein auf medizinisch-wissenschaftlicher Evidenz basierendes Behandlungsgeschehen zu lenken. Das Ärztegesetz weist dem Arzt eine Alleinstellung auf dem Gebiet der Gesundheitsbehandlung zu und sieht hinsichtlich der Behandlungsmaßnahmen anderer Gesundheitsberufe typischerweise die ärztliche Anordnung¹⁴³ vor.

Am Beispiel bei Massagen wird dies deutlich. Der Gesetzgeber unterscheidet klar zwischen medizinischen Massagen und Heilmassagen, die im Rahmen der Gesundheitsberufe – als gesundheitsberufliche Dienstleistung – erbracht werden können und sonstigen Massagen, die von gewerblichen Masseuren im Sinne der Gewerbeordnung als gewerbliche Dienstleistung erbracht werden. Die medizinische Massage und die Heilmassage bedürfen der ärztlichen Anordnung.¹⁴⁴ Erst mit dieser „Freigabe“ ist medizinische oder Heilmassage durch den Gesundheitsdiensteanbieter zulässig.

¹⁴³ ZB § 11 Abs. 3 GuKG, §§ 4 ff MABG.

¹⁴⁴ Vgl. § 5 bzw. § 29 MMHmG.

Findet nun eine solcherart **ärztlich getragene** Behandlung statt, erachte ich diese grundsätzlich als ersatzfähige Aufwendung, während dies umgekehrt mangels individuellen Nachweises im Einzelfall bei sonstigen „ähnlich klingenden“, jedoch auf völlig anderem Boden stattfindenden, „Behandlungen“ nicht der Fall ist. Aufgrund der gesetzlichen Ausgangslage haben sozusagen meines Erachtens die von Ärzten oder auf ärztliche Anordnung von Gesundheitsberufen erbrachten Behandlungen die Vermutung der **Ersatzfähigkeit** in sich, die freilich im Einzelfall widerlegt werden kann, was umgekehrt bei anderen (gewerblichen) Leistungserbringern mangels konkreten Nachweises im Einzelfall gerade nicht zu vermuten ist.

Die Rechtsprechung lässt hier einen – meines Erachtens zu weiten – breiten Behandlungsbogen zu. Aber aus der Position des Verletzten sollte man sich – meiner Meinung und meinem Rat zu Folge – auf der sicheren Seite bewegen und dasjenige Behandlungsregime wählen, wie ich es vorstehend als vermutetermaßen ersatzfähig vorgestellt habe. Zumindest entspricht dies meiner bewährten Empfehlung.

Von einem Nachweis befreit dieses Vorgehen freilich nicht: Nämlich jenem des **Kausalzusammenhangs**. Immer wieder begegnet es breitem Entsetzen auf Seiten der Verletzten, dass von Seiten des Schädigers oder dessen Haftpflichtversicherers gleichwohl ärztlich erbrachte oder verordnete Leistungen (bzw. der Aufwand dafür) nicht übernommen werden. Dies hat typischermaßen nicht damit zu tun, dass die Behandlung (und deren medizinische Indikation) als solche angezweifelt wird, insbesondere auch nicht deren Zweckmäßigkeit, sondern dass der für einen Ersatzanspruch erforderliche kausale Zusammenhang – also die Verursachung dieser Behandlungskosten durch den Schädiger – bestritten wird.

**Mein Arzt hat mir die Behandlung verschrieben -
jetzt wird sie nicht übernommen? Wie gibt es das?**

Der Arzt behandelt. Er nimmt keine Ersatzbeurteilung vor!

Die Antwort auf diese Frage hat davon auszugehen, dass sich der behandelnde **Arzt** seinem Berufsbild zufolge **nicht** über die Unfallursächlichkeit Gedanken zu machen braucht, sondern darauf zu achten hat, dem Kranken Linderung oder Heilung zu verschaffen. Ob damit **kausale** Verletzungsfolgen geheilt werden oder schicksalhaft in zufälligem zeitlichen Zusammenhang mit dem Unfallgeschehen stehende Beschwerden behandelt werden, ist **für den Arzt nicht von Interesse**. Er geht entsprechend dem Beschwerdebild vor, ohne mit der laut Diagnose indizierten Behandlung eine Aussage über die Unfallkausalität zu treffen. Somit mag die Behandlung medizinisch richtig, lege artis und laut Beschwerdebild indiziert sein, aber dennoch aufgrund fehlenden nachgewiesenen Kausalzusammenhangs kein Ersatzanspruch gegenüber einem Schadensverursacher (dessen Ersatzpflicht auf kausale Schadensfolgen begrenzt ist) gegeben sein.

Mein Rat ist es daher, mit der Gegenseite das Behandlungsprozedere vorweg abzustimmen.

Soll ich zum Arzt gehen?

Wie oft muss ich zum Arzt gehen?

Die Beschwerden und der Arzt entscheiden!

Diese oder ähnliche Fragen kommen sehr häufig. Meine Antwort ist immer die gleiche: Weder schicke ich jemanden zum Arzt noch halte ich ihn davon ab. Schon gar nicht aber schicke ich Gesunde zum Arzt.

Meiner Meinung nach ist der Umgang mit dieser Thematik eigentlich ein ganz einfacher: Niemand hat Interesse daran, dass eine Verletzung keine adäquate Behandlung erfährt.

Im Gegenteil: Lässt ein Verletzter eine erlittene Körperverletzung nicht adäquat behandeln, so haftet er aufgrund Mitverschuldens wegen Sorglosigkeit in eigener Angelegenheit für die dadurch allenfalls verursachte Verzögerung der Genesung¹⁴⁵.

Adäquate Behandlung ist sinnvoll.

Gleichzeitig erfolgt dabei Dokumentation.

Niemand hat also Interesse, dass ein medizinisches Leiden nicht angemessen behandelt wird. Gleichzeitig dokumentiert der Behandler jeweils die Patientenangaben, Befund und Diagnose sowie Therapie, womit dessen Behandlungsdokumentation¹⁴⁶ eine wertvolle Unterlage zur möglichst objektiv richtigen Beurteilung von Verletzungsfolgen, insbesondere eben Schmerzensgeldansprüchen, ist.

Der Eintrag in der ärztlichen Kartei liefert wesentliche Anhaltspunkte in beide Richtungen: Es kann sich daraus die erfreulich rasche Beschwerdefreiheit ableiten und „für den Schädiger günstige Beweismittel zu Tage fördern“. (Dies ganz davon abgesehen, dass es ohnedies ein Glück ist, wie ich den Leuten immer sage, wenn die ärztliche Beurteilung auf gesund / geheilt lautet, und nicht krankheitswertiger Befund / Diagnose vorliegen. Bei manchen Verletzten hat man geradezu den Eindruck, sie würden sich mit aller Kraft einen schwerkranken Zustand herbeiwünschen, um Ersatzleistungen erhalten zu können, statt sich lieber über eine rasche Heilung zu freuen.)

Die ärztliche Dokumentation kann aber auch zu Lasten des Schädigers gehen, etwa, wenn der Arzt minutiös schwere und

¹⁴⁵ zB OGH 30.08.2011, 2Ob144/11g; zur Duldungs- und Mitwirkungspflicht des Verletzten/Geschädigten s. *Reischauer*, aaO, § 1304 Rz 39.

¹⁴⁶ § 51 ÄrzteG. S. ausführlich zur ärztlichen Dokumentationspflicht, *Arbeithuber*, aaO, 212 ff.

lang anhaltende Beschwerden entsprechend seinem Befund im Beweismittel (Krankengeschichte) dokumentiert.

Kein Taktieren im Bereich der Behandlung!

Daher gilt: Die Behandlung ist kein Bereich zum Taktieren. Weder hat es Sinn, bei Beschwerden keinen ärztlichen Rat zu suchen, noch soll sich der Gesunde krank jammern und die ärztliche Ordination belegen; es bringt ihm ohnedies nichts, wenn die Krankengeschichte dann bloß Beschwerdefreiheit dokumentiert.

Grundsätzlich sind Verletzungen zu behandeln.

Ich schicke keinen Gesunden zum Arzt, rate aber Folgendes: Solange Beschwerden bestehen, erscheint es aus meiner Sicht zielführend, diese fachgerecht und fachkundig behandeln zu lassen, nicht aber trotz Beschwerden dahinzuwursteln.

Da gibt es Leute, die tauschen mit Bekannten Medikamente aus, wozu zwei Dinge zu sagen sind: Zum ersten, dass dies ein medizinisch gefährliches Spiel sein kann; so wie zum anderen, dass aufgrund dieses privaten „Behandelns“ ein objektiver Befund samt Diagnose auf ärztlichem-fachlichem Niveau über das ganze Behandlungsgeschehen hinweg nicht dokumentiert ist.

Daher meine Empfehlung: Solange Beschwerden da sind, sollte man diese sorgfaltsgemäß und fachgerecht (das ist ärztlich) therapieren lassen. Dies sollte der raschen Genesung – und damit sämtlichen Beteiligten – dienen und verbindet damit den in der Praxis – in jeder Hinsicht – förderlichen Aspekt der objektiven Dokumentation auf hohem fachlichen Niveau.

Wichtig dabei erscheint nochmals: Die Beurteilung der Kausalität des Behandlungsgeschehens und damit des Haftungsumfanges ist ohnehin gesondert vorzunehmen. Der Arzt hat dies nicht zu

prüfen. Fehl geht mithin die Annahme, man würde automatisch analog zur Anzahl der Arztbesuche Geldstapel aufbauen.

Leiden vortäuschen schafft Qualen!

Es sei an der Stelle auch erwähnt, dass der gewillkürte Leidensweg, den ein vorgeblich Kranker durchläuft, durchaus beschwerlich ist. Immerhin muss der die Beschwerden vortäuschende Anspruchstellende ein nur zum Schein und ohne wirklichen Anlass absolviertes „Behandlungsgeschehen“ durchlaufen, er muss die Anspruchstellung – wenn auch allenfalls gemeinsam mit einem anwaltlichen Vertreter – aufbereiten, er muss bei Gericht erscheinen, um die Rekonstruktion der Rahmenbedingungen zu ermöglichen, er muss ein gerichtsgutachterliches Beurteilungsprozedere durchlaufen und er riskiert – wenn auch selten und praktisch nur im Extremfall – zu allerletzt noch eine allfällige Obliegenheitsverletzung gegenüber dem Rechtsschutzversicherer (mit der Folge der Leistungsfreiheit) oder, sich - wenn auch wieder nur im Extremfall – einem strafrechtlichen Verfahren aussetzen zu müssen.

**Ich habe durch den Unfall vermehrte Bedürfnisse -
sind diese zu ersetzen?**

Haushaltshilfe und Pflegeaufwand.

Beeinträchtigt die Verletzung bei der **Haushaltsführung** - genauer: bei der Haushaltsführung in jener Art und Weise, wie sie vor dem Unfall stattgefunden hat -, so besteht ein Anspruch auf Ersatz kausaler Haushaltshilfe.¹⁴⁷ Auch hier zieht das Ersatzerfordernis der **Unfallkausalität** eine strenge Grenze.

¹⁴⁷ Zur Haushaltsarbeit/Hausfrauen(mann)rente/Beistandsleistungen s. ausführlich *Reischauer*, aaO, § 1325, Rz 39; *Danzl*, aaO, § 1325 Rz 24 f.

Nicht jedoch steht dem Anspruch entgegen, dass die Leistungen durch **Familienangehörige** kostenfrei erbracht werden.¹⁴⁸

Natürlich gilt auch hier die **Schadensminderungspflicht**. Man wird nicht ausgerechnet dann die neuen Kästchen nachhause bringen und zusammenbasteln müssen, solange der Arm in einer Schleife ruhig gestellt und die Hand bandagiert ist. Die gerichtliche Praxis ist hier jedoch mE (zu) großzügig.

Sind Hilfestellungen zur **Körperpflege** nötig – wie dies etwa häufig vorkommt, wenn mit einem Gipsverband ein selbständiges Ankleiden, Baden oder dergleichen nicht möglich ist -, dann gebührt auch hierfür Ersatz.¹⁴⁹

Wegen des Unfalls konnte ich eine Reise nicht antreten?

Lange Zeit wurde die Auffassung vertreten, dass es sich dabei um die Geltendmachung entgangener ideeller Freuden handle, weshalb Ersatzfähigkeit jenes Schadens verneint wurde. Neuerdings scheint die Rechtsprechung jedoch die Auffassung zu vertreten, dass jedenfalls die im kausalen Gefolge eines

¹⁴⁸ Die Leistung des Angehörigen soll den Schädiger nicht entlasten, so *Danzl*, aaO, § 1325 Rz 8 mit Verweis auf OGH 10.9.1998, 6 Ob 143/98t; s. in diesem Zusammenhang ausführlich zur Höhe des maßgeblichen Stundenlohnes – als Betreuungskosten sind vom Schädiger jene Brutto-lohnkosten zu ersetzen, die die Erbringung der konkreten notwendigen Pflegeleistungen durch professionelle Kräfte erfordern würde, wobei der Ersatz nach der Rechtsprechung unabhängig davon gebührt, ob eine Hilfskraft eingestellt wird oder nicht – sowie zur Reichweite der ersatzfähigen Dienstleistungen im Rahmen von § 1327 ABGB: dazu zählen nicht nur die Haushaltsführung im (engeren) Sinn „der Erledigung der Alltagsversorgung der Familie“ bzw. „die lebensnotwendige Hausarbeit“, sondern alle Leistungen, die im Rahmen eines sozialadäquaten Familienlebens als üblich zu qualifizieren sind, wobei im konkreten Fall darunter auch Hundebetreuungskosten subsumiert wurden – OGH 23.1.2015, 8 Ob 129/14z (ZVR 2015, 196 ff).

¹⁴⁹ Zur Pflegehilfe durch Verwandte siehe *Danzl*, aaO, § 1325 Rz 8 f.

Personenschadens (Verletzungsgeschehens) nutzlos gewordenen Zahlungen (Vermögensschäden) ersatzfähig sind.¹⁵⁰

Im besonderen Maße wird sich die Zahl ersatzpflichtiger Fälle ohnehin in Grenzen halten, als die nachzuweisende Verursachung (Kausalität) des Unfalls für den Nichtantritt wie auch die Bemühungspflicht (Schadenminderungspflicht) des Geschädigten eine reichlich strenge Grenzziehung vornehmen.

Bekomme ich den Schaden mit oder ohne Umsatzsteuer (brutto oder netto)?¹⁵¹

Schadenersatz ist grundsätzlich brutto zu leisten, außer der zum Vorsteuerabzug berechnete Geschädigte (Unternehmer) hat Vorsteuerabzug geltend gemacht (allenfalls bloß: schon geltend machen können).

Hat jedoch der Geschädigte an einen Unternehmer Schadenersatz geleistet, der diesbezüglich zum Vorsteuerabzug berechnigt ist, so besteht ein Rückforderungsanspruch im Umfang der vorab bezahlten Umsatzsteuer.¹⁵²

Besteht kein Recht zum Vorsteuerabzug (wie für Nichtunternehmer typisch), so ist Schadenersatz mit Umsatzsteuer zu leisten; erfolgt jedoch die Reparatur durch den Privaten in Eigenregie (oder im Pfusch), dann steht keine Umsatzsteuer zu, da eine solche nicht anfällt (nicht entrichtet wurde).

¹⁵⁰ Zur Ersatzfähigkeit frustrierter Reisekosten siehe jüngst OGH 17.2.2010, 2 Ob 113/09w; 26.4.2011, 8 Ob 101/10a.

¹⁵¹ Für den unternehmerischen Bereich siehe die Sonderregelung des Art. XII EG-UstG. Zur (fiktiven) Umsatzsteuer *Danzl*, aaO, § 1323 Rz 12 f.

¹⁵² Art. XII EG-UstG.

Totalschaden und Leasingnehmer?

Trennung von Leasingvertrag (Leasingkonto) und Schadenersatz.

Jedenfalls im Fall des Totalschadens¹⁵³ steht der Ersatzanspruch typischerweise dem Leasinggeber zu. Dieser verrechnet den **Fahrzeugschaden** mit dem **Schädiger**.

Der **Leasingvertrag** an sich ist zwischen Leasingnehmer und Leasinggeber vertragskonform abzurechnen.

Häufig wird von Leasingnehmern übersehen, dass es sich beim geleasteten Fahrzeug nur scheinbar bzw. nur subjektiv- vermeintlich um Eigentum des Leasingnehmers handelt. Rechtlich ist die Rechtsposition des Leasingnehmers vor allem durch die Vertragsgestaltung des **Leasingvertrages** dominiert.

Dabei gilt, dass der reale (tatsächliche) **Fahrzeugwert** einerseits und der jeweilige Stand des **Leasingkontos** (Guthabens des Leasingnehmers bzw. Restschuld desselben) nicht konform gehen müssen. Der Restwert basiert auf vertraglicher Vereinbarung und ist je nach Modalität des Leasingvertrages gestaltbar. Mitunter hinkt gewissermaßen das Leasingkonto dem Zeitwert hinterher (es ist also der Fahrzeugwert schneller gesunken als der Stand des Leasingvertrages). Umgekehrt kann der Leasingnehmer bereits erhebliche Zahlungen geleistet haben und aus dem Leasingvertrag heraus nur mehr ein geringer Restbetrag offen sein, der weit unter dem realen Fahrzeugwert liegt. An dieser Konstellation ändert das Unfallgeschehen nichts. Ersatz vom Schädiger gebührt im **Gegenwert der zerstörten Leasingsache**. Nicht das letzte Wort gesprochen hat die Rechtsprechung zur Frage, ob im Leasingfall **brutto oder netto** zu entschädigen ist. Dies wurde jüngst bewusst offen gelassen.¹⁵⁴

¹⁵³ Zum Totalschaden eines Leasingfahrzeuges *Danzl*, aaO, § 1323 Rz 9.

¹⁵⁴ LG Linz als Berufungsgericht, 32 R 36/15t.

Schlussbemerkung

Ich hoffe, die behandelten Themen gut verständlich und entsprechend meiner praktischen Erfahrung besprochen zu haben.

Natürlich gilt: Die konkrete individuelle Beurteilung richtet sich nach dem ganz speziellen jeweiligen Geschehen, sodass die persönliche Besprechung und Beratung keinesfalls im Wege allgemeiner Erklärungen ersetzt werden kann.

Auch unternimmt die vorstehende Zusammenfassung nicht den Versuch, die Themen abschließend und vollständig zur Darstellung zu bringen. Vielmehr werden typische Fragestellungen mit typischen Erklärungen ohne Anspruch auf Vollständigkeit oder Wissenschaftlichkeit bearbeitet.

Gleichwohl findet sich ein Einblick in einen Ausschnitt meiner immerhin mehr als zwei Jahrzehnte währenden anwaltlichen Tätigkeit, welche somit auf durchaus reichlichen Erfahrungsschatz zurückgreifen kann.

Möge die eine oder andere für den geneigten Leser interessante Fragestellung in der vorliegenden Unterlage nachvollziehbar behandelt werden!

Klienteninformation. Linz, Herbst 2015.

(c), Herausgeber, Medieninhaber und für den Inhalt verantwortlich:

Dr. Christoph Arbeithuber, P.L.L.M, Rechtsanwalt, Gerstnerstraße 12, 4040 Linz

www.anwaltskanzlei-linz.at

www.arzt-recht.at



ARBEITHUBER