

Ehebruch und Schadenersatz

DIPLOMARBEIT

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Magisters der Rechtswissenschaften
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens-Universität Graz

eingereicht bei

o. Univ.-Prof. Dr. Monika Hinteregger

Institut für Zivilrecht, ausländisches und internationales Privatrecht

von

Martin Streitmayer

Juli 2011

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

.....

Martin Streitmayer, Juli 2011

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
I. Einleitung	1
II. Ehe und Ehebruch	2
A. Der Ehebegriff	2
B. Rechtliche Wirkung der Eheschließung	3
C. Der Ehebruch als Scheidungsgrund	8
III. Denkbare Schadenersatzansprüche als Resultat des Ehebruchs	11
A. Grundvoraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch.....	11
B. Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch aufgrund des Ehebruchs	14
1. Schäden	14
2. Kausalität.....	15
3. Rechtswidrigkeit.....	16
a. Die Rechtswidrigkeit des ehebrechenden Ehegatten	16
b. Die Rechtswidrigkeitsproblematik des Dritten	17
aa Die Ehe als ein absolut geschütztes Rechtsgut	17
ab Haftung aufgrund einer Schutzgesetzverletzung	20
i Das Schutzgesetz	21
ii Eherechtliche Normen als Schutzgesetze	22
ac Absichtliche sittenwidrige Schädigung	23
c. Rechtswidrigkeitszusammenhang.....	25
aa Abwicklungs- und Bestandsinteresse	26
4. Verschulden.....	28
IV. Rückforderbarkeit zu Unrecht geleisteter Unterhaltsbeiträge des Scheinvaters .	29
A. Der Kindesunterhalt.....	29
B. Scheinvaterregress.....	32
1. Gegenüber dem Unterhaltsempfänger.....	32
a. Judikatur 33 neu	32
b. Analogie zu §399b EO	32
c. Verbrauch/Redlichkeit.....	33
2. Gegenüber der Mutter des Kindes	34
3. Gegenüber dem Dritten (Bereicherungsausgleich)	35
a. Rückforderungswille	36
b. Höhe des Rückforderungsanspruchs	37

c.	Die Verjährungsproblematik.....	38
d.	Inzidentfeststellung des biologischen Vaters.....	40
C.	Schadenersatzrechtliche Ansprüche	43
1.	Schadenersatzansprüche gegen das Kind.....	43
2.	Schadenersatzanspruch gegen die Kindesmutter	44
a.	Die Rechtsprechung des OGH.....	44
3.	Schadenersatzansprüche gegen den biologischen Vater.....	46
a.	Schadenersatzanspruch bei Verschweigen der Scheinvaterschaft	46
b.	Auffassung des OGH und der Literatur	47
4.	Die Höhe des Schadenersatzanspruchs	48
5.	Verjährung	49
V.	Der Ersatz von Detektivkosten	50
A.	Die Grundsätze der Ersatzfähigkeit von Detektivkosten	50
1.	Detektivkostenersatzanspruch ohne sexuelle Grundlage.....	52
B.	Die Geltendmachung	54
C.	Umfang der ersatzfähigen Detektivkosten	56
D.	Grenzen eines Detektiveinsatzes	57
VI.	Der Ersatz von Verfahrenskosten	59
A.	Ehelichkeitsbestreitungskosten	59
B.	Scheidungsverfahrenskosten	60
VII.	Kosten für Eheberatung, Paartherapie und den Wegfall der Arbeitskraft des anderen Ehegatten	61
VIII.	Immaterieller Schaden : Die Gewährung von Schmerzensgeld	63
A.	Grundvoraussetzung für die Gewährung von Schmerzensgeld	63
B.	Kein Schmerzensgeld für verlorene Liebe	64
C.	Schmerzensgeld wegen der Vereitelung eines Besuchsrechts.....	65
IX.	Schlussbemerkung	69

Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
§§	Paragrafen
aA	andere(r) Ansicht
ABGB.....	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch. JGS 1811/946 idF BGBl I 2010/58
abl.....	ablehnend
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH.....	deutscher Bundesgerichtshof
<i>ders</i>	derselbe
dies.....	dieselbe
ecolex.....	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFSlg.....	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EF-Z.....	Fachzeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EheG	Ehegesetz. GBlÖ 1938/244 idF BGBl I 2009/135
EheRÄG	Eherechts-Änderungsgesetz. BGBl I 1999/125
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der österreichischen Juristen-Zeitung
EujurZ.....	Eurojuris-Zeitung
EÜ	Entscheidungsübersicht in der österreichischen Richterzeitung
f	folgend(e)

FamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
ff	fortfolgend(e)
FN.....	Fußnote
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
immolex	Zeitschrift für neues Miet- und Wohnrecht
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
JUS Z.....	JUS-Zeitschrift
krit.....	kritisch
LG.....	Landesgericht
LGZ.....	Landesgericht für Zivilrechtsachen
lit	litera (Buchstabe)
MietSlg.....	Mietrechtliche Entscheidungen
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ.....	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖJZ-LSK.....	Leitsatzkartei in der Österreichischen Juristen-Zeitung
ÖJZ-NRsp.....	Neue Rechtsprechung des OGH in der Österreichischen Juristen-Zeitung
OLG.....	Oberlandesgericht
RdW.....	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RIS	Rechtsinformationssystem des österreichischen Bundeskanzleramtes
RS	Rechtssatz
Rz	Randzahl
RZ.....	Österreichische Richterzeitung

S Satz
SZ Entscheidungen des österreichischen Obersten
Gerichtshofes in Zivilsachen
vgl vergleiche
Z Ziffer
Zak Zivilrecht aktuell
zB zum Beispiel
ZfRV Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales
Privatrecht und Europarecht
zust zustimmend
ZVR Zeitschrift für Verkehrsrecht

I. Einleitung

„Ich gelobe Dir die Treue (...), bis dass der Tod uns scheidet.“ Dieser Teil des Gelöbnisses, das im Zuge kirchlicher Trauung gesprochen wird, hat, wenn man die steigenden Scheidungszahlen betrachtet und angesichts der Tatsache, dass Partnerbörsen öffentlich mit der Möglichkeit zum „diskreten“ Seitensprung werben, in unserer Gesellschaft an Bedeutung verloren. Dieser gesellschaftliche Wandel spiegelt sich auch in der Aufhebung der Strafbarkeit des Ehebruchs, der bis 1997 gemäß § 194 aF StGB ein Delikt darstellte¹, wider.

Der Ehebruch wurde im ABGB seit dessen Bestehen bei Mann und Frau gleich behandelt. Das war in früheren Rechtssystemen nicht selbstverständlich. So konnte nach römischem Recht nur die Frau Ehebruch begehen und eheliche Untreue des Mannes wurde für diesen folgenlos toleriert. Auch im Code Napoleon wurde die Ehefrau dahingehend benachteiligt, dass sie im Gegensatz zum Ehemann nur bei besonders demütigendem Verhalten des ehebrechenden Gatten die Scheidung begehren konnte. Im islamischen Recht besteht diese diskriminierende Ungleichbehandlung der Frau bis in die heutige Zeit.²

Dass ein ehewidriges Verhalten keineswegs ohne rechtliche Konsequenzen bleibt, soll in dieser Arbeit dargestellt werden. Beginnend mit einer Definition der Ehe sollen zunächst die aus dieser entspringenden persönlichen Rechtswirkungen und die daraus resultierenden Rechte und Pflichten der Ehegatten dargestellt werden. Nach einer kurzen Darstellung des Ehebruchs als Scheidungsgrund werden im dritten Kapitel die allgemeinen Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch infolge eines Ehebruchs näher erörtert. Dabei kommt der Rechtswidrigkeit der Ehestörung und der Frage, ob aus der Rechtsordnung ein Gebot abgeleitet werden kann, das den sexuellen Kontakt zu einer verheirateten Person verbietet, besondere Bedeutung zu. Darauffolgend werden beginnend mit der Rückforderbarkeit geleisteter Unterhaltsbeiträge für das vermeintliche Kind des Scheinvaters, unter Berücksichtigung einiger verfahrensrechtlicher Fragen, die möglichen ersatzfähigen

¹ Vgl *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹⁰ (2009) Rz 56.

² *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰ Rz 94.

Schäden näher betrachtet. Sodann wird die Ersatzfähigkeit der aufgewendeten Überwachungskosten unter besonderer Bedachtnahme auf die Rechtsprechung des OGH behandelt. Anschließend wird der Ersatz der Verfahrenskosten erörtert, welche sowohl die Ehescheidungskosten als auch die Kosten eines Ehelichkeitsbestreitungsverfahrens umfassen. In der Folge wird die Frage diskutiert, ob Kosten im Zusammenhang mit dem Wegfall der Arbeitskraft des anderen Ehepartners sowie Paartherapie- und Eheberatungskosten schadenersatzrechtlich relevant sind. Abschließend wird die Möglichkeit Schmerzensgeld für psychische Gesundheitsschäden, die der untreue Ehegatte durch sein ehewidriges Verhalten beim Ehepartner verursacht, zu fordern, erörtert. Dabei wird insbesondere durch Gegenüberstellung zweier Entscheidungen, die Rechtsprechung des OGH kritisch hinterfragt.

II. Ehe und Ehebruch

A. Der Ehebegriff

Nach § 44 ABGB wird die Ehe als Vertrag gesehen, in dem zwei verschieden geschlechtliche Eheleute ihren Willen erklären, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitigen Beistand zu leisten.³ Auf diesen, aus der Eheschließung entspringenden Vertrag, finden jedoch die Bestimmungen des ABGB über Verträge und Rechtsgeschäfte keine Anwendung. Hier kommen die Sondervorschriften des Eherechts zur Anwendung, nach denen auch Formmängel sanierbar sind.⁴

Trotz des Umstandes, dass die Ehe auf Dauer angelegt ist, wird die Erklärung, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, nur mehr dahingehend verstanden, dass die Ehe weder unter eine Befristung noch von vornherein auf bestimmte Zeit

³ *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Der von Klang begründete Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch §§44-100³ (2006) § 44 Rz 4.

⁴ *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 44 Rz 2.

geschlossen werden kann.⁵ Auch der gemeinsame Wille Kinder zu zeugen wird heute nicht mehr als unabdingbares Wesensmerkmal der Ehe betrachtet, vielmehr ist diese höchstpersönliche Entscheidung dem autonomen Bereich der Ehegatten zu überlassen, sogar Vereinbarungen kinderlos zu bleiben sind daher rechtswirksam.⁶

Wie schon aus dem Wortlaut des § 44 ABGB zu entnehmen ist, kann eine Ehe nur zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts geschlossen werden. Eine Eheschließung gleichgeschlechtlicher Personen ist daher als „Nichtehe“ anzusehen und deshalb rechtlich völlig unwirksam. Es besteht jedoch für gleichgeschlechtliche Paare seit dem Inkrafttreten des Eingetragene Partnerschaft-Gesetzes am 1.1.2010, die Möglichkeit, eine eingetragene Partnerschaft einzugehen, deren Rechtsfolgen zum Teil der einer Ehe entsprechen.⁷

B. Rechtliche Wirkung der Eheschließung

Die persönlichen Rechtswirkungen zwischen den Ehegatten entstehen mit dem Abschluss und enden mit der Auflösung der Ehe. Nach § 89 ABGB sind Rechte und Pflichten der Ehegatten im Verhältnis zueinander gleich. Damit wird ausgedrückt, dass die Ehe auf partnerschaftlichem Prinzip basiert.⁸ Die in §§ 90-100 ABGB geregelten persönlichen Rechtswirkungen der Ehe sind zum Großteil dispositives Recht. Jedoch gilt § 89 ABGB auch für einvernehmlich getroffene Regelungen der Ehegatten in Bezug auf die Gestaltung ihrer Lebensgemeinschaft als Auslegungsbeziehungsweise Zweifelsregel.⁹ Bestimmte Rahmenpflichten, die das Wesen der Ehe ausmachen, wie die Treue- und Beistandspflicht, sind laut Rechtsprechung

⁵ *Hinteregger*, Familienrecht⁴ (2009) 40.

⁶ Vgl. *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 44 Rz 8; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰ Rz 2; *Smutny* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch-ON 1.00 (2010) § 44 Rz 41 (www.rdb.at).

⁷ *Ferrari* in *Schwimmann* (Hrsg), Taschenkommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2010) § 44 Rz 1; vgl. auch *Koch* in *Kozioł/P.Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2010) § 44 Rz 2.

⁸ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰ Rz 9.

⁹ *Ferrari* in *Schwimmann*, ABGB-TaKomm § 89 Rz 1; dazu auch *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 89 Rz 2.

unverzichtbare Prinzipien und infolge dessen als nicht disponibel anzusehen. So widerspricht die Vereinbarung der Sexualfreiheit zwischen den Ehegatten dem Wesen der Ehe und ist somit unzulässig.¹⁰

Unter den rein persönlichen Rechtswirkungen versteht man die in § 90 ABGB genannten Verpflichtungen zur umfassenden Lebensgemeinschaft, zur Treue, zur anständigen Begegnung und zum Beistand. Auch die Grundsätze für das gemeinsame Wohnen nach § 92 ABGB, der Haushaltsführung nach § 95 ABGB sowie die Regelung des Ehenamens nach §§ 93 ff ABGB sind dem rein persönlichen Bereich zuzuordnen.¹¹

Bei Streitigkeiten der Eheleute im Zusammenhang mit den rein persönlichen Rechtspflichten ist eine Anrufung des Gerichtes ausgeschlossen. Somit sind die daraus resultierenden Rechte und Pflichten weder einklagbar noch vollstreckbar. Leistungsbefehle die der Durchsetzung solcher Rechte und Pflichten dienen, können daher nicht erteilt werden. Die Feststellung der gerechtfertigten gesonderten Wohnungsnahme nach § 92 Abs 3 ABGB bildet dahingehend die einzige Ausnahme.¹² Selbstständig klagbar und auch bei aufrechter Ehe gerichtlich durchsetzbar sind im Gegensatz dazu die ehelichen vermögensrechtlichen Ansprüche. Zu diesen zählen die Verpflichtung zur Unterhaltsleistung nach § 94 ABGB, die Schlüsselgewalt nach § 96 ABGB, der Anspruch auf Wohnungserhaltung nach § 97 ABGB und die Mitwirkung im Erwerb nach den §§ 98-100 ABGB.¹³ Es besteht jedoch die Möglichkeit auch während aufrechter Ehe Schadenersatzansprüche aufgrund der Verletzung ehelicher Verhaltenspflichten gerichtlich durchzusetzen, wenn Vermögensinteressen der Eheleute verletzt werden.¹⁴

Als wichtigste Rechtswirkung postuliert der § 90 ABGB die gegenseitige Verpflichtung zur umfassenden ehelichen Lebensgemeinschaft. Unter diesem Begriff

¹⁰ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰ Rz 9; aA *Koch* in *KBB*, ABGB³ § 90 Rz 3.

¹¹ *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 89 Rz 2; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 89 Rz 12.

¹² *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 89 Rz 3; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 89 Rz 14.

¹³ *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 89 Rz 4.

¹⁴ Siehe unten III.

sind die häuslichen, geistigen, seelisch-körperlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Gemeinsamkeiten der Ehegatten zu verstehen.¹⁵ Der Begriff, der umfassenden ehelichen Lebensgemeinschaft ist auf keinen Fall als „starrer Gesetzesbegriff“ zu betrachten, vielmehr ist er dem Wandel der Zeit unterworfen. Auch die Umstände des Einzelfalls sind zu berücksichtigen, da nicht jede Ehe in ihrer Ausgestaltung der Anderen gleicht. Es besteht auch kein schutzwürdiges Vertrauen der Ehegatten, dass ein zum Zeitpunkt der Eheschließung bestandener Umstand sich nicht verändert. Der Gesetzgeber ist dieser Auffassung gefolgt und gesteht durch § 91 Abs 2 ABGB jedem Ehegatten das Recht auf Selbstentfaltung, Weiterentwicklung der eigenen Persönlichkeit und auf Änderung einer dieser Fortentwicklung nicht mehr adäquaten Lebenssituation zu.¹⁶

Auch die Pflicht zum gemeinsamen Wohnen ist zwar der Regelfall, aber deswegen keineswegs unabdingbar. Auch eine einvernehmliche getrennte Wohnungnahme ist daher möglich. Desweiteren kann jeder Ehegatte nach § 92 Abs 1 ABGB aus gerechtfertigten Gründen¹⁷ die Verlegung der gemeinsamen Wohnung verlangen. Der andere hat diesem Wunsch nachzukommen, außer dieser hat ebenfalls gewichtige Gründe nicht mitzuziehen. In diesem Fall hat eine Interessensabwägung zu erfolgen. Auch vorübergehend gesonderte Wohnungnahme kann, wenn das weitere Zusammenleben mit dem Anderen unzumutbar ist oder wichtige persönliche Gründe bestehen, gerechtfertigt sein.¹⁸

Besonderes Augenmerk ist in Bezug auf den Ehebruch auf die in § 90 ABGB genannte Treuepflicht zu legen. Unter Treue ist auf jeden Fall die Vermeidung des Ehebruchs zu verstehen und darüber hinaus haben die Eheleute alles zu unterlassen, was die Vertrauensbasis zwischen ihnen stören könnte.¹⁹ Dazu gehört auch, dass sich die Ehegatten Einsicht in ihr Berufsleben gewähren²⁰, den Anderen

¹⁵ OGH RIS-Justiz RS0009432.

¹⁶ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 90 Rz 3; *Koch in KBB*, ABGB³ § 90 Rz 1.

¹⁷ Als solcher gilt zB die berufliche Versetzung; vgl dazu *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰ Rz 11.

¹⁸ *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 62.

¹⁹ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 90 Rz 7; *Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Kommentar zum Ehegesetz (2008) § 90 Rz 21.

²⁰ OGH 9 Ob 76/03x EFSlg 103.140, 104.817, 104.822, 104.823, 104.825, 104.842, 104.855, 104.856, 104.857, 104.858.

vor längerer Abwesenheit kontaktieren und über den jeweiligen Aufenthalt informieren, sowie über wichtige persönliche Umstände allgemein aufklären.²¹ Die Treuepflicht besteht auch noch nach Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, ja sogar noch für die Dauer des Scheidungsverfahrens.²² Wie schon erwähnt, widerspricht eine Vereinbarung über die Sexualfreiheit zwischen den Ehegatten dem Wesen der Ehe und ist somit weder verbindlich noch rechtswirksam. Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine solche Vereinbarung wegen Sittenwidrigkeit von vornherein nichtig ist. Nach *Stabentheiner*²³ ist eine solche Vereinbarung für die Dauer ihres Bestehens insofern rechtlich bedeutsam, als ein ehebrecherisches Verhalten nicht als Scheidungsgrund geltend gemacht werden kann.

Unter der Pflicht zur anständigen Begegnung versteht man den liebevollen, von Respekt geprägten Umgang der Ehegatten miteinander. Beim Umgangston und bei etwaigen Beschimpfungen muss zwar milieubedingt unterschieden werden²⁴, die Ausübung von Gewalt oder die Zufügung von seelischem Leid gegenüber dem anderen Ehegatten oder den Kindern ist jedoch ausnahmslos strengstens untersagt.²⁵

So wie die Treuepflicht ist auch die Beistandspflicht unabdingbarer Bestandteil der Ehe und kann daher nicht völlig ausgeschlossen werden. Die Beistandsverpflichtung umfasst sowohl die materielle Hilfestellung wie Sach-, Arbeits- und Geldaushilfen als auch eine immaterielle Unterstützung wie etwa die Fürsorge oder emotionale Unterstützung des Anderen.²⁶ Auch Leistungen gegenüber nahen Angehörigen des Partners sind von der Beistandspflicht erfasst. Darunter fällt zB die Betreuung von pflegebedürftigen nahen Angehörigen des anderen Ehegatten als auch die Mithilfe bei der Obsorge eines Stiefkindes.²⁷ Begrenzt wird die

²¹ *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 90 Rz 14; *Ferrari* in *Schwimann, ABGB-TaKomm* § 90 Rz 5.

²² *Deixler-Hübner*, *Scheidung*¹⁰ Rz 12.

²³ *Stabentheiner* in *Rummel*, *ABGB I*³ § 90 Rz 7.

²⁴ *Stabentheiner* in *Rummel*, *ABGB I*³ § 90 Rz 8.

²⁵ *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 90 Rz 15; *Ferrari* in *Schwimann, ABGB-TaKomm* § 90 Rz 6.

²⁶ *Hinteregger*, *Familienrecht*⁴ 60.

²⁷ *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 90 Rz 16.

allgemeine Beistandspflicht durch Zumutbarkeit und Bedarf. Die Grenze der Unzumutbarkeit wird vom Gesetzgeber zwar nur im Rahmen der Mitwirkung im ehelichen Erwerb gemäß § 90 Abs 2 ABGB explizit ausgesprochen, sie muss aber als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch für den Bereich des ehelichen Beistands gelten. Nicht mehr von der Beistandspflicht erfasst sind etwa die Abdeckung finanzieller Verpflichtungen gegenüber Dritten oder Zuschüsse an den Betrieb des anderen Ehegatten.²⁸ Abschließend wird die allgemeine Beistandspflicht noch durch die eheliche Unterhaltspflicht gemäß § 94 ABGB, die Unterstützung im Haushalt gemäß § 95 ABGB, die Mitwirkung im Erwerb gemäß § 90 Abs 2, §§ 98-100 ABGB und durch den Anspruch auf Wohnungsschutz gemäß § 97 ABGB konkretisiert.²⁹

Grundsätzlich entfalten diese persönlichen Rechte und Pflichten keine Außenwirkung. Nur ausnahmsweise werden auch Dritte durch die wechselseitigen Rechte und Pflichten zwischen den Ehegatten nach §§ 90-100 ABGB verpflichtet.³⁰ Es ist nicht möglich einen ehestörenden Dritten durch Unterlassungsklage davon abzuhalten mit dem anderen Ehegatten eine ehewidrige Beziehung zu führen. Stört ein Dritter jedoch den Gebrauch der Ehewohnung, so kann gegen ihn und den anderen Ehegatten mit Besitzstörungs- oder Räumungsklage vorgegangen werden und weitere Störungen mit Unterlassungsklage unterbunden werden.³¹

²⁸ Vgl *Stefula*, Zu den allgemeinen familiären Beistandspflichten, ÖJZ 2005/35 (609ff).

²⁹ *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 60.

³⁰ *Koch* in *KBB*, ABGB³ § 90 Rz 9.

³¹ *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 90 Rz 43; dazu auch OGH 4 Ob 223/02a EFSlg 99.095, 102.088 = immolex 2003/48 = JBI 2003, 371 = JUS Z/3561 = MietSlg 54.003, 54.775 = RZ 2003, 158.

C. Der Ehebruch als Scheidungsgrund

Bis zum in Kraft treten des Eherechtsänderungsgesetzes 1999³² stand der Ehebruch gemäß § 47 EheG aF an der Spitze der Eheverfehlungen. Daraus ist zu erkennen, dass ihm der Gesetzgeber größte Bedeutung zukommen ließ. Nach alter Rechtsprechung³³ stellte der Ehebruch einen absoluten Scheidungsgrund dar. Es war daher nicht erforderlich, dass der Ehebruch eine ehestörende Wirkung hatte, ein einziger nachgewiesener Ehebruch reichte aus, um die Ehe zu scheiden.³⁴

Seit in Kraft treten des EheRÄG 1999 ist nun auch der Ehebruch ein relativer Scheidungsgrund, er muss daher auch eine ehezerrüttende Wirkung entfalten, so dass die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Dass der Gesetzgeber den Ehebruch jedoch auf keinen Fall bagatellisieren wollte, zeigt sich klar aus der Tatsache, dass der Ehebruch nunmehr in § 49 EheG ausdrücklich als schwere Eheverfehlung angeführt wird.³⁵

Der Tatbestand des Ehebruchs ist nur bei der schuldhaften Vollziehung des Beischlafs einer verheirateten Person mit einer Person des anderen Geschlechts, die nicht der Ehegatte ist, erfüllt. Auch andere sexuelle Handlungen stellen jedoch eine schwere Eheverfehlung dar. Auch wenn der Ehebruch nicht erwiesen ist, kann eine innige Beziehung zu einer Person des anderen Geschlechts, gegen den Willen des Partners, einen Scheidungsgrund darstellen.³⁶

Neben dem Ehebruch nennt der § 49 EheG ausdrücklich die Zufügung von körperlicher Gewalt und schweres seelisches Leid als schwere Eheverfehlungen. Jedoch sind auch alle gravierenden Verstöße gegen die, sich aus den persönlichen Rechtswirkungen der Ehe ergebenden Pflichten, als schwere Eheverfehlungen anzusehen. Nicht nur Verstöße wie Ehebruch, Misshandlungen oder andere schwere Verletzungen der Ehepflichten, auch ein Verhalten, das für sich alleine nicht als

³² EheRÄG 1999 BGBl I 1999/25.

³³ OGH RIS-Justiz RS0110171.

³⁴ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰ Rz 94.

³⁵ Vgl *Hopf* in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Eherechtsreform in Österreich (2000) 12; dazu auch *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰ Rz 95.

³⁶ *Koch* in *KBB*, ABGB³ § 49 EheG Rz 6.

schwerer Eheverstoß gilt, kann durch Dauer und Wiederholung in seiner Gesamtheit eine schwere Eheverfehlung darstellen. Die Eheverfehlung muss auf jeden Fall zur unheilbaren Zerrüttung der Ehe beigetragen haben.³⁷ Auch ehrloses oder unsittliches Verhalten, auch wenn es keine Ehepflicht verletzt und nicht gegen den anderen Ehepartner gerichtet ist, stellt neben den schweren Eheverfehlungen einen Verschuldenstatbestand dar.³⁸

Nicht jede schwere Eheverfehlung kann auch als Scheidungsgrund geltend gemacht werden. Einen Scheidungsgrund stellt diese nur dann dar, wenn sie auch kausal für die Zerrüttung der Ehe war.³⁹ Der Kausalzusammenhang ist nach Ansicht des OGH etwa dann nicht gegeben, wenn der Ehebruch nach vollständiger Zerrüttung der Ehe begangen wurde.⁴⁰

Unheilbare Zerrüttung liegt dann vor, wenn die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht mehr erwartet werden kann. Dabei ist zwischen der objektiven und subjektiven Zerrüttung zu unterscheiden. Bei der objektiven Zerrüttung, damit ist der nach außen wahrnehmbare Wegfall der Ehegemeinschaft gemeint, handelt es sich um eine Rechtsfrage. Hingegen ist der Verlust des Ehemillens auf Seite des Klägers, die subjektive Zerrüttung, eine Tatfrage. Spätestens bis zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz muss die subjektive Zerrüttung vorliegen. Dabei muss das Gericht prüfen, ob der Kläger den Ehemillen endgültig verloren hat und auch in Zukunft eine Wiederaufnahme der Lebensgemeinschaft ablehnt.⁴¹

Das Scheidungsrecht kann trotz Vorliegens einer schweren Eheverfehlung ausgeschlossen sein, etwa dann, wenn die Verfehlung des einen, erst durch das schuldhaftes Verhalten des anderen Ehegatten hervorgerufen wurde. Liegt die Verfehlung des Beklagten und das auslösende Verhalten des Klägers in zeitlichem und ursächlichem Zusammenhang so liegt eine bloße Reaktionshandlung⁴² vor.

³⁷ *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 93; vgl auch *Koch* in *KBB*, ABGB³ § 49 EheG Rz 2.

³⁸ OGH 5 Ob 120/59 EvBl 1959/158.

³⁹ *Koch* in *KBB*, ABGB³ § 49 EheG Rz 3.

⁴⁰ OGH RIS-Justiz RS0056900.

⁴¹ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰ Rz 96; siehe auch *Koch* in *KBB*, ABGB³ § 49 EheG Rz 4.

⁴² Dazu auch OGH 1 Ob 116/06z FamZ 2006/81 (*Deixler-Hübner*) = Zak 2006/630.

Jedoch muss eine solche Reaktionshandlung in ihrem Ausmaß und Zeit angemessen sein. Gewalt kann niemals angemessene Reaktionshandlung sein.⁴³ Desweiteren ist das Scheidungsbegehren sittlich nicht gerechtfertigt, wenn die Verfehlungen des Klägers unverhältnismäßig schwerer wiegen als die des Beklagten. Dabei sind auch bereits verzeihene Eheverfehlungen mit einzubeziehen.⁴⁴

Ein Scheidungsbegehren ist auch dann ausgeschlossen, wenn der verletzte Ehegatte dem Anderen verziehen hat, die Verfehlung nicht als ehestörend wahrgenommen hat oder diese sogar gefördert hat.⁴⁵ Die Verzeihung muss zwar nicht ausdrücklich erklärt werden, aber sie muss sich eindeutig aus dem Verhalten des verletzten Ehegatten ergeben, ein bloßes Hinnehmen der Verfehlung reicht dafür nicht aus. Eine Verzeihung ist auch nur dann möglich, wenn dem anderen Ehepartner das ganze Ausmaß der Eheverfehlung bekannt war. Die Verzeihung kann nicht widerrufen werden.⁴⁶

Scheidungsgründe müssen innerhalb einer sechs monatigen Frist geltend gemacht werden. Neben dieser relativen Frist gibt es noch eine absolute Frist von zehn Jahren gemäß § 57 EheG.

⁴³ *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 96.

⁴⁴ Vgl OGH 2 Ob 31/10p EF-Z 2010/105 = iFamZ 2010/202.

⁴⁵ OGH RIS-Justiz RS0056386; dazu auch *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 96.

⁴⁶ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰ Rz 107.

III. Denkbare Schadenersatzansprüche als Resultat des Ehebruchs

A. Grundvoraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch

Grundsätzlich trägt jeder nach § 1311 ABGB selbst das Risiko für seine Güter und hat Schädigungen an diesen selbst zu tragen. Dieser Grundsatz wird aber bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen durchbrochen. Das Schadenersatzrecht regelt unter welchen Voraussetzungen dem Geschädigten vom Schädiger ein Anspruch auf Ersatz des erlittenen Schadens zusteht.⁴⁷

Das Haftungsrecht kennt zwei zu unterscheidende Systeme, die Verschuldens- und die Gefährdungshaftung. Das im ABGB geregelte Schadenersatzrecht wird vom Prinzip der Verschuldenshaftung beherrscht. Daher sind für Schadenersatzansprüche neben den allgemeinen Voraussetzungen des Schadenseintrittes und der Verursachung noch die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Schädigers und sein Verschulden erforderlich.⁴⁸ Bei der Gefährdungshaftung tritt an die Stelle des Verschuldens eine besondere Gefahrenquelle.⁴⁹

Eine Legaldefinition des Schadens bietet § 1293 ABGB: „*Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten hat.*“ Nach dieser Definition sind Vermögensschäden und immaterielle Schäden zu unterscheiden. Unter Vermögensschäden beziehungsweise materiellen Schäden versteht man Nachteile an geldwerten Gütern oder Rechten, die anhand des Marktes in Geld messbar sind.⁵⁰ Hingegen sind immaterielle beziehungsweise ideelle Schäden, Nachteile die zu keiner Verringerung des in Geld messbaren Vermögens führen.⁵¹ Zu den in §

⁴⁷ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 1/1.

⁴⁸ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 1; ders, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/4.

⁴⁹ Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 1/20.

⁵⁰ Karner in KBB, ABGB³ § 1293 Rz 2; Wittwer in Schwimann, ABGB-TaKomm § 1293 Rz 6.

⁵¹ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/102; ders, Grundfragen Rz 5/9.

1293 ABGB ausdrücklich erwähnten Rechten meint *Koziol*⁵², es können damit eigenständig nur solche Rechte gemeint sein, die keinen Vermögenswert darstellen und keine Persönlichkeitsrechte sind, etwa die Familienrechte.

Das ABGB unterscheidet beim Vermögensschaden zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn. Der positive Schaden ist schon bei leichter Fahrlässigkeit, hingegen der entgangene Gewinn nach §§ 1323, 1324 ABGB nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz, zu ersetzen.⁵³ Unter positivem Schaden ist die Minderung eines bereits vorhandenen Vermögensgutes zu verstehen. Die Verhinderung einer Vermögensvermehrung, also der Verlust bloßer Gewinnaussichten, fällt unter den Begriff „entgangener Gewinn“.⁵⁴

Die Verschuldenshaftung setzt eine rechtswidrige und schuldhafte Handlung des Schädigers voraus. Unter Handlung versteht das Gesetz jedes menschliche Tun, welches vom Willen beherrschbar ist und deshalb einer Person zugerechnet werden kann. Unter nicht mehr beherrschbaren Körperbewegungen versteht man Reflexhandlungen oder Bewegungen im Schlaf, auch Geisteskranke handeln unwillkürlich.⁵⁵ Eine Unterlassung ist im Schadenersatzrecht nur insoweit relevant, als eine entsprechende Verpflichtung zum Tun bestanden hat. Ohne ein entsprechendes Gebot ist man prinzipiell nicht zum Handeln verpflichtet.⁵⁶

Ein Schaden ist nach §§ 1294, 1295 ABGB von einer Person nur dann zu ersetzen, wenn deren Handlung die Beschädigung auch verursacht hat. Man spricht in diesem Zusammenhang von Kausalität. Die Kausalität ist anhand der Äquivalenztheorie mittels der *conditio-sine-qua-non*-Formel zu prüfen. Bei einer Schadenszufügung durch aktives Tun ist zu prüfen, ob der Schaden entfällt, wenn man sich die schädigende Handlung weg denkt. Würde der Schaden beim Hinzudenken einer gebotenen Handlung entfallen, ist eine Unterlassung kausal für

⁵² *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/3; aA *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2a³ (2007) § 1293 Rz 1.

⁵³ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/34; *Karner* in *KBB*, ABGB³ § 1293 Rz 3.

⁵⁴ *Karner* in *KBB*, ABGB³ § 1293 Rz 4.

⁵⁵ *Karner* in *KBB*, ABGB³ § 1294 Rz 1; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1294 Rz 2.

⁵⁶ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1294 Rz 4.

den Schaden.⁵⁷ Eine erste Begrenzung der Haftung erfolgt durch die Berücksichtigung der Adäquanz. Bei der Adäquanztheorie kommt es darauf an, ob ein Verhalten auch geeignet war, um den entstandenen Schaden herbeizuführen. Eine Haftung besteht nur dann, wenn der Schadenseintritt vorhersehbar war und nicht aufgrund einer Verkettung von außergewöhnlichen Umständen zustande kam. Dabei ist nicht gefordert, dass der Schädiger die Folgen seiner Handlung vorhersehen konnte. Vielmehr ist zu prüfen, ob die Folgen für einen vernünftigen Menschen erkennbar waren und der allgemeinen Lebenserfahrung entsprachen.⁵⁸

Neben dem Schaden und der Kausalität ist die Rechtswidrigkeit eine weitere Haftungsvoraussetzung. Als rechtswidrig kann nur ein menschliches Verhalten und nicht ein Erfolg bezeichnet werden, da nur ein Mensch Normadressat der Verbote oder Gebote der Rechtsordnung sein kann.⁵⁹ Rechtswidrig ist eine Handlung daher dann, wenn sie objektiv sorgfaltswidrig ist. Das ist der Fall, wenn sie gegen ein Gesetz, eine vertragliche Pflicht oder auch eine allgemeine Verhaltensregel verstößt.⁶⁰ Nicht jedes Verhalten, das gegen eine Norm verstößt, verpflichtet sogleich zum Schadenersatz. Die Rechtsprechung begrenzt eine Ausweitung von Schadenersatzansprüchen durch die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang. Es muss daher nur für Schäden gehaftet werden, die der Schutzzweck der Norm verhindern wollte.⁶¹

Das schädigende Verhalten muss nicht nur rechtswidrig sondern auch subjektiv vorwerfbar sein, also ein Verschulden vorliegen. Es ist nicht erforderlich, dass sich das Verschulden auch auf Folgeschäden bezieht, es genügt, wenn es den ersten Schaden umfasst. Bei Schutzgesetzen reicht schon eine subjektive Vorwerfbarkeit auf deren Verletzung aus.⁶² Nach § 1294 S 3 und 4 ABGB beinhaltet das Verschulden sowohl den Vorsatz, also die böse Absicht, als auch die

⁵⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 3/5; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2a³ § 1295 Rz 2; *Karner* in *KBB*, ABGB³ § 1295 Rz 3.

⁵⁸ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1295 Rz 13 f; *Wittwer* in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 1295 Rz 12.

⁵⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/2; *Karner* in *KBB*, ABGB³ § 1294 Rz 2.

⁶⁰ *Wittwer* in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 1294 Rz 5.

⁶¹ *Karner* in *KBB*, ABGB³ § 1295 Rz 9; *Wittwer* in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 1294 Rz 6.

⁶² *Karner* in *KBB*, ABGB³ § 1294 Rz 7; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1294 Rz 56.

Fahrlässigkeit, also das Versehen. Vorsätzlich handelt ein Schädiger, wenn ihm sein rechtswidriges Verhalten bewusst ist, er den schädlichen Erfolg vorhersieht und seinen Eintritt billigt.⁶³ Fahrlässig handelt, wer die gehörige Sorgfalt außer Acht lässt. Leicht fahrlässig handelt derjenige, der ein Fehlverhalten setzt, das auch einem sorgfältigen Menschen gelegentlich unterläuft. Wer jedoch ein ungewöhnlich und auffallend sorgloses Verhalten an den Tag legt, das einem sorgfältigen Menschen keinesfalls unterlaufen würde, handelt grob fahrlässig.⁶⁴ Der Grad des Verschuldens ist für den Umfang des zu ersetzenden Schadens von Bedeutung.⁶⁵

B. Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch aufgrund des Ehebruchs

Die schädigende Handlung wird im Ehebruch beziehungsweise in einem ehestörenden Verhalten des Ehegatten mit einem Dritten gesehen.

1. Schäden

Durch den Ehebruch sind vor allem verschiedenste Vermögensschäden auf der Seite des nicht am ehewidrigen Verhalten beteiligten Ehegatten denkbar. Der unbeteiligte Ehegatte könnte eine Detektei mit der Überwachung des vermeintlich untreuen Ehegatten beauftragen und so durch die daraus resultierenden Kosten einen Schaden an seinem Vermögen erleiden. Entsteht aus einer ehewidrigen Beziehung ein Kind, so wird der Scheinvater nichts wissend für die Unterhaltskosten des Kuckuckskinds aufkommen. Ergibt sich in weiterer Folge, dass der hintergangene Ehemann nicht der biologische Vater des Kindes ist, so werden auch die meist darauf folgenden Ehelichbestreitungskosten einen finanziellen Schaden verursachen. In vielen Fällen werden noch in Form einer Eheberatung oder Paartherapie Rettungsversuche unternommen, um die Ehe aufrecht zu erhalten. Sind

⁶³ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/27; Karner in *KBB*, ABGB³ § 1294 Rz 10.

⁶⁴ Wittwer in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 1294 Rz 13.

⁶⁵ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 5/45; Kodek in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1294 Rz 65.

die Rettungsversuche erfolglos, so entstehen dem betrogenen Ehegatten auch durch die darauf folgende Scheidung finanzielle Nachteile, etwa durch Anwalts- und Verfahrenskosten. Auch Nachteile durch den Wegfall der Arbeitskraft des anderen Ehegatten sind möglich.

Das ehewidrige Verhalten des einen Ehegatten kann bei seinem Ehepartner auch zu Gesundheitsschäden führen. Man denke daran, dass der nichts ahnende Ehegatte über die Nachricht vom ehewidrigen Verhalten seines Ehepartners einen Schock erleidet oder der Trennungsschmerz so stark ist, dass sich daraus eine psychische Beeinträchtigung von Krankheitswert ergibt. In vielen Fällen soll der andere Ehegatte auch durch psychischen „Terror“ oder „Mobbing“ dazu veranlasst werden, von sich aus eine Scheidungsklage einzubringen. Denkbar sind auch seelische Schmerzen, die sich daraus ergeben, dass der eine Ehegatte dem anderen Ehegatten sein Kind entzieht.

2. Kausalität

Nach zutreffender Ansicht des OGH ist der Ehebruch grundsätzlich auch ursächlich für die oben genannten Schäden. Zwar wird der Schaden selbst, etwa bei den Detektivkosten erst durch das Verhalten des geschädigten Ehegatten, also mit der Erteilung eines Überwachungsauftrags an eine Detektei, hervorgerufen, jedoch liegt ein adäquater Kausalzusammenhang auch dann vor, wenn eine weitere Ursache, die auch in einem vorsätzlichen Handeln des Geschädigten liegen kann, für den Schaden hinzugetreten ist, und dieses Hinzutreten nicht außerhalb der menschlichen Erwartung liegt.⁶⁶ Der Kausalzusammenhang ist sowohl für Detektivkosten⁶⁷, Ehelichbestreitungskosten⁶⁸, Unterhaltskosten⁶⁹ als auch

⁶⁶ OGH RIS-Justiz RS0022944; 6 Ob 529/84 SZ 57/53.

⁶⁷ OGH 1 Ob 521/49 SZ 22/171.

⁶⁸ OGH 3 Ob 821/26 SZ 10/302.

⁶⁹ OGH 6 Ob 529/84 SZ 57/53.

Körperschäden⁷⁰ gegeben, würden doch die eingetretenen Schäden nach der Äquivalenztheorie entfallen, wenn man sich das ehewidrige Verhalten wegdenkt.

Auf der Ebene der Adäquanz muss beurteilt werden, ob die Schäden für einen vernünftigen Menschen vorhersehbar waren. Durch den Ehebruch wurden der Unterhaltsschaden, die Detektivkosten, die Kosten der Ehelichkeitsbestreitung, der Paartherapie, die Scheidungskosten, für den Ausfall der Arbeitskraft und auch die Schmerzen adäquat verursacht. Gerade diese Schäden können aus einer ehebrecherischen Beziehung entstehen und liegen daher nicht außerhalb jeglicher Lebenserfahrung.⁷¹

3. Rechtswidrigkeit

Auf Ebene der Rechtswidrigkeit muss zwischen dem Verhalten des untreuen Ehegatten und der Handlung des Dritten unterschieden werden.

a. Die Rechtswidrigkeit des ehebrechenden Ehegatten

Der Ehebruch selbst begründet schon eine Haftung des untreuen Ehegatten. Die rechtswidrige Handlung ergibt sich nach Auffassung des OGH allein aus dem Ehebruch.⁷² Dieser Auffassung kann auch durchaus gefolgt werden, weil die aus dem Ehevertrag entspringenden Bestimmungen zum Schutz der Ehe, insbesondere die Treueverpflichtung des § 90 ABGB, die Ehegatten unmittelbar trifft und somit der Ehebrecher rechtswidrig handelt.⁷³

⁷⁰ OGH 6 Ob 124/02g SZ 2003/16 = ecolex 2003/239 = EFSlg 103.139, 104.759 = RdW 2003/357 = ZVR 2004/5.

⁷¹ Hofmann/Grüblinger, Ehebruch und Schadenersatz Teil I, EF-Z 2009/95 (141).

⁷² OGH 6 Ob 529/84, SZ 57/53.

⁷³ Gitschthaler, Scheinvaterregress: Bereicherung oder Schadenersatz ? EF-Z 2009/94 (133).

b. Die Rechtswidrigkeitsproblematik des Dritten

Ein Schadenersatzanspruch des betrogenen Ehegatten gegen den am Ehebruch beteiligten Dritten setzt vor allem ein rechtswidriges Verhalten des Dritten voraus. Nun stellt sich die Frage, ob aus der Rechtsordnung ein Gebot abzuleiten ist, das den sexuellen Kontakt zu einer verheirateten Person verbietet.

Ein rechtswidriges Verhalten des Dritten kann auf dreierlei Arten begründet werden. Die Handlung des Ehestörers könnte einen Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut, eine Schutzgesetzverletzung gemäß § 1311 ABGB oder eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung im Sinne des § 1295 Abs 2 ABGB darstellen.⁷⁴

aa Die Ehe als ein absolut geschütztes Rechtsgut

Nach österreichischem Recht genießen nur bestimmte Güter deliktischen Rechtsschutz. Eine tragende Rolle kommt in diesem Zusammenhang den absoluten Rechten zu. Unter absoluten Rechten werden jene verstanden, die dem Berechtigten erlauben, die Achtung seines Rechtes von jedem Anderen zu verlangen und gegen jedermann durchzusetzen.⁷⁵ Einen Katalog, der diese Rechte taxativ auflistet, sucht man im ABGB vergebens. Zu den absolut geschützten Gütern gehören laut Lehre⁷⁶ jedenfalls das Leben, die Gesundheit, die Freiheit und das Eigentum. *Koziol*⁷⁷ gesteht in diesem Zusammenhang auch den Familienrechten und der Ehe selbst absoluten Rechtsschutz zu, wobei dieser auch den Schutzbereich begrenzt. Auch *Huber*⁷⁸ und *Welser*⁷⁹ sprechen vom absolut geschützten Rechtsgut der Ehe. Auch der OGH gesteht in seinen Entscheidungen den aus dem Wesen der Ehe

⁷⁴ *Hofmann/Grüblinger*, EF-Z 2009/95 (141).

⁷⁵ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹³ (2006) 48.

⁷⁶ *Reischauer in Rummel*, ABGB II/2a³ § 1294 Rz 17a; *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht (2007) 338; *Karner in KBB*, ABGB³ § 1294 Rz 4.

⁷⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 18; *ders*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/48.

⁷⁸ *Huber*, Scheinvaterregress gegen den Erzeuger wegen des Unterhalts für das Kuckuckskind - ab wann und wie lange zurück? iFamZ 2008,244 (247).

⁷⁹ *Welser*, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 1 (8).

entstehenden Rechten absoluten Schutz zu.⁸⁰ Aus der Existenz absoluter Rechte ergibt sich, dass diese Rechte von der Rechtsordnung in ihrem Kernbereich⁸¹ gegen Eingriffe von Dritten geschützt werden, doch kann nicht einfach aus der Beeinträchtigung eines absoluten Rechtes schon auf die Rechtswidrigkeit der Handlung geschlossen werden. Es müssen jedenfalls auch die Interessen des Schädigers berücksichtigt werden.⁸²

Die Rechtsordnung erlaubt demjenigen, der in seinem Recht gestört wird, gegen den Störer mittels Unterlassungsklage vorzugehen. Bei absoluten Rechtsgütern reicht allein die Gefährdung dieser Güter aus, um eine Unterlassungsklage zu erheben.⁸³ Ein Unterlassungsanspruch steht auch gegen sittenwidriges Verhalten beziehungsweise Rechtsmissbrauch zu.⁸⁴

Handelt es sich also bei der Ehe um ein absolut geschütztes Rechtsgut, so müsste man den Ehegatten Unterlassungsansprüche gegen Eingriffe von Dritten gewähren. Allein eine Gefährdung der Ehe würde daher einen Unterlassungsanspruch auslösen. Somit könnten die Ehegatten gegen ein ehebrecherisches Verhalten schon dann vorgehen, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass ein Verhalten eines Dritten die Ehe gefährdet.⁸⁵

Es kann jedoch weder aus § 90 ABGB noch aus anderen Gesetzesstellen ein Unterlassungsanspruch, gegen den Dritten, der an der ehewidrigen Beziehung beteiligt ist oder den Ehebrecher, abgeleitet werden.⁸⁶ Auch der OGH vertritt in seinen Entscheidungen⁸⁷ diese Auffassung und verneint daher einen Unterlassungsanspruch und damit auch das Vorliegen eines absolut wirkenden Rechts.⁸⁸ Der betrogene Ehegatte hat jedoch die Möglichkeit dem Ehebrecher die

⁸⁰ OGH RIS-Justiz RS0108842.

⁸¹ *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1294 Rz 8.

⁸² *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 4f.

⁸³ *Reischauer in Rummel*, ABGB II/2a³ § 1294 Rz 23.

⁸⁴ *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1294 Rz 74.

⁸⁵ Vgl. *Hofmann/Grüblinger*, EF-Z 2009/95 (141).

⁸⁶ *Hinteregger in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 90 Rz 13.

⁸⁷ OGH RIS-Justiz RS0009454; vgl dazu auch 3 Ob 398/37 SZ 20/7.

⁸⁸ *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (8).

besuchsweise Aufnahme des Dritten in die Ehwohnung zu untersagen, weil dies sein Recht auf ungestörten Gebrauch der Ehwohnung verletzt.⁸⁹

Ein solcher Unterlassungsanspruch würde auch dazu führen, dass man zwei erwachsenen Personen, dem Willen des betrogenen Ehegatten entsprechend, den freiwilligen Kontakt verbieten könnte und, dass dies mit staatlichem Zwang durchsetzbar wäre. Dem Ehebrecher und dem Dritten könnte daher bis zur vollzogenen Scheidung durch Geldbußen und Beugestrafen ein Umgang untersagt werden. Konsequenter Weise müsste man daher auch andere sich aus der Ehe ergebenden Pflichten mittels Unterlassungsklage erzwingen können.⁹⁰ Genau diese Möglichkeit wird jedoch wie bereits oben erwähnt zu Recht sowohl von der Lehre als auch der Rechtsprechung abgelehnt.

Da die aus der Ehe entspringenden Pflichten also gerichtlich nicht durchsetzbar sind⁹¹, sind auch Unterlassungsansprüche gegen den die Ehe störenden Dritten zu verneinen.⁹²

Selbst wenn man die Ehe als ein absolut geschütztes Rechtsgut qualifiziert, ist nicht jeder Eingriff auch rechtswidrig. Greift ein Dritter in eine absolut geschützte Rechtsposition ein, so indiziert dies zwar die Rechtswidrigkeit, jedoch muss deren tatsächliches Vorliegen im Rahmen einer Interessensabwägung festgestellt werden.⁹³ Dabei müssen auch die Interessen des Dritten berücksichtigt werden.⁹⁴ So stehen dem Wert des bedrohten Gutes die Bewegungsfreiheit, Entfaltungsmöglichkeit und die Zumutbarkeit einer bestimmten Verhaltenspflicht des Dritten gegenüber.⁹⁵ Mit Verhaltenspflicht ist etwa die Unterlassung der Aufnahme einer Beziehung mit einer verheirateten Person gemeint, zu der man sich besonders hingezogen fühlt.

⁸⁹ OGH 8 Ob 529/88, SZ 61/133.

⁹⁰ Hofmann/Grüblinger, EF-Z 2009/95 (142).

⁹¹ Hinteregger in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 89 Rz 3.

⁹² Hofmann/Grüblinger, EF-Z 2009/95 (142).

⁹³ Koziol, Haftpflichtrecht II² 4f; dazu auch OGH 5 Ob 573/88 SZ 61/270 = JBl 1989, 386 = ÖJZ EvBl 1989/72 = ÖJZ NRsp 1989/83.

⁹⁴ OGH RIS-Justiz RS0022917.

⁹⁵ Dazu Hofmann/Grüblinger, EF-Z 2009/95 (142).

Nach *Koziol*⁹⁶ weisen die klassischen absoluten Rechte eine entscheidende Eigenschaft auf, sie sind offenkundig und somit ist deren Existenz für Dritte erkennbar. Weiter meint Koziol, dass Dritten grundsätzlich nicht zugemutet werden kann, nicht erkennbare Rechte von Anderen zu achten. Man müsste ja stets damit rechnen, in nicht erkennbare Rechte Dritter einzugreifen und somit Sanktionen zu riskieren, wodurch die Bewegungsfreiheit enorm beschränkt würde.

In vielen Fällen wird der Dritte gar nicht wissen, dass die Person mit der er eine Beziehung aufnimmt, verheiratet ist. Eine generelle Nachfrage- oder Nachforschungspflicht würde die zwischenmenschliche Kontaktaufnahme zu sehr belasten und die Bewegungsfreiheit des Einzelnen stark beschränken.⁹⁷

Die Ehe stellt also kein absolut geschütztes Rechtsgut dar, sie bindet nur die Ehepartner. Selbst wenn man die Ehe als absolut geschütztes Rechtsgut sieht, kann eine Interessensabwägung im Einzelfall auch zugunsten des Dritten ausgehen.

ab Haftung aufgrund einer Schutzgesetzverletzung

Nach § 1311 Satz 1 ABGB gilt das Prinzip, wonach dem Geschädigten für einen durch Zufall entstandenen Schaden kein Schadenersatzanspruch zusteht. Sind also keine Zurechnungsgründe vorhanden, die eine Schadensüberwälzung rechtfertigen würden, so hat der Vermögensinhaber den entstandenen Nachteil selbst zu tragen.⁹⁸ Jedoch haftet der Schädiger gemäß § 1311 Satz 2, 2 Fall ABGB dann für den zugefügten Schaden, wenn er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten hat. Diese Gesetze, die ein Verhalten schon aufgrund seiner abstrakten Gefährlichkeit verbieten nennt man Schutzgesetze.⁹⁹ Besondere Bedeutung hat diese Regelung weil sie Schadenersatzansprüche für reine Vermögensschäden auch dann gewährt, wenn

⁹⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/25.

⁹⁷ *Hofmann/Grüblinger*, EF-Z 2009/95 (142f).

⁹⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 100; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1311 Rz 1.

⁹⁹ *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992) 92f.

weder eine Vertragspflicht oder ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt wurde, noch das Verhalten des Schädigers als sittenwidrig qualifiziert werden kann.¹⁰⁰

i Das Schutzgesetz

Schutzgesetze sind solche, die nach der Formulierung des § 1311 ABGB versuchen, zufällige Beschädigung von Gütern vorzubeugen. Der Begriff Gesetz ist nicht im formellen, sondern im materiellen Sinn zu verstehen. Es können daher auch Verordnungen¹⁰¹, Bescheide¹⁰², Gerichtsentscheidungen¹⁰³, und Erlässe des BMJ¹⁰⁴ Schutzgesetze sein.¹⁰⁵ Üblicherweise sind jene Normen als Schutzgesetze anzusehen, die ein gebotenes oder verbotenes Verhalten beschreiben und damit den Schutz bestimmter Güter einer Person oder Personengruppe gewährleisten.¹⁰⁶ So etwa die Regeln der Straßenverkehrsordnung, deren Schutzzweck die Vermeidung von Gefahren für Leben, Gesundheit und Sachschäden ist.

Kein Schutzgesetz liegt vor, wenn nicht die Güter des Einzelnen, sondern nur öffentliche Interessen geschützt werden sollen.¹⁰⁷ Unter Schutzgesetzen im engeren Sinn¹⁰⁸ versteht man abstrakte Gefährdungsverbote, die das verbotene Verhalten beschreiben. Schon deren sorgfaltswidrige Übertretung löst eine Ersatzpflicht aus. Das Verschulden des Schädigers braucht sich nur auf die Übertretung der Norm zu beziehen, auf die Vorhersehbarkeit des Schadens für den Schädiger kommt es daher

¹⁰⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 101.

¹⁰¹ Vgl etwa OGH 1 Ob 2047/96b SZ 69/188 = *ecolex* 1998, 408 = HS 27.007, 27.257 - Verordnung zur Anerkennung der technischen Richtlinie für das Gas- und Wasserfach.

¹⁰² Vgl etwa OGH 8 Ob 139/79 SZ 52/109 - Es handelt sich hier um einen Bescheid über die Absicherung einer Baustelle.

¹⁰³ Vgl etwa OGH 6 Ob 711/85 SZ 59/1 = JBI 1986, 393 - Ein vom Exekutionsgericht erlassenes Verfügungsverbot im Rahmen einer Forderungspfändung.

¹⁰⁴ Vgl etwa OGH 1 Ob 5/93 RZ 1995/55 - Diesbezüglich etwa ein Dienstbuch für Vollstrecker.

¹⁰⁵ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 102.

¹⁰⁶ *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1311 Rz 9.

¹⁰⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 102; *Huber* in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 1311 Rz 7.

¹⁰⁸ So etwa das Verbot alkoholisiert ein Fahrzeug in Betrieb zu nehmen gemäß § 5 Abs 1 StVO.

nicht an. Hingegen muss sich bei Schutzgesetzen im weiteren Sinn¹⁰⁹ das Verschulden des Täters auch auf den Schadenseintritt erstrecken.¹¹⁰

Bei Schäden aufgrund einer Schutzgesetzverletzung bedarf es stets auch einer Prüfung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs, also dem Schutzzweck der Norm. Der Schädiger ist nur demjenigen ersatzpflichtig, dessen Schutz das verletzte Gesetz bezweckt und hat nur für jene Schäden zu haften, die die Norm verhindern will.¹¹¹ Es genügt, wenn die übertretene Norm die Verhinderung des eingetretenen Schadens zumindest mit bezweckt. So wird etwa das Verbot, ohne die Zustimmung des Waldeigentümers, einen Wald mit dem Mountainbike zu befahren auch als Schutzgesetz zugunsten der Fußgänger gewertet.¹¹²

ii *Eherechtliche Normen als Schutzgesetze*

Die Rechtswidrigkeit des ehewidrigen Verhaltens auf der Seite des Dritten könnte sich aus einer Schutzgesetzverletzung ergeben. Grundlage für einen Schadenersatzanspruch kann nur die sich aus § 90 Abs 1 ABGB ergebende Treuepflicht der Ehegatten sein.¹¹³

Die in §§ 44, 90 ABGB normierten Rechte und Pflichten der Ehegatten haben relativen Charakter und richten sich grundsätzlich nur an diese¹¹⁴, über Pflichten eines etwaigen Dritten spricht das ABGB nicht.¹¹⁵ Nun stellt sich jedoch die Frage, inwieweit Normen zum Schutz der Ehe auch den Schutz des Vermögens erfassen.¹¹⁶ Nach jüngerer Ansicht¹¹⁷ des OGH kommt den Normen zum Schutz der Ehe auch eine wirtschaftliche Komponente zu. Der OGH begründete dies damit, dass, wenn

¹⁰⁹ Zu diesen gehören etwa die Normen des StGB.

¹¹⁰ *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 263ff; dazu auch *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 103; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2a³ § 1311 Rz 4a.

¹¹¹ *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (2).

¹¹² OGH 2 Ob 75/94 SZ 67/198 = JBI 1995, 260 = ZVR 1995/75.

¹¹³ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (136).

¹¹⁴ *Koch* in *KBB*, ABGB³ § 90 Rz 9.

¹¹⁵ *Hofmann/Grüblinger*, EF-Z 2009/95 (142).

¹¹⁶ Dazu *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (6f).

¹¹⁷ In einer älteren Entscheidung hatte der OGH noch einen vermögensrechtlichen Schutz wegen fehlendem Kausalzusammenhangs abgelehnt; vgl OGH 3 Ob 19/26 SZ 8/32.

auch die ideellen Interessen der Ehegatten im Vordergrund stehen, dies nichts daran ändert, dass auch die Vermögensinteressen der Ehegatten mit geschützt sind. Für diese Auffassung spricht auch, dass dem unbeteiligten Ehegatten nicht ein Schaden auferlegt werden darf, den der andere Ehegatte unter Verletzung der ehelichen Treuepflicht verursacht hat.¹¹⁸

Es kann daher gesagt werden, das Außenstehende wegen dem relativen Charakter der ehelichen Normen, grundsätzlich nicht zu dem vom Schutzzweck der ehelichen Pflichten gemäß §§ 44, 90 ABGB umfassten Personenkreis gehören.¹¹⁹ Laut *Welser*¹²⁰ verletzt daher der untreue Ehegatte, gegenüber dem anderen Teil die relativen Pflichten aus dem Eheverhältnis, während der Ehestörer in die absolut geschützte Position des verletzten Ehegatten eingreift.

ac Absichtliche sittenwidrige Schädigung

Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in die Ehe könnte sich auch durch ein sittenwidriges Verhalten des Dritten begründen lassen, wonach dieser nach § 1295 Abs 2 ABGB für die daraus entstandenen Schäden zu haften hätte.

Die Generalnorm der sittenwidrigen Schädigung gemäß § 1295 Abs 2 ABGB gesteht dem Geschädigten auch dann einen Ersatzanspruch zu, wenn weder seine absoluten Güter noch seine Rechte aus einem Schuldverhältnis verletzt wurden und auch kein Schutzgesetz verletzt wurde. Somit ist schon das sittenwidrige Verhalten an sich rechtswidrig.¹²¹ Die Sittenwidrigkeit erfasst also jene Fälle, in denen dem Dritten kein Recht auf sein Handeln gegenüber dem Rechtsbesitzer zusteht, das Handeln aber auch durch kein gesetzliches Verbot untersagt wird. Dieser Handlungsfreiraum findet aber in den guten Sitten seine Grenzen.¹²² Nach *Koziol*¹²³ ergeben sich die guten Sitten aus den allgemeinen Rechtsprinzipien und den

¹¹⁸ *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (8); siehe auch OGH 6 Ob 529/84 SZ 57/53.

¹¹⁹ *Hofmann/Grüblinger*, Ehebruch und Schadenersatz Teil II, EF-Z 2009/114 (170).

¹²⁰ *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (8).

¹²¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 95.

¹²² *Reischauer in Rummel*, ABGB II/2a³ § 1295 Rz 54.

¹²³ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 96f.

allgemein anerkannten Grundsätzen der Ethik. Ein sittenwidriges Verhalten erkennt der OGH vor allem dann, wenn die Handlung nur den Zweck hatte, einen Anderen zu schädigen und kein schutzwürdiges Interesse des Eingreifenden gegeben ist.¹²⁴ Eine weitere Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch nach § 1295 Abs 2 ABGB ist das Vorliegen einer, zumindest von bedingtem Vorsatz¹²⁵ getragenen Schädigungsabsicht des Handelnden.¹²⁶

Das eine ehebrecherische Beziehung nicht den sittlichen und moralischen Anforderung unserer Gesellschaft entspricht, ist nicht von der Hand zu weisen. Jedoch wird der Dritte bei der Kontaktaufnahme mit einer verheirateten Person wohl darauf aus sein, seine Eigeninteressen zu verfolgen und nicht dem anderen Ehegatten zu schaden. Daher wird ein Schadenersatzanspruch gemäß § 1295 Abs 2 ABGB an dem mangelnden Willen der Schadenszufügung auf der Seite des Dritten scheitern. Würde der Dritte hingegen einen Ehegatten zum Ehebruch verleiten, um dem anderen Ehegatten zu schaden, so wäre ein Schadenersatzanspruch aufgrund sittenwidriger Schädigung gegeben.¹²⁷

Sowohl Teile der Lehre¹²⁸ als auch die Rechtsprechung¹²⁹ gehen von der Ehe als absolut geschütztes Rechtsgut aus. Folgt man dieser Ansicht, so wird das ehewidrige Verhalten des Dritten daher regelmäßig als rechtswidrig eingestuft werden. Somit würde auch der Dritte gegenüber dem geschädigten Ehegatten schadenersatzpflichtig sein.

Letzterer Ansicht ist meiner Meinung nach nicht zu folgen. Der österreichische Gesetzgeber hat auf die Veränderung der gesellschaftlichen Haltung reagiert und unter anderem durch die Aufhebung der Strafbarkeit des Ehebruchs die rechtlichen Folgen ehewidrigen Verhaltens weitgehend zurückgenommen. Eine Überwälzung

¹²⁴ OGH 7 Ob 315/57 SZ 30/40 - Die Sittenwidrigkeit wurde hier in der listigen Irreführung des Scheinvaters durch die Mutter gesehen, worauf dieser seine Vaterschaft zum Kuckuckskind anerkannt hatte.

¹²⁵ OGH 1 Ob 562/92 SZ 65/76 = AnwBl 1994, 302 = WBl 1992, 333.

¹²⁶ *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1295 Rz 77.

¹²⁷ Vgl dazu *Hofmann/Grüblinger*, Ehebruch und Schadenersatz Teil II, EF-Z 2009/114, (170).

¹²⁸ *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (8); *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/48; *Huber*, iFamZ 2008, 244 (247).

¹²⁹ OGH 6 Ob 277/02g, = EFSlg 100.719, 100.722, 100.726, 100.727 = JBl 2003, 860; 2 Ob 102/03v EFSlg 104.711, 104.712, 104.713, 104.714, 105.484, 105.969.

des aus der Ehe, beziehungsweise aus deren Scheitern entspringenden vermögensrechtlichen Risikos, in Form von Schadenersatzansprüchen auf einen Dritten, würde einen Rückschritt dieser Entwicklung bedeuten. Auch lassen sich Schadenersatzansprüche gegen Dritte, aufgrund ehewidriger Handlungen ohne das Vorliegen besonderer Zurechnungskriterien – wie etwa eine bestehende Aufklärungspflicht – nur schwer abgrenzen, wodurch eine Ausuferung drohen könnte.

Daher handelt jemand, der in sexuellen Kontakt mit einer verheirateten Person tritt, grundsätzlich¹³⁰ nicht rechtswidrig und macht sich dem geschädigten Ehegatten gegenüber nicht schadenersatzpflichtig. Die Ehe stellt kein absolut geschütztes Rechtsgut dar. Die ehelichen Pflichten, insbesondere die Treuepflicht, sind gerichtlich nicht durchsetzbar. Die ehelichen Pflichten treffen die Ehepartner und nicht den Dritten. Der ehewidrig handelnde Ehepartner bricht die Ehe und nicht der Dritte.¹³¹

c. Rechtswidrigkeitszusammenhang

Aufgrund eines rechtswidrigen Verhaltens ist nur für jene Schäden zu haften, die vom Schutzzweck der verletzten Norm erfasst sind, also für jene Schäden die das Gesetz verhindern wollte.¹³² Durch den Ehebruch werden die Normen zum Schutz der Ehe gemäß §§ 44, 90 ABGB verletzt. Wie bereits im Zusammenhang mit der Schutzgesetzverletzung erwähnt, fallen unter den Schutzbereich dieser Normen auch die aus einem Ehebruch resultierenden Vermögensschäden des geschädigten Ehegatten.¹³³ Der Eingriff in die Ehe durch ein sexuelles Verhältnis führt zunächst einmal dazu, dass der ehebrecherische Ehegatte einen Scheidungsgrund setzt, der zu einem Ehescheidungsverfahren führen kann. Dies soll unter anderem durch § 90 Abs 1 ABGB verhindert werden. Ein Rechtswidrigkeitszusammenhang besteht daher

¹³⁰ Das Vorliegen besonderer Zurechnungsmomente, wie etwa einer bestehenden Aufklärungspflicht oder einer absichtlichen sittenwidrigen Schädigung würde das Handeln oder Unterlassen des Dritten rechtswidrig machen.

¹³¹ Vgl dazu auch *Hofmann/Grüblinger*, EF-Z 2009/114, (172).

¹³² *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (2).

¹³³ OGH 6 Ob 529/84 SZ 57/53.

hinsichtlich jener Kosten, die für das Scheidungsverfahren und dessen Vorbereitung ausgelöst werden.¹³⁴

Im Bereich des Rechtswidrigkeitszusammenhangs kommt auch der Unterscheidung zwischen Abwicklungs- und Bestandsinteresse entscheidende Bedeutung zu.

aa Abwicklungs- und Bestandsinteresse

Der OGH¹³⁵ und die überwiegende Literatur¹³⁶ gehen davon aus, dass das Abwicklungsinteresse, nicht jedoch das Interesse am Bestand der Ehe im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit dem Ehebruch liegen.

Unter dem Begriff Bestandsinteresse fällt das Interesse am Fortbestand der Ehe und der Erfüllung der ehelichen Pflichten. Das Bestandsinteresse ist daher vergleichbar mit dem Erfüllungsinteresse¹³⁷. Der Ersatz dieses Interesses ist ausgeschlossen, da das EheG davon ausgeht, dass die Ehe scheidbar ist und die daraus resultierenden vermögensrechtlichen Konsequenzen abschließend geregelt sind.¹³⁸

Hingegen fallen die Abwehrkosten, Beseitigungskosten und Folgekosten unter den Begriff des Abwicklungsinteresses und sind schadenersatzrechtlich einklagbar.¹³⁹ Dies sind also jene Kosten, die nicht im Vertrauen auf den Bestand der Ehe erwachsen sind.¹⁴⁰

¹³⁴ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (137).

¹³⁵ OGH 1 Ob 146/98x EFSlg 87.331, 88.196, 88.202 = JBI 1998, 723 = ÖJZ EvBl 1998/189 = ÖJZ-LSK 1998/204 = ÖJZ-LSK 1998/211; 7 Ob 195/02f EFSlg 100.719, 100.721, 100.723, 100.724, 100.726; 5 Ob 183/04d EFSlg 109.098, 108.102, 108.103.

¹³⁶ *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (8); *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 19; *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (137).

¹³⁷ OGH 6 Ob 124/02g SZ 2003/16 = *ecolex* 2003/239 = EFSlg 103.139, 104.759 = RdW 2003/357 = ZVR 2004/5.

¹³⁸ *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (8); *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 19.

¹³⁹ Siehe FN 135.

¹⁴⁰ OGH 3 Ob 505/96 SZ 70/163 = EFSlg 83.030, 84.440, 84.442 = JBI 1998, 243 = *JUS Z*/2407 = *ZfRV* 1998, 79.

*Welser*¹⁴¹ nennt im Zusammenhang mit dem Begriff Abwicklungsinteresse die Kosten der Ehelichkeitsbestreitungsklage, die Detektivkosten und die Kosten des Scheidungsverfahrens.

Auch *Koziol*¹⁴² subsumiert die oben genannten Kosten unter das Abwicklungsinteresse, zählt jedoch auch die Kosten der Entbindung und die Unterhaltskosten des im Ehebruch gezeugten Kindes zu diesen.

*Gitschthaler*¹⁴³ teilt grundsätzlich diese Meinung, weist jedoch darauf hin, dass die Vermeidung der Zeugung eines außerehelichen Kindes und die daraus resultierenden Unterhaltszahlungen des Scheinvaters nicht mehr vom Schutzzweck des § 90 Abs 1 ABGB erfasst sind.

Der Ansicht *Gitschthalers* ist jedoch meines Erachtens nicht zu folgen. Betrachtet man nach der teleologischen Interpretation den Schutzzweck einer Norm, also konkret § 90 Abs 1 ABGB so wird doch die eheliche Treuepflicht auch den Ehemann davor schützen wollen, dass er nicht ein Kind eines anderen Mannes für sein Eigenes hält, da er ja grundsätzlich wegen der Ehelichkeitsvermutung als gesetzlicher Vater des in der Ehe geborenen Kindes gilt. Auch der historische Gesetzgeber wird einen diesbezüglichen Schutz des Ehemanns durch die Normierung der ehelichen Treuepflicht bezweckt haben.

Es zeigt sich, dass noch Uneinigkeit über die Zuordnung der Kosten unter den einen oder anderen Interessensbegriff herrscht. Teilweise werden Unterhaltskosten dem Begriff Abwicklungs- oder Bestandsinteresse zugeordnet. Auch Schäden einer psychischen Erkrankung sind nicht durch das Vertrauen auf den Bestand der Ehe erwachsen, sondern resultieren vielmehr aus der Auflösung der Ehe und müssten daher eigentlich dem Abwicklungsinteresse zugeordnet werden.¹⁴⁴ Der OGH hat jedoch solche Gesundheitsschäden explizit nicht unter diesem Begriff subsumiert.¹⁴⁵

¹⁴¹ *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (8).

¹⁴² *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 19.

¹⁴³ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (137); aA *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2a³ § 1295 Rz 60.

¹⁴⁴ *Hofmann/Grüblinger*, EF-Z 2009/114, (171).

¹⁴⁵ OGH 6 Ob 124/02g SZ 2003/16 = ecolex 2003/239 = EFSIlg 103.139, 104.759 = RdW 2003/357 = ZVR 2004/5.

4. Verschulden

Das Verschulden des ehewidrig handelnden Ehegatten kann grundsätzlich bejaht werden, weiß er doch über den Bestand der Ehe und die daraus entspringende Treuepflicht Bescheid. Der Ehegatte, der eine außereheliche Beziehung unterhält, muss wissen, was er seinem Ehepartner zumuten kann und für sein Verhalten sowohl auf scheidungs- als auch schadenersatzrechtlicher Ebene einstehen.¹⁴⁶

Dem Dritten kann eine intime Beziehung mit einer verheirateten Person nur dann subjektiv vorgeworfen werden, wenn er vom Bestehen der Ehe wusste oder zumindest wissen hätte können. Nicht nur vorsätzliches Handeln des Dritten, wenn er eine Beziehung mit einer Person eingeht, von der er wusste, dass sie verheiratet ist, auch eine auf einem Mangel der gehörigen Sorgfalt zurückzuführende Unwissenheit über den Bestand der Ehe würde dem Dritten als Verschulden anzulasten sein. Nun stellt sich die Frage, ob den Dritten eine etwaige Nachforschungspflicht trifft.¹⁴⁷ Der OGH hat eine Nachforschungspflicht des Dritten im Interesse der allgemeinen Handlungsfreiheit verneint. Die Freiheit der Menschen ihre Beziehungen zueinander zu gestalten, wäre durch eine etwaige Erkundigungspflicht über den Familienstand der anderen Person, mit der man allenfalls in intimen Kontakt treten will, übermäßig eingeschränkt.¹⁴⁸ Eine Nachforschungspflicht des Dritten sollte nach *Haas* jedoch etwa dann gegeben sein: „*wenn konkrete Indizien vorliegen, die den Bestand einer aufrechten Ehe nahelegen*“¹⁴⁹. Nach dieser Ansicht würde dem Dritten eine unterlassene Erkundigung nach dem aufrechten Bestand einer Ehe, wenn konkrete Indizien - etwa das Tragen eines Eherings – vorliegen, als *dolus eventualis* vorgeworfen werden können.

¹⁴⁶ *Haas*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 111/10b, EF-Z 2010/158 (236).

¹⁴⁷ Vgl dazu *Hofmann/Grüblinger*, EF-Z 2009/114, (172).

¹⁴⁸ OGH 4 Ob 52/06k EF-Z 2007/63 = JUS Z/4322 = ÖJZ EvBl 2007/75 = RZ 2007/EÜ 220, 123 = Zak 2007/239.

¹⁴⁹ *Haas*, EF-Z 2010/158 (237).

Das Verschulden des Dritten muss jedoch von Fall zu Fall unterschiedlich beurteilt werden. Es wird daher auf das Verschulden des Dritten bei den konkreten Schadensfällen noch genauer Bezug genommen.

IV. Rückforderbarkeit zu Unrecht geleisteter Unterhaltsbeiträge des Scheinvaters

Glaukt man einschlägigen Umfragen und Studien, dann stammt eine große Zahl¹⁵⁰ von ehelichen Kindern nicht vom Ehemann der Mutter ab. Oft erfährt der vermeintliche Vater erst Jahre später, dass es sich bei seinem Kind um ein „Kuckuckskind“ handelt. Das folgende Kapitel beschäftigt sich mit der Frage ob und wie der Scheinvater die Rückerstattung der bis zu diesem Zeitpunkt getätigten Leistungen verlangen kann.

A. Der Kindesunterhalt

Die Eltern sind gemäß § 140 ABGB verpflichtet, anteilsgemäß, nach ihren Kräften für den Unterhalt ihres Kindes, bis zu seiner Selbsterhaltungsfähigkeit aufzukommen. Die Bezeichnung „Kind“ im Unterhaltsrecht bezieht sich nur auf das rechtliche Abstammungsverhältnis. Auch volljährige Kinder können kraft Gesetz unterhaltsberechtig sein.¹⁵¹ Als Mutter gilt gemäß § 137b ABGB immer die Frau, die das Kind geboren hat. Als Vater gilt bei aufrechter Ehe laut § 138 Abs 1 Z 1 ABGB der Mann, der mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet ist oder als Ehemann der Mutter nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben ist.

Das Ausmaß der Unterhaltspflicht richtet sich zum einen nach der Leistungsfähigkeit der Eltern und zum anderen nach den Bedürfnissen des Kindes.

¹⁵⁰ *Huber* spricht in seinem Aufsatz sogar von zehn Prozent der Kinder; vgl *Huber*, iFamZ 2008, 244 (244).

¹⁵¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁵ (2010) 85.

Auch die persönlichen Eigenschaften wie Anlagen, Fähigkeiten und die Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes sind zu berücksichtigen. Daraus ist zu entnehmen, dass die Unterhaltspflicht nicht bloß den Lebensbedarf des Kindes abdecken, sondern darüber hinaus eine Teilhabe am Lebensstandard der Eltern ermöglichen soll.¹⁵² Unter den Unterhaltsanspruch des Kindes fallen auf jeden Fall die Kosten zur Deckung des gesamten Lebensbedarfs, wozu Nahrung, Wohnmöglichkeit, Kleidung, Hygiene, die Betreuung und auch Erholung und Freizeitgestaltung gehören. Ebenfalls sind Kindergarten- und Schulkosten sowie ein angemessenes Taschengeld zu erbringen.¹⁵³

Wie bereits erwähnt haben die Eltern im Verhältnis ihrer Leistungsfähigkeit gemeinsam den Unterhaltsbedarf des Kindes zu decken. Wird das Kind von einem Elternteil in dessen eigenen Haushalt betreut, so leistet er damit in der Regel seinen vollen Unterhaltsbeitrag. Der andere Elternteil ist in diesem Fall verpflichtet, die übrigen Bedürfnisse des Kindes abzudecken.¹⁵⁴

Der Anspruch auf Unterhalt steht nur dem Kind selbst zu, daher kann der betreuende Elternteil diesen auch nicht im eigenen Namen geltend machen. Wird das Unterhaltsbegehren von einem Elternteil bei Gericht eingebracht, so ist davon auszugehen, dass dies im Namen und in Vertretung des Kindes geschieht.¹⁵⁵

Der Unterhaltsanspruch entsteht, unabhängig von der Kenntnis des Unterhaltspflichtigen¹⁵⁶, mit der Geburt¹⁵⁷ und endet mit dem Tod oder der Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes.¹⁵⁸

Unterhaltsansprüche verjähren gemäß § 1480 ABGB nach drei Jahren. Der Anspruch muss somit nicht sofort nach Entstehen, sondern erst innerhalb der

¹⁵² *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 176; vgl auch OGH 7 Ob 579/90 SZ 63/121.

¹⁵³ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² (2008) Rz 1.

¹⁵⁴ *Hinteregger*, Familienrecht⁴ 178; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁵ 85.

¹⁵⁵ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 10.

¹⁵⁶ OGH RIS-Justiz RS0102045; vgl auch 7 Ob 39/00m EFSlg 91.927, 92.191, 92.237 = ÖA 2000, 176 = ÖA 2000, U 319.

¹⁵⁷ OGH 1 Ob 2201/96z SZ 70/84 = ecolex 1997, 842 = EFSlg 84.487 = JBI 1997, 655 = KRSlg 1999/1687 = ÖJZ-LSK 1997/248 = RZ 1998/41 = ZVR 1998/63; vgl auch LGZ Wien 43 R 151/06h EFSlg 113.185, 113.396, 115.035, 115.036.

¹⁵⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁵ 86.

Dreijahresfrist geltend gemacht werden. Das Recht auf Unterhaltsgewährung selbst erlischt hingegen erst nach 30 Jahren.¹⁵⁹ Die Verjährung der Ansprüche ist jedoch gemäß § 1495 ABGB gehemmt, solange der Unterhaltspflichtige mit der Obsorge des Kindes betraut ist. Das ist auch noch dann der Fall, wenn ein Elternteil zwar die Familie verlässt, jedoch ein Obsorgeverfahren nicht eingeleitet wurde.¹⁶⁰

Da Unterhaltsansprüche erst nach drei Jahren verjähren, können sie für diesen Zeitraum auch rückwirkend geltend gemacht, erhöht¹⁶¹, aber auch eingeschränkt oder aufgehoben¹⁶² werden. Nach Meinung des OGH steht der rückwirkenden Geltendmachung des Unterhalts auch kein schützenswertes Vertrauen des Verpflichteten entgegen, dass, wegen des bisherigen Unterbleibens der Unterhaltsforderungen, keine oder keine höheren Leistungen mehr von ihm eingefordert werden.¹⁶³

Eine Verwirkung des Kindesunterhaltsanspruchs sieht das Gesetz nicht vor. Möglich ist es den Unterhalt auf das Nötigste herabzusetzen, etwa dann, wenn das Kind ein Verhalten setzt, das den Entzug des Pflichtteils rechtfertigen würde.¹⁶⁴

¹⁵⁹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 69.

¹⁶⁰ OGH 3 Ob 508/94 ecolex 1995, 332 = JBI 1995, 167 = JUS Z/1690; dazu auch *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 71.

¹⁶¹ LG Feldkirch 1 R 116/02w, EFSlg 99.296, 99.301, 99.322, 99.481, 99.654, 99.677, 99.678, 99.724, 99.738, 101.479.

¹⁶² OGH 5 Ob 564/90 SZ 63/181.

¹⁶³ OGH 7 Ob 71/02w EFSlg 101.957, 99.296, 99.299, 99.935, 99.938, 99.952, 99.960, 100.097 = MietSlg 54.611 = ÖA 2003, U 375 = ÖA 2003, 35; dazu auch *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁵ 88.

¹⁶⁴ OGH RIS-Justiz RS0047504; dazu *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁵ 87.

B. Scheinvaterregress

1. Gegenüber dem Unterhaltsempfänger

Eine Leistungskondition gegen den Zahlungsempfänger, das Kind, kann der Scheinvater gemäß § 1431 ABGB wegen der Zahlung einer Nichtschuld begehren.¹⁶⁵

a. Judikatur 33 neu

Für die Rückforderung irrtümlich gezahlter Unterhaltsbeiträge gilt Judikatur 33 neu.¹⁶⁶ Danach können Unterhaltsbeiträge nicht zurück gefordert werden, wenn sie der Unterhaltsempfänger in gutem Glauben verbraucht hat. Der OGH begründet seine Entscheidung, mit dem Vorliegen eines gewissen Schuldlements auf der Seite des Zahlenden, und damit, dass bei einem gutgläubigen Verbrauch von keiner echten Bereicherung gesprochen werden kann.¹⁶⁷

b. Analogie zu §399b EO

§ 399b Abs 1 EO bezieht sich auf die Bestimmung für den vorläufigen Unterhalt von Minderjährigen gemäß § 382a EO. Ein Minderjähriger kann nach § 382a EO einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Unterhalts durch einen Elternteil stellen, wenn er nicht in dessen Haushalt betreut wird und der Elternteil nicht aufgrund eines vollstreckbaren Unterhaltstitels zur Unterhaltsleistung verpflichtet ist. Zugleich mit dem Antrag muss ein Verfahren zur Bemessung des Unterhalts des Minderjährigen gegen den Elternteil anhängig gemacht werden oder bereits anhängig sein. Wird die einstweilige Verfügung nach § 382a EO aufgehoben oder eingeschränkt, kann der Unterhaltsverpflichtete den Ersatz der zu Unrecht erbrachten Beträge an den Minderjährigen verlangen. Für den Grund und die Höhe

¹⁶⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁵ 89.

¹⁶⁶ OGH RIS-Justiz RS0033609.

¹⁶⁷ OGH 1 Ob 295/00i EFSlg 97.104, 97.105, 97.106, 97.108, 97.109 = JBI 2001, 381 = ÖJZ EvBl 2001/114 = ÖJZ-LSK 2001/117 = ÖJZ-LSK 2001/118; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 845.

des Ersatzanspruches ist entscheidend, ob der Minderjährige oder sein Vertreter wusste oder wissen musste, dass der Unterhaltsanspruch nicht oder nicht in dieser Höhe bestanden hat.¹⁶⁸

Die analoge Anwendung des § 399b EO stößt zwar laut *Gitschthaler*¹⁶⁹ wegen der Verschärfung der Voraussetzungen für Ersatzansprüche bei der Literatur auf Ablehnung, jedoch würde nach Meinung des OGH die Anwendung des § 399b EO eine Vereinfachung für den Unterhaltspflichtigen darstellen, da bei gutgläubigem Verbrauch grundsätzlich gar kein Kondiktionsanspruch mehr zusteht und nach § 399b EO zumindest ein geminderter Anspruch bestehen kann.

c. Verbrauch/Redlichkeit

Für den Ausschluss der Rückforderbarkeit der Beiträge müssen diese auch tatsächlich verbraucht worden sein. Der zugeflossene Unterhalt darf also nicht mehr vorhanden sein, beziehungsweise darf nichts Gegenteiliges vom Unterhaltspflichtigen bewiesen werden können.¹⁷⁰ Grundsätzlich ist der Unterhaltsempfänger verpflichtet den Verbrauch zu beweisen, jedoch wird dies prinzipiell vermutet. Daher wird dem Unterhaltsverpflichteten die Beweiserbringung des Gegenteils dahingehend erleichtert, dass er lediglich darzutun hat, warum eine solche Vermutung in diesem Fall nicht zwingend ist. Gegen die Vermutung des Verbrauchs spricht etwa, dass der Unterhaltsberechtigte hohe Unterhaltsleistungen erhält und nicht ersichtlich ist, dass diese aufgrund seiner bisherigen Lebensführung tatsächlich aufgebraucht wurden.¹⁷¹

Redlich ist der Unterhaltsverbrauch nur dann, wenn der Empfänger der Leistung in Bezug auf die Existenz des Kondiktionsanspruchs keine Zweifel hatte. Nach Ansicht des OGH ist der Empfänger demnach schon dann schlechtgläubig, wenn er bei Anwendung der von ihm zu erwartenden Sorgfalt, Zweifel an der

¹⁶⁸ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 847; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁵ 77f.

¹⁶⁹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 847.

¹⁷⁰ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 848.

¹⁷¹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 854.

Rechtmäßigkeit der empfangenen Unterhaltsleistung haben müsste. Bereits ein fahrlässiger Verbrauch der Leistung schadet.¹⁷² Spätestens ab Zustellung der Oppositionsklage oder einer Unterhaltsherabsetzungsklage ist Redlichkeit und damit der gutgläubige Verbrauch nicht mehr anzunehmen.¹⁷³

Nach dem bisher Gesagten ist daher eine Rückforderung der Unterhaltsleistungen aufgrund von Bereicherungsansprüchen gegen das Kind wenig erfolgversprechend. Erstens wird der Unterhalt in den meisten Fällen bereits gutgläubig verbraucht worden sein und zweitens scheitert der Anspruch auf Ersatz auch aus dem Grund, dass der Scheinvater zum Zeitpunkt der Leistungserbringung noch der rechtliche Vater des Kindes war und somit nur seine eigene Unterhaltspflicht erfüllte.¹⁷⁴

2. Gegenüber der Mutter des Kindes

Anfänglich gewährte der OGH dem Scheinvater noch Bereicherungsansprüche gegen die Mutter des Kuckuckskindes. In seiner Entscheidung SZ 27/175¹⁷⁵ aus dem Jahre 1954 gestand der OGH dem Scheinvater einen Bereicherungsanspruch zu und verpflichtete die Mutter zu einer Rückzahlung der Unterhaltsbeiträge. Richtigerweise wendet jedoch *Gitschthaler*¹⁷⁶ ein, dass es nicht ersichtlich ist, worin die Bereicherung der Mutter liegen sollte, da der Geldunterhalt ja für das Kind aufgewendet wird und sie bei der Empfangnahme des Unterhalts nur als Vertreter des Kindes tätig wird.

Somit sind auch die Erfolgchancen, das Geld auf bereicherungsrechtlicher Ebene von der Mutter des Kindes zurück zu bekommen, eher gering.

¹⁷² OGH 3 Ob 2065/96i EFSlg 81.593, 81.594 = JBI 1996, 727 = JUS Z/2039.

¹⁷³ OGH 3 Ob 219/98x EFSlg 90.234 = JUS Z/2930.

¹⁷⁴ *Rummel*, Anmerkung zu 4 Ob 201/07y, EF-Z 2008/58 (101f).

¹⁷⁵ OGH 3 Ob 379/54, SZ 27/175.

¹⁷⁶ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (129); zust *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁵ 89.

3. Gegenüber dem Dritten (Bereicherungsausgleich)

Nach ständiger Rechtsprechung hat der Scheinvater gemäß § 1042 ABGB einen Rückersatzanspruch gegen den wirklichen Vater und zwar für jene Unterhaltsleistungen, die dieser bis zur Feststellung seiner Nichtvaterschaft dem Unterhaltsberechtigten erbracht hat. Der Rückforderungsanspruch kann erst mit der Beseitigung des Vaterschaftsanerkenntnisses oder der Vaterschaftsvermutung als Ehemann der Mutter geltend gemacht werden, da der Scheinvater bis dahin seine eigene und keine fremde Schuld erfüllt.¹⁷⁷

Hierzu normiert § 1042 ABGB: „*Wer für einen anderen einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetz selbst hätte machen müssen, hat das Recht, den Ersatz zu fordern.*“ Dieser Rückersatzanspruch ist ein Unterfall des Verwendungsanspruchs¹⁷⁸ nach § 1041 ABGB und setzt ein dreipersonales Verhältnis voraus. Die Bereicherung tritt dabei durch eine Leistung ein, die nicht an den Bereicherten selbst, sondern an einen Dritten erfolgt. Die Bereicherung liegt daher in der Erfüllung einer fremden Schuld durch den Verkürzten.¹⁷⁹ Der Vorteil des biologischen Vaters liegt daher in der Befreiung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Unterhaltsberechtigten, durch die Unterhaltsleistung des Scheinvaters. Die Anwendbarkeit des § 1431 ABGB gegen das Kind schließt daher grundsätzlich die Befreiungswirkung der Zahlung des Scheinvaters zugunsten des biologischen Vaters aus.¹⁸⁰ Laut OGH ist dabei ausreichend, dass der Anspruch zwar nicht erlischt, jedoch der Schuldner sich die Leistung durch das Einschreiten des Verkürzten vorläufig erspart hat.¹⁸¹

Der Rückforderungsanspruch gemäß § 1042 ABGB scheidet jedoch aus, wenn die Leistung aufgrund einer eigenen Rechts- oder Vertragspflicht des

¹⁷⁷ OGH 4 Ob 201/07y SZ 2007/193 = ecolex 2008/176 = EFSlg 117.243 = EF-Z 2008/36 = EF-Z 2008/58 (*Rummel*) = iFamZ 2008/37 = iFamZ 2008, 244 (*Huber*) = ÖJZ EvBl 2008/69 = ÖA 2008, U 532, 24 = RZ 2008/EÜ 227, 207 = Zak 2008/114.

¹⁷⁸ Zust *Schurr* in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 1042 Rz 1; aA *Rummel* in *Rummel*, ABGB I³ § 1042 Rz 1.

¹⁷⁹ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht¹³ (2007) 290.

¹⁸⁰ Dazu ausführlich *Rummel*, Altes und Neuse zu § 1042 ABGB JBl 2008, 432 (437f).

¹⁸¹ OGH 3 Ob 82/60 SZ 33/41.

Leistenden gegenüber dem Dritten erbracht wurde. Ein Anspruch gemäß § 1042 ABGB besteht daher nur dann, wenn weder zwischen dem Leistungsempfänger und dem Leistenden, noch zwischen dem Bereicherten und dem Leistenden, sondern nur zwischen dem Bereicherten und dem Leistungsempfänger, eine gültige Rechtsbeziehung bestand, die zur Leistung verpflichtet hätte.¹⁸²

a. Rückforderungswille

Unter Rückforderungswille oder *animus obligandi* ist die Absicht des Leistenden zu verstehen, zum Zeitpunkt seiner Leistungserbringung, diese vom Bereicherten zurück verlangen zu wollen.¹⁸³ Der Wille für den Aufwand Ersatz verlangen zu wollen, bedarf im Normalfall keines besonderen Beweises des Leistenden, da von vornherein nicht angenommen werden kann, dass dieser jemanden aus seiner Verpflichtung entlassen würde.¹⁸⁴ Am vorhandenen *animus obligandi* besteht kein Zweifel, wenn der Unterhalt im Bewusstsein geleistet wurde, für einen anderen einen Aufwand zu tätigen. Das gleiche gilt für einen Aufwand des Leistenden aufgrund eines unverschuldeten Irrtums.¹⁸⁵ Die Leistung wird in diesem Fall nicht mit dem Willen erbracht, einen Anderen dadurch zu entlasten, sondern ist Folge eines Irrtums. Daher ist der Anspruch des Scheinvaters auf Ersatz gemäß § 1042 ABGB nicht schon deshalb zu verneinen, weil er die Unterhaltszahlungen in der Überzeugung leistete, dadurch eine eigene Schuld zu erfüllen. Der OGH geht in seiner Entscheidung SZ 57/121¹⁸⁶ von einem hypothetischen Rückforderungswillen des Irrenden aus. Dem Scheinvater steht daher nur dann kein Rückzahlungsanspruch zu, wenn er nachweislich die Beiträge in der Absicht erbracht hat, keinen

¹⁸² *Rummel*, JBI 2008, 432 (436ff); siehe auch Bürgschaftsfall OGH 4 Ob 518/96 SZ 69/40 = *ecolex* 1996, 742 = *EujurZ* 1996 H 4, 5 = HS 27.538, 27.677, 27.681, 27.831 = ÖBA 1996, 812 = ÖJZ EvBl 1996/108 = ÖJZ-LSK 1996/195 = ÖJZ-LSK 1996/289/292/293 = RdW 1997, 12.

¹⁸³ OGH RIS-Justiz RS0024957; vgl auch 1 Ob 71/68 SZ 41/39; LGZ Wien 44 R 26/05g EFSlg 111.084, 111.095.

¹⁸⁴ *Koziol/Welser*, Grundriss II¹³ 290.

¹⁸⁵ Zwfl *Rummel* in *Rummel*, ABGB I³ § 1042 Rz 7; aA *Schurr* in *Schwimmann*, ABGB-TaKomm § 1042 Rz 2.

¹⁸⁶ OGH 1 Ob 618/84 SZ 57/121.

Ersatz fordern zu wollen. Der Bereicherte trägt jedoch die Behauptungs- und Beweislast für einen mangelnden Ersatzwillen.¹⁸⁷

b. Höhe des Rückforderungsanspruchs

Da der Ersatzanspruch nach § 1042 ABGB gegen den tatsächlichen Vater keinen Unterhaltsanspruch darstellt, hat eine Unterhaltsbemessung nicht statt zu finden.¹⁸⁸ Der Anspruch ist jedoch zeitlich und inhaltlich durch die Unterhaltspflicht des wahren Vaters beschränkt. Somit kommt es doch darauf an, in welchem Ausmaß der Bereicherte im Zeitpunkt der Unterhaltserbringung selbst unterhaltspflichtig gewesen wäre.¹⁸⁹ Der Umfang des Ersatzanspruches ist daher einerseits dadurch begrenzt, dass er nicht höher sein kann, als die tatsächlich erbrachte Leistung des Scheinvaters, und andererseits nicht die Unterhaltsverpflichtung des wahren Vaters übersteigen darf.¹⁹⁰ *Gitschthaler*¹⁹¹ spricht in diesem Zusammenhang von der „Leistungskomponente“ des Scheinvaters und der „Leistungsfähigkeitskomponente“ des wahren Unterhaltspflichtigen. Im Verfahren über den Anspruch des Scheinvaters nach § 1042 ABGB ist die Höhe der Unterhaltsverpflichtung des wahren Vaters selbständig anhand einer Vorfrage zu prüfen. Dabei sind all jene Umstände zu berücksichtigen, die für die seinerzeitige Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen von Bedeutung waren.¹⁹²

In Bezug auf die Unterhaltserbringung des Scheinvaters sind mehrere Varianten denkbar. Hat er aufgrund getrennter Haushalte eine Geldleistung erbracht, so ist diese für den Ersatzanspruch heran zu ziehen. Haben aber Scheinvater und Kind im gemeinsamen Haushalt gelebt, so kommt es auf die Art der erbrachten Leistung an. Bestand diese ausschließlich in Naturalleistungen, also in Form der Nahrungs-, Wohnversorgung und dergleichen, so ist der Durchschnittsbedarf eines

¹⁸⁷ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 858; *Rummel*, JBI 2008, 432 (434).

¹⁸⁸ RIS-Justiz RS0020064; *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (130).

¹⁸⁹ RIS-Justiz RS0048517.

¹⁹⁰ *Huber*, iFamZ 2008, 244 (247).

¹⁹¹ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (130).

¹⁹² *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 866.

gleichaltrigen Kindes heranzuziehen.¹⁹³ Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Höhe des erbrachten Unterhaltes, entstehen vor allem dann, wenn der Scheinvater selbst keine Geldleistungen erbracht hat, sondern das Kind „nur“ betreute. Eine wirklich genaue Bewertung dieser Leistung kann nur durch einen beruflich qualifizierten Sachverständigen erfolgen, was jedoch eine enorme Erhöhung des Regressanspruches zur Folge hätte. Andererseits so *Gitschthaler*¹⁹⁴ würden dadurch durch die Gerichte die Fragen bezüglich der Wertigkeit der „Hausfrauentätigkeit“ beantwortet werden.

c. Die Verjährungsproblematik

Die Verjährungsfrist des Aufwändersatzanspruches gemäß § 1042 ABGB folgt aus Gründen des Schuldnerschutzes jener der getilgten Forderung. Diese Ansicht vertrat der OGH erstmals in seiner Entscheidung 4 Ob 15/05t¹⁹⁵, in welcher es um die Möglichkeit der Rückforderung von erbrachten Pflegeleistungen einer Mutter ging, die der Schädiger ihrer Tochter selbst hätte tragen müssen. Nach Ansicht des OGH unterliegt somit der Regressanspruch keiner längeren Verjährungsfrist als der zugrunde liegende Schadenersatzanspruch.

*Beclin*¹⁹⁶ wies darauf hin, dass diese Entscheidung weitreichende Folgen im Bereich des Unterhaltsrechtes haben werde. Für den Verwendungsanspruch des Scheinvaters gegen den Unterhaltspflichtigen werde nun nicht wie nach alter Rechtsprechung die 30-jährige Frist, sondern die Dreijahresfrist für den Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Unterhaltspflichtigen gemäß § 1480 ABGB gelten.

¹⁹³ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (130).

¹⁹⁴ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (130).

¹⁹⁵ OGH 4 Ob 15/05t SZ 2005/50 = ecolex 2005/273 = EFSlg 111.093, 111.094 = EF-Z 2006/9 (*Beclin*) = EF-Z 2006/22 (*Perner/Spitzer*) = JUS Z/4002 = JBI 2005, 654 = ÖJZ EvBl 2005/159 = ÖJZ-LSK 2005/180 = RdW 2005/614 = ZVR 2006/32.

¹⁹⁶ *Beclin*, Anmerkung zu OGH 4 Ob 15/05t, EF-Z 2006/9 (19ff).

Der OGH bestätigte diese Ansicht, indem er in seiner Entscheidung 8 Ob 68/06t¹⁹⁷ auch für Unterhaltsrückforderungen die dreijährige Verjährungsfrist für anwendbar erklärte.

Zur Verjährung meint jedoch *Rummel*¹⁹⁸, dass für den Beginn jener Zeitpunkt ausschlaggebend sei, zu dem das Rückforderungsrecht erstmalig geltend gemacht werden konnte. Dies ist jener Zeitpunkt, zu dem, dem Rückforderungsrecht kein rechtlicher Hinderungsgrund mehr gegenüber steht. Daher beginnt die Verjährungsfrist für den Anspruch gemäß § 1042 ABGB des Scheinvaters gegenüber dem wahren Vater erst mit der Rechtskraft des Urteils, welches die Ehelichkeit des Kindes widerlegt beziehungsweise mit der rechtskräftigen Beseitigung des Vaterschaftsanerkenntnisses, weil der Scheinvater bis zu diesem Zeitpunkt seine rechtliche Leistungspflicht erfüllt.

Der Verjährungsbeginn mit Rechtskraft der Feststellung der Nichtvaterschaft stellt jedoch dann für den Scheinvater ein Problem dar, wenn der wahre Vater noch nicht feststeht, überhaupt unbekannt ist, oder seine Vaterschaft erst nach Ablauf der dreijährigen Frist festgestellt wird.

*Huber*¹⁹⁹ plädiert daher für eine Lösung, nach der die dreijährige Verjährungsfrist erst ab dem Zeitpunkt beginnt, zu dem die Vaterschaft des wahren Erzeugers feststeht, da der Scheinvater erst zu diesem Zeitpunkt seinen Anspruch auf Rückersatz geltend machen kann.

Hierzu wendet *Gitschthaler* zutreffend ein, dass diese Lösung „*im Widerspruch zu jener Rechtsprechung stünde, die die Ansprüche eines Kindes, das seinen Vater zunächst gar nicht kennt, mit der dreijährigen Verjährungsfrist ab Unterhaltsantragstellung begrenzt, unabhängig davon, warum eine frühere Antragstellung nicht möglich gewesen war*“²⁰⁰. Daher müsste auch die Verjährungsfrist für den Anspruch des Kindes erst mit der Vaterschaftsfeststellung des wahren Vaters zu laufen beginnen. Subjektive Hindernisse, die sich aus der

¹⁹⁷ OGH 8 Ob 68/06t EFSIlg 114.076 = EF-Z 2006/50 (*Gitschthaler*) = Zak 2006/562.

¹⁹⁸ *Rummel*, EF-Z 2008/58 (101).

¹⁹⁹ *Huber*, iFamZ 2008,244 (246).

²⁰⁰ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (131).

Person des Unterhaltsberechtigten ergeben²⁰¹, haben laut OGH keinen Einfluss auf die Verjährungszeit, allein die objektive Möglichkeit zu klagen, sei ausschlaggebend.²⁰²

Aus diesem Grund beginnt unabhängig davon, ob der wahre Vater bekannt ist oder nicht, die dreijährige Verjährungsfrist mit der Feststellung der Nichtvaterschaft des Scheinvaters.

Innerhalb dieser Frist kann somit der Scheinvater den gesamten Unterhaltsaufwandsanspruch nach § 1042 ABGB geltend machen.²⁰³

Aus bereicherungsrechtlicher Sicht kann der Scheinvater also mit Aussicht auf Erfolg nur gegen den biologischen Vater des Unterhaltsberechtigten vorgehen. Jedoch auch der Bereicherungsanspruch gegen den Unterhaltsverpflichteten ist in mehrfacher Weise begrenzt. Einerseits kann der Anspruch nicht höher sein als die tatsächlich erbrachten Unterhaltsleistungen des Scheinvaters und andererseits kann er nicht höher sein als die Unterhaltungspflicht des wahren Vaters. Sofern daher der Scheinvater zum Zeitpunkt der Unterhaltserbringung wirtschaftlich leistungsfähiger war als der biologische Vater, würde es für den Scheinvater von Vorteil sein, wenn er seine Unterhaltsleistungen auf schadenersatzrechtlichem Wege geltend machen kann.

d. Inzidentfeststellung des biologischen Vaters

Nun kann der Scheinvater mit dem Problem konfrontiert sein, dass er zwar weiß, wer der wahre Vater ist, jedoch die Antragsberechtigten nach § 163 Abs 1 Satz 2 ABGB also das Kind oder bei dessen Minderjährigkeit seine Mutter als gesetzlicher Vertreter gemäß § 166 ABGB aus irgendeinem Grund keinen Antrag auf Feststellung der Abstammung des Kindes von dem biologischen Vater stellt. Zwar ist auch der leibliche Vater antragsberechtigt, jedoch wird eine Feststellung der Vaterschaft

²⁰¹ OGH RIS-Justiz RS0034248.

²⁰² OGH 3 Ob 134/08i ecolex 2009/33 = EF-Z 2009/50 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2009/32 (*Neumayr*) = JBI 2009, 367 = RZ 2009/EÜ 198, 93.

²⁰³ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (131).

wegen der drohenden Rückgriffsansprüche nicht in seinem Interesse liegen. Daher stellt sich die Frage, ob der Scheinvater die tatsächliche Vaterschaft des wahren Vaters, im Regressprozess anhand einer Vorfrage klären lassen kann.²⁰⁴

Nach Ansicht der überwiegenden Lehre²⁰⁵, wird durch § 138 ABGB abschließend geregelt, wer Vater eines Kindes ist. Daher ist eine selbständige Prüfung der Vaterschaft anhand einer Vorfrage ausgeschlossen. Andererseits würde die erga-omnes-Wirkung der Vaterschaft gemäß § 138a Abs 1 ABGB unterlaufen. Dem wird jedoch entgegengehalten, dass dies nicht auf jene Fälle zutrifft, in denen ein Kind keinen Vater im rechtlichen Sinn hat.²⁰⁶

Auch der deutsche Bundesgerichtshof hat nun in seiner Entscheidung²⁰⁷ eine inzidente Feststellung der Vaterschaft unter gewissen Vorraussetzungen erlaubt. Die inzidente Feststellung der Vaterschaft sei dann zulässig, wenn davon auszugehen sei, dass ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren auf längere Zeit nicht stattfinden wird, entweder weil die Antragsbefugten dies ausdrücklich ablehnen oder von dieser Möglichkeit seit längerer Zeit kein Gebrauch gemacht wurde. Desweiteren darf die inzidente Feststellung nicht gegen die Interessen des Kindes verstoßen. Dabei vertrat der deutsche BGH jedoch die Meinung, dass dies in aller Regel nicht der Fall sei, da das rechtlich vaterlose Kind ja Kenntnis darüber erlangen würde, wer sein biologischer Vater ist, was ihm üblicherweise Vorteile bringt. Als Beweis müsse der Kläger zumindest darlegen, dass der andere Mann der Mutter im Empfängniszeitraum beigewohnt hat.²⁰⁸

Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit einer Inzidentfeststellung der Vaterschaft des biologischen Vaters ist, dass das unterhaltsberechtigende Kind keinen rechtlichen Vater hat. Steht ein anderer Mann als Vater fest, so ist auch der

²⁰⁴ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (132).

²⁰⁵ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 163b Rz 3; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 138a Rz 1; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 13a Rz 1.

²⁰⁶ *Lurger/Tscherner*, Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Unterhaltsregressverfahren-Konträre Entwicklung in Deutschland und Österreich ? JBI 2009, 205 (205ff).

²⁰⁷ BGH 16.4.2008, XII ZR 144/06 - Im konkreten Fall ging es um einen Mann der nach 15 jähriger Ehe, im Zuge des Ehescheidungsverfahrens erfuhr, dass keines seiner drei Kinder sein leibliches ist und nun vom biologischen Vater Ersatz begehrte. Jedoch verweigerte sowohl die Mutter als gesetzlicher Vertreter als auch der wahre Vater eine diesbezügliche Feststellung der Vaterschaft.

²⁰⁸ *Lurger/Tscherner*, JBI 2009, 205 (207).

Scheinvater aufgrund der erga-omnes-Wirkung daran gebunden, auch dann, wenn dieser Mann gar nicht der tatsächliche Vater ist.²⁰⁹ Grundsätzlich ist es die Pflicht der Mutter als gesetzlicher Vertreter des Kindes gemäß § 163a Abs 1 ABGB für die Feststellung der Vaterschaft zu sorgen. Diese Pflicht entfällt jedoch dann, wenn Interessen des Kindes²¹⁰ der Feststellung entgegen stehen, oder die Mutter von ihrem Recht, den Namen des wahren Vaters nicht zu nennen, Gebrauch macht. Das von der Rechtsordnung anerkannte Interesse des Scheinvaters an der Durchsetzung seiner Unterhaltsregressansprüche ist jedoch höher zu bewerten als das Recht der Mutter an der Geheimhaltung ihres Intimlebens. Auch die Interessen des Kindes werden nur in Ausnahmefällen dem Recht des Scheinvaters entgegen stehen.²¹¹ Daher steht der Mutter auch kein Zeugnisverweigerungsrecht im Unterhaltsprozess zu.²¹² Auch einer Mitwirkungspflicht des biologischen Vaters steht kein schützenswertes Interesse desselben entgegen. Die Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Unterhaltsprozess erwächst nicht in Rechtskraft und wirkt nur inter partes. Eine erga-omnes-Wirkung wie nach der Feststellung gemäß § 138a Abs 1 ABGB wird daher nicht ausgelöst.²¹³ Eine Mitwirkungspflicht des biologischen Vaters setzt jedoch voraus, dass der Scheinvater ausreichende Gründe²¹⁴ dartut, aufgrund derer der andere Mann als Vater in Betracht kommt.²¹⁵

Nach dem bisher Gesagten wäre es daher im Interesse des Scheinvaters geboten, eine Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Unterhaltsregressverfahren zuzulassen, damit dieser seinen Regressanspruch gegen den biologischen Vater effektiv durchsetzen kann.

²⁰⁹ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (132).

²¹⁰ Ein Interesse des Kindes an der Nichtfeststellung der Vaterschaft ist etwa dann denkbar, wenn der wahre Vater des Kindes ein verurteilter Straftäter oder ein Inzestvater ist; dazu *Lurger/Tscherner*, JBI 2009, 205 (213f).

²¹¹ *Lurger/Tscherner*, JBI 2009, 205 (214f).

²¹² *Lurger/Tscherner*, JBI 2009, 205 (216).

²¹³ *Lurger/Tscherner*, JBI 2009, 205 (216).

²¹⁴ Etwa durch den Beweis eines sexuellen Verhältnisses zwischen diesem und der Mutter in der maßgeblichen Zeit, oder einer auffälligen Ähnlichkeit zwischen Mann und Kind.

²¹⁵ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (133).

C. Schadenersatzrechtliche Ansprüche

Neben dem Regressanspruch gegen den biologischen Vater sind nun auch Schadenersatzansprüche gegen die Kindesmutter, den wahren Vater und das Kind selbst denkbar. Die Frage, ob der Scheinvater auch einen schadenersatzrechtlichen Anspruch hat, ist vor allem dann relevant, wenn dieser die dreijährige Verjährungsfrist für seine Ansprüche nach § 1042 ABGB verpasst, weil er etwa nicht wusste, wer der biologische Vater des Kindes ist. Ein Schadenersatzanspruch würde auch dann für den Scheinvater einen Vorteil darstellen, wenn der tatsächliche Vater im Zeitraum der Unterhaltserbringung wirtschaftlich weniger leistungsfähig war als der Scheinvater. Die Differenz zwischen der Leistung des Scheinvaters und der Leistungsfähigkeit des wahren Vaters ist Schaden des Scheinvaters und nur nach schadenersatzrechtlichen Normen rückforderbar.

1. Schadenersatzansprüche gegen das Kind

Eine Schadenersatzklage gegen das Kind wird in den meisten Fällen nicht durchsetzbar sein. Der Anspruch gegen das Kind wird meistens schon daran scheitern, dass das Kind vermutlich mittellos sein wird. Auch ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten wird dem Kind nur in wenigen Situationen vorgeworfen werden können, da es im „Normalfall“ zum Zeitpunkt der Unterhaltsleistung nicht einmal verschuldensfähig gewesen sein wird.

Ein Schadenersatzanspruch ist nur dann denkbar, wenn das Kind weiß, dass der Scheinvater nicht der wahre Vater ist und trotzdem von diesem Unterhalt annimmt, beziehungsweise ein Unterhaltsfestsetzungsverfahren gegen ihn führt, da es sich zumindest im zweiten Fall um einen Prozessbetrug handeln würde. Lässt sich das Kind nach der Feststellung der Nichtvaterschaft des Scheinvaters von einem falschen Mann anerkennen, um etwa die Höhe des Regressanspruchs zu mindern, so kommt auch hier ein Schadenersatzanspruch in Betracht.²¹⁶

²¹⁶ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (134).

2. Schadenersatzanspruch gegen die Kindesmutter

Vorab kann nochmals festgestellt werden, dass dem Scheinvater ein Vermögensschaden durch die Zahlung des Unterhalts entstanden ist, und, dass der Ehebruch und die daraus resultierende Geburt des Kindes auch ohne Zweifel kausal für diesen Schaden sind. Auf Ebene der Adäquanz muss beurteilt werden, ob der Schaden für den Dritten und die Mutter vorhersehbar war. Der Adäquanzzusammenhang zwischen dem Ehebruch und dem Unterhaltsschaden ist mit Sicherheit gegeben, da es ja zum typischen Geschehensablauf gehört, dass der Scheinvater die Unterhaltsleistungen für sein vermeintliches Kind erbringt, und genau solche Schäden aus einer ehebrecherischen Beziehung resultieren können.²¹⁷

In den Entscheidungen, in denen eine schadenersatzrechtliche Rückforderbarkeit von Unterhaltsleistungen des Scheinvaters vom OGH zuerkannt wurde, handelte es sich um Klagen des Scheinvaters gegen die Mutter.

a. Die Rechtsprechung des OGH

In seiner Entscheidung SZ 57/53²¹⁸ entschied der OGH, dass die Kindesmutter für die vom Scheinvater geleisteten Unterhaltsbeträge gemäß §§ 1293 ff ABGB ersatzpflichtig sei. Die rechtswidrige Handlung wurde im ehewidrigen Verhalten der Ehegattin, welches der Ehebruch darstellt, erkannt. Dies begründete der OGH damit, dass die Verpflichtung zur ehelichen Treue die Ehegatten unmittelbar trifft. Dem Einwand der Kindesmutter, dass zwischen dem eingetretenen Schaden im Vermögen des Scheinvaters und dem Ehebruch kein Rechtswidrigkeitszusammenhang bestünde, hielt der OGH entgegen, dass dem Gesetz nicht entnommen werden kann, dass sich die Pflichten zur umfassenden Lebensgemeinschaft, ehelichen Treue, anständigen Begegnung und gegenseitigen Beistand lediglich auf ideelle Bereiche bezögen, vielmehr seien dadurch auch die materiellen Interessen der Ehegatten geschützt. Vor allem zu der in § 90 ABGB

²¹⁷ Hofmann/Grüblinger, EF-Z 2009/95 (141).

²¹⁸ OGH 6 Ob 529/84 SZ 57/53.

genannten umfassenden Lebensgemeinschaft gehöre auch die wirtschaftliche Komponente der Ehegatten. Somit seien ungeachtet des Umstandes, dass die ideellen Interessen der Ehegatten im Vordergrund stehen, auch die Vermögensinteressen²¹⁹ vom Schutzbereich des § 90 ABGB mit geschützt.

Schadenersatzansprüche gegen die Kindesmutter sind nach Meinung des OGH auch dann möglich, wenn sie den Scheinvater durch die bewusst wahrheitswidrige Angabe, sie habe ausschließlich mit ihm zum Zeitpunkt der Zeugung Verkehr gehabt, zum Vaterschaftsanerkenntnis veranlasst.²²⁰ Die Rechtswidrigkeit wird in der Irreführung des Scheinvaters, bei bestehender Aufklärungspflicht der Kindesmutter, gesehen.²²¹ Bringt die Mutter also den Scheinvater aufgrund ihrer falschen Angaben dazu, die Vaterschaft anzuerkennen oder von einem Vaterschaftstest Abstand zu nehmen, so muss sie die geleisteten Unterhaltszahlungen im Wege des Schadenersatzes zurückerstatten.²²²

Wird durch die Mutter ein Mann als Vater bezeichnet, für den die Vaterschaftsvermutung gemäß § 163 Abs 2 ABGB gilt, so besteht über einen allfälligen Mehrverkehr der Mutter keine Offenlegungspflicht, solange der Scheinvater einen solchen nicht in Betracht zieht oder diesbezüglich die Kindesmutter nicht befragt.²²³

Somit hat die Kindesmutter aufgrund der Rechtswidrigkeit des Ehebruches oder der Verletzung von Aufklärungspflichten gemäß §§ 1293ff ABGB dem Scheinvater die Unterhaltsleistungen zu ersetzen.

²¹⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 19; *ders*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/48.

²²⁰ OGH RIS-Justiz RS0048325.

²²¹ *Hofmann/Grüblinger*, EF-Z 2009/95 138f.

²²² OGH RIS-Justiz RS0048567; vgl auch 1 Ob 536/88 SZ 61/89 = JBl 1988, 577 = ÖJZ NRsp 1988/165.

²²³ OGH RIS-Justiz RS0048514.

3. Schadenersatzansprüche gegen den biologischen Vater

Verneint man einen absoluten Schutz der Ehe und daher auch die Rechtswidrigkeit des ehestörenden Verhaltens des Dritten, so muss geprüft werden, ob das rechtswidrige Verhalten des Ehestörers nicht auch durch andere Zurechnungsmomente begründet werden kann.

a. Schadenersatzanspruch bei Verschweigen der Scheinvaterschaft

Wie bereits erwähnt besteht grundsätzlich keine Verpflichtung durch eigenes Handeln den Schaden eines Anderen abzuwenden. Um eine Unterlassung als rechtswidrig zu qualifizieren, muss man aufgrund besonderer Umstände zum Handeln verpflichtet sein.²²⁴ Liegen also besondere Umstände²²⁵ vor, so kann ein Unterlassen auch dann rechtswidrig sein, wenn eine Interessensabwägung ergibt, dass die Interessen des Gefährdeten wesentlich höher zu bewerten sind als die desjenigen, der zur Handlung verpflichtet werden soll.²²⁶ Nach dem Ingerenzprinzip ist derjenige, der eine Gefahrenquelle geschaffen hat, dazu verpflichtet, auch durch aktives Tun, Schäden Anderer durch die ausgehende Gefahr zu verhindern.²²⁷

Zwischen dem Scheinvater und dem biologischen Vater besteht eine Sonderbeziehung, da der wahre Vater erst durch die Zeugung des Kindes für den Scheinvater eine wirtschaftliche Gefahrenquelle geschaffen hat. Der biologische Vater ist daher für den Fall, dass er über die wahren Umstände Bescheid weiß, zur Verhinderung von möglichen Vermögensschäden verpflichtet.²²⁸ Auch das Interesse

²²⁴ *Reischauer in Rummel*, ABGB II/2a³ § 1294 Rz 2; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1294 Rz 4.

²²⁵ OGH 6 Ob 201/64 SZ 37/105 - Einen unerfahrenen Bergsteiger zu einer gefährlichen Bergtour zu überreden stellte laut OGH einen solchen besonderen Umstand dar, und verpflichtet zu aktiver Hilfe im Schadensfall.

²²⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/61.

²²⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/60; *ders/Welser*, Grundriss II¹³ 313.

²²⁸ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (137).

des Scheinvaters, über die wahren Umstände aufgeklärt zu werden, wird dem Interesse des biologischen Vaters, eine Aufklärung nicht vornehmen zu müssen, überwiegen.²²⁹ Dem Scheinvater drohen durch die Unterhaltsleistungen Schäden an seinem Vermögen. Auch sein Persönlichkeitsrecht²³⁰ zu wissen, ob ein Kind das Eigene ist, wäre verletzt.

In den Fällen, in denen der biologische Vater zumindest erkennen konnte, dass er der wahre Vater ist, wäre er also verpflichtet, den Scheinvater darüber aufzuklären, dass ihn keine Unterhaltsschuld trifft. Tut er das nicht, so trifft ihn ein Verschulden an der rechtswidrigen Unterlassung und daher kann der Scheinvater die geleisteten Unterhaltsbeiträge gemäß §§ 1293ff ABGB einklagen.

b. Auffassung des OGH und der Literatur

Der OGH hat die Frage, ob der Scheinvater seinen Unterhaltsschaden nach den Grundsätzen des Schadenersatzrechts vom biologischen Vater zurückfordern kann, bis heute noch nicht explizit beantwortet. In seiner Entscheidung 3 Ob 38/09y²³¹ hat er diese Frage ausdrücklich, infolge der Annahme der eingetretenen Verjährung des Anspruchs, offen gelassen. Bei den Entscheidungen²³², in denen der OGH einen Schadenersatzanspruch zuerkannte, ging es um Ansprüche gegen die ehebrecherische Ehegattin. In einer anderen Entscheidung²³³ erkannte der OGH, dass der ehestörende Dritte schon aufgrund der Verletzung zivilrechtlicher Normen - genauer die §§ 44, 90 ABGB - rechtswidrig handle, wenn er Kenntnis davon hatte, dass sein Sexualpartner eine verheiratete Person sei. Es ging jedoch in diesen Entscheidung um den Ersatz der Detektivkosten. Es ist daher abzuwarten, wie sich der OGH zu diesem Thema abschließend äußert.

²²⁹ Hofmann/Grüblinger, EF-Z 2009/114 (170).

²³⁰ Reischauer in Rummel, ABGB II/2a³ § 1295 Rz 60.

²³¹ OGH 3 Ob 38/09y EF-Z 2009/98 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2009/148.

²³² OGH 6 Ob 529/84 SZ 57/53.

²³³ OGH 3 Ob 283/50 SZ 23/345.

*Kozioł*²³⁴ vertritt die Auffassung, dass auch die Vermögensinteressen der Ehegatten unter den schadenersatzrechtlichen Schutz fallen. Der geschädigte Ehegatte könne jedoch nur das Abwicklungsinteresse verlangen, worunter auch die Unterhaltskosten fallen. Auch in aktuelleren Werken, vertreten unter anderem *Hinteregger*²³⁵, *Ferrari*²³⁶, *Koch*²³⁷, *Huber*²³⁸ die Meinung, dass sowohl die Mutter als auch der Dritte gegenüber dem Scheinvater schadenersatzpflichtig ist. *Schwimann/Kolmasch*²³⁹ halten Schadenersatzansprüche für denkbar - aber keineswegs unproblematisch. *Smutny*²⁴⁰ gesteht dem Scheinvater Schadenersatzansprüche gegen den Dritten zu, erwähnt jedoch nicht den Unterhalt. Auch *Stabentheiner*²⁴¹ gesteht dem Scheinvater einen Schadenersatzanspruch wegen geleisteter Unterhaltszahlungen gegen die Ehegattin zu, verweist ihn jedoch gegenüber dem biologischen Vater auf Bereicherungsansprüche.

Es kann daher abschließend gesagt werden, dass die ehebrecherische Mutter schon aufgrund der Verletzung der ehelichen Pflichten nach §§ 44, 90 ABGB gegenüber dem betrogenen Ehegatten schadenersatzpflichtig ist. Der Scheinvater kann vom biologischen Vater die erbrachten Unterhaltsleistungen nur auf bereicherungsrechtlicher Grundlage zurück verlangen. Ausgenommen davon sind die Fälle, in denen der biologische Vater von seiner Vaterschaft weiß und ihn daher eine Aufklärungspflicht trifft.

4. Die Höhe des Schadenersatzanspruchs

Gesteht man dem Scheinvater einen Schadenersatz zu, so kann er sowohl von der Mutter des Kuckuckskindes als auch vom biologischen Vater seine gesamten in Naturalien und Geld erbrachten Leistungen zurückfordern. Der Anspruch wird

²³⁴ *Kozioł*, Haftpflichtrecht II² 19; *ders*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/48.

²³⁵ *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 90 Rz 13.

²³⁶ *Ferrari* in *Schwimann*, ABGB-TaKomm § 90 Rz 11.

²³⁷ *Koch* in *KBB*, ABGB³ § 90 Rz 9.

²³⁸ *Huber* iFamZ 2008, 244 (247).

²³⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁵ 89.

²⁴⁰ *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 90 Rz 43.

²⁴¹ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 90 Rz 2.

nicht – wie nach bereicherungsrechtlichen Normen – durch die Unterhaltspflicht des wahren Vaters im Zeitpunkt der Leistungserbringung gemindert.²⁴²

5. Verjährung

Gemäß § 1489 Satz 1 ABGB verjähren Schadenersatzansprüche in drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem der Geschädigte den Schaden und den Schädiger soweit kennt, dass er Klage mit Aussicht auf Erfolg erheben kann.²⁴³ Dem Geschädigten müssen nicht alle Einzelheiten über den haftungsbegründenden Sachverhalt bekannt sein, jedoch muss er in der Lage sein, aufgrund seiner Kenntnis, ein für den Schadenersatzanspruch erforderliches Sachvorbringen zu erstatten. Dazu gehört auch das Wissen über jene Umstände, aus denen das Verschulden des Schädigers hervorgeht.²⁴⁴ Hätte der Geschädigte die für das Sachvorbringen notwendigen Informationen ohne Mühe in Erfahrung bringen können, so gilt die Kenntnis schon zu diesem Zeitpunkt als erlangt, wobei die Erkundigungspflicht des Geschädigten nicht überspannt werden darf.²⁴⁵

Der Scheinvater hat dann über den Schadenseintritt Kenntnis erlangt, wenn er in Erfahrung bringt, dass es sich beim Unterhaltsberechtigten nicht um sein Kind handelt. Dies ist auch durch einen privat durchgeführten Vaterschaftstest möglich.²⁴⁶ Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt dann zu laufen, wenn der Scheinvater den Namen des wahren Erzeugers erfährt. Gibt die Mutter selbst den Namen des wahren Vaters an, so ist unstrittig, dass somit die Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Erfährt der Scheinvater jedoch den Namen des biologischen Vaters über andere Personen, so ist insbesondere bei Gerüchten, zu prüfen, inwieweit es sich um glaubwürdige Mitteilungen von Personen handelt, die auch tatsächlich Kenntnis haben könnten.²⁴⁷

²⁴² *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (134).

²⁴³ OGH 7 Ob 357/65, RIS-Justiz RS0034374.

²⁴⁴ OGH RIS-Justiz RS0034322.

²⁴⁵ OGH RIS-Justiz RS0034327; *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (134).

²⁴⁶ *Gitschthaler*, Anmerkung zu OGH 3 Ob 38/09y, EF-Z 2009/98 (149).

²⁴⁷ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (134).

Der Verjährungsbeginn wird daher nicht automatisch mit bloßer Bekanntgabe des Namens des biologischen Vaters ausgelöst, es ist dem Scheinvater eine angemessene Erkundigungsfrist zuzubilligen, in welcher er sich Gewissheit²⁴⁸ über die Richtigkeit der Angaben verschaffen kann. Die Verjährungsfrist beginnt jedenfalls, mit dem Vaterschaftsanerkenntnis des wahren Vaters, diesbezüglich trifft den Scheinvater eine Erkundigungspflicht.²⁴⁹ Grundvoraussetzung für den Verjährungsbeginn ist jedoch die Beseitigung der Ehelichkeitsvermutung oder des Anerkenntnisses des Scheinvaters gemäß § 156 ABGB.²⁵⁰

V. Der Ersatz von Detektivkosten

Nach Auffassung der Lehre²⁵¹ und ständiger Rechtsprechung²⁵² können die aufgewendeten Auslagen, die für die Überwachung des der Treueverletzung verdächtigten Ehegatten entstanden sind, aus dem Titel des Schadenersatzes sowohl von diesem als auch vom am Ehebruch beteiligten Dritten verlangt werden.

A. Die Grundsätze der Ersatzfähigkeit von Detektivkosten

In einer der ersten Entscheidungen zu den Detektivkosten wurde vom OGH hervorgehoben, dass der Ehegatte, dessen Ehe durch eine ehewidrige Beziehung des anderen Ehegatten zu einer dritten Person gestört wurde, ein besonderes Interesse daran hat, sich Klarheit über den Sachverhalt zu verschaffen. Dieses Informationsinteresse bestehe auch unabhängig davon, ob der betrogene Ehegatte diese Beziehung zum Anlass gerichtlicher Schritte nehmen will. Die Kosten habe

²⁴⁸ Etwa durch Rücksprache mit dem wahren Vater des Kindes.

²⁴⁹ OGH 3 Ob 38/09y, EF-Z 2009/98 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2009/148.

²⁵⁰ *Gitschthaler*, EF-Z 2009/94 (134).

²⁵¹ *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 90 Rz 13; *Ferrari* in *Schwimmann*, ABGB-TaKomm § 90 Rz 11; *Koch* in *KBB*, ABGB³ § 90 Rz 9; aA *Deixler-Hübner*, Ersatz für außerprozessuale Aufwendungen – Anspruchsgrundlagen und Anspruchshöhe ÖJZ 2002, 372 (378).

²⁵² OGH RIS-Justiz RS0022943.

auch die ehestörende dritte Person schuldhaft verursacht. Als Rechtswidrigkeitsgrund wurde der strafrechtliche Schuldspruch angeführt.²⁵³

In seiner Entscheidung 6 Ob 56/70²⁵⁴ führte der OGH erstmals aus, dass die Aufnahme einer ehewidrigen Beziehung eines Ehegatten zu einer dritten Person eine Verletzung der aus §§ 44, 90 ABGB ergebenden Pflichten bedeutet. Es handelt sowohl der Ehegatte als auch der ehestörende Dritte, wenn er wusste, dass es sich um eine verheiratete Person handelt, aufgrund der Verletzung zivilrechtlicher Normen, rechtswidrig.

Eine Schadenersatzpflicht setzt ein Verschulden voraus. Ein solches ist einem ehestörenden Dritten schon dann vorzuwerfen, wenn er eine ehewidrige Beziehung mit einer Person eingeht, von der er weiß, dass sie verheiratet ist. Dieses Wissen über den Bestand der Ehe muss schon im Zeitpunkt der Auftragserteilung an den Detektiv vorhanden gewesen sein. Kann ein solches Verschulden des Dritten nicht nachgewiesen werden, so hat er für die entstandenen Detektivkosten nicht zu haften.²⁵⁵

Da nach Ansicht des OGH im Zusammenhang mit dem Ersatz von Detektivkosten gegenüber dem ehestörenden Dritten regelmäßig kein Beweisnotstand vorliegt, ist der Anscheinsbeweis dafür, dass der Dritte von der Ehe wusste, nicht zulässig. Beim Anscheinsbeweis werden Erfahrungssätze herangezogen, um auf wesentliche Tatsachen, die direkt nicht erwiesen werden können, zu schließen. Steht daher ein typischer Geschehensablauf fest, der nach der Lebenserfahrung auf einen bestimmten Kausalzusammenhang oder ein Verschulden hinweist, gelten diese Tatsachen auch im Einzelfall aufgrund des ersten Anscheins als erwiesen.²⁵⁶ Es handelt sich bei Kenntnissen und Wissensständen um innere Tatsachen, die in aller Regel nicht unmittelbar bewiesen werden können, es muss daher auf sie mit Hilfe von Erfahrungssätzen geschlossen werden. Es hat daher das Gericht in solchen Fällen gemäß § 272 ZPO unter Berücksichtigung der Ergebnisse

²⁵³ OGH 3 Ob 283/50, RIS-Justiz RS0022943.

²⁵⁴ OGH 6 Ob 65/70 EvBl 1970/309; *Hofmann/Grüblinger*, EF-Z 2009/95 (139).

²⁵⁵ OGH 4 Ob 166/02v EFSIlg 100.720, 100.723, 100.724, 100.725, 100.726, 100.729 = MietSlg 54.178.

²⁵⁶ OGH RIS-Justiz RS0040266.

der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob es eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten hat oder nicht. Der Anscheinsbeweis darf zwar grundsätzlich nicht dazu dienen, Lücken der Beweisführung durch bloße Vermutungen zu schließen, nach *Haas*²⁵⁷ muss jedoch etwas anderes gelten, wenn konkrete Beweise vom Beweispflichtigen nicht erbracht werden können beziehungsweise die Erbringung solcher Beweise von ihm nicht erwartet werden kann, da es sich um Wissensstände, also innere Tatsachen, handelt.

1. Detektivkostenersatzanspruch ohne sexuelle Grundlage

In der Entscheidung 4 Ob 52/06k²⁵⁸ erkannte der OGH in einer rein freundschaftlichen Beziehung eine schadenersatzbegründende Treuepflichtverletzung. Der OGH begründete dies mit dem Bestehen einer besonderen Vertrauenslage zwischen dem vermeintlichen Ehestörer und dem anderen Ehegatten. Der Sachverhalt der oben genannten Entscheidung stellte sich wie folgt dar: Die Beklagte hatte im Jahr 2001 eine intime Beziehung mit dem Mann der Klägerin aufgenommen. Im darauf folgenden Jahr kamen die Beklagte, die Klägerin und deren Mann in einer Aussprache überein, dass es künftig keinerlei Kontakt mehr zwischen der Beklagten und dem Ehemann der Klägerin geben werde, soweit dies nicht unvermeidbar sei. Im Jahr 2003 erfuhr der Mann der Klägerin durch einen Zufall, dass diese die ihr gehörende Ehwohnung ihren Söhnen geschenkt hatte. Er war darüber so enttäuscht, dass er wieder einen freundschaftlichen Kontakt zur Beklagten unterhielt. Weder die Beklagte noch der Ehemann informierten die Klägerin über den wiederentstandenen Kontakt. Nachdem der Ehemann der Klägerin im selben Jahr mitteilte, dass er eine Scheidungsklage einbringen werde, beauftragte die Klägerin aufgrund eines Verdachts, dass der Kontakt zur Beklagten wieder

²⁵⁷ *Haas*, EF-Z 2010/158 (236).

²⁵⁸ OGH 4 Ob 52/06k EF-Z 2007/63 = *JUS Z*/4322 = *ÖJZ EvBI* 2007/75 = *RZ* 2007/EÜ 220, 123 = *Zak* 2007/239.

bestünde, eine Detektei mit der Überwachung ihres Ehemannes, um Beweismaterial für das angekündigte Scheidungsverfahren zu erhalten. Die Beobachtungen des Detektivbüros bestätigten zwar einen wieder entstandenen Kontakt zwischen der Beklagten und dem Mann der Klägerin, jedoch konnte nicht festgestellt werden, dass die Beziehung mehr als rein freundschaftlicher Natur gewesen wäre, oder dass es Intimitäten gegeben hätte.

Der OGH sprach aus, dass sich die eheliche Treuepflicht selbstverständlich nicht nur auf den sexuellen Bereich beschränkt.²⁵⁹ Es können auch rein freundschaftliche Beziehungen eine Eheverfehlung darstellen, wenn sie gegen den Willen des anderen Ehegatten aufrecht gehalten werden²⁶⁰ oder gegenüber diesem verheimlicht²⁶¹ werden. Diese Auffassung trifft jedoch nur auf das Verhältnis zwischen den beiden Ehegatten uneingeschränkt zu. Für Schadenersatzansprüche gegen den Ehestörer muss zur Beurteilung der Rechtswidrigkeit des in den geschützten Bereich der Ehe eingreifenden Verhaltens eine umfassende Interessensabwägung vorgenommen werden. Diese Interessensabwägung wird keinesfalls eine generelle Pflicht ergeben, rein platonischen Beziehungen zu verheirateten Personen des anderen Geschlechts von vornherein zu unterlassen. Eine rein freundschaftliche Beziehung zu einer verheirateten Person ist daher nur dann vorwerfbar, wenn der Dritte diese Kontakte gegenüber dem anderen Ehegatten wahrheitswidrig bestreitet oder eine darauf gerichtete Frage unbeantwortet lässt. Der Dritte, der den anderen Ehegatten im Unklaren über die Beziehung lässt und dadurch einen Nachforschungsaufwand mit verursacht, haftet in diesem Fall für die daraus entstandenen Kosten.²⁶²

Im konkreten Fall musste die Beklagte aus dem Dreiergespräch zwingend ableiten, dass die Klägerin jeglichen Kontakt zu ihrem Ehemann missbilligen würde. Das aus der Aussprache zwischen den Beteiligten entstandene Vertrauensverhältnis verpflichtete die Beklagte, für eine Aufklärung der Klägerin über den wieder

²⁵⁹ zust *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 90 Rz 7; *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang*³ § 90 Rz 14; *Ferrari* in *Schwimmann*, ABGB-TaKomm § 90 Rz 5; *Koch* in *KBB*, ABGB³ § 90 Rz 1.

²⁶⁰ OGH RIS-Justiz RS0056290.

²⁶¹ OGH RIS-Justiz RS0056466.

²⁶² OGH 4 Ob 52/06k EF-Z 2007/63 (99f).

aufgenommenen Kontakt zu ihrem Mann zu sorgen. Ihr diesbezügliches Unterlassen ist daher als rechtswidriger und schuldhafter Eingriff in den absolut geschützten Bereich der Ehe zu werten.²⁶³

Der OGH hatte somit die Klagbarkeit der entstandenen Detektivkosten wegen des besonderen Informationsinteresses des betrogenen Ehegatten, sowohl gegenüber dem untreuen Ehegatten als auch dem Ehestörer wegen des Eingriffes in das absolute Rechtsgut der Ehe, bejaht.

Aufgrund des in Kapitel III Gesagten, sind jedoch der absolute Schutz der Ehe und somit auch ein rechtswidriges Handeln des Dritten zu verneinen. Für anfallende Detektivkosten hat der ehestörende Dritte also nur dann zu haften, wenn weitere Zurechnungskriterien bestehen. Ein solches kann etwa – wie im oben dargestellten Fall – in einer besonderen Vertrauenslage erkannt werden, welche – wie bei dem wahren Vater und dem Scheinvater – zu einer Aufklärungspflicht führen kann. Eine unterlassene Aufklärung würde daher auch in diesem Fall rechtswidrig sein und einen Schadenersatzanspruch gegen den Dritten rechtfertigen.

Desweiteren war noch zu klären, ob die entstandenen Kosten in Form von vorprozessualen Kosten im Zuge eines Scheidungsverfahrens oder eigenständig als Schadenersatz einklagbar sind.

B. Die Geltendmachung

Die Detektivkosten konnten zunächst ausschließlich als vorprozessuale Kosten im Rahmen eines Verfahrens zur Durchsetzung anderer Interessen, etwa eines Ehescheidungsverfahrens, geltend gemacht werden.²⁶⁴

Grundsätzlich gelten Detektivkosten als typische Aufwendung für die Entdeckung eines schädigenden Verhaltens, also als sogenannte Rechtsverfolgungskosten. Die Detektivkosten teilen daher als vorprozessuale Kosten

²⁶³ OGH 4 Ob 52/06k EF-Z 2007/63 (100f).

²⁶⁴ OGH 2 Ob 746/54, SZ 27/289; 1 Ob 521/49, SZ 22/171.

das Schicksal der übrigen Verfahrenskosten.²⁶⁵ Somit können die Detektivkosten grundsätzlich dem Kostenrecht der §§ 40ff ZPO unterstellt werden.²⁶⁶ Nach § 41 ZPO sind nur jene Kosten ersatzfähig, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig waren. Zweckentsprechend ist dabei jede Aktion, die zum prozessualen Ziel der Parteien führen kann. Notwendig ist jede Aktion, deren Zweck nicht mit geringeren Mitteln erreicht werden kann.²⁶⁷ Somit hat der Scheidungskläger Anspruch auf Ersatz der Detektivkosten, die zum Nachweis der außerehelichen Beziehung seines Ehepartners aufgewendet wurden.²⁶⁸ Dieser Ersatzanspruch, ist öffentlich-rechtlicher Natur.²⁶⁹ Nach Ansicht des OGH verliert der Anspruch auf vorprozessualen Kostenersatz seinen öffentlich-rechtlichen Charakter, wenn über die Kosten eine privatrechtliche Vereinbarung getroffen wird und kann somit selbständig mit Schadenersatzklage geltend gemacht werden.²⁷⁰

In seiner Entscheidung 1 Ob 145/71²⁷¹ erklärte der OGH diesen Anspruch unabhängig von einem anderen Verfahren als selbständig einklagbar.

Dem Schadenersatzanspruch kommt etwa dann praktische Bedeutung zu, wenn eine entsprechende prozessuale Kostenersatzpflicht erst gar nicht entstanden ist, weil es nicht zu einem Rechtsstreit, etwa einem Ehescheidungsverfahren, gekommen ist.²⁷² Die Kostenersatzansprüche nach §§ 41ff ZPO sind erfolgsabhängig. Demgegenüber sind Ersatzansprüche, die auf die §§ 1293ff ABGB gründen, nach den schadenersatzrechtlichen Kriterien zu prüfen. Verfahrenskosten sind nach den gemäß § 41 Abs 2 ZPO vorgesehenen Sätzen zu bemessen²⁷³, während Schadenersatzansprüche grundsätzlich nach dem tatsächlichen Aufwand beziffert werden. Während die Geltendmachung von Verfahrenskosten der

²⁶⁵ Thiele, Ersatz von Detektivkosten, RdW 1999/12 (769).

²⁶⁶ Deixler-Hübner, ÖJZ 2002, 372 (372).

²⁶⁷ Fucik in Rechberger (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung³ (2006) § 41 RZ 5.

²⁶⁸ OGH 24.06.1993, 8 Ob 1601/93.

²⁶⁹ Thiele, RdW 1999/12 (769).

²⁷⁰ OGH 3 Ob 264/54 SZ 27/115.

²⁷¹ OGH 1 Ob 145/71 JBI 1972,210.

²⁷² Thiele, RdW 1999/12 (770).

²⁷³ Fucik in Rechberger, ZPO³ §41 RZ 6.

Präklusivfrist des § 54 Abs 1 ZPO unterliegt, können Schadenersatzansprüche innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist eingeklagt werden.²⁷⁴

Der Anspruch auf Ersatz der Detektivkosten ist grundsätzlich unabhängig von der prozessualen Kostenersatzpflicht, es besteht diesbezüglich volle Anspruchskonkurrenz. Der geschädigte Ehegatte kann daher die Detektivkosten sowohl im Rahmen eines Scheidungsprozesses als vorprozessuale Kosten, als auch in einem eigenständigen Verfahren als Hauptsache geltend machen. Er hat diesbezüglich ein Wahlrecht.²⁷⁵

C. Umfang der ersatzfähigen Detektivkosten

Die Frage der Angemessenheit der Detektivkosten stellt sich sowohl nach den schadenersatzrechtlichen Normen, als auch bei der zweckentsprechenden Notwendigkeit nach § 41 Abs 1 ZPO. Die Detektivkosten werden anhand von § 273 ZPO erhoben, wobei die von Berufsdetektiven verrechneten Honorare für die Beurteilung des Kostenersatz herangezogen werden können.²⁷⁶ Die Schadenshöhe beziehungsweise dessen Schätzung ist nach freier richterlicher Überzeugung zu ermitteln.²⁷⁷ Zumeist werden die Detektivhonorare nach Stunden plus Auslagen abgerechnet. Somit werden alle Begleittätigkeiten, wie Aktenstudium, Berichterstattung, Besprechungen und die Kosten für die Fotoentwicklung umfasst.²⁷⁸

Bei Nachforschungen, die ein ehebrecherisches Verhalten offenbaren sollen, hat zur Bestimmung des ersatzfähigen Betrages der Detektivkosten eine Rechtsgüterabwägung zu erfolgen. Dabei wird das Informationsinteresse des hintergangenen Ehegatten, insbesondere nach der Dauer und Entwicklung der ehelichen Lebensgemeinschaft sowie der Bedeutung des offenzulegenden

²⁷⁴ *Deixler-Hübner*, ÖJZ 2002, 372 (376).

²⁷⁵ *Thiele*, RdW 1999/12 (770); aA *Deixler-Hübner*, ÖJZ 2002, 372 (378).

²⁷⁶ *Thiele*, RdW 1999/12 (771); dazu auch *Deixler-Hübner*, ÖJZ 2002, 372 (380).

²⁷⁷ *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO³ § 273 RZ 1.

²⁷⁸ *Thiele*, RdW 1999/12 (771).

ehewidrigen Verhaltens, nach dessen Häufigkeit, Schwere und Dauer der Einwirkung auf das weitere partnerschaftliche Verhalten unter Berücksichtigung der vermögensrechtlichen Dispositionen von Fall zu Fall unterschiedlich bewertet werden. Somit wird sich auch von Fall zu Fall eine unterschiedliche Höhe der Angemessenheit des zu ersetzenden Nachforschungsaufwandes ergeben. Die Umstände, die die Angemessenheit der Aufwendungen rechtfertigen, hat im Bestreitungsfall der Verletzte zu behaupten und zu beweisen, wobei die Bewertung des Informationsinteresses der richterlichen Einschätzung unterliegt.²⁷⁹ So hat zum Beispiel der Ehegatte, der eine Detektei aufsucht, den Beobachtungsauftrag darauf zu beschränken zu ermitteln, ob und mit welcher Person der Ehepartner eine außereheliche Beziehung unterhält. Eine anfängliche Erfolglosigkeit der Beobachtungen schadet nicht. Der Ehegatte, der den Überwachungsauftrag erteilt, muss vertraglich bedingen, dass die Beobachtungen abubrechen sind, wenn sich herausstellt, dass der Ehepartner in der Wohnung des Dritten nächtigt. Dies entspricht dem Gebot der Schadensminderungspflicht²⁸⁰ gemäß § 1304 ABGB, wonach ein drohender oder bereits entstandener Schaden vom Geschädigten möglichst gering gehalten werden muss. Lässt die weitere Überwachung des Ehebrechers keine weitergehenden Erkenntnisse erwarten als die Erhebung ohnehin schon zutage gefördert hat, so sind die daraus entstandenen Kosten der Detektei nicht mehr notwendig und daher nicht ersatzfähig.²⁸¹

D. Grenzen eines Detektiveinsatzes

Das Recht, sich durch die Beauftragung eines Detektivs Gewissheit zu verschaffen, findet seine Grenze dort, wo die Überwachung offenkundig überflüssig, von vornherein aussichtslos und erkennbar unzweckmäßig ist oder Rechtsmissbrauch vorliegt, weil die Ehegatten durch einvernehmliche Gestaltung

²⁷⁹ OGH 6 Ob 580/83 SZ 58/164 = JBI 1986, 524.

²⁸⁰ Wittwer in Schwimann, ABGB-TaKomm § 1304 Rz 6.

²⁸¹ Thiele, RdW 1999/12 (771).

oder Aufhebung ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft bekundet haben, jedes Interesse daran verloren zu haben, wie der Andere sein Privatleben gestaltet.²⁸²

Eine Überwachung des untreuen Ehepartners ist etwa dann offenkundig überflüssig, wenn der Ehegatte die Eheverfehlung zugesteht und keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass er dies im Verfahren wieder bestreiten werde. Gibt der untreue Ehepartner jedoch an, er werde das Verhältnis im Verfahren abstreiten, da der andere Ehegatte keine Beweise dafür habe, so ist der in seinen Rechten verletzte Ehegatte berechtigt, einen Detektiv beizuziehen, um Beweise²⁸³ für die Untreue des Ehepartners für die Einbringung einer Scheidungsklage zu erlangen. Aufgrund dieses Beweissicherungsinteresses können die Kosten auch von der ehestörenden dritten Person, wenn diese ebenfalls eine ehestörende Beziehung leugnet, verlangt werden.²⁸⁴

Zweckmäßig sind die detektivischen Beobachtungen zumindest dann, wenn sie als Ganzes gesehen letzten Endes ein positives Ergebnis gebracht haben²⁸⁵, also zur Aufdeckung des ehewidrigen Verhaltens des Ehebrechers beigetragen hat.²⁸⁶ Unabhängig vom Erfolg einzelner Beobachtungen sind alle jene Detektivkosten zu ersetzen, die der in seinen Rechten verletzte Ehegatte nach objektiven Maßstäben für notwendig ansehen konnte, um sich über das Verhalten des Ehepartners Gewissheit zu verschaffen.²⁸⁷ Der OGH verlangt, dass die Nachforschungen zumindest teilweise einen Beweis für ein ehewidriges Verhalten erbracht haben.²⁸⁸

Wenn sich ein Ehegatte über alle, sich aus der Ehe ergebenden Bindungen hinwegsetzt, aber dennoch vom Ehepartner die Erfüllung der ehelichen Pflichten begehrt, so kann sein Verlangen auf Offenlegung des Privatlebens des Anderen

²⁸² Höllwerth, Anmerkung zu LG Salzburg 21 R 509/5g EF-Z 2006/35 (61); OGH 6 Ob 580/83 SZ 58/164 = JBI 1986, 524; 5 Ob 183/04d EFSlg 109.098, 108.102, 108.103.

²⁸³ OGH 6 Ob 315/00t EFSlg 97.003, 97.004, 97.005, 97.006, 97.007, 97.008, 97.009 = JBI 2002, 40 (*Bumberger*) - In dieser Entscheidung hatte der OGH noch eine Haftung des ehestörenden Dritten für Detektivkosten die allein der Beweissicherung dienten verneint.

²⁸⁴ OGH 7 Ob 195/02f EFSlg 100.719, 100.721, 100.723, 100.724, 100.726.

²⁸⁵ OGH RIS-Justiz RS0022959; OGH 6 Ob 277/02g EFSlg 100.719, 100.722, 100.726, 100.727 = JBI 2003, 860.

²⁸⁶ Thiele, RdW 1999/12 (771).

²⁸⁷ OGH RIS-Justiz RS0022959.

²⁸⁸ OGH 6 Ob 580/83 SZ 58/164 = JBI 1986, 524.

rechtsmissbräuchlich sein. Die Haftung ist überhaupt zu verneinen, wenn sich die Ehegatten einander zu verstehen gegeben haben, jedes Interesse daran verloren zu haben, wie der Andere sein Privatleben gestaltet.²⁸⁹ Rechtsmissbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn der betrogene Ehegatte nur aus dem Grund eine Überwachung anordnet, um dem anderen Ehegatten wirtschaftlich zu schaden.²⁹⁰

Der Ehegatte hat grundsätzlich ein berechtigtes Interesse daran, zur Abwehr unterhalts- und vermögensrechtlicher Nachteile, seinen Prozessstandpunkt durch die Beauftragung einer Detektei zur Erlangung von Beweisen für ein ehebrecherisches Verhalten seines Ehepartners zu untermauern. Aufgrund dieses berechtigten Interesses steht auch eine bei Beauftragung der Detektei bereits unheilbare Zerrüttung der Ehe seinem Anspruch nicht entgegen.²⁹¹

VI. Der Ersatz von Verfahrenskosten

A. Ehelichkeitsbestreitungskosten

Beim Ehelichkeitsbestreitungsverfahren handelt es sich, wie bei allen Abstammungsverfahren um ein außerstreitiges Verfahren. Dieses ist auf Antrag des rechtlichen Vaters oder des Kindes einzuleiten. Auch deren Rechtsnachfolger sind gemäß § 138a Abs 2 ABGB antragsberechtigt, nicht jedoch die Mutter oder der biologische Vater.²⁹²

Als Beweismittel für die Feststellung der Nichtabstammung dienen heutzutage vor allem DNA-Analysen.²⁹³

Der Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung muss gemäß § 158 Abs 1 ABGB binnen zwei Jahren ab Kenntnis der Umstände, die gegen eine Vaterschaft

²⁸⁹ OGH 6 Ob 580/83 SZ 58/164 = JBI 1986, 524.

²⁹⁰ OGH 3 Ob 575/92, RIS-Justiz RS0022919.

²⁹¹ OGH 1 Ob 114/09k AnwBl 2010, 108 = ecolex 2009/399, 1046 = EF-Z 2009/139 (*Hölwerth*) = iFamZ 2009/244 (*Deixler-Hübner*) = Zak 2009/702.

²⁹² *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³ 523.

²⁹³ Siehe dazu etwa OGH 1 Ob 589/93 JBI 1994, 611 = ÖJZ EvBl 1994/85.

sprechen, erhoben werden. Diese Frist beginnt frühestens mit der Geburt des Kindes zu laufen. Sind dem Ehemann genügend beweiskräftige Umstände bekannt²⁹⁴, so beginnt die Zweijahresfrist zu laufen, einer absoluten Gewissheit bedarf es nicht. Hingegen ist es für den Fristenlauf unbeachtlich, wann dem Mann subjektive Bedenken gegen seine Vaterschaft gekommen sind. Diese Frist ist gehemmt, solange die antragberechtigte Person nicht eigenberechtigt ist, und zwar unabhängig davon, ob die Person einen gesetzlichen Vertreter hat. Nach Ablauf von 30 Jahren ab Geburt oder der Wirksamkeit einer Abstammungsänderung ist nur mehr das Kind antragsberechtigt.²⁹⁵

Schon seit langem gesteht der OGH dem Ehemann das Recht zu, die Kosten einer erfolgreichen Ehelichkeitsbestreitungsklage, sowohl von der ehebrecherischen Mutter des Kindes, als auch vom Ehestörer als Schadenersatz ersetzt zu bekommen.²⁹⁶ Die Mutter und der Ehestörer haften für die entstandenen Kosten gemäß § 1302 ABGB zur ungeteilten Hand.²⁹⁷

In seinen Entscheidungen²⁹⁸ führte der OGH aus, dass die Kausalität zwischen Ehebruch und den entstandenen Kosten gegeben sei, wenn sich im Verfahren ergibt, dass der Ehestörer der wahre Vater ist. Die Rechtswidrigkeit wurde wie bereits bei den Detektivkosten im Ehebruch gesehen.

B. Scheidungsverfahrenskosten

Die einzige vom OGH gefällte Entscheidung, die den Ersatz von Scheidungskosten zum Gegenstand hatte, stammt aus dem Jahr 1926.²⁹⁹ Darin begehrte der betrogene Ehemann vom Ehestörer den Ersatz der ihm entstandenen Anwaltskosten aus dem Ehescheidungsverfahren, sowie den Ersatz der Kosten, die ihm aus dem Wegfall der Arbeitskraft seiner Ehefrau entstanden sind. Der OGH

²⁹⁴ OGH 7 Ob 534/91 SZ 64/42 = ÖJZ EvBl 1991/132.

²⁹⁵ *Koziol/Welser*, Grundriss I¹³ 524.

²⁹⁶ OGH 2 Ob 930/28, SZ 10/302; 4 Ob 605/69 JBl 1970, 573; 6 Ob 529/84, SZ 57/53.

²⁹⁷ *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (7); *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 90 Rz 2.

²⁹⁸ OGH 2 Ob 930/28, SZ 10/302; 4 Ob 605/69 JBl 1970, 573; 6 Ob 529/84, SZ 57/53.

²⁹⁹ GH 3 Ob 19/26 SZ 8/32.

verneinte einen Ersatzanspruch des Ehegatten gegen den Ehestörer wegen seiner persönlichen, gesellschaftlichen und sittlichen Nachteile. Der Ehebruch greife in die Familienrechte ein, wobei eine vermögensrechtliche Haftung nicht vorgesehen sei.

In der österreichischen Literatur³⁰⁰ wird jedoch größtenteils die Meinung vertreten, dass Scheidungskosten unter dem Begriff „Abwicklungsinteresse“ fallen und somit vom Schutzbereich der Ehe erfasst sind.

Richtigerweise ist letzterer Ansicht zu folgen und auch die Scheidungskosten sind dem betrogenen Ehegatten schadenersatzrechtlich zuzusprechen.

In Bezug auf die Rechtswidrigkeit der ehestörenden Handlung des Dritten und dessen Haftbarkeit kann an dieser Stelle auf das in den vorherigen Kapiteln Ausgeführte verwiesen werden.

VII. Kosten für Eheberatung, Paartherapie und den Wegfall der Arbeitskraft des anderen Ehegatten

Als Kosten aus dem Wegfall der Arbeitskraft sind jene Kosten zu verstehen, die dem betrogenen Ehegatten dadurch entstehen, dass er nun etwa für die Kinderbetreuung während der Arbeit jemanden bezahlen muss, oder, dass er eine Haushaltshilfe einstellt, die Mahlzeiten zubereitet und andere Haushaltstätigkeiten besorgt.

Genau jene Kosten sind im Vertrauen auf den Bestand der Ehe erwachsen und werden daher dem Begriff Bestandsinteresse zugeordnet. Sowohl die österreichische Lehre als auch Rechtsprechung sind sich einig, dass diese Kosten nicht mehr im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Ehestörung liegen.³⁰¹ Begründet wird dies damit, dass das Gesetz die Scheidung der Ehe anerkennt und die nachehelichen Vermögensbeziehungen zwischen den Ehegatten abschließend regelt. Ein weiteres Argument für die fehlende Klagbarkeit des Bestandsinteresses

³⁰⁰ *Welser*, ÖJZ 1975, 1 (7); *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 19.

³⁰¹ Siehe Kap III. B. 3. c.

ist, dass dem schuldlosen Ehegatten auch Ehekosten – etwa die Unterhaltspflicht - abgenommen werden und man daher die wirtschaftlichen Vor- und Nachteile einer Ehe als ungefähr gleich ansehen muss.³⁰²

Daher ist der Ersatz dieser Kosten auf schadenersatzrechtlichem Weg ausgeschlossen.

Hingegen müssten die Kosten für die Eheberatung und Paartherapie gleichermaßen wie die Scheidungskosten dem Begriff Abwicklungsinteresse zugeordnet werden. Diese Kosten sind ja gerade nicht im Vertrauen auf den Bestand der Ehe aufgewendet worden.³⁰³

Wurden die Beratungs- oder Therapiekosten rechtswidrig und schuldhaft verursacht, so könnten sie daher schadenersatzrechtlich eingeklagt werden. Beim Ehestörer ist jedoch grundsätzlich darauf Bedacht zu nehmen, ob die Ehe im Zeitpunkt der ehewidrigen Handlung noch nicht vollständig zerrüttet war und daher sein Verhalten auch kausal für die entstandenen Kosten war.

³⁰² *Koziol, Haftpflichtrecht II*² 19f.

³⁰³ *Hofmann/Grüblinger, EF-Z 2009/95* (140).

VIII. Immaterieller Schaden: Die Gewährung von Schmerzensgeld

A. Grundvoraussetzung für die Gewährung von Schmerzensgeld

Nach dem Wortlaut des § 1325 ABGB hat jeder, der einen Menschen am Körper verletzt, für die Heilungskosten des Verletzten, den entgangenen Gewinn und bei Dauerschäden des Verletzten, die einen zukünftigen Erwerb schmälern oder verhindern, auch den künftig entgangenen Gewinn zu ersetzen. Darüber hinaus ist dem Verletzten auch ein angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen.

Der Begriff der Körperverletzung erfasst jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit und Unversehrtheit. Eine Körperverletzung setzt daher nicht nach außen wahrnehmbare Verletzungsfolgen voraus³⁰⁴, auch zugefügte innere Verletzungen, Nervenschäden³⁰⁵ und Schmerzen³⁰⁶, gelten als Körperverletzung.³⁰⁷ Beeinträchtigungen der Psyche gelten nur dann als eine Körperverletzung, wenn sie mit körperlichen Symptomen einhergehen, und daher medizinisch behandelt werden müssen³⁰⁸ oder zumindest medizinisch diagnostizierbar sind. Nicht als Körperverletzung gilt hingegen eine Beeinträchtigung, die zu Aufregung oder Unlustgefühl führt.³⁰⁹

Das Schmerzensgeld soll nun als Genugtuung für alle körperlichen und seelischen erlittenen Schmerzen dienen. Es ist somit ein Geldersatz für den im Zusammenhang mit körperlichen Verletzungen erlittenen immateriellen Schaden.³¹⁰

³⁰⁴ OGH RIS-Justiz RS0030792.

³⁰⁵ Dazu Schmerzensgeld für psychosomatischen Leidenszustand nach Geiselnahme; vgl OLG Graz 5 R 4/00y, ZVR 2002/17.

³⁰⁶ OGH 2 Ob 99/95 EFSlg 81.524, 81.528 = Sach 2002, 140 (*Danzl*) = ZVR 1997/75.

³⁰⁷ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 115; *Danzl* in *KBB*, ABGB³ § 1325 Rz 2; *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1325 Rz 2.

³⁰⁸ Etwa die notwendige Behandlung eines Kleinkinds nach Trennung von der Mutter; vgl OGH 2 Ob 45/93 Sach 2002, 140 (*Danzl*) = ZVR 1995/46.

³⁰⁹ OGH RIS-Justiz RS0030778; *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1325 Rz 2.

³¹⁰ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 138; *Danzl* in *KBB*, ABGB³ § 1325 Rz 26; *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1325 Rz 30.

Das zu leistende Schmerzensgeld bemisst sich nach der Dauer und Intensität der erlittenen Schmerzen, der Schwere der Verletzung sowie den negativen Folgen der Verletzung auf das weitere Leben des Verletzten.³¹¹

Es stellt sich nun die Frage, ob dem betrogenen Ehegatten für die durch den Ehebruch seines Ehepartners entstandenen seelischen Schmerzen ein Schadenersatz in Form von Schmerzensgeld zusteht.

B. Kein Schmerzensgeld für verlorene Liebe

Der OGH verneinte in seiner Entscheidung 6 Ob 124/02g³¹² einen Schmerzensgeldanspruch für erlittene psychische Schäden, die durch einen Verstoß gegen die eheliche Treuepflicht verursacht wurden.

In dieser Entscheidung verlangte die Ehefrau von ihrem Mann Schmerzensgeld für die erlittenen seelischen Schmerzen, weil sie dieser nach 50 Jahren Ehe mit einer anderen Frau betrogen hatte. Wegen des Ehebruchs leide sie an Schlaflosigkeit, Kopfschmerzen, Depressionen und Psychosen. Diese psychischen Beeinträchtigungen sowie ihre Erkrankung an Hautkrebs seien auf den schuldhaften Verstoß des Ehemanns gegen die aus § 90 ABGB entspringenden Ehepflichten zurückzuführen.

Der OGH führte zwar aus, dass ehewidrige Beziehungen nach der Lebenserfahrung typischerweise geeignet sind, beim betrogenen Ehegatten psychische Schäden hervorzurufen, jedoch würde die Abwehr von Körperverletzungen nicht unter den Schutzbereich der Bestimmungen über die Eheverfehlungen und der sich aus dem Wesen der Ehe ergebenden Rechte und Pflichten fallen. Auch das absolut geschützte Recht der körperlichen Unversehrtheit sei nicht verletzt, da eine Interessensabwägung zugunsten der allgemeinen Bewegungsfreiheit ausfiele. Der OGH gab daher dem Recht auf freie Gestaltung des

³¹¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 139; *Danzl* in *KBB*, ABGB³ § 1325 Rz 26; *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1325 Rz 32.

³¹² OGH 6 Ob 124/02g SZ 2003/16 = ecolex 2003/239 = EFSIlg 103.139, 104.759 = RdW 2003/357 = ZVR 2004/5.

persönlichen Lebensbereiches des ehebrechenden Ehegatten Vorrang vor dem Interesse des betrogenen Ehegatten, nicht durch psychisch verletzende Handlungen Gesundheitsschäden davon zu tragen. Der OGH wies daher die Klage ab, da es Schmerzensgeld für verlorene Liebe nicht gäbe.

Die in dieser Entscheidung vertretene Ansicht des OGH muss meines Erachtens aus heutiger Sicht jedoch hinterfragt werden. Unter Betrachtung der neuesten Rechtsprechung ist auch ein gegenteiliges Ergebnis, also die Anerkennung eines Schmerzensgeldanspruchs aufgrund der erlittenen seelischen Schäden, die durch ein ehebrecherisches Verhalten ausgelöst werden, denkbar.

C. Schmerzensgeld wegen der Vereitelung eines Besuchsrechts

In seiner jüngeren Entscheidung 4 Ob 8/11x³¹³ hat der OGH die Möglichkeit einen Schmerzensgeldanspruch wegen einer erlittenen psychischen Beeinträchtigung eines Mannes, die diesem wegen des unterbundenen Kontakt zu seinem Kind durch die Mutter entstanden ist, geltend zu machen, bejaht.

In dieser Entscheidung begehrte der geschiedene Ehemann von der Mutter seines Kindes Schmerzensgeld, da diese den gemeinsamen Sohn derart manipuliert hatte, dass dieser jeglichen Kontakt zu seinem Vater ablehnte. Der Sohn wurde während aufrechter Ehe der Parteien geboren. Anlässlich der Scheidung wurde eine Vereinbarung getroffen, wonach der Beklagten die Obsorge des Sohnes oblag. Der persönliche Verkehr zwischen dem Kläger und dem Sohn wurde zunächst ebenfalls in dieser Vereinbarung und später durch gerichtliche Entscheidung geregelt. Etwa neun Jahre nach der Scheidung seiner Eltern lehnte der Sohn jeglichen Kontakt zu seinem Vater ab, wobei eine Sozialarbeiterin dies auf eine Beeinflussung durch die Mutter zurückführte. In weiterer Folge wurde ein Antrag des Vaters auf eine neue Regelung des Besuchsrechts wegen der seelischen Gesundheitsgefährdung des Sohnes vom Pflegschaftsgericht abgelehnt. Der Beschluss des Pflegschaftsgericht,

³¹³ OGH 4 Ob 8/11x Zak 2011/312.

welcher auf ein kinderpsychologisches Gutachten gegründet war, wurde vom Vater nicht angefochten. Durch diesen von der Mutter verursachten Kontaktabbruch zu seinem Kind, litt der Vater unter schweren Schlafstörungen, chronischer Ungewissheit, Alpträumen und depressiven Verstimmungen.

Der OGH führte aus, dass das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern ein von der Rechtsordnung anerkanntes, grundrechtlich abgesichertes Rechtsverhältnis ist, das auch das Streben nach persönlichem Kontakt erfasst.³¹⁴ Den obsorgeberechtigten Elternteil, der aufgrund seiner faktischen Position die Möglichkeit hat, die Beziehung zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil positiv oder negativ zu beeinflussen, trifft daher insbesondere die Pflicht dieses Rechtsverhältnis zu respektieren. Der obsorgeberechtigte Ehegatte hat sich dabei nach § 145b ABGB vom Kindeswohl leiten zu lassen³¹⁵, welches regelmäßig für einen weiteren Kontakt des Kindes zu beiden Eltern sprechen wird. Tut er das nicht, so greift er in eine grundrechtlich verbürgte Rechtsposition des anderen Elternteils ein und handelt damit sowohl gegenüber dem Kind als auch dem anderen Elternteil rechtswidrig. § 145b ABGB dient zwar grundsätzlich dem Schutz des Kindeswohls, doch dieser primäre Regelungszweck schließt nicht aus, dass sich der Schutz auch auf jene Personen erstreckt, deren im Familienrecht begründete, absolut geschützte Rechtstellung durch ein in § 145b ABGB verpöntes Verhalten beeinträchtigt wird. Daher wird durch diese Norm auch das Verhältnis zwischen dem nicht mit der Obsorge betrauten Elternteil und dem Kind geschützt.

Des Weiteren stellte der OGH fest, dass es keinen Grund gibt, Schadenersatzansprüche von vornherein auszuschließen. Vielmehr sind Schadenersatzansprüche zwischen den Eltern eine gebotene Ergänzung zur ausschließlich das Kindeswohl berücksichtigenden Entscheidung des Pflschaftsgerichts. Da beim Schadenersatzrecht der Ausgleich von bereits entstandenen Schäden im Vordergrund steht, welche nicht Gegenstand des Pflschaftsverfahrens sind, besteht auch keine Gefahr einander widersprechender Entscheidungen. Auch das Kindeswohl werde durch Schadenersatzansprüche

³¹⁴ Vgl auch OGH RIS-Justiz RS0047754.

³¹⁵ Siehe auch *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 145b Rz 1.

zwischen den Elternteilen nicht bedroht, da dem beklagten Elternteil keine Handlungspflichten auferlegt werden. Soweit jedoch Schadenersatzansprüche den mit der Obsorge betrauten Elternteil und damit das Kind übermäßig belasten, greift zumindest teilweise der Pfändungsschutz des Exekutionsrechts.

Zu den Schmerzensgeldansprüchen führte der OGH aus, dass auch Ansprüche wegen einer durch ein schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten verursachten Gesundheitsschädigung nicht ausgeschlossen seien. Der Kläger behauptete wegen des von der Beklagten verschuldeten Kontaktabbruchs mit seinem Sohn psychische Schäden erlitten zu haben, die Krankheitswert erreichen. Der Kläger mache daher eine Gesundheitsbeeinträchtigung im Sinne von § 1325 ABGB geltend, worunter auch psychische Erkrankungen, die einer medizinischen Behandlung bedürften, fielen. Zu prüfen sei allerdings, ob die Erkrankung im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Pflichtverletzung stehe.

Dazu meinte der OGH, dass die von der Beklagten übertretene Verhaltenspflicht, die sich aus der vom anderen Elternteil zu respektierenden Eltern-Kind-Beziehung ergibt, auch den Kläger schütze. Um die Reichweite des sachlichen Schutzbereichs dieser Verhaltenspflicht zu ermitteln, wurden vom OGH die der Rechtsprechung zu Schockschäden zugrundeliegenden Wertungen herangezogen. Ein wesentliches Element dieser Wertung sei die typische Gefährlichkeit des Verhaltens für die psychische Gesundheit von Dritten. Demnach sei ein durch beharrliche Beeinflussung herbeigeführter Abbruch jeglichen Kontakts mit einem Kind ebenso wie dessen Tod oder schwere Verletzung typischerweise geeignet, beim betroffenen Elternteil zu psychischen Problemen, die unter Umständen Krankheitswert erreichen können, zu führen. Diese Schadensgeneigtheit des Verhaltens spräche für die Haftung. Daher sei aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Rechtswidrigkeitszusammenhang zu bejahen.

Im Zuge dieser Entscheidung hatte der OGH ausdrücklich betont, dass diese nicht im Widerspruch zu der oben behandelten Entscheidung 6 Ob 124/02g stehe. Der OGH begründete dies damit, dass der betrogenen Ehegatte, im Gegensatz zum beeinträchtigten Vater, es selbst in der Hand habe, durch die Einreichung der Scheidungsklage die Ehe und damit den mit der Eheverfehlung verbundenen Leidenszustand zu beenden und daher eine Interessenabwägung zu Ungunsten des Geschädigten ausfiele.

Dieser Ansicht des OGH ist meiner Meinung nach nicht zu folgen. Die Meinung, dass eine ehewidrige Beziehung nach der Lebenserfahrung typischerweise in hohem Maß geeignet ist, beim betrogenen Ehegatten psychische Schäden hervorzurufen, hat der OGH selbst vertreten.³¹⁶ Zwar hat der betrogene Ehegatte die Möglichkeit, die Ehe zu scheiden, jedoch ist die Einschätzung, dass damit auch das durch den Ehebruch entstandene Leid und die daraus resultierenden psychischen Gesundheitsschäden beendet sind, nicht lebensnah. Die psychische Beeinträchtigung ist ja schon durch das ehebrecherische Verhalten des anderen Ehegatten, welches die aus der Ehe entspringende Treuepflicht verletzt, entstanden und bedarf möglicherweise auch einer medizinischen Behandlung über den Bestand der Ehe hinaus. Nicht die Ehe selbst, sondern das bereits gesetzte rechtswidrige und schuldhafte ehewidrige Verhalten des anderen Ehegatten ist für die psychische Gesundheitsschädigung verantwortlich. Konsequenterweise müsste man daher auch den Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen der schuldhaften Verletzung, der sich aus § 90 ABGB ergebenden Treuepflicht und den dadurch verursachten psychischen Gesundheitsschäden – welche zumindest medizinisch diagnostizierbar sind – bejahen.

³¹⁶ Siehe OGH 6 Ob 124/02g SZ 2003/16 = ecolex 2003/239 = EFSIlg 103.139, 104.759 = RdW 2003/357 = ZVR 2004/5.

IX. Schlussbemerkung

In der vorliegenden Arbeit wurde die Ersatzfähigkeit, der aus einem Ehebruch resultierenden Schäden aufgezeigt.

Dabei stellt sich heraus, dass Schadenersatzansprüche, die sich als Folge eines ehewidrigen Verhaltens ergeben, nur in einem beschränkten Umfang zugestanden werden.

Der geschädigte Ehegatte kann den Ersatz des Abwicklungsinteresses, also jene Vermögensschäden die nicht im Vertrauen auf den Bestand der Ehe entstanden sind, vom anderen Ehegatten, einklagen. Darunter fallen die für ein uneheliches Kind aufgewendeten Unterhaltskosten, die Detektivkosten, die Ehelichbestreitungskosten, die Scheidungskosten und vermutlich auch die Kosten für Eheberatung und Paartherapie. Diese Schäden wurden vom untreuen Ehegatten adäquat, rechtswidrig und schuldhaft verursacht.

Darüber, ob die Aufnahme eines sexuellen Kontakts zu einer verheirateten Person an sich rechtswidrig ist, besteht in der Literatur weitgehend Uneinigkeit. Vertritt man die Meinung, dass es sich bei der Ehe um ein absolut geschütztes Rechtsgut handelt und folgt daher der Ansicht des OGH, so handelt auch der Ehestörer rechtswidrig und haftet gemeinsam mit dem untreuen Ehegatten für die ersatzfähigen Kosten. Im Zuge dieser Arbeit wurde jedoch dargelegt, dass entgegen der Meinung des OGH, aus diversen Gründen der Ehestörer nur dann Schadenersatz zu leisten hat, wenn besondere Zurechnungsmomente, etwa eine bestehende Aufklärungspflicht oder vorsätzliche sittenwidrige Schädigung vorliegen.

Der Ersatz eines aus dem Ehebruch resultierenden immateriellen Schadens in Form von Schmerzensgeld wird nach österreichischer Rechtsprechung bis heute abgelehnt. Die jüngste Entscheidung des OGH lässt jedoch eine Tendenz zur Abkehr dieser ablehnenden Haltung erkennen. So besteht die Möglichkeit, dass auch für psychische Schäden, die dem betrogenen Ehegatten durch den Ehebruch entstanden sind, in naher Zukunft ein Schmerzensgeld zugesprochen wird.

Schäden, die dem betrogenen Ehegatten im Vertrauen auf den Bestand der Ehe entstanden sind, also zum Beispiel Aufwendungen für die Kinderbetreuung und die Haushaltsführung, fallen unter den Begriff Bestandsinteresse und sind daher nicht ersatzfähig.

Literaturverzeichnis

Kommentare

Fenyves Attila/Kerschner Ferdinand/Vonkilch Andreas (Hrsg), Der von Klang begründete Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 44-100³ (Wien 2006)

Gitschthaler Edwin/Höllwerth Johann (Hrsg), Kommentar zum Ehegesetz (Wien 2008)

Kletečka Andreas/Schauer Martin (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch-ON 1.00 (Wien 2010)

Koziol Helmut/Bydlinski Peter/Bollenberger Raimund (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (Wien 2010)

Rechberger Walter (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung³ (Wien 2006)

Rummel Peter (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (Wien 2000); II/2a³ (Wien 2007)

Schwimann Michael (Hrsg), Taschenkommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (Wien 2010)

Lehrbücher

Deixler-Hübner Astrid, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹⁰ (Wien 2009)

Ferrari Susanne/Hopf Gerhard, Eherechtsreform in Österreich (Wien 2000)

Gitschthaler Edwin, Unterhaltsrecht² (Wien 2008)

Hinteregger Monika, Familienrecht⁴ (Wien 2009)

Karollus Martin, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (Wien 1992)

Koziol Helmut, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (Wien 1997); II² (Wien 1984)

Koziol Helmut/Welser Rudolf, Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹³ (Wien 2006); II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht¹³ (Wien 2007)

Koziol Helmut, Grundfragen des Schadenersatzrechts (Wien 2010)

Schwimann Michael/Kolmasch Wolfgang, Unterhaltsrecht⁵ (Wien 2010)

Aufsätze in österreichischen Zeitschriften

Deixler-Hübner Astrid, Ersatz für außerprozessuale Aufwendungen –
Anspruchsgrundlagen und Anspruchshöhe ÖJZ 2002, 372

Gitschthaler Edwin, Scheinvaterregress: Bereicherung oder Schadenersatz ? EF-Z
2009/94

Hofmann Nicole/Grüblinger Kirstin, Ehebruch und Schadenersatz Teil I EF-Z 2009/95

Hofmann Nicole/Grüblinger Kirstin, Ehebruch und Schadenersatz Teil II EF-Z
2009/114

Huber Christian, Scheinvaterregress gegen den Erzeuger wegen des Unterhalts für
das Kuckuckskind - ab wann und wie lange zurück ? iFamZ 2008, 244

Lurger Brigitta/Tscherner Eva, Inzidentfeststellung der Vaterschaft im
Unterhaltsregressverfahren-Konträre Entwicklung in Deutschland und Österreich ?
JBI 2009, 205

Rummel Peter, Altes und Neuse zu § 1042 ABGB, JBI 2008, 432

Stefula Martin, Zu den allgemeinen familiären Beistandspflichten, ÖJZ 2005/35

Thiele Clemens, Ersatz von Detektivkosten RdW 1999/12

Welser Rudolf, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang ÖJZ 1975, 1

Entscheidungsanmerkungen

Beclin Barbara, Anmerkung zu OGH 4 Ob 15/05t, EF-Z 2006/9

Gitschthaler Edwin, Anmerkung zu OGH 3 Ob 38/09y, EF-Z 2009/98

Haas Petra, Anmerkung zu OGH 2 Ob 111/10b EF-Z 2010/158

Höllwerth Johann, Anmerkung zu LG Salzburg 21 R 509/5g EF-Z 2006/35

Rummel Peter, Anmerkung zu 4 Ob 201/07y, EF-Z 2008/5