

*Mai 2023*

## Update

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

- Testament darf „mit dem Mund“ unterfertigt werden
- Strenge Interessensabwägung bei der gerichtlichen Zustimmung zu der Corona-Schutzimpfung
- Verkehrssicherungspflicht bei Stefani-Ball
- Teilweise Unbenutzbarkeit von Geschäftsräumen wegen COVID-19

Darüber hinaus werden Änderungen der Kreditinstitute-Immobilienfinanzierungsmaßnahmen-Verordnung (KIM-VO), des Hypothekar- und Immobilienkreditgesetzes (HIKrG) sowie des Fundrechts (ABGB) erläutert.

### 1. Judikatur

- ▷ **Testament darf „mit dem Mund“ unterfertigt werden:** Das Testament, um das es sich in diesem Fall handelt, wurde zu einem Zeitpunkt errichtet, in dem der Erblasser ansprechbar war, Fragen jedoch nur durch Nicken oder Augenkontakt beantworten konnte. Der Notar las ihm den Entwurf des vorliegenden Testaments vor und erklärte dem Erblasser die Konsequenzen des Testaments. **Dieser bejahte nickend die Frage, ob es sich dabei um seinen letzten Willen handle, und setzte mit dem Mund ein schriftliches Zeichen bei. Aufgrund der bestehenden Lähmung war er nicht in der Lage, mit der Hand eine Unterschrift oder ein Handzeichen beizusetzen.** Durch Unterschriften bekräftigten sowohl eine Zeugin handschriftlich als auch der Notar und zwei weitere Zeuginnen mit maschineschriebenen Unterschriftszusätzen den Willen des Erblassers. Die gesetzliche Erbin, welche im Testament nicht bedacht wurde, bestritt im Verfahren zur Feststellung des Erbrechts die Gültigkeit des Testaments. Die Vorinstanzen hielten das Testament für gültig. Der Oberste Gerichtshof verneinte das Aufzeigen einer erheblichen Rechtsfrage durch die Rechtsmittelwerberin. Er führte seine Meinung einerseits zu dem maschinschriftlichen Hinweis auf die Zeuginneneigenschaft, andererseits zu dem Schriftzug des Erblassers aus. Bei einem notariellen Testament in Form eines Notariatsakts kommt die Bestimmung des § 579 ABGB nicht zur Anwendung, sodass die Zeuginnen auch keinen eigenhändig geschriebenen Zusatz vornehmen mussten, der auf ihre Zeuginneneigenschaft hinweist (§ 579 Abs 2 ABGB). **In Bezug auf den Schriftzug des Erblassers erklärte der OGH im Einklang mit den Vorinstanzen, dass mangels einer entgegenstehenden Vorschrift die Unterschrift auch so geleistet werden kann, dass das Schreibgerät mit dem Mund oder auch mit den Zehen gehalten wird, zumal keine Zweifel an der**

Identität des Erblassers bestehen. Somit qualifizierten die Gerichte den Schriftzug als Unterschrift. Selbst wenn man den Erblasser wegen seiner körperlichen Behinderung als des Schreibens nicht fähig ansieht, würde sein Schriftzug zudem die Voraussetzungen eines Handzeichens erfüllen: Ungeachtet des Ausdrucks „Handzeichen“ in § 580 Abs 1 ABGB kommt es nach dessen Zweck nicht darauf an, dass der Erblasser mit der Hand agiert, sondern darauf, dass er seinen letzten Willen nach außen sinnfällig so bestätigt, dass er auf der die letztwillige Verfügung enthaltenden Urkunde seinen Niederschlag findet. Dafür ist es unerheblich, mit welchem Körperteil der Erblasser das Schreibgerät führt. Das notarielle Testament ist somit gültig (2 Ob 35/23w).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 495 ff
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fälle 95, 147b, 160, 254
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 161 und unter dem Begriff „Formvorschriften/Testamentsformen“

- ▷ **Strenge Interessensabwägung bei gerichtlicher Zustimmung zu der Corona-Schutzimpfung:** Die Betroffene leidet an schwerer paranoider Schizophrenie sowie an einer Epilepsie. Sie wurde in den letzten Jahren häufig in der geschlossenen Abteilung des psychiatrischen Krankenhauses untergebracht. Mehrere Entlassungsversuche scheiterten, weshalb sich die Betroffene nach wie vor im Krankenhaus aufhält. Ihr Erwachsenenvertreter ersuchte gemäß § 254 Abs 1 ABGB die Gerichte um die Genehmigung der Verabreichung einer Covid-19-Schutzimpfung. Gemäß § 254 Abs 1 ABGB bedarf die Zustimmung des Erwachsenenvertreters zur medizinischen Behandlung bei Ablehnung derselben durch die nicht entscheidungsfähige Person der Genehmigung durch das Gericht. Der Erwachsenenvertreter strebte die Impfung an, da ihm zufolge ein gültiges Impfzertifikat Voraussetzung dafür sein werde, dass die Frau einmal in einer privaten Pflegeeinrichtung untergebracht werden könne. Der vom Gericht bestellte Rechtsbeistand der Betroffenen sprach sich nach Rücksprache mit der Betroffenen, die die Impfung ablehnte, gegen den Antrag aus, weil die Betroffene bereits zweimal an Covid-19 erkrankt sei und daher die Behandlung nicht erforderlich sei. Das Erstgericht wies den Antrag ab. Nach derzeitiger Lage sei eine Unterbringung in eine geeignete Pflegeeinrichtung nicht möglich, da die Betroffene dazu nicht bereit sei und nicht dazu gezwungen werden könne. Die derzeit herrschende Omikron-Variante bringe fast durchwegs leichtere Krankheitsverläufe, sodass die medizinische Notwendigkeit einer Impfung im Vergleich zur früheren Lage in weit geringerem Ausmaß gegeben erscheine. In dieser Situation würde eine Genehmigung der Behandlung gegen den ausdrücklichen Willen der Betroffenen nicht ihrem Wohl entsprechen. Dazu komme noch, dass die Impfung durch Ausübung unmittelbaren Zwangs nicht durchgesetzt werden dürfte. Die zweite Instanz bestätigte diesen Beschluss und sprach die Befürchtung aus, die Impfung könne dazu führen, dass die Betroffene damit Assoziationen und vermehrt psychotische Ideen bilde. Der Oberste Gerichtshof schloss sich der Beurteilung der Vorinstanzen an und legte fest, dass die Genehmigung der Zustimmung des Erwachsenenvertreters zur Behandlung des Betroffenen nur dann zu erteilen ist, wenn der Nutzen der angestrebten Behandlung die zu erwartenden Belastungen des Betroffenen deutlich überwiegt. Im vorliegenden Fall sei das nicht gegeben, da der Nutzen der angestrebten Behandlung einer Covid-19-Impfung die zu erwartenden Belastungen

der Betroffenen nicht deutlich überwiegt. Auch die theoretische Möglichkeit der Erlangung eines Betreuungsplatzes in einer privaten Pflegeeinrichtung wiegt nicht schwer genug, um den Ausschlag für die Genehmigung der beantragten Maßnahme zu geben, zumal es offen ist, ob eine derartige Verlegung die gesundheitliche Situation der Betroffenen verbessern würde. Der Revisionsrekurs wurde daher als nicht berechtigt beurteilt (4 Ob 174/22z).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 26b f
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fälle 2, 142
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 34 und unter dem Begriff „Erwachsenenvertretung“

- ▷ **Verkehrssicherungspflicht bei Stefani-Ball:** Der Kommandant der Freiwilligen Feuerwehr vereinbarte mit der beklagten Gemeinde, dass die Feuerwehr in dem der Beklagten gehörenden Veranstaltungszentrum einen Stefani-Ball veranstalte. In der in die Vereinbarung aufgenommenen Hausordnung der beklagten Gemeinde war dazu geregelt, dass die Veranstalterin für die Organisation und einen geordneten Ablauf verantwortlich sei. Der Kläger besuchte den Stefani-Ball und konsumierte dort alkoholische Getränke. Er stürzte dann über eine Treppe und verletzte sich schwer. Daraufhin begehrte der klagende Gast von der Beklagten Schadenersatz sowie die Feststellung der Haftung für alle künftigen Schäden aus diesem Unfall. Ursache für seinen Sturz sei der mangelhafte Zustand der Treppe gewesen, nicht hingegen der Alkoholkonsum. Der Beklagten, die dort wiederholt selbst Veranstaltungen durchgeführt oder anderen gestattet habe, sei der mangelhafte Zustand der Stiege bekannt gewesen. Das Erstgericht wies die Klage mit der wesentlichen Begründung ab, dass zwischen den Streitparteien kein Vertragsverhältnis bestanden und die Beklagte deshalb keine Verkehrssicherungspflichten getroffen hätten. Die Freiwillige Feuerwehr sei zum Unfallzeitpunkt Inhaberin der Räumlichkeiten und der Stiege gewesen. Die zweite Instanz hob die Entscheidung auf. Die Beklagte habe zwar nicht selbst ihr Veranstaltungszentrum für die Ballbesucher geöffnet, aber einen Verkehr eröffnet, indem sie das Haus der Freiwilligen Feuerwehr für die Veranstaltung überlassen habe. Die Beklagte sei daher verkehrssicherungspflichtig gewesen und hätte Ballbesucher im Rahmen des Zumutbaren schützen müssen.

Der Oberste Gerichtshof sprach dem Ingerenzprinzip entsprechend aus, dass die Verkehrssicherungspflichten dann bestehen, wenn jemand eine Gefahrenquelle schafft. Auch wer eine Gefahrenquelle bestehen lässt, obwohl er sie erkennen kann oder bei gehöriger Sorgfalt erkennen könnte, muss die notwendigen und ihm zumutbaren Vorkehrungen treffen, um eine Schädigung anderer nach Tunlichkeit abzuwenden. Entscheidend ist das Kriterium der Gefahrenbeherrschung, wer daher die Gefahr hätte abwenden können. Die Verantwortlichkeit für die schadhafte Stiege sei danach in diesem Fall der Beklagten zuzuordnen. Jeden, der eine seiner Verfügung unterliegende Anlage dem Zutritt eines Personenkreises eröffnet, trifft eine Verkehrssicherungspflicht. Er muss die Anlage für die befugten Benutzer in einem verkehrssicheren und gefahrlosen Zustand erhalten und vor erkennbaren Gefahren schützen. Auch sei die Beurteilung des Berufungsgerichts, nach der durch die vereinbarte Ballveranstaltung keine Übertragung sämtlicher Verkehrssicherungsmaßnahmen betreffend das Gebäude von der Beklagten auf die Freiwillige Feuerwehr erfolgte, nicht korrekturbedürftig. Die relevanten Bestimmungen betrafen nur den „geordneten Ablauf“ und „Sicherungsmaßnahmen“ wie den

Ordnungsdienst und das Freihalten der Fluchtwege, nicht jedoch allfällige Gebäudeschäden (3 Ob 218/22p).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 188
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fälle 161a, 202
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 80 und unter dem Begriff „Verkehrssicherungspflichten“

▷ **Teilweise Unbenutzbarkeit von Geschäftsräumen wegen COVID-19:** Der Kläger ist Eigentümer einer Liegenschaft und vermietet an die Beklagten ein darauf gelegenes Geschäftslokal, in dem diese ein Bekleidungsgeschäft betreiben. Die Beklagten überwiesen dem Kläger für die Monate März und April 2021 nur 80 % bzw 50 % des vorgeschriebenen Mietzinses. In diesen Monaten galten im Kundenbereich folgende Bestimmungen zur Eindämmung der Pandemie: ein Abstand von mindestens zwei Metern gegenüber Personen aus anderen Haushalten, das Tragen einer FFP2-Maske sowie eine limitierte Kundenanzahl pro Geschäftsfläche. Der Kläger begehrte die Zahlung des gesamten Mietzinses für die Monate März und April 2021. Die Beklagten wandten jedoch ein, ihre Umsatzrückgänge seien auf die genannten staatlich verordneten COVID-19-Maßnahmen sowie auf die coronabedingt reduzierte Kauflust der Kunden zurückzuführen. Es handle sich dabei um kein individuelles, in die Sphäre der Beklagten fallendes Risiko, sondern um einen außerordentlichen Zufall iSv § 1104 ABGB, der einen größeren Personenkreis treffe. Das Erstgericht wies die Klage ab. Jede mittelbar aus der Pandemie resultierende Gebrauchsbeeinträchtigung führe zu einer Zinsminderung. Das Berufungsgericht hob das Urteil auf und trug dem Erstgericht insoweit eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf. Es bestätigte zwar, dass ein Zinsminderungsanspruch auch ohne Betretungsverbot bestehen könne, sah jedoch eine differenzierte Ansicht geboten.

Der Oberste Gerichtshof bestätigte die zweitinstanzliche Entscheidung und führte die Notwendigkeit der Bewertung unterschiedlicher behördlicher Maßnahmen genauer aus. Dass Zutrittsbeschränkungen und im Mietobjekt einzuhaltende Abstandsregelungen grundsätzlich derselben Beurteilung wie gänzlichen Schließungen unterzogen werden, sei insoweit zutreffend, als es sich dabei nur um graduell unterschiedliche Benützungshindernisse handelt. Diese seien unmittelbare Folge der pandemiebedingt erlassenen, auf Geschäftslokale bezogenen behördlichen Maßnahmen. Es muss nun geklärt werden, ob und wenn ja, welchen Einfluss die behördlich verfügte Begrenzung der Kundenzahl samt Abstandsregeln auf die Brauchbarkeit des Bestandsobjekts hatte. Eine allenfalls relevante Gebrauchsminderung wäre unter Umständen durch freie richterliche Schadensschätzung zu ermitteln. Anders zu bewerten sind laut OGH aber geringwertige, die Gebrauchstauglichkeit des Mietobjekts nicht beeinträchtigende und die Allgemeinheit treffende staatliche Eingriffe wie die Maskenpflicht, weil damit nicht direkt auf die Möglichkeit, das Geschäftslokal zu betreten, Einfluss genommen wird. Das maskenbedingte Unlustgefühl der Kunden ist deren individueller Sphäre zuzuordnen, welcher Umstand in das unternehmerische Risiko des Mieters der Geschäftsräumlichkeit fällt. Das Erstgericht wird daher einen allfälligen Einfluss der Kontaktbeschränkungen auf die Brauchbarkeit des Geschäftslokals zu klären haben. Dabei bedarf es zunächst eines ergänzenden Vorbringens der Beklagten, welche konkreten Auswirkungen die Begrenzung der Kundenanzahl und die einzuhaltenden Mindestabstände auf den Geschäftsbetrieb hatten, etwa ob es dadurch zu Wartezeiten im

Eingangsbereich oder zu einem erschwerten bzw verzögerten Zutritt zu einzelnen Räumen des Geschäftslokals kam. Auf Basis der in diesem Sinn zu ergänzenden Feststellungen wird das Erstgericht gegebenenfalls eine angemessene Mietzinsminderung zu bemessen haben (4 Ob 221/22m).

Dieses Update betrifft folgende Teile des Buches:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 172
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fall 132
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 68 und unter dem Begriff „Miet- oder Pachtzinsminderung“

## 2. Gesetzgebung

- ▶ **Änderung der Kreditinstitute-Immobilienfinanzierungsmaßnahmen-Verordnung (KIM-VO):** Die letzten Sommer in Kraft getretene KIM-VO (s dazu Update September 2022) hat in der Praxis aufgrund der mit ihr einhergehenden Einschränkungen der privaten Wohnimmobilienfinanzierung zu einigen Kontroversen geführt. Nun wurden mit Wirkung ab 1. April 2023 einige Lockerungen beschlossen: **Zwischenfinanzierungen und Vorfinanzierungen von nichtrückzahlbaren Zuschüssen durch Gebietskörperschaften** werden in gewissem Rahmen von den strengen Vorgaben der VO **ausgenommen**. Ebenso wurde die **Geringfügigkeitsgrenze** für Kredite, die gemeinsam von **Ehegatten, eingetragenen Partnern oder Lebensgefährten** aufgenommen werden, von 50.000 € auf **100.000 €** angehoben.

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 164, 251
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 67 und unter den Begriffen „Darlehen/Kredit“ und „Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz“

- ▶ **Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz (HIKrG):** Durch eine Ergänzung im Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz wird künftig klargestellt, unter welchen Voraussetzungen bei der nach diesem Gesetz erforderlichen **Kreditwürdigkeitsprüfung die Möglichkeit unberücksichtigt bleiben kann, dass der Verbraucher während der Vertragslaufzeit verstirbt**. Wenn es nunmehr nämlich konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Verbraucher während der Kreditlaufzeit sterben könnte (etwa aufgrund hohen Alters oder schlechter Gesundheit), so steht dieser Umstand einer Kreditgewährung dann nicht entgegen, **wenn es im Rahmen der Kreditwürdigkeitsprüfung wahrscheinlich erscheint, dass der Verbraucher die zu Lebzeiten fälligen Kreditraten bezahlen wird können** und Sicherheiten bestellt werden, die hinreichende Gewähr für die Abdeckung des offenen (Rest)-Betrags bieten. Die genannte Regelung tritt am 1. Mai 2023 in Kraft.

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 251e
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fall 39
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 67 und unter dem Begriff „Hypothekar- und Immobilienkreditgesetz“

- ▷ **Fundrechtsnovelle 2023:** In den letzten Jahren hat sich gezeigt, dass immer weniger Menschen Mühe und Zeit aufwenden, um verlorene Gegenstände wiederzufinden. Oft ist ein Verlust von der Versicherung gedeckt und es werden vorzugsweise neue Gegenstände erworben. Deshalb sieht die Fundrechtsnovelle eine Maßnahme vor, welche die dadurch resultierenden hohen Lagerkosten der Fundämter reduzieren soll: **Die Frist für den Eigentumserwerb durch den Finder für Sachen, deren Wert im Zeitpunkt des Verlustes 100 Euro nicht übersteigt, wird von einem Jahr auf ein halbes verringert (§ 395 nF).** Diese verkürzte Aufbewahrungsfrist tritt mit 1. Mai 2023 in Kraft.

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- *Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Rz 335
- *Zankl*, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fälle 59, 193a
- *Zankl*, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 115 und unter dem Begriff „Fund“