

Mai 2022

Update

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

- Lebensgemeinschaft, ja oder nein?
- Kette und Gras beugen Eigentumsverlust nicht vor
- Geschwister-DNA ausreichend für Feststellung der Vaterschaft
- Aufklärungspflichten über Erfahrung des Operators

Darüber hinaus wird über aktuelle Forschungsergebnisse im Bereich des Erbrechts berichtet sowie auf jüngste Publikationen hingewiesen.

1. Judikatur

- ▶ **Lebensgemeinschaft, ja oder nein?** Gemäß § 725 Abs 1 ABGB gelten zugunsten eines früheren Ehegatten bzw Lebensgefährten errichtete letztwillige Verfügungen *ex lege* als aufgehoben, wenn die Ehe bzw Lebensgemeinschaft noch vor dem Tod des Erblassers beendet wurde. Um trotz dieser **gesetzlichen Vermutung eines stillschweigenden Widerrufs erben zu können, argumentierte die Beklagte im gegenständlichen Fall mit dem Erblasser nie in einer Beziehung gestanden zu haben, die als Lebensgemeinschaft im Sinne des ABGB qualifiziert** werden könne: Der 2017 verstorbene Mann hinterließ drei Töchter. In einem mit 2015 datierten Schreiben hatte er verfügt, dass seine „Lebensgefährtin“ (Beklagte) nach ihm zwei Wohnungen erben solle. Da sich der Verstorbene und die Beklagte allerdings im Sommer 2016 – also noch vor dem Tod des Erblassers – getrennt hatten, wandten sich dessen Töchter an das Erstgericht. Die Beklagte sei nämlich sehr wohl als frühere Lebensgefährtin iSd § 725 Abs 1 ABGB anzusehen; die vom Erblasser zu deren Gunsten errichtet Verfügung somit als aufgehoben und ungültig zu erklären. Tatsächlich entschied das Erstgericht, dass die Beklagte nicht erben solle – dies jedoch mit der Begründung, dass der Gesetzgeber den Begriff „Lebensgefährte“ in § 725 ABGB offenbar in umgangssprachlicher Weise hätte verstanden haben wollen, sodass sämtliche dauerhafte Lebenspartnerschaften – darunter auch jene des Erblassers mit der Beklagten – vom Anwendungsbereich besagter Bestimmung erfasst seien. Das Berufungsgericht hielt demgegenüber fest, dass die im Gesetz genannte Lebensgemeinschaft durchaus nach den bisher von der Rsp entwickelten Kriterien auszulegen sei und schon allein wegen der systematischen Position des § 725 unter der Überschrift „Angehörigenstellung“ eine einem Angehörigenverhältnis ähnliche Intensität aufzuweisen habe. Ein solches Verhältnis habe

im Anlassfall allerdings nicht bestanden, weshalb der Beklagten die beiden Wohnungen in Entsprechung der – nach wie vor gültigen – letztwilligen Verfügung zu übergeben seien. Der OGH bestätigte, dass der Begriff „Lebensgemeinschaft“ auch im Zusammenhang mit § 725 Abs 1 ABGB mit seiner allgemeinen, in richterlicher Praxis entwickelten Definition zu verstehen sei: Demzufolge stelle eine Lebensgemeinschaft ein familienrechtsähnliches, der Ehe nachgebildetes Verhältnis dar, für dessen Bejahung insbesondere das Vorliegen einer Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft eine Rolle spiele. Im Sinne eines beweglichen Systems müssten jedoch nicht stets alle drei Merkmale vorhanden sein; vielmehr könne **das Fehlen eines Elements durch das Vorhandensein oder die besondere Intensität der anderen kompensiert bzw durch die Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt werden. Bei der Auslegung des Begriffs der Lebensgemeinschaft dürfe allerdings nicht der Zweck des § 725 Abs 1 ABGB dem Willen des Erblassers zu entsprechen übersehen** werden. Daher komme auch der Frage, ob der letztwillig Verfügende selbst jemanden als „Lebensgefährten“ angesehen habe, nicht zu vernachlässigende Bedeutung zu. Eine Wohngemeinschaft zwischen dem Erblasser und der Beklagten habe im vorliegenden Fall nicht bestanden. Hier sei allerdings auf den erheblichen Altersunterschied zwischen den Beiden Bedacht zu nehmen, der dazu führte, dass der Erblasser bereits am Beginn der Beziehung dem Pensionsantritt nahe gewesen sei, wohingegen die Beklagte mitten im Berufsleben gestanden habe. Auch eine Wirtschaftsgemeinschaft sei zwar insoweit zu verneinen, als der Erblasser und die Beklagte kein gemeinsames Konto geführt hätten. Allerdings hatte der Verstorbene die Beklagte bei den jeweiligen Anschaffungen zweier PKW finanziell unterstützt, während diese ihrerseits wiederum immer umfangreicher werdende Arbeiten im Haushalt des Erblassers erbracht habe. Eine Geschlechtsgemeinschaft sei so lange geführt worden, wie dies dem Verstorbenen altersbedingt möglich gewesen sei. Überdies sei nach den Feststellungen nicht bloß auf das gemeinsame Verbringen von Freizeit, sondern auch auf das Vorliegen einer seelischen Gemeinschaft zu schließen. Der Erblasser und die Beklagte hätten über **22 Jahre eine Beziehung geführt und der Erblasser habe die Beklagte als seine Lebensgefährtin angesehen, sie als solche vorgestellt und in seiner letztwilligen Verfügung sogar als solche bezeichnet. In Anbetracht all dieser Umstände sei daher das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft anzunehmen**. Da diese jedoch vor dem Tod des Erblassers beendet worden war (und dieser nicht ausdrücklich das Gegenteil angeordnet hätte), sei die letztwillige Verfügung zugunsten der Beklagten als ehemalige Lebensgefährtin des Verstorbenen gemäß § 725 Abs 1 ABGB als stillschweigend widerrufen anzusehen. Die Beklagte könne sich somit nicht auf die Verfügung stützen und habe keinen Anspruch auf die beiden Wohnungen. Diese seien zu Recht den Töchtern des Erblassers eingeweiht worden (2 Ob 173/21m).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht⁹ Rz 472 b), 513
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fälle 155, 246
- Zankl, Zivilrecht 24³ Seiten 164 f und unter dem Begriff „Vermutungsregel Partner“

- ▶ **Kette und Gras beugen Eigentumsverlust nicht vor:** Seit den 1960er-Jahren wird der über das Grundstück des Beklagten verlaufende Waldweg regelmäßig von Bewohnern der klagenden Gemeinde sowie von Touristen als Wanderroute benutzt. Da der Beklagte die Benutzung seines

Grundstücks jedoch nicht länger dulden wollte, ließ er im Jahr 2011 quer zum Waldweg eine Eisenkette anbringen, die das Bewandern desselben allerdings nicht nachhaltig behinderte. Auch hinter der Absperrung vom Beklagten aufgeschüttete Holz- und Grashaufen änderten nichts an der leichten Benutzbarkeit des Weges, da besagte Hindernisse von Wanderern problemlos überstiegen bzw links oder rechts umgangen werden konnten, sodass sich durch die häufige Nutzung an den entsprechenden Stellen sogar bereits deutlich erkennbare Trassen gebildet hatten. Als der Mann schließlich begann, die von der Gemeinde angebrachten Hinweisschilder und Markierungen zu entfernen, beehrte diese die Feststellung der Dienstbarkeit eines Wanderwegs auf dem Grundstück des Beklagten sowie die Einverleibung derselben im Grundbuch. **Gemeindebürger und Touristen hätten seit mehr als vier Jahrzehnten den Weg unbeanstandet zum Wandern benutzt und damit eine Grunddienstbarkeit ersessen.** Das Erstgericht gab der Klage statt und auch das Zweitgericht hielt das Begehren der Gemeinde für gerechtfertigt.

Diese Entscheidung wurde in letzter Instanz vom OGH bestätigt: Tatsächlich sei der Wanderweg zumindest seit den 1960er Jahren von Gemeindeangehörigen der Klägerin und Touristen benutzt worden, ohne dass der Beklagte oder dessen Rechtsvorgänger dies untersagt hätten. Dadurch habe die Gemeinde das Recht ersessen, eine entsprechende Servitut im Grundbuch eintragen zu lassen. Eine Freiheitsersitzung des Weges durch den Beklagten habe – entgegen seiner Behauptungen – nicht stattgefunden. Gemäß § 1488 ABGB ist eine Freiheitsersitzung anzunehmen, wenn sich der Eigentümer des belasteten Grundstücks der Ausübung der Servitut widersetzt und der Berechtigte über drei aufeinanderfolgende Jahre sein Recht nicht geltend gemacht hat. Dies sei hier nicht der Fall, denn ein letztlich erfolglos gebliebenes Widerstreben des Verpflichteten führe nicht zum Rechtsverlust. **Gegenständlich habe der Beklagte durch die von ihm vorgenommenen Maßnahmen kein beträchtliches Hindernis errichtet, das die Benutzung des Wanderwegs unmöglich gemacht hätte – eine Freiheitsersitzung sei somit abzulehnen.** Auch das Argument des Beklagten, die begehrte Dienstbarkeit sei für niemanden vorteilhaft und schikanös, weil der Weg als Sackgasse mitten im Wald ende, sei zu verwerfen, führe der Wanderweg doch zu diversen Gasthäusern und diene als Verbindung zu einer Anhöhe. Zuletzt sei vom Beklagten zwar noch richtig ins Treffen geführt worden, dass die Ersitzung eines Wegerechts durch eine Gemeinde Besitzwillen derselben erfordere. Ein solcher Besitzwille der Klägerin könne jedoch unter anderem aufgrund derer jahrelangen Erhaltung des Weges durch Gemeindebedienstete und das Anbringenlassen von Schildern zweifelsfrei angenommen werden. Der Beklagte müsse daher dulden, dass der über sein Grundstück führende Weg auch weiterhin der Bewanderung durch Gemeindeangehörige und Touristen diene (4 Ob 134/21s).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht⁹ Rz 372
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fall 74
- Zankl, Zivilrecht 24³ Seite 118 und unter dem Begriff „Freiheitsersitzung“

- ▷ **Geschwister-DNA ausreichend für Feststellung der Vaterschaft:** Gemäß § 148 Abs 1 ABGB kann auf Antrag eines Kindes die Vaterschaft eines bestimmten Mannes vom Gericht festgestellt werden. Eine solche Feststellung erfordert einen positiven Vaterschaftsbeweis, zu dessen Gewinnung in der Praxis primär auf DNA-Proben zurückgegriffen wird. Ist eine genetische Abstammungsfeststellung nicht möglich, kann sich das Kind auf die widerlegbare

Beiwohnungsvermutung des § 148 Abs 2 berufen, wonach jener Mann als Vater festzustellen ist, der der Mutter im Zeitraum von 180 bis 300 Tagen vor der Geburt beigewohnt hat. An die Feststellung der Vaterschaft sind zahlreiche – unter anderem unterhaltsrechtlich relevante – Rechtsfolgen geknüpft. Vor diesem Hintergrund verweigerte der Antragsgegner im gegenständlichen Verfahren die Mitwirkung an einem DNA-Gutachten zur Erbringung des Nachweis der biologischen Vaterschaft zum antragstellenden Kind. Um letzterem dennoch die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung zu ermöglichen, wählte das Pflegschaftsgericht stattdessen einen Umweg über das genetische Material anderer Angehöriger: Der Antragsgegner hatte in der Vergangenheit nämlich bereits die **Vaterschaft zu einem anderen Kind anerkannt. Einem im vorliegenden Fall aufgenommenen Sachverständigengutachten zufolge ist dieses mit „an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ der biologische Vollbruder des antragstellenden Kindes.** Dazu entgegnete der Antragsgegner, dass der bloße Vergleich der DNA-Probe seines tatsächlich anerkannten Sohnes mit jener des antragstellenden Kindes nicht ausreichend für die Feststellung der Vaterschaft auch zu letzterem sei – ein Einwand, der weder im Verfahren vor dem Erstgericht noch dem Zweitgericht Stand hielt.

Die Feststellung der Vaterschaft des Mannes zum antragstellenden Kind wurde schließlich vom OGH bestätigt: Die Möglichkeit der **Vaterschaftsfeststellung nach § 148 Abs 1 ABGB sei nicht auf ein DNA-Gutachten mit der Beteiligung des Vaters beschränkt. Vielmehr könne auch aufgrund anderer Beweisergebnisse auf eine biologische Vaterschaft geschlossen werden.** Da es über ein die Bruderschaft zum anerkannten Sohn des Mannes bestätigendes Gutachten gelungen sei, eine biologische Vaterschaft auch im Verhältnis zum antragstellenden Kind zu beweisen, sei auch ohne DNA-Probe die Vaterschaft des Mannes vom Gericht festzustellen. Da eine genetische Feststellung gegenständlich möglich gewesen und auch erfolgt sei, sei der Zeugungsvermutung des § 148 Abs 2 ABGB keine Bedeutung für die rechtliche Beurteilung zuzumessen (1 Ob 236/21v).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht⁹ Rz 429
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fälle 89, 154, 162
- Zankl, Zivilrecht 24³ Seiten 139 f und unter den Begriffen „uneheliche Vaterschaft“ und „Feststellung der Nichtabstammung“

- ▶ **Aufklärungspflichten über Erfahrung des Operateurs:** Aufgrund eines Bandscheibenvorfalles unterzog sich die Klägerin im von der Beklagten betriebenen Krankenhaus einem operativen Eingriff. Für die Durchführungen desselben standen im Wesentlichen zwei Operationsmethoden – die offene Methode einerseits und die endoskopische Methode andererseits – zur Verfügung, über deren maßgebende Eigenschaften und Unterschiede sowie über Operationsrisiken im Allgemeinen die Klägerin vor dem Eingriff teils mündlich teils durch einen Aufklärungsbogen informiert worden war. Nachdem die Klägerin keinerlei Präferenz hinsichtlich der einen oder anderen Methode geäußert hatte, erfolgte die Operation auf endoskopische Weise. Im Zuge der Operation kam es allerdings zur Verletzung einer Nervenwurzel der Klägerin, die starke Schmerzen und – zur Beseitigung von dadurch verursachten Lähmungen am rechten Bein – neuerliche Operationen zur Folge hatte. **Gestützt sowohl auf die Behauptung eines Kunstfehlers als auch auf jene eines Aufklärungsmangels, forderte die Klägerin von der Beklagten die Leistung von Schadenersatz – größtenteils Schmerzensgeld – in Höhe von rund 80.000 €.** Während das Erstgericht dem Begehren

stattgab, lehnte das Berufungsgericht die Haftung des Krankenhauses für den Nervenschaden der Klägerin ab.

Der OGH folgte in seiner Entscheidung dem Berufungsgericht: Die Verletzung einer Nervenwurzel stelle ein typisches und grundsätzlich unvermeidbares Risiko einer Bandscheibenoperation dar, weshalb diesbezüglich jedenfalls nicht von einem, eine allfällige Arzthaftung auslösenden Kunstfehler auszugehen sei. Die Verneinung bzw. Bejahung des behaupteten Aufklärungsfehlers bedürfe demgegenüber einer genaueren Betrachtung: Das Vorliegen eines solchen werde von der Klägerin nämlich damit begründet, dass sie über die geringe Erfahrung des den Eingriff konkret durchführenden Arztes mit der endoskopischen Methode aufzuklären gewesen sei. Tatsächlich war die Klägerin (erst) die fünfte Patientin, die der Arzt selbstständig ohne Anleitung endoskopisch operiert hatte. Wie der OGH jedoch bereits in einer früheren Entscheidung ausgesprochen hatte, sei eine [Aufklärung des Patienten über die Anzahl der von einem bestimmten Arzt bisher nach einer speziellen Methode ausgeführten Operationen nicht erforderlich, solange dieser das entsprechende Verfahren ordnungsgemäß erlernt habe](#) und nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausführen dürfe. Gegenständlich verfüge der behandelnde Arzt über umfangreiche Erfahrung mit Bandscheibenoperationen in offener Methode; daneben habe er aber auch alle erforderlichen Ausbildungen abgeschlossen, um endoskopische Eingriffe eigenständig durchführen zu können. Darüber wie oft er dies in der Vergangenheit bereits tatsächlich getan habe, sei die Klägerin nicht zu informieren gewesen. Denn das Funktionieren des öffentlichen Gesundheitswesens setze voraus, dass nicht jeder Patient darauf bestehen könne, von jenem Arzt mit der größten Erfahrung operiert zu werden. Zwar müsse es einen bestimmten medizinischen Ausbildungsstand geben, ab dem ein Chirurg Operationen durchführen dürfe. [Ein Informationsrecht des Patienten über das konkrete Ausmaß der Übung des operierenden Arztes sei jedoch vor dem Hintergrund zu verneinen, dass anerkannte aber noch relativ neue Methoden andernfalls nie etabliert werden könnten – schließlich wolle keiner „der Erste“ sein.](#) Die Etablierung derartiger Methoden sei aber im Interesse eines sich verbessernden Gesundheitssystems, weshalb kein Anspruch eines Patienten darauf bestehen könne, nur von einem mit der ins Auge gefassten Methode bereits sehr vertrauten Arzt operiert zu werden. [Entscheidend müsse bleiben, ob der Arzt die ausreichende Ausbildung habe, um einen derartigen Eingriff durchzuführen](#) – eine Voraussetzung, die im gegenständlichen Fall vorgelegen habe. Daneben brachte die Klägerin vor, dass sie niemals ausdrücklich in eine endoskopische Durchführung der Operation eingewilligt habe. Indem sie aber vor dem Eingriff über beide Möglichkeiten aufgeklärt worden war (und sich diese ohnehin nicht wesentlich voneinander unterscheiden würden), diesbezüglich aber keinerlei Präferenz geäußert habe, sei von einer Zustimmung auch zur endoskopischen Methode auszugehen. Zusammenfassend sei weder ein bei der Bandscheibenoperation unterlaufener Kunstfehler noch ein Aufklärungsmangel zu erkennen und eine allfällige Haftung der Beklagten in diesem Zusammenhang somit zu verneinen (4 Ob 174/21y).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht⁹ Rz 189
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fälle 180, 185, 203, 207
- Zankl, Zivilrecht 24³ Seite 72 und unter dem Begriff „Fehlen der Rechtswidrigkeit“

2. Forschung aktuell

- ▷ Die Frage, ob Schenkungen, die vor dem ErbRÄG 2015 gemacht wurden, befristet oder unbefristet anzurechnen sind (§§ 782, 783 ABGB), wenn der Erblasser nach dem Inkrafttreten des ErbRÄG (1.1.2017) stirbt, ist nach alter Rechtslage zu beurteilen, weil die in § 1503 Abs 7 Z 2 ABGB vorgesehene Rückwirkung der Anrechnung nur angeordnet wurde, um **bei mehreren Schenkungen vor und nach dem ErbRÄG die gleichzeitige (komplizierte) Berechnung nach alter und neuer Rechtslage zu vermeiden – teleologische Reduktion**: Bei der Beurteilung, ob eine Schenkung überhaupt zu berücksichtigen ist, besteht diese Situation nicht, weil dabei noch nicht gerechnet werden muss (demnächst in der Notariatszeitung).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- *Zankl*, Bürgerliches Recht⁹ Rz 576 ff, 582a
 - *Zankl*, Erbrecht¹⁰ Rz 287 ff, 329
 - *Zankl*, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fälle 111, 112, 134, 138, 141, 157, 159, 253
 - *Zankl*, Zivilrecht 24³ Seite 174 und unter den Begriffen „Anrechnung beim Pflichtteil – unter Lebenden gemachte Zuwendungen“ und „Schenkungen iSd § 781“
- ▷ Auch nach dem ErbRÄG 2015 fällt die Versicherungssumme einer **Lebensversicherung mit Bezugsberechtigung nicht in den Nachlass (§ 167 VersVG)**, wird aber **iSd § 781 Z 6 ABGB als Schenkung hinzu- und angerechnet**, und zwar – wie die Schenkung auf den Todesfall – immer unbefristet, also auch dann, wenn der oder die Bezugsberechtigte nicht pflichtteilsberechtigt ist.

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- *Zankl*, Bürgerliches Recht⁹ Rz 534 f, 571
 - *Zankl*, Erbrecht¹⁰ Rz 206 f, 278
 - *Zankl*, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fall 255
 - *Zankl*, Zivilrecht 24³ Seite 168 und unter dem Begriff „Lebensversicherung auf den Todesfall“
- ▷ Die umfangreiche **Praxisversion von FlexLex Bürgerliches Recht** ist soeben erschienen, ebenso die kompakte **2. Auflage der Studienversion**.