

nen Kundenstock zu nutzen, und ist entsprechend auch nicht bereit, dafür (zumindest mittelbar) an den Veräußerer einen höheren Kaufpreis zu leisten, kann mangels Unternehmervorteilen des Veräußerers kein Ausgleichsanspruch entstehen. Die in der Lit vertretene Ansicht, wonach Unternehmervorteile (offenbar nur) dann fehlen, wenn neben dem mangelnden Interesse des Erwerbers am Kundenstock auch tatsächlich keine Über-

tragung des Kundenstocks stattfindet (idS: Nocker, HVertrG² § 24 Rz 576 mwN), es mithin auf die tatsächliche Übertragung des Kundenstocks ankommt, hat der OGH uE zutreffend verneint (vgl am Ende von Pkt 2.1 der E).

Lutz Riedel/Matthias Hofer

Dr. Lutz Riede ist Rechtsanwalt, Matthias Hofer ist Rechtsanwaltsanwärter, beide sind im Wiener Büro von Freshfields Bruckhaus Deringer tätig.

Auskunftsanspruch des Gerichtskommissärs im Verlassenschaftsverfahren durchbricht Bankgeheimnis Dritter

§ 145f
AußStrG;
§ 38 Abs 2 Z 3
BWG

OGH
29. 9. 2016,
2 Ob 183/15y

2018/18

§ 38 Abs 2 Z 3 BWG unterscheidet nicht zwischen Geheimnissen des verstorbenen Kunden und solchen anderer Personen. Er schließt die Berufung der Bank auf das Bankgeheimnis gegenüber dem Gerichtskommissär und dem Abhandlungsgericht grundsätzlich aus. Die Auskunft der Bank hat sich zwar weiterhin darauf zu beschränken, was für die Klärung der Nachlasszugehörigkeit eines bestimmten Vermögenswerts erforderlich ist. Mit dem Hinweis auf die Rechte Dritter oder von Kontomitinhabern kann diese Auskunft aber nicht verweigert werden.

schwer zurückgewiesen, ebenso der außerordentliche Revisionsrekurs (6 Ob 142/14x).

In der Folge legte die Bank dem Gerichtskommissär die Kontoumsatzaufstellung vor und verwies darauf, dass allfällige Einzelbelegduplikate bereitgestellt werden könnten. Aus der Aufstellung ergab sich, dass auf dem Konto des Erblassers am 26. 3. 2013 ein Betrag von € 539.000,- gutgeschrieben und von diesem Konto am 27. 3. 2013 eine Überweisung von € 538.845,88 getätigt worden war. Der Überweisungsempfänger und dessen Konto sind in der Aufstellung nicht angeführt. Dieser Vorgang wurde zwar im ergänzten, nun einen reinen Nachlass von € 65.944,18 ausweisenden Inventar des Gerichtskommissärs festgehalten, ohne dass er sich aber darin rechnerisch niederschlug.

Der am 16. 4. 2013 im Alter von 74 Jahren verstorbene Erblasser hinterließ seine Ehefrau (die Revisionsrekurswerberin), vier leibliche Kinder und seinen im Jahr 2001 an Kindes statt angenommenen Wahlsohn DI Dr. A***** N*****.

In der Tagsatzung vom 12. 2. 2015 beantragte der Wahlsohn die Beischaffung eines Einzelbelegduplikats zu der Überweisung v 27. 3. 2013. Aus der Kontoumsatzaufstellung sei nicht ersichtlich, ob der Betrag auf ein anderes, derzeit nicht bekanntes Konto des Erblassers oder auf das Konto der Witwe überwiesen worden sei. Auch die Witwe sei über das Konto des Erblassers verfügungsberechtigt gewesen. Die leiblichen Kinder schlossen sich dem Antrag an. Die Witwe sprach sich dagegen aus und beantragte die Einantwortung des Nachlasses.

In seinem Testament v 13. 4. 2012 hatte er seine Ehefrau zur Alleinerbin bestimmt. In Pkt III des Testaments hatte der Erblasser festgehalten, dass seine fünf Kinder zwar Pflichtteilsansprüche hätten, sie jedoch gem „§ 540 Abs 2 ABGB“ erbunwürdig seien und weder einen gesetzlichen Erbteil noch einen Pflichtteil erhalten sollten. Er habe seit 20 Jahren „keinen wie immer gearteten Kontakt“ zu seinen Kindern gehabt, welche die sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern ergebenden Pflichten ihm gegenüber gröblich vernachlässigt hätten.

Im Anschluss an diese Tagsatzung legte der Gerichtskommissär den Akt dem ErstG „unter Anschluss der protokollierten Anträge vom 12. 2. 2015“ vor. Für den Fall, dass dem Antrag auf Einantwortung stattgegeben werde, ersuchte er um Aktenübermittlung zur Geltendmachung seines Gebührenanspruchs.

Am 31. 7. 2013 gab die Witwe aufgrund des Testaments zum gesamten Nachlass die bedingte Erbantrittserklärung ab. Das vom Gerichtskommissär erstellte Inventar ergab zunächst Aktiva von € 20.036,64 und Passiva von € 26.574,49, somit eine Nachlassüberschuldung von € 6.537,85.

Das ErstG antwortete die Verlassenschaft der Witwe zur Gänze ein (1), ordnete die Verbücherung von mit Wohnungseigentum verbundenen Liegenschaftsanteilen an (2) und bestimmte die Gebühren zweier Sachverständiger (3 und 4) sowie des Gerichtskommissärs (5), wobei es die Witwe jeweils zur Zahlung der Gebührenbeträge verpflichtete. Über den Antrag der Noterben wurde nicht abgesprochen, der Beschluss enthält auch keine Begründung dazu.

Am 21. 11. 2013 stellten die leiblichen Kinder des Erblassers den Antrag, ein näher bezeichnetes Bankkonto rückwirkend zu öffnen, wobei die Kontobewegungen bis 14 Monate vor dem Todestag des Erblassers einsehbar sein mögen. Sie brachten vor, der Erblasser habe mit Kaufvertrag vom 31. 1. 2013 eine in seinem Alleineigentum stehende „höchst repräsentative“ Villa in P***** um rund € 600.000,- verkauft. Aufgrund der schweren Erkrankung des Erblassers zu diesem Zeitpunkt sei auszuschließen, dass er das Geld in den wenigen Wochen bis zu seinem Tod „ausgegeben“ habe. Vielmehr sei wahrscheinlich, dass der Verkaufserlös nur kurz auf dem besagten Konto erlegen und dann auf ein Sparbuch oder ein anderes Konto des Erblassers überwiesen worden sei.

Das durch den Wahlsohn hinsichtlich der Spruchpunkte 1 und 2 angerufene RekG hob den erstinstanzlichen Beschluss im angefochtenen Umfang auf und trug dem ErstG insoweit die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands € 30.000,- übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei.

Mit Beschluss v 16. 12. 2013 gab das ErstG dem Antrag statt. Der Rekurs der Witwe wurde mangels Be-

Das RekG vertrat die Ansicht, das ErstG habe mit seinem Beschluss implizit den Antrag der Noterben auf Beischaffung eines Einzelbelegduplikats zur fraglichen Transaktion abgewiesen. Da mit der Rechtskraft des

Einantwortungsbeschlusses das Verlassenschaftsverfahren beendet sei, habe das ErstG die dem Schutz der Noterben dienenden Vorkehrungen vor der Einantwortung des Nachlasses zu treffen. Diesem Gedanken habe das ErstG durch die begründungslose Einantwortung des Nachlasses ohne vorherige Beischaffung des Einzelbelegdublikats sowie ohne Entscheidung über die Nachlasszugehörigkeit des strittigen Guthabens nicht entsprochen. Damit leide die angefochtene Entscheidung an einem wesentlichen Verfahrensmangel, der ihre Aufhebung unvermeidbar mache.

Aus der Begründung:

Der Revisionsrekurs (der Witwe) ist aus den vom RekG genannten Gründen zulässig. Das Rechtsmittel ist jedoch nicht berechtigt.

3. Konkrete Anhaltspunkte für die Nachlasszugehörigkeit:

(...)

3.3 Nach Auffassung des Senats ist bei der Frage nach ausreichend konkreten Anhaltspunkten für die Nachlasszugehörigkeit von Vermögenswerten stets auf den Zweck der Antragsbefugnis des Noterben, ihm zur Durchsetzung seiner Rechte nach den §§ 784, 804 ABGB zu verhelfen, abzustellen. Dies lässt es im Einklang mit den zitierten Lehrmeinungen geboten erscheinen, das Konkretisierungserfordernis jedenfalls *nicht so hoch* anzusetzen, dass etwa ein Antrag auf Ermittlung des Vorhandenseins und des Umfangs eines vom ursprünglichen Inventar noch nicht erfassten Vermögens *praktisch nie in Frage* kommt. Maßgeblich sind jeweils die Umstände des Einzelfalls.

4. Bankgeheimnis – kein Hindernis:

(...)

Nach nahezu einhelliger und überzeugender Auffassung im jüngeren Schrifttum beruht das Auskunftsrecht des Gerichtskommissärs und des Abhandlungsgerichts auf eigenem Recht, die Rechtsgrundlage bildet § 38 Abs 2 Z 3 BWG. Der Umfang ihrer Befugnisse ergibt sich aus den gesetzlich festgelegten Aufgaben des Gerichtskommissärs, vor allem also aus §§ 145 und 165 ff. AußStrG (idS schon 6 Ob 287/08 m). Jedenfalls dann, wenn sich das Auskunftsverlangen des Gerichtskommissärs auf den Antrag eines Noterben gründet oder auch nur in dessen Interesse erfolgt – nur diese Konstellation ist hier verfahrensrelevant –, bedarf es daher keines Rückgriffs auf jene Rsp des OGH (und zwar auch nicht zwecks Wahrung der von Hofmann angenommenen Fürsorgepflicht), wonach der Auskunftsanspruch des Gerichtskommissärs von jenem des verstorbenen Bankkunden abgeleitet wird. Soweit der E 7 Ob 292/06 a anderes zu entnehmen ist, wird ihr nicht gefolgt. Damit wird auch den berechtigten dogmatischen Einwänden *Verweijens* (in *ecolex* 2008/87) und *Dullingers* (in *EF-Z* 2010/51) Rechnung getragen.

4.4.2 Wie insb *Riss* überzeugend dargelegt hat, differenziert die Ausnahmebestimmung des § 38 Abs 2 Z 3 BWG nicht zwischen Geheimnissen des verstorbenen Kunden und solchen anderer Personen. Sie schließt die Berufung der Bank auf das Bankgeheimnis gegenüber dem Gerichtskommissär und

dem AbhandlungsG grundsätzlich aus. Die Auskunft der Bank hat sich zwar – insoweit auch *iS Apathys* – weiterhin darauf zu beschränken, was für die Klärung der Nachlasszugehörigkeit eines bestimmten Vermögenswerts erforderlich ist. Mit dem Hinweis auf die Rechte Dritter oder von Kontomitinhabern kann diese Auskunft aber nicht verweigert werden. Soweit sich aus der E 6 Ob 287/08 m anderes entnehmen lässt, wird ihr nicht gefolgt.

Anmerkung:

Die E des OGH, der uneingeschränkt zuzustimmen ist, kann in ihrer Klarheit nicht genug gewürdigt werden. Drei Hinweise seien erlaubt:

Die E stellt auch klar, dass „Erkundungsbeweise hinsichtlich des Zahlungsempfängers“ für Pflichtteilsberechtigte nicht möglich erscheinen. Die rückwirkende Kontenöffnung zum „Zweck der Ermittlung des Zahlungsempfängers“ allein wäre daher nicht zulässig. Vielmehr müssen die Pflichtteilsberechtigten stets behaupten, dass der abgegangene Vermögenswert nach wie vor nachlassgegenständlich sei und daher zu inventarisieren. Ergibt sich anlässlich der Kontenöffnung, dass ein Dritter Zahlungsempfänger war, so stellt dies einen „angenehmen Nebeneffekt“ für die Pflichtteilsberechtigten dar, die dann wissen, wer ihnen subsidiär für den Pflichtteilsanspruch haftet (§ 789 ABGB), kann aber nicht Gegenstand des Antrags sein. Hingegen sind die Anforderungen an das Konkretisierungserfordernis hinsichtlich der Nachlasszugehörigkeit nicht zu hoch anzusetzen, da es ja gerade Zweck des Auskunftsanspruchs ist, die Nachlasszugehörigkeit zu klären. Das führt zum nächsten Punkt:

*Aus den Ausführungen des OGH ergibt sich, dass eine Anfrage des Gerichtskommissärs bei allen Arten von ODER-Konten, ODER-Sparbüchern, ODER-Depots und Ähnlichem vom Kreditinstitut zu beauskunften ist, wenn der Verstorbene einer der Mitinhaber war. Denn aus der Mitinhaberschaft des Verstorbenen *iSd* AGB der Kreditinstitute (und damit Mitbesitz) ergibt sich zunächst die Pflicht zur Inventarisierung (RIS-Justiz RS0007803; RS0007809). Gem § 166 Abs 2 AußStrG ist dann der Dritte beweispflichtig, wenn er behauptet, die Sache gehöre nicht zum Nachlass. Dabei kommt es bei Namenssparbüchern (2 Ob 95/17 k) nicht auf den Besitz des Buches selbst an, bei Konten und Depots naturgemäß schon gar nicht. Die Tatsache, dass ein Sparbuch auch auf den Verstorbenen lautet, vermittelt schon die Vermutung der Nachlasszugehörigkeit. Wer anderes behauptet, ist dafür beweispflichtig. Leider hat sich das noch nicht bei allen Kreditinstituten herumgesprochen, die mitunter nach wie vor die Bankauskunft unter Hinweis darauf, dass es auch weitere Mitinhaber gebe, verweigern.*

Selbst wenn die Nachlasszugehörigkeit noch nicht feststehen sollte, ist das Kreditinstitut zur Klärung dieser Frage auskunftsspflichtig.

Darüber hinaus stellt der OGH in seltener Deutlichkeit klar, dass auch das Bankgeheimnis Dritter (als Überweisungsempfänger) durch den Auskunftsanspruch des Gerichtskommissärs durchbrochen wird.

Verfahrensrechtlich ist der Gerichtskommissär gem § 31 AußStrG in der Auswahl der Beweismittel frei und kann gem § 31 Abs 2 AußStrG auch dann Beweise

aufnehmen, wenn sich alle Parteien dagegen aussprechen. Beweise können bei amtswegigen Verfahren wie der Verlassenschaftsabhandlung auch bei Nichtbeteiligten, wie zB Kreditinstituten, erhoben werden. Diese sind schon gem § 38 Abs 2 Z 3 BWG zur Mitwirkung verpflichtet, denn andernfalls wäre diese Bestimmung sinnentleert, könnte doch jedes Kreditinstitut behaupten, nicht Verfahrenspartei und daher nicht auskunftspflichtig zu sein. Zur Klärung der Nachlasszugehörigkeit sind im Übrigen gem § 166 Abs 3 AußStrG auch Dritte, die nicht Verfahrenspartei sind, mitwirkungspflichtig, weshalb die von Riss (ÖBA 2017, 499ff) angestellten Überlegungen zu § 308 ZPO in einem solchen Fall gar nicht erforderlich erscheinen.

Stephan Verweijen
Dr. Stephan Verweijen ist Notar in Wien.

Verwechseln des Underlyings bei Abschluss einer fondsgebundenen Lebensversicherung

§§ 43ff VersVG;
§§ 26ff
MaklerG;
§ 1313 a ABGB

OGH
29. 3. 2017,
7 Ob 13/16m

1. Kein Beratungsfehler liegt vor, wenn weder spezifische Eigenheiten des Produkts noch die Risiken verschiedener zur Auswahl stehender Underlyings betroffen sind, sondern ein Irrtum beim Ausfüllen des Versicherungsantrags durch den Mitarbeiter eines vom VN beizugezogenen Maklers vorliegt, der auf

grund einer Verwechslung ein nicht kapitalgarantiertes statt eines ebenfalls verfügbaren kapitalgarantierten Underlyings einsetzt.

2. Keine Haftung des V für Fehler eines Mitarbeiters des vom VN beizugezogenen Maklers.

2018/19

Kein direktes Klagerecht gegen den Betriebshaftpflichtversicherer nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über den VN (zum deutschen und österr Recht)

§ 3f IPRG;
§ 502 Abs 1
ZPO;
§ 115 Abs 1 Z 2
dVVG;
§§ 158 b, 158 c
VersVG;
§ 16 PHG

OGH
5. 7. 2017,
7 Ob 13/17p

2018/20

1. Fremdes Recht ist wie in seinem ursprünglichen Geltungsbereich anzuwenden, wobei es in erster Linie auf die Anwendungspraxis nach der Rsp des betreffenden Auslandsstaats ankommt. Wenn dieser Lösungsansatz keine eindeutige Antwort ergibt, so ist der herrschenden fremden Lehre zu folgen. Entspricht die Auslegung der nach den kollisionsrechtlichen Normen anzuwendenden ausländischen Sachnorm durch das BerG der stRsp des ausländischen HöchstG und der ausländischen Lehre, so ist das Fehlen einer Rsp des OGH für die Beurteilung der Rechtserheblichkeit iSd § 502 Abs 1 ZPO ohne Bedeutung.

Anmerkung:

Ziel des IPR ist der internationale Entscheidungsgleichklang, der dann nicht gewahrt werden kann, wenn der österr Richter das ausländische Sachrecht „freihändig“ anwendet. Wenn das IPRG auf das deutsche Sachrecht verweist, genügt es nicht, dieses zu zitieren und im Übrigen österr Sachrecht anzuwenden, es muss sinnvollerweise auch so angewendet werden wie in Deutschland. Das läuft also auf die Beachtlichkeit der Rsp des BGH auch für Österreich hinaus, und wenn es keine solche gibt, wird die hL maßgeblich sein. Erst wo es auch eine solche „gar nicht gibt“, wird der österr Richter sich anders behelfen müssen, also die deutschen Regeln für die Füllung von Rechtslücken anwenden, so gut er kann, denn das ist immer noch besser als ein non liquet. Es versteht sich von selbst, dass auch die ausländischen Auslegungsgrundsätze anzuwenden sind, nicht die inländischen oder womöglich gar keine.

2. Aus Gründen der Rechtssicherheit wäre das Vorliegen einer qualifizierten Rechtsfrage in diesem Kontext (nur) dann denkbar, wenn ausländisches Recht unzutreffend ermittelt oder eine im ursprünglichen Geltungsbereich des maßgeblichen fremden Rechts in Rsp und Lehre gefestigte Ansicht hintangesetzt wurde. Der OGH ist dagegen nicht dazu berufen, für die Einheitlichkeit oder gar die Fortbildung fremden Rechts zu sorgen. Es ist auch nicht seine Aufgabe, einen Beitrag zur Auslegung ausländischen Rechts zu liefern.

Im Prinzip ist es auch richtig, dass es nicht Aufgabe des OGH sein kann, für die Einheitlichkeit oder gar die Fortbildung fremden Rechts zu sorgen. Er wird sich wohlweislich hüten, die jeweiligen ausländischen HöchstG zu schulmeistern, und auch die Anwendung des ordre public wird nur als Notbremse für bestimmte Extremfälle angesehen werden dürfen. Was aber, wenn in einer bestimmten Frage im Ausland Rechtsunsicherheit herrscht, weil etwa eine ältere stRsp von einer jüngeren mit guten Gründen attackiert wird, wobei sich noch keine wirklich durchgesetzt hat? Oder wenn zB das HöchstG in seiner bisher letzten Entscheidung der neuen, von Teilen der Lehre unterstützten Auffassung „beachtliche Gründe“ zugesteht, aber meint, diese Frage im konkreten Fall noch nicht beantworten zu müssen? In solchen Fällen tut das HöchstG dem rechtssuchenden Publikum kund und zu wissen, dass es sich bei nächster Gelegenheit die Rechtsfrage noch einmal besonders gründlich überlegen will, und dieses gut daran tut, sich auf eine Rechtsprechungsänderung einzustellen, die aber keineswegs wirklich folgen muss. Was macht dann der

3. Zu § 115 Abs 1 Z 2 dVVG: Ein direktes Klagerecht besteht nicht schon dann, wenn der VN in Insolvenz verfällt, sondern nur dann, wenn eine Pflichtversicherung vorliegt und keine bloß freiwillige Haftpflichtversicherung. Es entspricht ebenfalls der herrschenden deutschen und österr Lehre, dass eine bloße Pflicht zur Deckungsvorsorge, die dem VN Handlungsalternativen eröffnet und auch durch andere geeignete Vorkehrungen als den Abschluss einer Haftpflichtversicherung erfüllt werden kann, einer Pflichtversicherung nicht gleichzuhalten ist.

4. § 16 PHG ordnet keine Versicherungspflicht an, vielmehr steht es den betreffenden Unternehmen frei, auch andere Vorsorgemaßnahmen zu ergreifen.