

*April 2023*

## Update

Diese Ausgabe behandelt die neueste Judikatur des OGH zu den Themen:

- Erste inhaltliche Entscheidung des OGH im „Diesel-Abgasskandal“
- Nachehelicher Streit um Kater: Gefühle des Tieres sind unbeachtlich
- Räumungsvergleiche „auf Vorrat“ sind nichtig
- Testament zu Gunsten von Pflegepersonal

Darüber hinaus wird die kürzlich beschlossene Änderung des MaklerG (Einführung des Bestellerprinzips bei Immobilienmaklerprovisionen) thematisiert.

### 1. Judikatur

- ▷ **Erste inhaltliche Entscheidung des OGH im „Diesel-Abgasskandal“:** VW hatte im September 2015 zugegeben, mit einer speziellen Software ("Defeat Device") jahrelang Abgaswerte von Dieselaautos manipuliert zu haben. Konkret hatten die Dieselmotoren einen eigenen Betriebsmodus, sodass im Emissionsprüfungsverfahren weniger Abgase ausgestoßen wurden als unter normalen Bedingungen auf der Straße. Der Kläger kaufte vom beklagten KfZ-Händler, noch bevor der Skandal öffentlich wurde, mit Vertrag vom 31. März 2015 ein Fahrzeug, das vom „Dieselskandal“ betroffen war. Er beehrte gegenüber dem KfZ-Händler, dem Erstbeklagten, die Aufhebung des Kaufvertrags und gegenüber dem KfZ-Händler und dem KfZ-Hersteller, dem Zweitbeklagten, die Rückzahlung des Kaufpreises abzüglich eines Benützungsentgelts samt Zinsen zur ungeteilten Hand, Zug um Zug gegen die Rückgabe des Fahrzeugs. Hilfsweise beehrte er eine Preisminderung, in eventu die Feststellung, dass die Beklagten zur ungeteilten Hand für jeden Schaden haften, der ihm aus dem Einbau der unzulässigen Abschaltvorrichtung entstehe. Das Fahrzeug sei mangelhaft, weil die vorhandene „Umschaltlogik“ eine unzulässige Abschaltvorrichtung iS der einschlägigen EU-VO gewesen sei. Um den geforderten Zustand durch Verbesserung herzustellen, wurde vom Fahrzeughersteller ein Software-Update entwickelt. Dieses bewirke, dass die „Umschaltlogik“ eliminiert wird. Der Kläger stellte jedoch fest, dass das Software-Update, durch das der emissionsmindernde Modus auch im realen Fahrbetrieb zur Anwendung kommen sollte, tatsächlich nur bei Außentemperaturen von 15 bis 33 Grad Celsius voll wirksam ist. Dadurch könne das Update den Mangel nicht beheben. Weiters brachte der Kläger vor, er habe darüber geirrt, ein manipulationsfreies, den gesetzlichen Vorschriften entsprechendes Fahrzeug zu erwerben. Der Irrtum sei von den Beklagten veranlasst, Hilfsweise wird angeführt, der Kläger habe gemeinsam

mit den für den Erstbeklagten handelnden Personen geirrt. Der Händler hätte von dem Mangel nicht wissen müssen, da der KfZ-Hersteller VW erst nach dem Abschluss des Kaufvertrages zwischen Kläger und Erstbeklagtem eine Manipulation der Fahrzeuge zugegeben hatte. § 875 ABGB kommt daher nicht zur Anwendung. Der Kläger habe darüber hinaus gegen die Beklagten Anspruch auf Schadenersatz durch Naturalrestitution, weil er ein Fahrzeug erworben habe, das nicht den gesetzlichen Bestimmungen entspreche. Das Verschulden des Zweitbeklagten sei dem Erstbeklagten zuzurechnen. VW hätte von der Manipulationssoftware gewusst und sie bewusst eingesetzt. Daher hafte der Zweitbeklagte aufgrund arglistiger (in eventu fahrlässiger) Verleitung des Klägers zum Vertragsschluss sowie aus dem In-Verkehr-Bringen von Fahrzeugen, die den rechtlichen Vorgaben nicht entsprächen.

Der Oberste Gerichtshof verpflichtete den Fahrzeughändler zur Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückstellung des Fahrzeugs und sprach dem Erstbeklagten ein Entgelt für die Nutzung des Fahrzeugs zu. Der OGH stellte grundlegend fest, dass das Vorhandensein der „Umschaltlogik“ im Übergabezeitpunkt einen Sachmangel begründet. Liegt ein behebbarer Mangel vor, besteht gemäß § 932 Abs 2 ABGB zunächst ein Verbesserungsanspruch. Eine Verbesserung iSd § 932 ABGB setzt voraus, dass das Fahrzeug nach Durchführung der Verbesserung nicht mehr mit einer verbotenen Abschaltvorrichtung ausgestattet wäre. Es ist daher zu beurteilen, ob dieser Zustand durch die von dem Zweitbeklagten angebotene Durchführung des Software-Updates erreicht worden wäre. Wie von der klagenden Partei richtigerweise vorgebracht, ist das nicht der Fall. Das Software-Update ist tatsächlich lediglich bei Außentemperaturen von 15 bis 33 Grad Celsius, in einem sogenannten Thermofenster, voll wirksam. Das Fahrzeug wäre daher auch nach der angebotenen Verbesserung weiterhin mangelhaft iSd § 922 ABGB. Nach ständiger Rechtsprechung kann der Übernehmer schon bei Misslingen des ersten Verbesserungsversuchs den Sekundärbehelf (Wandlung oder Preisminderung) in Anspruch nehmen. Dasselbe gilt, wenn – wie hier – nur eine Maßnahme angeboten wird, die zur Herstellung eines einwandfreien Zustands nicht geeignet ist, während andere Maßnahmen kategorisch abgelehnt werden. Die Wandlung setzt gemäß § 932 Abs 4 ABGB überdies voraus, dass der Mangel nicht geringfügig ist. Einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (C-145/20) zufolge ist der Mangel an vom „Diesel-Abgasskandal“ betroffenen Fahrzeugen nicht geringfügig. Daraus folgt, dass die vom Kläger geltend gemachte Wandlung berechtigt ist. Da sich das gegen den Erstbeklagten erhobene Klagebegehren aus dem Grund der Gewährleistung als berechtigt erwies, ging der OGH auf die übrigen Rechtsgründe (Irrtumsanfechtung, Anfechtung wegen arglistiger Irreführung unter Zurechnung von Täuschungshandlungen des KfZ-Herstellers zum KfZ-Händler) nicht ein. Für die Benützung des Fahrzeugs hat der Käufer seinerseits ein Entgelt zu entrichten, welches sich anhand der gefahrenen Kilometer berechnet (10 Ob 2/23a).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 110 ff
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fälle 114, 116, 121, 130, 134, 136, 146
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 43 und unter dem Begriff „Gewährleistung“

▷ **Nachehelicher Streit um Kater: Gefühle des Tieres sind unbeachtlich:** Im Jahr 2021 wurden die Parteien dieses Rechtsstreits rechtskräftig geschieden. Das Erstgericht sprach im Zuge der Scheidung 2021 aus, dass das vom Mann erhobene Begehren auf Herausgabe des während der Ehe angeschafften und von den Parteien als Haustier gehaltenen Katers im außerstreitigen Aufteilungsverfahren nach den §§ 81 ff EheG zu behandeln sei. Der Mann stützte sein Begehren auf Zuweisung des Katers im Wesentlichen darauf, zu diesem eine stärkere gefühlsmäßige Bindung zu haben. Die Frau habe das Tier bei ihrem Auszug aus der Ehwohnung heimlich mitgenommen und aus seinem gewohnten Umfeld verbracht. Dies sei tierschutzrechtlich bedenklich, nicht zuletzt auch aufgrund der angeblichen Alkoholsucht der Frau. Die Frau sprach sich gegen eine Zuweisung des Katers an den Mann aus. Der Kater sei als Ersatz für ihre zuvor verstorbene Katze und daher für sie angeschafft worden. Sie habe sich beinahe allein um den Kater gekümmert und zu ihm eine wechselseitige enge emotionale Bindung aufgebaut. Der Mann habe kaum Interesse an ihm gezeigt und nur selten Pflegeaufgaben übernommen. Außerdem hätten die Ehegatten vor dem Auszug der Frau aus der Ehwohnung vereinbart, dass sie den Kater bekommen soll. **Das Erstgericht wies den Kater dem Mann zu, weil dieser die stärkere gefühlsmäßige Beziehung zum Tier gehabt habe. Für die Zuweisung von Haustieren sei nicht nur deren Wert, sondern vor allem die emotionale Bindung des Tieres zu den Ehegatten und umgekehrt maßgeblich. Das Tierwohl sei dabei aber nicht derart ausschlaggebend, wie das Kindeswohl bei einer Obsorgeentscheidung.** Das Gericht zweiter Instanz hob diese Entscheidung auf, weil mehrere Umstände geklärt werden müssten. Es sei zu eruieren, zu welchem der Gatten der Kater eine stärkere emotionale Bindung habe, warum ihn die Frau bei ihrem Auszug aus der Ehwohnung mitgenommen habe, ob der Kater an bestimmte Orte gebunden sei, wie sich seine nunmehrigen Lebens- und Betreuungsverhältnisse bei der Frau darstellen und ob die Parteien in der Lage seien, sich um ihn in einem für das Tierwohl erforderlichen Ausmaß zu kümmern. Der Oberste Gerichtshof korrigierte die Entscheidung der zweiten Instanz. **Tiere seien rechtlich wie eine Sache zu behandeln und ihre Gefühle nicht relevant. Entscheidend ist vielmehr die menschliche Perspektive. Für die Zuweisung eines Haustiers an einen der beiden geschiedenen Ehegatten kommt es mangels relevanten Vermögenswerts des Tieres primär darauf an, wer die stärkere emotionale Beziehung zu diesem gehabt hat. Von diesem Grundsatz wäre nur dann abzuweichen, wenn eine Zuweisung an diesen mit tierschutzrechtlichen Bestimmungen unvereinbar wäre. Der stärkeren gefühlsmäßigen Bindung des Tiers zu einem der beiden Ehegatten kommt für dessen Zuweisung im Rahmen des nachehelichen Aufteilungsverfahrens keine entscheidende Bedeutung zu.** Es spielt auch keine Rolle, ob der Kater mittlerweile eine gefühlsmäßige Beziehung zu einer zweiten von der Frau gehaltenen Katze aufgebaut hat, weil damit kein tierschutzrechtlich maßgeblicher Umstand angesprochen wird. Da noch nicht endgültig feststeht, wer die stärkere emotionale Bindung zu dem Kater hatte und fraglich ist, ob es nicht doch eine Vereinbarung zwischen den Eheleuten gegeben hat, muss das Verfahren wiederholt werden (4 Ob 209/22x).

**Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:**

- *Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 418 ff
- *Zankl*, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fälle 83, 126, 151a, 154
- *Zankl*, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seiten 137 f und unter dem Begriff „Aufteilung (im Scheidungsverfahren)“

- ▷ **Räumungsvergleiche „auf Vorrat“ sind nichtig:** Die Klägerin mietete 1992 ein Geschäftslokal vom Beklagten auf unbestimmte Zeit an. Das Mietverhältnis unterlag dem Kündigungsschutz der §§ 29 ff MRG. Die Parteien schlossen im Jahr 2017 „zur Sicherheit“ einen gerichtlichen Räumungsvergleich ab, laut dem die Klägerin dem Beklagten das Bestandsobjekt bis spätestens 31. 10. 2022 geräumt übergeben soll. Auch in den Jahren 1997, 2002, 2007 und 2012 hatten die Parteien schon entsprechende Räumungsvergleiche abgeschlossen. Anfang 2022 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass er das Mietverhältnis per 31. 10. 2022 beende, um das Haus bestandsfrei an seine Kinder übergeben zu können. Einen vom MRG anerkannten Kündigungsgrund behauptete er dabei nicht. Die ersten beiden Instanzen gaben dem Eventualbegehren auf Feststellung der Unwirksamkeit des Räumungsvergleichs statt. Der Oberste Gerichtshof erklärte im Einklang mit den Vorinstanzen den letzten, 2017 geschlossenen Räumungsvergleich für unwirksam. Zwar sei laut OGH dem Beklagten zuzustimmen, dass auch ein Mietverhältnis mit Kündigungsschutz nach § 29 MRG einvernehmlich aufgelöst werden kann, allenfalls auch konkludent durch Abschluss eines entsprechenden Räumungsvergleichs. Dies war jedoch nach den Feststellungen hier gerade nicht der Fall. Vielmehr schlossen die Parteien alle fünf Jahre „zur Sicherheit“ des Vermieters Räumungsvergleiche, ohne dass diese eine Beendigung des Mietverhältnisses nach sich gezogen hätten. Auch über eine Beendigung des Mietverhältnisses zum 31. 10. 2022, dem Wunschtermin des Beklagten, herrschte keineswegs Einvernehmen. **Diese Vorgangsweise diente dazu, dem Vermieter eine Handhabe zu geben, um den gesetzlichen Kündigungsschutz der Mieterin zu umgehen. Dem Vermieter wurde im Wesentlichen ein gesetzlich gerade nicht vorgesehenes Gestaltungsrecht eingeräumt, das Bestandsverhältnis einseitig zu beenden.** Der Räumungsvergleich ist daher nichtig (4 Ob 224/22b).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 174 ff
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fälle 132, 152, 156, 168, 190, 208
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 68 und unter dem Begriff „Mietrechtsgesetz“

- ▷ **Testament zu Gunsten von Pflegepersonal:** Der 2018 verstorbene Erblasser hinterließ seine Ehegattin, die in diesem Verfahren die Drittantragstellerin darstellte. Jedoch setzte er in seinem Testament aus 2015 seine Pflegerin und deren Ehemann, die Erstantragstellerin und den Zweitantragsteller, als Alleinerben seiner Häuser im Wert von rund 1,8 Millionen Euro ein. Die ausgebildete Pflegerin und ihr Gatte waren vormals lediglich Nachbarn des Verstorbenen, übernahmen allerdings mit der Zeit immer mehr Aufgaben im Haushalt des Ehepaars und schlussendlich per Vertrag auch offiziell dessen Pflege. **Nach einer aufgrund der Gewerbeordnung 1994 erlassenen Verordnung haben Gewerbetreibende, die das Gewerbe der Personenbetreuung ausüben, das Wohl des zu Betreuenden zu achten. Sie dürfen ihre berufliche Stellung nicht zur Erlangung persönlicher Vorteile missbrauchen. Insbesondere ist ihnen untersagt, Leistungen ohne gleichwertige Gegenleistungen entgegen zu nehmen.** Die Vorinstanzen stellten trotzdem aufgrund des Testaments aus 2015 das Erbrecht der Erstantragstellerin und des Zweitantragstellers fest und wiesen die Erbantrittserklärung der Drittantragstellerin ab. Sie gingen dabei davon aus, dass die Verordnung nicht nach § 879 Abs 1 ABGB zur Nichtigkeit des Testaments führt. Dagegen argumentierte die Drittantragstellerin damit, dass sich die Verordnung auch auf

Zuwendungen von Todes wegen erstrecke und daher die Unwirksamkeit des Testaments zur Folge habe. Der Oberste Gerichtshof sprach unter Hinweis auf die Gewichtigkeit des Grundsatzes der Testierfreiheit aus, dass sich das Verbot der Annahme von Leistungen ohne gleichwertige Gegenleistung keinesfalls auf letztwillige Zuwendungen durch den Gepflegten erstrecke. Der Betreute sollte bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung durch das Verbot nicht beschränkt werden. Der OGH teilt somit die Ansicht des Rekursgerichts, wonach in Auslegung der Verordnung ein Schutz der betreuten Person im Hinblick auf einen erst nach deren Tod eintretenden Vermögenszuwachs nicht mehr geboten ist (2 Ob 15/23d).

Dieses Update betrifft folgende Teile des Buches:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 536
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fälle 155, 157, 255b
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 166 und unter dem Begriff „Testierfreiheit“

## 2. Gesetzgebung

- ▷ **Maklergesetz-Änderungsgesetz:** Kürzlich hat der Nationalrat eine Änderung des Maklergesetzes beschlossen, welche mit **1. Juli 2023 in Kraft** tritt. Konkret wird in einem neuen § 17a MaklerG das bereits viel diskutierte **Bestellerprinzip bei Maklerprovisionen eingeführt**. Demnach müssen künftig die Immobilienmaklerkosten bei Vermittlung von Mietwohnungen von demjenigen übernommen werden, der den entsprechenden Auftrag gegeben hat. Damit wird der bisherigen Praxis, wonach die Provision regelmäßig trotz Beauftragung durch den Vermieter von den Wohnungssuchenden bezahlt werden musste, eine Absage erteilt.

Auch **Umgehungskonstruktionen sollen verhindert werden:** Wenn etwa der Vermieter vom Abschluss eines Maklervertrags Abstand nimmt, um sich als eigentlicher Auftraggeber der Provisionspflicht zu entziehen und den Wohnungssuchenden zum Auftraggeber zu machen, so entfällt dennoch die Provisionspflicht für den Wohnungssuchenden. Ebenso besteht für Wohnungssuchende bereits dann keine Provisionspflicht mehr, wenn der Makler mit Einverständnis des Vermieters die zu vermietende Wohnung inseriert oder auf andere Weise bewirbt. **Vereinbarungen, womit Wohnungssuchende zu Provisionen an nicht provisionsberechtigten Makler, Vermieter oder Dritte verpflichtet werden, sind unwirksam.**

Die genannten Regelungen gelten für die Vermittlung von Wohnungsmietverträgen, unabhängig davon, ob das MRG anwendbar ist oder nicht. Sie gelten jedoch nicht für Geschäftsraummietverträge oder Pachtverträge.

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 172