

Haftung und Versicherung

Festschrift
für
Rudolf Reischauer

Herausgegeben von

o. Univ.-Prof. Dr. Peter Jabornegg
Univ.-Prof. Dr. Ferdinand Kerschner
Univ.-Prof. Dr. Andreas Riedler

 VERLAG
ÖSTERREICH

Wien 2010

Bibliographische Information der Deutschen Bibliothek

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

BM.W.F^a

Gedruckt mit Unterstützung
des Bundesministeriums für Wissenschaft und Forschung

VV • Versicherungsverband
Österreich

Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs

VKB | BANK

ÖSTERREICHS UNABHÄNGIGE BANK

Volkskreditbank AG

Alle Rechte vorbehalten.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung
ohne Gewähr.

Eine Haftung der Autoren bzw der Herausgeber oder des Verlages ist
ausgeschlossen.

ISBN 978-3-7046-5547-9

© Verlag Österreich GmbH, 2010

A-1010 Wien, Bäckerstraße 1

Tel.: +43-1-610 77-0, Fax: +43-1-610 77-502

E-Mail: order@verlagoesterreich.at

Internet: www.verlagoesterreich.at

Umbruch: b+R satzstudio, Graz

Das Ausmaß des Ersatzes bei Tötung des Unterhaltsschuldners im Spannungsfeld zwischen tatsächlich Entgangenem und gesetzlich Geschuldetem (§ 1327 ABGB, § 12 Abs 2 EKHG)

Christian Huber, Aachen

Übersicht

- A. Einleitung
 - I. Persönliche Dimension
 - II. Sachliche Dimension
 - 1. Kreis der Anspruchsberechtigten
 - 2. Umfang des Ersatzes
- B. Unterhaltsbegriff
 - I. Positive Umschreibung im Unterhaltsrecht (§§ 94, 140 ABGB)
 - II. Was zählt nicht mehr zum Unterhalt
 - III. Anknüpfungsmomente bei Tötung des Unterhaltsschuldners
 - 1. Durch Gerichtsentscheidung fixierte Höhe in zerrütteten Familienverhältnissen
 - 2. Keine Übernahme dieser Judikatur für intakte Familienverhältnisse
- C. Die einvernehmliche Gestaltung der Lebensverhältnisse als Leitprinzip des gesetzlichen Unterhalts
 - I. Ehegattenunterhalt (§ 94 ABGB, §§ 55a, 66, 68 EheG)
 - II. Kindesunterhalt (§ 140 ABGB)
 - III. Unterhaltsanspruch eines Elternteils (§ 143 ABGB)
- D. Neuralgische Detailfragen
 - I. Ausmaß der ersatzfähigen fixen Kosten
 - II. Berücksichtigung der Sparquote
 - III. Maßgeblichkeit der freiwilligen Verwendung des Erwerbseinkommens zu Lebzeiten des Unterhaltsschuldners
 - IV. Mitwirkung des getöteten Ehegatten im Beruf des anderen
 - V. Mitwirkungspflicht der Kinder im Rahmen der Haushaltsführung
 - VI. Der gesetzliche Unterhalt als Mindestersatz
- E. Unterschied zwischen § 1327 ABGB und § 12 Abs 2 EKHG?
- F. Abstrakte Bemessung oder abhängig von konkreten Dispositionen
- G. Resümee

A. Einleitung

I. Persönliche Dimension

Rudolf Reischauer hat wie kein anderer im letzten Vierteljahrhundert das österreichische Schadenersatzrecht geprägt, namentlich durch seine Kommentierung der §§ 1293 ff ABGB im Rummel-Kommentar, aber auch durch zahlreiche Aufsätze und Urteilsanmerkungen. Bei diesen hat er auch Normen außerhalb des ABGB einbezogen, unter anderem solche an der Schnittstelle zur **Gefährdungshaftung** und zum **Familienrecht**.¹ Um diese Thematik geht es im vorliegenden Beitrag.

Im Schadenersatzrecht sind die Mitgestaltungsmöglichkeiten durch Vertreter der Wissenschaft besonders groß, weil die **dünne gesetzliche Determinierung** der richterlichen Ausgestaltung viele Freiheitsgrade beschert. Stellungnahmen der Literatur vor, häufig aber nach höchstrichterlichen Entscheidungen sind von besonderer Bedeutung, greift doch der OGH – viel häufiger als der BGH – Literaturmeinungen auf und macht sich diese zu eigen oder begründet wenigstens, warum er das nicht tut.

Den Jubilar hat der Verfasser dieser Zeilen erlebt in seiner gesamten bisherigen Schaffensperiode als akademischer Lehrer: Als Student bin ich dem **frisch Habilitierten** begegnet; und zuletzt als Mitglied einer **Arbeitsgruppe**, die sich mit der Reform des österreichischen Schadenersatzrechts befasst hat. *Rudolf Reischauer* war ihr **spiritus rector**. Er hat Fachkollegen/-innen um sich geschart, weil er den Eindruck hatte, dass bei dem von der *Koziol*-Kommission verfassten Vorschlag nicht nur Überfälliges eliminiert und neu gestaltet werden sollte, sondern auch Erhaltenswertes vernichtet werde bzw das an die Stelle des Bisherigen Tretende nicht immer besser sei.

Gegenstand dieses Beitrags ist eine skizzenartige Betrachtung, wie weit das **Ausmaß des Unterhaltersatzanspruchs** reicht und ob sich der auf § 1327 ABGB gestützte Anspruch von dem nach § 12 Abs 2 EKHG unterscheidet. Dabei soll punktuell auch die Rechtslage in Deutschland und der Schweiz einbezogen werden. Sollte der Gesetzeswortlaut zu Beanstandungen Anlass geben, hätte ein solcher Befund naturgemäß auch Auswirkungen de lege ferenda.

¹ Zuletzt *Reischauer*, Überalimentierung – Informationspflicht und Schadenersatz (§§ 140, 144, 178, 1304 ABGB; §§ 21 f UVG), EF-Z 2010/44.

II. Sachliche Dimension

1. Kreis der Anspruchsberechtigten

Jede Rechtsordnung steht vor der Frage, ob und in welchem Ausmaß denen, die bisher vom nunmehr Getöteten Unterhalt bezogen haben, bei Einstandspflicht eines Dritten Ersatz zugebilligt werden soll. Betont wird dabei die Durchbrechung des Grundsatzes, dass im **Deliktsrecht** nur der **unmittelbar in seinen Rechtsgütern Beeinträchtigte anspruchsberechtigt** ist.² Formal ist das zutreffend. Der Sache nach geht es um einen **Ausschnitt des Erwerbsschadens**, der dem in seiner körperlichen Integrität Beeinträchtigten zustünde, wenn er verletzt und nicht getötet worden wäre.

Ist die prinzipielle Entscheidung zugunsten der Erstreckung des Erwerbsschadens auf diejenigen, die daran partizipiert haben, fallen, geht es um die Präzisierung, welchen Beziehern von Unterhaltsleistungen in welchem Ausmaß ein Schadenersatzanspruch eingeräumt werden soll. Sowohl in der **historischen Dimension** als auch bei **vergleichender Betrachtung** des deutschsprachigen Rechtskreises wurde nahezu die gesamte Bandbreite der in Betracht kommenden Möglichkeiten ausgeschöpft: Das **Westgalizische Gesetzbuch** (III § 446) hat die Ersatzberechtigten auf die Frau und die Kinder beschränkt und diesen zugebilligt, „was sie an rechtmäßigem Unterhalt verloren haben“.³ Die **Stammfassung des ABGB** hat den Ersatz auf das erstreckt, was ihnen entgangen ist, die **3. Teilnovelle** hat den Kreis der Ersatzberechtigten auf die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger erweitert.

Im deutschen Recht stellt der Wortlaut des **§ 844 Abs 2 BGB** eindeutig auf die Verpflichtung zum gesetzlichen Unterhalt ab.⁴ **§ 12 Abs 2 EKHG** lehnt sich an diese Formulierung an,⁵ während **§ 14 PHG** und **§ 11 Abs 1 AtomHG 1999** auf **§ 1327 ABGB** verweisen. **Art 45 Abs 3**

² *Reischauer* in *Rummel*³ § 1327 Rz 2; *Harrer* in *Schwimmann*³ § 1327 Rz 1; *Danzl* in *KBB*² § 1327 Rz 1; 2 Ob 55/97w ZVR 1998/20; 2 Ob 157/00b ZVR 2001/23; 2 Ob 149/09i MüKo⁵/Wagner § 844 Rz 1; *Rey*, Außervertragliches Haftpflichtrecht⁴ (2008) Rz 284.

³ Dazu OGH I 112/12 GIUNF 5.766: Hinweis, dass diese Formulierung des § 446 nicht in § 1327 ABGB übernommen worden sei.

⁴ Zur inhaltsgleichen Wiederholung in den deutschen Gefährdungshaftungsgesetzen MüKo⁵/Wagner § 844 Rz 9. Auf den Unterschied zwischen § 1327 ABGB und § 844 Abs 2 BGB explizit hinweisend OGH 2 Ob 58/69 ÖJZ 1969/339; 2 Ob 93/70 ZVR 1971/102 unter Bezugnahme auf BGH VI ZR 9/65 VersR 1966, 1141 zur Frage der Ersatzfähigkeit von Rückzahlungsraten eines Darlehens für den Wohnraum der Unterhaltsgläubiger.

⁵ Wegen des Formulierungsunterschieds auf ein unterschiedliches Verständnis gegenüber § 1327 ABGB hinweisend *Schauer* in *Schwimmann*³ § 14 EKHG Rz 13.

OR erklärt im schweizerischen Recht für ersatzfähig, was den Hinterbliebenen durch den Tod des „Versorgers“ entgangen ist. Maßgeblich ist somit eine faktische Unterhaltsleistung sowohl in Bezug auf die Anspruchsberechtigung als auch das Ausmaß. Eine Überlagerung bzw. Feinsteuerung dieser im materiellen Recht getroffenen Wertentscheidung bezüglich des Personenkreises und des Anspruchsumfanges erfolgt durch das **Prozessrecht**. Dort werden unterschiedlich strenge Beweisanforderungen angesetzt, um dem Ausgleichsprinzip zum Durchbruch zu verhelfen, aber Manipulationen zu Lasten des Ersatzpflichtigen zu verhindern.⁶

Die **Anforderung an den Wortlaut einer Gesetzesnorm** liegt darin, einerseits den Bürgern eine verlässliche Abschätzung der damit angeordneten Rechtsfolgen zu ermöglichen, andererseits aber gegenüber Umwälzungen des rechtlichen Umfelds eine gewisse Geschmeidigkeit aufzuweisen. Diesen **Lackmusest** hat § 1327 ABGB in besserer Weise bestanden als die §§ 844, 845 BGB des deutschen Rechts. Die Umstellung vom Patriarchat auf das Partnerschaftsprinzip im Familienrecht sowie die Gleichstellung von Geldunterhalt und Haushaltsführung haben im deutschen Recht wegen der perfektionistischen, aber infolge des Wechsels des Leitbilds obsoleten Konstruktion des § 845 BGB zu einer normativen Ruine geführt,⁷ während § 1327 in ABGB all diese Änderungen ohne größere Verrenkungen bewältigen konnte. Die durch die 3. Teilnovelle erfolgte Erweiterung der Anspruchsberechtigten auf die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger – wen immer das Familienrecht dazu erwählt – war daher durchaus weise. Ob die Beschränkung auf die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger heute noch angemessen ist, ist eine davon zu unterscheidende Wertungsfrage.

Die **Reischauer-Arbeitsgruppe** hat sich grundsätzlich für die **Beibehaltung** des status quo entschieden bzw. diese Frage dem Gesetzgeber überantwortet.⁸ Der **Koziol-Arbeitskreis**⁹ hat sich für eine **Ausweitung** entschieden, nachdem der OGH¹⁰ den Vorschlag von *Koziol*¹¹, § 1327 ABGB wie § 1042 ABGB zu verstehen und vertraglich Anspruchsberechtigte

⁶ *Reischauer in Rummel*³ § 1327 Rz 22.

⁷ Zur inzwischen marginalen Bedeutung des § 845 BGB im deutschen Recht *Ch. Huber*, Familienrechtsreform und Schadensrecht – § 845 BGB, eine normative Ruine, in: Ringvorlesung der Universität Augsburg anlässlich 100 Jahre BGB, 25 Jahre Universität Augsburg (1997) 35 ff.

⁸ *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform des Schadenersatzrechts III (2008) 76. Für ein Abstellen auf die gesetzliche Unterhaltspflicht auch *MüKo*⁵/*Wagner* § 844 Rz 28.

⁹ *Kathrein*, Haftung für Körper-, Freiheits- und Ehrverletzungen, für Sachbeschädigungen und für mangelhafte Wege, in: *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006) 97, 99.

¹⁰ OGH 2 Ob 12/91 JBl 1992, 44; 2 Ob 55/97w ZVR 1998/20.

¹¹ Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 152.

einzu beziehen, de lege lata abgelehnt hat. Die Ausdehnung der Anspruchsberechtigten wurde freilich in § 1319 Abs 2 des Entwurfs auf den **notwendigen Unterhalt** begrenzt. Das entspricht der Philosophie des „Beweglichen Systems“, dass ein bisschen Mehr vom einen mit ein bisschen Weniger vom anderen kompensiert wird. Wurde aber auch bedacht, dass dem „Geldunterhalt“ im bisherigen System der „Haushaltsführungsunterhalt“ gleichgestellt war? Wurde dieser übersehen oder dafür bewusst ein Anspruch versagt? Dem deutschen Gesetzgeber ist bei Einführung des LebenspartnerschaftsG ein ähnlicher lapsus passiert.¹²

Wenn das nicht übersehen worden sein sollte, wie hat man sich beim „Haushaltsführungsunterhalt“ eine Begrenzung auf den notwendigen Unterhalt vorzustellen? Soll geschuldet sein, die Kleidung zu waschen, aber nicht zu bügeln? Jedenfalls an dieser Stelle zeigt sich, dass der Vorschlag nicht zu Ende gedacht ist. ME sollte man sich für **Fisch oder Fleisch** entscheiden. Es mögen – wie im schweizerischen Recht – gute Gründe für die Einbeziehung faktischer Unterhaltsverhältnisse, insbesondere von außerehelichen Lebensgemeinschaften, bestehen. Den **Manipulationsmöglichkeiten** und Unwägbarkeiten kann dann durch entsprechend **strenge Beweisanforderungen** begegnet werden. Die Rechtsprechung muss dieses Problem bei Verletzung im Rahmen des Erwerbsschadens ebenfalls bewältigen.¹³ Wenn sie es da schafft, wird sie dort nicht scheitern.

2. Umfang des Ersatzes

Stehen die Anspruchsberechtigten fest, stellt sich die Frage, in **welchem Maße** diese anspruchsberechtigt sein sollen. Man kann den Akzent dabei entweder auf den **gesetzlichen Unterhalt** oder das **Entgangene** legen. Bei Betonung der **gesetzlichen Unterhaltspflicht** nimmt man einen Abstrich von der subjektiv-konkreten Schadensberechnung vor, wobei *Wagner*¹⁴ meint, dass dieser wohl begründet sei.¹⁵ Bei Abstellen auf den

¹² § 5 LebenspartnerschaftsG in der Stammfassung vom 16.12.2001 BGBl I 266 sowie dessen Abänderung durch BGBl 15.12.2004 I 3396: Erst durch explizite Einbeziehung des „Haushaltsführungsunterhalts“.

¹³ Dazu *Ch. Huber*, Der Erwerbsschaden des Partners einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft wegen Behinderung in der Haushaltsführung – „amerikanische Verhältnisse“ durch Zuerkennung eines Ersatzanspruchs? FS Steffen (1995) 193 ff; *ders*, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft im Schadensrecht – Ersatz nur bei Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht? NZV 2007, 1 ff.

¹⁴ in MüKo⁵ § 844 Rz 31.

¹⁵ AA *Reischauer* in *Rumme*³ § 1327 Rz 22: Durch Abstellen auf das tatsächlich Entgangene Einklang mit dem Prinzip der Naturalrestitution. Ähnlich OGH 2 Ob 33/75 ZVR

gesetzlichen Unterhalt stellt sich die Frage, wie dieser zu ermitteln ist. Eine Ermittlung dieser Bezugsgröße ist aber auch bei Betonung des **tatsächlichen Entgangs** geboten. Denn der OGH betont zu § 1327 ABGB, dass auch ein reichlich bemessener Unterhalt ersatzfähig sei,¹⁶ sofern er nicht auffallend über das gesetzliche Maß des Unterhalts hinausgehe, also noch einigermaßen ins Verhältnis zu diesem gesetzt und gerechtfertigt werden könne,¹⁷ mag er auch aus persönlichen oder sittlichen Erwägungen reichlich bemessen sein.¹⁸ Um das beurteilen zu können, muss man das **Ausmaß der gesetzlichen Unterhaltspflicht** aber kennen. Selbst wenn man von der Beschränkung auf den gesetzlichen Unterhalt abstrahieren wollte und in § 1327 ABGB lediglich eine Eingrenzung auf die Anspruchsberechtigten sehen will,¹⁹ so ist doch lediglich der **Unterhalt** ersatzfähig, sodass sich die Frage stellt, was von diesem erfasst ist und was nicht – mehr.

Im Verhältnis zwischen § 1327 ABGB und § 12 Abs 2 EKHG prallen **zwei Sichtweisen** auf einander: Ist nach § 1327 ABGB der tatsächliche Entgang geschuldet, der typischerweise über dem gesetzlich geschuldeten Unterhalt (gemäß § 12 Abs 2 EKHG) liegt, wird das daraus erklärt, dass das EKHG lediglich einen **Mindeststandard** gewähre, über den das ABGB im Rahmen der Verschuldenshaftung hinausreiche.²⁰ Dem steht die Ansicht²¹ gegenüber, dass die ältere Norm (§ 1327 ABGB) im Lichte der jüngeren (§ 12 Abs 2 EKHG) zu verstehen sei, was dafür spreche, die Unterschiede möglichst einzuebnen bzw zu leugnen.

Die **Tragweite dieses Disputs** ist von der Frage abhängig, was unter dem gesetzlichen Unterhalt zu verstehen ist; oder anders ausgedrückt, ob und in wie vielen Fällen sich der **tatsächlich geleistete vom gesetzlich ge-**

1976/46: Nur durch Abstellen auf tatsächlich Entgangenes, nämlich die Teilhabe des Kindes am Erwerbseinkommen der getöteten Mutter, werde der Grundgedanke des Schadenersatzrechts verwirklicht, den Hinterbliebenen nicht schlechter zu stellen. Naturalrestitution und Ausgleichsprinzip werden hier im Sinn der Wiederherstellung des Zustands ohne schädigendes Ereignis verwendet.

¹⁶ OGH 2 Ob 243/99w SZ 72/135 = JBl 2000, 115 (*Karollus-Bruner*); 2 Ob 157/00b ZVR 2001/23.

¹⁷ 2 Ob 14, 15/89 SZ 62/140 = JBl 1990, 240 = ZVR 1990/123; 2 Ob 7/93 ZVR 1994/90; 2 Ob 57/92 ZVR 1994/129; 2 Ob 55/97w ZVR 1998/20; 2 Ob 243/99w SZ 72/135 = JBl 2000, 115 (*Karollus-Bruner*); 2 Ob 22/97t ZVR 2000/40; 2 Ob 157/00b ZVR 2001/23.

¹⁸ OGH 2 Ob 26, 27/72 SZ 45/143 = ZVR 1974/112; 2 Ob 157/00b ZVR 2001/23.

¹⁹ In diesem Sinn wohl *Reischauer* in *Rummel*³ § 1327 Rz 22; so auch 2 Ob 149/09i, obwohl der Folgesatz – gegenteilig! – auf den gesetzlichen Unterhaltsanspruch abstellt.

²⁰ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1327 Rz 22b. Ebenso *Apathy*, EKHG § 12 Rz 20; *ders*, Fragen der Haftung nach dem EKHG, JBl 1993, 69, 71, 75; *Schauer* in *Schwimmann*, EKHG³ § 14 Rz 12; *Danzl*, EKHG⁸ § 12 Anm 9.

²¹ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 155.

schuldeten Unterhalt unterscheidet. Sollte das nicht der Fall sein, handelt es sich um einen **Streit um des Kaisers Bart**. Während beim **Geldunterhalt** immerhin eine Anknüpfung an Entscheidungen in Unterhaltsprozessen möglich ist, kommt beim **Haushaltsführungsunterhalt** eine solche Anlehnung schon deshalb nicht in Betracht, weil in zerrütteten Familien ein solcher Streit nicht Prozessgegenstand ist. Allenfalls sind Verfehlungen in einem Scheidungsprozess von Bedeutung. Aber auch dann geht es bloß um den Vorwurf eines Fehlverhaltens. Es erfolgt aber keine quantitative Bewertung, was – gesetzlich – geschuldet gewesen wäre.

B. Unterhaltsbegriff

I. Positive Umschreibung im Unterhaltsrecht (§§ 94, 140 ABGB)

Zu unterscheiden ist zwischen dem (**Geld-**)**Unterhalt** in einem intakten und zerrütteten Familienverhältnis, dem zwischen Ehegatten (§ 94 Abs 1 ABGB) sowie zwischen Kindern und Eltern (§ 140 Abs 1 ABGB bzw § 143 ABGB). Der Unterhalt umfasst die Befriedigung der materiellen menschlichen Bedürfnisse. Dazu zählen Aufwendungen für Nahrung, Hygiene, Kleidung, Wohnung, Freizeit- und Urlaubsgestaltung, Aus- und Weiterbildung, Benützung von Verkehrs- und Kommunikationsmitteln sowie Heilbehandlung, nicht aber solche für eine Vermögensbildung wie etwa der Abschluss einer – Kapital bildenden – Lebensversicherung.²²

Im Rahmen der **Haushaltsführung** (§ 94 Abs 2 und § 140 Abs 2 ABGB) ist zwischen der im engeren und weiteren Sinn zu unterscheiden. Zur Haushaltsführung im engeren Sinn zählen Tätigkeiten wie Einkaufen, Kochen, Putzen, Waschen, Bügeln sowie die Beaufsichtigung und Pflege der Kinder.²³ Zur Haushaltsführung im weiteren Sinn werden gerechnet die Betreuung des Gartens und eines Haustieres, Errichtungs- und Instandhaltungsarbeiten des Hauses, die Pflege des Fahrzeugs sowie der Schriftverkehr mit Banken, Versicherungen und Behörden.²⁴

²² Ferrari in Schwimann, ABGB-TaKomm § 94 Rz 2; Neubauser in Schwimann, ABGB-TaKomm § 140 Rz 2. Weitergehend im Kontext des § 1327 ABGB OGH 8 Ob 167/76 ZVR 1978/23: Versicherungsaufwendungen für die Kranken-, Unfall- und Lebensversicherung.

²³ OGH 2 Ob 338/99s ecolx 2000, 282: Auch die Pflege eines von Geburt an schwerstverletzten Kindes durch den Vater.

²⁴ Ch. Huber in Schwimann, ABGB-TaKomm § 1327 Rz 35.

II. Was zählt nicht mehr zum Unterhalt

Unterhaltsleistungen zeichnen sich durch eine gewisse **Regelmäßigkeit** aus, weshalb vereinzelte Zuwendungen als Schenkungen, aber nicht als Unterhalt zu qualifizieren sind.²⁵ Ein zusätzliches Abgrenzungskriterium zwischen Schenkung und Unterhalt liegt darin, ob eine Zuwendung erforderlich ist, den notwendigen oder angemessenen Unterhalt sicherzustellen.²⁶ Beim **Kindesunterhalt** wird zur Vermeidung einer pädagogisch schädlichen Überalimentierung eine Grenze beim ca. 2 ½-fachen des für das Kind zutreffenden Durchschnittsbedarfs gezogen.²⁷ Ein darüber hinausgehender Unterhalt bedarf jedenfalls einer besonderen Begründung. Dem gegenüber wird eine **Luxusgrenze beim Ehegattenunterhalt** abgelehnt,²⁸ mag das für den Unterhaltsschuldner – wie der Fall Berlusconi zeigt – im Einzelfall auch empfindlich teuer werden.²⁹

Beim **Betreuungsunterhalt** des Kindes (§ 140 Abs 2 ABGB) wurde eine Sättigungsgrenze bisher nicht diskutiert. Es ist auch kaum vorstellbar, dass aus einer übermäßigen Betreuung pädagogisch nachteilige Folgen für das Kind eintreten.³⁰ Beim Haushaltsführungsaufwand hat der OGH bei der Betreuung eines Gartens mit 100 Bäumen und 1000 Sträuchern nur die Aufwendungen für ersatzfähig angesehen, die notwendig

²⁵ OGH 2 Ob 739/51 SZ 24/317: Unterhalt wegen Regelmäßigkeit der Zuwendung bejaht.

²⁶ OGH 3 Ob 848/31 SZ 14/5.

²⁷ *Hopf* in *KBB*² § 140 Rz 17; *Neuhauser* in *Schwimmann*, Ta-Komm ABGB § 140 Rz 31; OGH 1 Ob 233/01y JBl 2002, 304; 5 Ob 106/10i. Ebenso zum deutschen Recht MüKo⁵/Wagner § 844 Rz 70; AnwKomm/Ch. Huber § 844 Rz 105; BGH VI ZR 155/86, NJW-RR 1988, 66: Arzt mit Bruttoeinkommen von 30.000.– DM pro Monat; Begrenzung mit dem 4-fachen Regelbedarf; OLG Celle 5 U 81/74 VersR 1976, 594: Anreiz für das Überwechseln in eine berufliche Erwerbstätigkeit muss bleiben, deshalb Begrenzung des Unterhalts mit dem Durchschnittseinkommen eines – ledigen – Angestellten.

²⁸ *Ferrari* in *Schwimmann*, Ta-Komm ABGB § 94 Rz 23; OGH 1 Ob 288/98d JBl 1999, 725; 8 Ob 38/09k iFamZ 2009/247. Ebenso zum deutschen Recht im Kontext des § 844 Abs 2 BGB OLG Frankfurt 1 U 29/87 NJW-RR 1990, 1440; mit Einschränkungen freilich BGH VI ZR 155/86 NJW-RR 1988, 66: Bei Ehegattenunterhalt **außer bei Extremfällen** keine Sättigungsgrenze. *Staudinger/Röthel* (2007) § 844 Rz 114: An sich keine Sättigungsgrenze für den Unterhaltsbedarf, aber bei gehobenen Einkünften nicht unbesehen 50% anzunehmen.

²⁹ Der Unterhaltersatzanspruch wird sich insoweit in überschaubaren Grenzen halten, als enorm hohe Einkünfte pro Monat typischerweise weniger aus dem Erwerbseinkommen resultieren, wie etwa dem vergleichsweise bescheidenen eines italienischen Ministerpräsidenten, sondern hauptsächlich aus dem akkumulierten Vermögen. Diese Unterhaltsquelle mag den Inhaber wechseln; die aus diesen Einkünften gedeckte Unterhaltspflicht belastet die Erbschaft gemäß § 796 ABGB, aber nicht den Schädiger.

³⁰ *Ch. Huber* in *Schwimmann*, ABGB Ta-Komm, § 1327 Rz 44.

sind, um Haus und Garten in einem der **Verkehrsübung entsprechenden Zustand** zu erhalten. Er hat dabei ausgesprochen, dass die Grenze des ersatzfähigen Aufwands bereits dann erreicht ist und nicht bloß ein „geradezu sinnloser Aufwand“ auszugrenzen ist.³¹ Der Umstand, dass ein Ehepartner die Pflege des Gartens als Sportersatz und Hobby empfindet sowie darin die Erfüllung der eigenen Wünsche und Vorstellungen von einer gesteigerten Wohn- und Lebensqualität sieht, nimmt den Leistungen jedoch nicht den Unterhaltscharakter.³²

III. Anknüpfungsmomente bei Tötung des Unterhaltsschuldners

1. Durch Gerichtsentscheidung fixierte Höhe in zerrütteten Familienverhältnissen

Sowohl beim Ehegatten- als auch beim Kindesunterhalt kommt es vor, dass der Unterhaltsschuldner getötet wird, dessen Unterhaltspflicht zuvor durch eine **gerichtliche Entscheidung** in einem **Unterhaltsprozess** festgeschrieben worden ist. Unter der Voraussetzung, dass der Unterhaltsschuldner seine Pflicht erfüllt, aber auch nicht mehr, stimmen gesetzlich geschuldeter und tatsächlich gezahlter Unterhalt auf den Cent genau überein.

Aber selbst in derartigen Konstellationen stellt sich häufig das Erfordernis einer **normativen Kontrolle**. Bei einer **einvernehmlichen Scheidung** gemäß § 55a Abs 2 EheG ist der paktierte Unterhalt gemäß § 69a EheG dem gesetzlichen Unterhalt nur gleichzuhalten, wenn er den Lebensverhältnissen der Ehegatten entspricht.³³ Bei einer **Scheidung aus Verschulden** des Unterhaltsschuldners gemäß § 66 EheG ist eine solche normative Kontrolle ebenfalls durchzuführen, kann doch bei der Vereinbarung des Unterhalts ein höherer oder geringerer vereinbart werden, um dadurch eine Kompensation bei der Vermögensauseinandersetzung zu erreichen.

Wurde die Ehe gemäß § 68 EheG **aus beiderseitigem Verschulden geschieden** und lebten die Ehegatten in der Folge zusammen, so als ob es keine Scheidung gegeben hätte, sprach der OGH³⁴ der Witwe bei Tötung des Ehemannes den Ersatz des tatsächlich entgangenen Unterhalts zu.

³¹ OGH 2 Ob 57/92 ZVR 1994/129: 65 Stunden Rasenmähen pro Monat. Dazu *Harrer* in *Schwimann*³ § 1327 Rz 16.

³² OLG Wien 15 R 179/95 EF 81.551.

³³ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1327 Rz 16.

³⁴ 8 Ob 247/80 SZ 54/17.

Das ist mE im Fall des beiderseitigen Verschuldens zutreffend, wenn die Unterhaltsgewährung im Rahmen der für einen solchen Fall vorgesehenen gesetzlichen Bandbreite erfolgte. Im konkreten Fall hat die Ehefrau die drei ehelichen Kinder betreut und war zudem psychisch beeinträchtigt. Wäre die Ehe **aus Verschulden** der Unterhalt empfangenden Ehefrau geschieden worden, wäre das Begehren abzuweisen gewesen, weil diese dann keinen gesetzlichen Unterhaltsanspruch gehabt hätte und somit kein gesetzlicher Unterhaltsgläubiger gewesen wäre.

Wie beim Ehegattenunterhalt kommt es auch beim Kindesunterhalt vor, dass der Unterhaltsschuldner dem Kind über den Betrag, der gerichtlich festgesetzt wurde, zusätzliche Vermögensvorteile, zumeist in natura, zukommen lässt. Wenn diese **Zuwendungen regelmäßig** erfolgen und innerhalb der Bandbreite dessen liegen, was als Kindesunterhalt in Betracht kommt, handelt es sich mE insofern um einen ersatzfähigen – gesetzlichen – Unterhalt.³⁵

2. Keine Übernahme dieser Judikatur für intakte Familienverhältnisse

Im **deutschen Recht** findet sich mitunter die Aussage, dass sich der nach § 844 Abs 2 BGB ersatzfähige Unterhalt danach bestimme, was in einem **fiktiven Unterhaltsprozess** zugesprochen würde.³⁶ Darauf kommt es aber in Wahrheit nicht an, mag sich dieser Satz auch in mancher BGH-Entscheidung finden.³⁷ Der Sache nach ist es auch im deutschen Recht unstrittig, dass beim Kindesunterhalt nicht die Düsseldorfer Tabelle maßgeblich ist,³⁸ sondern die **Verhältnisse in einer intakten Familie**, aus der der Unterhaltsschuldner herausgerissen wird.³⁹ Entsprechendes gilt für das **österreichische Recht**. Maßgeblich ist die tatsächliche Gestaltung, nicht was gerichtlich durchsetzbar wäre.⁴⁰ Der unterschiedliche Bemess-

³⁵ AA zu Unrecht OGH 2 Ob 119/09b bei einem Anspruch nach § 12 Abs 2 EKHG: Vater zahlt Sportausrüstung und monatlich € 50.– für Investmentfonds des Sohnes.

³⁶ MüKo³/Wagner § 844 Rz 31; Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rz 98.

³⁷ BGH VI ZR 155/86 NJW-RR 1988, 66; VI ZR 114/05 NJW 2006, 2327 = r+s 2006, 519 (Bliesener) = FamRZ 2006, 1108 (Luthin).

³⁸ BGH VI ZR 36/84 VersR 1986, 39; VI ZR 71/83 NJW 1985, 1460.

³⁹ AnwKomm/Ch. Huber § 844 Rz 23, 53; Wussow/Dressler, Unfallhaftpflichtrecht¹⁵ (2002) Kap 45 Rz 4; Kreuter-Lange, in: Himmelreich/Halm, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung (2009) Kap O Rz 147.

⁴⁰ Danzl in KBB² § 1327 Rz 7; Harrer in Schwimann³ § 1327 Rz 16; OGH 2 Ob 123/61 ZVR 1961/289; 2 Ob 58/69 ÖJZ 1969/339; 2 Ob 294/71 ZVR 1973/39; 2 Ob 26, 27/72 SZ 45/143 = ZVR 1974/112; 2 Ob 149/09i; OLG Wien 16 R 69/87 EF 54.288.

sungsansatz lässt sich damit erklären, dass wegen des Fehlens von zwei Haushalten für jedes Familienmitglied mehr zur Verfügung steht. Dazu kommt, dass in einer intakten Familie auch der letzte Bissen Brot geteilt wird, während in zerrütteten Verhältnissen die Rechtsprechung es für legitim ansieht, dass dem Unterhaltsschuldner ein bestimmter Betrag jedenfalls verbleibt.

In Unterhaltsprozessen endet die Unterhaltspflicht der Eltern im Zeitpunkt der **Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes**. Im österreichischen Recht wird das angenommen, wenn das Kind die zur Deckung des Unterhalts erforderlichen Mittel außerhalb des elterlichen Haushalts selbst erwirbt oder aufgrund einer zumutbaren Beschäftigung dazu imstande ist, wobei jedoch auch auf die Verhältnisse der Eltern Rücksicht zu nehmen ist.⁴¹ Eine Orientierungshilfe ist die Höhe der Mindestpension nach § 293 Abs 1 ASVG.⁴²

C. Die einvernehmliche Gestaltung der Lebensverhältnisse als Leitprinzip des gesetzlichen Unterhalts

I. Ehegattenunterhalt (§ 94 ABGB, §§ 55a, 66, 68 EheG)

Sowohl nach den §§ 90 f, 94 ABGB als auch den §§ 1356, 1360, 1360a BGB regeln die Ehegatten die Verteilung der Unterhaltsarbeit einvernehmlich; und das in vielfältiger Weise. Sie bestimmen das **Unterhaltungsniveau** – es gibt Arbeitstiere und Lebensgenießer.⁴³ Im Zweifel hat eine **gleichmäßige Belastung** stattzufinden. Wer den Haushalt führt, erfüllt dadurch in der Regel seine Pflicht (§ 94 Abs 2 S 1 ABGB; § 1360 S 2 BGB).⁴⁴ Innerhalb der Haushaltsarbeit können Tätigkeitsbereiche gebildet werden.⁴⁵ Umgekehrt kann eine Ausgestaltung getroffen werden, dass der allein verdienende Ehegatte zur Mithilfe im Haushalt verpflichtet sein kann.⁴⁶ Bedeutsam sind aber auch die **jeweilige Leistungsfähigkeit** sowie die unterschiedliche **Belastung in den einzelnen Lebensstapen**.

⁴¹ 3 Ob 7/97v JBl 1997, 650 (Hoyer).

⁴² Hopf in KBB² § 140 Rz 20.

⁴³ AnwKomm/Ch. Huber § 844 Rz 24.

⁴⁴ OGH 8 Ob 174/80 SZ 53/155 = ZVR 1982/28.

⁴⁵ BGH VI ZR 87/87 BGHZ 104, 113 = NZV 1988, 60 (Schlund): Bei zwei Lehreramtswärtern Übernahme von Reparaturen in der Wohnung, Wagenpflege und Schriftverkehr durch den Ehemann, deshalb bloß 40% der Haushaltsarbeit im engeren Sinn durch ihn; tatsächliche Aufteilung zu respektieren, es sei denn, dass diese nicht mehr mit dem Grundsatz der Angemessenheit in Einklang zu bringen ist (§ 1360 S 1 BGB).

⁴⁶ Staudinger/Röthel (2007) § 844 Rz 139.

Wenn *Kreuter-Lange*⁴⁷ meint, dass bei Berufstätigkeit beider nicht wirksam vereinbart werden kann, dass ein Ehegatte allein den Haushalt führt, ist das zu eng. Eine volle Stelle kann unterschiedlich beanspruchend sein. Und in so mancher **Lebensetappe** bleibt dann für den betreffenden Ehegatten, will er das vom anderen mitgetragene berufliche Ziel erreichen, von dessen Einkünften er jedenfalls in der Zukunft profitiert, keine Zeit für die Mitwirkung im Haushalt.⁴⁸ Auch bei Eintritt des bis dahin berufstätigen Ehepartners in den **Ruhestand** trifft diesen nicht notwendigerweise eine 50 %-ige Pflicht zur Mitwirkung an der Haushaltsarbeit. Einerseits wird die Kompetenz für manche Tätigkeiten fehlen; andererseits ist auf die gleichmäßige Belastung während des gesamten Zeitraums der Ehe Bedacht zu nehmen.⁴⁹ Den Eheleuten wird bis zur **Grenze der *societas leonina*** ein breiter Gestaltungsraum einzuräumen sein.⁵⁰ Nur bei einem offensichtlichen Missverhältnis, bei dem der Grund nicht in der unterschiedlichen Leistungsfähigkeit liegt,⁵¹ wird die tatsächliche Verteilung nicht mehr der privatautonomen Gestaltung im Rahmen des gesetzlichen Unterhalts entsprechen.

Bei Anlegung dieses Maßstabs dürfte der Bereich **überobligationsgemäßer Unterhaltsarbeit** nur ausnahmsweise gegeben sein. Der BGH⁵² hat das angenommen, als die getötete nicht berufstätige Ehefrau neben der Betreuung von 3 Kindern einen 1400 m² großen Nutzgarten gehegt und eigene Kleidungsstücke hergestellt hat. Dieser **dogmatische Fehlgriff** blieb – in der konkreten Entscheidung – für das erzielte Ergebnis allerdings unschädlich, weil der BGH den Gegenwert der überobligationsgemäßen Anstrengung im Rahmen der **Vorteilsausgleichung** des ersparten Unterhalts berücksichtigt hat. Dagegen ist einzuwenden, dass es im deutschen Recht bei Abstellen auf den so eng gefassten gesetzlichen Unterhalt gerade nicht einzusehen ist, weshalb dieser Maßstab bloß für das Ausmaß des zustehenden Anspruchs gelten soll, nicht aber für dessen Begrenzung durch Berücksichtigung der durch das schädigende Ereignis bewirkten Vorteile. Im Ergebnis wurde damit **ein Fehler durch einen weiteren neu-**

⁴⁷ In: *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung (2009) Kap O Rz 150.

⁴⁸ Zu denken ist etwa an einen Assistenten an der Universität, der sich habilitieren möchte und von seinem dienstvorgesetzten Professor über Gebühr eingesetzt wird. Aber auch in vielen anderen Bereichen gibt es vergleichbare Konstellationen, etwa vor der Berufsprüfung bei Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern oder Rechtsanwälten.

⁴⁹ *AnwKomm/Ch. Huber* § 844 Rz 76.

⁵⁰ *AnwKomm/Ch. Huber* § 844 Rz 75, 96. Für eine gewisse Bandbreite auch *MüKo⁵/Wagner* § 844 Rz 33; *Staudinger/Rötbel* (2007) § 844 Rz 139; *Reischauer in Rummel*³ § 1327 Rz 22; *Koziol*, *Haftpflichtrecht II*² (1984) 156.

⁵¹ BGH VI ZR 305/91 NJW 1993, 124: Pflege eines Kriegsblinden durch die Ehefrau.

⁵² VI ZR 151/75 NJW 1979, 1501.

traliert. Zutreffend ist hingegen die Aussage des OGH, dass der Schädiger keinen Anspruch auf Richtigstellung der von den Unterhaltspflichteten vorgenommenen Unterhaltsfestsetzung hat⁵³ und der Unterhaltersatzgläubiger eine Verminderung der im Sinn des § 91 ABGB einvernehmlich gepflogenen Beistandsleistung nicht hinnehmen muss.⁵⁴

Bezüglich der **Aufteilung des erzielten Einkommens** ist im Zweifel von einer **Gleichverteilung** der Ehegatten auszugehen, sofern nicht der im Beruf stehende Ehegatte höhere Aufwendungen hat, etwa infolge adretterer Kleidung, höherer Kosten für die Verpflegung und Verkehrsmittel.⁵⁵ Der OGH hat aber auch eine **höhere Quote** des nicht im Erwerbsleben stehenden **Haushaltsführers** gebilligt, indem er auf die rein tatsächliche Ebene abgestellt hat. Dabei wurde angeführt, dass der Ehemann sosehr mit seinem Beruf beschäftigt war, dass ihm für den Konsum gar keine Zeit blieb, weshalb der **Anteil der Ehefrau mit 60%** bemessen wurde.⁵⁶ Das ist mE fragwürdig, weil ein ausgeprägtes Shopping-Bedürfnis des Haushaltsführers für eigene Klamotten oder Schmuck wohl keinen aner kennenswerten Sonderbedarf darstellt. Das Abstellen auf eine Gleichverteilung, so kein Sonderbedarf gegeben ist, würde zudem unnötigen Beweiserhebungsaufwand entbehrlich machen.⁵⁷

II. Kindesunterhalt (§ 140 ABGB)

Ein **gut situierter Anwalt**, der die Mutter seines Sohnes als bald heiraten wollte, hat in der Phase davor nicht nur einen reichlich bemessenen Geldunterhalt geleistet, sondern hat auch die Großmutter des Kindes dafür bezahlt, dass diese das Kind beaufsichtigt und gepflegt hat. Dadurch hat er der Kindesmutter die Ausübung ihrer angestammten beruflichen Tä-

⁵³ OGH 2 Ob 58/69 ÖJZ 1969/339: Ersatzfähigkeit von Baueigenleistungen als auch Annuitäten für die Eigentumswohnung im Rahmen der fixen Kosten; 2 Ob 93/70 ZVR 1971/102: Darlehensraten für Rückzahlung einer Eigentumswohnung.

⁵⁴ OGH 2 Ob 57/92 ZVR 1994/129: Ehemann Tischler, war handwerklich sehr geschickt; Ehefrau hatte Polyarthrit; beide waren berufstätig und erzielten ein annähernd gleiches Einkommen.

⁵⁵ OGH 2 Ob 33/92 EF 69.127: Ehemann, der größtenteils außerhalb des gemeinsamen Haushalts lebt, verbraucht erfahrungsgemäß größeren Teil des gemeinsamen Einkommens.

⁵⁶ OGH 2 Ob 43/89 ZVR 1990/87. Ähnlich OGH 2 Ob 82, 83/72 SZ 45/73: Aufteilung 40:45:15 Getöteter, Ehefrau, Kind; 2 Ob 108/05d: Aufteilung 41:32:27 zugunsten der Klägerin nicht zu beanstanden.

⁵⁷ OLG Wien 11 R 218/94 ZVR 1995/157: Hinweis auf aufwendigen Lebensstil, Verfahrensergänzungsauftrag, um festzustellen, wofür Einkommen der Witwe verwendet worden wäre.

tigkeit ermöglicht. Als der Kindesvater getötet wurde, hat der OGH⁵⁸ nicht nur den Geldunterhalt, sondern auch den Betreuungsunterhalt für ersatzfähig angesehen. In der konkreten Causa kam es darauf besonders an, weil die Eltern des Kindes nicht verheiratet waren, sodass ein Anspruch der Kindesmutter ausschied. Das Judiz ist mE zutreffend, weil bei **enorm auseinanderklaffender Leistungsfähigkeit** (sehr gut verdienender Rechtsanwalt und einfache Bankangestellte) es – jedenfalls für eine bestimmte Zeitspanne wie im konkreten Sachverhalt – angemessen sein kann, dass der Vater für den Geld- und Betreuungsunterhalt des Kindes aufkommt.

Noch bevor der Gesetzgeber das Partnerschaftsprinzip im Familienrecht umgesetzt hatte, hat der OGH durch Verweis auf die tatsächlichen Verhältnisse dem Kind bei Tötung der Mutter auch Ersatz dafür zugebilligt, dass die Mutter das Kind nicht nur gehegt und gepflegt, sondern das **Kind** auch an dem **von der Mutter erzielten Erwerbseinkommen partizipiert** hat.⁵⁹ Ob der Vater zur vollen Unterhaltsleistung in der Lage gewesen wäre, darauf sollte es nicht ankommen.⁶⁰ Der OGH⁶¹ hat darauf verwiesen, dass die Grenzen zwischen primärer und subsidiärer Unterhaltspflicht fließend seien. Im Schadenersatzrecht wurde auf diese Weise berücksichtigt, dass die **Familie faktisch schon so gelebt** hat, wie das der **Gesetzgeber** in der Folge dem **heutigen Gesellschaftsverständnis entsprechend als angemessen** erachtet hat: Wenn die Mutter sich nicht nur um das Kind kümmert, sondern auch einen Beruf ausübt, dann soll das Kind an dem dadurch erhöhten Familieneinkommen partizipieren. Die Mutter kann dann ja auch weniger Zeit für das Kind aufwenden, sodass insoweit eine gewisse Substitution von persönlicher Zuwendung durch höhere Geldleistungen stattfindet.⁶²

Wenn dem gegenüber die **Mutter neben der Pflege des Kindes** – nahezu – den **gesamten Geldunterhalt** aufbringt, weil sich der Vater seiner Pflicht zur Leistung des Geldunterhalts entzieht, ist insoweit **keine angemessene Verteilung** der elterlichen Pflichten gegeben. Wird die Mutter getötet, steht mE dem Kind bei Tötung der Mutter neben dem entgangenen Pflegeunterhalt nicht auch noch der gesamte Geldunterhalt zu.⁶³ Das liegt vor allem dann auf der Hand, wenn der Vater – wie in der konkreten

⁵⁸ 2 Ob 157/00b ZVR 2001/23.

⁵⁹ OGH 2 Ob 72/58 ZVR 1958/182; 2 Ob 58/69 ÖJZ 1969/339; 8 Ob 190/71 ZVR 1973/70.

⁶⁰ OGH 8 Ob 190/71 ZVR 1973/70.

⁶¹ OGH 2 Ob 58/69 ÖJZ 1969/339.

⁶² So auch BGH VI ZR 71/83 NJW 1985, 1460 unter Hinweis auf die Wechselwirkungen zwischen Bar- und Betreuungsunterhalt.

⁶³ So aber OGH 2 Ob 26, 27/72 SZ 45/143 = ZVR 1974/112. Wie hier *Kreuter-Lange*, in: *Himmelreich/Halm*, Handbuch der Kfz-Schadensregulierung (2009) Kap O Rz 149 FN 317.

Entscheidung – in der Folge seine Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind wahrnimmt. Es käme in einem solchen Fall nämlich zu einer im Schadenersatzrecht stets verpönten Doppelliquidation. Aber auch wenn der Vater weiterhin kneift, kann das nicht anders sein. Dass unterhaltspflichtige Väter sich ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen Kindern entziehen, ist mithilfe des Unterhaltsvorschussgesetzes zu bewältigen, nicht aber durch eine Überkompensation im Rahmen des Schadenersatzrechts.

Von solchen ausgerissenen Konstellationen abgesehen wird den Eltern bzw dem jeweiligen Elternteil ein **großer Ausgestaltungsspielraum** zustehen. Wenn sich ein wenig begüterter Elternteil in seiner eigenen Lebensführung einschränkt, um das **Kind studieren zu lassen**, wird es sich insofern noch um eine Leistung gesetzlichen Unterhalts handeln, auch wenn diese vom Kind, dem Unterhaltsgläubiger, gegenüber dem Elternteil gerichtlich nicht durchsetzbar wäre.⁶⁴ Wenn ein Vater seine an den **Rollstuhl gefesselte Tochter** betreut, um dieser die **Ausübung des Richterberufs** zu ermöglichen, hat der OGH⁶⁵ bei Tötung des Vaters darauf abgestellt, ob die Tochter selbsterhaltungsfähig war. Zu Recht erfolgte die Anrechnung des von der Tochter bezogenen Pflegegeldes, dient dieses doch dazu, solche Dienstleistungen damit zu finanzieren.⁶⁶ Ob man insofern bei der Selbsterhaltungsfähigkeit darauf abzustellen hat, ob nach Abzug des Pflegegeldes die zusätzlichen erforderlichen Pflegeleistungen aus dem Erwerbseinkommen der Richterin finanzierbar sind und ihr dann ein Betrag verbleibt, der über der Mindestpension nach § 293 Abs 1 ASVG liegt, erscheint mE fragwürdig.

Für die Festlegung der **Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes** kommt es auch auf die **Verhältnisse der Eltern** an, so namentlich auf deren Leistungsfähigkeit. Selbst bei **Leistungen des Kindes an einen bedürftigen Elternteil** hat der OGH⁶⁷ nicht auf die Mindestpension abgestellt, obwohl

⁶⁴ So das prägnante Beispiel von *Reischauer in Rummel*³ § 1327 Rz 22.

⁶⁵ 2 Ob 55/97w ZVR 1998/20; 2. Rechtsgang 2 Ob 338/99s eolox 2000, 282. Die vorangehende Wiederholung der bisherigen Leitsätze, dass **nicht** auf die **gesetzliche Unterhaltspflicht** abzustellen sei, sondern auf die tatsächlichen Unterhaltsleistungen, wenn sie nur **einigermaßen** mit der gesetzlichen Unterhaltspflicht ins Verhältnis gesetzt und gerechtfertigt werden können und diese nicht auffallend über das gesetzliche Maß des Unterhalts hinausgehen, steht im Widerspruch zum **strikten Abstellen auf die Selbsterhaltungsfähigkeit** der an den Rollstuhl gebundenen Richterin.

⁶⁶ So auch BGH VI ZR 114/05 NJW 2006, 2327 = r+s 2006, 519 (*Bliesener*) = FamRZ 2006, 1108 (*Luthin*): Tötung der Mutter, die die nicht selbsterhaltungsfähige Tochter, die geheiratet hat, gepflegt hat. Zuspruch der Pflegekosten, weil es insoweit einen – gerichtlich durchsetzbaren? – gesetzlichen Unterhaltsanspruch der Tochter gegen die Mutter gegeben habe.

⁶⁷ OGH 2 Ob 33/91 EF 66.353.

eine gesetzliche Unterhaltspflicht des Kindes gegenüber einem Elternteil (§ 143 ABGB) nach viel restriktiveren Gesichtspunkten als die der Eltern gegenüber dem Kind (§ 140 ABGB) anerkannt wird.⁶⁸ ME erbringt der Vater im Fall der an den Rollstuhl gebundenen RichterIn durch seine Pflegetätigkeit insoweit eine – schadenersatzrechtlich ersatzfähige – gesetzliche Unterhaltsleistung, als diese nicht durch das Pflegegeld finanzierbar und er dazu physisch in der Lage ist sowie Vater und Tochter einen ungefähr gleichen Unterhaltsstandard haben.

In der Vergangenheit stand zur Diskussion, inwieweit eine **Unterstützungsleistung des Kindes an einen bedürftigen Elternteil als Leistung gesetzlichen Unterhalts** zu qualifizieren ist, für die bei Tötung des Unterhaltsschuldners der Schädiger Ersatz zu leisten hat.⁶⁹ Die **Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse** wird bewirken, dass sich in den kommenden Jahren häufiger die spiegelverkehrte Konstellation ereignet. Das Kind hat selbst ein Kind und womöglich geheiratet, die Eltern bzw Großeltern erbringen aber nach wie vor Unterstützungsleistungen, sei es finanzieller Natur oder durch Tätigkeiten, etwa die Beaufsichtigung des Enkelkinds. Häufig ist das gegeben, wenn das Kind und dessen Ehegatte oder Lebensabschnittsbegleiter sich noch in einer Ausbildung oder im Studium befinden, aber schon über ein gewisses (Transfer-)Einkommen verfügen oder vor dem Einstieg ins – wirkliche – Erwerbsleben noch Praktika, Traineeprogramme und ähnliche Vorstufen zu einer angemessen entlohnerten Erwerbstätigkeit bewältigen (müssen). Solange das Kind nicht (annähernd) den Unterhaltsstandard der Eltern erreicht hat,⁷⁰ sollte bei Tötung eines solchen Elternteils mE eine schadenersatzrechtlich ersatzfähige Leistung gesetzlichen Unterhalts bejaht werden.⁷¹ Zu bedenken ist dabei freilich, dass es sich im Verhältnis zwischen **Eltern und Kind** – zumeist – um eine **Übergangsphase** handelt, bis das Kind endgültig auf eigenen Beinen steht, während es sich bei einer Unterhaltsleistung des Kindes gegenüber einem bedürftigen Elternteil um einen Dauerzustand bis zum Lebensende des Unterhaltsgläubigers handelt.

⁶⁸ OGH 8 Ob 79/87 EF 57.027: Die Kinder erbringen den Unterhalt der Vorfahren durch Beiträge im Rahmen der Sozialversicherung.

⁶⁹ Dazu OGH 3 Ob 848/31 SZ 14/5; 2 Ob 739/51 SZ 24/317; 2 Ob 498/53 SZ 26/29; 2 Ob 33/91 EF 66.352

⁷⁰ Das darf freilich nicht dazu führen, dass ein Kind besonders reicher Eltern dessen Selbsterhaltungsfähigkeit niemals erreichte und deshalb stets unterhaltsberechtigt bliebe. Bei Erreichung eines bestimmten angemessenen Versorgungsniveaus ist dessen Selbsterhaltungsfähigkeit jedenfalls zu bejahen.

⁷¹ Zur Ersatzfähigkeit solcher Leistungen im Verletzungsfall *Ch. Huber*, Verletzungsbedingte Vereitelung unbezahlter Arbeit – niemals Ersatz? *VersR* 2007, 1330 ff.

In einer verwandten Konstellation hat der OGH⁷² entschieden, dass bei Tötung des 87-jährigen Vaters die 50-jährige Tochter, die dem Vater den Haushalt geführt und von diesem alimentiert wurde, ersatzberechtigt ist. *Reischauer*⁷³ billigt dieses Judiz mit der Einschränkung, dass der Anspruch nur für eine Übergangsphase gelte, bis die Tochter eine passende Stelle finde. Da der getötete Vater im konkreten Fall bereits 87 Jahre alt war, ergibt sich eine weitere zeitliche Restriktion, da der Unterhaltersatzanspruch nur bis zum wahrscheinlichen natürlichen Tod des Unterhaltsschuldners gebührt. Davon abgesehen ist aber die **Leistung gesetzlichen Unterhalts** zu bejahen, wenn das **Kind** – infolge des vorgerückten Alters – **nicht arbeitsmarktauglich** ist. Zu bedenken ist freilich, dass jede Person Anspruch gegenüber der öffentlichen Hand auf das Existenzminimum hat, auch wenn sie auf dem Arbeitsmarkt keine adäquat bezahlte Stelle findet. Die Leistung gesetzlichen Unterhalts ist daher nur insoweit gegeben, als das Existenzminimum durch Transferleistungen der öffentlichen Hand nicht abgedeckt wird.

Im Rahmen des Betreuungsunterhalts ist der OGH durchaus großzügig. Zwar ist die elterliche Zuwendung bei Tötung des Unterhaltsschuldners an sich nicht kommerzialisierbar; soweit diese durch die Beschäftigung des Kindes zum Ausdruck kommt, ist eine Ersatzfähigkeit aber zu bejahen. So hat der OGH⁷⁴ den Zeitaufwand des berufstätigen Vaters, den er durch das Spielen mit dem Kind verbracht hat, als ersatzfähigen gesetzlichen Unterhalt anerkannt. Desgleichen wurde die überaus zeitaufwendige Begleitung zum Schi- und Mountainbiketraining durch die Mutter sowie die Präparierung von 16 Paar Rennskiern unter Einschluss des Aushandelns von Sponsorverträgen als Erbringung des gesetzlichen Unterhalts qualifiziert.⁷⁵

III. Unterhaltsanspruch eines Elternteils (§ 143 ABGB)

Es kommt vor, dass namentlich der Sohn im Haushalt seiner bedürftigen Mutter lebt und diese – dafür, dass sie ihm den Haushalt führt – mit Geldleistungen unterstützt. Der OGH⁷⁶ hat in solchen Fällen bei Tötung

⁷² 2 Ob 305/53 JBl 1954, 285.

⁷³ in *Rummel*³ § 1327 Rz 22.

⁷⁴ 2 Ob 156/02h ZVR 2003/79.

⁷⁵ OGH 2 Ob 41/08f Zak 2008/341, 197. Dazu *Ch. Huber*, Neuere Entwicklungen beim Personenschaden in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Deutschlands und Österreichs, in: HAVE Personen-Schaden-Forum 2010, 253, 271 ff.

⁷⁶ OGH 3 Ob 848/31 SZ 14/5; 2 Ob 739/51 SZ 24/317; 2 Ob 498/53 SZ 26/291; 2 Ob 33/91 EF 66.352.

des Sohnes einen schadenersatzrechtlich ersatzfähigen Anspruch bejaht, mag der bedürftige Elternteil auch keinen gerichtlich durchsetzbaren Unterhaltsanspruch gehabt haben. Vor allem bei **krassem Auseinanderklaffen der Leistungsfähigkeit**⁷⁷ ist das zu billigen. Den Verweis auf die unterhaltsrechtliche Einstandspflicht weiterer Kinder gegenüber dem bedürftigen Elternteil hat er mE zu Recht für unbeachtlich angesehen;⁷⁸ und zwar nicht allein wegen des Abstellens auf die tatsächlichen Verhältnisse, sondern deshalb, weil der an seine Mutter Unterhalt leistende Sohn – im Unterschied zu dessen Geschwistern – eine **Gegenleistung in Form der nur ihm zukommenden Haushaltsführung** erhalten hat. Fragwürdig ist indes, dass die Mutter eine ihr vom Ersatzpflichtigen angebotene – zumutbare – Stelle ohne Sanktion ablehnen durfte,⁷⁹ war die Bedürftigkeit der Mutter doch nur gegeben, weil sie durch Betätigung ihrer Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt nicht selbst für ihren angemessenen Unterhalt sorgen konnte.

Wesentlich restriktiver war der OGH bei Erbringung von – nicht konkret abgoltene – **Arbeitsleistungen durch den potentiellen Hofübernehmer in der Landwirtschaft**.⁸⁰ Die Leistung von gesetzlichem Unterhalt durch den Sohn hat er erst ab der Schwelle angenommen, ab der die Eltern Vermögensstücke hätten veräußern müssen, um ihren eigenen angemessenen Unterhalt zu finanzieren.⁸¹ Ohne Bedeutung ist hingegen mE, ob der Sohn die Arbeitsleistungen in der Landwirtschaft in der Absicht erbracht hat, eine gesetzliche Unterhaltspflicht zu erfüllen.⁸² Dass der Sohn bei Vereitelung der in Aussicht genommenen Hofübertragung einen Anspruch nach § 1435 ABGB hätte, ist ohne Bedeutung, geht es doch nicht um dessen Anspruch auf die „Gegenleistung“, sondern um den Wert der von ihm erbrachten Leistung zugunsten seiner Eltern. Nach deutschem Recht stünde den Eltern hingegen bei Tötung des „Hauskindes“ unabhängig von deren Bedürftigkeit ein Anspruch nach § 845 BGB zu, was de facto zu einer wenig sachgerechten Bevorzugung von vertraglich nicht verfestigten Mitwirkungen von Kindern in der Landwirtschaft führt.

⁷⁷ OGH 2 Ob 33/91 EF 66.352: Monatliches Einkommen des Sohn öS 30.000.–, Pension der Mutter öS 6.800.–.

⁷⁸ OGH 2 Ob 498/53 SZ 26/291: 2 weitere Schwestern.

⁷⁹ OGH 2 Ob 498/53 SZ 26/291: Mutter war 50 Jahre alt und zu 40% erwerbsgemindert.

⁸⁰ Zustimmung *Reischauer* in *Rummel*³ § 1327 Rz 22.

⁸¹ OGH 2 Ob 502/55 ZVR 1956/33.

⁸² So aber OGH 8 Ob 79/87 EF 57.027.

D. Neuralgische Detailfragen

I. Ausmaß der ersatzfähigen fixen Kosten

Bei Tötung des Unterhaltsschuldners gibt es Aufwendungen, die sich infolge der Reduzierung des Haushalts um eine Person gar nicht oder kaum verändern. Dazu zählen unter anderem die Kosten für **Wohnsitz** und **Fahrzeug**. Namentlich in Bezug auf die Ersatzfähigkeit der Kosten des im Eigentum stehenden Wohnsitzes nimmt der **BGH**⁸³ eine **überaus restriktive Position** ein: Da kein Unterhaltsanspruch auf Deckung des Wohnbedarfs in Form eines im Eigentum stehenden Einfamilienhauses bestehe, habe der Unterhaltersatzgläubiger bei Fremdfinanzierung des Kaufpreises des Einfamilienhauses lediglich Anspruch auf die **Zinsen** im Ausmaß des **Mietentgelts** einer räumlich **um den geringeren Wohnbedarf reduzierten Mietwohnung**. Ich habe diese **eigentumsfeindliche** und die **faktische Entwicklung seit dem 2. Weltkrieg negierende Sicht** an anderer Stelle als rückschrittlich und unzutreffend kritisiert.⁸⁴

Der OGH⁸⁵ abstrahiert dem gegenüber zu Recht von der Rechtsform und betont, dass es allein auf die **Deckung des Wohnbedarfs** ankomme. Da er auch Gartenarbeiten für den Zweitwohnsitz – jedenfalls dem Grunde nach – für ersatzfähig angesehen hat,⁸⁶ ist es nur konsequent, auch die Errichtungskosten bei entsprechender Fremdfinanzierung zu ersetzen. Die zum Teil erwähnten Einschränkungen als **nicht „unstandesgemäß übersteigert“**⁸⁷ bzw. **standesgemäß**⁸⁸ oder **landesüblich**⁸⁹ sollten dabei über Bord geworfen werden, weil die Festlegung dessen, was die Ehegatten für die Deckung welchen Bedarfs ausgeben wollen, diesen zu überantworten ist. Mit den Worten des OGH⁹⁰ ist darauf zu verweisen, dass es weder **Sache des Ersatzpflichtigen** noch des **Gerichts** sein kann, die **zulässigerweise vorgenommene Gestaltung zu korrigieren**. Das eine Ehepaar

⁸³ VI ZR 42/83 NJW 1985, 49; bestätigt in VI ZR 276/88 NJW-RR 1990, 221; VI ZR 112/03 NJW 2004, 2894. Ähnlich restriktiv das schweizerische Recht ZürichKomm³/Landolt Art 45 Rz 245: Ersatzfähigkeit der Hypothekarzinsen.

⁸⁴ Ch. Huber, Die Ersatzfähigkeit von Baueigenleistungen bei Verletzung und Tötung – ein in der Schweiz noch nicht entdecktes Phänomen, FS Kuhn (2009) 259, 276 ff. Zwecks Vermeidung von Wiederholungen sei darauf verwiesen.

⁸⁵ 2 Ob 93/70 ZVR 1971/102; 8 Ob 57/87 ZVR 1989/76; 2 Ob 43/89 ZVR 1990/87; 2 Ob 74/01y ZVR 2002/60 2 Ob 149/09i.

⁸⁶ OGH 2 Ob 57/92 ZVR 1994/129.

⁸⁷ OGH 2 Ob 212, 213/75 SZ 49/26.

⁸⁸ OGH 2 Ob 58/86 EFSlg 54.286; 8 Ob 92/87 ZVR 1989/136. Zur Maßgeblichkeit der Standesgemäßheit bei Art 45 Abs 3 OR BernerKomm³/Brehm Art 45 Rz 49.

⁸⁹ OGH 2 Ob 58/86 EFSlg 54.286

⁹⁰ 2 Ob 58/69 ÖJZ 1969/339; 2 Ob 87, 88/89 ZVR 1990/86.

residiert in einer geräumigen Villa und fährt einen Fiat Uno; das andere lebt in einer 2-Zimmer-Wohnung und braust mit einem Porsche durch die Gegend. Chacun à son goût!

Ausgehend von der Ersatzfähigkeit der Annuitäten zur Finanzierung des Wohnsitzes sind einige Weiterungen und Präzisierungen der OGH-Rechtsprechung möglich. Wenn die Annuitäten für einen mit Fremdmitteln finanzierten Wohnsitz ersatzfähig sind, dann sollten davon die Kosten inkludiert sein, die zur **Erlangung eines solchen Darlehens** aufgewendet werden, so namentlich die **Ansparraten eines Bausparvertrags**.⁹¹ Dass in der Ansparphase diese neben dem Mietzins das monatliche Erwerbseinkommen belasten, ist zutreffend; aber einerseits ist diese Belastung faktisch gegeben, andererseits reduziert sich die spätere Annuität wegen der geringeren Zinsen des Bauspardarlehens. Auch ist die **Fristigkeit der Finanzierung** zu respektieren. Ob das Darlehen für einen besonders langen Zeitraum wie etwa 50 oder 25 Jahre aufgenommen wird oder für einen kürzeren, etwa 5 oder 10 Jahre, hat der Schädiger hinzunehmen. Auf die Vergleichbarkeit mit den Kosten bei Anmietung eines derartigen Wohnsitzes kommt es demgemäß nicht an. Wird zur Absicherung der Darlehensforderung der Bank eine **Lebensversicherung vinkuliert**, handelt es sich insoweit um Finanzierungskosten mit der Folge, dass auch diese Aufwendungen als fixe Kosten zu betrachten sind. Ohne solche Absicherung wäre der Zinssatz – womöglich – höher. Da die Finanzierungsdauer in aller Regel feststeht, kann aber mE der Schädiger verlangen, dass seine im Ausmaß dieser Fixkosten insoweit höhere Belastung bis zum voraussichtlichen Ende der Abzahlung begrenzt wird.⁹²

Wenn für den Erst- oder auch Zweitwohnsitz die **Annuitäten** eines Darlehens ersatzfähig sind, stellt sich die Frage, warum das nicht auch für **andere fremdfinanzierte Gebrauchsgüter** wie **Fahrzeug, Möbel oder Geräte der Unterhaltungselektronik** gelten soll, mögen diese geleast sein oder durch einen Ratenkredit abbezahlt werden.⁹³ Man mag namentlich beim Fahrzeug einwenden, dass dieses einer kürzeren betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer unterliegt. Im Sinn der Verstetigung der Rente und der Annahme, dass der Unterhaltsgläubiger auch nach Ende der betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer des konkreten Fahrzeugs ein Ersatzfahrzeug benötigt, wäre es sachgerecht, diesem Umstand bei Festlegung der Höhe der

⁹¹ OGH 2 Ob 82, 83/72 SZ 45/73: Berücksichtigung im Ausmaß von 50%, weil die Absicht, das Bauspardarlehen zur Begründung eines Wohnsitzes zu verwenden, nicht nachgewiesen wurde.

⁹² AA OGH 8 Ob 57/87 ZVR 1989/76: Das nicht absehbar.

⁹³ Ch. Huber in *Schwimann*, ABGB Ta-Komm, § 1327 Rz 26; ebenso *Reischauer* in *Rummel*³ § 1327 Rz 31 für das Fahrzeug.

fixen Kosten Rechnung zu tragen.⁹⁴ Auch bezüglich des Hausrats wird im deutschen Recht angenommen, dass Rückstellungen für Instandhaltungs- und Erneuerungsinvestitionen gebildet werden dürfen, die zusätzlich zu den Rückstellungen für Schönheitsreparaturen die fixen Kosten erhöhen.⁹⁵

Werden die Kosten eines Zweitwohnsitzes für ersatzfähig angesehen, so muss Entsprechendes auch für einen **Campingbus** gelten, der sowohl das Mobilitäts- als auch das Wohnbedürfnis in der Freizeit abdeckt.⁹⁶ Zudem ist es denkbar, dass es in gehobenen Verhältnissen **mehr als ein Fahrzeug** gibt, etwa neben dem Alltagsauto ein Cabrio oder Motorrad für Vergnügungsfahrten. Wurden diese nicht nur vom getöteten Unterhaltsschuldner genutzt, sondern auch von den Unterhaltersatzgläubigern, zählen auch diese Aufwendungen zu den fixen Kosten.

Bejaht der OGH die Ersatzfähigkeit der Annuitäten eines zur Finanzierung des Wohnsitzes aufgenommenen Darlehens, ist es folgerichtig, auch die für die **Errichtung und Instandhaltung eines solchen Wohnsitzes anfallenden Arbeitsleistungen** im Rahmen des ersatzfähigen gesetzlichen Unterhalts zuzubilligen.⁹⁷ Soweit es um die Errichtungskosten geht, wird dabei häufig ein Kapitalbetrag und nicht eine Rente die passendere Ersatzform sein, sind doch die Errichtungsarbeiten in aller Regel auf einen bestimmten Lebensabschnitt beschränkt.⁹⁸

II. Berücksichtigung der Sparquote

Sowohl im deutschen⁹⁹ als auch im schweizerischen¹⁰⁰ Recht ist anerkannt, dass bei **hohen oder sehr hohen Einkommen**¹⁰¹ die Sparquote von

⁹⁴ *Staudinger/Röthel* (2007) § 844 Rz 117; OLG Brandenburg 14 U 84/99 NZV 2001, 213.

⁹⁵ BGH VI ZR 142/96 BGHZ 137, 237 = LM § 844 II BGB Nr. 94 (*Schiemann*); *AnwKomm/Cb. Huber* § 844 Rz 43.

⁹⁶ Bejahend OGH 2 Ob 43/89 ZVR 1990/87, freilich nur in Bezug auf die Kosten für Erhaltung und Betrieb.

⁹⁷ OGH 2 Ob 212, 213/75 SZ 49/26; 8 Ob 230/75 ZVR 1976/271; 2 Ob 50, 51/77 SZ 50/77; 2 Ob 110, 111/81 ZVR 1982/188; 2 Ob 162/82 EF 41.111; 8 Ob 92/87 ZVR 1989/136; 2 Ob 56/95 ZVR 1999/33; 6 Ob 203/00x ZVR 2002/62; 6 Ob 75/08k ecolex 2008/371.

⁹⁸ *Cb. Huber*, FS Kuhn (2009) 260, 285.

⁹⁹ *Staudinger/Röthel* (2007) § 844 Rz 115; BGH VI ZR 276/88 NJW-RR 1990, 221: Ausklammerung von Sparrücklagen im Ausmaß von DM 200.– pro Monat.

¹⁰⁰ *ZürcherKomm³/Landolt* § 45 Rz 246.

¹⁰¹ Dazu *ZürcherKomm³/Landolt* § 45 Rz 247: Durchschnittlich werden 90% des Gesamteinkommens für die Deckung der Lebenshaltungskosten verwendet; eine Sparquote ist aber erst ab sFR 100.000.– auszuscheiden, weil das das durchschnittliche Jahreseinkommen in der Schweiz ist.

der Bemessungsgrundlage des Erwerbseinkommens abgezogen werden muss, ehe das verfügbare Nettoeinkommen nach Berücksichtigung der fixen Kosten auf die Unterhaltersatzgläubiger aufgeteilt wird. Als Begründung wird angeführt, dass **qua Unterhalt kein Anspruch auf die Bildung von Vermögensrücklagen** bestehe. Davon wird im deutschen Recht allenfalls bei Freiberuflern eine Ausnahme gemacht, weil bei diesen die Absicherung für die Zeit der Beendigung der Erwerbstätigkeit nicht ausreichend sei.¹⁰² In OGH-Entscheidungen wurde dieser Aspekt bisher noch niemals thematisiert, was freilich auch daran liegen könnte, dass der OGH zum Unterhaltersatzanspruch bei sehr hohem Einkommen bisher noch nicht Stellung nehmen musste.

ME ist die OGH-Rechtsprechung zutreffend. Die Ehepartner müssen im Rahmen des gesetzlichen Unterhalts nicht nur festlegen können, wie sie die **Unterhaltsarbeit aufteilen**, welcher Partner einer beruflichen Erwerbsarbeit nachgeht und welcher für den Haushalt zuständig ist mit allen Abstufungen sowie ob sie **viel oder wenig arbeiten**. Entsprechendes muss auch in **zeitlicher Hinsicht** gelten. Auch insoweit muss es den Eheleuten unbenommen bleiben, in einer bestimmten Phase besonders viel zu arbeiten, um in einer nachfolgenden auch noch einen angemessenen Lebensstandard zu halten oder gar einen höheren zu genießen.¹⁰³ Das gilt angesichts der **demografischen Veränderungen** und der damit einhergehenden **Reduktion von Sozialversicherungsleistungen** mehr als je zuvor.¹⁰⁴

Solange die Ersparnisleistung dazu dient, **Rücklagen für den eigenen Lebensabend** und den des Ehepartners zu bilden oder **Vorsorge für allfällige Eventualitäten** wie etwa Arbeitsplatzverlust oder Krankheit bzw Pflegebedürftigkeit zu schaffen, hat eine Kürzung der Bemessungsgrundlage des Nettoeinkommens des getöteten Unterhaltsschuldners zu unterbleiben.¹⁰⁵ Was für den **Ehegattenunterhalt** gilt, ist mutatis mutandis auf den **Kindesunterhalt** zu übertragen.¹⁰⁶ Auch insoweit muss es dem Unterhaltspflichtigen offenstehen, eine Zweckwidmung für einen Teil des angemessenen Unterhalts vorzunehmen, um in der Zukunft anstehende größere Investitionen zu finanzieren, etwa die Anschaffung eines Fahrzeugs, ein Studium oder einen Beitrag zum ersten Wohnsitz, mag ein solch ange-

¹⁰² *Geigel/Schlegelmilch/Münkel*, Haftpflichtprozess²⁵ (2008) Kap 8 Rz 63; OLG Stuttgart 1 U 31/00 zfs 2001, 495. Ähnlich für das österreichische Recht *Harrer* in *Schwimmann*³ § 1327 Rz 31.

¹⁰³ *MüKo*⁵/*Wagner* § 844 Rz 51.

¹⁰⁴ *AnwKomm/Ch. Huber* § 844 Rz 49.

¹⁰⁵ Ähnlich *ZürcherKomm*³/*Landolt* § 45 Rz 248 mit der Einschränkung, dass dies notwendig ist. Aber wer beurteilt dies – ex ante?

¹⁰⁶ OGH 2 Ob 119/09b: € 50.– pro Monat Einzahlung in einen Investmentfonds zur Bildung eines Startkapitals für Wohnung oder Studium.

sparter Betrag auch auf den **Ausstattungsanspruch nach § 1220 ABGB**, den letzten Zipfel des nach § 1327 ABGB ersatzfähigen gesetzlichen Unterhalts,¹⁰⁷ anzurechnen sein.

Führt eine Ersparnisbildung nach deutschem und schweizerischem Recht zu einer Kürzung der Bemessungsgrundlage mit der Folge der **Reduzierung des Unterhaltersatzanspruchs aller Unterhaltersatzgläubiger**, kommt es nach der OGH-Rechtsprechung lediglich zu einer Kürzung des Anspruchs der Unterhaltsgläubiger, für die die **Rücklagenbildung nicht zweckgewidmet** war. Erfolgte die Ersparnisbildung zur Absicherung des Lebensabends der **Ehegatten**, ist diese von der Bemessungsgrundlage zunächst abzuziehen und dann im Ausmaß von 50% wieder hinzuzurechnen.¹⁰⁸ Die Kinder profitieren davon somit nicht. Der Anteil des überlebenden Ehegatten fällt dem gegenüber höher aus. Ohne entsprechendes Vorbringen wäre demgegenüber die Quote der Restfamilie insgesamt höher ausgefallen, weil nach Vorwegabzug der fixen Kosten lediglich der Konsumanteil des Getöteten abgezogen worden wäre. Nach Wegfall der Unterhaltspflicht der Kinder erhöht sich schlussendlich der Anteil des hinterbliebenen Ehegatten auf 50%, so als ob eine Ersparnisbildung vorgebracht worden wäre. Die **Thematisierung dieses Phänomens** liegt somit im **Interesse des Ersatzpflichtigen**, wenn neben dem Ehegatten Kinder anspruchsberechtigt sind. Spricht die Restfamilie nicht mit einer Zunge, liegt es auch im Interesse des überlebenden Ehepartners, diesen Gesichtspunkt vorzubringen.

III. Maßgeblichkeit der freiwilligen Verwendung des Erwerbseinkommens zu Lebzeiten des Unterhaltsschuldners

In ständiger Rechtsprechung judiziert der OGH,¹⁰⁹ dass das **Einkommen der Ehefrau** beim Unterhaltsanspruch nach § 1327 ABGB insoweit zu berücksichtigen ist, als sie dieses **während aufrechter Ehe freiwillig für den Familienunterhalt verwendet** hat. Dazu zähle auch die Verwendung für die Schaffung eines gemeinsamen Vermögens.¹¹⁰ Anderes gelte, wenn die Ehefrau solches Einkommen für die Anschaffung eines in ihrem Ei-

¹⁰⁷ *Reischauer in Rummel*³ § 1327 Rz 31; OGH 2 Ob 124/72 SZ 45/78 = ZVR 1973/175.

¹⁰⁸ OGH 2 Ob 82, 83/72 SZ 45/73.

¹⁰⁹ OGH 2 Ob 294/71 ZVR 1973/39; 2 Ob 33/75 ZVR 1976/46; 8 Ob 151/78 ZVR 1979/181; 8 Ob 40/80 ZVR 1981/121; 2 Ob 143/82 EF 43.544; 8 Ob 51/84 EF 48.674; 2 Ob 38/90 EF 63.274; 2 Ob 22/95 EF 78.558; 2 Ob 108/05d.

¹¹⁰ OGH 2 Ob 143/82 EF 43.544.

gentum stehenden Hausrats¹¹¹ oder einer solchen Eigentumswohnung¹¹² verwenden durfte. Der OGH¹¹³ sprach aus, dass die **Änderung des Familienrechts zum 1. 1. 1976** kein Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung erfordere. Die Kommentarliteratur¹¹⁴ beschränkt sich auf die – kritiklose – Referierung dieser Judikatur.

Dem ist nicht zu folgen. Jedenfalls ist eine Korrektur in der Weise geboten, dass eine solche Rechtsfolge losgelöst vom Geschlecht eintritt.¹¹⁵ Wenn das Partnerschaftsprinzip und der Gleichbehandlungsgrundsatz gelten, kann es **keinen Vorrang der Ehefrau** geben. Diese – marginale – Korrektur ist aber nicht ausreichend. Vielmehr diene die freiwillige Einbeziehung des erzielten Erwerbseinkommens durch die den Haushalt führenden Ehefrau und Mutter zur Korrektur des überkommenen Familienrechts, das eine unbedingte Geldunterhaltspflicht des Ehemanns zugunsten der Ehefrau und der Kinder vorsah. Mit **Übergang vom Patriarchat zum Partnerschaftsprinzip** durch das am 1. 1. 1976 reformierte Familienrecht muss dieses Privileg fallen. Darüber hinaus wirft die Beseitigung der Bevorzugung eines Geschlechts die Frage auf, welcher der Ehepartner denn nun sein Erwerbseinkommen ohne Wenn und Aber für den Familienunterhalt zur Verfügung stellen muss und welcher bloß nach seinem Gutdünken? Soll es auf die **zeitliche Beanspruchung** im Beruf bzw im Haushalt ankommen oder die **Höhe des erzielten Erwerbseinkommens**? Und wie verhält es sich, wenn das jeweils im gleichen Umfang gegeben ist? Das Aufwerfen dieser Fragen dient als argumentum ad absurdum.

Da es bei Ersatzfähigkeit der **Unterhaltsleistungen zur Deckung des Wohnsitzes** unter Einschluss der Baueigenleistungen **nicht auf die Eigentumsverhältnisse** ankommt, kann für den Hausrat nichts Abweichendes gelten.¹¹⁶ Darüber hinaus muss eine solche Absprache aber im Verhältnis zum Schädiger gänzlich unbeachtlich bleiben. Es handelt sich insoweit gerade um **keine angemessene Gestaltung im Rahmen des gesetzlichen Unterhalts**, wenn beide Ehepartner ihre Arbeitskraft im Rahmen einer beruflichen Erwerbsarbeit einsetzen, es aber vom Belieben eines Partners abhängig wäre, ob das von ihm dabei erzielte Einkommen dem Familienunterhalt dienen soll oder nicht. Ohne Nachweis eines Sonderbedarfs ist daher von einer **Gleichverteilung** des gesamten erzielten Erwerbseinkommens beider Ehepartner auszugehen wie auch diese Summe Bemessungs-

¹¹¹ OGH 2 Ob 143/82 EF 43.544.

¹¹² OGH 2 Ob 294/71 ZVR 1973/39; 2 Ob 143/82 EF 43.544.

¹¹³ 8 Ob 151/78 ZVR 1979/181; 2 Ob 38/90 EF 63.274.

¹¹⁴ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1327 Rz 34; *Harrer* in *Schwimann*³ § 1327 Rz 42.

¹¹⁵ *Ch. Huber* in *Schwimann*, ABGB Ta-Komm, § 1327 Rz 40.

¹¹⁶ AA OGH 2 Ob 143/82 EF 43.544.

grundlage des Unterhaltersatzanspruchs des Kindes ist. Eine angenehme Nebenerscheinung ist, dass dadurch Beweiserhebungsaufwand gespart wird, noch dazu auf einem Gebiet, der für einen Außenstehenden häufig schwer nachvollziehbar ist.

IV. Mitwirkung des getöteten Ehegatten im Beruf des anderen

Namentlich in der **Landwirtschaft** kommt es vor, dass der Ehegatte mitwirkt, ohne dass dessen Mitwirkung auf arbeits- oder gesellschaftsvertraglicher Basis beruht. Wird dieser Ehegatte getötet, stellt sich die Frage, ob und in welchem Ausmaß die Unterhaltsgläubiger dafür Ersatz verlangen können. Bei Geltung der alleinigen Unterhaltspflicht des Ehemannes hat der OGH¹¹⁷ ausgesprochen, dass die Mitwirkung im Erwerb zwar nicht dazu dienen soll, dem **Mann ein Vermögen zu verschaffen**, eine Ersatzpflicht aber zu bejahen sei, wenn bei Betätigung allein der Arbeitskraft des Mannes die Einkünfte daraus nicht ausreichen würden, um den Familienunterhalt zu bestreiten. Das Äquivalent des Arbeitskräfteeinsatzes der Ehefrau war schon bisher für den Familienunterhalt verwendet worden.

Nach neuem Unterhaltsrecht genügt für die Anspruchsberechtigung der Unterhaltsgläubiger der Umstand, dass der Einsatz der Arbeitskraft des Ehepartners zu einem höheren Unterhalt der Unterhaltsgläubiger geführt hat. Der hinterbliebene Ehegatte kann aber nicht verlangen, dass anstelle des Getöteten eine Ersatzkraft eingestellt wird, die die betreffenden Arbeiten verrichtet, weil sich sonst die Fortführung der Landwirtschaft nicht rechne.¹¹⁸ Im Tötungsfall ist – anders als bei Verletzung¹¹⁹ – nur die Aufrechterhaltung des bestehenden Unterhaltsstandards geschuldet, nicht aber eine Garantie, dass der Unterhaltsgläubiger bei Verwertung seiner Arbeitskraft in gleicher Weise unterstützt wird wie bisher.¹²⁰

V. Mitwirkungspflicht der Kinder im Rahmen der Haushaltsführung

Im deutschen Recht wird beim Unterhaltersatzanspruch bei Ermittlung des **gesetzlich geschuldeten Umfangs der Haushaltsarbeit** berück-

¹¹⁷ 2 Ob 566 ÖJZ 1960/67.

¹¹⁸ OGH 2 Ob 31/93 ZVR 1994/67.

¹¹⁹ Dazu *Ch. Huber*, Die „Subventionierung des Arbeitsplatzes“ – eine neue Kategorie des Personenschadens? FS M. Binder (2010) 583, 600 ff.

¹²⁰ So auch BGH VI ZR 202/78 BGHZ 77, 157 = NJW 1980, 2196.

sichtigt, dass Kinder ab dem 12. bzw 14. Lebensjahr eine **Mitwirkungspflicht im Ausmaß von 1 Stunde am Tag** trifft.¹²¹ Das führt dazu, dass das Zeitbudget des Haushaltsführers sich entsprechend reduziert. Gegen eine solche mechanische Berücksichtigung gibt es mehrfache Bedenken: Sind nur genügend Kinder vorhanden, könnte der eigentliche Haushaltsführer spazieren gehen und den Haushalt durch die gesetzlich zur Mitarbeit verpflichteten Kinder erledigen lassen. Dass diese Sicht meilenweit von der Wirklichkeit entfernt ist, liegt auf der Hand. Rechnet man die Dauer des Schulbesuchs und der Hausaufgaben zusammen, ergibt sich häufig eine Stundenanzahl, die über der eines voll beschäftigten Erwachsenen liegt. Von solchen Personen dann auch noch eine regelmäßige – täglich 1 Stunde! – Mithilfe im Haushalt zu erwarten, ist wohl des Guten zuviel. Zu bedenken ist, dass es sich zudem um Kinder bzw Jugendliche handelt, bei denen arbeitsrechtliche Schutznormen dafür sorgen, dass sie – zeitlich – nicht über Gebühr beansprucht werden (sollen).¹²² Dazu kommt, dass das Anlernen und Kennenlernen im Vordergrund steht, somit keine professionelle Ersatzkraft oder die Arbeitsleistung des Haushaltsführers ersetzt.¹²³ Es entspricht deshalb einer **realistischen Einschätzung**, dass **derartige Hilfsleistungen im österreichischen Schadenersatzrecht grundsätzlich unberücksichtigt** bleiben.

VI. Der gesetzliche Unterhalt als Mindestersatz

Umstritten ist die Frage, ob den Hinterbliebenen gegen den Schädiger ein Ersatzanspruch im Ausmaß des gesetzlichen Unterhalts auch dann zusteht, wenn dieser **bis zum Zeitpunkt der Tötung** seiner **Unterhaltspflicht gar nicht oder in geringerem Ausmaß nachgekommen** ist. Gesetzlicher Unterhalt ist dabei der in einem Gerichtsverfahren durchsetzbare Unterhalt, weil bei einer gegenüber dem gesetzlichen Unterhalt geringeren Zahlung im Zweifel keine intakten Familienverhältnisse gegeben sein werden. Folgerichtig wäre prima vista, dass dort, wo es auf den **tatsächlichen Entgang** ankommt, ein Ersatzanspruch zu versagen ist, während er bei Maßgeblichkeit der **gesetzlichen Unterhaltspflicht** zu bejahen ist. Der Rechtsvergleich führt zu einem frappierenden abweichenden Befund:

Im **deutschen Recht** wird gemäß § 844 Abs 2 BGB auf den gesetzlichen Unterhaltsanspruch abgestellt. Scheitert zu Lebzeiten des Unter-

¹²¹ *Staudinger/Röthel* (2007) § 844 Rz 138; BGH VI ZR 201/81 BGHZ 86, 372; VI ZR 183/89 NJW-RR 1990, 962; OLG Hamburg 14 U 32/87 VersR 1988, 135.

¹²² *AnwKomm/Cb. Huber* § 844 Rz 76.

¹²³ *Staudinger/Röthel* (2007) § 844 Rz 138; lebensnah BGH VI ZR 183/89 NJW-RR 1990, 962: Entlastungseffekt kann im Ergebnis neutralisiert werden.

haltsschuldners die Durchsetzung des Unterhaltsanspruchs, wird aber eine **Einstandspflicht des Schädigers versagt**.¹²⁴ Diese Ansicht vertritt *Schauer*¹²⁵ für einen Unterhaltersatzanspruch nach § 12 Abs 2 EKHG, dessen Wortlaut wie § 844 Abs 2 ABGB auf die gesetzliche Unterhaltspflicht abstellt. Diese Meinung wird auch zu **Art 45 Abs 3 OR für das schweizerische Recht** vertreten.¹²⁶ Die **Judikatur**¹²⁷ sowie die überwiegende **österreichische Literatur**¹²⁸ bejahen hingegen einen Mindestanspruch nach § 1327 ABGB, obwohl es diesbezüglich auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommen soll. Begründet wird das mit der häufig beschworenen „Zauberformel“ der objektiv-abstrakten Schadensberechnung¹²⁹ oder damit, dass ein Forderungsrecht vernichtet werde, was ebenso wie das Entstehen einer Verbindlichkeit einen positiven Schaden darstelle.¹³⁰

Die Uneinbringlichkeit eines Unterhaltsanspruchs wegen **Vermögenslosigkeit des Unterhaltsschuldners**¹³¹ dürfte überwiegend ein Scheinproblem sein. Der Unterhaltsanspruch ist nämlich nicht auf einen betraglich bestimmten Geldbetrag gerichtet, sondern ist von der **Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners abhängig**. Ist der Schuldner leistungsfähig, besteht gegen ihn gerade kein Unterhaltsanspruch. Allerdings wird selbst und gerade ein leistungsunfähiger Unterhaltsschuldner Anspruch auf Transferleistungen gegen die öffentliche Hand haben, an denen der Unterhaltsgläubiger partizipiert.

Anders verhält es sich, wenn der **Unterhaltsschuldner durchaus leistungsfähig** ist, sich aber **erfolgreich seiner Zahlungspflicht entzogen** hat. Das Argument der Vernichtung einer Forderung trägt insoweit, als mit der Tötung des Unterhaltsschuldners die Bezugsperson weggefallen ist, die Bedingung für die Auszahlung von staatlichen Unterhaltsvorschussleistungen zugunsten minderjähriger Unterhaltsgläubiger (§ 1 UVG) war.¹³² Insoweit trägt in der Tat das Argument der Vernichtung einer Forderung. Hätte sich der Schuldner aber darüber hinaus und in den Fällen,

¹²⁴ MüKo⁵/Wagner § 844 Rz 31; *Geigel/Schlegelmilch/Münkel*, Haftpflichtprozess²⁵ (2008) Kap 8 Rz 24; BGH VI ZR 188/72 NJW 1974, 1373.

¹²⁵ in *Schwimmann*³ § 14 EKHG Rz 13.

¹²⁶ *Schönenberger* in *Honsell*, OR Art 45 Rz 7.

¹²⁷ OGH 2 Ob 48/60 ZVR 1960/335; 2 Ob 22/97t ZVR 2000/40; 2 Ob 243/99w SZ 72/135 = JBl 2000, 115 (*Karollus-Bruner*) = *ecolex* 2000, 129; OLG Wien 15 R 28/87 EF 54.294.

¹²⁸ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1327 Rz 22a; *Harrer* in *Schwimmann*³ § 1327 Rz 16; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² (1984) 157; *Apathy*, EKHG § 12 Rz 20.

¹²⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² (1984) 157.

¹³⁰ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1327 Rz 22a.

¹³¹ Bezugnahme darauf bei *Schauer* in *Schwimmann*³ § 14 EKHG Rz 13.

¹³² So der Sachverhalt OGH 2 Ob 243/99w SZ 72/135 = JBl 2000, 115 (*Karollus-Bruner*) = *ecolex* 2000, 129.

in denen das UVG nicht anzuwenden ist, weiterhin erfolgreich seiner Unterhaltspflicht entzogen, kann man einwenden, dass es sich eben um eine **wertlose Forderung** handelte, die vernichtet wurde. Und unter dem Gesichtspunkt des Bereicherungsverbots wäre nicht einzusehen, warum das schädigende Ereignis den Hinterbliebenen begünstigen soll.¹³³

ME ist der hM zum österreichischen Recht im Ergebnis jedenfalls im Regelfall gleichwohl zu folgen; und zwar deshalb, weil es **kaum plausibel** ist, dass sich ein **Unterhaltsschuldner 30 Jahre lang seiner Einstandspflicht entziehen** kann. Durch die Tötung wurde dem Unterhaltsgläubiger das Recht entzogen, den Unterhaltsschuldner zu verklagen und aus dem rechtskräftigen Urteil 30 Jahre lang Zwangsvollstreckung zu betreiben. Das schweizerische Recht berücksichtigt diesen Umstand, indem es die Beweislast umkehrt, also der Schädiger zu beweisen hat, dass die Unterhaltsforderung uneinbringlich gewesen wäre,¹³⁴ eine probatio diabolica.

E. Unterschied zwischen § 1327 ABGB und § 12 Abs 2 EKHG?

Es kommt nur ausnahmsweise vor, dass ein Schadenersatzanspruch wegen entgangenen Unterhalts lediglich auf § 12 Abs 2 EKHG und nicht auch auf § 1327 ABGB gestützt werden kann. Wenn sich das Ersatzmaß nicht unterscheiden würde, wäre das aber ein **Beitrag zur Beschleunigung der Schadensregulierung**, weil der Gefährdungshaftungsbestand häufig einfacher zu beweisen ist als die Voraussetzungen der Verschuldenshaftung.¹³⁵ Darüber hinaus fehlen sachliche Gründe, weshalb eine Haftung nach § 12 Abs 2 EKHG gegenüber der nach § 1327 ABGB zurückbleiben soll. Dessen ungeachtet wird eine solche Abstufung des Ersatzes in der Literatur unterstellt. Die **spärliche Judikatur** dazu soll diesbezüglich auf ihre **Schlüssigkeit** untersucht werden:

In der Entscheidung 2 Ob 305/53¹³⁶ hat der OGH obiter dictum darauf hingewiesen, dass der Anspruch nach § 1327 ABGB gegeben sei, weil dafür auf die **tatsächliche Ebene** abzustellen sei, während es bei der **Gefährdungshaftung** auf die **Selbsterhaltungsfähigkeit** ankomme. Eine 50-jährige Tochter hatte dem 87-jährigen Vater den Haushalt geführt,

¹³³ So zutreffend *Schauer* in *Schwimann*³ § 14 EKHG Rz 13.

¹³⁴ *Schönenberger* in *Honsell*, OR Art 45 Rz 7.

¹³⁵ So etwa das Argument bei Einführung eines Schmerzensgeldanspruchs bei der Gefährdungshaftung im Zuge des 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetzes in Deutschland am 1.8.2002.

¹³⁶ OGH 2 Ob 305/53 JBl 1954, 285.

der sie dafür alimentiert hat. Bei dessen Tod war der Ersatzanspruch der Tochter zu beurteilen. Wäre nach § 12 Abs 2 EKHG kein Ersatz zugestanden? *Reischauer*¹³⁷ hat zu dieser Entscheidung kritisch angemerkt, dass ein Unterhaltersatzanspruch nach § 1327 ABGB nur zustehe, bis die Tochter eine Stelle gefunden habe. Zu ergänzen ist, dass es mE bei der Einstandspflicht – bis zum wahrscheinlichen Todesalter des Vaters – bleibt, wenn die **Tochter nicht mehr arbeitsmarktauglich** ist. Es ist nicht erkennbar, dass insofern ein unterschiedlicher Maßstab an die Verschuldens- und Gefährdungshaftung anzulegen ist.

Bei **Rückzahlungsraten für eine Eigentumswohnung** hat der OGH¹³⁸ darauf hingewiesen, dass sich seine Rechtsprechung bewusst von der zu § 844 Abs 2 BGB unterscheide, weil nach § 1327 ABGB auf den tatsächlichen Entgang, nicht aber auf den gesetzlichen Unterhalt abzustellen sei. Der Wortlaut des § 844 Abs 2 BGB entspricht aber dem des § 12 Abs 2 EKHG. Anerkennt man freilich, dass es im Rahmen des gesetzlichen Unterhalts bei der Deckung des Wohnbedarfs auf die Rechtsform – Miete oder Eigentum – nicht ankommen soll, muss das für die Gefährdungshaftung in gleicher Weise gelten.

Neben der Entscheidung des OLG Wien 16 R 69/87¹³⁹, bei der nur die Kommentarbehauptung vom Mindeststandard nach § 12 Abs 2 EKHG und dem weitergehenden Anspruch nach § 1327 ABGB abgedruckt ist, findet sich als Hauptbelegstelle in den Kommentaren¹⁴⁰ die OGH-Entscheidung 2 Ob 281/02s¹⁴¹: Bei einem Jahreseinkommen der **Witwe von 145.600.– öS** und einem solchen des getöteten **Ehemannes von 122.642.– öS** erfolgte der „Kurzschluss“, dass in einem solchen Fall kein gesetzlicher Unterhaltersatzanspruch nach § 3 Abs 2 RHPfG bzw § 12 Abs 2 EKHG gegeben sei. Das Ergebnis wurde durch umfangreiche Literatenzitate der Lehre¹⁴² abgesichert.

Es handelt sich um eine Fehlentscheidung, weil aus dem Umstand, dass das **Erwerbseinkommen der Ehegatten annähernd gleich hoch** ist, abgeleitet wurde, dass dann **kein wechselseitiger Unterhaltsanspruch** bestehe. Bei getrennt lebenden Ehegatten mag das so sein, nicht aber in funktionierender aufrechter Ehe! In einer solchen ist das Phänomen fixer Kosten zu berücksichtigen, wie das auch zum gesetzlichen Unterhalt nach § 844 Abs 2 BGB völlig außer Streit steht.

¹³⁷ in *Rummel*³ § 1327 Rz 22.

¹³⁸ OGH 2 Ob 58/69 ÖJZ 1969/339; 2 Ob 93/70 ZVR 1971/102.

¹³⁹ EF 54.288.

¹⁴⁰ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1327 Rz 22b; *Danzl*, in *KBB*² § 1327 Rz 7.

¹⁴¹ ZVR 2004/85.

¹⁴² *Reischauer* in *Rummel*² 1327 Rz 22; *Apathy*, EKHG § 12 Rz 20; *ders*, JBl 1993, 71, 75; *Danzl*, EKHG⁷ § 12 Anm 9 und 10; *Schauer* in *Schwimmann* EKHG² § 14 Rz 12.

Schließlich hat der OGH¹⁴³ kürzlich ausgesprochen, dass ein nicht-ehelicher Vater, der neben dem monatlichen Geldunterhalt seinem Sohn **Sporturlaube und Sportausrüstungen** finanzierte und diesem darüber hinaus noch eine Einzahlung von **€ 50.– pro Monat in einen Investmentfonds** leistete, insoweit keinen gesetzlichen Unterhalt erbringe, dieser sich vielmehr auf den Betrag beschränke, der sich aus der **Unterhaltstabelle** ergebe. Anerkennt man, dass die Leistung gesetzlichen Unterhalts sich stets in einer Bandbreite bewegt und sich nicht mathematisch auf einen Betrag fixieren lässt,¹⁴⁴ ist diese Beschränkung auf den Tabellenwert viel zu eng. Weshalb ein Vater sein nicht-eheliches Kind im Rahmen des pädagogisch Sinnvollen an seinen gehobenen Lebensverhältnissen nicht teilhaben lassen können soll und diese Gestaltung vom Schädiger nicht zu akzeptieren sein soll, wäre mE nicht einzusehen.

Der Befund der Rechtsprechung unter Einschluss der obiter dictum ergangenen Aussagen hat **keinen überzeugenden Grund für eine Differenzierung** des Ersatzausmaßes bei § 1327 ABGB und § 12 Abs 2 EKHG zutage gefördert. Dazu kommt, dass vor der Familienrechtsreform die OGH-Rechtsprechung die Bezugnahme auf die **tatsächliche Ebene** dazu benutzt hat, das **überkommene Familienrecht** zu korrigieren, um der Verwirklichung des Partnerschaftsprinzips in der Lebenswirklichkeit Rechnung zu tragen. Dieser Grund ist aber inzwischen weggefallen. Es gilt daher: Soweit es um eine angemessene Ausgestaltung des gesetzlichen Unterhalts im Rahmen der privatautonomen Gestaltung der Ehegatten bzw Eltern geht, ist diese auch für das Ausmaß der Ersatzpflicht im Rahmen des § 12 Abs 2 EKHG maßgeblich. Der Streit über die Unterschiede entpuppt sich somit tatsächlich um einen um des Kaisers Bart. Und so, wie es keinen Kaiser mehr gibt, kann auch dieser Streit getrost zu Grabe getragen werden.

F. Abstrakte Bemessung oder abhängig von konkreten Dispositionen

Abschließend soll der Frage nachgegangen werden, ob der Unterhaltsersatzanspruch ein **ganz eigenständiges Gebilde** darstellt oder als „Ausschnitt des Erwerbsschadens“ sich harmonisch in das Schadenersatzrecht einfügt. Gilt für den Anspruch nach § 1327 ABGB das dem Schadenersatzrecht immanente Spannungsverhältnis einer Abstufung des Ersatzes in Abhängigkeit von der Betätigung des Restitutionsinteresses oder einem

¹⁴³ 2 Ob 119/09b.

¹⁴⁴ OGH 2 Ob 498/53 SZ 26/291; 2 Ob 502/55 ZVR 1956/33.

gegenüber diesem typischerweise zurückbleibenden Ersatzumfang bei bloßer Berufung auf die Kompensation.¹⁴⁵ Im Klartext geht es um folgende Frage: Ist das Ausmaß des Ersatzumfangs abhängig vom Nachweis, dass der **reale Zustand**, wie er ohne das schädigende Ereignis bestünde, wiederhergestellt worden ist oder kommt es darauf nicht an? Dass es sich bei § 1327 ABGB bzw § 12 Abs 2 EKHG typischerweise um einen **Rentenanspruch** handelt, mag gewisse **Abstriche von einem Einzelnachweis** erfordern. Das Prinzip der Abstufung des Ersatzes lässt sich – jedenfalls bei gewissen Sachverhalten – gleichwohl verwirklichen, wie anhand der nachfolgenden Konstellationen belegt werden soll:

Bei **Haushalts- und Pflegedienstleistungen** spricht der OGH zu Recht ohne weiteren Nachweis die Kosten bei Einstellung einer professionellen Ersatzkraft zu.¹⁴⁶ Solche Tätigkeiten lassen sich in der Tat nicht substituieren. Der Haushalt würde sonst verlottern; eine pflegebedürftige Person ist auf die entsprechenden Dienstleistungen – womöglich sogar zum Überleben – angewiesen.¹⁴⁷ Eine Rückkopplung mit der tatsächlichen Gestaltung ist aber auch in solchen Fällen geboten, also der Ersatz für die angenommene Stundenanzahl gebührt nur, wenn der **Haushalt in der entsprechenden Größe mit der jeweiligen Personenanzahl** besteht bzw die **Pflege in der vertrauten Wohnumgebung** und nicht in einem Pflegeheim stattfindet.

Beim **Wohnsitz** hat der OGH zwischen den Aufwendungen nach **Aufgabe einer Dienstwohnung und Errichtung eines Einfamilienhauses** differenziert. Bei Aufgabe einer Dienstwohnung sollen bloß die konkreten Aufwendungen ersatzfähig sein,¹⁴⁸ während die vereitelten Baueigenleistungen in vollem Umfang gebühren sollen, auch wenn die Errichtung des Baus in der Folge unterbleibt.¹⁴⁹ Für diese Differenzierung gibt es mE keinen sachlichen Grund.

Da die Abdeckung des Wohnbedürfnisses mit unterschiedlich hohen Kosten möglich ist, kommt es grundsätzlich auf die **konkrete Gestaltung** an. Das Abstellen auf die jeweiligen Aufwendungen – wie in den Fällen des Verlustes der Dienstwohnung – ist zutreffend, wobei im Rahmen der Neubegründung eines Wohnsitzes darauf Bedacht zu nehmen ist, dass sich der **Wohnraumbedarf infolge Tötung des Unterhaltsschuldners vermindert** hat. Verbleiben die hinterbliebenen Unterhaltersatzgläubiger hingegen im bisherigen Wohnsitz, können sie diese Fixkosten in vollem Umfang ersetzt verlangen, weil es ihnen – gerade nach Tötung des Unter-

¹⁴⁵ Dazu grundlegend *Apathy*, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979).

¹⁴⁶ Nachweise der umfassenden Judikatur bei *Reischauer* in *Rummel*³ § 1327 Rz 27.

¹⁴⁷ OGH 2 Ob 338/99s ecolex 2000, 282.

¹⁴⁸ OGH 2 Ob 309/68 SZ 41/155; 8 Ob 21/87 EF 54.289.

¹⁴⁹ OGH 6 Ob 203/00x ZVR 2002/62; kritisch dazu *Ch. Huber* in *Schwimmann*, ABGB Ta-Komm, § 1327 Rz 29.

haltsschuldners – nicht zumutbar ist, ihre vertraute Umgebung zu verlassen.¹⁵⁰

Sosehr das Abstellen auf die jeweiligen Aufwendungen in den Fällen der Aufgabe der Dienstwohnung der passende Ansatzpunkt ist, sind doch Korrekturen bei den getroffenen Entscheidungen anzumahnen:

Als die Familie eines Soldaten des Bundesheeres die – als Einkommensbestandteil zur Verfügung gestellte – Dienstwohnung verlor und die Witwe mit den Kindern daraufhin in das knapp vor Fertigstellung stehende Einfamilienhaus gezogen ist, hat der OGH¹⁵¹ den **Ersatz auf die höheren Betriebskosten begrenzt** und sogar die Kosten für das Bewohnbarmachen des Einfamilienhauses – mangels entsprechenden Vorbringens – abgelehnt. Da eine konkrete Vermietungsabsicht nicht nachgewiesen worden sei, gebührten keine fiktiven Mietkosten in Höhe von öS 6.000.– pro Monat. Der klägerische Anwalt mag nicht schlüssig genug vorgetragen haben. Jedenfalls wären neben den Betriebskosten die **Umzugskosten**, jedenfalls deren verfrühter Anfall, ersatzfähig gewesen. Und in Bezug auf die Erlöse aus einer Vermietung kommt es mE auf eine konkrete Vermietungsabsicht nicht an. Wer – ohne finanzielle Belastung – eine Dienstwohnung zur Verfügung gestellt bekommt, der wird ein fertig gestelltes Einfamilienhaus im Zweifel nicht brach liegen lassen. Das Mietentgelt wäre somit zuzusprechen gewesen, freilich gekürzt um den Konsumanteil des Unterhaltsschuldners.

In der Entscheidung 2 Ob 309/68¹⁵² hat der OGH die begehrten **Adaptierungskosten** zugesprochen, nicht aber die Anschaffung von **Einrichtungsgegenständen**, weil diese **in der bisherigen Wohnung vorhanden** waren und ins **Eigentum der Witwe** übergingen. Beide Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Wer jemals umgezogen ist, weiß aus eigener Erfahrung, dass viele Einrichtungsgegenstände gerade **nicht** (mehr) **passen** und deshalb neu beschafft werden müssen, ganz abgesehen davon, dass nicht jedes Möbelstück einen Umzug übersteht. Dass die neuen Einrichtungsgegenstände ins **Eigentum der Witwe** übergehen, ist ohne Bedeutung, kommt es doch auf die formale Rechtsposition im Rahmen der Unterhaltsdeckung nicht an. Maßgeblich ist daher allein, dass die Deckung des Wohnbedürfnisses unter Einschluss von Einrichtungsgegenständen zum angemessenen gesetzlichen Unterhalt zählt. Der OGH hat in der konkreten Entscheidung zutreffend insoweit einen Kapitalbetrag

¹⁵⁰ Dazu OGH 2 Ob 149/09i: Ob die minderjährigen Kinder die Darlehensrückzahlungen leisten oder die nicht unterhaltsberechtigten Mutter nach dem Erbschaftsfall, hat der OGH zu Recht für unmaßgeblich angesehen.

¹⁵¹ 8 Ob 21/87 EF 54.289.

¹⁵² SZ 41/155.

zuerkannt. Einer Berufung auf einen **wichtigen Grund im Sinn des § 14 Abs 3 EKHG** hätte es aber gar nicht bedurft. Diese Norm greift nämlich erst, wenn an sich eine Rente geschuldet ist, diese aber im Interesse des Schadenersatzgläubigers durch ein Kapital ersetzt werden soll. Sofern entsprechend dem Prinzip der Naturalrestitution eine Einmalzahlung den realen Schaden besser erfasst, gebührt diese ohne Wenn und Aber.

Der **Ersatz von Baueigenleistungen**, mit denen ein Vermögenszuwachs verbunden ist, gebührt nur deshalb, weil damit die Deckung des Wohnbedarfs notwendigerweise verbunden ist. Wenn der Wohnbedarf aber in der Folge anderweitig gedeckt wird, besteht für einen ungekürzten Anspruch kein Grund. Allenfalls könnte erwogen werden, in dem ansonsten geschaffenen Immobiliareigentum eine Altersrücklage zu sehen, was zur Folge hätte, dass der Ehegatte mit 50 % daran beteiligt wäre. Das hätte zur Folge, dass die konkreten Mietkosten ersatzfähig wären und zusätzlich die Hälfte des Wertes des Bauwerkes.

Bei den **fixen Kosten für das Fahrzeug** ist davon auszugehen, dass auch der hinterbliebene Ehegatte ein solches benötigt, sodass im Sinn der **Verstetigung der Rente** die entsprechenden Aufwendungen für Ankauf, Instandhaltung und Betrieb monatlich zugesprochen werden sollten. Ist der gesetzliche Unterhaltsanspruch von einer **besonderen Gestaltung des jeweiligen Unterhaltsverhältnisses** abhängig, gebührt der darauf beruhende höhere Ersatzanspruch nur bei Deckung des jeweils konkreten Bedarfs. So ist das bei **Pflege des Gartens** am Erst- und Zweitwohnsitz¹⁵³ sowie bei der **Heranbildung der Kinder zu Schirennläufern**.¹⁵⁴ Wird der Garten bzw die angepeilte Laufbahn als Schirennläufer aufgegeben, führt das notwendigerweise zu einer Kürzung des Unterhaltersatzanspruchs.

G. Resümee

Der Unterhaltersatzanspruch nach § 1327 ABGB und § 12 Abs 2 EKHG haben einen **identen Inhalt**. Im Rahmen des gesetzlichen Unterhalts haben die Ehegatten bzw Eltern einen weiten Gestaltungsspielraum, der im Schadenersatzrecht zu respektieren ist. Mag unter der Geltung des Patriarchats das überkommene Familienrecht durch Bezugnahme auf die tatsächlichen Verhältnisse im Schadenersatzrecht überspielt worden sein und dem bereits gelebten Partnerschaftsprinzip zum Durchbruch verholfen haben, ist dieser Grund inzwischen weggefallen. Bei einer unangemes-

¹⁵³ OGH 2 Ob 57/92 ZVR 1994/129.

¹⁵⁴ 2 Ob 41/08f Zak 2008/341, 197.

senen und damit unzulässigen Gestaltung der Unterhaltsarbeit ist auch ein Anspruch nach § 1327 ABGB zu versagen. Wenn man zutreffenderweise auf die angemessene **Verteilung des Unterhalts in einer intakten Familie** abstellt, ist die vom OGH gebrauchte Formel vom reichlich bemessenen Unterhalt sowie die Bezugnahme auf eine sittlich-moralischen Pflicht entbehrlich.

Einen **dringenden Reformbedarf** hat die Untersuchung **nicht ergeben**, mag auch die Angleichung des Wortlauts in § 1327 ABGB und § 12 Abs 2 EKHG wünschenswert sein, um keinen Anlass für Differenzierungen zu geben, für die es keinen sachlichen Grund gibt. Die **Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten** ist eine rechtspolitisch zu treffende Wertentscheidung. Sollte man sich dafür entscheiden, sollte sie nicht halbherzig ausfallen, jedenfalls aber den Haushaltsführungs- und Betreuungsunterhalt dem Geldunterhalt gleichstellen. Drohende Manipulationen zu Lasten des Ersatzpflichtigen kann die Rechtsprechung durch entsprechend strenge Beweismaßstäbe in den Griff bekommen. Vorgaben des Gesetzgebers im Sinn einer wenig berechenbaren Reduktionsklausel sind eher schädlich als nützlich.

Der Blick in die Rechtsordnungen der **deutschsprachigen Nachbarländer** hat ergeben, dass die inhaltlichen Probleme dort vergleichbar sind. Trotz **unterschiedlicher gesetzlicher Regelungen im Detail** werden zum Teil ähnliche Ergebnisse erzielt, zum Teil aber doch signifikant abweichende. In vielen Detailfragen hat der OGH die **überzeugenderen und zeitgemäßerer Lösungsansätze** entwickelt. Der für solche Ausfüllungen offene Wortlaut des § 1327 ABGB mag das begünstigt haben, dürfte aber letztlich nicht entscheidend gewesen sein. Insofern kann die Furcht des Jubilars, dass das Schadenersatzrecht nach der Reform ein ganz anderes, jedenfalls nicht ein besseres sein würde, jedenfalls für diesen Bereich zerstreut werden. Rechtsprechung und Lehre orientieren sich an den Sachproblemen. Hat das Höchstgericht den konkreten Einzelfall zu entscheiden, ist es Aufgabe der Literatur, auf bestehende Strukturparallelen hinzuweisen und damit zu einer in sich schlüssigen und berechenbaren Rechtsprechung beizutragen. Der Gesetzeswortlaut ist selbstverständlich bedeutsam, spielt aber im Schadenersatzrecht häufig gar nicht die ausschlaggebende Rolle.