

*September 2023*

## Update

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

- Ungerechtfertigter Verzicht auf Handzeichen bei Testamentserstellung
- Freiheitsersitzung bei der Dienstbarkeit eines Bauverbots
- Schadenersatz aufgrund Sturzes wegen fehlerhafter Geschäftstür
- OGH schließt Schadenersatz aufgrund fehlerhafter Spirale nicht mehr von vornherein aus

### 1. Judikatur

- ▷ **Ungerechtfertigter Verzicht auf Handzeichen bei Testamentserstellung:** Der Erblasser setzte vor einigen Jahren seine Tochter, die Erstantragstellerin, mit einem fremdhändigen Testament zur Alleinerbin ein. Wenige Tage vor seinem Tod errichtete der schon schwerkranke, aber testierfähige Erblasser ein weiteres Testament in Form eines Notariatsakts, in dem er sämtliche früheren Verfügungen widerrief und die Zweitantragstellerin, seine Ehefrau, zur Alleinerbin einsetzte. **Im Notariatsakt wurde zu Beginn festgehalten, dass der Erblasser schreibunfähig sei und wegen einer Lähmung auch kein Handzeichen setzen könne. Bei Testamentserrichtung war die rechte Hand des Erblassers zwar nicht vollständig gelähmt, aber aufgrund von Metastasen im Gehirn kraftlos, sodass er mit ihr weder schreiben noch ein Handzeichen setzen konnte. Mit der linken Hand, die er normal bedienen konnte, hätte er hingegen zumindest eine Paraphe oder ein Handzeichen in Form von drei Kreuzen setzen können.** Weshalb er gegenüber dem Notar angab, kein Handzeichen setzen zu können, konnte nicht eruiert werden. Das Erstgericht stellte das Erbrecht der Erstantragstellerin aufgrund des früheren Testaments fest und wies die Erbantrittserklärung der Zweitantragstellerin ab, da das spätere Testament mangels Einhaltung der Formvorschrift des § 68 Abs 1 lit g NO ungültig sei. Da der Erblasser dazu in der Lage gewesen sei, hätte er zumindest ein Handzeichen setzen müssen. Das Rekursgericht hingegen sah das anders und qualifizierte die Verfügung als formwirksam. Dem schwer kranken Erblasser sei die Setzung eines Handzeichens aufgrund seiner schweren Erkrankung und des Umstands, dass er Rechtshänder gewesen sei, zwar möglich, nicht aber zumutbar gewesen. Eine Überprüfung seiner Angaben hätte ihn vor schikanös anmutende Anforderungen gestellt.

Der Oberste Gerichtshof stellte die Entscheidung des Erstgerichts wieder her. Im konkreten Fall lag eine letztwillige Verfügung in Form eines unmittelbar vom Notar errichteten und aufgenommenen Notariatsakts vor. Nach § 68 Abs 1 lit g NO hat jeder Notariatsakt bei Verlust der Kraft einer öffentlichen Urkunde unter anderem die Unterschriften der Parteien zu enthalten. Kann eine Partei nicht schreiben, so müsse sie bei der Fertigung auf Papier ihr Handzeichen beifügen und es muss der Name der Partei von einem Zeugen oder einem zweiten Notar beigesetzt werden. Kann eine Partei auch ein Handzeichen nicht beifügen, so muss das entgegenstehende Hindernis ausdrücklich angeführt und von den Aktszeugen besonders bestätigt werden. Schreibunfähigkeit liegt nicht erst dann vor, wenn eine Unterschrift schlechthin unmöglich ist, sondern schon dann, wenn dem Erblasser eine Unterschrift nur unter solcher Anstrengung möglich wäre, dass es ihm billigerweise nicht zugemutet werden kann. **Im Anwendungsbereich des § 68 NO besteht im Hinblick auf den von der Norm explizit angedrohten Solennitätsverlust und die nur unter bestimmten Voraussetzungen eröffnete Möglichkeit, an Stelle der Unterschrift ein Handzeichen zu setzen bzw auch auf dieses zu verzichten, keine „Wahlfreiheit“ des Erblassers. Der eindeutige Wortlaut des § 68 Abs 1 lit g NO stellt auf das objektive Vorliegen von Schreibunfähigkeit bzw die Unfähigkeit, auch nur ein Handzeichen zu setzen, und nicht auf die Angaben der Partei gegenüber dem Notar ab.** Mangels ausreichender Anhaltspunkte, die darauf hindeuten, dass dem Erblasser auch die Setzung eines an sich möglichen Handzeichens unzumutbar gewesen wäre, ist das notarielle Testament aufgrund eines Verstoßes gegen § 68 Abs 1 lit g NO formunwirksam. Wurde die Form nämlich nicht gewahrt, so führt dies gemäß § 601 ABGB selbst bei klarem und eindeutig erweisbarem Willen des Erblassers zur Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung. Denn der Grundsatz, dass dem wahren Willen des Erblassers zu entsprechen sei, hat dort seine Grenze, wo es sich um Formvorschriften für letztwillige Verfügungen im engeren Sinn handelt. Maßgeblich ist also nur der gültig erklärte Wille (2 Ob 106/23m).

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

- *Zankl*, Bürgerliches Recht<sup>10</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“

▷ **Freiheitsersitzung bei der Dienstbarkeit eines Bauverbots:** Vor rund 30 Jahren schlossen die Klägerin als Käuferin und der Beklagte als Verkäufer einen Kaufvertrag über eine Liegenschaft ab. Im Lastenblatt der Liegenschaft der Käuferin war zugunsten jener des Verkäufers die Dienstbarkeit der Nichtverbauung gem eines Kaufvertrags aus 1960 eingetragen. Durch den Kaufvertrag hatten sich die Rechtsvorgänger der Klägerin gegenüber den Rechtsvorgängern des Beklagten verpflichtet, „das Vertragsobjekt als Lagerplatz in Benützung zu nehmen und niemals in Bauplätze umzuwandeln“. Die dienende Liegenschaft wurde als Lagerplatz benützt, zudem wurden auf ihr aber diverse Baulichkeiten errichtet, unter anderem 1962 ein Lagerraum und ein Lagerschuppen, 1969 eine Abstellhalle und 1974 eine Betonmischanlage. Die Klägerin beehrte zwischen den Parteien festzustellen, dass bei ihrer Liegenschaft keine Dienstbarkeit der Nichtverbauung zugunsten des Grundstücks des Beklagten besteht, und diesen schuldig zu erkennen, in die grundbücherliche Löschung der Dienstbarkeit einzuwilligen. **Die Klägerin brachte vor, die im**

Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit sei bereits seit vielen Jahren erloschen. Ihre Rechtsvorgänger errichteten nämlich ab dem Jahr 1962 auf der Liegenschaft mehrere unzulässige Bauten, gegen welche die Rechtsvorgänger des Beklagten bewusst nicht eingeschritten seien. Es sei Freiheitsersitzung eingetreten. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Das Erstgericht gab der Klage nur teilweise statt. Für die Bebauung mit Lagerhallen und dergleichen habe das Bauverbot nach der Auslegung des Vertrags durch das Erstgericht von Anfang an nicht gegolten. Hinsichtlich der Errichtung von Anlagen zur Produktion von Beton und Betonteilen habe die Klägerin die Freiheit ersessen. Hinsichtlich anderer Baulichkeiten als Lagerhallen und Betonproduktionsanlagen bestehe das Bauverbot weiterhin. Das Berufungsgericht änderte das Urteil dahin ab, dass es der Klage vollinhaltlich stattgab. Der Oberste Gerichtshof bestätigte dieses Urteil. Grundsätzlich führte er aus, dass nach § 1488 ABGB das Recht der Dienstbarkeit durch den Nichtgebrauch verjährt, wenn sich der verpflichtete Teil der Ausübung der Servitut widersetzt und der Berechtigte durch drei aufeinander folgende Jahre sein Recht nicht geltend macht (Freiheitsersitzung). Auch Servituten, die nur ein Unterlassen zum Gegenstand haben („negative Servituten“), unterliegen dieser Vorschrift. Eine solche Servitut stellt die Dienstbarkeit, das eigene Grundstück nicht zu bebauen, dar. Im vorliegenden Fall wurde daher die Freiheit von der Dienstbarkeit der Nichtbebauung zur Gänze ersessen. Es kann nicht angenommen werden, dass bei der Verletzung des Bauverbots nur eine teilweise Freiheitsersitzung stattfände. Dies hätte nämlich zur Konsequenz, dass eine gänzliche Freiheitsersitzung überhaupt nie stattfinden könnte, zumal grundsätzlich immer noch beschwerlicher bzw höher und breiter gebaut werden kann (8 Ob 74/22y).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>10</sup> Rz 371
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fälle 74, 230
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 118 und unter dem Begriff „Freiheitsersitzung“

▷ **Schadenersatz aufgrund Sturzes wegen fehlerhafter Geschäftstür:** Die Klägerin kam beim Betreten des Geschäftslokals der Beklagten zu Sturz und verletzte sich, weil sich die automatische Tür aufgrund einer Fehlfunktion schloss, während sie gerade eintrat. Die Klägerin wurde, ohne dass sie ausweichen hätte können, von den Hauptschließkanten der sich schließenden Türflügel getroffen. Das Erstgericht gab der Klage auf Leistung von Schadenersatz und Feststellung der Haftung der Beklagten für alle künftigen Schäden statt. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Der Oberste Gerichtshof bejahte in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen eine Haftung der Beklagten. Den Inhaber eines Geschäfts trifft gegenüber einer Person, die das Geschäft als Kunde betritt, die (vor-)vertragliche Pflicht, für die Sicherheit des Geschäftslokals zu sorgen. Er hat die seiner Verfügung unterliegenden Anlagen, die er seinen Kunden überlässt, in einem verkehrssicheren und gefahrlosen Zustand zu halten und muss alle Gefahrenquellen, die sich aus dem Geschäftsbetrieb ergeben, ausschalten. Die im vorliegenden Fall relevante Türanlage war im Jahr 2000 errichtet worden. Sie verfügte über einen Lichtschranken und entsprach damals dem Stand der Technik. Ende 2012, rund fünfeinhalb Jahre vor Eröffnung des Geschäfts, trat aber eine neue ÖNORM in Kraft. Sie verlangte, dass ein solches Türsystem über einen Anwesenheitsmelder verfügen muss. Dieser hat den Vorteil, dass er ein Schließen der Tür verhindert, wenn sich in einem bestimmten Bereich um die Tür ein zumindest 30 cm breiter und

70 cm hoher Gegenstand befindet. Die Beklagte wurde im Zuge der jährlichen Überprüfungen der Türanlage mehrfach darauf hingewiesen, dass die Anlage nicht dem aktuellen Stand der Technik entspricht. **Es trifft zwar zu, dass die neue ÖNORM für Altbestand und damit auch die Anlage der Beklagten nicht gilt. Doch durch öffentlich-rechtliche Vorschriften und behördliche Bewilligungen werde lediglich der Mindeststandard der dem Verantwortlichen obliegenden Sicherheitsvorkehrungen umrissen. Trotz einer einmal erteilten Benützungsbewilligung sei daher die bauliche Sicherheit laufend zu überprüfen und betroffene Gegenstände entsprechend einwandfrei instand zu setzen.** Es ist ganz allgemein der für die körperliche Sicherheit der Benutzer maßgebliche, nach einschlägigen Gesetzen und anderen Vorschriften, aber auch nach dem jeweiligen Stand der Technik geltende Mindeststandard durch zumutbare Verbesserungsarbeiten einzuhalten. Finanziell zumutbar wäre der Einbau eines Anwesenheitsmelders jedenfalls gewesen, da dieser zwischen 200 und 250 Euro kostet (3 Ob 10/23a).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>10</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“

▷ **OGH schließt Schadenersatz aufgrund fehlerhafter Spirale nicht mehr von vornherein aus:** Die Beklagte ist Herstellerin von Medizinprodukten und Produzentin eines Intrauterinpressars (Spirale), das zur Empfängnisverhütung verwendet wird. Der Klägerin war vor ungefähr sechs Jahren eine Spirale eingesetzt worden. 2020 machte die Klägerin einen positiven Schwangerschaftstest. Wenig später bestätigte eine Gynäkologin die Schwangerschaft im sechsten Monat. Schlussendlich brachte die Klägerin ein gesundes Kind zur Welt. Die Klägerin wirft der Beklagten vor, fehlerhafte Spiralen hergestellt, in Verkehr gebracht und die Öffentlichkeit unzureichend über den Fehler und die daraus resultierende Bruchgefahr informiert zu haben. Sie sei aufgrund eines Materialfehlers in ihrem Körper gebrochen, wodurch es zur ungewollten Schwangerschaft gekommen sei. Die Klägerin begehrte von der Beklagten den Ersatz des durch den Bruch der Spirale und die dadurch verursachte Schwangerschaft sowie die Geburt des Kindes entstandenen Schadens. Dieser setze sich aus dem erlittenen Verdienstentgang, Behandlungs- und Medikamentenkosten, anteiligen frustrierten Kosten der Spirale sowie Schmerzensgeld zusammen. **Das Schmerzensgeld begründete die Klägerin mit schwerwiegenden psychischen Beeinträchtigungen aufgrund des unklaren Verbleibs der Spirale bzw ihrer Teile im Körper und der sich daraus ergebenden Sorge um die Gesundheit des ungeborenen Kindes. Die Klägerin habe bis zum Tag nach der Geburt nicht gewusst, ob sich die Spirale noch in ihrem Körper befinde und wie sich dies allenfalls auf das Kind auswirke.** Aufgrund ihrer unerwarteten Schwangerschaft und des Bewusstseins, dass sie sechs Monate lang ohne Rücksicht auf ihr ungeborenes Kind gelebt habe, sei sie „schockiert“ gewesen. Sie habe sich Sorgen gemacht, ob sie ein gesundes Kind zur Welt bringen werde, wie sie den Alltag mit diesem bewältigen könne und ob sie finanziell zurechtkommen werde. Sie habe deshalb auch an Schlafstörungen sowie negativen Empfindungen gegenüber ihrem Partner gelitten. Die Klägerin strebte auch die Feststellung der Haftung der Beklagten für sämtliche weiteren Schäden an. Sowohl das Erstgericht als auch das Berufungsgericht wiesen die Klage ab. Dass die von der Klägerin verwendete Spirale fehlerhaft gewesen sei, konnte ebenso wenig festgestellt werden wie deren Bruch im Körper der Klägerin. Auf dieser Grundlage verneinten die Vorinstanzen eine

Produkthaftung der Beklagten. Der Oberste Gerichtshof beurteilte die Revision als zulässig und berechtigt. Zu dem begehrten Schmerzensgeld führte er aus, dass seelische Schmerzen grundsätzlich ersatzfähig sind, wenn sie Folge einer Körperverletzung sind. Sind seelische Schmerzen keine Folge einer Körperverletzung, gebührt für sie hingegen nur in Ausnahmefällen ein Ersatz, etwa bei schwerwiegenden Eingriffen in die psychische Sphäre. Von einer ersatzfähigen Gesundheitsschädigung ist dann auszugehen, wenn körperliche Symptome vorliegen, die als Krankheit anzusehen sind. Entscheidend ist, ob die psychische Beeinträchtigung behandlungsbedürftig oder wenigstens ärztlich diagnostizierbar und damit medizinisch fassbar ist. Es muss also eine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert vorliegen. Dem OGH zufolge ist in diesem Fall von einer psychischen Beeinträchtigung mit Krankheitswert auszugehen. Die Klägerin behauptete, aufgrund der Sorge um die Gesundheit ihres ungeborenen Kindes „großen seelischen Belastungen“ ausgesetzt gewesen zu sein. Diese hätten sich unter anderem durch Schlaflosigkeit, mentale Instabilität bis hin zu extremen emotionalen Gefühlsausbrüchen sowie durch extreme Stimmungsschwankungen geäußert. Erst die Inanspruchnahme psychotherapeutischer Hilfe habe eine Verbesserung gebracht. Durch die angeblich fehlerhafte Spirale sei die Klägerin nachhaltig traumatisiert gewesen. Ihre psychischen Beeinträchtigungen bestünden nicht nur in bloßem Unbehagen und Unlustgefühlen. Dieses Klagevorbringen zielt eindeutig auf krankheitswertige psychische Belastungen ab. Diese wären per se, also auch wenn sie keine Folge einer Körperverletzung wären, ersatzfähig. Die behaupteten Vermögensnachteile betreffend, hielt der OGH an seiner ständigen Rechtsprechung fest. Für einen aus einer „wrongful conception“ abgeleiteten Vermögensnachteil, wie insbesondere der Verdienstentgang, steht kein Ersatz zu. Dies wird damit begründet, dass die Geburt eines gesunden, wenn auch unerwünschten Kindes mit allen damit gewöhnlich verbundenen Belastungen keinen ersatzfähigen Schaden im Rechtssinn darstellt. Ob dies nach der europäischen Produkthaftungsrichtlinie anders zu beurteilen wäre, müsste vom Gerichtshof der Europäischen Union geklärt werden. Die Revisionswerberin argumentierte nämlich, dass das auf Grundlage der Produkthaftungsrichtlinie ergangene PHG, auf welches sie die Haftung der Beklagten maßgeblich stützt, unionsrechtskonform auszulegen sei. Demnach sei ein Ersatz jener Vermögensnachteile, die aus der Schwangerschaft und Geburt des Kindes der Klägerin abgeleitet würden, nicht per se ausgeschlossen. Der Begriff des „durch Körperverletzung verursachten Schadens“ iSd Art 9 dieser Richtlinie sei nach der Rechtsprechung des EuGH weit auszulegen und erfordere eine „angemessene und vollständige Entschädigung“ des durch ein fehlerhaftes Produkt Geschädigten. Die Rechtsmittelwerberin regte in diesem Zusammenhang die Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH zur Klärung der Frage an, inwieweit aus einer durch eine fehlerhafte Spirale bewirkten Schwangerschaft und Geburt eines Kindes verursachte Vermögensschäden, wie insbesondere der Verdienstentgang, nach der Produkthaftungsrichtlinie zu ersetzen seien. Bevor der EuGH jedoch angerufen und der Klägerin ein Ersatz für ihre psychische Beeinträchtigung zugesprochen werden kann, muss aber zuerst geklärt werden, ob sie überhaupt ein Produkt der beklagten Herstellerin verwendete und dieses fehlerhaft war (1 Ob 28/23h).

Dieses Update betrifft folgende Teile des Buches:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>10</sup> Rz 184
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>11</sup> Fall 185
- Zankl, Zivilrecht 24<sup>3</sup> Seite 39 und unter dem Begriff „Produktionsfehler“