

*September 2017*

## Update

Diese Ausgabe behandelt die neueste Judikatur des OGH zu den Themen: Domizilelternteil beim „Nestmodell“, Sorgerecht trotz Unterbringung von Kindern bei Pflegefamilie, Haftung mehrerer Mittäter bei einer Körperverletzung, Haftung des Fahrschullehrers nach Sturz des Fahrschülers, Obergrenze bei Schadenersatz nach §1332a ABGB, Aussageverweigerungsrecht im Verfahren über das Erbrecht und Haftung des PKW-Halters wegen schuldhaft ermöglichter Schwarzfahrt iSd § 6 Abs 1 EKHG.

## Judikatur

- ▷ **Domizilelternteil beim „Nestmodell“:** Seit der Scheidung der Ehe ihrer Eltern lebte die Minderjährige in der bisherigen Ehwohnung. Die Eltern praktizierten das „Nestmodell“, dh sie betreuten die Kinder abwechselnd (zu gleichen Teilen) im Haus. Während der Betreuung durch den einen Elternteil war der andere nicht anwesend. Beide Elternteile beantragten, den überwiegenden Aufenthalt und die überwiegende Betreuung der Minderjährigen jeweils in ihrem Haushalt festzulegen. Die Vorinstanzen lehnten die Festlegung des Domizilelternteils ab, da sie eine solche Entscheidung weder für geboten noch für möglich hielten, weil die **gesamte Familie nach wie vor am selben Wohnsitz lebte**. Der OGH erklärte, dass die Vorinstanzen einem Missverständnis unterlagen, als sie „Wohnsitz“ und „Haushalt“ zu **Unrecht gleichsetzten**. Laut OGH haben im Fall des „Nestmodells“ zwar nach wie vor beide Eltern ihren Wohnsitz in der Ehwohnung, sie leben dort aber gerade nicht mehr im gemeinsamen Haushalt, sondern das Kind wird (wenn auch ohne eigenen Ortswechsel) abwechselnd im Haushalt der Mutter und des Vaters betreut. Insofern ist die **Situation nicht anders als bei „normaler“ gleichteiliger Betreuung** in den an unterschiedlichen Orten gelegenen Haushalten der Eltern. Der OGH hob folglich die Entscheidungen der Vorinstanzen auf und verwies die Sache an das Erstgericht, welches, sollten die Eltern keine entsprechende Vereinbarung treffen, den **Domizilelternteil zu bestimmen hat** (3 Ob 86/17v).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>8</sup> Rz 450b f

- ▷ **Sorgerecht trotz Unterbringung von Kindern bei Pflegefamilie:** Die Mutter der minderjährigen Zwillingenkinder stimmte aufgrund ihrer **psychischen Erkrankung** einer freiwilligen vollen **Erziehung der Kinder durch Pflegeeltern** zu. Später widerrief die Mutter diese Zustimmung, da sie ihre Lebenssituation seit der Unterbringung der Kinder bei den Pflegeeltern kontinuierlich verbessert habe und sie in der Lage war, die Obsorge für ihre beiden Zwillingenkinder zu übernehmen. Kinder- und Jugendhilfeträger und die Pflegeeltern sprachen sich gegen die Rückführung aus. Der OGH gab dem Begehren der Mutter statt. Die Tatsache, dass die Kinder bei den **Pflegeeltern besser versorgt, betreut oder erzogen werden würden** als bei der Mutter, rechtfertige nämlich für sich allein noch **keinen Eingriff in die mütterliche Obsorge**. Der OGH betonte vielmehr, dass bei der Obsorgeentziehung ausschließlich das Kindeswohl maßgebend ist, wobei eine Änderung der Obsorgeverhältnisse nur als **äußerste Notmaßnahme** unter Anlegung eines **strengen Maßstabs** und nur insoweit angeordnet werden darf, als dies zur Abwendung einer drohenden Gefährdung notwendig ist. Trotz der eingeschränkten Erziehungsfähigkeit der Mutter lagen die Voraussetzungen hierfür laut OGH nicht vor (9 Ob 27/17m).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>8</sup> Rz 457a

- ▷ **Haftung mehrerer Mittäter bei einer Körperverletzung:** Es entspricht einem ländlichen Brauchtum, dass Personen versuchen, das Osterfeuer eines Anderen vorzeitig anzuzünden. In der Absicht, das Osterfeuer auf der Liegenschaft des Klägers anzuzünden, begab sich eine alkoholisierte Gruppe junger Männer, darunter die Beklagten, mit Benzinkanistern auf die Liegenschaft des Klägers. Nachdem mehrere **Brandherde entfacht** wurden, eilte der Kläger herbei, um die Gefahrensituation zu entschärfen. Der Aufforderung des Klägers mit „dem Blödsinn aufzuhören“ und „zu verschwinden“, folgten die Beklagten nicht. Nachdem der Kläger versuchte, den Viertbeklagten mit beiden Händen an der Brust **vom Feuer wegzuzerren**, entstand ein **Raufhandel**, an dem alle vier Beklagten beteiligt waren. Der Zweitbeklagte und ein weiterer der vier Beklagten, wobei **nicht festgestellt** werden konnte, ob der Erst-, Dritt- oder Viertbeklagte, **traten mit den Füßen** auf den am Boden liegenden Kläger ein. Der Kläger beehrte von den Beklagten (**zur ungeteilten Hand**) **Schadenersatz** für die bei dieser tätlichen Auseinandersetzung erlittene Körperverletzung sowie die Feststellung der Haftung der Beklagten (**zur ungeteilten Hand**) für daraus entstehende künftige Schäden. Der OGH erkannte, dass mehrere Mittäter für einen Schaden nicht nur dann solidarisch haften, wenn ein gemeinschaftlicher Schädigungsvorsatz bestand, jeder einzelne Beteiligte haftet vielmehr auch dann **für den gesamten entstandenen Schaden**, wenn zwischen ihnen **Einvernehmen über die gemeinsame Begehung einer rechtswidrigen Handlung herrschte** und diese Handlung für den eingetretenen Schaden **konkret gefährlich** war. In diesem Fall beschränkte sich laut OGH das gemeinsame Vorhaben nicht nur auf das Betreten der fremden Liegenschaft und den Versuch des vorzeitigen Anzündens unter besonders gefährlichen Bedingungen, sondern umfasste auch das Leisten gewaltsamen Widerstands gegen angemessene Abwehrmaßnahmen. Der OGH bejahte daher die solidarische Haftung sämtlicher Beklagten (5 Ob 34/17m).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>8</sup> Rz 197

- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Fälle 137, 178

▷ **Haftung des Fahrschullehrers nach Sturz des Fahrschülers:** Der Kläger, der im Besitz der Lenkberechtigung für die Gruppe B ist, beabsichtigte, in der Fahrschule des Beklagten den Führerschein für Motorräder zu erwerben. Es waren vom Kläger daher lediglich praktische Übungsfahrten in der Dauer von sechs Stunden zu absolvieren. Die Ausbildung des Klägers hätte am Unfalltag von 12:00 Uhr bis 18:00 Uhr dauern sollen. In der Führerscheinausbildung ist nach zwei Fahrlektionen à 50 Minuten eine Pause von 20 Minuten vorgeschrieben. Im Lauf der dritten Übungsstunde fragte der Kläger den Beklagten, ob er mit einer größeren Maschine fahren dürfe. **Nach vier Übungsstunden stürzte der Kläger mit der stärkeren Maschine** bei einer Kurvenfahrt und das Motorrad fiel mit dem Motorblock auf das linke Bein des Klägers. Der Kläger begehrte vom Beklagten Schmerzensgeld und Verdienstentgang. Nach Ansicht des OGH sei es dem Beklagten vorwerfbar, dass er den Kläger länger als vier Stunden üben ließ, obwohl nach den Feststellungen allgemein bekannt ist, dass **nach über vier Stunden der praktischen Ausbildung bei Fahranfängern wie dem Kläger Ermüdungserscheinungen** und damit die erhöhte Gefahr von unfallverursachenden Fahrfehlern auftreten. Dies musste auch dem Beklagten klar sein, zumal er als Fahrlehrer als **Sachverständiger im Sinn des § 1299 ABGB** anzusehen ist und sich daher nicht auf die Unkenntnis dieses Umstands berufen könnte. Dazu komme laut OGH, dass der Kläger mit Zustimmung des Beklagten ein schwereres, nach Einschätzung des Beklagten auch gefährlicheres Motorrad als für die angestrebte Lenkberechtigung notwendig lenkte, was die Gefahr eines Unfalls weiter erhöhte. Den Kläger träfe jedoch ein **Mitverschulden**, da er als erwachsener Lenker gegenüber dem Beklagten verpflichtet gewesen wäre, diesem seine Ermüdung mitzuteilen und den praktischen Unterricht zu beenden (2 Ob 240/16g).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>8</sup> Rz 195, 201, 269
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Fälle 146, 191

▷ **Keine Obergrenze bei Schadenersatz nach §1332a ABGB:** Kläger kaufte vom Beklagten einen Welpen. Vor dem Kauf wurde vom Beklagten die Ahnentafel des Hundes ausgehändigt und zugesichert, dass der Hund **Hüftgelenkdysplasie (HD)- und Ellenbogendysplasie (ED)-frei** sei. Daraufhin entschloss sich der Kläger, der einen HD-freien Hund kaufen wollte, zum Kauf des Welpen um **850 EUR**. Bei der Übergabe des Welpen war jedoch dessen genetische Veranlagung für HD- und ED-Erkrankungen gegeben, was auch darauf schließen ließ, dass der Welpen aus einem anderen Wurf als jenem, der in der Ahnentafel angegeben worden sei, stammte. Aufgrund des genetischen Mangels waren **medizinische Untersuchungen und chirurgische Behandlungen** notwendig. Der Kläger begehrte vom Beklagten folglich Schadenersatz in Höhe von **7.772,92 EUR** samt Zinsen. Der Beklagte wandte ein, dass selbst unter Berücksichtigung des § 1332a ABGB und einer gefühlsmäßigen Beziehung zum Tier der Kläger den Hund **nicht über den Ankaufswert** oder Wert des Tieres hinaus behandeln lassen hätte dürfen. Der OGH sah den Anspruch als gegeben und sah die Höhe der Kosten, die etwa das **Achtfache des Hundes** im vertragsgemäßen Zustand betragen, nach den Gesamtumständen des Falls als **vertretbar**. Laut OGH gebühren die Kosten der Heilung eines Tieres nämlich auch dann, wenn sie den Wert des Tieres übersteigen, soweit auch ein **verständiger Tierhalter in der Lage des Geschädigten** diese Kosten aufgewendet hätte.

Einer strikten Bindung an ein Vielfaches des Marktwerts als Obergrenze stehe entgegen, dass es Tiere mit gar keinem Geldwert gibt. Bei der Beurteilung, wo im Einzelfall die Grenze der Ersatzfähigkeit zu ziehen sei, spiele außerdem auch das Alter des Tieres eine Rolle (10 Ob 29/16m).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>8</sup> Rz 210

- ▷ **Aussageverweigerungsrecht im Verfahren über das Erbrecht:** Der Erblasser hinterließ das von einem öffentlichen Notar verfasste private fremdhändige Testament, in dem er den Drittantragsteller zum Alleinerben und dessen Ehefrau zur Ersatzerbin bestimmte (Testamentserbe). Im Verfahren über das Erbrecht brachten die gesetzlichen Erben vor, das Testament sei ungültig, weil der Erblasser im Zeitpunkt seiner Errichtung nicht mehr testierfähig gewesen sei. Sie beantragten ua die Einvernahme zweier Ärzte, einer Altenfachbetreuerin, eines diplomierten Gesundheits- und Krankenpflegers sowie zweier Heimhelferinnen, die allesamt mit dem Erblasser beruflichen Kontakt gehabt hatten, als Zeugen. In den Tagsatzungen verwiesen diese Zeugen auf ihre Verschwiegenheitspflicht, von der sie der Erblasser nicht entbunden habe. Darauf verkündete der Erstrichter jeweils den Beschluss auf Abstandnahme von der Einvernahme des Zeugen oder der Zeugin. Der Vertreter der gesetzlichen Erben rügte diese Vorgangsweise jeweils als Verfahrensmangel. In Bezug auf die ärztliche Verschwiegenheitspflicht erläuterte der OGH, dass sich die Aussage-(verweigerungs-)pflicht des Arztes in einem Verfahren, in welchem die Testierfähigkeit des Erblassers geklärt werden muss, nach dem feststellbaren oder mutmaßlichen Willen des Erblassers, den Arzt von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, richte. Hat der Erblasser zu Lebzeiten seinen diesbezüglichen Willen nicht ausdrücklich oder konkludent erklärt und verfügt der Arzt auch sonst über keine Anhaltspunkte, dass der Erblasser die Entbindung gegenüber den Verfahrensparteien verweigern wollte, so sei auf die Maßfigur des verständigen und einsichtigen Menschen abzustellen. Ein solcher würde laut OGH typischerweise in die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht einwilligen, wenn es um die Aufklärung von Zweifeln an seiner Testierfähigkeit geht. Gleiche Erwägungen stellte der OGH auch in Bezug auf die Verschwiegenheitspflicht von dem diplomierten Gesundheits- und Krankenpfleger, der Altenfach-betreuerin und den Heimhelferinnen an (2 Ob 162/16m).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>8</sup> Rz 492, 557 ff

- ▷ **Schuldhaft ermöglichte Schwarzfahrt iSd § 6 Abs 1 EKHG:** Im gegenständlichen Fall ereignete sich ein Verkehrsunfall, an dem der Kläger als Lenker seines Pkw und die Erstbeklagte als Lenkerin eines von der Zweitbeklagten gehaltenen Pkw beteiligt waren. Das Alleinverschulden traf die Erstbeklagte. Am Tag des Unfalls war es in der Wohnung der Zweitbeklagten zu einem Streit gekommen. Die Erstbeklagte verließ daraufhin die Wohnung. Der Fahrzeugschlüssel hing ebenso wie der Wohnungsschlüssel, der im Schloss der Wohnungstür steckte, an einem Schlüsselbund. Die Erstbeklagte zog den Wohnungsschlüssel ab und nahm – von der Zweitbeklagten unbemerkt – den Schlüsselbund mit. Anschließend unternahm sie ohne Wissen der Zweitbeklagten die Fahrt, die zum Unfall führte. Die Zweitbeklagte erfuhr erst durch einen

Anruf der Erstbeklagten von dem Unfall. Als sie anschließend Nachschau hielt, stellte sie fest, dass die Schlüssel fehlten. Der Kläger begehrte Schadenersatz. Während die Erstbeklagte den gegen sie erlassenen Zahlungsbefehl rechtskräftig werden ließ, bestritt die zweitbeklagte Partei ihre Haftung. Es lag nämlich eine „echte“ und keine eine schuldhaft ermöglichte Schwarzfahrt vor. Der OGH erläuterte, dass in der Frage, ob ein Fahrzeughalter die Schwarzfahrt nach § 6 Abs 1 zweiter Satz EKHG schuldhaft ermöglicht hat, die Rechtsprechung einen strengen Standpunkt einnehme. Demnach seien an die Sorgfaltspflichten von Halter und Betriebsgehilfen zur Verhinderung einer Schwarzfahrt strengste Anforderungen zu stellen. Ein besonders hohes Maß an Sorgfalt und Voraussicht müsse aber dann verlangt werden, wenn mit der Möglichkeit einer Schwarzfahrt durch Personen gerechnet werden musste, die mit dem Fahrzeughalter in einer besonderen, eine solche Fahrt erleichternden Beziehung stehen. Im gegenständlichen Fall lagen laut OGH keine Verdachtsmomente vor, aufgrund deren mit einer Schwarzfahrt zu rechnen war. Die Revision wurde zurückgewiesen, es blieb somit beim Urteil des Berufungsgerichts, das das Klagebegehren zur Gänze abwies (2 Ob 141/17z).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht<sup>8</sup> Rz 220
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht<sup>9</sup> Fall 117