Zankl Kurzlehrbuch – 6. Auflage Zusammenfassung Sonam Schima

*Anmerkungen: Bitte Bsp im Buch Nachschaun, BITTE NICHT NUR DIESE ZSFG VERWENDEN! § ohne Gesetzanmerkungen (zB §95) sind immer ABGB Gesetze.*

*Viel Glück!*

Vorwort: Updates 5. Zur 6. Auflage

**A.Gesetzgebung**

**I. VKrG**

Durch das BGBl I 28/2010 wurden die §16-25 KschG aufgehoben, da das VKrG nun vorvertragliche Pflichten des Kreditgebers das Rücktritts- und Kündigungsrecht des Kreditnehmers und die Möglichkeit vorzeitiger Rückzahlung regelten. Gem §2/1 VKrG sind Kreditgeber Unternehmer im Sinne des KSchG, Kreditnehmer sind Verbraucher was eine Anwendung des KSchG bewirkt.

Die Bestimmungen §§5-17 sind nur auf Kreditbeträge über 200 Euro anwendbar, ebenso wenig gelten sie für Kredite die innerhalb 3 Monaten zurückgezahlt werden oder als Nebenleistung aus dem Arbeitsverhältnis geschlossen werden.

§6,9, 12 regeln Aussehen, vorvertragliche Pflichten und das besondere Rücktrittsrecht des VKrG

**II. DaKRÄG**

Mit dem DAKRÄG wurde das Wesen des Darlehenvertrages geändert – dieser ist nun Konsensualvertrag und kein Realvertrag mehr. Weiters sind die Regelungen bzgl des Darlehens im KSchG durch das VKrG ersetzt worden. **Näheres RZ 82,156**

**III. IRÄG 2010**

Der Zweck war die Erleichterung der Sanierung von Unternehmen in einer Insolvenz, Konkurs und Ausgleichsverfahren wurden vereinheitlicht, es besteht statt der KO und AO nurmehr die IO. Für Banken und Versicherungen besteht weiterhin Sonderrecht. **Näheres RZ 64, 68, 99, 152a, 325**

**IV.** **E-Geld-Gesetz (2010)**

**Mit dem BGBl 107/2010** wurde das bisherige E-GG aufgehoben Für weitere Infos siehe unten. Das 3. Hauptstück regelt nun Ausgabe und Rücktauschbarkeit von E-Geld.

**V. Budgetbegleitgesetz (2011)**

Diese brachten vor allem Änderungen im FMedG mit sich – Zustimmungen sind nun meist ausschließlich durch den Notar möglich, nicht mehr durch Gerichtsentscheid. **Näheres RZ 426**

**VI.** **BVG über Rechte von Kindern**

Die UN-Kinderrechtskonvention wurde Teil der BVG. **Näheres RZ 428**

**VII. TNG (2011)**

Mindestlaufzeit von Teilnutzungsverträgen beträgt nun nurmehr 1 Jahr, das TNG findet nun auch auf bewegliche Sachen Anwendung wenn diese zu Wohn- und Beherbergungszwecken dienen. **Näheres RZ 179a**

**VIII. Änderung des TKG**

Der §107 TKG kümmert sich vor allem um unerbetene Anrufe zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung („Cold Calling“). Rufnummern dürfen vom Anrufer / Diensteanbieter nicht verfälscht oder unterdrückt werden.

Darüber hinaus verschärfte §5e KschG das Rücktrittsrecht solcher Verträge. Verträge bei solch unzulässigen Anrufen sind nichtig, für Leistungen die vom Anrufer erbracht werden in Hinblick auf solche Verträge darf weder Entgelt für zwischenzeitliche Benützung noch Wertminderung verlangt werden. Die Rücktrittsfrist beginnt bei Dienstleistungen die bei solchen Anrufen gemacht werden erst mit der Erbringung der Dienstleistung oder Rechnungslegung.

Auch kamen neue Bestimmungen zur Unzulässigkeit von Direktwerbung per Email dazu, so etwa wenn eine authentische Adresse oder Identität fehlt. **Näheres: RZ 262**

**IX. Änderung des KschG (RZ 262)**

Die Möglichkeiten zur Unterlassungsklagen nach §28a KschG wurde um Dienstleistungen der Vermögensverwaltung, Ausgabe von E-Geld erweitert. Die missbräuchliche Verwendung von Zahlungskarten (§31a KSchG) im Fernabsatz wurde in das ZaDiG verlagert **Näheres: RZ 284**

1. Teil Allgemeiner Teil

**A. Einleitung**

**I. Einordnung und Einteilung des bürgerlichen Rechts**

Das österreichische Recht wird in öffentliches und Privatrecht eingeteilt. Das bürgerliche Recht ist allgemeines Privatrecht. Es besteht aus fünf Teilen (**Pandektensystem):**

**-**Allgemeiner Teil (zB Geschäftsfähigkeit, Vertragsrecht, Verjährung)

-Schuldrecht (zB Vertragstypen, Bereicherungsrecht, Schadenersatz)

-Sachenrecht (zB Eigentumsrecht, Besitz, Grundbuch, Pfandrecht)

-Familienrecht (zB Eherecht, Kindschaftsrecht)

-Erbrecht (zB gesetzliches Erbrecht, Testamente)

Das **ABGB** beruht auf der älteren Einteilung des Institutionensystems – Nach der Einleitung (§§1-14) wird zwischen **Personenrecht (1. Teil §§15-284), Sachenrecht (2. Teil §§285-1341)** und **gemeinschaftlichen Bestimmungen** (**3. Teil §§1342-1502)** geregelt. Das Sachenrecht zerfällt dabei in dingliches (Sachenrecht im heutigen Sinn) und persönliches (Schuldrecht im heutigen Sinn).

**II. Begriff und Bedeutung des Privatrechts**

**1. Privatrechtliche Rechtsverhältnisse/Abgrenzung zum öffentlichen Recht**

Privatrechtliche Rechtsverhältnisse können aus Rechten Pflichten und / oder Obliegenheiten bestehen. Nach hA (**Subjektstheorie)** entscheidend, ob an einem rechtlichen Vorgang ein mit **Hoheitsgewalt** ausgestattetes Rechtssubjekt in Ausübung dieser Gewalt teilnimmt oder nicht (**z.B. Steuerbescheid wird mit Hoheitsgewalt erlassen, demgegenüber wird ein Grundstück ohne Hoheitsgewalt gekauft)**. Weitere Theorien sind die **Interessenstheorie** (Dient die Norm dem einzelnen oder der Gesamtheit?) oder die **Subjektionstheorie (Über- Unterordnung oder Gleichheit?)** Ein Teil der Lehre befürwortet eine Mischung aus Subjekt und Subjektionstheorie. Im elektronischen Bereich betrifft diese Unterscheidung jene zwischen E-Commerce und E-Government.

Charakteristisch ist für das Privatrecht die **Privatautonomie,** die Freiheit wie man sich an rechtlichen Vorgängen beteiligen will. Dieses Selbstbestimmungsrecht wird jedoch durch zwingende Vorschriften eingeschränkt (Etwa der §879 Gesetzes- und Sittenwidrigkeit). Daneben gibt es dispositives, nachgiebiges Recht. Die Parteien können hierbei anderes vereinbaren oder vom Regelungsinhalt abgehen, die Vorschriften also modifizieren. Das dispositive Recht hilft dann bei der Interpretation und greift subsidiär wenn durch den Vertrag nichts anderes bestimmt wurde.

Die Privautonomie wird aber auch durch **Kontrahierungszwang (**Bestimmte Anbieter sind zum Abschließen verpflichtet) und **Monopole (**Nur bestimmte Anbieter dürfen Verträge schließen). Monopole werden meist nur aus fiskalischen Interessen aufrechterhalten und sind vor allem in Hinblick auf Rechtssicherheit und bestimmte europäische Freiheiten bedenklich.

**2. Bedeutung der Abgrenzung**

*a) Gesetzgebung*

Gesetzgebung in Privatrecht ist Bundessache (Art 10 Abs. 1 z 6 B-VG) öffentliches Recht auch Landessache (z.B. Bauordnungen)

*b) Vollziehung*

Allgemein gehört Öffentliches Recht vor Verwaltungsbehörden, Privatrecht wird von Gerichten vollzogen. (§1 JN: Soweit ein Gesetz keine anders lautende Vollzugsklausel enthält, gehören bürgerliche Rechtssachen vor die Gerichte)

**III. Einteilung des Privarechts**

**Allgemeines Privatrecht** (Zivilrecht = bürgerliches Recht) bildet die Grundlage der Rechtsverhältnisse zwischen den Bürgern (Also allen = Allgemein).

**Sonderprivatrechte** enthalten Vorschriften für einen bestimmten Bereich, möge es ein gewisser Adressatenkreis oder ein gewisses Sachgebiet sein (zB Unternehmensrecht, Arbeitsrecht, Markenrecht). Subsidiär gilt allgemeines Privatrecht.

**IV. Quellen des Privarechts**

Privatrecht in erster Linie durch Bundesgesetze, daneben existiert Gewohnheitsrecht. Das wird zwar teils bestritten (vor allem Rechtspositivisten), ist aber herrschende Ansicht. Der frühere Vorrang von Handelsgewohnheitsrecht vor gesatztem wurde aber entfernt.

Gewohnheitsrecht entsteht durch allgemeine, anhaltende Übung mit der Überzeugung, dass es sich bei der Übung nicht nur um Gepflogenheiten sondern um Recht handelt (**sog „opinio iuris“)**.

Wichtig wurde dies vor allem beim BundesrechtsbereinigungsG 1999, als eine Reihe von Vorschriften versehentlich aufgehoben wurde. Es wurde erwogen die entsprechenden Regeln gewohnheitsrechtliche anzuwenden (Etwa Pflichtteil als Geldanspruch), da sie bereits fest ins Rechtsbewusstsein der Bevölkerung übergegangen waren. Ein weiteres Beispiel ist die **Treuhand** die z.B. gewohnheitsrechtlich entwickelt wurde.

Die **Rechtssprechung** ist anders als in angloamerikanischen Ländern kein Common Case Law, sie ist keine Rechtsquelle und hat nur für den entschiedenen Einzelfall Wirkung. Ausnahmen bestehen jedoch: Der EuGH entfaltet bindende Wirkung für österreichische Gerichte, nach dem OGHG darf der OGH nicht ohne weiteres von seiner eigenen Rechtsprechung abweichen. Allerdings muss sie das teils um neue Rechtserkenntnisse zu erlangen. Auch wenn solche Abweichungen des OGH eine gewisse **Rückwirkung** in Hinblick auf die Rechtssprechung entfalten ist dies nicht verboten: §5 ABGB ist nicht im Verfassungsrang – es kann durch eine lex specialis aufgehoben werden die eine Rückwirkung vorsieht (**anderes gilt jedoch im Strafrecht – ART 7 EMRK)**

**Anwendung des Privatrechts**

**1. Auslegung**

Die Subsumtion **(Anwendung des Rechts auf einen beurteilenden Sachverhalt)** erfolgt mit Hilfe verschiedener Auslegungsmethoden, die Versuche die Bedeutung der Bestimmung zu ermitteln.

-**Wortinterpretation** orientiert sich am Wortlaut eines Begriffs und ist extensiv wenn sie diesen dehnt, restriktiv wenn sie ihn eng versteht.

**-Historische Interpretation** orientiert sich an den Materialien (Etwa Regierungsvorlagen, Berichten von Justizausschüssen), es wird versucht die Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu ermitteln, jedoch nur soweit wie sie der Norm nicht widersprechen.

**-Systematischen Interpretation** stellt auf den Zusammenhang im System ab.

**-Teleologische Interpretation** Geht vom Sinn und Zweck aus (ratio legis) und ist damit im Vordergrund des Interpretationsvorganges

**-Rechtsvergleichende Interpretation** vergleicht mit Bestimmungen ausländischen Rechts vor allem im selben Rechtskreis also DE und CH für Ö

**-Verfassungskonforme Interpretation**  prüft über die Norm im Einklang mit verfassungsrechtlichen Bestimmungen steht. Eng verbunden ist damit die **mittelbare Wirkung der Grundrechte** (z.B. der Gleichheitsgrundsatz). Grundrechte sind im Privatrecht nur bei der Auslegung zu berücksichtigen, nicht jedoch absolut (z.B. von zwei Mietern die Kündigungsgründe setzen wird nur einer gekündigt – er kann sich nicht auf den Gleichheitssatz berufen.) Die mittelbare Wirkung hilft also meist bei Interpretation von Generalklauseln und Schließen von Lücken.

**-Richtlinienkonforme Interpretation** kommt zur Anwendung wenn Bestimmungen auf Umsetzung von EU-Rechtsakten beruhen und ausgelegt werden müssen

**-Authentische Interpretation** ist keine Interpretationsmethode, sie ist ein Akt des Gesetzgebers wodurch ein neues Gesetz einer vormals geltenden Rechtsnorm einen neuen Inhalt unterstellt und damit korrigierend der Lehre und Rsp folgt

Der Wortlaut einer Bestimmung bildet aber immer die **Grenze der Interpretation.** Wenn keine Subsumtion erfolgen kann entfaltet der Sachverhalt keine rechtliche Wirkung oder das Gesetz ist lückenhaft. (**enthält eine Regel obwohl eine zu erwarten wäre sog planwidrige Unvollständigkeit)**

**2. Lückenfüllung**

Lücken können auf verschiedene Methoden geschlossen werden  
  
**-Gesetzesanalogie** Sinngemäße Anwendung einer Bestimmung die ähnliche Sachverhalte regelt (z.B. Begrenzung des Erbvertrags wird auch auf Schenkungen im Todesfalls angewandt §1253). Eine Bestimmung kann aber nur herangezogen werden wenn eben micht genau die Tatbestandsmerkmale der Bestimmung erfüllt sein müssen um bestimmte Rechtsfolgen eintreten zu lassen, dann kann nur ein Umkehrschluss möglich sein (**argumentum e contrario)**

**-Gesamtanalogie**: Gewinnung eines Rechtssatzes durch Kombination mehrere Bestimmungen – etwa culpa in contrahendo Haftung, Wegfall der Geschäftsgrundlage

**-natürliche Rechtsgrundsätze:** hier werden die allgemeinsten Wertprinzipien der Rechtsordnung herangezogen, wenn also weder Gesetzes noch Gesamtanalogie ein Ergebnis bringen. Z.B. kann sich niemand auf sein eigenes rechtswidriges Verhalten berufen, wenn etwa Wucher unbeabsichtigt dem anderen Vorteile einbringt die Nichtigkeit des Vertrages beanspruchen.

Teils kann auch ein Gesetz lückenhaft sein, da sein Anwendungsbereich nicht genug eingeschränkt wurde, die Lücke liegt dann im Fehlen einer Ausnahme vor. Dann muss eingeschränkt werden was dem Sinn des Gesetzes entspricht (z.B. §879, nicht alle Verträge die gegen ein Gesetz verstoßen sind ungültig)

Lückenfüllung wird teils skeptisch gesehen, vor allem durch Rechtspositivisten – da diese ja nur gesatzes Recht akzeptieren. Wichtig dabei ist aber zu beachten, dass viele Lücken nachträglich entstanden, da das ABGB viele heutige Sachverhalte nicht regelt. So z.B. gelten Regelungen zu AGB sowohl in Formularform als auch Onlineform. Dabei muss aber vorsichtig vorgegangen werden; dabei wird die Methode der **Wertungsjurisprudenz** behandelt. Es wird nach **Wertungskriterien** vorgegangen, die in verschiedenen Intensitäten auftreten (**bewegliches System)** die der Rechtsordnung entnommen werden. Die frühere **Interessensjurisprudenz** stellte bloß auf den Interessenskonflikt der Parteien ab.

*Bsp: Durch Gesamtanalogie wurde der Grundsatz gewonnen das Dauerrechtsverhältnisse aus wichtigen Gründen jederzeit beendet werden können, auch Erben wird das Recht eingeräumt das Wohnrecht der überlebenden Ehegatten zu kündigen. Es gibt aber keine Kündigungsmöglichkeit oder Gründe. Aufgrund der Wertungsjurisprudenz muss hier das* ***Wertungskriterium Wohnbedarf*** *(§97 und §14 MRG)abgewogen werden – je weniger ausgeprägt dieser ist, desto schwerwiegender muss der Kündigungsgrund sein um das Wohnrecht zu beenden.*

Auch können auch ungerechte Lösungen in Kauf genommen werden, da nur dadurch Rechtssicherheit garantiert wird.

*Bsp: Auch eine letztwillige Verfügung die zweifellos echt ist (wie z.b. eine Videoaufnahme) ist ungültig, wenn sie an einem Formmangel leidet. So muss eben die eigentlich nicht vom Erblasser gewollte gesetzliche Erbfolge eintreten, anstatt dem gerechten, aber formungültigen Testament zu folgen. Es soll eben nicht nach Billigkeit und Gerechtigkeit entschieden werden, sondern nach dem gesatzen Recht.*

Rechtssicherheit wird vor allem durch Klarheit, Bestimmtheit und Beständigkeit des Gesetzes garantiert.

**VI. Zeitabläufe im Privatrecht**

In allen Gebieten des Zivilrechts gibt es Termine und Fristen,, sie müssen beachtet werden um Rechte nicht durch **Verjährung** zu verlieren oder um Rechte zu erwerben **(Vor allem durch Ersitzung)**. Das ABGB beruht auf einer eigenen Zeitrechnung **(Zivilkomputation)** So fängt eine Frist erst mit Ende des Tages an zu laufen, und endet um 24 Uhr der Endfrist (Etwa 6.8 0 Uhr -8.8 24 Uhr statt 5.8 12-30 bis 8.8 12:30). Ein Halber Monat sind 15 Tage, Mitte des Monats der 15. Fällt das Fristende auf einen Samstag, Sonntag, Feiertag, Karfreitag oder 31.12 ist erst der nächste Werktag das Fristende. Für die Wahrung der Frist ist Zugang am Empfängerort entscheidend (außer im Verfahren, Postlauf wird nicht eingerechnet)

Die Verjährung beginnt grundsätzlich ab dem Zeitpunkt in dem ein Recht objektiv hätte ausgeübt werden können **(§1478)**, es führt jedoch bloß zu Unklagbarkeit, hinterlässt also eine **Naturalobligation** die erfüllt werden kann, jedoch nicht eben eingeklagt. Anders **Präklusionsfristen:** Diese erlöschen ganz (Etwa §936 Vorvertrag, erlischt nach einem Jahr vollständig). Manche Rechte sind unverjährbar (**Familienrechte, Eigentum, Hoheitsrechte §§1458,1459, 1456)**

Die grundsätzliche Verjährungsfrist sind 30 Jahre, die längste 40 (Fristen für den Fiskus etwa) . Es gibt viele kürzere etwa 3 Jahre (zB **Schadenersatzansprüche)** 2 Jahre (zB **Gewährleistung bewegliche Sachen)** 1 Jahre (zB **Ehrenbeleidigung)** oder 6 Jahre (**zB Abgeltungsanspruch des Ehegatten).**

Fristen können gehemmt werden (also sie laufen bis zum Wegfall des Hemmungsgrunds nicht weiter etwa Mediation, Vergleiche, Stundung) oder durch **Unterbrechung** ganz von vorne anfangen (zB durch Klage §**1497**, Anerkenntnis).

**Verjährungen** sind nicht **amtswegig** wahrzunehmen, es bedarf entsprechender Geltendmachung durch Einrede. Verjährungsfristen können verkürzt, nicht jedoch verlängert werden **(§§ 1501,1502).**

**Ersitzung** ist auch ein Fall der Verjährung, hier wird jedoch Recht durch qualifizierten Besitz über Zeit erworben. Auch die **Verschweigung (§§395, 412)** ist ein Sonderfall.

**B. Personenrecht**

**I. Natürliche Personen**

**1. Rechtsfähigkeit**

Die Fähigkeit **Träger von Rechte und Pflichten zu sein** wird bei Geburt erlangt (Rechtsfähigkeit im Stadium der Zeugung – §22 „nasciturus). Sie endet mit Tod oder Todeserklärung (**§21 TEG)**

**2. Handlungsfähigkeit**

Betrifft die Ausübung von Rechten und Pflichten – unterteilt wird sie in:

*a)Geschäftsfähigkeit*

Geschäftsfähig ist, wer seine Rechtsangelegenheiten selbstständig besorgen kann. Wer wegen seines Alters, Geisteszustand oder anderen Gründen nicht teilnehmen kann bekommt dementsprechend einen gesetzlichen Vertretern (zB Sachwalter, Eltern, Kuratel)

*aa) Alter (gesetzliche Vertretung im engern Sinn)*

**Kinder – 7 Jahre** Personen in dieser Altersgruppe sind generell geschäftsunfähig (§§151/1, 865) jedoch bestehen Ausnahmen **(§151/3)** für geringfügige Geschäfte des täglichen Lebens, welche von Kindern in diesem Alter üblicherweise geschlossen werden. Diese werden rückwirkend wirksam, sobald das Kind seine Pflichten erfüllt. Analog wird der §151/3 auch auf Schenkungen angewandt. Alle anderen Geschäfte sind nichtig und können daher auch nicht nachträglich genehmigt werden. Da für Besitz rechtsgeschäftlicher Wille notwendig ist können Kinder auch keinen Besitz erwerben.

**Unmündige Minderjährige 7-14 Jahre** Diese können auch zu ihrem bloßen Vorteil gemachte Versprechen annehmen (§865), damit gemeint ist ob der MJ keine Pflichten in einem Geschäft hat (wie bei einer Schenkung). §151/3 gilt auch hier, allerdings sind andere Geschäfte nun nichtmehr nichtig sondern **schwebend unwirksam (negotium claudicans),** der gesetzliche Vertreter muss binnen angemessener Frist zustimmen, sonst wird es ungültig. Besitzerwerb ist möglich in dieser Altersgruppe möglich.

**Mündige Minderjährige 14-18 Jahre** können nun auch bereits über eigenes Einkommen und Dinge die zur freien Verfügung überlassen werden verfügen (etwa Taschengeld), soweit dadurch nicht Lebensbedürfnisse gefährdet werden. Minderjährige dürfen sich zu Dienstleistungsverträgen, nicht jedoch Ausbildungs- und Lehrverträgen alleine verpflichten **(§152).** Sie sind beschränkt testierfähig **(§569)**

Die gesetzliche Vertretung ist bei Minderjährigen Teil der Obsorge und steht bei **ehelichen Kindern** beiden Eltern zu (und zwar jedem alleine **§154/1**), bei **unehelichen** der Mutter **(§166)**. Wichtige Angelegenheiten erfodern Einvernehmen der Eltern oder sogar Zustimmungen des Pflegschaftsgerichts (**§154/2,/3)**

Bei Kontrahieren mit Minderjährigen gibt es keinen Vertrauensschutz – es ist auch unwirksam wenn die Geschäftsunfähigkeit nicht erkennbar war. Schadenersatz und Bereicherungsrecht kommt aber in Frage.

**Volljährigkeit** wird (außer bereits vorzeitig durch Heirat §175) mit dem 18. Geburtstag erreicht (§21/2)**.** Zuvor abgeschlossene Geschäfte, ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters **können** **durch schriftliche Erklärung** saniert werden (§154/4). In familiengerichtlichen Angelegenheiten sind bereits **mündige MJ** verfahrensfähig, unter 14 Jahren (teils auch erst unter 16) bedürfen sie einem Kinderbeistand mit weitgehenden Parteirechten. (§104 AußstrG)

*bb) Geisteszustand (Sachwalterschaft)*

Personen ohne den Gebrauch der Vernunft sind je nach Dauer und Umfang der geistigen Beeinträchtigung **geschäftsunfähig (§865)**. Sowohl der unheilbare Geisteskranke wie der Volltrunkene.

Vermag eine Person die an einer psychischen Krankheit leidet oder geistig behindert ist ihre Angelegenheiten nicht ohne Gefahr von Nachteilen selbst zu besorgen ist auf Antrag oder von Amts wegen ein **Sachwalter zu bestellen (§268/1)**. Sachwalterschaft ist Subsidiär, also die letztrangige Betreuungsmaßnahme. So ist eine Sachwalterschaftsbestellung unzulässig wenn etwa eine Vorsorgevollmacht, eine Patientenverfügung oder die Vertretungsbefugnis naher Angehöriger gewährleistet ist **(§268/2).** Das Wohl des Behinderten und ein möglichst großes Maß an Selbstbestimmung stehen dabei im Vordergrund.

Zum Sachwalter kann jede natürliche, voll geschäftsfähige Person bestellt werden. Ausschlussgründe sind dem Gericht mitzuteilen, schuldhaftes Unterlassen begründet eine Haftung für alle Nachteile (**§274)**. Ein **Ausschlussgrund** ist z.B. die enge Beziehung zu einer Einrichtung in der die behinderte Person betreut wird oder sich aufhält. **(§279/1)**.Nach Möglichkeit sollte eine nahe Person bestellt werden, sind besondere Rechtskenntnisse für die besorgende Angelegenheit(en) notwendig kommt ein Rechtsanwalt oder Notar in Frage (**§279/2, 3)** Sind jedoch keine besonderen Fachkenntnisse erforderlich darf seine Bestellung erst dann erfolgen wenn alle nahen Angehörigen erfolglos schriftlich kontaktiert wurden, und der Sachwalterverein abgelehnt hat. Die bisher geltende **Höchstzahl** von Sachwalterschaften (5 für natürliche Personen, 25 für Notare und RA) wurde in eine gesetzliche Vermutung umgewandelt. (Gegenbeweis im Verfahren möglich, **§279/5).**

Der Wirkungskreis des Sachwalters richtet sich nach Ausmaß der Behinderung. (**§268/3)** – Ausnahme geringfügige Geschäfte des täglichen Leben **(§280/2)**. – und lässt daher eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit entstehen die einem unmündigen Minderjährigen entspricht, falls der Behinderte überhaupt eine derartige Einsichtsfähigkeit hat. Der Sachwalter hat **persönlichen Kontakt** zu pflegen (1x / Monat) und sich darüber hinaus um ärztliche und soziale Betreuung zu kümmern (**§282)**. Die Einwilligung in medizinische Behandlung kann nur die behinderte Person selbst erteilen, falls sie genügend Urteils- und Einsichtsfähigkeit hat. Fehlt diese kann der Sachwalter in seinem Wirkungsbereich entscheiden, bei schweren Beeinträchtigung der **körperlichen Unversehrtheit (z.B OP)** so muss das Fehlen der Urteils- und Einsichtsfähigkeit von einem Arzt zu bestätigen und die Behandlung **muss** erforderlich sein um das Wohl des Behinderten zu wahren. Fehlt die Zustimmung des Sachwalters oder Behinderten oder des Arztzeugnis hat das Gericht diese zu ersetzen. Bei **Gefahr im Verzug (Lebens- oder schwere Gesundheitsgefährdung)** bedarf es keiner Zustimmung (**§283/3)**. Bei Beseitigung der Fortpflanzungsfähigkeit oder Forschung an einer behinderten Person zum Nutzen der Gesundheit bedarf es unbedingt einer gerichtlichen Zustimmung (**§284)**

Die behinderte Person kann ihren Wohnort selbst wählen (Einsichtsfähigkeit beachten!), eine dauerhafte Änderung ist vom Gericht zu genehmigen (§284a/1,2).

Der Sachwalter vertritt die Pflegeperson nach außen und führt ihre Geschäfte. Für Vermögensangelegenheiten gelten die Bestimmunge des Kindschaftsrechts **(§§229-234)** Vermögen ist vorrangig zur Deckung der Bedürfnisse zu verwenden **(§281/3)**. Das ist ein **wesentlicher Unterschied zum Obsorgeberechtigten (§149)** der Vermögen und Einkommen erhalten UND vermehren soll.

Für seine Tätigkeit gebührt dem Sachwalter eine Entschädigung die sich nach den Einkünften des Behinderten misst, sofern dessen Lebensbedürfnisse nicht gefährdet sind. (idR 5%, teils 10% bei besonderen Bemühungen und zusätzlich eventuell 2% des Vermögens wenn dieses 10.000 übersteigt). Bestimmte Bezüge der behinderten Person die kraft besonderer gesetzlicher Anordnung zur Deckung bestimmter Aufwendungen dienen, gelten nicht als Einkünfte (**§276).** Um die Eigenverantwortlichkeit des Pflegebefohlenen zu steigern können dem Wirkungskreis des Sachwalter Sachen und Einkommensteile entzogen werden. **(§268/4)**

Bis zur Aufhebung der Sachwalterschaft (**konstitutive Wirkung)** bleibt die beschränkte Geschäftsfähigkeit bestehen, auch im **lucidum intervallum (lichten Augenblick).** Das Gericht hat regelmäßig (längstens alle 5 Jahre) zu prüfen ob eine Sachwalterschaft erforderlich ist – und eventuell den Sachwalter zu entheben (**§278/2,3)**.

Bestimmte Angelegenheiten können auch durch die **Vertretungsbefugnisse nächster Angehörige (§284b/1)** übernommen werden: Dazu gehören

-Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens (Haushaltsführung, kleine Reparaturen, Bekleidungskauf zB)

-Rechtsgeschäfte zur Deckung des Pflegebedarfs (zB Heimhilfe)

-Geltendmachung sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche und auch sonstger Begünstigungen (zB Pflegegeld, Sozialhilfe, Gebührenbefreiung)

Umfasst sind auch die Verfügung über Einkünfte und pflegebezogene Geldleistungen im Umfang der angeführten Rechtsgeschäfte, sofern diese Beträge nicht das Existenzminimum überschreiten (**§284e/2 iVm 291a/2 Z 1 EO)**. Nächste Angehörige sind: Eltern, Kinder, Ehegatten, eingetragene Partner und Lebensgefährten (welche 3 Jahre im gemeinsamen Haushalt leben). Angehörige können Erklärungen abgeben, widersprechen sich diese ist jedoch keine wirksam (**§284c/2)**. Es ist **immer** auf das Wohl des Vertretenen stets Bedacht zu nehmen. Die Vertretungsbefugnis ist über einen Notar in das **Österreichische Zentrale Vertretungsverzeichnis** einzutragen; dabei ist eine ärztliche Bestätigung über den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit vorzulegen. Der Vertretene kann selbst eine Bestätigung zur Vorlage verlangen, Dritte können auf diese Bestätigung vertrauen, sie werden auch geschützt wenn sie (Fahrlässigkeit schadet bereits) von der mangelnden Vertretungsbefugnis keine Kenntnis hatten.

Weiters ist die von der Rsp entwickelte **Vorsorgevollmacht** gesetzlich geregelt. Sie wurde vor allem geschaffen um Sachwalterschaften zu reduzieren. Verliert jemand seine Geschäfts, Einsichts-, Urteilsfähigkeit oder Äußerungsfähigkeit (**§284f)** wird die Vollmacht wirksam. Für die Errichtung sind strenge Formvorschriften einzuhalten, die dem Testament ähneln: Sie muss eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden, kann aber auch als Notariatsakt aufgenommen werden. Fremd verfasste Vorsorgevollmachten können mittels 3 unbefangenen, sprachkundigen, eigenberechtigten Zeugen und deren Zusatz auf der Urkunde wirksam werden (**§284f/2)**. Für bestimmte Angelegenheiten (etwa Vermögen, Medizinische Behandlung) muss aber vor einem RA oder Notar oder Gericht errichtet werden.

In den Bereichen der Vorsorgevollmacht besteht kein Bedarf nach einem Sachwalter, außer der Bevollmächtigte agiert nicht im Sinne dieser und gefährdet das Wohl der behinderten Person. Tritt der Vorsorgefall ein kann auch hier werden eine **Eintragung im Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnis** erfolgen – die Bestätigung und Registrierung der Vollmacht hat jedoch rein deklarative Wirkung und dient dem Schutz gutgläubiger Dritter.

Bei der **Patientenverfügung** handelt es sich um eine Willenserklärung bei der gewisse medizinische **genau umschriebene** Handlungen abgelehnt werden. Sie muss nach ärztlicher Aufklärung bei einem rechtskundigen Parteienvertreter errichtet werden. Es können keine lebensverkürzende Handlungen Teil einer Patientenverfügung werden, überhaupt ist diese nur auf fünf Jahre befristet. Werden Formvorschriften nicht erfüllt handelt es sich bloß um eine **beachtliche Patientenverfügung.**

*cc) sonstige Verhinderungen (Kuratel)*

Ein Kurator ist zu bestellen wenn jemand Angelegenheiten aus sonstigen Gründen als Alter und geistiger Gesundheit nicht wahrnehmen kann. Es gelten die Regeln über das Eltern-Kind Verhältnis **(§§137-186)** und die Obsorge **(§§187-284)**

Es gibt:

**Verlassenschaftskurator** zur Vertretung des ruhenden Nachlasses unter bestimmten Voraussetzungen

**Kollisionskurator** Bei Interessenskonflikt zwischen MJ oder handlungsunfähigen Personen und ihrem gesetzlichen Vertreter oder Personen die denselben gesetzlichen Vertreter haben (§§271-272)

**Kurator für Ungezeugte und Ungeborene** Ansprüche auf Bezug zum Nasciturus

**Kurator für Abwesende** Falls Nachteile drohen und ein Vertreter fehlt

*b) Deliktsfähigkeit*

Richtet sich nach Alter und Geisteszustand. Weder Personen die unter 14 sind, noch aufgrund vorübergehender oder dauernder Geistesschwäche das Unrecht ihres Verhaltens einzusehen sind deliktsfähig. Es gelten aber Ausnahmen (§§ 176,1307,1310). Eltern haften für ihre unmündigen Kinder nur, wenn sie ihre Aufsichtspflicht schuldhaft verletzt haben (§1309)

**II. Juristische Personen**

**1.Rechtsfähigkeit und Erscheinungsformen**

Eine juristische Person ist ein vom Menschen verschiedenes Rechtssubjekt, dessen Rechtsfähigkeit sich aus §26 ergibt. Ihre Entstehung erfolgt entweder durch Gesetz oder VO (**juristische Personen öffentlichen Rechts)** oder durch bestimmte andere Akte (**juristische Personen des Privatrechts)**. Am weitesten verbreitet hierfür ist das **Normativsystem**: Der Erhalt der Rechtspersönlichkeit hängt davon ab ob die privatrechtliche Gründung auf die gesetzlich vorgeschriebene Art und Weise erfolgt ist. Das **Anmeldesystem** wiederum lässt bereits mit Gründung Rechtspersönlichkeit entstehen, sofern sie nicht rechtswidrig sind. Sie sind einzutragen und können abgelehnt werden (etwa **Vereine, VereinsG 2002)**. Das Zentrale Vereinsregister kann Auskunft über Vereine geben, etwa über Nennung des Vereinssitz, Namensbestandteile, ZVR Nummer und Name.

**Keine** juristische Person ist die **GesBR**. Sie ist nicht rechtsfähig. Geregelt ist sie in §§**1175-1216 (**sowie im UGB §§8,178). Sie ist die Grundform aller Gesellschaftsformen. Dennoch sind stets die Gesellschafter, nie die GesBR selbst Zurechnungssubjekt. Anwendungsbereich sind Stimmrechtsbindungsverträge, Zusammenschlüsse von Freiberuflern (etwa Ärzte, RA), Gelegenheits- und Arbeitsgemeinschaften (etwa in der Bauwirtschaft)

Bei juristischen Personen wird zwischen Erscheinungsformen unterschieden – jP die bestimmter Interessen durch körperschaftliche Organisation verfolgen werden als **Personenverbände** bezeichnet (AG, GmbH, Vereine zB) jP mit zweckgewidmeten Vermögen werden als **Vermögensverbände bezeichnet.**

Bsp für Vermögensverbände: ruhender Nachlass, **Stiftungen** (entweder zu mildtätigen / gemeinnützigen (durch LandesH, BügerM Zustimmung oder anderen Zwecken (durch Stiftungserklärung / Eintrag ins FB) **Anstalt (**Stiftung mit äußerlicher Institution) **Fonds** (zeitlich begrenzt, aber gesamtes Vermögen zur Verwendung strittig: **Sammelvermögen (etwa Spendensammlung))**

**2. Handlungsfähigkeit**

*a)Geschäftsfähigkeit*

Die jP kann nur durch ihre Organe (etwa Geschäftsführer der GmbH) handeln.

*b) Deliktsfähigkeit*

Wird aúch durch das schädigende Verhalten der Organe begründet. Darüber hinaus haften sie auch nach den Regeln der Gehilfenhaftung, und nach hM für **Machthaber, Personen die eine führende Rolle mit selbständigen Wirkungskreis** spielen.

**3. Unterschiede zwischen natürliche und juristischen Personen**

Entgegen der Gleichstellung des §26 gibt es natürlich Unterschiede die sich aus der Natur der Sache (etwa keine gewissen Persönlichkeitsrechte wie körperliche Integrität) und wirtschaftspolitischen Hintergründen ergeben.

-**Haftungsrisiko** ist bei natürlichen Personen unbeschränkt, Bei jP ist diese oft beschränkt (GmbH zB). Nur unter bestimmten Umständen stehen Gläubigern der jP Ansprüche gegen Organe oder Gesellschafter selbst zu (**Durchgriffshaftung,** etwa bei Unterkapitalisierung der GmbH)

**-Rechts- und Handlungsfähigkeit** ist bei juristischen Person nach hM unbeschränkt, reicht also nicht nur über den bei Gründung festgelegten Tätigkeitsbereich. (**sog. ultra-vires-Lehre)**, da sonst viele Geschäftsabschlüsse ungültig wären

**-rechtswidriges Handeln** wird nur bestimmten Personen zugerechnet (siehe oben)

**III. Persönliche Rechte**

Die Persönlichkeitsrechte schützen Integritätbeeinträchtigungen des Menschen (**§16, jeder Mensch hat angeborene Rechte)** durch SE, Unterlassungs und Beseitigungsansprüche. Das gilt auch für jP (etwa Namensrecht). Als Rechte seien genannt:

-Recht auf Leben/ körperliche Unversehrtheit **(§1325)**  
-Recht auf Freiheit **(§1329, Art 1 BVG)**

-Recht am eigenen Bild (Ansprüche bei Verbreitung und Abbildungen ohne Zustimmung) **(§78 UrhG)**

-Namensrecht (Decknamen, Namen, Firmennamen auch Domainname um **Domain-Grabbing** zu unterbinden) **(§§43,93,139)**

-Recht auf Datenschutz **(§1 DSG**, im Verfassungsrang, eingeschränkt durch Aufruf im Katastrophenfall falls Hilfeleistungen oder Identifizierung notwendig wird **§48a DSG**)

-Anti-Stalking-Gesetz **(§107a StGB,** Beharrliche Verfolgung die Lebensführung unzumutbar macht ist strafrechtlich verfolgbar. Davon sind auch telefonische Kontaktaufnahme, sowie Verwendung von Daten der Person umfasst)

Unterlassungsansprüche gegen diese Eingriffe sind in §382g/1 EO normiert (zB Kontaktverbot, Aufenthaltsverbot an bestimmten Orten)

Weiters genannt werden können Ehre bzw. wirtschaftlicher Ruf, Erfindung, Privatsphäre, Werk (§1330, PatG, §1328a, §1 UrhG)

**IV. Persönliche Eigenschaften**

Natürliche und jP können Eigenschaften haben die besondere Rechtsfolgen auslösen (etwa eben Alter und Geisteszustand, siehe oben). Wichtig ist vor allem die Eigenschaft **Unternehmer** sie zieht im KSchG und UGB bestimmte Regeln nach sich (im KSchG dazu noch der **Verbraucher).** Wichtig sind auch Staatsangehörigkeit (für IPR) oder Wohnsitz, **Geschlecht, Rasse, Religion** stellt dank dem Gleichberechtigungsbestimmungen keinen Anknüpfungspunkt dar.

**C. Vertragsrecht**

**I. Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt (§§859 ff)**

**1. Allgemeines**

Das Rechtsgeschäft besteht abstrakt aus einer oder mehrerer Willenserklärungen, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet sind. Sie werden eingeteilt in:

-**Einseitig / Mehrseitig** Je nachdem ob sie durch eine (Testament etwa) oder mehrere Willenserklärungen (Verträge vor allem) zustande kommen. Einseitige Rechtsgeschäfte mit Eingriff in den Rechtsbereich eines anderen bedürfen einer ausdrücklichen vertraglichen (*<- Anm.?)* oder gesetzlichen Norm.

-**Einseitig / zweiseitig verbindlich** je nachdem ob nur eine (Schenkung zB) oder mehrere Pflichten begründet werden (Kauf zB). Stehen gegenseitige Pflichten im Austauschverhältnis (zB Ware und Preis) spricht man von einem **synallagmatischen Vertrag**. Aus dem Synallagma entstehen gewisse Besonderheiten (siehe unten)

**-Entgeltliche und unentgeltlich** je nachdem ob eine Leistung ohne Gegenleistung freigiebig (also ohne Gegenleistung) oder mit erfolgt. Für unentgeltliche gelten Besonderheiten etwa bei der Auslegung, Gewährleistung. Es gibt auch gemischte und entgeltsfremde Verträge (etwa Garantie)

-**Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft** Je nachdem ob eine rechtliche Verpflichtung (**Titel)** begründet wird (Kaufvertrag, der verspricht eine Sache zu übergeben) oder ob dieser Verpflichtung entsprechend gehandelt wird (Sache wird übergeben, **Modus)**. Rechtliche Veränderung entsteht immer durch das Verfügungsgeschäft. Verpflichtungsgeschäfte müssen immer den wirtschaftlichen Zweck erkennbar machen, also kausal sein) (Eigentum wird übertragen da Kaufpreis bezahlt wird zB) Abstrakte Verpflichtungen sind nur in mehrpersonalen Verhältnissen gültig, da hier meist der Zweck sichtbar ist. Verfügungsgeschäfte müssen immer in Hinblick auf einen Titel vorgenommen werden, also auch immer kausal sein. Abstrakte Verfügungen kennt nur zB das deutsche und französische Recht.

**-Personenrechtliche und vermögensrechtliche** je nachdem ob es um ein wirtschaftliches Objekt oder personenbezogene Aspekte (insb Familienrechte) geht.

**-Geschäfte mit und ohne Zuwendungscharakter** Je nachdem ob Vermögen eines anderen vermehrt wird oder nicht

**-Von Todes wegen und unter Lebenden** Regelung von Rechtsverhältnissen nach dem Tod oder nicht.

Einzelheiten sind in den jeweiligen Rechtsgebieten erörtert – Hier folgt der allgemeine Teil.

**2. Willenserklärung**

*a) Allgemeines*

Durch die Willenserklärung wird eine rechtliche Absicht zum Ausdruck gebracht. Zwar bedarf es ndas nicht in Hinblick auf alle Rechtsfolgen, gänzlich fehlen darf diese Absicht nicht (**gemäßigte Rechtsfolgentheorie).** Andernfalls handelt es sich um juristisch unbedeutende Vorgänge (zB Gentlemen’s Agreement ohne Durchsetzbarkeit)

Zu unterscheiden ist die Willenserklärung von der **Willensbetätigung** die ohne Erklärung bloß mit einem äußerlichen Verhalten gesetzt wird – etwa Abschicken bestellter Ware, Vorteilszuwendung bei vollmachtlosen Geschäften. Auch der **Realakt** (rein faktischer Vorgang ohne Rechtswillen der Rechtsfolgen auslöst, etwa Malen eines Bildes) und die **Willensmitteilung (**Nur faktischer Erfolg angestrebt, Rechtsfolgen treten unabhängig vom Willen des Äußernden von Gesetzes wegen ein, Mahnung zB) und der **Wissenserklärung (**Benachrichtung über Fakten, die dennoch Rechtsfolgen auslöst zB Verständigung über Zession) Diese Handlungen werden als **Rechtshandlungen im engeren Sinn** (=**geschäftsähnliche Handlung)** verstanden.

Willenserklärung können **ausdrücklich oder stillschweigend** abgegeben werden. Bei Ausdrücklichkeit ergibt sich das Gewollt aus dem Inhalt oder aus allgemein angenommen Zeichen **(§863).** Bei stillschweigenden Erklärung ist aus den Umständen eines bestimmten Verhalten kein vernünftiger Grund gegeben daran zu zweifeln **(§863) (**zB Waren an der Kassa zur Bezahlung vorlegen). Im Zweifel darf aber keine stillschweigende Willenserklärung angenommen werden, vor allem aber hat auch **bloßes Schweigen keine Erklärungsbedeutung**, außer es ergibt sich eben aus der Vereinbarung (zB die eine Pflicht zum Reden vorsieht). Dieser Grundsatz gilt auch im Unternehmensrecht. Unter gewissen Umständen entstehen dem Unternehmer aber Schadenersatzansprüche. Mögliche Antwortpflicht: **§1003**

Willenserklärungen sind **idR empfangsbedürftig (**etwa nicht die Auslobung oder letztwillige Verfügung). Sie erlangen also erst Wirkung wenn sie zugehen **(§862a).** Das ist der Fall wenn damit gerechnet werden kann dass der Empfänger Kenntnis nehmen kann, vor allem wenn die Erklärung in den Machtbereich gelangt ist. Auch bei E-Mails richtet sich die Kenntnisnahme danach ob mit dem Zugang gerechnet werden kann (etwa Absenden an die E-Mail Adresse der Visitenkarte). Nach stRsp muss derjenige der sich auf den Zugang beruft, diese im Verfahren behaupten. Weder eingeschriebener Brief noch E-Mail-Sendeprotokoll noch OK auf dem Fax sind als Beweis jedoch anzusehen.

Auch der **Zugangszeitpunkt** orientiert sich daran, wann mit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann, also meistens mit normalen Geschäftszeiten. So etwa bei einer E-Mail um 23 Uhr erst am nächsten Werktag.

Willenserklärungen gelten so **wie sie der Erklärungsempfänger bei objektiver Betrachtung verstehen darf.** (**objektiver Erklärungswert)**. Er kann darauf vertrauen, dass die Erklärung so gemeint war, wie sie objektiv in Erscheinung tritt (**Vertrauenstheorie,** vgl demgegenüber die **Willenstheorie** die vor allem bei den nicht empfangsbedürftigen Testamenten gilt und darauf abstellt wie eine Erklärung gemeint war. Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle ob die Erklärung anders abgegeben wurde als beabsichtigt oder der Erklärende überhaupt wusste was er erklärte (**Erklärungsbewusstsein**), oder sie nur versehentlich abgegeben hat. Nur wenn der Erklärungsempfänger nicht darauf vertraut hat bzw. nicht schutzwürdig war kann sich der Erklärende davon lösen.

*b) Auslegung*

Sind Willenserklärungen unklar, muss ihr Sinn ermittelt werden. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen die der Übung des redlichen Verkehr entspricht. **(§914)**. Liegt das Ergebnis im Wortlaut ist einfach, darüber hinaus ergänzende Auslegung gegeben. Diese schließt also eine (Vertrags-)Lücke dadurch das man annimmt redliche, vernünftige Parteien hätten den Vertrag geschlossen (**Übung des redlichen Verkehrs).**

Eine Art dieser ergänzenden Auslegung ist die Konversion – ein ungültiges Rechtsgeschäft wird in ein gültiges umgedeutet, falls die Voraussetzung vorliegen (etwa Schenkung auf den Todesfall in ein Vermächtnis umdeuten) -> **§§610, 15/4 KSchG**

**§915** regelt außerdem falls kein Auslegungsergebnis nach **§914** erzielt wird: Einseitige Verpflichtungen werden ausgelegt das sich der Verpflichtete die geringere Last auferlegen wollte, Bei zweiseitigen trifft die undeutliche Äußerung denjenigen der sich ihrer bedient hat (**Unklarheitenregel)**

**II. Vertragsabschluss**

**1.Allgemeines**

*a)Angebot und Annahme*

Ein Vertrag kommt gem. **§861** durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande. Stimmen diese überein, liegt Konsens sonst Dissens vor. Ein Angebot erfordert Bindungswillen (daher sind Aufforderungen an Interessierte nur **invitatio ad offerendum)** und **Bestimmtheit** über wesentliche Vertragspunkte (Ware & Preis beim Kaufvertrag zB)

Die Annahme muss rechtzeitig erfolgen, also dem Offerenten in einer von ihm gesetzten Frist zugehen. Mangels einer solchen müssen Angebote unter Anwesenden sofort (Auch Telefon oder Online-Chat) und unter Abwesenden in einer angemessenen Zeit mit der der Offerent bei rechtzeitigem Absenden mit einem Eintreffen rechnen darf **(§862)** Innerhalb dieser Fristen herrscht **Bindungswirkung** des Angebots, außer es ist unverbindlich offeriert. Dieses kann er jederzeit widerrufen, uU auch nach der Annahme, wobei aber dann der Erklärungsempfänger zum neuen Offerent wird den der ursprüngliche Angebotssteller bei sonstiger Vertragsperfektion unverzüglich antworten muss. ((**Pflicht zum Reden §862a analog)**. Besondere Bindungswirkung gibt es bei Verbrauchergeschäften und im UN-Kaufrecht (**Art 16 UN-K).**

**Bis zum Zugang kann die Annahme** jedoch widerrufen werden, nach hA auch noch solange der Empfänger keine Kenntnis erlangt hat. Bei widersprechenden Erklärungen die der Empfänger liest ist Einheitlichkeit anzunehmen (Angebotsannahme und anderer Brief der diese Annahme widerruft).

Ist eine **Annahmeerklärung nach der Natur des Geschäftes** oder **Verkehrssitte** nicht zu erwarten kommt der Vertrag gem §864/1 durch Willensbetätigung zustande, etwa Absenden bestellter Waren. Eine unaufgefordert geschickte Ware muss freilich nicht als Annahme gewertet werden, der Empfänger kann sich ihrer Entledigen, falls ihm nicht den Umständen nach auffällt das die Sache irrtümlich im Zugegangen ist. Dann hat er dies dem Absender mitzuteilen oder die Sache zurückzuleiten.

*b) zwingende und faktische Vertragsverhältnisse*

Niemand kann dazu gezwungen werden einen Vertrag zu schließen. Eine Ausnahme ist der Kontrahierungszwang. Dieser gilt von Gesetz wegen oder allgemein wenn bestimmte Güter monopolistisch angeboten werden etwa Casinos oder die Internet Verwaltungs und Betriebsgesellschaft **(www.nic.at)** die als einzige Domain-Namen für Österreich mit dem Top-Level-Domain .at.

Auch der Vorvertrag verpflichtet zum Abschluss des Vertrages, dieser selbst ist jedoch natürlich völlig freiwillig. Eingeklagt kann dieser 1 Jahr lang (**Präklusionsfrist! Siehe oben)** ausser Umstände haben sich in einer Art und Weise verändert dass der Vertragszweck vereitelt oder das Zutrauen des einen oder anderen Teils verloren wird (**§936 clausula rebus sic stantibus)** Weiters gelten Formvorschriften des Hauptvertrags auch für den Vorvertrag. Zu unterscheiden vom Vorvertrag sind **Option (**vorausbestimmter Vertrag wird ohne mitwirkung in Geltung gesetzt) **Punktation** (Entwurf, dem ein förmlicher Vertrag folgen kann, der bereits verbindlich ist **§885**) **Rahmenvertrag** (Vereinbarung über gewisse, für alle weiteren Verträge relevanten Bestimmungen).

Die von manchen für wirksam gehaltenen **faktischen Vertragsverhältnisse** diealso ohne Willenserklärung nur durch **sozialtypisches Verhalten** zustande kommen werden in Ö zumeist abgelehnt (zB Einsteigen in die UBahn und der damit verbundene Beförderungsvertrag). Lösen tut man diese Fälle über stillschweigende Willenserklärungen oder, falls kein Vertrag geschlossen werden soll, bereicherungs- bzw schadensersatzrechtlich.

**2. Vertragsabschluss unter Verwendung von AGB**

Durch die Vorformulierung von allgemeiner Geschäftsbedingungen (Also Vertragsformblätter) und den Umstand dass diese regelmäßig von wirtschaftlich überlegenen Unternehmern verwendet werden besteht „Überrumplungsgefahr). Daher werden bestimmte AGB einer **ex Ante** **Kontrolle** (Also Vorkontrolle) durch Aufsichtsbehörden und sämtliche AGBs einer **ex post Kontrolle (**Nachträglichen Kontrolle) durch Gerichten die darauf abzielt ob diese wirksam vereinbart wurde und den Vertragspartner nicht übervorteilen.

Die Ex-Ante-Kontrolle wird teils kritisiert, da ohnehin ex post Kontrolle stattfinden kann und zu Rechtsunsicherheit führen könnte. Außerdem können die beiden letzten Instanzen (ex ante = VwGH ex post = OGH) jeweils zu anderen Ergebnissen kommen.

Die ex-post-Kontrolle wird bei Gericht durch die benachteiligte Partei oder eine bestimmte Interessensvertretung (**Verbandsklage)** eingebracht. Wer AGB verwendet hat diese der klagebefugten Einrichtung auf deren Verlangen auszufolgen, falls Verbraucherinteressen gewahrt werden müssen (**§§28 ff KSchG)**

*a)Geltungskontrolle*

Hier wird geprüft ob der Vertragspartner mit den AGB einverstanden war. Die Verwendung muss im **vor Vertragsabschluss** erkennbar sein (§7371 GewO zB: Aushangpflicht) und er hatte zumindest Möglichkeit zur Kenntnisnahme. Wird ein Vertragsteil nach Abschluss darauf hingewiesen ist der Vertrag ohne Einbeziehung der AGB zustande gekommen.

In den Bereich der Geltungskontrolle **gehört auch §864:** Nachteilige Klauseln werden für unwirksam erklärt sofern sie unüblich und der Vertragspartner mit ihnen nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde nicht rechnen musste. Dasselbe gilt analog für **Online-AGB** mit versteckten Klauseln.

**§6/3 KSchG** normiert das eine unklare oder unverständliche Klausel unwirksam gegenüber dem Verbraucher ist. Da **§915** ja eigentlich durch die **Unklarheitenregel (siehe oben)** eine solche Klausel zum Nachteil auslegen würde ist anzunehmen das **§6/3 KSchG** erst subsidiär nach **§915** zur Anwendung kommt.

*b) Inhaltskontrolle*

Soweit die Geltungskontrolle passt, werden Klauseln unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit geprüft. **(§879)** Weiters auch z.B. **§879/3** der gröblich benachteiligende AGB Klauseln, die nicht die Hauptleistung betreffen bei **gröblicher Benachteiligung** für unwirksam erklären (z.B. Anzeigepflicht von Schäden vor Verlassen einer Parkgarage um Ersatzansprüche nicht zu verlieren). **Weitere Bestimmungen** enthalten vor allem **§6 1/2 KSchG**.

**3.Vertragsabschluss durch Stellvertreter**

*a) Allgemeines*

Der Stellvertreter handelt im Namen des Geschäftsherrn erzeugt damit rechtsgeschäftliche Wirkungen unmittelbar zwischen diesem und dem Dritten (Anders **indirekte Stellvertretung,** die gar keine ist, weil der Stellvertreter zunächst im eigenen Namen kontrahiert um sie dann weiterzuverkaufen). Stellvertretung ist nicht bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften (**Eheschließung, Testamente)** bei Verträgen wiederum sehr häufig die aber gewillkürt ist (**mittels Bevollmächtigung)**.

*b) Voraussetzungen*

**Geschäftsfähigkeit des Stellvertreters:** Da der Stellvertreter eine Willenserklärung abgibt muss er zumindest beschränkt geschäftsfähig sein also mindestens 7 Jahre alt. Inwieweit er fremde Interessen wahrnehmen kann geht auf Risiko des Geschäftsherren der nachteilige Dispositionen des minderjährigen Stellvertreters u tragen hat (**§1018)**

**Vertretungsmacht (Vollmacht)** Muss entweder intern oder extern erteilt werden. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden, aber auch dadurch das ein Anschein gesetzt wird etwa Überlassen von Geschäftspapier und Stempel. Vertrauen Dritte auf diesen Vertrauenstatbestand gutgläubig spricht man von **Anscheinsvollmacht,** der Vertrag kommt wirksam zustande. Auch die **Duldungsvollmacht** wird anerkannt (Jemand setzt schlüssige Willenserklärungen, etwa z.B. Bezahlen von Rechnungen der Ehefrau die für das Unternehmen immer einkauft). Der Umfang richtet sich nach der konkreten Bevollmächtigung, sie wird in **Einzel, Gattungs- oder Generalvollmachten unterschieden** da aber einige Geschäfte eine Einzel- oder Gattungsvollmacht benötigen, kann eine Generalvollmacht nicht für alle Arten von Geschäften gelten.

**Offenlegung** Das Handeln im Namen des Vertretenen. Kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Im Zweifel ist ein Eigengeschäft des Stellvertreters anzunehmen. Die Person des Geschäftsherrn muss nicht offengelegt werden wenn er damit einverstanden ist (**Vertretungsvorbehalt)** sie ihm erkennbar ist aus den Umständen oder nach der Natur des Geschäftes gleichgültig (Etwa geringfügige Bargeschäfte sog. **Geschäft für den den es angeht)** Handeln **im fremden Namen** wird unterschieden von Handeln **unter fremden Namen** wo sich jemand als wer anderer ausgibt. Im Zweifel gilt ein Eigengeschäft, es sei denn dem Dritten kommt es gerade auf die Person des Handelnden an (z.B. für Prozente). Dann wird der Namensträger verpflichtet, ohne Vollmacht liegt Vertretung ohne Vollmacht vor (**falsus Procurator)**. Unter Abwesenden kann nur mit entsprechender Vollmacht ein Geschäft mit dem Namensträger zustande kommen. **Siehe Abbildung Seite 71.**

*c)Sonderformen der Vollmacht*

**Verwaltervollmacht** ist die Vollmacht die mit der Verwaltung verbunden ist – sie wird gewöhnlich vermutet wenn die Verwaltung anvertraut wird.

**Überbringervollmacht** Der Überbringer einer Quittung gilt als ermächtigt die Leistung zu empfangen, sofern keine Umstände der Annahme entgegenstehen.

**Ladenvollmacht** Verkäufer sind im Zweifel bevollmächtigt den Kaufpreis zu kassieren.

**Prokura und Handlungsvollmacht:** unternehmensrechtliche Vollmacht mit gesetzlich umschriebenem Umfang (§§ 48 ff UGB) Der Prokurist kann zum Abschluss sämtlicher Geschäfte bevollmächtigt sein die der Betrieb eines Unternehmens mit sich bringt, die Prokura kann nur von im Firmenbuch eingetragenen Unternehmern erteilt werden. Die Prokura kann nur im Innenverhältnis also nicht gegenüber Dritten beschränkt werden und ist auch ins Firmenbuch einzutragen. Sie kann nicht übertragen werden und kann einseitig und formlos widerrufen werden. Die Handlungsvollmacht dagegen ist beschränkbar, übertragbar und bedarf keiner Eintragung ins Firmenbuch.

**Unternehmensvollmacht (§10 KschG)** Eine Vollmacht die ein Unternehmer erteilt ist auch alle mit Verbrauchern getätigte Rechtshandlungen erstreckt. Eine Beschränkung ist nur dann wirksam, wenn sie dem Verbraucher bewusst war. Nur wenn er sie grob fahrlässig nicht kannte kann der Unternehmer vom Vertrag zurücktreten. Rechtswirksamkeit Formlose Erklärungen des Unternehmens können zum Nachteil des Verbrauchers vertraglich nicht ausgeschlossen werden.

**Untervertretung, Gesamtvertretung** Ersteres wird dann angenommen wenn sich der Bevollmächtigte eines weiteres Stellvertreters bedient, zweiteres ist die Eiräumung an mehrere Personen die gemeinsam (**Kollektivvertretung)** oder einzeln wirken.

*d) Abgrenzungen*

**Treuhand:** Der Treuhänder kann mehr als er darf. Ihm wird Eigentum am Treugut übertragen, über das er derivativ verfügen kann, gebunden ist er aber im Innenverhältnis an den Auftrag des Treugebers, dieser ist weiterhin wirtschaftlicher Eigentümer. Bei Insolvenz kann dieser das Treugut aussondern (**Exszindierung)** Häufigste Arten der Treuhand sind die **Fiducia (**Vollrechtserwerb zB Eigentum) **und Ermächtigungstreuhand (lediglich Verwaltungsrechte)**. Weiters unterscheidet man eigennützige (zB Sicherungszweck), fremdnützige (Verwaltungstreuhand), offene (wird bekannt gegeben) und versteckte Treuhand.

**Abschlussvermittler** vermitteln Verträge zwischen Vertragspartnern ohne sie abzuschließen (Diese können jedoch auch zusätzlich Stellvertreter sein)

**Botenschaft:** Der Bote überbringt oder empfängt nur eine Erklärung, es ist keine Geschäftsfähigkeit erforderlich selbst Tiere und Kinder können Boten sein. Das Risiko über Veränderung der Botschaft liegt beim Erklärenden – bei absichtlicher Veränderung jedoch beim Empfänger.

**Auftrag:**  Begründet keine Vertretungsmacht, sondern eine Verpflichtung im Innenverhältnis zum tätig werden. Daher benötigt man noch eine Vollmacht

**Sofware-Agenten** Programme die auf elektronischen Marktplätzen mittels selbständiger Routinen Aufgaben erledigen. Ihnen fehlt Geschäftsfähigkeit, es kommt jedoch eine (**strittig!)** analoge Anwendung des Stellvertreterrechts in Betracht.

*e) Vertretung ohne Vollmacht*

Schließt der Vertrer ohne ausreichende Vollmacht ein Geschäft ab und wird dieses nicht durch Genehmigugn oder Vorteilszuwendung saniert wird es dem Geschäftsherren nicht zugerechnet, es gebühren Schadenersatzansprüche gegen den **Scheinvertreter**. Dieser muss den Dritten so stellen, wie wenn dieser nicht auf den Vertragsabschluss vertraut hätte. (**Ersatz des Vertrauensschades = negatives Interesse),** Mangels Verursachung ist der **Nichterfüllungsschaden = positives Interesse** grundsätzlich nicht zu ersetzen. Begrenzt wird mit dem hypothetischen Erfüllungsinteresse, falls der Vertrauensschaden dieses übersteigt **(Vergleiche Bsp Seite 74)**

Auch der Unternehmer kann bei Vertretung ohne Vollmacht ersatzpflichtig werden, dabei kann auch der **Scheingeschäftsherr** herangezogen werden, falls der Scheinvertreter als Vertrags oder Verhandlugnsgehilfe eingesetzt wurde **(§1313a)**. Umgekehrt kann der Scheingeschäftsherr Leistungen vom Dritten herausverlangen, etwa mit **§366 oder bereicherungsrechtlich.** Bei kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis kommt **§1304 (Schadensteilung)** zur Anwendung.

Ein weiterer Sonderfall sind Insichgeschäfte, der Vertreter also entweder mit sich selbst (**Selbstkontrahieren)** oder mit einem anderen Geschäftsherrn der ihn als Vertreter einsetzt kontrahiert (**Doppelvertretung)** Diese Geschäfte sind nur wirksam wenn sie ausschließlich Vorteile, keine Benachteiligungsgefahr (also zB zu Marktpreisen abgeschlossenes Geschäft) oder ein Kollisionskurator bestellt wurde.

**Siehe Abbildung 2 Seite 75 – Fallschema Stellvertretung.**

Keine Scheinvertretung liegt dann vor wenn die Vertretungsmacht missbraucht wird, also bewusst schädigend überschritten wird. Das Geschäft ist gültig, jedoch drohen SE Ansprüche, außer Bevollmächtigter und Dritter haben zusammengewirkt dann ist das Geschäft ungültig (**Kollusion, §879).**

*f) Beendigung der Vollmacht*

Vollmacht erlischt mit Aufkündigung, Widerruf, Fristablauf bei zeitlicher Beschränkung, Eintritt einer Bedingung, Insolvenz oder Tod des Geschäftsherren oder des Vertreters (Ausnahmen Prozessvollmacht und auf den Sterbefall bezogene Vollmacht). Der Dritte wird aber geschützt, falls im das Erlöschen schuldlos unbekannt war, Unaufschiebbare Geschäfte müssen bis entsprechende Dispositionen getroffen werden fortgesetzt werden **(§1025)**

**4.Vertragsabschluss mit Voraussetzungsklauseln**

Die Parteien können den Vertrag oder gewisse Rechtswirkungen von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen:

**Ungewisse Umstände (Bedingungen)**  treten ein oder nicht ein (§§**696 ff)** Die Lehre differenziert zwischen Suspensiv und Resolutivbedingungen (aufschiebende / auflösende Bedingungen). Weiters werden gewollte, zufällige und gemischte Bedingungen unterschieden. Unmögliche / Unerlaubte Bedingungen können nicht vereinbart werden. Wer eine Bedingung beeinflusst kann Ersatzpflichtig werden und kann sich nicht auf den (Nicht-) Eintritt berufen.

**Bestimmte Termine oder Ereignisse** treten ein (**Befristung §§704 f)** zB der Vertrag wird erst nach Tod gültig. Hier kommt der Zeitpunkt bestimmt (anders als bei der **Bedingung)**, die Frage ist nur das „Wann“

**Bestimmtes Verhalten** muss gesetzt werden von einem Beschenkten oder Legatar um die Zuwendung zu behalten. **(Auflage §709)** Die Auflage wirkt wie eine auflösende Bedingung, die Auflage kann aber nur bei schuldhafter Nichterfüllung die Zuwendung verlieren lassen, die Einhaltung kann geklagt werden (§710)

**III. Vertragserfüllung**

**1.Leistungszeit (§904)**

Mangels gesetzlicher Fälligkeitsregeln richtet sich der Leistungszeitpunkt nach der Vereinbarung oder der Natur bzw dem Zweck des Geschäfts. Ergibt sich daraus nicht muss der Schuldner erst nach Aufforderung durch den Gläubiger (**Mahnung – kann sogleich ohne unnötigen Aufschub erfolgen uU mit Vorbereitungszeit)**. Wird der Fälligkeitszeitpunkt verschobene (**§1413, nur einvernehmlich)** spricht man von **Stundung,** bei bloßen Verzicht auf Geltendmachung trotz Fälligkeit von reiner Stundung (Dazu gibt es noch die **Zwangsstundung = Moratorium** in Krisenzeiten)

**2. Leistungsort (§905)**

Der Leistungsort ergibt sich primär aus der Parteienvereinbarung oder aus der Natur bzw dem Zweck des Geschäfts. Ansonsten liegt **Holschuld (**Bereitstellen der Leistung) vor: Der Gläubiger muss die Sache am Wohnsitz des Schuldners abholen. Die Parteien können aber auch **Bring-** (Ablieferung a Wohnort des Gläubigers oder **Schickschuld** (Absendung, Gefahrübergang auf Gläubiger) vereinbaren. Geldschulden sind **iZw**  qualifizierte Schickschulden, hier trägt der Schuldner auch bei Absendung das Risiko das sie ankommt **§905/2**. Weiter ergeben sich Besonderheiten aus der Substituionsfunktion von Geld: Etwa das Entstehen einer Forderung wenn jemand mit Buchgeld bezahlt. Die Bezahlung von Fremdwährung in inländischer, wenn der Zahlungsort im Inland liegt (§905a siehe dazu effektive Zahlung) oder die Vereinbarung von Wertsicherungsklauseln **(Indexklauseln)** um eine Geldentwertung abzusichern.

**3.Leistungsart (§§906 f)**

Kann der Vertrag auf mehrere Arten erfüllt werden (liegt also **Wahlschuld** vor: **Es kann Ware A oder B geleistet werden)** hat je nach Vereinbarung der Schuldner, Gläubiger oder sogar Dritter die Wahl welche Leistung zu erbringen ist, von einer Wahl kann nicht abgegangen werden(**§906/1** ohne Vereinbarung Wahlrecht des Schuldners). Hat der Gläubiger die Wahl und ist er damit im Verzug so kann der Schuldner die Wahl treffen oder nach **§§918, 919** vorgehen (Rücktritt oder Festhalten). Wählt er anstelle des Gläubigers, hat der Gläubiger eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderen Wahl, wird das versäumt ist die Wahl des Schuldners maßgebend, Ersatz des Schadens gebührt **(§906/2).** Wurde eine Wahlschuld vereinbart und geht eines der Wahlstücke zufällig unter, so ist der Wahlberechtigte nicht mehr an den Vertrag gebunden. (bei Verschulden des Schuldners kann der Berechtigte SE oder das übrige Stück wählen **§907)** Beachte: Bei der **Ersetzungsbefugnis** ist bloß eine Leistung geschuldet, eine andere kann erbracht werden (**Facultas alternativa –** z.B. Aufzahlung bei der laesio enormis)

**4. Leistungsreihenfolge (§1052)**

Ein Vertragspartner muss eine Leistung nur Zug um Zug, also nur dann erbringen wenn der andere sie auch erbracht hat oder sie zumindest gleichzeitig anbietet **(§§ 1052, 1062)** Ansonsten kann gegen die Klage die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben werden. Dies gilt auch nach der Erfüllung: Bis der Mangel nicht behoben wurde gibt es die **Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages.** Hat sich ein Teil zur Vorausleistung (also abweichen des Zug-um-Zug-Prinzips) verpflichtet hat er aber die **Unsicherheitseinrede** falls die Gegenleistung durch nach Vertragsabschluss entstandene unvorhersehbare Verschlechterung gefährdet ist (**clausula rebus sic stantibus).** Der Vorausleistenden kann unter diesen Umständen seine Leistung zurückbehalten.

**IV.Vertragsverletzung**

**1.Allgemeines**

Vertragsverletzungen lösen **Leistungsstörungen** und bei **Verschulden Schadenersatzansprüche** aus. Als eine Art pauschalierter Schadenersatz gibt es die **Vertragsstrafe**. Wird diese vereinbart (**§1336)** gebührt unabhängig vom Eintritt und Höhe eines Schadens, setzt aber Verschulden an der Vertragsverletzung sowie Bestehen einer Hauptverbindlichkeit voraus. Sie kann (auch für Unternehmer) gerichtlcih herabgesetzt werden (**§1336/2 seit dem HaRäG)**. Ein übersteigender Schaden kann eingefordert werden(**§1336/3)**, Für Verbraucher muss dies im Einzelnen ausgehandelt werden.

Abzugrenzen sind davon das **Reugeld und Angeld.** Das Reugeld gebührt gleichfalls an Stelle des dadurch verursachten Schadens (**911)** Derjenige der es verspricht hat aber auch das Recht grundlos vom Vertrag zurückzutreten, obwohl er gesetzlich nicht dazu berechtigt wäre (**§ 909)** (zB ist die Stornogebühr ein Reugeld). Das **Angeld** wird als Zeichen der Sicherstellung für die Erfüllung gegebn und kann bei schuldhafter Vertragsverletzung einbehalten werden, ohne dass sich der schuldlose Teil damit aber begnügen muss (**Mäßigung nach 1336/2 möglich!)**. Für den Fall des Vertragsbruchs können auch der Verlust bestimmter Rechte oder überhaupt ein Rücktrittsrecht vereinbart werden. (zB **Terminverlust)**

**2.Vertragshindernisse**

Einem Vertrag können Störungen entgegenwirken: Entweder im Zeitpunkt des Abschlusses (**Wurzelstörungen)** oder im Leistungsstadium (**Leistungsstörungen)**

*a)Wurzelstörungen*

Wie erwähnt liegen diese schon bei Vertragsabschluss vor und bewirken daher, dass gar kein Vertrag zustande kommt. Dieser wird also entweder nichtig (im Folgenden) oder kann rückwirkend aufgehoben werden (auch **sachenrechtlich!)** Letzteres bedeutet damit eine Fiktion, ein Vertrag wurde nie abgeschlossen, so kann jemand mit §366 (rei vindicatio) sein Eigentum zurückfordern. Ist ein Vertrag ungültig, kann er grundsätzlich nicht geheilt werden **(keine Konvaleszenz)**, dadurch dass die Voraussetzung später eintreten. Eine Ausnahme ist die nachträgliche Genehmigung einer Person nach Eintritt der Volljährigkeit (**nur schriftlich möglich)** die sie ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossen hat.

*aa) mangelnde Erklärungsabsicht*

Jemand gibt eine Erklärung ab, die er nicht so meint.

**Scherzerklärung:** zB. im Rahmen von Lehrveranstaltungen.

**Mentalreservation:** Jemand gibt eine Erklärung ab, unter geheimen Vorbehalt, will sie also gar nicht. Die Erklärung gilt trotzdem **(Vertrauenstheorie!)** Durschaut jemand die Absicht ist umstritten was passiert: Ob die Erklärung ungültig, anfechtbar ist oder trotzdem bindet.

**Scheingeschäft:** Es wird zwischen absolutem und verdecktem Scheingeschäft unterschieden (kein Vertrag ist gewollt bzw. grundsätzlich ist ein Vertrag gewollt) Etwa ein fingierter Kaufvertrag um durch die Abtretung der Forderung daraus an einen Kreditgeber doch einen Kredit aufzunehmen. Das Scheingeschäft ist grundsätzlich nicht (weil nicht gewollt.

*bb) Geschäftsunfähigkeit*

*s.o.*

*cc) Dissens*

Liegt vor wenn die Willenserklärungen nicht übereinstimmen (**§869)**. Entweder er ist **offen** (ist den parteien bewusst etwa „100?“ „ja, 80!“ = **Dissens wegen Diskrepanz der Erklärungen,** wenn ncith die Hauptpunkte betroffen sind tritt der Vertrag nur zum Teil in Geltung) oder **versteckt (**Etwa „schwarz“ in Hinblick auf die Farbe, der andere meint ohne Mehrwertsteuer – lässt sich nicht klären was durch Auslegung gemeint ist liegt Dissens wegen **Mehrdeutigkeit fest vgl §571)**. Irrtumsanfechtung ist nicht möglich, da gar kein Vertrag zustande gekommen ist der angefochten werden könnte. Falls Erklärungen **unvollständig sind** (etwa ein Auto wird verkauft, es ist aber unklar welches von mehreren) liegt ebenfalls Dissens vor. Wer eine Einigung vortäuscht wird ersatzpflichtig (**§869 am Ende)**

*dd) Formungültigkeit*

Grundsätzlich müssen Verträge in keiner bestimmten Form geschlossen werden (**Formfreiheit)** können als mündlich oder schriftlich zustande kommen (**Konsensualverträge).** Es gibt allerding auch **Realverträge** die erst durch Leistungserbringen wirksam werden (zB Verwahrung, Trödelvertrag). **Realverträge** bereiten Probleme mit Art 9 E-Commerce-RL wonach die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen das Verträge auf elektronischem Weg zustande kommen. Zunehmend werden Realverträge daher in Konsensualverträge umgewandelt da sie veraltet sind (etwa der Darlehensvertrag 2010). Es kann auch eine Form vereinbart werden (**gewillkürte Form),** so dass ohne deren Einhaltung nicht gebunden wird. Das Gesetz stellt jedoch auch aus Gründen der Beweissicherung (zB Testamente), Schutz vor Übereilung (Schenkungen, Bürgschaften) und Erkennbarkeit (**§EheG) Formvorschriften auf.** Verletzung dieser macht grundsätzlich das Geschäft nicht (**§1432 Ausnahme:** Wird die Leistung erbracht, rechtfertigt das zum Behalten und kann nicht zurückgefordert werden – Naturalobligation siehe oben) **Als gesetzliche Formvorschriften kommen die Schriftform, die öffentliche Schriftform die notarielle Beurkundung, der Notariatsakt und Heranziehen von Zeugen in Betracht.**

Auch das **SignaturG** ist von Bedeutung: Es handelt sich nicht um nachgebildete Unterschriften iSd **§886** sondern um Verschlüsselungen mit der ein elektronisches Dokument versehen wird (diese muss gewissen Sicherheitserfordernissen genügen **§2 Z3SigG).** Signaturen kommen einer eigenhändigen Unterschrift gleich – ausser in Familien und Erbrechtsgeschäften sowie bei Bürgschaften.

*ee) Ursprüngliche Unmöglichkeit (§878)*

**Rechtlich Unmögliches** (**zB Sklaverei §16)**  oder **faktisch Absurdes** (zB Verkauf einer Kaiseraudienz, wahrer Fall) ist **geradezu unmöglich** (§878 S1) Der Schudlner wird haftbar falls er die Unmöglichkeit kannte oder kennen musste (Ersatz des Vertrauensschadens)– kennt der Gläubiger sie jedoch auch kommt es zur **Kulpakompensation (**gänzlicher Verlust des Anspruchs und keine Schadenteilung **§878 S 3)**

Von den eben erörterten Fällen des **§878/1** sind jede der **schlichten anfänglichen Unmöglichkeit** zu unterscheiden. In denen die Leistungserbringung des Schuldners scheitert – etwa Skilehrer der nicht Ski fahren kann. Aus **§923**, der die Veräußerung einer nicht mehr vorhandenen Sache als GWL Fall behandelt, folgt das so ein Vertrag gültig ist, aber eben angefochten werden kann. Die Haftung des Schuldners hängt davon ab ob er die Leistung garantiert hat, in diesem Fall gebührt das **Erfüllungsinteresse (**Gläubiger ist so zu stellen wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung gestanden wäre)**,** sonst der Vertrauensschaden.

Ist nur ein Teil von der Umöglichkeit betroffen (**Teilunmöglichkeit) richtet sich die Gültigkeit des Restvertrages** danach, ob die Parteien diesen für sich allein geschlossen hätten (iZw verliert er nicht seine Gültigkeit) **§878** wird analog auch auf andere Fälle der Teilunmöglichkeit angewendet.

*ff) Gesetz- oder Sittenwidrigkeit (§879)*

Ein Vertrag ist ungültig wenn er gegen ein Gesetz verstößt, das seinem Sinn entsprechend einen entsprechenden Vertrag verhindern will (zBWaffengesetze). Gesetze die sich nur an einen Partner richten, nur das **Wie** und **Wann** verbieten nicht jedoch das **Was**,verfolgen den Zweck nicht, es drohen meist nur zB Verwaltungsstrafen oder Nachteile. (zB Bankgeschäfte ohne Konzession sind nicht ungültig, es besteht aber kein Anspruch auf Vergütung **§100 BWG)**

**Umgehungsgeschäfte** sind Geschäfte um bestimmte Rechtsfolgen zu umgehen. Sie sind nichtig wenn der Gesetzeszweck vereitelt wird (Siehe Bsp 85 Abs 2)

Ein Vertrag ist wegen **Sittenwidrigkeit** ungültig, wenn er gegen das **Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft verstößt (laut Rsp).** So etwa Verpflichtung die Stadt zu verlassen, oder wirtschaftlich unzumutbare Knebelungen. Auch Prostitution, nicht jedoch entgeltlicher Telefonsex. **Die Konkretisierung der Generalklausel des §879 (Formel vom Rechtsgefühl der Rechtsgemeinscahft)** erfolgt durch die Grundrechte – mittels der Wertungsjurisprudenz und deren beweglichem System (siehe oben) ist etwa ein Vertrag umso mehr sittenwidriger je weiter er sich von einem Grundrecht entfernt.

**Spezialfälle sittenwidriger Vereinbarungen** finden sich in **§879/2 ,3**. Etwa **Unterhandlung eines Ehevertrages, Vermittlung medizinisch** **unterstützter Fortpflanzung, Streitanteilsvereinbarungen (pactum de quota litis) mit Rechtsfreunden, lebzeitige Verfügungen über Zuwendungen von Todes wegen, wucherische Verträge.** Auch **§6 KSchG** enthält einen Katalog von Klauseln, **§879/3** behandelt die Sittenwidrigkeit von AGB Klauseln.

Ist ein Vertrag nach **§879** ungültig ist zwischen **absoluter und relativer** Nichtigkeit zu unterscheiden. **Absolut** bedarf es keiner gerichtlichen Geltendmachung, bei relativer Nichtigkeit kann der Verletzte entscheiden ob er die Nichtigkeit geltend macht oder nicht. **Bei Teilungültigkeit** wird auf die betreffende Vertragsbestimmung, nicht auf den hypothetischen Parteiwillen abgestellt.

*gg) Willensmägel*

**Irrtum (§§ 871 ff)**: Vorstellung und Erklärung stimmen nicht überein, weil sich bei der Abgabe der Erklärung, in Bezug auf den Geschäftsgegenstand oder die Person des Geschäftspartners. (**Erklärung, Inhaltsirrtum, Geschäftsirrtum ieS)**  Die Vorstellung muss bei Vertragsabschluss vorliegen. Unbeachtlich sind Irrtümer bei Gattungsschulden, da kein konkretes Stück vorliegt über das geirrt wird (**Irrtum über Zukünftiges)** Unterschriften auf ungelesenen Urkunden gehen zu Lasten des Erklärenden, Anfechtung ist nur möglich falls konkrete Vorstellungen im Inhalt sein sollten, die aber nicht zutreffen. Ähnliches ist bei **Blankounterschriften,** wenn der Text anders verfasst wird als vom Unterschreibenden gewollt.

Im Allgemeinen sind ferner nur **Geschäftsirrtümer iwS** relevant, das sind solche die sich auf Umstände beziehen die Vertragsinhalt sind, nicht jedoch **Motivirrtümer (**beachten: **§3a KSchG, §873)** Was Vertragsinhalt wird, bestimmt sich aus dem konkreten Fall und muss durch Auslegung geklärt werden (zB Kauf eines Goldrings am Flohmarkt / beim Juwelier) Unabhängig vom Vertragsinhalt sind Irrtümer über Umstände die gesetzliche Aufklärungspflicht verlangen als Geschäftsirrtümer zu behandeln (**§871/2)**

**Als unbeachtliche Motivirrtümer** werden hingegen angesehen: **Wertirrtümer (**irrtümlich für besonders wertvoll gehalten) **Rechtsfolgenirrtum und Kalkulationsirrtümer (**jemand schätzt seinen Aufwand falsch ein). Letztere können jedoch beachtlich werden wenn die Kalkulation bei Abgabe der Vertragserklärung unterlief oder Vertragsinhalt wurde. Ansonsten sind Motivirrtümer auch bei unentgeltlichen Geschäften, Testamenten und bei arglistiger Herbeiführung sowie wenn das Motiv Vertragsinhalt wird beachtlich.

Ein beachtlicher Irrtum kann auch geltend gemacht werden wenn er vom Irrenden verschuldet wurde, allerdings kommt eine culpa in contrahendo Haftung in Betracht für Schäden der Vertragsaufhebung.

Es müssen jedoch die **Anfechtungsvoraussetzungen des §871/1** vorliegen -(**Umstritten bei Motivirrtümern):**

**-Veranlassung** der Vertragspartner veranlasst den Irrtum. Verschulden ist nicht erforderlich (zB falsche Bezeichnung der Ware)

**-Offenbare Erkennbarkeit** dem Vertragspartner musste der Irrtum aus den Umständen offenbar auffallen (§871/1) wenn der Käufer zB für ein Imitat zu viel bezahlt das er es anscheinend für echt hält.

**-Rechtzeitige Aufklärung** wenn der irrende seinen Vertragspartner über die Fehvorstellung informiert und dieser noch keine Dispositionen im Vertrauen auf den Vertrag getroffen hat. Nach manchen Lehrmeinungen ist dies auch nach erfolgter Disposition möglich wenn der Vertrauensschaden ersetzt wird (**Redintegration)**

**-Gemeinsamer Irrtum**  also Fehlvorstellungen beider Parteien über denselben Umstand, rechtfertigt nach hA ebenfalls die Anfechtung wogegen eingewendet wird, dass ein Vertragspartner seine **Schutzwürdigkeit nicht dadurch verlieren kann, dass er ebenfalls irrt – was ja Sinn und Zweck der Anfechtungsvoraussetzung sind**

Wird der Irrtum bei Vorliegen einer dieser Voraussetzung gerichtlich geltend gemacht, so kommt es bei **wesentlichen Irrtümern** (**Der Vertrag wäre nicht geschlossen worden §877 –** Vertrag wird ex tunc aufgehoben, Leistungen zurückgestellt**)** zur **Vertragsaufhebung** bei **unwesentlichen Irrtümern** zu **Vertragsanpassen (§872** Preiskorrektur). Die Geltendmachung ist aber ausgeschlossen wenn sie verjährt (3 Jahre ab Vertragsschluss),wenn der Irrende drauf verzichtet, bei Klaglosstellung (**Vertragspartner stellt Irrenden so wie dieser sich das vorgestellt hat)** und wenn der Umstand auf den sich der Irrtum bezog nachträglich eintritt (Gesundung des kranken Tiers zB). Besteht Gewärhleistungsausschluss gilt dies auch für Irrtumsanfechtung (**Rsp). Siehe Abb 3 Seite 89 ex tunc – ex nunc Wirkung**

**Arglist** (**§870)** ist die bewusste Herbeiführung oder Ausnutzung eines Irrtums. Der Vertrag kann ohne weitere Voraussetzungen angefochten werden, unabhängig ob wesentlich, unwesentlich, Motiv oder Geschäftsirrtum. Egal ist auch ob Nachteile entstanden sind. (**Verjährung 30 Jahre!)**

**Drohung (§870)**: der Partner wird durch Androhung eines Übels u Vertragsschluss gezwungen. Auch hier kann der Vertrag angefochten werden**, drei Jahre ab Wegfall der Zwangslage.**

Sowohl List als Drohung sind rechtswidrig und gewähren daher auch einen **Schadenersatzanspruch (§874)**. Geht Täuschung oder Drohung von einem Dritten aus, kann nur angefochten werden wenn der Vertragspartner teilnahm oder davon wissen musste (§**875)** Dienstnehmer, Gehilfen sind keine Dritten sondern werden dem Vertragspartner zugerechnet.

**Geschäftsgrundlage:** Wegfall jener Umstände von deren Fortbestand typischerweise ausgegangen wird. Kann Anfechtung möglich machen wenn sie aus einer äußeren Sphäre (zB Naturkatastrophen, Krieg) kommen und mit dem Wegfall nicht gerechnet werden musste (**Gesamtanalogie aus zB §§936,962, 1052)**

**Siehe Abbildung 4 Wurzelstörungen 90-91.**

*b) Leistungsstörungen*

Liegen vor wenn der Vertrag zustande kommt, aber bei seiner Abwicklung Störungen auftreten (im **Insolvenzverfahren siehe §21 IO**) Obwohl im Schuldrecht angesiedelt, werden sie hier mit den anderen Vertragshemmnissen behandelt.l

*aa) nachträgliche Unmöglichkeit*

Nachträgliche Unmöglichkeit ist ein **dauerhaftes** (**Verzug = vorübergehend!)** **Erfüllungshindernis** zwischen Vertragsabschluss und Erfüllung. (Etwa Diebstahl, Leistung erledigt sich von selbst, nachträgliches Gesetzesverbot). Nach hL auch wenn die Leistung unzumutbar oder erschwinglich ist, strittig sind wirtschaftliche Fehlentwicklungen.

Die enstprechenden Regeln beziehen sich nur auf **Speziesschulden** (also ein ganz bestimmte Sache). **Leistungen aus einer Gattung (Gattungsschulden)** können nicht untergehen, **(genus non perit)** da ja ein anderes Stück der Gattung geleistet werden kann. Nur wenn die Gattungsschuld konkretisiert wird, also bereits ausgewählt und im Zeitpunkt der vereinbarten Übergabe angeboten wird (zB bei Versand ab Übergabe an die Post) ist die Gattungsschuld konkretisiert und nun eine Speziesschuld.

Wird die Leistung unmöglich, hängt viel davon ab wer das Unmöglichwerden verschuldet hat. Bei **Zufall (§1447)** erlöschen die beiderseitigen Leistungspflichten – Normal trifft den Gläubiger die **Leistungsgefahr** – der Schuldner muss nicht leisten, die **Preisgefahr** (Entgelt ohne Gegenleistung muss bezahlt werden) trifft bis **Fälligkeit** (außer bei Verzug) den Schuldner danach den Empfänger. Ein **stellvertretenes Commodum** (zB bei Versicherungssumme aus der Diebstahlversicherung), welches an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung tritt muss allenfalls vom Schuldner herausgegeben werden.

Hat der **Schuldner** die Unmöglichkeit **schuldhaft** herbeigeführt oder ist sie während **seines Verzugs** zufällig eingetreten Er kann entweder ohne Setzung einer Nachfrist vom Vertrag zurücktreten und das Erfüllungsinteresse verlangen: **Differenzanspruch (**die Differenz seiner Leistung und der untergegangen) oder **Ausgleichsanspruch** (Leistung erbringen und den Wert der untergegangen verlangen).

Hat der **Gläubiger (selten)** die Unmöglichkeit herbeigeführt oder ist sie im Annahmeverzug eingetreten muss er die Leistung erbringen ohne Gegenleistung zu erhalten (**Analog §§1168,1419)**

Bei teilweise Unmöglichkeit (zB Teile eines Sets gehen kaputt) kann der Gläubiger zurücktreten“ falls die Natur des Geschäfts oder der dem Schuldner bekannte Zweck der Leistungen entnehmen lässt dass die teilweise Erfüllung kein Interesse besteht“(**§920 Satz 2)**. Probleme bereiten zuweilen beschränkte Gattungsschulden, womit der Schuldner mehrere Verträge erfüllen muss, umstritten ist die Lösung das nach Quoten erfüllt werden soll.

*bb) Verzug*

Liegt vor, wenn der Schuldner die Leistung im Fälligkeitszeitpunkt nicht oder nicht vereinbarungsgemäß erbringt (**Leistungs-,Schuldnerverzug)** oder wenn sie vom Gläubiger trotz ordnungsgemäßer Erbringung nicht angenommen wird (**Gläubiger / Annahmeverzug)**

Bei schuldlosem Verzug (**ojektivem Verzug –** nicht nur **Hauptleistungs-** sondern auch **selbstständige** **Nebenleistungspflichten)** hat der Schuldner Verzugszinsen zu leisten – falls es sich um Geldschulden handelt. Weiter gibt es ein Wahlrecht (**§918)** Er kann auf Erfüllung klagen oder unter Setzung einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten. Das Setzen einer Nachfrist entfällt bei Verweigerung oder Unvermögen des Schuldners. Auch beim Kreditkauf kann nun sofort ohne besondere Vereinbarung zurückgetreten werden. Ist die Erfüllung für beide Parteien teilbar, kann der Rücktritt bei Verzug einer Teilleistung in Hinsicht aller ausstehenden oder nur der verspäteten Teillieferung erfolgen. Das meint **Sukzessivlieferungsverträge** – also solche wo Leistungen wiederholt erbracht werden. (zB Holzlieferungen von September – Februar). Bei sonstigem Teilverzug, kann zurückgetreten werden falls teilbar, sonst Gesamtrücktritt. Entsprechendes gilt für zusammengehörende aber verschiedene Verträge.

Trifft den Schuldner ein Verschulden (**subjketiver Verzug)** wird er haftbar (**§921)** und hat daher dem Gläubiger den Verspätungsschaden oder Nichterfüllungsschaden zu ersetzen – je nachdem ob daran festgehalten wird oder zurückgetreten. Das **Erfüllungsinteresse** berechnet sich nach dem Differenzanspruch – dieser wird konkret (**wenn ein Deckungsgeschäft vorliegt)** oder abstrakt (**nach allgemeinen Preisen)** berechnet. Zum Verspätungsschaden gehören auch Nachteile über die gesetzlichen Zinsen hinaus, zB Zinsen die seinerseits für einen Kredit fällig sind. Ohne Verschulden sind nur vertraglich vereinbarte bzw in Ermangelung dieser gesetzliche Zinsen zulässig – 4% (**§1000/1)** Es gibt Besonderheiten: 1. Zinsen können das Kapital nicht übersteige, 2. Keine Zinseszinsen, 3. Höhere Zinsen für Unternehmer aus unternehmensbezogenen Geschäften (**§352 8% über dem Basiszinsatz)**

Will der Gläubiger der Vereinbarung, der Natur oder dem Schuldner bekannten Leistungszwecke keine Verspätung haben (zB Silvesterfeuerwerk) liegt ein **Fixgeschäft vor,** der Vertrag wird ohne weiteres aufgehoben, **Festhalten muss sofort dem Schuldner mitgeteilt werden (§919)**

Tritt der Gläubiger bei Schuldnerverzug zurück, sind ausgetauschte Leistungen zurückzustellen (§921 am Ende) – Der Rücktritt hat also keine s**achenrechtliche ex tunc Wirkung!**

Beim **Annahmeverzug** nimmt der Gläubiger die ordnungsgemäße Leistung nicht an oder unterlässt die Mitwirkung (etwa zB Unzugänglichkeit für Bauarbeiten am Grund). Er hat die **widrigen Folgen (§1419)** zu tragen – zufälliges Unmöglichwerden lässt ihn die Preisgefahr tragen, der Schuldner haftet für leicht fahrlässiges Beschäden nicht mehr und er kann die Leistung gerichtlich hinterlegen (**§1425)**. Annahmepflicht besteht keine, daher auch keine Haftung (**uU Aufwandersatz)**, außer ein qualifiziertes Interesse des Schuldners besteht (etwa Veröffentlichung eines Buchs für einen Autor). Zur Abgrenzung von Unmöglichkeit und Gläubigerverzug wird §1155,1168 (**Sphärentheorie)** herangezogen.

*cc) Gewährleistung*

Gewährleistung ist die Folge mangelhafter Erfüllung(**§922-933b)** Sie gilt nur für **entgeltliche Geschäfte, teils gibt es Sonderregeln,** nicht mehr jedoch für den Werkvertrag.(**§1167). Subsidiär** gelten aber immer die allgemeinen Gewährleistungsregeln. Diese sind allerdings nur anzuwenden wenn der Schuldner überhaupt erfüllt hat. Hat er eine andere als die vereinbarte Leistung erbracht, oder hat der Gläubiger die Leistung zurückgewiesen gelten Nichterfüllungsregeln (also **Verzug)**.

Es ist dafür einzustehen dass die Leistung dem Vertrag entspricht, dies ist der Fall wenn sie die vereinbarten oder verkehrsüblichen Eigenschaften aufweist, allenfalls der Beschreibung einer Probe oder einem Muster entspricht, der Werbung entspricht, vereinbarungsgemäße Verwendung möglich ist. **(Wichtig:** Immer ist der Vertrag Anhaltpunkt)

Man unterscheidet **Sach-** (die einer Sache anhaften) und **Rechtsmängeln** (es wird nicht die rechtliche Position erlangt die geschuldet wird – zB Eigentum).Bei Sachmängeln wird auch zwischen **Qualitäts-** und **Quantitätsmängeln** unterschieden, unechte Quantitätsmängel (zB ein Tier wiegt weniger als vereinbart) werden als Qualitätsmängel behandelt. Auch öffentlichrechtliche Mängel sind Rechtsmängel.

**Rechtsfolgen der Gewährleistung** finden sich in **§932/1** **Verbesserung (Nachbesserung), Austausch, Preisminderung (actio quanti minoris), Wandlung (actio redhibitoria - Aufhebung).** Erst gebührt nur Verbesserung oder Austausch in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer. Preisminderung und Wandlung **stehen nur zu wenn (§932/4):**

-Verbesserung, Austausch unmöglich / unzumutbar sind

-Übergeber hat nicht in angemessener Frist ausgebessert / ausgetauscht

-Verbesserung oder Austausch ist mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden

-triftig Gründe in der Person des Übergebers

Zuerst also gibt es bloss ein Wahlrecht zwischen Austausch (**nur bei Gattungsschulden!)** und Verbesserung, es sei denn eine der beiden ist unmöglich oder unverhältnismäßig. Selbstverbesserung dem Gewährleistungspflichtigen in Rechnung zu stellen ist strittig (**§1168 analog, 1042 evtl)** Unverhältnismäßigkeit hängt vor allem von der Wichtigkeit der Behebung ab. Liegt eine der obigen Voraussetzungen vor kann gerichtlich gewandelt oder preisgemindert werden. Bei der Wandlung muss mittels **§1435** Leistung zurückgefordert werden. Bei Preisminderung wird mittels **relativer Berechnungsmethode** der Preis verändert: **P:p=W:w** (vereinbarter: verminderter Preis = Mangelfreie: mangelhafte Leistung)

Der Mangel muss im Zeitpunkt der Übergabe vorhanden sein, auch wenn er erst später zu Tage tritt. Mängel nach Übergabe rufen Gewährleistungspflichten hervor. Es obliegt in den ersten sechs Monaten dem Übergebe zu beweisen dass der Mangel nicht schon bei Übergabe bestand. **(Siehe auch Vermutungsfristen §§924, 925).** Die Vermutung tritt nicht ein wenn sie mit der Sache der Sache unvereinbar ist (**§924** zB unsachgemäße Benützung, Kratzer)

**Keine Gewährleistung** besteht dann wenn darauf verzichtet wird (**§9 KSchG – Ausschluss nicht möglich ZWINGEND)** oder wenn der Übernehmer wissentlich eine fremde Sache kauft (**§929)** Weiter gibt es keine bei offenkundigen Mängeln und aus dem Grundbuch ersichtlichen. **(§928)** Ersteres gilt jedoch nicht beim Gattungskauf oder Werkvertrag – es liegt ja noch keine bestimmte Sache vor. Ein Sonderfall ist die **Due Dilligence** Prüfung – beim Unternehmenskauf durch Verfügung gestellte Unterlagen. Hier ist aber ein offenkundiger Mangel wohl zu verneinen. Wird in Pausch und Bogen also so veräußert wie sie liegen und stehen, ohne Zahl, Maß, Gewicht (**§930)** ist auch Gewährleistung zu verneinen. Wird die Mangelfreiheit jedoch für **§§928-930** zugesichert oder vorgetäuscht besteht Haftbarkeit. Für Schulden und Rückstände (etwa Hypotheken, Abgabenverbindlichkeiten) auf einer Sache ist aber stets einzustehen (**§928 Depurierungspflicht)**. Hier ist aber mittels Vertragsauslegung zu klären ob nicht doch diese Schulden in die Sphäre des Übernehmers fallen (etwa zustimmen zur Kreditaufnahme zur Finanzierung der Umbaukosten einer Wohnung).

**Gewährleistung** besteht von Gesetzes wegen, anders die **Garantie.**  Sie wird meist von Herstellern gegeben und bezieht sich auf Mängel die nach Übergabe auftreten. Fristen sind nach der vom Garanten übernommenen **Zusage** zu beurteilen (**unechte Garantie – für echte siehe Schuldrecht)**

**Gewährleistung ist verschuldensunabhängig**, bei Verschulden kann jedoch auch ein Schadenersatzanspruch gebühren (**Vorteil: längere Frist §1489)** - **§933a.** Auch hier gebührt zuerst Austausch und Verbesserung erst dann gebührt Ersatz von Geld **(das Erfüllungsinteresse wiederum)** Zu wählen ist zwischen **Wertdifferenz (Mangelfreie – Mangelhafte Sache),** konkrete **Mangelbehebungskosten (**durch den Übernehmer oder Dritte) oder **Rückforderung** des Kaufpreises. Auch wenn die Behebung nicht durchgeführt wird können die **abstrakten Mangelbehebungskosten** gefordert werden. Nur bei Verschulden können **Mangelfolgeschäden** und **Begleitschäden** geltend gemacht werden – es handelt sich um Schadenersatzansprüche ex contractu gemäß **§1295.** Die Beweislastumkehr des **§1298** ist jedoch auf 10 Jahre begrenzt.

Bei Verbrauchergeschäften gebührt dem Unternehmer innerhalb von zwei Monaten vom Vormann ein Regressanspruch (längstens aber 5 Monate nach Leistungserbringung des Verpflichteten), auch nach Ablauf der Gewährleistungsfristen des §933. Auch der Vormann kann sich wiederum an einen **(Unternehmer-)**wenden. Auch hier gebühren wieder die vier Gewährleistungsbehelfe, der Anspruch ist immer mit Höhe des eigenen Aufwands beschränkt (**§933b)**

Zu beachten bei beidseitigen Unternehmensgeschäften ist aber die **Rügepflicht** nach **§377 UGB.** Dem Unternehmer obliegt es die Ware nach Lieferung zu untersuchen und Mängel in angemessener Frist (je nach Produkt, iZw 14 Tage) anzuzeigen, sonst gehen Gewährleistungsansprüche verloren.. Es genügt rechtzeitiges Absenden der Anzeige. Diese **Rügeobliegenheit** obliegt nur bei Kaufverträge über bewegliche Sachen, Werklieferungs-, Werkverträge über die Herstellung beweglicher Sachen und Tauschverträge über bewegliche Sache. Hat der Übergeber die Mängel arglistig, vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht gibt es keinen Ausschluss der Gewährleistungspflichten.

Gewährleistung gebührt zwei Jahre bei beweglichen, drei Jahre bei unbeweglichen Sachen, 6 Wochen bei Viehmängeln ab Ablieferung. Die Fristen können einvernehmlich (bei Verbrauchergeschäften nur bei gebrauchten Sachen) verkürzt und verlängert werden. Außergerichtliche Anzeige von Mängeln hat die Folge, dass dem Übergeber die Einrede der Mangelhaftigkeit entgegengehalten werden kann – so muss etwa der Kaufpreis nicht bezahlt werden bis zur Erfüllung der Gewährleistungspflicht. Für Vorteile aus dieser längeren Benutzung gebührt kein Ausgleich (**Vorteilsausgleich**) an den Übergeber.

*dd)laesio enormis*

Ein Vertrag kann auch dann angefochten werden, wenn ein Teil wertmäßig nicht einmal die Hälfte von den erhält, was er selbst zu leisten hat (**§934)**. Vertraglicher Ausschluss ist nicht möglich **(§935)**, allerdings gebührt es bei einigen Geschäften nicht (**Gerichtliche Versteigerungen (jedoch private Onlineversteigerungen schon), Vergleiche zB)**. Ferner dann nicht wenn eine besondere Vorliebe eine Rolle spielt, oder im Kenntnis des wahren Werts oder wenn der andere Teil zum gemeinen Wert aufzahlt.

Bei Unternehmern kann die laesio enormis ausgeschlossen werden. Das Rechtsmittel der laesio enormis verjährt innerhalb von 3 Jahren. Sie wird zu den Wurzelmängeln gezählt (**Missverhältnis muss im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen) allerdings hat sie sachenrechtliche ex nunc Wirkung** – es müssen also Leistungen wieder zurückgefordert werden.

2. Teil Schuldrecht

**A.Allgemeines**

**I.Entstehung/Rechtsnatur**

Eine Schuld kann vertraglich oder gesetzlich (zB Schadenersatz, Unterhalt) begründet werden und bewirkt dass **eine Person einer anderen zu einer Leistung verbunden ist (§859).** Der Schuldner haftet mit seinem gesamten Vermögen, ausser seine Haftung ist auf bestimmte Sachen oder betragsmäßig begrenzt (**cum / pro viribus Haftung)** Schuldrechte (**Forderungsrechte)** entfaltet daher nur relative Innenwirkung indem sie eben nur in dem Schuldverhältnis der Parteien bestehen. Sachenrechte dagegen wirken absolut nach außen hin – sie können gegenüber jedermann durchgesetzt werden. Auch hat das Schuldrecht keinen Typenzwang – Kombinationen und Neukreationen gesetzlich unbekannter Verträge sind möglich (etwa Leasingvertrag)

Die eben getroffene Differenzierung betrifft die **Primärpflichten,** welche einen Leistungsinhalt charakterisieren. **Sekundärpflichten,** die sich aus der Verletzung von primären ergeben, entfalten Obligationsrechte auch **Außenwirkung.** Gegen denjenigen der eine fremde Forderung einzieht bestehen zB Bereicherungsansprüche bei Beeinträchtigung uU SE Ansprüche.

**Forderungsrechte** werden auch als **Ansprüche bezeichnet** und sind im bürgerlichen Recht ganz zentral, da immer nach Ansprüchen geprüft wird (Wer will was von wem voraus) Diese Vorgangsweise versagt jedoch wo es keine Ansprüche oder **Gestaltungsrechte** gibt. **Gestaltungsrechte geben dem Berechtigten die Möglichkeit** Rechtsverhältnisse zu verändern/ beenden ohne dabei an die Zustimmung des anderen Teil gebunden zu sein. Gestaltungsrechte können daher anspruchshemmend wirken: Etwa die Irrtumsanfechtung die den Vertrag, der Grundlage für den Kaufpreisanspruch ist, beseitigt. Eine Schuld die man nicht einklagen kann nennt man Naturalobligation- sie kann freiwillig beglichen werden und rechtfertigt das behalten.

**II Inhalt**

Die Schuld (bzw der Anspruch aus Sicht des Gläubigers) kann ein Tun oder Unterlassen sein. Um Unterlassung zu klagen muss Erstbegehungs- bzw Wiederholungsgefahr bewiesen werden.

**Stückschuld** bestimmt sich nach speziellen Eigenschaften (zB Verkauf einer bestimmten Uhr) **Gattungsschuld** bestimmt sich nach allgemeinen Merkmalen (etwa Serie X von Swatch-Uhren). Die Unterscheidung spielt zB bei Unmöglichkeit eine Rolle (siehe oben) Kann die geschuldete Leistung ohne Wertverlust in Teilen erbracht werden ist die Leistung teilbar, sonst unteilbar. Nimmt der Gläubiger Teilleistungen an erlisch die Schuld teilweise.

Die Schuld kann **Hauptleistungspflichten (**kennzeichnen den Vertragstyp zB Lieferung der Ware) **Nebenleistungspflichten (**zB Gebrauchsanleitung) und **Verhaltenspflichten** (Schutz-, Sorgfalts- Aufklärungspflichten: zB Warnung vor gefährlichen Eigenschaften, schützen das sonstige Vermögen des Gläubigers und ziehen **positive Vertragsverletzungen** bei Missachtung nach sich, selbst nach Auflösung des Vertrages bestehen Verhaltenspflichten – etwa bei Rückabwicklung)

Verhaltenspflichten können bereits bei bloßer Kontaktaufnahme im sog. **vorvertraglichen Schuldverhältnis** gelten Schuldhafte Verletzung dieser wird als **culpa in contrahendo** bezeichnet. Sie sind eine Konkretisierung von Pflichten die der Allgemeinheit gegenüber teilweise oder nicht bestehen, sind aber gerechtfertigt da sich ja potenziellen Vertragspartnern für wirtschaftliche Zwecke bedient wird. Daher rechtfertigt dies eine **ex contractu** SE Haftung. Diese Schutz und Sorgfaltspflichten werden in Fallgruppen geordnet (gebildet wurden sie aus §§874, 878 in Gesamtanalogie). Eine Gruppe ist der Schutz vor potenzieller Gefährdung des Vertragspartners einer anderen Fallgruppe etwa gehört die Pflicht nicht grundlos Vertragsverweigerung zu begehen wenn dies als sicher hingestellt wurde. (**vgl culpa in testando** im Erbrecht – Testamentwiderruf muss dem potenziellen Erben mitgeteilt werden)

Allen Fallgruppen sind gemein das nur für den Vertrauensschaden gehaftet wird (da Erfüllungsinteresse einen gültigen Vertrag voraussetzt) und das eben nach vertraglichen Maßstäben SE gehaftet wird. (Dazu im SE Recht).

Die Gesamtheit aller Rechten und Pflichten zwischen konkreten Parteien wird als **Schuldverhältnis bezeichnet.** (auch Organismus) Man unterscheidet **Zielschuld- (**einmalige Leistung) und **Dauerschuldverhältnisse (**auf dauernde Leistung gerichtet).

Dauerschuldverhältnisse sind befristet oder unbefristet (durch Kündigung) – sie weisen zwei Besonderheiten auf: Erstens kann unter wichtigen Gründen **außerordentlich gekündigt werden (**normale Kündigung ist an Fristen gebunden – vergleiche Fall Handy-Kündigung wegen Vorratsdatenspeicherung (wäre kein Grund) auf checkmycase.com)). Zweitens wäre ein im Erfüllungsstadium befindliches Dauerschuldverhältnis immer ex nunc aufzulösen, vorher erbrachte Leistungen sind bis auf Arglist und in Fällen wo es keine Rückabwicklungsschwierigkeiten gibt nicht zurückzustellen.

**III. Parteien**

Die Parteien des Schuldverhältnisses heißen **Gläubiger und Schuldner.** Es bestehen mehrere Varianten **(§§888 ff):**

*a)****Teilschuldverhältnis***

Bei teilbaren Leistungen kann iZw jeder Gläubiger nur seinen Teil verlangen, bzw von mehreren Schuldnern muss nur jeder seinen Teil der Leistung erbringen. Eine Ausnahme besteht wenn sich mehrere Unternehmer gemeinschaftlich verpflichten: Diese haften solidarisch nach außen hin, jeder kann für die gesamte Schuld in Anspruch genommen werden.

*b)* ***Gesamt-(Solidar)Schuldverhältnis***

Bei unteilbaren Leistungen und Gläubigermehrheit kann jeder Gläubiger die gesamte Leistung einfordern und der Schuldner an jeden beliebigen Gläubiger leisten oder bis er (auch außergerichtlich) aufgefordert wird. Bei mehreren Schuldnern hat im Fall der Gesamtschuld jeder Schuldner die Leistung zu erbringen, wodurch alle befreit werden (**zB §1302)**. Gegen diese hat der in Anspruch genommene Schuldner einen Regressanspruch (**§896, 30 Jahre Verjährung)** Dieser richtet sich nach dem besonderen Verhältnis der Solidarschuldner. (Etwa Regress des Geschäftsherrn beim Gehilfen wenn er für diesen haftet.) Gibt es kein besonderes Verhältnis wird nach gleichen Teilen regressiert. Wird einer davon befreit, können wiederum die anderen Regress nehmen. Bestimmte Vereinbarungen entfalten überhaupt nur Wirkung zwischen den vereinbarenden Parteien (etwa Erlass)

*c)* ***Gesamthandschuldverhältnis***

Die Leistung kann nur von mehreren Gläubigern verlangt werden (zB Forderungen einer Miteigetumsgemeinschaft) bzw nur von mehreren Schuldnern erbracht werden.

***d) Vertrag zu Gunsten Dritter***

Eine Schuld kann auch gegenüber Dritten begründet werden, wobei iZw ein **echter Vertrag zugunsten Dritter anzunehmen ist**, bei der (im Unterschied zum **unechten**, da nur der Vertragspartner) der Dritte auf Erfüllung drängen kann wenn die Leistung hauptsächlich für ihn ist. **(§881)** Verpflichtet ist er dazu nicht, der Schuldner behält sämtliche Einreden gegen den Vertragspartner auch gegen den Dritten. Dadurch wird er nicht schlechter gestellt als vorher. Einreden des Vertragspartners gegen den Dritten kann er jedoch natürlich nicht geltend machen. Das Gegenteil – **den Vertrag zu Lasten Dritter** gibt es nicht (**§880,** Ausnahme = Garantie, sonst Verwendungszusage).

***e) Vertrag mit Schutzwirkung gegenüber Dritten***

Hier kommt die Schutzwirkung von Sorgfalts- und Schutzpflichten einem Dritten zugute. Solche sind dem Gläubiger nahestehende Personen, die erkennbar durch die Leistung gefährdet werden könnten – zB Familienangehörige. So haftet jemand der zB Brandverletzungen bei Werksarbeiten verursacht nach vertraglichen Grundsätzen den Angehörigen. Ausgeschlossen kann diese gesetzliche Pflicht nicht. Besteht aber kein Rechtsschutzdefizit, besteht kein Anspruch, da er dann durch andere (direkte öffentlichrechtliche / vertragliche) Ansprüche gedeckt ist. **Bsp Seite 110**

**IV. Änderungen**

**1.personell**

Das Schuldverhältnis kann auf Gläubiger- und Schuldnerseite geändert werden

*a)Änderung Gläubiger – Zession*

Eine Änderung auf Gläubigerseite erfolgt durch Abtretung (**Zession)** der Forderung (=Verfügungsgeschäft). An die Stelle des **Zedenten** tritt der neue Gläubiger **(=Zessionar)** Es bedarf einer entsprechenden Vereinbarung (=**Verpflichtungsgeschäft)** **Abtretbar** sind alle veräußerlichen Rechte (auch zukünftige, falls bestimmbar) unabtretbar sind höchstpersönliche (Unterhalt zB), Sachenrehte, Rechte deren **Unabtretbarkeit** durch **Abtretungsverbot vereinbart wurde (**strittig; nach Rsp wirkt ein Zessionsverbot wirkt absolut – Abtretungen sind unwirksam, anders jedoch §1396a bei Unternehmer nur relative Wirkung siehe unten).

Für die Abtretung selbst besteht abgesehen von Sicherungszessionen immer Formfreiheit, anderes kann für das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft gelten (etwa Schenkung einer Forderung).

**§1396a: (durch ZessRÄG)** Nur Zessionsverbote die im Einzelnen ausgehandelt wurden und unter Berücksichtigung aller Umstände nicht gröblich benachteiligend sind werden verbindlich**. „Im Einzelnen ausgehandelt“** erfordert wohl eine Verhandlung und kein Aufmerksam machen oder stilles Einbeziehen. Das Verbot wirkt nur **relativ (!!!!)** dem Schuldner erwachsen bei Zession Rechte auf Schadenersatz oder Kündigung, die Forderung ist aber abgetreten. Eine vereinbarte **Konventionalstrafe** kann richterlich gemäßigt werden. Die Zession bezieht sich iZw (ohne Vereinbarung) auch auf Nebenrechte (zB Bürgschaften) Der Schuldner bleibt aber jedenfalls gleich und muss nicht zustimmen, da seine Schuld sich inhaltlich nicht ändert, auch hat er weiterhin alle Einreden gegen den Zessionar (**§1396)** Bis zur Verständigung kann an den Altgläubiger geleistet werden (**§1395)**, kann dann also nicht vom neuen Gläubiger in Anspruch genommen werden. War die abgetretene **entgeltliche** Forderung jedoch unrichtig oder uneinbringlich kann der Zedent gewährleistungspflichtig werden. Unrichtigkeit liegt auch vor wenn mehrfach abgetreten wird, nur der erste Zessionar kann erwerben (**§442 siehe auch Sachenrecht)**. Die anderen haben Gewährleistungsansprüche, wird der Schuldner von einer der späteren Zessionen verständigt kann er schuldbefreiend an diesen Zessionar leisten. Der Erstzessionar hat Gewährleistungsansprüche gegen den Zedenten, andererseits §1041 Bereicherungsansprüche gegen den Zweitzessionar und bei Verschulden gegenüber beiden Schadenersatzansprüche. Nur falls der Schuldner die Unrichtigkeit des Scheinzessionars kennt kann er nicht schuldbefreiend leisten.

**Sonderformen der Zession:**

**-stille Zession**: ohne Verständigung des Schuldners, str ist an wen dann geleistet werden kann, richtigerweise wohl an den Zedenten

-**gesetzliche Zession**: Abtretung von Gesetzes wegen **§1358** vor allem, vor allem bei Bezahlung einer fremden Schuld für die er als Bürge oder mittels Pfand haftet Gewährleistung nur bei Betrug (**§1423)**

-**notwendige Zession** (**§1422)** Übergang einer Forderung wenn dies von jemanden verlangt wird der sie begleicht, ohne dafür gehaftet zu haben Gewährleistung auch nur bei Betrug.

-**Sicherungszession**: siehe Sachenrecht

-**Inkassozession** Treuhändische Abtretung einer Forderung, damit sie von einem anderen (im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Zedenten) geltend gemacht wird

**-Globalzession** Abtretung mehrerer Forderung auf einmal, gültig wenn Forderungen bestimmbar sind, vor allem dann wen ein Rechtsgrund besteht (zB alle Geschäfte des Unternehmens).

**-Factoring** Abtretung von Unternehmensforderungen an einen Factor, der sie bloß zum Inkasso einzieht oder vom Zedenten kauft und dabei auch das Risiko der Uneinbringlichkeit übernimmt.**(echtes Factoring)**

***b) Änderung des Schuldners***

Zu einer personellen Änderung auf Schuldnerseite kommt es durch Schuldübernahme oder –beitritt.

*aa) Schuldübernahme*

**privative Schuldübernahme** An die Stelle des bisherigen Schuldners tritt mit Zustimmung des Gläubigers ein neuer (**§1405)** Dessen Rechtsposition jener des alten entspricht, inklusive aller Einwendungen gegen die idente Schuld erheben kann. Lehnt der Gläubiger ab, kommt eine **Erfüllungsübernahme** zustande (siehe unten) Bürgen und Pfandbesteller haften nur weiter wenn sie zustimmen (**§1407)**

**Hypothekenübernahme** (**§1408)** Übernimmt bei Veräußerung einer Liegenschaft der Erwerber eine auf ihr haftende Hypothek so ist dies iZw als Übernahme der und nicht Beitritt zur hypothekarisch gesicherten Schuld anzusehen (**§1406/2)** Weitere Voraussetzung ist das der Veräußerer den Gläubiger zur Annahme des neuen Schuldners schriftlich auffordert, seine Einwilligung gilt als erteil wenn sie nicht binnen sechs Monaten versagt wird.

**Erfüllungsübernahme:** Ein Dritter verspricht dem Schuldner, die Leistung an den Gläubiger zu bewirken, ohne dass diesem daraus ein direktes Recht erwächst (**§1404)**

**Vertragsübernahme:** Der Erwerber tritt zur Gänze in den Vertrag ein, nicht nur eine Schuld. Vor allem in Mietverträge (**§14 MRG)**, es kann jedoch mit Zustimmung der anderen Vertragspartei in alle Verträge vereinbart werden.

Keine Schuldübernahme, aber auch eine personelle Änderung durch eine Art Leistungsübernahme ist die **Anweisung**: Jemand wird angewiesen im sog Deckungsverhältnis zu leisten (an den Anweisungsempfänger), die Leistung an den Anweisungsempfänger (Einlösungsverhältnis wird dem Anweisenden zugerechnet)**.** Der Angewiesene muss die Anweisung befolgen, falls er dem Anweisenden etwas schuldet, jedoch nur wenn sich dadurch keine stärkere Belastung ergibt (**§1401).** Beide Verhältnisse (Deckungs / Valutaverhältnis – Anweisender zu Anweisungsempfänger) können verschiedene Rechtsgeschäfte als Grundlage haben – Der Angewiesene kann annehmen, dann ist er zu Leistung verpflichtet, er kann aber auch ohne Annahme leisten. Bis zur Annahme kann widerrufen werden – wird geleistet erfüllt sowohl der Anweisende seine Schuld beim Anweisungsempfänger als auch der Angewiesene beim Anweisenden. Bei Annahme einer Anweisung entsteht eine abstrakte Schuld die erfüllt werden muss, auch wenn der Angewiesene dem Anweisenden gar nichts schuldet.

**Bsp Seite 115**

Dem Anweisungsempfänger können allerdings Einwendungen entgegengesetzt werden welche die Gültigkeit der Annahme betreffen (etwa Geschäftsunfähigkeit) oder aus dem persönlich Verhältnis zwischen Anweisungsempfänger und Annehmenden ergeben oder den Inhalt der Anweisung betreffen (**titulierte Anweisung)** Der Anweisungsempfänger ist – bei Einverständnis verpflichtet dem Angewiesenen zur Leistung aufzufordern und muss den Anweisenden sofort darüber informieren falls er von der Anweisung keinen Gebrauch macht oder der Angewiesene Leistung oder Annahme verweigert. (**§1401)** Schuldbefreiend wirkt erst die tatsächliche Leistung, nicht die Annahme der Anweisung. **Abb 6 Anweisung**

*bb) Schuldbeitritt*

**Vertraglicher Beitritt** ist iZw anzunehmen (also wenn nicht klar ist ob Schuldübernahme oder Beitritt) und bedeutet dass ohne Zustimmungserfordernis des Gläubigers ein Schuldner hinzutritt. Nach dem Gesetz bedarf der Schuldbeitritt keiner Form obwohl er sogar stärker belastet als die formbedürftige Bürgschaft (§**25c KSchG** behandelt aber Informationspflichten gleich) da sich der Gläubiger aussuchen darf wen er leisten lässt. Es wird daher nach neuester Rsp Schriftlichkeit für den Schuldbeitritt verlangt.

**Gesetzlicher Beitritt** kommt bei Übernahme eines Vermögens oder Unternehmens durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zustande und kann nicht abbedungen werden. Der Erwerber haftet in Höhe der übernommen Aktiven für alle Passiven die er kannte oder kennen musste, nahe Angehörige haben Unkenntnis zu beweisen. (**§1409)**

**2. inhaltlich**

a) **Novation** (§§1376) Umwandlung einer Schuld in eine andere durch Änderung des Rechtsgrundes (Miete in Leihe zB) oder Hauptgegenstandes (BMW statt Mercedes). Erlischt die neue Schuld, so lebt die alte wieder auf – umgekehrt entsteht die neue nur wenn die alte gültig war **(Akzessorietät)**. Dafür können alle Einreden gegen die alte auch gegen die neue erhoben werden. Pfandrechte und Bürgschaften gelten nicht weiter. Die **Schuldänderung** bewirkt bloße Änderung der Nebenpunkte, lässt die Schuld aber unverändert – im Zweifel ist von **Schuldänderung auszugehen** (**§1379)**

b) **Vergleich (§§1380)** Neuerungsvertrag durch welchen streitige und zweifelhafte Rechte festgelegt werden. Über Unvergleichbares kann nicht verglichen werden (etwa Streit über Gültigkeit einer Ehe). Verheimlichte oder vergessene Rechte werden nicht Teil des Vergleichs (**§1389)** Laesio enormis, Irrtumsanfechtung (außer für Person, Erklärung und Natur des Gsechäftes, arglistige und über die Vergleichsgrundlage selbst.) ist ausgeschlossen. Pfandrechte und Bürgschaften bleiben auf verglichenen Forderungen bestehen – ausser es geht über ursprüngliche Verbindlichkeiten hinaus.

c) **Anerkenntnis:** Gesetzlich nicht geregelt – einseitiges Nachgeben entweder **konstitutiv (Willenserklärung die** Neubegründung der Rechtslage bewirkt) oder **deklarativ (Wissenerklärung** die nur Rechtslage nochmal klarstellt).Deklarative Anerkenntnisse haben daher Beweiswirkung, was vorliegt ist aber schwierige Auslegungssache. Konstitutive **Anerkenntnisse** sind nur zur Bereinigung und Vermeidung von Streit oder Zweifel über eine konkrete Forderung, sonst könnten abstrakte Verpflichtungen entstehen. Das Anerkenntnis des Saldos bei Banken wirkt nur deklarativ, auch vorbehaltlose Anerkenntnisse (ohne Bezug auf die Versicherung)nach Verkehrsunfällen sind bloss deklarativ.

**V. Sicherung einer Schuld**

Eine Schuld kann obligatorisch oder dinglich besichert werden. **Dingliche Sicherheiten (**vor allem Pfand) wirken gegenüber jedermann, so auch zB exekutive Zugriffe Dritter. **Obligatorische Sicherheiten** wirken nur gegenüber Personen gegen die man sich verpflichtet hat. Der Gläubiger kann daher nicht verhindern das Dritte gegen den Sicherungsgeber vorgehen. Nahe Angehörige, welche eine Schuld besichern sind besonders Schutzwürdig was unter bestimmten Voraussetzungen (etwa grobes Missverhältnis der Haftungshöhe und wirtschaftlichen Situation des Interzedenten) zur Sittendwidrigkeit führen kann. Zu den obligatorischen Sicherheiten gehören:

**Bürgschaft:** Der Bürge verpflichtet sich gegenüber dem Gläubiger zur Begleichung der Schuld oder eines Teils (**§1353)** für den Fall dass der Schuldner nicht leistet. Da es sich um einen Vertrag zwischen Gläubiger und Bürgen handelt muss der Schuldner nicht zustimmen und der Gläubiger hat gegenüber dem Bürgen gewissen (SE-haftbare) Pflichten: **Aufklärungspflicht** zur Situation des Schuldners und Pflicht den Regress des Bürgen nicht durch Säumigkeit mit der Eintreibung der Schuld zu gefährden sowie Pflicht zur Rechnungslegung. Es gelten 4 Grundsätze:

-Formpflicht (**§1346)** Bürgschaft muss schriftlich erklärt werden, weder Fax noch elektronische Signaturen reichen. (str) Kreditinstitute haben diese Formpflicht nicht im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs

-Akzessorietät (**§1351)** Die Bürgschaft gilt nur dem Grunde und Höhe nach, solange die gesicherte Schuld gültig ist. Erlischt, verjährt etc sie erlischt die Bürgschaft. Ausnahme ist die Verbürgung für Geschäftsunfähige, diese ist trotz Ungültigkeit der Hauptschuld wirksam, selbst wenn der Bürge von der Geschäftsunfähigkeit nichts wusste (**§1352)** Der Bürge hat ein Leistungsverweigerungsrecht für noch nicht geltend gemachte Einwendungen des Schuldners, bis er diese Einwendungen ausüben will (**dilatorische Einrede)**.

-Subsidiarität (**§1355)** Bürgen leisten nur, wenn der Schuldner erfolglos gemahnt wurde. Ausnahmen sind die **Ausfallsbürgschaft (**Haftung erst nach erfolgloser Exekution) oder das Bürgen bei Konkurs oder unbekannten Aufenthalt des Schuldners (**sofortige Haftung §1356)** und bei Verpflichtung als **Bürge und Zahler (auch sofort)**. Die Subsidiaritätsregel gilt für jeden Bürgen.

-Regress: Durch Legalzession (siehe oben) sind Rechtsbehelfe, Sicherungsmittel an den Bürgen abzuliefern. Genauso bei besonderer Vereinbarung oder ohne solche durch Geschäftsführung ohne Auftrag. Bei Zahlung des Bürgen ohne Einverständnis des Schuldners, kann dieser seine Einwendungen gegen den Gläubiger dem Bürgen entgegenhalten.

Unter bestimmten Voraussetzungen gebühren **Sicherstellungsansprüche des Bürgen (§§1364,1365)**. Mehrere Bürgen haften solidarisch und können bei Schuldner und Mitbürgen Regress nehmen, dies gilt auch zwischen Bürgen und Pfandbestellern, je nachdem wer in Anspruch genommen wurde.

Die wesentlichen Unterschiede zum Schuldbeitritt sind also Akzessorietät (Hier muss die Schuld nur im Beitrittszeitpunkt bestehen) und das Schriftlichkeitserfordernis. Im Zweifel ist bei Wissen über Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bzw. wirtschaftlichen Interesse des Interzedenten Schuldbeitritt anzunehmen.

**Abb 7 Seite 121**

*b) Patronatserklärung*

Der Patron verpflichtet sich dem Schuldner erforderlichenfalls die Mittel zur Erfüllung zu geben (gesetzlich nicht geregelt)

*c)Garantie* Durch Garantie verpflichtet sich ein Dritter dem Gläubiger zur Leistung des Schuldners. Es gilt die Formpflicht der Bürgschaft und Regress analog. Die Garantie ist jedoch nicht akzessorisch, ist aber unzulässig wenn Inanspruchnahme völlig unberechtigt erfolgt (etwa wenn der Schuldner eindeutig geleistet hat)

*d) Schuldbeitritt* siehe oben

**VI.Erlöschen der Schuld**

Eine Schuld erlischt durch

**-Erfüllung** Es muss immer das was man schuldig ist **(§1412)** an den Gläubiger oder Machthaber **(§1424)** geleistet werden. Nur ausnahmsweise kann schuldbefreiend an andere Personen geleistet werden (**§1395).** Der Gläubiger muss weder eine andere als die geschuldete noch bei einer Einheitsleistung eine Teilleistung entgegennehmen. (§1415) Er ist verpflichtet Quittungen auszustellen bzw. Schuldscheine zurückzugeben. Ist bei mehreren Verpflichtungen eines Schuldners unklar welche getilgt werden soll gilt **§1416 (**Zinsen>Fällige Schulden > Nicht fällige Schulden – mehrere fällige Posten = beschwerlichster). Wird die Leistung mit Einverständnis des Schuldners von einem Dritten angeboten muss sie der Gläubiger akzeptieren (sonst Gläubigerverzug). Ohne Einwilligung des Schuldners kann dem Gläubiger die Leistung nicht aufgedrängt werden **(§462 –Ausnahme** siehe Sachenrecht**)** Bei Erfüllung gegenüber einem Geschäftsunfähigen erlischt die Schuld nur insoweit als das Geleistete beim Empfänger vorhanden bzw. zu seinem Vorteil verwendet worden ist **(§1424)**

**-Leistung an Zahlungs Statt** mit Einverständnis des Gläubigers wird eine andere als die geschuldete Leistung erbracht, die ursprüngliche Schuld erlischt. Sie ist entgeltlich, so kann Leistungsstörungsrecht und Gutgläubiger Erwerb eintreten. (**§1414).** Wird die Leistung an Zahlungsstatt erfolgreich angefochten, lebt die ursprüngliche Forderung wieder auf. Anders die **Leistung zahlungshalber –** die alte Schuld erlischt erst wenn aus dem Hingegebenen etwas erlangt wird. Bei der Leistung an Zahlungs Statt fallen Leistung und Änderung der Hauptleistung zusammen, das unterscheidet sie von der **Novation (siehe oben).**

**-Gerichtliche Hinterlegung:** Kann eine Leistung nicht erfüllt werden durch Verzug, Abwesenheit oder andere wichtige Gründe beim Gläubiger kann sie schuldbefreiend beim Gericht **des Erfüllungsortes** hinterlegt werden (§1425 – §373 UGB beachten!)

-**Aufrechnung** Soweit kein gesetzliches oder vereinbarten Aufrechnungsverbot besteht (**§§1440ff, §6/1 Z8 KSchG)**kann die Aufhebung von gegenseitigen Forderungen einvernehmlich oder einseitig durch entsprechende Aufrechnungserklärung erfolgen. Es müssen drei Voraussetzungen vorliegen (**§1438):**

1. Gleichartig (aber zB Verschieden hoch) 2. Fällig 3. Richtig also klagbar, allerdings nur für die Forderung mit der aufgerechnet wird. Verjährte Forderungen können aufgerechnet werden (anders als sonstige Naturalobligationen) da die Aufrechnung sich auf den Zeitpunkt bezieht als sie das erste Mal aufrechenbar war. Praxisrelevant ist hier die Aufrechnung vieler gegenseitiger Forderungen – **das Kontokorrent.**

**-Verzicht** (**§1444)** ist nach hA nur dann wirksam wenn er angenommen wird (auch stillschweigend). Auch bei Unentgeltlichkeit besteht trotz der Ähnlichkeit zur Schenkung kein Formerfordernis.

**-Vereinigung** tritt ein wenn eine Verpflichtung mit der ihr entsprechenden Forderung in einer Person vereinigt wird – Gläubiger und Schuldner fallen zusammen. **(§1445 Satz 1).** Die Vereinigung unterbleibt aber wenn zB Rechte abgesondert werden (**etwa Nachlassseperation siehe Erbrecht)** oder wenn Verhältnisse von ganz verschiedener Art eintreten (etwa erbrechtliche Nachfolge des Schuldners in die Verlassenschaft des Gläubigers berührt Rechte von Erbschaftsgläubigern nicht)

**-Zufälliger Untergang:** Geht eine Sache zufällig unter so erlischt die Leistungspflicht siehe oben

**-Tod (§1448)** Durch Tod des Schuldners erlöschen die höchstpersönlichen Leistungspflichten (etwa Malen eines Bildes), andere gehen auf Erben über (Ausnahmen - §1022)

**-Zeit** Befristete Verbindlichkeiten erlöschen durch Zeitablauf, Dauerschuldverhältnisse durch ordentliche / außerordentliche Kündigung.

**-Sanierungsplan:** Wird ein Sanierungsplan durch das Gericht bestätigt, sieht **§156 IO** eine Befreiung von gewissen Teilen der Schuld vor. Siehe auch Zahlungsplan und Abschöpfverfahren (**§§193-216 IO).**

**B. Schuldverhältnisse im Einzelnen**

**I. Rechtsgeschäftliche Schuldverhältnisse**

**1. einseitig**

Die Auslobung ist eine „nicht an bestimmte Personen gerichtete Zusage“ einer Belohnung für einen Erfolg **(§860)** zB Preisausschreiben, Prämien, Finderlohn. Die Auslobung ist insofern ein einseitiges Geschäft da sie nicht durch Annahme sondern durch die öffentliche Bekanntmachung verbindlich wird. Auch in Unkenntnis der Auslobung erbrachte Leistungen erfüllen die Schuld. In der Form in der veröffentlicht wurde kann wieder widerrufen werden, gilt jedoch nicht für denjenigen der schuldlos der Widerruf unbekannt war. (**§860a**) Zur Erbringung Mehrerer :**§860b.**

**2. mehrseitig**

*a) Kauf (§§1053ff)*

*aa)Allgemein*

Der Kaufvertrag verpflichtet den Verkäufer zur Eigentumsübertragung, den Käufer zur Kaufpreiszahlung. Verkäufer können Nebenleistungspflichten treffen (etwa Urkunden / Gebrauchsanleitung dazugeben). Beim **Unternehmenskauf** wird zwischen **Asset** und **Share-Deal** unterschieden (Kauf von Gegenständen oder Geschäftsanteilen). Der Kaufvertrag kommt grds formlos (**Ausnahme §1 NotAktG)** zustande, durch endgültige Einigung über Preis und Ware. Der Preis muss bestimmbar sein, Im Zweifel versteht er sich inklusive Umsatzsteuer. Verstößt der Preis gegen Gesetze, kommt der gesetzliche Preis (**§917a)** zustande, kartellrechtliche Verletzungen haben nur Konsequenzen gegenüber dem Kartell. Der Preis ist nicht zu zahlen falls die Sache zufällig vor Leistung untergeht, für Kosten der Übergabe: **§1063a.**

Geht die verkaufte Sache zufällig unter, muss geklärt werden ob die Preisgefahr nicht durch Annahmeverzug übergegangen ist bzw bei Schuldnerverzug immer noch beim Verkäufer ist.

*bb) Besonderheiten*

**Kreditkauf** (**§1063)** Der Verkäufer kann zurücktreten sobald Verzug eintritt, es bedarf keiner Nachfrist. Ist das Geschäft ein Verbrauchergeschäft und beträgt der Kaufpreis zumindest €200 gilt das **VKrG.** Das Gegenteil ist der **Vorauszahlungskauf –** Erst muss der Käufer vorauszahlen.

**Drittfinanzierter Kauf:** Es wird zwischen **Absatzfinanzierung (Abtretungskonstrukton** Verkäufer nimmt sich einen Kredit von einem Dritten, tritt dafür Kaufpreisforderung und vorbehaltenes Eigentum ab) und der **Konsumfinanzierung (Darlehenskonstruktion** Darlehen zwischen **Käufer** und Dritten, auch hier Abtretung der Forderung und vorb. Eigentum) unterschieden. Bei der Abtretungskonstruktion gebühren dem Käufer alle Einwendungen gegen den Dritten, beim Darlehen jedoch nur solche aus dem Kaufvertrag, nicht dem Darlehensvertrag. Bei einem **Verbrauchergeschäft** bei dem Verkäufer und Finanzierer bei der Kreditierung zusammenarbeiten **(wirtschaftliche Einheit)** dann kommt **§13 VKrG** zum Tragen. Man spricht dann von einem **verbundenen Kreditvertrag** wenn dieser der Finanzierung bestimmter Waren / Dienstleistungen dient und andererseits wenn solch eine Einheit besteht oder teils (normierte Fälle) auszugehen ist davon. Deswegen gilt hier dass dem Finanzierer hier die gleichen Einwendungen wie gegen den Verkäufer entgegengehalten werden können – etwa Verweigerung der Kreditrückzahlung wegen Mangelhaftigkeit. Analog gelten verbundene Verträger auch zwischen Unternehmern – hier können sie jedoch vertraglich ausgeschlossen werden.

**Spezifkationskauf**: **§1063b iVm 906/2** regelt den Kauf einer beweglich Sache, wo der Käufer selbst über Form, Maß und ähnliche Verhältnisse entscheiden kann. Ist er zur Spezifikation verpflichtet hat er diese vorzunehmen, gerät er damit in Verzug besteht für den Verkäufer die Möglichkeit der Spezifikation. Entsteht durch unterbliebene Spezifikation ein Schaden hat der Verkäufer Ansprüche gegen den Käufer.

**Vorbehaltskauf:** Der Verkäufer will sich vor der Gefahr schützen dass der Käufer nicht zahlt, die Ware aber bereits nicht mehr vorhanden ist. Erst bei vollständiger Zahlung geht Eigentum über (**muss vereinbart werden!)** Leistet der Schuldner nicht, kann der Gläubiger sein Eigentum problemlos zurückfordern was bei Exekutionen / Konkurs große Vorteile bringt. Sollte das Vorbehaltseigentum weiterveräußert werden, wird auch nur Vorbehaltseigentum erworben (jedoch kann gutgläubig erworben werden **§367)**. **Verarbeitung** führt zu entstehen von Miteigentum im Verhältnis Wert der Sache und der Arbeit. Weiters gibt es den **Weitergeleiteten Eigentumsvorbehalt** (der Käufer veräußert nur seine bedingte Rechtsposition weiter) und der **verlängerte (Käufer** tritt Kaufpreisforderung aus einem Weiterverkauf direkt ab bzw übereignet den Kaufpreis) Unwirksam ist der **erweiterte Eigentumsvorbehalt:** Erst die Begleichung aller Forderungen gegen den Käufer führt zu Eigentumserwerb.

**Vorkaufsrecht**: Gibt dem Begünstigen das Recht eine Sache die verkauft werden soll oder verkauft worden ist (**Vorkaufsfall)**, innerhalb bestimmter Fristen zu denselben Bedingungen selbst zu kaufen (**§§1072-1079)**. Übt er das Recht aus, so wird ihm der Verkäufer haftbar wenn er den Vertrag nicht erfüllen kann (zB bereits Übergabe an den ersten Käufer). Übergibt er die Sache hingegen dem Vorkaufsberechtigten haftet er dem erste Käufer, wenn er ihn nicht über das Vorkaufsrecht aufgeklärt hat. Bei unbeweglichen Sachen kann das Vorkaufsrecht ins Grundbuch eingetragen werden **(§1073).** Der Vorkaufsberechtigte muss aber auch angebotene Nebenleistungen des Dritten erbringen. Ohne besondere Vereinbarung kann nicht auf andere Veräußerungsarten (**etwa Schenkung)** ausgedehnt werden. Unterscheiden muss man noch das **Wiederkaufsrecht und Rückverkaufsrecht.** Erstes gibt dem Verkäufer das **höchstpersönliche Recht** zu einem bestimmten Preis (mein dem des ersten Kaufs §1068-1070 auch für bewegliche Gattungsschulden) zurückzukaufen. Durch das Rückverkaufsrecht erlangt der **Käufer** das Recht die gekaufte Sache zurückzuverkaufen (zB Flaschenpfand) Auch hier gilt es auch für bewegliche Sachen gültig (entgegen §1071)

**Kauf auf Probe** Es wird ein Kaufvertrag unter der Bedingung geschlossen dass die Ware innerhalb der vereinbarten oder vom Verkäufer gesetzten Frist genehmigt wird (**§1080-1082)** Nach Übergabe gilt bereits Stillschweigen als Genehmigung. Hier liegt also eine **Potestativbedingung** vor, daher nach Belieben des Käufers tritt sie ein. **Kauf nach Probe** ist wiederum ein Kauf bei dem Gewährgeleistet wird das die Sache einer Probe entspricht. **Verkauf mit Vorbehalt des besseren Käufers (§§1083-1085)** wiederrum lässt den Verkäufer entscheiden ob er innerhalb einer bestimmten Frist einen besseren Käufer findet, dann kommt kein Vertrag zustande. Vor Übergabe ist die Bedingung aufschiebend, danach auflösend.

**Verkaufsauftrag (Trödelvertrag §§1086-1089ff)** Beim Trödelvertrag enthält der Trödler (REALVERTRAG!) eine bewegliche Sache mit der Vereinbarung sie innerhalb einer bestimmten Frist zurückzugeben oder um einen bestimmten Preis dafür zu bezahlen. Der Trödler versucht die Sache zu verkaufen, kann er sie nicht zurückstellen hat er den bestimmten Preis zu bezahlen auch wenn er nicht oder billiger verkauft hat. Er wird dadurch Eigentümer der Sache. Die eingeräumte Verfügungsmacht des Eigentümers reicht dass der Trödler Dritten Eigentum an der Sache verschaffen kann. Nach Übereignung trifft den Trödler die Gefahr des zufälligen Untergangs.

**UN Kaufrecht** das Übereinkommen der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf (**UN-Kaufrecht)** gilt für Kaufverträge beweglicher Sache mit Parteien mit Niederlassungen in unterschiedlichen Vertragsstaaten, ausser die Waren sind für den persönlichen Gebrauch bzw es kommt zu einem einvernehmlichen Ausschluss. Vertragsstaaten sind etwa Deutschland, USA, Russland und andere europäische Länder. Das Übereinkommen modifiziert Vertragsabschluss und vertragliche Rechte und Pflichten:

**-Ein Angebot kann grds** bis zur Absendung der Annahmeerklärung widerrufen werden

-**Unwesentliche Ergänzungen** oder Abweichungen von einem Angebot gelten als angenommen wenn der Offerent dies nicht unverzüglich beanstandet.

Auch kennt das UN-K nur Vertragsverletzungen, keine einzelnen Leistungsstörungen. Wird verletzt kann **Preisminderung, Erfüllung, Nachbesserung, Ersatzlieferung oder Vertragsaufhebung** verlangen. Die beiden letzten nur bei wesentlicher Vertragsverletzung. (siehe gewährleistung) Den Käufer treffen Untersuchungs- und Rügeobliegenheiten. Unterlässt er dies hat er bei **einer vernünftigen Entschuldigung** nur mehr eingeschränkt Schadenersatz und Preisminderungsansprüche. Die Frist für Geltendmachung von Mängeln (auch verborgenen!) sind 2 Jahre (außer dies ist mit einer Garantiefrist im Vertrag unvereinbar). In Konkurrenz gibt es auch noch Scahdenersatzansrpüch die grds verschuldensunabhägig sind und sich sogar auf den entgangenen Gewinn beziehen, allerdings nur insoweit der konkrete Schaden für den Vertragspartner voraussehbar war. Der Käufer kann auf Abnahme der gekauften Waren geklagt werden.

*b) Tausch (§§1045 ff)*

Der Tausch ist Hingabe von Sachen gegen Sachen. Die Regeln des Kaufs sind analog anzuwenden soweit möglich. Liegt ein Halber Tausch / Kauf (also mit Geld und Sachen vor etwa Inzahlungnahme von Gebrauchtfahrzeugen) liegt im Zweifel Kaufrecht vor, bei einer Sachleistung die im Vordergrund steht Tauschrecht (**§1055)**

*c)Schenkung (§§938ff)*

Durch den Schenkungsvertrag verpflichtet sich der Geschenkgeber eine Sache ohne Gegenleistung hinzugeben. Der Beschenkte muss annehmen um die Schenkung zustande kommen zu lassen. Wird das Geschenk nicht direkt übergeben **(§943)**, bedarf es für Gültigkeit eines Notariatsakts. Nur tatsächliche Übergabe nicht etwa Besitzkonstitut ist eine Übergabe im Sinne des **§943**. Die Rsp jedoch sieht dies trotzdem als gegeben an wenn kein Zweifel am Übertragungswillen besteht. Schenkungen können wegen Motivirrtums und bestimmten anderen Gründen widerrufen werden (Undank, Existenzgefährdung). Teils werden Unterhaltsberechtigte und Pflichtteilsberechtigte geschützt. Bei wissentlicher Verschenkung einer fremden Sache haftet der Geschenkgeber ansonsten sind Leistungsstörungen unanwendbar.

*d) Verwahrungsvertrag*

Der Verwahrungsvertrag (**Realvertrag!)** verpflichtet den Verwahrer zur sorgfältigen Aufbewahrung und Rückstellung der Sache nach Ablauf der Verwahrungszeit. Entgelt kann vereinbart werden, es gebührt jedoch Aufwandersatz und Ersatz für schuldhaft zugefügter Schaden. Benutzt, übergibt er sie Dritten oder verzögert der Verwahrer die Rückstellung ist er wiederum verschuldensunabhängig Schadenersatzpflichtig, sonst nur bei Verschulden. Für die Geltendmachung gilt eine **30-tägige Präklusivfrist**. Das Ende des Verwahrungsvertrages ergibt sich aus Umständen, Vereinbarung oder Kündigung. Der Hinterleger kann jederzeit, der Verwahrer nur unter unvorhergesehenen Umständen eine Rückstellung begehren. Werden Wertpapiere mit der Vereinbarung hinterlegt dass das Eigentum daran an den Verwahrer übergehen soll liegt im Anwendungsbereich des **DepotG** ab dem Eigentumsübergang ein **Darlehen vor** (sog depositum irregulare). Eine besondere Verwahrungshaftung trifft **Gastwirte** die Fremde beherbergen (**§§970ff: Hotels, Pensionen, Schlafwagen etc.** nicht aber **Restaurants, Kaffeehäuser)**. Sie haften für die von Gästen eingebrachten Sachen, es sei denn es wird bewiesen das weder durch sein noch ihre Leute sondern andere ein- und ausgehende Personen (andere Gäste, Diebe etc) verursacht wurde (jedoch Haftungshöhe: grds 1.100€ bei Geld und Kostbarkeiten bis 550€). Der Geschädigte hat hier auch bloss eine **30-tägige Präklusivfrist** um Schäden anzuzeigen. Es kann neben dieser Gastwirthaftung auch eine ex contractu oder ex delicto Haftung greifen.

*e) Darlehen / Kredit (§§983 ff)*

Bei einem Darlehen handelt es sich nunmehr bloss um einen Konsensualvertrag. Hauptaugenmerk liegt daher in der Verpflichtung des Darlehensgebers zu dieser Übergabe. **(§983 Satz 1)** Der Darlehensnehmer erwirbt an den übergebenen Sachen Eigentum und darf über diese verfügen. Er ist verpflichtet nach dem Ende ebenso viele Sachen derselben Gattung und Güte zurückzustellen. Es kann auch teilweise Rückgabe vereinbart werden.

Werden Zinsen verlangt ist das Darlehen entgeltlich, im Zweifel ohne Vereinbarung handelt es sich um ein entgeltliches Darlehen. Ein Darlehensvertrag setzt vertretbare Sachen voraus. Ein entgeltlicher Darlehensvertrag über Geld ist ein Kreditvertrag (**§988)** durch den das recht besteht den Kreditbetrag abzurufen. Sondervorschriften (Schriftlichkeit und Informationspflichten) bestehen für Verbraucherkredite und auch Ehegattenkredite (Informationspflichten).

*f) Auftrag*

Der Auftrag verpflichtet den Beauftragten für den Auftraggeber **rechtsgeschäftlich tätig zu werden** (eben keine FAKTISCHEN Handlungen wie Putzen) Unterscheide vom Auftrag die Vollmacht - welche aber mit dem Auftrag verbunden werden kann. Die Vollmacht bedarf keiner Zustimmung. (siehe oben Allgemeiner Teil). Auch die **(**im Gesetz unerwähnte) **Ermächtigung** kann im Innenverhältnis den Ermächtigten ermöächtigen auf **eigenen Namen** aber auf Rechnung des Ermächtigenden zu handeln. Der Beauftragte **muss** den Auftrag persönlich ausführen, darf aber sich Gehilfen bedienen. Diese sind im Gegensatz zum **Substitutsbeauftragen (§1010)** an Anweisungen des Beauftragten gebunden, Fehlverhalten wird nach §1313a zugerechnet (siehe SE). Der Beauftrage hat alle Vorteile herauszugeben und erhält alle Aufwendungen und Schäden ersetzt. Er haftet dem Auftraggeber für alle schuldhaft verursachten Schäden. Personen die öffentlich bestellt worden sind (zB Rechtsanwälte) müssen auf Aufträge bei sonstiger SE-Pflicht reagieren.

*g) Werkvertrag (§§1165ff)*

Der Werkvertrag verpflichtet den Werkunternehmer gegenüber dem Werkbesteller zur Herstellung eines bestimmten (**faktischen) Erfolges.** (zB Reparatur einer Heizung). Wird eine Sache vom Werkunternehmer hergestellt liegt ein **Werklieferungsvertrag** vor falls er das Material liefert, sonst ein Werkvertrag wenn die Sache auf den Besteller zugeschnitten ist. **Im Zweifel** liegt ein Kaufvertrag vor. Der Werkunternehmer hat das Werk selbst / unter seiner Verantwortung auszuführen.

Der **Werklohn** ist nach Beendigung fällig – spätestens ab Zugang der Rechnung (Der Werklohn verjährt jedoch bereits ab objektiv möglichen Rechnungslegungsbeginn!) Es steht jedoch ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich des beigestellten Materials zu. Weiters kann er die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheben. Überschreitet der Werklohn einen Kostenvorschlag, und wird die Überschreitung beträchtlich und wurde diese nicht sobald sie erkennbar war, angezeigt muss der Werkunternehmer die Lasten tragen. Bei geringfügigen Überschreitungen zahlt der Besteller. Werden Kostenvoranschläge unter Garantie abgegeben, sind alle Kostensteigerungen auf Lasten des Werkunternehmers. Im Zweifel sind unverbindliche Kostenvoranschläge anzunehmen.

Ab Vertragsabschluss kann **Sicherstellung** für das restliche Entgelt verlangt werden, umfasst sind Verträge zu Bauwerken, oder eines Teils davon. Die Höhe beträgt 20% des vereinbarten Entgelts – bei kurzfristigen innerhalb 3 Monaten zu erfüllenden Verträge sogar bis zu 40%. Der Verzicht des Unternehmers auf dieses Recht ist unwirksam, von öffentlichen Personen und Verbrauchen kann er aber nichts verlangen. Sicherstellungen können von Bargeld bis Bankgarantien gehen, Kosten dafür sind bis 2% der Versicherungssumme vom Werkunternehmer zu tragen.

**§1167** sieht vor das Gewährleistungsrecht (§§922ff) bei Mängeln des Werkes anzuwenden ist. Er konkurriert mit Schadenersatz, ist aber nicht gegeben falls der Besteller untauglichen Stoff oder Anweisungen gab und der Werkunternehmer seine Warnpflicht erfüllt hat (**§1168a)**. Beachte: Bei Mitverschulden des Bestellers (Erkennbarkeit des Mangels) gibt es **geteilte Gewährleistung**. Außerdem sie Kosten die durch die Verbesserung entstehen, jedoch von Anfang erforderlich gewesen wären vom Werkbesteller zu tragen (**Sowieso-Kosten).**

Unterbleibt die Ausführung des Werkes (§1168/1) durch einen Zufall der aus der Sphäre des Bestellers muss er den Werklohn zahlen (abzüglich dessen, was sich der Werkunternehmer erspart hat) zB ein Techniker der kommt obwohl Störung sich selbst behebt. Unterbleibt die Mitwirkung des Bestellers kann der Werkunternehmer nach einer angemessenen Frist zur Nachholung den Vertrag als aufgehoben zu erklären. Zufälle aus der Werksunternehmer Sphäre bzw keiner Sphäre der Parteien lassen den Entgeltsanspruch verwirken. (siehe auch **§27a KSchg).**

Sondervorschriften gelten für Veranstaltungen von Reisen **(§§31b-31f KSchG),** wenn 2 der folgenden: Beförderung, Unterbringung oder touristische Nebenleistungen gegen Entgelt erbracht werden. Der Reisende muss Mängel der Reise bei sonstigem Mitverschulden unverzüglich anzeigen, anstelle von Vertragsabwicklung aknn aber auch eine gleichwertige Reise verlangt werden. Wird ein wesentlicher Teil der Reise durch ein Verschulden des Reiseveranstalters nicht erbracht gebührt Ersatz der **entgangenen Urlaubsfreude**. Dabei ist auf Grad des Verschulden, Schwere & Dauer des Mangels, Zweck der Reise und Reisepreis Bedacht zu nehmen. Dabei ist aber auf das **bewegliche System** (siehe oben) zu verweisen, so das teils sogar ein Anspruch in Höhe von Schmerzensgeld wie für leichte Schmerzen gebühren kann.

Die Verjährungsfrist kann auf 1 Jahr vereinbart werden.

*h) Leihe (§§971ff)*

Die Leihe ist Realvertrag, der Leihgeber zur **unentgeltlichen** Übergabe einer Sache verpflichtet. Weder Entgelt (Miete) noch Verbrauchbarkeit der Sache (Darlehen) dürfen gegeben sein. Entgelte die gegenüber dem Wert der Sache gleich sind, zählt die Rsp als Unentgeltlichkeit. Der Entlehner wird Rechtsbesitzer. Während der Vertragsdauer darf der Verleiher die Sache nicht zurückfordern (**vgl §976!).** Der Entlehner kann sie jederzeit zurückgeben. Kann die Sache jedoch jederzeit zurückgefordert werden liegt **Prekarium (Bittleihe §974 –** dies ist sehr wohl ein Vertrag). Der Verleiher ist nicht gewährleistungspflichtig und haftet nur wie ein Geschenkgeber (siehe Schenkung). Der Entlehner haftet wie der Verwahrer (siehe oben). Normale Gebrauchskosten sind vom Entleiher, außerordentliche vom Verleiher zu tragen. Der Verleiher kann Ansprüche 30 Tage lang geltend machen (**Präklusivfrist!)**

*i)Bestandvertrag*

Der Bestandvertrag begründet die Verpflichtung zur entgeltlichen Gebrauchsüberlassung – wesentliche Vertragspunkte sind die Sache **(Bestandsobjekt)** und der Preis **(Zins)**. Je nachdem ob Gebrauch oder Nutzung vorgesehen ist handelt es sich um Miete oder Pacht (uU Leasing sogar). Bei **Abbauverträgen** kommt es zur Aufzehrung der Sache weshalb sie gemischter Vertrag ist. Ähnlich sind Leasingverträge – sie haben den Vorteil da Kapital nicht sofort aufgebracht werden muss.

**§1096:** Pflichten des Bestandgebers umfassen: Übergabe an den Bestandnehmer in brauchbarem Zustand, Zustandserhaltung, darf den Bestandnehmer nicht in dem bedungenen Gebrauche stören, Die Erhaltungspflicht des Bestandgebers kann aber auf (§**1096 dispositiv)** Bestandnehmer übertragen werden. Verbesserungsarbeiten obliegen dem Bestandgeber und sind unverzüglich anzuzeigen. (**§1097)** Sollte das in Bestand genommene Objekt bei Übergabe mangelhaft sein oder während der Laufzeit ohne Verschulden werden ist er von der Mietzinszahlung für die Dauer des Mangels befreit (**Miet/Pachtzinsminderung),** etwa wegen einer defekten Heizung, Rohrbruch.

Für übermäßige Abnutzung und verschuldete Schäden haftet der Bestandnehmer dem Bestandgeber. (§1111) Außerordentliche Zufälle rufen keine Wiederherstellungspflicht des Bestandgebers hervor, man beachte jedoch Versicherungsdeckung (**§7, 29§/1 Z MRG)**.

Den Bestandnehmer hat die Hauptpflicht zur Bezahlung des Zinses, das MRG sieht Beschränkungen vor. Bei unbeweglichen Sachen hat der Bestandgeber zur Sicherung seiner Forderungen ein gesetzliches Pfandrecht an eingebrachten beweglichen Sachen (**§1101).** Der Bestandvertrag endet bei Befristung mit Zeitablauf, es kann jedoch eine Kündigung nötig sein (**bedingter Endtermin). §1114** regelt die stillschweigende Erneuerung der Vertragsverhältnisse (§**29/3 MRG dazu).**

Außerordentliche Kündigung ist wie bei allen Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund möglich. Ordentliche Kündigung nach Fristen ist jederzeit möglich (**dazu §560 ZPO)** Zur Veräußerung des Objekts durch den Bestandgebers (**§1120, §2/1 MRG)** ein Eintrag des Bestandvertrags ins Grundbuch hebt das Kündigungsrecht aus **§1120** jedoch auf.

Die bestandrechtlichen Regeln des ABGB sind bloß subsidiär anzuwenden. Fast alle Sonderregeln sind im MRG geregelt. Diese zum Schutz des Mieters geltenden Regeln sind meist zwingend. Das Mietrecht ist mittlerweile fast **Sonderprivatrecht**.

Das **MRG** regelt Miete von Wohnungen, Wohnungsteilen und Geschäftsräumlichkeiten samt mitgemieteten Haus- und Grundflächen, ebenso genossenschaftliche Nutzungsverträge über solche Objekte. Es gibt Ausnahmen der Anwendbarkeit (**§1/2 MRG** etwa **Dienstwohnungen)** auf andere ist das MRG nur zum **Teil anwendbar** (**etwa Eigentumswohnungen nach 1945)** insb. Kündigungs- nicht aber Zinsbestimmungen (**§1/4 MRG)**

Ein- und Zweifamilienhäuser sind seit der MR-Novelle 2001 vom MRG ausgenommen, Dachbodenausbauten zum Teil (seit MR-Novelle 2006 auch Gebäudeaufstockungen und Zubauten §1/4 Z 2 MRG)

Geschäftsraummietverträge können beliebig befristet werden, bei Wohnungen muss mindestens drei Jahre vermietet werden. Nach einem Jahr kann der Mieter schriftlich kündigen. Zur **Erneuerung** siehe **§29/3**.

Der Vermieter hat nach Maßgabe seiner Möglichkeiten, Haus Mietgegenstände und die der gemeinsamen Benützung der Bewohner dienenden Anlage im ortsüblichen Standard zu erhalten und Gefahren für die Bewohner zu beseitigen (**§3/1).** Bei einzelnen Mietgegenständen betrifft dies nur die Behebung ernster Schäden und erhebliche Gesundheitsgefährdungen sowie welche zur Übergabe brauchbaren Zustand voraussetzen. Nach der Rsp schließt §3 MRG §1096 im Bereich der Erhaltung (für den Mieter ja günstigen Regelung) aus. So z.B. sind Thermen vom Mieter zu reparieren, außer eben es wären erhebliche Gesundheitsbeeinträchtigung oder ernste Schäden am Haus zu befürchten. Können aber Bewohner zumutbaren Maßnahmen treffen um eine Gesundheitsgefährdung abzuwenden, muss der Vermieter die Erhaltungsarbeiten nicht übernehmen. Der Vermieter hat **nützliche Verbesserungen (§4MRG)** vorzunehmen – sofern dies zweckmäßig auf den Zustand ist (etwa Schalldämmung).

Bestimmte erhaltungsmaßnahmen sind auf jeden Fall durchzuführen, sonst müssen sie gedeckt werden (**§20 MRG – Mietzinsreserven)**. Auch die Kosten nützlicher Verbesserungen müssen gedeckt sein, es kann über den nicht gedeckten Teil eine schriftliche Einigung einer Mehrheit der Mieter und dem Vermieter kommen falls es zu keiner Belastung der anderen Mieter kommt. Auch vorübergehende Mietzinserhöhung kann zur Deckung vom Gericht bewilligt werden (**§18MRG).** Kommt der Vermieter den Arbeiten nicht nach kann das Gericht ihm dies in angemessener Frist auftragen.

**Hauptpflicht des Mieters** ist die Entrichtung des Mietzinses. Der kann jedoch nicht beliebig festgesetzt werden: zB ist bei Wohnungen mit einer nach 1945 erteilten Baubewilligung und Vermietungen zu Geschäftszwecken ein **angemessener Betrag zulässig** (Nach etwa Art, Größe, Lage). In allen anderen Fällen gilt das **Richtwertsystem (Normzins für Standardwohnungen, mit Zuschlägen und Abzügen §16/2 MRG §§1,2 RichtwertG) –** Bei Überschreitung der Höchstgrenzen ergibt sich für den übersteigenden Betrag Teilunwirksamkeit. Untermietverträge dürfen den Zinssatz des Hauptmietzinses nicht um mehr als die Hälfte übersteigen. In bestimmten Kündigungsfällen kann ein **einstweiliger Mietzins** festgesetzt werden. Der zu entrichtende Zins umfasst auch die anteiligen Betriebskoten, bestimmte Anlagen (etwa sanitäre) sind vom Mieter zu warten dass anderen kein Schaden entsteht (Ausnahmen siehe oben). Wegen wichtiger Gründe muss der Mieter das Betreten seines Mietgegenstandes zulassen.

Der Mietvertrag **endet** durch Aufkündigung, Untergang des Objekts, Ablauf der Vertragsdauer oder erheblich nachteiligen Gebrauch bzw. Säumigkeit der Zinszahlung und der Vermieter daher Aufhebung des Vertrags fordert. (**§29/1 MRG)**

Die Kündigung kann gerichtlich oder schriftlich, Vermieterkündigung zwingend gerichtlich erfolgen, Untermietverhältnisse leichter gekündigt werden. Spätere Kündigungen entfalten ihre Wirkung für den ersten späteren Kündigungstermin, für den die Frist zu dem Zugangszeitpunkt offen ist. **§563 ZPO** für gerichtliche Kündigungen. Zu wichtigen Gründen zur außerordentlichen Kündigung (§**30 MRG)**

Weitere wichtige MRG Bestimmungen:

**-§2 MRG** Untermiete liegt vor wenn nicht mit in §2/1 MRG erwähnten Personen Mietvertrag geschlossen wird. Die Kündigung des Hauptmieters kann auch auf Untermieter vollstreckt werden. Im Gegensatz zum ABGB (§1098) kann sich der Vermieter auf vertragliche Untermietverbote nur bei wichtigen Gründen berufen (**§11 MRG** etwa gänzliches Untervermietung)

**-§9 MRG** Änderungen des Mietgegenstandes müssen unter bestimmten Voraussetzungen geduldet werden, ansonsten muss der Vermieter zustimmen

**-§10 MRG** Ersatzanspruch des Mieters für bestimmte Aufwendungen (etwa Erneuerung des Fußbodens, Verbesserung sanitärer Anlagen, außerhalb des MRG auch §1097) bei Beendigung des Mietvertrags. Der Anspruch ist 14 nach Auflösungsvereinbarung bzw Zustellung der Aufkündigung geltend zu machen. Im Fall einer formal / inhaltlichen aber rechtzeitigen Aufforderung zum Investitionsersatz hat der Vermieter die Pflicht. 14 Tage zur Verbesserung aufzufordern

**-§11 MRG Untermietverbote** nur bei wichtigen Gründen beachtlich (siehe oben)

**-§12 MRG Abtretung des Hauptmietrechts** an nahe Angehörige, wenn sie eine gewisse Zeit mit dem Mieter gelebt haben. Die Abtretung muss bloß dem Vermieter angezeigt werden, Abtretungen von Seniorenwohnungen an Deszendenten sind ausgeschlossen.

**-§12a MRG:** Eintritt eines **Unternehmenserwerbers** in das Mietrecht des Veräußerers eines Objekt, in dem das Unternehmen betrieben wird. Der Mieter darf auch bei entgegenstehenden Vereinbarungen Unternehmen in Geschäftsräumlichkeiten verpachten, der Mietzins darf angemessen angehoben werden.

**-§14 MRG** Durch den Tod des Mieters oder Vermieters wird der Vertrag **nicht**  aufgehoben. Ehegatten, Lebensgefährten, Deszendenten sowie Geschwister sind berechtigt in den Mietvertrag einzutreten falls ein dringendes Wohnbedürfnis besteht und sie auch im gemeinsamen Haushalt bisher gewohnt haben

**-§16b MRG** Für künftige Ansprüche des Vermieters kann er eine Kaution verlangen, diese ist fruchtbringend in einer sicheren Form zu veranlagen. Im Falle einer Insolvenz des Vermieters darf die Kaution nur für Ansprüche im Zusammenhang mit dem Mietverhältnis steht herangezogen werden.

**-§27 MRG** Verbotene Vereinbarung, zB Leistungen des neuen Mieters an den alten um den Mietgegenstand zu bekommen (**Ablöseverbot)** Leistungen können samt Zinsen zurückgefordert werden

**Time Sharing** Der Teilnutzungsberechtigte erhält das für mehr als ein Jahr eingeräumte dingliche (etwa Fruchtgenuss) oder obligatorische Recht (Miete) ein Objekt dass zu Wohn oder Beherbergungszwecken dient wiederkehrend zu benützen. (**§2/1 TNG ).** Das TNG gilt lediglich für Verbraucherverträge und lässt günstigere Bestimmungen unberührt. Die Rechtsform des Time-Sharings ist unmaßgeblich, Teilnutzungsverträge unterliegen Form und Inhaltsvorschriften. Weiters gibt es **Informationspflichten** und **gewisse Rücktrittsrechte**, deren Frist von diesen Informationspflichten abhängen können. (§6 TNG)

*j) Dienstvertrag (§§1151 ff)*

Der Dienstnehmer verpflichte sich zur **Arbeit in „persönlicher Abhängigkeit“**, nicht aber zu einem bestimmten Erfolg. Der Dienstgeber bestimmt die vertraglich geschuldete Leistung (etwa Arbeitsort, Zeit, Verhalten). Als Zeichen der Abhängigkeit ist der Dienstnehmer meist in das Unternehmen des Dienstgebers eingegliedert. Die wichtigsten Bestimmungen finden sich in Sondergesetzen (etwa Angestelltengesetz, Arbeitnehmerschutzgesetz), die dem Arbeitnehmerschutzgedanken verpflichtet sind. Viele Bestimmungen sind zugunsten des Arbeitnehmers **relativ zwingend.** Bedeutsam sind etwa Regeln über die Beendigung des Dienstvertrags. **Konkurrenzklauseln**, die auf eine Einschränkung der Erwerbstätigkeit abzielen ist nur unter bestimmte Voraussetzungen wirksam (**§36 AngG)** Der Dienstgeber ist verpflichtet dem Dienstnehmer unverzüglich nach Beginn des Verhältnis einen Dienstzettel auszuhändigen, welcher Rechte und Pflichten aus dem Vertrag enthält (ua Name und Anschrift beider Parteien, Beginn, Entgelt, Tätigkeit - **§6 AngG**) Dies gilt nach §1164a auch für freie Dienstnehmer. Dieser zeichnet sich durch unabhängige, weisungsfreie Erbringung von Leistungen aus. Soweit Vorschriften nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis ausgehen, sind sie auch auf freie Dienstverträge anwendbar. Auch steuerrechtlich sind beide weitestgehend gleichgestellt.

Das **Arbeitskräfteüberlassungsgesetz** regelt die Verpflichtung zwischen des Dienstnehmer zur Dienstleistung an Dritte, wodurch dieser in die Organisation des Dritten eingegliedert und diesem weisungsgebunden wird.

*k) Glücksvertrag (§§1267 ff)*

„Ein Vertrag, wodurch die Hoffnung eines noch ungewissen Vorteils versprochen und angenommen wird, ist ein Glücksvertrag“ (§**1267)**. zB Spiel, wette, Los, aber auch Versicherung und Leibrentenverträge.

Charakteristisch ist jeweils, dass mit dem Vertragsabschluss Risiken verbunden sind. Geteilt wird in Glücksverträg **ieS (**Unterhaltungswert steht im Vordergrund etwa Lotterien) und **iwS** (**andere** Werte zumeist wirtschaftlich im Vordergrund)Anfechtung mittels **Laesio enormis** ist ausgeschlossen, Wucher hingegen nicht.

Glücksverträge sind strafbar falls sie sich auf Spiele beziehen bei denen Gewinn und Verlust vorwiegend vom Zufall abhängen (siehe unten), es sein denn es handelt sich um gemeinnützige Zwecke oder bloß Zeitvertreib bzw geringe Einsäte. Nur wenn Einsätze tatsächlich geleistet oder hinterlegt worden sind können sie gerichtlich geltend gemacht werden, sonst entstehen **Naturalobligationen.** Unerlaubte Glücksverträge sind **nichtig.**

**Wetten** und Spiele werden zivilrechtlich gleich behandelt (**§1272)** Kennt der Gewinner einer Wette den Ausgang und verschweigt diesen ist die Wette ungültig. Umgekehrt ist der Verlierer Geschenkgeber wenn er wusste dass die Wette verloren wird.

**Lotterien** unterliegen grundsätzlich dem **Glücksspielmonopol**. Gewinne sind einklagbar (**§1274 iVm GSpG)**, Verlosungen zwischen Privatpersonen werden wie Wetten und Spiele behandelt. Soll aber eine Wahl, Streitung, Teilung durch Los entschieden werden gilt das Recht des übrigen Vertrags (zB Münzwurf bei Mangelhaftigkeit des Kaufvertrags). Hausverlosungen sind zulässig wenn sie einmalig erfolgen. Nach anderer Ansicht handelt es sich um verbotene Glücksverträge**. (§168 StGB, siehe oben)**

Glücksspiele, die maßgeblich vom Zufall abhängig sind unterliegen auch dem **Glücksspielmonopol. (Ausnahmen:** Keine Ausspielung, kein Bankhalter, oder kein Einsatz über 0,50 Euro) Das Monopol ist dem Bund vorbehalten (§§1,3 GSpG). Zunehmend wird kritisiert, dass an der **Casinos Austria AG** private Shareholder mitwirken und Monopole Rechtssicherheit und Dienstleistungsfreiheit behindern.

*L)Bauträgervertragsgesetz BTVG*

Dieses Gesetz von 1.1.1997 (2008 modifiziert) findet Anwendung auf Verträge über den Erwerb des Eigentums, Wohnungseigentums, Baurechts, Bestandrechts oder sonstigen Nutzungsrechts einschließlich Leasing an zu errichtenden oder erneuernden Gebäuden. (§**2 BTVG)** Es regelt die Verpflichtung des Bauträgers gegenüber dem Erwerber zur Sicherung der auf Grund des Bauträgervertrages geleisteten Zahlungen vor Verlust im Fall der Nichtfertigstellung (**§§ 7 ff BTVG)**

Weiters gilt: **§3 BTVG** Schriftform **§4** Inhaltserfordernisse (zB Pläne für den Vertragsgegenstand, Preis, Übergabetermin) **§§5 ff:** Regelungen von Rücktrittsrechten beider Parteien **§§ 7 ff** Sicherung des Erwerbers durch schuldrechtliche, grundbücherliche, pfandrechtliche Maßnahmen **§12** Verpflichtung zur Bestellung eines **Treuhänders (**Überwacht Sicherungspflicht) **§14** Erwerber kann alle Leistungen die er entgegen dem BTVG ebracht hat zurückfordern +8% Zinsen über Basiszinssatz.

**II. Gesetzliche Schuldverhältnisse**

**1.Schadenersatzrecht**

*a)Allgemeines*

Grds hat jeden seinen Schaden selbst zu tragen (**§1311 Satz 1)** nur unter besonderen (**Zurechnungs-)**Gründen kann der Schaden von einem anderen zu ersetzen sein. Das Schadenersatzrecht regelt diese Voraussetzungen

*aa)Zurechnungsgründe*

*aaa)Schaden*

Unterschieden wird:

-**Vermögensschaden (**Nachteil an vermögenswerten Gütern – etwa Beschädigung), und hier wiederrum **reiner Vermögensschaden (**ohne Verletzung absolut geschützter Güter – etwa falscher Börsentipp)und **realer Schaden (direkte Veränderung etwa** Zerkratzte Scheiben). Reiner Vermögensschaden wird bei vertraglicher Haftung nach allgemeinen, bei deliktischer Haftung nur ausnahmsweise ersetzt (zB als Folge der Verletzung absoluter Güter). Andernfalls gäbe es eine hoffnungslose Ausuferung (etwa Zahlung an alle Opernbesucher bei Verletzung des Opernsängers). Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte gebührt daher nur bei Offenkundigkeit und wissentlicher Verleitung zum Vertragsbruch.

**-immaterieller (ideeller) Schaden** (Nachteil an nicht vermögenswerten Gütern) zB Schmerzen, Trauer. Sind grundsätzlich nur bei groben Verschulden zu ersetzen auch zB **Beeinträchtigungen der Privatsphäre, entgangene Urlaubsfreude.** Fiktive Kosten wie etwa für Heilung oder Mietwagen (Operationskosten nicht notwendig da jemand stirbt, keine Gebrauchsmöglichkeit eines Wagens) sind nicht ersatzfähig. **Frustrierte Aufwendungen** wiederrum, also Aufwendungen die nutzlos geworden sind werden – restriktiv – ersetzt. Auch **Schockschäden** also Ersatz rein seelischer Schmerzen vor allem bei **Tötung naher Angehöriger** ist zu ersetzen, allgemein gibt einen Trend zum Ersatz ideeller Schäden. (§§1325, 1328m, 1331 zB)

**-positiver Schaden (**Der Geschädigte kommt um das was er hatte) **und entgangener Gewinn (**was er hätte) Ersatz des entgangenen Gewinns nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz (**§§1323 f), zwischen Unternehmern** schon bei leicht fahrlässiger Schädigung. Ist der Ersatz auf positiven Schaden beschränkt spricht man **eigentlicher Schadloshaltung** sonst von **voller Genugtuung**.

**-Nichterfüllungsschaden (**durch Nichterfüllung einer vertraglichen Verbindlichkeit) und **Vertrauensschaden** (entsteht durch Vertrauen auf Gültigkeit eines Vertrages und damit verbundene Aufwendungen) Ein Interesse daran das s ein konkreter Vertrag erfüllt wird (**Erfüllungsinteresse)** gibt es nur bei wirtschaftlich günstigen Verträgen (etwa Kauf einer 100€ Sache um 80€) Der Vertrauensschaden wird um das **hypothetische Erfüllungsinteresse** begrenzt (Etwa nur 20€ wenn beim obigen Bsp 30 Euro Transportkosten gezahlt wurden).

Der Schaden wird bei **leichter Fahrlässigkeit** abstrakt berechnet – der Wert der beschädigten Sache wird vor und nach Beschädigung verglichen. (**§1332 gemeiner Wert = Wiederbeschaffungs / Neuherstellungskosten)** Bei grober Fahrlässigkeit / Vorsatz wird konkret berechnet – indem man den Wert des unversehrten und des beeinträchtigten Vermögensgut des Geschädigten heranzieht. Bei **qualifiziertem Vorsatz (dolus coloratus)**, Schadenszufügung durch strafbare Handlungen, Mutwillen, Schadenfreude gebührt auch der **Wert der besonderen Vorliebe (§1331)**

*bbb) Kausalität*

Der Schädiger muss den Schaden verursacht haben. Um dies festzustellen, prüft man (im Sinne der **Äquivalenztheorie)**. Ob sein rechtswidriges Verhalten notwendige Bedingung für den Schadenseintritt war. (**conditio sine qua non).** Dabei wirddas Verhalten Weg- (bei Tun) oder Hinzugedacht (Bei Unterlassen) und darauf geachtet ob der Schaden eingetreten / entfallen wäre.

Sonderfälle, unterschiedliche Ereignisse kommen als Ursache in Betracht:

**-alternative Kausalität** Mehrere Schädiger, aber Unklarheit wessen Verhalten ursächlich war – solidarische Haftung

**-kumulative Kausalität** Mehrere Schädiger, jeder hätte den Schaden allein verursacht – solidarische Haftung

**-überholende Kausalität** Mehrere Schädiger, erster löst Schaden aus zweiter hätte ihn ebenfalls ausgelöst: Rsp – Haftung erster Schädiger, Literatur – Solidarisch

-**Weitere Fälle** wären etwa noch die **psychische Kausalität (**Anstiftung, etwa per Chat, Haftung nach umfassender Interessensabwägung zB besonderer Missbilligung des psychischen Verhaltens) **minimale Kausalität** (zB rechtswidriger Streik – Haftung nur nach Teilen)

Selbst wenn Kausalität feststeht wird nur zugerechnet wenn der Konkrete Schaden eine adäquate Folge des rechtswidrigen Verhaltens war, also die Verkettung der Umstände nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung liegt (etwa Herzinfarkt wegen einer Kündigung).

*ccc) Rechtswidrigkeit*

Unterschieden wird ob sich Rechtswidrigkeit aus einem Verstoß gegen Vertrag (**Haftung ex contractu)** oder Gebot (**ex delicto)** der Rechtsordnung ergibt. In beiden Fällen kann Unterlassung verlangt werden.

**Deliktisch** haftet wer gegen absolute Rechte, Schutzgesetze (§**1311)** oder die guten Sitten (**§1295/2)** und Verkehrssicherungspflichten verstößt. Unter Schutzgesetzen werden Rechtsvorschriften verstanden die bestimmte gefährlichen Verhaltensweisen vorbeugen und diese verbieten, ohne darauf zu schauen ob sie wirklich gefährlich sind (**abstrake Gefährdungsverbote** etwa viele Normen der StVO, §158 StGB, §69 IO). Die Haftung bei Schutzgesetzverletzungen erfordert Verschulden in Hinblick auf die Verletzung des Schutzgesetzes selbst. (**Außer volle Genugtuung §§1323f)** Auch der Beweis ist durch den **Prima-Facie-Beweis** (wenn der eingetretene Schaden gerade durch das Schutzgesetz verhindert werden sollte) erleichtert. Teils schließen jedoch bestimmte Schutzgesetze Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach §1311 aus.

**Vertraglich haftet** wer gegen Haupt- oder Nebenleistungspflichten eines Vertrages oder gegen ein vorvertragliches Schuldverhältnis verstößt. Die Besonderheit der **ex contractu** Haftung liegt daran dass man sich durch potenzielle Vorteile eines Vertragspartners auch Pflichten begründet die deliktisch (also gegenüber der Allgemeinheit) nicht bestehen. (Ausnahme: **Verkehrssicherungspflichten** die deliktisch haftbar machen. zB wer einen Verkehr eröffnet oder Gefahrenquellen erzeugt etwa Downloads ohne Viren, Haftung von Betreiber von Internetseiten die gehackt und Daten gestohlen werden, siehe auch **DataBreach** checkmycase.com (ex contractu Haftung hier))

**Besonderheiten** der Vertragshaftung sind **Beweislastumkehr (§1298), Haftung für Erfüllungsgehilfen (§1313a) (**siehe unten)**, Haftung auch für reine Vermögensschäden. (**siehe oben). Teils wird Vertragshaftung auch als zu streng angesehen und interpretativ oder sondergesetzlich entschärft (etwa DHG, §25 GSpG)

Rechtswidrigkeit fehlt bei Notwehr (Abwehr eines unmittelbar drohenden / gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs auf etwa Leben, Gesundheit, Freiheit), rechtfertigender Notstand (angemessene Abwehr eines unmittelbar drohenden / gegenwärtigen Nachteils durch Eingriff in minderwertige Rechtsgüter eines unbeteiligten Dritten) und bei Einwilligung des Verletzten (nur in Grenzen, insbesondere bei Vermögensrechten).   
Auch haftet der Schädiger nicht wenn zwar rechtswidriges Verhalten vorliegt, aber der herbeigeführte Schaden außerhalb des Schutzzwecks der Norm liegt (Mangel am **Rechtswidrigkeitszusammenhang** zB Frontalzusammenstoß mit Autos ohne funktionierende Bremslichter – die Bestimmungen zu Bremslichtern betrifft nur Auffahrunfälle) Der Schutzzweck ist immer mittels Auslegung zu ermitteln. Auch wird Haftung verneint wenn der Schaden trotz rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht ausgeblieben wäre (Etwa 50 statt 80km/h fahren – **rechtmäßiges Alternativverhalten)**

Auch **Drittschäden,** die bei Dritten infolge der beschädigten Sache entstanden sind, werden grds nicht ersetzt.

Auch die **Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte** ist grds nicht rechtswidrig – zB Doppelverkauf einer Liegenschaft: Haftung des zweiten Käufers nur wissentlicher Verleitung zum Vertragsbruch, ausser das Forderungsrecht ist besitzverstärkt (etwa weil die Liegenschaft schon vom ersten Käufer benutzt wird) dann genügt leichte Fahrlässigkeit (strittig). Bei wissentlicher Verleitung ist idR sowieso **Kollusion (siehe oben)** anzunehmen, daher Sittenwidrigkeit & Nichtigkeit.

*ddd)Verschulden*

Verschulden ist subjektive Vorwerfbarkeit eines rechtswidrigen Verhaltens, der Schädiger hat die gehörige Sorgfalt außer Acht gelassen. **Leichte** (Fehlverhalten das mal einem sorgfältigen Menschen mal passieren kann)**, grobe Fahrlässigkeit** (Fehlverhalten das mal einem sorgfältigen Menschen nie passiert) und Vorsatz (**eventualis, directus / specialis, principalis – bedingt (**Abfinden mit den Konsequenzen)**, absichtlich und Wissentlichkeit** etwa **§1300)** Die leichteste Form ist die relevante entschuldbare Fehlleistung im **DHG.**

Abgrenzungen sind schwierig, §16 ECG kennt nun auch die bisher im Strafrecht nur relevante **bewusste Fahrlässigkeit (Schädiger** vertraut darauf das Konsequenzen ausbleiben obwohl er sie voraussieht)

**§1296:** Der Geschädigte hat Verschulden zu beweisen – jedoch ex contractu kommt es zu einer **Beweislastumkehr nach §1298**, jedoch nur bei leichter Fahrlässigkeit, außer die vertragliche Vereinbarung sie auch Haftung für grobe Fahrlässigkeit vor.

Unmündigen MJ (§153) und geistig Beeinträchtigungen kann kein Vorwurf gemacht werden, ihnen fehlt Einsichtsfähigkeit, ebenso Personen in entschuldigendem Notstand. Haftung kann jedoch gegeben sein wenn sich diese Personen vorwerfbar in diese Lagen gebracht haben (etwa Antrinken – **§1307 „Einlassungsfahrlässigkeit“**) oder §§1306a, 1310 **(Billigkeitshaftung,** Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls insb. Vermögensverhältnisse).

Weiters haften Aufsichtspflichtige bei schuldhafter Unterlassung der notwendigen Obsorge (§1309).

Da durch den Einsatz von Hilfspersonen Schädigungspotenzial erweitert wird, muss der Schädiger sich Verschulden seiner Gehilfen zurechnen lassen. Bei vertraglicher Haftung nach **§1313a**: Verschulden des Gehilfen wird dem Geschäftsherrn zugerechnet. Besteht jedoch keine Sonderverbindung zwischen Geschädigten und Geschäftsherren erfolgt eine Zurechnung nur dann wenn dieser **Besorgungsgehilfe** untüchtig, also ungeeignet bzw wissentlich gefährlich war (§**1315)** Dem Geschäftsherrn gebührt Regress gegen den Gehilfen (§1313 oder DHG bei Dienstverhältnis). Auch haftet der Gehilfe meist deliktisch nach allgemeinen Haftungsprinzipien.

Trifft auch den Geschädigten ein Verschulden (**Mitverschulden)** so wird der SE je nach Schwere gemildert (§**1304 iZw 50%)**. Dies gilt auch wenn der Geschädigte eine Pflicht hatte den Schaden möglichst gering zu halten (**Schadensminderungspflicht)**. In beiden Fällen handelt es sich m Obliegenheiten deren Missachtung eben Nachteile bringt (eben nur teilweise Ersatz). Hier muss der Geschädigte sich Verhalten seine Gehilfen zurechnen lassen (entweder **§§1313a oder 1315)**, bei vertraglicher Haftung muss der Gehilfe zur Beachtung dieser Obliegenheiten eingesetzt worden sein.

*bb) Schadenersatzleistung*

Gem. **§1323** gebührt primär **Naturalrestitution (**Den Geschädigten realiter so zu stellen wie er stünde). Ist die unmöglich / untunlich gebührt Ersatz in Geld. **Untunlichkeit liegt bereits vor, wenn der Geschädigte Geld verlangt.** Bei Sachschäden richtet sich die Höhe nach den **fiktiven Reparaturkosten** (also egal ob durchgeführt oder nicht) wobei die objektive Wertminderung Höchstgrenze ist. (etwa Wert des Autos bei Totalschaden), außer eine Absicht zur Reparatur wird nachgewiesen, umgekehrt gebührt eine die Reparaturkosten übersteigende objektive Wertminderung wenn ein Weiterbenützen der Sache nicht zugemutet werden kann. Bei vertraglicher Haftung gibt es keine Beschränkungen (außer der Geschädigte möchte keine Schadensbehebung)

**Mehrere Schädiger** haften solidarisch wenn vorsätzlich gehandelt wurde (etwa auch der Fluchtfahrzeugsfahrer bei einem Banküberfall) oder Schadensteile sich nicht bestimmen lassen. Ansonsten haftet jeder nur für seinen Teil. Jemand der den gesamten Schaden ersetzt hat Regressansprüche gegen die Anderen.

Entstehen durch Schadenszufügung auch Vorteile so sind diese bei konkreter Schadensberechnung nur zu berücksichtigen wenn der Geschädigte ungerechtfertigt besser gestellt wäre. (**Vorteilsausgleich –** diesen gibt es bei objektiver Schadensberechnung nicht)

Auch bei Zerstörung gebrauchter Sachen wäre der Geschädigte besser gestellt wenn neu für alt ersetzt werden würde. Daher gebührt hier nur der Wert der gebrauchten Sache und Neuanschaffungskosten (**Kreditkosten)** Software ist problematisch (ewige Haltbarkeit) hier wird auf durchschnittliche Nutzungsdauer abgestellt.

Bei Beschädigung relativ neuer Sachen wird auch der **merkantile Minderwert ersetzt,** ein Ausgleich dafür dass die Sache nun aufgrund einmaliger Beschädigung am Markt geringer bewertet werden (Etwa Unfallautos) auch bei vollständiger Behebung der Schadensfolge.

*b) Besondere Haftungstatbestände*

**Sachverständigenhaftung (§§1299, 1300):** Personen, die über besondere Kenntnisse verfügen (zB Rechtsanwälte, Ärzte, Handwerker usw) oder solche vorgeben unterliegen einem objektiven Verschuldensmaßstab. Verschulden ist bereits gegeben wenn das konkrete Sachwissen nicht seinem Berufsstand entspricht.

Für Falschen Rat, Gutachten etc wird nur für (reinen) Vermögensschaden gehaftet wenn die Tätigkeit gegen Belohnung erfolgt ist (**§1300)** Das kann auch bei einer Sonderverbindung der Fall sein (zB Nebenpflicht bei Vertrag). Sonst wird nur bei wissentlichem Vorsatz für Vermögensschäden gehaftet. Bei Fehlinformationen auf Internetseiten gilt wohl dasselbe, auch wenn diese kommerziell betrieben werden ist §1300 vor allem auf individuellen Kontakt und nicht Informationen gegenüber einem unbestimmbaren Personenkreis zugeschnitten.

**Haftung des Wohnungsinhabers (§1318)** kommt jemand durch Herabfallen gefährlich aufgehängter / gestellter Sachen oder Herauswerfen / Herausgießen aus einer Wohnung zu Schaden, haftet dafür der Wohnungsinhaber. Verschuldensunabhängig, selbst wenn er seine Partygäste im Auge hatte. Dies umfasst auch Lager, Geschäftslokale, Garagen.

**Haftung für Bauwerke** (**§1319)** Entsteht durch den Einsturz eines Gebäudes (analoge Anwendung auch auf Bäume) oder herabfallende Teile Schaden, haftet der Besitzer, es sei denn er kann entsprechende Vorkehrungen zur Verhinderung beweisen. (Strittig ob Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr oder Gefährdungshaftung)

**Haftung des Wegehalters (§1319a)** Entsteht durch mangelhaften Zustand eines Weges (Definition §1319a Abs 2) ein Schaden haftet der Wegehalter wenn ihm oder seinen Leuten Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Die Haftung scheidet bei unerlaubter und widmungswidriger Benützung aus. Leute des Wegehalters haften erst ab grober Fahrlässigkeit – darüber hinaus kann aber eine vertragliche Haftung greifen (etwa Autobahnhalter gegenüber Autohaltern die Vignette erworben haben)

**Haftung des** **Tierhalters (§1320)**: Wenn er nicht beweist dass er für die erforderliche Verwahrung oder Beaufsichtigung gesorgt hat. Darüber hinaus haftet jeder, der das Tier gereizt hat nach den allgemeinen Voraussetzungen der Verschuldenshaftung. (sieh auch §§1321 f)

**Haftung für Körperverletzung oder Tötung:** (§§1325-1327) Wer körperliche oder geistige Unversehrtheit verletzt hat **Heilungskosten** (auch wenn erfolglos), **vermehrte Bedürfnisse (**zB Rollstuhl) **Verdienstentgang (**gegenwärtig und zukünftig) in Form einer Rente, ein angemessenes Schmerzengeld sowie Verunstaltungsentschädigung. Auch für **Sowieso-Schmerzen (**vergleiche Werkvertrag Sowieso-Kosten) haftet man.

Die Bemessung ist in Österreich restriktiv (bisher höchstes Schmerzensgeld 218.000€) Dabei wird zwischen leichten, mittelstarken, starken Schmerzen unterschieden, es dienen **Tagessätze**  als Bemessungshilfe (strittig). Bei **Tötung**  gebühren Begräbniskosten und Unterhaltszahlungen, sofern der getötete welche geleistet hat. Auch sind **Schockschäden** für Benachrichtigung oder Anblick des Todes zu verlangen, bei normaler Trauerreaktion jedoch nur erst ab grober Fahrlässigkeit. (Nur nach Rsp keine Gesetzesgrundlage)

**Haftung bei Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung (§1328)** – Wird jemand durch strafbare Handlung (etwa Vergewaltigung) missbraucht sind sowohl Vermögensschäden als auch immaterielle Beeinträchtigungen zu ersetzen.

**Haftung bei Eingriff in die Privatsphäre (§1328a):** Wer rechtswidrig und schuldhaft in die Privatsphäre eines Menschen eingreift oder Umstände daraus offenbart hat ihm den dadurch entstandenen Schäden zu ersetzen. Bei erheblichen Beeinträchtigungen gebühren auch **immaterielle Schäden.** Abs 1 ist jedoch nicht anzuwenden wenn lex speciales zB das UrhG den Ersatz anders regeln. Die Verantwortung durch Medien wird durch das Mediengesetz geregelt. Dieses limitiert Verletzungen mit 20.000€, was auch als Höchstgrenze nach **§1328a angesehen wird.** Zu einstweiligen Verfügungen siehe unten.

**Haftung bei Freiheitsberaubung (§1329)** Wer vorsätzlich oder schuldhaft die Freiheit eines anderen raubt, hat ihm materielle und immaterielle Schäden zu ersetzen

**Haftung bei Ehrenbeleidigung (§1330**) Bei **Ehrenbeleidigungen ieS (Abs1)** Ist der gesamte Vermögensschaden (also positiver Schaden und entgangener Gewinn) zu ersetzen. In Abs2 (**Rufschädigung –** unwahre Tatsachen die der Schädiger kannte / kennen musste**)** kann zusätzlich noch noch Widerruf und dessen Veröffentlichung verlangt werden. Für nicht öffentliche Mitteilungen, an denen der Empfänger berechtigtes Interesse hatte wird nur bei bekannter Unrichtigkeit gehaftet.

**Haftung für Sachschäden (§§1331-1332a)** Ersatz des positiven Schadens oder auch des entgangenen Geinns, je nach Verschulden. Teils sogar **Ersatz des Wertes des besonderen Vorliebe (Affektionsinteresse** siehe dazu weiter oben)**.** Heilungskosten fürTiere gebühren auch wenn sie den Wert des Tieres übersteigen, soweit auch ein verständiger Tierhalter in dieser Lage die Kosten aufgewendet hätte.

**Haftung für Immissionen** (analog **§364a)**: Gegen Immissionen von benachbarten Grundstücken, steht ein Unterlassungsanspruch z. Ein Ausgleichsanspruch gebührt, wenn die Unterlassungsklage aufgrund Einmaligkeit zu spät käme, der **volle Genugtuung (siehe oben)** umfasst. Dazu auch mehr im Sachenrecht.

*c) Sondergesetze*

*aa) Amtshaftung*

Nach den Bestimmungen des **AHG**  haften Rechtsträger nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für das **rechtswidrige und schuldhafte Verhalten ihrer Organe** wenn dadurch in **Vollziehung der Gesetze** ein Schaden entsteht. **Rechtsträger sind:** Bund, Länder, Bezirke, Gemeinden, sonstige Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie Träger der Sozialversicherung. Der Schaden ist **immer** nur in Geld zu ersetzen. Es genügt der Beweis dass der Schaden durch ein Organ des beklagten Rechtsträgers entstanden ist (und keinem bestimmten). Hätte er jedoch durch Rechtsmittel oder Beschwerde an den VwGH den Schaden abwenden können gebührt kein Anspruch (**Rettungspflicht §2/2 AHG).**

Das Organg selbst haftet nicht – somit steht kein deliktischer Anspruch gegen den unmittelbaren Schädiger zu. Allerdings kann ihm Regress des Rechtsträgers drohen, wenn er mindestens grob fahrlässig gehandelt hat. Bei Vorsatz kann dieser auch nicht aus Billigkeit vom Gericht gemäßigt werden. Geschah das Vergehen jedoch im Zusammenhang einer Weisung, gibt es keinen Regressanspruch.

*bb) Organhaftung*

Organe eines Rechtsträgers haften diesem wie oben besprochen für Schäden die in Vollziehung der Gesetze entstehen. Unter Organen versteht man physische Personen, wenn sie in Vollziehung der Gesetze handeln (egal ob einmal, vorübergehnd, gewählt, bestellt etc. **§1/2 OrgHG)**. Auch den Rechtsträger trifft Rettungspflicht (siehe oben). Wie schon oben angeführt kann bei entschuldbarer Fehlleistung bzw Weisung kein Anspruch bestehen. Bei Fahrlässigkeit kann bei leichter auf null gemäßigt werden. (**§3 OrgHG)**

*cc) Strafrechtliches Entschädigungsgesetz 2005*

Der bund haftet auch teils für Schäden die durch Entzug der Freiheit zum Zweck der Strafrechtspflege oder Verurteilung zustande kamen. War die Haft gesetzwidrig bzw ungerechtfertigt (**§2/1 StEG),** sowie bei Wiederaufnahme eines Verfahres der einen Freispruch bzw mildere Strafe bewirkt. Auch hier gibt es keine Haftung der Person (etwa des Richters) der den Schaden zugefügt hat. Auch hier ist der Schaden in Geld zu ersetzen – jedoch kann er wegen Mitverschulden (§1304) eingeschränkt oder ausgeschlossen werden (etwa den Verdacht auf sich lenkte). Kein Anspruch besteht auch wenn diversionell (siehe **SPO §200-204**) beendet wird (weitere Gründe: **§3 StEG).** Für die Geltendmachung muss der Geschädigte den Bund auffordern den Anspruch anzuerkennen oder abzulehnen, bei einer Klageerhebung davor gebührt dem Bund Kostenersatz falls er den Anspruch anerkennt (**§45 ZPO)**

*dd) Dienstnehmerhaftpflicht*

Das DHG gilt für Dienstnehmer und Lehrlinge in privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen **Dienstverhältnissen.** Außerdem Heimarbeiter und arbeiternehmerähnliche Personen. Ausgenommen sind Dienstnehmer die als Organe von Rechtsträgern handeln (siehe oben **§1 DHG)**

Das DHG regelt den Schaden der durch oben genannte Personen verursacht werden, an Dritten oder dem Dienstgeber. Wird der Dienstgeber geschädigt wird er ersatzpflichtig aufgrund seines Verschuldensgrades – auch hier bei **entschuldbarer Fehlleistung** gar nicht, sonst besteht richterliches Mäßigungsrecht (siehe oben OrgHG). Auch ist auf Umstände Bedacht zu nehmen. Bei Schädigung Dritter muss der Dienstgeber unverzüglich informiert werden, bei Klage der Streit zu verkünden. Entschädigt der Dienstnehmer im Einverständnis mit dem Dienstgeber oder aufgrund eines Urteils den Dritten, gebührt ihm Rückersatz falls er aufgrund der Gehilfenhaftung in Anspruch genommen worden wäre. Auch hier richtet sich die Höhe nach Grad des Verschuldens, genauso wie der Regressanspruch sich nach diesem Grad richtet. Eine Beschränkung kann nur durch **Kollektivvertrag beschränkt oder aufgehoben werden (§5 DHG)**

*ee) ASVG*

**§333 ASVG** regelt die Haftung des Dienstgebers für Schädigungen des Dienstnehmers durch Arbeitsunfälle oder Berufskrankheiten. Körperschäden nur bei Vorsatz, Sachschäden nach allgemeinen Regeln. Diese Begünstigungen gelten auch für Aufseher und Vertreter des Dienstgebers. Tritt der Arbeitsunfall durch ein Verkehrsmittel ein für das eine erhöhte Haftpflicht (=**Gefährdungshaftung)** besteht gibt es dieses Privileg nicht. Der Dienstgeber haftet dann nach allgemeinen Verschuldens- / Gefährdungshaftungs Regeln nur in der Höhe der Haftpflichtversicherung.

Hat der Dienstgeber (oder jemand gleichgestellter) mindestens grob fahrlässig den Unfall / die Berufskrankheit verursacht hat er den Trägern der Sozialversicherung alle Leistungen an den Dienstnehmer zu ersetzen. (**§334/1 ASVG)**

§332 ASVG regelt die Haftung des Dienstnehmers für Schädigungen an Arbeitskollegen nach Übergang des Ersatzanspruchs auf Sozialversicherungsträger. Der Versicherungsträger kann nur diesen Anspruch nur gegen den Dienstnehmer geltend machen wenn er zumindest grob fahrlässig gehandelt hat, oder ein Fahrzeug für das erhöhte Haftpflicht besteht es verursacht hat.

*d) Gefährdungshaftung*

Die **Gefährdungshaftung** beruht nicht auf rechtswidrigem und schuldhaftem Verhalten, sondern auf Überlegung dass der Gesetzgeber gewisse **gefährliche Tätigkeiten** erlaubt. Im Gegenzug muss der Betroffene verschuldensunabhängig für die Folgen seines gefährlichen Tuns einstehen.

*aa) EKHG*

Nach den Bestimmungen des EKHG haften der **Halter eines Kfz, Betriebsunternehmer einer Eisenbahn** für Schäden die durch Unfälle oder Betrieb dieser entstehen. Auch **Schwarzfahrer** also Personen die unbefugt die Mittel in Betrieb nehmen haften. (**§6 EKHG)** Daneben haften der Halter / Betriebsunternehmer falls schuldhaft die **Schwarzfahrt** ermöglicht wurde. Der **angestellte Schwarzfahrer (**hatte Erlaubnis für das Verkehrsmittel aber nicht die konkrete Fahrt)haftet nach dem ABGB, daneben der Halter / Betriebsunternehmer aus dem EKHG.

Der Begriff **Eisenbahn** definiert sich aus dem **Eisenbahngesetz 1957** daher auch Straßenbahnen und Schlepplifte, der Begriff **Kfz**  nach dem Kraftfahrzeuggesetz 1967 – damit es aber unter das EKHG fällt muss es aber 10km/h erreichen.(**§2 EKHG)**

Die Verpflichtung für Tötung oder Körperschäden kann nicht ausgeschlossen noch beschränkt werden, Sachschäden jedoch schon. Haftung für Sachschäden gibt es jedoch nach dem EKHG nur bei Handgepäck bzw. Sachen die jemand an sich trug.

**Haftungsausschlüsse** bestehen gegenüber blinden Passagieren, Autostoppern und Personen die beim Betrieb tätig waren. **(§3 EKHG)**. **Haftungsbefreiung** gibt es bei unabwendbaren Ereignissen, soweit der Halter jede erdenkliche Sorgfalt angewendet hat und weder ein Fehler in der Beschaffenheit noch Versagen des Verkehrsmittels vorliegt. Unabwendbar bezeichnet Verhalten von Dritten, Geschädigten oder Tieren. **(§9/1 EKHG)**. Außergewöhnliche Betriebsgefahr (zB Notbremsung, Entgleisung) rechtfertigt keine Haftungsbefreiungen. Bei Mitverschulden ist **§1304 ABGB** anzuwenden.

Bei Schaden durch mehrere Kfzs / Eisenbahnen ist Regress untereinander oft davon abhängig inwieweit die Beteiligten schuld waren oder durch außergewöhnliche Betriebsgefahr verursacht wurden. Dies gilt auch für die gegenseitige Ersatzpflicht.

Im Falle der Tötung eines Menschen sind unter anderem Kosten der verursachten Heilung, Verdienstentgang, Schmerzensgeld und Bestattungskosten sowie Unterhaltsansprüche zu erfüllen. (**§12 EKHG)** Im Falle der Körperverletzung sind vor allem Heilungskosten und Schmerzensgeld zu leisten, die Höhe der Haftung ist begrenzt (**§§15 F EKHG).**

EKHG verdrängt die Schadenersatzregeln des ABGB nicht, man kann sich aussuchen ob man nach **§§1293 ff**, oder EKHG Ersatz verlangt. Wichtig vor allem bei den Höchstgrenzen (**§19 EKHG)**

*bb) Produkthaftung*

**Wird durch den Fehler eines Produktes** ein Mensch getötet oder verletzt oder eine von dem **Produkt verschiedene** Sache beschädigt so haften Hersteller und Importeur der das Produkt in den Europäischen Wirtschaftsraum eingeführt und in Verkehr gebracht hat. Können diese nicht festgestellt werden haftet derjenige Unternehmer der das Produkt in Verkehr gebracht hat (**Händler)** es sei denn er kann einen Hersteller oder Importeur nennen **(§1 PHG)** . **Auch der Anscheinshersteller** also derjenige der durch Anbringung seines Namens, Marke, Erkennungszeichens den Anschein erweckt Hersteller zu sein haftet. Ein Ersatzpflichtiger der einen nicht von ihm verursachten Schaden ersetzt kann Regress beim hersteller nehmen. Bei mehrere Schädigern richtet sich der Regress danach wer den Schaden hauptsächlich verursacht hat.

Das PHG versteht unter Produkten **bewegliche körperliche Sachen (**auch Energie) auch wenn sie ein Teil einer anderen Sache sind. Nicht erfasst sind geistige Produkten und Dienstleistungen, Software ist strittig.

Ein Produkt ist fehlerhaft wenn es nicht die Sicherheit bietet die man den Umständen nach erwarten darf. Dies orientiert sich an Darbietung, Gebrauch mit dem gerechnet werden kann (etwa ein Sessel als Aufstiegshilfe) und Zeitpunkt des Inverkehrbringens (**§5 PHG)** Unterschieden wird zwischen Instruktions-, Produktions-und Konstruktionsfehlern. Das PHG gilt nur bei in Verkehr gebrachten Produkten, daher nicht zB noch im Lager vor Versand. Der Hersteller trägt die Beweislast hierfür. Der Titel für das Inverkehrbringen muss bei jedem Vorliegen – so etwa haftet der Händler nicht für im Regal explodierende Flaschen, jedoch der Hersteller. Auch entfällt die Haftung bei Darlegung dass das Produkt im Zeitpunkt des Inverkehrbringens noch nicht fehlerhaft war.

Sachschäden unter 500€ werden nicht ersetzt, überhaupt nur der Wert der zerstörten Sache (bzw Wiederherstellungskosten). Dazu haben Unternehmer nur einen Anspruch wenn die Sache nicht überwiegend in ihrem Unternehmen verwendet worden ist.

Bei Mitverschulden ist **§1304** anzuwenden. (**§11 PHG)** Die Haftung kann nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden (**§9 PHG). Nicht gehaftet wird** wenn der Fehler auf eine Rechtsvorschrift zurückzuführen istoder wegen dem Stand der Technik nicht erkannt werden konnte (**§8 PHG). Verjährung richtet sich grundsätzlich nach §1489 (SE)** Generelle Verjährung ist aber 10 Jahre nach in Verkehr bringen **(§13 PHG)**.

Mit dem Produktsicherheitsgesetz 2004, werden Sicherheitsanforderungen an prdoukten, Verpflichtungen beim Inverkehrbringen und mögliche behördliche Maßnahmen geregelt. (**§§4,6,8 PSG)**. Ein Produktsicherheitsbeirat unterstützt das Bundesministerium mit Empfehlungen und ein Verbraucherrat vertritt Verbraucherinteressen.

*cc) Amtshaftung bei automationsunterstützter Datenverarbeitung*

Eine besondere, vom Verschulden unabhängige Haftung ordnet **§ 89e GOG** an. Der bund haftet für Schäden die durch den Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnik durch Fehler bei der Führung gerichtlicher Geschäfte einschließlich Justizverwaltungsgeschäfte entstanden sind. Ein unabwendbares Ereignis, welches nicht auf einen Fehler der Technik oder Versagen der Mittel beruht macht nicht haftbar.

Diese Haftung ist eher eine nachgebildete Haftung des §1313a, die nun technische Hilfsmittel statt Gehilfen zurechnen sollen. Dazu ist zu bemerken das jedoch technische Hilfsmittel kein Verschulden treffen kann, und der Geschädigte einen Haftpflichtigen weniger hat. Das rechtfertigt die Einteilung unter die **Gefährungshaftung.**

*e) Weitere Tatbestände*

Atomhaftpflichtgesetz, Rechshaftpflichtgesetz, Rohrleitungsgesetz. In Gesamtanalogie nimmt die hA **allgemeine Gefährdungshaftung für gefährliche Sachen an (**sehr restriktiv)

**2. Bereicherungsrecht**

Mit Hilfe des Bereicherungsrechts können **grundlose Leistungen** oder andere **ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen zurückverlangt werden.** Leistungen und Vermögensverschiebungen aufgrund gültiger Schuldverhältnisse sind jedenfalls gerechtfertigt, es steht kein Bereicherungsanspruch zu. Der **Bereicherungsanspruch** zielt auf **Rückführung ungerechtfertigt erlangter Vorteile** ab. (DER SE dagegen auf Wiedergutmachung erlittener Nachteile)

*a)Rückforderung von Leistungen*

Eine **Leistung** kann unter bestimmten Voraussetzungen zurückgefordert werden (durch Kondiktionen siehe unten) wenn sie **ohne rechtfertigen Grund erfolgt ist.** Häufig der Fall wenn Leistungen wegen ungültiger / anfechtbarer Verträge erbracht worden sind oder Gegenleistungen ausbleiben.

**-§1431** **condictio indebiti:** Bei nichtigen Verträgen oder wenn an Falsche geleistet wurde. Voraussetzungen sind das Fehlen von Verbindlichkeit und ein Irrtum darüber. Gleichzuhalten ist die Bezahlung bedingter / ungewisser Forderungen, nicht jedoch noch nicht fälliger oder **Naturalobligationen (§1432!!)**

-§**1435 condictio causa finita** wenn ein Vertrag aufgehoben mit sachenrechtlicher ex-nunc und schuldrechtlicher ex-tunc Wirkung aufgehoben wird

**-§877 condictio sine cause** bei ex-tunc aufgelösten Verträgen (vor allem Irrtumsanfechtung) Irrtum ist hier keine Voraussetzung, auch eine rechtsgrundlose Leistung ist daher kondizierbar.

**-Analog §1435** **condictio causa data causa non secuta**: Wegen Nichteintritts des mit der Leistung bezweckten / erwarteten Erfolges. Unerreichbarkeit darf nicht von vornherein bekannt sein (**§1174/1)**

Der **Kondiktionsschuldner** muss den Leistungsgegenstand samt allfäligen Zuwachs (**§329)** herausgeben. Und ein **(bei Redlichkeit gewöhnliches, Unredlichkeit das höchste am Markt erzielbares)** **Benützungsentgelt** leisten. Ist die Herausgabeunmöglich oder untunlich muss er einen Wertersatz leisten (**Redlichkeit Verkehrswert Unredlichkeit höchster Marktpreis)** Bestand die Leistung in einer Leistung gebührt angemessener Lohn (**§1431)** Nur wenn der Leistende unerlaubten Zweck (**§1174)** oder trotz Wissen um das Nichtbestehen der Schuld (**§1432)** leistet, ist eine Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen.

Besonderes gilt bei Rückabwicklung von Verträgen wenn eine der zurückgegeben Leistungen **zufällig** untergegangen ist. Die **Zwei-Kondiktionen-Theorie** sieht vor das zwei voneinander abhängige Kondiktionen bestehen, der jeweilige Kondiktionsgläubiger trägt das Risiko das sie ins Leere geht. Es gebührt daher dem Schuldner seine Leistung ohne dass er Wertersatz leisten muss. Die wohl zutreffendere **Saldotheorie** berechnet die Differenz der beiden Leistungen die ausgeglichen werden muss. Andere Meinungen vertreten etwa das bei sachenrechtlicher ex tunc Wirkung der Herausgabepflichtige ja nie Eigentümer war- das Risiko trägt der Kondiktionsgläubiger.

*b) Rückforderung sonstiger Vermögenverschiebungen*

Ist die Bereicherung nicht durch eine **bewusste Leistung** eingetreten, kann sie mit **§1041** (**Verwendungsanspruch)** zurückgefordert werden. Ein Verwendungsanspruch setzt eine **ungerechtfertigte Verwendung** **einer Sache** zum Nutzen einer vom Eigentümer verschiedenen Person voraus. Verwendung in diesem Sinn ist jede dem Recht des Eigentümers zuwiderlaufende Nutzung. Inhalt des Anspruches ist die Rückführung des rechtsgrundlos erlangten Vorteils

Verwendungsansprüche sind gegenüber Geschäftsführung ohne Auftrag und Leistungskondiktionen **subsidiär** konkurrieren aber mit Schadenersatzansprüchen.

**Für den Inhalt des Verwndungsanspruch** gitl im Wesentlichen dasselbe wie bei Leistungskondiktionen (siehe oben) Bei wissentlicher Inanspruchnahme ist jedoch immer ein Entgelt zu zahlen, egal ob es einen Vorteil gibt. Bei **aufgedrängter Bereicherung** etwa Mitstreichen des Zauns kommt es uU zum Nachteilsausgleich (weil die Vorteile durch die Nachteile ausgeglichen werden, etwa die Farbe gefällt nicht)

Eine **Art Verwendungsanspruch** gewährt auch **§1042** für den Fall dass jemand einen Aufwand macht, den **nach dem Gesetz** nach ein anderer hätte machen müssen. (zB fremde Unterhaltsschuld) Dies setzt dreipersonale Verhältnisse voraus: der Entreicherte leistet an einen Dritten was der Bereicherte hätte tun sollen. **„Nach dem Gesetz“ zu erfüllen sind auch vertragliche Verbindlichkeiten.** Nach neuerer Rsp konkurriert der Verwendungsanspruch nach §1042 gegen den, der sich durch die Leistung selbst einen Aufwand erspart hat, mit dem Anspruch nach §1431 gegen Empfänger der Leistung.

**Sonderfall des Verwendungsanspruch** regelt **§1043**: Sachen werden im Notfall geopfert um größeren Schaden abzuwenden. Dadurch Begünstigte haben den Eigentümer zu entschädigen – historisch vor allem Sachen die über Bord eines Schiffes geworfen wurden, heutzutage vor allem bei Unfällen.

**3. Geschäftsführung ohne Auftrag**(**§§1035ff)**

Wenn sich jemand **eigenmächtig** um **fremde Angelegenheiten** kümmert (zB Feuerlöschen beim Nachbarn) um damit **Interessen des Anderen zu fördern (Geschäftsführungsabsicht, animus rem alteri gerendi)** so richten sich Rechtsfolgen vor allem danach ob die Geschäftsführung nützlich, unnütz oder im Notfall erfolgt ist. (**§§1035ff).**

Der Nützliche Geschäftsführer wird objektiv und subjektiv zum klaren und überwiegenden Vorteil tätig (daher nicht nur abstrakt sondern auch im Interesse des Geschäftsherrn). Der **nützliche Geschäftsführer** kriegt seine tatsächlichen Sachaufwendungen (Zeitaufwendungen umstritten, nur in Ausübung einer Beschäftigung die der Geschäftsführer auch tatsächlich macht, etwa Arzt), soweit diese zum Vorteil wirken. Der **Unnütze Geschäftsführer** hat hingegen Schäden zu ersetzen und Folgen rückgängig zu machen. Bei **Geschäftsführung im Notfall sind notwendige** und zweckmäßige Aufwendungen zu ersetzen auch wenn sie sich als vergeblich erwiesen haben.

Alle Vorteile sind herauszugeben, angefangene Geschäfte zu vollenden, Rechnung zu legen.

**III.Verbrauchergeschäfte**

**1.Allgemeines**

Das KSchG gilt für Verträge zwischen **Verbrauchen und Unternehmern**, das I. Hauptstück enthält zwingende Vorschriften. **Unternehmer** werden in **§1/2 KSchG** definiert. Vorbereitungsgeschäfte zur Schaffung eines Unternehmensbetrieb fallen nicht darunter dasselbe gilt für Dienstverträge, nicht aber Vereinsbeitritte oder Mitgliedschaften.

**§3 KSchG** regelt Rücktrittsrecht bei Haustürgeschäften (Außerhalb von Geschäftsräumlichkeiten).

**§3a KSchG** sieht Vertrag Rücktritte vor, wenn maßgebende Umstände, welche von Unternehmer versprochen wurde, nicht oder in unerheblichem Maß eintreten (**zB Aussicht auf Kredit).**  **§3a KSchG 3-5** regeln Form und Modalitäten dieser Rücktrittserklärung.

**§5 KSchG** Kostenvoranschläge sind im Zweifel verbindlich (Siehe Werkvertrag), für solche ist nur Entgelt zu leisten falls vorher darauf hingewiesen wurde.

**§§5a ff KSchG** siehe Fernabsatz.

**§6/1 KSchG** sieht bestimmte Vertragsbestandteile als unverbindlich vor: (Siehe Buch oder KSchG Ziffer 1-15). **Für §6/2 KSchG** gilt sofern nicht bewiesen wird das die Vertragsbestandteile ausgehandelt wurden auch Ungültigkeit: **(**Siehe auch hier Buch oder KSchG §6/2 Ziffer 1-7) **Unklare** oder **Unverständliche Bestimmungen sind unwirksam (Transparenzgebot §6/3 KSchG)**

**§7 KSchG** betrifft Mäßigung von An-oder Reugeld **§§8 und 9** KSchG **den Erfüllungsort** und den zwingenden Charakter von Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers. (Vor allem gebrauchte Sachen – KFZs gelten nach einem Jahr als gebraucht).

**§9a KschG** Sieht Haftung für fehlerhafte Montage des Unternehmers vor, auch wenn die unsachgemäße Montage auf einem Fehler der Montageanleitung beruht (**Ikea-Klausel). §9b** sieht **vertragliche Garantien** vor, die zur Gewährleistung hinzutritt, nie einschränkt.

**§10 KSchG** umschreibt Umfang von Vollmachten die ein Unternehmer erteilt. Sie beziehen sich auf alle Rechtshandlungen mit Verbrauchern, und Beschränkungen der Vollmachten.

**§§11 und 12 KSchG** statuieren das Verbot von Gehaltsabtretungen und Orderwechseln.

**§13 KSchG** beschränkt Terminsverlust (Recht, die gesamte noch offene Schuld zu fordernwenn der Schuldner mit Teilleistungen in Verzug gerät) auf den Fall dass der Unternehmer seine Leistung erbracht hat und der Verbraucher trotz zweiwöchiger Nachfristsetzung über sechs Wochen in Verzug ist. **§13a KSchG** regelt die Folgen der Rechtswahl wenn das Recht von Staaten gewählt wird die nicht Teil des EWR-Abkommens sind. **§14 KSchG** limitiert **Zuständigkeit** für Klagen gegen Verbraucher mit Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Beschäftigung im Inland auf Gerichte an ebendiesen Orten. Auf der anderen Seite ist der Ausschluss von gesetzlichen Gerichtsständen des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher unwirksam.

Für eine **Schiedsvereinbarung** zwischen Unternehmer und Verbraucher sieht das **SchiedsRÄG 2006** Sonderbestimmungen vor. Bei Verbrauchergeschäften können Schiedsvereinbarung nur wirksam für bereits entstanden Streitigkeiten abgeschlossen werden (**§617/2 ZPO)** Darüber hinaus gelten einem Verbraucher gegenüber strengere Formerfordernisse: Es bedarf eigenhändiger Unterzeichnung und schriftlicher Rechtsbelehrung über Unterschiede von Schieds- und Gerichtsverfahren. Verstößt ein Schiedsspruch gegen die zwingenden Rechtsvorschriften oder liegen Voraussetzungen für Wiederaufnahmsklagen vor, ist der Schiedsspruch, an dem der Verbraucher beteiligt ist, aufzuheben.

§28a KschG sieht vor das Unternehmer die bei bestimmen Geschäften / Pflichten (siehe §28a) gesetzliche Gebote oder Verbote brechen und dadurch allgemeine Verbraucherinteressen verletzen auf Unterlassung geklagt werden können (**Verbandsklage – siehe auch §28 KSchG, §29 KSchg)**

Die neue **EU-Richtlinie über die Rechte der Verbraucher** bringt Vereinheitlichung und Änderungen zB im Bereich von Haustürgeschäften, Missbräuchlichen Klauseln, Fernabsatzrecht. Vor allem soll eine massive Erweiterung von Informationspflichten eintreten. Die Umsetzung sollte bis Ende 2013 erfolgen.

**2. Sondervorschriften für Verträge außerhalb von Fernabsatz und Geschäftsräumlichkeiten**

**§3** **KSchG:** Der Verbraucher kann von Verträgen schriftlich zurücktreten wenn diese nicht in Geschäftsräumen, Messe oder Marktständen des Unternehmers (**Ausnahme: Verbraucher hat selbst den Vertrag angebahnt)** oder der Unternehmer gegen gewerberechtlichen Regeln (**§§ 54,57,59 GewO)** verstoßen hat. Die Rücktrittsfrist beträgt 1 Woche nach Erhalt einer Urkunde die bestimmte Infos (Name und Anschrift des Unternehmers, Rücktrittsbelehrung) enthalten muss. Ohne eine solche ist unbefristeter Rücktritt möglich (Ausnahme Versicherungsverträge)**.**

**§4 KschG** reglt die vertragliche Rückabwicklung – alle Leistung samt gesetzlichen Zinsen sind vom Unternehmer zurückzuerstatten, notwendiger und nützlicher Aufwand ist zu ersetzen. Der Verbraucher hat Leistungen zurückzustellen und ein angemessenes Benützungsentgelt inklusive Wertminderung zu bezahlen, wobei bloße Übernahme in dem Gewahrsam nicht als Wertminderung anzusehen ist.

Fernabsatzverträge – siehe unten.

**3. Besondere Geschäftsarten**

**Verträge über wiederkehrende Leistungen** (§15 KschG) Verbraucher haben unbefristeten und bei einjährigen Verträge über wiederkehrende Werkleistungen (zB Lieferung von Energie) besonderes Kündigungsrecht – Mobilfunkverträge sind Mietverträge und damit nicht erfasst.

**Abzahlungsgeschäfte (§§16-25 aE KSchG)** Die Bestimmungen zu Abzahlungsgeschäften wurden aufgehoben, da nun das VKrG gilt. Dieses regelt Aspekte zu Verbraucherkreditverträgen und anderen Kreditformen zu Gunsten von Verbrauchen und regelt Informationspflichten, vorvertragliche Pflichten sowie Rücktritts- und Kündigungsrecht & vorzeitige Rückzahlung (**§1 VKrG)**

**Kreditgeschäfte von Ehegatten (§25a KSchG)** besondere Informationspflichten, etwa dass Haftung für einen gemeinsamen Kredit auch nach Scheidung aufrecht bleibt.

**Kreditverbindlichkeiten von Verbrauchern (§§25b-25d KSchG)** Schriftlichkeit und besondere Informationspflichten, richterliches Mäßigungsrecht, wenn ein Verbraucher einer Verbindlichkeit als Bürge, Garant, Mitschuldner betritt.

**Lieferungen im Handel mit Druckwerken** (**§§26-26b KSchG)** unter bestimmten Voraussetzungen schriftlich zu errichten.

**Wohnungsverbesserungsverträge (§26d KSchG)** sind schriftlich zu errichten, wenn es sich um Haustürgeschäfte handelt. (Ist aber kein Gültigkeitserfordernis)

**Vorauszahlungskäufe (§27 KSchG)** unter bestimmten Voraussetzungen Rücktrittsrecht

**Werkverträge (§27a KSchG)** Fordert der Werkunternehmer trotz Unterbleibens der Arbeit Werklohn, hat er Gründe dafür mitzuteilen dass er infolge des Unterbleibens der Arbeit weder etwas erspart, erworben oder zu erwerben versäumt hat.

**Heimverträge (§ 27b-27i KSchG)** diese Bestimmungen gelten für Verträge zwischen Betreibern und Bewohnern von alten und Pflegeheimen bzw. anderen Einrichtung die zumindest drei Mensch aufgenommen haben. Es wird eine Informationspflicht für relevanten Punkte wie Unterkunft, Betreuung statuiert. Es herrschen gewisse zwingende Form und Inhaltspflichten wie zB Höhe des Entgelts, Dauer des Vertragsverhältnisses. Insbesondere hinsichtlich der Persönlichkeitsrechte der Heimbewohner muss der Vertrag Feststellungen enthalten (zB Selbstbestimmung, Achtung der Privatsphäre). Heimbewohner dürfen eine Vertrauensperson bennen, welche bei Konflikten hinzugezogen kann. Eine Kündigung ist jederzeit unter Einhaltung einer einmonatigen Frist zum Monatsende ohne wichtigen Grund möglich. Heimbetreiber kann nur aus wichtigen Gründen kündigen, einige dafür finden sich im Gesetz (zB schwere Störung des Heimbetriebs)

**Immobiliengeschäfte (§§30a-31KSchG)** Bei dringendem Wohnbedarf Rücktrittsrecht des Verbrauchers, wenn er seine Vertragserklärung am Tag der erstmaligen Besichtigung abgibt. Weiteres Aufklärungspflichten des Maklers, Höchstdauer von Alleinvermittlungsaufträgen, Schriftlichkeit bestimmter Inhalte des Maklervertrags

**Reiseveranstaltungsvertrag – siehe Werkvertrag**

3. Teil E-Commerce

**A. E-Commerce, E-Government und bürgerliches Recht im Allgemeinen**

E-Commerce ist **die Automatisierung von Geschäftstransaktionen** durch die Verwendung von I**nformation- und Kommunikationstechnologie.** Bei **E-Government** geht es um elektronischen Verwaltungsverkehr zwischen den Behörden (**horizontales E-Gov)** und um Informations- und Parteienverkehr zwischen Behörden und Bürgern **(vertikales E-Gov**). Sowohl E-Com als auch E-Gov zielen auf Vereinfachung / Optimierung durch Anwendung von elektronischen Programmen ab. E-Com ist jedoch von privatrechtlichen, E-Gov von demokratiepolitischen / rechtsstaatlichen Faktoren geprägt. Die öffentlich-rechtlichen Anwendungen müssen daher allen Bürgern offen stehen und können nicht nach (wie im E-Com) marktwirtschaftlichen Prinzipien geregelt sein. Aufgrund des **Legalitätsprinzips (Art 18 B-VG)** müssen Rahmenbedingungen normativ wesentlich genauer im E-Gov als beim E-Com geregelt werden (zB vor allem E-Government-Gesetz, FinanzOnline-Verordnung, etc)

Der freie Zugang zur Informationstechnologie soll für allen Menschen ohne Diskriminierung gewährleistet sein. Pflichten zur Barrierefreiheit und Beseitigung von Diskriminierung von Behinderten bestehen daher durch das **Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (**seit 1.1.2006 Barrierefreiheit: **§6/5 BGStG**) auch für Websites. Die Barrierefreiheit bezieht sich auch auf Geschäftsverkehr zwischen Privaten beim Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (**§ 2/2 BGStG)** Bei Verletzung des Verbots besteht SE Pflicht für Vermögensschäden und persönliche Beeinträchtigung (**§9/1 BGStG).**

Dass es sich beim Internet um keinen **rechtsfreien Raum** handelt ist klar (Siehe Zitat Zankl im Buch). Das Internet ist aber auch kein **rechtsgefährlicher Raum,** es erofordert keine besondere Genehmigungen oder Rechtsfolgen. (zB Sperren und Monopole) Nur dort wo Gefahren mehr drohen als im echten Leben (etwa Fernabsatz) soll reguliert werden.

**Informations- und Transaktionsfreiheit** ist für das Internet essentiell weil es sich nur dadurch entwickeln kann. Daher sind Zensuren und Sperren abzulehnen.

Informationsfreiheit weißt 4 Charakteristika auf: **Informationsubiquität, Informationsdezentralisierung, Informationsflut, Informationsdynamik (siehe unten)**

Das Internet stellt sich unter diesen Punkten als **rechtsinhomogener Raum** heraus –vor allem da er an der Schnittstelle mehrere Rechtsgebiete liegt etwa:

**-Wettbewerbsrecht:** Als wettbewerbswidrig werden etwa Domain-Grabbing (siehe Namensrecht) oder **Meta-Tags und Word-Stuffings** angesehen. Erstes sind unsichtbare aber für Suchmaschinen erkennbare Begriffe, Zweites das unsichtbare Vollstopfen mit Ausdrücken die für Suchmaschinen wahrnehmbar sind (aber nicht für den Menschen zB in gleicher Farbe wie der Hintergrund). Auch Verletzung von **ECG-Pflichten** können wettbewerbswidrig sein, **Keyword-Advertising (**Nach Eingabe bestimmter Begriffe erscheint Werbung für ähnliche Produkte) wird jedoch von der Judikatur akzeptiert.

-**Urheberrecht** Da digitale Vervielfältigungen dem Original entsprechen sind Rechtsverletzungen im Internet besonders häufig und daher vor allem im Zusammenhang mit Musiktauschbörsen umstritten. Eine **erhebliche Rolle spielt das Recht auf Privatkopie (§42 UrhG)** das zwar eingeschränkt wurde nicht jedoch auf Rechtmäßigkeit der Kopiervorlage abstellt. Zulässigkeit des Downloads (**nicht aber Zurverfügungsstellung geschützter Titel)** ist daher vertretbar (strittig!) Unzulässig sind jedenfalls Überwindung von Kopiersperren. **UrhG-Novelle 2005** regelt die Vervielfältigungsmöglichkeiten von Schulen und Unis. (**§42/6 UrhG)** Diese dürfen in einem gerechtfertigten Umfang vervielfältigen und verbreiten. Außer auf Papier und ähnlichen Trägern ist Vervielfältigung nur gestattet wenn keine kommerziellen Zwecke verfolgt werden. Eine Vervielfältigung ganzer Bücher oder Zeitschriften ist nur mit Einwilligung des Berechtigen zulässig (**§42/8)** UrhG. Mit der **UrhG-Novelle 2006** wurde die Möglichkeit zur einstweiligen Verfügung auf Basis des **§87c UrhG** zur Sicherung von Ansprüchen des Berechtigten sowie von Beweismitteln. (selbst bei Fehlen der Voraussetzungen des **§381 EO siehe §87c/3 UrhG)** Begeht jemand im Internet Urheberrechtsverletzungen ist der Access-Provider verpflichtet dem Verletzten Auskunft über die Identität des Verletzters zu geben. **(§87b/3 UrhG)** Dies darf er jedoch nur wenn er die entsprechende IP des Verletzters gespeichert hat – was er aber mangels besonderer gesetzlicher Bestimmungen nicht darf **(§ 99/1 TKG)** §87b/3 UrhG enthält so eine Speicheranordnung nicht. In neuester Zeit sollte vor allem ein multilaterales Abkommen (**ACTA – Anti Counterfeiting Trade Agreement)** zustande kommen, welches in Grundrechte eingreifen und auch Internetzensur mit sich bringen würde. Dieses wurde vor allem deshalb dem EuGH zur Prüfung vorgelegt.

**-Arbeitsrecht** Hier geht es vor allem um Befugnis und Überwachung der Internetnutzung am Arbeitsplatz, die grundsätzliche frei geregelt ist, der Überwachung sind aber vor allem (DSG, Persönlichkeitsrechte, §§96 ArbVG 10 AVRAG) Grenzen gesetzt.

Trotz der Tatsache dass E-Com Mischmaterie darstellt liegt der normative Schwerpunkt m Zivilrecht, als dieses das gesamte Online-Vertragsrecht und Schadenersatz regelt. Aber auch viele einschlägige Gesetze wie **FernabsatzG, SignaturG oder ECG** sind dem Zivilrecht zuzuordnen.

Es ergeben sich vor allem Probleme aus dem Zusammentreffen historischer Regelungsbereiche mit modernster Technologie und den entsprechenden Gesetzen die mit dem ABGB in Einklang gebracht werden müssen.

Zu den 4 Informationspunkte (siehe oben)

-**Ubiquität (**Allgegenwart) der Information und dem globalisiertem Umfeld ergeben sich rechtliche Fragenstellung in Hinblick auf internationales Privat- und Verfahrensrecht da es früher nicht möglich war weltweit innerhalb von Sekunden zu agieren.

**-Dezentralisierung des Internets** da jeder überall zugreifen kann, und es keinen Zentralrechnet gilt es Provider verantwortlicher zu machen, da Täter oft nicht greifbar sind werden diejenigen die im Zugang zum Internet bzw die Infrastruktur zur Verfügung gestellt hat (**Access-Provider / Host-Provider).** Da dieser oft nur mittelbar in Verbindung steht sieht das **ECG** weitreichende Haftungsbefreiungsvoraussetzungen vor. Verkehrs- und Standortdaten sind jedoch verdachtsunabhängig zu speichern **(§102a TKG)** und Sicherheitsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen Auskunft darüber zu geben (**§102b TKG)** Diese sog. Vorratsdatenspeicherung auf Basis einer EU-Richtlinie wird vor allem in Hinblick auf Eingriff in die Privatsphäre kritisiert.

**-Informationsflut** und **Geschwindigkeit/Dynamik** mit der ausgetauscht wird hat zu einer neuen verdünnten Willensfreiheit geführt (siehe AGBs) Schutzbedürfnisse werden daher meist mit durch spezielle Rücktrittsrechte und Informationspflichten Rechnung getragen.

**Der zivilrechtliche Rahmen des E-Com** ergibt sich vor allem aus dem ABGB, der auch im Internet oder mobil **(M-Commerce)** per Handy gilt **(Medienneutralität des Rechts)**. Dasselbe gilt für Social Media – für all diese Medien gibt es keine Sondervorschriften – Spezialregelungen basieren allesamt auf EU-Richtlinien (zB SignaturG, ECG, E-Geld-Gesetz)

**B.Sondervorschriften**

**I. ECG**

**1. Anwendungsbereich**

Das ECG regelt den rechtlichen Rahmen für bestimmte Aspekte des elektronischen Rechtsverkehrs (**§1 ECG)**. Geregelt sind weder Datenschutz oder Kartellrecht sondern auch zB Hacking, Domains sowie alle Vorgänge die ohne Speicherungs- oder Verarbeitungssysteme ablaufen wie zB Sprachtelefon (**§2 ECG)** Zu den geregelten Diensten (**§3 ECG)** gehören neben Online Vertrieb von Waren auch Aktivitäten der Provider oder sonstige Dienste die auf individuellen Abruf im Fernabsatz erbracht werden (etwa SMS). Erfasst sind grundsätzlich nur kommerzielle Aktivitäten. (sowohl aber Business to Customer / Business to Business **B2C B2B)**

**2. Regelungsschwerpunkte**

Das ECG regelt: **Zulassungsfreiheit, Informationspflichten, Vertragsrechtliche BEstimmungen, Providerhaftung, Herkunftslandprinzip.**

**3. Schwerpunkte im Einzelnen**

*a) Zulassungsfreiheit*

Zulassungsfreiheit (**§4 ECG)** bedeutet dass Anbieter elektronischer Dienste nur die auch offline vorgesehene Berechtigung benötigen (Etwa Gewerbeberechtigung reicht für Homepage des Unternehmens)

*b) Informationspflichten*

**Transparenz kommerzieller Aktivitäten** gehört wegen den Besonderheiten des E-Commerce zu den Hauptanliegen des ECG. Dies sieht spezielle und allgemeine Informationspflichten vor:

**Allgemeine Informationen:** Name / Firma, Anschrift, E-Mail-adresse, Telefon- oder Telefaxnummer oder auch Aufsichtsbehörde und anwendbare gewerbsrechtliche Vorschriften sind leicht und unmittelbar zur Verfügung zu stellen. Preise müssen eindeutig als Brutto- oder Nettopreise erkennbar sein sowie ob Versandkosten inkludiert sind (**§5 ECG)** Eine Verletzung der Informationspflichten ist bei Unentgeltlichkeit weder unlautere noch irreführende Geschäftspraktik. **Werbung** muss klar und eindeutig erkennbar sein. (**§6 ECG)** **Werbemails** / SMS sind ohne Einwilligung des Empfängers unzulässig (**opt-in)**, sofern Direktwerbung erfolgt oder an mehr als 50 Empfänger (**§107/2TKG).** In bestimmten Fällen ist keine Zustimmung notwendig (zB für Nutzung der Dienstleitung gegen Kontaktdaten). Unzulässig ist es auf jeden Fall wenn der Absender verheimlicht wird, keine Möglichkeit zur Einstellung der Nachrichten besteht (**opt-out)** oder etwa darin aufgefordert ist Websites zu besuchen die gegen diese Bestimmungen verstoßen. Auch Anrufe zu Werbezwecken sind nicht gestattet – die Rufnummer darf nicht unterdrückt / verfälscht werden. IMMER ist dafür zu sorgen dass der kommerzielle Zweck eindeutig erkennbar ist. (**§107 TKG, §7 ECG)**

**Vertragliche Informationen:** Gem **§9 ECG** muss über Verhaltenskodizes, einzelne technische Schritte für den Vertragsabschluss, Speicherung des Vertragstextes, Sprachen des Vertrages, Berichtigung von Eingabefehlern informiert werden. Elektronische Vertragserklärungen sind sofort elektronisch zu bestätigen.

Auch für übrige Informationspflichten gilt allgemeines Zivilrecht – Verletzungen können zu Irrtumsanfechtungen und SE-Ansprüchen führen. Das ECG sieht auch **Verwaltungsstrafen** vor. (**§26 ECG)**

*c) Vertragsrechtliche Bestimmungen*

Den Vertragsabschluss regelt das ECG nicht – Angebote auf Websites sind daher genauso wie in Geschäften zu behandeln.

Das ECG sieht jedoch vor das **Vertragsbestimmungen und AGBs** speicher- und reproduzierbar sind. (**§11 ECG zwingend für B2C B2B).** Die Geltung von AGBs (siehe oben) hat jedoch damit nichts zu tun – so können speicherbare AGBs ungültig sein, nicht druckbare jedoch wiederum gelten. Überhaupt ergibt sich keine Pflicht aus dem ECG AGBs zu verwenden – die Prüfung des §11 ECG gilt überhaupt nur für Sites wo Verträge abgeschlossen werden, nicht für reine Werbungsseiten.

**Sondervorschriften** enthält das ECG auch für den **Zugang elektronischer Erklärungen (§12 ECG)** Diese sind erst zugegangen wenn sie „unter gewöhnlichen Umständen“ abgerufen werden können (Etwa eine Email um 23:59 am nächsten Werktag). Abrufbar ist sie sobald sie in der Inbox des Empfängers angekommen ist, die Beweislast hat der Absender (ein Sendeprotokoll reicht nicht als Beweis!).

Die im ECG nicht geregelte Frage ist ob Willenserklärungen überhaupt elektronisch abgegebene werden können – Dies ist nach allgemeinen Regeln wohl zu bejahen (**Formfreiheit siehe oben).**

*d) Providerhaftung*

Das ECG sieht weitgehende Haftungsbefreiungen für **Access- und Host- vor. Erstere** vermitteln **Zugang** zu einem Informationsnetz und übermitteln in diesem Informationen, **letztere** speichern fremde Informationen.

Davon zu unterscheiden ist der **Content-Provider** – er stellt eigene Inhalte bereit, egal ob diese inhaltlich geprüft werden oder nicht. zB ein Online Archiv. Jedoch können all diese Provider Funktionen durch einen Provider (**Internet Service Provider)** vereint werden. Deren Haftung richtet sich danach welche Funktion verletzt wurde.

Bei Haftung für Unterlassungsansprüchen oder deliktischen Ansprüchen gelten die allgemeinen Regeln des Zivilrechts – nicht das ECG. Überhaupt ist zu betonen dass das ECG **Haftungsbefreiungsvoraussetzungen** regelt – sind diese erfüllt trifft den Provider keine Haftung (**horizontale Haftungsbeschränkung).** Umgekehrt ist nach allgemeinen Rechtsvorschriften zu prüfen ob Haftung vorliegt wenn diese Voraussetzungen nicht vorliegen.

Allgemein gilt Folgendes:  
**Access-Provider** sind haftungsfrei wenn eine reine Durchleitung (also ohne Informationsveränderung, Speicherung **§13 ECG)**. Das gilt auch kurzzeitiger technischer (oder effizienzbedingter längerer) Zwischenspeicherung durch **Caching (§15 ECG** zum verbesserten Abruf der Information). Selbst wenn er **Kenntnis** von der Rechtswidrigkeit der Daten hat.

**Host Provider** sind haftungsfrei wenn sie keine Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der gespeicherten Inhalte oder sofort nach Kenntniserlangung der rechtswidrigen Informationen diese sperren. Diese liegt vor sobald dies auch juristischen Laien erkennbar ist (zB Kinderpornografie).

Bei Schadenersatzansprüchen verliert der Host jedoch sein Privileg bereits wenn ihm Tatsachen die Rechtswidrigkeit indizieren bewusst sind (**bewusste grobe Fahrlässigkeit).** Er kann also zwar strafrechtlich nicht belangt werden, jedoch schadenersatzrechtlich.

Die Haftungsbefreiungsvoraussetzungen gelten auch für **Suchmaschinenbetreiber (§14 ECG)** und **Linksetzer (§ 17 ECG).** Erstere haften wie Access, zweitere wie Host-Provider. Bei **Keyword-Advertising (siehe oben)** sind erstere haftbar, zweitere wenn sie eigene Inhalte als fremde darstellen. Für die Links selbst haften sie jedoch zivilrechtlich (zB Unzulässigkeit, Verlinkung ist auch ohne Zustimmung - auch **Frame Links** wo verlinkte Seiten als Teil der verlinkenden Seite dargestellt werden falls Urheberschaft geklärt ist – erfolgen). Der Verlinkte ist im Sinne **des §1313a** und **§1315** zu behandeln da der Linksetzer sich durch das verlinken eine entsprechende Programmierung einer Site erspart.

**§18 ECG** sieht vor das Überwachungs- und Nachforschungsvorschriften sämtliche Anbieter nicht treffen (Auch für unentgeltliche Dienste entgegen **§3 Z1 ECG)**. Unter besonderen Umständen kann eine Nachforschungspflicht jedoch Host-Provider treffen, was jedoch Folge unglücklicher Richtlinienumsetzung ist. Es bestehen aber **Auskunftspflichten (§18 ECG Abs2 – Abs4)** die rechtliches Interesse an der Identität von Nutzern haben. Auch bestehen Mitwirkungspflichten gegenüber Behörde und Gerichte (**§18 ECG Abs5, §19)**.

*e) Herkunftslandprinzip*

**§20 ECG** besagt dass im **koordinierten Bereich (**also Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit Anbieter) Anbieter dem **Recht des Herkunftsstaates** unterliegen (in der EWR – zB Wettbewerbs und gewerberechtliche Regeln). Das IPR wird dabei doppelt verdrängt – sowohl da auf die Niederlassung des Unternehmens, als auch auf bloß die Sachnormen nicht aber Verweisungsnormen der Rechtsordnung verwiesen wird. Dieses Prinzip führt jedoch zu **Wettbewerbsverzerrungen**, Länder mit stärkeren Wettbewerbsrecht nähern sich immer mehr solchen mit schwächeren an (**„race to the bottom).**

**II. Fernabsatzgesetz**

**1.Allgemeines**

Das Fernabsatzgesetz hat die **§§5a ff KschG eingeführt, die den besonderen Gefahren Rechnung tragen,** die im Versandhandel (etwa auch Online) liegen da sie Waren nicht in natura sehen,vor allem Informationspflichten und Rücktrittsrechte. Die Bestimmungen sind Anzuwenden wenn Verträge unter **ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln und sofern sich der Unternehmer eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs—oder Dienstleistungssystems bedient.**

**2.Informationspflichten**

Vor Abgabe der Vertragserklärung sind bestimmte Informationen (etwa Name des Unternehmers, Preis der Ware, geschäftliche Zweck im Ferngespräche)darzulegen, sonst droht eine Verwaltungsstrafe bei Ferngesprächen. (**§§5c, 32** Andere Fernkommunikationsmitteln (mit Ausnahmen) lösen zivilrechtliche Folgen aus (**§5c Abs1/2 KSchG)** wie etwa Irrtumsanfechtung – Irrtümer über Umstände die nach Gesetz aufzuklären sind, sind IMMER Geschäftsirrtümer.

**§5d KSchG** sieht eine Bestätigung in schriftlicher Form / auf dauerhaftem Datenträger vor. Diese muss die erwähnten Informationen (auch Ausnahmen **§5d Abs 3 KSchG)** erhalten. Keine Bestätigung hat Einfluss auf das Rücktrittsrecht.

**Weitere Informationspflichten (§5i KSchG)** sind die Nicht-Annahme des Angebots – bei schuldhafter Unterlassung wird der Unternehmer schadenersatzpflichtig, sowie die Nicht-Verfügbarkeit der Ware – unterbleibt diese droht auch hier Schadensersatz in Form von Verspätungsschaden.

Das ändert nichts daran das bei Nicht-Verfügbarkeit Leistungsstörungsregeln zur Anwendung kommen, der Unternehmer kann sich nicht durch Mitteilung von einem Vertrag lösen.

**3. Rücktrittsrecht**

Von einem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag bzw abgegebener Vertragserklärung kann **durch rechtzeitige Absendung der Erklärung innerhalb 7 Wektrag** zurückgetreten werden. (Siehe §5e KschG, Ausnahmen §5f – siehe auch §107 Abs 1 TKG) Die Frist lauft auf Eingang der Ware, bei fehlender Bestätigung (siehe oben) verlängert sich die Frist auf drei Monate, ändert sich aber wieder auf 7 Tage bei späterer Nachreichung der Bestätigung.

Anders als der Rücktritt vom Haustürgeschäft (**§4 KSchG)** ist weder Schriftlichkeit noch Verzinsung des Kaufpreis vorgesehen (jedoch Bereicherungsrechtlich schon!). Verträge die eine wirtschaftliche Einheit bilden (**§5h KSchG siehe oben)** werden gemeinsam aufgelöst – daher auch der Kreditvertrag. Bedenklich ist hier das auch keine Zinsen gebühren – was aber teleologisch reduziert wird, so dass weiterhin für die Benützung des Kreditentgelts dem Unternehmer bereicherungsrechtliches Benützungsentgelt zusteht.

**4. Weitere Bestimmungen**

**§5i KSchG** sieht eine Versendung innerhalb von 30 Tagen ab Bestellung vor. Das ist eigentlich eine Verschlechterung gegenüber dem Verbraucher, der nach **§904** sogleich Leistungen fordern könnte.

**§5j KSchG** sind Gewinnzusagen von Unternehmer, die den Eindruck einen bestimmten Preis gewonnen zu haben zu leisten – sie können sogar eingeklagt werden.

**§31a KschG,** welches den Missbrauch von Kreditkarten regelte wurde durch das **ZaDiG §44** verdrängt.

**III. Signaturgesetz**

**1.Signaturen im Allgemeinen**

Zwar können Erklärungen auf elektronischem Wege ohne Signaturen abgegeben werden – das birgt jedoch Gefahren (etwa Manipulation von Emails, jeder kann sich einen Email Account machen). Daher wurden Signaturverfahren entwickelt, die elektronische Erklärungen verschlüsseln. Nach der Definition des **§2 Z 1 SigG** sind es also keine „Unterschriften“ sondern kryptographischen Verfahren mit deren Hilfe Absender und Inhalt identifiziert werden können. Meist wird ein für das Dokument repräsentativer Wert (**hashwert – eine binäre Zahlenkombination)** mit Hilfe eines privaten Schlüssels chiffriert, nur mit einem **öffentlichen Schlüssel kann entchiffriert werden.** Das garantiert das nur derjenige der den privaten Schlüssel hat es geschrieben hat bzw. das Dokument nicht verändert wurde (sonst passt der öffentliche Schlüssel nicht)

Das SignaturG regelt **Authentizität und Integrität** der elektronischen Daten, nicht jedoch dass diese nicht von Dritten zur Kenntnis genommen werden – da ja das Dokument selbst leserlich bleibt. Auch wird nicht die oben genannte Methode, sondern jede Signaturerstellung und Signaturprüfungsmethode ermöglicht – was **Technologieneutralität** gewährleistet. **(§ 2 Z2/4/6 SigG).** Auch im öffentlichen Recht ist ein Einsatz möglich. (Etwa **§11 UstG Erfordernis für die Echtheit der Herkunft einer Rechnung, Bürgerkarte)**

**2. SigG im Besonderen**

Das SigG selbst regelt also die Erstellung und Verwendung von Signaturen. Es gilt falls vereinbart in geschlossenen Systemen, sowie auch im offenen elektronischen Verkehr. Anzuwenden ist es auf **Zertifizierungsdiensteanbieter** die **qualifizierte Zertifikate und Zeitstempeldienste bereitstellen.** Teils gelten auch bestimmte Regelungen für übrige Zertifizierungsdiensteanbieter.

**§3 SigG** betrifft allgemeine Rechtwirkungen von Signaturen – eben dass dessen Rechtswirkungen und das dienen als Beweismittel auch gegeben sind wenn sie nicht auf einem Zertifikat beruhen oder von ein akkredierten Zertifizierungsdiensteanbieter ausgestellt wurden.

**§4 SigG** sieht **besondere Rechtswirkungen** vor – eben aber nur für qualifizierte Signaturen. Diese müssen

-**ausschließlich dem Signator zugeordnet sein**

**-die Identifizierung desselben ermöglicht**

**-mit Mitteln erstellt sein die nur dieser hat**

**-Daten mit denen sie verknüpft sind, so verknüpft sein dass jede nachträgliche Veränderung festgestellt werden kann**

Die wichtigste Besonderheit qualifizierter Signaturen ist das Entsprechen der **Schriftform des §886 –** überall wo notwendig, kann eine eigenhändige Unterschrift durch eine (qualifizierte) elektronische Signatur ersetzt werden.

**§20 SigG** statuiert Informationspflichten für die Anbieter.

**§21 SigG** der Signator verpflichtet sich zur sorgfältigen Verwahrung der Signaturerstellungsdaten und zur Unterlassung der Weitergabe an Dritte.

**§23 SigG** sieht weitreichende Verantwortlichkeit der Zertifizierungsdiensteanbieter für ihre qualifizierten Zertifikate vor. Sie haften gegenüber jeder Person die darauf vertraut darauf dass das Zertifikat richtig ist. Interessant ist die Verschärfung deliktischer Regeln des Zivilrechts: So kommt Geschädigten Beweislastumkehr, Beweiserleichterungen und eine allgemeine Einstandspflicht für Fehlverhalten der Mitarbeiter des Zertifizierungsdiensteanbieterzugute. Weiters sind Haftungsbestimmungen zwingend und Mindesthaftung (andere Ansprüche bleiben unberührt **§23 Abs 5, 6)**. **§23 Abs 4** **SigG** normiert Haftungsausschüsse.

**§24 SigG** betrifft die Anerkennung ausländischer Zertifikate, **§25** sieht Sicherheitskriterien für die Bereitsstellung qualifizierter Zertifikate vor, **§26** sieht Verwaltungsstrafbestimmungen vor die **neben zivilrechtliche Ansprüche** in Konkurrenz treten (zB Informationspflichten Verletzung ermöglich Irrtumsanfechtung / SE oder Verwaltungsstrafe).

**IV. Zugangskontrollgesetz**

Das Zugangskontrollgesetz räumt einen Diensteanbieter das das Recht ein, den Zugang zu einem von ihm bereitgestellten geschützten Dienst von seiner vorherigen individuellen Erlaubnis abhängig zu machen. Die Herstellung, Einfuhr, Verkauf, Vermietung und Innehabung von Umgehungsvorrichtungen sowie Installierung solcher, Wartung und Instandsetzung soweit damit gewerbliche Zwecke verfolgt werden ist verboten (**§4 Abs 1 ZuKG).** Ebenso sind Werbung und andere Maßnahmen zur Förderung des In-Verkehr-Bringens von Umgehungsvorrichtungen verboten (**§4 Abs 2 ZuKG)** Die Verboten gelten egal wo der Zuwiderhandelnde sich niedergelassen hat. **§§5 und 6 ZuKG regeln** Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche. **§7 ZuKG** enthält schadenersatzrechtliche Bestimmungen – ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens ist entgangener Gwinn zu ersetzen, auch ist falls Gewinn mit der Umgehung gemacht wurde dieser herauszugeben. Vermögensschaden kann nur verlangt werden wenn der herauszugebende Gewinn nicht ausreicht. Der Dienstanbieter kann auch das doppelte angemessene Entgelt statt der oben genannten alternativen wählen. Für Bedienstete / Beauftrage eines Unternehmens haften die Inhaber desselben falls sie die unerlaubte Handlung kennen mussten / bekannt war. Mehrere Personen haften zur ungeteilten Hand.

**V. E-Geld-Gesetz**

Das E-Geld-Gesetz regelt die Berechtigung zur Ausgabe von elektronischem Geld. Es handelt sich hierbei um jeden **elektronisch gespeicherten monetären Wert** in Form einer Forderung gegenüber dem **E-Geld-Emittenten** der gegen Zahlung eines Geldbetrags ausgestellt wird und dadurch ermöglicht Zahlungsvorgänge iSd **§3 Z5 ZaDiG** durchzuführen, die auch von anderen Personen als dem Emittenten angenommen werden. In der Bezahlung mit E-Geld liegt eine **Art Leistung zahlungshalber (siehe oben)** .**Gem §1 Abs 2 E-Geld-Gesetz** sind nur E-Geld-Emittenten (zB Kreditinstitute, Post, Europäische Zentralbank) zur Ausgabe E-Gelds berechtigt. **§2 E-GG** Regelt die Unanwendbarkeit des E-Geld-Gesetzes**. §2 Abs 3 E-GG** regelt Werte die kein E-Geld sind. **§3/1 E-GG** regelt Voraussetzungen die für eine Konzession notwendig sind. **§11 E-GG** zu der Grenze der Eigenmitteln von E-Geld-Instituten. **§17 E-GG** sieht die Höhe des Nennwerts des entgegengenommen Geldbetrags als das was danach in E-Geld auszuweisen ist. Vereinbarungen die zu Lasten des E-Geld-Inhabers abweichen sind unwirksam

**VI. Fern-Finanzdienstleistungsgesetz**

Wie bereits erwähnt sind Finanzdienstleistungen (Versicherungen, Wertpapiergeschäfte etc) vom Bereich des **§§5a ff KSchG** ausgenommen. Dieser Bereich wurde eigenen Regelungen vorbehalten und wurde aufgrund der **Finanzdienstleistungs-RL** geschaffen – ziel derer ist die Information des Verbrauchers zu diesen komplexen Themen.

Daher sind **umfangreiche Informationspflichten** von Unternehmern die Finanzdienstleistungen im Fernabsatz anbieten vorgesehen. Etwa Internetbanking, Mobile-Payment. **§5 FernFinG** verlangt dass bestimmte Informationen vor Vertragserklärung zur Verfügung stehen müssen. Auf Zahlungsdienste finden bestimmte Informationspflichten nach **§5FernFinG** keine Anwendung (vgl **§5 Abs4 FernFinG, §28 ZaDiG)**

Trotz der Bestimmung in der Finanzdienstelistung-RL dass die Mitgliedstaaten angemessenen Sanktionen zur Ahndung vorgesehen haben, fehlen solche Regelungen im FernFinG – ein Verstoß richtet sich daher nach allgemeinem Zivilrecht (zB Schadenersatz vgl auch **§871/2)**. Der Verbraucher hat ein Rücktrittsrecht von 14 Tagen (Frist ab Vertragsschluss / Erhalt der Vertriebsinformationen **ohne Höchstdauer wie im Fernabsatzrecht vgl oben)** Vertragsbedingungen und Vertriebsinformationen kann er auf Papier / dauerhaftem Datenträger verlangen. Kein Rücktrittsrecht besteht bei Verträgen über Finanzdienstleistungen die auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliegen oder kurzfristigen Versicherungen.

4. Teil Sachenrecht

**A. Allgemeines**

Sachenrecht betrifft die Zuordnung von Sachen und die entsprechende Verfügungsgewalt darüber. Sachenrecht im **objektiven Sinn**  sind Gesetze die diese Beziehung von Personen und Rechten regeln, **im subjektiven Sinn** sind es die Rechte die jemanden unmittelbar an einer Sache zustehen. Sie gelten gegenüber jedermann und lassen einen auch Dritten von der Sache ausschließen.

Sachenrecht ist typenbeschränkt (**numerus clausus)**, bedienen kann man sich nur an den normierten, Abänderungen sind nur in gewissen Grenzen wenn überhaupt möglich.

**§308** enthält eine taxative Aufzählung der Sachenrechte – jedoch ist Besitz kein Sachenrecht nach hM, Reallastberechtigung, Wohnungseigentum Baurecht, Bergwerksberechtigung sind Sachenrechte die in **§308 fehlen.**

**Eine Sache** ist alles von der Person unterschiedene, dass dem Gebrach der Menschen dient (**§285 ABGB !!!!!)**. Die Definition umfasst also körperliche wie unkörperliche Sachen – das Sachenrecht gilt jedoch nur für körperliche. Man trifft unterschiedliche Unterscheidungen für Sachen:

**Körperliche** Sachen sind jede deren Materie wahrnehmbar ist (auch Energie!), Unkörperliche sind Rechte und Dienstleistungen, auch **virtuelle Gegenstände.**

**Öffentliche Sachen** stehen im Eigentum des Staates und teilen sich in öffentliches Gut und Staatsvermögen (**§287)**. Erstes dient Gemeigebrauch (zB öffentliche Gewässer), letzteres ist zur Bedeckung der Staatsbedürfnisse bestimmt, auch zB Gebäude zur Unterbringen von Behörden, ebenso wie Einnahmen aus Steuern. Sacherecht ist grundsätzlich auf öffentliche Sachen anwendbar (**§290)**

**Beweglich** ist eine Sache wenn sie **(§293)** ohne Substanzverletzung von einer Stelle zur anderen versetzt werden kann. Bewegliche Sachen werden auch Fahrnis, unbewegliche Liegenschaft genannt. **Superädifikate** gehören zu beweglichen Sachen – es sind Bauten die nicht auf dem Grund bleiben sollen auf dem sie errichtet sind, was sich aus Bauweise oder etwa einem befristeten Nutzungsrecht an der Liegenschaft ergibt. Bewegliche Sachen die Zugehör sind (siehe unten) gelten als unbeweglich. Wichtig ist die Unterscheidung vor allem für Fristen, Ersitzungsdauer, Gutglaubensschutz etc.

**Teilbar** sind Sachen die ohne große Wertminderung und gesetzlicher Unzulässigkeit zerlegt werden können. Wichtig vor allem bei Miteigentumsgemeinschaft.

**Schätzbare** Sachen sind Bewertungen in Geld zugänglich (**§§303-306)**

**Verbrauchbare** Sachen sind dazu bestimmt zerstört bzw. verzehrt zu werden. Wichtig beim Fruchtgenuss. (siehe unten, **§510)**

**Verbundene Sachen** sind vor allem die Gesamtsachen zB Unternehmen, hier kann als Eines übertragen werden sonst gilt **Spezialität:** an jeder Sache muss gesondert Eigentum begründet werden. Daneben gibt es **Zubehör:** Sachen die rechtlich auf Dauer dem Gebrauch einer Hauptsache dienen (zB Motor im Auto). Nach älterer Lehre müssen Hauptsache und Zubehör im Eigentum derselben Person stehen – **Eigentümeridentität,** was nach neuerer Lehre verneint wird. Zubehör teil das rechtliche Schicksal der Hauptsache – im Zweifel gilt es also als mittveräußert oder mitverpfändet. An sich bewegliches Zubehör einer unbeweglichen Sache gilt auch als unbeweglich (zB Wachhund). Der Eigentümer kann die Widmung allerdings aufheben- Zubehör wird daudrch wieder eigenständig. **Maschinen** unterliegen Besonderheiten (**§297a)** Sie gelten nicht als Zubehör wenn im Grundbuch angemerkt wird, dass sie im Eigentum eines anderen stehen. Die Anmerkung gilt 5 Jahre und spiel vor allem bei Insolvenz eine Rolle.

**Sachen die herrenlos sind**  gehören niemanden und können von jedermann angeeignet werden. Entweder wurden sie aufgegeben oder haben nie jemanden gehört (Steine, weggeworfene Sachen etc).

**Tiere** sind keine Sachen (**§285a)** Allerdings gelten sachenrechtliche Vorschriften, Ausnahmen **(§1332a zB)** gibt es überhaupt im Zivilrecht nur sehr selten – mehr Sondervorschriften kennt das Straf- und Öffentliche Recht.

**B. Besitz**

**I.Allgemeines**

Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat ist ihr **Inhaber,** hat dieser auch den Willen diese zu behalten ist er **Besitzer (§309 ABGB)**. Es ist also **corpus (Innehabung) und animus (Wille)** notwendig. Dem Eigentümer hingegen ist die Sache rechtlich zugeordnet.

Besitzbar sind Sachen und Rechte, letztere (**Rechtsbesitz)** können jedoch mit der Innehabung einer körperlichen Sache verbunden sein und müssen auf dauernde Ausübung gerichtet sein. (zB Mietrecht, nicht aber etwa Kaufpreiszahlung) Von Bedeutung ist dies vor allem für die Besitzstörung. Sach- und Rechtsbesitz werden als sog **Naturalbesitz** dem **Buch- bzw Tabularbesitz** gegenübergestellt der allerdings keine Sachherrschaft vermittelt und keinen Besitzschutzvorschriften unterliegt. Der Besitz an einer Sache oder einem selbständigen Teil derselben (**Teilbesitz)** kann entweder einer oder mehreren zustehen (**Allein / Mitbesitz vgl §833)**

Zu unterscheiden sind:

**-rechtmäßiger Besitz** beruht auf gültigen Titel

**-redlicher Besitz** beruht darauf das der Besitzer die Sache für die seinige hält, vermutet er die Zugehörigkeit zu jemand anderem liegt Unredlichkeit vor. **(§326)**

**-echt** ist Besitz wenn sich jemand weder heimlich, gewaltsam noch durch Bittleihe eine Sache verschafft hat (**§345)**

**II.Erwerb und Verlust des Besitzes**

Besitz kann von Geschäftsunfähigen nur mit Hilfe gesetzlicher Vertreter erworben werden (**§310, 151/3)** da Besitz Willen voraussetzt.

Im Einzelnen ist zwischen Erwerb von Sachbesitz (Durch Bildung des Animus und Begründung des Corpus) und Erwerb von rechtsbesitz (Recht wird ausgeübt, Verpflichtete akzeptiert **§§312f)**. Wird eine **gewahrsamsfreie Sache** erworben spricht man unmittelbaren, sonst mittelbaren Erwerb. **Zweiseitiger Erwerb** beruht auf einer einvernehmlichen, **einseitiger Erwerb** auf einer eigenmächtigen Gewahrsamsänderung (zB Dieb). idR müssen Sachen zum Besitzerwerb übergeben werden (siehe unten Übergabearten)

**Sachbesitz** geht durch Wegfall von corpus oder animus, Rechtsbesitz durch Verzicht auf das Recht, Anerkennung einer Weigerung des Verpflichteten oder Verjährung durch Nichtausübung (**§351)** verloren.

**III. Besitzschutz**

Niemand ist befugt eigenmächtig Besitz zu stören, egal wie er ausgestaltet ist. (**§339)** So wird genauso der Dieb wie der redliche Besitzer geschützt. Der Besitzer kann sich durch Klage, Selbsthilfe und Notwehr schützen.

**1.Klage**

*a)Besitzstörungsklage (****§§454 ff ZPO)***

Besitzstörungs- und Besitzentziehungsklagen sollen dem Schutz der privatrechtlichen Friedensordnung garantieren. Sie setzen eigenmächtige Besitzstörung oder Entzug des beklagten voraus, wobei der Kläger seinen Besitz und die Beeinträchtigung zu beweisen hat, der Beklagte hat ein Recht auf Innehabung oder Nichtvorliegen der Störung vorzulegen. Die Klage muss innerhalb von 30 Tagen eingebracht werden – es handelt sich um eine **Präklusivfrist.** Ziel der Klage ist Wiederherstellung des verletzten Besitzstandes, bei Wiederholungsgefahr kann sie auch auf Unterlassung gehen.

Im Verfahren sind nur **die Verhältnisse zwischen Kläger und Beklagtem erheblich** – so etwa steht dem Dieb dessen Besitz gestört wird auch die Klage zu – da eben er zum Störer echter Besitzer ist. Nicht aber steht sie aber eben dem unechten Besitzer zu, und auch nicht gegenüber jemanden der nicht eigenmächtig handelt (etwa Exekutor). Entgegen **339** können keine sonstigen Ansprüche geltend gemacht werden – da **§457 ZPO** als jüngere Norm vorgeht.

Ein Sonderfall des Besitzschutzes ist **§§340-342**, wer als Besitzer eines dinglichen Rechts an einer unbeweglichen Sache schon durch Neuerrichtung oder Abriss eines Gebäudes **bloß gefährdet wird**  kann ein Verbot begehren falls ein behördliches bewilligungsverfahren nicht stattgefunden, oder stattgefunden und dagegen Einwendungen erhoben wurden (**Bauverbotsklage)**

*b)Klage aus dem mutmaßlichen Eigentum (§372)*

Wer **qualifizierter** Besitzer (redlich, echt, rechtmäßig) ist kann mit der **actio publiciana** sein Recht gegenüber jedermann verteidigen der schlechter qualifiziert ist (**§§373 f)**. Geschützt ist das relativ bessere Recht.

Sind jedoch beide gleich qualifiziert unterliegt derjenige der keinen oder nur einen verdächtigen Vormann angeben kann oder nur aufgrund eines unentgeltlichen Titels erworben hat – dies aber nur bei unterschiedlichen Vormännern. Sonst obsiegt derjenige der die Sache in „Händen hält“ (**Beatus possidens).**

**2. Selbsthilfe (§344)**

Kommt behördliche Hilfe zu spät darf der Besitzer mit angemessener Gewalt der Besitzstörung entgegen wirken. Er darf sie zurückholen bzw. verteidigen bei Gefahr im Verzug. Dies gilt auch für den Inhaber!

**3. Notwehr (§§19, 344)**

Vgl §3 StGB, stellt auf einen gegenwärtigen, unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff ab (siehe oben), auch für den Inhaber!

**C. Eigentum**

**I.Allgemeines**

**§354** definiert Eigentum als Befugnis mit der Substanz und der Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten und jeden anderen davon auszuschließen – **Eigentum im subjektiven Sinn.**

Befugnisse bestehen aus einer positiven **Herrschaftsseite** und einer **negativen Ausschließungsseite.** Es gehört auch zur Befugnis das Recht nicht auszuüben – damit kann Eigentum oder die Eigentumsklage niemals verjähren da Verjährungsfristen darauf abstellen wann das Recht objektiv ausgeübt werden konnte.

Eigentum im objektiven Sinn sind alle in jemandes Eigentum stehenden Sachen – bei Forderungsrechten wird jedoch von **Rechtszuständigkeit** gesprochen. Das Verfassungsrecht **(Art 5 StGG, Art 1 ZPEMRK)** sieht den Eigentumsbegriff weiter: hier umfasst er Forderungen, überhaupt jedes vermögenswerte Privatrecht (zB Immaterialgüter) sogar öffentlich-rechtliche Geldansprüche.

Eigentum vermittelt absolutes Recht- es kann gegenüber jedermann durchgesetzt und verteidigt werden (vergleiche relative Rechte im Schuldrecht). Dennoch gibt es Beschränkungen durch:

**-Interesse der Allgemeinheit** zB Forstgesetz, Naturschutz, Denkmalschutz – eventuell kann sogar **Enteignung** das Eigentum gänzlich entziehen.

**-Nachbarn** (Personen deren Liegenschaften im gegenseitigen Einflussbereich liegen) haben gegenüber einander Rücksicht zu nehmen – Einwirkungen wie **Abwässer, Rauch, Gase, Wärme, Geruch (Immissionen)** müssen geduldet werden wenn sie ortsübliche Maße nicht überschreiten und ortsübliche Benutzung nicht wesentlich beeinträchtigen (**§364). Ortsüblichkeit**  richtet sich hier nach Gebietseinheiten die eine gemeisame Eigenart aufweisen und mit gemeinsamen Namen bezeichnet werden (Etwa „der Gürtel“, „Industrieregion).**Unmittelbare Zuleitungen** müssen ohne besondere Rechtstitel jedoch niemals geduldet werden.

**Ortsunübliche Immissionen** kann der Eigentümer (nach hA auch dinglich Berechtigte und Mieter) untersagen. Auch **Negative Immissionen (**Etwa kein Licht durch Pflanzen) können untersagt werden wenn es zu unzumutbaren Beeinträchtigungen des Grundstücks kommt (**Prozesssperre: Klage erst nach Mediator oder Schlichtungsstelle).**

Für moralisches oder sittliches Empfinden gibt es keine Klage.

Geht die Einwirkung von **behördlich genehmigten Anlagen aus,** bei welcher Nachbarn Parteistellung hatten sind diese – außer bei ernsthafter Gefahr oder Eindringen Körpers größeren Umfangs – jedenfalls zu tolerieren. Der Eigentümer hat jedoch einen **verschuldensunabhängigen Ausgleichsanspruch (§364a)** Dazu auch Sonderbestimmungen wie **Vertiefung des Grundstücks (§364b), Grenzeinrichtungen (§§854 ff) und Grenzbäume (§421).**

Allgemein kann jeder Grundeigentümer Wurzeln oder Äste über seinem Grund entfernen, jedoch bloß fachgerecht und schonend (**§422).** Die Kosten muss er selbst tragen, außer ein Schaden droht oder ist bereits entstanden dann haben Eigentümer der Pflanzen die Hälfte des Aufwands zu ersetzen. Auch Früchte die Überhängen dürfen gepflückt werden, jedoch dürfen keine Früchte die vom benachbarten Grundstück auf das eigene fallen behalten werden.

**Veräußerungs-** und **Belastungsverbote**  können gesetzlich, richterlich und rechtsgeschäftlich begründet werden. Beziehen sich diese auf unbewegliche Sachen und bestehen zwischen Ehegatten oder nahen Verwandten so haben sie dingliche Wirkung (dh Veräußerung / Belastung gänzlich unwirksam) wenn sie ins Grundbuch eingetragen werden. Sonst sind sie wirksam, lösen aber Schadenersatzansprüche aus. Der Verbotsberechtigte hat bei Zwangsversteigerungen der mit dem Verbot belasteten Liegenschaft ein Einlösungsrecht (**§462 analog)**

Soweit das Eigentum keiner Beschränkung unterliegt ist es absolut, der Schutz wird vor allem durch **Eigentumsklage und Eigentumsfreiheitsklage realisiert.**

Mit der **Eigentumsklage (rei vindicatio §366)** kann der Eigentümer seie Sache, mitsamt Zuwachs (wie Früchten) vom Inhaber verlangen der kein Recht zu Innehabung hat (etwa der Mieter). Der Herausgabepflichtige kann Ersatz für Aufwendungen verlangen, die er auf die herauszugebende Sache gemacht hat. Der Umfang richtet sich nach Redlichkeit oder Unredlichkeit (**§§331 f, 336)** des Herausgabepflichtigen. Den Kaufpreis muss der Eigentümer keinesfalls ersetzen (**§§333, 403)** Wenn dem Inhaber Aufwandersatz gebührt oder die Sache Schaden verursacht hat steht ein **Zurückbehaltungsrecht zu (471/1)** das bedeutet das nur gegen Erfüllung oder Sicherheitsleistung seiner Ansprüche der Herausgabepflichtige herausgeben muss, er darf sich aber nicht aus der Sache befriedigen (**für Unternehmer §§ 369ff UGB)** Der redliche Besitzer kann für einen Schaden an der Sache nicht zur Verantwortung gezogen werden, der unredliche für jeden Schaden (**§§ 329, 335).**

Mit der **Eigentumsfreiheitsklage (actio negatoria)** kann der Eigentümer bei Gefährdung oder Wiederholungsgefahr die Unterlassung von Störung und Herstellung des störungsfreien Zustands verlangen (**§523)**

**II.Besondere Eigentumsformen**

**1.Miteigentum**

Eine besondere Form des Eigentums (**§§353 ff)** ist das Miteigentum – dass das Eigentumsrecht (ungleich Sache!!) an einer Sache unter mehreren Personen nach **ideellen Quoten** aufteilt (**§825).** So gehören alle Räume eines hauses A und B nicht 2 A und 3 B. Das hängt damit zusammen dass es keine selbstständigen Rechte an unselbstständigen Teilen gibt (Etwa Zeiger einer Uhr). Eine Unterart ist das **Quantitätseigentum –** welches durch Vermischung / Vermengung entsteht – der Eigentümer kann dann einfach seinen ihm zustehenden anteil am Gemenge verlangen (**Quantitätsvindikation)**.

Die Miteigentümer bilden eine Rechtsgemeinschaft die durch Gesetz, Vertrag oder letztwillige Verfügung entsteht. (**§825)** Sie kann einvernehmlich jederzeit aufgelöst werden durch **Zivilteilung** (Veräußerung und Aufteilung des Erlöses), bei teilbaren Sachen kommt **Realteilung in Betracht**, bei Liegenschaften **einvernehmliche öffentliche Feilbietung (§§ 87a ff NO)** Bei mangelndem Einvernehmen kann jeder Miteigentümer, sofern keine Verpflichtung zur Fortsetzung der Gemeinschaft besteht (**§831)** die **Teilungsklage** erheben, die zur Zivil oder Realteilung führt. Zur **Unzeit und Nachteil der übrigen Miteigentümer** kann die Teilungsklage nicht erhoben werden (**§830)**. Zur Unzeit erfolgt die Teilung wenn auf Grund von äußeren Umständen die Teilung zum Zeitpunkt, da sie begehrt wird, unzweckmäßig wäre. Zum Nachteil der Übrigen bedeutet dass die Teilung subjektive Interessen eines oder mehrerer Miteigentümer verletzt würden (zB Wohnbedürfnisin einem im Miteigentum stehenden Wohngebäude). Da in allen Fällen bloß Aufschub verlangt werden kann sind dauerhaft nachteilig wirkende Umstände mit nicht absehbaren Ende keine Unzeit bzw kein Nachteil der Übrigen.

Da eine Sache allen gehört, kann sie auch **gemeinsam benützt werden,** und zwar von jedem unbegrenz wenn er die Rechte der anderen nicht beeinträchtigt (**ansonsten kann eine Gebrauchsregelung getroffen werden** die jedoch nur obligatorisch, nicht gegen neue Miteigentümer wirkt) Der Beeinträchtigte kann mangels Regelung mit §523 klagen.

Auch **Erträgnisse, Belastungen und Schulden** treffen alle gemeinsam – Forderungen können grds nur von allen geltend gemacht werden (**§848 Gesamthandforderung),** im Innenverhältnis wird nach Quoten verteilt.

**Verwaltung und Vertretung** der Miteigentumsgemeinschaft kann durch bestellten Verwalter oder durch diese Selbst erfolgen (nach Anteilen nicht nach Köpfen!).und richtet sichj danach ob eine ordentliche (Vermietung zu üblichen Bedingungen zB) oder **außerordentliche** Verwaltung vorliegt (wesentliche Umbauten etwa). Erstere benötigt Stimmenmehrheit, Zweite Einstimmigkeit oder es muss nach **§834 f** vorgegangen werden (Sicherstellung, uU Austritt, Losentscheidung etc)

Streitigkeitein über die Rechte und Pflichten der Verwaltung und Benützung sind im Verfahren außer Streitsachen zu entscheiden.

**2.Wohnungseigentum**

Das WEG 2002 regelt die Rechtsform des **Wohnungseigentums, Begründung, Erwerb und Erlöschen desselben.** Wohnungseigentum ist das dem Miteigentümer / Eigentümerpartnerschaft einer Liegenschaft eingeräumte Recht ein Eigentumsobjekt ausschließlich zu nutzen und allein darüber zu verfügen (an Wohnungen, KFZ-Abstellplätzen,, Räumlichkeiten). So gebührt eben kein Eigentum an einer Wohnung einer Liegenschaft (sondern nur an dieser) aber eben ein dinglches Nutzungsrecht. Am **KFZ-Abstellplatz** gebührt nur Wohnungseigentum der Person die bis zum Ablauf von drei Jahren nach Begründung von Wohnungseigentum der Liegenschaft, Wohnungseigentum an der Wohnung zukommt (**§5/2 WEG)**

Wohnungseigentum kann von jedem Miteigentümer erworben werden dessen Anteil dem Mindestanteil entspricht (zur Berechnung **§§7,10 WEG,** siehe auch gerichtliche und einvernehmliche **Nutzwerfestsetzung WRN 2006**, Grundbuchsberichtigung).

Erwerb von Wohnungseigentum erfolgt durch Einverleibung ins Grundbuch (**§5/3 WEG)**. Wohnungseigentum ist mit dem Mindestanteil untrennbar verbunden. Es kann nur mit diesem etwa veräußert, vererbt werden (**§11/1 WEG)**

Zwei natürliche Personen, deren Miteigentumsanteile je dem halben Mindestanteil entsprechen können als **Eigentümerpartnerschaft** gemeinsam Wohnungseigentum erwerben. (Früher nur zwischen Ehegatten!). Im Falle des Konkurs des einen steht ein **Aussonderungsrecht** dem anderen über seinen halben Mindestanteil zu (**§13/3 WEG iVm § IO)** Der halbe Mindestanteil kann mit Zustimmung des anderen an Dritte veräußert werden. Vereinbarungen die Klagen zu Aufhebung der Partnerschaft ausschließen bedürfen Schriftform und sind nur drei Jahre ab Abschluss wirksam (Ausnahmen sind wichtige Gründe, etwa Alter). Solche Vereinbarungen können beliebig oft geschlossen werden, beim Tod eines Partner geht dessen Anteil ins Eigentum des Überlebenden (**Vindikationslegat),** sofern dieser nicht verzichtet oder mit den Erben unter Zustimmung der Pflichtteilsberechtigten jemand anderen zukommen lässt. Bleibt es beim gesetzlich Übergang hat der Erwerber die **Hälfte des Verkehrswerts des Mindestanteils** an die Verlassenschaft zu bezahlen (**Übernahmspreis §14/2 WEG).** Der Übernahmspreis kann einvernehmlich bestimmt werden wenn nicht Gläubiger oder Pflichtteilsrechte verletzt werden. Nur wenn der Erwerber pflichtteilsberechtigt und dringendes Wohnbedürfnis hat entfällt die Zahlungspflicht – er hat aber andere Pflichtteilsberechtigte abzufinden (zur Berechnung siehe unten).

**Eigentümergemeinschaft** kann in Angelegenheiten der Verwaltung der Liegenschaften Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen sowie klagen und geklagt werden. Sie wir durch einen Verwalter vertreten dessen Berufung und Abbestellung ins Grundbuch einzutragen. Dem Verwalter kommt in allen Verfahren Parteistellung zu, Bezüglich Ein- und Auszahlungen der Gemeinschaft kann er diese über ein Eigenkonto oder Anderkonto verrichten welche beide einsehbar sein müssen. Verwalter treffen besondere Auskunftspflichten gegenüber jedem Wohnungseigentümer, diese umfassen den Inhalt des Verwaltungsvertrags, wie Entgeltvereinbarung, Umfang der Leistungen oder das Stimmverhalten der anderen Wohnungseigentümer im Fall einer schriftlichen Willensbildung.

In Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung entscheidet die Mehrheit der Wohnungseigentümer bei der außerordentlichen Verwaltung gilt dasselbe – doch kann jeder Überstimmte die gerichtliche Aufhebung des Mehrheitsbeschlusses verlangen wenn er übermäßig beeinträchtigt würde oder die Kosten nicht aus der Rücklage gedeckt sind. Im Übrigen gelten für die außerordentliche Verwaltung **§§834, 835 (siehe oben).** Seit dem WRN **2006** kann auch ein Antrag auf Durchsetzung der Verwalterpflichten gegen den Verwalter gestellt werden von jedem einzelnen Wohnungseigentümer.

**3. Kellereigentum**

Durch die Grundbuchsnovelle wurde in §300 die Möglichkeit geregelt an Räumen und Bauwerken die unter der Erdoberfläche liegen und nicht der Fundierung Oberflächiger Gebäude dienen gesondert Eigentum zu begründen – dies vor allem da das Hofkanzleidekret aus 1832 welches dies regelte, 2009 ausser Krfat trat.

**III.Eigentumserwerb**

**1.Derivativer Erwerb**

Beim derivativen Erwerb ist das Eigentumsrecht vom Vormann abgeleitet. War dieser nicht Eigentümer wird es der Erwerber auch nicht (**§442)**

Derivativer Erwerb erfordert einen **Titel** (**Zuweisungsgrund,** zB eben Schuldverträge die einen Eigentumserwerb bezwecken etwa Kaufvertrag) **und Modus** (**Erwerbungsart, §380)** Titel können auch auf Gesetz oder letztwilliger Verfügung beruhen. Der Modus besteht aus der Einigung das Eigentum übergehen soll (dem **Verfügungsgeschäft)** und dem faktischen Vorgang. Dieser liegt in erster Linie bei beweglichen Sachen in Übergabe, bei unbeweglichen in der Eintragung in das Grundbuch (§**431), bei Superädifikaten oder unverbücherten Liegenschaften in der Urkundenhinterlegung.** Ist eine körperliche Übergabe untunlich oder unmöglich so kann sie durch **Zeichen** geschehen (zB Schlüssel, Urkunden – etwa Übergabe eines Warenlagers)

**Übergabe durch Erklärung** ist eine Alternative zur körperlichen. **(§428)** Man unterscheidet zwischen **Besitzauflassung (traditio brevi manu** – der bisherige Inhaber ist nunmehr Besitzer) **und** Besitzauftragung (**Besitzkonstitut –** der veräußernde Besitzer soll die Sache für den Erwerber noch innehaben). Vor allem zweite steht im Widerspruch mit dem **Publizitätsprinzip**, und kommt daher bei Geschäften welche besondere Erkennbarkeit aus Gläubigerschutzgründen verlangen als Modus aus (zB **Sicherungsübereignung)**. Gesetzlich nicht geregelt ist noch die **Besitzanweisung** bei der ein die Sache innehabender Dritter angewiesen wird sie fortan nicht mehr für den Veräußerer sondern Erwerber innezuhaben.

**Übergabe durch Versendung (§429)** wird der Erwerber erst Eigentümer wenn ihm die Sache vom Transporteur übergeben wird, es sei denn er hätte die Übersendungsart bestimmt oder genehmigt (was angeommen wird) dann erlangt er bereits Eigentum mit Übergabe des Veräußerers an den Transporteur.

**Streckengeschäft:** Es kommt häufig vor dass der Käufer (B) einer Sache an der Übergabe kein Interesse hat – er verkauft direkt an den Dritten (C) weiter, wobei der erste Verkäufer (A) direkt an C leisten soll. (zB Produzent A, Händler B, Endabnehmer C) Der Eigentumserwerb des C ist problematisch, da mit A ja kein Titel besteht. Ein Titel wird aber abgeleitet – wobei mehrere Fälle denkbar sind (**B zediert C seine Forderung, A übernimmt die Schuld des B, A und B schließen einen Vertrag zu Gunsten des C, B weist A zur Leistung an C an)** Demnach rechtfertigen zwei gültige Titel (zwischen A-B, B-C) den Eigentumserwerb des C. Ist der Vertrag zwischen A-B ungültig, kann C noch immer gutgläubig erwerben, bei B-C mangelt es aber am notwendigen Titel für den Gutglaubenserwerb.

**Erwerb unbeweglicher Sachen** müssen ins Grundbuch eingetragen werden, der Besitz wird jedoch außerbücherlich erworben.

**2. Originärer Erwerb**

Beim originären Erwerb hat das Eigentum in der Person des Erwerbers seinen Ursprung, wird also nicht abgeleitet: Die wichtigsten Fälle **Ersitzung und** Gutglaubenserwerb – siehe unten. Weitere Fälle wären:

**Aneignung** (**§§382 f)** Herrenlose Sachen können durch Aneignung mit Zueignungswillen originär erworben werden. Beschränkungen bestehen aufgrund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen die auf bestimmte Anspruchsberechtigte reduziert etwa MineralrohstoffG und Jagdgesetze.

**Fund (§§388 ff, Schatzfund - §§398 ff)**: Verlorene Sachen darf sich niemand aneignen da iZw nicht anzunehmen ist dass sie der Eigentümer preisgeben wollte. Wer solche Sache findet bekommt Rechte (**Eigentumserwerb nach einem Jahr, Finderlohn 10% ab 2000€ 5%)** und Pflichten (**Bekanntmachung bis 10€ ab 40€ Anzeige)** Weiß der Finder wem sie gehört, hat er sie gegen Aufwandersatz zurückzugeben – wenn nicht wird er unredlich, verliert Rechte und wird dem Eigentümer haftbar (zB für Nachforschungskosten). **Vergessene** Gegenstände fallen seit der SPG-Novelle 2002 auch unter **§§388 ff**  (mit Sonderregeln etwa halber Finderlohn **§393/1)** Die gefundenen Sachen sind sofort bei Fundbehörden (Bürgermeister, nicht Polizei!) abzugeben, die in der Folge Pflichten wie Verwahrung, Ausfolgung treffen.

**Verarbeitung und Vereinigung** (**§§414 ff)**  Werden aus Sachen neue Sachen hergestellt, selbstständige Sachen verbunden oder gemischt und gibt es keine vertraglichen Rechtsfolgen kommt es darauf an ob Rückführung möglich / tunlich ist.

Außer bei bloßer Ausbesserung mit fremden Material (**Alleineigentum des Eigentümers der Hauptsache)** entsteht immer **Miteigentum im Verhältnis des Umfangs der jeweiligen Beiträge (**Arbeit / Sachwert). Der Schuldlose (bei gleichen oder keine Verschulden derjenige dessen Beitrag überwiegt) kann die Sache übernehmen oder gegen Vergütung überlassen. **Besonderheiten gelten bei Vermengung** ununterscheidbarer Sachen (**vor allem Geld!)** und abgegrenzter Mengen gleicher Sachen – im ersten Fall kommt es zum Eigentumserwerb (mit bereicherungsrechtlicher Ausgleichspflicht) im zweiten Fall zu Quantitätseigentum, wobei jeder Miteigentümer einfach **Quantitätsvindizieren kann.**

**Bauen (§§417 ff):** Primär gilt der Vertrag, subsidiär gilt **Superficies solo cedit** – Bauten gehören dem Eigentümer des Grundstücks sofern es sich nicht um Superädifikate, oder Zugehör eines Baurechts des Bauberechtigten handelt. Wird daher auf eigenem Grund mit fremden Material gebaut bzw. umgekehrt gebührt Materialeigentümer jeweils Ersatz für das Material gegenüber dem Grundeigentümer (dem das Bauwerk nun gehört) Nur wenn der Gundeigentümer weiß dass ein redlicher Dritter auf seinen Grund baut und es nicht verbietet erwirbt der Dritte gegen Wertersatz Eigentum am bebauten Grund.

**Fruchterwerb (§§404-406,420, 430)** siehe Fruchtgenuss, vor allem derivativ aber auch originär (beim redlichen Besitzer **§330)**.

*b)Gutglaubenserwerb*

Während die Rechtsverhältnisse an unbeweglichen Sachen durch das Grundbuch klar sind, existieren für bewegliche Sachen keine Verzeichnisse – nur den Anschein des Besitz das eine bewegliche Sache auch im Eigentum des Besitzers steht.

Vertrauen auf diesen Schein wird unter bestimmten Voraussetzungen geschützt – die auch das Interesse des wirklichen Eigentümers miteinbeziehen – die Frage ist immer wer schutzwürdiger ist – in Fällen des **§367 ist es der Erwerber – er erwirbt vom Nichteigentümer** wodurch der Eigentümer sein Recht verliert und nur sich bei jenen schadlos halten kann, die ihm dafür verantwortlich sind zB der Entlehner der veräußert. Gegen den gutgläubigen Erwerber besteht hingegen kein Anspruch.

Voraussetzungen des **§367 sind: (siehe Abbildung 11 Seite 234 für weitere Gutglaubenserwerbsarten wie von Pfand und unbeweglichen Sachen)**

**Kumulativ (also alle müssen vorliegen) Voraussetzungen** sind: entgetlicher Titel, bewegliche Sache, Redlichkeit des Erwerbers – welcher vermutet wird **(§328)** und im Zeitpunkt der Übergabe vorliegen muss. Auch leichte Fahrlässigkeit darüber das der Veräußerer nicht Eigentümer ist schadet. Guter Glaube über die Verfügungsbefugnis ist ausreichend beim Erwerb vom Unternehmer (**siehe auch §368)**

**Spezielle Voraussetzungen sind (eine muss vorliegen):**

-**Erwerb vom Vertrauensmann** (jeder dem die Sache freiwillig vom Eigentümer überlassen wir, etwa Entlehner, auch Vertrauensmannkette möglich)

**-Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens** es wird auf den konkreten Unternehmensgegenstand abgestellt, nicht auf eine Gewerbeberechtigung.

**-öffentlicher Versteigerung** welche Bewilligung und ordnungsgemä0ße Ankündigung voraussetzt – zB Zwangsvollstreckungen im Exekutionsverfahren aber keine Internetauktion (checkmycase.com Fall im Buch!) Freihändiger Verkauf einer gepfändeten Sache durch Auktionshaus, Kreditinstitute, Vollstreckungsorgan, Handelsmakler steht einer öffentlichen Versteigerung gleich.

Mit In-Kraft-Treten des HaRÄG ist nun auch gutgläubiger Erwerb für Unternehmer möglich.

Steht einem Dritten ein dingliches Recht an der Sache zu (zB Anwartschaftsrecht) ist **gutgläubiger lastenfreier Erwerb** zu prüfen **die Voraussetzungen sind die gleichen, die Redlichkeit muss sich aber auf Lastenfreiheit beziehen (§367/2)**. Für die Vertrauensmann Variante muss vorliegen, dass derjenige der aus der Last begünstigt wird dem Veräußerer diese anvertraut hat.

Lastenfreier Gutglaubenserwerb und Eigentumserwerb können kumulativ vorliegen – also der Nichteigentümer belastetes Eigentum übergeben (Wobei dann von beiden dem Veräußerer die Sache anvertraut worden sein muss beim Vertrauensmann)

Das Gesetz regelt nicht den Fall dass den untreuen Veräußerer die Sache später zurückerwirbt. Der Gutgläubige hat ja eigentlich vollwertiges unbelastetes Eigentum erworben – eine Ansicht jedoch folgt der Theorie dass es bei Rückveräußerung zum automatischen Rückfall des Eigentums an den Ursprünglichen Eigentümer kommt.

Bei Geld und ununterscheidbaren Sachen vollzieht sich gutgläubige Erwerb ohne Voraussetzungen des **§367 (§371 Fall 2)**.

Zu Gutglaubenserwerb von Scheinerben, Grundbuch (siehe unten) und Forderungen siehe oben (**§916/2 Scheingeschäft)**.Vgl auch Erwerb bei Wertpapiergeschäften (Art 16 WechselG, Art 21 ScheckG, §365 UGB).

*c) Ersitzung*

Zeitabläufe können normative Bedeutung haben – in diesem Sinne bedeutet Ersitzung **Eigentumserwerb durch qualifizierten besitz während bestimmter Zeit (§§ 1416 ff)**.

**Eigentliche Ersitzung:** verlangt rechtmäßigen, echten und redlichen Besitz über drei Jahre hindurch bei beweglich Sachen (30 Jahre bei unbeweglichen; in bestimmten Fällen Fristverlängerungen §§1472, 1476) Sie erlangt vor allem beim Erwerb vom Nichteigentümer Bedeutung wo **§367** fehlschlägt.

**Uneigentliche Ersitzung** erfordert keine Rechtmäßigkeit – aber immer 30 Jahre. (siehe Bsp Servitut).

*d) Enteignung*

Durch Enteignung kann das Eigentum durch Verwaltungsakt oder unmittelbar auf Grund des Gesetzes dem berechtigten teilweise oder ganz entzogen werden (**§365 (nicht mehr die Rechtsgrundlage) vgl Art 5 StGG).**

Enteignungen sind nur bei konreten Bedarf zulässig, dessen Deckung im öffentlichen Interesse gelegen istetwa Eisenbahnstrecken. Es muss unmöglich sein den Bedarf anders als durhc die Enteignung zu decken und das Objekt muss zur Erfüllung geeignet sein. Es muss sofort ein Verfahren stattfinden das dem betroffenen zur Wahrung seiner Rechte Gelegenheit gibt. (dazu **§13 VerwaltungsentlastungsG** wonach das **EisenbahnenteignungsG** zur Anwendung kommt wenn Verfahrensregeln im jeweiligen Enteignungsgesetz fehlen).

Es ist zu beurteilen ob eine Entschädigung notwendig ist, weil Art 5 StGG dies nicht mehr vorsieht (im Gegensatz zum alten §365). Der VfGH verneint zwar eine Entschädigungspflicht, bejaht diese aber fallweise aufgrund des Gleichheitssatzes. Nach der **Lehre** ist Entschädigung immer ein Wesensmerkmal jeder Enteignung (sonst läge **Konfiskation vor)**. Eigentumserwerb durch Enteignung ist **originär.**

**IV. Eigentumsverlust**

Eigentum geht durch Untergang, Preisgabe (**§362 Aufgabe des Eigentums, absoluter Eigentumsverlust)** oder durch Erwerb eines anderen (**relativer Eigentumsverlust)** verloren.

Sonderfall: Ablage von Altpapier in einen Sammelbehälter. lässt derivativ den Besitz erwerben, dem der Behälter gehört.

**d. Sicherungsrechte**

**I.Pfandrecht**

**1. Allgemeines**

Das Pfandrecht ist das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zu einer bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen (**§447).** Verpfändbar sind alle Sachen im Sinne des **§285 also auch Rechte.** (Jedoch sind Pfandrechte an solchen wie die Forderung selbst nicht dinglich)

Zum Unterschied von der Bürgschaft, die eine persönliche Haftung des Bürgen begründet, verschafft das Pfandrecht dem Gläubiger eine dingliche Sicherung – er kann das Pfandrecht gegenüber jedermann durchsetzen – die Pfandsache also von jedem herausverlangen. Der Pfandgläubiger ist also durch dingliche Sicherung auch beim Konkurs geschützt (siehe **§48 IO Absonderungsrecht)** Bei Exektuion in die Pfandsache hat er zwar kein Widerspruchsrecht, aber die vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös.

Pfandrehcht kann entweder vom Schuldner selbst **(Personalschuldner)** oder von einem Dritten bestellt werden (**Realschuldner)** Wird die gesicherte Forderung nicht erfüllt, kann eine Feilbietung gerichtlich verlangt werden (**§461)** Der Erlös wird dem Gläubiger dann zugewiesen - bei mehreren Gläubigern rangmäßig. Vereinbarungen darüber dass das Pfand bei Nichterfüllung behalten oder für einen voraus bestimmten Preis veräußert werden darf sind ungültig – ebenso Vollmacht für den Verkaf vor Eintritt der Fälligkeit (**§1371 –Verfallsklausel).**

Es können jedoch außergerichtliche Verwertungen vereinbart werden die in **§§466a ff** umfassend geregelt wurden: Es müssen bewegliche körperliche Sachen vorliegen (auch Inhaber- Orderpapiere). Der Pfandgläubiger muss die Verwertung Besteller und anderen Gläubigern androhen und offene Forderungen bekanntgeben. Der Verkauft darf erst einen Monat nach Androhung erfolgen um den Pfandgeber die Einlösung zu ermöglichen. Bei **Unternehmern** verkürzt sich die Frist auf eine Woche (**§368/1 UGB)**. Der Verkauf muss innerhalb einer öffentlichen Versteigerung erfolgen, durchgeführt von einem dazu befugten Unternehmer, Zeit und Ort sind öffentlich bekanntzumachen und der Pfandgeber ist zu verständigen. Eine Veräußerung selbst kann nur erfolgen wenn die Pfandsache einen Markt- oder Börsenpreis hat. Der Erwerber muss den Kaufpreis sofort entrichten (Fiktion dass die Übergabe des Kaufpreises an den Pfandgläubiger direkt erfolgt). Der Verkauf ist dem Pfandgeber mitzuteilen, ein Mehrbetrag als die besicherte Forderung steht dem Pfandgeber zu.

Das Pfandrecht ist wie die Bürgschaft **akzessorisch,** also grundsätzlich vom gütigen Bestand der gesicherten Forderung abhängig. (**§469)** Es kann auch an Miteigentumsanteilen und Rechten begründet werden muss sich aber immer auf **bestimmte** Sachen beziehen (**Spezialitätsgrundsatz).** Das Pfand haftet nicht nur für die gesicherte Schuld sondern auch **Nebengebühren** **(**Zinsen, Nichterfüllungsansprüche), ansonsten ergibt sich der Umfang der Pfandhaftung aus der Vereinbarung. Auch zukünftige Schuld kann pfandrechtlich geschert werden, wenn sie bestimmt ist – das Pfandrecht ist jedoch aufschiebend bedingt, bis die zu sichernde Forderung eintritt.

**Pfandrecht** wird wie andere dingliche Rechte durch Titel und Modus begründet. Der Titel ist idR **der Pfandbestellungsvertrag** – also eine Sicherungsvereinbarung zwischen Pfandbesteller und Gläubiger. (Davon zu unterscheiden ist der Pfandvertrag von **§1368** – der tatsächliche Übergabe Realvertrag) Er kann sich aber auch aus Gesetz (**zB Vermieterpfandrecht, Pfandrecht eines Kommissionärs §397 UGB)** und richterlicher Anordnung ergeben (**Pfändungspfandrecht)**Sodann müssen Pfandschuldner. Es muss Einvernehmen darüber herrschen das Pfandrecht begründet werden soll.

Als **Modus** ist bei unbeweglichen Sachen die Grundbuchseintragung, bei Superädifikaten die Urkundenhinterlegung, bei beweglichen Sachen die **Übergabe der Pfandsache.** Aus mangelnder Publizität geht dies nicht per Besitzkonstitut, weil die Sache nach außen hin bleibt wo sie war. Auch die Übergabe durch Zeichen (nur bei Unmöglichkeit / Untunlichkeit!) ist möglich.

**Das Faustpfandprinzip** mag zwar Dritte auf ihr Vertrauen auf die Vermögenssituation des Schuldner schützen – bereitet aber Probleme da der Schuldner nicht wirtschaften kann mit der Sache, der Gläubiger Verwahrungskosten hat. Länger wird daher bereits ein **Registerpfand** statt dem **Faustpfandprinzip gefordert.** Bisher gibt es aber nur Arbeitsgruppenentwürfe.

Bei Verpfändung von Rechten ist eine Übergabe nicht möglich – daher ist Verpfändung nur durch Zeichen möglich. (**§427)**. In Fragei kommen entweder Verständigung des Drittschuldner oder Vermerk in Geschäftsbücher des Pfandbestellers (wenn Buchführungspflicht besteht §189/1 UGB). Publizitätsakte richten sich sonst jeweils nach Eigenart des verpfändeten Rechts falls sie nicht anderweitig geregelt sind (Etwa Markenrechte **MSchG §28/1,** Patentrechte **§43/1 PatG).**

Beim sog. **Afterpfandrecht (§§454 f)** verpfändet der Pfandgläubiger sein Pfandrecht (nicht notwendigerweise auch die gesicherte Forderung selbst) durch körperliche Übergabe der Pfandsache. Der Pfandschuldner kommt in eine Situation des **debitor cessus** vergleichbaren – wird er nicht verständigt von der Afterverpfändung (**<-** Preis für denjenigen der sich dieses Wort ausgedacht hat) kann er schuldbefreiend an den Pfandgläubiger leisten – dies führt zum Erlöschen der Forderung und damit des Pfandrechts. Sonst kann er nur an den Pfandgläubiger mit Zustimmung des Afterpfandgläubigers leisten (**§455).** Ein Afterpfand kann auch an einer Hypothek eingeräumt werden.

**Derivativer Pfandrechtserwerb** setzt Eigentum (oder Verfügungsmacht) voraus. Originärer Pfandrechtserwerb entspricht dem gutgläubigen Eigentumserwerb (siehe **§456)** wobei nur die Vertrauensmann-Variante des **§367** in Betracht kommt. Haftet auf der Sache das Recht einen Dritten, tritt dieses hinter das erworbene Pfandrecht (**Durchbrechung des Prioritätsprinzips)**zurück wenn der Dritte die Sache dem Verpfänder anvertraut hat und der Gläubiger nichts von ihm wusste oder wissen musste. Ein weiterer originärer Pfandrechtserwerb ist **(§1321 Privatpfändung fremder Tiere)**

Der Pfandgläubiger muss dem Schuldner auf Verlangen einen Pfandschein ausstellen. Er hat das Pfand sorgfältig zu verwahren (**§1369)** darf es also grundsätzlich nicht benützen (sonst Zufallshaftung wie beim Verwahrer siehe oben vgl §965). Er kann aber weiterverpfänden ohne Zustimmung, wobei er dann aber für jeden, auch zufälligen, Schaden haftet der sonst nicht eingetreten wäre. (**§460 iVm §965)** Der Pfandgläubiger ist verpflichtet die Pfandsache Zug um Zug gegen Tilgung der gesicherten Forderung zurückzustellen (oder auf Verlangen eines Dritten herauszugeben wenn dieser die Forderung erfüllt). Ein **Hypothekargläubiger** hat dem Schuldner eine **Löschungsquitting auszuhändigen.**

Reicht die Sache auf Grund eines vor Übergabe bestehenden Sach- oder Rechtsmangels nicht zur Besicherung aus darf Ersatzpfand verlangt werden. Es handelt sich dabei um eine Art Gewährleistung was subsidiär für die Anwendung von §§922 ff spricht. Außerdem hat der Schuldner für jeden von ihm schuldhaft verursachten Schaden Ersatz zu leisten. Auch kann er jedwede Eingriffe mit Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen abwehren wenn die Eingriffe Verschlechterung des Pfandobjekts bewirken (**Devastationsklage)**. Ein Sonderfall ist auch zB die Minderung der Verwertbarkeit durch ein Bestandverhältnis das etwa lange Dauer und niedrigen Zins vorsieht. Verschulden des **Bestandnehmers!** Ist Voraussetzung (Rsp) – der dann auf Ansprüche gegen den Bestandgeber verwiesen wird.

**Bei Legalzession**  geht die gesicherte Forderung und das damit verbundene Pfandrecht automatisch über – nicht so bei rechtsgeschäftlichen Zessionen,das Pfandrecht muss separat übertragen werden. Die Sache selbst kann hier per Besitzkonstitut übertragen (da ja der Schuldner nicht mehr Gewahrsame hat), bei Liegenschaften ist die Übertragung ins Grundbuch einzutragen. Auch der Eintritt in den Pfandbestellungsvertrag zwischen alten und neuen Gläubiger kann vereinbart werden. Unterbleibt die gesonderte Übertragung des Pfandrechts, erlischt es.

Eine Sache kann mehrere Gläubigern verpfändet werden – es gilt der **Prioritätsgrundsatz.** Bei Hypotheken richtet sich der Rang nach der Reihenfolge der Einverleibungsgesuche beim Grundbuchsgericht, bei beweglichen Sachen nach der zeitlichen Folge der Übergabeakte.

**Verjähren** kann ein Pfandrecht nur bei Hypotheken, nicht aber bei beweglichen Sachen solange der Pfandgläubiger die Sache „in Händen hat“ **§1483.** Verjährt die gesicherte Forderung kann der Gläubiger sich nurmehr aus der Sache befriedigen (**Reine Sachhaftung –** der Schuldner haftet nicht mehr persönlich) Für Forderungspfandrechte ist dies umstritten und eher zu verneinen (Forderungen können nicht in „Händen gehalten“ werden.

**Pfandrechtswandlungen** sind Änderungen des Pfandrechts von einer Sache auf eine andere, ohne Vereinbarung etwa Versicherungssumme für untergegangene Sachen, Entschädigungssummen für verpfändetes Baurecht das endet (**§10 BaurechtsG – vgl §460a/2)**

**Pfandrecht**  erlischt wenn die gesicherte Forderung erfüllt wird, oder die Pfandsache zerstört wird oder sonst untergeht, ferner dadurch wenn das Pfand freiwillig zurückgegeben wird. Bei Verjährung der gesicherten Forderung haftet das Pfand für die verbliebene Naturalobligation.

**2.Pfandrecht an unbeweglichen Sachen**

Der Modus für den Erwerb von Pfandrechten an unbeweglichen Sachen (**Hypotheken)**  besteht in Grundbuchseintragung (**§451)** Hypotheken sind daher besitzloses Pfand

*a)Besondere Hypotheken*

**Höchstbetragshypothek:** Vor allem Kredite können durch hypothekarische Eintragung eines ziffernmäßig bestimmten Höchstbetrages gesichert werden.

**Ertragshypothek** Pfandrecht an einer Liegenschaft, Verwertung jedoch auf Früchte beschränkt

**Simultanhypothek:** Für eine Forderung haften mehrere Liegenschaften – daraus ergeben sich Besonderheiten wenn sich der Hypothekargläubiger nicht aus ihnen verhältnismäßig befriedigt (**§222 EO)**

**Forderungsentkleidete Eigentümerhypothek:** liegt vor wenn die hypothekarisch gesicherte Forderung erloschen ist – der Eigentümer hat das Recht die Hypothek auf eine neue Forderung zu übertragen. Dadurch wird Vorrückung der nachrangigen Hypotheken verhindert.

**Forderungsbekleidete Eigentümerhypothek** liegt vor wenn der Hypothekargläubiger mit dem Realschuldner zusammenfällt – Realschuldner etwa wird Erbe des Gläubigers. Für die Forderung haftet der **Personalschuldner dem Realschuldner** (Siehe oben)die eigene Liegenschaft.

*b) Sonstige Besonderheiten*

Der Umstand dass Hypotheken ein besitzloses Pfandrecht begründen lassen dem Liegenschaftseigentümer verschieden Verfügungsrechte – etwa den Rangvorbehalt (**§58 GBG)** und die **bedingte Pfandrechtseintragung (§59 GBG)**

Auch für die Hypothekargläubiger ergeben sich aus der Grundbucheintragung verschiedene Besonderheiten vor allem das Einlösungsrecht – Nachrangige Hypothekargläubiger haben das Recht vorrangige Gläubiger zu befriedigen. Sie erwerben dadurch deren Forderung und Hypothek und können damit die Versteigerung der Liegenschaft auf einen für sie günstigen Zeitpunkt hinausschieben (damit auch ihre eigene nachrangige Forderung noch befriedigt werden kann).

**II. Andere dingliche Sicherungsmittel**

**1.Sicherungsübereignung**

Im Gesetz nicht geregelt wurde das Sicherungseigentum als eine Form der Treuhand entwickelt. Dem Gläubiger wird Eingetum an einer Sache übertragen, mit der Vereinbarung dass diese nach Erfüllung der gesicherten Schuld zurücckübereignet wird. (**Sicherungsabrede)** Der Gläubiger wird Eigentümer und **kann** beliebig über die Sache verfügen – **darf** aber nur soweit es zur Sicherung der Forderung notwendig ist.

Die Sicherungsübereignung ähnelt dem Pfandrecht – wurde es durch ursprünglich geschaffen um den Prinzipien des Pfandrechts aus dem Weg zu gehen. Die RSp sah darin jedoch ein Umgehungsgeschäft und wandte Publizitätsvorschriften des Pfandrechts analog an. Daher ähnelt die Sicherungsübereignung dem Pfandrecht frappierend – außer dass es als Vollrecht **nicht akzessorisch** **ist** und daher mit Begleichung der Forderung nicht erlischt – daher kann eine andere Forderung an seine Stelle treten, es kann aber auch eine auflösende Bedingung vereinbart werden, dass das Sicherungseigentum nach Erfüllung automatisch an den Sicherungsgeber zurückfällt – im Zweifel wird dies auch angenommen (**§914)**

Deutschland zum Vergleich kennt seit Beginn des BGB ein publizitätsloses Sicherungseigentum welches zugelassen wird. Für das Sicherungseigentum in Österreich gilt jedoch eben folgendes:

**-Aussonderungsrecht** steht dem Sicherungsgeber im Falle des Konkurses zu. Bei Einzelexekution der Sache steht die **Exszindierungsklage** zur Verfügung. (**§37 EO)**

**-Besitzkonstitut** reicht auch hier nicht als Erwerbsmodus. Bei Rückgabe der Sache erlangt der Sicherungsgeber automatisch Eigentum wieder.

**2.Sicherungszession**

Dem Gläubiger wird die Forderung gegen einen Dritten abgetreten, leistet der Schuldner nicht darf der Gläubiger die Forderung geltend machen. Die Sicherungszession bedarf einer besondere Publizität – Verständigung des Drittschuldners oder Buchvermerk in den Geschäftsbüchern des Zedenten.

Wie beim Sicherungseigentum gibt es auch hier keine **Akzessorietät**, allerdings kann auch hier Rückfall automatisch vereinbart werden. Zukünftige Forderungen sind abtretbar wenn sie hinsichtlich Schuldner oder Rechtsgrund feststehen (idZ **§12 KSchG)**

**3.Eigentumsvorbehalt**

Ein Gläubiger kann sich auch dadurch absichern, dass das Eigentum an der von ihm veräußerten Sache erst mit vollständiger Zahlung übergehen soll (**aufschiebende Bedingung,** die sich allerdings auf das Verfügungsgeschäft bezieht). Bis dahin ist der Käufer nur Rechtsbesitzer und zum Gebrauch der Sache berechtigt. Bei Störung oder entziehung können Besitzstörungsklage und Actio publiciana (siehe oben) Abhilfe schaffen. Das **Anwartschaftsrecht,** welches auch veräußert und gutgläubig erworben werden kann, ist auch Legitimation zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen.

Die entsprechende Vereinbarung muss bei Abschluss des Verpflichtungsgeschäft getroffen werden – kann aber beim Barkauf entfallen (konkludent angenommen) wenn der Verkäufer die Sache übergibt in der Annahme er erhalte die Gegenleistung sofort. Eigentum geht erst mit Erbringung über (**Kurzfristiger Eigentumsvorbehalt)**.

Leistet der Schuldner nicht, kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten und rückfordern – die Rückforderung gilt als konkludente Rücktrittserklärung. Er ist auch im Konkurs des Käufers geschützt, ebenso steht ihm die Exszindierungsklage zu. Nur beschränkten Schutz genießt er bei Weiterveräußerung der Vorbehaltsware, da der Erwerber gutgläubig Eigentum erwerben kann. Um das zu verhindern kann der Kaufpreis aus Weiterveräußerung im Voraus durch sog. **Antizipiertes Besitzkonstitut** übertragen werden oder die Kaufpreisforderung der Weiterveräußerung im Voraus abtreten lassen. Dadurch wird eine Art **Verlängerung des Eigentumsvorbehaltes** erreicht, der allerdings der Formbedürftigkeit der Sicherungszession bedarf, andererseits ist zu beachten das durch Vermengung mit Geld Eigentum des Vorbehaltsverkäufers wiederrum verloren geht (Also das Geld für die Weiterveräußerung und Übertragung mit antizipierten BEsitzkonsitut)

**Der weitergegebene Eigentumsvorbehalt** ist die Situation wo das Anwartschaftsrecht weiterveräußert wird, der Vorbehaltskäufer also dem Dritten offenlegt das er bloss Anwartschaftsrecht auf die Sache hat. Anders der **nachgeschaltete Eigentumsvorbehalt** – der Vorbehaltskäufer gibt sich als Eigentümer aus, und behält seinerseits sich dieses vor (Was er natürlich nicht kann). Die weitere Entwicklung hängt davon ab ob zuerst der Dritte oder der Vorbehaltskäufer seine Leistung erbringt – im Ersten Fall erwirbt der Dritte gutgläubig Eigentum, der Vorbehaltsverkäufer verliert es. Im zweiten Fall erwirbt erst der Vorbehaltskäufer damit Eigentum und kann es dann derivativ weitergeben.

**Der Erweiterte Eigentumsvorbehalt** sieht vor das auch andere, nicht nur die besicherte, Forderungen erfüllt werden müssen. Dieser ist allerdings unwirksam – der Eigentumsvorbehalt selbst ist eine publizitätslose Sicherung (**Ausnahme im österreichischen Recht!!)**, eine Ausweitung auf weitere nicht auf diese Sicherheit beziehende Forderungen würde jeder Zusammenhang fehlen.

**E.Weitere dingliche Rechte**

**Dienstbarkeiten** (**Servituten)** sind dingliche Nutzungsrechte an fremden Sachen – sie stehen jemanden persönlich oder als Eigentümer einer Liegenschaft zu (**Personal / Realservituten).** Durch Titel und Modus begründet verpflichten sie immer zu einer Duldung oder Unterlassung NIEMALS einem aktiven tun **(servitus in faciendo consistere nequit §482)**. In Betracht kommt auch Ersitzung von Servituten – zB durch Nützung des Nachbargrunds zur Überquerung. Solange die dadurch erworbene Servitut nicht im Grundbuch eingetragen ist kann aber jeder Dritte die Liegenschaft lastenfrei erwerben. Die Rsp verneint in diesem Zusammenhang Redlichkeit wenn aus den Merkmalen der Liegenschaft ein Servitut erkennbar war (**offenkundige Dienstbarkeiten).** Servituten können auch richterlich begründet werden (Notwegegesetz: wenn eine Liegenschaft keine Anbindung ans öffentliche Wegenetz hat kann ein Weg über fremde Liegenschaften begehrt werden **§1 NotwegeG)**

**Personalservituten** sind unübertragbar und unvererblich, **Realservituten** dienen der besseren Benützung der Liegenschaft gebühren dem Eigentümer dieser und sind vererblich, können aber bestimmten Personen eingeräumt werden - **unregelmäßige Dienstbarkeit** – und sind dann unübertragbar.

**Personalservituten:** Gebrrauchsrecht (Benützung einer Sache für Bedarf), Fruchtgenussrecht (**§§ 509 ff** unbeschränkte Nutzung), Wohnrecht

**Realservituten:** Wegerechte, Weiderechte

Dazu gibt es **Legalservituten –** Eigentumsbeschränkungen die keine richtigen Dienstbarkeiten sind, da sie aufgrund des Gesetzes bestehen (zB Nachbarrecht).

Der Berechtigte muss sein Servitut schonend ausüben, er kann sie nicht übertragen. Der Eigentümer der belasteten Liegenschaft hat zu **dulden.**

Das Servitut endet durch Untergang der belasteten Sache, Ablauf von Fristen, Verzicht, Verjährung und Enteignung – sowie Widerstand des Belasteten ohne dass der Berechtigte drei Jahre etwas dagegen unternimmt (**§1488 usucapio libertatis)** Persönliche Dienstbarkeiten sind iZw nicht vererblich (**§529) –** daher enden sie mit Tod.

**II.Reallasten**

Reallasten verpflichten zu einem bestimmten Verhalten (zB Zahlung Leibrente, Pflegeleistungen), bei dessen Unterlassung auf Liegenschaft Exekutionen geführt werden kann die dafür haftet.

Sie sind eben auf **positives Tun** gerichtet, stehen sie dem Eigentümer eines Grundstücks zu nenn man sie **Prädial-** stehen sie Personen zu von **Personalreallasten.**

**III.Baurecht**

Eine Liegenschaft kann mit dem dinglichen, verääußerlichen, vererblichen Recht auf oder unter der Bodenfläche ein Bauwerk u haben belastet werden. Beschränkung auf einen Teil eines Gebäudes ist unzulässig, das Baurecht muss auf mindestens 10 maximal 100 Jahre begründet werden. Das baurecht gilt als unbeweglich, Das Bauwerk ist Zugehör des baurechts und damit ebenfalls unbeweglich (**§6 Abs 1 BaurechtsG)**

Der Bauberechtigte hat Bauzins zu entrichten, er erlangt dafür am Gebäude die Rechte eines Eigentümers und am Grundstück die Rechte eines Fruchtnießers. Erlischt das Baurecht, fällt das Gebäude dem Grundeigentümer – er muss dem Bauberechtigten ein Viertel des vorhandenen Bauwertes ersetzen (**§ 9/2 BaurechtsG).**

**F. Grundbuchsrecht**

Das Grundbuch entspricht Publizitätserfordernissen, es wird von bezirsgerichten gführt und besteht aus einem Hauptbuch und Urkundensammlung (**§§ 1 ff GBG)**

Im Hauptbuch werden die Eintragungen vorgenommen und elektronisch gespeichert – sie bestehen aus dem A bzw Gutbestandsblatt (In dem Grundstücksnummern und Servitutsrechte in herrschender Stellung vermerkt sind) dem B bzw Eigentumsblatt (Eigentumsverhältnisse und Daten) und dem C bzw Lastenblatt (zB Hypotheken, Dienstbarkeiten in dienender Stellung).

Die rkundensammlungen umfasst jene Schriftstücke die auf Eintragungen beruhen – sie ist nur durch Speicherung der Urkunden in eine Urkundendatenbank zu führen. Die Zurückbehaltung von Abschriften hat zu unterbleiben **(§ 2/4 GUG, Grundbuchsumstellungsgesetz-Novelle 2003.** Hilfseinrichtungen des Grundbuchs sind **grundbuchsmappe, Personenverzeichnis, Grundstücks und Straßenverzeichnis.**

Im Einzelnen kommen die in den jeweiligen Blättern vorzunehmenden Eintragungen in drei Arten vor:

**-Einverleibung** (dienst dem unbedingten Rechtserwerb / Verlust)

**-Vormerkung (**bedingter Erwerb zB Aufsandungserklärung, des Eingetragenen der einer Änderung zustimmt). Werden die für die Einverleibung fehlenden Nachweise erbracht tritt Rechtfertigung ein – die Vormerkung wird zur Einverleibung.

**-Anmerkung** (zur Ersichtlichmachung rechtserheblicher Umstände – etwa Anmerkung der Streitanhängigkeit (**§§ 61 ff GBG)**

Grundbuchsrecht ist durch folgende Gundsätze charakterisiert:

**Öffentlichkeitsprinzip –** jedermann darf das Grundbuch einsehen (**§7 GBG)**, auch mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung

**Eintragungsgrundsatz –** Erwerb Änderung und Aufhebung bücherlicher Rechte sind nur durch Eintragung möglich (**§4 GBG** Ausnahmen: zB Ersitzung)

**Antragsgrundsatz:** Eintragungen erfolgen nur auf Antrag (**§76 GBG)**

**Prioritätsprinzip:** Der Rechtserwerb richtet sich nach Antragszeitpunkt (etwa bei Doppelveräußerung, Hypotheken) vgl **§30** für Rangtausch, auch **§§ 53 ff GBG**  zur Reservierung eines Ranges (**Rangordnungsbeschluss)**

**Vertrauensgrundsatz:**  Das Vertraen auf den Grundbuchsstand ist positiv und negativ (Also was eingetragen ist gilt, was nicht eingetragen ist gilt nicht) Weicht die Lage ab, gilt bei Gutgläubigkeit des Vertrauenden das was eingetragen ist. (**Negatives Publizitätsprinzip §1500)**

Ist die Eintragung im Grundbuch hingegen wegen ex-tunc Wegfalls ursprünglich nichtig, kann der Berechtigte gegen seinen unmittelbaren Nachmann und deren schlechtgläubigen Singularsukzessor in gewöhnlicher Anfechtungsfrist **Löschungsklage erheben.**  Gegen gutgläubige Singularsukzessoren muss eine Streitanmerkung innerhalb der Rekursfrist erwirkt, und die Löschungsklage binnen 60 Tagen nach Ablauf der Rekursfrist erhoben werden (**§§ 61 ff GBG positives Publizitätsprinzip)**

Rechte an Bauwerken, die nicht dem Eigentümer der Liegenschaft gehören werden (bewegliche Sachen!!) durch Urkundenhinterlegung nicht Grundbuchseintragung erworben (zB Superädifikat)

**5. Teil Familienrecht**

**A.Familien und Verwandschaft**

Unter Familie werden die Stammeltern mit allen ihren Nachkommen verstanden (**Ehegatten sind also nicht verwandt)** Beziehung zwischen Ehegatten und den Verwandten des anderen Ehegatten heißt **Schwägerschaft (§40)** und ist **keine Verwandtschaft.** (**vgl §41)**

Familienverhältnisse sind auf Dauer begründet - meist sind daher Rechtsgeschäfte des Familienrechts **streng formgebunden** und lassen keine Bedingungen und Befristungen zu.

**B.Eherecht**

**1. Begriff und Abgrenzung**

Durch Abschluss der Ehe erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechts ihren Willen in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen und sich gegenseitig Beistand zu leisten (**§44)** – diese Definition ist durch das Scheidungsrecht mittlerweile überholt.

**Verlöbnis** ist das **vorläufige Versprechen** sich zu ehelichen **(§45)** – es ist ein Vorvertrag, da er auf Abschluss der Ehe gerichtet ist. Solche Vereinbarungen können formlos geschlossen werden und ist unverbidnlich kann uU aber **Schadenersatzpflichten** auslösen desjenigen auslösen der grundlos zurücktritt (**§46 Ersatz des Vermögensschadens, nicht aber immaterieller)** Eine Konventionalstraft kann nicht vereinbart werden.

**Lebensgemeinschaft** liegt vor wenn Personen in einer Wohn-, Geschlechts- und Wirtschaftsgemeinschaft auf Dauer zusammenleben, materiellrechtlich werden Lebensgefährten vereinzelt wie Ehegatten behandetl (**§14 MRG Eintritt in Mietvertrag,** nicht aber zB im Erbrecht) Im Gegensatz zur früheren Rechtslage sind bei Einstweiligen Verfügungen nicht mehr nur nahe Angehörige, sondern auch andere Personen geschützt soweit diese davor mit dem Antragsgegner zusammengelebt haben bzw. zusammengetroffen sind (Unzumutbarkeit des weiteren Zusammenlebens gem **§382b EO** sowie des weiteren Zusammentreffens **§382e EO)**. Andere Rechtswirkungen finden sich etwa im Unterhaltsrecht (Ruhen des nachehelichen Unterhaltsanspruchs während Lebensgemeinschaft des Berechtigten) Nach Auflösung der Lebensgemeinschaft besteht kein Unterhaltsanspruch, sonstige Rechtsfolgen werden nach schuldrechtlichen Regeln entschieden – im Prozessrecht sind Lebensgefährten Ehegatten fast gleichgestellt.

Die **Eingetragene Partnerschaft** wird im **EPG (seit 1.1.2010**) geregelt. Voraussetzungen sind: Gleichgeschlechtlichkeit, Volljährigkeit, Geschäftsfähigkeit (gesetzliche Vertretung möglich), eine Ehemündigkeitserklärung durch das Gericht ist nicht möglich. Auch ein Verlöbnis ist nicht vorgesehen. Personen in einer EP können weder weitere EP noch Ehen schließen. Der Abschluss erfolgt wie bei der Ehe unter persönlicher und gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien vor der Bezirksverwaltungsbehörde. Die eingetragene Partnerschaft kann wie die Ehe auch nicht unter Bedingung oder Befristung begründet werden – die Wirkungen sind denen zur Ehe ähnlich. Allerdings ist kein gemeinsamer Name vorgesehen, eine Änderung jedoch möglich. Die aus dem Eherecht bekannten Beendigungsformen werden zu einer sogenannten **Auflösung** zusammengefasst Eine Auflösung ist wegen Willensmängeln, Verschulden bzw. Zerrüttung möglich **(§§14,15 EPG).** Die nichtgkeit der EP ist in **§19 EPG** geregelt. Folgen und spezielle Voraussetzungen fürdie Scheidung gegen den Willen des schuldlosen Teils wurden jedoch nicht übernommen, dafür aber unterhaltsrechtlichen Folgen sowie Aufteilung der Ersparnisse und des Gebrauchsvermögens. Hinsichtlich der Haftung für Kredite gibt es spezielle Regelungen – das EPG enthält jedoch keine Bestimmungen die sich auf Kinder beziehen, Adoption bleibt eingetragenen Partnern ausgeschlossen, medizinisch unterstütze Fortpflanzung ist nur Personen verschiedenen Geschlechts möglich (**§2 FMedG –** Entgegen des Buchs, bereits aufgehoben! Mit 1.1.2015 wird medizinisch unterstützte Fortpflanzung möglich sein) **§43 EPG** sieht vor das weiter justizrechtliche Vorschriften (etwa UGB, ZPO, EO, AußstrG) nunmehr auf eingetragene Partnerschaften anzuwenden sind – diese Gleichstellung gibt es auch im Erbrecht.

**II.Abschluss der Ehe**

Ehen sind nur gültig wenn sie vor Standesbeamten geschlossen werden (Grundsatzder obligatorischen **Zivilehe** §15 EheG – im staatlichen Bereich ist Kirchenrecht unbeachtlich). Parteien müssen **ehefähig sein** also einerseits geschäftsfähig (bzw Zustimmung des Obsorgeberechtigten) zweitens Ehemündig sein – welches vorsieht das ab 18 Ehemündigkeit vorliegt, jedoch a 16 bereits ein Gericht jemanden für ehemündig erklären kann, falls Reife vorliegt und der andere Ehegatte volljährig ist (**§1/2 EheG)**

Die Eheklärungen sind bei gleichzeitiger Anwesenheit von Standesbeamten von beiden Ehewilligen zu erklären. Bedingungen und Befristungen sind unwirksam – bei Eheverboten (**siehe unten)** darf der Standesbeamte nicht trauen.

**III. Wirkungen der Ehe**

Die persönlichen Rechte und Pflichten der Ehegatten sind gleich (**§89)** Die Ehegatten sollen hiebei – in Bezug auf Kindeserziehung, Berufstätigkeit, Haushalt – einvernehmlich vorgehen (**§91/1)** Dabei besteht Gestaltungsfreiheit (**Familienautonomie)** denen der Gesetzgeber Schranken setzt, da er Prinzipien aufstellt deren Abgehen sittenwidrig sind (zB Treuepflicht, Beistand) Für mangelnde Einigung von Ehegatten, außer bei Namensführung gibt es keine ausdrücklichen Regelungen. Von einer vereinbarten Gestaltung der Lebensgemeinschaft kann abgegangen werden wenn nicht Kinder oder wichtiges Anliegen dazwischen stehen.

**Immaterielle Rechtswirkungen der Ehe** betreffen höchstpersönliche Lebensbereiche und können nicht erzwungen werden – Verletzungen stellen aber Eheverfehlung dar. Dazu gehören:

**Beistandspflicht:** Fürsorge, Pflege, Motivation, Auch Beistand zur Obsorge für Stiefkinder. (**§90)**

**Treuepflicht (§90):** Wird durch Ehebruch und andere sexuelle Verfehlungen verletzt – kann zur Scheidung führen (nicht zu SE für Kränkung!)

**Pflicht zum gemeinsamen Wohnen (§90)** dazu aber **§92 -**  Verlegung einer gemeinsamen Wohnung aus gerechtfertigten Gründen, wenn nicht der andere gleichgewichtige Gründe hat nicht mitzuziehen – dann gesonderte Wohnungsnahme möglich. Auch bei Unzumutbarkeit des Verhaltens eines Ehegatten ist dies vorübergehend möglich (Antrag über Wohnungsnahme wird das Verhalten auf Unrechtmäßigkeit überprüft, was im Scheidungs- und Unterhaltsverfahren relevant sein kann vgl auch **§382b/1 EO)**

**Haushaltsführung (§§95 f)** Ehegatten hab im Haushalt unter Berücksichtigung ihrer beruflichen Belastung mitzuwirken. Ist ein Ehegatte gar nicht erwerbstätig, obliegt diesem die Haushaltsführung, der andere ist zur Mithilfe verpflichtet. Der Ehegatten der den Haushalt führt und keine Einkünfte hat vertritt den anderen – außer dieser hat dem betroffenen Dritten gegenüber das Gegenteil zu erkennen gegeben – bei Rechtsgeschäften des täglichen Lebens, die er für den gemeinsamen Haushalt schließt und die den Lebensverhältnissen der Ehegatten entsprechen (**Schlüsselgewalt)** Ist die Ausübung nicht erkennbar, haften beide Ehegatten solidarisch.

**Namensrecht (§93)** Grundsätzlichen führen die Ehegatten den Namen des einen oder anderen, den sie bei Eheschließung bestimmen (im Zweifel des Mannes) Ehegatten können auch ihre bisherigen Namen weiterführen, oder vor oder nach dem Ehenamen mit Bindestrich den alten Namen anführen.

**Materielle Rechtswirkungen** (betreffen wirtschaftliche Aspekte, können idR klagsweise durchgesetzt werden bzw haben Konsequenzen auch für Dritte relevant sein können).

**Mitwirkung im Erwerb des anderen (§90/2, §98)** Eine diesbezügliche Verpflichtung besteht nur nach Maßgabe der Üblichkeit (zB im Hotel des Erwerbstätigen) und der Zumutbarkeit (eigener Beruf, Kinder etc.) Die Mitwirkung kann durch tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tätigkeiten erfolgen. Ihre (nicht einklagbare) Erfüllung – allenfalls Eheverfehlung – begründet einen **klagbaren Abgeltungsanspruch (§99)** soweit der Erwerb gewinnbringend war, die Mitwirkung nicht schon durch einen höheren Unterhalt ausgeglichen wurde und kein Vertragsverhältnis zwischen den Ehegatten bestand (**§98, §100).** Der Abgeltungsanspruch für die Mitwirkung richtet sich nicht nur nach Art und Dauer der erbrachten Leistung (wie in einem Dienstverhältnis). Die Abgeltung kann sowohl in aufrechter Ehe als auch bei Auflösung begehrt werden und verjährt 6 Jahre vom Ende des Monats der Leistungserbringung.

**Unterhalt** (**§94)** Die Ehegatten haben nach ihren Kräften und Gemäß der Gestaltung ihrer Ehe zur Deckung der Bedürfnisse gemeinsam Beizutragen, Haushalt zählt auch als Beitrag. Der Unterhaltsanspruch ergibt sich sohin als Leistungsfähigkeit (Arbeitseinkommen und Vermögenserträgnisse**)** auf der einen Seite und den Bedürfnissen (Lebensstandard, Sonderbedarf) andererseits. Beide Teile müssen ein zumutbares Einkommen erzielen, ansonsten wird der Unterhaltsbemessung ein fiktives erzielbares Einkommen zugrunde gelegt (**Anspannungstheorie).** Die Praxis setzt sich über die an Leistungsfähigkeit und Bedarf hinweg – da sie Prozentsätze zugrunde legt: **33% vom Nettoeinkommen**  wenn der Unterhaltsberechtigte keine Einkommen, **40%** von der Summe **beider Einkommen** abzüglich Eigeneinkommen des Unterhaltsberechtigten. (Siehe Bsp Seite 261)

Von den Erwähnten Prozentsätzen werden Abzüge bei gleichzeitiger Unterhaltspflicht für Kinder vorgenommen. Auf Verlangen des Unterhaltsberechtigten ist auch während aufrechter Ehe ganz oder zum Teil in Geld zu leisten, soweit die nicht unbillig ist (**§94/3)** Der unterhaltsberechtigte Teil verliert seinen Anspruch nicht dadurch dass der gemeinsam Haushalt aufgehoben wird, es sei denn die Geltendmachung des Anspruchs wäre rechtsmissbräuchlich (zB Umzug zum Liebhaber). Ist ein Ehegatte nicht in der Lage Beiträge zu leisten, steht ihm dennoch ein Unterhaltsanspruch gegen den anderen zu. Auch in diesem Fall kann der Anspruch wegen Missbrauch abgelehnt werden. Auf Unterhalt kann im Vorhinein nicht verzichtet werden, wohl aber auf einzelne Unterhaltsbeträge. Vgl **§950** Schenkungen - Unterhalt

***Wohnrecht (§97)*** Ist ein Ehegatte über die Wohnung verfügungsberechtigt die dem dringenden Wohnbedürfnis des anderen dient, hat er alles zu unterlassen und vorzukehren damit die Wohnung nicht verloren wird. Er darf das Wohnrecht auch nicht beschränken, der Anspruch des wohnberechtigte Ehegatten ist obligatorisch – richtet sich also nur gegen den anderen Ehegatten, aber nicht gegen Dritte daher hat der Ehegatte nur Ansprüche gegen den anderen. (SE-Pflicht), der Erwerber haftet SE rechtlich nach den Grundsätzen der Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (siehe oben – besitzverstärktes Recht!)

**Ehegüterrecht** Der gesetzliche Güterstand ist (mangels anderer Vereinbarung) die **Gütertrennung (§§1233,1237),** jeder Ehegatte bleibt während aufrechter Ehe Eigentümer der eingebrachten Sache / des im eigenen Namen erworbenen Vermögens. **Ehepakte** können diesen Güterstand ändern, vor allem in Form der **Gütergemeinschaft** (**§1217/2)**. Ehepakte werden zwischen den Ehepartner vereinbart, vor Ehe errichte Pakte sind nur gültig wenn die Ehe später tatsächlich geschlossen wirrd. Gütergemeinschaft kann allgemein oder beschränkt sein – im Zweifel wird das **gegenwärtige** Vermögen als betroffen angenommen (**§1233 iVm §1177)** Der Ehepakt muss in Form eines Notariatsakts geschlossen werden und bildet dann den titel für den Erwerb von Miteigentum der Ehegatten am betroffenen Vermögen – im Zweifel ist 50:50 bei Anteilen anzunehmen. Alleine darf niemand über seinen Anteil verfügen, Sachenrechtlich wäre dies aber möglich (SE-Pflicht, Eheverfehlung) außer es bestehen Belastungsverbote gem **364c.** Auch Schulden sind Teil der Gütergemeinschaft außer bei **beschränkter Gütergemeinschaft.** Im Falle des Todes eines Ehegatten in Gütergemeinschaft werden erst Schulden abgezogen um das Aktivvermögen zu bilden – dann steht dem anderen Ehegatten sein Anteilsverhältnis zu, der Rest fließt in den Nachlass. Im Falle der Aufhebung oder Scheidung wird eine einvernehmliche Lösung der Ehegatten versucht zu erreicht, falls nicht möglich wird die Verschuldensfrage gestellt - sind beide ohne bzw gleichteilig Schuld sind Ehepakte als aufgehoben anzusehen, jeder erhält das Eingebrachte zurück. (**auch bei Nichtigkeit §1265)** Ist hingegen jemand überwiegend Schuld kann er auch Teilung wie beim Tod fordern (**§1266).**

**Heiratsgut,** welches einem Ehepakt ähnlich war wurde beseitigt (**Ausstattungsanspruch §§1220-1223 siehe unten)**

**IV. Beendigung der Ehe**

**1.Nichtigerklärung**

Auf Antrag des Staatsanwalts oder eines Ehegatten (**§28 EheG)** kann die Ehe gem **§20 EheG** aus folgenden Gründen für **nichtig**  erklärt werden (ohne Urteil kann sich niemand auf die Nichtigkeit berufen **§27 EheG)** :

**a.Formmangel** – Ehe entspricht nicht Formvorschriften des **§17 EheG**

**b.Geschäftsunfähigkeit (§22 EheG)**

**c.Namens- und Staatsangehörigkeitsehe (§23 EheG)**

**d.Bigamie (§24 EheG, §43 EheG)**

**e.Blutsverwandtschaft (§25 EheG)**

In den Fällen a-c kann Nichtigkeit geheilt werden, (idR durch Zusammenleben der Ehegatten) Im Fall d kann die Nichtigkeitsklage nicht mehr erhoben werden, wenn beide Ehegatten tot sind, d und c heilen aber niemals.

**Trotz Nichtigerklärung** der Ehe entfaltet sie Rechtswirkungen – Kinder gelten als ehelich, Dritte die im Vertrauen darauf Rechte erworben haben gelten als geschützt. Hat auch nur ein Ehegatte bei der Heirat die Nichtigkeit nicht gekannt, so gelten für die vermögensrechtlichen Beziehungen Scheidungsfolgen – wer die Nichtigkeit kannte wird als schuldiger Ehegatten behandelt (**§31/1 EheG)**. Wussten beide Teile von der Nichtigkeit sind gegenseitige Leistungen bereicherungsrechtlich zurückzustellen, da ja kein Rechtsgrund für die erbrachten Leistungen mehr besteht. Der Ehegatte, der die Nichtigkeit nicht kannte kann dem anderen binnen sechs Monaten nach rechtskräftiger Nichtigerklärung dass es für ihn bei den Folgen der Nichtigkeit bleiben soll (**§31/2 EheG)** Der schuldlose Ehegatte kann für die Nichtigerklärung entstandenen Schaden vom anderen als Schadenersatz verlangen, wenn dieser die Nichtigkeit kennen musste.

Abb Seite 264 **Nichtigerklärung der Ehe**

**2. Aufhebung**

Ein Ehegatte kann gem §§33, 34 EheG aus folgenden Gründen die gerichtliche Aufhebung (wirkt **ex nunc statt ex tunc** bei der Nichtigkeit!!) begehren.

**a)Mangelnde Einwilligung**

**b)Irrtum über die Eheschließung** oder **Person** des anderen

**c) Irrtum über Umstände (zB** geistige Erkrankungen) die die Person des anderen betrefen und die bei Kenntnis der Sachlage und richtiger Würdigung des Wesens der Ehe davon abgehalten hätten (**§37 EheG)**

**d) Arglistige Täuschung** über Umstände die den Ehegatten bei Kenntnis der Sachlage und richtiger Würdigung des Wesens der Ehe davon abgehalten hätten (über Vermögensverhältnisse jedoch unbeachtlich (**§ 38 EheG)**

**e) Drohung** egal wer gedroht hat, oder ob die Drohung überhaupt ankam

Auch **Aufhebungsgründe** können geheilt werden (**idR** durch Fortsetzung der Ehe nach Wegfall der Gründe), dafür ist es erforderlich dass der aufhebungsberechtigte Ehegatte die aufhebungsgbegründenden Tatsachen, ihre Tragweite und sein Aufhebungsrecht kennt.

Die Folgen richten sich nach Scheidungsfolgen – in a-c ist der schuldig der die Aufhebungsgründe kannte, d-e derjenige der das Verhalten gesetzt hat (**§42 EheG – Fristen §§40 f EheG)**

Eine frühere Ehe wird immer aufgelöst, wenn ein Ehegatte als tot erklärt wurde und der andere eine neue Ehe eingeht (egal ob er tatsächlich lebt oder nicht - **§§44/1, 43/2 EheG**)

**3.Scheidung**

***a)Scheidungsgründe***

*aa)Verschuldensscheidung*

Scheidung kann begehrt wenn der andere durch eine schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses / unsittliches Verhalten die Ehe so tief zerrütet hat dass die Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Zerrüttung liegt vor wenn die objektive Beendigung der Lebensgemeinschaft mindestens einem Ehegatten erkennbar ist. Eine Eheverfehlung ist schuldhaft, wenn sein Verhalten ihm zurechenbar ist – schwere Eheverfehlungen sind vor allem Ehebruch, Gewalt, seelisches Leid. Gewalt ist auch niemals „milieubedingt“ gerechtfertigt. Der schuldhafte Ehegatte kann die Scheidung nicht begehren vor allem wenn durch die Verfehlung Konsequenzen (etwa Lieblosigkeit) folgen, vor allem wenn sein Begehren sittlich nicht gerechtfertigt wäre. Auch sind beiderseitige Eheverfehlungen in ihrer Gesamtheit gegenüberzustellen (zB Lieblosigkeit über Jahre vs Ehebruch: gleichteiliges Verschulden)

*bb) Scheidung aus anderen Gründen*

**auf geistiger Störung beruhendes Verhalten** kann zu einer Zerrüttung führen, das Verhalten selbst ist der Scheidungsgrund – nicht die geistige Störung selbst.

**Geisteskrankheit** führt dann zu einer Scheidung wenn die **geistige Gemeinschaft** zwischen den Ehegatten aufgehoben ist und eine Wiederherstellung nicht mehr erwartet werden kann. Die Scheidung hängt nicht davon ab ob ehewidriges Verhalten gesetzt wurde

**Leider ein Ehegatte** an einer **schweren ansteckenden oder ekelerregenden** Krankheit und ist ihre Heilung oder Beseitigung der Ansteckungsgefahr in absehbarer Zeit nicht erwartet kann Scheidung begehrt werden (**§52 EheG)**

**In diesen drei Fällen darf nicht geschieden werden**, wenn das Scheidungsbegehren sittlich nicht gerechtfertigt ist, was anzunehmen ist wenn die Auflösung der Ehe den anderen außergewöhnlich hart treffen würde (**Härteklausel)** Dies richtet sich nach Umständen wie Dauer der Ehe, Anlass der Erkrankung so etwa greift die Klausel nicht bei Ansteckung von Aids bei Ehebruch.

**Auflösung der häuslichen Gemeinschaft** kann ein Grund für Scheidung sein, wenn diese drei Jahre aufgehoben und die Ehe dann von einem Ehegatten wegen unheilbarer Zerrüttung aufgehoben werden soll. Auf ein Verschulden kommt es nicht an. Die dreijährige Frist beginnt von neuem zu laufen wenn auch nur für kurze Zeit die Gemeinschaft wiederaufgenommen wird. Dem Scheidungsbegehren ist nicht stattzugeben wenn das Gericht zur Überzeugung kommt das eine Wiederherstellung einer Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft erwartet werden kann. Dem Scheidungsbegehren ist auch nicht stattzugeben wenn der Antragssteller die Ehe allein oder überwiegend zerrüttet hat und den beklagten Ehegatten die Scheidung härter treffen würde (auch hier also **Härteklausel).**Auch hier ist wieder auf alle Umstände des Falls wie Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft, Alter, Kinder Bedacht zu nehmen. Nach sechs Jahren Auflösung der häuslichen Gemeinschaft ist dem Begehren auf jeden Fall stattzugeben (**§55 EheG)**, es kommt zu keiner Interessenabwägung.

**Einvernehmliche Scheidung** kann gemeinsam begehrt werden wenn die **eheliche Lebensgemeinschaft (nicht häuslich!)** der Ehegatten **seit mindestens einem halben Jahr** aufgehoben ist, beide sich die Zerrüttung eingestehen und Einvernehmen über die Scheidung herrscht (**§55a/1 EheG)** Geschieden werden darf aber nur wenn eine schriftliche Vereinbarung über Aufenthalt bzw Obsorge der Kinder, sowie Unterhalt und Recht des persönlichen Verkehrs geregelt wurden, sowie die vermögensrechtlichen Ansprüche zueinander vorliegt oder vor Gericht geschlossen wird. Einer Vereinbarung bedarf es nicht wenn schon eine Gerichtsentscheidung vorliegt, hinsichtlich des persönlichen Verkehrs der Kinder können sie sich diese Regelung jedoch vorbehalten. **Einigung der Ehegatten ist ein Vergleich.**

***b) Scheidungsausschluss***

Wird die Verfehlung als nicht ehestörend angesehen oder verziehen (nur höchstpersönlich, aber auch konkludent möglich) ist die Verschuldensscheidung ausgeschlossen (**§56 EheG). Alle Eheverfehlungen** sind **relativ,** daher nur geltend zu machen wenn sie die Gemeinschaft verletzt haben (Bis 1999 auch absolute Gründe!) Auch ein Verzicht in Hinblick auf **bisherige Scheidungsgründe**  schließt Scheidung aus.

Das Recht auf Scheidung erlischt auch wenn die Klage nicht fristgerecht erhoben wurde – sechs Monate ab Kenntnis des Scheidungsgrundes, welche allerdings nicht läuft wenn die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist. Auch wird fortgesetztes ehewidriges Verhalten als Verlängerung gesehen so dass auf die letzte Handlung abzustellen ist. Bei Aufforderung des schuldigen Ehegatten auf Wiederherstellung oder Klage läuft die Frist ab diesem Zeitpunkt. Allgemein verjährt sie aber nach 10 Jahren (**§57 EheG)**, unabhängig von Kenntnis des Scheidungsgrundes. Verfristete Eheverfehlungen können aber für den Verschuldensausspruch Bedeutung erlangen (**§59/2 EheG)**

***c) Scheidungsverschulden***

Scheidungsfolgen hängen vom Verschulden ab – unterschieden wird auch nach Verschuldensscheidung und aus anderen Gründen:

*aa) Verschuldensscheidung*

Wird die Ehe wegen **Verschuldens des Beklagten geschieden** so ist dies im Urteil auszusprechen (**§60/1 EheG)** Hat der Beklagte Widerklage erhoben (also auch seinerseits Scheidungsklage wegen Verschuldens) und wird die Ehe wegen **Verschuldens beider Ehegatten** geschieden, so sind beide schuldig. Schwereres Verschulden ist auch als überwiegend anzumerken. Auch ohne Widerklage ist auf Antrag des Beklagte Mitschuld des Klägers auszusprechen (**Mitverschuldensantrag)** wenn die Ehe wegen einer Verfehlung des Beklagten geschieden wird und dieser zur Zeit der Klagseinbringung oder später auf Scheidung wegen Verschulden klagen hätte können. Sogar wenn das Recht zur Klage bereits verloren war (zB durch Verfristung) ist dem Antrag stattzugeben wenn dies der Billigkeit entspricht (**§60 EheG)**

*bb) Scheidung aus anderen Gründen*

Entspricht größtenteils der Verschuldensscheidung, inklusive Mitverschuldensantrag. (bei **§§50-52 EheG)** Bei **§55 EheG (häusliche Gemeinschaft)**  ist ein Verschulden im Urteil auszusprechen wenn auf Antrag des Beklagten der Kläger die Zerrüttung überwiegend verschuldet hat. **(§61/3 EheG)**

***d) Scheidungsfolgen***

***aa)*** *Namensrecht*

Es kann dem Standesbeamten gegenüber erklärt werden einen früheren Namen anzunehmen – falls Nachkommenschaft aus einer früheren Ehe besteht darf auch daraus ein Name abgeleitet werden. (**§93a)** Grds behalten aber Geschiedene ihren Ehenamen.

*bb) Unterhalt*

*aaa) Unterhaltstatbestände*

Auch hier wird zwischen Verschuldensscheidung und aus anderen Gründen unterschieden:

*Aaaa) Verschuldensscheidung*

**Unterhalt bei alleinigem / überwiegenden Verschulden (§66 EheG)**: Der schuldige Ehegatten hat dem anderen, soweit dessen Einkünfte aus Vermögen und die Erträgnisse aus Erwerbstätigkeit, für die Umstände die erwartet werden können, nicht ausreichen, ist den nach den Lebensverhältnissen des Ehegatten angemessener Unterhalt zu gewähren (Zur Berechnung siehe oben mit **Anspannungstheorie und Prozentsätzen)** Würde allerdings der schuldige Ehegatte seinen eigenen Unterhalt gefährden, so braucht er nur so viel zu leisten als es mit Rücksicht auf seine Bedürfnisse der **Billigkeit** entspricht. **Auch** Unterhaltsansprüche gegenüber neuen Ehegatten und minderj. unverheirateten Kindern sind zu berücksichtigen (**§67/1).** Überhaupt ist ein Ehegatte bei Gefährdung des eigenen Unterhalts ganz von der Unterhaltspflicht befreit, wenn derandere vom Stamm seines Vermögens (**§67/2 EheG)** oder soweit dessen Verwandte in der Lage sind Unterhalt zu leisten (**§71 EheG)**

**Unterhalt bei gleichem Verschulden (§68 EheG)**: Sind beide Ehegatten schuld an der Scheidung, trägt aber keinr die überwiegende Schuld so gebührt kein Unterhalt, es gebührt aber demjenigen der sich nicht selbst erhalten kann ein **Unterhaltsbeitrag** wenn dies unter Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens / Erwerbsverhältnisse des anderen der Billigkeit entspricht. Die Beitragspflicht kann zeitlich begrenzt werden und liegt deutlich unter dem angemessenen Unterhalt nach **§66 (ca 15% des Nettoeinkommens)**

**Unterhalt unabhängig vom Verschulden (§68a EheG)** Soweit und solange einem geschiedenen Ehegatten auf **Grund der Pflege und Erziehung gemeinsamer Kinder** unter Berücksichtigung dessen Wohles nicht zugemutet werden kann sich selbst zu erhalte ist ihm unabhängig vom Verschulden (auch bei alleinigem) ein Unterhalt nach dessen Lebensbedarf (liegt nach hA zwischen **§68 EheG und §66 EheG** Unterhalt). Die Unzumutbarkeit wird bis zum fünften Lebensjahr vermutet (**§68a/1 EheG)**. Auch wenn ein Ehegatte sich während der ehelichen Lebensgemeinschaft der Haushaltsführung, Pflege und Erziehung oder Betreuung der Angehörigeneines der Ehegatten gewidmet hat und ihm daher aufgrund des dadurch verursachten **Mangels an Erwerbsmöglichkeiten** (etwa wegen mangelnder Fortbildung)eine Selbsterhaltung nicht zugemutet werden kannso hat ihm der andere Ehegatte auch unabhängig vom Verschulden den Unterhalt nach dessen Lebensbedarf zu gewähren (**§68a/2 EheG)**. Allerdings ist der Anspruch des **§68a** immer zu begrenzen wenn dieser unbillig ist (etwa weil die Eheverfehlung so schwer war) oder er sich selbst die Bedürftigkeit verschuldet hat, im Fall des Abs 2 **auch weil die Ehe nur kurz gedauert hat.** Je gewichtiger die Gründe, desto eher wird verlangt dass der Bedürftige sich selbst versorgt vom Stamm des Vermögens oder „unzumutbaren“ Erwerbstätigkeit

*Bbbb)Scheidung aus anderen Gründen*

Wird die Ehe nach §§50-52 EheG geschieden und enthält einen Schuldausspruch gem **§61 EheG** so gelten §§66, 67 EheG entsprechend (§**69/1 EheG).** Ist die Ehe **nach §55 EheG** geschieden worden und trifft den Kläger Zerrütungsverschulden (Ausspruch nach **§61/3 EheG)** so gilt für den Unterhaltsanspruch des beklagten Ehegatten auch nach der Scheidung der §94 (Unterhalt nach ABGB während aufrechter Ehe). Der Unterhalt wird also bemessen als wäre die Ehe nicht geschieden, dies hat den Vorteil das wenn er bisher nicht berufstätig war auch weiter nicht abreiten muss (Siehe **§66 EheG – zumutbare Erwerbstätigkeit)**. Dazu kommt auch dass bei der Berücksichtigung der Unterhaltspflicht des Verpflichteten ein neuer Ehegatte nicht berücksichtigt wird (**§69/2 EheG).** Daher geht der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegattens dem neuen vor, nur unter gewissen Umständen(Alter, Wohl der Kinder, Gesundheit) ist er nach Billigkeit zu berücksichtigen. Dem Berechtigten gebühren ferner jedenfalls Krankenversicherungsbeiträge.

**Ohne Schuldausspruch** hat der Ehegatte, der die Scheidung verlangt, dem anderen Unterhalt zu gewähren, wenn und soweit die mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens- / Erwerbsverhältnisse der geschiedenen Ehegatten und der unterhaltspflichtigen Verwandten der Billigkeit entspricht (**§69/3 EheG,** auch eine Billigkeitshaftung)

Siehe Abbildung Seite 273 für Scheidun

*Bbb)Art der Unterhaltsgewährung*

Unterhalt ist durch Zahlung einer **Geldrente monatlich im Voraus** zu gewähren. Statt der Rente kann der Berechtigte eine Abfindung in Kapitel verlangen wenn ein wichtiger Grund vorliegt und der Verpflichtete dadurch nicht unbillig belastet wird (**§70 EheG)**

Der unterhatspflichtige Ehegattet haftet vor den **Verwandten (**siehe **§67 EheG).** Diese haften also nur soweit kein Scheidungsunterhalt gebührt, aber auch wenn Durchsetzung des Anspruchs im Inland ausgeschlossen ist. In diesem Fall geht der Anspruch des unterhaltsberechtigten Ehegatten gegen den unterhaltspflichtigen Ehegatten auf den Verwandten über. (**§71 EheG)** Zur Haftung Dritter die der Unterhaltspflichtige beschenkt hat **- §950.**

Für die **Vergangenheit** kann der Berechtigte Erfüllung oder SE wegen Nichterfüllung erst Verlangen wenn der Unterhaltspflichtige in Verzug gekommen ist oder der Unterhaltgerichtsanhängig geworden ist. Di einjährige Frist ist nun auf eine dreijährige geändert worden.

*ccc) Begrenzung*

Ein Unterhaltsberechtigter der infolge sittlichen Verschuldens bedürftig ist darf nur **notdürftigen Unterhalt** verlangen – Mehrbedarf durch grobes Verhalten begründet keinen Anspruch.

Zu einer **Verwirkung** des Unterhaltsanspruchs kommt es wenn nach der Scheidung eine schwere Verfehlung gegen den Verpflichteten erfolgt oder gegen dessen Willen ein unsittlicher Lebenswandel erfolgt. Der Unterhaltsanspruch **erlischt** wenn der Berechtigte heiratet **(§75 EheG)**, eine Lebensgemeinschaft für zum Ruhen des Anspruch dies nach hA auch wenn die Lebensgemeinschaft keine wirtschaftliche Vorteile bringt.

Der Unterhaltsanspruch erlischt mit dem Tod des Berechtigten (**§77 EheG)**, geht aber grundsätzlich bei Tod des Verpflichteten (Ausnahme **§68 EheG)** als Nachlassverbindlichkeit auf dessen Erben über, kann aber beschränkt werden ja nach Verhältnissen und Mitteln des Nachlasses (**§78 EheG)**

*Ddd) Unterhaltsvereinbarungen*

Innerhalb der Schranken der guten Sitten können in oder nach Ehe Unterhaltsvereinbarungen getroffen werden (**§80 EheG)**. Soweit dieser in einem Rahmen wie der gesetzliche Unterhalt ust, wird dieser als gesetzlicher behandelt.

**Unterhaltsvereinbarungen kann auch im Verzicht bestehen.**  Solch ein Verzicht ist jedoch sittenwidrig wenn er sich auf den Unterhalt für den Fall unverschuldeter Not bezieht, was bedenklich ist (**pacta sund servanda und Rechtssicherheit)** da solch eine Vereinbarung oft große Vorteile (zB Vermögensvorteile) in anderen Bereichen bringt.

*Eee) Vorbehaltsklausel*

Jede Unterhaltsregelung steht unter **Vorbehalt geänderter Verhältnisse,** kann daher grundsätzlich von jedem Ehegatten neubemessen werden wenn sich Bedarf und Einkommen wesentlich und dauerhaft ändern. So etwa kann der Berechtigte bei Mehrverdienst des anderen eine Erhöhung des Unterhaltserhöhung fordern. Das ist problematisch: erstens gibt es keine Deckelung wie beim Kindsunterhalt, zweites profitiert der Berechtigte auch Jahre nach der Scheidung von geschicktem Wirtschaften etwa obwohl er (nicht wie in der Ehe) nichts dazu beiträgt.

*cc) Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und Ersparnisse*

*aaa) Gegenstand der Aufteilung*

Nach der Scheidung sind die ehelichen Ersparnisse und das Gebrauchsvermögen aufzuteilen, auch Schulden sind einzuberechnen. Das Gebrauchsvermögen sind bewegliche und unbewegliche körperliche Sache der während ehelicher Lebensgemeinschaft dem Gebrauch beider Ehegatten gedient haben – etwa die Ehewohnung und der Hausrat. **Eheliche Ersparnisse** sind Wertanlagen welche während der ehelichen Lebensgemeinschaft angesammelt wurden und die ihrer Art überlicherweise für eine Verwertung bestimmt sind (**§81 EheG)** Etwa Spareinlagen, Wertpapiere, Geld, Liegenschaften (nicht SE-Ansprüche Rsp). Die Bewertung der ehelichen Ersparnisse und des Gebrauchsvermögens richtet sich nach dem **Zeitpunkt der Auflösung der Lebensgemeinschaft nicht nach der Ehe,** da nur Vermögenswerte die gemeinschaftlich erwirtschaftet wurden berücksichtigt werden sollen.

**Ausgenommen von der Aufteilung** sind (**§82 EheG)**:

-Geschenkte bzw. von Todes wegen erworbene Sachen (Gegenausnahme für Hausrat und Wohnung falls Bedarf vom anderen oder Kindern besteht oder eine Vereinbarung zur Einbeziehung der Ehewohnung getroffen wurde (**§82/2 EheG)**

-Sachen die dem persönlichen Gebrauch allein oder der Ausübung seines Berufes dienen

-zu einem Unternehmen gehören

-Anteile an einem Unternehmen, ausser reine Wertanalgen (zB Aktien)

*Bbb) Aufteilungsgrundsätze*

Die Aufteilung soll so erfolgen, dass sich die Lebensbereiche der Geschiedenen möglichst wenig berühren und wird nach **Billigkeit** vorgenommen. Das Scheidungsverschulden soll keine Rolle für die Aufteilung spielen, es ist aber auf Umfang des Beitrags jedes Ehegatten zu Anschaffung des Gebrauchsvermögens und das Wohl der Kinder Bedacht zu nehmen. Als Beitrag sind auch sind auch die Leistung des Unterhalts, die Mitwirkung im Erwerb soweit nicht anders abgegolten wird, Haushaltsführung und Kinderbetreuung sowie ehelicher Beistand zu werten (**§83 EheG)**

*Ccc) Einvernehmliche und gerichtliche Aufteilung*

Ehegatten können die Aufteilung im Scheidungsverfahren **einvernehmlich** regeln, **Nach §97 EheG** bedürfen **Vorwegvereinbarungen über** ehelicher Ersparnisse oder die Ehewohnung der Notariatsaktform, über das übrige Gebrauchsvermögen zumindest Schriftform. Von diesen Vereinbarungen kann das Gericht nur bei unbilliger Benachteiligung abweichen. Von der Vereinbarung bezüglich der Ehewohnung kann nur abgewichen werden, soweit der andere Ehegatte oder ein gemeinsames Kind seine Lebensbedürfnisse nicht hinreichend decken kann oder eine deutliche Verschlechterung der Lebensverhältnisse hinnehmen müsste. Dabei ist auf die Umstände wie Dauer der Ehe und Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse sowie Rechtberatung der Vereinbarung und Form derselben.

Soweit die Ehegatten bezüglich der Aufteilung kein Einvernehmen erzielen, kann jeder Ehegatte innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Ehe einen gerichtlichen Antrag (**§§85,95 EheG)** Das Gericht hat dann nach den oben genannten Grundsätzen eine billige Aufteilung herbeizuführen. So kann Eigentumsübertragung angeordnet, dingliche Rechte begründet werden oder schuldrechtliche Rechtsverhältnisse an Sachen des anderen angeordnet werden. Steht eheliches Gebrauchsvermögen jedoch im Eigentum eines Dritten ist dessen Zustimmung zur Übertragung. Das Gericht kann auch zur Schuldentragung verpflichten oder Ausgleichszahlungen anordnen wenn die Aufteilung nicht realiter durchgeführt werden kann (**§94 EheG).**

Sondervorschriften bestehen insb für die Kredithaftung und Ehewohnung. Wird von Gericht oder Ehegatten entschieden wer Kreditverbindlichkeiten weiterzahlen soll (Hauptschuldner bleibt), für die beide haften, hat das Gericht auf Antrag des Gläubigers auszusprechen das der andere Ehegatte Ausfallsbürge wird. Für die Ehewohnung kann das Gericht anordnen dass ein Ehegatte an Stelle des anderen in das der Ehewohnung zugrunde liegende Rechtsverhältnis eintritt. Bei Dienstwohnungen ist Zustimmung des Dienstgebers erforderlich. Übertragung des Eigentums oder dinglichen Rechts an der Ehewohnung kann vorab durch Vereinbarung ausgeschlossen werden (**opting-out §87/1).**

*Ddd) Umgehung der Aufteilung*

Hat ein Ehegatte ohne Zustimmung des anderen frühestens zwei Jahre vor Einbringung der Scheidungsklage, oder vor Aufhebung der Lebensgemeinschaft eheliches Gebrauchsvermögen oder Ersparnisse verringert die der Gestaltung der Lebensverhältnisse in ehelicher Lebensgemeinschaft widerspricht, ist der Wert des Fehlenden in die Aufteilung einzubeziehen. Ebenfalls ist etwas das in ein Unternehmen, an dem einem oder beiden Ehegatten ein Anteil zusteht eingebracht oder verwendet wurde bei der Aufteilung zu berücksichtigen, allerdings sind Vorteile zu berücksichtigen sowie ob die eingebrachten Vermögenswerte aus den Gewinnen eds Unternehmens stammten, auch darf der Unternehmensbestand nicht gefährdet werden (**§91 EheG)**

**C. Kindschaftsrecht**

**I. Eheliche Kinder**

**1.Abstammung des Kindes von Vater und Mutter**

**Mutter** ist die Frau die das Kind geboren hat **(§137b), dies gilt auch für –** in Österreich unerlaubte – **Leihmütter (§ FMedG)**. Vater (**§138/1)** ist der Mann der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet ist oder als Ehemann nicht früher als 300 Tage vor Geburt verstorben ist. Auch kann Vaterschaft anerkannt oder gerichtlich festgestellt werden.

Kinder sind **Ehelich** wenn sie während aufrechter Ehe oder längstens binnen 300 Tage nach Tod des Ehemanns, Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe und der frühere Ehemann als Vater anerkennt oder gerichtlich festgestellt wird.

Im Rahmen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung gilt: bei **homologer Insemination (**Samen des Ehemanns) gilt das Kind als ehelich bei **heterologer Insemination (**Samen eines Dritten) muss der Ehemann mittels Einverständnis in Notariatsaktform Ehelichkeit betätigen und kann sie gem **§157** nicht mehr bestreitreiten (**§8 FMedG** anders bei Einwilligung in „natürliche Zeugung“ des Dritten)

**2. Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann**

Die Abstammung kann vom Ehemann der Mutter oder vom Kind durch einen **Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann (**§156) beseitigt werden. Die Abstammung kann auch aufgehoben werden wenn **Vaterschaft eines anderen Mannes** festgestellt **oder durchbrechendes Vaterschafsanerkenntnis** abgegeben wird. Auf das Abstammungsverfahren werden die Vorschriften des **AußStrg** angewendet, Antragsrechte des Staatsanwalts in Ehelichkeitsbestreitungssachen gibt es nicht mehr. Frist für die Bestreitung sind 2 Jahre nach Kenntnis der dafür sprechenden Umstände, wobei diese gehemmt ist solange der antragsberechtigten Person die Eigenberechtigung fehlt (angeknüpft wird hier an die Einsicht- und Urteilsfähigkeit). Nach 30 Jahren kann auf jeden Fall keine Änderung mehr außer vom Kind vorgenommen werden (**§158/3). M**inderjährige und besachwaltete Personen können (mit Einsichtsfähigkeit) mit Zustimmung der gesetzlichen Vertreter selbst handeln. Umgekehrt bedarf der gesetzliche Vertreter der Einwilligung der beschränkt geschäftsfähigen Person.

**3. Rechte und Pflichten**

*a) Allgemeines*

Rechte und Pflichten der Eltern sind grundsätzlich gleich (**§137/3)**. Sie haben bei der Erziehung und beim Wohlergehen einvernehmlich vorzugehen (**§144)**. Das **Kindeswohl ist Mittelpunkt des Kindschaftsrechts.**

Sämtliche Entscheidungen der Eltern und Pflegschaftsgericht haben sich daran zu orientieren. Bedürfnisse und Persönlichkeit sowie Fähigkeiten sowie Lebensverhältnisse der Eltern sind zu berücksichtigen (**§178a).** Bei der Ausübung der Rechte und Pflichten ist auch das Verhältnis des Kindes zu anderen Personen die auch Rechte und Pflichten zu dem Kind haben nicht zu erschweren. Es sind auch Rechte von Kindern die im BVG verankert sind zu berücksichtigen.

Kindeswohl ist dabei nicht nur von den Eltern zu beachten, auch jede Person die im gemeinsamen Haushalt mit einem Elternteil lebt und in einem familiären Verhältnis zu diesem Elternteil steht das Kindeswohl zumutbar zu schützen (Etwa Onkel, Lebensgefährten). Beistandsberechtigt ist jedoch alleine das Kind (also nicht Lebensgefährt zu Lebensgefährte)

Eltern und Kinder haben einander **beizustehen und Achtung entgegenzubringen (§137/2)** – diese höchstpersönlichen Rechte und Pflichten können nicht durchgesetzt werden aber zB Konsequenzen für den Unterhalt haben.

Das Kind erhält den gemeinsamen Familiennamen – gibt es keinen wird der Familienname den die Eltern dem Standesbeamten oder vor Eheschließung in einer beglaubigten Urkunde zum Familiennamen der aus der Ehe stammenden Kinder bestimmt haben. Mangels Bestimmung gilt der Familienname des Vaters. Der **Gerichtsstand** ist jener der Eltern, mangels einem gemeinsamen wird auf den Elternteil abgestellt dessen Haushalt das Kind angehört.

*b) Unterhalt*

*aa) Kinder gegenüber Eltern*

Die Eltern haben zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten etc. nach dem **Anspannungsgrundsatz (siehe oben)**  anteilig beizutragen, wobei nicht 50:50 geteilt werden kann. So leistet der haushaltsführende Elternteil dadurch seinen Beitrag, kann aber falls der andere Elternteil die Bedürfnisse nicht voll decken kann auch einen weiteren Beitrag zu leisten. Der Anspruch des Kindes mindert sich mit eigenen Einkünften und mit zunehmender **Selbsterhaltungsfähigkeit (§140).** Gemäß **§42 KBGG** ist das Kinderbetreuungsgeld nicht als Einkommen des Kindes oder des Elternteils zu berücksichtigen.

Die Praxis operiert auch bezüglich des Kindesunterhalts mit Prozentsätzen, je nach Alter und Anzahl der Sorgepflichten zwischen 16%-22% des Nettoeinkommens. (Insolvenzverfahren mindert die Unterhaltspflicht nicht **Rsp)**. Die **Playboygrenze** beschränkt allerdings den Unterhalt mit 2 1/2 fachen des jährlich nach Altersstufen bemessenen Regelbedarfs. Da diese Grenze den Zweck hat Überalimentierung zu verhindern, kann Sonderbedarf die Grenze erhöhen.

Prozentsätze werden erst dann relevant wenn das Kind nicht im Haushalt des Unterhaltspflichtigen wohnt (davor ist Unterhalt in natura zu leisten). In diesem Fall hat das Kind, bei einem bestehenden Exekutionstitel gegen den Unterhaltsschuldner, das Recht auf **Unterhaltsvorschüsse (vgl §§3 f UVG)**, wenn trotz Exekution nicht zur Gänze geleistet wird und ein Exekutionsantrag glaubhaft bewiesen werden kann bzw wenn eine Durchsetzung aussichtlos scheint. Der Jugendwohlfahrtsträger vertritt das Kind und hat auch die Hereinbringung der gewährten Vorschüsse bei Unterhaltsschuldner zu betreiben (**§31 UVG)**

Eigenes Einkommen ist auf den Unterhalt anzurechnen (auch Vermögenserträgnisse), wenn das Kind einen **Enterbungsgrund setzt** ist auf **notdürftigen Unterhalt** zu reduzieren (**§795 Analog)**.

Auch der Kindesunterhalt steht unter der Vorbehaltsklausel (Siehe oben Unterhalt, **clausula rebus sic stantibus)** des Unterhalts, kann daher jederzeit an sich ändernde Parameter angepasst werden – Eine solche Änderung kann sogar rückwirkend (vgl §1480 Fristen) geltend gemacht werden.

Auf den Unterhaltsanspruch an sich kann nicht verzichtet werden, jedoch auf einzelne Teilansprüche. Er endet mit **Selbsterhaltungsfähigkeit** des **Kindes (§140/3).** Dies kann je nach Anlagen und Fähigkeiten (etwa Studium oder frühe Vollzeitbeschäftigung unter 18) früher oder später als 18 sein.

**Stirbt ein Elternteil** geht die Unterhaltsverpflichtung bis zum Wert der Verlassenschaft auf Erben über, in diesen Anspruch ist aber alles anzurechnen was das Kind durch den Erblasser erhält (auch zB öffentlichrechtliche Leistungen wie Waisenpension)

**Ausstattung** ist ein Sonderfall des Unterhalts: Die Eltern (subsidiär Großeletern) haben ihren Kindern bei erstmaliger Verehelichung eine ihrem Vermögen entsprechende **Ausstattung** zu geben (**§§1220 ff). Damit wurden Heiratsgut, Widerlage und Morgengabe** zusammengefasst (welche nicht mehr existieren) – Ausstattung ist nun geschlechterindifferent. In der Praxis wird der Anspruch idR mit ca 25% des Jahresnettoeinkommens bemessen und verjährt in drei Jahren. Da der Anspruch unterhaltsrechtlich ist wird auch auf Ausreichende Mittel des kindes geschaut, weiter ob die Heirat gegen Wissen oder gerechtfertigten Willen der Eltern erfolgt, oder die Ausstattung bereits einmal gegeben wurde. Das Kind kann auf die Ausstattung verzichten. Bei unentgeltlicher Vermögensveräußerung des Verpflichteten kann auch die Ausstattung im Umfang des Fehlenden verlangt werden (nur bei Umgehungsabsicht – siehe **§950)**

*bb) Kinder gegenüber Großeltern*

Soweit die Eltern zur Leistung des Unterhaltes nicht imstande sind, schulden ihn die Großeltern nach den Lebensverhältnissen der Eltern angemessenen Bedürfnissen des Kindes – Unterhalt mindert sich auch hier unter Heranziehung der Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes. Außerdem ist nur Unterhalt zu leisten, sofern unter Berücksichtigung seiner sonstigen Sorgepflichten der eigene Unterhalt nicht gefährdet wird. **(§141)**

*cc) Eltern und Großeltern gegenüber Kindern*

Auch das Kind kann umgekehrt unterhaltspflichtig sein, wenn die Eltern / Großeltern nicht imstande sind sich selbst zu erhalten und ihre Unterhaltspflicht nicht gröblich vernachlässigt haben. Diese Unterhaltspflicht steht jedoch im Rang nach Ehegatten, früheren Ehegatten, Vorfahren und Nachkommen näheren Grades subsidiär nach. Mehrere Kinder haben nach ihren Kräften zu leisten, Unterhaltsanspruch mindert sich unter Heranziehung des Stammes des Vermögens der Eltern / Großeltern. Auch hier ist Unterhalt nur insofern zu leisten soweit eigener angemessener Unterhalt nicht gefährdet wird (**§143)**

*dd) Unterhaltsschutz gegenüber Dritten*

**§1 USchG** Geht jemand, der zur leistung von Unterhalt verpflichtet ist keinen Erwerb nach, und gewährt ihm ein Dritter der diese Pflciht kennt Unterhalt, ohne dazu gesetzlich verpflichtet zu sei haftet der Dritte dem unterhaltsberechtigten als Bürge (gilt für alle Unterhaltspflichten)

**§ 292e EO:** Erbringt ein Unterhaltsschuldner in einem Verhältnis Arbeitsleistungen die gering oder gar nicht vergütet werden, ist ein angemessenes Entgelt geschuldet – der Unterhaltsberechtigte kann im Wege der Exektuon darauf greifen. (Alle Unterhaltsarten)

**§ 950** vgl **§950 –** Anspruch gegen den Beschenkten wenn der Unterhaltsanspruch dadurch verkürzt wird

**Gesetzliche Informationspflichten** Dritter gegenüber dem Kind zwecks Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen bestehen nicht (**vgl §163a)** (vgl deutsche Rsp – **One-Night-Stand checkmycase.com**

***c) Obsorge***

*aa) Allgemeines*

Obsorge umfasst das Recht und die Pflicht das Kind zu pflegen und zu erziehen, sowie Vertretung des Kindes, Verwaltung seines Vermögens. Die Eltern haben einvernehmlich vorzugehen. Nicht geregelt ist, wenn kein Einvernehmen vorliegt (**vgl §176** oder evtl Mediation)

Dritte dürfen in die elterlichen Rechte nur eingreifen, als es ihnen von Eltern, Gesetz oder behördlicher Verfügung gestattet worden ist. Bei Tod, unbekannten Aufenthaltsort oder Obsorgeentzug ist der andere Elternteil allein obsorgeberechtigt. Treffen die Umstände auf den allein Obsorgeberechtigten zu ist zu entscheiden ob der andere Elternteil, Großelternpaar / teil oder Pflegeelternpaar / teil mit der Obsorge zu betrauen ist – gleiches gilt natürlich wenn beide Elternteile die oben genannten Umstände betreffen. (**§145)** Wie immer ist bei der Entscheidung auf das Kindeswohl zu schauen, sowie Lebensverhältnisse der Eltern entsprechend zu berücksichtigen (**§178a)**. Kommt keine der drei Optionen in Frage ist eine andere geeignete Person mit der Obsorge zu betrauen.

*bb) Pflege und Erziehung*

Die Pflege umfasst Wahrnehmung **des körperlichen Wohls und der Gesundheit (**vgl §§146c), **Aufsicht, Erziehung,** besonders Entfaltung der Kräfte und Fähigkeiten, Anlagen, Neigungen sowie **Ausbildung in Schule und Beruf (§146) Religionsbekenntnisse** des Kindes dürfen einvernehmlich geändert werden, gegen den Willen des Kindes nur bis zum zwölften Lebensjahr, das mündige Kind kann sein Religionsbekenntnis frei wählen. Anordnungen der Eltern, auch in Bezug auf Aufenthalt, sind zu befolgen, umgekehrt ist auf den Willen des Kindes Rücksicht zu nehmen Gewalt sowie sonstiges Leid ist zu Unterlassen **(§146a,b)**

*cc) Vertretung*

Jeder Elternteil ist **für sich allein** berechtigt und verpflichtet das Kind zu vertreten, seine Vertretungshandlung ist auch rechtswirksam wenn der andere Elternteil nicht einverstanden ist. Die andauernde und qualifizierte Übergehung kann jedoch Eheverfehlung darstellen und auch zur Entziehung der Obsorge führen.

Fehlende Geschäftsfähigkeit eines Elternteil führt auch zum Verlust der Vertretungsbefugnis, im Rahmen der Beistandspflicht ist auch der Ehegatte der selbst nicht Vater oder Mutter ist zur Vertretung des Ehegatten in Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens berechtigt (**Erleichterung für Patchworkfamilien §90/3).**

Bestimmte Vertretungshandlungen und Einwilligungen bedürfen der Zustimmung **beider Elternteile (**zB vorzeitige Lösung eines Lehrvertrags) besonders wichtige Maßnahmen (zB Erbverzicht) überdies **pflegschaftsgerichtlicher Genehmigung (§154)** Im zivilgerichtlichen Verfahren ist nur ein Elternteil zur Vertretung des kindes befugt (**§154a)**

*dd) Verwaltung*

Eltern haben das Vermögen sorgfältig zu verwalten und dabei in seinem Bestand zu erhalten und nach Möglichkeit zu vermehren (Maßstab der **ordentlichen Eltern)**. Geld ist nach den Vorschriften über Mündelgeld anzulegen (§§230 ff) Aus dem Stamm des Vermögens sind Kosten der Verwaltung und fällige Zahlungen zu berichtigen, weiters auch Kosten des Unterhalts sofern er seine Bedürfnisse nicht in anderer Weise deckt (zB Arbeit **§149**). Einkünfte aus dem Vermögen können jedenfalls zur Deckung des unterhaltes herangezogen werden **§140/3.** Ein nicht geschäftsfähiger Elternteil hat kein Recht das Vermögen des Kindes zu verwalten.

*ee) Trennung der Eltern*

Bei Auflösung der Ehe oder dauerhafter Trennung der Ehegatten bleibt die gemeinsame Obsorge aufrecht – es kann jedoch eine gerichtlich zu genehmigende Vereinbarung getroffen werden um davon abzugehen. Es kann auch auf bestimmte Angelegenheiten des einen Elternteils beschränkt werden. Bei gemeinsamer Obsorge ist auf jeden Fall eine Vereinbarung darüber vorzulegen bei wem sich das Kind aufhalten soll. Dieser Elternteil ist immer mit der gesamten Obsorge betraut. Die Vereinbarung muss genehmigt werden wenn sie dem Wohl des Kindes entspricht, wenn nicht so entscheidet das Gericht wem die alleinige Obsorge zukommt. Genauso hat das Gericht über die Aufhebung der gemeinsamen Obsorge zu entscheiden. All diese Regelungen finden auch Anwendung wenn Eltern während der Ehe nicht bloß vorübergehend getrennt leben **(§§177,§177a,§177b)**

*ff) Beendigung und Entziehung der Obsorge*

Zum Unterschied von der Unterhaltspflicht endet die Obsorge mit Volljährigkeit des Kindes. Der gesetzliche Vertreter hat dem Volljährigen Vermögen Urkunden, und Nachweise zu übergeben (**§172)**.

Die Obsorge kann allerdings schon vorher vom **Pflegschaftsgericht** je nach Lage des Falles einem oder beiden Elternteilen ganz oder teilweise **entzogen werden** falls das Kindeswohl gefährdet ist oder die Eltern in wichtigen Angelegenheiten kein Einvernehmen erzielen (**§ 176). Eine** gesetzlich vorgesehene Einwilligung kann durch das Gericht ersetzt werden, es sei denn es liegen berechtigte Weigerungsgründe vor. Das Gericht darf Obsorge nur insoweit beschränken, als dies zur Sicherung des Kindeswohls notwendig ist. Entzug der Obsorge schließt Entzug der gesetzlichen Vertretung in denselben Bereichen mit ein. Das Gericht agiert hierbei von Amts wegen als auch über Antrag (**§176** zur Antragslegitimation)

*d)* ***Informations- und Äußerungsrechte***

**Soweit einem Elternteil Obsorge nicht zukommt** hat er grundsätzlich Recht auf **persönlichen Verkehr**, sowie das Recht von wichtigen Angelegenheiten, die die Person des Kindes betreffen insb von beabsichtigten Maßnahmen nach **§154/2,/3** vom Obsorgeberechtigten rechtzeitig verständigt zu werden und sich in angemessener Frist zu äußern. Die Äußerung ist beachtlich, wenn sie dem Wohl des Kindes entspricht. Werden diese Informationspflichten verletzt, können angemessen Verfügungen angeordnet werden. Das Gericht kann jedoch diese Informations- und Äußerungsrechte beeinträchtigen wenn sie in unzumutbarer, rechtsmissbräuchlicher Absicht oder sogar kindeswohlgefährdender Weise erfolgen.

***e) Persönlicher Verkehr***

Lebt ein Elternteil nicht in gemeinsamen Haushalt mit dem Kind so haben Kind und dieser Elternteil das Recht miteinander persönlich zu verkehren - **Besuchsrecht** (**§148/1** siehe auchzu Großeltern / Dritten **§148/3,/4)**. Die Einzelheiten richten sich nach entsprechender Vereinbarung, mangels einer solchen nach der Anordnung des Pflegschaftsgerichts, das das Recht uU auch beschränken und untersagen kann (**§148/2, §111 AußStrG).** Umgekehrt kann auch dem Obsorgeberechtigten unter anderem aufgetragen werden darauf hinzuwirken, dass das Kind eine positive Einstellung zu den Besuchskontakten behält. Die Pflichtverletzung dazu (**§145b siehe oben) kann** zu **SE-Ansprüchen** führen. (etwa Kosten des Besuchsrechtsverfahrens) Lehnt ein Elternteil den persönlichen Verkehr grundlos ab, verliert er Äußerungsrechte und das Recht auf Pflichtteilminderung (siehe unten)

**II. Uneheliche Kinder**

**1.Festellung der Vaterschaft**

Der gesetzliche Vertreter hat dafür zu sorgen, dass die Vaterschaft festgestellt wird, es sei denn dass dies für das Wohl des Kindes nachteilig ist oder die Mutter vom Recht Gebrauch macht den **Namen des Vaters nicht bekanntzugeben (§163a). Die Vaterschaft** kann durch Anerkenntnis oder gerichtliche Feststellung begründet werden.

*a)Feststellung durch Gerichtsbeschluss*

Sowohl der Mann der Verantwortung übernehmen will als auch das Kind können **Feststellung der Vaterschaft beantragen (§163/1).** Das Gericht entscheidet mit Beschluss (da das Abstammungsverfahren im AußStr-Verfahren geregelt wird). Ist eine genetische Abstammungsfeststellung nicht möglich kann das Kind sich auf die **widerlegbare Beiwohnungsvermutung (§163/2)** berufen – demnach ist Vater wer der Mutter während der kritischen Zeit (180-300 Tage vor Geburt) beigewohnt hat (bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung **§163/3,/4).** Der vermutete Vater muss den Gegenbeweis erbringen (Beweislast), es reicht nicht aus die höhere Wahrscheinlichkeit eines anderen Mannes vorzubringen. Die **Beiwohnungsvermutung** ist aber im Fall des Todes des mutmaßlichen Vaters mit zwei Jahren begrenzt (§163/2), ist aber nicht begrenz wenn Umstände die in der Sphäre des Mannes liegen den Abstammungsbeweis unmöglich machen (**„flüchtige Männer“)**.

Steht bereits die Vaterschaft eines Mannes fest hat das Kind trotzdem die Möglichkeit die Festellung der Vaterschaft eines anderen Mannes zu beantragen (**Vätertausch §163b)**. Ist das Kind nicht eigenberechtigt wird es von der Mutter vertreten, dem biologischen Vater selbst wird kein Antragsrecht gegeben.

*b) Anerkenntnis*

Neben der gerichtlichen Feststellung des Vaters kann ein Mann auch die **Vaterschaft anerkennen (§163c)**, wogegen Kind und Mutter innerhalb zwei Jahren ab Kenntnis der Rechtswirksamkeit Widerspruch erheben können. Das Anerkenntnis muss persönlich abgegeben werden, es ist rechtsunwirksam wenn Widerspruch erhoben wird (außer A**bstammungsbeweis** wird erbracht), Formvorschriften verletzt werden oder wenn vom Anerkennenden List, Furcht oder Irrtum bewiesen werden (**§164/1).** Das Anerkenntnis durchbricht das Anerkenntnis eines anderen (**§163e vaterschaftsdruchbrechendes Anerkenntnis),** vorausgesetzt Mutter nennt den Mann Vater und das Kind (vertreten durch Jugendwohlfahrtsträger falls nötig) stimmt zu. Ist das Kind eigenberechtigt entfällt die Bezeichnung der Mutter. Sowohl Mutter als auch feststehender Vater können Widerspruch erheben (**§163/e/3).** Nach einem solchen hat der Anerkennende das Recht die Abstammung feststellen zu lassen. Rechtshandlungen im Zusammenhang mit der Feststellung können grundsätzlich nach dem Tod der betroffenen Person von und gegen die Rechtsnachfolger vorgenommen werden. (§138a/2 Einschränkung – keine Rechtsnachfolge beim Widerspruch der Mutter und Bezeichnung des Vaters durch die Mutter)

Der Vater ist verpflichtet, der Mutter alle Kosten der Entbindung zu ersetzen und ihr für die ersten sechs Wochen nach der Entbindung Unterhalt zu gewähren **(§168)**

**Nach der Rsp** kann der vermeintliche Vater seinen **gesamten geleisteten Unterhaltsaufwand ohne Beschränkung der Dauer der erbrachten Leistungen** vom tatsächlichen Vater bereicherungsrechtlich (§1042) zurückverlangen – bei Bestehen eines Vaterschaftsanerkenntnisses beginnt die Verjährung erst mit beseitigung des Anerkenntnisses zu laufen.

Abb 14. Seite 291 Vaterschaft

**2. Rechte und Pflichten unehelicher Eltern**

Das Kind erhält den Familiennamen der Mutter (**§165)** und auch die Obsorge für das Kind kommt der Mutter allein zu. Im Übrigen gelten, soweit nichts andere vereinbart ist, Bestimmungen über den Unterhalt und die Obsorge auch für das uneheliche Kind (**§166, §90/3, §137/4)**

Leben die Eltern in häuslicher Gemeinschaft können sie vereinbaren dass sie gemeinsame Obsorge haben. Das Gericht hat solche eine Vereinbarung zu genehmigen, wenn sie dem Kindeswohl entspricht (**§167/1).** Auch bei nicht häuslicher Gemeinschaft kann in Verbindung mit einer Vereinbarung die bestimmt wo das Kind sich aufhalten soll der Vater ganz oder in bestimmten Angelegenheiten mit der Obsorge betraut werden. So kann etwa das Kind beim Vater wohnen, der dann mit der gesamten Obsorge betraut ist. Vereinbarungen sind immer nur zu genehmigen wenn sie dem Wohl des Kindes entsprechen.

**III. Legitimierte Kinder**

Durch **Eheschließung** ihrer bislang unehelichen Eltern oder **Begünstigung des Bundespräsidenten (§161,162)** werden uneheliche Kinder ehelich (§**162a-162d).** Für diese Legitimation ist keine besondere Willenserklärung notwendig, sie tritt automatisch mit der Eheschließung ein. Wird ein Kind legitimiert erhält es den gemeinsamen Familiennamen.

Vaterschaftsfestellungen nach Eheschließung berühren Vertretungshandlungen nicht.

**IV. Adoptivkinder (Wahlkinder)**

**1.Allgemeines**

Durch die Adoption wird ein Rechtsverhältnis hergestellt, welches jenem zwischen leiblichen Eltern und Kind ähnlich ist. Die **Annahme an Kindes Statt** kann durch eigenberechtige Personen erfolgen die nicht dem **„ehelosen Stand feierlich gelobt haben (§179/1 Zölibat zB)** Adoption zweier Personen ist nur bei Ehe möglich, Ehegatten dürfen idR nur gemeinsam annehmen (**§179/2)** Leibliche Kinder stehen einer Adoption eines weiteren nicht entgegen, Großeltern können ihrei Enkel, Väter ihre uneheliche Kinder adoptieren.

**2. Voraussetzungen**

**Form:** schriftlicher Vertrag zwischen Annehmenden und Wahlkind (bzw dessen gesetzlichem Vertreter) der gerichtlich bewilligt werden muss

**Alter:** Der Wahlvater muss grundsätzlich das 30. Die Wahlmutter das 28. Lebensjahr vollendet haben. Sie müssen **achtzehn** Jahre älter als das Wahlkind sein, geringfügige Unterschreitungen sind unbeachtlich wenn bereits ein Verhältnis welches dem leiblicher Eltern zu Kind ähnlich ist besteht. Unterschied darf hier auf jeden Fall nicht Jahre betragen (8 Monate wären in Ordnung). Ist der Ehegatten des Annehmender leibliches Elternteil des Wahlkind genügen **sechzehn Jahre** (hier keine Unterschreitung möglich)

**3. Bewilligung**

Die Annahme ist zu bewilligen, wenn eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern entsprechende Beziehung besteht oder hergestellt werden soll. Sie muss dem Wohl des nicht eigenberechtigten Wahlkindes dienen. An **Erwachsenenadoption** werden strengere Voraussetzungen geknüpft. Nur wenn eine solch auch in dem Staat möglich ist aus dem das Kind kommt ist es in Österreich zulässig (**vgl hierzu auch §26 IPRG** sowie **§§91a ff AußStrG)**. Für die Bewilligung der Adoption einer eigenberechtigten Person müssen die Antragssteller ein enges Eltern-Kind-Verhältnis nachweisen (zB häusliche Gemeinschaft mit Dauer von fünf Jahre oder Beistandleistungen) Die Bewilligung ist zu versagen, wenn ein überwiegendes Anliegen eines leiblichen Kindes des Annehmen entgegensteht, insb wenn dessen Unterhalt oder Erziehung gefährdet wären. Im Übrigen sind wirtschaftliche Belange nicht zu beachten. (**§180a).**

Die Bewilligung darf grundsätzlich nur erteilt werden – bestimmte Personen haben **Anhörungsrecht (§181a)** wenn Folgende Personen zustimmen: Eltern des Wahlkindes, Ehegatten bzw eingetragene Partner des Wahlkindes, Ehegatten des Annehmenden Wahlkind, Das Wahlkind sofern es 14 ist. Das Zustimmungsrecht entfällt, wenn die zustimmungsberechtigte Person den Annahmevertrag geschlossen hat als gesetzlicher Vertreter des Wahlkindes, wenn sie zu einer verständigen Äußerung nicht nur vorübergehend unfähig ist oder der Aufenthalt seit sechs Monaten unbekannt ist. Das Gericht hat die Zustimmung zu ersetzen (außer beim Wahlkind), wenn keine gerechtfertigten Weigerungsgründe vorliegen. Im Verfahren hat das Gericht auf geeignete Weise zu ermitteln ob die Annahme dem Wohl des minderjährigen Wahlkindes entspricht, dazu kann es auch Strafregisterauskünfte über Wahleltern und Personen aus deren familiärem Umfeld einholen.

Bei einer **Inkognitoadoption (§88 AußStrG)** wird auf Antrag die Adoption davon abhängig gemacht, dass Zustimungs- und Anhörungsberechtigte auf Bekanntgabe des Namens des Annehmenden verzichten (soll **„ungestörte“** Erziehung ermöglichen).

**4. Wirkungen**

Zwischen den Annehmenden und dessen Nachkommen einerseits und dem Wahlkind und dessen im Zeitpunkt der Adoption minderjährigen Nachkommen andererseits entstehen die gleichen Rechte, wie sie durch eheliche Abstammung begründet werden. Wird das Wahlkind durch Ehegatten als Wahleltern angenommen, erlöschen familienrechtliche Beziehungen zwischen den leiblichen Eltern und deren Verwandten einerseits und dem Wahlkind und dessen im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Annahme minderjährigen Nachkommen andererseits. Gibt es nur ein Wahlelternteil, verdrängt dieses die Beziehungen des entsprechenden leiblichen, dem in Frage kommenden Elternteil – sofern dieser eingewilligt hat – ist das Erlöschen gerichtlich auszusprechen (**§182).** Zu beachten ist das Unterhaltspflichten nicht erlöschen, sondern bloß im Rang nun denen der Wahleltern zum Wahlkind und umgekehrt nachgehen. Erbrechtliche Wirkungen siehe unten.

**Adoption berührt nicht die Staatsbürgerschaft.**

**5. Widerruf und Aufhebung**

Aus bestimmten Gründen (zB keine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Wahlkindes, mangelnde Schriftform) ist die **Adoption zu widerrufen.** Der Widerruf wirkt **ex tunc**, einem Dritten gegenüber, der Rechte im Vertrauen darauf erworben hat, kann aber dies nicht entgegengehalten worden ist. Jedoch kann der Dritte nicht von demjenigen, der den Widerrufsgrund nicht gekannt hat / kennen musste die Wirkungen des Widerrufes beanspruchen.

Die Adoption ist aufzuheben wenn sie auf Täuschung beruht, dem Kindeswohl widerspricht oder Annehmender und Wahlking es gemeinsam beantragen (**§184a)** Die Aufhebung wirkt ex nunc. Vertragliche Ausschlüsse solcher Anfechtungsrechte sind unwirksam (**§185a)**

**V. Pflegekinder**

**Pflegeeltern** sind Personen die mit **Pflege und Erziehung** eines kindes ganz oder teilweise beauftragt sind und mit denen eine dem Verhältnis Eltern-Kind nahe Beziehung besteht oder hergestellt werden soll. Sie haben das Recht in den die Person des Kindes betreffenden Verfahren Anträge zu stellen und gerichtliche Verfügungen zu beantragen (**§§186, 176**). Die Pflegekindschaft beruht zumeist auf einer Ermächtigung der unmittelbar Erziehungsberechtigten (**§137a)** Die Pflichten der mit der Obsorge betrauten Person werden durch das Pflegschaftsverhältnis nicht beeinträchtigt. Das Gericht hat jedoch einem Pflegeelternpaar / Teil die Obsorge auf Antrag teilweise / ganz zu übertragen wenn das Verhältnis für längere Zeit beabsichtigt und die Übertragung dem Wohl des Kindes entspricht. Leibliche Eltern sind lediglich anzuhören, jedoch ist die Übertragung auzuheben, wenn dies dem Wohl des Kindes entspricht. Das Gericht hat auszusprechen auf wen die Obsorge übergeht (**§186a)** Wichtige Bestimmungen finden sind in **§§14 ff JWG.**

**VI. Kinder in Obsorge Dritter**

Soweit weder Eltern noch Großeltern noch Pflegeeltern mit der Obsorge betraut sind oder werden können und diese auch gem **§211 dem Jugendwohlfahrtsträger zukommt,** hat das Gericht eine andere geeignete person mit der Obsorge zu betrauen (**§187)**. Für Findelkinder, deren Eltern unbekannt sind ist der **Jugendwohlfahrtsträger** mit der Obsorge zu betrauen, auch wenn keinem Elternteil die Obsorge zukommt ist ein er für Vermögensverwaltung und Vertretung zuständig. Wie immer ist auch bei der Obsorge dritter Personen auf das Kindeswohl Bedacht zu nehmen (**§188/1)**. Nicht voll handlungsfähige und strafgerichtlich Verurteile dürfen für die Obsorge nicht betraut werden. **(§188/2)** Derjenige, den das Gericht betrauen will hat alle Umstände die ihn dafür ungeeignet erscheinen lässt, dem Gericht mitzuteilen (bei besonderer Eignung ist eine Ablehnung nur wegen Unzumutbarkeit möglich). Unterlässt er die Mitteilung wird er dem minderjährigen Kind SE-haftbar. (**§189)** Ist eine andere Person mit der Obsorge zu betrauen oder ist dem Minderjährigen ein Kurator zu bestellen und lassen sich dafür Verwandte oder andere nahestehende oder sonst geeignete Personen nicht finden, hat das Gericht **Obsorge dem Jugendwohlfahrtsträger zu übertragen (§213).**

Andere mit der Obsorge betraute Personen haben besondere Rechte und Pflichten in Angelegenheiten der Pflege und Erziehung sowie Vermögensverwaltung (**§216, §229/2 iVm 154/3,4)**. Die mit der Obsorge betraute Person kann medizinische Behandlungen, welche gewöhnlich schwere Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit nach sich ziehen nur zustimmen wenn ein Arzt per Zeugnis die fehlende Einsichtsfähigkeit des Kindes feststellt und die Behandlung seinem Wohl erforderlich ist (**§216/2)** Fehlt das Zeugnis oder lehnt das Kind, muss das Gericht zustimmen. Der Mit der Obsorge betrauten Person gebührt eine Entschädigung, sowie Entgelt und Aufwandersatz. Auf der anderen Seite haftet sie gegenüber dem Kind, allerding mit richterlicher Mäßigungsmöglichkeit (**§265) –** für jeden schuldhaft verursachten Schaden (**§264).**

Obsorge des Jugendwohlfahrtsträgers endet, sofern der Umstand, der die Eltern von der Obsorge ausgeschlossen hat, weggefallen ist (**§250)**. Stirbt die mit der Obsorge betraute Person oder treten bei ihr die Bedingungen des **§188/2 (siehe oben)** ein hat das Gericht jemand anderen die Obsorgen zu übertragen.

**6. Teil: Erbrecht**

**A. Allgemeines**

**I. Wesen und System des Erbrechts**

Das Erbrecht betrifft jeden – ob als Erblasser oder Erbe. Es ist Spiegelbild des Kindschaftsrechts – während jenes den Anfang des Lebens regelt, regelt Erbschaftsrecht das juristische Ende des Seins. Das Familienrecht wiederum regelt Grundvoraussetzungen für die Erbfolge.

Das Erbrecht besteht aus –

**Gesamtrechtsnachfolge:** Übernahme der vermögensrechtlichen Stellung des Erblassers

**Einzelrechtsnachfolge:** Erwerb einzelner Vermögensstücke des Erblassers

**Pflichtteilsrecht:** Mindestanteil am Vermögen des Erblassers

**Erbschaftserwerb:** Verlassenschaftsverfahren und Stellung der Erben

**II. Gegenstand des Erbrechts und Person des Erblassers**

**Vererblich** sind jene Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, die nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind (**§531) Unvererblich** sind **höchstpersönliche Rechte und Pflichten (**zB des Dienstnehmers, Unterhaltsansprüche) sowie die Rechtsposition juristischer Person da diese nicht durch Tod sondern andern Gründen endet. Es gibt allerdings Konstruktionen bei Kapitalgesellschaften, die eine Gesamtrechtsnachfolge in das Vermögen juristischer Personen bewirken.

**B. Gesamtrechtsnachfolge (Erbfolge)**

**I. Allgemeines**

Bei der Gesamtrechtsnachfolge geht es darum, wer **Universalsukzessor des Erblassers wird,** also **vermögensrechtlich an seine Stelle tritt.** Die Erbfolge betrifft somit das **Gesamte Vermögen** des Erblassers **oder eines quotenmäßig bestimmten Teils** und unterscheidet sich von der **Einzelrechtsnachfolge**, die nur einzelne **Vermögensstücke betrifft.**  **Der Erbe tritt durch Einantwortung mit einem Rechtsakt** in die Rechtsposition des Erblassers ein und haftet somit als dessen Rechtsnachfolger auch für seine Schulden – um Erbe werden zu önnen bedarf es: **Berufungsgrund (Gesetz, Testament), Erleben des Erbanfalls, Erbfähigkeit.**

*A) Allgemeines*

Die gesetzliche Erfolge (**Intestarerbfolge)** kommt zum Tragen wenn der Erblasser keinen Erben bestimmt oder nur über einen Teil seines Vermögens bestimmt, auch dann wenn das Testament ungültig ist oder die eingesetzten Erben nicht zur Erbschaft gelangen (zB Tod oder Entschlagung). Gesetzliche Erbfolge richtet sich nach dem Parentelsystem, nimmt also keinen Bedacht auf tatsächliche Begebenheiten – so kann etwa der verhasste Verwandte erben. Gesetzliche Erben können durch Testament und Enterbung von der Intestarerbfolge ausgeschlossen werden (siehe unten).

*b) Verwandtenerbrecht*

*aa)leibliche Verwandtschaft*

Das Intestarerbrecht des ABGB beruht auf dem **Prinzip der Familienerbfolge**, nur Blutsverwandte, keine verschwägerten Personen erben. Zusätzlich zu den Verwandten tritt der Ehegatte. Zwischen ehelicher und unehelicher Verwandtschaft besteht kein Unterschied mehr.

Verwandten erben nach dem **Parentelsystem** – Dieses schafft erbrechtliche Ordnung innerhalb der Familienbeziehungen. Es bestimmt die Reihenfolge, nach der die Verwandten zur Erbschaft berufen werden. **Parentel (parens – Elternteil)** bezeichnet die Stammeltern und deren Nachkommen (**§731**) – Alle Personen derselben Stammeltern bilden eine Parentel (Linie) Höherrangige Parentel schließen darunterliegende immer (Erstes schließt zweites aus, drittes kommt erst zum Zug wenn niemand aus dem zweiten lebt.. etc Jung vor Alt)

**Erstes Parentel:** Erblasser selbst, bzw alle Nachkommen also Kinder, Enkel, Großenkel usw. Kinder erben nach Köpfen (**§732 einer für alle)** und schließen ihre Nachkommen vom Erbrecht aus. **Gelangt ein Kind nicht zur Erbschaft (**Tod, erbunfähig) erben dessen Nachkommen die es nach Stämmen repräsentieren (**§733 alle für einen)**. In einem Parentel gilt also **alt vor jung.**

**Bsp 15-17 1. Parentel Seite 301**

**Zweites Parentel:** Sind Eltern des Erblassers und deren Nachkommen. Eltern schließen die Nachkommen aus (wieder alt vor jung) und erben je die Hälfte, ein vorverstorbener Elternteil wird wieder von seinen Nachkommen repräsentiert. Hat ein vorverstorbener Elternteil keine lebenden Nachkommen mehr (Scheidung beachten!), fällt seine Erbportion dem anderen Elternteil zu, bzw dessen nachkommen (**§735-§737)**

**Bsp 18-19 Seite 301-302**

**Drittes Parentel** besteht aus den Großeltern des Erblassers und deren Nachkommen (**§738)** Jeder Großelternteil erhält ein Viertel, ist einer verstorben kommen erst seine Nachkommen an den Zug, bei Fehlen der Ehegatten, bei dessen Fehlen das andere Großelternpaar wo sich der Vorgang wiederholt (**§§ 738 ff)**

**Bsp 20 Seite 303**

**Viertel Parentel** besteht aus Urgroßelten, wobei nur die acht Urgroßelternteile, nicht deren Nachkommen (**Erbrechtsgrenze -** außer die in Linie zum Erblasser) berücksichtigt werden. Hier fällt bei Erbunfähigkeit der Teil an den Ehegatten, dann das Paar verbundene Paar(also väterlicherseits an das andere Paar väterlicherseits), dann an die anderen Urgroßeltern.

**Abb 21 Parentelsystem / Erbrechtsgrenze Seite 304**

*Bb) Wahlverwandschaft*

Durch die Annahme an Kindes Statt entstehen die gleichen Erbrechte zwischen Adoptierendem und seinen Nachkommen einerseits und dem Adoptivkind und seinen bei der Annahme **minderjährigen** Nachkommen die gleichen Rechte wie durch Abstammung (**§182)** Daneben bleibt das Erbrecht zwischen Adoptivkind und seinen leiblichen Eltern und deren Verwandten aufrecht (**§182b).** Stirbt das Adoptivkind ohne Hinterlassung von erben, gehen in der 2 Parentel Wahleltern den leiblichen Eltern vor. In der 3. Und 4. Parentel ist die Wahlverwandtschaft nicht erbberechtigt da sich die **Adoption nur auf den Adoptierenden und seine Deszendenten nicht aber auf Aszendenten erstreckt.**

Bsp Seite 304

Pflegekindschaft begründet **keine** Erbwirkungen.

*c) Ehegattenerbrecht*

Gesetzlich erbberechtigt ist der Ehegatte der mit dem Erblasser im Zeitpunkt des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes in gültiger Ehe lebt (**§757)** nicht hingegen der Lebensgefährte – wohl aber der eingetragene Partner.

Hatte der Erblasser Scheidungsklage erhoben und wäre der überlebende Ehegatte im Falle der Scheidung als schuldig anzusehen, verliert er sein gesetzliches Erbrecht (**§759)** Der Ehegatte erbt neben den Parentelen und schmälert insofern das Erbrecht der Verwandten. Die Quote hängt vom konkurrierenden Parentel ab – neben der ersten Parentel **ein Drittel** des Nachlasses, neben dem zweiten Parentel **zwei Drittel** und zwei Dritteln neben den Großeltern **(Nachkommen der Großeltern erben nichts mehr!** **– Erbrechtsgrenze ist also das dritte Parentel bei einem Ehegattenerbrecht!!**). Mit dem FamErbRÄG 2004 wurde das Erbrecht gestärkt – Ehegatte geht nun Nachkommen der Geschwister des Erblassers vor, auch fällt zusätzlich zu den zwei Dritteln neben dem dritten Parentel der Teil der Nachkommen vorverstorbener Großeltern dem Ehegatten zu.

**BSp 22-24 Seite 306**

Nachkommen vorverstorbener Ehegatten treten nicht an seine Stelle.

In den Erbteil des Ehegatten ist alles **einzurechnen** was dieser durch Ehepakt oder Erbvertrag aus dem Vermögen des Erblassers erhält (**§757/2)**

Neben dem gesetzlichen Erbrecht stehen dem Ehegatten Sonderrechte zu:

**-Unterhaltsanspruch (§796)** Erben haften dafür bis zum Wert der Verlassenschaft, und solange der Ehegatte nicht wieder heiratet. In den Anspruch wird jedoch alles eingerechnet was der Ehegatte aufgrund des Erbfalles erhält sowie die üblichen Unterhaltspunkte wie Vermögensstamm und Erträgnisse aus zumutbarer Erwerbstätigkeit

**-Gesetzliches Vorausvermächtnis (§758)** Dem Ehegatten gebühren unabhängig vom konkurrierenden Parentel auch die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen **(Voraus)**, sofern sie zur Fortführung entsprechend der bisherigen Lebensverhältnissen erforderlich sind, außerdem hat er das Recht in der Ehewohnung weiter zu wohnen (**Fortsetzung des §97)** auch **ohne konkreten Wohnbedarf.** Der wohnberechtige Ehegatte darf die Wohnung wie zu Lebzeiten des Erblassers benützen und muss kein Entgelt dem Erben entrichten, jedoch die Lasten (**vgl §662)** für die Benützung tragen (Hypothek strittig). Die Wohnung muss zum Nachlass gehören (zB nicht bei Fruchtgenuss), Erfasst sind vor allem Fälle in denen die Ehegatten in der Eigentumswohnung oder dem Haus des Erblassers gewohnt haben (bei Mietwohnungen / Eigentumswohnungen greift meist **§14 MRG §14 WEG)** Das Wohnrecht ist höchstpersönlich und erlischt bei Tod des Berechtigten, weiteres bei freiwilligem Auszug des Ehegatten, Wiederverheiratung (strittig) Bei den beweglichen Sachen wir zwischen **erforderlichen und nicht erforderlichen** Sachen unterschieden. zB gehören nicht zum **Voraus** ein Fernseher der nur vom Erblasser benützt wurde, jedoch zB der einzige Fernseher der von beiden Ehegatten genützt wurde. Bewegliche Sache iS des **§758** sind auch Rechte, etwa Leasingverträge für Haushaltsgeräte. Dasselbe gilt für wertvolle Sachen, Das **Voraus** hat Pflichtteilscharakter – kann daher durch Erbunwürdigkeit, Enterbung oder Erbverzicht verloren werden, nicht jedoch dadurch das andere Sachen oder eine andere Wohnung vermacht wurden (keine Surrogation) Das Vorausvermächtnis muss zwar nicht auf einen Erbteil, jedoch auf den Pflichtteil angerechnet werden (**§789)**, zum Pflichtteil anderer Noterben muss er mit dem Voraus nicht beitragen. So kann es durchaus vorkommen dass wenn der Nachlass nur aus Voraus besteht, andere Pflichtteilsberechtigte leer ausgehen (**bedenklich)**.

**Anteilsrecht am Wohnungseigentum (§14 WEG)** dazu unten – Für die Aufteilung von Wohnungseigentum zweier Ehegatten gilt die Besonderheit des **§15 WEG:** Er verdrängt Verfügungen des **§14** im Aufteilungsverfahren wenn im Zeitpunkt des Todes eines Ehegatten ein Verfahren zur Aufteilung ehelichen Gebrauchsvermögens oder Ersparnisse anhängig ist und auch das Wohnungsobjekt Gegenstand des Verfahrens ist.

*b)Sondererbfolge*

Von der allgemeinen Erbfolgeordnung abweichende Regelungen enthält das **Anerbenrecht (AnerbenG 1958, Kärntern ErbhöfeG, Tiroler HöfeG).** Es läuft darauf hinaus im landwirtschaftlichen Bereich den Vermögensübergang auf die Person (**den Anerben)** zu konzentrieren der den Erbhof übernimmt und die **weichenden, anderen Erben** **mit einem Übernahmspreis abfindet.** Dadurch soll vor allem Zersplitterungen landwirtschaftlicher Betriebe verhindert werden.

Weitere Sondervorschriften gibt es zum Nachlass bestimmter Geistlicher.

**2. Testamentarische Erbfolge**

***a) Allgemeines***

Testamente verdrängen die gesetzliche Erbfolge – es handelt sich um letztwillige Verfügungen, die Erbseinsetzungen beinhalten, ohne eine Erbseinsetzung spricht man von **Kodizill (§553** zB Enterbung, Vermächtnis).

Das Testament ist vertretungsfeindlich (**Höchstpersönlich im formellen Sinn:** weder gewillkürte noch gesetzliche Stellvertretung). Auch muss der der Erblasser die Erben selbst einsetzen (**Höchstpersönlich im materiellen Sinn - §564)**. Es reicht aber aus wenn ein Erbe bestimmbar, oder von Dritten unter mehreren Personen nach objektiven Kriterien bestimmt wird. (zB Wirtschafsprüfer soll Nachkommen bestimmen der den meisten Gewinn voraussichtlich erwirtschaften wird)

Letztwillige Verfügungen sind **einseitige Rechtsgeschäfte (**nicht **Erbvertrag,** sieheunten**)**. Sie belassen dem Erblasser Verfügungsfreiheit unter Lebenden, Testamenterben erhalten nur was im Zeitpunkt des Erbfalls übrig ist.

***b)Voraussetzungen***

Das Testament ist nur unter folgenden Voraussetzungen gültig, bzw unanfechtbar (Anfechtung durch Personen die durch Wegfall der Verfügung profitieren)

*aa) Testierfähigkeit*

**Unbeschränkt testierfähig**  sind Personen, sofern sie den Testiervorgang & Inhalt rational erfassen können (**§569)** Beschränkt testierfähig sind besachwaltete Personen und **mündige Minderjährige**. Letztere können nur mündlich vor Gericht oder mündlich vor Notar gültig erklären, erstere müssen das nur sofern es das Sachwalterschaftsgericht angeordnet hat (zB kann ja die Testierfähigkeit nicht von der Besachwaltung berührt sein). **Testierunfähig** sind unmündige Minderjährige, Geisteskranke, Geistesschwache und Personen die den Vorgang aus sonstigen Gründen nicht des Testiervorgang begreifen (auch vorübergehend, zB Alkohol, Medikamente). **Lucidum intervallum (§567)** muss nur bei Testamentserrichtung vorliegen.

*bb) Testierabsicht (****animus testandi)***

Der Erblasser muss das Bewusstsein haben, eine letztwillige Verfügung zu treffen (**§565)**. Zum Bsp wird das nicht gegeben sein, wenn jemand schreibt dass er den letzten Willen möglichweise bedenken wird. Der Wille muss nur gegeben sein, nicht aber in der letztwilligen Verfügung zum Ausdruck gebracht werden (zB nicht mit „letzter Wille“ bezeichnet). Es gilt auch Testierabsicht für solche Testamente, welche unter Bedingung oder nur vorläufig getroffen wurden, dann aber das Ereignis nicht eintritt (zB für den Tod auf meiner Reise, welcher nicht eintritt – Testament gilt dann auch).

*cc) Freiheit von Willensmängeln*

Täuschung, Zwang, Irrtum rechtfertigen Anfechtung der letztwilligen Verfügung (**§565 und §570)** Auch Motivirrtümer können geltend gemacht werden (**Willenstheorie, siehe oben, vgl §572)**, auch gibt es keine Anfechtungsvoraussetzungen des **§871.**

Der Willensmangel muss nur erweislich (zB nicht gegeben bei bloßer Fehlbezeichnung) und kausal sein (zB Errichtung eines zweiten Testaments weil er glaubt die Einsetzung eines unehelichen Kindes im ersten sei ungültig). **Scheidung** führt nicht ohne weiteres zur Anfechtbarkeit von Verfügungen in dem die Ex-Gattin eingesetzt wurde. Noterben siehe unten.

*dd) Formvorschriften*

Folgende Formen kommen in Frage:

**Eigenhändig (Holograph §578)**: Der gesamte Text muss vom Erblasser eigenhädig geschrieben und unterschrieben sein. Der Erblasser muss mit seinem Namen unterfertigen, es genügen aber Vornamen oder übliche Bezeichnung (etwa „dein Vater“) Die Unterschrift muss am Ende des Textes angebracht werden (laut **Rsp** reicht dies auch auf dem Umschlag in dem die Urkunde sich befindet). Ergänzungen können nur durch neuerliche Unterschrift erfolgen. Es kann in jeder Sprache, auf und mit jedem Material verfasst werden (Papier, Stoff, Lippenstift etc.) wobei ungewöhnliche Textträger (etwa Rückseite eines Fahrscheins) den Testierwillen in Fragen stellen. Die Beisetzung von Ort und Datum wird vom Gesetz **empfohlen (§578)**, um spätere Beweisschwierigkeiten zu vermeiden. (bei zwei Verfügungen gilt im Zweifel die jüngere **§713)**

**Fremdhändig (allograph §§579-581)** Der Text kann auch beliebig verfasst werden (handschriftlich, am PC, an der Schreibmaschine durch jemand anderen). Es bedarf der Unterschrift dreier Zeugen und des Erblassers. Die Zeugen müssen mit einem Zusatz unterschreiben der auf ihre Zeugeneigenschaft hinweist (Rsp: Zusatz kann auch fremdhändig erfolgen). Ausserdem muss vor den Zeugen bekräftigt werden dass der Text seinen letzten Willen enthält (**Nuncupatio, Bekräftigung).** Nicht nötig ist, dass sie den Inhalt des Testaments kennen, sie müssen sich aber bewusst sein das sie Testamentszeugen sind. Eigenhändige Ergänzungen bedürfen des Unterschriftbedürfnis des **§578** und müssen Sinn im Kontext des Testaments ergeben (**Rsp für sich allein!)**

**Mündlich:** Mündliche Testamente bestehen nur mehr als Notform und wurden aufgrund von Fälschungsanfälligkeit und Missbrauch 2004 (FamErbRÄG 2004) aufgehoben.

**Nottestament:** (**§597)**: Besteht Gefahr das der Erblasser stirbt oder Testierfähigkeit verliert, kann er außergerichtlich mündlich oder schriftlich unter Beiziehung von zwei fähigen und zugleich anwesenden Zeugen testieren. Die Verfügung ist bis drei Monate nach Wegfall der Gefahr gültig. Auch mündige MJ und Besachwaltete dürfen sich der Form bedienen, es genügt der Eindruck durch objektive Umstände dass eine Notsituation vorliegt (und keine tatsächliche Gefahrsituation).

**Öffentlich (§§587-590 §§70 ff NO)** Es gibt neben den oben genannten Privattestamenten auch öffentliche: Testamente die mündlich oder schriftlich vor Notar oder Gericht errichtet werden. Bei der Entgegenahme müssen ein Richter und eine weitere Gerichtsperson (bzw ein Notar und zwei Zeugen) anwesend sein. Das öffentliche Testament wird in Verwahrung genommen, Gerichtspersonen können sich im Notfall zum Erblasser begeben um den letzten Willen zu protokollieren.

Zeugen müssen folgende Voraussetzungen erfüllen (**§§591ff). Volljährigkeit**, keine Behinderung die die Zeugenfähigkeit ausschließt, Kenntnis der Sprache des Erblassers, Unbefangenheit. Befangen in diesem Zusammenhang sind vom Testament begünstigte, Ehegatten, Eltern, Kinder, Geschwister oder in diesem Grad verschwägerte Personen und besoldete Hausgenossen (**§594)**. Ist ein befangener Zeuge beteiligt, ist nur der Teil ungültig auf den sich die Befangenheit bezieht.

**Testamente die an einem Formfehler leiden** sind auch dann ungültig bzw anfechtbar (**§601)** wenn der Wille des Erblassers eindeutig bewiesen wird (etwa durch Videoaufzeichnung). Allerdings können solche Beweise bei der Auslegung **formgültiger** Verfügungen eine Rolle spielen vgl auch **§582 „testamentum mysticum“** schriftliche Bemerkungen auf die ein Testament verweist, sind nur in Testamentsform gültig – spielen aber der der Auslegung eine Rolle. Formungültige Testamente können (fragwürdig) durch **Zustimmung aller Beteiligten** geheilt werden.

*c) Testamentarische Anordnungen*

Neben Erbeinsetzungen kann ein Testament eine Reihe anderer Anordnungen erhalten:

*aa) Voraussetzungsklauseln (Bedingung, Befristung, Auflage)*

De rErblasser kann den Erwerb oder den Verlust von letztwilligen Zuwendungen von Voraussetzungen abhängig machen, insbesondere davon dass

**Bedingungen (**ungewisse Umstände) eintreten oder nicht eintreten (**§§ 696ff)**. zB A wird nur Erbe wenn er sein Studium abschließt. Unterschieden wird auch hier zwischen aufschiebenden (Suspensiv) und auflösenden (Resolutivbedingungen) Bedingungen – im ersten Fall tritt die Begünstigung durch die genaue Erfüllung der Bedingung im zweiten Fall verliert der Begünstigte die Begünstigung durch die Bedingung. Unerlaubt / Unmögliche Bedingungen können nicht wirksam angeordnet werden (**§698 vgl auch §700** Bedingung der Nichtverehelichung)

**Befristung (**Eintreten bestimmter Termine / Ereignisse) – zB A erbt erst nach Tod von B.

**Auflage (§809 –** Bedachte muss ein bestimmtes Verhalten setzen) etwa zB der Erbe muss sich um die Kinder des Erblassers kümmern – unmögliche / unerlaubte Auflagen gelten nicht (**§698)**. Von der Bedingung unterscheidet sich die Auflage vor allem dadurch dass nur bei schuldhafter Nichterfüllung der Vermögensübergang verloren geht, und das auf ihre Einhaltung geklagt werden kann (**Nicht jedoch vom Bedachten selbst, sonst Vermächtnis).** Die Auflage ist die geringste Belastung (da nur bei schuldhafter Verletzung relevant) und daher im Zweifel anzunehmen falls sich der Erblasser nicht klar ausgedrückt hat.

*bb) Substitution*

Der Erblasser kann bestimmen dass zuerst ein bestimmter Erbe (**Vorerbe)** nach dessen Tod oder nach Eintritt (Wegfall) eines anderes Umstands ein anderer (**Nacherbe)** zum Zuge kommt (**fideikommissarische Substitution / Nacherbenschaft §608)**. **Bsp Seite 315.**

Die Zahl der Nacherben ist jedoch darauf begrenzt, dass diese im Zeitpunkt des Testaments leben oder gezeugt werden (**Zeitgenossen) –** Ansonsten ist die Substitution auf einen Nacherben bei unbeweglichen bzw. zwei bei beweglichen Sachen beschränkt (**§612)**.

Substitutionsregeln gelten auch im Fall der **konstruktiven Nacherbenfolge -**  also wenn sie der Erblasser bedingt, befristet oder Auflage einsetzt. Auch gelten sie falls der Erblasser dem Erben verbietet über den Nachlass letztwillig zu verfügen oder gebietet welche Personen durch den Erben begünstigt werden sollen. Im ersten Fall (**Testierverbot)** kommt damitgesetzliche Erbfolge zum Zug, im zweiten Fall (**Testiergebot)** sind es die vom Erblasser Genannten (**§vgl 610 – stillschweigende fideikommissarische Substitution)**.

Überhaupt bezieht sich die Substitution nur das Vermögen des Erblassers, nicht auf jenes des Vorerben (**§609)** Von der im Zweifel angenommenen **Substitution auf den Überrest** ist überhaupt nur das erfasst was im **Substitutionsfall** übrig ist (Der Nacherbe erhält also nur vom Vorerben was übrig ist).

Wird einem **Testierunfähigen** eine fideikommissarische Substitution gemacht verliert diese ihre Kraft wenn bewiesen wird das zur Zeit seines Testaments er bei voller Besonnenheit war oder das Gericht ihm den vollen Verstandesgebrauch zur Verfügung über das Vermögen einräumt (**§616)**. Wird einem Kind des Erblassers eine Substitution gemacht, da er noch keine Nachkommen hatte, erlischt diese wenn er erbfähigen Nachkommen hinterlässt. (**§617)**

**Nach dem Erbfall ist bei unbeweglichen Gütern** anzumerken dass das Grundstück einer fideikommissarischen Substitution unterliegt. Über bewegliches Vermögen ist ein Inventar zu errichten. Mit der Einantwortung wird der Vorerbe Eigentümer des Nachlass, darf jedoch nicht frei verfügen, also grds weder veräußern noch belasten (da die **Substituionsmasse ja dem Nacherben zukommen soll)**. Der Vorerbe hat aber ein unbeschränktes Nutzungsrecht, muss dieses aber unter Schonung der Vermögenssubstanz ausüben, er hat daher stellung eines Fruchtnießers (**§613).** Verfügungen des Vorerben die gegen die stubstitutionsbindung verstoßen lösen SE-Pflichten gegenüber dem Nacherben aus, sind aber sachenrechtlich wirksam (strittig, überwiegend wird angenommen dass die Substitution dingliches Verbot ist, vgl aber **§364c).**

Ist die Vorerbschaft terminisiert (zB Tod des Vorerben), geht das Nacherbenrecht auch auf die Erben des Nacherben über wenn dieser den Nacherbfall nicht erlebt hat – anders bei Bedingungen, diese muss der Nacherbe erlben damit er sein Recht vererben kann (**§615/2, §705, §703)**

Eine andere Form der Substitution besteht darin, dass der Erblasser einen oder mehrere Ersatzerben für den Fall bestimmt, dass der eingesetzte Erbe, diese nicht erlangt (**§604 gemeine Substitution, Ersatzerbschaft** vgl aber Einschränkungen **§605)** Die Einsetzung eines Nacherben macht überhaupt iZw diesen zum Ersatzerben des Ersteingesetzten (**§608)**.

Der Unterschied der Ersatzerbschaft von der fideikommissarischen Substitution liegt darin, dass der Erblasser **beliebig viele Ersatzerben** einsetzen kann (**§604),** der Ersatzerbe muss im Zweifel die dem ersten Erben auferlegten Lasten tragen, nicht aber die gestellten Bedingungen erfüllen.(§§606,702). **§779/1** verfügt eine Art stillschweigende Ersatzerbfolge: Stirbt ein bedachtes Kind des Erblassers vor Erbfall treten dessen Nachkommen an dessen Stelle.

*cc) Regelung der Erbauseinandersetzung*

Da mehrere Erben Miteigentümer der Nachlassgegenstände werden kommt es häufig zur Erbteilung durch Erbüberteilungsübereinkommen oder Erbteilungsklage. Der Erblasser kann dem vorbeugen indem er Teilungsanordnungen trifft an die seine Erben dann gebunden sind. Dasselbe gilt für **Teilungsverbote,** die der Erblasser anordnen kann um die Zerstückelung des Nachlasses zu vermeiden. Der Erblasser kann auch en **Aufgriffsrecht** verfügen, welches Erben das Recht einräumt den Nachlass oder bestimmte Teile davon gegen einen Übernahmepreis zu erwerben.

*dd) Testamentsvollstreckung*

Zur Vollziehung kann der Erblasser einen Testamentsvollstrecker bestimmen. Dieser hat, sofern er das Amt annimmt gem **§816** die Durchführung des letzten Willens zu betreiben (zB Inventarisierung, Einhaltung von Auflagen einklagt). Ferner kann der Testamentsvollstrecker für die Zeit während des Verlassenschaftsverfahrens und auch über die Einantwortung hinaus mit der Verwaltung und Vertretung des Nachlasses betraut werden. Nach herrschender Auffassung ist der Erbe an diese Anordnung nicht gebunden, er kann nur durch entsprechende Bedingung oder Auflage zu ihrer Beachtung verhalten werden. Der Testamentsvollstrecker kann den Erben bei schuldhafter Fehlverwaltung haftbar werden, soweit der Erblasser ihn davon im Rahem allgemeiner Grenzen der Haftungsfreizeichnung nicht befreit hat.

*ee) Kassatorische Klausel*

Diese Klausel (**Bestreitungsverbot)** ordnet an, das es Erben & Legataren unter angedrohter Entziehung eines Vorteils verbietet den letzten Willen zu bestreiten. Die Klausel ist ungültig für Fälle als dass Echtheit oder Sinn des Testaments angefochten werden (**§ 720)**

***d)Testamentsauslegung***

Soweit testamentarische Anordnungen unklar sind (**§565 vgl)** muss durch interpretation der wahre Wille des Erblassers ermittelt werden. IZw hat man nach dem **favor testamenti,** alsoso auszulegen das die Verfügung aufrecht bleibt (**§655).** Die Ungültigkeit eines Testaments berührt die anderen iZw nicht, jedcoh müssen auf alle Umstände Bedacht genommen werden – so auch Äußerungen, ungültige andere Testamente. Äußerste Grenze im Auslegungsergebnis ist wie immer der Wortlaut der Verfügung.

***e) Testamentswiderruf und Änderung***

Der Erblasser kann – soweit er testierfähig ist (**§718)** ein Testament jederzeit ändern oder widerrufen (**§552).** Dies gilt auch wenn er auf den Widerruf verzichtet hat (**derogatorische Klausel)** oder erklärt eine spätere Änderung ohne besondere Merkmale sei ungültig. Immer bleibt dem Erblasser zu Lebzeiten die volle Verfügungsfreiheit über sein Vermögen, Bedachte erhalten nur das was im Zeitpunkt des Todes vorhanden ist. Ein Widerruf muss jedoch Bedachten denen eine Leistung als sicher hingestellt wurde und die sich dadurch Erbshoffnungen machen konnten, mitgeteilt werden, bei schuldhafter Verletzung dieser Pflicht **(culpa in testando)** begründet Haftung des Erben für den **Vertrauensschaden.**

**Bsp Seite 318**

Im Einzelnen kann die letztwillige Verfügung entweder **ausdrücklich oder stillschweigend** widerrufen werden, letzteres etwa durch Zerreißen der Testamentsurkunde, Errichtung einer neuen Verfügung oder Vernichtung der einzigen Urkunde. Geht das Testament bloß unabsichtlich verloren, gilt es, wenn der Inhalt anderweitig bewiesen werden kann. Wird eine spätere Anordnung vernichtet, lebt eine frühere wieder auf (**§721-§723, §717, §713)**

**3. Vertragliche Erbfolge**

**Ehegatten** können **Erbverträge schließen (**§602) Sie gehen sowohl Testament als auch gesetzlicher Erbfolge vor. Sie bedürfen eines Notariatsaktes und können nur einvernehmlich wieder aufgelöst werden. Der Erblasser kann aber weiterhin mit dem Vermögen tun was er will (**§1252), der Vertragserbe erhält bei Tod das was noch vorhanden** ist. Die Höhe des Erbvertrages ist jedoch auf ¾ des Nachlasses jedes Ehegatten begrenzt, ein Viertel auf dem weder Schulden noch Pflichtteile haften dürfen, muss dem Erblasser zur freien Verfügung verbleiben (**§1253 „reines Viertel)**.

**Bsp Seite 319 –** Beachte: Pflichtteilsrechte des Ehegatten werden nicht abgezogen. Über das reine Viertel kann disponiert werden (auch zugunsten des Ehegatten!), falls nicht getan tritt gesetzliche Erbfolge ein. Ein Erbvertrag erlischt mit Scheidung, dem schuldlos Geschiedenen bleibt gegenüber dem Schuldigen jedoch das Recht aus dem Erbvertrag vorbehalten (**§1266)**

Davon zu unterscheiden ist das **wechselseitige Testament (§1248)** in welchem sich Ehegatten gegenseitig als Erben einsetzen, jedoch berührt der Widerruf eines Testaments nicht das andere.

**4. Außerordentliche Erbfolge**

Gem **§760** fällt die Verlassenschaft als erbloses Gut dem Staate anheim (**Heimfallsrecht)** wenn kein zur Erbfolge Berechtigter vorhanden ist oder wenn niemand die Erbschaft erwirbt (**Kaduzität)** Das Gesetz geht aber davon aus das bei **Vorhandensein von Legataren** der Erblasser lieber diesen als dem Staat sein Erbe zukommen lassen will (Ausnahme gesetzliches Vorausvermächtnis, siehe oben) **Vermächtnisnehmer** werden daher nach dem Verhältnis des Wertes ihres Vermächtnisses zu Erben berufen, wenn niemand sonst die Verlassenschaft erlangt (**§726 außerordentliches Erbrecht der Legatare)**.

**III. Ausschluss der Erbfolge**

**1.Erbunwürdigkeit**

Jeder Erwerb von Todes wegen setzt Erbwürdigkeit voraus. Dies fehlt Personen welche (**§§540-542)**.

-gegen den Erblasser eine gerichtlich strafbare Handlung gesetzt haben, die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist. Verschuldensunfähigkeit schließt nach Rsp Erbunfähigkeit aus (zB Mord in einer Psychose)

-Erblasser zur Erklärung des Testaments gezwungen oder betrügerisch verleitet haben

-Den Erblasser an der Erklärung des letzten Willens gehindert haben oder bereits geäußerten Willen unterdrückt haben

-die aus dem Rechtsverhältnis Eltern-Kind sich ergebenden Pflichten dem Erblasser gegenüber gröblich vernachlässigt haben (etwa Unterhalt, Obsorge)

**Erbunwürdigkeitsgründe** sind zugleich **Enterbungsgründe (§770), Enterbung** muss jedoch erklärt werden, **Erbunwürdigkeit** wirkt von Gesetzes wegen und wird umgekehrt durch Verzeihung des Erblassers beseitigt (**nicht zugangsbedürftig!)**. Die Enterbung hingegen muss **widerrufen werden.** Beides kann stillschweigend erfolgen, etwa dadurch das jemand trotzdem letztwillig bedacht wird.

Bei gesetzlicher Erbfolge sind die Nachkommen des Erbunwürdigen an dessen Stelle zur Erbfolge berufen (**§541) –** dies gilt jedcoh natürlich nicht für Nachkommen die gar nicht gesetzlich erbberechtigt sind (etwa uneheliche Kinder der erbunwürdigen Ehegattin)

**Absolut erbunfähig** (gegenüber jedermann) sind Ausländer, wenn Österreicher in deren Heimat erbunfähig sind (**§33)**

**2.Erbverzicht**

Die Erbfolge wird auch durch Erbverzicht ausgeschlossen. Dieses ist oft erforderlich wenn Vermögensnachfolge schon zu Lebzeiten des Erblasses geregelt werden soll.

**Bsp Seite 321 – Unternehmensfortführung**

Der Vertrag muss zwischen Erben und Erblasser zustande kommen (zwischen zwei Erben ungültig §879/2 Z3), zur Gültigkeit bedarf es Notariatsaktform oder gerichtlichen Protokolls. Es kann nur einvernehmlich oder einseitig durch den Erblasser wieder von dem Verzicht abgegangen werden.

Der Erbverzicht hat **gegenständliche und personelle Reflexwirkung -**  iZw schließt es auch das gesetzliche als auch das Pflichtteilsrecht aus (wohingegen bei Pflichtteilsverzicht das gesetzliche intakt bleibt!) und wirkt iZw auch zu Lasten der Nachkommen (**§551)** des Verzichtenden.

**Bsp Seite 321** – Auf Enkel wirkt Verzicht nicht bei Verzicht der Eltern – jedoch für Geschwister des Erblassers.

**C. Einzelrechtsnachfolge**

**I. Allgemeines**

Wie bereits dargelegt erhält der **Singularsukzessor** nur einzelne Vermögenspositionen (die durchaus jedoch den gesamten Nachlass erschöpfen können §§535, 690) Da er nicht Erbe wird, haftet er nicht den Gläubigern sondern wird selbst einer: Er hat gegen den Erben einen **Erfüllungsanspruch** der zwar erbrechtlichen Ursprung hat, sonst aber wie andere Forderungsrechte schuldrechtlichen Regeln folgt. Daraus ergiben sich schuldrechtliche Regeln wie etwa der **§1313a** für Gehilfen die der Erbe zum Vermächtnisnehmer schickt. Auch der Erwerb der einzelnen Vermögenspositionen regelt sich nicht nach Einantwortung sondern den korrekten Modus wie etwa Übergabe bei beweglichen Sachen. Dennoch ist der erbrechtliche Ursprung von Bedeutung, da grds erbrechtliche Regeln gelten (**vgl §647)**. Daraus folgt dass Voraussetzungen für Testamente auch für die Einzelrechtsnachfolge gelten, dies jedenfalls insoweit es sich um einseitige Singularsukzession handelt. Für die vertragliche Einzelrechtsnachfolge gelten Besonderheiten.

**II. Einseitige Einzelrechtsnachfolge (Vermächtnis)**

**Gegenstand** des **Vermächtnisses** (**Legats)** können einzelne Sachen, Sachen aus einer Gattung, bestimmte Summen oder Rechte sein (**§535)**. **Beschwert** kann damit jeder werden, der eine letztwillige Zuwendung erhält das ist gewöhnlich der Erbe, jedoch kann auch der Vermächtnisnehmer selbst mit einem Vermächtnis belastet werden (**§§649 f Untervermächtnis).** Vermacht der Erblasser Sachen die keine speziellen Merkmale aufweisen (zB 20 Goldbarren) so ist das Vermächtnis unabhängig davon zu erfüllen ob die Sachen überhaupt im Nachlass oder im Eigentum des Beschwerten befinden.(es können also auch Sachen vermacht werden, die dem Beschwerten persönlich gehören). Der Erblasser kann für diesen Fall aber anordnen, dass der Belastete dem Vermächtnisnehmer die Sache zu besorgen hat (**§662 Verschaffungsvermächtnis – bei Unmöglichkeit Wertersatz)** War die vermachte Sache ursprünglich im Vermögen des Erblassers, hat er sie aber veräußert, so gilt das Vermächtnis als widerrufen (**§724)** Auch beim Vermächtnis können Ersatz oder Nachlegatare bestimmt werden.

Das Vermächtnis ist als **Damnationslegat** ausgestaltet, es verschafft also bloß einen schuldrechtlichen Erfüllungsanspruch gegen den Erben (kein dingliches Recht am Gegenstand wie das **Vindikationslegat)**, was jedoch strittig ist wenn die Sache bereits zu Lebzeiten übergeben wurde und beim Wohnrecht nach **§758.** Nachlassgläubiger, Noterben und Unterhaltsberechtigte gehen dem Vermächtnisnehmer vor. Zu einer verhältnismäßigen Kürzung des Legats kommt es, wenn der Erbe eine bedingte Erbantrittserklärung abgegeben hat und der Nachlass nicht ausreicht alle Forderungen zu begleichen. (vgl **§§629f)** Ist der Legatar zugleich Erbe liegt im Zweifel ein Voraus- und kein Hineinvermächtnis vor (keine Anrechnung).

Der **Anfallstag** des Legats ist der Todestag des Erblassers, um das Legat zu erwerben und vererben zu können muss der Legatar diesen Tag miterleben. Fällig wird Legat aber erst ein Jahr nach dem Tod des Erblassers falls dieser nichts anderes vereinbart. (**§685,** Ausnahme etwa für das Vermächtnis einzelner Verlassenschaftsstücke) Bis dahin gebühren dem Legatar aber alle Zinsen und **Nutzungen der vermachten Sache (§686)** Umgekehrt trägt er auch alle Lasten des Legat (**§§682, 686)**

**III. Vertragliche Einzelrechtsnachfolge (Vereinbarungen auf den Todesfall)**

**1.Schenkung auf den Todesfall**

Die Schenkung auf den Todesfall wird durch einen **notariatsaktspflichtigen Vertrag** zwischen Beschenkten und Erblasser geschlossen, in dem dieser ausdrücklich sein Widerrufsrecht verzichten muss. (welchem diesen bei Verfügung auf den Todesfall zustünde) Ein Widerruf nach **§§947 ff** bleibt jedoch möglich.

Die Schenkung auf den Todesfall ist ein Mittelding zwischen Geschäften und Lebenden und solchen auf den Todesfall. Zu Lebzeiten ist die Schenkung wie ein Vertrag (**§§944, 1253 vgl)** zu behandeln, nach Todesfall des Erblassers wie ein Vermächtnis, das aus dem Nachlass zu erfüllen ist (daher keine Schenkungsanrechnung, siehe unten).

Die Schenkung auf den Todesfall kann auch unter Bedingung geschlossen werden, soweit der erblasser auf ihren Eintritt keinen Einfluss hat (was einem Widerruf gleich käme). Unzulässig ist zB eine Bedingung wo der Beschenkte bloss erhält was von Schenkungsgegenstand übrig ist.

Der Beschenkte erlangt einen **verbindlichen –** und dahe schon zu Lebzeiten des Geschenkgebers vererblichen und abtretbaren (**§705)** Ansoruch auf den Schenkungsgegenstand. Der Erblasser bleibt im Besitz der Sache, ist aber insofern eingeschränkt dass er keine handlungen setzen darf, welche die vereinbarte Vermögensweitergabe beeinträchtigen. Verstößt er dagegen (etwa er verkauft die Sache Dritten) ist die Veräußerung wirksam, jedoch werden Erben dann dem Beschenkten gegenüber **schadenersatzpflichtig,** der Dritte haftet bei bewusster Verleitung zum Vertragsbruch.

**2. Übergabe auf den Todesfall**

Bei der Übergabe auf den Todesfall wird jemanden eine Sache vom Erblasser eine Sache mit der Erklärung übergeben, dass dieser sie nach dem Tod des Erblassers behalten darf. Damit wird jedoch **kein wirksamer Erwerb** begründet – Für Vermächtnis oder Schenkung auf den Todesfall fehlt die Form, eine Schenkung unter Lebenden scheitert daran dass das Geschenk erst nach dem Tod beim Erwerber bleiben soll. Die Sache ist daher dem Erben auszufolgen.

**3. Auftrag auf den Todesfall**

Beim Auftrag auf den Todesfall übergibt der Erblasser einem Dritte eine Sache (oder sie befindet sich bei diesem) welche einem Begünstigten mit Tod des Erblassers ausgefolgt wird – auch hier scheitert der Erwerb. Der Begünstigte kann sich auf keinen Erwerbstitel stützten, da der Auftrag ja nur eine Pflicht zur Ausfolgung des Beauftragten darstellt.. Eine Schenkung auf den Todefall scheitert am Formerfordernis. Vom Auftrag ist eine Vollmacht zu unterscheiden die uu über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirkt (**§§1022,1025)**

**4. Treuhand auf den Todesfall**

Bei der Treuhand auf den Todesfall übertägt der Erblasser das Eigentum an einer Sache einem Treuhänder mit der Vereinbarung, dass dieser sie nach dem Tod des Erblassers einem Dritten überlässt. Da bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise damit aus dem Vermögen des Erblassers erworben wird (**siehe Treuhand oben)** liegt wieder ein **ungültiger Auftrag auf den Todesfall vor.**

**5. Lebensversicherung auf den Todesfall**

Eine Lebensversicherung kann auf Er- oder Ableben geschlossen werden, ist bei Letzterer ein Begünstigter vorgesehen (§166 VersVG) erwirbt dieser gegen den Versicherer einen unmittelbaren Anspruch (**Echter Vertrag zugunsten Dritter)** auf die Versicherungssumme, die außerhalb des Verlassenschaftsverfahrens gütlig gemacht werden (gilt auch für Inhaberpolizzen über die der versicherungsnehmer durch Übergabe an Dritte verfügt hat) Dadurch kommt es nicht nur zu einem formlosen Erwerb von Todes wegen (**einziger Fall!)** sondern die versicehrungssumme ist auch dem Zugriff von Gläubigern und Pflichtteilsberechtigten entzogen, wobei letztere Schenkungsanrechnung geltend machen können, erstere können anfechten (nach der AnfO)

**6. Gütergemeinschaft auf den Todesfall**

Die Gütergemeinschaft auf den Todesfall bedarf als Ehepakt eines **Notariatsakt** und gibt gem **§1234** das Recht auf die Hälfte des im Zeitpunkt des Todes vorhandenen Gemeinschaftsvermögen, die andere Hälfte bildet den Nachlass über den er frei verfügen kann.

**7. Privatstiftung auf den Todesfall**

**§8 PSG:** Durch eine letztwillige Stiftungserklärung kann eine **Privatstiftung von Todes wegen** errichtet werden – die letztwillige Stiftungserklärung bedarf der Form eines Testaments und einer Beurkundung durch Notariatsakt. Der Testator kann sein gesamtes Vermögen oder Teile davon in die Stiftung einbringen. Im Verlassenschaftsverfahren ist der gegebenenfalls bestellte erste Stiftungsvorstand zu verständigen, nimmt die Eintragung ins Firmenbuch längere Zeit in Anspruch ist ein Stiftungskurator zu bestelltem der für das ehestmögliche Entstehen der Privatstiftung Sorge zu tragen hat. Im Übrigen gelten für Privatstiftungen von Todes wegen die Regeln PSG.

**IV. Gesetzliche Einzelrechtsnachfolge**

**1.Unterhalt des Ehegatten und der Kinder**

Sowohl überlebenden Ehegatten als auch Kindern (**§142)** steht ein Unterhaltsanspruch zu. Die Unterhaltsansprüche gehen jeweils bis zum Wert der Verlassenschaft und es ist alles einzurechnen was der Berechtigte alles durch Zuwendungen, gesetzlichn Erbteil, Pflichtteil oder öffentlichrechtliche / privatrechtliche Leistungen erhält. Bei unzureichendem Nachlass geht der Unterhaltsanspruch Nachlassschulden und Pflichtteilen (vgl §795, zweifelhaft) nach, Vermächtnissen vor.

**2. Übergang des gemeinsamen Wohungseigentum §14 WEG**

Stirbt ein Eigentümerpartner (siehe dazu WEG oben, auch Mindestanteil und Anteil am Mindestanteil) ist für den Erwerb seinen Anteils folgende absteigende Reihenfolge vorgesehen (unter Ausschluss sonstiger erbrechtlicher Regelungen!)

**-**Partner haben zu Lebzeiten vor einem Notar oder Rechtsanwalt eine schriftliche Vereinbarung geschlossen dass der Anteil des Verstorbenen am Mindestanteil einer anderen Person zukommt. Im Todesfall hat der begünstigte einen Anspruch auf Übereignung.

-Der überlebende Partner schließt im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens mit den Erben unter Zustimmung der Pflichtteilsberechtigten eine Vereinbarung auf Grund derer der Anteil auf eine andere Person übergehen soll.

-der Anteil geht von Gesetzes wegen in Eigentum des überlebenden Partners über (**Rechtserwerb sui generis** – WEG 1975 noch Vindikationslegat)

Bei einem Erwerb nach Punkt 1 und 3 hat der Begünstigte an die Verlassenscahft als Übernahmspreis die Hälfte des Verkehrswerts des Mindestanteils zu bezahlen. Ist der Begünstigte jedoch selbst pflichtteilsberechtigt und dient die Wohnung der Befriedigung eines dringenden Wohnbedürfnisses (**Bedarfsqualifizierung)** hat er bloss ein Viertel an die Verlassenschaft zu zahlen, allerdings nur dann wenn ein anderer Pflichtteilsberechtigter vorhanden ist oder die Verlassenschaft sonst überschuldet wäre. Die Frist für die Bezahlung kann auf fünf Jahre hinausgeschoben werden, sie kann sogar durch Testament des Erblassers oder schenkung auf den Todesfall erlassen werden.

**D. Pflichtteilsrecht**

**I.Allgemeines**

Der testierfreiheit (also der Privatautonomie im Erbrecht) sind schranken gesetzt, da bestimmten Personen (Pflichtteilsberechtigten / Noterben) ein Mindestanteil am Wert der Verlassenscahft zusteht. Dieser Anspruch muss **ganz frei bleiben (§774),** darf also nicht durch Auflagen, Substitutionen, Bedingungen belastet werden. Der Pflichtteilsberechtigte kann jedoch vom erblasser die Wahl gelassen werden ob eine mit Auflagen verbundene Zuwendung die den Pflichtteil übersteigt angenommen wird oder ein reiner Pflichtteil. (**Socinische Kautel).** Es soll ein Anreiz sein, Belastungen freiwillig zu akzeptieren.

Wenn der den Pflichtteilsberechtigten zustehende Mindestanteil durch den Nachlass nicht gedeckt ist steht ihnen ein der Pflichtteilsquote enstprechender Geldanspruch zu welcher mit **Pflichtteilsklage** grds innerhalb von drei Jahren ab Testamentskundmachung bzw Tod bei gesetzlicher Erbfolge geltend zu machen ist (**§1487)** Zum Unterschied von Noterben denen ein Teilantritt verwehrt ist, können Noterben nur den Teil der Erbschaft antreten die ihren Pflichtteil deckt. Allerdigs müssen sie sich Pflichteilsdeckung durch Erbteil oder Vermächtnis gefallen lassen (**§§ 774, 787/1) ,** können diese also nicht ausschlagen und den Pflichtteil in Geld verlangen. Sie kann aber schon ab Testamentskundmachung verlangt werden, da der Pflichtteil in diesem Zeitpunkt fällig wird. (vgl §685 iVm §774). Der Pflichtteilsberechtigte kann auch den Pflichtteil in geld verlangen wenn das verlassenscahftsverfahren überdurchschnittlich lang dauert.

Der Pflichtteil wird vom **reinen Nachlass (Aktiva minus Passiva) errechnet,**geht manchmal also auch ins Leere wenn der gesamte Nachlass von Schulden aufgezehrt ist. Pflichtteile gehen damit bloss Gläubigerforderungen nach, aber Vermächtnissen, Unterhaltsforderungen (vgl §795) , Schenkungen auf den Todesfall vor.

Die Höhe des Pflichtteils ist nach dem Wert zur Zeit der wirklichen Zuteilung zu errechnen, diese ist die **wirkliche Fixeriung des pflichtteilsanspruchs** zB durch Vereinbarung der Beteiligten (siehe auch **§786).**

Liegt eine **irrtümliche Übergehung** vor **(bei absichtlicher gebührt der Pflichteil**, sofern kein Enterbungsgrund vorliegt) kann der Übergangene mehr als den Pflichtteil verlangen – so etwa bei eines von mehreren Kindern welches den Anteil des am mindesten bedachten Kind fordern kann (§777). Wurde das einzige Kind übergangen,bzw ein Kind das nach Errichtung des Testaments geboren wurde und nicht erwähnt wurde so wird das Testament entrkäftet (**§778 testamentum ruptum), es tritt gesetzliche Erbfolge** ein.

**II. Pflichtteilsberechtigte Personen**

Pflichtteilsberechtigt sind Nachkommen des Erblassers, in Ermangelung dieser Vorfahren und der Ehegatte (§862) (die Grenze liegt bei den Großeltern).Allerdings nur wenn sie gesetzliche Erben geworden wären, hätten Testamente sie nicht übergangen. **Bsp Seite 331**

Geschwister haben kein Pflichtteilsrecht, sie schließen aber die Großeltern aus (obwohl die Geschwister selbst keinen Pflichtteil haben).

**III. Pflichteilsquote**

Die Quote für Nachkommen und Ehegatten beträgt die Hälfte, die sie als gesetzliche Erben bekommen hätten (**§765)** Die Vorfahren erhalten ein Drittel – wer verzichtet hat erbunwürdig oder enterbt ist hat keinen Pflichtteilsanspruch und wird so behandelt als wäre er nicht vorhanden (**§767/1).** **Bsp Seite 331**

Verzichtet jedoch ein Noterbe bloß auf den Pflichtteil oder hat ihn nach Tod des Erblassers ausgeschlagen wird er bei der Pflichtteilsermittlung mitgezählt. **§767/1** gilt überdies nicht nur für die Ausmessung der Pflichtteile sondern überhaupt für die Hierarchie der Noterben.

**IV. Verfügungen über den Pflichtteil**

Der Pflichtteilsanspruch ist zwingend und daher der Disposition entzogen, er kann aber aus wichtigen Gründen ausgeschlossen oder reduziert werden.

**1.Enterbung**

Unter Enterbung versteht man die Entziehugn des Pflichtteils ,**untechnisch** wird damit auch bloß Entziehung des gesetzlichen Erbrechts gemeint. Der Unterschied liegt darin, dass der Pflichtteil bloss bei Vorliegen von Enterbungsgründen entogen werden kann, die Enterbung selbst kann dann stillschweigend oder ausdrücklich erfolgen. Anführung des enterbungsgrundes kann später dem Erben helfen die Enterbung zu beweisen.

**Bsp Seite 332-333.**

**Jeder Pflichtteilsberechtigte** kann enterbt werden (**§§770, 773)** wenn er

-eine gerichtlich strafbare Handlung gesetzt hat die nur vorsätzlich begangen werden kann und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist

-Den Erblasser zum Testament gewzwungen, ihn betrügerisch dazu verleitet hat den letzten Willen unterdrückt hat oder an der Erklärung gehindert hat

-Der Noterbe verschuldet oder verschwenderisch ist und Gefahr besteht das der Pflichtteil seinen Kindern entgeht (**Enterbung in guter Absicht –** nur dann wirksam wenn den Kindern des Noterben dann der Pflichtteil zukommt)

**Ein Kind kann** überdies enterbt werden wenn es

-den Erblasser im Notstand hilflos gelassen hat

-zu einer lebenslangen oder zwanzigjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden ist

-beharrlich eine gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößige Lebensart führt.

**Eltern** können bei Vernachlässigung der Pflege und Erziehung, **Ehegatten** bei Verletzung der Beistandspflicht enterbt werden.

Auch der rechtmäßig Enterbte hat einen Anspruch auf notwendigen Unterhalt (**§795)** Überdies gilt die Enterbung nur für den Enterbten, nicht seine Nachkommen sie erhalten als den Pflichtteil oder den gesetzlichen Erbteil (**§541 analog – strittig)**

Enterbung kann nur **letztwilligen Widerruf** beseitigt werden – jedoch auch stillschweigend (zB letztwillige Zuwendung trotz Enterbungsgrund)

**2. Pflichtteilsminderung**

Der Pflichtteil kann gemindert werden falls der Pflichtteilsberechtigte und der Erblasser in keinem Naheverhältnis wie das für solche Verwandte üblich ist standen, und zwar um die Hälfte des Pflichtteils. In der Praxis trifft dies de facto nur **Uneheliche** Beziehungen. (auch wenn bis auf den Ehegatten auch in ehelicher Verwandschaft dies möglich ist). Damit wurde die Erbrechtliche Gleichstellung mit Ehelichen wieder de facto abgeschwächt.

Das Verhältnis auf dessen Fehlen es ankommt entspricht einer geistig-emotionalen Bindung, bloße Unterhaltsleistungen begründen dies etwa nicht. **Entscheidend ist Anteilnahme an der Entwicklung und dem Wohlergehen (Rsp)** Auf einen nasciturus ist **§773a** auch unanwendbar. Die Nahebeziehung darf zu keiner Zeit bestanden haben, eine Minderung ist also zB ausgeschlossen wenn die ersten 4 Jahre solch eine Beziehung bestand, nicht jedoch bei unerheblichen Zeiträumen (etwa Tage). Auch ist die Pflichtteilsminderung ausgeschlossen wenn der Erblasser selbst das Naheverhältnis grundlos ausgeschlossen hat, obwohl etwa das Kind es wollte. (**§773a/3)**

Der Pflichtteil kann auch stillschweigend und um weniger als die Hälfte gemindert werden. Verfügungen über mehr als die Hälfte sind über den Mehrbetrag ungültig.

Pflichteilsminderung erweitert die Testierfreiheit des Erblassers und erhöht damit nicht den Pflichtteil der übrigen Noterben (**§767/2)**. Die Nachkommen vorverstorbener Noterben können ebenfalls nur den geminderten Pflichtteil fordern. (**§779/2)**

**E. Erwerb der Erbschaft (Rechtslage nach dem Erbfall)**

**I. Bestimmung des Erben**

Die Reihenfolge nach der die Berufung zur Erbschaft erfolgt (nach der ISTAGLS Formel):

**I – Institut (Erbe)  
S – Substitut (Ersatzerbe)**

**T – Transmissar (Erbe des angefallenen Erbrechts)  
A – Anwachsungsberechtigter (Akkreszenz)  
G – Gesetzlicher Erbe   
L – Legatar (außerordentliches Erbrecht)  
S – Staat (Heimfallsrecht)**

Beachten: Transmission **iEs (Tod des Erben vor Abgabe einer Erbserklärung)** geht der Substitution nach, nicht **Transmission iWs (**vor Substitution). **Bsp Seite 335**

**II. Miterben**

Mehrere Erben bilden eine **Rechtsgemeinschaft (Miteigentumsgemeinschaft nach Einantwortung)** an der jeder Erbe nach Maßgabe seiner Erbquote beteiligt ist – Die Gemeinschaft wird durch Erbteilung aufgehoben die jeder Miterbe verlangen kann, soweit der Erblasser nicht besondere **Teilungsanordnungen** getroffen hat. Gelangen Erben nicht zur Erbschaft und hat der Erblasser für den erledigten Erbteil nichts verfügt, fällt dieser bei Fehlen von ersatzerben oder Transmissaren jenen Miterben zu die ohne bestimmte Erbquoten eingesetzt sind (**§560 Anwachsung)** Einem bestimmten eingesetzten Erben gebührt in keinem Fall das Zuwachsrecht, ist kein unbestimmt eingesetzter Erbe übrig fällt der Erbteil dem gesetzlichen Erben zu.

**Bsp Seite 335**

**III.Erwerb der Erbschaft**

**1.Allgemeines**

Auch der rechtmäßig Erbe muss im Verlassenschaftsverfahren eine **Erbantrittserklärung** abgeben (neue Terminologie seit **2003)** und sein **Erbrecht ausweisen (§§797, 799).** Werden mehrere widersprechende Erbantrittserklärungen abgegeben ist darüber im außerstreitigen Verfahren abzusprechen **(§§160 ff AußStrG**)– kommt es zu keiner Einigung vor dem **Gerichtskommissär** hat das Gericht das Erbrecht des Berechtigten festzustellen und übrige Erklärungen abzuweisen. Nach Rechtskraft der Einantwortung können erbrechtliche Ansprüche nur noch mit **Erbschaftsklage (§823)** geltend gemacht werden.

**Der Erbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen.** Teilantritte sind nach hA wegen **§808** unzulässig.Erbantrittserklärungen sind **unwiderruflich (§ 806)**. **Er kann auch unbedingte nicht mehr in bedingte umwandeln.**

Bei einer **unbedingten Erbantrittserklärung haftet der Erbe** mit seinem gesamtenVermögen in unbeschränkter Höhe für **sämtliche Schulden (§801)** und zwar unabhängig davon ob er die Verbindlichkeiten kannte, jedoch kommt bei schuldhaften unrichtigen Angaben der Gläubiger culpa in contrahendo in Betracht. Eine **bedingte Erbantrittserklärung** bezweckt das nur bis zum Wert der Verlassenschaft gehaftet wird – man kann dadurch nicht für mehr haften als man erhält. Die Haftung ist auch bei bedingter Erbantrittserklärung nur der Höhe nach (**pro viribus) nicht aber auf die Nachlasssachen beschränkt (cum viribus).** Die Gläubiger können also auch in das persönliche Vermögen des Erben Exekution führen, bis zum Wert des Nachlasses. Gibt ein Erbe eine bedingte Erbantrittsserklärung ab, haften alle wegen der Inventarisierung beschränkt.

**Die Einantwortung** bewirkt den Übergang des Nachlasses auf den Erben (**§797)** Auch die persönliche Haftung setzt damit ein. Der Nachlass selbst ist nach hM eine juristische Person in der Zeit von Erbfall bis zur Einantwortung. Bis zur Einantwortung können sich Gläubiger nur an die Verlassenschaft halten – auch gutgläubige Dritte die Nachlassgegenstände von jemanden Erwerben dem der Nachlass zu Unrecht eingeantwortet wurde werden geschützt (**Erwerb vom Scheinerben)** – Sie brauchen die Sachen nicht dem wahren Erben herauszugeben, sobald dieser mit der Erbschaftsklage durchgedrungen ist. Der erfolgreiche Erbschaftskläger haftet wie jemand der eine bedingte Erbantrittserklärung abgegeben hat.

**2.Verfahren**

*a) Allgemeines*

Das Verlassenschaftsverfahren beginnt mit der **Todfallsaufnahme (§145 AußStrG)** durch den Gerichtskommissär (= örtlich zuständiger Notar), setzt sich fort mit der Abhandlung (Erbantrittserklärungen werden abgegeben) und endet mit der Einantwortung. Der Gerichtskommissär verständigt die Noterben, die berechtigt sind Inventarisierung und Absonderung des Nachlasses zu verlangen.

Wenn der Erblasser nicht selbst einen Nachlassverwalter bestimmt hat und auch keine Kuratorbestellung (etwa bei widersprechenden Erbantrittserklärungen) notwendig ist, wird die **Besorgung und Verwaltung des Nachlasses** dem Erben überlassen, der die Erbschaft angenommen und sein **Erbrecht ausgewiesen hat (§810).** Es ist auch bloss eine Amtsbestätigung des Gerichtskommissärs und kein Bestellungsbeschluss des Gerichts mehr nötig, beurkundet wird damit dass dem für die Verlassenschaft eine bestimmte Vertretungshandlung setzenden Erbansprecher Vertretungsbefugnis zukommt (**§171f AußStrG).** Alle Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung sind genehmigungsfrei solange sie den ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören. Veränderungen außerhalb des ordentlichen Wirtschaftsbetriebes muss der Erbe vom Gericht genehmigen lassen.

Bei mehreren Erben steht ihnen die Verwaltung gemeinsam zu, einigen sie sich nicht ist ein Verlassenschaftskurator zu bestellen (**§173/1 AußStrG).**

Betragen die Nachlassaktiva weniger als 4000.- sind keine Liegenschaften vorhanden und wird kein Fortsetzungsantrag gestellt unterbleibt die Abhandlung ohne weitere Verständigung und das Gericht ermächtigt diejenigen, deren Ansprüche bescheinigt sind zur Übernahme des Verlassenschaftsvermögens (**Unterbleiben der Abhandlung §153 AußStrG)**. Bei überschuldeten Nachlässen kann es zum **Konkurs** kommen (**§67 IO)** Ist dies nicht der Fall und wurden keine unbedingte Erberklärungen abgegeben wird das Vermögen an die Gläubiger verteilt **(Überlassung an Zahlkungs statt §154).** Übersteigen die Aktive 4000.- kann die Überlassung nur nach Verständigung von Gläubigern, Erben und Noterben erfolgen, bei mehr als 20.000.- sind die Gläubiger einzuberufen.

***b) Nachlassseparation und Inventarisierung***

Nachlassabsonderung kann von Legataren, Gläubigern und Noterben verlangt werden, sofern deren Forderung durch Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben gefährdet ist, ist jedoch bei ausreichender Sicherheitsleistung nicht möglich. Das Vermögen des erben bleibt mit der Separation vom Nachlass getrennt (gerichtliche Verwahrung oder Separationskuratel), so dass er nicht darüber verfügen kann und andere Gläubiger nicht darauf greifen können, der gesonderte Nachlass bleibt jenen Gläubigern vorbehalten welche die Separation verlangt haben, allerdings kommt es durch die Absonderung zu einer Inventarisierung und damit auch automatisch zu einer Haftungsbeschränkung des Erben, gegenüber den Separationsgläubigern haftet er überhaupt nur noch mit dem separierten Nachlass. (**cum viribus).**

**Zur Errichtung eines Inventars,** also eines vollständigen Verzeichnisses der Verlassenschaft mitsamt Bewertung (auch Rechte und Pflichten! **§§166f AußStrG 2003)** kommt es außer bei Nachlassabsonderung auch bei bedingter Erbserklärung oder auf Antrag der Pflichtteilsberechtigten, von Amts wegen bei letztwilliger Privatstiftung oder Nacherbenschaft. (**§804, §802, §165/1 Z4 AußStrG, §812)**. Unterbleibt allerdings in diesen Fällen eine Aufforderung der Gläubiger ihre Forderungen innerhalb einer gewissen Frist geltend zu machen **(Gläubigerkonvokation)** hat der Erbe ungeachtet seiner beschränkten Haftung durch Inventarisierung und Erschöpfung des Nachlasses Gläubigern das zu leisten, was diese bei erfolgter Konvokation erhalten hätten.

**IV. Übertragung des Erbrechts**

Stirbt der Erbe vor Einantwortung, geht sein Erbrecht auf seine eigenen Erben über (**Transmission)** Das Erbrecht wird also vererbt (**§537)**. Man unterscheidet zwischen **Transmission iEs und iWs (**Erbe stirbt vor / nach Abgabe der Erbantrittserklärung) Der Erbe muss den Erbanfall erleben, Ausnahmen bestehen zugunsten des nasciturus (**§22)** Kein Erleben liegt vor wenn Erbe und Erblasser gleichzeitig sterben, was **§11 TEG** vermutet wenn nicht mehr festgestellt werden kann in welcher Reihenfolge Opfer gestorben sind (Etwa Untergang eines Schiffs – **Kommorientenpräsumtion)**

Zu einer Übertragung des Erbrechts kommt es auch beim Erbschaftskauf, worunter man die entgeltliche Veräußerung des Erbrechts zwischen Erbanfall und Einantwortung versteht. Der Erbschaftskauf bedarf Notariatsakt oder gerichtlichen Protokolls und macht den Käufer zum Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers – er tritt im Verfahren an die Stelle des Erben. Dieser haftet jedoch weiterhin solidarisch mit dem Käufer für Nachlassschulden (**§§1278 ff)**.

**V. Veränderung des Erb- oder Pflichtteils**

**1. Allgemeines**

Manche Erben oder Pflichtteilsberechtigte haben schon zu Lebzeiten Zuwendungen des Erblassers erhalten. Um eine **Ungleichbehandlung jener Erben / Pflichtteilsberechtigten zu vermeiden** die nichts bekommen haben müssen sich Zuwendungsempfänger den Wert der Zuwendung auf den Pflichtteil / Erbteil anrechnen lassen. Es kommt daher zur Verringerung der ihnen zustehenden Ansprüche, andere bekommen demgegenüber damit eine Erhöhung ihrer Ansprüche.

**Anrechnung** ist der Oberbegriff – man unterscheidet zwischen **Anrechnung iEs** und **Einrechnung** je nachdem ob jemand unter Lebenden oder letztwillig die Zuwendung bekommen hat. **Rechnerisch** kommt dieser Unterschied dadurch zum Ausdruck dass der anrechnungspflichtige Posten dem Reinnachlass zugeschlagen wird, um dann wieder vom Erbteil / Pflichtteil des Anrechnungspflichtigen abgezogen zu werden, währen der Einrechnungspflichtige Posten einfach nur abgezogen wird.

Trotz **§794**, bewertet mittlerweile Lehre und Praxis den Wert von beweglichen und unbeweglichen Sachen im Zeitpunkt des Erbanfalls – Barempfänge werden nur bei erheblicher Inflation auf den Zeitpunkt des Erbanfalls aufgewertet.

**2.Anrechnung beim Erbteil**

Sowohl bei gewillkürter als auch bei gesetzlicher Erbfolge kann der Erblasser Anrechnung beliebiger Zuwendungen verfügen (soweit der Pflichtteil nicht geschmälert wird): **gewillkürte Anrechnung.**

Bei gesetzlicher Erbfolge werden schon von Gesetzes wegen bestimmte Posten auf den gesetzlichen Erbteil angerechnet (**gesetzliche Anrechnung)** wenn der Erblasser die Anrechnung nicht erlassen hat (**§792)**.

**-Nachkommen** wird (**§790 iVm §§788f) Ausstattung, Zuwendungen zum Antritt eines Amtes oder Gewerbes (iWs), Aufwendungen zur Bezahlung von Schulden eines volljährigen Kindes, Zuwendungen die der Erblasser als Vorschuss geleistet hat (nach hA) angerechnet.**

**Die Anrechnung wird nur durchgeführt wenn sie von einem Nachkommen des Erblassers verlangt wird**, wirkt sich dann aber auf alle Nachkommen aus. Einem Nachkommen werden auch die Zuwendungen von Aszendenten angerchnet an deren Stelle er als Repräsentant tritt (**§790)** Der Ehegatte nimmt an der Anrechnung nicht teil – Sein Erbteil wird vom tatsächlichen Nachlass berechnet.

**Bsp Seite 343**

Die Anrechnung soll **Ausgleichen** (**Ausgleichsgedanken)** – (Siehe Bsp!)

Im Unterschied zur Schenkungsanrechnung beim Pflichtteil muss der Anrechnungspflichtige nichts zurückgeben wenn der Nachlass nicht reicht, um die Erbteile zu decken (**§793)** Auf der anderen Seite haftet er dem Nachlassgläubiger auch dann nach Maßgabe seiner Erbquote wenn gar nichts der weniger aus dem Nachlass erhält als nötig ist, um seinen Anteil an der Schuld zu begleichen.

**Ehegatten müssen sich alles einrechnen (**EINRECHNUNG!!!) **was diese durch Ehepakt oder Erbvertrag erhalten haben (§757/2)** Zuwendungen, Vermächtnisse werden nicht eingerechnet. Der Anteil an der Gütergemeinschaft auf den Todesfall ist hingegen einzurechnen – die Anrechnung kann von jedem Miterben verlangt werden.

**Bsp Seite 344**

**3.Anrechnung beim Pflichtteil**

***a)normale Anrechnung***

Jedem Noterben werden Legate oder letztwillige Zuwendungen eingerechnet, und Zuwendungen die der Erblasser zu Lebzeiten als Vorschuss auf den Pflichtteil geleistet hat, auf diesen angerechnet (**§787/1, §789). Deszendenten** müssen sich Zuwendungen des **§788** anrechnen, Ehegatten den Voraus des **§758 (§789)**.

Auch die Anrechnung beim Pflichtteil findet nur auf Verlangen statt und begründet keine Rückerstattungspflicht (**§793 analog).** Wiederum ist auch Einrechnung Zuwendungenkraft Repräsentation von Aszendenten vorgesehen. Die Anrechnung beim Pflichtteil wirkt aber auch zu Gunsten / Lasten des Ehegatten.

**Bsp Seite 344-345**

Im Unterschied zur Anrechnung beim Erbteil über die der Erblasser frei bestimmen kann stehen ihm beim Pflichtteil nur beschränkte Verfügungsmöglichkeiten zu – Insbesondere kann er nicht andere als die im Gesetz genannten Zuwendungen anoirdnen, auch ein Erlass der Anrechnung entfaltet nur beschränkte Wirkung – nach hA bloss zum Nachteil des Testamentserben, nicht der übrigen Noterben. (Kein Abzug der Zuwendung deren Anrechnung der Erblasser erlassen hat, solange der Nachlass ausreicht die vom erhöhten Nachlass berechneten Pflichtteile zu decken.

***B)Schenkungsanrechnung***

Wie schon mehrfach erwähnt kann der Erblasser zu Lebzeiten beliebig über sein Vermögen verfügen – Schenkungen gehen dabei jedoch auf Kosten der Noterben da ja die Schenkung das Vermögen verringert. (Anders Schenkung im Todesfall siehe oben). Der Pflichtteilsanspruch fällt geringer aus, als wenn das Geschenk noch im Nachlass wäre – da Gefahr besteht das dadurch Pflichtteilsberechtigte verkürzt werden ist daher auf Verlangen von pflichtteilsberechtigten Kindern / Ehegatten rechnerisch so vorzugehen als wäre das Geschenk noch im Nachlass (**§785)** Dadurch erhöht sich automatisch jeder Pflichtteilsanspruch.

**Bsp Seite 345**

Die Anrechnung kann von einem Kind hinsichtlich Schenkungen nur verlangt werden, sofern der Erblasser sie zu einer Zeit gemacht hat zu der er ein pflichtteilsberechtigtes Kind gehabt hat, bei Ehegatten nur solche die während der Ehe gemacht worden sind. Ein Beschenkter der selbst pflichtteilsberechtigt ist muss sich den Wert des Geschenks abziehen lassen – allerdings von **der Höhe des erhöhten Pflichtteils** abgezogen, nicht vom Ganzen. So bleibt dem anrechnungspflichtigen Noterben zumindest sein gemeiner Pflichtteil.

**Bsp Seite 346**

**Die Differenzierung zwischen Vorempfängen (§788)** und **Schenkungen (§795)** ist schwer, und wird nach hA danach bestimmt ob gewidmet (**§788)** wird oder nicht(**§795)**

Wenn die Verlassenschaft nicht ausreicht um die erhöhten Pflichtteile zu decken können die verkürzten Noterben die **Herausgabe des Geschenks** verlangen um den fehlenden Betrag abzudecken (**§951 Satz 1)** Der Beschenkte hat aber eine **facultas alternativa –** er kann durch Zahlung des Fehlbetrages die Herausgabe abwenden. Unter mehreren Beschenkten richtet sich die Haftung nach zeitlichen Reihenfolge der Schenkungen – Für Schenkungen die der die der Beschenkte nicht mehr hat, haftet er nur wenn sie unredlicherweise aus dem Besitz gelassen hat. Die Anrechnung ist jedoch immer unabhängig davon ob der beschenkte im Besitz ist.

Die Rsp lehnt die Schenkungsanrechnung wenn die Nachlassüberschuldung so hoch ist, dass die Noterben wegen des Vorrangs der Gläubiger selbst dann keinen Pflichtteilsanspruch gehabt hätten, wenn die Schenkung unterblieben ist, wertmäßig also noch im Nachlass wäre.

Die Schenkungsanrechnung kommt nicht nur bei Schenkungen im üblichen Sinn, sondern allgemein bei Geschäften unter Lebenden wo der Erblasser unentgeltlich Personen etwas zuwendet. So auch die Einbringung von Vermögen in eine Stiftung oder auch eine Lebensversicherung, deren Versicherungssumme der Begünstigte sich anrechnen lassen muss. Von der Anrechnungspflicht ausgenommen sind Schenkungen die:

**-Erblasser aus seinen Einkünften ohne Stammvermögensminderung gemacht hat**

**-Gemeinnützige Zwecke,** in Entsprechung einer sittlichen Pflicht aus Rpcksticht des Anstands

**-früher als zwei Jahre vor dem Tod an nicht pflichtteilsberechtigte Personen gemacht wurden** (Frist läuft nicht bei Vermögenseinbringung in Stiftung nicht wenn sich der Stifter den Widerruf der Stiftung vorbehalten hat, Schenkung ist dann eben noch nicht gemacht) Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte sind dagegen unbefristet (gilt auch wenn Vermögen durch eine Stiftung durchgeschleust wird, allerdings keine Anrechnung von Schenkungen aus Erträgnissen des Stiftungsvermögens) Unbefristet wird auch angerechnet wenn der Erbe vor Erblasser stirbt und seine Erben nicht pflichtteilsberechtigt sind. Dies folgt aus der Universalsukzession.

**Bsp Seite 347**