



NZ 2022/15

## Rechtsberater stehen unter Beschuss (und wie die Haftung eingeschränkt werden könnte)

Lehren aus 6 Ob 26/21 y, WIT, und 6 Ob 151/20 d, K. Privatstiftung

Zwei vom OGH entschiedene Fälle zeigen nicht nur häufige Fallen auf, sondern sind Anlass für detailliertere Gedanken zur Freizeichnung.

Von Walter Brugger

### Inhaltsübersicht:

- A. Fall 6 Ob 26/21 y, WIT
  - 1. Sachverhalt (gekürzt)
  - 2. Rechtliches
    - a) Einlagenrückgewähr
    - b) Kausalität und Zurechnung
    - c) OGH zur Belehrungs- und Interessenswahrungspflicht
  - 3. Praktische Hinweise
- B. Fall 6 Ob 151/20 d, K. Privatstiftung
  - 1. Sachverhalt (gekürzt)
  - 2. Rechtliches
  - 3. Praktische Hinweise

### A. Fall 6 Ob 26/21 y, WIT

#### 1. Sachverhalt (gekürzt)

Im Fall OGH 14. 9. 2021, 6 Ob 26/21 y, WIT,<sup>1</sup> klagte der Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der WIT Personalservice GmbH (in der Entscheidung missverständlich als „Schuldnerin“ bezeichnet, hier in der Folge kurz WIT) die Mag. B Mag. S Rechtsanwälte OG, Graz, als **ehemalige Anwaltskanzlei** der WIT. Neben der Rechtsanwälte OG wurden auch zwei Anwälte als persönlich haftende Gesellschafter mitgeklagt (§ 128 UGB).

Die WIT hatte der Rechtsanwälte OG immer wieder Mandate erteilt<sup>2</sup> und auch **Gelder treuhändig auf einem Anderkonto der Kanzlei erlegt**. Mit diesem von der WIT zur Verfügung gestellten Geld sollten gegen

eine Schwestergesellschaft (Wit Arena GmbH) gerichtete Klagen, Exekutionsanträge oder Insolvenzanträge abgewehrt werden.<sup>3</sup> Dadurch sollte auch der infolge wirtschaftlicher Verflechtung befürchtete Folgekonkurs der WIT verhindert werden.

Ing. K war Alleingesellschafter und wies unter Verweis auf seine Geschäftsführerposition bei der WIT die Anwälte immer wieder an, Zahlungen aus dem WIT-Anderkonto zu tätigen und sicherte den Anwälten dabei zu, dass es sich um eine „geschäftliche Verwendung“ der Beträge handle. Die Mehrzahl dieser Zahlungen scheint beim OGH nicht mehr prozessgegenständlich gewesen zu sein.

Der WIT-Geschäftsführer, Ing. K, informierte die Anwälte auch, dass er persönlich Zahlungen „für die WIT“ vorgenommen habe und er noch offene Mietforderungen sowie Gehaltsansprüche als Geschäftsführer gegen die WIT habe. Ing. K **wies daher auch an, aus dem Treuhandgeld** der WIT diverse **Zahlungen zugunsten Ing. K** teils an das Privatkonto von Ing. K, teils an persönliche Steuer- bzw Beitragskonten von Ing. K bei Finanzamt und Sozialversicherung zu tätigen.

Die letztgenannten Zahlungen dienten der Abwehr eines den Anwälten bekannten und seit Oktober 2017 pendenden Konkurseröffnungsverfahrens über Ing. K.<sup>4</sup> Die Anwälte tätigten im November und Dezember 2017 auftragsgemäß diese Überweisungen (laut dezenter Formulierung des OGH war dies „nicht als gewöhnlicher geschäftlicher Vorgang anzusehen“<sup>5</sup>). Dies geschah übrigens zeitlich auch nach Einleitung (13. 10. 2017) eines

<sup>1</sup> Veröffentlicht ua in NZ 2022/11, 50.

<sup>2</sup> Auch die beiden Schwestergesellschaften der WIT, nämlich Wit Works GmbH und Wit Arena GmbH, alle drei GmbHs unter dem beherrschenden Einfluss des Gesellschafters und Geschäftsführers Ing. K, erteilten immer wieder Mandate an die Grazer Mag. B Mag. S Rechtsanwälte OG.

<sup>3</sup> Rz 21 in OGH 14. 9. 2021, 6 Ob 26/21 y.

<sup>4</sup> Vgl Rz 26. Rund ein Jahr später wurde doch noch Konkurs über das Vermögen von Ing. Alexander K eröffnet, nämlich am 20. 11. 2018 zu 26 S 126/18a des LGZ Graz.

<sup>5</sup> Rz 65.

den Anwälten ebenfalls bekannten Konkursöffnungsverfahrens über die WIT (aber noch vor der Konkursöffnung über WIT am 19. 1. 2018, doch bereits nach der am 28. 9. 2017 erfolgten Konkursöffnung über Wit Arena GmbH). Das gibt dem Fall zusätzliche Brisanz.

## 2. Rechtliches

### a) Einlagenrückgewähr

Der – naheliegende – Vorwurf lautet, dass Vermögen der WIT zugunsten eines Gesellschafters verwendet worden sei, also ein Verstoß gegen die **Kapitalerhaltungsvorschriften** vorliege. Auch an mögliche Verstöße gegen §§ 156, 157, 159 StGB könnte – so das Vorbringen des klagenden Masseverwalters – gedacht werden.

Interessanterweise nicht releviert wurde, dass Zahlungen aus dem am Anderkonto erliegenden WIT-Vermögen an die (oder zugunsten der) **Schwestergesellschaft Wit Arena GmbH** ja schon als solche dem Verdacht der Einlagenrückgewähr unterliegen.<sup>6</sup> Dies war beim OGH nicht (mehr?) Verfahrensgegenstand. Vielleicht könnten im konkreten Sachverhalt diese Zahlungen zugunsten der Schwestergesellschaft dadurch gerechtfertigt gewesen sein, dass bei Insolvenz dieser Schwestergesellschaft auch die WIT insolvenzgefährdet gewesen wäre; dies könnte infolge der engen operativen Verflechtung dieser Gesellschaften eine betriebliche Rechtfertigung wie im Fall *Neubauer Strickwarenerzeugung*<sup>7</sup> ergeben. Hier ist freilich warnend anzumerken,<sup>8</sup> dass die „betriebliche Rechtfertigung“ kein Allheilmittelargument ist – bloße konzernmäßige Verbundenheit ist, wie der OGH (im Fall *Biocat, Watercryst*) zu Recht ausführte,<sup>9</sup> noch keine betriebliche Rechtfertigung – und die Frage der betrieblichen Rechtfertigung ist eigentlich kein eigenständiges Kriterium, sondern ein Aspekt des Drittvergleichs.

Als klagsgegenständlich releviert wurden – soweit aus der Entscheidung ersichtlich – nur die Zahlungen an den (oder zugunsten des) Ing. K als **Gesellschafter-Geschäftsführer**.

### b) Kausalität und Zurechnung

Sodann jedenfalls weniger naheliegend ist mE der hierauf folgende Vorwurf, die **Rechtsanwälte OG** (insb de-

ren Partner *Mag. St* als der Drittbeklagte) hätte **schuldhaft mitgewirkt** und sei **schadenersatzrechtlich** für den Nachteil der WIT ersatzpflichtig.

Die Anwälte beriefen sich dagegen nicht nur auf den vom Geschäftsführer erteilten klaren Auftrag, sondern auch auf „**rechtmäßiges Alternativverhalten**“: Ing. K hätte auch bei Erfüllung aller anwaltlichen Pflichten dennoch die Überweisung beauftragt (da aber in den Vorinstanzen noch nicht erörtert worden war, ob Ing. K die Auszahlungen trotz Belehrung und Warnung angeordnet hätte, musste der OGH die Sache an die Vorinstanzen zurückverweisen). Dieser Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens geht nämlich in zwei Richtungen: Einerseits versucht die **Rechtsanwälte OG** die schadenersatzrechtliche **Zurechnung** der (von ihr getätigten und kausalen) Schädigung (Überweisung der Gelder) zu vermeiden.<sup>10</sup> Andererseits könnte damit die **Kausalität der Unterlassung** (unzureichende Rechtsbelehrung, Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung<sup>11</sup>) bestritten werden.<sup>12</sup>

Außerdem wurde eingewendet: Hätten die Anwälte vom Anderkonto nicht auf die Konten des Ing. K überwiesen, hätte Ing. K als Geschäftsführer den Auftrag gegeben, das Geld auf das WIT-Konto zurückzuzahlen und dann hätte Ing. K von dort das Geld auf seine privaten Konten transferieren können. Auch dies müsse von den Unterinstanzen noch geklärt werden, doch ist hier anzumerken, dass der Hinweis auf diese hypothetische Kausalität die **Rechtsanwälte OG** nicht von der Haftung für ihr eigenes Tun befreien kann.<sup>13</sup>

Außerdem argumentierten die Anwälte (freilich letztlich vergeblich, s unten), dass Ing. K aufgrund guter Kenntnisse des GmbH-Rechts nicht belehrungsbedürftig gewesen sei.

### c) OGH zur Belehrungs- und Interessenswahrungspflicht

Der OGH ließ die außerordentliche Revision zu und tätigte für die Praxis wichtige Aussagen zu den Pflichten eines Rechtsberaters, insb als Treuhänder oder Verwahrer von Geld.

Zutr hält der OGH zunächst allg fest, dass das **gesamte Vermögen der GmbH** (und nicht nur das Nominale) vom Schutz des § 82 GmbHG erfasst ist. Er wiederholt seine Rsp, dass ein Geschäft, das gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, nach § 879 Abs 1 ABGB

<sup>6</sup> Vgl OGH 24. 5. 2019, 8 Ob 53/18 d, Kündigungsverzicht zugunsten naher Verwandter des Gesellschafters. Siehe auch *Striessnig*, Einlagenrückgewährverbot und Schwestergesellschaften, *GesRZ* 2019, 157.

<sup>7</sup> OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05 d, *Wilhelm Neubauer Strickwarenerzeugung*.

<sup>8</sup> Warnend bereits *Brugger*, *Unternehmenserwerb*<sup>2</sup> (2020) Rz 15.38.

<sup>9</sup> OGH 29. 9. 2010, 7 Ob 35/10 p: Bürgschaft für die Verbindlichkeit einer Schwestergesellschaft, Abweisung der Klage von *R-Bank* gegen *A GmbH* (Bürge für Kredite an ihre Schwestergesellschaften *Biocat* und *Watercryst*, beide in Konkurs, allesamt Gesellschaften im Einflussbereich von Ing. *Andreas Sch-Sw* [1960–2007]).

<sup>10</sup> Dieses Argument ist aber problematisch, wenn es um Verhaltenspflichten geht, vgl *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1295 Rz 10 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at) mwN.

<sup>11</sup> So ausdr der OGH in Rz 72.

<sup>12</sup> Vgl *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1295 Rz 9 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at).

<sup>13</sup> *Reischauer in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1302 ABGB Rz 14 (Stand 1. 1. 2007, rdb.at): „Wenn eine widerrechtl Handlung einen Schaden wirkl verursacht hat, so wird nach der Rspr die Haftung nicht dadurch aufgehoben, dass nachher ein Ereignis eintritt, das den Schaden gleichfalls herbeigeführt hätte“.

**absolut nichtig** ist und – obwohl sich das Verbot der Einlagenrückgewähr in erster Linie an die Gesellschaft und den Gesellschafter richtet – das Verbot auch einem Dritten entgegen gehalten werden kann, wenn dieser entweder kollusiv gehandelt hat oder sich der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr geradezu aufdrängen musste, er sohin **grob fahrlässig gehandelt hat oder sogar positive Kenntnis** hatte. Auf die grobe Fahrlässigkeit wurde jüngst insb in den OGH-Entscheidungen zur Haftung der kreditgewährenden Bank bei Einlagenrückgewähr abgestellt,<sup>14</sup> aber auch bei einem sonstigen Dritten, der Sicherheiten erhielt.<sup>15</sup>

Dann betont der OGH die iSv § 1299 ABGB sorgfältig zu erfüllende Belehrungs- und Interessenwahrungspflicht der rechtsberatenden Berufe, hier Rechtsanwältinnen; doch gilt Gleiches mE auch für Notare (vgl § 53 NotO)<sup>16</sup> und Steuerberater.

**Belehrungspflicht** besteht insb auch bei Mandanten, die bereits Rechtsberatung eingeholt haben oder rechtskundig sind, wenn sich die Unrichtigkeit ihrer Rechtsansicht herausstellt.

Und die **Interessenwahrungspflicht** erfordere es, die „vertretene Partei vom Abschluss möglicherweise nichtiger Rechtsgeschäfte **abzuhalten**“.<sup>17</sup> Dies ist auch schon in einer kurz zuvor ergangenen Entscheidung, wenn auch bloß iZm einer Zurückweisung einer außerordentlichen Revision, so ausgedrückt worden.<sup>18</sup> Der OGH führte nun auch aus,<sup>19</sup> dass die Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Prüfung von Verdachtsmomenten und zur **Verhütung** der negativen Folgen von Verstößen gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften nicht nur bei Vertragserrichtung und -prüfung, sondern **bei allen** zwischen dem Mandanten geschlossenen **Auftragsverhältnissen** gilt.

ME ist aus diesen Formulierungen aber nicht eine „aktive Abhaltungs-, Verhütungs- und Verhinderungspflicht“ des Rechtsberaters abzuleiten. Das wäre wohl ein **Missverständnis**. Der Rechtsberater kann mE nur belehren, wenn nötig nachdrücklich, aber kann nicht die Rolle eines Polizisten übernehmen, um den Mandanten „abzuhalten“ und negative Folgen zu „verhüten“ oder effektiv zu „verhindern“ (wie auch?). Zwangsmittel stehen dem Rechtsberater (Anwalt, Notar,

Steuerberater) nicht zu. Der Rechtsberater kann auch nicht verpflichtet sein, zugunsten der Gesellschaft (hier: WIT) eine einstweilige Verfügung gegen den Gesellschafter-Geschäftsführer (hier: Ing. K) zu beantragen (da wäre schon die Aktivlegitimation problematisch, abgesehen von den gegen eine Klagsführung sprechenden Treuepflichten gegenüber dem Mandanten). Es verbleibt also „nur“ eine nachdrückliche und konkrete Warn- und Hinweispflicht auf die Rechtswidrigkeit, um den Mandanten vor Schäden „tunlichst zu bewahren“<sup>20</sup> (und eine Ablehnungspflicht bei gesellschaftsrechtswidrigen, vielleicht sogar strafrechtswidrigen Handlungen, dazu s unten). Jedenfalls aber wäre – nach dem OGH – eine Aufklärung nötig, die über einen allgemein gehaltenen Hinweis auf einen „allfälligen“ Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften hinausgeht.<sup>21</sup>

Die beabsichtigte „offene Vermögensverschiebung“ von der WIT an den Gesellschafter Ing. K hätte laut OGH daher dazu führen müssen, das sich aufdrängende Problem „konkret zu erörtern“<sup>22</sup> und danach zu trachten, einen Abfluss liquider Mittel der WIT im Stadium ihrer eigenen drohenden Insolvenz „zu verhindern“.<sup>23</sup> Nämlich: Ing. K behauptete zur Rechtfertigung der Zahlungen an ihn auf fremdüblichen Geschäften beruhende Ansprüche (s oben: dass er persönlich Zahlungen „für die WIT“ vorgenommen habe und er noch offene Mietenforderungen sowie Gehaltsansprüche als Geschäftsführer gegen die WIT habe). Diese Ansprüche wären, wie der OGH bemerkt, nur dann auch fällig, wenn sie nicht der Rückzahlungssperre des § 14 EKEG unterliegen. Alle diese Umstände wären vom Anwalt vor Auszahlung des Anderkontos detailliert (!) zu überprüfen und zu erörtern gewesen,<sup>24</sup> zumal ein Interessenkonflikt zwischen dem geschäftsführenden Alleingesellschafter Ing. K und der von ihm vertretenen WIT nahe lag.

Je nach Ergebnis dieser Problemerkörterung – im konkreten Fall noch nicht vollständig geklärt – hält es der OGH für möglich (oder sogar wahrscheinlich), dass die Anwälte die Zahlung aus dem WIT-Anderkonto hätten **ablehnen** müssen,<sup>25</sup> wenn sich ihnen der Verstoß gegen Kapitalerhaltungsvorschriften **geradezu aufdrängen** musste und somit die **Auszahlungsaufträge unwirksam (nichtig)**<sup>26</sup> sind. Darauf könnte sich der Schadenersatzanspruch der WIT (nunmehr des Masseverwalters) gegen die **Rechtsanwältinnen OG** gründen. Ein solcher Schadenersatzanspruch kann übrigens aus rechtlicher Sicht nicht mit einem Hinweis abgewehrt werden, dass WIT ja

<sup>14</sup> Vgl OGH 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19 p, fiktives Cash Pooling im Konzern.

<sup>15</sup> OGH 25. 6. 2020, 6 Ob 89/20 m. Hier führte der OGH auch ausdr aus, dass der Anwalt, der eine Pfandbestellungsurkunde verfasst, verpflichtet ist, einen allfälligen Verdacht der Einlagenrückgewähr zu prüfen. Er hat auch dafür vorzusorgen, die von ihm vertretene Partei vom Abschluss möglicherweise nichtiger Rechtsgeschäfte abzuhalten.

<sup>16</sup> Einen weitgehenden Gleichlauf der Sorgfaltspflichten bei Anwälten und Notaren nimmt auch der OGH an, vgl jüngst OGH 20. 1. 2021, 3 Ob 189/20 w, mwN.

<sup>17</sup> So ausdr Rz 57 in OGH 14. 9. 2021, 6 Ob 26/21 y.

<sup>18</sup> OGH FN 15.

<sup>19</sup> Rz 58 in OGH 14. 9. 2021, 6 Ob 26/21 y.

<sup>20</sup> So auch Rz 70 als Zusammenfassung: Die **Rechtsanwältinnen OG** hätte die WIT „konkret zu warnen und [vor Auszahlungen] tunlichst zu bewahren“ gehabt.

<sup>21</sup> Rz 70.

<sup>22</sup> Rz 64.

<sup>23</sup> Rz 66.

<sup>24</sup> Vgl zum Detailgrad insb Rz 69.

<sup>25</sup> Rz 73 (Pkt 6.2.).

<sup>26</sup> Dazu schon *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 74 Rz 15 (Stand 1. 7. 2021, rdb.at).

einen Rückgewähranspruch gegen den Zahlungsempfänger (hier: Ing. K) habe,<sup>27</sup> was aber im konkreten Fall auch schon faktisch angesichts der Insolvenz (auch) von Ing. K gar kein Thema sein kann.

### 3. Praktische Hinweise

Zunächst ist für alle rechtsberatenden Berufe aus dieser Entscheidung die Warnung abzuleiten, **bei jedem Verdacht**<sup>28</sup> eines Verstoßes gegen Kapitalerhaltungsvorschriften den Sachverhalt besonders **genau zu hinterfragen** (sich auch konkrete Details **nachweisen** zu lassen), die Mandanten nachdrücklich zu belehren und – wenn der Zweifel nicht eindeutig aufgeklärt werden kann – **keinesfalls Mitwirkungsakte** zu setzen, auch nicht treuhändig erlegte Gelder gemäß Weisung auszu zahlen.

So hat der OGH schon früher im Fall *Edtmayer AG* ausgesprochen,<sup>29</sup> dass Aufsichtsratsmitglieder, obwohl auch sie – wie auch die Rechtsanwälte in unserem Fall – nicht Normadressaten der Kapitalerhaltungsnormen sind, doch nicht (etwa durch einen Genehmigungsbeschluss) an der Einlagenrückgewähr **mitwirken** dürfen, widrigens sie schadenersatzpflichtig werden. Auch betreffend Notare hat der OGH bereits ausdrücklich mehrfach ausgesprochen, dass der Notar an einem verdächtigen Geschäft iSd § 5 Abs 3 NO nicht mitwirken darf.<sup>30</sup>

Die Praxis zeigt nicht nur nach wie vor viele<sup>31</sup> OGH-Entscheidungen zu unterschiedlichsten Fällen der Einlagenrückgewähr (man möchte meinen, dass dieses Problemfeld inzwischen ausreichend ins Bewusstsein aller Beteiligten vorgedrungen ist), sondern auch, **dass diese Fälle regelmäßig dann** früher oder später **auftauchen und zu Gericht kommen**, wenn **entweder** die GmbH in neue Hände gerät (insb Gesellschafterwechsel<sup>32</sup> und neue Geschäftsführung wie im instruktiven Fall *Auto Schicho*<sup>33</sup> und im bekannten Fall *Leiner*<sup>34</sup>) **oder** wenn

ein Insolvenzverwalter – dann naturgemäß ohne jedwede Ingerenz der bisherigen Gesellschafter, Geschäftsführer und Berater – die Zahlungsflüsse der letzten Jahre durchforstet und Ansprüche einklagt (zB in den Fällen *AE&E*<sup>35</sup> und *Kunstmöbelfabrik Bothe*<sup>36</sup>).

Neben dem Thema der Einlagenrückgewähr soll aber auch überlegt werden, ob ein Rechtsberater – abgesehen von so eklatanten Fällen wie dem besprochenen – vielleicht für leichte Fahrlässigkeit einen Haftungsausschluss vereinbaren könnte. Zur Frage des Haftungsausschlusses erging ebenfalls vor Kurzem eine OGH-Entscheidung, auf die daher in der Folge kurz eingegangen werden soll:

## B. Fall 6 Ob 151/20 d, K. Privatstiftung

### 1. Sachverhalt (gekürzt)

Die E OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 151/20 d, K. *Privatstiftung*, betrifft den **Antrag auf Genehmigung des Abschlusses eines Mandatsvertrags** zwischen der K. *Privatstiftung*<sup>37</sup> und der *U & Partner Rechtsanwälte*, eine Innsbrucker Rechtsanwalts-GesbR, wobei einer der drei Anwälte (Partner, GesbR-Gesellschafter) zugleich Vorstandsmitglied der K. *Privatstiftung* war.<sup>38</sup> Da hier ein Vertrag zwischen der Privatstiftung und einem Mitglied ihres Stiftungsvorstands beabsichtigt war, unterlag dieser Mandatsvertrag der Genehmigungspflicht des § 17 Abs 5 PSG.

Das Rechtsmittelverfahren wurde von allen drei Mitgliedern des Stiftungsvorstands, darunter auch dem Rechtsanwaltspartner Dr. S G, betrieben. Die Genehmigung des Mandatsvertrags wurde in allen drei Instanzen abgelehnt, weil der Mandatsvertrag eine Haftungseinschränkung vorsah: Die Anwaltskanzlei wollte eine **Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit**.

### 2. Rechtliches

Diese konkrete Vertragsgestaltung erweckte Anstoß bei Gericht: Zwar sei die **Wirksamkeit eines Haftungsausschlusses nicht in Zweifel zu ziehen**,<sup>39</sup> doch liege diese Freizeichnung ausschließlich im Interesse der Anwälte und entspreche nicht dem Wohl der Privatstiftung<sup>40</sup> und die Unterinstanzen haben mit dieser Beurteilung ih-

<sup>27</sup> Vgl *Schopper in Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 100 Rz 4 aE (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

<sup>28</sup> Ohne Verdacht besteht aber keine generelle Erkundigungspflicht, *Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 74 Rz 16 aE (Stand 1. 7. 2021, rdb.at).

<sup>29</sup> OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 58/20 b, Kreditgewährung durch *Edtmayer AG*.

<sup>30</sup> StRsp, zB OGH 1. 3. 1984 6 Ob 505/84; 3. 3. 2008, 9 Ob 30/07 p: Der Notar ist verpflichtet, einen Vertragsteil von der Vertragsunterzeichnung abzuhalten, bzw hat der Notar seine Mitwirkung beim Abschluss des Geschäfts zu versagen.

<sup>31</sup> Zutr die Einschätzung von *Alexander Schopper*, Heilung von Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, *ecolex* 2019, 736, der aufgrund der Fülle von Judikatur und Lit zu diesem Thema die Wahrung eines Überblicks als „nahezu unmöglich“ bezeichnet.

<sup>32</sup> Vgl die an den Anteilserwerber gerichtete Empfehlung einer „Post Merger Due Diligence-Review“ bei *Brugger*, *Unternehmenserwerb*<sup>2</sup> (2020) Rz 19.121.

<sup>33</sup> OGH 1. 9. 2010, 6 Ob 132/10 w, *Auto Schicho*. Vgl ergänzende Ausführungen im zweiten Rechtsgang OGH 13. 9. 2012, 6 Ob 110/12 p, *Schicho II*.

<sup>34</sup> OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 195/18 x, *Leiner/Koch*.

<sup>35</sup> OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 171/15 p; 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15 h: jeweils Klage der Treuhänderin im Sanierungsverfahren über das Vermögen der *AE&E*.

<sup>36</sup> OGH 22. 10. 2020, 6 Ob 44/20 v, *Kunstmöbelfabrik Bothe*. Weiteres Beispiel aus vielen: OGH 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19 p, *fiktives Cash Pooling im Konzern*.

<sup>37</sup> Diese Privatstiftung wird in [https://www.firmenabc.at/k-a-privatstiftung\\_Orur](https://www.firmenabc.at/k-a-privatstiftung_Orur) (zuletzt abgefragt am 17. 1. 2022) mit ihren Beteiligungen genannt.

<sup>38</sup> Zur Entscheidung und zur Genehmigungspflicht schon *S.-F. Kraus*, *ZFS* 2021, 16 (19).

<sup>39</sup> So ausdr Pkt 2.6. in dieser E OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 151/20 d, K. *Privatstiftung*.

<sup>40</sup> Der OGH bezeichnet die Privatstiftung hier in Pkt 2.8. versehentlich als „Gesellschaft“.



ren diesbezüglichen Ermessenspielraum nicht überschritten (mehr musste der OGH im Rahmen des Revisionsrekurses nicht prüfen). Die behauptete Üblichkeit eines solchen Haftungsausschlusses sei nicht bescheinigt worden. Die vorgebrachten Vorteile der Mandatierung („Verkürzung der Kommunikationswege“ von der *K. Privatstiftung* über Vorstandsmitglied und Rechtsanwalt Dr. S G an „seine“ *U & Partner Rechtsanwälte*) seien kein ausreichend starker Ausgleich für den evidenten Nachteil durch die Freizeichnung.<sup>41</sup> Die zweite Instanz hatte zuvor auch die Höhe der Stundensätze problematisiert, worauf aber der OGH nicht eingegangen ist.

### 3. Praktische Hinweise

Festzuhalten ist mE also, dass eine **Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit an und für sich zulässig** ist. Dies gilt auch für Notare.<sup>42</sup>

Für Verbrauchergeschäfte wird aber gelehrt, dass aus § 6 Abs 1 Z 9 KSchG nicht der Umkehrschluss gezogen werden kann, dass im Bereich anderer als Personenschäden der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit generell zulässig wäre.<sup>43</sup> Ein genereller Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit kann in manchen Fällen (unabhängig davon, ob Verbraucher- oder Unternehmergeschäfte vorliegen), nämlich wenn er in AGB (oft auch „Allgemeine Auftragsbedingungen – AAB“ genannt) untergebracht ist, problematisch sein: Solche AGB-Klauseln waren zwar noch in einer älteren Entscheidung als wirksam bezeichnet worden,<sup>44</sup> „können“ aber nach jüngerer Judikatur (noch mE weniger klar in der Entscheidung *Bank Austria Creditanstalt*<sup>45</sup> und deutlich insb seit der Entscheidung *GE Money Bank*<sup>46</sup>) uU doch gröblich benachteiligend iSv § 879 Abs 3 ABGB sein.<sup>47</sup> Problematisiert wird eine Freizeichnung insb dann, wenn sie die vertraglichen **Hauptpflichten** („Kardinalpflichten“) betrifft.<sup>48</sup> Genau auf

diese Kriterien verweist auch die hier besprochene Entscheidung.<sup>49</sup>

Außerhalb von AGB – also individualvertraglich – wird eine **Freizeichnung von leichter Fahrlässigkeit idR wirksam** sein.<sup>50</sup>

Der Hinweis der Judikatur auf eine angeblich vorhandene Problematik, wenn von der Freizeichnung die **Hauptleistungspflicht** betroffen sei, ist mE anzuzweifeln, wie das folgende Beispiel zeigen soll: Es ist nämlich anerkannt, dass die Parteien als Ausfluss der Vertragsfreiheit den Inhalt des Vertrags frei gestalten können. So ist es dem Mandanten und dem Rechtsberater beispielsweise unbenommen zu vereinbaren, dass der Rechtsberater nur einen raschen Blick auf einen vorgelegten Vertragsentwurf werfen soll, um bloß die in die Augen fallenden größten Fehler aufzuzeigen; in so einer vertraglichen Konstellation wird der Rechtsberater nicht für das – leicht fahrlässige – Übersehen „kleinerer“ Fehler des Vertragsentwurfs haften. Die Parteien haben ja durch Gestaltung des Vertragsinhalts (Leistungsdefinition) eine nur oberflächliche und rasche Beratungsleistung vereinbart (idR zu einem geringeren Honorarbetrag<sup>51</sup>) und gerade nicht eine – sonst wohl übliche und geschuldete – sorgfältige und ausführliche Rechtsberatung.

Eine solche einschränkende Leistungsvereinbarung kommt in der Praxis der Rechtsberatung (und nicht nur in der Bauwirtschaft<sup>52</sup>) durchaus nicht selten vor (man denke auch an Telefonauskünfte<sup>53</sup> des Notars oder Anwalts) und liegt oft im Interesse des Mandanten (Zeitdruck, Kostendruck). Wenn es also zulässig ist, die Hauptleistung auf eine schnelle Grob-Überprüfung einzuschränken (und dadurch Gewährleistungs- sowie Schadenersatzansprüche einzuschränken), wird es mE auch zulässig sein, individualvertraglich<sup>54</sup> die Gesamtleistung (Haupt- und Nebenleistung) einer Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit zu unterziehen. Es wäre mE ein Wertungswiderspruch, einerseits die einschränkende Leistungsbeschreibung zuzulassen, aber andererseits die inhaltlich gleichwertige Freizeichnung zu problematisieren. Der wohl einzige Unterschied zwischen einschränkender Leistungsbeschreibung und der problematisierten Gewährleistungseinschränkung liegt in der genaueren Offenlegung des möglichen Mangels.<sup>55</sup>

<sup>41</sup> Vgl Pkt 2.9.

<sup>42</sup> Ausf *Wilhelmer*, Zur Zulässigkeit und Gestaltung von Haftungsvereinbarungen durch den Notar, NZ 2013, 1.

<sup>43</sup> *Docekal/Ecker/Kogelmann/Kolba* in *Deixler-Hübner/Kolba*, Handbuch Verbraucherrecht (2015) Klauselkatalog (§ 6 KSchG), 147, mHin auf *Krejci* in *Rummeß* § 6 KSchG Rz 126 f.

<sup>44</sup> OGH 29. 3. 2000, 6 Ob 35/00 s, *Allgemeine Auftragsbedingungen für Wirtschaftstrehänder (AAB)*.

<sup>45</sup> OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 179/02 f, *Bank Austria Creditanstalt AG*.

<sup>46</sup> OGH 20. 3. 2007, 4 Ob 221/06 p, *GE Money Bank*.

<sup>47</sup> Dabei kommt es iS eines beweglichen Systems auf Ausmaß, Grund und sachliche Rechtfertigung der zu Lasten des Vertragspartners des Verwenders vorgenommenen Abweichung vom dispositiven Recht ebenso an wie auf das Ausmaß der verdünnten Willensfreiheit und den Umstand, ob eine Freizeichnung auch im Fall der Verletzung vertraglicher Hauptleistungspflichten zum Tragen kommt, so OGH 20. 3. 2007, 4 Ob 221/06 p, *GE Money Bank*.

<sup>48</sup> *Docekal/Ecker/Kogelmann/Kolba* in *Deixler-Hübner/Kolba*, Handbuch Verbraucherrecht (2015) Klauselkatalog (§ 6 KSchG), 148; OGH 20. 3. 2007, 4 Ob 221/06 p, *GE Money Bank*.

<sup>49</sup> Rz 25.

<sup>50</sup> Es darf aber nicht passieren, dass der Berater seine Stellung und sein Wissen ausnutzt, um den Klienten über das Vorhandensein des Ausschlusses hinwegzutäuschen; so *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> Rz 5/11.

<sup>51</sup> Dies ist ein Kriterium, das auch laut *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> Rz 5/11 gegen die Sittenwidrigkeit spricht.

<sup>52</sup> Dazu *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 923 Rz 93 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at).

<sup>53</sup> Darauf verweisen *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> Rz 5/11.

<sup>54</sup> Solche Freizeichnungen in den AGB wären nach § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen, s schon FN 47.

<sup>55</sup> *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 929 Rz 6 (Stand 1. 1. 2016, rdb.at).

Sogar der Ausschluss der Beraterhaftung für **grobes** Verschulden wird (bei gleichrangigen Vertragspartnern) in der Lit für zulässig erachtet.<sup>56</sup>

Ähnlich wie der erörterte Haftungsausschluss wird eine „**betragliche** Haftungsbeschränkung“ (zB in Höhe der Haftpflichtversicherungssumme des Beraters) am Sittenwidrigkeitskriterium gemessen.<sup>57</sup> Solche Begrenzungen sind in den AGB der Anwälte und Notare – soweit ersichtlich – beliebt.

Immer häufiger verwenden Anwaltskanzleien in der Praxis daher individuelle Auftragsbriefe, auch „Engagement Letter“ genannt, (mit Auftragsbeschreibung und Honorierungsgrundlagen sowie Haftungseinschränkungen), jedoch ohne AGB zu benutzen. Aber nach der Rsp sind als AGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen zu verstehen, die eine Vertragspartei verwendet, einerlei, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat.<sup>58</sup> Somit könnten regelmäßig von einem Anwalt, Steuerberater oder Notar in Auftragsbriefe „formularmäßig“ aufgenommene und nicht im Einzelnen ausgehandelte Haftungseinschränkungen nach dieser strengen Ansicht des OGH auch dem § 879 Abs 3 ABGB unterliegen.

Für den Fall der *U & Partner Rechtsanwälte* mit der *K. Privatstiftung* helfen diese Überlegungen zur Berater-

<sup>56</sup> Völk/Völk, Beraterhaftung<sup>2</sup> Rz 5/13.

<sup>57</sup> Vgl Völk/Völk, Beraterhaftung<sup>2</sup> Rz 5/16.

<sup>58</sup> StRsp, zB OGH 22. 10. 2020, 5 Ob 15/20x, *easybank AG*; 17. 7. 2014, 4 Ob 117/14f, *T-Mobile GmbH*.

haftung freilich nicht: Die Freizeichnung ist dort in AGB enthalten (und somit nach § 879 Abs 3 ABGB zumindest verdächtig<sup>59</sup>) und zweifellos zum Nachteil der *K. Privatstiftung*; die Gerichte haben in diesem Fall ja nicht die grundsätzliche Wirksamkeit, sondern nur nach § 17 Abs 5 PSG zu prüfen gehabt, ob das Geschäft bei einer Gesamtschau<sup>60</sup> angesichts der Interessenskollision im Interesse der *K. Privatstiftung* liegt und genehmigt werden kann.

Auch im Fall *WIT* hätte eine mE zulässige individualvertragliche Freizeichnung von leichter Fahrlässigkeit, die es laut Sachverhalt aber offenbar nicht gab, der *Mag. B Mag. S Rechtsanwälte OG* nicht geholfen, weil die Einlagenrückgewährsproblematik in casu laut Feststellungen ja grob (vielleicht sogar krass grob?) in die Augen fallend und somit die – allenfalls abzubedingende – leichte Fahrlässigkeit überschritten war.

#### Über den Autor:

Em. RA Hon.-Prof. Dr. Walter Brugger ist Gründungspartner der Rechtsanwaltskanzlei DORDA in Wien.

<sup>59</sup> Im Rahmen dieses Artikels soll offen bleiben, ob – neben der Anwendung von § 879 Abs 3 ABGB – die *K. Privatstiftung* gewährleistungsrechtlich den Schutz von § 9 KSchG in Anspruch nehmen kann. Nach der Judikatur (OGH 15. 9. 2020, 6 Ob 32/20d, Prokura für *Central European Academic PS*) hängt die Unternehmereigenschaft einer Privatstiftung davon ab, ob sie gem § 1 Abs 1 UGB ein Unternehmen betreibt; eine reine Holding- oder Besitzgesellschaft ist idR nicht unternehmerisch tätig und könnte sich auf § 9 KSchG berufen.

<sup>60</sup> Darauf verweist auch *Zentrum für Stiftungsrecht*, Résumé-Protokoll des Fachgesprächs „Aktuelles zum Stiftungsrecht“, GesRZ 2021, 380 (386).