

Von Susanne Ferrari

✎ Meine Notizen:

# Fachprüfung Bürgerliches Recht

Graz, 5. 12. 2008

**Schwerpunkte:** IPR; Abgeltung der Mitwirkung im Erwerb; Schadenersatz bei Tötung einer Person; Verwaltung bei Miteigentum; gutgläubiger Eigentumserwerb; Rechtsmangel; Erbunwürdigkeit.

## SACHVERHALT

Die Volksschullehrerin **Franziska** lebt mit ihrem Ehemann, dem gut situierten Gastwirt **Umberto**, einem italienischen Staatsangehörigen, in Graz. Die beiden haben 1990 geheiratet. Aus der Ehe stammt der geistig schwer behinderte und dazu manisch depressive, 1991 geborene Sohn **Daniel**, der österreichischer Staatsangehöriger ist. Die geistige Kapazität Daniels entspricht auch später, in höherem Lebensalter nur der eines fünfjährigen Kindes. Franziska bleibt trotz der Behinderung ihres Kindes weiter berufstätig; ab Jänner 2000 hilft sie auch ab und zu in Umbertos Lokal und erledigt die Buchhaltung.

Als Umberto im Jänner 2005 ein intimes Verhältnis mit **Sabine** eingeht, beendet Franziska Ende Jänner 2005 ihre Arbeiten für Umbertos Unternehmen. Umberto kümmert sich von nun an überhaupt nicht mehr um Daniel, spricht nicht mehr mit ihm und behandelt ihn „wie Luft“. Als Daniel, der unter dem abweisenden Verhalten seines Vaters sehr leidet, im März 2005 ernsthaft erkrankt und längere Zeit im Spital verbringen muss, besucht Umberto ihn kein einziges Mal.

Im November 2005 kommt es zur Scheidung der Ehe zwischen Franziska und Umberto. Mit der Obsorge für Daniel ist Franziska nun allein betraut. Umberto ist froh, nicht mehr mit dem behinderten Sohn zusammen leben zu müssen und bricht jeglichen Kontakt zu ihm ab, obwohl Daniel und auch seine Mutter einen solchen wünschen. Sie versuchen sogar mit gerichtlichen Mitteln diesen Kontakt herzustellen – allerdings ohne Erfolg.

Ein halbes Jahr nach der Scheidung, im April 2006, geht Franziska eine Lebensgemeinschaft mit **Georg** ein, der Daniel oft betreut und eine enge Beziehung zu ihm entwickelt. Ungefähr zur selben Zeit kommt **Max**, ein Kind von Umberto und Sabine zur Welt. Eine Feststellung der Vaterschaft Umbertos zu Max, der österreichischer Staatsangehöriger ist, erfolgt allerdings nicht.

Am 20. November 2008 verschlechtert sich plötzlich der Gesundheitszustand Daniels. Franziska sucht mit ihm seinen behandelnden Arzt **Anton** auf, der gerade die Praxis wegen eines privaten Termins verlassen will. Er untersucht Daniel nur oberflächlich und beruhigt ihn und seine Mutter: Es handle sich nur um einen grippalen Infekt; die Einnahme von Medikamenten sei nicht notwendig. In der Nacht darauf setzen bei Daniel starke Atembeschwerden ein, sodass seine Mutter den Rettungsdienst verständigt, mit dem Daniel in die Nervenklinik des **Krankenanstaltenträgers X (X-Klinik)** eingeliefert und dort im offenen Bereich aufgenommen wird. Es wird eine akute Angina diagnostiziert, die sich mit einem Antibiotikum rasch abschwächen lässt. Hätte Daniel rechtzeitig, das heißt einige Stunden früher, das Antibiotikum verabreicht bekommen, wäre die Einlieferung in die X-Klinik nicht notwendig geworden.

Daniel, der auf Anordnung des Primararztes **Peter** zur weiteren Beobachtung noch ein paar Tage in der X-Klinik verbringen soll, ist dort mit **Loco**, einem an Schizophrenie erkrankten und Peter als unberechenbar bekannten Patienten, in einem Zweibettzimmer untergebracht. Peter ordnet an, dass bei den beiden stündlich eine Kontrolle durchzuführen sei. Das Personal hält diese Anordnung genau ein. Am zweiten Tag nach seiner Einlieferung findet die diensthabende Krankenschwester Daniel tot in seinem Bett vor, erstickt an einer Semmel und einer Dose mit Leberpastete. Loco

Dr. Susanne Ferrari ist Univ.-Prof. am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Karl-Franzens-Universität Graz.

✎ Meine Notizen:

erklärt, er habe Daniel diese Nahrungsmittel „in den Mund gesteckt“, weil er befürchtet habe, Daniel sei am Verhungern. Später stellt sich heraus, dass Loco zum Zeitpunkt der Tötung Daniels zurechnungsunfähig war. Außerdem wird festgestellt, dass Daniel im Zuge der Tötung Schmerzen erlitten haben muss, die ein Schmerzgeld von € 800,- rechtfertigen.

Franziska legt für das Begräbnis Daniels € 3.000,- aus.

Daniel hinterlässt bedeutendes Vermögen, das er von seiner Tante mütterlicherseits zwei Jahre vor seinem Tod geerbt hat. Dazu gehört auch das Dritteigentum an einer Liegenschaft „Föhregrund“ mit Einfamilienhaus. Die restlichen zwei Drittel stehen im Eigentum von Christiane, einer Freundin der Tante, die diese ebenfalls als Erbin eingesetzt hatte.

Im Zuge des Verlassenschaftsverfahrens nach Daniel stellt sich Anfang Dezember 2008 heraus, dass Christiane die gesamte Liegenschaft „Föhregrund“ an Michael vermietet hat. Bei Abschluss des Mietvertrags war sie als Vertreterin der Miteigentümergeinschaft aufgetreten. Daniel bzw Franziska hatte sie über diese Vermietung nicht informiert. Den Mietzins hat Michael stets auf Christianes Konto überwiesen.

Außerdem kommt hervor, dass Franziska das Gemälde „Sonnenaufgang“ (Wert € 5.000,-), das Daniel geerbt und sie für ihn in einem Schrank aufbewahrt hatte, im eigenen Namen um € 4.000,- dem Kunsthändler Viktor im November 2006 verkauft und übergeben hat, um für sich und Georg eine Urlaubswoche zu finanzieren. Viktor war zur Abwicklung des Kaufvertrags eigens mit dem Zug von Wien nach Graz gefahren (Ticketpreis hin und retour: € 62,-).

Daniel hinterlässt nur die im Sachverhalt erwähnten Verwandten.

**I. Kann Franziska Anfang Dezember 2008 noch etwas für ihre Arbeit im Lokal des Umberto verlangen, die ihr weder während ihrer Ehe noch im Zuge der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse in irgendeiner Weise abgegolten wurde?**

**II. Wer kann welche Ansprüche gegen wen im Zusammenhang mit Daniels Tötung stellen?**

**III. Stehen dem ruhenden Nachlass nach Daniel Ansprüche im Zusammenhang mit der Liegenschaft „Föhregrund“**

- gegen Michael
- gegen Christiane zu?
- Wenn ja, welche?

**IV. Wer ist Eigentümer des Gemäldes „Sonnenaufgang“? Bestehen Ansprüche im Zusammenhang mit dem Gemälde zwischen**

- dem ruhenden Nachlass und Viktor,
- dem ruhenden Nachlass und Franziska,
- Viktor und Franziska?

Wenn ja, welche?

**V. Wer hat welche Rechte auf Daniels Nachlass?**

Sollte das österreichische Kollisionsrecht zur Anwendung ausländischen Rechts führen, beurteilen Sie den Fall dennoch nach österreichischem Sachrecht!

Zu Frage V: Beachten Sie den unten angeführten § 166 StGB und gehen Sie davon aus, dass Franziska durch den Verkauf des Gemäldes strafrechtlich im Sinn eines der dort angeführten Delikte verantwortlich ist.

**Begehung im Familienkreis**

**§ 166.** (1) Wer eine Sachbeschädigung, eine Datenbeschädigung, eine Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems, einen Diebstahl mit Ausnahme der in den §§ 129 Z 4, 131 genannten Fälle, eine Entziehung von Energie, eine Veruntreuung, eine Unterschlagung, eine dauernde Sachentziehung, einen Eingriff in fremdes Jagd- oder Fischereirecht mit Ausnahme der in den §§ 138 Z 2 und 3, 140 genannten Fälle, einen Betrug, einen betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauch, eine Untreue, eine Geschenkkannahme durch Machthaber oder eine Hehlerei zum Nachteil seines Ehegatten, eines Verwandten in gerader Linie, seines Bruders oder seiner Schwester oder zum Nachteil eines anderen Angehörigen begeht, sofern er mit diesem in Hausgemeinschaft lebt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen, wenn die Tat jedoch sonst mit einer Freiheitsstrafe bedroht wäre, die drei Jahre erreicht oder übersteigt, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. Ein Vormund, Kurator oder Sachwalter, der zum Nachteil desjenigen handelt, für den er bestellt worden ist, wird jedoch nicht begünstigt.

[...]

## MUSTERLÖSUNG

 Meine Notizen:

Von Susanne Ferrari und Gerold Maximilian Oberhumer

### I. Ansprüche im Zusammenhang mit der Mitarbeit im Lokal

#### A. Franziska gegen Umberto auf Abgeltung ihrer Mitwirkung im Lokal nach § 98 ABGB

##### 1) Kollisionsrechtliche Anknüpfung

Da Umberto, der Anspruchsgegner, Italiener ist, liegt ein Sachverhalt mit Auslandsberührung vor. Bei der Pflicht zur Mitwirkung im Erwerb des Ehepartners handelt es sich um eine persönliche Rechtswirkung der Ehe, für die im konkreten Fall nach § 18 Abs 1 Z 2 IPRG österreichisches Recht maßgeblich ist, weil Umberto und Franziska kein gemeinsames Personalstatut haben oder hatten (§ 18 Abs 1 Z 1 IPRG), sehr wohl aber ihren gemeinsamen Aufenthalt in Österreich haben.

##### 2) Materielles Recht

Die Arbeit Franziskas im Lokal Umbertos ist als Mitwirkung in dessen Erwerb zu qualifizieren, wofür ein Anspruch auf angemessene Abgeltung zusteht. Es gibt keine Hinweise für vertragliche Ansprüche, die nach § 100 ABGB den gesetzlichen Abgeltungsanspruch ausschließen würden.

Der Abgeltungsanspruch nach § 98 ABGB ist lediglich ein Gewinnbeteiligungsanspruch;<sup>1)</sup> das Erfordernis der Gewinnerzielung wird im Fall des „gut situierten Lokalinhabers Umberto“ aber kein Hindernis sein. Betrachtet man Art und Dauer der Leistungen, so wird sich Franziskas Abgeltungsanspruch für ihre gelegentliche Mithilfe und die Erledigung der Buchhaltung im Rahmen der Entlohnung für eine geringfügige Beschäftigung bewegen. Zu beachten wären allenfalls die finanziellen Belastungen, die sich aus der Behinderung Daniels ergeben (arg „gesamte Lebensverhältnisse“).

Nach § 1486 a ABGB verjährt der Abgeltungsanspruch innerhalb von sechs Jahren ab dem Ende des Monats, in dem die Mitwirkungsleistung erbracht worden ist. Eine Hemmung der Verjährung während aufrechter Ehe (entsprechend der allgemeinen Regel des § 1495 Satz 1 ABGB) ist gem § 1495 Satz 2 ABGB ausgeschlossen. Bei Geltendmachung Anfang Dezember 2008 sind somit Ansprüche für Leistungen bis inklusive November 2002 bereits verjährt. **Franziska steht daher nur ein Abgeltungsanspruch für Mitwirkungsleistungen von Dezember 2002 bis Jänner 2005 zu.**

### II. Ansprüche im Zusammenhang mit Daniels Tötung

#### A. Ruhender Nachlass bzw Erben nach Daniel gegen Anton auf Ersatz des Schmerzengeldes in der Höhe von € 800,- nach §§ 1295 ff, 1325 ABGB

Schmerzengeldansprüche sind trotz des Wortlautes von § 1325 ABGB („auf Verlangen“) unabhängig davon, ob sie der Verstorbenen noch zu Lebzeiten geltend gemacht oder der Schädiger anerkannt hat, wie sonstige Schadenersatzansprüche vererblich.<sup>2)</sup>

Hinsichtlich der Tötung sind allerdings nicht alle allgemeinen schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen gegeben: Die unterlassene Behandlung durch Anton ist für das Eintreten des Schadens (Schmerzen Daniels beim Ersticken) zwar kausal: Hätte Anton ihn behandelt, wäre eine Einlieferung in das Spital nicht erfolgt und es wäre nicht zu den mit der Tötung durch Loco verbundenen Schmerzen gekommen. Der Schaden tritt aus der Sicht des Anton aber wegen einer ganz außergewöhnlichen Verkettung von unglücklichen Umständen (tötender Bettnachbar) ein. **Daher ist uE die Haftung Antons wegen mangelnder Adäquanz zu verneinen.**

Wer Adäquanz bejaht, müsste Rechtswidrigkeit und Verschulden prüfen: Anton steht als behandelnder Arzt in einem Vertragsverhältnis, dem Behandlungsvertrag, der entweder mit Daniel, vertreten durch seine Mutter, oder zwischen Anton und

Mag. Gerold Maximilian Oberhumer ist Univ.-Ass. am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Karl-Franzens-Universität Graz.

1) *Kozio/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht<sup>13</sup> (2006) 470; *Ferner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht, Lernen – Üben – Wissen<sup>2</sup> (2008) 473.

2) *Weiß/Ferrari in Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg.), Erbrecht (2007) 19; *Kozio/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht<sup>13</sup> (2007) 448 jeweils mwN.

✎ Meine Notizen:

Franziska zugunsten Daniels, also in Form eines Vertrags zugunsten Dritter nach § 881 ABGB,<sup>3)</sup> konkludent durch Vornahme der Untersuchung zustande kommt. Das Nichtbehandeln der Angina stellt einen Behandlungsfehler dar, womit Anton gegen seine vertraglichen Pflichten verstößt. Anton hätte die akute Angina erkennen und Antibiotika verschreiben müssen; er lässt durch sein Verhalten die nötige Sorgfalt zumindest leicht fahrlässig außer Acht. Als Arzt trifft Anton der strenge Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB.

#### B. Ruhender Nachlass bzw Erben nach Daniel gegen X auf Ersatz des Schmerzensgeldes in der Höhe von € 800,- nach §§ 1295 ff, 1325, 1313 a ABGB

Durch Aufnahme in die X-Klinik wird entweder zwischen X und Daniel, vertreten durch seine Mutter, oder zwischen X und Franziska in Form eines echten Vertrags zugunsten Dritter (§ 881 Abs 2 ABGB) ein Behandlungsvertrag abgeschlossen. X bedient sich zur Erfüllung ihrer Verpflichtung ua auch des Primararztes Peter, sodass sie für sein Verschulden nach § 1313 a ABGB haftet.

Das Verhalten von Peter (keine getrennte Unterbringung von Daniel und Loco, keine dauernde Überwachung) ist kausal für den Tod Daniels bzw dessen Schmerzen beim Ersticken, weil der Tod ohne dieses Verhalten nicht eingetreten wäre. Es besteht auch ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem eingetretenen Schaden, weil es nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung liegt, dass in einer Nervenheilstation ein Patient vom Bettnachbarn getötet wird.

Die Rechtswidrigkeit ist ebenfalls zu bejahen: Inhalt des Behandlungsvertrags ist es auch, für die Sicherheit des Patienten zu sorgen; mit dem oben angeführten Verhalten verstößt Peter gegen diese Pflicht. Er setzt Daniel der Gefahr aus, vom offensichtlich unberechenbaren Loco angegriffen zu werden und verletzt damit die Pflichten aus dem Behandlungsvertrag.

Ebenso liegt Verschulden in Form von grober Fahrlässigkeit (der Sorgfaltsmaßstab richtet sich bei Peter als Arzt nach § 1299 ABGB) vor: Peter trifft keine weiteren Vorsichtsmaßnahmen, obwohl ihm Loco als unberechenbarer Patient bekannt ist. Es ist daher ein grober Sorgfaltsverstoß zu bejahen. Eine Kontrolle in einstündigen Intervallen ist wohl jedenfalls zu gering bemessen. **Der Schadenersatzanspruch ex contractu besteht zu Recht.**<sup>4)</sup>

#### C. Ruhender Nachlass bzw Erben nach Daniel gegen Peter auf Ersatz des Schmerzensgeldes in der Höhe von € 800,- nach §§ 1295 ff, 1325 ABGB

Zu Schaden, Kausalität, Adäquanz und Verschulden gilt das soeben Gesagte. Peter steht nicht in einem Behandlungsvertrag mit Daniel; es treffen ihn keine vertraglichen Pflichten gegenüber Daniel. Er handelt aber durch die Unterlassung von Vorsichtsmaßnahmen konkret gefährlich für das absolut geschützte Rechtsgut des Lebens von Daniel, was letztlich auch zum schädigenden Erfolg führt, sodass Rechtswidrigkeit zu bejahen ist. **Peter haftet deliktisch.**

#### D. Ruhender Nachlass bzw Erben nach Daniel gegen Loco auf Ersatz des Schmerzensgeldes in der Höhe von € 800,- nach §§ 1295 ff, 1325 ABGB

Locos Handeln ist kausal für Daniels Schmerzen beim Ersticken; Loco handelt auch rechtswidrig, weil er in das absolute Recht des Lebens Daniels eingreift. Loco trifft aber kein Verschulden, da er im Zeitpunkt der Tötungshandlung nicht zurechnungs- und damit verschuldensunfähig ist. **Nach § 1306 ABGB ist eine Haftung Locos ausgeschlossen.**

Nach § 1309 ABGB kann in solchen Fällen der Schaden von den Aufsichtspflichtigen verlangt werden. Dies ist im konkreten Fall wieder der Krankenanstaltenträger X, der im Rahmen des Behandlungsvertrags mit Loco auch zur Aufsicht über Loco verpflichtet ist. Zur Erfüllung dieser Pflichten bedient er sich seines Personals und haftet

3) Siehe dazu *Bernat*, Einführung in das österreichische Medizinrecht, in *Wenzel* (Hrsg), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht (2007) 1443 Rz 18.

4) Ein Schadenersatzanspruch ex delicto scheidet gem § 1315 ABGB aus, weil Peter kein habituell untüchtiger oder wesentlich gefährlicher Gehilfe ist.

für dessen Verschulden wieder nach § 1313 a ABGB. Gehilfe der X ist auch hinsichtlich der Aufsichtspflicht Primararzt Peter; Verschulden ist ihm auch diesbezüglich vorzuwerfen. Er selbst kann allerdings wegen Verletzung der Aufsichtspflicht nicht belangt werden, weil ihn eine solche selbst nicht trifft. Im Ergebnis haftet X daher für den Ersatz von Daniels Schmerzen auch wegen Verletzung der Aufsichtspflicht über Loco.

✍ Meine Notizen:

### E. Franziska bzw ruhender Nachlass gegen Anton, X, Peter und Loco auf Ersatz der Begräbniskosten von € 3.000,- und Ersatz der Trauerkleidung nach § 1327 ABGB

Nach § 1327 ABGB müssen bei Tötung einer Person alle Kosten ersetzt werden. Nach wohl hA<sup>5)</sup> sind die Begräbniskosten demjenigen zu ersetzen, der sie zu tragen verpflichtet ist oder sie tatsächlich getragen hat. Demnach könnte Franziska direkt gegen die Schädiger X und Peter vorgehen.

Nach uE zutr aA<sup>6)</sup> sind die Begräbniskosten jedenfalls zuerst von demjenigen zu ersetzen, der sie zu tragen verpflichtet ist. Das ist der Nachlass, weil nach § 549 ABGB die Begräbniskosten zu den Erbfallsschulden gehören. Anspruchsberechtigt gegen den Nachlass ist, wer die Kosten tatsächlich getragen hat. Demnach müsste Franziska zunächst gegen den Nachlass vorgehen. Dieser müsste bzw nach Einantwortung die Erben müssten die oben erwähnten Personen nach § 1327 ABGB belangen.

Für einen Anspruch nach § 1327 ABGB müssen die allgemeinen Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch gegeben sein. **Im Einklang mit dem oben Ausgeführten kann Franziska von X und Peter auch Ersatz für die Trauerkleidung verlangen, nicht aber von Anton und Loco.**

### F. Franziska gegen X und Peter auf Ersatz ihres Trauerschmerzes nach § 1325 ABGB

Da grobe Fahrlässigkeit Peters bejaht wurde, steht nach der Rsp des OGH<sup>7)</sup> in Analogie zu den §§ 1328, 1329, 1331 ABGB und § 213 a ASVG nahen Angehörigen ein Ersatz für ihren Seelenschmerz, das so genannte **Trauerschmerzensgeld** zu.

### G. Umberto gegen X und Peter auf Ersatz des Trauerschmerzes und der Trauerkleidung nach §§ 1325, 1327 ABGB

#### 1) Kollisionsrechtliche Anknüpfung

Da es sich um einen deliktischen Schadenersatzanspruch handelt, kommt nach § 48 Abs 1 Satz 1 IPRG österreichisches Recht zur Anwendung, weil das schädigende Verhalten in Österreich gesetzt wird und § 48 Abs 1 Satz 2 IPRG nicht greift.<sup>8)</sup>

#### 2) Materielles Recht

Umberto wird nicht glaubhaft machen können, dass er einen nennenswerten Seelenschmerz erlitten hat. Er war froh, Daniel los zu werden und hat ihn schon jahrelang nicht gesehen. **Ihm gebührt kein Trauerschmerzensgeld.** Als naher Angehöriger wird er Ersatz für seine Trauerkleidung bekommen.

### H. Georg gegen X und Peter auf Ersatz des Trauerschmerzes und der Trauerkleidung nach §§ 1325, 1327 ABGB

Georg ist als Lebensgefährte von Franziska nicht zum Kreis der nahen Angehörigen Daniels zu rechnen, weswegen er wohl kein Trauerschmerzensgeld und keinen Ersatz der Trauerkleidung beanspruchen kann, auch wenn er eine enge Beziehung zu Daniel hatte.

5) Nachw bei *Reischauer in Rummel*, ABGB II/2b<sup>3</sup> § 1327 Rz 11; s auch *Koziol/Welser*, Grundriss II<sup>13</sup>, 346.

6) *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II: Besonderer Teil<sup>2</sup> (1984) 148f und 567 FN 366; *Harrer in Schwimann*, ABGB VI<sup>3</sup> § 1327 Rz 5.

7) Erstmals OGH 2 Ob 84/01 v SZ 74/90 = JBI 2001/660 = ZVR 2001/73 (*Karner*) = *ecolex* 2001, 668 (*Helmich*); s auch 2 Ob 141/04f JBI 2004, 792 = ZVR 2004/86; 2 Ob 90/05g JBI 2005, 652 = ZVR 2005/73 (*Karner*); 2 Ob 99/05f ZVR 2005/89 (*Danzl*); 2 Ob 62/05i ZVR 2006/4.

8) Zum selben Ergebnis führt nach dessen Inkrafttreten nunmehr Art 4 Rom II-VO.

✎ Meine Notizen:

### I. Max gegen X und Peter auf Ersatz des Trauerschmerzes nach § 1325 ABGB

Max ist zum Todeszeitpunkt des Daniel erst eineinhalb Jahre alt und hat seinen Halbbruder wohl nie gesehen. Selbst wenn später die Verwandtschaft von Max zu Daniel festgestellt werden sollte, steht ihm mangels Trauer um Daniel kein Anspruch auf Trauerschmerzensgeld zu.

### J. Rückgriff zwischen X und Peter nach DHG

Zwischen X und P besteht ein Dienstverhältnis, sodass die Vorschriften des DHG zur Anwendung kommen. X und Peter haften den Anspruchsberechtigten solidarisch, dh jeder haftet für den gesamten Schaden dieser Personen. Wird X in Anspruch genommen, so hat sie nach § 4 Abs 2 DHG unter den dort genannten Voraussetzungen einen Rückgriffsanspruch gegen Peter. Da grobe Fahrlässigkeit Peters angenommen wird, kann dieser Anspruch zwar vom Gericht gemäßigt, aber nicht ganz erlassen werden. Für das Ausmaß der Mäßigung sind die Kriterien des § 2 Abs 2 DHG entscheidend.

Ersetzt zunächst Peter den Geschädigten ihren Schaden, so steht ihm uU unter den Voraussetzungen des § 3 Abs 2 DHG ein Rückgriffsanspruch auf einen Teil des von ihm den Geschädigten Geleisteten zu, wobei die Kriterien des § 2 Abs 2 DHG ausschlaggebend sind.

## III. Ansprüche im Zusammenhang mit der Liegenschaft

### A. Ruhender Nachlass gegen Michael auf Räumung der Liegenschaft „Föhregrund“ nach § 366 ABGB<sup>9)</sup>

Gegenüber Dritten ist jeder Miteigentümer (Daniel  $\frac{1}{3}$ , Christiane  $\frac{2}{3}$ ) zur Erhebung der rei vindicatio hinsichtlich der ganzen Sache zur Wahrung des Rechts der Miteigentümer legitimiert.<sup>10)</sup> Nach dem Tod von Daniel kann der ruhende Nachlass mit der Räumungsklage gegen Michael vorgehen, wenn dieser die Liegenschaft ohne einen Mietvertrag benützt, der auch Daniel bindet.

Laut SV gibt sich Christiane bei Abschluss des Mietvertrags als Miteigentümerin aus, sie kontrahiert also für Michael erkennbar im Namen der Miteigentümergeinschaft. Ein für Daniel verbindliches Handeln in fremdem Namen setzt eine entsprechende Vertretungsmacht von Christiane voraus. Rechtsgeschäftlich wurde eine solche Vertretungsmacht nicht erteilt.

Die Vertretungsmacht könnte auf die gesetzlichen Verwaltungsbefugnisse beim Miteigentum (§ 833 ff ABGB) gestützt werden. Denn soweit die Miteigentümerin Christiane zur Verwaltung der gemeinsamen Liegenschaft „Föhregrund“ im Verhältnis zwischen den Miteigentümern befugt ist, hat sie auch die für die Durchführung dieser Verwaltungsaufgaben notwendige Vertretungsbefugnis, mit Dritten im Namen der Miteigentümergeinschaft zu kontrahieren. Die interne Befugnis zur Verwaltung verleiht daher idR die entsprechende Vertretungsmacht nach außen.<sup>11)</sup>

Die Vermietung einer Liegenschaft zu üblichen Bedingungen stellt eine Maßnahme der ordentlichen Verwaltung dar. In Angelegenheiten der ordentlichen Verwaltung entscheidet nach § 833 Satz 2 ABGB die Mehrheit aller Miteigentümer, berechnet nach Anteilen. Als Zwei-Drittel-Eigentümerin ist Christiane Mehrheitseigentümerin. Sie kann die ordentliche Verwaltung an sich ziehen und Daniel wirksam gegenüber Michael berechtigen und verpflichten.<sup>12)</sup>

Aufgrund des Mietvertrags hat Michael ein Recht zum Besitz der Liegenschaft „Föhregrund“. Der ruhende Nachlass dringt mit seiner Räumungsklage nicht durch.

### B. Ruhender Nachlass gegen Christiane auf Herausgabe eines Drittels des Mietzinses nach §§ 830, 839 ABGB

Der Mietzins ist als gemeinschaftlicher Nutzen mangels abweichender Vereinbarung nach dem Verhältnis der Anteile auf die Miteigentümer aufzuteilen (§ 839 ABGB). Jeder Miteigentümer kann nach § 830 Satz 1 ABGB die Verteilung des Ertrags verlan-

9) Angelehnt an OGH 3 Ob 71/86 SZ 59/203 = JBI 1987, 445; vgl auch *Apathy et al*, Bürgerliches Recht VIII: Prüfungstraining, Fallrepetitorium mit Lösungen<sup>2</sup> (2008) 208f.

10) *Eccher* in KBB<sup>2</sup> § 366 Rz 1; OGH 6 Ob 609/87 SZ 60/122.

11) OGH 4 Ob 2024/96t SZ 69/90 = AnwBl 1997/7389 = wobl 1998/105.

12) Siehe *Iro*, Bürgerliches Recht IV: Sachenrecht<sup>3</sup> (2008) Rz 5/14f.

gen. Die Verlassenschaft kann als Drittel-Eigentümerin ein Drittel des Mietzinses herausverlangen.

✍ Meine Notizen:

## IV. Ansprüche im Zusammenhang mit dem Gemälde

### A. Ruhender Nachlass gegen Viktor auf Herausgabe des Gemäldes „Sonnenaufgang“ nach § 366 ABGB

Der ruhende Nachlass kann das Gemälde von Viktor herausverlangen, wenn dieser nicht Eigentum kraft guten Glaubens nach § 367 ABGB daran erworben hat. Viktor verfügt mit dem Kaufvertrag zwischen ihm und Franziska über den erforderlichen gültigen Titel, der entgeltlich ist. Das Gemälde wird auch körperlich übergeben und es ist davon auszugehen, dass bei Viktor der gute Glaube an das Eigentum der Franziska vorhanden ist (§ 368 Abs 1 ABGB).

Hier kommt nur der Erwerb vom Vertrauensmann (§ 367 Fall 3 ABGB) in Frage. Eine Übertragung in die ausschließliche Gewahrsame der Mutter als Akt des Anvertrauens fehlt wohl, weil die Mutter das Gemälde schon immer in einem Schrank aufbewahrt. Abgesehen davon könnte Daniel seiner Mutter das Gemälde gar nicht anvertrauen: Obwohl das Anvertrauen ein Realakt ist, muss der Anvertrauende nach zutr. A<sup>13</sup>) auch ausreichend geschäftsfähig sein. Als Geschäftsunfähiger ist Daniel Kindern unter 7 Jahren gleichgestellt und kann demnach nur Verfügungen im Rahmen von geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens nach § 151 Abs 3 ABGB treffen (§ 865 ABGB).

Schließlich ergibt sich auch aus Franziskas Stellung als gesetzliche Vertreterin nicht automatisch die Position eines Vertrauensmannes iSd § 367 ABGB. Wer anderer Ansicht ist, müsste begründen, warum den Interessen des Marktes hier gegenüber den Interessen des Vertretenen der Vorrang einzuräumen wäre, der ja nach § 21 ABGB sogar „unter dem besonderen Schutz der Gesetze“ steht. Daniel ist keine Rechtsscheinhandlung anzulasten, die einen Verlust seines Eigentums rechtfertigen würde. Den gesetzlichen Vertreter eo ipso als Vertrauensmann zu qualifizieren ohne einen Akt des Anvertrauens zu fordern, wäre eine unzulässige Beeinträchtigung der vermögensrechtlichen Interessen der Vertretenen. Die gesetzliche Vertretung und Vermögensverwaltung ist insofern nicht mit einer gewillkürten Vermögensverwaltung vergleichbar. Viktor wurde daher nicht Eigentümer des Gemäldes „Sonnenaufgang“. **Der ruhende Nachlass kann es von Viktor herausverlangen.**

### B. Ruhender Nachlass gegen Franziska auf € 4.000,- nach § 1041 bzw € 5.000,- nach §§ 149, 1295 ff ABGB

Da der ruhende Nachlass das Gemälde noch nach § 366 ABGB von Viktor herausbekommen kann, ist kein Raum für einen Verwendungsanspruch gegen Franziska, weil der Nachlass ohnedies nicht entreichert ist.<sup>14)</sup> Das Gleiche gilt für einen etwaigen Schadenersatzanspruch, der dem ruhenden Nachlass als Rechtsnachfolger Daniels aufgrund der in § 149 ABGB genannten Pflichten zustehen könnte. Wegen des bestehenden Herausgabeanspruchs ist kein (endgültiger) Schaden eingetreten.

### C. Viktor gegen Franziska auf Verschaffung des Eigentums am Gemälde nach § 932 Abs 2 ABGB

Der Verkauf einer fremden Sache berührt die Gültigkeit des Kaufvertrags nicht, weil § 923 ABGB diesen Fall ausdrücklich als einen Fall der Gewährleistung nennt und Gewährleistungsansprüche ein gültiges Zustandekommen des Vertrags voraussetzen (keine Unmöglichkeit iSd § 878 ABGB).<sup>15)</sup>

Da Franziska dem Erwerber Viktor nicht die rechtliche Position des Eigentümers verschafft, wozu sie nach dem Kaufvertrag verpflichtet ist, liegt ein Rechtsmangel vor. Franziska muss im Rahmen des primären Gewährleistungsbehelfs Verbesserung versuchen, den geschuldeten Erfolg herbeizuführen, indem sie etwa das Gemälde durch Ankauf vom Nachlass erwirbt. Es ist ihr zuzumuten, dafür auch einen erhöhten Preis zu bezahlen. Im SV finden sich allerdings keine Anhaltspunkte dafür, dass der Mangel

13) Iro, Sachenrecht<sup>3</sup> Rz 6/56 mwN.

14) Siehe Koziol in KBB<sup>2</sup> § 1041 Rz 9; Kerschner/P. Bydlinski, Bürgerliches Recht für Fortgeschrittene – Fälle und Lösungen<sup>6</sup> (2008) 129 f.

15) Siehe auch Pernar/Spitzer/Kodak, Bürgerliches Recht<sup>2</sup>, 70.

✎ Meine Notizen: auf diesem Weg behoben werden kann. Es ist eher davon auszugehen, dass eine Verbesserung nicht möglich ist.

#### D. Viktor gegen Franziska auf Rückzahlung von € 4.000,- nach §§ 923, 932 Abs 4 ABGB iVm § 1435 ABGB, Ersatz von € 62,- aus cic

Gelingt es Franziska nicht, das Gemälde zu erwerben, so kann sie die geschuldete Leistung endgültig nicht erbringen und die primären Gewährleistungsbehelfe sind unmöglich (§ 932 Abs 2 Satz 1 HS 2 Var 1 ABGB). Das fehlende Eigentum an der Kaufsache stellt zweifellos keinen geringfügigen Mangel dar. Viktor steht daher das Recht auf Wandlung zu (§ 932 Abs 4 ABGB). Nach Aufhebung des Vertrags besteht gem § 1435 ABGB der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises.

Die Gewährleistungsfrist beträgt bei beweglichen Sachen wie dem Gemälde zwei Jahre (§ 933 Abs 1 Satz 1 ABGB). Da es sich um einen Rechtsmangel handelt, beginnt die zweijährige Frist nicht mit der Ablieferung des Gemäldes im November 2006, sondern erst mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer Viktor bekannt wird (§ 933 Abs 1 Satz 2 ABGB). Das ist frühestens Anfang Dezember 2008. Vor Geltendmachung des Herausgabeanspruchs durch die Verlassenschaft muss Viktor nämlich nicht mit der Herausgabepflicht rechnen.

**Viktors Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises besteht iHv € 4.000,- zu Recht.<sup>16)</sup>**

Da ein Fall der schlichten anfänglichen Unmöglichkeit vorliegt, hat Franziska bei Verschulden nicht das Erfüllungsinteresses (€ 1.000,-), sehr wohl aber das Vertrauensinteresse zu ersetzen, das sind die Kosten für die Bahnfahrt von € 62,- (s genauer gleich unten).

#### E. Viktor gegen Franziska auf Verschaffung des Eigentums am Gemälde nach § 933 a ABGB

Statt Gewährleistung kann Viktor auch Schadenersatz verlangen, da die Übergeberin Franziska den Mangel verschuldet hat (§ 933 a Abs 1 ABGB). Aufgrund seiner fehlenden Eigentümerposition ist der bezahlte Kaufpreis iHv € 4.000,- für Viktor zu einem Vermögensnachteil, also zu einem Schaden geworden. Die Möglichkeit einer Verbesserung kann hier aber nicht mit Gewissheit bejaht werden. Es ist daher ein Anspruch auf Geldersatz zu prüfen (§ 933 a Abs 2 ABGB).

#### F. Viktor gegen Franziska auf Zahlung von € 5.000,- nach § 933 a ABGB

Viktor hätte ein Bild im Wert von € 5.000,- um € 4.000,- bekommen. Er wird daher auch versuchen, die Differenz iHv € 1.000,- zu bekommen. Wenn ein ursprünglicher und unbehebbarer Mangel vorliegt, gebührt jedoch nur der Ersatz des Vertrauensschadens.<sup>17)</sup> Eine Haftung des Schuldners auf das Erfüllungsinteresse in Fällen der schlichten Unmöglichkeit lässt sich mit rein schadenersatzrechtlichen Argumenten nicht begründen. Franziska handelt zwar rechtswidrig, da sie mit Viktor einen Kaufvertrag schließt, den sie nicht erfüllen kann. Zwischen dieser Pflichtwidrigkeit und dem positiven Vertragsinteresse des Viktor besteht allerdings nicht der erforderliche Kausalitätszusammenhang. Hätte Franziska den Vertrag nicht geschlossen, so hätte Viktor den Nutzen aus dem Vertrag ebenfalls nicht. Franziskas Verhalten ist nicht kausal für Viktors Nichterfüllungsschaden.<sup>18)</sup>

Franziska ist ihre Pflichtwidrigkeit auch persönlich vorwerfbar. Als sie Viktor im eigenen Namen die Übereignung des Gemäldes zusagt, obwohl dieses Daniel gehört, handelt sie vorsätzlich wider besseren Wissens, um sich und Georg einen Urlaub zu finanzieren, und damit schuldhaft.

Im Gegensatz zur zweijährigen Gewährleistungsfrist verjährt der Schadenersatzanspruch innerhalb von drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger (§ 1489 ABGB), also frühestens ab Dezember 2008. **Viktor steht ein Schadenersatzanspruch iHv € 4.000,- zu.**

16) Wird der Kaufvertrag zwischen F und V wegen des Rechtsmangels aufgelöst, wäre grundsätzlich auch V nach § 1435 ABGB einem Kondiktionsanspruch der F ausgesetzt; da er aber die Sache dem Nachlass herausgeben muss, ist er von seiner Pflicht F gegenüber befreit: *Kozio/Welser*, Grundriss II<sup>13</sup>, 290.

17) *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>2</sup>, 69f; *Kozio/Welser*, Grundriss II<sup>13</sup>, 89 mwN.

18) Eine Garantiehafung für den Nichterfüllungsschadens gibt es im ABGB nicht; für einen Garantievertrag fehlt es an Anhaltspunkten im SV: Siehe zum Ganzen *Kozio/Welser*, Grundriss I<sup>13</sup>, 172ff mwN.

### G. Viktor gegen Franziska auf Zahlung von € 62,- aus cic (bei Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung)

 Meine Notizen:

Die Reisekosten von Viktor iHv € 62,- zur Abwicklung des Kaufvertrags sind als Vermögensnachteil ein typischer Vertrauensschaden. Franziska handelt im Stadium der Vertragsanbahnung pflichtwidrig, weil sie eine Aufklärung über das Eigentum Daniels am Gemälde unterlässt. Denkt man sich das rechtswidrige Verhalten weg, so hätte Viktor nicht auf das Eigentum von Franziska vertraut und hätte keine Spesen iHv € 62,- gehabt. Franziska hat ihre vorvertraglichen Aufklärungspflichten ganz bewusst und damit schuldhaft verletzt (s oben). **Viktors Schadenersatzanspruch iHv € 62,- besteht somit zu Recht** (und zwar unabhängig davon, ob Viktor den Vertrag wandelt oder eben den Schadenersatzanspruch nach § 933 a ABGB geltend macht).

### H. Viktor gegen Franziska auf Rückzahlung der € 4.000,- und Ersatz der € 62,- nach §§ 870, 874, 877 ABGB (bei Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung)

Da der Rechtsmangel schon bei Vertragsabschluss vorhanden war, Franziska diesen Mangel bewusst verschwiegen hat und Viktor bei Kenntnis des Mangels den Vertrag nicht abgeschlossen hätte (er irrt sich über eine Eigenschaft der Sache, weil er von ihrer Mangelfreiheit ausgeht), ist auch der Tatbestand der listigen Irreführung erfüllt, sodass Viktor den Vertrag auch nach § 870 ABGB anfechten und nach § 877 ABGB die geleisteten € 4.000,- zurückverlangen kann. Außerdem steht ihm der Ersatz des Vertrauensinteresses nach § 874 ABGB zu (Bahnkosten, sowie die bezahlten € 4.000,-, falls nicht schon nach § 877 geltend gemacht). Nach § 1487 iVm 1478 ABGB hat Viktor 30 Jahre ab Vertragsabschluss Zeit, den Vertrag anzufechten.

## V. Rechte auf Daniels Nachlass

### A. Anspruch von Umberto auf die Hälfte des Nachlasses nach §§ 727, 730, 735 ABGB

#### 1) Kollisionsrechtliche Anknüpfung

Nach § 28 Abs 1 IPRG ist die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem Personalstatut des Erblassers zu beurteilen, also nach österreichischem Recht, weil Daniel österreichischer Staatsangehöriger ist (§ 9 IPRG).

#### 2) Materielles Recht

Da es keine letztwillige Verfügung Daniels gibt,<sup>19)</sup> kommt es nach § 727 ABGB zur gesetzlichen Erbfolge. Daniel hinterlässt weder Gattin noch Nachkommen; es erben somit nach §§ 730, 735 Satz 1 ABGB seine Eltern und ihre Nachkömmlinge. Da sowohl Vater und Mutter Daniels noch leben, gebührt ihnen nach § 735 Satz 2 ABGB grundsätzlich je die Hälfte des Nachlasses.

Umberto ist jedoch erbenunwürdig nach § 540 Fall 2 ABGB. Das abweisende Verhalten und das Nichtbesuchen im Spital vor der Scheidung stellen eine Verletzung des Rechts des Kindes auf Pflege und Erziehung (§ 144 ABGB) und der Beistandspflicht (§ 137 ABGB) dar. Durch die Verweigerung des Kontakts nach der Scheidung verletzt er massiv Daniels Recht auf persönlichen Verkehr nach § 148 ABGB.

Insgesamt vernachlässigt Umberto somit seine korrespondierenden Pflichten aus dem Eltern-Kind-Verhältnis zu Daniel gröblich. **Wegen Erbenunwürdigkeit steht ihm kein Recht auf den Nachlass zu.**

### B. Anspruch von Max auf die Hälfte des Nachlasses nach § 541 ABGB

Bei der gesetzlichen Erbfolge sind nach § 541 ABGB die Nachkommen des erbenwürdigen Umberto an dessen Stelle zur Erbfolge berufen. Umberto ist allerdings nicht als Vater des Max festgestellt. Damit Max als Nachkomme des Umberto iSd § 541 ABGB gilt, muss seine Verwandtschaft (§ 730 ABGB) zu Umberto und damit zum Erblasser Daniel festgestellt werden.

#### 1) Kollisionsrechtliche Anknüpfung

§ 21 IPRG bestimmt nur das Recht für die Beurteilung der Voraussetzungen der Ehelichkeit eines Kindes; verneint allerdings dieses Recht die Ehelichkeit, so ist das Kind

<sup>19)</sup> Mangels Testierfähigkeit könnte er gem § 566 ABGB auch keine gültige letztwillige Verfügung errichten.

✎ Meine Notizen:

unehelich und § 25 IPRG anzuwenden.<sup>20)</sup> Die Eltern von Max, Sabine und Umberto, haben ein verschiedenes Personalstatut; daher sind die Voraussetzungen der Ehelichkeit nach § 21 Satz 2 IPRG nach dem Personalstatut des Kindes zu beurteilen. Da Max Österreicher ist, kommt österreichisches Recht für die Beurteilung der Ehelichkeit zur Anwendung. Sabine war nie mit Umberto (oder einem anderen Mann) verheiratet; somit ist Daniel nach § 138 c Abs 1 ABGB unehelich. Nach § 25 Satz 1 iVm § 9 IPRG sind, weil Max im Zeitpunkt seiner Geburt Österreicher ist, die Voraussetzungen der Feststellung und der Anerkennung der Vaterschaft zu ihm nach österreichischem Sachrecht zu beurteilen.

## 2) Materielles Recht

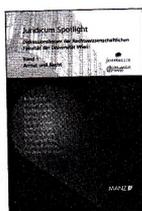
Die Vaterschaft zu einem unehelichen Kind, das noch keinen rechtlichen Vater hat, kann entweder durch ein Anerkenntnis nach § 163 c ABGB oder durch Gerichtsbeschluss nach § 163 ABGB festgestellt werden. Umberto könnte also ein Vaterschafts-  
anerkenntnis abgeben oder einen Antrag auf Feststellung der Vaterschaft nach § 163 Abs 1 ABGB stellen oder das Kind Max könnte, vertreten durch seine Mutter, den Antrag auf Feststellung der Vaterschaft nach § 163 Abs 1 oder 2 ABGB stellen. Dass seit der Geburt des Kindes schon über ein Jahr verstrichen ist, spielt keine Rolle, weil die Feststellung der Vaterschaft, vom Ausnahmefall des § 163 Abs 2 ABGB abgesehen, grundsätzlich unbefristet möglich ist. **Erfolgt die Feststellung der Vaterschaft auf eine der erwähnten Arten, so tritt Max nach § 541 ABGB an Stelle Umbertos und hat Anspruch auf die Hälfte des Nachlasses.**

## C. Anspruch von Franziska auf die Hälfte des Nachlasses nach §§ 727, 730, 735 ABGB

Franziska hat als Mutter von Daniel grundsätzlich Anspruch auf die zweite Hälfte des Nachlasses (§§ 727, 730 und 735 Satz 2 ABGB). Auch sie könnte allerdings – nach § 540 Fall 1 ABGB – erbunwürdig sein, weil sie mit dem Verkauf des Bildes im eigenen Namen und der Zuwendung des Erlöses an sich eine strafbare Handlung gegenüber Daniel begangen hat. Voraussetzung ist, dass sie die Tat vorsätzlich begangen hat und die Strafdrohung für die Tat mehr als ein Jahr beträgt. Vorsatz ist nach dem SV zu bejahen, weil Franziska den schädigenden Erfolg herbeiführen will und sich auch der Rechtswidrigkeit ihres Handelns bewusst ist. Unter welches strafrechtliche Vermögensdelikt aber immer man das Vorgehen Franziskas subsumiert, so liegt doch eine „Begehung im Familienkreis“ nach § 166 StGB vor: Franziska ist als Mutter von Daniel mit ihm in gerader Linie verwandt und hat zum Zeitpunkt der Tatbegehung auch mit ihm in Hausgemeinschaft gelebt. § 166 StGB sieht aber nur eine höchstens sechsmonatige Freiheitsstrafe vor.

**Franziska ist daher nicht erbunwürdig und erbt die zweite Nachlasshälfte.**

<sup>20)</sup> Siehe Nademleinsky/Neumayr, Internationales Familienrecht (2007) Rz 06.22.



Band 1. 2010. X, 212  
Seiten. Br. EUR 46,-  
ISBN 978-3-214-07404-3  
Mit Hörerschein für  
Studierende EUR 36,80

Juridicum Spotlight

## Band 1: Armut und Recht

Dieser erste Band der Reihe Juridicum Spotlight, Armut und Recht, vereint weitgehend Vorträge einer gleich lautenden fächerübergreifenden Diskussionsveranstaltung im Jahr 2008, ergänzt um einige zusätzliche Aspekte und soll zugleich auch einen Beitrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien zum Europäischen Jahr zur Bekämpfung von Armut und sozialer Ausgrenzung (2010) leisten.

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455  
bestellen@manz.at Kohlmarkt 16 · 1014 Wien www.manz.at

MANZ