

ABGB

Taschenkommentar

mit EheG, EPG, EKHG und KSchG

herausgegeben von
em. o. Univ.-Prof. Dr. Michael Schwimann

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7007-5357-5

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, Wien

<http://www.lexisnexus.at>

Wien 2013

Best.-Nr. 31.073.002

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Fachbuch trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Herausgebers, der Autoren oder des Verlags ausgeschlossen ist.

Druckerei: Ringier Print CZ a.s.SS

Großvaters). Sofern nicht einmal eine außereheliche Lebensgemeinschaft vorliegt, entsteht kein Trauerschmerzensgeldanspruch (2 Ob 15/07f: Freund, mit dem das Eingehen einer Lebensgemeinschaft geplant war).

143 Der Umfang des Ersatzes ist bei Schock- bzw Fernwirkungsschaden einerseits und dem (bloßen) Trauerschmerzensgeld andererseits verschieden. Das Trauerschmerzensgeld begründet einen **Mindestersatz**; wird eine krankhafte psychische Beeinträchtigung nachgewiesen, kommt ein **Zuschlag** in Betracht; die Übergänge sind fließend: Der Ersatzumfang für Schockschaden und Fernwirkungsschaden darf jedenfalls das Ausmaß eines bloßen Trauerschadens nicht unterschreiten. Bei Tötung eines Haustieres, bei dem ein Schockschaden zuerkannt wurde, kann kein zusätzliches Trauerschmerzensgeld begehrt werden (OLG Wien ZVR 2012/35: kindgleich geliebter Hund).

144 Tendenziell spricht der OGH bei **Tod von Kindern** an die Eltern die höchsten Werte zu (2 Ob 263/06z: € 20.000,- an Eltern für Verlust eines 6-jährigen Kindes, auch wenn noch weitere Kinder vorhanden; 2 Ob 55/08i: € 20.000,- für Eltern einer 19-jährigen Tochter), etwas weniger im **umgekehrten Verhältnis** (2 Ob 141/0f: € 13.000,- bei Tod der 61-jährigen Mutter mit engem Verhältnis zum 40-jährigen erwachsenen Sohn), etwa ebenso viel bei Verlust eines **Ehepartners** oder Lebensgefährten und relativ am wenigsten bei **Geschwistern** (2 Ob 90/05g: € 9.000,- zwischen 2 Brüdern bei einer Beziehung, die einem Vater-Sohn-Verhältnis ähnlich; 2 Ob 55/08i: € 20.000,- für Eltern, hingegen € 15.000,- für annähernd gleichaltrige Geschwister). Die Trauer über einen weiteren Familienangehörigen, der nicht zur Kernfamilie gehört, führt nicht zur Kürzung des Trauerschmerzensgeldes wegen des Todes des Getöteten (2 Ob 161/12h: Tötung des Vaters durch den Bruder, der beim Unfall ebenfalls ums Leben kam – Zuspruch von € 15.000,-). Ohne Haushaltsgemeinschaft wird vermutet, dass die Gefühlsbeziehung weniger eng ist, wobei eine Tendenz auszumachen ist, dass die Werte im Laufe der – noch jungen Rspr – moderat nach oben weisen. Kommt eine psychische Erkrankung hinzu, fallen die Werte etwas höher aus (2 Ob 135/07b: € 35.000,-, 17-jähriger, Tod der Mutter, diese einzige Bezugsperson, am Ende Suizid; 2 Ob 212/04x: € 11.000,- für Lebensgefährten, wenn psychische Erkrankung dazu kommt; 2 Ob 99/08k: € 20.000,- bei Tod der 12-jährigen Tochter und Nachweis einer Psychotherapie mit 33 Sitzungen).

145 Wie bei § 1327 (dazu Rz 135 f) handelt es sich beim Schockschaden, Fernwirkungsschaden und Trauerschmerzensgeld um einen **abgeleiteten Anspruch**. Hätte der nunmehr Getötete im Verletzungsfall keinen Anspruch, steht seinen Hinterbliebenen ebenfalls keiner zu. Das hat zur Folge, dass ein **Mitverschulden** des Getöteten sich anspruchsmindernd auswirkt (2 Ob 178/04x: Zechtour, Getöteter konnte erkennen, dass er sich einem alkoholisierten Lenker anvertraute; 2 Ob 219/10k: Tod einer Zeugin Jehovas nach schwerer Verletzung infolge Verweigerung einer Blutkonserve; vom OGH aber mE nicht bedacht, dass Ersatz bei Tötung geringer als bei Verletzung, was im Rahmen der Vorteilsausgleichung oder des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei entsprechendem Vorbringen zu beachten gewesen wäre). Die in der Lit vertretene Gegenansicht, dass der Getötete und der Dritte Nebentäter seien und der Dritte sich beim Nachlass regressieren könne, ist unnötig kompliziert und leuchtet auch in der Sache nicht ein. Was für das Mitverschulden gilt, ist auch auf einen Arbeitsunfall anzuwenden. Die **Haftungsausschlussnorm** des § 333 ASVG führt zur Versagung eines Schmerzensgeldanspruchs der Angehörigen (2 Ob 82/05f).

§ 1326. Ist die verletzte Person durch die Misshandlung verunstaltet worden; so muss zumal, wenn sie weiblichen Geschlechtes ist, insofern auf diesen Umstand Rücksicht genommen werden, als ihr besseres Fortkommen dadurch verhindert werden kann.

A. Funktion des § 1326

1 Der Begriff „Verunstaltungsentschädigung“ ist kein Gesetzesbegriff des ABGB; er kommt aber etwa in § 13 Z 5 EKHG vor und ist auch bei § 1326 gebräuchlich. Misshandlung ist ein

Synonym für Körperverletzung. Ein **prototypischer Fall** ist die **Entstellung des Gesichts einer Frau** (2 Ob 266/97z), was für diese negative Auswirkungen im **Erwerbsleben** sowie bei der **Suche nach einem Ehemann** hat. Hinzuweisen ist darauf, dass die – mechanische – **Erwerbsfähigkeit** durch eine Verunstaltung nicht unbedingt beeinträchtigt sein muss: Eine Person, deren Gesicht durch Narben entstellt ist, kann deshalb genauso gut tippen wie mit einem makellosen Äußeren. Ob sie bei der Bewerbung für eine Stelle die gleichen Chancen hat, den Zuschlag zu bekommen, steht auf einem anderen Blatt. § 1326 soll der verunstalteten Person ein „**Trostpflaster**“ für **solche unwägbar** Nachteile bescheren. Insofern stellt es eine dritte Schicht gegenüber dem positiven Schaden und dem entgangenen Gewinn dar. Die Besonderheit besteht darin, dass der Eintritt eines solchen künftigen Schadens **noch schwerer nachweisbar** ist als der entgangene Gewinn, eine Verunstaltungsentschädigung aber bei jedem Verschulden sowie bei Verwirklichung eines Gefährdungshaftungstatbestands gebührt.

Über die Einordnung als **Vermögensschaden** oder **immateriellen Schaden** besteht Uneinigkeit. Die Lit verortet § 1326 im Grenzbereich zwischen materiellem und immateriellem Schaden. Die **Rspr** betont den Charakter als **Vermögensschaden**. Das liegt bei den Nachteilen im – beruflichen – **Erwerbsleben** auf der Hand. Aber auch bei **Vereitelung einer Heiratsaussicht** lässt sich das rational begründen. Die Möglichkeit des Eingehens einer Ehe hat auch ökonomische Sicherungsaspekte. Im Fall der Beeinträchtigung der Erzielung eines **Erwerbseinkommens** im Beruf oder im Krankheitsfall findet eine – erste – Abfederung durch die bestehende **Beistandspflicht** (§§ 90 ff) statt. Die **Fixkostendegression** beim Wohnsitz und der Haushaltsführung bewirken, dass der **Lebensstandard** auch des beruflich erwerbstätigen Ehegatten durch Eingehung einer Ehe steigt (folgerichtig daher SZ 32/122: **Zuspruch an eine berufstätige Frau**; ZVR 1976/19: **Ausübung einer eigenen Berufstätigkeit schließt nicht Verbesserung der wirtschaftlichen Lage durch Verhelichung aus**).

Manche Argumentationsmuster weisen aber **Parallelen zum Schmerzensgeld** auf. Bei **3** Festsetzung des Umfangs wird unter Bezugnahme auf das Schmerzensgeld darauf hingewiesen, dass die Verunstaltungsentschädigung **nicht zu knapp** bemessen werden soll (7 Ob 36/03z; 2 Ob 105/09v: bei Oberschenkelamputation Verweis auf 8 Ob 52/86; in der älteren E **Zuspruch von € 11.000,-, nun € 20.000,-**; vgl aber auch 3 Ob 283/08a: Bezugnahme auf **Vorentscheidungen** unter Berücksichtigung **bloß der Geldentwertung** in den letzten 10 Jahren; 2 Ob 105/09v: 20.000,- € bei Beinamputation). Wie beim Schmerzensgeld wird darauf hingewiesen, dass es nicht darauf ankommt, dass der Geschädigte in der Lage ist, die Verunstaltung als solche zu erkennen (2 Ob 66/92). Zur Vermeidung von Ungleichheiten ist ein **objektiver Maßstab** anzulegen (7 Ob 36/03z; 2 Ob 105/09v). Bei Qualifikation als Vermögensschaden ist das subjektive Empfinden von vornherein irrelevant.

Folge des Übergangs vom Patriarchat zum Partnerschaftsprinzip ist die **geschlechtsneutrale** **4** **Auslegung** des § 1326. Für die Dimension der beruflichen Nachteile kann das gar nicht anders sein. Aber auch bei verminderten Heiratsaussichten wird dem **Mann** ein Anspruch zugestanden (ZVR 1983/38; ZVR 1987/127; 9 Ob 728/00y). Nach Anerkennung einer eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft wird § 1326 auch auf **gleichgeschlechtliche Beziehungen** auszudehnen sein.

Ist eine Person verunstaltet, hat diese es naturgemäß schwerer, einen Ehepartner zu finden. **5** In der E 2 Ob 266/97z bejahte der OGH die grundsätzliche Ersatzfähigkeit der **Kosten eines Partnervermittlungsinstituts**, lehnte diese aber in concreto ab, weil die Verletzte bereits eine Verunstaltungsentschädigung begehrt und erhalten habe. In der Lit wird die Ansicht vertreten, dass solche Kosten niemals ersatzfähig seien. ME trifft das Gegenteil zu. Führt die Partnervermittlung **nicht** zum angestrebten Erfolg, ist die Verunstaltungsentschädigung ebenso wenig zu kürzen wie ein Schmerzensgeld nach einem vergeblichen Heileingriff. Die **Kosten der Partnerschaftsvermittlung** lassen sich als unfallbedingt entstandene **vermehrte Bedürfnisse** begreifen, die eine Betätigung des Restitutionsinteresses darstellen. Die Verunstaltungsentschädigung zielt

demgegenüber auf die Abgeltung des restlichen Kompensationsinteresses. Einer verheirateten, nicht mehr im Erwerbsleben stehenden Person steht ein Feststellungsanspruch zu, wofür insb spricht, dass die Bestandskraft einer Ehe auch von der äußerlichen Attraktivität des jeweiligen Ehepartners abhängt.

- 6 Die beiden Ausprägungen, in denen sich Vermögensnachteile infolge einer Verunstaltung manifestieren, sind Nachteile im – beruflichen – **Erwerbsleben** sowie in Bezug auf die Chance einer **Eheschließung**. Mitunter fasst der OGH diese beiden Bereiche unter dem Oberbegriff der „**Gewinnung einer günstigeren Lebenslage**“ zusammen (ZVR 1980/74; 1 Ob 161/00h; 2 Ob 105/09v). Ob es neben den genannten Bereichen eine restliche Sphäre gibt, für die nach § 1326 eine Entschädigung begehrt werden kann, etwa Beeinträchtigungen im geselligen Bereich, einem Vereinsleben etc., ist offen. Ist das zu verneinen, ist die Leistung einer Verunstaltungsentschädigung zu versagen, wenn eine Person verheiratet ist und nicht mehr im Erwerbsleben steht.
- 7 Von § 1326 erfasst sind durch die Verunstaltung sich ergebenden potentiellen Vermögensnachteile im Rahmen des **Erwerbsschadens**, die praktisch aber **kaum oder sehr schwer zu beweisen** sind (ZVR 1984/236: Maurer, Polier; ZVR 1987/47: Frau, Modebranche). Eine Verunstaltungsentschädigung gebührt nicht nur dann, wenn eine Person im Rahmen ihrer Berufstätigkeit mit einer Vielzahl von Menschen zu tun hat und ihr Erwerbseinkommen von deren Sympathie abhängig ist, was durch die Verunstaltung getrübt sein kann. Zu bedenken ist, dass bei jeder Einstellung einer Person deren Äußeres ein – häufig unausgesprochener – Gesichtspunkt ist, der in jedem Fall bedeutsam ist, mitunter aber auch den Ausschlag für so manche Personalentscheidung gibt (insoweit zu eng 4 Ob 515/93: beinamputierte Logopädin, Verunstaltungsentschädigung, weil diese unmittelbaren Kontakt zu Menschen hat).
- 8 Der OGH gewährt auch einem **Kind** einen Anspruch auf Verunstaltungsentschädigung, der mit der Geltendmachung fällig ist und der selbst dann gebührt, wenn nicht feststeht, ob das verletzte Kind das Heirats- und/oder Berufsalter überhaupt erreichen wird (ZVR 1978/292; 1 Ob 2227/96y; 1 Ob 161/00h; stRspr). Begründet wird dies damit, dass es beim Anspruch nach § 1326 um eine **Abgeltung unwägbarer Zukunftsrisiken** geht. Diese Argumentation vermag aber das Ergebnis nicht zu stützen. Der abzugeltende Vermögensschaden kann frühestens eintreten mit dem **heiratsfähigen Alter** bzw dem **potentiellen Eintritt ins Erwerbsleben**. Nicht einmal Gründe der Einfachheit der Regulierung vermögen die sofortige Auszahlung einer Verunstaltungsentschädigung zu tragen, erstreckt sich ein solcher Schaden doch in aller Regel weit in die Zukunft. Vereinbaren die Parteien eine einmalige Kapitalabfindung, wäre mE zu beachten, dass die Verunstaltungsentschädigung dann abzuzinsen ist.
- 9 Ist eine Person verletzungsunabhängig **endgültig aus dem Berufsleben ausgeschieden**, wird eine diesbezügliche Verunstaltungsentschädigung zu Recht versagt (ZVR 1983/16; OLG Wien ZVR 2009/208: 62-jährige in Pension befindliche Gemüsefrau). Auch einer **Hausfrau** wird eine Verunstaltungsentschädigung versagt, weil bei dieser ein darauf zurückzuführender Erwerbsschaden auszuschließen sei (ZVR 1976/231; ZVR 1977/17). Infolge des Umstands, dass sich im Rahmen einer Erwerbsbiografie heute öfter als früher Änderungen ergeben, ist mE einer Hausfrau, die vor der Verletzung noch keine Altersrente bezogen hat, wie einer verheirateten Person (dazu unten Rz 11) ein Feststellungsanspruch einzuräumen.
- 10 Neben den verunstaltungsbedingten Nachteilen im beruflichen Erwerbsleben gebührt der Anspruch nach § 1326 für Nachteile beim Finden eines Ehepartners. Das Bestehen einer **Lebensgemeinschaft** ist dafür ebenso wenig ein Hindernis (OLG Wien ZVR 1996/101; OLG Wien ZVR 2009/208) wie eine bestehende **Verlobung** (ZVR 1978/21; OLG Wien ZVR 1996/101). Das ist schon deshalb zutreffend, weil einerseits eine Lebensgemeinschaft weniger Sicherheit bietet als eine Ehe und andererseits die Gefahr besteht, dass diese gerade wegen der Verunstaltung zerbricht.
- 11 Da es sich bei der Verunstaltungsentschädigung um den Anspruch einer **unverheirateten Person** handelt, gibt der OGH einem diesbezüglichen Leistungsbegehren im Rahmen des § 1326

dann statt, wenn die Ehe bei der letzten mündlichen Verhandlung 1. Instanz nicht mehr besteht, mag sie im Unfallzeitpunkt auch noch bestanden haben (ZVR 1997/81; 2 Ob 2076/96z). Auf den Grund der Auflösung der Ehe kommt es nicht an (2 Ob 81/95; OLG Wien ZVR 2001/43). In der Lit wird aber zu Recht darauf hingewiesen, dass es bei der Verunstaltungsentschädigung um die Abgeltung künftiger potentieller Nachteile geht. Da heute viele Ehen geschieden werden, in den Städten noch mehr als auf dem Lande, ist es daher folgerichtig, dass der verunstaltete **Ehepartner das mögliche künftige Risiko** durch eine **Feststellungsklage** absichern kann. Sollte die Ehe enden, durch Scheidung oder Tod (zum Zuspruch einer Verunstaltungsentschädigung, wenn bei einem Unfall der Ehemann getötet, die Ehefrau verunstaltet wurde, RZ 1992/32), besteht dann ein Leistungsanspruch. Es bestehen insoweit Parallelen zu § 1327, wonach ein derzeit nicht bestehender, aber in Zukunft möglicher Unterhaltsanspruch durch eine Feststellungsklage gesichert werden kann.

Der prototypische Fall einer Verunstaltung ist jede **wesentliche nachteilige Veränderung** **12** der **nach außen hin bemerkbaren Erscheinung** (2 Ob 66/92; 4 Ob 2107/96y; 1 Ob 2227/96y; stRspr). Abzustellen sein soll auf die Lebensanschauung (2 Ob 89/99y: unsachgemäße Nachbehandlung einer Lippentätowierung) sowie einen ästhetischen Maßstab (1 Ob 2227/96y). Nach Kritik an der Rspr durch die Lit hat der OGH auch **nicht äußerlich sichtbare Verunstaltungen** genügen lassen (ZVR 1989/74: Taubheit; ZVR 1989/31: Verlust der Sehfähigkeit; 4 Ob 2107/96y: starre Kontaktlinse nach Verletzung des Auges; 2 Ob 89/99y: Sprechfehler und intellektuelle Defizite; ZVR 1989/74: Impotenz; OLG Wien ZVR 1993/105: Erektionsstörung; 9 ObA 2153/96z: Störungen der Sexualfunktion). ME ist zu differenzieren, je nachdem, ob es sich um eine Veritelung der Heiratsaussichten oder Nachteile im Beruf geht. Da sich die Partner im Zuge der Anbahnung einer Ehe nähern, wird insoweit eine Entstellung an einer im Alltagsleben bekleideten Stelle eher nachteilig sein als im beruflichen Umfeld (2 Ob 81/95: Operationsnarben am Oberschenkel; vgl auch 2 Ob 163/89: zu Unrecht keine Berücksichtigung des Ausbleibens der Monatsblutung bei einer 27-jährigen unverheirateten Frau; zutreffend 2 Ob 67/93: eine durch Haare verdeckte Narbe am Kopf keine Verunstaltung, es sei denn, sie würde bei intimer Begegnung als störend empfunden). Manche Defizite wie Impotenz und Erektionsstörung sollten im Beruf – im Regelfall; Ausnahme Pornoschauspieler – gar keine Rolle spielen. Darüber hinaus wird je nach – möglichem – Beruf zu differenzieren sein. Bei einer Empfangsdame wird das äußere Erscheinungsbild bedeutsamer sein als bei einer Putzhilfe.

Eine Verunstaltungsentschädigung gebührt, wenn eine **Bagatellschwelle überschritten** ist. **13** Zu versagen ist sie bei einer unbedeutenden Narbenbildung (ZVR 1984/345; OLG Linz ZVR 2001/64) oder einer völlig unwesentlichen Veränderung (OLG Innsbruck ZVR 1997/107: Jus-Student, geringfügige Narbe am Finger; OLG Wien ZVR 2012/60: Versteifung des Zwischengelenks der linken Großzehe mit der Folge, keine Sandalen und auch keine Schuhe mit hohen Absätzen tragen zu können). Nicht zu verlangen ist ein **abstoßendes, abscheuerregendes oder mitleid-erweckendes Aussehen** (ZVR 1984/345; ZVR 1987/70; 4 Ob 515/93). Ist die Verunstaltung nur nackt oder in Badekleidung sichtbar, ist sie bei Gefährdung der Heiratsaussichten beachtlich (ZVR 1987/127), nicht aber beim beruflichen Fortkommen (ZVR 1984/21).

Keine Voraussetzung für die Zubilligung einer Verunstaltungsentschädigung ist das Vorliegen eines **Dauerschadens** (ZVR 1976/269; ZVR 1978/21). Allerdings muss das Fortkommen während der Phase der gegebenen Verunstaltung beeinträchtigt sein (ZVR 1963/237), wobei auch insoweit die **Gefährdung** genügen muss (SZ 36/37: Heiratsaussichten einer 24-Jährigen, die 2 Jahre entstellt war). Einerseits wird sich der Umstand der bloß temporären Entstellung im Rahmen der Bemessung dämpfend auswirken, andererseits ist zu bedenken, dass sowohl bei der Suche nach einem Ehepartner als auch im beruflichen Erwerbsleben **bestimmten Phasen besondere Bedeutung** zukommt. Defizite in diesen pflanzen sich mitunter weit in die Zukunft fort. **14**

Abzustellen ist auf die **Verhältnisse zum Ende der mündlichen Verhandlung 1. Instanz** **15** (2 Ob 81/95; 2 Ob 2076/96z; OLG Wien ZVR 2001/43). Bedeutsam ist das insb in Bezug auf den

Status als verheiratet oder nicht verheiratet. Insoweit mag ein nicht verheirateter Geschädigter mit einer geplanten Eheschließung bis nach diesem Zeitpunkt zuwarten, um sich nicht um die Verunstaltungsentschädigung zu bringen oder bei zusätzlicher Berechtigung eines Zuspruchs wegen beruflicher Beeinträchtigung eine Kürzung hinnehmen zu müssen.

- 16 Ausreichend ist ein **geringer Grad der Wahrscheinlichkeit** (2 Ob 2076/96z; 2 Ob 113/01h; 2 Ob 105/09v; 2 Ob 105/09v). Nicht ausreichend ist eine **bloß abstrakte oder theoretische Möglichkeit** (2 Ob 290/05v). Der Schaden darf **nicht praktisch ausgeschlossen** sein (2 Ob 111/04v; 2 Ob 290/05v). Auch diesbezüglich wird zwischen der Vereitelung einer Heiratsaussicht und einem möglichen Nachteil im Beruf zu unterscheiden sein. Der Beweis verminderter Heiratsaussicht wird kaum zu führen sein, weshalb insoweit die Möglichkeit als solche genügen muss. Im beruflichen Kontext ist darauf abzustellen, ob ein verunstaltungsbedingter Nachteil einigermaßen plausibel ist. Auch das sollte man nicht leichtfertig verneinen, lassen sich doch die Unsicherheiten der Zukunft kaum verlässlich abschätzen, was umso mehr gilt, je jünger ein Verletzter ist. Jedenfalls geht es um einen ganz anderen Maßstab als den bei der abstrakten Rente. Verlangt die Rspr bei dieser einen nach dem gewöhnlichen Lauf voraussichtlichen Nachteil, genügt bei der Verunstaltungsentschädigung, dass ein solcher durchaus in Betracht kommen könnte (1 Ob 161/00h).
- 17 Entsprechend **geringe Anforderungen** werden an **Behauptungs- und Beweislast** gestellt (ZVR 1982/115; 2 Ob 2076/96z), insb wenn sich der mögliche Nachteil „nach der Lebenserfahrung von selbst ergibt“ (ZVR 1982/114). Ansonsten genügt die bloße Behauptung einer Verunstaltung freilich nicht (ZVR 1990/88; 8 Ob 300/00a). Das Vorbringen muss erkennen lassen, **worin die Möglichkeit der Behinderung liegt** (2 Ob 2076/96z; OLG Wien ZVR 1995/156). Schon um dem Gericht eine umfassende Bemessung zu ermöglichen, sollte der klägerische Anwalt wenigstens angeben, ob die Verunstaltung die **Heiratsaussichten** und/oder das **berufliche Fortkommen** gefährdet.
- 18 Das **Ausmaß der Verunstaltungsentschädigung** ist abhängig von der **Schwere der Verletzung** sowie der **Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines künftigen verunstaltungsbedingten Schadens** (1 Ob 2227/96y; 1 Ob 161/00h; OLG Wien ZVR 1995/156: geringe Wahrscheinlichkeit). Bei Erblindung wurden € 15.000,- für angemessen angesehen (3 Ob 128/11m), bei einer Beinamputation € 20.000,- (2 Ob 105/09v), bei einer 2 cm großen Narbe über dem linken Auge € 2.000,- (OLG Wien ZVR 2012/60). Mitunter erfolgt eine zu starre Anlehnung an den Schweregrad der Verletzung. So hat etwa das OLG Graz (ZVR 2008/191) einem seit dem 13. Lebensjahr aufgrund eines Unfalls querschnittgelähmten Verletzten nach einer infolge eines ärztlichen Kunstfehlers mit 39 Jahren erfolgten Unterschenkelamputation € 15.000,- Verunstaltungsentschädigung zugebilligt. Das erscheint deshalb zu hoch, weil es nicht darauf ankommen kann, ob ein oder mehrere Schädiger verantwortlich sind. Die zusätzliche Unterschenkelamputation würde bei **einem** Schädiger wohl kaum dazu führen, dass die Verunstaltungsentschädigung gegenüber einer Querschnittlähmung um € 15.000,- angehoben würde, liegt doch der Höchstzuspruch bei einer Verunstaltungsentschädigung derzeit bei € 30.000,- (7 Ob 36/03z: 8-jähriges Mädchen, Amputation beider Arme; 2 Ob 104/06t: 20-jähriger Mann, schwerste Verletzungen, Schmerzensgeld € 180.000,-). Dieser Höchstzuspruch wird dann als Referenzgröße benutzt (so in 2 Ob 105/09v: Beinamputation einer 14-Jährigen).
- 19 Bedeutsam ist darüber hinaus, ob sich die Verunstaltung lediglich auf die **Heiratschance** auswirkt oder auch auf den **Beruf** (1 Ob 161/00h). Es erfolgt indes **keine gesonderte Ausmessung für diese beiden Bereiche** (SZ 41/92; ZVR 1976/270), was mE wünschenswert, wegen der Rechtsfolgen im Sozialversicherungs- und Steuerrecht sogar geboten wäre (dazu unten Rz 23). Das OLG Wien (ZVR 2009/208) hat bei einer 62-jährigen nicht mehr im Erwerbsleben stehenden Gemüsefrau die Verunstaltungsentschädigung unter Hinweis darauf mit € 9.000,- begrenzt, dass die Verletzte sich schon im **fortgeschrittenen Alter** befinde. Für Nachteile im Berufsleben sollte das ganz selbstverständlich sein, weil der potentielle Schaden umso geringer ist, je geringer die Zeitdauer einer Person zur Altersversorgung ist. Das gilt aber in entsprechender Weise auch für

eine vereitelte Eheschließungschance, weil der Zeitraum der unterbliebenen Versorgung ebenfalls abhängig ist von der restlichen Lebenserwartung.

Die Verunstaltungsentschädigung ist in einem **Kapitalbetrag** zuzusprechen (ZVR 20 1976/270; ZVR 1984/303; ZVR 1986/77). Vereinzelt wurde früher auch einmal eine Rente zuerkannt (zuletzt SZ 40/125). Wie beim Schmerzensgeld gebührt ein Nachschlag, wenn sich herausstellt, dass unvorsehbare Verletzungsfolgen auftreten. Auch dann ist freilich zu beachten, dass der zuerkannte Betrag nicht über den hinausgeht, der bei einmaliger Ausmessung geschuldet wäre (ZVR 1981/41).

Bei **Erwerbsunfähigkeit** steht dem Geschädigten eine Verunstaltungsentschädigung bloß 21 für die vereitelte Heiratschance zu, weil in solchen Fällen der Erwerbsschaden einerseits gewiss ist und andererseits ohnehin vollständig abgegolten wird (ZVR 1986/77; 4 Ob 515/93; 1 Ob 161/00h). Die Lit befürwortet das mit dem Hinweis, dass zwar der Erwerbsschaden sich dann konkret berechnen lasse, nicht aber der Vermögensschaden wegen Entgangs der Heiratschance. Das ist zutreffend. § 1326 will im Rahmen des Erwerbsschadens die unwägbareren Nachteile abgeltend, die aufgrund der Verunstaltung bestehen, wofür auch ein herabgesetztes Beweismaß gilt. Bei mancher erwerbswirtschaftlicher Betätigung wird sich die Auswirkung einer Verunstaltung auf das Erwerbseinkommen einigermaßen präzise beziffern lassen, so etwa bei einem Schauspieler, einem Fotomodell oder einer Prostituierten. Bei vielen anderen Erwerbstätigkeiten ist das weniger auf der Hand liegend, weshalb bei einer **bloßen Beeinträchtigung** der Erwerbsfähigkeit eine Verunstaltungsentschädigung auch einem verheirateten Verletzten gebührt (ZVR 1978/176; 2 Ob 290/05v).

Da es sich bei § 1326 um einen **Vermögensschaden** handelt, besteht neben der Verunstaltungsentschädigung ein Anspruch auf **Schmerzensgeld** gem § 1325 (ZVR 1977/133). Die seelischen Beeinträchtigungen der verletzten Person, dass sie mit der Verunstaltung leben muss, sind im Rahmen des Schmerzensgeldes abzugelten (4 Ob 515/93). Der ideelle Schaden ist meist auch dann gegeben, wenn die Verunstaltung zu keiner Abgeltung nach § 1326 führt, weil die verletzte Person einerseits verheiratet ist und andererseits nicht mehr im Erwerbsleben steht. 22

Die **sachliche Kongruenz von Lohnersatzleistungen im Sozialversicherungsrecht** gegen- 23 über der Verunstaltungsentschädigung wird verneint. Jedenfalls in Bezug auf den Teil, der auf die Abgeltung **berufsbedingter Nachteile** gerichtet ist mE ist kein Argument ersichtlich, warum das so sein soll. In der Lit wird die Ansicht vertreten, dass die Verunstaltungsentschädigung nur dann der **ESt** unterliegen soll, wenn sie in **Rentenform** ausbezahlt wird. In Bezug auf die Abgeltung berufsbedingter Nachteile gibt es dafür mE keine sachlichen Gründe. Der bisher unterbliebene Zugriff des Fiskus ist wohl darauf zurückzuführen, dass die Rspr die Abgeltung der Nachteile für eine vereitelte Heirat und solche im Beruf in einem Pauschalbetrag auswirft. Eine solche Vernebelung bewirkt einen größtmöglichen richterlichen Freiraum; eine solche Bemessungspraxis soll aber nicht dazu führen, die Abführung geschuldeter ESt, die nach dem Nettoprinzip zusätzlich vom Schädiger zu tragen wäre, zu vereiteln.

§ 1327. Erfolgt aus einer körperlichen Verletzung der Tod, so müssen nicht nur alle Kosten, sondern auch den Hinterbliebenen, für deren Unterhalt der Getötete nach dem Gesetz zu sorgen hatte, das, was ihnen dadurch entgangen ist, ersetzt werden.

Übersicht

	Rz
A. Sonderstellung des § 1327	1–14
B. Ersatz der durch den Tod verursachten Kosten	15–19
C. Ehegatte	20–40
D. Kind	41–45
E. Sachliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen	46
F. Steuerrecht	47

A. Sonderstellung des § 1327

- 1 Bei Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter hat grundsätzlich nur **der in seinen Rechten unmittelbar Beeinträchtigte** einen Schadenersatzanspruch. § 1327 durchbricht diese Regel insofern, als er die Kosten des Todesfalls denen zuspricht, die diese tragen, sowie den gesetzlichen Unterhaltsberechtigten einen **Ausschnitt aus dem Erwerbsschaden** des Getöteten zubilligt. Der Erwerbsschaden kann in der Erzielung von Geldeinkommen bzw sonstiger vermögenswerter Vorteile liegen oder in der Haushaltsführung im engeren und weiteren Sinn (dazu unten Rz 21 ff sowie § 1325 Rz 53 ff). Insofern ist eine **Sonderregel zugunsten bloß mittelbar Geschädigter** gegeben (2 Ob 22/97t; 2 Ob 157/00b; 2 Ob 156/02h). Keine Rolle spielt hingegen, ob der Ersatzanspruch auf **Delikt oder Vertragsverletzung** gestützt wird, was namentlich bei der Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen bedeutsam ist.
- 2 Anspruchsberechtigt sind die **gesetzlichen Unterhaltsgläubiger** im Ausmaß des entzogenen Unterhalts, also die Ehegatten untereinander (§ 94), ein Kind gegenüber den Eltern (§ 140), ein Kind gegenüber den Großeltern (§ 141), was jeweils auch für das nicht eheliche Kind (§ 166 S 2) und das Adoptivkind (§§ 182 f) gilt, sowie die Eltern bzw Großeltern gegenüber dem Kind (§ 143). Bei einer Unterhaltspflicht von Ausländern ist diese nach deren Personalstatut zu ermitteln (4 Ob 36/10p). Ein **bloß vertraglich begründeter Unterhaltsanspruch** führt bei Tötung des Unterhaltsschuldners zu keinem Ersatzanspruch nach § 1327 (2 Ob 12/91; 2 Ob 55/97w). Nicht ersatzfähig ist der Entwertungsschaden der Erbschaft (OLG Wien 11 R 220/10v: Einstellung von Ersatzarbeitskräften in der Landwirtschaft, Aufgabe der Lammfleischproduktion). Entsprechendes gilt für den Vermögensnachteil, dass das vom Getöteten betriebene Unternehmen zur Unzeit verkauft werden muss.
- 3 Es handelt sich um einen **Schadenersatzanspruch**, **nicht** um einen **Unterhaltsanspruch** (1 Ob 155/97v; 2 Ob 175/00z; 2 Ob 41/08f; stRspr). Daraus folgt, dass etwa bei einem Verkehrsunfall, bei dem den Getöteten ein Mitverschulden trifft und der Getötete für einen dem Schädiger zugefügten Schaden einstandspflichtig ist, der Schädiger mit seinem Schadenersatzanspruch nicht gegen die Forderungen der Unterhaltersatzgläubiger **aufrechnen** kann (SZ 36/133). Eine Aufrechnung ist nur gegenüber den **Erben** möglich, die mit den gesetzlichen Unterhaltersatzgläubigern aber nicht – vollkommen – ident sein müssen. Da es sich um keinen Unterhaltsanspruch handelt, kommt es auf die **Leistungsfähigkeit des Schädigers nicht** an. Alle Umstände, die bei Bemessung des Erwerbsschadens des Getöteten eine Rolle gespielt hätten, wäre er am Leben geblieben, sind auch beim Anspruch nach § 1327 beachtlich, nämlich die Versagung des Anspruchs bei Vorliegen eines **Arbeitsunfalls** nach § 333 ASVG (2 Ob 282/05g: Todesfallkosten), die Kürzung wegen **Mitverschuldens** (2 Ob 38/95; 2 Ob 219/10k: Verweigerung einer Blutkonserve durch eine Zeugin Jehovas, wobei vom OGH mE nicht berücksichtigt wurde, dass ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit die Ersatzpflicht wegen des größeren Schadens höher wäre, was im Rahmen der Vorteilsausgleichung bzw im Rahmen des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei entsprechendem Vorbringen zu berücksichtigen ist), Besonderheiten des **DHG** (ÖJZ 1975/104) sowie die Unbeachtlichkeit eines Verstoßes gegen die **Gurtenanlegepflicht** (nunmehr § 106 Abs 2 KFG) im Rahmen des Vermögensschadens (2 Ob 150/08k).
- 4 Umstr ist das **Verhältnis zwischen § 1327 und § 12 EKHG**. Vertreten wird, dass das EKHG als Gefährdungshaftung bloß **Mindestansprüche** gewähre, während das ABGB wegen des stärkeren Zurechnungsgrundes des Verschuldens weiter gehende Ansprüche zubillige. Es findet sich aber auch die Gegenposition, dass, von der betraglichen Haftungsbeschränkung abgesehen, **keine Unterschiede zwischen EKHG und ABGB** bestehen; wegen der höheren Detailliertheit des EKHG und dem Umstand, dass es sich um das modernere Gesetz handle, seien dessen Anordnungen bei der Auslegung des § 1327 ergänzend zu berücksichtigen. Diese Ansicht ist mE überzeugender.
- 5 Bezüglich des **Ausmaßes des geschuldeten Unterhalts** verfährt der OGH indes gegenteilig. Während nach § 12 Abs 2 EKHG nur der **gesetzlich geschuldete Unterhalt** ersatzfähig ist (2 Ob

281/02s: Abweisung des Regresses des Sozialversicherungsträgers wegen hohen Eigeneinkommens der Witwe, wobei die Fixkosten nicht berücksichtigt wurden; 2 Ob 119/09b: nicht eheliches Kind), ist nach § 1327 der **tatsächliche Unterhalt** ersatzfähig, wenn er nur „einigermaßen mit der gesetzlichen Unterhaltspflicht ins Verhältnis gesetzt und gerechtfertigt werden“ kann (2 Ob 57/92; 2 Ob 157/00b; abgelehnt in 2 Ob 62/12z: Unterhaltersatzanspruch der Mutter bei Tötung des Sohnes, wenn Mutter selbsterhaltungsfähig und deren Einkommen von knapp € 2.000,- 40 % des gemeinsamen Einkommens ausmacht). Auch ein reichlich bemessener Unterhalt (2 Ob 157/00b) bzw freiwillige über den gesetzlichen Unterhalt hinausgehende Leistungen (2 Ob 41/08f; 2 Ob 119/09b) sind ersatzfähig, sofern sie **nicht auffallend über das gesetzliche Ausmaß hinausgehen** (2 Ob 33/91) und es sich um Leistungen mit Unterhaltscharakter handelt (2 Ob 99/06g; 2 Ob 11/06s). Ob der Unterhalt in diesem Ausmaß gerichtlich durchsetzbar wäre, ist ohne Bedeutung.

Der **Unterschied** zwischen dem gesetzlichen Unterhalt iSd § 12 Abs 2 EKHG und dem nach § 1327 dürfte mE in der Praxis viel geringer sein, als es die Leitsätze vermuten lassen. Auch im Rahmen des gesetzlichen Unterhalts ist die **jeweilige Gestaltung der Ehepartner maßgeblich**, also wer in welchem Ausmaß einer beruflichen Erwerbsarbeit nachgeht und wer sich um Haushalt und Kinder kümmert. Zu berücksichtigen wird dabei auch die jeweilige – auch physische – Leistungsfähigkeit von Unterhaltsgläubiger und Unterhaltsschuldner sein. Jedenfalls ist Maßstab des Ersatzes bei Tötung des Unterhaltsschuldners nicht die **Lage einer zerrütteten Familie**, wie sie bei Unterhaltsprozessen gegeben ist; sonst würde man nicht vor Gericht um das Ausmaß des Unterhalts prozessieren. Gegenüber einem klagenden Unterhaltsgläubiger räumt die Rechtsordnung dem Unterhaltsschuldner in einem Unterhaltsprozess einen gewissen **Selbstbehalt** ein; mit einem Unterhaltsgläubiger in einer intakten Familie würde der Unterhaltsschuldner indes das letzte Stück Brot teilen.

Hat der Unterhaltsschuldner in der Vergangenheit **weniger als den gesetzlichen Unterhalt** geleistet, kann der Unterhaltsgläubiger **mindestens den gesetzlichen Unterhalt** fordern, weil ihm aufgrund der Tötung des Unterhaltsschuldners die Möglichkeit genommen wurde, das zu tun (2 Ob 22/97t; 2 Ob 243/99w; 2 Ob 119/09b). Nach Ansicht des OGH kann nach § 1327 der **Unterhaltsrückstand** nicht vom Schädiger verlangt werden (SZ 34/1; ZVR 1965/226). In der Lit wird das für den Fall bestritten, dass gerade durch die Tötung die Uneinbringlichkeit bewirkt wird. Rein faktisch spricht dafür der erste Anschein, weil niemand auf Dauer ein so geringes Erwerbseinkommen erzielt, dass er nicht einmal seine Unterhaltsschulden begleichen kann. Zu bedenken ist, dass diese wiederum von der jeweiligen Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners abhängig sind.

Wird der gesetzliche Unterhaltsschuldner getötet, kommt es häufig dazu, dass ein **subsidiär Unterhaltspflichtiger** leistungspflichtig wird. Darauf kann sich der Schädiger aber gerade nicht berufen. Es handelt sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass der Schädiger näher daran ist, was auch in § 14 Abs 4 EKHG ausdrücklich festgeschrieben ist (ZVR 1978/16; ZVR 1978/118; 2 Ob 38/95). Folgerichtig ist es daher, dass sich der Schädiger nicht darauf berufen kann, dass der Unterhaltsgläubiger **Ansprüche gegen die Erbschaft** stellen kann (so zu Recht im Verhältnis der Ehegatten gem § 796 SZ 38/186; 2 Ob 38/95; gegenteilig mE zu Unrecht gegenüber einem Kind nach § 142 SZ 48/32; 2 Ob 38/95: Differenzierung danach, ob der Erbe einen Nachteil hat). Der **Stamm der Erbschaft** führt zu keinem anrechnungspflichtigen Vorteil (2 Ob 106/98x; 2 Ob 148/01f), und zwar auch dann nicht, wenn der Unterhaltsgläubiger diese nach dem gewöhnlichen Lauf nicht erlangt hätte (2 Ob 106/98x). Einnahmen aus der Erbschaft sind gemäß der **Quellentheorie** nur anzurechnen, wenn sie auch bisher für den Unterhalt der Familie verwendet worden wären (ZVR 1977/112). Zumeist wird es aber mE so sein, dass der **Unterhalt aus dem Erwerbseinkommen** bestritten wird und nicht aus den Einkünften eines Vermögens.

Eine **Summenversicherung**, insb eine Lebensversicherung, ist wie eine Erbschaft zu behandeln. Es erfolgt **keine Anrechnung**. Der OGH hat auch die Anrechnung einer den gesetzlichen Unterhaltsgläubigern, die gleichzeitig gesetzliche Erben sind, nach § 23 Abs 6 AngG zustehenden

Abfertigung verneint (ZVR 1980/323). **Kongruente Sozialversicherungsrenten** sind indes anrechnungspflichtig (2 Ob 77/94); insoweit kommt es zu einem **Regress des Sozialversicherungsträgers** (Näheres dazu unten Rz 46).

- 10 Für Unterhaltersatzansprüche kann der jeweilige Unterhaltsgläubiger eine **Rente** verlangen. **Nur ausnahmsweise** gebührt ein **Kapitalbetrag**, so bei Verlust einer Dienstwohnung die Aufwendungen für deren Beschaffung sowie den Umzug (unten Rz 27), bei Vereitelung der Arbeitsleistungen für Errichtung eines Eigenheimes (unten Rz 46) oder der dem Kind gebührenden Ausstattung nach § 1220 (unten Rz 44). Bei mehreren Unterhaltersatzgläubigern, typischerweise dem Ehegatten und den Kindern, hat **jeder Anspruch ein eigenes Schicksal** (EF 46.114; 2 Ob 33/92). Die **Fixkosten** sind auf die einzelnen Unterhaltsgläubiger – iZw nach Köpfen – aufzuteilen. Bedeutsam ist das einerseits wegen der **sachlichen Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen** (ZVR 1990/86; 2 Ob 361/99y; OLG Wien ZVR 1995/157); andererseits wegen der Anrechnung der **Unterhaltersparnis**, die sich nur beim Ehegatten, nicht aber bei einem Kind auswirkt. War beim beruflich erwerbstätigen Ehegatten die Unterhaltersparnis sehr hoch, der auf ihn entfallende Haushaltsbeitrag aber sehr gering, entfällt womöglich ein Unterhaltersatzanspruch zur Gänze. Ökonomisch betrachtet hat der Haushaltsführer dann für diesen mehr gekostet, als er an Gegenleistung erbracht hat. Dies wird allerdings selten so sein. Beim Unterhaltersatzanspruch eines Kindes stellt sich diese Konstellation von vorneherein nicht. Die Kosten für die Betreuung im Kindergarten nach Tötung der Mutter sind Teil des Anspruchs des Kindes (SZ 57/61; 2 Ob 361/99y).
- 11 In der Praxis dürfte häufig sowohl von den Unterhaltersatzgläubigern als auch den Sozialversicherungsträgern übersehen werden, dass die einzelnen **Unterhaltersatzansprüche** zwar jeweils ein eigenes Schicksal haben, aber doch **wechselseitig miteinander verknüpft** sind. Die fixen Kosten, seien es solche beim Geld- oder Dienstleistungsunterhalt, werden auf die einzelnen Unterhaltersatzgläubiger – iZw nach Köpfen – aufgeteilt. Das muss aber zur Folge haben, dass bei **Erlöschen der Unterhaltungspflicht** gegenüber einem Unterhaltersatzgläubiger, etwa der Selbsterhaltungsfähigkeit eines Kindes, eine **Neuzuweisung der Fixkosten** an die verbliebenen Unterhaltersatzgläubiger zu erfolgen hat. Denn es ist das Wesen fixer Kosten, dass diese nicht von der Anzahl der Unterhaltersatzgläubiger abhängig sind, was nicht nur bei Tötung des Unterhaltsschuldners gilt, sondern auch bei Reduzierung des Haushalts um eine Person aus sonstigen Gründen.
- 12 Einigkeit besteht im Grundsatz, dass **künftige Änderungen bei der Festsetzung der Rente nach Möglichkeit zu berücksichtigen** sind (ZVR 1973/160: zukünftige Einkommenserhöhungen). Die Rspr verlangt dafür freilich, dass zum Ende der mündlichen Verhandlung **greifbare Anknüpfungstatsachen** vorhanden sind (ZVR 1989/76: Annuitätendarlehen einer Wohnung mit absehbarer Laufzeit; 8 Ob 51/86: konkrete Absicht, dem Ehegatten den Haushalt zu übertragen; 2 Ob 99/06g: mit Pensionierung des Ehemanns Ausweitung der bisherigen hälftigen Berufstätigkeit der Frau; 2 Ob 22/95: konkrete Absicht, dass Frau ohne Tod des Mannes ihren Beruf aufgegeben hätte, wenn Mann Nettoeinkommen in bestimmter Größenordnung erzielt; 2 Ob 3/08t: bevorstehende Übernahme der Betreuung des Kindes nach Pensionierung). Bei **Prognosen** über einen längeren Zeitraum ist die **Rspr zurückhaltend** und verweist die Parteien darauf, die sich aus unvorhersehbaren Änderungen ergebenden Anpassungen in einem gesonderten Rechtsstreit geltend zu machen (1 Ob 155/97v; 6 Ob 203/00x: Pensionseintritt). Ein Feststellungsurteil ist dafür nicht erforderlich (2 Ob 150/08k).
- 13 Wie beim Erwerbsschaden und einer Rente wegen Pflegeleistungen (dazu § 1325 Rz 8 ff) trägt eine **indexgebundene (dynamische) Rente** am ehesten dem Ausgleichsgedanken Rechnung. Die frühere Verweisung, bei Änderung des allgemeinen Preis- und Lohngefüges unter Bezugnahme auf die clausula rebus sic stantibus eine Anpassung verlangen zu können (EF 36.213; 2 Ob 228/04z), ist seit der **Möglichkeit der Schaffung eines indexgebundenen Exekutionstitels gem § 8 Abs 2 EO** obsolet. Zwar wird eine rückwirkende Aufwertung zugelassen, wenn dem Schäd-

diger das Aufwertungsbegehren außergerichtlich zur Kenntnis gebracht worden ist (SZ 36/132). Namentlich der Gläubiger steht aber vor dem Dilemma, dass er nur bei **wesentlicher Änderung** Anpassung verlangen kann und **die bis dahin akkumulierten Nachteile zu seinen Lasten gehen**; zudem ist die 3-jährige Verjährung des § 1480 zu beachten. Bei Zuspruch einer Rente durch ein Gerichtsurteil wie bei einer außergerichtlichen Einigung ist zudem penibel darauf zu achten, von welchen Annahmen die Rente ausgeht, mit anderen Worten, welche künftige Entwicklung in diese schon „eingepreist“ ist bzw bei **welchen Änderungen** eine **Anpassung** begehrt werden kann. Für eine Anpassung bei unvorhersehbarer Änderung ist kein Feststellungsurteil erforderlich (1 Ob 155/97v).

Die Unterhaltersatzrente ist mit dem **Ende der Unterhaltsverpflichtung des getöteten Unterhaltsschuldners zu befristen**. Ansatzpunkt ist dessen **hypothetische Lebenserwartung**. Je älter er im Tötungszeitpunkt war und je aktuellere Sterbetafeln herangezogen werden, umso höher fällt sie aus. Bei einem Kind ist der Unterhaltersatzanspruch zudem mit dessen Selbsterhaltungsfähigkeit begrenzt. Eine zeitliche Begrenzung ist entbehrlich, wenn davon auszugehen ist, dass der Unterhaltspflichtige den Unterhaltsberechtigten jedenfalls überlebt hätte (ZVR 1979/43). Bei gleicher Lebenserwartung erfolgt kein Zuspruch auf Lebenszeit (SZ 45/73). Die Probleme der Begrenzung der Rente bei Selbständigen (§ 1325 Rz 65) und beim Haushaltsführer (§ 1325 Rz 87 ff) kehren bei § 1327 wieder; und wenn nicht bei erstmaliger Festsetzung, dann jedenfalls im Zuge eines Anpassungsprozesses (6 Ob 203/00x: Berufung des Schädigers auf Reduzierung der Rente wegen des – fiktiven – Pensionseintritts des getöteten Unterhaltsschuldners).

B. Ersatz der durch den Tod verursachten Kosten

Die Anordnung des **Ersatzes der durch den Tod verursachten Kosten** hat eine **eigenständige normative Bedeutung**. Da gewiss ist, dass jeder Mensch einmal stirbt, wären diese jedenfalls angefallen. Die Kausalität, Voraussetzung eines jeden Schadenersatzanspruchs, fehlt somit. Die Rechtsordnung legt deren Tragung gleichwohl dem Schädiger auf. Zu begründen ist das damit, dass ohnehin bloß ein Teil der durch die Tötung verursachten Nachteile ersatzfähig ist. Ausgenommen ist etwa der Nachteil, dass das Vermögen des Getöteten, z B ein Unternehmen, zur Unzeit und daher mit Verlust verkauft werden muss oder der nunmehr Getötete bis zu seinem natürlichen Tod weiteres Vermögen gebildet hätte, wovon die Erben profitiert hätten.

Während § 12 Abs 1 Z 5 EKHG den Ersatz auf die **Kosten einer angemessenen Bestattung** begrenzt, ist der Wortlaut des § 1327 – sehr viel – weiter: „**alle Kosten**“. Dazu zählen die Bestattung unter Einschluss der Nachruhkosten (ZVR 1979/168), das Totenmahl und die Totenbeschau (ZVR 1979/168), die Reisekosten der Angehörigen (ZVR 1979/168), der Trauergottesdienst sowie Kränze (JBI 1962, 93: auch für Kinder und Enkel), Todesanzeigen, Danksagung sowie Begräbnisfotos (ZVR 1970/54; OLG Wien EF 68.593) und ein Grabdenkmal mit üblichem Zubehör (JBI 1990, 723: bei einem Familiengrab, was für den Getöteten allein erforderlich wäre). Ersatzfähig ist auch die Trauerkleidung der nächsten Angehörigen (ZVR 1979/168; ZVR 1961/196: sogar die der langjährigen Lebensgefährtin). Da die **Trauerkleidung** heutzutage bloß beim Begräbnis getragen wird, wird eine Vorteilsausgleichung verneint. Zu bedenken ist indes, dass derartige Kleidungsstücke auch bei anderen Anlässen getragen werden können, was mE für eine restriktive Handhabung spricht. In der E ZVR 1979/168 hat der OGH auch den durch die Ausrichtung des Begräbnisses entstandenen **Verdienstentgang** für ersatzfähig angesehen, was in der Lit – mE zu Unrecht – kritisiert worden ist. Einerseits handelt es sich um Begleitkosten der Schadensbeseitigung, die der OGH auch in anderem Zusammenhang für ersatzfähig angesehen hat (§ 1323 Rz 71 f). Andererseits könnte man zur Vermeidung der Ausuferung des Ersatzumfangs auf den Maßstab verweisen, der für den Ersatz des Verdienstentgangs bei den Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten gilt (dazu § 1325 Rz 35).

Der Maßstab für das Ausmaß der ersatzfähigen Kosten sind der **Ortsgebrauch** sowie **Stand und Vermögen des Getöteten**. Beim Ortsgebrauch kommt es in Österreich auf ein **Stadt-Land-**

Gefälle an (SZ 44/168: teurere Beisetzung im vorhandenen Familiengrab statt billigerer Beisetzung auf anderem Friedhof), bei Sachverhalten mit **Auslandsberührung** auf die dort mitunter völlig anderen Sitten und Gebräuche (OLG Wien ZVR 2010/35: Bedenken gegenüber € 12.000,- für ein Trauermahl in Serbien; Supermultiplikator aus muslimischem und serbisch-orthodoxem Brauch; zu beachten ist jeweils aber auch die Kaufkraftparität). Bei der Trauerkleidung soll es auf den Stand des Verstorbenen und nicht der Angehörigen ankommen (6 Ob 297/98i; 4 Ob 55/99p). Selbst wenn der Verstorbene bettelarm war, wird mE eine angemessene Trauerkleidung der Angehörigen vom Schädiger verlangt werden können. Insoweit ist im Schadenersatzrecht eine andere Interessenlage gegeben als im Erbrecht. Bei Tötung eines – noch nicht oder gerade erst im Erwerbsleben stehenden – **Kindes** gilt das nicht nur für die Trauerkleidung. Der Maßstab der ersatzfähigen Kosten orientiert sich an der **Stellung der Eltern** (EF 51.515; OLG Wien ZVR 2010/35).

18 Die **Kosten der Verlassenschaftsabhandlung** werden für **nicht ersatzfähig** angesehen (1 Ob 282/00b). In der Lit ist die Gegenposition eingenommen worden. Obwohl die Instandhaltung des Grabes bis zum wahrscheinlichen natürlichen Tod des Getöteten vom Ersatzpflichtigen verursacht wurde, werden diese Kosten für nicht ersatzfähig angesehen (SZ 62/140).

19 **Anspruchsberechtigt** ist derjenige, der die Kosten zu tragen verpflichtet ist – somit die Erben (SZ 45/95: Absicht zur Errichtung eines Grabmals ist ausreichend; kritisch dazu § 1323 Rz 36) – oder der sie tatsächlich getragen hat (ZVR 1973/194: Tragung der Beerdigungskosten durch den Bruder), so ausdrücklich § 12 Abs 1 Z 5 EKHG. Der Anspruchsberechtigte kann für die erforderlichen Kosten einen Vorschuss verlangen. In aller Regel sind die allermeisten Aufwendungen so rasch zu tätigen, dass eine Vorschussgewährung infolge der Dauer der Schadensregulierung kaum rechtzeitig erfolgen wird. Es sind dann ab Geltendmachung aber Verzugszinsen bzw bei subjektivem Verzug höhere Finanzierungskosten geschuldet.

C. Ehegatte

20 Der überlebende Ehegatte hat einen ungekürzten Anspruch nach § 1327 gegen den Schädiger, sofern er weder abermals heiratet noch eine Lebensgemeinschaft eingeht. Mit der **Wiederverheiratung** soll der Anspruch nach § 1327 **erlöschen** (SZ 60/249), bei **Eingehung einer Lebensgemeinschaft** soll er **bloß ruhen** (SZ 53/155: kirchliche Trauung). Das wird in der L zu Recht kritisiert. Nicht immer hat die nach dem Tod des ersten Ehepartners eingegangene folgende Ehe die gleiche Qualität wie die erste. Jedenfalls sollte mE bei Beendigung der zweiten Ehe der Schadenersatzanspruch gem § 1327 aus erster Ehe wieder aufleben, aus welchem Grund auch immer die zweite Ehe beendet worden ist. Darüber hinaus sprechen gute Gründe dafür, den Unterhalt aus zweiter Ehe nur anzurechnen, mag die Ehe auch mehr sein als eine Institution mit bloßem Unterhaltsversorgungszweck. In § 1327 geht es darum, den – unterhaltsrechtlichen – Status quo zu erhalten. Dass eine solche Anrechnung mit unüberwindbaren Bemessungsproblemen verbunden ist, trifft nicht zu, müssen diese doch auch bei einer Lebensgemeinschaft bewältigt werden. Zudem würden Ehe und Lebensgemeinschaft gleich behandelt, was während ihres Bestehens wegen des gleichen faktischen Zustands sachgerecht ist. Der Unterhaltersatzanspruch nach § 1327 sollte somit für den jeweiligen Zeitraum nur dann ruhen, wenn das durch den neuen Partner geleistete Unterhaltsniveau über dem des Verstorbenen liegt.

21 Der **Geldunterhalt gegen den Schädiger** geht einem **Unterhaltsanspruch gegen die Erbschaft** nach § 796 vor (dazu oben Rz 8). Gegen den Schädiger besteht ein Schadenersatzanspruch sowohl wegen des entgangenen **Barunterhalts** bzw der Erbringung eines entsprechenden Vermögensäquivalents als auch wegen **Haushaltsdienstleistungen** im engeren und weiteren Sinn.

22 Ausgangspunkt beim **Geldunterhalt** ist das **Nettoeinkommen** (2 Ob 195/98k; OLG Wien ZVR 1999/5). Wie beim Erwerbsschaden sind **Überstunden** zu berücksichtigen, wenn sie dauerhaft geleistet worden wären. **Spesen** und **Aufwendungsersatz** sind insoweit einzubeziehen, als es sich um Einkommen gehandelt hat. Auch das aus **Schwarzarbeit** erzielte Einkommen soll dazu zählen. Das ist mit der Einschränkung zutreffend, dass jeder Unterhaltsschuldner auf Dauer

seine Familie unterhalten muss; und sollte das aus Schwarzarbeit erzielte Einkommen wegfallen, müsste er sich um eine andere Erwerbsquelle umsehen. Zum Unterhalt zählt nicht nur, was aktuell für den Konsum verbraucht wird, sondern auch die **Bildung von Rücklagen und Rückstellungen**; solche für die private Altersversorgung werden wegen der Einschnitte im staatlichen Sozialversicherungssystem in den kommenden Jahrzehnten eine immer größere Rolle spielen, weshalb die Rspr insoweit großzügig sein sollte. Der OGH (ZVR 1989/109) hat auch bei Bezug von **Notstandshilfe** einen Anspruch nach § 1327 bejaht. Dabei ist zutreffend, dass der Getötete als Bezieher wegfällt; soweit aber der Unterhaltsgläubiger von der gleichen Institution im Ausmaß seines entgangenen Unterhalts Notstandshilfe bezieht, hat sich die **Quelle** nicht geändert, was gegen einen Ersatzanspruch nach § 1327 spricht. Dass es sich bei § 1327 um einen Ausschnitt des Erwerbsschadens nach § 1325 handelt, ist ebenfalls ein Argument gegen die Zubilligung eines Ersatzanspruchs bei Wechsel des Gläubigers, der nun Notstandshilfe bezieht.

Welchen Anteil welcher von mehreren Unterhaltersatzgläubigern erhält, wird als **Konsumquote** bezeichnet (2 Ob 33/92; 1 Ob 155/97v; 6 Ob 203/00x). Dem **erwerbstätigen Ehepartner** wird dabei idR eine **höhere Quote** zugebilligt, jedenfalls wenn er in einer gehobenen Position tätig ist (EF 36.216; 2 Ob 33/92). Es kommt aber auf die Umstände des Einzelfalles an. Kein Zuschlag ist geboten, wenn der im Erwerbsleben stehende Unterhaltsschuldner seine unmittelbare Wohnungsumgebung nicht einmal zur Berufsausübung verlassen musste (6 Ob 203/00x: Hausbesorger). Sie kann bei besonderer Arbeitsbelastung sogar geringer sein, weil der im Berufsleben stehende Unterhaltsschuldner keine Zeit hat, sein Geld auch auszugeben (ZVR 1990/87: Konsumquote der nicht beruflich erwerbstätigen Frau höher). Neben einem Kind wurde der Anteil des nicht – beruflich – erwerbstätigen Ehegatten mit einem Drittel veranschlagt (ZVR 1963/270).

Die Rspr nimmt eine **Sättigungsgrenze** an, wenn ein „geradezu sinnloser Aufwand“ betrieben wird (2 Ob 57/92: so zum Dienstleistungsunterhalt; Rasenmähen 65 Stunden pro Monat); Entsprechendes gilt für den **Geldunterhalt**. Für den Kindesunterhalt wird eine solche Sättigungsgrenze eher erreicht als beim Ehegattenunterhalt. Da im Unterhaltsrecht häufig Mehrkosten wegen des Bestehens von zwei Haushalten gegeben sind, könnten diese Werte einen Anhaltspunkt liefern. In einer intakten Familie fallen insoweit geringere Kosten an, sodass der Wert tiefer liegen sollte. Freilich ist zu bedenken, dass in einer intakten Familie so manche Unterhaltsleistung freiwillig und mit gutem Grund erbracht wird, die man bei Gericht eben nicht durchsetzen kann.

Zu dem nach § 1327 ersatzfähigen Unterhalt zählen auch **Versicherungsaufwendungen** für die Kranken-, Unfall- und Lebensversicherung (ZVR 1978/23). Entsprechendes muss für eine Haushalts- und Haftpflichtversicherung gelten. Verlangt werden kann die Differenz bei der Witwen- oder Witwerpension. Der Unterhaltsgläubiger muss aber nicht bis zum Tag des Anfalls dieses Differenzschadens zuwarten, sondern kann – wie beim Erwerbsschaden (dazu § 1325 Rz 59) – nach den Regeln der **Schaffung einer Ersatzlage** die entsprechenden Beiträge verlangen, um eine gleichwertige Altersversorgung aufzubauen.

Mindestens so bedeutsam wie die Höhe der Konsumquote ist die Ermittlung der **fixen Kosten**. Darunter versteht man solche, die in einem Haushalt weitgehend **unabhängig von der Anzahl der Personen** anfallen. In Wahrheit handelt es sich um das Phänomen der **Kostenremanenz**. Durch die Verringerung des Haushalts um eine Person sinken manche Kosten nicht oder nur unbedeutend. Das gilt namentlich für den Wohnsitz und das Kfz (2 Ob 2430/96h; 2 Ob 108/05d). Beim **Kfz** sind nicht nur die **Betriebs- und Instandhaltungskosten** unter Einschluss der Autobahnvignette ersatzfähig, sondern auch die **Leasing- oder Darlehensraten** (2 Ob 2430/96h). Entsprechendes gilt für einen Campingbus, der für Familienurlaube verwendet worden ist (ZVR 1990/87). Da die Ersatzfähigkeit nicht von der Art der Finanzierung abhängig sein kann und ein Fahrzeug – im Unterschied zum Wohnsitz – nach absehbarer Zeit nicht mehr gebrauchsfähig ist und deshalb durch ein anderes ersetzt werden muss, können wegen der Verstetigung der Rente auch **Rückstellungen für eine Ersatzinvestition** verlangt werden.

- 27 Für den **Wohnsitz** gilt Entsprechendes (2 Ob 57/92: auch für den Zweitwohnsitz). Auch bei diesem fallen **Fixkosten** an (2 Ob 178/04x; 2 Ob 108/05d), wie etwa das Mietentgelt oder Darlehensrückzahlungsraten (ZVR 1989/76: Annuitäten; ZVR 1990/87: egal, ob Miete oder Eigentum; 2 Ob 74/01y) unter Einschluss der Prämien für eine zur Kreditbesicherung abgeschlossenen Lebensversicherung (2 Ob 74/01y; 2 Ob 108/05d). In wessen Eigentum der Wohnsitz steht, ist ohne Bedeutung (ZVR 1990/87). Zu den Fixkosten des Wohnsitzes gehören auch die Aufwendungen für Energie, ORF, Telefon sowie die den Wohnsitz betreffenden Versicherungen. Führt der Tod des Unterhaltsschuldners zum **Verlust der Dienstwohnung**, haben die Unterhaltsgläubiger Anspruch auf **Schaffung einer Ersatzlage** (SZ 41/155; ZVR 1976/144; 6 Ob 203/00x). Ersatzfähig sind insoweit nicht bloß die Anschaffungskosten unter Einschluss einer Maklergebühr, so eine solche anfällt, sondern auch die Umzugskosten. Da die Unterhaltsgläubiger ohnehin einen anderen Wohnsitz beziehen (müssen), ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sie wegen der Tötung des Unterhaltsschuldners einen geringeren Raumbedarf haben. Zu bedenken ist freilich, dass sie ein **legitimes Integritätsinteresse** haben, in der vertrauten Umgebung zu bleiben und nicht immer genau das – zu dem Zeitpunkt – am Markt angeboten wird, was schadenersatzrechtlich geschuldet ist.
- 28 Die **Ermittlung der fixen Kosten** spielt im Rahmen des § 1327 eine ganz **zentrale Rolle**. Je höher diese ausfallen, umso höher fällt der Schadenersatzanspruch der Unterhaltersatzgläubiger insgesamt aus. Diese werden nämlich **vorweg vom Nettoeinkommen abgezogen**, dann erfolgt eine Verteilung des restlichen Nettoeinkommens auf die Unterhaltersatzgläubiger unter Abzug der Konsumquote des getöteten Unterhaltsschuldners. Danach werden die fixen Kosten auf die Unterhaltersatzgläubiger wieder aufgeteilt. Je geringer die fixen Kosten sind, umso höher ist das zu verteilende Resteinkommen. Und umso höher wirkt sich aber auch die wegfallende Konsumquote des Getöteten aus. Es liegt daher am Anwalt der Unterhaltersatzgläubiger, die anfallenden Fixkosten möglichst präzise darzulegen. Dabei zeigt sich, dass diese beim **Wohnsitz umso höher** sind, in je höherem Ausmaß der Wohnsitz mit **Fremdmitteln finanziert** wurde.
- 29 Ersatzfähig sind auch **Arbeitsleistungen zur Errichtung eines Wohnsitzes**, wie das namentlich in ländlichen Gebieten durchaus weit verbreitet ist (6 Ob 203/00x). Bedeutsam ist, dass nicht nur die Arbeiten für das eigene Haus ersatzfähig sind. Hätte der Getötete in der Folge bei Nachbarn und Bekannten geholfen, wofür diese auch bei ihm Hand angelegt hätten, sind auch diese durch die Tötung vereitelten Arbeitsleistungen ersatzfähig (8 Ob 92/87; ZVR 1989/136). Hat der Getötete vorgeleistet, mag insoweit ein Bereicherungsanspruch bestehen. Ob nach dem Verständnis der Betroffenen in solchen Fällen bei Vereitelung der „Gegenleistung“ ein Geldbetrag geschuldet sein soll, ist fraglich. ME wird das nach der Vorstellung der Parteien im Regelfall zu verneinen sein. Der OGH spricht die Errichtungskosten unabhängig davon zu, ob ein entsprechender Wohnsitz in der Folge tatsächlich errichtet wurde (8 Ob 92/87; 6 Ob 203/00x). Da es sich insoweit um fiktive Kosten handelt, ist das mE fragwürdig. Jedenfalls können für den Zeitraum ab der fiktiven Fertigstellung nicht zusätzlich die Kosten eines anderen Wohnsitzes als fixe Kosten begehrt werden.
- 30 Wird das **Unternehmen durch den überlebenden Ehegatten fortgeführt**, der vorher nicht oder jedenfalls nicht in leitender Position mitgewirkt hat, ist jedenfalls der **Unternehmerlohn** für den nunmehr **überobligationsgemäßen Einsatz der Arbeitskraft des überlebenden Ehegatten** in Abzug zu bringen (OLG Wien EF 63.281). Dass dem überlebenden Ehegatten ein Gesellschaftsanteil zuwächst, dessen Inhaber der Getötete war, ist ohne Bedeutung (OLG Wien EF 81.553). Der OGH berücksichtigt anspruchsmindernd die Erträge, die aus dem Unternehmen fließen (ZVR 1979/137; 2 Ob 202/05b; 2 Ob 31/93: Hinweis auf Besonderheiten in der Landwirtschaft). Ein Anhaltspunkt könnte sein, welcher Ertrag bei **Verpachtung eines Unternehmens** erzielt werden kann. Dafür spricht, dass sich durch den Tod des Unterhaltsschuldners die Quelle, aus der der Unterhalt bestritten wird, nicht verändert hat. Sind die Einkünfte aus dieser für den angemessenen Unterhalt ausreichend, könnte das gegen einen Ersatz sprechen. Gegen die Versagung eines solchen Ersatzes und für die Zubilligung von Unterhaltsentgang nach § 1327 spricht indes,

dass die allermeisten Menschen den Unterhalt primär aus dem durch Verwertung ihrer Arbeitskraft erzielten **Erwerbseinkommen** bestreiten. Was das Vermögen abwirft, dient idR der weiteren Vermögensakkumulierung, aber nicht dem Unterhalt. Da § 1327 bloß einen Ausschnitt des nach § 1325 ersatzfähigen Erwerbsschadens darstellt, würde auch diese Sichtweise für einen weitergehenden Ersatz sprechen.

Hat der **getötete Ehegatte Beistandsleistungen im Beruf** erbracht, sind diese wie ein sonstiges Erwerbseinkommen aus der Verwertung der Arbeitskraft zu berücksichtigen (2 Ob 2430/96h). In der L wird die Ansicht vertreten, dass diesbezüglich die Abgeltungsverpflichtung nach § 98 zu verrechnen ist. Da es bei § 1327 auf die tatsächliche Gestaltung ankommt, wird man auch insoweit nicht allein darauf abstellen dürfen, welche Abgeltung gesetzlich geschuldet ist; jedenfalls in einer gewissen Bandbreite wird es auf die tatsächliche Gestaltung ankommen. 31

Das **Freiwerden der Arbeitskraft des Haushaltsführers**, weil er dem im Erwerbsleben stehenden getöteten Partner nicht mehr den Haushalt führen muss, stellt per se keinen anrechnungspflichtigen Vorteil dar. Der OGH nimmt an, dass die **Witwe keine Obliegenheit zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit** trifft (ÖJZ 1981/91). Die L kritisiert dies, sofern es sich um eine **junge kinderlose Witwe** handelt. Zu bedenken ist mE, dass das Freiwerden der Arbeitskraft im Haushalt kaum jemals das Ausmaß erreicht, um insoweit eine Erwerbstätigkeit aufnehmen zu können, weil dabei das Phänomen der **fixen Kosten** bzw der **Kostenremanenz** zum Tragen kommt. Wenn es sich um eine junge kinderlose Witwe handelt, wird diese idR alsbald heiraten oder eine Lebensgemeinschaft eingehen, was den Unterhaltersatzanspruch dämpft oder zum Erlöschen bringt. Sollte das nicht der Fall sein, ist auf die wahrscheinliche Entwicklung abzustellen. Wären Kinder geplant gewesen, die entfallen, wird ihr eine berufliche Erwerbstätigkeit zumutbar sein. Bekommt die Witwe 10 Jahre nach Tötung des Unterhaltsschuldners von einem anderen Mann ein Kind, meinte der OGH, dass es sich insoweit nicht um eine Verwirklichung der ursprünglichen Lebensplanung handelte, sodass sich die Witwe das Einkommen aus einer ohne dieses Kind zumutbaren Erwerbstätigkeit anrechnen lassen müsse (2 Ob 175/08m). Diese E steht freilich im Widerspruch zu der zum nahehelichen Unterhalt ergangenen E 3 Ob 134/09s, wonach es Risiko des Unterhaltsschuldners sei, dass die geschiedene Ehefrau nach der Scheidung von einem anderen Mann ein Kind empfängt, weshalb ihr eine berufliche Erwerbstätigkeit nicht zumutbar sei. Wenn das zwischen geschiedenen Ehepartnern so ist, muss das umso mehr im Schadenersatzrecht gelten. Beim Unterhaltsschuldner ist auch dessen begrenzte Leistungspflicht zu berücksichtigen; der Schädiger ist demgegenüber in höherem Maße verpflichtet, Umstände aus der Sphäre des Unterhaltsgläubigers gegen sich gelten zu lassen. 32

Ersatzfähig ist auch der **Unterhalt zwischen Geschiedenen** gem § 68 EheG. Soweit es sich um einen nahehelichen Unterhalt im Zuge einer einvernehmlichen Scheidung gem § 55a Abs 2 EheG handelt, ist dieser nach § 69a EheG dem gesetzlichen Unterhalt gleichzuhalten, soweit er den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessen ist (SZ 54/17). 33

Der **Barunterhaltsanspruch** ist **zeitlich zu begrenzen**, und zwar mit der **Lebenserwartung des jeweils Getöteten** (ZVR 1978/23). Einer ausdrücklichen Befristung mit dem Zeitpunkt der Wiederverheiratung bedarf es nicht, weil es sich insoweit um eine gesetzliche Rechtsfolge handelt (ZVR 1981/121; ZVR 1990/86). Auch mit dem Zeitpunkt der Pensionierung erlischt die Unterhaltsverpflichtung nicht (6 Ob 203/00x). In vielen Fällen wird sie aber wegen des geringeren Nettoeinkommens deutlich geringer ausfallen. 34

Nicht nur bei Tötung des Unterhaltsschuldners, der durch Einsatz seiner Arbeitskraft den Barunterhalt der gesetzlichen Unterhaltsgläubiger erwirtschaftet, auch bei **Tötung des Haushaltsführers** gebührt ein Anspruch nach § 1327. Wie bei § 1325 ermittelt die österreichische Praxis – anders als in der Schweiz und Deutschland – das **Ausmaß der anfallenden Arbeiten ohne Bezugnahme auf statistische Untersuchungen**. Der Haushaltsaufwand wird **über den Daumen gepeilt**, was tendenziell zu einer **Unterschätzung** führt (dazu § 1325 Rz 91). Zu unterscheiden ist zwischen Haushaltsführung im engeren und weiteren Sinn. Zu Ersterer zählen das Einkaufen, 35

Kochen, Putzen, Waschen, Bügeln sowie die Betreuung der Kinder. Die Haushaltsführung im weiteren Sinn umfasst etwa Tätigkeiten wie die Betreuung von Haustieren, die Instandhaltung und Pflege des Gartens und des Kfz, der Schriftverkehr mit Banken, Versicherungen und Behörden. Dass so mancher eine solche Tätigkeit als Hobby ansieht, nimmt ihr nicht den Unterhaltscharakter (OLG Wien EF 81.551: Gartenarbeit; restriktiver freilich 2 Ob 57/92: bei einem Garten mit hundert Bäumen und hundert Sträuchern Begrenzung auf den Aufwand, der notwendig ist, „um Haus und Garten in einem der Verkehrsübung entsprechenden Zustand zu erhalten“). Zum ersatzfähigen Unterhalt zählen auch Pflegeleistungen zugunsten eines kranken Familienmitglieds (2 Ob 157/00b).

- 36 So restriktiv beim Stundenausmaß verfahren wird, so großzügig ist der Bemessungsansatz beim **maßgeblichen Stundenlohn**. Der Anspruchsberechtigte soll Leistungen finanzieren können, die es ihm ermöglichen, „sich in der im Leben üblichen Weise wirtschaftlich gleichwertige Dienste zu verschaffen“ (2 Ob 338/99s). Es kommt somit darauf an, was **professionelle Kräfte bei Erbringung derartiger Dienstleistungen kosten** würden (ZVR 1987/56; 2 Ob 42/92). Auf die Einstellung einer derartigen Ersatzkraft kommt es nicht an. In der E 2 Ob 42/92 begründete das der OGH damit, dass **ansonsten gutsituierte Familien begünstigt** würden, die eine Ersatzkraft auch dann einstellen, wenn noch nicht feststeht, ob der Schädiger in vollem Umfang dafür aufkommen muss, während weniger finanzkräftige Geschädigte so etwas erst dann tun, wenn die Einstandspflicht des Schädigers – in diesem Umfang – feststeht. Das wird in der L kritisiert, wobei immerhin zugestanden wird, dass bei späterer Einstellung einer Ersatzkraft die dann höheren Kosten zu entrichten sind. Die Position des OGH ist mE im Wesentlichen berechtigt, weil der ohne oder gegen ein geringeres Marktentgelt einspringende Dritte die Leistung einer professionellen Ersatzkraft erbringt und sein Entgegenkommen nicht den Schädiger entlasten soll. Es handelt sich um das gleiche Problem wie bei den **Pflegedienstleistungen** (§ 1325 Rz 23) sowie beim **Haushaltsführerschaden im Verletzungsfall** (§ 1325 Rz 87). Ersatzfähig ist nicht allein der Brutto-lohn, sondern vielmehr die Arbeitskraftkosten, sodass zu berücksichtigen ist, dass eine Ersatzkraft 14 Bezüge erhält, aber im Jahr maximal 10 Monate arbeitet, was einen weiteren Aufschlag von ca 30 % zur Folge hat.
- 37 Wie beim Barunterhalt findet sich das Phänomen **fixer Kosten** bzw präziser das der **Kostenremanenz auch beim Dienstleistungsunterhalt**. Die Reduzierung des Haushalts um eine Person führt nicht dazu, dass der Haushaltsführungsaufwand proportional sinkt. Obwohl eine Person weniger dem Haushalt angehört, sinkt der Aufwand für die Wohnungsreinigung, das Einkaufen und Kochen oder die Betreuung des Haustieres bzw Gartens nicht. Lediglich die von einer bestimmten Person erbrachten Leistungen – wie etwa das Bügeln der Hemden – fällt weg. Die den fixen Kosten entsprechenden Anteile sind aufzuteilen, iZw nach **Kopfteilen** (ZVR 1981/121; 2 Ob 121/99d). Jeder Unterhaltersatzgläubiger ist nur aktivlegitimiert, den auf ihn entfallenden Anteil geltend zu machen (2 Ob 38/00b).
- 38 Bei Tötung des Haushaltsführers muss sich der Ehegatte, der für den Barunterhalt aufgekommen ist, den **Abzug des ersparten Unterhalts** gefallen lassen (ZVR 1981/121; ZVR 1989/106; ZVR 1990/50; stRspr). Auch insoweit sind aber nicht die Werte heranzuziehen, die als Unterhalt in Unterhaltsprozessen zugesprochen werden. Die Rechtslage bei § 1327 ist deshalb unterschiedlich, weil es nicht um getrennte Haushalte geht. Der überlebende Ehegatte erspart sich durch die Tötung des Haushaltsführers **nur die variablen Kosten**, somit die Aufwendungen, die für Nahrung, Kleidung und Schmuck sowie die Freizeitaktivitäten (Besuch von Theater, Kino und Schwimmbad) des Haushaltsführers angefallen sind.
- 39 Auch die **Rente wegen Tötung des Haushaltsführers** ist **zeitlich jedenfalls nach dessen Lebenserwartung zu begrenzen**. Wie beim Erwerbsschaden des Haushaltsführers (dazu § 1325 Rz 15) wird diese auf Lebenszeit zuerkannt. Das ist insofern zutreffend, als ein Haushaltsführer mit Erreichen eines bestimmten Lebensalters – anders als ein im Berufsleben Stehender – nicht

von heute auf morgen seine bisherigen Erwerbsaktivitäten einstellt. Freilich werden die Kräfte im Laufe der Jahre nachlassen, sodass **in höherem Alter ein Abschlag angebracht** wäre.

Sind beide Ehepartner ganz oder teilweise berufstätig, hat der OGH in stRspr ausgesprochen, dass die Witwe sich das Eigeneinkommen nur dann anrechnen lassen muss, wenn sie daraus schon zu Lebzeiten freiwillig einen Beitrag für den Unterhalt geleistet hat (2 Ob 22/95; 2 Ob 175/98m; 2 Ob 99/06g). Jedenfalls unangebracht ist eine Einschränkung auf die **Ehefrau**; das gesamte Eherecht ist insofern geschlechtsneutral ausgestaltet, was auch bei § 1327 zu beachten ist. Abgesehen davon, dass sich eine solche interne Absprache kaum verifizieren oder falsifizieren lässt, erscheint es fragwürdig, ob sich diese tatsächlich zulasten des Schädigers auswirken soll. Ungeachtet der Gestaltungsbefugnisse der Ehegatten gem § 91 kommt es mE bei § 1327 auf das **durch die Anspannung der Kräfte der Ehegatten erzielte Unterhaltungsniveau** an; und wie es bei einem Einfamilienhaus (oben Rz 35) und einer Gesellschaft (oben Rz 30) nicht darauf ankommt, in wessen Eigentum die jeweilige Sache steht, sollten **derartige Absprachen mE unbeachtlich** sein.

D. Kind

Beim **Kindesunterhalt** geht es ebenfalls um die Komponenten **Bar- und Betreuungsunterhalt**. Umfangmäßig entwickeln sich diese **spiegelverkehrt** mit dem **Heranwachsen des Kindes**. Der Barunterhalt nimmt zu, der Betreuungsunterhalt nimmt ab. Zu beachten ist, dass auch dann, wenn ein Elternteil nicht im beruflichen Erwerbsleben steht, der berufstätige Elternteil heute stärker in der Kindererziehung engagiert ist, als das früher der Fall war. Das hat zur Folge, dass bei seiner Tötung beim Anspruch nach § 1327 nicht bloß der Barunterhalt ersatzfähig ist, sondern auch die von ihm erbrachten Dienstleistungen abzugelten sind, wie das ohnehin selbstverständlich ist, wenn beide Eltern berufstätig sind. Nach dem traditionellen Familienverständnis war der Vater für die Berufsarbeit, die Mutter für den Haushalt zuständig. Der OGH hat daher das **Erwerbseinkommen einer berufstätigen Mutter vom Nachweis abhängig gemacht**, dass es sich auf die Lebensverhältnisse des Kindes ausgewirkt hat (ZVR 1976/46), oder er hat angenommen, dass die Eltern hälftig beitragen (ZVR 1973/70). Plausibel ist mE die Annahme, dass in Bezug auf den Barunterhalt sich das **jeweils erzielte Erwerbseinkommen anteilig auf den Kindesunterhalt** auswirkt (OLG Wien ZVR 1995/157).

Beim **Dienstleistungsunterhalt** sind ersatzfähig die Beaufsichtigung, Erziehung, elterliche Zuwendung, Körperpflege sowie die Reinigung und Instandhaltung der Kleidung. Der OGH hat aber auch anerkannt, dass der Zeitaufwand für die Pflege des Kindes (2 Ob 121/99d; 8 Ob 60/07t: Begehren nach dem Regelbedarf, was bei Kleinkindern mE viel zu wenig ist) sowie das Spielen mit diesem (2 Ob 156/02h) ersatzfähig sind. In jüngeren Entscheidungen wurde betont, dass auch die sportliche Betreuung eines Kindes (2 Ob 119/09b: Tennis- und Schiurlaube) unter Einschluss des Transportes zum Training und Schirennen sowie das Aushandeln von Sponsoring-Verträgen zum ersatzfähigen Unterhalt zählt (2 Ob 41/08f: und das sogar im Rahmen des § 12 Abs 2 EKHG).

Auch beim Kindesunterhalt spielt das Phänomen der **fixen Kosten** bzw der **Kostenremanenz** eine Rolle. Ziehen bei Tötung beider Eltern die Tante mit deren Kind und die Großmutter in die elterliche Wohnung, um die Betreuung der Vollwaisen vorzunehmen, ist der Wert des Wohnens für die Betreuungspersonen nicht anzurechnen (2 Ob 40/10m: ungekürzter Ersatz des Wohnaufwands; anders in 2 Ob 212/77, ZVR 1978/274: Begrenzung des ersatzfähigen Wohnaufwands des Kindes auf ein Drittel nach Wiederverheiratung der Mutter; mE fragwürdig, wenn der Stiefvater keinen Beitrag zum Wohnaufwand tragen kann). Die **unehelichen Kinder** können die vollen Wohnkosten bei Tötung des Vaters auch dann verlangen, wenn die mit dem Vater nicht verheiratete Mutter mit ihnen im Haus wohnen bleibt und die Mutter keinen Unterhaltsanspruch nach § 1327 erheben kann, weil sie nicht mit dem Vater verheiratet war (2 Ob 149/09i: Erwerb des Einfamilienhauses durch die Mutter aus dem Nachlass der Kinder und Übernahme der Rückzahlung des Darlehens samt Zinsen).

- 43 Die **Familienbeihilfe** ist eine staatliche Transferleistung, die widmungsgemäß für das Kind zu verwenden ist. Geht durch den Tod des bis dahin bezugsberechtigten Unterhaltsschuldners die Aktivlegitimation auf den anderen Elternteil über, ist insoweit kein nach § 1327 ersatzfähiger Schaden gegeben, weil sich nur die formale Bezugsberechtigung, nicht aber die **Quelle** geändert hat (SZ 54/24). Zu beachten ist auch **eigenes Einkommen des Kindes nach § 140 Abs 3**.
- 44 Beim Kindesunterhalt ist eine **Sättigungsgrenze** zu beachten (2 Ob 119/09b: Hinweis bei einem nicht ehelichen Kind auf das Maximum der Düsseldorfer Tabelle, nämlich € 4.800,- pro Monat). Ein höherer Unterhalt, etwa wegen eines **Sonderbedarfs**, wäre im Einzelfall nachzuweisen. Die Sättigungsgrenze spielt beim Barunterhalt, nicht aber beim Dienstleistungsunterhalt eine Rolle. Ein Kind kann durch zu hohe Vermögenswerte verzogen werden, aber kaum durch zu viel Zuwendung und Betreuung. Der Unterhaltersatzanspruch ist zeitlich bis zur **Selbsterhaltungsfähigkeit** zu begrenzen. Sofern konkrete Anhaltspunkte gegeben sind, dass das Kind studieren wird, hat ein Zuspruch der Rente über die Vollendung des 18. Lebensjahres hinaus zu erfolgen. Bei einer an den Rollstuhl gefesselten RichterIn, der der Vater Betreuungsdienstleistungen erbracht hat, hat der OGH (2 Ob 55/97w; 2. Rechtsgang 2 Ob 338/99s) bei Tötung des Vaters darauf abgestellt, ob die Tochter selbsterhaltungsfähig sei, das aber in concreto verneint. Er hat zu Recht ausgesprochen, dass sich der Unterhaltersatzgläubiger lediglich das Pflegegeld anrechnen lassen müsse, nicht aber sein sonstiges Erwerbseinkommen, um daraus die Dienstleistungen zu bezahlen, die durch den Tod des Vaters entgangen sind. Nach Erreichen der Selbsterhaltungsfähigkeit gebührt der **Ausstattungsanspruch nach § 1220** wie ohne Tötung in Form eines Kapitalbetrags und nicht in Form einer Rente als letzte Leistung von Unterhalt, sodass bei Tötung des Unterhaltsschuldners auch insoweit ein Anspruch nach § 1327 besteht (SZ 45/78; bestätigt von 2 Ob 57/10m: 30 % des Jahresnettoeinkommens, sofern der höchstpersönliche Anspruch noch zu Lebzeiten der Verpflichteten bestanden hätte); sinnvoll ist es, einen solchen Anspruch durch Feststellungsklage zu sichern, weil der Zeitpunkt des Eintritts der künftigen Selbsterhaltungsfähigkeit ungewiss ist. Der Anspruch nach § 1327 besteht jedenfalls insoweit, als die nach § 1220 geschuldete Ausstattung aus dem erzielten – und infolge der Tötung vereitelten – Erwerbseinkommen geleistet worden wäre.
- 45 Das **Einspringen Dritter** soll den **Schädiger nicht entlasten**. Das wirkt sich beim Anspruch eines Halb- oder Vollwaisen bei folgenden Konstellationen aus: Der Anspruchsberechtigte muss sich nicht auf die Kosten einer Heimunterbringung verweisen lassen; maßgeblich sind vielmehr die konkreten Verhältnisse, etwa bei Betreuung und Unterbringung durch die Großeltern (ZVR 1978/173; SZ 54/24). Der Umstand, dass der überlebende Elternteil wieder heiratet und der Stiefelternteil dem Halbweisen faktisch Unterhalt leistet, entlastet den Schädiger nicht (SZ 61/215: Betreuung durch die Stiefmutter). Wird ein Kind adoptiert, wird gem § 182 ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch gegen die Adoptiveltern begründet. Gleichwohl bleibt der Schadenersatzanspruch aufrecht (RZ 1982/52). Das ist auch damit zu begründen, weil ansonsten ein von der Rechtsordnung gewünschter institutioneller Vollzug eines faktischen Zustands blockiert würde. Wurde in der E SZ 48/32 noch ausgesprochen, dass der Anspruch nach § 142, also des Kindes gegen den für den Unterhalt zureichenden Nachlass ausschließe, hat der OGH unter Bezugnahme auf die Kritik der L in der E 2 Ob 38/95 das nur mit der Einschränkung aufrechterhalten, dass dem Erben kein Nachteil entstehe, was in concreto verneint wurde. ME sollte auch diese Einschränkung fallen gelassen werden. Der Schädiger ist im Vergleich zum Erben näher daran, den Nachteil zu tragen. Typischerweise wird ein Nachteil des Erben aber auch gegeben sein, weil im Regelfall im Verlauf des Lebens das Vermögen jedenfalls nominell eher zu- als abnimmt. Zudem ist kein Grund ersichtlich, zwischen dem Anspruch des Ehegatten (§ 796) und dem des Kindes (§ 142) gegen die Erbschaft zu unterscheiden (oben Rz 8).

E. Sachliche Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen

- 46 Der Anspruch der nach § 1327 Anspruchsberechtigten gegen den Schädiger besteht insoweit nicht, als es bezüglich **sachlich, zeitlicher und persönlich kongruenter Sozialversicherungs-**

leistungen zu einem **Anspruchsübergang nach § 332 ASVG** gekommen ist. Das wird bejaht in Bezug auf das **Sterbegeld** und die nach § 1327 ersatzfähigen Kosten (JBI 1975, 155). Dies wird auch in Bezug auf die **Witwer- bzw Witwenpension** bejaht, selbst wenn der Sozialversicherungsträger gegenüber der höheren Pension an den Getöteten nunmehr eine geringere an den Witwer bzw die Witwe auszuzahlen hat. Schadenersatzrechtlich vermag das mE nicht zu überzeugen, ist aber nach einer breiten Diskussion stRspr (SZ 56/173; 2 Ob 2266/96s; 2 Ob 105/05p). Beim **Unterhaltersatz** wird die sachliche Kongruenz zu Recht auch in Bezug auf **Beistandsleistungen in der Haushaltsführung** bejaht (JBI 1990, 723: Mithilfe des Ehemannes im Haushalt), während das beim Erwerbsschaden des Haushaltsführers in Bezug auf Lohnersatzleistungen zu Unrecht abgelehnt worden ist (dazu § 1325 Rz 20). Unzutreffend ist mE darüber hinaus die Verneinung der sachlichen Kongruenz zwischen Witwen- bzw Witwerpension und dem Unterhaltersatzanspruch wegen entgehender Arbeitsleistungen zur Errichtung eines Eigenheims (2 Ob 58/86). Zu beachten ist, dass nach Durchsetzung des Unterhaltersatzanspruchs gegen den Schädiger dem Unterhaltersatzgläubiger wegen des dann sich ergebenden Wegfalls von Sozialleistungen weniger verbleiben kann als ohne Durchsetzung des Anspruchs nach § 1327 (1 Ob 66/09z: nach Entfall der Ausgleichszulage kein Ersatz für verlorene Befreiung von der Rezeptgebühr). Ein Regress nach § 332 ASVG wird auch bejaht, wenn durch die Tötung des Unterhaltsschuldners die gesetzliche Krankenversicherung wegfällt (ÖJZ 1971/211). Auch beim Unterhaltersatzanspruch des Kindes ist die Waisenrente nicht bloß in Bezug auf den Barunterhalt, sondern auch den Dienstleistungsunterhalt sachlich kongruent (ZVR 1980/71). Das hat der OGH zu Recht auch dann bejaht, wenn § 332 ASVG oder eine diesem entsprechende spezialgesetzliche Regressnorm fehlt (2 Ob 205/07x: Regress der Rechtsanwaltskammer).

F. Steuerrecht

Fällt bei einer Rente nach § 1327 ESt an, hat diese der Schädiger zu bezahlen (SZ 60/67). Ob eine Steuerpflicht gegeben ist, ist nach Ansicht des OGH nicht von ihm zu entscheiden (2 Ob 210/07g). Die **Fälligkeit der Steuern** ist wegen der Verstetigung der Rente **keine Voraussetzung der Ersatzfähigkeit** (2 Ob 228/08f).

1a. an der geschlechtlichen Selbstbestimmung

§ 1328. Wer jemanden durch eine strafbare Handlung oder sonst durch Hinterlist, Drohung oder Ausnutzung eines Abhängigkeits- oder Autoritätsverhältnisses zur Beiwohnung oder sonst zu geschlechtlichen Handlungen missbraucht, hat ihm den erlittenen Schaden und den entgangenen Gewinn zu ersetzen sowie eine angemessene Entschädigung für die erlittene Beeinträchtigung zu leisten.

§ 1328 bezweckt den Schutz der Willensfreiheit und der Selbstbestimmung im Hinblick auf die Geschlechtssphäre einer Person. Die Norm ist auf Taten anzuwenden, die nach dem 31.12.1996 (BGBl 1996/759) gesetzt worden sind (9 Ob 78/99g). Mit der Novelle BGBl 1996/759 wurde die Selbstbestimmung geschlechtsneutral formuliert und der Tatbestand erweitert. Darauf, ob bei einer „geschlechtlichen Leichtfertigkeit“ noch eine Geschlechtsehre vorhanden ist, ist selbstverständlich nicht abzustellen (hL).

Geschlechtliche Handlungen: Der Tatbestand des § 1328 ist durch die Novelle präzisiert und erweitert worden. Der Beischlaf sowie andere Arten des (homo- und heterosexuellen) geschlechtlichen Verkehrs, – und wegen der weiten Formulierung – selbstverständlich auch sonstige Fälle des sexuellen Missbrauchs von Kindern fallen darunter; auch dann, wenn ein sexueller Missbrauch ohne Willensbildung (etwa bei Bewusstlosigkeit etc) stattfindet (8 ObA 188/98z; OLG Innsbruck ZVR 2001/63). Der Tatbestand ist weit zu verstehen.