

# 1. Kapitel

## Rechtsmissbrauch im österreichischen Zivilrecht

### I. Einführung und Problemaufriss

#### A. Positivrechtliche Grundlagen für das Institut des Rechtsmissbrauchs in Österreich?

Das österr Zivilrecht kennt keine für das **gesamte** Rechtsgebiet geltende positivrechtliche Grundlage für das Institut des Rechtsmissbrauchs, wie sie bspw in der Schweiz in Art 2 Abs 2 ZGB<sup>3)</sup> zu finden ist.<sup>4)</sup> Dennoch dürfte kein Zweifel bestehen, dass auch in Österreich Rechtsmissbrauch nicht durch die Rechtsordnung geschützt werden soll. Eine wichtige Rolle für die Begründung eines allgemeinen Verbots des Rechtsmissbrauchs stellt der später zu analysierende § 1295 Abs 2 ABGB dar, der jedoch nicht ausdrücklich von Rechtsmissbrauch spricht.

Der Begriff des Rechtsmissbrauchs hat erst im Jahr 1975<sup>5)</sup> mit der Schaffung des § 94 (Abs 2 Satz 2) ABGB Eingang in das Gesetz gefunden.<sup>6)</sup> Nach dem Wortlaut<sup>7)</sup> dieser Norm behält der ehemals haushaltsführende Ehegatte nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts während aufrechter Ehe seinen Unterhaltsanspruch, „*sofern nicht die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs, besonders wegen der Gründe, die zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts geführt haben, ein Mißbrauch des Rechtes wäre*“. In den Materialien<sup>8)</sup> dazu ist die Rede davon, dass der Begriff „Missbrauch des Rechts“ nicht neu in der Rechtsordnung sei<sup>9)</sup> und daher keine zu großen Auslegungsschwierigkeiten iZm dieser Norm zu erwarten seien.<sup>10)</sup>

Die Norm des § 94 Abs 2 Satz 2 ABGB zeichnete sich lange Zeit durch Exklusivität aus, war sie doch die erste und einzige Bestimmung, die ausdrücklich

---

<sup>3)</sup> „*Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.*“

<sup>4)</sup> Mader, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994) 18.

<sup>5)</sup> Bundesgesetz v 1. 7. 1975 über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, BGBl 1975/412.

<sup>6)</sup> F. Bydlinski, Skizzen zum Verbot des Rechtsmißbrauchs im österreichischen Privatrecht, in Bernat/Böhler/Weilinger (Hrsg), Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag II (2001) 1079 (1082).

<sup>7)</sup> Die in verschiedener Hinsicht weitere Auslegung dieser Norm durch L und Rsp wird im 3. Kapitel näher beleuchtet.

<sup>8)</sup> JAB 1662 BlgNR 13. GP 6.

<sup>9)</sup> Wobei ua auf § 1295 Abs 2 ABGB verwiesen wird.

<sup>10)</sup> Dass es sich bei dieser Ansicht wohl um eine Fehleinschätzung handelt, soll an dieser Stelle nur erwähnt werden.

von „Missbrauch des Rechts“ sprach. Erst in neuerer Zeit setzte der Gesetzgeber mit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001<sup>11)</sup> – interessanterweise wieder im Familienrecht – ein weiteres positivrechtliches Zeichen für die Anerkennung des Rechtsmissbrauchs. Gem dem seit 1. 7. 2001 in Kraft stehenden § 178 Abs 3 ABGB idF vor dem KindNamRÄG 2013 ist nämlich eine Einschränkung des Informations- und Äußerungsrechts des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils ua dann möglich, wenn er dieses „*in rechtsmissbräuchlicher oder für den anderen in unzumutbarer Weise*“ in Anspruch nimmt. Seit dem KindNamRÄG 2013<sup>12)</sup> findet man das Informations-, Äußerungs- und neuerdings auch Vertretungsrecht des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils in § 189 ABGB. Auch hier sanktioniert der Gesetzgeber ausdrücklich die missbräuchliche Inanspruchnahme dieser Rechte mit deren gerichtlichem Entzug bzw deren gerichtlicher Einschränkung. Zu erwähnen ist zudem, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des EPG<sup>13)</sup> den Wortlaut des § 94 Abs 2 ABGB eins zu eins für eingetragene Partner übernommen hat.<sup>14)</sup>

Die soeben genannten Bestimmungen deuten mE darauf hin, dass der Gesetzgeber am Begriff des Rechtsmissbrauchs festhält, da seine oben dargestellten Ausführungen in den Materialien zu § 94 Abs 2 ABGB erkennen lassen, dass er von einer Verankerung des Rechtsmissbrauchs in der Rechtsordnung ausgeht. Die nur punktuelle ausdrückliche Erwähnung im Gesetz darf daher mE nicht fehlinterpretiert werden. Falsch wäre es nämlich, anzunehmen, dass Rechtsmissbrauch nur beim Unterhaltsanspruch eines Ehegatten nach § 94 Abs 2 ABGB und beim Informations- und Äußerungsrecht nach § 189 ABGB eine Rolle spielen kann. In der österr Rechtsordnung findet man zudem bspw im nahehel Unterhaltsrecht die Verwirkung nach § 74 EheG.<sup>15)</sup> Die (aktive) Verwirkung wird zumindest als eine Form des Rechtsmissbrauchs iwS angesehen, wie unten<sup>16)</sup> noch näher erläutert werden soll. Der Gesetzgeber selbst verwendet somit durchaus auch andere Begriffe für dieses facettenreiche Rechtsinstitut. Ganz allgemein ist in diesem Bereich eine **sehr uneinheitliche Terminologie** festzustellen, die durchaus auch Schwierigkeiten bereitet. Für Rechtsmissbrauch werden bspw ebenso die Begriffe „missbilligte“, „ungehörige“, „treuwidrige“, „sittenwidrige“ oder „unzulässige“ Rechtsausübung herangezogen.<sup>17)</sup> Zudem werden, wie sich noch zeigen wird, ganz verschiedene Konstellationen und Fälle unter dem weiten Begriff Rechtsmissbrauch zusammengefasst.

---

<sup>11)</sup> BGBl I 2000/135.

<sup>12)</sup> BGBl I 2013/15.

<sup>13)</sup> BGBl I 2009/135.

<sup>14)</sup> Vgl § 12 Abs 2 EPG.

<sup>15)</sup> Auch diese Norm soll im 3. Kapitel ausführlich analysiert werden.

<sup>16)</sup> Vgl III.C.4.

<sup>17)</sup> Mader, Rechtsmissbrauch 20.

## B. Die zweistufige Betrachtungsweise

### 1. Bestimmung des Inhalts subjektiver Rechte

„Jedes subjektive Recht ist begrenzt und umfaßt nicht die Befugnis, es zu mißbrauchen.“<sup>18)</sup> Diese von *Koziol* getätigte Aussage beschreibt mE den methodischen Umgang mit dem Rechtsinstitut des Rechtsmissbrauchs auf sehr prägnante Weise.

IZm Rechtsmissbrauch steht man nämlich vor dem Problem, dass ein und dasselbe Verhalten zwar **scheinbar** Ausübung eines von der Rechtsordnung eingeräumten subjektiven Rechts darstellen, aber auch **gleichzeitig** rechtlich missbilligt sein soll.<sup>19)</sup> Dieser Widerspruch wird jedoch durch die sog **zweistufige Betrachtungsweise** bei der Bestimmung des Inhalts des subjektiven Rechts gelöst.<sup>20)</sup>

Auf einer **ersten Stufe** werden das Bestehen und der Inhalt eines subjektiven Rechts anhand von Auslegung und ergänzender Rechtsfortbildung ermittelt.<sup>21)</sup> Eine Auslegung der rechtseinräumenden sowie gegebenenfalls der einschränkenden Regeln ergibt den (vorläufigen) Inhalt des subjektiven Rechts. So wird bspw das Eigentumsrecht ua bereits durch nachbarrechtliche Normen selbst beschränkt. Mit den aufgrund von Auslegung ermittelten Grenzen eines subjektiven Rechts wird jedoch nicht immer ein Auslangen gefunden. Auch ein Verhalten, das sich innerhalb der so ermittelten Grenzen bewegt, kann in bestimmten Fällen (aus Sicht der Rechtsordnung) inakzeptabel erscheinen.<sup>22)</sup>

Daher wird auf einer **zweiten, abstrakteren Ebene** überprüft, ob das Verbot des Rechtsmissbrauchs als Korrektiv im konkreten Fall eingreift.<sup>23)</sup> Damit will man Ausnahmefällen gerecht werden, wobei bei der inhaltlichen Bewertung als Rechtsmissbrauch sehr allgemeine rechtliche Prinzipien<sup>24)</sup> eine Rolle spielen. In diesen Fällen widerspricht die Rechtsausübung meist schon dem Rechtsgefühl an sich.<sup>25)</sup> Aus rechtstechnischer Sicht wäre es aber so gut wie unmöglich, die dabei heranzuziehenden Wertungen bereits bei der Normierung jedes einzelnen subjektiven Rechts zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber kann nicht jeden Einzelfall regeln, sondern muss selektierend vorgehen. Zur Abschwächung von Sozialkonflikten ist aber eine Beschränkung subjektiver

<sup>18)</sup> *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> (1984) 99.

<sup>19)</sup> Vgl *F. Bydlinski* in FS *Krejci* 1079.

<sup>20)</sup> *Mader*, Rechtsmißbrauch 69; *F. Bydlinski* in FS *Krejci* 1079.

<sup>21)</sup> *Mader*, Rechtsmißbrauch 69; *F. Bydlinski* in FS *Krejci* 1079.

<sup>22)</sup> *Mader*, Rechtsmißbrauch 67 ff.

<sup>23)</sup> *Mader*, Rechtsmißbrauch 69; *F. Bydlinski* in FS *Krejci* 1080.

<sup>24)</sup> An dieser Stelle soll jedoch vorerst nur die methodische Vorgehensweise dargestellt werden. Wann Rechtsmissbrauch konkret vorliegen soll und welche Wertungen dabei eine Rolle spielen können, wird im Folgenden zu klären versucht werden.

<sup>25)</sup> Vgl *F. Bydlinski* in FS *Krejci* 1080.

Rechte in Form von **allgemeinen Ausübungsregeln**<sup>26)</sup> notwendig, denn der einzelne soll seine Rechtsposition nicht schrankenlos und beliebig verwirklichen können.<sup>27)</sup>

Der konkrete Inhalt des Rechts steht also erst nach der zweiten Stufe fest.<sup>28)</sup> Die Rechtsordnung gewährt zwar ein Recht, beurteilt die Berufung auf die scheinbar eingeräumte Position aber unter bestimmten Voraussetzungen negativ und verweigert ihren Schutz.<sup>29)</sup> Da die Rechtsordnung somit selbst in dem Umfang, in dem das Verbot des Rechtsmissbrauchs eingreift, das (scheinbar) gewährte subjektive Recht in dem Zeitpunkt der konkreten Geltendmachung wieder zurücknimmt, stellt die missbräuchliche Inanspruchnahme eines Rechts lediglich eine **Scheinrechtsausübung** dar.<sup>30)</sup>

## 2. Betrachtung am Beispiel des § 94 Abs 2 ABGB

Methodisch weniger problematisch sind die Fälle, in denen das Gesetz – wie in § 94 Abs 2 ABGB – selbst offenbar<sup>31)</sup> die rechtsmissbräuchliche Geltendmachung sanktioniert. Auch wenn hier streng genommen nicht der Rückgriff auf die abstraktere zweite Stufe notwendig ist, sondern schließlich die Bestimmung selbst schon die Beschränkung durch das „Rechtsmissbrauchsverbot“ vorsieht, findet man mE auch hier eindeutig eine gewisse zweigliedrige Betrachtungsweise. Zuerst muss nämlich feststehen, dass überhaupt ein ehelicher Unterhaltsanspruch (nach Auflösung des gemeinsamen Haushalts) besteht. Wäre aufgrund des Verhaltens des an sich Unterhaltsberechtigten die Inanspruchnahme aber im konkreten Fall rechtsmissbräuchlich, entzieht die Rechtsordnung in einem zweiten Schritt den Unterhaltsanspruch ausdrücklich wieder.

## II. Schikane nach § 1295 Abs 2 ABGB

### A. Kurzer Blick auf die Entstehungsgeschichte

Während in der Urfassung des ABGB noch nicht einmal ein Schikaneverbot normiert war, wurde § 1295 Abs 2 im Jahr 1916 durch die dritte Teiltonovelle<sup>32)</sup> in das ABGB aufgenommen. Dieser lautet auch heute noch wie folgt:

---

<sup>26)</sup> Die Missbilligung der Rechtsausübung in Schädigungsabsicht sei als Beispiel bereits hier erwähnt.

<sup>27)</sup> Mader, Rechtsmissbrauch 71 ff.

<sup>28)</sup> F. Bydliński in FS Krejci 1080.

<sup>29)</sup> Mader, Neuere Judikatur zum Rechtsmissbrauch, JBl 1998, 677 (678).

<sup>30)</sup> F. Bydliński in FS Krejci 1080.

<sup>31)</sup> Ob dies tatsächlich so ist, wird im 3. Kapitel geklärt.

<sup>32)</sup> RGBl 1916/69.

„Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen.“

Als Vorbilder für diese Norm dienten sowohl das Schikaneverbot des § 226 BGB<sup>33)</sup> als auch der Schadenersatztatbestand des Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 826 BGB.<sup>34)</sup> Der österr Gesetzgeber hat versucht, diese beiden Bestimmungen in einer Norm zu vereinen, wobei im Schrifttum kritisiert wird, dass es sich dabei insgesamt um keine besonders gelungene Regelung handelt.<sup>35)</sup> Wolff<sup>36)</sup> betitelt § 1295 Abs 2 ABGB insb aufgrund der Verwendung des Begriffs der „guten Sitten“ sogar als „*wahre crux interpretationis*“. § 1295 Abs 2 ABGB beinhaltet **zwei** miteinander verwandte, aber doch **klar zu unterscheidende** Tatbestände,<sup>37)</sup> wie im Folgenden erläutert werden soll.

## B. Die zwei Tatbestände des § 1295 Abs 2 ABGB

Der erste Halbsatz normiert eine Schadenersatzpflicht im Fall vorsätzlicher („absichtlicher“) sittenwidriger Schädigung. Der Täter hat in diesem Fall kein Recht zum Handeln, verstößt aber auch nicht gegen ein geschriebenes gesetzliches Verbot. Seine Handlungsfreiheit wird dennoch durch die guten Sitten<sup>38)</sup> eingeschränkt.<sup>39)</sup>

Als zweiten Fall regelt § 1295 Abs 2 ABGB den Rechtsmissbrauch, präziser die Schikane.<sup>40)</sup> Dabei wird im Gegensatz zum ersten Halbsatz ein an sich zustehendes Recht beschränkt. Voraussetzung ist hier also, dass dem Täter ein Recht gegenüber dem Geschädigten zusteht.<sup>41)</sup> Der historische Gesetzgeber

<sup>33)</sup> „Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.“

<sup>34)</sup> „Wer in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.“

<sup>35)</sup> F. Bydliński in FS Krejci 1083.

<sup>36)</sup> In *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch VI<sup>2</sup> (1951) 41; zust *Merz*, Vom Schikaneverbot zum Rechtsmissbrauch, ZfRV 1977, 162 (166).

<sup>37)</sup> Vgl *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2a<sup>3</sup> (2007) § 1295 Rz 54; *Kodek* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), Online-Kommentar zum ABGB – ABGB-ON<sup>1.01</sup> (Stand Oktober 2013, rdb.at) § 1295 Rz 76.

<sup>38)</sup> Vgl auch § 879 Abs 1 ABGB.

<sup>39)</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2a<sup>3</sup> § 1295 Rz 54; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1295 Rz 76.

<sup>40)</sup> Schikane stellt nur eine Erscheinungsform des Rechtsmissbrauchs dar, wie sich auch im Folgenden noch zeigen wird. Vgl etwa auch *Mayer-Maly/Böhm*, Die Behandlung des Rechtsmissbrauchs im österreichischen Privatrecht, in *Rotondi* (Hrsg), *Inchieste di diritto comparato VII* (1979) 223 (223); F. Bydliński in FS Krejci 1089.

<sup>41)</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2a<sup>3</sup> § 1295 Rz 54; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*,

wollte hierbei **lediglich einen Schadenersatztatbestand** normieren und hat absichtlich nicht die Norm des § 226 BGB wörtlich übernommen. Man befürchtete, ein allgemeines Schikaneverbot könne selbst zum „*Mittel der Schikane*“ werden.<sup>42)</sup> Heute besteht aber wohl Einigkeit, dass Schikane nicht nur einen Schadenersatzanspruch nach sich ziehen, sondern **auch einrede-weise** geltend gemacht werden kann.<sup>43)</sup> Des Weiteren werden als Rechtsfolgen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche<sup>44)</sup> sowie die Nichtigkeit von schikanös abgegebenen Erklärungen<sup>45)</sup> als möglich erachtet. In weiterer Folge sollen nun die Tatbestandsmerkmale des § 1295 Abs 2 2. HS einer eingehenderen Betrachtung unterzogen werden.

## C. Die Tatbestandsmerkmale des § 1295 Abs 2 2. HS ABGB

### 1. Zufügung eines Schadens

Die tatsächliche Zufügung eines Schadens (iSd § 1293 ABGB) ist nur für den Schadenersatzanspruch iZm schikanöser Rechtsausübung Voraussetzung. Das Verteidigungsmittel der Einrede kann hingegen jedenfalls auch dann erhoben werden, wenn die Gefahr eines sonst eintretenden Schadens besteht. Nach *Mayer-Maly/Böhm*<sup>46)</sup> sind aber auch Konstellationen denkbar, in denen ihrer Meinung nach statt eines Schadens iSd § 1293 ABGB bloße Unbill oder Belästigung<sup>47)</sup> aus der scheinbaren Rechtsausübung resultiert, aber dennoch die Notwendigkeit bestehen kann, das entsprechende Verhalten als Schikane zu betrachten. Daher sei der Schadenseintritt (bzw die Schadensgefahr) nur als typisches, nicht aber als wesentliches Merkmal der Schikane anzusehen, sofern nicht Schadenersatz begehrt wird. Dieses Problem erübrigt sich aber, wenn man *F. Bydlinki*<sup>48)</sup> folgt, der Ärger, Belästigungen und die „bloße“ Verletzung von Persönlichkeitsinteressen als Schäden iSd § 1293 ABGB, nämlich als im-

ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1295 Rz 76.

<sup>42)</sup> Kaiserliche Verordnung v 19. 3. 1916, RGBl 1916/69, über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit Materialien (1916) 381; *Stradal*, Die Auslegung des § 1295 a.b.G.B. in seiner neuen Fassung, JBl 1917, 25, 37, 49 (37); *Mayer-Maly/Böhm* in *Rotondi* 226.

<sup>43)</sup> OGH 7 Ob 227/55 SZ 28/133; *Stradal*, JBl 1917, 37 ff; *Mayer-Maly/Böhm* in *Rotondi* 227; *Mader*, Rechtsmissbrauch 181 ff; *F. Bydlinki* in FS Krejci 1091; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2a<sup>3</sup> § 1295 Rz 86; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1295 Rz 87; *Wittwer* in *Schwimmann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar<sup>3</sup> (2015) § 1295 Rz 54.

<sup>44)</sup> *F. Bydlinki* in FS Krejci 1091.

<sup>45)</sup> *Mayer-Maly/Böhm* in *Rotondi* 227.

<sup>46)</sup> In *Rotondi* 229 f.

<sup>47)</sup> Als Beispiel nennen sie die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs ohne eigenes Interesse, sondern nur um den anderen zu beeinträchtigen.

<sup>48)</sup> In FS Krejci 1090.

materielle Nachteile, qualifiziert, da die Ersetzbarkeit des Schadens in Geld nicht vom Gesetz gefordert wird. Naturalersatz ist nämlich seiner Ansicht nach auch in einem solchen Fall möglich.

## 2. Absichtlichkeit

Absichtlichkeit, welche nach dem Wortlaut sowohl für die sittenwidrige Schädigung iS des ersten Halbsatzes als auch für die Schikane erfüllt sein muss, ist mit Vorsatz gleichzusetzen und daher nicht als Qualifizierung des Vorsatzes iSd § 5 StGB zu verstehen. Auch ein bedingter Vorsatz würde somit als Verschulden ausreichen.<sup>49)</sup>

## 3. Scheinbare Rechtsausübung

Nur ein Verhalten, welches in Anspruch nimmt, **Rechtsausübung** zu sein, kann Schikane darstellen.<sup>50)</sup> Dieses Merkmal stellt auch ein wesentliches Abgrenzungskriterium zwischen dem ersten und dem zweiten Halbsatz des § 1295 Abs 2 ABGB dar. Bewegt man sich im Bereich der grundsätzlichen Freiheit des Handelns, ohne dass überhaupt konkrete Rechte gegen die andere Person an sich bestehen, kann immer nur der erste Halbsatz, nie aber die Schikane erfüllt sein.<sup>51)</sup> Wie schon zu Beginn dargelegt, begrenzt Rechtsmissbrauch allgemein und somit auch die Schikane den Inhalt des Rechts selbst. Bei schikanöser Rechtsausübung handelt es sich somit um bloße Scheinrechtsausübung.<sup>52)</sup>

## 4. Verstoß gegen die guten Sitten

Der Wortlaut der Norm fordert sowohl für den ersten als auch für den zweiten Halbsatz des § 1295 Abs 2 ABGB das Vorliegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten. Der Begriff der „guten Sitten“ birgt aber Auslegungsschwierigkeiten in sich. Während der historische Gesetzgeber diesen mit der Moral gleichsetzte,<sup>53)</sup> wird dies heute in der L abgelehnt. *Wolff*<sup>54)</sup> konstatiert, dass die „guten Sitten“ der Inbegriff des Rechts sei, welches zwar nicht im Gesetz ausdrücklich festgeschrieben sei, sich aber „*durch richtige Betrachtung der rechtlichen Interessen*“ ergebe. Die guten Sitten seien daher als **Teil der Rechtsordnung** zu verstehen, was zur Folge habe, dass ein Verstoß gegen sie **Rechts-**

---

<sup>49)</sup> *Mader*, Rechtsmissbrauch 173; *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI<sup>3</sup> (2006) § 1295 Rz 146. Siehe dazu aber noch gleich unter 5.c.

<sup>50)</sup> *Mayer-Maly/Böhm* in *Rotondi* 231.

<sup>51)</sup> *Mader*, Rechtsmissbrauch 172 f.

<sup>52)</sup> *F. Bydlinski* in FS Krejci 1080. Vgl auch *Wolff* in *Klang*, ABGB VI<sup>2</sup> 43; *Mader*, Rechtsmissbrauch 172.

<sup>53)</sup> Kaiserliche Verordnung v 19. 3. 1916, RGl 1916/69, über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit Materialien 380. Vgl auch *Wolff* in *Klang*, ABGB VI<sup>2</sup> 41; *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 95.

<sup>54)</sup> In *Klang*, ABGB VI<sup>2</sup> 41 f.

**widrigkeit** begründet.<sup>55)</sup> Aus diesem Grund kritisiert *Wolff* aber die Einfügung des § 1295 Abs 2 1. HS ABGB, da eine Haftung bei sittenwidriger Schädigung sich bereits aus § 1295 Abs 1 ABGB ergebe und es dieser zusätzlichen Norm daher nicht bedürfe. Vielmehr sei die explizite Normierung sogar problematisch, da der Verstoß gegen eine im Gesetz ausdrücklich bestimmte Rechtswidrigkeit anders behandelt werde als die Rechtswidrigkeit, die sich mittelbar aus der Rechtsordnung ergibt. Während im ersten Fall jegliches Verschulden eine Haftung begründe, werde im Fall der Sittenwidrigkeit von Abs 2 schließlich Vorsatz gefordert. *Koziol*<sup>56)</sup> betont aber, dass die Rsp vor der Neuregelung Schadenersatz stets nur im Fall einer gesetzlich ausdrücklich geregelten Rechtswidrigkeit zuerkannt habe und Abs 2 daher sehr wohl sinnvoll sei. Zu Recht schließt er sich mE in weiterer Folge auch *Gschnitzers*<sup>57)</sup> Ausführungen an, der die Einschränkung auf vorsätzliches Handeln als Ausgleich für die größere Rechtsunsicherheit im Bereich des ungeschriebenen Rechts sieht.

Ein Verstoß gegen Regeln, die durch extensive Auslegung, Gesetzes- oder Rechtsanalogie gewonnen werden, ist daher unter § 1295 Abs 1 ABGB zu subsumieren. Nur die **Verletzung von natürlichen Rechtsgrundsätzen** iS des § 7 ABGB und **von allgemein anerkannten Regeln der Ethik** soll für die Begründung der Sittenwidrigkeit nach Abs 2 herangezogen werden. Die Berufung auf die guten Sitten soll in der österr Rechtsordnung den **letzten Ausweg** darstellen.<sup>58)</sup>

In der Rsp wird meist als sittenwidrig bezeichnet, was dem „*Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft, das ist aller billig und gerecht Denkender*“ widerspricht.<sup>59)</sup> Auch der OGH scheint die guten Sitten nicht mit der Moral gleichzusetzen.<sup>60)</sup> Sittenwidrig ist nach der höchstgerichtlichen Rsp nämlich, „*was offenbar rechtswidrig ist, ohne gegen eine ausdrückliche Rechtsvorschrift zu verstoßen*“.<sup>61)</sup> An anderer Stelle führt der OGH aus, dass Sittenwidrigkeit dann vorliege, wenn „*die Interessenabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen oder bei Interessenkollision ein grobes Missverhältnis zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen ergibt*“.<sup>62)</sup>

<sup>55)</sup> So auch die einhL, vgl statt vieler *Gschnitzer*, Schuldrecht. Besonderer Teil und Schadenersatz (1963) 172 f; *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 95 f mwN.

<sup>56)</sup> Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 96.

<sup>57)</sup> Schuldrecht 173.

<sup>58)</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 97.

<sup>59)</sup> OGH 3 Ob 816/53 SZ 27/19; 6 Ob 322/65 SZ 38/217; 7 Ob 59/78 SZ 51/142; 15. 6. 2001, 3 Ob 13/99d.

<sup>60)</sup> Vgl dazu auch *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 96 f.

<sup>61)</sup> OGH 8 Ob 196/69 EvBl 1970/115 im Anschluss an *Gschnitzer* in *Klang/Gschnitzer* (Hrsg), ABGB IV/1<sup>2</sup> (1968) 182. Ähnlich auch OGH 6 Ob 322/65 SZ 38/217: „(...) unter *Sittenwidrigkeit* [ist] *das zu verstehen, was nicht einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz, aber einen offenbaren Verstoß gegen oberste Rechtsgrundsätze darstellt; was also nicht gesetz-, aber grob rechtswidrig ist.*“

<sup>62)</sup> OGH 2 Ob 667/55 JBl 1956, 121.

Fraglich ist jedoch, wie sich die Sittenwidrigkeit zum offenbaren Schädigungszweck, dessen Vorliegen § 1295 Abs 2 2. HS ABGB als (weitere?) Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch fordert, verhält, da für den ersten Halbsatz Sittenwidrigkeit auch schon dann angenommen wird, wenn eine Handlung gerade bezweckt, den anderen zu schädigen ohne, dass ein schutzwürdiges Interesse des Handelnden vorliegt.<sup>63)</sup> Im Zuge der folgenden Ausführungen soll daher noch geklärt werden, ob der Schädigungszweck auch für die Sittenwidrigkeit iSd Abs 2 2. HS genügt oder ob noch eine zusätzliche Sittenwidrigkeit neben dem Schädigungszweck vorliegen muss.

## 5. Schädigungszweck

Die Ausübung des Rechts muss nach § 1295 Abs 2 2. HS ABGB offenbar den Zweck haben, den anderen zu schädigen. Im Folgenden sollen dieses facettenreiche Tatbestandsmerkmal und die damit zusammenhängenden Interpretationsprobleme einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

### a) Das Erfordernis eines offenbaren Schädigungszwecks

Nach überwA<sup>64)</sup> heißt „offenbar“ in § 1295 Abs 2 2. HS ABGB, dass der Schädigungszweck ohne Beweis Zweifel feststehen muss. Durch dieses Wort wird somit eine strenge Beweislastregelung zu Lasten desjenigen, der sich auf die Schikane beruft, festgelegt. Auch der historische Gesetzgeber wollte das Wort „offenbar“ so verstanden wissen.<sup>65)</sup>

*Mayer-Maly/Böhm*<sup>66)</sup> meinen jedoch, „offenbar“ bedeute, dass der Schädigungszweck ohne Beweiserhebung feststellbar sein müsse, somit zu dessen Feststellung keine Zweifelsfragen diskutiert werden müssen. Unter Berufung auf diese vertritt auch *Koziol*,<sup>67)</sup> dass „offenbar“ „*sinnvollerweise*“ nur iS von eindeutig, also evident verstanden werden könne. ME zu Recht wurde gegen diese Ansicht vorgebracht, dass Fälle, in denen die Schädigungsabsicht ohne besonderen Beweis zweifelsfrei vorliegt, sehr selten seien und daher bei diesem Verständnis für § 1295 Abs 2 2. HS ABGB kaum Anwendungsbereich verbleibe.<sup>68)</sup> Nach *Wolff*<sup>69)</sup> wiederum sei der Schädigungszweck nicht offenbar und bestehe daher keine Ersatzpflicht, wenn „(...) *der bloße Schädigungszweck nicht zu Tage tritt, daß es* [= das Verhalten] (...) *wenigstens den Schein berechtigter Zweckverfolgung erweckt*“. Die ältere Rsp setzt „offenbar“ und „aus-

<sup>63)</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 97; *Mader*, Rechtsmißbrauch 175.

<sup>64)</sup> *Mader*, Rechtsmißbrauch 178; *ders*, JBl 1998, 679; *F. Bydliński* in FS Krejci 1084; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2a<sup>3</sup> § 1295 Rz 83.

<sup>65)</sup> Kaiserliche Verordnung v 19. 3. 1916, RGBI 1916/69, über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit Materialien 45.

<sup>66)</sup> In *Rotondi* 232.

<sup>67)</sup> Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 100.

<sup>68)</sup> *Mader*, Rechtsmißbrauch 178.

<sup>69)</sup> In *Klang*, ABGB VI<sup>2</sup> 44.

schließlich“ anscheinend sogar gleich, ohne dies jedoch jemals explizit festzustellen.<sup>70)</sup>

### b) Ausschließlichkeit des Schädigungszwecks?

Der österr Gesetzgeber hat bei Schaffung des § 1295 Abs 2 ABGB gezielt davon abgesehen, aus § 226 BGB<sup>71)</sup> zu übernehmen, dass die Rechtsausübung **lediglich** den Zweck haben muss, den anderen zu schädigen, um Schikane zu begründen.<sup>72)</sup> Stattdessen forderte man den oben beschriebenen offenbaren Schädigungszweck.<sup>73)</sup> Der Gesetzgeber meinte, dass die Bestimmung bei Forderung eines ausschließlichen Schädigungszwecks ohne praktische Relevanz bliebe, da die Behauptung eines Nebenzwecks immer möglich sei (wie bspw die ideelle Befriedigung an der Rechtsdurchsetzung).<sup>74)</sup>

Bis ungefähr 1990 vertrat die Rsp ganz im Gegensatz dazu jedoch vehement, dass Schikane nur dann vorliege, wenn der **allein entscheidende** Zweck der Handlung in der Schädigung des anderen liege, ohne dass eigene berechtigte Interessen durch den Handelnden verfolgt werden.<sup>75)</sup> Erst die neuere Rsp anerkennt Schikane auch dann, „(...) wenn der Schädigungszweck so sehr augenscheinlich im Vordergrund steht, daß andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten.“<sup>76)</sup>

Die überwL geht aber wohl – mE völlig zu Recht – davon aus, dass auch bei Bestehen eines Nebenzwecks Schikane nicht von vornherein auszuschließen sei. Wie sich der Schädigungszweck zu anderen Motiven verhalten muss, damit Schikane (noch) bejaht werden kann, wird inhaltlich meist ähnlich dargestellt. Mehrheitlich wird nämlich ein Überwiegen des Schädigungszwecks gefordert.

So wird meist vertreten, dass neben der Schädigungsabsicht keine oder nur sehr gering zu veranschlagende lauterer Motive vorliegen dürfen.<sup>77)</sup> Der Schädigungszweck als unlauteres Motiv muss somit zwar nicht der alleinige Beweggrund des Handelnden sein, aber allfällige lautere Motive eindeutig überwiegen. Dabei wird auch davon gesprochen, dass andere Ziele völlig in den

---

<sup>70)</sup> Vgl *Reischauer in Rummel*, ABGB II/2a<sup>3</sup> § 1295 Rz 62 mwN. Siehe zur Ausschließlichkeit des Schädigungszwecks gleich unter b).

<sup>71)</sup> Vgl FN 33.

<sup>72)</sup> *Mayer-Maly/Böhm in Rotondi* 233; *F. Bydliński in FS Krejci* 1084.

<sup>73)</sup> *F. Bydliński in FS Krejci* 1084.

<sup>74)</sup> Kaiserliche Verordnung v 19. 3. 1916, RGBl 1916/69, über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit Materialien 45; *F. Bydliński in FS Krejci* 1084.

<sup>75)</sup> Statt vieler OGH 7 Ob 227/55 SZ 28/133; 5 Ob 167/74 EvBl 1975/184; 8 Ob 674/87 JBl 1990, 242. Vgl dazu auch *Krejci in Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 859 – 916<sup>4</sup> (2014) § 879 Rz 155.

<sup>76)</sup> OGH 3 Ob 566/89 EvBl 1990/51; 3 Ob 7/90 SZ 63/49; 4 Ob 506/91 JBl 1991, 518. Ähnlich jüngst OGH 5 Ob 40/12m EvBl-LS 2012/168 (*Brenn*): Das unlautere Motiv muss die lauterer Motive eindeutig überwiegen.

<sup>77)</sup> Vgl etwa *Mader*, Rechtsmissbrauch 179 f; *dens*, JBl 1998, 679.