

Kleinnachlässen, sondern im Gesellschaftsrecht, so daß diese Schwerpunktbildung durchaus zu billigen ist, zumal andere Problemfelder wie die Auswirkungen von Güterstandsvereinbarungen oder selbst der Adoption nicht ausgespart bleiben. Auch das Übergangsrecht aus Anlaß der deutschen Wiedervereinigung ist berücksichtigt. Alles in allem liegt ein in sich geschlossenes Werk vor, das einen umfassenden Überblick über die Möglichkeiten der Gestaltung von Vermögensnachfolge verschafft und insbesondere wegen der Berücksichtigung auch der steuerlichen Aspekte dem Rechtspraktiker nur anempfohlen werden kann.

Dirk-Felix Abraham

**Übungen im Obligationenrecht.** Von Eugen Bucher/Wolfgang Wiegand. Schulthess Polygraphischer Verlag, 2. Auflage, 1991. 202 Seiten, sfr 44,-

#### 1. Anliegen des Buches

Das hier zu besprechende Falllösungsbuch von Bucher und Wiegand ermöglicht einen Streifzug durch das schweizerische Obligationenrecht. Durch das vorangestellte Literatur- und Abkürzungsverzeichnis kann man sich einen Überblick über die schweizerischen Gesetze, Fachzeitschriften und die neuere Lehrbuch- und Kommentarliteratur verschaffen (allein ZBJV fehlt, vgl. 34 FN 28). Das Spektrum der 12 Fälle ist breit gestreut. Ein deutlicher Schwerpunkt liegt indes beim Schadenersatzrecht (Fälle 4, 6, 9 und 12, davon die Fälle 4 und 9 zum Versorgerschaden, der dem Unterhaltersanspruch nach § 1327 ABGB bzw. § 844 Abs 2 BGB entspricht) unter Einbeziehung der in der Praxis so wichtigen Querbezüge zum Sozialversicherungsrecht (Fall 4, 72 ff.). In den Fußnoten finden sich Belegstellen und weiterführende Hinweise, unter Einschuß rechtsvergleichender Bezugnahmen auf das BGB (zB 28), das UN-Kaufrecht (59 FN 12) oder auch das englische Recht (59, 127). Rechtshistorisch wird darauf verwiesen, daß das heute geläufige Anspruchsprüfungsschema (Wer will was von wem aus welchem Grund?) schon den Römern geläufig war (16) und sich der für Klausuren vorgeschlagene Gutachtensstil schon in den mittelalterlichen Konsilien findet (22).

Nach den Intentionen der Autoren ist Hauptzweck die Einübung der Methode, die Vertiefung des Wissens ist jedoch bloßer Nebenzweck (23). Für den potentiellen Leserkreis, nämlich Studenten am Beginn ihrer Ausbildung im bürgerlichen Recht, wäre es aber hilfreich, wenn bestimmte Begriffe erläutert würden (so etwa „Subrogation“ 74 oder „Freistellungsanspruch“ 110) oder doch zumindest an einem Beispiel gezeigt würde, welche Auswirkungen damit verknüpft sind (Zuerkennung des Erfüllungsbzw. Vertrauensinteresses 28 bzw. 30). An anderer Stelle ist die Rede davon, daß der Gefahrübergang mit Vertragsabschluß (im österreichischen Recht mit Übergabe) als ungerechtfertigt empfunden werde, weshalb eine restriktive Auslegung gewählt werde. Wie sich diese auswirkt, erfährt man aber nicht (43 FN 17).

#### 2. Befolgung der eigenen Postulate

Das eingangs aufgestellte Postulat, bloß den Sachverhalt rechtlich zu würdigen, auf keine anderen Probleme einzugehen und bloß konkrete Ansprüche zu prüfen (16 ff.), wird nicht immer durchgehalten: So finden sich beim Fall 1 im Text Ausführungen zum stellvertretenden commodum, obwohl der Sachverhalt dazu keinen Anlaß bietet (31). Bei Fall 6 werden lediglich Ansprüche aus Vertrag geprüft, ohne in der Überschrift offenzulegen, worauf diese gerichtet sind (99 ff.). Im Fall 11 wird die Rechtslage ausführlich erörtert, wenn keine CIF-Klausel vereinbart worden wäre, obwohl das nach dem Sachverhalt ganz eindeutig ist (171 ff.). Auf 177 wird denn auch zugestanden, daß dann die Frage der Preisgefahr ohne weiteres zu beantworten ist. Zum Teil sind die Sachverhalte reichlich kompliziert (Fall 3) bzw. es kommen in ihnen sehr viele Personen vor (Fall 1 neun; Fall 6 sechs, zwei davon mit gleichem Anfangsbuchstaben). Es gibt aber auch kurze Sachverhalte mit einer Vielzahl rechtlich gehaltvoller Probleme (zB Fall 2).

#### 3. Begriffe

Das Buch macht deutlich, daß im schweizerischen Recht für die auch im österreichischen Recht bekannten Phänomene zum Teil anschaulichere Begriffe verwendet werden, zB Vorratsschuld anstelle beschränkter Gattungsschuld oder substitutive Vertrags-

erfüllung für Hinterlegung und Selbsthilfeverkauf beim Gläubigerverzug. Auch sonst zeichnen sich die Falllösungen durch einen einprägsamen und klaren Stil aus.

Der österreichische Leser muß sich jedoch mit manchen verwechslungsträchtigen terminologischen Besonderheiten des schweizerischen Rechts vertraut machen: So ist etwa ein Werk lediglich ein von Menschen geschaffenes und mit einer Liegenschaft verbundenes Objekt (66). Auch würde der Arztvertrag im österreichischen Recht nicht als Auftrag qualifiziert (190).

Andere sprachliche Wendungen dürften jedoch kaum auf Besonderheiten des schweizerischen Rechts oder der Sprache zurückzuführen sein: Im Fall 3 ist die Rede von „Angebot“, wo gemeint ist, daß eine Aufforderung zur Abholung oder eine darauf gerichtete Mahnung ausgesprochen wird (41). Auch erscheint die Argumentation – zumindest aus österreichischer Sicht – nicht immer folgerichtig. Auf 151 heißt es wörtlich: „Angesichts der Sachlage kommt vor allem *Schadenersatz* in Betracht. Daher liegt es nahe, in erster Linie Ansprüche aus *Gewährleistung* zu prüfen.“ Auf 172 f FN 1 findet sich der kryptische Satz: „... ; in internationalen Lieferverträgen ist regelmäßig in der Phase zwischen Versenden und Eintreffen die Frage der Eigentumsordnung kaum zu beantworten, im übrigen aber auch ohne praktische Bedeutung!“ Bei Herausgabeverlangen gegenüber unbefugten Dritten und im Konkursfall wird diese Frage aber sehr wohl zu klären sein, sie ist dann auch sehr praktisch! Schließlich findet sich noch die wenig glückliche Gleichsetzung von Differenzmethode mit abstrakter Schadensberechnung (61). Das ist deshalb zu beanstanden, weil jede Schadensberechnung auf den Vergleich von zwei Zuständen und die Bildung einer Differenz hinausläuft.

#### 4. Inhaltliche Bandbreite

Das Falllösungsbuch macht deutlich, daß die Grundstrukturen des schweizerischen Obligationenrechts mit denen des österreichischen durchaus vergleichbar sind, es aber in Details doch beachtliche Abweichungen gibt: Beim Werkvertrag führt etwa die unterlassene Mängelrüge zum Ausschluß weiterer Schadenersatzansprüche (zum Problem beim beiderseitigen Handelskauf im österreichischen Recht vgl. E. Bydliński [nunmehr Böhler], Mängelrüge und Schadenersatz, RdW 1989, 152 ff.).

Eingegangen wird auf auch im österreichischen Recht umstrittene Fragen wie die des Verzugs des Gläubigers mit der Spezifizierung beim Spezifikationskauf. Als im schweizerischen Recht dazu vertretene Lösungen werden angeführt Rücktritt, Ersatz des Vertrauens- und Erfüllungsinteresses (58, zum österreichischen Recht vgl. dazu E. Bydliński [nunmehr Böhler], Erfüllungsklage beim Spezifikationsverzug?, ÖJZ 1990, 440 ff.). Behandelt werden weiters die in beiden Rechtsordnungen umstrittenen Probleme des kaufmännischen Bestätigungsschreibens (Fall 3, 51 ff.; abweichende Lösung gegenüber dem österreichischen Recht) sowie des Schadenersatzanspruchs bei Verletzung des Dienstnehmers und Lohnfortzahlung durch den Dienstgeber (Fall 4, 80 gleiche Lösung; Lehre für die Bejahung eines Schadenersatzanspruchs, Rechtsprechung dagegen).

Wie das Recht zur Wandlung nach zufälligem Untergang der Kaufsache gemäß Art 207 Abs 1 OR belegt, finden sich im schweizerischen Recht mitunter eindeutige gesetzliche Regelungen (154 f), wo man sich im österreichischen Recht mit Wertungen mühen muß (vgl. dazu Ostheim, Zum Anspruch auf Vertragsaufhebung bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution, FS-Wilburg [1975] 309 ff.).

Manche Rechtsfiguren sind in Österreich bereits überwunden wie etwa die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs (119) oder die Aussage, daß Ausnahmenormen wegen ihres Ausnahmecharakters restriktiv auszulegen wären (65). Andere dem österreichischen Recht längst vertraute Rechtsfiguren wie der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (grundlegend dazu F. Bydliński, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 359 ff.) haben sich in der Schweiz noch nicht durchgesetzt (105 FN 28). Der in Österreich und Deutschland hochbrisante Streit zwischen Saldo- und Zwei-Konditionen-Theorie bei der Rückabwicklung von Verträgen nach zufälligem Untergang der Sache (vgl. dazu Kerschner, Der OGH auf dem Weg zur Saldotheorie? JBl 1988, 625 ff.) wird bloß beiläufig erwähnt (165’).

#### 5. Schadenersatzrecht

Auffällig ist bei den Haftpflichtfällen, daß Schadensberechnungsfragen ausschließlich als Angelegenheit des richterlichen Er-

messens eingestuft werden, auf das bei Klausuren lediglich zu verweisen ist (68). Bei Fall 3 werden die begehrten 30% des vertraglichen Entgelts abgelehnt, es wird aber nicht gesagt, von welchen Größen bei der Bewertung auszugehen ist (61). Im Fall 6 bleiben die im österreichischen und deutschen Recht geläufigen Kategorien des Abzugs neu für alt (101) bzw der Abrechnung auf Basis fiktiver Reparaturkosten (104) ausgeklammert. Diese dogmatische Zurückhaltung dürfte mit dem über § 273 öZPO bzw § 287 dZPO hinausgehenden richterlichen Ermessen des Art 43 OR zusammenhängen.

Bemerkenswert ist der unbedingte Ersatz frustrierter Aufwendungen, wenn die Nutzlosigkeit einer Aufwendung auf das Verhalten des Schädigers zurückzuführen ist (137). Der OGH hat in jüngeren Entscheidungen (zB ZVR 1988/83 = SZ 60/102) eine deutlich restriktivere Position eingenommen. Erwähnenswert ist auch, daß bei Personenschäden eine abstrakte Schadensberechnung ausdrücklich abgelehnt wird, vielmehr Ersatz lediglich bei Nachweis finanzieller Auswirkungen gebührt (193 f). Die bei Fall 9 vertretene Lösung, daß der Ersatz entgangenen Gewinns wegen eines versäumten Geschäftes eines bei einem Unfall Getöteten davon abhängig gemacht wird, ob die in ihrer Gesundheit beeinträchtigte Person den Zeitpunkt des Abschlusses des konkreten Geschäftes noch erlebt hat (142), mutet formal an.

Demgegenüber bietet das schweizerische OR gerade im Haftpflichtrecht Lösungen, die in der deutschen und österreichischen Rechtsordnung de lege ferenda postuliert werden: So kennt Art 47 OR einen Genugtuungsanspruch für Angehörige nach Tötung des Versorgers (69, zur diesbezüglichen rechtspolitischen Forderung in Deutschland vgl *Odersky*, Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger [1989]). Auch die Regelung des Art 45 Abs 3 OR, daß bei Tötung des Versorgers der Haftpflichtige Ersatz unabhängig von einer gesetzlichen Unterhaltspflicht zu leisten hat (dazu 65), entspricht einer Forderung de lege ferenda im deutschen und österreichischen Recht (*Denck*, Schadenersatzansprüche Dritter bei Tötung ihnen nahestehender Personen im französischen und deutschen Recht [1975] 131, und *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>2</sup> II [1984] 152).

Wenig glücklich ist die auch anderswo anzutreffende Qualifizierung des Versorgerschadens als Reflexschaden (145), weil hier anders als bei sonstigen nicht ersatzfähigen Drittschäden nicht die Gefahr der Uferlosigkeit von Schadenersatzansprüchen besteht, sondern durch diesen Anspruch lediglich ein Teil des Anspruchs fortlebt, den die in ihrer Gesundheit beeinträchtigte Person bei ihrem Fortleben als, Erwerbsschaden ersetzt verlangen könnte (zu den Reflexschäden eingehend *Marschall von Bieberstein*, Reflexschäden und Regreßrechte [1967]). Zutreffend wird jedoch darauf hingewiesen, daß die Annahme einer Schadensminderungspflicht (hier Bereitstellung der Dienste einer Bergrettung durch das Seilbahnunternehmen bzw den Halter einer Schipiste) nicht dazu führt, daß dies auch entschädigungslos zu erfolgen hat (186).

#### 6. Resümee

Ungeachtet der vorgebrachten Detailkritik bietet das Falllösungsbuch von *Bucher/Wiegand* für den österreichischen Leser einen illustrativen Einstieg in das schweizerische Recht, das bei Füllung von Lücken im Wege der Rechtsvergleichung zu Unrecht in Österreich wenig herangezogen wird. Denn der Umstand, daß es relativ wenig Judikatur des schweizerischen BGH gibt, der noch dazu anders als der deutsche BGH die Rechtsfortbildung nicht auf seine Fahnen geschrieben hat, mag Ausdruck einer anders gelagerten Streitkultur, keinesfalls aber einer weniger hochstehenden Rechtskultur sein.

Auffallend ist dementsprechend, daß das Falllösungsbuch als Belegstellen stärker als bei deutschen und österreichischen Werken auf die Literatur zurückgreift. Und dabei mag man nicht nur aus der Not eine Tugend machen: Zieht man neben der reichhaltigen Lehrbuch- und Kommentarliteratur die Vielzahl von jüngeren Dissertationen zu zentralen Fragen des Obligationenrechts ins Kalkül, kann man mit Fug behaupten, daß die Schweiz da aus dem vollen schöpft. Darauf nachdrücklich hingewiesen zu haben, ist wohl die bedeutendste Botschaft für den österreichischen Leser.

Christian Huber

### GmbH. Handbuch für die Praxis mit Beispielteil. Von Alfred Kostner und Michael Umfahrer. 4. Auflage. Verlag Manz, Wien 1993. 702 Seiten, Ln S 1.480,-

Im Jänner 1956 hat Dr. Hans *Graschopf* das erste GmbH-Handbuch mit 392 Seiten herausgebracht. Prof. Dr. Alfred *Kostner* blieb es überlassen, neuerlich drei Auflagen dieses Werkes (allerdings als 1., 2. und 3. Auflage bezeichnet) herauszubringen; die letzte Auflage aus dem Jahre 1981 weist bereits 647 Seiten auf. Der Notariatskandidat Dr. Michael *Umfahrer* hat nunmehr im Alleingang das bereits auf 702 Seiten angewachsene Werk in mehreren Jahren neu bearbeitet und im Jahre 1993 herausgegeben.

Die nunmehr 4. (eigentlich 5.) Auflage dieses in der Praxis äußerst beliebten Handbuches ist in der Zeit einiger rechtlicher Umwälzungen erschienen. Die Arbeiten am Manuskript wurden im wesentlichen im Dezember 1991 abgeschlossen. Das kurz darauf erschienene Umgründungssteuergesetz wurde in der Auflage bereits berücksichtigt. Das gerade in Umstellung befindliche Firmenbuch, das politisch blockierte zivilrechtliche Begleitgesetz zum Umgründungssteuergesetz und nicht zuletzt die gerade in Umstellung befindliche Rechnungslegung haben die Bearbeitung der von der Praxis dringend geforderten Neuaufgabe des Werkes sicherlich nicht vereinfacht.

Das Vorhaben ist, was den völlig neu gefaßten Textteil betrifft, hervorragend gelungen. Bedenkt man, daß auch das große Werk von *Reich-Rohrwig* über das österreichische GmbH-Recht bereits vor 10 Jahren erschienen ist, sich die Bedeutung der GmbH in der Praxis in den letzten 10 Jahren stark gesteigert hat und auch eine stürmische Rechtsfortentwicklung in Literatur und Rechtsprechung eingetreten ist, erscheint die Neufassung des Textteiles unter vollständiger Berücksichtigung von Literatur, Rechtsprechung und aktuellen Problemen gut gelungen.

Der Autor, der das Werk des verstorbenen Prof. Dr. Alfred *Kostner* übernommen hat, ist Praktiker und gehört dem Stand der Notariatskandidaten an. In einem derartigen Werk besteht die generelle Gefahr, Formzwänge auch dann anzunehmen, wenn sie vom Gesetz nicht gefordert sind. Obwohl der Rezensent ein großer Befürworter der öffentlichen Beurkundung von Rechtsgeschäften ist und neuerlich darauf hingewiesen werden sollte, daß Formzwang keinesfalls bedeutet, daß nicht der öffentlichen Beurkundung unterliegende Rechtsgeschäfte auch keinesfalls öffentlich beurkundet werden sollten, wäre im Einzelfall an Hand der Formzwecke eine angemessene Lösung angebracht, aber nicht von vornherein die strengste Form. So erscheint es für ein Handbuch für die Praxis nicht angemessen, den „Mantel“ gemäß § 54 NO für die Errichtung des Gesellschaftsvertrages, der in der Praxis weit verbreitet ist, generell zu verdammen (Rz 37; sonst wäre § 54 NO sinnlos) und andererseits eine Gesellschafterversammlung einer Personengesellschaft ohne weiteren Hinweis der öffentlichen Beurkundung zu unterziehen (Muster 105).

Aus dem großen Umfang des vollständig neu gefaßten Textteiles soll nur herausgegriffen werden, daß besonders den neuen Rechnungslegungsvorschriften eine große Beachtung geschenkt wird. Ferner enthält der Textteil auch gute Hinweise auf die derzeitige Rechtslage bei der Auslandsbeurkundung (Rz 39, 715) und ist in seinem firmenrechtlichen Teil stark erweitert, ferner völlig neu gefaßt auf dem Gebiet des Umgründungssteuerrechtes. Bei der Frage der Gründungskosten (Rz 144) vermißt der Rezensent den Hinweis auf die Praxis des Handelsgerichtes Wien, die Höhe der Gründungskosten im Gesellschaftsvertrag nur bis zu einem gewissen Prozentsatz des einbezahlten Stammkapitals zuzulassen.

In der Diskussion über die Frage des § 78 Abs 1 GmbH-Gesetz in der Fassung des Firmenbuchgesetzes ist der Autor (Rz 741 ff) mit Recht der Ansicht, daß auch zwischen Abtretung der Geschäftsanteile und Registrierung der Gesellschafter im Firmenbuch wirksame Gesellschafterbeschlüsse durch die neuen Gesellschafter gefaßt werden können.

Im Musterteil ist leider vieles unverändert geblieben. Der Gesellschaftsvertrag in der „meist gebäuchlichsten Form“ enthält nach wie vor in seinem § 6 Abs 2 die komplizierte Vertretungsregelung, es fehlt die Kündigungsklausel und einer der Mitgesellschafter wird von den anderen Gesellschaftern nicht bevollmächtigt, sondern nur „ermächtigt“, allfällige Änderungen des Gesell-