

*Mai 2024*

## Update

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

- Weitere Aspekte der Schadensberechnung im "Diesel-Abgasskandal"
- Haftung bei eigenmächtig "einzeitiger" Operation
- Unterhaltsverwirkung aufgrund massiven Fehlverhaltens
- COVID-19-Mietzinsminderung für einen Swingerclub

Darüber hinaus gibt es bedeutende Änderungen im Arbeitsrecht.

### 1. Judikatur

- ▷ **Weitere Aspekte der Schadensberechnung im "Diesel-Abgasskandal":** Der Kläger erwarb im Februar 2015 von einem österreichischen Händler einen Gebrauchtwagen, welcher vom "Diesel-Abgasskandal" betroffen und mit einer unzulässigen Abschaltvorrichtung ("Thermofenster") versehen ist. **Beklagte war in diesem Fall die Motorenherstellerin, deren Aggregat im Fahrzeug verbaut worden war (zum Anspruch gegen den Fahrzeughersteller, siehe Zankl.update November 2023).** Der Klagsanspruch gegen die Motorenherstellerin, die nicht Adressatin der als Schutzgesetz anzusehenden VO 715/2007/EG ist, wurde hier auf § 874 und § 1295 Absatz 2 ABGB gestützt: Der Beklagten sei arglistiges und sittenwidriges Verhalten, nämlich die Entwicklung eines – offenkundig für den Markt bestimmten – „manipulierten“ Motors mit verbotener Abschaltvorrichtung, zuzurechnen. Die Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren ab. Sie beurteilten die ursprüngliche „Umschaltlogik“, nicht aber das „Thermofenster“ als gemäß Art 5 Abs 2 VO 715/2007/EG verbotene Abschaltvorrichtung. Der Oberste Gerichtshof, der den Vorinstanzen auftrug, diese von ihnen zu Unrecht als unberechtigt angesehene Anspruchsgrundlage zu prüfen, traf aus diesem Anlass Klarstellungen zur Schadensberechnung in einer solchen Konstellation. **Demnach greift die Schadenersatzpflicht nach § 874 ABGB auch dann, wenn – wie hier - die arglistige Irreführung nicht durch den Vertragspartner, sondern durch einen Dritten erfolgt ist.** Hält der Getäuschte am Vertrag fest, ist der Schaden gemäß § 874 ABGB aufgrund der relativen Berechnungsmethode zu ermitteln. Auch bei arglistiger Irreführung durch Dritte wird somit nach ständiger Rechtsprechung schadenersatzrechtlich ein Ergebnis erzielt, das dem einer Vertragsanpassung gleichkommt. Demnach ist zu fragen, welcher Vermögensstand vorhanden wäre, wenn der Vertrag mit entsprechendem Inhalt zustande gekommen wäre. Auch wenn feststeht, dass ein Fahrzeugkäufer bei ordnungsgemäßer Aufklärung das Fahrzeug nicht erworben hätte, kann er somit durch die

Veranlassung der Leistung eines überhöhten Kaufpreises am Vermögen geschädigt worden sein. Daraus folgert der Oberste Gerichtshof, dass die unionsrechtlich gebotene Schadensberechnung nur gegenüber dem Fahrzeughersteller bei Verletzung des Schutzgesetzes der VO 715/2007/EG zum Tragen kommt. In einer Fallkonstellation wie hier jedoch, in der nicht der Fahrzeughersteller, sondern die Motorenherstellerin wegen arglistigen und sittenwidrigen Verhaltens in Anspruch genommen wird, ist diesem gegenüber der Schaden, allgemeinen rein innerstaatlichen Regeln folgend, nach der relativen Berechnungsmethode zu ermitteln (4 Ob 204/23p).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>10</sup> Rz 183 ff
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fälle 118, 122, 182, 184, 185, 189
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>4</sup> Seite 79 und unter dem Begriff „Schadenersatz“

▷ **Haftung bei eigenmächtig „einzeitiger“ Operation:** Der Erstkläger wurde mit einer Lippen-Kiefer-Gaumenspalte geboren. Als er vier Monate alt war, wurde die Lippe operativ und ohne Komplikationen verschlossen. Bei einem sogenannten „Spaltenkind“ wird in der Regel etwa im ersten Lebensjahr der Weichgaumen verschlossen und im Alter von rund fünf Jahren der harte Gaumen, sofern er nicht schon im Zuge des Weichgaumenverschlusses mitverschlossen werden konnte. Der Verschluss des harten und des weichen Gaumens wird in verschiedenen Kliniken in unterschiedlicher Reihenfolge vorgenommen. Teilweise erfolgt der Verschluss mit einer einzigen Operation („einzeitig“), teilweise in zwei Eingriffen („zweizeitig“). In vielen Fällen kann erst während der Operation entschieden werden, ob der Verschluss des weichen und des harten Gaumens in einem Vorgang möglich ist. Die Eltern des Erstklägers, die Zweitklägerin und der Drittkläger, entschieden sich für eine zweizeitige Gaumenverschlussoperation für ihr Kind und wählten das Krankenhaus der Beklagten aus. Vor dem geplanten Eingriff, als das Kind knapp ein Jahr alt war, unterzeichneten die Eltern einen Aufklärungsbogen, der den Verschluss des weichen Gaumens umschrieb. Sie stimmten der vorgeschlagenen Behandlung und allen notwendigen Eingriffen während des Eingriffs zu, einschließlich der Narkose. Erst nach der Operation wurden die Eltern des Erstklägers darüber informiert, dass ein einzeitiger Verschluss durchgeführt, also auch der harte Gaumen verschlossen wurde. Die Operation wurde lege artis und in einer üblichen Operationstechnik durchgeführt. Der einzeitige Verschluss war auch indiziert. Trotzdem traten postoperative Komplikationen auf, die zu einer längeren stationären Behandlung und intensiven Rehabilitation des Erstklägers führten. Ein Behandlungsfehler war dafür nicht kausal. Die anästhesiologische Führung während der Operation wäre bei beiden Verschlussarten gleich gewesen, und die postoperativen Schwellungen und Atemprobleme können sowohl bei einzeitigen als auch bei zweizeitigen Operationen auftreten, da die Schwellung von Patient zu Patient variiert und unabhängig von der Art des Gaumenverschlusses ist. Die Kläger forderten Ersatz für den ihnen entstandenen Aufwand und Schmerzensgeld für den Erstkläger. Sie hätten der einzeitigen Operation nicht zugestimmt, also sei sie rechtswidrig. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab und führte aus, dass den Ärzten kein Behandlungsfehler unterlaufen und die Operation medizinisch indiziert gewesen sei. Das Berufungsgericht änderte das Urteil ab. Die Eltern seien ausdrücklich nur über den ursprünglich geplanten Verschluss des weichen Gaumens aufgeklärt worden. Der Beklagte hafte für die negativen Folgen der eigenmächtigen Behandlung des

Erstklägers. Der Oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung. Zwar argumentierte die Beklagte, dass die Komplikationen auch möglich gewesen wären, wenn nur der Weichgaumen verschlossen worden wäre. Das ändert aber nichts daran, dass die OP die Ursache der Probleme, also "kausal" für diese, war. Der OGH kam zu dem Schluss, dass die Beklagte inhaltlich in Wahrheit den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens geltend machen will. Bei der Frage des rechtmäßigen Alternativverhaltens geht es darum, ob ein rechtswidrig handelnder Täter selbst dann für den verursachten Schaden zu haften hat, wenn er denselben Nachteil sonst durch ein rechtmäßiges Verhalten herbeigeführt hätte. Dazu führte der OGH aus, dass einen Arzt bzw. Krankenhausträger, der seine Aufklärungspflicht verletzt hat, im Rahmen des Einwands des rechtmäßigen Alternativverhaltens die Beweislast dafür trifft, dass der Patient auch bei ausreichender Aufklärung die Zustimmung zu der ärztlichen Maßnahme erteilt hätte. Im vorliegenden Fall hätten die Eltern des Klägers der von den Ärzten erst während der Operation beschlossenen Ausweitung des geplanten Eingriffs nicht zugestimmt. Damit ist der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens gescheitert. Es trifft zwar zu, dass die beim Erstkläger schicksalhaft eingetretenen Komplikationen nach den Feststellungen in gleicher Weise auch bei einem Verschluss bloß des weichen Gaumens auftreten hätten können. Das befreit die Beklagte aber nicht von der Haftung dafür, sich entgegen dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten über den erklärten Willen der Zweit- und des Drittklägers hinweggesetzt zu haben (3 Ob 206/23z).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>10</sup> Rz 189
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fälle 180, 185, 203, 207
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>4</sup> Seite 70 und unter dem Begriff „Kausalität“

- ▷ **Unterhaltsverwirkung aufgrund massiven Fehlverhaltens:** Ausgangspunkt dieses Falls war die schwere Erkrankung des Ehemannes im Jahr 2018. Im August 2019 teilte die Frau ihrem Mann per SMS mit, sich scheiden lassen zu wollen. Seitdem war zwischen den Parteien ein Scheidungsverfahren anhängig. Sie verließ vorübergehend die gemeinsame Wohnung, ließ die drei gemeinsamen minderjährigen Kinder mit dem Kindermädchen allein und war für mehrere Tage nicht erreichbar. Der Mann fand die Kinder einige Tage später nach Rückkehr von einer Geschäftsreise ohne die Mutter vor. Die Frau hatte im Schlafzimmer eine „Installation“ hinterlassen, bei der sich ein Messer „eigenartig aufgebahrt bei den Bildern der drei Kinder befand“ und einer Statue eines Mädchens beim Hals angesetzt war. Der Mann flog daraufhin mit den Kindern in die Ukraine und verweigert der Frau seither den Kontakt zu diesen. Dies hatte zur Folge, dass ihm die Frau unzählige Kurznachrichten mit Gewalt- und Morddrohungen schickte und sie ihm auch damit drohte, seine Wohnung in Brand zu stecken und seine angebliche Freundin (eine außereheliche Beziehung des Mannes steht jedoch nicht fest) mit Säure zu überschütten. Die Frau griff den Mann auch tätlich an, verkaufte wertvolle Uhren ohne seine Zustimmung und zerstörte unter anderem mehrere von ihm erworbene Gemälde. 2020 zog sie aus der Ehwohnung aus. Die Frau begehrte vom Mann vorläufigen Unterhalt ab Jänner 2020. Beide Vorinstanzen gingen davon aus, dass die Frau durch dieses Verhalten ihren Unterhaltsanspruch verwirkt hat. Der Oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung. Allgemein führte er aus, dass gemäß § 94 Abs 2 Satz 2 ABGB dem haushaltsführenden Ehegatten nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts

kein Unterhaltsanspruch zusteht, wenn dessen Geltendmachung, besonders wegen der Gründe, die zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts geführt haben, ein Missbrauch des Rechts wäre. Eine solche Verwirkung des Unterhalts tritt ein, wenn dessen Geltendmachung und Gewährung wegen des Verhaltens des an sich unterhaltsberechtigten Ehegatten grob unbillig wäre. Eine vollständige Unterhaltsverwirkung setzt dabei regelmäßig den völligen Verlust des Ehemillens des unterhaltsberechtigten Ehegatten voraus. Dieser muss sich schuldhaft über alle Bindungen aus der ehelichen Partnerschaft hinweggesetzt haben. Entscheidend ist, ob der an sich Unterhaltsberechtigte aus eigenem Verschulden den Ehemillen weitgehend und dauernd aufgegeben hat. Ob ein Fehlverhalten eine Unterhaltsverwirkung rechtfertigt, ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen, im vorliegenden Fall jedoch jedenfalls gegeben. Dass das massiv ehezerrüttende Verhalten der Frau erst nach ihrem Auszug und Auflösung der häuslichen Gemeinschaft erfolgte, schadet nicht. Inzwischen ist die Ehe aus dem überwiegenden Verschulden der Frau geschieden (1 Ob 22/24b).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>10</sup> Rz 407
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fälle 77, 81
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>4</sup> Seiten 136 ff und unter dem Begriff „Unterhalt des geschiedenen Ehegatten“

- ▷ **COVID-19-Mietzinsminderung für einen Swingerclub:** Die Klägerin vermietet der Beklagten aufgrund eines 1993 geschlossenen Mietvertrags ein Geschäftslokal. Das Mietobjekt ist laut Vertrag als „Saunabetrieb mit Gastgewerbe, Solarium, Massage und Fitnessstudio“ bezeichnet, tatsächlich wird im Objekt mit Wissen und Zustimmung der Vermieter ein Swingerclub betrieben. Der dem Vertrag zugrunde liegende Geschäftszweck ist die Zurverfügungstellung von Räumlichkeiten zur Pflege zwischenmenschlicher (sexueller) Kontakte; das Unternehmenskonzept eines Swingerclubs sind zwischenmenschliche Nähe, Körperkontakt und ein freizügiges sexuelles Miteinander; die Verabreichung von Speisen und Getränken ist kein vorrangiger oder selbstständiger Geschäftszweck. Aufgrund der COVID-19 Pandemie war das Geschäftslokal nicht oder nur eingeschränkt benützbare, weswegen die Beklagte von März 2020 bis März 2022 in verschiedenen Perioden in unterschiedlichem Maße den Mietzins nicht bezahlte. Sowohl das Erst- als auch das Berufungsgericht wiesen die Klage der Vermieterin auf Nachzahlung des Mietzinses ab. Der Oberste Gerichtshof bestätigte diese Entscheidung. Grundsätzlich führte er aus, dass zu den in § 1104 ABGB ausdrücklich genannten Elementarereignissen die „Seuche“ gehört. COVID-19 ist ein solcher Fall. Aus diesem Elementarereignis resultierende hoheitliche Eingriffe wie Betretungsverbote für bestimmte Geschäftslokale hatten zur Folge, dass diese Objekte „gar nicht gebraucht oder benutzt werden“ konnten. Wenn die in Bestand genommene Sache wegen eines außerordentlichen Zufalls gar nicht gebraucht oder benutzt werden kann, so ist nach § 1104 ABGB kein Mietzins zu entrichten. Behält der Mieter trotz eines solchen Zufalls einen beschränkten Gebrauch des Mietstücks, so wird ihm gemäß § 1105 ABGB ein verhältnismäßiger Teil des Mietzinses erlassen. Die Frage, ob (teilweise) Unbenützbarkeit des Bestandgegenstands vorliegt, ist nach dem Vertragszweck zu beurteilen. Dem Obersten zufolge machten die behördlich verordneten Einschränkungen (Abstandsregelung, Maskenpflicht, Vorverlegung der Sperrstunde, Verabreichung von Speisen und Getränken nur an den Tischen) eine dem Verwendungszweck

entsprechende sinnvolle Nutzung des Objekts als Swingerclub nicht möglich. **Ausgehend vom vereinbarten Vertragszweck ist bei lebensnaher Betrachtung auch ohne verordneten Mindestabstand die Nutzung des Bestandobjekts in einem Kernbereich der Anbahnung und Ausübung ungezwungener - privater und nicht kommerzieller - sexueller Begegnungen Fremder auch durch die Verpflichtung zum Tragen von FFP2-Masken nicht möglich gewesen.** Die von der Rechtsprechung für den Besuch von Bekleidungsgeschäften angestellten Überlegungen (wonach maskenbedingte Unlustgefühle der Kunden keine Auswirkungen auf den bestandvertragsgemäße Brauchbarkeit hätten, weil es sich um einen die Allgemeinheit treffenden staatlichen Eingriff handle) sind hier nicht einschlägig. Die Beklagte hatte daher den Bestandzins zu Recht gemindert (4 Ob 225/23a).

**Dieses Update betrifft folgende Teile des Buches:**

- *Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>10</sup> Rz 172
- *Zankl*, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fall 132
- *Zankl*, Zivilrecht 24<sup>4</sup> Seite 68 und unter dem Begriff „Miet- oder Pachtzinsminderung“

## **2. Gesetzgebung**

- ▷ **Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz 2024:** Im Arbeitsrecht finden im Zuge der **Umsetzung der EU-Richtlinie über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen** einige Novellierungen statt. Eine Hälfte des diesbezüglich verabschiedeten Gesetzespakets ist bereits in Kraft getreten. Danach sind nun **Dienstzettel unabhängig von der Beschäftigungsdauer** auszustellen sowie Erneuerungen hinsichtlich ihres Inhalts zu beachten. Im Zuge dessen sind auch die gravierenden Verwaltungsstrafen nicht unerheblich, die bei Missachtung drohen. **Aus-, Fort- und Weiterbildungen sollen als Arbeitszeit zu werten und die Kosten vom Arbeitgeber zu bezahlen sein.** Zudem sind künftig auch **Mehrfachbeschäftigungen** unter fortsetzender Beachtung des Konkurrenzverbots möglich. Werden Arbeitnehmer gekündigt, weil sie einen Dienstzettel bzw. eine zulässige Mehrfachbeschäftigung verlangen, kann die Kündigung gerichtlich angefochten werden.

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

- *Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>10</sup> Rz 180