

Mai 2018

Update

Diese Ausgabe behandelt die neueste Judikatur des OGH zu den Themen: Kontaktrecht und Schadenersatz wegen Vertauschung von Frühgeborenen sowie die kompakte Darstellung der Neuerungen im Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG) und in der DSGVO.

1. Judikatur

- ▷ **Kontaktrecht gem § 188 Abs 2 ABGB:** Die Mutter brachte am 17. Juli 2014 ihre Tochter zur Welt und war zu diesem Zeitpunkt dem rechtlichen Vater der Tochter verheiratet. Im Zeitraum zwischen 18. und 20. Oktober 2013 kam es zwischen der Mutter und dem in Großbritannien wohnhaften Antragsteller zu einem Intimverkehr. Der Antragsteller behauptet, er sei der Vater des Kindes und beehrte daher die Feststellung der Vaterschaft zum Kind und Kontaktrecht. Der OGH erläuterte, die Voraussetzungen für die Gewährung des **Kontaktrechts** zu Dritten seien, dass der Dritte in einem qualifizierten Verhältnis zum Kind steht oder gestanden ist sowie zu persönlichen Kontakten mit dem Kind bereit ist, und dass diese dem Wohl des Kindes dienen (§ 188 Abs 2 Satz 1 ABGB). Für ein solches Kontaktrecht sei laut OGH stets das Kind und jeder Elternteil antragslegitimiert, Dritte aber nur dann, wenn sie zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis stehen oder gestanden sind. Das in § 188 Abs 2 Satz 1 ABGB geforderte (familiäre) Verhältnis setze folglich die **biologische Vaterschaft** des Dritten voraus. Eine **inzidente Vaterschaftsfeststellung** im Kontaktrechtsverfahren des angeblich leiblichen Vaters nach § 188 Abs 2 Satz 1 ABGB sei daher zulässig. Da es die Vorinstanzen verabsäumt haben, sämtliche relevante Beweisaufnahmen und Tatsachenerhebungen durchzuführen, wurde hob der OGH die Entscheidungen dieser auf und verwies die Rechtssache an die erste Instanz (3 Ob 130/17i).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht⁸ Rz 425ff und 459
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht⁹ Fälle 85, 154
- Zankl, Zivilrecht 24² Seite 125f und die Begriffe „Vaterschaft“, „Besuchsrecht (Recht auf persönlichen Kontakt)“ und „Kindeswohl“

- ▷ **Schadenersatz wegen Vertauschung von Frühgeborenen:** Nach mehr als 20 Jahren wurde bekannt, dass die im Familienverband mit den Klägern als leibliche Tochter aufgewachsene Tochter (ebenfalls Klägerin) nicht mit denen blutsverwand ist. Nach der Geburt wurde das Mädchen noch vor dem ersten Kontakt mit ihren Eltern **vertauscht**. Nähere Umstände konnten nicht eruiert werden. Die Eltern **leiden psychisch** aufgrund der Ungewissheit, was mit ihrer leiblichen Tochter geschehen ist und wie es dieser geht. Die vermeintlich leibliche, nun adoptierte Tochter leidet ebenfalls psychisch unter der Ungewissheit bezüglich ihrer leiblichen Eltern. Die Belastung der Kläger erreicht jedoch keinen Krankheitswert. Die Kläger begehren vom Krankenhaus den Ersatz der **Adoptionskosten** und **Schmerzensgeld** für die psychischen Leiden. Laut OGH sei die Vertauschung und das damit verbundene Verschwinden eines Kindes bzw der Eltern sei mit einer Tötung oder schweren Verletzung vergleichbar. Der OGH sprach folglich den Klägern Schadenersatz von je 20.000 EUR zu (4 Ob 208/17f).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht⁸ Rz 184 und 206
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht⁹ Fälle 30, 176, 193
- Zankl, Zivilrecht 24² Seiten 61, 64 und der Begriffe „Immaterieller Schaden“

2. Gesetzgebung

Bundesgesetz über die Erbringung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdienstegesetz – ZaDiG)

- ▷ Seit Inkrafttreten des ursprünglichen ZaDiG hat sich der Zahlungsverkehrsmarkt in technischer Hinsicht erheblich weiterentwickelt: Zum einen drängen neue Zahlungsdienste mit innovativen Lösungen auf den Markt. Zum anderen haben sich durch zahlreiche **technische Neuerungen** auch die Sicherheitsrisiken bei elektronischen Zahlungen erhöht.
- ▷ Zu diesen neuen Zahlungsdiensten zählen die „**Zahlungsauslösedienstleister**“ sowie „**Kontoinformationsdienstleister**“. Diese knüpfen mit ihren Diensten am Internet-Banking von Kreditinstituten an. Sie übermitteln Daten zwischen Kunden, Kreditinstituten und Händlern, ohne selbst in den Besitz von Kundengeldern zu gelangen. Beim Zahlungsauslösedienst beauftragt der Kunde den Dienstleister, für ihn bei seinem kontoführenden Zahlungsdienstleister eine Überweisung auszulösen, beispielsweise, wenn er im Online-Shop eines Händlers einkauft. In der Gewissheit, dass die Zahlung ausgelöst wurde, ist der Händler eher bereit, seine Ware unverzüglich freizugeben bzw. seine Dienstleistung zu erbringen. Beim Kontoinformationsdienst erhält der Kunde vom Dienstleister aufbereitete Informationen über seine Zahlungskonten, die er bei einem oder mehreren Zahlungsdienstleistern hält.
- ▷ Die mit dem ZaDiG 2018 neu eingeführten **Informationsverpflichtungen** für Unternehmen betreffen insbesondere die Zulassung von dritten Zahlungsdienstleistern, die Bestätigung der Verfügbarkeit von Geldern sowie die Meldung operationeller und sicherheitsrelevanter Risiken. Bislang waren solche neuen Zahlungsdienste im aufsichtsrechtlichen „Graubereich“ tätig. Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf werden Zahlungsauslöse- bzw. Kontoinformationsdienstleister

nun als Zahlungsdienstleister reguliert. Sie sind **konzessionspflichtig** und haben eine **Berufshaftpflichtversicherung** abzuschließen oder eine gleichwertige Garantie vorzuweisen. Dafür erhalten sie über die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit (EU-Pass) einen **unionsweiten Zugang** zum Zahlungsverkehrsmarkt und haben das Recht auf Zugang zum Zahlungskonto des Kunden mit dessen Zustimmung.

- ▷ Die erhebliche Zunahme von Internetzahlungen und mobilen Zahlungen macht eine Verbesserung der **Sicherheit** bei der Zahlungsabwicklung notwendig. Deshalb hat der Zahlungsdienstleister künftig in bestimmten Fällen vom Zahler eine starke **Kundenauthentifizierung** zu verlangen. Im Fall eines unautorisierten Zahlungsvorgangs hat der Zahlungsdienstleister des Zahlers gem § 44 ZaDiG diesen den Betrag des nicht autorisierten Zahlungsvorganges unverzüglich zu erstatten und das belastete Konto wieder auf den Stand zu bringen, auf dem es sich ohne den nicht autorisierten Zahlungsvorgang befunden hätte. Darüber hinaus gehende Ansprüche des Zahlers aus Vertrag oder Gesetz werden dadurch nicht ausgeschlossen.
- ▷ Beruhen nicht autorisierte Zahlungsvorgänge auf der **missbräuchlichen Verwendung** eines Zahlungsinstruments, so ist der Zahler seinem Zahlungsdienstleister zum **Ersatz des gesamten Schadens** verpflichtet, der diesem infolge des nicht autorisierten Zahlungsvorganges entstanden ist, wenn er ihn in betrügerischer Absicht ermöglicht hat oder durch vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung seiner Pflichten herbeigeführt hat. Bei leicht fahrlässigem Handeln ist der Schaden jedoch auf den Betrag von 150 Euro beschränkt. Bei einer allfälligen Aufteilung der Schadenstragung sind insbesondere die Art der personalisierten Sicherheitsmerkmale sowie die Umstände, unter denen der Verlust, Diebstahl oder die missbräuchliche Verwendung des Zahlungsinstruments stattgefunden hat, zu berücksichtigen.
- ▷ Ferner hat gem § 45 der Zahler gegen seinen Zahlungsdienstleister einen Anspruch auf **Erstattung des vollständigen Betrages** eines autorisierten, von einem oder über einen Zahlungsempfänger ausgelösten und bereits ausgeführten Zahlungsvorgangs, wenn 1. bei der Autorisierung der genaue Betrag nicht angegeben wurde und 2. der Betrag des Zahlungsvorgangs den Betrag übersteigt, den der Zahler entsprechend seinem bisherigen Ausgabeverhalten, den Bedingungen seines Rahmenvertrages und den jeweiligen Umständen des Einzelfalls vernünftigerweise hätte erwarten können. Ebenso ist die **Haftung** für nicht erfolgte oder fehlerhafte Ausführung geregelt. Allerdings erstreckt sich die Haftung nicht auf ungewöhnliche und unvorhersehbare Ereignisse, auf die diejenige Partei, die sich auf diese Ereignisse beruft, keinen Einfluss hat und deren Folgen trotz Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht hätten vermieden werden können, oder auf Fälle, in denen ein Zahlungsdienstleister durch gegenteilige gemeinschaftsrechtliche, innerstaatliche, gerichtliche oder verwaltungsbehördliche Anordnungen gebunden ist.

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- *Zankl*, Bürgerliches Recht⁸ Rz 294 ff

Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung):

- ▷ Eine der wichtigsten und zentralsten Verordnungen der Europäischen Union der letzten Jahre ist die am 25. Mai 2018 in Kraft tretende **Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)**. Neben beachtlichen verwaltungsrechtlichen Strafen drohen bei Datenschutzverletzungen auch **zivilrechtliche Folgen**. Die **Haftung gegenüber Vertragspartnern** für Datenschutzverletzungen kann sich daraus ergeben, dass dadurch vertragliche Pflichten verletzt werden, zB wenn Kundendaten ohne entsprechende Zustimmung weitergegeben oder durch Hacking-Angriffe in den Besitz Dritter gelangen, weil das gehackte Unternehmen keine ausreichende Firewall zum Schutz der Kundendaten hatte.
- ▷ Weiters ist in Art 82 DSGVO auch eine **Haftung gegenüber jedermann** für Datenschutzverletzungen vorgesehen: *"Jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, hat Anspruch auf Schadenersatz gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter"* (Abs 1). Bemerkenswert ist diesbezüglich zunächst, dass nicht nur die *"betroffene Person"* (von der sonst in der VO immer die Rede ist), sondern *"jede Person"* anspruchsberechtigt ist. Dies ist - obwohl Abs 4 wieder nur von der *"betroffenen Person"* spricht - kein Redaktions- oder Übersetzungsfehler, sondern offenbar beabsichtigt, denn auch in der englischen Version wird zwischen dem *"data subject"*, dem die Rechte der DSGVO grundsätzlich zustehen, und *"any person"* unterschieden, die Schadenersatz gem Art 82 geltend machen kann. Nimmt man dies wörtlich, so stünden, wenn zB Datenschutzrechte eines Kindes verletzt werden, nicht nur diesem, sondern auch dessen Eltern, Großeltern, ja sogar beliebigen Dritten (*"jeder Person"*) Ersatzansprüche zu, wenn diese sich über die Rechtsverletzung kränken, denn auch **immaterielle Schäden** sind ja zu ersetzen, und zwar *"weit ausgelegt"*, wie DSGVO-ErwGr 146 betont, und zum Unterschied von der Geldbuße auch ohne jedwede Höchstgrenze. Da dies zu völlig unabsehbaren Haftungsausuferungen führen würde, ist wohl der anspruchsberechtigte Personenkreis iS der **Judikatur zu Trauerschäden** auf nächste Angehörige zu beschränken. Dies würde auch § 29 Abs 1 Datenschutz-AnpassungsG entsprechen, der in Bezug auf Schadenersatzansprüche nach der DSGVO die **allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts** für anwendbar erklärt.
- ▷ Bemerkenswert ist ferner die **Beweislastumkehr** in Art 82 Abs 3 DSGVO: *"Der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter wird von der Haftung gemäß Absatz 2 befreit, wenn er nachweist, dass er in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich ist."* Dies (*"in keinerlei Hinsicht"*) könnte darauf hindeuten, dass die Beweislastumkehr - **entgegen § 1298 ABGB** - nicht nur für das Verschulden, sondern **auch für die weiteren Zurechnungsgründe** (Schaden, Kausalität und Rechtswidrigkeit) gilt. Dagegen spricht allerdings, dass dies im Zusammenhang damit geregelt ist, dass der Schädiger beweisen muss, dass er in keinerlei Hinsicht *"verantwortlich"* ist, so dass offenbar doch nur das Verschulden gemeint ist. Allerdings bezieht sich aber die Beweislast offenbar nicht nur auf das Fehlen **leichter**,

sondern auch grober Fahrlässigkeit, wonach die DSGVO nicht differenziert; wohl aber das österr Recht, dessen allgemeinen Regeln gem § 29 Datenschutz-AnpassungsG - wie bereits erwähnt - anwendbar sind. Wenn also zB entgangener Gewinn als Folge einer Datenschutzverletzung geltend gemacht wird, so wäre der Schädiger dafür trotz der Beweislastumkehr grundsätzlich nur verantwortlich, wenn der Geschädigte dessen grobes Verschulden beweist.¹

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht⁸ Rz 310, 329 und das Kapitel „Sondergesetze“ Rz 361 ff.

¹ Zankl, Unklare DSGVO-Haftung, ecolex 2017, 1150 [1151].