

*Juli 2022*

## Update

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

- Keine Haftung bei verspäteter Lungenkrebsdiagnose
- Legionellen im Whirlpool bei Gartenparty
- Besitzstörung durch Ferrari und Körperverletzung
- Auch einer Ärztin ist es zeitlich zumutbar ihre Kinder abzuholen

Darüber hinaus wird auf aktuelle Verordnungen der Europäischen Union hingewiesen.

### 1. Judikatur

- ▶ **Keine Haftung bei verspäteter Lungenkrebsdiagnose:** Die Klägerin im gegenständlichen Verfahren ist der Nachlass eines im Februar 2019 verstorbenen Mannes. Letzterer hatte 13 Monate zuvor von seinem Hausarzt, dem Beklagten, die Diagnose Lungenkrebs erhalten. Eine solche wäre jedoch bereits ab etwa Ende Oktober 2017 – also rund zweieinhalb Monate vor der tatsächlichen Feststellung des Tumors – möglich gewesen. Da der Grund für diese Verzögerung in einem Behandlungsfehler des Beklagten gelegen war, forderte die Verlassenschaft des Verstorbenen Schadenersatz: Durch die vom Arzt verschuldete Diagnoseverzögerung hätten sich die eigentlichen Heilungschancen des Mannes drastisch verschlechtert. Sowohl das Erst- als auch das Zweitgericht wiesen das Begehren der Klägerin ab; schließlich habe der Behandlungsfehler lediglich zu einer unwesentlichen Erhöhung der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts geführt und sei daher für den Tod des Verstorbenen nicht kausal gewesen. Die Revision an den OGH lies das Zweitgericht jedoch zur Klärung der Frage zu, **welcher Grad an Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens notwendig sei, um eine Arzthaftung auszulösen – kurz: ab wann ein Arzt hafte.**

Dazu äußerte der OGH, dass die Festlegung eines fixen Prozentsatzes nicht möglich sei. Vielmehr müsse in Fällen der Arzthaftung von den Gerichten auf die Umstände des Einzelfalls Bedacht genommen werden. Gegenwärtig stehe fest, dass der Krankheitsverlauf des Verstorbenen auch zum erstmöglichen Diagnosezeitpunkt mit einer Wahrscheinlichkeit von 90% bis 95% (nach den Feststellungen eher 95%) gleich gewesen wäre. Wäre der Tumor bei fehlerfreier Behandlung durch den Beklagten bereits früher entdeckt worden, wären die Heilungschancen des Mannes somit nur um 5% höher gewesen. Nach ständiger Rsp werde **Kausalität zwischen Behandlungsfehler und Gesundheitsschaden allerdings nur dann angenommen, wenn die Wahrscheinlichkeit des**

Schadenseintritts durch den Arztfehler nicht bloß unwesentlich erhöht worden sei. Gegenständlich sei den Vorinstanzen keine Überschreitung ihres Beurteilungsspielraums vorzuwerfen, wenn diese entschieden hatten, dass eine Erhöhung um 5% für eine Arzthaftung nicht ausreiche. Der Klägerin sei daher der von ihr zu erbringende Kausalitätsbeweis misslungen und die (Arzt-)Haftung des Beklagten sei zu verneinen (9 Ob 1/22w).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 189
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>10</sup> Fall 180, 185, 203, 207
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 70 und unter dem Begriff „Kausalität“

- ▷ **Legionellen im Whirlpool bei Gartenparty:** Aufgrund der Benutzung des Whirlpools der beklagten Ehegatten im Zuge einer von diesen veranstalteten Gartenparty erkrankte ein Gast an einer Legionellen-Pneumonie. Trotz Chlorierung des Wassers und regelmäßiger Reinigung durch die Beklagten hatten im Laufe der Jahre nämlich Bakterien im Pool zu wachsen begonnen. Als besagter Partygast in der Folge das Whirlpool-besitzende Ehepaar für seine Infektion mit Legionellen verantwortlich zu machen suchte und Schadenersatz von diesem verlangte, ergriff der OGH (in Übereinstimmung mit dem Erstgericht und entgegen der Ansicht des Zweitgerichts) die Gelegenheit zu betonen, dass allgemeine Sorgfaltspflichten nicht zu überspannen seien. Zunächst hielt das Höchstgericht fest, dass die Gefährdung absolut geschützter Rechtsgüter – im gegenständlichen Fall die körperliche Unversehrtheit des Gastes – grundsätzlich verboten sei. Aus diesem Verbot könnten allgemeine Sorgfaltspflichten abgeleitet werden, die von jedermann einzuhalten seien. Voraussetzung für die Einhaltung einer allenfalls bestehenden Sorgfaltspflicht sei jedoch die Erkennbarkeit oder zumindest Vorhersehbarkeit der drohenden Gefahr. Letztlich liege die Grenze jeglicher Sicherungspflichten in dem den Sicherungspflichtigen Zumutbaren. Nach den Feststellungen des Erstgerichts hätten die Beklagten sämtliche im Betriebsmanual des Whirlpools vorgeschriebenen Reinigungsmaßnahmen immer vollständig und zeitgerecht durchgeführt. Dass sie dabei weder einen gröberen Schwamm noch ein spezielles Reinigungsmittel verwendet hatten, auf die in der Betriebsanleitung nur ganz allgemein hingewiesen worden war, stelle keinen Sorgfaltspflichtverstoß dar. Schließlich habe das Ehepaar die drohende Gefahr der Kontamination des Wassers mit Legionellen weder erkennen noch vorhersehen müssen. Vielmehr hätte ein maßgerechter Mensch in der Lage der Beklagten darauf vertrauen dürfen, dass eine dem Betriebsmanual entsprechende Reinigung und Wartung des Whirlpools ausreiche, um einer Bakterienbildung vorzubeugen bzw eine solche abzubauen. Eine Verpflichtung zur Durchführung weiterer Maßnahmen, auf deren Wichtigkeit in der Anleitung nicht hingewiesen werde (Verwendung eines groben Schwamms und speziellen Reinigungsmittels), stelle eine Überspannung der den Beklagten zumutbaren allgemeinen Sorgfaltspflichten dar. Dies gelte umso mehr wenn man bedenke, dass das Ehepaar ohnehin geplant hatte, den Whirlpool lediglich selbst zu benutzen und diesen nur auf ausdrückliche Bitte des Gastes extra für diesen geöffnet hatte. Eine Haftung des Paares für die Legionellen-Infektion desselben komme nicht in Frage (9 Ob 14/22g).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 188
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>10</sup> Fall 158
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 70 und unter den Begriffen „absolut geschützte Rechtsgüter“ und „Verkehrssicherungspflichten“

▷ **Besitzstörung durch Ferrari und Körperverletzung:** An einem Sonntagvormittag gegen 9:00 Uhr befand es der Beklagte für angebracht auf seinem Grundstück seinen Ferrari zu starten und diesen im Stand für einen längeren Zeitraum laufen zu lassen. Eine halbe Stunde später reichte es seinem Nachbarn, in dieser Rechtssache der Kläger, und er begab sich auf den Weg zu dem Beklagten. Er läutete so lange bis dessen erwachsene Tochter aufwachte und die Türe einen Spalt öffnete. Ohne dem Nachbarn zu verstehen gegeben zu haben, dass sein Besuch gewünscht wäre, drückte jener die Haustüre auf, begab sich ins Haus und ging zielgerichtet auf die Garage zu. Dort angekommen fand er den Beklagten mit einem Bekannten vor. Sehr erbost stellte er seinen Nachbarn zur Rede. Er erklärte, dass er so nicht schlafen könne und drohte damit die Polizei zu rufen und Anzeige gegen ihn zu erstatten. Nun wurde die Lage noch prekärer. Der Beklagte entgegnete dieser Ausführung mit den Worten „Was willst du, du Trottel, ich bring' dich um!“. Danach versetzte er dem Kläger mit beiden Händen einen Stoß, sodass er zu Sturz kam. Er erlitt durch diesen Angriff eine Verletzung an der linken Hand. Nachdem der Verletzte aufgestanden war um die Garage zu verlassen, kam der Beklagte neuerlich auf ihn zu und stieß ihn gegen die Wand.

. Das Bezirksgericht in Neusiedl am See befand, dass der Beklagte dem verletzten Kläger vollen Schadenersatz zu leisten habe. Keinesfalls dürfe man sich auf so eine aggressive Art und Weise gegen eine Besitzstörung wehren. Außerdem kann in dem Verhalten des Klägers keine derart schwerwiegende Provokation festgestellt werden, dass ein Mitverschulden begründet werden könne. Das Berufungsgericht kam zu einem anderen Ergebnis. Der Kläger sei in einem Verhältnis von 1:2 selbst mitschuldig und verkürzte das Schmerzensgeld um ein Drittel. Das Landesgericht Eisenstadt bejahte nämlich die Provokation durch sein Auftreten und das ungerechtfertigte Eintreten ins fremde Haus. **Schlussendlich machte das Höchstgericht eine Kehrtwendung und stellte wieder das Urteil des Erstgerichts her, nach dem der Beklagte Schadenersatz in vollem Umfang zu leisten habe.** Der Oberste Gerichtshof verneinte die Frage der Provokation dahingehend, dass sich der durch den Lärm gestörte Nachbar weder besonders aggressiv noch beleidigend verhalten hatte. Auch wenn der Kläger die Liegenschaft des Beklagten widerrechtlich betreten hat und aufgebracht auf den Beklagten zugegangen ist, hat er gleich den Grund für sein Erscheinen klaggestellt und sein Anliegen mitgeteilt, das ja durch das rücksichtslose Verhalten des Beklagten heraufbeschworen worden war. Der Kläger musste nicht damit rechnen, dass sich der Beklagte zu einer solchen Tätigkeit hinreißen lassen werde. Die Reaktion des Beklagten sei nach Ansicht des OGH durch die Beschimpfung und die Verletzung völlig unangemessen gewesen (1 Ob 47/22a).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 195
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>10</sup> Fälle 154, 189, 196
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 71 und unter dem Begriff „Mitverschulden“

▷ **Auch einer Ärztin ist es zeitlich zumutbar ihre Kinder abzuholen:** In einem Rechtsstreit rund um die Rechtsinstitutionen des Kontaktrechts und des Sorgerechts zog eine Medizinerin mit der Ansicht vor Gericht, es wäre ihr beruflich unzumutbar ihre Kinder bei deren Vater abzuholen. Im Zuge dessen beschuldigte die Frau den Mann anderer schwerwiegender Taten. Er soll die gemeinsamen Kinder missbrauchen beziehungsweise misshandeln. **Das Gericht der ersten Instanz fasste den Beschluss, mit welchem dem Vater vorläufig ein wöchentliches Kontaktrecht von Montag 9:00 bis Mittwoch 11:00 eingeräumt wurde. Hierbei sind die Kinder zu Beginn der Kontaktzeit durch den Vater bei der Mutter und bei deren Ende durch die Mutter bei dem Vater abzuholen.** Das Rekursgericht bestätigte den Beschluss. Für die Missbrauchsvorwürfe konnten beide Instanzen jedoch keine Anhaltspunkte finden.

**Der Oberste Gerichtshof wies den außerordentlichen Revisionsrekurs mit der Begründung zurück, dass die Mutter keine erheblichen Rechtsfragen aufzeige.** In Bezug auf die Vorwürfe der Übergriffe ist das Höchstgericht der Meinung, dass die beiden Vorinstanzen alle möglichen Tatsachen- und Rechtsfragen aufgegriffen und zur Gänze bearbeitet haben. Der OGH geht sodann noch genauer auf die Frage um die Abholung der Kinder bei dem Vater ein. Seiner Meinung nach liegt keine korrekturbedürftige Fehlentscheidung der Vorinstanzen vor. Die Mutter kritisiert vor dem letztinstanzlichen Gericht, dass sie die Kinder am Ende der Kontaktzeit beim Vater abholen muss. **Sie beruft sich in dieser Sache auf einen Grundsatz, wonach der Kontaktberechtigte das Kind von dessen ständigem Aufenthaltsort abzuholen und dorthin zurückzubringen habe.** In der Rechtsprechung sind jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz anerkannt, wonach auf den Einzelfall, unter Bedachtnahme allfälliger wirtschaftlicher und organisatorischer Faktoren, abzustellen ist. Da die Frau 90 km entfernt wohnt, sei auf eine praktikable Regelung zu achten, bei denen die Interessen beider Elternteile eine Rolle spielen. **Je mehr sich der Kontaktberechtigte in die Kindererziehung einbringe, umso eher braucht es ausgewogene Regeln bei der Übergabe der Kinder.** Schlussendlich begründete der Oberste Gerichtshof seine Zurückweisung damit, dass die Revisionsrekurswerberin zwar behauptet, dass es ihr als Ärztin nicht zumutbar sei, die Kinder einmal pro Woche beim Vater abzuholen, legt aber nicht dar, warum sie sich ihre Dienstzeiten nicht entsprechend einteilen könne. Das könnte durchaus anzunehmen sein, da sie nämlich an zwei Halbtagen pro Woche in der Ordination eines anderen Arztes mitarbeitet. Was die Mutter auch außer Acht lasse, ist die Tatsache, dass der Vater ebenfalls Teilzeit berufstätig ist und sie diejenige war, die aus der gemeinsamen Wohnung auszog und später in einen ca 90 km entfernten Ort übersiedelte. Auch konnte die Mutter nicht darlegen, wieso es dem Wohl der Kinder widerspräche, wenn diese von ihr beim Vater abgeholt werden würden (1 Ob 225/21a).

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

- *Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 459
- *Zankl*, Casebook Bürgerliches Recht<sup>10</sup> Fall 239
- *Zankl*, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 143 und unter dem Begriff „Besuchsrecht“

## **2. Gesetzgebung**

- ▶ **Aktuelle Verordnungen der Europäischen Union:** Mit 1.7.2022 tritt die Neufassung der **Roaming-VO** (2022/612) in Kraft. Zudem gelten ab diesem Zeitpunkt grds (teilweise auch erst später) die Neufassungen der **Beweisaufnahme-VO** (EuBVO, 2020/1783) und der **Zustell-VO** (EuZVO, 2020/1784). Dadurch soll künftig va die Digitalisierung im Bereich grenzüberschreitender Zustellungen und Beweisaufnahmen gefördert werden. Schließlich gilt ab dem 1.8.2022 die Neufassung der **EuFamVO** (Brüssel IIb-VO, 2019/1111).