

Dezember 2021

Update

Diese Ausgabe behandelt die neueste Judikatur des OGH zu den Themen: Stillschweigender Widerruf auch des vor geschiedener Ehe errichteten Testaments; Wer erkennbar gefährlich flüchtet, haftet; Operation durch Assistenzarzt macht Schadenersatzpflichtig und Coronabedingtes Betretungsverbot lässt Mietzins entfallen.

1. Judikatur

- ▶ **Stillschweigender Widerruf auch des vor geschiedener Ehe errichteten Testaments:** Mit dem ErbRÄG 2015 wurde die Bestimmung des § 725 in das ABGB eingefügt. Demnach gelten mit Auflösung der Ehe, eingetragenen Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft davor errichtete letztwillige Verfügungen zugunsten des früheren Ehegatten, Partners bzw Lebensgefährten als aufgehoben. Der Gesetzgeber trägt damit dem mutmaßlichen Willen des Verstorbenen Rechnung, dass dieser nach der Scheidung gerade nicht wollen wird, dass sein ehemaliger Ehegatte nach ihm erbt. Ein zugunsten eines früheren Gattens oder Partners verfasstes Testament wird – sofern nicht ausdrücklich Gegenteiliges angeordnet wurde – mit der Trennung als vom Verfügenden stillschweigend widerrufen und damit als unwirksam angesehen. Im gegenständlichen Fall stellte sich allerdings die Frage, **ob auch solche letztwilligen Verfügungen von § 725 Abs 1 ABGB erfasst sind, die bereits vor der (später wieder aufgehobenen) Ehe bzw Lebensgemeinschaft errichtet wurden:** Am 4. Dezember 1978 hatte der Verstorbene seine spätere Ehefrau als Universalerbin eingesetzt. Zu diesem Zeitpunkt waren die beiden jedoch noch nicht miteinander verheiratet. Die Ehe wurde erst später – am 16. August 1979 – geschlossen und rund zehn Jahre später – am 11. Oktober 1990 – wieder geschieden. Mit der Begründung, § 725 sei nicht anwendbar, da ihr früherer Gatte das Testament schon vor Eheschließung errichtet hätte, beehrte die Ex-Frau des Mannes nach dessen Tod die Einantwortung der Verlassenschaft. Sowohl die Vorinstanzen als auch der OGH wiesen das Begehren der Frau ab: Zunächst unterscheidet der Wortlaut des § 725 nicht nach dem Zeitpunkt des Testiervorgangs, sondern stellt lediglich auf die Errichtung einer letztwilligen Verfügung vor der Aufhebung der Ehe oder des sonstigen Familienverhältnisses ab. Die undifferenzierte Anwendung des § 725 sowohl auf Verfügungen, die bereits vor der Ehe errichtet wurden als auch auf solche, die erst während derselben errichtet wurden, ergebe sich zudem aus dem Zweck der Bestimmung: Im Falle einer

Beendigung des Familienverhältnisses sei die Beziehung zwischen Erblasser und Bedachtem regelmäßig derart zerrüttet, dass das Erlöschen der Verfügung dem mutmaßlichen Willen des Erblassers eher entspreche als deren Aufrechterhaltung. Dies gelte unabhängig davon, ob das Testament bereits vor oder erst während der Ehe oder des sonstigen Familienverhältnisses verfasst worden sei. § 725 ABGB sei daher auch auf letztwillige Verfügungen anzuwenden, die bereits vor Eheschließung vom Verstorbenen errichtet wurden. Da der Erblasser im konkreten Fall nichts Gegenteiliges angeordnet habe, könne sich seine Ex-Frau nicht auf das – nunmehr ungültige – Testament berufen. Vielmehr würden die gesetzlichen Erben des Verstorbenen zum Zug kommen (2 Ob 76/21x).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht⁹ Rz 512 ff
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fälle 155, 246
- Zankl, Zivilrecht 24³ Seiten 164 f und unter dem Begriff „Testamentswiderruf“

- ▷ **Wer erkennbar gefährlich flüchtet, haftet:** Im Zuge einer Personenkontrolle im April 2020 kam es zu einer Verfolgungsjagd zwischen dem klagenden Polizisten und dem – mutmaßlich mit Drogen dealenden – Beklagten. Als letzterer nämlich nach einem harten Gegenstand, den er bei sich trug, gefragt wurde, riss sich der Beklagte überraschend los und rannte davon. Dabei durchquerte der Mann zunächst ein Gebüsch und setzte seine Flucht über eine Wiese und einen Asphaltweg sowie schließlich über einen Schotterweg fort. Der Kläger, der sofort die Verfolgung des Beklagten aufgenommen hatte, übersah in der nächtlichen Dunkelheit jedoch ein auf dem Schotterweg befindliches Schlagloch und kam zu Sturz. Nachdem der Beklagte von einem Kollegen des Klägers fast eingeholt worden war, gab er seine Flucht auf. In der Folge begehrte der Kläger **Schadenersatz vom Gefassten für die Verletzungen, die er sich aufgrund dessen Verfolgung zugezogen hatte. Mit der Begründung, dass der Beklagte durch seine Flucht eine besondere Gefahr** für den Polizisten geschaffen habe, gab das Erstgericht dem Ersatzbegehren statt. Das Berufungsgericht hingegen verneinte die Haftung des Beklagten: Es bestehe keine Pflicht, sich der Strafverfolgung zu stellen und niemand müsse sich selbst belasten – die Flucht als solche sei also nicht rechtswidrig. Wenngleich der Beklagte mit seiner Verfolgung durch den Polizisten habe rechnen müssen, sei für diesen dennoch nicht vorhersehbar gewesen, dass sich der Kläger dabei verletzen würde. Denn eine durch die Flucht geschaffene, über das allgemeine Lebens- und Berufsrisiko des Polizisten – der ohnehin „eine gewisse körperliche Fitness“ aufzuweisen habe – hinausgehende Gefahr habe nicht bestanden. Dass der Schotterweg besonders gefährlich gewesen sei, könne ebenso wenig festgestellt werden.

Diese Ansicht wurde vom OGH nicht geteilt, das Urteil des Erstgericht folglich wiederhergestellt: **Zwar sei nicht jede Flucht per se rechtswidrig, doch werde dann eine Haftung des Flüchtenden für allfällige Schäden begründet, wenn mit seinem Fluchtverhalten für diesen erkennbar eine gesteigerte Gefährdung absolut geschützter Rechtsgüter** – konkret: die körperliche Unversehrtheit – des Verfolgers verbunden sei. Durch seine plötzliche Flucht habe der Beklagte die Verfolgung durch den aufgrund seiner polizeilichen Einsatzpflicht dazu verpflichteten Kläger provoziert. Wegen dieses Überraschungsmoments der Flucht, der herrschenden Dunkelheit und der vom Beklagten gewählten Fluchtroute, die auf kurze Distanz über wechselndes und teilweise unebenes

Terrain geführt habe, habe – entgegen der Ansicht des Zweitgerichts – sehr wohl ein erhöhtes Verletzungsrisiko für den Polizisten bestanden. Dies sei dem Beklagten auch erkennbar gewesen. Die **Verlagerung des Verletzungsrisiko und eine damit einhergehende Haftung des Beklagten sei daher gerechtfertigt. Der Kläger könne vom Beklagten Schadenersatz für seine durch die Flucht verursachten Verletzungen** fordern.

Anmerkung: Darüber hinaus hielt der OGH noch fest, dass es fraglich erscheine, ob ein „Recht auf Flucht“ – so wie vom Berufungsgericht behauptet – tatsächlich bestehe. Allein aus dem Grundsatz, dass niemand aktiv an der Beschaffung von Beweisen gegen sich selbst mitwirken müsse („*Nemo tenetur*-Grundsatz“), dürfe keineswegs gefolgert werden, dass eine – von der Rechtsordnung ohnehin verpönte – Flucht, die für den Flüchtenden zu einer erkennbaren Gefahrenerhöhung führt, rechtfertigbar sei (1 Ob 158/21y).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht⁹ Rz 183 ff
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fälle 34, 138, 158
- Zankl, Zivilrecht 24³ Seiten 69 ff und unter den Begriffen „Schadenersatz“ und „Rechtswidrigkeit“

- ▷ **Operation durch Assistenzarzt macht schadenersatzpflichtig:** Am 4. Oktober 2017 wurde der Kläger in einem Kärntner Krankenhaus operiert. Obwohl der Eingriff erfolgreich durchgeführt worden und ohne Komplikationen verlaufen war, erhob der Patient Klage gegen die Anstalt. Denn nicht der von ihm ausdrücklich gewünschte Oberarzt, sondern ein Assistenzarzt habe den Eingriff vorgenommen. Tatsächlich hatte der Kläger mit dem – ihm zuvor empfohlenen – Oberarzt vereinbart, dass ihn dieser persönlich operieren solle und werde. In der Folge wurde der chirurgische Eingriff jedoch – ohne vorherige Verständigung bzw Einwilligung des Klägers – von einem Assistenzarzt durchgeführt; lediglich die Aufsicht über die OP kam dem Oberarzt zu. Überzeugt davon, mangels seiner Zustimmung zur Behandlung durch den Assistenzarzt handle es sich bei dieser um einen rechtswidrigen Eingriff in seine absolut geschützte körperliche Integrität, verlangte der Kläger Schadenersatz vom Krankenhaus. Nach geltender Rechtslage kommt die Haftung eines Arztes nicht nur bei medizinischer Fehlbehandlung in Frage, sondern auch dann, wenn unzureichend über die Behandlung und die mit ihr verbundenen Risiken informiert wird. Grundsätzlich stellen medizinische Eingriffe Körperverletzungen dar, die jedoch durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden können. Voraussetzung für eine sachgerechte Entscheidung des Patienten ist jedoch eine entsprechende Aufklärung durch den Arzt. Wird gegen diese **Informationspflicht verstoßen, liegt ein rechtswidriger Eingriff in ein absolut geschütztes Gut vor und der Arzt haftet unabhängig davon, ob der Eingriff selbst *lege artis* – also nach den allgemein anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst – durchgeführt** wurde. Eine Verletzung der Aufklärungspflicht durch den Oberarzt wurde im gegenständlichen Fall von der Krankenanstalt allerdings verneint. Schließlich sei derjenige als Operateur anzusehen, dem die Leitung und Aufsicht bei der Operation obliege. Dieser Ansicht schlossen sich die Vorinstanzen nicht an; vielmehr hielten sie fest, die Einwilligung des Klägers zur Operation habe dieser nur unter der Bedingung der persönlichen Durchführung durch den Oberarzt (und nicht bloß dessen Aufsicht) erteilt. In eine Behandlung durch einen anderen Arzt habe er nie eingewilligt.

Auch der OGH entschied, dass **in der Regel zwar kein Anspruch eines Patienten auf die Operation durch einen bestimmten Arzt bestehe; dass die Parteien des konkreten Behandlungsvertrages jedoch (zumindest schlüssig) vereinbart hätten, der Eingriff solle ausschließlich vom Oberarzt vorgenommen** werden dürfen. Gerade bei medizinischen Eingriffen, bei denen es in besonderem Maße auf Geschick, Urteilsvermögen und Erfahrung des ausführenden Arztes ankomme und der Patient diesem ein gewisses Vertrauen entgegenbringen müsse, sei eine solche Vereinbarung zur persönlichen Durchführungspflicht nachvollziehbar. Die Operation durch einen anderen Arzt hätte einer vorausgehenden Aufklärung und Einwilligung des Patienten bedurft. Im Ergebnis liege daher wegen Unwirksamkeit der Einwilligung des Klägers – die sich ja nur auf eine Behandlung durch den Oberarzt bezogen habe – ein rechtswidriger Eingriff und damit eine Grundlage für die Haftung des Arztes beziehungsweise der Krankenanstalt. Der Kläger sei berechtigt Schadenersatz für alle nachteiligen Folgen wie etwa Operationsschmerzen zu verlangen (7 Ob 124/21t).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht⁹ Rz 189, 206
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fall 165
- Zankl, Zivilrecht 24³ Seite 71 und unter dem Begriff „Fehlen der Rechtswidrigkeit“

- **Coronabedingtes Betretungsverbot lässt Mietzins entfallen:** Aufgrund der Corona-Pandemie galt für die Mehrheit aller Betriebsstätten des Handels und von Dienstleistungsunternehmen im April 2020 ein behördliches Betretungsverbot. Auch das Solarium der Klägerin musste wegen besagter Maßnahme (konkret: der Schließungsverordnung des BMSGPK) im Frühjahr 2020 geschlossen bleiben. Das Sonnenstudio befindet sich im Erdgeschoss des Hauses des Beklagten, mit dem die Klägerin einen Bestandvertrag über die Miete des Geschäftslokals geschlossen hatte. Da es der Klägerin während der Dauer des Betretungsverbotes nicht möglich war, die vermieteten Räumlichkeiten zu nutzen, begehrte sie die gerichtliche Feststellung im Zeitraum vom 1. bis zum 30. April 2020 von der Entrichtung des Mietzinses zur Gänze befreit gewesen zu sein. Dabei stützte sich die Frau auf § 1104 ABGB, wonach die Pflicht zur Zahlung des Mietzinses im Falle der Unbenutzbarkeit des Bestandobjekts wegen außerordentlicher Zufälle entfalle.

Erstmals hielt der OGH fest, dass **die COVID-19-Pandemie jedenfalls ein elementares Ereignis iSd § 1104 ABGB darstelle. Die Bestimmung nehme ausdrücklich auf Seuchen Bezug, worunter eine Infektionskrankheit zu verstehen sei, die infolge großer Verbreitung und Schwere des Verlaufs eine Gefahr für die Allgemeinheit darstelle.** Aber auch das Betretungsverbot – als ein aus der Corona-Pandemie resultierender hoheitlicher Eingriff – lasse sich unter den Tatbestand des § 1104 subsumieren. Sei damit einmal festgestellt, dass es sich um einen außerordentlichen Zufall handle, müsse im nächsten Schritt geprüft werden, ob die übrigen Voraussetzungen für eine Mietzinsbefreiung ebenfalls vorliegen würden: Dazu sei erforderlich, dass das in Bestand genommene Objekt wegen des Elementarereignisses gar nicht gebraucht oder benutzt werden können. Dass dies im Anlassfall zu bejahen sei, sei unzweifelhaft, zumal die Klägerin das zum Betrieb des Solariums gemietete Geschäftslokal aufgrund des behördlichen Betretungsverbots geschlossen halten musste. Die Frau habe die Räumlichkeiten aber auch nicht teilweise nutzen können. Vielmehr hatte die Klägerin Heizung und Strom sowie sämtliche Geräte zur Gänze abgedreht, ihren Computer mit nach Hause genommen und sich an die Ausgangsbeschränkungen gehalten. Entgegen dem Vorbringen des Beklagten, stelle der bloße Verbleib der für den Betrieb

erforderlichen Einrichtungen (insbesondere der Sonnenbetten) im Studio keine „Nutzung“ des Lokals zum vertraglich vereinbarten Geschäftszweck dar und stehe einer Mietzinsbefreiung somit nicht entgegen. Zusammengefasst habe das von der Klägerin gemietete Geschäftslokal im April 2020 infolge eines in § 1104 ABGB ausdrücklich genannten Elementarereignisses (Seuche und daraus folgendes behördliches Betretungsverbot) zur Gänze nicht gebraucht werden können, woraus ein Entfall der Verpflichtung zur Mietzinsentrichtung für den betreffenden Monat resultiere. Die Frau habe den Mietzins zu Recht zurückbehalten (3 Ob 78/21y).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- *Zankl*, Bürgerliches Recht⁹ Rz 172
- *Zankl*, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fall 132
- *Zankl*, Zivilrecht 24³ Seite 68 und unter dem Begriff „Miet- oder Pachtzinsminderung“