
5/2022

S. 81–100, ART.-NR. 146–182

April 2022

Zak

Z I V I L R E C H T A K T U E L L

Herausgeber: Georg E. Kodek, Matthias Neumayr

THEMA

- » **Christian Prader:** Relative Berechnung der Mietzinsminderung bei Home-Office im Rahmen des § 1105 ABGB
- » **Manuel C. Traxler/Matthias F. Wittmann:** Die Haftung des Ehestörers für Detektivkosten

GESETZGEBUNG

- » Aktuelle Gesetzesvorhaben

RECHTSPRECHUNG

- » Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft wegen Untreue
- » Verpflichtung des Rechtsanwalts zur neuerlichen Ausfolgung von Dokumenten
- » Zinsminderung wegen COVID-19-Pandemie – Liefer- bzw Abholservice als Restnutzen

Die Haftung des Ehestörers für Detektivkosten

» Zak 2022/151

Bei Verdacht eines Ehebruchs beauftragt der möglicherweise betrogene Ehepartner häufig einen Privatdetektiv mit der Observation seines vermeintlich untreuen Ehepartners – dies, um selbst Gewissheit über die eheliche Untreue zu erlangen, aber auch um Beweise für ein Scheidungsverfahren zu sammeln. Ist die Observation in diesem Sinn erfolgreich, kann vom Ehestörer der Ersatz der Detektivkosten verlangt werden.¹ Neuere Entscheidungen vermitteln den Eindruck, dass der OGH zwar nicht die von ihm angenommenen Haftungsgrundlagen aufgibt, aber unter dem Eindruck der kritischen Lit bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Ehestörers und der Zweckmäßigkeit der Beauftragung eines Detektivs² strengere Kriterien anwendet. In diesem Sinn bietet die E 1 Ob 133/21x = Zak 2022/24, 17³ Anlass, die bisherige Rsp und die kritische Lit zum Ersatz der beim betrogenen Ehepartner aufgelaufenen Detektivkosten näher zu betrachten. Behandelt werden nur die Anspruchsgrundlagen gegenüber dem Ehestörer, nicht diejenigen gegenüber dem untreuen Ehepartner.

1. Anspruchsgrundlagen in der Rsp

Nach stRsp⁴ hat der Ehestörer aus dem Titel des Schadenersatzes all jene Überwachungskosten – darunter auch Detektivkosten⁵ – zu ersetzen, die der betrogene Ehepartner nach objektiven Maßstäben für notwendig ansehen konnte, um sich über das Verhalten seines Ehepartners Gewissheit zu verschaffen. Voraussetzung für die Geltendmachung der Detektivkosten ist ein **rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten** des Dritten (Ehestörer).⁶ Die Rechtswidrigkeit leitet die Rsp⁷ daraus ab, dass sie die Ehe als **absolut geschütztes Rechtsgut** ansieht, das auch von Dritten nicht beeinträchtigt werden darf.⁸ Die absolute Schutzwirkung der Ehe gilt nach der Rsp⁹ selbst während eines bereits anhängigen Ehescheidungsverfahrens. Ein Schadenersatzanspruch des betrogenen Ehepartners ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn die Überwachung offenkundig überflüssig, von vornherein aussichtslos und erkennbar unzweckmäßig oder aber **rechtsmissbräuchlich** war.¹⁰ Dies ist bspw dann der Fall, wenn die eheliche

⁴ RIS-Justiz RS0022943 (T21); RS0022959 (T1, T20).

⁵ Vgl ua 9 Ob 62/20p = JBl 2021, 721 (*Schmid*); 1 Ob 133/21x = iFamZ 2022/26, 34 (*Deixler-Hübner*) = Zak 2022/24, 17.

⁶ 5 Ob 105/18d = Zak 2018/716, 376.

⁷ 5 Ob 105/18d = Zak 2018/716, 376.

⁸ RIS-Justiz RS0022943 (T22).

⁹ 4 Ob 100/15g = Zak 2015/628, 357.

¹⁰ RIS-Justiz RS0022943 (T16, T26); RS0022959 (T12, T14).

¹ Bspw 4 Ob 166/02v; 7 Ob 195/02f; 4 Ob 100/15g = Zak 2015/628, 357; RIS-Justiz RS0022959.

² Siehe etwa 8 Ob 112/21k zur Beauftragung eines zweiten Detektivs.

³ Weitere Veröffentlichung: iFamZ 2022/26, 34 (*Deixler-Hübner*).



Lebensgemeinschaft bereits einvernehmlich aufgehoben wurde und die Ehepartner kein Interesse mehr an der Lebensführung des jeweils anderen Ehepartners haben.¹¹

2. Haftungsvoraussetzungen

Die Haftung des Ehestörers für die Detektivkosten des betrogenen Ehegatten setzt voraus, dass er **Kenntnis von der Ehe** seines (Sexual-)Partners hatte.¹² Dies ist nach der Rsp¹³ bspw dann nicht der Fall, wenn der treulose Ehepartner zum Zeitpunkt des Ehebruchs alleine in einer eigenen Wohnung lebt, keinen eheüblichen Kontakt mit dem treuen Ehepartner pflegt und keinen Ehering trägt. Selbst bei Kenntnis vom aufrechten Bestand der Ehe ist eine Haftung dann ausgeschlossen, wenn der betrogene Ehepartner dem Ehestörer zu verstehen gibt, dass die Ehe zerrüttet ist und demnächst geschieden werde, wobei die Scheidungsabsicht auch den Tatsachen entsprechen muss.¹⁴ Eine **Nachforschungspflicht** oder Erkundigungsobliegenheit trifft den Ehestörer aber grundsätzlich nicht, sofern keine deutlichen Indizien vorliegen, dass sein (Sexual-)Partner verheiratet ist.¹⁵

Die Haftung des Ehestörers hängt nach der Rsp¹⁶ nicht davon ab, dass sein Verhalten für die Zerrüttung der Ehe **kausal** war. Allerdings haftet er nicht, wenn die eheliche Gesinnung bereits vor Beauftragung des Detektivs von beiden Eheleuten aufgegeben worden war (kein Interesse mehr am Fortbestand der Ehe).¹⁷

Im Sinn der grundsätzlichen Handlungsfreiheit jeder Person¹⁸ setzt die Haftung des Ehestörers außerdem voraus, dass seine Beziehung mit dem treulosen Ehepartner eine gewisse Intensität überschreiten muss; sie muss einen **sexuellen Charakter** annehmen, der über den „Graubereich“ freundschaftlicher Kontakte hinausgeht.¹⁹ Ein Überschreiten des „Graubereiches“ freundschaftlicher Kontakte kann bspw bei Küssen vorliegen.²⁰

Der Beweis der Haftungsvoraussetzungen wird von der Rsp²¹ dadurch erleichtert, dass ein **Anscheinsbeweis** zugunsten des betrogenen Ehepartners zugelassen wird: Im Fall des Nachweises einer ehewidrigen Beziehung während der Observationsphase spricht die Lebenserfahrung dafür, dass die ehewidrige Beziehung bereits vor Beauftragung des Detektivs bestanden hat. Daraus folgt, dass ein beobachtetes Fehlverhalten nicht ursächlich für den Observationsauftrag und die Detektivkosten sein muss.²²

3. Kritik an der Rsp des OGH – Ehe kein absolut geschütztes Rechtsgut

Von der fast einhelligen Lit²³ wird in Zweifel gezogen, dass es sich bei der Ehe um ein absolut geschütztes Rechtsgut handelt. Diese Rechtsansicht wird ua wie folgt begründet: Die Strafbarkeit des Ehebruchs wurde bereits im Jahr 1997 aufgehoben. Seither fehlt es bei der Verletzung der ehelichen Treuepflicht an der erforderlichen strafrechtlichen Sanktion, wie dies bei absolut geschützten Rechtsgütern üblicherweise der Fall ist.²⁴ Aus dem Wortlaut des § 90 ABGB ergibt sich, dass die Ehegatten nur „einander“ zur Treue verpflichtet sind. Im ABGB wird bei absolut wirkenden Rechten regelmäßig bereits im Wortlaut ein Bezug zu einem Dritten hergestellt (bspw §§ 354, 364c ABGB), was bei § 90 ABGB nicht der Fall ist.²⁵ Auch wird argumentiert, dass für eine haftungsbegründende Schutzgesetzverletzung iSd § 1311 ABGB seitens des Ehestörers nur eine Verletzung des § 90 ABGB in Betracht käme. Da § 90 ABGB aber nur die eheliche Treuepflicht zwischen den Ehepartnern regelt, entfaltet die Bestimmung – aufgrund ihrer fehlenden Außenwirkung – im Rechtsverkehr gerade **keine Schutzwirkung gegenüber Dritten**.²⁶

Außerdem lässt sich nach der kritischen Lit die Rechtsfigur des Eingriffs in fremde Forderungsrechte nicht in einen Kontext mit der Ehestörung bringen,²⁷ vor allem weil die eheliche Treuepflicht (§ 90 ABGB) nicht als vermögensrechtliche, sondern als **höchstpersönliche Ehepflicht** zu qualifizieren ist. Höchstpersönliche Ehepflichten ziehen jedoch nur im Rahmen eines Verfahrens zur Eheauflösung mittelbar Sanktionen nach sich, sind aber nicht selbständig einklagbar. Auch kann der Detektivkostenersatzanspruch gegenüber dem Ehestörer nicht auf sittenwidrige Schädigung iSd § 1295 Abs 2 ABGB gestützt werden,²⁸

11 RIS-Justiz RS0022959 (T6).

12 6 Ob 216/12a = Zak 2013/325, 178.

13 2 Ob 111/10b = Zak 2010/614, 357.

14 3 Ob 232/11f = iFamZ 2012/107, 137 (Deixler-Hübner) = Zak 2012/313, 156 (Ondreasova 143).

15 3 Ob 232/11f = iFamZ 2012/107, 137 (Deixler-Hübner) = Zak 2012/313, 156 (Ondreasova 143).

16 4 Ob 100/15g = Zak 2015/628, 357; 1 Ob 101/97b = EFSlg 84.438.

17 4 Ob 52/06k = Zak 2007/239, 136.

18 RIS-Justiz RS0121671.

19 4 Ob 52/06k = Zak 2007/239, 136.

20 6 Ob 580/83 = JBl 1986, 524.

21 4 Ob 52/06k = Zak 2007/239, 136.

22 4 Ob 52/06k = Zak 2007/239, 136.

23 Deixler-Hübner, Ersatz für außerprozessuale Aufwendungen – Anspruchsrundlagen und Anspruchshöhe, ÖJZ 2002, 372 (377); Deixler-Hübner, Anm zu 1 Ob 114/09k, iFamZ 2009/244, 357; Hofmann/Grüblinger, Ehebruch und Schadenersatz (Teil II), EF-Z 2009/114, 169; Klicka, Der Ehestörungsschaden als „Punitive Damages“ des österreichischen Rechts. Zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 64/16d und 4 Ob 100/15g, iFamZ 2016, 243; Deixler-Hübner, Anm zu 3 Ob 232/11f, iFamZ 2012/107, 137; Ondreasova, Detektivkosten: Schadenersatz im Fall des Ehebruchs auch gegen den Dritten? Zak 2012/287, 143; Leb, Der beste Freund als Ehestörer? Zur Geltendmachung von Detektivkosten, iFamZ 2016, 239; Ondreasova, Das Verhältnis zwischen Familienrecht und dem übrigen Zivilrecht, insb dem Schadenersatzrecht, Zak 2016/313, 168; E. Wagner, Anm zu 4 Ob 100/15g, EF-Z 2016/96, 205 (208); Schoditsch, Der Ersatz von Detektivkosten bei Ehestörung, ÖJZ 2020/115, 953 (956 ff); E. Wagner, Der Ehestörer im Zivilrecht – zugleich ein Beitrag zu absoluten und relativen Rechten im Familienrecht, in Deixler-Hübner, Handbuch Familienrecht² (2020) 895 (902 ff); aA Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth, Ehe- und Partnerschaftsrecht² (2022) § 90 ABGB Rz 12.

24 Schoditsch, ÖJZ 2020, 956 f; Klicka, iFamZ 2016, 243 f.

25 E. Wagner in Deixler-Hübner, HB Familienrecht² 902 f; Schoditsch, ÖJZ 2020, 953 f.

26 E. Wagner in Deixler-Hübner, HB Familienrecht² 902 f; Schoditsch, ÖJZ 2020, 957 f; Klicka, iFamZ 2016, 244.

27 Schoditsch, ÖJZ 2020, 958; Höllwerth, Schadenersatzansprüche im Familienrecht – Ein Überblick über einen boomenden Rechtsbereich, EF-Z 2016, 290 (294).

28 E. Wagner in Deixler-Hübner, HB Familienrecht² 904 f.

weil der Gesetzgeber keine Intention erkennen lässt, den Ehebruch besonders zu stigmatisieren.

UE ist der kritischen Lit zu folgen. Spätestens seit Aufhebung des Straftatbestands des Ehebruchs ist eine vermögensrechtliche Haftung des Ehestörers nicht mehr zu rechtfertigen. In diesem Zusammenhang ist noch zu erwähnen, dass die Einordnung der Ehe als absolut geschütztes Rechtsgut im Wesentlichen auf der Übernahme der älteren deutschen Lehre beruht.²⁹ Seit über 50 Jahren vertritt jedoch der BGH³⁰ die Rechtsansicht, dass die Ehe bloß relative Wirkung gegenüber Dritten erzeugt. Konsequenterweise kann sich ein betrogener Ehegatte gegenüber dem Ehestörer nicht auf die Verletzung eines absoluten Rechts berufen.³¹

4. Zur aktuellen OGH-E 1 Ob 133/21x

Der E 1 Ob 133/21x = Zak 2022/24, 17 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der betrogene Ehemann beauftragte am 30. 11. 2018 einen Detektiv mit der Überwachung seiner Ehefrau. Der Grund dafür lag offenbar darin, die eheliche Treue seiner Ehefrau zu überprüfen; diese hatte eine Beziehung zum Ehestörer (Beklagter) abgestritten. Der Ehemann hatte mit der Ehe noch nicht abgeschlossen. Die Überwachung wurde am 1. 12. 2018 aufgenommen. Am 8. 12. 2018 wurde die Eheverfehlung der Frau, die beim Ehestörer übernachtete, festgestellt. Für die Zeit davor konnte **keine Eheverfehlung festgestellt** werden. Der OGH verneinte bei diesem Sachverhalt eine Haftung des Ehestörers für die geltend gemachten Detektivkosten, weil vor dem ersten Sexualkontakt am 8. 12. 2018 bloß eine freundschaftliche, wenn auch enger werdende Beziehung bestand. Das erste ehewidrige Verhalten des Ehestörers bestand im ersten Sexualkontakt am 8. 12. 2018. Da es auf Seiten des Ehestörers an einem rechtswidrigen Verhalten vor der Beauftragung der Observation fehlte, beruhten der Überwachungsauftrag und die damit verbundenen Kosten nicht auf einem Verhaltensverstoß des Ehestörers, welcher ein Informationsinteresse des betrogenen Ehegatten auslösen hätte können. Die Detektivkosten wären daher auch dann angefallen, wenn es nicht zum später festgestellten Sexualkontakt gekommen wäre.³²

UE ist diese Rechtsansicht als ein teilweises **Abgehen von der bisherigen Rsp**³³ anzusehen, weil der Ehestörer nur dann haftet, wenn bereits vor Beauftragung des Detektivs eine ehewidrige Beziehung oder Eheverfehlung bestand. Bei einer Eheverfehlung erst nach der Beauftragung haftet der Ehestörer nicht für die

Detektivkosten, zumal es an einem ehestörerischen (und daher rechtswidrigen) Verhalten seinerseits fehlt.³⁴

Der E 4 Ob 52/06k³⁵ war ebenfalls zugrunde gelegen, dass eine Eheverfehlung vor Beauftragung des Detektivs nicht festgestellt wurde. Dennoch ließ der OGH den Ehestörer auf der Grundlage eines Anscheinsbeweises für die Detektivkosten des betroffenen Ehepartners haften: Die Lebenserfahrung spricht dafür, dass die ehewidrige Beziehung schon vorher bestanden hat und der Verdacht ehewidrigen Verhaltens ursächlich für die Beauftragung des Detektivs war: „Denn es ist höchst unwahrscheinlich, dass ein Verdacht, der zur Einschaltung eines Detektivs führt und sich nachträglich als richtig erweist, zunächst grundlos war.“ Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass sich der Ehestörer zuvor verpflichtet hatte, jeden Kontakt mit dem Ehepartner zu meiden, also nicht nur sexuelle Kontakte. Dagegen hatte sich der Kläger in dem der E 1 Ob 133/21x zugrundeliegenden Fall ausdrücklich nicht auf eine Ehestörung in Form der vorangegangenen freundschaftlichen Beziehung zwischen dem Ehestörer und dem Ehepartner gestützt, worin der OGH einen Unterschied zwischen den beiden Entscheidungen sah.

Dennoch ist bemerkenswert, dass der OGH in der neuen Entscheidung die zu 4 Ob 52/06k vertretene „Anscheinsbeweis-Rsp“ nicht mehr erwähnt und offensichtlich einen Anscheinsbeweis, der auf ein früheres Fehlverhalten schließen lässt, nicht mehr zulässt. Daher muss der Auftraggeber des Detektivs nachweisen, dass dem Ehestörer bereits vor der Beauftragung des Detektivs ein ehestörendes Fehlverhalten vorzuwerfen ist. Dies führt uE dazu, dass es nicht mehr so leicht zu einer Haftung des Ehestörers für Detektivkosten kommt, denn ohne Anscheinsbeweis wird es oft schwierig sein, die Ehestörung vor Beauftragung des Detektivs nachzuweisen.

Hervorzuheben ist außerdem, dass der OGH in seiner rechtlichen Beurteilung die kritische Lit, welche ua die Ehe nicht als absolutes geschütztes Rechtsgut ansieht, als beachtenswert bezeichnet hat. Von einer näheren Auseinandersetzung mit der Kritik hat der OGH jedoch mangels Entscheidungsrelevanz Abstand genommen. Die *obiter* gemachte Äußerung des OGH könnte jedoch ein Indiz dafür bilden, dass der OGH in Zukunft von seiner bisherigen Rsp abgehen könnte, wonach die Ehe ein absolut geschütztes Rechtsgut sei. Dies hätte zur Folge, dass ein Detektivkostenersatz nur mehr zwischen den Ehegatten in Frage käme („inter partes“).³⁶

5. Fazit

In der hier behandelten E 1 Ob 133/21x = Zak 2022/24, 17 bezeichnet der OGH in seiner rechtlichen Beurteilung die in der Lehre geäußerten Argumente gegen die Qualifikation der Ehe (bzw die eheliche Treuepflicht) als absolut geschütztes Rechtsgut als beachtlich. Daraus könnte aus unserer Sicht der Schluss gezogen

²⁹ Siehe *Schoditsch*, ÖJZ 2020, 957 mwN.

³⁰ Grundlegend BGH IV ZR 279/56 = BGHZ 23, 215 = NJW 1957, 869 (*Schwab*): Kein Anspruch des Ehemanns gegen seine Ehefrau auf Ersatz der Kosten, die ihm durch die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes entstanden sind, das die Ehefrau im Ehebruch empfangen hat. In der Lehre wird der Ausschluss von Schadenersatzansprüchen – insb im Verhältnis zu einem Dritten – zT kritisiert: *A. Roth* in MünchKomm BGB⁹ (2019) § 1353 Rn 48; *Hahn* in BeckOK BGB^{ed61} (2022) § 1353 Rn 42.

³¹ *Schoditsch*, ÖJZ 2020, 957 mwN.

³² 1 Ob 133/21x = iFamZ 2022/26, 34 (*Deixler-Hübner*) = Zak 2022/24, 17.

³³ 4 Ob 52/06k = Zak 2007/239, 136.

³⁴ 1 Ob 133/21x = iFamZ 2022/26, 34 (*Deixler-Hübner*) = Zak 2022/24, 17.

³⁵ 4 Ob 52/06k = Zak 2007/239, 136.

³⁶ *Schoditsch*, ÖJZ 2020, 957.



werden, dass der OGH von seiner bisherigen Rsp abzugehen denkt. Ob dem tatsächlich so sein wird, gilt es mit Spannung abzuwarten. Nach der E 1 Ob 133/21x ist uE aber davon auszugehen, dass der Ehestörer für die Detektivkosten nur dann haftet, wenn auf der Tatsachenebene eine **Ehestörung** (als rechtswidriges Verhalten) bereits **vor Auftragserteilung** und sohin als Grund für die Beauftragung eines Detektivs festgestellt werden kann.

Dass der OGH die Schrauben für eine erfolgreiche Schadenersatzklage gegen den Ehestörer anzieht, ergibt sich uE auch aus einer weiteren aktuellen OGH-Entscheidung, wonach der Ehestörer nicht für die Kosten eines weiteren Detektivs haftet, der beauftragt wurde, nachdem die außereheliche Beziehung schon bewiesen war, und lediglich beobachten konnte, dass die untreue Ehepartnerin zweimal am Beifahrersitz des Ehestörers saß.³⁷

³⁷ 8 Ob 112/21k.

**Der Autor:**

Manuel C. Traxler, LL.M., LL.B., BSc, ist Rechtsanwalt in Altmünster.

✉ traxler@ra-maximilianhof.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Traxler/Manuel

Foto: Heli Mayr

**Der Autor:**

Mag. Matthias F. Wittmann ist Rechtsanwaltsanwärter in Altmünster.

✉ wittmann@ra-maximilianhof.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Wittmann/Matthias

Foto: Heli Mayr