



**REPUBLIK ÖSTERREICH**  
BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ

GZ 4.440/97-I.1/1998

Zl.	83 -GE/19.98
Datum	20.8.1998
Verteilt	21.8.98 Ba

Museumstraße 7  
A-1070 Wien

Briefanschrift  
A-1016 Wien, Postfach 63

Telefon 0222/52 1 52-0\*      Telefax 0222/52 1 52/2727

Fernschreiber 131264 jusmi a      Teletex 3222548 = bmjust

Sachbearbeiter Dr. Johannes Stabentheiner

Klappe (DW)

An das  
Präsidium des Nationalrats

Parlament  
1010 Wien

**Betreff:** Entwurf eines Ehe- und Scheidungsrechts-Änderungsgesetzes;  
Begutachtungsverfahren.

Das Bundesministerium für Justiz beeht sich, den Entwurf eines Ehe- und Scheidungsrechts-Änderungsgesetzes samt Erläuterungen mit dem Ersuchen um Kenntnisnahme zu übersenden.

Die im Begutachtungsverfahren befaßten Stellen wurden um Stellungnahme bis  
30. Oktober 1998

ersucht.

18. August 1998

Für den Bundesminister:

Dr. Gerhard Hopf

Beilagen: 25 Ausf.

F.d.R.d.A.

1001

**Entwurf eines Bundesgesetzes,  
mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch,  
das Ehegesetz, das Außerstreitgesetz,  
die Zivilprozeßordnung, die Exekutionsordnung  
und die Strafprozeßordnung geändert werden  
(Ehe- und Scheidungsrechts-Änderungsgesetz -  
EheSchRÄG)**

**JMZ 4.440/97-I 1/1998**

**14. August 1998**

**Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch,  
das Ehegesetz, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozeßordnung,  
die Exekutionsordnung und die Strafprozeßordnung geändert werden  
(Ehe- und Scheidungsrechts-Änderungsgesetz - EheSchRÄG)**

Der Nationalrat hat beschlossen:

**Artikel I  
Änderungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs**

Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811, JGS Nr. 946, zuletzt geändert durch die Erweiterte Wertgrenzen-Novelle 1997, BGBl. I Nr. 140/1997, wird wie folgt geändert:

*1. § 90 zweiter Satz wird aufgehoben.*

*2. § 91 lautet:*

"**§ 91.** (1) Die Ehegatten sollen ihre eheliche Lebensgemeinschaft, besonders die Haushaltsführung, die Erwerbstätigkeit, die Leistung des Beistandes und die Obsolescenz, unter Rücksichtnahme aufeinander und auf das Wohl der Kinder mit dem Ziel voller Ausgewogenheit ihrer Beiträge einvernehmlich gestalten.

(2) Verlangt ein Ehegatte aus gerechtfertigten Gründen, besonders weil er eine Erwerbstätigkeit aufnehmen möchte oder sich sonst die maßgeblichen Umstände geändert haben, eine Neugestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft, so haben sich die Ehegatten um ein Einvernehmen darüber zu bemühen."

*3. § 92 Abs. 3 wird aufgehoben.*

*4. In § 94 Abs. 3 wird folgender erster Satz eingefügt:*

"Auf Verlangen des unterhaltsberechtigten Ehegatten ist der Unterhalt auch bei aufrechter Haushaltsgemeinschaft ganz oder zum Teil in Geld zu leisten, soweit

nicht ein solches Verlangen, insbesondere im Hinblick auf die zur Deckung der Bedürfnisse zur Verfügung stehenden Mittel, rechtsmißbräuchlich wäre."

## **Artikel II**

### **Änderungen des Ehegesetzes**

Das Gesetz vom 6. Juli 1938 zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung, dRGBI. I S 807, zuletzt geändert durch das Namensrechtsänderungsgesetz, BGBl.Nr. 25/1995, wird wie folgt geändert:

*1. §§ 47 und 48 samt Überschriften sowie die Überschrift vor § 49 werden aufgehoben.*

*2. § 49 wird wie folgt geändert:*

*a) Im ersten Satz entfällt das Wort "sonstige";*

*b) nach dem ersten Satz wird folgender Satz eingefügt:*

"Eine schwere Eheverfehlung liegt insbesondere vor, wenn ein Ehegatte die Ehe gebrochen, dem anderen körperliches oder seelisches Leid zugefügt oder sonst seine sich aus den persönlichen Rechtswirkungen der Ehe ergebenden Pflichten schwerwiegend verletzt hat."

*3. Nach § 68 wird folgender § 68a eingefügt:*

**"§ 68a.** Unabhängig vom Verschulden an der Scheidung hat ein Ehegatte dem anderen den nach dessen Lebensbedarf angemessenen Unterhalt zu gewähren, soweit diesem Ehegatten auf Grund der Gestaltung der früheren ehelichen Lebensgemeinschaft oder der Pflege und Erziehung aus der Ehe stammender Kinder nicht zugemutet werden kann, sich selbst zu erhalten, und die Gewährung des Unterhalts, besonders im Hinblick auf die Gründe der Scheidung, nicht unbillig scheint. Die Unterhaltpflicht kann zeitlich beschränkt werden. § 67 Abs. 1 findet entsprechende Anwendung."

*4. In § 69a erhält der bisherige Text die Absatzbezeichnung "(1)" und wird folgender Absatz 2 angefügt:*

"(2) Mangels einer wirksamen Vereinbarung über die unterhaltsrechtlichen Beziehungen der Ehegatten im Fall einer Scheidung im Einvernehmen hat ein Ehegatte dem anderen Unterhalt nur zu gewähren, soweit dies mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der geschiedenen Ehegatten und der nach § 71 unterhaltpflichtigen Verwandten des Berechtigten der Billigkeit entspricht; § 67 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 findet entsprechende Anwendung."

*5. Nach § 69a wird folgender § 69b eingefügt:*

**"§ 69b.** Ist die Ehe aus einem der in den §§ 50 bis 52 und 55 bezeichneten Gründe geschieden worden oder fehlt es im Fall einer Scheidung im Einvernehmen an einer wirksamen Vereinbarung über die unterhaltsrechtlichen Beziehungen der Ehegatten, so hat unabhängig von einem allenfalls ausgesprochenen Verschulden ein Ehegatte dem anderen den nach dessen Lebensbedarf angemessenen Unterhalt zu gewähren, soweit diesem Ehegatten auf Grund der Gestaltung der früheren ehelichen Lebensgemeinschaft oder der Pflege und Erziehung aus der Ehe stammender Kinder nicht zugemutet werden kann, sich selbst zu erhalten, und die Gewährung des Unterhalts, besonders auch im Hinblick auf die Gründe eines Schuldaustrucks, nicht unbillig scheint. Diese Unterhaltpflicht kann zeitlich beschränkt werden; § 67 Abs. 1 findet entsprechende Anwendung."

*6. § 82 Abs. 2 lautet:*

"(2) Der Haustrat, auf dessen Weiterbenützung ein Ehegatte zur Sicherung seiner Lebensbedürfnisse angewiesen ist, sowie die Ehewohnung sind in die Aufteilung auch dann einzubeziehen, wenn sie ein Ehegatte in die Ehe eingebracht, von Todes wegen erworben oder ihm ein Dritter geschenkt hat oder wenn sie zu einem Unternehmen gehören."

*7. § 91 wird wie folgt geändert:*

*a) Abs. 2 lautet:*

"(2) Wurde eheliches Gebrauchsvermögen oder wurden eheliche Ersparnisse in ein Unternehmen, an dem einem oder beiden Ehegatten ein Anteil zusteht, eingebracht oder für ein solches Unternehmen sonst verwendet, so ist der Wert des Eingebrachten oder Verwendeten in die Aufteilung einzubeziehen. Bei der Aufteilung sind die Vorteile zu berücksichtigen, die jedem Ehegatten durch die Einbringung oder Verwendung entstanden sind.";

*b) der bisherige Abs. 2 erhält die Absatzbezeichnung "(3)".*

*8. Die Abschnittsbezeichnung und die Überschrift vor den §§ 99 ff. werden nach § 99 eingereiht.*

*9. § 99 samt Überschrift lautet:*

#### **" IV. Mediation**

**§ 99.** (1) Nehmen Ehegatten die Hilfe eines vermittelnden Dritten (Mediators) in Anspruch, um eine gütliche Einigung über die Scheidung ihrer Ehe und deren Folgen zu erzielen, so können sie mit dem Dritten schriftlich vereinbaren, daß die auf die gütliche Einigung abzielenden Gespräche der Verschwiegenheitspflicht des Mediators unterliegen; ausgenommen von dieser Verschwiegenheitspflicht sind Inhalt und Auslegung der bei den Gesprächen erzielten Einigung in darüber geführten Rechtsstreitigkeiten. Durch solche Gespräche sind der Anfang und die Fortsetzung der Verjährung oder sonstige Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen im Zusammenhang mit der Scheidung der Ehe gehemmt.

(2) Eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nach Abs. 1 ist ebenso zu bestrafen wie eine verbotene Veröffentlichung nach § 301 StGB, sofern dadurch ein berechtigtes Interesse verletzt wird."

## **Artikel III**

### **Änderungen des Außerstreitgesetzes**

Das Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen vom 9. August 1854, RGBI.Nr. 208, zuletzt geändert durch die Erweiterte Wertgrenzen-Novelle 1997, BGBI. I Nr. 140/1997, wird wie folgt geändert:

**1. § 222 Abs. 1 lautet:**

"(1) Die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über die Protokolle, die Beweise, die Einholung einer Beratung (§ 460 Z 6a ZPO), die Ermöglichung einer gütlichen Einigung (§ 460 Z 7a ZPO) und, soweit es sich um eine Vereinbarung im Sinn des § 55a Abs. 2 Ehegesetz handelt, über den Vergleich sind anzuwenden."

**2. § 224 wird wie folgt geändert:**

a) In Abs. 1 wird nach der Wendung "Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses" das Klammerzitat "(§ 411 Abs. 1 ZPO)" eingefügt;

b) in Abs. 2 zweiter Satz wird nach der Wendung "Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses" das Klammerzitat "(§ 416 Abs. 1 ZPO)" eingefügt.

**3. § 230 Abs. 2 lautet:**

"(2) Die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über die Protokolle, die Beweise, die Einholung einer Beratung (§ 460 Z 6a ZPO), die Ermöglichung einer gütlichen Einigung (§ 460 Z 7a ZPO) und über den Vergleich sind anzuwenden."

## **Artikel IV**

### **Änderungen der Zivilprozeßordnung**

Die Zivilprozeßordnung vom 1. August 1895, RGBI.Nr. 113, zuletzt geändert durch die Erweiterte Wertgrenzen-Novelle 1997, BGBI. I Nr. 140/1997, wird wie folgt geändert:

*1. In § 320 wird in Z 3 der Punkt durch einen Strichpunkt ersetzt und folgende Z 4 angefügt:*

"4. Mediatoren, mit denen Ehegatten eine Vereinbarung nach § 99 Abs. 1 Ehegesetz geschlossen haben, in Ansehung dessen, was nach dieser Vereinbarung zulässigerweise von der Verschwiegenheitspflicht umfaßt ist."

*2. § 460 wird wie folgt geändert:*

*a) Nach Z 6 wird folgende Z 6a eingefügt:*

"6a. Ist eine Partei nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten, so hat sich das Gericht durch Befragung der Partei ein Bild von ihren Kenntnissen der gesamten Scheidungsfolgen zu machen und auf entsprechende Beratungsangebote hinzuweisen. Mängeln der Partei offenbar diese Kenntnisse, so ist auf ihren Antrag die Tagsatzung zu erstrecken, um der Partei Gelegenheit zur Einholung einer Beratung zu geben, es sei denn, daß bei sorgfältiger Berücksichtigung aller Umstände kein vernünftiger Zweifel darüber besteht, daß durch den Antrag auf Erstreckung der Tagsatzung der Prozeß verschleppt werden soll.";

*b) nach Z 7 wird folgende Z 7a eingefügt:*

"7a. Scheint eine Versöhnung der Ehegatten nicht möglich, so hat sich das Gericht durch Befragung der Parteien ein Bild davon zu machen, ob und mit welcher Hilfe die Parteien zu einer gütlichen Einigung gelangen können, und auf entsprechende Hilfeangebote hinzuweisen. Auf gemeinsamen Antrag der Parteien ist die Tagsatzung zur Inanspruchnahme solcher Hilfeangebote zu erstrecken.";

*c) in Z 8 wird nach der Wendung "Rechtskraft des Urteils" das Klammerzitat "(§ 416 Abs. 1)" eingefügt;*

*d) nach Z 8 wird folgende Z 8a eingefügt:*

"8a. Auf ihr Verlangen ist den Ehegatten jederzeit auch eine Ausfertigung der Entscheidung über die Auflösung der Ehe auszustellen, die keine Entscheidungsgründe enthält.".

## **Artikel V Änderung der Exekutionsordnung**

Die Exekutionsordnung vom 27. Mai 1896, RGBI.Nr. 79, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBI. I Nr. 30/1998, wird wie folgt geändert:

*Nach § 382d wird folgender § 382e samt Überschrift eingefügt:*

### **"Sicherung des dringenden Wohnbedürfnisses eines Ehegatten**

**"§ 382e.** (1) Der Anspruch eines Ehegatten auf Befriedigung seines dringenden Wohnbedürfnisses sowie die ihm auf Grund einer Verletzung dieses Anspruchs zustehenden, nicht in Geld bestehenden Forderungen können insbesondere durch die Sicherungsmittel nach § 382 Abs. 1 Z 4 bis 7 gesichert werden.

(2) Ist zwischen den Parteien ein Verfahren auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe anhängig, so kann die einstweilige Verfügung nach Abs. 1 erlassen werden, auch wenn die in § 381 bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen.

(3) Von der Anhörung des Antragsgegners vor Erlassung der einstweiligen Verfügung ist insbesondere abzusehen, wenn zu besorgen ist, daß dadurch der Zweck der einstweiligen Verfügung vereitelt würde.

(4) Die Zeit, für die die einstweilige Verfügung getroffen wird, darf über den Zeitpunkt nicht hinausgehen, ab dem ein die Ehewohnung betreffender Anspruch im Zusammenhang mit einem Verfahren auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe nicht mehr geltend gemacht werden kann oder ein Verfahren darüber rechtskräftig beendet ist."

## **Artikel VI Änderung der Strafprozeßordnung**

Die Strafprozeßordnung 1975, BGBI.Nr. 631, zuletzt geändert durch das Strafrechtsänderungsgesetz 1998, BGBI. I Nr. 153/1998, wird wie folgt geändert:

In § 152 Abs. 1 Z 5 wird der Strichpunkt am Ende durch einen Beistrich ersetzt und folgender Text angefügt:

" sowie Mediatoren, mit denen Ehegatten eine Vereinbarung nach § 99 Abs. 1 Ehegesetz geschlossen haben, über das, was nach dieser Vereinbarung zulässigerweise von der Verschwiegenheitspflicht umfaßt ist;"

## **Artikel VII**

### **Inkrafttreten, Aufhebung einer Gesetzesbestimmung, Übergangsbestimmungen**

1. Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 1999 in Kraft.
2. Der ungarische Gesetz-Artikel XXXI vom Jahre 1894, über das Ehorecht wird aufgehoben.
3. Anträge gemäß § 92 Abs. 3 ABGB, über die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes noch nicht rechtskräftig entschieden wurde, gelten mit dem Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes als zurückgezogen.
4. Auf die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren über Scheidungsklagen, die auf §§ 47 oder 48 Ehegesetz gestützt wurden, sind die bisher in Geltung gestandenen Bestimmungen anzuwenden.
5. § 82 Abs. 2 und § 91 Ehegesetz sind, wenn in einem Verfahren über die Aufteilung ehelichen Gebrauchsvermögens und ehelicher Ersparnisse die Entscheidung erster Instanz zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes noch nicht ergangen ist, in der Fassung dieses Bundesgesetzes, ansonsten aber in der bisher in Geltung gestandenen Fassung anzuwenden.

6. § 382e Abs. 1, 2 und 4 EO ist in einem zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes anhängigen Verfahren über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des dringenden Wohnbedürfnisses eines Ehegatten anzuwenden, wenn die Entscheidung erster Instanz zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes noch nicht ergangen ist. § 382e Abs. 3 EO ist auf vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes eingeleitete Verfahren dieser Art nicht anzuwenden.

## **Artikel VIII**

### **Vollziehung**

Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist der Bundesminister für Justiz betraut.

## Vorblatt

### 1. Problem

Im Verlauf einer mehrjährigen Diskussion über eine Erneuerung des Ehe- und Scheidungsrechts erwies sich zwar letztlich, daß kein zwingender Bedarf nach einer umfassenden Reform dieses Rechtsgebiets besteht und eine solche auch keinen tragenden gesellschaftlichen Konsens fände, doch zeigten sich sehr deutlich einige punktuelle Änderungsnotwendigkeiten. So sind die mit der Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft verbundenen Aufgaben - in einer Gesamtschau betrachtet - zwischen Männern und Frauen nach wie vor nicht gerecht verteilt; die gesetzlichen Regelungen über die eheliche Lebensgemeinschaft werden in einer die persönliche Entwicklung der Ehegatten potentiell hindernden Weise ausgelegt; die weitestgehend in Naturalleistungen erfüllbare Unterhaltpflicht gegenüber dem nicht erwerbstätigen Ehegatten zwingt diesen bisweilen in eine unangemessene Abhängigkeit gegenüber seinem Partner; manche Rechtsinstitute des Ehrechts, wie etwa die Pflicht zur Mitwirkung im Erwerb des anderen, die gerichtliche Feststellung der Rechtmäßigkeit der gesonderten Wohnungnahme oder die absolute - von der Zerrüttung der ehelichen Lebensgemeinschaft unabhängige - Wirkung bestimmter Verstöße gegen die aus dem Ehreht erfließenden Pflichten (nämlich des Ehebruchs und der Verweigerung der Fortpflanzung) als Scheidungsgründe, sind nicht mehr zeitgemäß; die gesetzlichen Regelungen über den Unterhalt nach der Scheidung können in bestimmten Konstellationen zu unbilligen Ergebnissen führen; die Vorkehrungen zur Vermeidung von Ungerechtigkeiten aus der Herausnahme von Unternehmen aus dem Aufteilungsverfahren haben sich in der Praxis als unzureichend erwiesen; im Provisorialverfahren zur Sicherung von Ansprüchen nach § 97 ABGB kam die gerichtliche Verfügung zuweilen zu spät und konnte daher ihren Zweck nicht mehr erfüllen.

### 2. Ziel

Unter prinzipieller Beibehaltung der bisherigen Grundlinien des Ehewirkungs-, -scheidungs-, -scheidungsfolgen- und -verfahrensrechts sollen durch einzelne

Änderungen und Neuregelungen die Grundsätze der Gleichberechtigung und der Partnerschaft in der Ehe verstärkt, der Schutz des wirtschaftlich Schwächeren ausgebaut, das Verschuldensprinzip zurückgedrängt und die Mediation gefördert werden. Darüber hinaus sollen Bestimmungen, die heute als anachronistisch empfunden werden oder sich als nicht sinnvoll erwiesen haben, aufgehoben, der Schutz des dringenden Wohnbedürfnisses verstärkt und die faktische Basis für die Fest- und Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen verbreitert werden.

### **3. Inhalt**

Die Regelungsschwerpunkte des Gesetzesentwurfs sind:

- Verdeutlichung der Pflicht zur partnerschaftlichen Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft dahin, daß die damit verbundenen Aufgaben in Summe grundsätzlich gleich zu teilen sind,
- gesetzliche Regelung der Konsequenzen aus dem Wunsch eines Ehegatten, die eheliche Lebensgemeinschaft neu zu gestalten,
- Beseitigung der - über die allgemeine Beistandspflicht hinausgehenden - gesetzlichen Verpflichtung eines Ehegatten zur Mitwirkung im Erwerb des anderen,
- Beseitigung der gerichtlichen Feststellung über die Rechtmäßigkeit einer gesonderten Wohnungnahme sowie über die Verlegung der gemeinsamen Wohnung,
- Schaffung der Möglichkeit, die Leistung des Unterhalts auch bei aufrechter Haushaltsgemeinschaft - allenfalls nur teilweise - in Geld zu verlangen,
- effizientere Ausgestaltung des dem ehrenrechtlichen Wohnungsschutz dienenden Provisorialverfahrens,
- Zusammenfassung aller Scheidungsgründe aus Verschulden in einer Bestimmung im Sinn einer stärkeren Akzentuierung des Zerrüttungsprinzips,
- zur Vermeidung von Härtefällen Schaffung eines nachehelichen Unterhaltsanspruchs unter eng eingeschränkten Voraussetzungen grundsätzlich unabhängig vom Verschulden an der Scheidung,

- wertmäßige Berücksichtigung von Investitionen aus dem ehelichen Gebrauchsvermögen oder aus ehelichen Ersparnissen in ein Unternehmen im Aufteilungsverfahren,
- verfahrensrechtliche Vorkehrungen für die Nutzbarmachung der Mediation im Scheidungskonflikt sowie zur Gewährleistung der allenfalls erforderlichen Beratung unvertretener Parteien im Scheidungsverfahren über die Scheidungsfolgen.

#### **4. Alternativen**

Inhaltlich bestehen zu den vorgeschlagenen Verbesserungen, Klarstellungen, Ergänzungsregelungen und Adaptierungen keine dem oben aufgezeigten Regelungsbedarf entsprechenden Alternativen. Hinsichtlich der Zurückdrängung des Verschuldensprinzips wäre allerdings auch eine weitergehende, ja sogar gänzliche Beseitigung der an das Verschulden eines Ehegatten anknüpfenden Scheidungstatbestände denkbar. Dies wird jedoch aus verschiedenen Gründen gesellschaftlicher, systematischer und ökonomischer Art, wie sie im einzelnen in den Erläuterungen dargestellt sind, nicht vorgeschlagen.

#### **5. Kosten**

Die Vollziehung dieses Gesetzes wird auf den Bundeshaushalt keine merklichen Auswirkungen haben. Zu dem von diesem Gesetz nicht unmittelbar geregelten Bereich der Mediation, der sich derzeit noch im Stadium projekthafter Erprobung befindet, werden allenfalls noch gesonderte Finanzierungsüberlegungen anzustellen sein.

#### **6. EU-Konformität**

In der Europäischen Union bestehen keine Regelungen, die den Gegenstand dieses Gesetzesentwurfs betreffen.

## Erläuterungen

### Allgemeiner Teil

#### I. Grundsätzliche Überlegungen

Im weiten Gebiet des gesamten Zivilrechts nehmen das Familienrecht im allgemeinen und das Eherecht im besonderen eine in mancherlei Hinsicht abgehobene Position ein. Ohne dazu auch nur ansatzweise den Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu können, sei dies an zwei markanten Besonderheiten dieser Rechtsbereiche verdeutlicht. Zum einen sind sie von einer wesentlich **engeren Verbindung zu gesellschaftlichen Grundhaltungen und -werten** geprägt, als dies für viele andere zivilrechtliche Segmente gesagt werden kann. Dazu bedarf es nicht erst aufwendiger Herleitungen, sondern es kann dies für den hier gegebenen Zusammenhang ausreichend durch den Hinweis auf das Grundverständnis illustriert werden, daß die Familie die Keimzelle des Staates sei. Jede Veränderung der unmittelbaren gesetzlichen Rahmenbedingungen von Familie und Ehe, aber auch jeder regulative Ansatz zur partiellen rechtlichen Annäherung anderer Lebensformen an die Ehe wird unvermeidlich von den maßgebenden gesellschaftlichen und politischen Kräften unter Heranziehung der jeweiligen Wertvorstellungen und ideologischen Positionen hinterfragt und kategorisiert; die rechtspolitische Debatte gerade zum hier gegenständlichen Regelungsvorhaben gibt davon vielfach Zeugnis. Auf diesen gesellschaftspolitisch herausgehobenen Status des Eherechts muß bei der Vorbereitung einer Neuregelung in diesem Rechtssegment besonders Bedacht genommen werden. Anzustreben ist die Erzielung eines möglichst breiten gesellschaftlichen Konsenses über die projektierten Lösungsansätze. Wenn ein zentrales Element dieses Rechtsbereichs - etwa das Normengefüge darüber, aus welchen Gründen eine Ehe aufgelöst werden kann - in einer bestimmten (vorgeschlagenen) Ausprägung bei mehreren gesellschaftlich maßgebenden Interessenkreisen keine Zustimmung findet, muß eine dahin gehende Regelungsambition grundsätzlich überdacht werden.

Zum anderen unterscheidet sich das Eherecht von sonstigen Bereichen des Zivilrechts durch seine grundlegend abweichende Sanktionsstruktur. Zwar fußt es

wie viele andere zivilrechtliche Segmente partiell - auch hierin allerdings nur eingeschränkt - im allgemeinen Vertragsrecht, doch fehlt es ihm im Gegensatz zu vielen anderen in diesen Vergleich einbezogenen Rechtsgebieten - von Ausnahmen abgesehen - an **institutionenerhaltenden Eingriffsmöglichkeiten**. Um es an einem Beispiel zu veranschaulichen: Bei zwei miteinander in ständiger Geschäftsverbindung stehenden Vertragspartnern (etwa eines Rahmenvertrags) kann durchaus der eine gegen den anderen Erfüllung einer vereinbarten Einzelleistung oder beispielsweise Preisminderung aus dem Rechtsgrund der Gewährleistung gerichtlich geltend machen, ohne daß aus dem darüber geführten Rechtsstreit zwangsläufig das Ende der Geschäftsbeziehung erfließen muß. Die einzelnen Verpflichtungen aus der vertraglichen Beziehung sind selbständig und unabhängig vom Weiterbestand der geschäftlichen Verbindung einklagbar. Dies gilt gleichermaßen etwa für Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüche. Im Eherecht ist dies anders. Jedenfalls bei einer Verletzung der Pflichten, die sich aus den persönlichen Rechtswirkungen der Ehe ergeben, ist eine selbständige gerichtliche Geltendmachung nicht möglich. Der diesbezüglich in seinen Rechten Verletzte kann nicht etwa eine Klage auf gleicheilige Mitwirkung des anderen Ehegatten bei der Haushaltsführung oder auf Beendigung eines ehewidrigen Verhältnisses zu einer dritten Person erheben, sondern ist auf die Geltendmachung einer die Rechtsbeziehung grundsätzlich auflösenden Sanktion, nämlich der Scheidung, verwiesen. So unbefriedigend im Einzelfall das Fehlen einer institutionenerhaltenden Rechtsdurchsetzungsmöglichkeit empfunden werden mag, ist dieses doch Konsequenz eines wohl durchwegs akzeptierten und auch nicht ernsthaft in Frage zu stellenden Grundsatzes, nämlich des **Prinzips der Familienautonomie**. Es kann eben nicht - um ein geflügeltes Wort hiezu zu gebrauchen - der Familienrichter das Oberhaupt der Familie sein und beispielsweise einem Ehegatten die durch Richterspruch konkretisierte, exekutionsweise durchzusetzende Pflicht zur anständigen Begegnung mit dem anderen auferlegen, sondern es ist die Relevierung solcher Pflichtverstöße in einem Scheidungsverfahren - von einer Unterhaltsverwirkung einmal abgesehen - die einzige rechtsförmige Möglichkeit zur Sanktionierung solcher Pflichtverstöße. Dabei hat es auch zu bleiben, und zwar auch hinsichtlich der in den vergangenen Jahren verstärkt diskutierten Aufteilung

der sich aus der ehelichen Lebensgestaltung ergebenden Aufgaben, insbesondere der Haushaltsführung, auf die Ehegatten.

Gleichwohl ist aber gesetzgeberisches Handeln in solchen Fragen keineswegs sinnentleert. Einerseits haben eben normative Aussagen zu solchen Fragen durchaus greifbare **Auswirkungen vor allem im Scheidungsfall**, allenfalls auch für den Unterhalt in aufrechter Ehe. Andererseits darf die **Signalwirkung**, die von solchen Anordnungen, aber auch bereits von der rechtspolitischen Debatte über sie ausgeht, nicht unterschätzt werden. Ebenso wie andere Bereiche des Familienrechts (etwa das Kindschaftsrecht) entfaltet auch das Ehrerecht einen Teil seiner Effektivität über die bloße Bewußtseinsbildung, die zumindest in bestimmtem Maße von seinen allgemein bekannten Inhalten ausgeht. Insofern kann das Ehrerecht und hier vor allem das Ehewirkungsrecht durchaus ein zumindest unterstützendes Element zur Gestaltung und Weiterentwicklung gesellschaftlicher Realitäten sein. Es lohnt daher, fundierte Überlegungen darüber anzustellen, wie die geltende Rechtslage unter Fortführung ihrer Grundanliegen verdeutlicht und ausgebaut werden kann.

Die Erstellung des vorliegenden Entwurfs ist von einem Bewußtsein um die gesellschaftliche Sensibilität der Materie, aber auch von den oftmals subtilen Wirkungsweisen des Ehrechts getragen, weshalb den folgenden Darlegungen diese allgemeinen Erörterungen vorangestellt wurden.

## II. Geschichte des Entwurfs

Seit den Familienrechtsreformgesetzen der siebziger Jahre, insbesondere dem Bundesgesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe (BGBl.Nr. 412/1975) und dem Bundesgesetz über Änderungen des Ehegattenerbrechts, des Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts (BGBl.Nr. 280/1978), und dem einige Jahre später folgenden Bundesgesetz über Änderungen des Personen-, Ehe- und Kindschaftsrechts (BGBl.Nr. 566/1983), gab es im Ehrerecht keine grundlegenden Neuerungen. Die seither auf diesem Gebiet geschehenen Gesetzgebungsakte - nämlich das Bundesgesetz über den Schutz des für einen Kredit mithaftenden Ehegatten (BGBl.Nr. 481/1985), das den

eingeschlagenen Weg bei der Kreditmirthaftung noch fortsetzende Bundesgesetz BGBI. I Nr. 6/1997, das Namensrechtsänderungsgesetz (BGBI.Nr. 25/1995) und das Gewaltschutzgesetz (BGBI.Nr. 759/1996) - betrafen nur Einzelbereiche des Eherechts und standen zum Teil auch nicht in allgemeiner Aufmerksamkeit. Doch wandte sich in den vergangenen zwei Jahrzehnten die Rechtsdogmatik in zahlreichen literarischen Bearbeitungen dem Eherecht zu, und es erfuhr überdies eine äußerst vielfältige Ausgestaltung durch die reichhaltige Rechtsprechung, die bald zu nahezu allen seinen wesentlichen Rechtsfragen erging.

In prinzipieller Weise wurde das Eherecht erstmals wieder im Jahr 1992 auf die rechtspolitische Bühne gehoben, und zwar anlässlich des **5. Familienrichtertags** in Salzburg. Vor allem mit Blick auf die diesbezüglich differente Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland wurde **gefordert, das Verschuldensprinzip** aus dem österreichischen Ehescheidungsrecht grundlegend **zu eliminieren** und zur Gänze durch das Zerrüttungsprinzip zu ersetzen. Dabei wurde von Seiten der Familienrichter auch dahin argumentiert, daß die zur Urteilsweisen Zuweisung eines Verschuldens am Scheitern einer Ehe erforderlichen Vorgänge nicht konstruktiv und nicht zukunftsorientiert seien und schweres menschliches Leid auslösten; menschliches Urteilen über ein solches Verschulden sei in allerletzter Konsequenz nicht möglich, jedenfalls aber nicht sehr sinnvoll.

Diese Veranstaltung und die dabei erhobenen rechtspolitischen Forderungen erreichten zwar hohe mediale Aufmerksamkeit, lösten jedoch unmittelbar keine entscheidenden Reaktionen anderer Interessenkreise zu diesem Thema aus. Sie führten auch nicht unmittelbar zu einer legislativen Aktivität, weil das Bundesministerium für Justiz - und diesbezüglich sei auf die Ausführungen in Punkt I hingewiesen - eine breitere gesellschaftliche Debatte über diesen Fragenkreis für notwendig erachtete.

In einem inhaltlichen Zusammenhang mit diesem rechtspolitischen Impuls der Familienrichter stand aber eine andere Initiative, die das Bundesministerium für Justiz ab dem Jahr 1994 gemeinsam mit dem Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie setzte, nämlich ein **Projekt** zur Erprobung der sogenannten "**Mediation**" in **Scheidungs- und Trennungsfällen**. Ziel dieser Mediation ist es,

scheidungs- oder trennungswillige Paare darin zu unterstützen, tragfähige und für beide Seiten akzeptable Vereinbarungen über die in ihrem Fall anstehenden rechtlichen und ökonomischen Fragen zu treffen und vor allem verantwortungsvolle Lösungen für die Zukunft der Kinder und für die Ausübung der jeweiligen Elternrollen zu erarbeiten. Das Modellprojekt wurde wissenschaftlich begleitend untersucht, um daraus eine Grundlage für weitergehende legislative und organisatorische Überlegungen zu gewinnen (*Ch. Pelikan, Das österreichische Modellprojekt Familienmediation. Bericht der Begleitforschung, in Falk/Heintel/Ch. Pelikan [Hrsg] Die Welt der Mediation 59.*)

Ein weiterer rechtspolitischer Vorstoß betraf das Ehewirkungsrecht: Von Seiten der damaligen **Bundesministerin für Frauenangelegenheiten** wurde gefordert, die Pflicht zur **Mitwirkung an der Hausarbeit** zur verdeutlichen und einen Verstoß dagegen ausdrücklich als Scheidungsgrund im Gesetz zu benennen. Ein weiteres Anliegen der Frauenministerin ging dahin, eine **eigenständige Pensionsvorsorge für Frauen** zu schaffen. Von anderer Seite wurde verlangt, daß in Österreich ein der deutschen Rechtsfigur des Versorgungsausgleichs ähnliches Instrument zur Verbesserung der pensionsrechtlichen Absicherung für Ehefrauen eingeführt werden sollte; dabei geht es - vereinfacht ausgedrückt - darum, daß die von den Ehegatten während der Ehe erworbenen Pensionsansprüche bei der Scheidung - in der Regel gleichmäßig - auf beide Partner verteilt werden.

Im September 1995 richtete sodann der Bundesminister für Justiz eine **Arbeitsgruppe** zu Fragen der Änderung des Scheidungs-, Scheidungsfolgen- und Scheidungsverfahrensrechts ein, deren Aufgabenkreis in der Folge auch auf Fragen des Ehewirkungsrechts ausgedehnt wurde. Dieser Arbeitsgruppe gehörten Vertreter der inhaltlich mitberührten Ressorts, der von der Thematik institutionell angesprochenen Interessenvereinigungen und der Parlamentsklubs der fünf im Nationalrat vertretenen Parteien, sowie Experten aus dem Bereich der Wissenschaft an. Zur effizienteren Behandlung der Gesamtthematik wurden im weiteren drei Unterarbeitsgruppen gebildet, die sich den Ehewirkungen, dem Scheidungsrecht einschließlich der Scheidungsfolgen und dem Verfahren in eherechtlichen Streitigkeiten und Angelegenheiten einschließlich der Mediation widmeten. Nach

mehrjährigen Beratungen dieser Arbeitsgruppe wurde zu Beginn dieses Jahres auf Grundlage der Beratungsergebnisse sowie auf Basis von Konsultationen mit besonders ausgewiesenen universitären Vertretern des Familienrechts ein **Diskussionsentwurf** erstellt, der in der Folgezeit weiteren Diskussionen in der Arbeitsgruppe unterzogen wurde. Unter Berücksichtigung dieser Diskussionsergebnisse wie auch zahlreich erstatteter schriftlicher Stellungnahmen wurden gegenüber der Fassung des Diskussionsentwurfs noch einige Modifikationen angebracht.

### III. Eingrenzung des Gesetzesvorhabens

Bisweilen muß ein langer Weg gegangen werden, um letztlich einen nur verhältnismäßig kleinen - aber in dieser Gestalt als sinnvoll erkannten - Schritt zu tun. So könnte das Gesetzesvorhaben in seinem bisherigen Werdegang allgemein charakterisiert werden. Einige Reformgedanken, die an das Bundesministerium für Justiz und im weiteren an die Arbeitsgruppe herangetragen wurden, werden als Ergebnis der darüber geführten Diskussion entweder nicht oder zumindest nicht in ihrem Kern umgesetzt. Im einzelnen sei dazu auf Punkt V verwiesen. Vor allem gilt dies aber für die von mancher Seite geforderte Beseitigung des Verschuldensprinzips aus dem Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht. Auf Grund der mehrjährigen Debatte über diese grundlegende Frage gelangte das Bundesministerium für Justiz zur Überzeugung, daß die Systematik des geltenden Scheidungsrechts, also das **Nebeneinander von Verschuldens- und Zerrüttungsgrundsatz** und das teilweise Ineinandergreifen dieser beiden Prinzipien, **weiterhin beibehalten** werden soll.

In erster Linie ist dies darin begründet, daß sich **für eine** derart fundamentale Änderung des Scheidungsrechts durch **gänzliche Abkehr vom Verschuldensgrundsatz** - wie der bisherige Diskussionsverlauf gezeigt hat - **kein tragender gesellschaftlicher Konsens** fände. Vor allem in einer gesellschaftlich als so bedeutsam empfundenen Frage kann ein Gesetzgebungsakt nicht erfolgversprechend dafür instrumentalisiert werden, ein im größten Teil der Bevölkerung noch nicht vorhandenes Bewußtsein und Verständnis erst zu

erzeugen. Das Verhältnis von gesellschaftlicher und rechtlicher Entwicklung kann jedenfalls in einem so sensiblen Bereich wie dem Familienrecht (siehe dazu die Ausführungen in Punkt I) nur umgekehrt sein: Erst wenn sich soziale Phänomene in einer quantitativ und qualitativ repräsentativen Weise durchgesetzt und zumindest eine gewisse gesellschaftliche Akzeptanz gefunden haben, kann eine markante, auf eine Abkehr von dem in diesem Bereich bestehenden Normensystem hinauslaufende Änderung der Rechtsordnung sinnvollerweise in Betracht kommen. Eine Eliminierung des Verschuldensprinzips aus dem Scheidungsrecht würde aber - wie die bisherige öffentliche Diskussion gezeigt hat - bei den Normadressaten weithin auf Unverständnis stoßen, und maßgebliche gesellschaftliche Kräfte würden einer solchen Neugestaltung erheblichen Widerstand entgegensezten. Dies wäre aber - besonders vor dem Hintergrund der in Punkt I aufgezeigten Sonderstellung dieser Rechtsmaterie - kein fruchtbarer Boden für ein in diese Richtung zielendes Reformprojekt. Schon aus diesem Grund bleibt der vorliegende Entwurf mit seinen Änderungsvorschlägen zum Ehescheidungsrecht im wesentlichen im derzeit geltenden System und sieht - in bloß teilweiser Zurückdrängung des Verschuldensprinzips - nur Modifikationen im grundsätzlich weiterbestehenden Bereich der Verschuldensscheidung vor.

Bei all dem darf der - ebenfalls bereits in Punkt I dargelegte - Umstand nicht außer acht gelassen werden, daß die einzige Sanktion einer Verletzung der sich aus dem Ehewirkungsrecht ergebenden rein persönlichen Pflichten der Ehegatten deren Geltendmachung im Rahmen eines Scheidungsverfahrens ist. Dies erhält dadurch noch größere Bedeutung, daß gerade der vorliegende Gesetzesentwurf ja auf eine Verdeutlichung und Intensivierung dieser Pflichten durch entsprechende Änderungen in § 91 ABGB abzielt. Die stärkere Verankerung der Pflicht zur gleichen Verteilung der Aufgaben in der Ehe trifft nach den bisherigen Erkenntnissen aus der rechtspolitischen Debatte auf sehr breite Zustimmung. Dies macht deutlich, daß vom Gesetzgeber auch heute noch erwartet wird, konkrete Verantwortlichkeiten bei der Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft festzulegen. Umso weniger wäre es gerechtfertigt, gerade die Frage, **wer durch die Verletzung solcher Pflichten in welchem Maße zum Scheitern der Ehe beigetragen hat**, aus dem Scheidungs-

verfahren völlig auszuklammern und so den einzigen Sanktionsmechanismus für derartige Pflichtverstöße außer Kraft zu setzen.

Es scheint - gerade auch mit Blick auf jene Rechtsordnungen, die als Beispiele für eine ausschließliche Fundierung des Scheidungsrechts im Zerrüttungsprinzip ins Treffen geführt werden - sehr fraglich, ob nicht das Verschulden am Zerbrechen der ehelichen Beziehung selbst im Fall seiner Bedeutungslosigkeit als Scheidungsgrund doch wieder **Auswirkungen im Bereich des Scheidungsfolgenrechts** hätte. Erfahrungen in anderen Rechtsordnungen zeigen, daß etwa im Bereich des nachehelichen Unterhalts die Verschuldensfrage letztlich über Rechtsmißbrauchsklauseln doch wieder hereinspielt.

Das Scheidungsfolgenrecht erbringt im übrigen ein weiteres Argument gegen die gänzliche Beseitigung des Verschuldensprinzips. Nach geltender Rechtslage knüpfen die **pensionsversicherungsrechtlichen Folgen einer Ehescheidung** nach § 55 EheG an den Verschuldensausspruch im Scheidungsverfahren an; es war dies ein zentraler Punkt der Ehe- und Scheidungsrechtsreform des Jahres 1978. Eine Abschaffung des Verschuldensprinzips könnte daher nur zugleich mit einer Neugestaltung der pensionsrechtlichen Absicherung des geschiedenen Ehegatten erfolgen. Diese wäre aber mit weitreichenden Änderungen im Pensionsversicherungssystem verbunden; die diesbezüglichen Lösungsansätze reichen vom Vorschlag eines Rentensplittings bis zur Schaffung einer pensionsversicherungsrechtlichen Eigenversorgung von Hausfrauen und Hausmännern. Entscheidungen darüber stehen aus politischen, aber auch aus budgetären und systematischen Gründen noch aus.

Schließlich muß auch das **Zusammenspiel der Verschuldensregelung** im Scheidungsrecht einerseits **und der einvernehmlichen Scheidung** nach § 55a EheG andererseits mitbedacht werden. Zwischen 80 und 90 % aller österreichischen Scheidungsfälle sind solche einvernehmlichen Scheidungen, und diese überaus hohe Quote ist rechtspolitisch unzweifelhaft wünschenswert. Wie allerdings schon seit der Schaffung dieser Scheidungsmöglichkeit vermutet und jüngst durch rechtstatsächliche Untersuchungen (vgl. *Deixler-Hübner/Ranftl*, Die

Verteilung der Haus- und Versorgungsarbeit vor dem Hintergrund der Scheidung in der sozialen und gerichtlichen Praxis [1997] 85 ff., 124) bestätigt wurde, ergibt sich dieser erfreulich hohe Prozentsatz an einvernehmlichen Scheidungen unter anderem auch daraus, daß ein Ehepartner, der sich einen gravierenden Verstoß gegen die sich aus dem Ehewirkungsrecht ergebenden Pflichten zuschuldenkommen ließ, um die Bedeutung dieser Pflichtverletzung im Fall eines streitigen Scheidungsverfahrens weiß und sich auch dessen bewußt ist, daß sein Ehegatte deshalb die Scheidung der Ehe mit den daraus resultierenden Nachwirkungen besonders im Unterhaltsrecht durchsetzen könnte. Welchen Effekt nun eine Beseitigung des Verschuldensprinzips auf die Bereitschaft auseinanderstrebender Ehegatten zu einer Scheidung im Einvernehmen insgesamt der Größenordnung nach hätte, kann zwar nicht verlässlich abgeschätzt werden, doch muß auf Grund der erwähnten Studien davon ausgegangen werden, daß dadurch der Anteil der einvernehmlichen Scheidungen an der Gesamtzahl der Eheauflösungen sinken würde und vermehrt Streitigkeiten über die Scheidungsfolgen auftreten würden.

Aus all diesen Gründen wird hier eine grundlegende Umgestaltung des österreichischen Scheidungsrechts durch Eliminierung der Verschuldensscheidung und alleinige Maßgeblichkeit des Zerrüttungsprinzips nicht vorgeschlagen.

Allerdings soll das **Zerrüttungsprinzip** insofern **stärker in den Vordergrund** gerückt werden, als künftig jeder schuldhafte Verstoß gegen die aus den persönlichen Rechtswirkungen der Ehe erfließenden Pflichten nur dann als Scheidungsgrund (schwere Eheverfehlung) in Betracht kommt, wenn dadurch die Ehe so tief zerrüttet wurde, daß die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. In concreto ist dies das **Abgehen von** der gesetzlichen Anerkennung sogenannter "**absoluter Scheidungsgründe**", die ein darauf gestütztes Scheidungsbegehren jedenfalls, also unabhängig von der Frage der ehezerrüttenden Wirkung des geltend gemachten Verhaltens, rechtfertigen. Das geltende Scheidungsrecht kennt zwei absolute Scheidungsgründe dieser Art, nämlich den Ehebruch nach § 47 EheG und die Verweigerung der Fortpflanzung nach § 48 EheG. Die als Anachronismus empfundene Konstruktion dieser beiden Tatbestände als absolute

Scheidungsgründe soll beseitigt werden, was - selbstverständlich - nicht bedeutet, daß ein Scheidungsbegehr nicht mehr auf diese beiden Gründe gestützt werden könnte. Vielmehr werden Ehebruch und Verweigerung der Fortpflanzung - der erstere Scheidungsgrund sogar unter ausdrücklicher Nennung - gleichsam in den Rechtsbestand des § 49 EheG über die schwere Eheverfehlung aufgenommen, sodaß künftig alle an ein Verschulden anknüpfenden Gründe für die Scheidung einer Ehe in dieser Bestimmung konzentriert sind. Zu den dafür maßgeblichen Überlegungen wird auf die entsprechenden Ausführungen in Punkt IV.6 verwiesen.

#### **IV. Hauptgesichtspunkte des Entwurfs**

**1.** Das in § 91 ABGB für die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft verankerte Partnerschaftsprinzip soll dahin verdeutlicht werden, daß die damit verbundenen **Aufgaben und Lasten**, insbesondere Erwerbstätigkeit, Haushaltsführung und Kinderbetreuung, **in Summe gleich aufgeteilt** werden sollen. Es geht also nicht darum, hinsichtlich jedes einzelnen Aufgabenbereichs eine Pflichterfüllung exakt je zur Hälfte durch die beiden Ehegatten zu erreichen, sondern es soll noch unmißverständlich als schon im geltenden Recht eine gerechte - und dies bedeutet im Regelfall: eine gleichteilige - Tragung der mit diesen Aufgabenbereichen insgesamt verbundenen Lasten vorgesehen werden.

**2.** § 91 ABGB verlangt von den Ehegatten die einvernehmliche Gestaltung ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft, enthält aber keine Regelung für den Fall, daß ein einmal gefundenes Einvernehmen darüber im Verlauf der Zeit abhanden kommt oder durch wichtige Änderungen bei zumindest einem der Ehegatten gegenstandslos geworden ist. Die Frage der Bindungswirkung einer solchen Gestaltung (wie immer diese rechtsdogmatisch beurteilt wird) mußte daher von der Praxis gelöst werden. In der Judikatur wurden dabei zum Teil sehr strenge Standpunkte in Richtung einer "Versteinerung" der einmal geschehenen Gestaltung vertreten, woraus sich ein erhebliches Hemmnis für die Persönlichkeitsentfaltung des durch die getroffene Einigung auf bestimmte Funktionen und auf eine bestimmte Rolle verwiesenen Ehegatten ergeben kann. Daher soll durch einen neuen § 91 Abs. 2 ABGB unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht werden, daß

jedenfalls ein wichtiger Grund einen Ehegatten zum **Abgehen von der Gestaltungseinigung** berechtigt, daß ein solcher gerechtfertigter Grund vor allem etwa der Wunsch eines Ehegatten nach **Aufnahme einer Erwerbstätigkeit** ist, dem nach Maßgabe der sonst zu berücksichtigenden Umstände möglichst entsprochen werden soll, und daß sich die Ehegatten bei einer merklichen Änderung der maßgeblichen Umstände **um ein Einvernehmen über die Neugestaltung** ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft zu **bemühen** haben. Im grundsätzlichen soll also das Bemühen um die einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft eine **permanente Aufgabe in der Ehe** sein. Es kann nicht etwa eine unmittelbar nach der Eheschließung getroffene Regelung über die Aufgabenteilung bedingungslose Fortgeltung während der gesamten Dauer der Ehe für sich beanspruchen.

3. Die derzeit in § 90 zweiter Satz ABGB vorgesehene **Pflicht** eines Ehegatten, im Rahmen der Zumutbarkeit und der Üblichkeit nach den Lebensverhältnissen **im Erwerb des anderen mitzuwirken**, soll als nicht mehr zeitgemäß **beseitigt** werden. Im einzelnen werden die Gründe dafür im Besonderen Teil dargestellt. Zur Vermeidung von Mißverständnissen sei allerdings klargestellt, daß im übrigen **an der gesetzlichen Beistandspflicht**, wie sie im ersten Satz des § 90 ABGB vorgesehen ist, freilich **nicht gerüttelt** werden soll. Lediglich die besondere Ausgestaltung dieser Beistandspflicht in Form der Verpflichtung zur Mitwirkung im Erwerb soll entfallen. Unberührt bleiben soll auch die Regelung über die Abgeltung der (künftig nur mehr freiwilligen) Mitwirkung im Erwerb nach § 98 ABGB (vgl. zu den Gründen für die unveränderte Beibehaltung dieser Bestimmung in Punkt V).

4. Die Möglichkeit, eine gerichtliche Entscheidung über die **Feststellung der Rechtmäßigkeit einer gesonderten Wohnungnahme** oder einer Verlegung der gemeinsamen Wohnung herbeizuführen, soll künftig **nicht mehr bestehen**, zumal sich diese Regelung (nämlich § 92 Abs. 3 ABGB) in der Praxis letztlich nicht bewährt hat.

5. Nach geltendem Recht hat ein nach den darüber bestehenden Regelungen unterhaltpflichtiger Ehegatte während aufrechter Haushaltsgemeinschaft dem anderen den Unterhalt in natura zu leisten. Daraus ergibt sich nicht selten eine unangemessene Abhängigkeit des unterhaltsberechtigten Ehegatten von seinem Partner. Zur Verbesserung seiner Stellung soll der einkommensschwächere oder einkommenslose Ehegatte künftig daher auch unabhängig von einer Unterhaltsverletzung oder einer Aufhebung der Haushaltsgemeinschaft berechtigt sein, vom anderen die **Leistung des Unterhalts ganz oder teilweise in Geld** zu verlangen, soweit ein solches Verlangen nicht rechtsmißbräuchlich wäre. Eine solche Rechtsmißbräuchlichkeit kann sich etwa aus einer besonders schlechten ökonomischen Situation der Ehegatten oder partiell auch aus der Zurverfügungstellung der zur Lebensführung erforderlichen Mittel durch den Unterhaltpflichtigen ergeben.

6. Wie schon in Punkt III letzter Absatz erwähnt, sollen die beiden "absoluten" Scheidungsgründe des Ehebruchs und der Verweigerung der Fortpflanzung nach §§ 47 und 48 EheG in den **§ 49 EheG** als künftig **umfassenden Tatbestand für die Verschuldensscheidung** einbezogen werden. Um in der rechtspolitischen Diskussion aufgetretenen Mißverständnissen zu begegnen, wird in einem in § 49 EheG eingefügten Satz ausdrücklich klargestellt, daß ein **Ehebruch** weiterhin eine schwere Eheverfehlung ist und als Grund für eine Verschuldensscheidung releviert werden kann, dies freilich nur unter der auch für andere Scheidungsgründe zu fordernden Voraussetzungen, daß die Verletzung der Pflicht zur ehelichen Treue die Ehe unheilbar zerrüttet hat. Die Hereinnahme des Ehebruchs in die "relativen" Scheidungsgründe des § 49 EheG hat daher in jenen Fällen, in denen der Ehebruch nicht zur Zerrüttung führt, zumindest im grundsätzlichen eheerhaltende Wirkung. Nur solche Ehen sollen geschieden werden, die auch tatsächlich gescheitert sind.

Und es sei auch auf einen weiteren, praktisch bedeutsameren Aspekt hingewiesen: In der Praxis hat sich gezeigt, daß der absolute Charakter des Ehebruchs als Scheidungsgrund gerade auch zu Nachteilen des schutzbedürftigen Partners in der Ehe führen kann. Verläßt etwa ein Mann seine Frau und zieht er zu einer neuen Partnerin, mit der er eine Lebensgemeinschaft während aufrechter Ehe eingeht, so kann er eine Scheidung nur auf Grund des § 55 EheG, also nach

dreijähriger (spätestens sechsjähriger) Trennung, erwirken; der verlassenen Frau kommt nach einer solchen Scheidung eine besonders begünstigte Rechtsstellung in unterhalts- und versorgungsrechtlicher Hinsicht zu. Begeht allerdings die Frau während dieser Zeit - in der die Ehe bereits unheilbar zerrüttet, aber rechtlich noch aufrecht ist - einmal einen Ehebruch, so erlangt der Mann damit infolge der derzeitigen Unabhängigkeit des Scheidungsgrundes Ehebruch von einer ehezerrüttenden Wirkung einen Anspruch auf Scheidung aus dem (Mit-)Verschulden der Frau, und diese verliert ihre besondere unterhalts- und versorgungsrechtliche Absicherung.

Schließlich kann auch - wie die Rechtsprechung zeigt - nicht generell, also losgelöst vom jeweiligen Einzelfall, davon ausgegangen werden, daß einem Ehebruch jedenfalls größeres ehezerstörendes Gewicht zugeschrieben werden muß als anderen gravierenden Eheverfehlungen. Dies wird auch an dem zweiten, in § 49 EheG exemplarisch als Scheidungsgrund genannten Fehlverhalten (nämlich der **Zufügung körperlichen oder seelischen Leides**) deutlich, das ja bisher schon wegen seiner Häufigkeit als Scheidungsgrund in der forensischen Praxis hohe Bedeutung hatte.

Zusammenfassend zu diesem Punkt läßt sich also sagen, daß der Ehebruch durch seine Einordnung in die "relativen" Scheidungsgründe keineswegs als Eheverfehlung bagatellisiert wird, daß aber seine bisherige Hervorhebung aus dem Katalog der Verschuldensscheidungsgründen sachlich nicht berechtigt ist und die Frage des absoluten Charakters auch nichts mit dem Gewicht zu tun hat, das dem Ehebruch in einem konkreten Fall bei der Verschuldensabwägung zukommt.

7. Auf der gleichen Linie wie die Verstärkung des Zerrüttungsgrundsatzes im Scheidungsrecht liegt auch der Vorschlag, die unterhaltsrechtlichen Regelungen für den Fall der Scheidung wegen Verschuldens um eine Bestimmung zu ergänzen, wonach zur Vermeidung von Härtefällen unter gewissen, eng umschriebenen Voraussetzungen ein **Unterhaltsanspruch unabhängig vom Verschulden** an der Scheidung zustehen soll. Es geht dabei vor allem um jene Fälle, in denen ein Ehegatte - zumeist ist dies die Frau - nach der Eheschließung die Berufsausbildung abgebrochen oder den Beruf aufgegeben, durch Jahre hindurch die Kinder betreut, den Haushalt geführt und dem Partner gewissermaßen den Rücken für seine

berufliche Laufbahn freigehalten hat. Wenn dieser Ehegatte sich dann einmal eine Eheverfehlung zuschulden kommen läßt, die der andere als so schwerwiegend empfindet, daß er darauf gestützt die Scheidung aus dem überwiegenden oder alleinigen Verschulden des einen durchsetzt, soll der nicht berufstätige Ehegatte ungeachtet seiner Eheverfehlung nicht jedenfalls materiell gänzlich unversorgt bleiben und damit letztlich der öffentlichen Hand zur Last fallen. Unter bestimmten Bedingungen soll er gewissermaßen als Ausgleich dafür, was er in die Ehe "investiert", vor allem der Ehe an eigenen Berufsmöglichkeiten geopfert hat, einen - allenfalls zeitlich beschränkten - Unterhaltsanspruch haben. Voraussetzung dafür ist aber, daß es dem Ehegatten auf Grund der Gestaltung der früheren ehelichen Lebensgemeinschaft oder zufolge der aktuellen Pflege und Erziehung aus der Ehe stammender Kinder nicht zugemutet werden kann, sich selbst zu erhalten. Durch eine entsprechende Einschränkung im Gesetzestext soll auch sichergestellt werden, daß es dabei nicht zu grob unbilligen Ergebnissen kommt; im Rahmen dieser Billigkeitsklausel wird insbesondere auch auf die Ursachen für das Scheitern der Ehe Bedacht zu nehmen sein.

Hinsichtlich des Ausmaßes dieses Unterhaltsanspruchs wurde ein neuer Weg beschritten, weil zum einen die im Recht des Ehegattenunterhalts gängige Orientierung an den Lebensverhältnissen beider Ehegatten für diesen besonderen Unterhaltstypus ein zu großzügiger Maßstab wäre, zum anderen aber dem im oben dargelegten Sinn unterhaltsbedürftigen Ehegatten nicht bloß der notdürftige Unterhalt zugebilligt werden soll. Der deshalb einzuschlagende "Mittelweg" wurde durch eine Anleihe aus dem deutschen Recht, nämlich dem gegenüber den Lebensverhältnissen reduktiven Abstellen auf den **Lebensbedarf** in § 1578 BGB, gefunden; im einzelnen wird darauf im Besonderen Teil eingegangen. Überdies können - wie ebenfalls im Besonderen Teil aufgezeigt werden wird - auch Billigkeitsüberlegungen in die Festsetzung der Unterhaltshöhe einfließen.

**8. Weitere Regelungsvorschläge auf dem Gebiet des nachehelichen Unterhalts** knüpfen zum einen an die Unwirksamkeit einer im Zuge einer einvernehmlichen Scheidung nach § 55a Abs. 2 EheG getroffenen Unterhaltsvereinbarung und zum anderen an eine Scheidung nach den

Zerrüttungstatbeständen der §§ 50 bis 52 und 55 EheG an. Im einzelnen sei dazu auf die Ausführungen im Besonderen Teil verwiesen.

**9.** Von den Neuregelungen im Recht der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse ist vor allem jene hervorzuheben, durch die die **Ehewohnung** künftig auch dann in die Aufteilung einbezogen werden soll, wenn sie **zu einem Unternehmen gehört**. Weiters sollen aus dem ehelichen Gebrauchsvermögen oder den ehelichen Ersparnissen getätigte **Investitionen** eines Ehegatten **in ein Unternehmen**, an dem ihm oder beiden Ehegatten ein Anteil zusteht, wertmäßig in die Aufteilung einbezogen werden. Dabei sollen aber alle Vorteile berücksichtigt werden, die die Investition mittelbar - nämlich über die dadurch herbeigeführte Stärkung des Unternehmens und damit verbundene Erhaltung oder Erhöhung der Zuflüsse aus diesem an die Ehegatten - für den durch sie zunächst - aufteilungsrechtlich - verkürzten Ehegatten bewirkt hat.

**10.** Wie schon in Punkt II erwähnt, unternahm das Bundesministerium für Justiz gemeinsam mit dem Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie einen Modellversuch zur Erprobung der **Mediation** in Scheidungs- und Trennungsfällen, der sozialwissenschaftlich begleitet und evaluiert wurde. Auf Grund des Erfolgs dieses Projekts wurde der gerichtsbezogene Einsatz der Mediation ab dem Jahr 1997 schrittweise ausgebaut. Nun kann zwar das Konfliktregelungsinstrument der Mediation auch ohne besondere gesetzliche Bestimmungen in solchen Scheidungs- und Trennungssituationen eingesetzt werden, doch soll dieser Einsatz durch materiell- und verfahrensrechtliche Vorkehrungen gefördert werden. Zu diesem Zweck soll in das Ehegesetz eine Bestimmung aufgenommen werden, die eine zwischen den Parteien und dem Mediator schriftlich zu vereinbarenden Verschwiegenheitspflicht des Mediators vorsieht, von der nur Inhalt und Auslegung einer im Zuge der Gespräche erzielten Scheidungsvereinbarung ausgenommen sind. Auch soll durch eine Bestimmung über die Hemmung der Verjährung und sonstiger Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen sichergestellt werden, daß die Ehegatten während laufender Einigungsversuche nicht gezwungen sind, wegen drohenden Fristablaufs der Einigung abträgliche Verfahren gegeneinander einzuleiten. Korrespondierend zu

diesen materiellrechtlichen Regelungen sollen in die Zivilprozeßordnung Bestimmungen über ein Verbot der Vernehmung von Mediatoren in Ansehung der ihrer Verschwiegenheitspflicht unterliegenden Wissensinhalte und über die Erstreckung der Tagsatzung zur Ermöglichung der Inanspruchnahme einer Mediation sowie in die Strafprozeßordnung eine Bestimmung über die Befreiung des Mediators von der Zeugnispflicht hinsichtlich dieser Wissensinhalte eingefügt werden.

**11. Der Sicherung des dringenden Wohnbedürfnisses eines Ehegatten** soll eine eigene, in den Abschnitt der Exekutionsordnung über einstweilige Verfügungen eingefügte Gesetzesbestimmung gewidmet werden, in der unter anderem die dafür zur Verfügung stehenden Sicherungsmittel ausdrücklich angeführt sowie die Voraussetzungen für die und die Vorgangsweise bei der Erlassung einer solchen **einstweiligen Verfügung** zum Teil - und zwar in einer den sicherungsbedürftigen Ehegatten privilegierenden Weise - abweichend von den allgemeinen Bestimmungen über solche Provisorialmaßnahmen geregelt werden. Im einzelnen wird dazu auf die entsprechenden Ausführungen im Besonderen Teil verwiesen.

## V. Nicht verwirklichte Regelungsüberlegungen

Schon in Punkt III wurde dargelegt, daß einige der zu diesem Gesetzesvorhaben erstatteten Reformvorschläge auf Grund der darüber geführten Diskussion und der sich daraus ergebenden Abwägungen nicht oder jedenfalls nicht in ihrem Kern in diesen Gesetzesentwurf aufgenommen wurden. Für die Frage eines gänzlichen Abgehens vom Verschuldensprinzip im Scheidungsrecht wurden die dafür maßgebenden Überlegungen in Punkt III präsentiert. Im folgenden sei auch auf andere, in diesem Entwurf (noch) nicht realisierte Änderungsvorschläge eingegangen.

**1. Die Abgeltung der Mitwirkung im ehelichen Erwerb** nach § 98 ABGB wird von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung als eine Art Gewinnbeteiligung am Erwerbserfolg des anderen Ehegatten verstanden. In der im

Verlauf der Gesamtdiskussion zu dem Gesetzesprojekt gebildeten Unterarbeitsgruppe, die sich mit dem Ehwirkungsrecht befaßte, wurde demgegenüber eine andere Konstruktion dieses Anspruchs erwogen. Demnach sollte der im Erwerb mitwirkende Ehegatte Anspruch auf eine angemessene Vergütung haben, die sich an den Einkünften orientieren sollte, die er für eine gleiche oder ähnliche Tätigkeit im Erwerbsleben erzielen würde. Der wesentliche Unterschied dieses Modells zur derzeit gegebenen Rechtslage in ihrer durch Doktrin und Judikatur herausgebildeten Ausprägung bestünde darin, daß es für diesen Vergütungsanspruch grundsätzlich nicht mehr auf den ökonomischen Erfolg des Erwerbs bzw. der Mitwirkung daran ankäme. Dieser Vorschlag fand auch noch Eingang in den Diskussionsentwurf, und zwar durch eine entsprechende Neuformulierung zu § 98 ABGB und die jeweilige Ersetzung des Wortes "Abgeltung" durch den neu gewählten Begriff "Vergütung" in den §§ 99, 1486a und 1495 ABGB. In der Unterarbeitsgruppe waren parallel zu dieser Neuregelung auch Änderungen bezüglich der Verjährung dieses Anspruchs überlegt worden, die allerdings im Diskussionsentwurf nicht mehr vorgeschlagen wurden.

Im weiteren Diskussionsverlauf wurden allerdings gegen diese Änderungsanregungen ernstzunehmende Bedenken erhoben. Vor allem wurde darauf hingewiesen, daß der auf dem Boden des geltenden Rechts von Rechtsprechung und Lehre überwiegend vertretene Gewinnbeteiligungsgedanke eher dem Wesen der Ehe als Risiko- und Schicksalsgemeinschaft adäquat sei als eine dem arbeitsrechtlichen Entlohnungsanspruch verwandte Vergütungsregelung. Auch wurde zutreffend eingewendet, daß den Ehegatten, wenn sie einen derartigen Anspruch begründen wollten, ohnedies das dienstvertragliche Gestaltungsinstrumentarium zur Verfügung stände. Dieser Einwand gewinnt durch die in diesem Entwurf vorgesehene Beseitigung der derzeit unter bestimmten Voraussetzungen bestehenden Pflicht zur Mitwirkung im Erwerb des anderen noch an Bedeutung. Daraus ergibt sich nämlich, daß die Mitwirkung im Erwerb zumindest rechtlich immer auf der freien Willensentscheidung des mitwirkenden Ehegatten beruht (weil ja eine gesetzliche Pflicht nicht mehr besteht). Wenn der mitwirkende Ehegatte für seine Tätigkeit eine entlohnungsähnliche Gegenleistung erhalten will, hat er die Möglichkeit, sich im Rahmen der mit dem anderen Ehegatten zu treffenden Vereinbarung über diese Mitwirkung einen solchen Anspruch

auszubedingen. Und tatsächlich kommt es ja in der Praxis auch durchaus häufig vor, daß zwischen Ehegatten - aus den verschiedensten Erwägungen - Dienstverträge abgeschlossen werden, die ein entsprechendes Entgelt für solche Mitwirkungsleistungen vorsehen. Die unveränderte Beibehaltung des § 98 ABGB läßt für den mitwirkenden Ehegatten auch künftig noch die Chance offen, im Fall eines guten unternehmerischen Erfolgs über den vereinbarten Arbeitslohn hinaus auch noch eine beträchtliche übersteigende Abgeltung verlangen zu können (§ 100 letzter Halbsatz ABGB). Diese Möglichkeit müßte bei einer lohnähnlichen, an vergleichbaren Arbeitseinkünften orientierten Konstruktion der Mitwirkungsvergütung wohl entfallen, sodaß in einer solchen Konstellation der mitwirkende Ehegatte durch eine solche Regelung sogar schlechter gestellt wäre als nach geltendem Recht. Aus all diesen Gründen wurde dieser Regelungsvorschlag der Unterarbeitsgruppe nicht in diesen Gesetzesentwurf übernommen.

2. Die zweitinstanzliche und später auch höchstgerichtliche Rechtsprechung hat zur Bemessung des **Ehegattenunterhalts** generalisierende Regeln dergestalt entwickelt, daß für die konkrete Unterhaltsberechnung bestimmte **Prozentsätze** der Unterhaltsbemessungsgrundlage herangezogen werden. Nach dieser Judikatur hat der einkommenslose Ehegatte (bzw. jener mit einem nur sehr niedrigen Einkommen) gegen den anderen grundsätzlich einen Unterhaltsanspruch in Höhe von 33 % der - im wesentlichen aus dem Nettoeinkommen des anderen Ehegatten bestehenden - Bemessungsgrundlage; diese Prozentquote kann sich infolge Berücksichtigung sonstiger Sorgepflichten des anderen Ehegatten durch Prozentabschläge von jeweils 3 bis 4 % noch verringern. Wenn beide Ehegatten ein für die Unterhaltsermittlung relevantes Einkommen erzielen, bildet im wesentlichen die Summe der beiden Nettoeinkommen die Bemessungsgrundlage, von der dem minderverdienenden Ehegatten nach dieser Rechtsprechung ein Unterhaltsanspruch im Ausmaß von 40 % dieses Familieneinkommens abzüglich seines Eigeneinkommens zusteht; auch diese 40%ige Berechnungsquote kann durch die Bedachtnahme auf sonstige Unterhaltspflichten prozentuelle Reduktionen erfahren.

Diese Judikaturlinien sind in der Lehre bereits mehrfach auf Kritik gestoßen. Es wurde darin eine nicht sachgerechte Benachteiligung des haushaltführenden

bzw. des einkommensschwächeren Ehegatten erblickt. Die Kritik an der gängigen Unterhaltspraxis mündete in die Forderung, daß etwa im Fall beidseitiger Erwerbstätigkeit grundsätzlich von einer 50%igen Anspruchsquote des minderverdienenden Ehegatten ausgegangen und auch der Berechnung des Unterhalts für den einkommenslosen Ehegatten ein höherer Ausgangsprozentsatz zugrunde gelegt werden sollte (so etwa *Lackner*, Gleichbehandlung im Unterhaltsanspruch der Ehegatten? RZ 1992, 62; *Kerschner*, Gesellschaftspolitische Tendenzen in der Zivilrechtsjudikatur, RZ 1995, 272 [272]). Auch in der Arbeitsgruppe wurde von mancher Seite die Forderung nach einer prinzipiell halbteiligen Anspruchsquote erhoben.

Der Entwurf setzt diese Forderung aus systematischen, rechtspolitischen und dogmatischen Gründen nicht um. Zunächst ist zu bedenken, daß sich die kritisierten Prozentsätze ja nicht unmittelbar aus dem Gesetzesrecht, sondern erst durch dessen Anwendung in der gerichtlichen Praxis ergeben. Die gesetzlichen Bestimmungen über den ehelichen und nachehelichen Unterhalt sind hingegen allgemein gehalten und treffen keine konkreten Aussagen über die Unterhaltshöhe. Dies entspricht durchaus auch dem System des österreichischen Unterhaltsrechts und seiner Rollenverteilung zwischen gesetzlichen Normen und ihrer judikativen Handhabung. Die vorerwähnte Kritik richtet sich daher auch primär an die Rechtsprechung und nicht etwa an den Gesetzgeber. Ein korrigierender Eingriff des Gesetzgebers in diese von manchen nicht gewünschten Judikaturlinien durch eine singuläre Anordnung über die Unterhaltshöhe stünde zu dieser Systematik und Aufgabenverteilung in einem Spannungsverhältnis.

Zu berücksichtigen ist weiters, daß eine starre Regelung etwa des Inhalts, daß beiden Ehegatten jedenfalls 50 % des Familieneinkommens (vorbehaltlich der Berücksichtigung weiterer Sorgepflichten) zukommen sollten, mit den fundamentalen Säulen des Unterhaltsanspruchs nicht in Einklang zu bringen wäre. Das Einkommen, also die Leistungsfähigkeit des oder der erwerbstätigen Ehegatten, ist ja nach den dogmatischen Grundfesten des Unterhaltsrechts nicht alleiniges Kriterium für den Unterhaltsanspruch. Wesentlich ist ja auch der Bedarf und in engem Konnex dazu die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Wenn nach diesen weiteren Kriterien wesentliche Teile des Familieneinkommens nicht zum laufenden ehelichen Lebensaufwand, sondern zur Bildung von Vermögen

verwendet werden, hätte die uneingeschränkte Verwirklichung eines gleichteiligen Partizipationsanspruchs der Ehegatten zum Teil auch ehegüterrechtlichen Charakter. Zwischen den Mitgliedern der Arbeitsgruppe bestand aber Übereinstimmung darüber, daß Änderungen am geltenden Ehegüterrecht nicht vorgenommen werden sollten.

Schließlich wäre eine gesetzliche Regelung über einen grundsätzlich 50 %igen Unterhaltsanspruch auch nicht konsensfähig gewesen. Schon in der bisherigen Debatte traf dieses Ansinnen auf durchaus maßgeblichen Widerstand. Dieser stützte sich vor allem auf zwei Argumente: Zum einen habe der erwerbstätige (und daher unterhaltspflichtige) Ehegatte wegen seiner Erwerbstätigkeit einen höheren Aufwand - z.B. an Kleidung - als der haushaltsführende Ehegatte; zum anderen müsse dem Erwerbstätigen auch ein Leistungsanreiz geboten werden. Wie immer man zu diesen Argumenten steht, muß doch in rechtspolitischer Hinsicht die schon in Punkt I dargestellte Bedeutung der Konsensfähigkeit wichtiger familienrechtlicher Regelungen bedacht werden. Eine gesetzliche Regelung zur Korrektur der Rechtsprechung über die Höhe des Unterhalts zwischen Ehegatten wurde daher in den Entwurf nicht aufgenommen.

**3.** Noch vor der Einsetzung der Arbeitsgruppe wurde im Zusammenhang mit den Bestrebungen zur Reformierung des Ehe- und Scheidungsrechts die Forderung erhoben, die **pensionsrechtliche Vorsorge für nicht oder nicht voll erwerbstätige Ehefrauen** möge grundlegend verbessert werden. Die dazu skizzierten Lösungsansätze etwa eines Rentensplittings oder aber einer pensionsversicherungsrechtlichen Eigenversorgung von Hausfrauen und Hausmännern wurden bereits in Punkt III angesprochen. Dieser Fragenkreis bedarf noch eingehender Diskussion und fällt überdies auch nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Justiz, weshalb Regelungen hierüber in den vorliegenden Gesetzesentwurf nicht eingearbeitet wurden.

**4.** In einem engen inhaltlichen Konnex mit dem Scheidungsrecht steht die Frage, welche Auswirkungen eine Ehescheidung auf die Rechtsbeziehungen zwischen den geschiedenen Ehegatten und den aus der Ehe stammenden minderjährigen Kindern hat. Exemplarisch sei hier die in den letzten Jahren

diskutierte Thematik der **Obsorge nach der Scheidung** erwähnt. Die damit angesprochenen kindschaftsrechtlichen Fragen sind jedoch aus systematischen Gründen nicht im vorliegenden Gesetzesentwurf zu behandeln, sondern bleiben einem im Bundesministerium für Justiz parallel dazu vorangetriebenen Gesetzesprojekt zur Änderung des Kindschafts- und Sachwalterrechts vorbehalten, zu dem im Bundesministerium für Justiz ebenfalls ein Ministerialentwurf vorbereitet wird. Im Rahmen dieses Vorhabens wird beispielsweise auch die schon angerissene Frage zu lösen sein, durch welche gesetzliche Regelung einerseits das Fortdauern gemeinsamer Elternverantwortung auch über eine Scheidung hinaus optimal unterstützt und andererseits Konfliktfelder, Machtkämpfe und Mißbräuche, wie sie noch aus Zeiten der Rechtsfigur der "väterlichen Gewalt" bekannt sind, bestmöglich vermieden werden können. Hier sei nur angedeutet, daß sich zur Erfüllung dieser potentiell zum Teil konfliktierenden Anforderungen im Verlauf der darüber geführten Diskussion nicht so sehr das von manchen vehement geforderte, aber etwas pauschale und das zweiterwähnte Erfordernis nicht ausreichend befriedigende Modell der gemeinsamen Obsorge, sondern eher die neu entwickelte, fein ausdifferenzierte Rechtsfigur der Teilhabe an der dem anderen übertragenen Obsorge als geeignetes Instrument herauskristallisiert hat.

## **VI. Kosten (Auswirkungen auf den Bundeshaushalt)**

Die hier entworfenen Neuregelungen werden keine Mehrbelastung der Gerichte zur Folge haben. Durch die Beseitigung der Verfahren zur Feststellung der Rechtmäßigkeit der gesonderten Wohnungnahme und der Verlegung der gemeinsamen Wohnung nach § 92 Abs. 3 ABGB wird eher eine - wenn auch nur sehr geringfügige - Verringerung richterlichen Aufwands eintreten. Dem könnten auf der anderen Seite allenfalls zusätzliche Verfahren über die nun neu vorgesehenen, grundsätzlich verschuldensunabhängigen Unterhaltsansprüche nach Ehescheidung gegenüberstehen, die der Größenordnung nach aber wohl ebenfalls kaum zu einer ins Gewicht fallenden Veränderung der Belastungsverhältnisse führen werden. Im übrigen sind die hier vorgeschlagenen Regelungen gänzlich aufwands- und damit kostenneutral. Die Verwirklichung dieses Gesetzesvorhabens wird sohin keine Auswirkungen auf den Bundeshaushalt zeitigen.

Dabei wird keinesfalls übersehen, daß der mit diesem Gesetzesvorhaben unter anderem - wenngleich nur peripher - angesprochene Dienstleistungsbereich der Mediation insofern auch einen Kostenfaktor darstellt, als die Tätigkeit von Mediatoren ja entsprechend abzugelten ist und sich daher vor allem bei einer weiteren Verbreitung dieses Konfliktregelungsinstruments auch die Frage stellt, wer den daraus entstehenden Aufwand zu tragen hat; hier wird jedenfalls grundsätzlich an eine Kostentragung durch die Parteien zu denken sein. Diese Fragen werden jedoch erst in Zukunft, nämlich dann zu diskutieren und zu lösen sein, wenn die Mediation über das Stadium projekthafter Erprobung hinaus Verbreitung findet und einen festen Platz in der Palette der in Scheidungs- und Trennungsfällen möglichen Abläufe einnimmt. Dies ist derzeit noch nicht der Fall, und auch dieses Gesetzesvorhaben weist der Mediation weder eine solche Position allgemein zu, noch berührt es diesbezügliche Fragen der Kostentragung. Auch in Ansehung der Mediation ist dieses Gesetzesprojekt daher nicht mit Kostenfolgen für den Bundeshaushalt verbunden.

## VII. EU-Konformität

Für die Lebensbereiche Ehe, Ehescheidung, Scheidungsfolgen und Scheidungsverfahren gibt es keine hier in irgendeiner Weise relevanten Normen des Gemeinschaftsrechts. Das Gesetzesvorhaben berührt daher keine Rechtsnormen der Europäischen Union.

## Besonderer Teil

### Zu Artikel I (Änderungen des ABGB)

#### Zu Z 1 (Aufhebung von § 90 zweiter Satz ABGB)

Schon im Zuge der Beratungen über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe im Vorfeld der diesbezüglichen Gesetzwerdung im Jahr 1975 war die gesetzliche Verankerung der unter bestimmten Voraussetzungen bestehenden Pflicht eines Ehegatten zur Mitwirkung im Erwerb des anderen nicht unumstritten. Umso mehr wird eine solche "Arbeitspflicht" heute nach Verstrecken von mehr als zwei Jahrzehnten und im Lichte des seither weiterentwickelten Verständnisses von einer partnerschaftlichen Stellung von Mann und Frau in der Ehe als nicht mehr zeitgemäß empfunden. Auch entspricht die ohnehin nur unter eng umgrenzten Voraussetzungen geltende Verpflichtung zur Mitwirkung nicht mehr der sozialen Realität, zumal solche Mitwirkungsleistungen ihre rechtliche Basis meistens nicht in dieser Gesetzesbestimmung, sondern in einem zwischen den Ehegatten begründeten Angestelltenverhältnis haben. Die aus all diesen Gründen vorgesehene **Streichung der Mitwirkungspflicht** gemäß § 90 zweiter Satz ABGB traf in der Arbeitsgruppe auf ungeteilte Zustimmung. Nochmals sei aber darauf hingewiesen, daß sich aus der Aufhebung dieser gesetzlichen Anordnung **keine Änderungen der in § 90 erster Satz ABGB geregelten allgemeinen Beistandspflicht** der Ehegatten ergeben.

#### Zu Z 2 (§ 91 ABGB)

1. Schon das **geltende Ehewirkungsrecht** enthält in § 91 ABGB das Gebot einvernehmlicher Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft nach partnerschaftlichen Grundsätzen. Zwar sind die Ehegatten bei dieser Gestaltung grundsätzlich autonom, und auch inhaltlich sind ihnen dafür durch das Gesetz keine allzu engen Grenzen etwa hinsichtlich der konkreten Rollenverteilung gezogen. Doch ergibt sich schon aus der derzeitigen Rechtslage, daß eine **sehr einseitige** und in ihrem Ungleichgewicht nicht etwa in den besonderen Gegebenheiten bei

einem oder bei beiden Ehegatten sachlich begründete **Zuweisung der jeweiligen Aufgaben und Lasten gesetzlich verpönt** ist (wenngleich - wie schon zu Punkt I des Allgemeinen Teils ausgeführt - eine rechtsförmige Mißbilligung dieser gestörten Balance erst im Scheidungsverfahren in Betracht kommt). Der Ehemann, der trotz beidseitiger Vollerwerbstätigkeit der Ehegatten die Versorgung des Haushalts zur Gänze seiner Frau überläßt und erwartet, von dieser abendlich und an den Wochenenden noch "bekocht" und bedient zu werden, entspricht zweifellos schon jetzt nicht dem partnerschaftlichen Leitbild des Familienrechtsgesetzgebers. Dies ergibt sich neben dem schon erwähnten § 91 auch aus § 89 ABGB, wonach die persönlichen Rechte und Pflichten der Ehegatten im Verhältnis zueinander grundsätzlich gleich sind.

Dennoch wurde in den vergangenen Jahren vor allem von Frauenseite und der verantwortlichen Ressortleiterin kontinuierlich gefordert, das **Gebot prinzipiell gleichmäßiger Lastenverteilung** - vor allem hinsichtlich der Haushaltsführung und der Kinderbetreuung - **normativ noch zu verdeutlichen und zu verstärken**. Dieser Forderung lag die Erwägung zugrunde, daß eine solche Klarstellung im Eherecht neben anderen gesetzlichen Schritten und sonstigen Maßnahmen der Bewußtseinsbildung dazu beitragen könnte, die auf Grund verschiedener Untersuchungen auch noch für die Gegenwart festzustellende Disparität zwischen den Geschlechtern im familiären Bereich schrittweise zu vermindern.

Tatsächlich ist diese Überlegung keineswegs unrealistisch. Wie schon in Punkt I des Allgemeinen Teils dargelegt wurde, kann von normativen Aussagen zu Fragen des familiären Zusammenlebens durchaus eine gewisse Signalwirkung ausgehen und besonders das Ehewirkungsrecht ein zumindest unterstützendes Element zur Gestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse sein. Eingedenk dieser oftmals subtilen Effizienz familienrechtlicher Regelungen will der Entwurf das Partnerschaftsprinzip noch deutlicher auch in Richtung einer gerechten Aufgabenverteilung hervorheben. Zu diesem Zweck wird in das Gebot des § 91 ABGB zur einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft eine gesetzliche Zielvorgabe aufgenommen. Die Ehegatten sollen ihr Zusammenleben und -wirken demnach so gestalten, daß ihre **jeweiligen Beiträge** zur Lebensgemeinschaft **bei gesamthafter Betrachtung zur Gänze ausgewogen**

sind. Dabei kommt es also nicht auf eine strikt halbteilige Erfüllung jeder einzelnen der sich im Rahmen der Lebensgemeinschaft stellenden Aufgaben, sondern darauf an, daß alle diese Aufgaben in Summe gerecht und daher grundsätzlich zur Hälfte auf die Ehegatten aufgeteilt werden. Es muß daher nicht jede im Haushalt oder sonst im Eheleben anfallende Arbeit, wie etwa das Schuhe- oder Fensterputzen, das Bügeln der Wäsche oder die Kinderbetreuung, von Mann und Frau exakt zur Hälfte erledigt werden. Es geht vielmehr darum, daß beide Ehegatten nach ihren Fähigkeiten und Möglichkeiten so zum ehelichen Zusammenleben beitragen, daß sich in einem quantitativen und qualitativen Gesamtkalkül ihre Leistungen und Lasten die Waage halten. Bei der Beurteilung einer solchen Ausgewogenheit ist allerdings auch zu berücksichtigen, daß die verschiedenen Aufgabenbereiche gemeinhin als unterschiedlich beschwerlich und mühevoll empfunden werden, weshalb etwa auch eine nach Zeiteinheiten paritätische Aufteilung letztlich doch ungerecht sein und damit diesem "**Gleichbeteiligungsgrundsatz**" widersprechen kann (etwa wenn ein Ehegatte wegen seiner persönlichen Vorliebe für die gehobene Kochkunst täglich ein viergängiges Menü zubereitet, aber vergleichsweise unangenehmere Haushaltstätigkeiten zur Gänze dem anderen überläßt).

Freilich wird es **Ausnahmefälle** geben, in denen die Verwirklichung dieses Gleichbeteiligungsgrundsatzes einem der Ehegatten nicht zumutbar ist. Wenn etwa ein Ehegatte an einer schweren chronischen Krankheit leidet und dadurch in seiner Leistungsfähigkeit erheblich eingeschränkt ist, wird man von ihm für die Dauer dieser Einschränkung keinen 50prozentigen Beitrag zur Tragung der Gesamtlast verlangen können. Hingegen sind etwa unterschiedliche Fertigkeiten oder bloß aus Liebhaberei resultierende Beanspruchungen kein hinreichender Grund dafür, sich der gleichteiligen Partizipationspflicht zu entziehen. So kann zum Beispiel das Argument, für Haushaltstätigkeiten nicht geeignet zu sein oder für diese wegen eines intensiv betriebenen Hobbys keine Zeit aufbringen zu können, keine Ausnahme von der Gleichbeteiligungspflicht begründen.

Ergänzend zu dieser Zielvorgabe wird die **exemplarische Aufzählung einzelner**, bei der Gestaltung des Zusammenlebens besonders im Vordergrund stehender **Teilbereiche der ehelichen Lebensgemeinschaft** um zwei Elemente

erweitert. Zum einen wird nun auch die Obsorge in diesem Katalog erwähnt, um noch stärker darauf hinzuweisen, daß auch die Betreuung und Versorgung der Kinder ein maßgeblicher Teil der Lebensgemeinschaft ist und bei der Beurteilung der Ausgewogenheit der jeweiligen Beiträge auch gebührlich berücksichtigt werden muß. Zum anderen wird auch die Leistung des Beistands angeführt, womit nicht nur die unmittelbar dem anderen Ehegatten zukommenden Beistandsleistungen, wie etwa die Krankenpflege oder die Mitwirkung im Erwerb, sondern auch die Betreuung von pflegebedürftigen Angehörigen des anderen Ehegatten gemeint ist.

2. Die Ehegatten haben gemäß § 91 ABGB ihre Lebensgemeinschaft einvernehmlich zu gestalten. Dies kann ausdrücklich oder konkludent geschehen; in Lehre und Rechtsprechung werden auch sogenannte "faktische Einigungen" im Sinn einer durch längere Zeit unwidersprochen befolgten Übung anerkannt. Strittig sind allerdings die Rechtsnatur und die Wirkungen eines solchen faktischen Geschehens, aber auch die Rechtsfolgen einer Gestaltungsvereinbarung. In der Frage der Bindungswirkung besteht zwar im grundsätzlichen Konsens darüber, daß ein grundloses einseitiges **Abgehen von einer solchen Gestaltung** dann rechtswidrig sein und auch einen Scheidungsgrund bilden kann, wenn dadurch Interessen des anderen Ehegatten oder der Kinder ungerechtfertigt verletzt werden (und in der allgemeinen Form muß diesem Theorem jedenfalls beigeplichtet werden). In seiner Anwendung auf bestimmte Fallkonstellationen werden aus diesem Grundsatz aber recht **unterschiedliche** und zum Teil - aus rechtspolitischer Sicht - nicht zustimmungswürdige **Ergebnisse** gewonnen. So wurden etwa in der Judikatur divergierende Meinungen darüber vertreten, ob es für die Zulässigkeit eines Abgehens von einer Gestaltungseinigung jedenfalls oder aber nur bei kollidierenden Interessen des Partners oder der Kinder eines wichtigen Grundes bedarf. In der auf dem erstgenannten Standpunkt fußenden Entscheidung JBI. 1991, 714 wurde der Wunsch eines Ehegatten nach einer Berufsausbildung oder Berufstätigkeit - neben anderen Umständen, wie etwa der Geburt eines Kindes oder dem Wegfall von Kinderbetreuungspflichten - nur unter eingeschränkten Voraussetzungen als ein wichtiger Grund für ein einseitiges Abgehen von einer Gestaltungsvereinbarung gewertet (so beispielsweise bei fehlender Auslastung des Ehegatten durch die Haushaltsführung und Erfordernis der Berufsausbildung oder

-tätigkeit, um der geistigen oder gesellschaftlichen Isolation zu entgehen). In der angesprochenen Entscheidung wurde auch dem Aspekt einer merklich ungleichen Aufgabenverteilung zwischen den Ehegatten (durch Doppelbelastung der Frau) für die Frage der Berechtigung eines einseitigen Abgehens nur insofern Bedeutung beigemessen, als eine Unerträglichkeit dieser Doppelbelastung durch Beruf und Haushalt diese Änderung legitimiert hätte.

Demgegenüber wird im rechtswissenschaftlichen Schrifttum (z.B. *Schwimann*, Die nichtvermögensrechtlichen Ehewirkungen im neuen Recht und dessen Problematik, ÖJZ 1976, 365 [371]; *Kerschner*, Vereinbarungen der Ehegatten über die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft, in *Harrer/Zitta* (Hrsg.), Familie und Recht [1992] 391 [409 ff.]; *Ferrari-Hofmann-Wellenhof*, Anm. zu JBl. 1991, 714; *Holzner*, Anm. zu JBl. 1998, 245; u.a.) einhellig die Auffassung vertreten, daß von einer nichtvermögensrechtlichen Vereinbarung nach § 91 ABGB jeder Ehegatte auch grundlos, wenn auch unter Rücksichtnahme auf den anderen Ehegatten und das Wohl der Kinder, abehen kann; erst auf Grund besonderer Interessen des anderen Partners oder der Kinder müsse der änderungswillige Ehegatte seinen Änderungswunsch auf bestimmte Gründe stützen (*Kerschner* a.a.O.; *Ferrari-Hofmann-Wellenhof* a.a.O.). Je weiter die Beiträge eines Ehegatten über das hinausgehen, was das Gesetz von ihm verlangt, desto leichter müsse ihm ein Abehen von der Gestaltung möglich sein (*Ferrari-Hofmann-Wellenhof* a.a.O.; vgl. auch *Holzner* a.a.O. zur Unhaltbarkeit der "Versteinerung" einer ungerechten Verteilung).

Der hier vorgeschlagene **Abs. 2** des § 91 ABGB versucht zunächst, einen **Beitrag zur Lösung dieser Kontroverse zu den dogmatischen Facetten** des Abgehens von einer Gestaltungseinigung zu leisten, indem er - wie sogleich noch näher auszuführen sein wird - einen allein in der Person des änderungswilligen Ehegatten liegenden Grund (nämlich dessen Wunsch nach Aufnahme einer Erwerbstätigkeit) als ausreichende Grundlage für das Änderungsverlangen anerkennt und damit allgemein zum Ausdruck bringt, daß für die Zulässigkeit des Abgehens keine allzu strengen Voraussetzungen gefordert werden dürfen. Hinzuweisen ist aber darauf, daß die Streitfrage, ob nun ein Abehen von der bisherigen Gestaltung grundsätzlich nur bei Vorliegen eines gerechtfertigten

Grundes erlaubt ist oder ob es einer Legitimation durch einen gerechtfertigten Grund nur bei einer Verletzung maßgeblicher Interessen des anderen Ehegatten oder der Kinder bedarf, letztlich nur akademisch sein dürfte, weil mangels einer Beeinträchtigung von Interessen anderer Familienmitglieder bei zutreffender Betrachtung wohl schon das Änderungsbedürfnis des Ehegatten allein als gerechtfertigter Grund für das Abgehen zu werten sein wird.

In seinen zentralen Intentionen zielt der neue § 91 Abs. 2 ABGB vor allem auf zweierlei ab: Zum einen soll - wie schon erwähnt - deutlich gemacht werden, daß ein gerechtfertigter Grund für das Abgehen von einer Gestaltungseinigung der Ehegatten - unabhängig, ob ein solcher jedenfalls oder aber nur bei Vorliegen entgegenstehender Partner- oder Kinderinteressen gefordert wird - vor allem auch der **Wunsch** eines von ihnen **nach Aufnahme einer Erwerbstätigkeit** sein kann, ohne daß dies an weitere Voraussetzungen geknüpft werden müßte. Ein solcher Wunsch soll also ganz allgemein zu berücksichtigen sein und nicht etwa nur dann, wenn ein Ehegatte durch die Haushaltsführung nicht ausgelastet ist und eine Berufstätigkeit anstrebt, um der "geistigen oder gesellschaftlichen Isolation zu entgehen". Selbstverständlich können aber auch **andere Gründe** eine legitime Basis für ein Änderungsverlangen eines Ehegatten sein; dies wird durch die Bezugnahme auf die **Änderung der "maßgeblichen Umstände"** zum Ausdruck gebracht. Gemeint sind jene Umstände, die für die bisherige Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft ausschlaggebend oder zumindest von einiger Bedeutung waren. Wenn diese sich ändern, kann darin ebenfalls ein gerechtfertigter Grund für das Abgehen von der Gestaltung - wieder unabhängig von der dogmatischen Streitfrage nach dem Erfordernis eines solchen Grundes - liegen. Dabei können - wie ebenfalls bereits angeführt - auch solche Umstandsänderungen maßgeblich sein, die ausschließlich in der Sphäre des abgehenswilligen Ehegatten eingetreten sind. Auch ein Wunsch nach Rückzug aus einer Berufstätigkeit kann dabei in Betracht kommen, doch wird dabei ebenfalls zu berücksichtigen sein, ob durch die Verwirklichung dieses Wunsches der Familie nicht plötzlich ein zumindest maßgeblicher Teil ihres wirtschaftlichen Fundaments entzogen wird. Allgemein werden **für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Abgehens bzw. Änderungsverlangens mehrere Kriterien** zu prüfen sein: Zu nennen ist hier vor

allem die Ausgewogenheit der bisherigen Gestaltung (vgl. dazu besonders das durch den neu konzipierten § 91 Abs. 1 ABGB besonders hervorgehobene Gleichbeteiligungsprinzip), weiters die hier schon mehrmals angesprochenen Auswirkungen des Änderungsverlangens auf den Partner und die Kinder, die Gründe für den Änderungswunsch und deren Wichtigkeit und schließlich auch die Möglichkeit einer ausgewogenen Gestaltung (im Sinn des Gleichbeteiligungsgrundsatzes) bei Realisierung des Änderungswunsches.

Die hinter den konkreten gesetzlichen Aussagen zu gerechtfertigten Abgehens- bzw. Neugestaltungsgründen stehende grundsätzliche Zielrichtung dieser Bestimmung ist es, Tendenzen in Richtung einer "**Versteinerung**" der **ehelichen Lebensgestaltung entgegenzutreten**, einem allzu restriktiven Verständnis von der Zulässigkeit eines solchen Abgehens eine generelle gesetzliche Norm in die Gegenrichtung entgegenzusetzen (siehe dazu schon die obigen Ausführungen) und das Recht jedes Ehegatten auf Selbstentfaltung, auf Weiterentwicklung der eigenen Persönlichkeit und auf Änderung einer dieser Fortentwicklung nicht mehr adäquaten Lebenssituation bei diesen Abwägungen mit in den Vordergrund zu rücken. Bei all dem hat selbstverständlich die in § 91 ABGB (in seinem nunmehrigen Abs. 1) weiterhin angeordnete Rücksichtnahme aufeinander und auf das Wohl der Kinder eine maßgebliche Leitlinie zu bleiben.

Zum anderen wird im neuen Abs. 2 ausdrücklich die Pflicht der Ehegatten festgelegt, sich im Fall eines berechtigten Änderungswunsches eines von ihnen **um ein Einvernehmen über eine Neugestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu bemühen**. Das Bemühen muß darauf gerichtet sein, unter Bedachtnahme auf die geänderten Verhältnisse eine an den Grundsätzen des Abs. 1 orientierte und daher insgesamt möglichst ausgewogene Neugestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im beiderseitigen Einvernehmen vorzunehmen.

Ebenso wie Abs. 1 für die erstmalige Gestaltung der Lebensgemeinschaft enthält Abs. 2 auch für deren Neugestaltung auf Grund eines Änderungsbegehrens keine Regelungen darüber, was bei einem **Scheitern der Einvernehmensbemühungen** zu gelten hat. Aus den schon in Punkt I des Allgemeinen Teils dargelegten Gründen erhält dieser Fragenkomplex erst im Rahmen eines Scheidungsverfahrens, und zwar bei der Beurteilung des

Verschuldens an der Zerrüttung der Ehe, oder allenfalls in einem Unterhaltsstreit rechtliche Relevanz. Das wichtigste Element der dabei anzustellenden Abwägungen ist die zuvor bereits erörterte Berechtigung des Abgehens bzw. des Änderungsverlangens (und zwar nach den bereits besprochenen Kriterien, nämlich: Ausgewogenheit der bisherigen Gestaltung, Auswirkungen des Änderungsverlangens auf den Partner und die Kinder, Gründe für den Änderungswunsch, Möglichkeit einer ausgewogenen Gestaltung bei Realisierung des Änderungswunsches). Hinzu können aber noch weitere Komponenten kommen: Eine wesentliche Rolle wird auch die Reaktion des Partners auf einen im Sinn des Abs. 2 berechtigten Änderungswunsch sein. Wenn dieser beispielsweise Gespräche über eine Neugestaltung von vornherein strikt ablehnt oder in solchen Gesprächen ungeachtet der gewichtigen Argumente des Änderungswilligen unverrückbar an der bisherigen Lebenssituation festhalten will, also sich einem gemeinsamen Bemühen um die Neugestaltung widersetzt, wird dies im Hinblick auf § 91 Abs. 2 ABGB jedenfalls als Eheverfehlung zu werten sein. Wenn sich hingegen angesichts des berechtigten Änderungswunsches eines Ehegatten in der Folge beide ernsthaft um eine Neugestaltung bemühen, aber dennoch - etwa weil die jeweiligen Vorstellungen von der Lebensführung so weit auseinander liegen - zu keiner konsensualen Lösung gelangen, lassen sich keine generellen Richtlinien für eine Verschuldenszuweisung erstellen. Ein wichtiger Orientierungsmaßstab kann allerdings darin gefunden werden, inwieweit die jeweiligen Vorschläge der Ehegatten für die künftige Neugestaltung den im künftigen § 91 Abs. 1 ABGB normierten Gleichbeteiligungsgrundsatz, also das Prinzip voller Ausgewogenheit der Beiträge, zu verwirklichen geeignet wäre.

Aus dem bisher Gesagten wird überdies auch deutlich, daß nach der Vorstellung des Gesetzgebers das **Bemühen um die einvernehmliche Gestaltung** der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht bloß eine einmalige, nur am Beginn der Ehe zu erfüllende, sondern im Prinzip **eine permanente Aufgabe** in der Ehe sein soll. Eine etwa am Anfang unmittelbar nach der Eheschließung getroffene Regelung über die Aufgabenteilung kann nicht grundsätzlich Fortgeltung während der gesamten Ehedauer für sich beanspruchen.

### **Zu Z 3 (Aufhebung von § 92 Abs. 3 ABGB)**

Gegen die in § 92 Abs. 3 ABGB vorgesehene Möglichkeit, zur Frage der **Rechtmäßigkeit eines Verlangens auf Verlegung der gemeinsamen Wohnung oder einer gesonderten Wohnungnahme** das Gericht anzurufen, hatte das Bundesministerium für Justiz schon im Zuge der Beratungen über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe Bedenken angemeldet. Im Justizausschuß meinte man jedoch, man müsse in einer für die eheliche Lebensgemeinschaft so wichtigen Frage wie der des gemeinsamen Wohnens den Ehegatten die Möglichkeit geben, im Fall einer Auseinandersetzung darüber die Hilfe des Gerichts in Anspruch zu nehmen.

Tatsächlich hat sich in der Gerichtspraxis herausgestellt, daß Verfahren nach § 92 Abs. 3 ABGB in aller Regel nur deshalb eingeleitet wurden, um sich im Vorfeld eines Scheidungsverfahrens gleichsam einen Scheidungsgrund zu "sichern". Die Entscheidung des Außerstreitgerichts in diesen Wohnungsfragen hat nämlich keine Feststellungswirkung, kann also keinen Leistungsauftrag enthalten. Es handelt sich somit um eine im Rahmen ihrer Rechtskraft bindende Vorfragenentscheidung, insbesondere für Ehescheidungs- und Unterhaltsverfahren. Ein besonderes Bedürfnis nach einer gesonderten Vorfragenentscheidung liegt aber zumeist nicht vor. Hinzu kommt, daß nach der Rechtsprechung das Feststellungsverfahren parallel zu einem bereits laufenden Scheidungs- oder Unterhaltsverfahren geführt werden kann. Es läßt sich daher zusammenfassen, daß diese besondere Verfahrensart (die ja zugleich den einzigen Fall darstellt, daß wegen einer rein persönlichen Rechtswirkung der Ehe das Gericht angerufen werden kann) keinem tatsächlichen Rechtschutzbedürfnis entspricht. Dies erweist sich auch daran, daß nur verhältnismäßig wenige dieser Verfahren geführt werden. Aus all diesen Gründen schlägt der Entwurf - gestützt auf diesbezüglich allgemeinen Konsens in der Arbeitsgruppe - die Aufhebung des § 92 Abs. 3 ABGB vor.

### **Zu Z 4 (§ 94 Abs. 3 ABGB)**

Nach geltendem Recht ist der Ehegattenunterhalt grundsätzlich - nämlich vor allem vorbehaltlich einer Aufhebung der Haushaltsgemeinschaft und einer Unterhaltsverletzung - in natura zu leisten. Die Rechtsprechung und der

überwiegende Teil der Lehre billigen dem Unterhaltsberechtigten außerhalb der erwähnten Ausnahmefälle nur einen Anspruch auf Taschengeld zu. Dies bedeutet besonders für den nicht erwerbstätigen und deshalb unterhaltsberechtigten Ehegatten - zumeist ist dies die Ehefrau -, daß er sich mit diesem Taschengeld zufriedengeben muß, wenn der Unterhaltspflichtige Wohnung, Kleidung und Nahrung zur Verfügung stellt und auch die sonstigen Unterhaltsbedürfnisse unmittelbar deckt. Das führt zuweilen zu einer unangemessenen, in manchen Fällen geradezu unwürdigen Abhängigkeit des unterhaltsberechtigten Ehegatten von seinem Partner. Deshalb soll dem Unterhaltsberechtigten grundsätzlich die Möglichkeit gegeben werden, die **Erfüllung des ihm zustehenden Unterhaltsanspruchs** - auch bei aufrechter Haushaltsgemeinschaft - **ganz oder teilweise auch in Geld** zu verlangen.

Dies gilt aber nur insoweit, als nicht ein solches Verlangen rechtsmißbräuchlich wäre. Nach der vorgeschlagenen Formulierung ist bei der Beurteilung der **Rechtsmißbräuchlichkeit** besonders auf die zur Deckung der Bedürfnisse zur Verfügung stehenden Mittel Bedacht zu nehmen. Dies kann mehrerlei bedeuten: Wenn beispielsweise bei sehr schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen die Leistungsfähigkeit eines gegenüber seinem Ehegatten und seinen Kindern Unterhaltspflichtigen gerade dazu ausreicht, um die Aufwendungen für die Ehewohnung und den Einkauf der notwendigsten Bedarfsgüter für die Familie abzudecken, so kann die Forderung des Alimentationsberechtigten, der gesamte ihm rechnerisch zustehende Unterhalt möge in Geld beglichen werden, zumindest partiell rechtsmißbräuchlich sein, weil dies darauf hinausliefe, daß für die Finanzierung der dringendsten Lebensbedürfnisse der Familie nicht mehr die erforderlichen Mittel zur Verfügung stünden. Aber auch unabhängig von derart schwierigen ökonomischen Gegebenheiten wird es als ein Rechtsmißbrauch zu beurteilen sein, wenn der Unterhaltsberechtigte auch den auf sein Wohnbedürfnis entfallenden Unterhaltsanspruch in Geld fordert, obwohl der Unterhaltspflichtige ohnedies sämtliche Kosten der gemeinsamen Wohnung regelmäßig begleicht. Schließlich ist aber auch etwa an jene Fälle zu denken, in denen ein Teil der Unterhaltsbedürfnisse mit den Produkten aus dem eigenen Betrieb befriedigt werden kann, wie dies typischerweise bei Landwirten der Fall ist. Die Bäuerin, die gänzlichen Unterhalt in Geld begehrt, obwohl viele der benötigten Lebensmittel am

Hof unmittelbar zur Verfügung stehen, wird zumindest mit einem Teil ihres Begehrns nicht erfolgreich sein.

### **Zu Artikel II (Änderungen des Ehegesetzes)**

#### **Zu Z 1 und 2 (Aufhebung der §§ 47 und 48 EheG; Änderung des § 49 EheG)**

Die Erwägungen, auf denen einerseits die rechtspolitische Entscheidung, nicht eine gänzliche Abkehr vom Verschuldensgrundsatz im Ehescheidungsrecht vorzuschlagen, und andererseits die vorgesehene Zusammenfassung aller Gründe für eine Verschuldensscheidung in einem einzigen, auch an die Zerrüttung der Ehe als Scheidungsvoraussetzung anknüpfenden Tatbestand beruhen, wurden in den Punkten III und IV.6 des Allgemeinen Teils bereits ausführlich dargestellt. Legistische Konsequenz dieser Überlegungen ist die Aufhebung der §§ 47 und 48 EheG, in denen der Ehebruch und die Verweigerung der Fortpflanzung als "absolute" Scheidungsgründe normiert sind. Wenn dadurch **§ 49 EheG** als **einige Gesetzesbestimmung** verbleibt, die die **Scheidung wegen Verschuldens** eines Ehegatten regelt, ist dem auch durch den Wegfall des Wortes "sonstige" vor der Wendung "schwere Eheverfehlung" im ersten Satz des § 49 EheG Rechnung zu tragen. Zugleich soll die Überschrift "Andere Eheverfehlungen" unmittelbar vor § 49 EheG beseitigt werden, zumal diese infolge der Aufhebung der §§ 47 f EheG (samt Überschriften) obsolet wird und der neue umfassende Verschuldensscheidungstatbestand des § 49 EheG ohnedies unmittelbar der Teilunterabschnittsüberschrift "**I. Scheidung wegen Verschuldens (Eheverfehlungen)**" nachfolgt.

Um Mißverständnissen von vornherein zu begegnen, aber auch aus gesellschaftspolitischen Rücksichten (s. dazu Punkt IV.6 des Allgemeinen Teils) soll in § 49 EheG ein Satz eingefügt werden, der sich mit dem Begriff der **schweren Eheverfehlung** näher befaßt und dabei insbesondere auch auf den Ehebruch Bezug nimmt. Es handelt sich um eine zwar sehr umfassende, aber doch nur demonstrative Anführung von schweren Eheverfehlungen auf zwei

Abstraktionsebenen. Dabei werden zunächst zwei Typen von Eheverfehlungen einzeln genannt und dadurch besonders hervorgehoben und sodann eine weitgehende, allerdings nicht abschließende Generalklausel formuliert. Der erste der beiden singulär genannten schweren Eheverfehlungen ist der **Ehebruch**, der zweite ist die **Zufügung körperlichen oder seelischen Leides**. Letztere Formulierung ist dem § 146a ABGB entnommen; mutatis mutandis kann der Meinungsstand zu dieser kindschaftsrechtlichen Bestimmung auch hier angewendet werden. Erfaßt werden körperliche Gewaltakte ebenso wie psychische Beeinträchtigungen, doch müssen gerade letztere - was sich ja schon aus dem Begriff "Leid" ergibt - eine gewisse Intensität erreichen, um als schwere Eheverfehlung angesprochen werden zu können. Wenn durch ein bestimmtes Verhalten eines Ehegatten beim anderen bloß ein Unlustgefühl hervorgerufen wird, wird in der Regel daraus eine schwere Eheverfehlung noch nicht abzuleiten sein. Gerade mit der ausdrücklichen Nennung der Zufügung von Leid als schwerer Eheverfehlung gemeinsam mit dem Ehebruch soll aber die Bedeutung solcher Eheverfehlungen im Rahmen des Scheidungsrechts besonders ins Bewußtsein gerückt werden. Beschimpfungen, Psychoterror, aber auch die langdauernde, gezielte Ausübung subtilen psychischen Drucks sind als Eheverfehlungen ebensowenig zu bagatellisieren wie körperliche Angriffe, Drohungen mit physischer Gewalt oder ein Ehebruch. Insofern ist die hier vorgeschlagene Einfügung in § 49 Ehe als Fortsetzung des mit dem Bundesgesetz zum Schutz vor Gewalt in der Familie (BGBl.Nr. 759/1996) eingeschlagenen Weges zu verstehen.

Generalklauselartig wird sodann weiter definiert, daß eine schwere Eheverfehlung auch dann vorliege, wenn ein Ehegatte "**sonst seine sich aus den persönlichen Rechtswirkungen der Ehe ergebenden Pflichten schwerwiegender verletzt hat**". Zu denken ist vor allem an die Pflichten zur anständigen Begegnung, zum gemeinsamen Wohnen, zur Treue (auch außerhalb der Unterlassung eines Ehebruchs), zur Unterhalts- oder zur Beistandsleistung, aber auch an die Wahrung des Einvernehmlichkeitsgrundsatzes und des mit diesem Entwurf noch stärker betonten Gleichbeteiligungsgrundsatzes sowie an die Wahrung des sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergebenden Vertrauensverhältnisses. Auf den ersten Blick könnte zu dieser generalklauselartigen Bezugnahme auf alle sich aus

den persönlichen Rechtswirkungen der Ehe ergebenden Pflichten der Einwand erhoben werden, daß damit ohnehin alle nur denkbaren Eheverfehlungen erfaßt würden und die durch das Wort "insbesondere" zum Ausdruck gebrachte Demonstrativität der Aufzählung daher verfehlt sei. Dies trifft allerdings deshalb nicht zu, weil die Judikatur auch Verhaltensweisen als verschuldensscheidungsrelevante Eheverfehlungen gewertet hat, die mit den Ehwirkungen nicht unmittelbar im Zusammenhang stehen, nämlich Verletzungen der Elternpflichten gegenüber den gemeinsamen Kindern. Unter Bedachtnahme darauf wurde der in § 49 EheG einzuschiebende Satz nicht als erschöpfende Aufzählung konstruiert.

### Zu Z 3 (§ 68a EheG)

Auf die Erwägungen, die der Schaffung dieser neuen Gesetzesbestimmung zugrunde liegen, wurde bereits in Punkt III.7 des Allgemeinen Teils eingegangen; zur Vermeidung von Wiederholungen sei darauf verwiesen. Es handelt sich, wie der Einordnung dieser Bestimmung in die Regelungen über die "Unterhaltpflicht bei Scheidung wegen Verschuldens" (Überschrift vor § 66 EheG) zu entnehmen ist, um einen **Unterhaltsanspruch, der an eine Verschuldensscheidung anknüpft**. Nach der bisherigen Rechtslage kommt in einem solchen Fall - unter bestimmten weiteren Voraussetzungen - ein Unterhaltsrecht nur dem Ehegatten zu, der entweder kein oder ein gegenüber dem ehezerstörenden Verhalten des anderen nur deutlich zurückbleibendes Verschulden an der Scheidung trägt; unter eng umgrenzten Voraussetzungen kann auch bei gleichteiligem Verschulden einer der beiden geschiedenen Ehegatten Alimentationsansprüche gegen den anderen erheben. Wer aber selbst das alleinige oder überwiegende Verschulden an der Scheidung trägt, hat nach geltendem Recht keine Möglichkeit, eine Unterhaltsleistung des anderen anzusprechen.

Durch den vorgeschlagenen § 68a EheG soll nun für bestimmte Ausnahmefälle ein **Unterhaltsanspruch unabhängig vom Verschulden**, also auch zugunsten des überwiegend oder allein schuldigen Ehegatten, geschaffen werden. Dieser Alimentationsanspruch steht allerdings unter mehreren Voraussetzungen. Zum einen ist gefordert, daß dem geschiedenen Ehegatten aus bestimmten

Gründen **nicht zugemutet werden kann**, die für seinen Unterhalt erforderlichen **Mittel aus eigenem aufzubringen**. Die Gründe für eine solche Unzumutbarkeit können entweder in der Gestaltung der früheren ehelichen Lebensgemeinschaft oder in der vom Ehegatten aktuell wahrzunehmenden Pflege und Erziehung aus der Ehe stammender Kinder liegen.

Der erstgenannte Fall wird typischerweise gegeben sein, wenn etwa ein Ehegatte nach der Eheschließung seine Berufsausbildung abgebrochen oder seinen Beruf aufgegeben hat, um die ehelichen Kinder und den Haushalt zu betreuen. Wenn dieser Ehegatte deshalb jahre- oder gar Jahrzehntelang keiner eigenen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und sich dann einmal eine Eheverfehlung zuschulden kommen läßt, die der andere zum Anlaß für eine darauf gestützte Verschuldensscheidung nimmt, kann eine Beurteilung anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls ergeben, daß diesem Ehegatten wegen der ehebedingten Absenz vom Berufsleben die (Wieder-)Aufnahme einer Erwerbstätigkeit unzumutbar wäre. In diesem Fall soll dem Ehegatten ungeachtet seines alleinigen oder überwiegenden Verschuldens ein Unterhaltsanspruch gegen den anderen zustehen, zumal er eben zumindest aus dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit als nicht selbsterhaltungsfähig anzusehen ist.

Der zweite Fall liegt dann vor, wenn dem an der Ehezerrüttung und Scheidung allein oder überwiegend schuldigen Ehegatten eine Berufstätigkeit deshalb nicht zugemutet werden kann, weil er aktuell für die Pflege und Erziehung der aus der Ehe stammenden Kinder zu sorgen hat. Bei der Prüfung einer unter diesem Gesichtspunkt allenfalls fehlenden Selbsterhaltungsfähigkeit ist - ebenso wie beim Unterhaltsanspruch nach § 66 EheG - auch auf das Alter der Kinder, ihre Anzahl und die Intensität der für sie noch erforderlichen Betreuung Bedacht zu nehmen.

Auch Kombinationen der beiden dargestellten Falltypen (also frühere Lebensgestaltung bzw. aktuelle Kinderbetreuungsnotwendigkeit) sind denkbar, ebenso Variationen im Rahmen des gesetzlich Umrissenen, wie etwa - statt bloßer Unzumutbarkeit - die **Unmöglichkeit der Selbsterhaltung**. Wenn beispielsweise der geschiedene Ehegatte auf Grund der Lage auf dem Arbeitsmarkt keine Anstellung findet und deshalb keine Erwerbstätigkeit aufnehmen kann, liegt auch darin ein Anknüpfungsmoment für einen Unterhaltsanspruch nach § 68a EheG. Da

sich dies schon aus einem Größenschluß ergibt (zumal die Unmöglichkeit gegenüber der Unzumutbarkeit ja noch der stärkere Hinderungsgrund ist), ist eine gesetzliche Bezugnahme auch auf die Unmöglichkeit entbehrlich.

Bei allen Fallkonstellationen sind in die Erwägungen zur Selbsterhaltungsfähigkeit - entsprechend § 66 EheG - auch allfällige Erträge aus Vermögen einzubeziehen.

Der Unterhaltsanspruch nach § 68a EheG steht aber schon dem Grunde nach unter einer weiteren Voraussetzung. Er kommt dem Unterhaltsbedürftigen nämlich nur dann zu, wenn die **Gewährung des Unterhalts nicht unbillig scheint**. Eine solche Unbilligkeit kann je nach den Gegebenheiten des Einzelfalls aus verschiedenen Bereichen resultieren, doch hebt die vorgeschlagene Formulierung die Gründe der Scheidung als Wurzel eines solchen Unbilligkeitsurteils besonders hervor. Dies bedeutet freilich nicht, daß bereits das überwiegende oder alleinige Verschulden des Alimentationsbedürftigen als solches die Unbilligkeit der Unterhaltsgewährung begründen könnte, weil ja bei einem derartigen Verständnis diesem Unterhaltstatbestand insgesamt der Anwendungsbereich entzogen wäre. Vielmehr geht es nur darum, in Fällen besonders krasser Verfehlungen des einen Ehegatten gegen den anderen zu verhindern, daß das Opfer dieses Fehlverhaltens dem für die Ehezerstörung verantwortlichen Ehegatten, der sich überdies noch in außergewöhnlicher Weise ins Unrecht gesetzt hat, eine auch nach objektiven Maßstäben als schwerwiegende Ungerechtigkeit zu wertende Unterhaltsleistung erbringen muß. Um es an einem besonders markanten Beispiel zu veranschaulichen: Wenn ein Ehegatte, um für ein Leben mit einem anderen Partner frei zu sein, unbeeindruckt von der uneingeschränkten ehelichen Gesinnung und dem partnerschaftlichen Verhalten des anderen Ehegatten einen Mordanschlag auf diesen verübt, wird sein Unterhaltsbegehrungen gegen den diesem Anschlag gerade noch Entkommenen unbillig und daher unberechtigt sein. Gewiß muß nicht jeder Fall einer Unbilligkeit in diesem Sinn derart drastisch sein, doch soll mit diesem Beispiel illustriert werden, daß der Unterhaltsanspruch nach § 68a EheG - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - nur im Fall einer auch **nach objektiver Bewertung besonders intensiven Störung des Gerechtigkeitsempfindens**

durch die Unterhaltsverpflichtung des völlig oder weitgehend Schuldlosen verweigert werden kann.

Besonderes gilt für das **Ausmaß des** nach § 68a EheG zu gewährenden **Unterhalts**. Auszugehen ist davon, daß es sich dabei in der Regel um eine Unterhaltsgewährung an den an der Zerrüttung der Ehe überwiegend oder allein schuldigen Ehegatten handelt (weil ja andernfalls der Unterhaltsanspruch nach §§ 66, 68 oder 69 EheG zum Tragen käme; es kann ein Unterhaltsanspruch nach § 68a EheG allerdings auch bei gleichteiligem Verschulden relevant sein, weil er der Höhe nach - wie noch aufzuzeigen wird - den Billigkeitsunterhalt nach § 68 EheG übersteigen kann). Im Hinblick darauf wäre es dogmatisch und rechtspolitisch fragwürdig, wenn sich die Höhe dieses Alimentationsanspruchs (auch) an den Lebensverhältnissen der Ehegatten orientierte, wie dies in § 94 ABGB und § 66 EheG vorgesehen ist. Dies würde nämlich bedeuten, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 68a EheG dem danach Alimentationsberechtigten ein Unterhalt im selben Ausmaß zukäme wie beispielsweise dem schuldlos Geschiedenen. Da aber im grundsätzlichen die Frage des Verschuldens für den nachehelichen Unterhalt durchaus noch eine Rolle spielt, läge in einer solchen Gleichbehandlung von schuldlos und schuldig Geschiedenen hinsichtlich der Unterhaltshöhe ein Wertungswiderspruch. Auch in der rechtspolitischen Diskussion wurde von maßgeblicher Seite gefordert, daß der Unterhalt nach § 68a EheG in seinem Ausmaß etwa **von jenem nach § 66 EheG abgestuft** werden solle.

Der nach den Kriterien des § 68a EheG Unterhaltsbedürftige soll aber auch nicht etwa auf den notwendigen, nötigen oder notdürftigen Unterhalt beschränkt werden, wie er beispielsweise in § 795 und § 947 ABGB, in § 291e Abs. 1 EO oder in § 63 Abs. 1 ZPO vorgesehen ist und für den die letztgenannte Gesetzesbestimmung - abgesehen von der dortigen Bezugnahme auch auf andere Familienangehörige - verallgemeinerungsfähige Definitionselemente liefert. Der geschiedene Ehegatte, auf den die oben erörterten Tatbestandsmerkmale des § 68a EheG zutreffen, soll **nicht** unabhängig von der jeweiligen Konstellation **auf eine "einfache Lebensführung"** (vgl. § 63 Abs. 1 ZPO) **verwiesen** sein, und es soll ihm angesichts seiner bezüglich eigener Berufstätigkeit besonders berücksichtigungswürdigen Lage auch nicht bloß - wie nach § 68 EheG - ein Beitrag

zu seinem Unterhalt zustehen. Vielmehr soll der Ehegatte, auf den diese besonderen Unterhaltsvoraussetzungen nach § 68a EheG zutreffen, grundsätzlich (nämlich vorbehaltlich der Einschränkungen, die sich auch der Höhe nach aus den Kriterien der Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung und der Billigkeit ergeben können; dazu noch im folgenden) Anspruch darauf haben, daß seine **gesamten Bedürfnisse durch die Unterhaltsleistung** nach dieser Gesetzesstelle abgedeckt werden.

Um eine Mittellösung zwischen dem uneingeschränkten Unterhaltsausmaß in der den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Höhe einerseits und dem bloß notwendigen oder notdürftigen Unterhalt oder dem Unterhaltsbeitrag nach Billigkeit andererseits einzuschlagen, muß eine **neue Unterhaltskategorie** eingeführt werden. Bei der Suche nach dieser vermittelnden Lösung wurde eine **Anleihe im deutschen Recht** genommen. Gemäß § 1578 BGB bestimmt sich das Maß des nachehelichen Unterhalts grundsätzlich - ähnlich wie etwa nach § 66 EheG - nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Die Bemessung des Unterhaltsanspruchs nach diesem Orientierungsmaßstab kann aber zeitlich begrenzt und danach (also nach Ablauf des zeitlich begrenzten Anspruchs auf Unterhalt nach den ehelichen Lebensverhältnissen) im Sinn einer Abstufung nach unten auf den angemessenen Lebensbedarf abgestellt werden. Die Ausrichtung am Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten führt somit zu einer gegenüber der Bemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen herabgesetzten Unterhaltshöhe. Diese Reduktion führt nicht etwa bis zu einer bloß einfachen Lebensführung im Sinn des notwendigen Unterhalts hinab, sondern ist lediglich als gesetzliche Antithese zur Lebensstandardgarantie bei einer Bemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen zu verstehen. Die Scheidung der Ehe wirkt sich diesfalls auch dahin aus, daß sich der unterhaltsbedürftige Ehegatte nicht mehr in vollem Umfang auf die mit der Ehe verbundenen wirtschaftlichen Vorteile stützen kann. Mit dem angemessenen Lebensbedarf als Orientierungsgröße bestimmt sich die Unterhaltshöhe nicht mehr nach der Lebensstellung des Berechtigten innerhalb der Ehe, sondern allein nach seiner eigenen eheunabhängigen Lebensstellung, dies allerdings auch nur insofern, als diese unterhalb des ehelichen Lebensstandards bleibt. Auch im deutschen Recht liegt der nach dem angemessenen Lebensbedarf auszumittelnde Unterhalt über dem notwendigen Unterhalt und damit über dem

Existenzminimum. Zum deutschen Recht wird auch darauf hingewiesen, daß für die Festsetzung des Unterhalts nach dem angemessenen Lebensbedarf unter Umständen auch der Lebensstandard als Komponente in Betracht zu ziehen ist, den der Unterhaltsberechtigte vor der Ehe hatte.

Die Rechtsfigur des am angemessenen Lebensbedarf orientierten Unterhalts wird nun in etwas modifizierter Form in § 68a EheG übernommen. Wie sich insgesamt das deutsche System des Geschiedenenunterhalts vom österreichischen Unterhaltsrecht unterscheidet, so differieren auch im einzelnen die in § 1578 BGB normierten Voraussetzungen für die Ausrichtung am Lebensbedarf von dem hier neu entworfenen Unterhaltsmodell; gleiches gilt für die Frage, inwieweit der Unterhalt auch Aufwendungen für Sozialversicherung oder Aus- und Fortbildung umfaßt. Für das beträchtliche Ausmaß dieses neuen Unterhaltstyps ist daher die Frage zu beantworten, welche Unterhaltshöhe **nach dem Lebensbedarf des** nach dieser Bestimmung **unterhaltsberechtigten Ehegatten angemessen** ist, wofür die für das deutsche Vorbild entwickelten Grundsätze, wie sie soeben dargestellt wurden, im wesentlichen durchaus angewendet werden können. Der Größenordnung nach liegt der nach dem Lebensbedarf angemessene Unterhalt im Bereich zwischen dem nach den ehelichen Lebensverhältnissen angemessenen und dem notwendigen Unterhalt, ohne daß allgemeingültige Aussagen darüber möglich wären, an welcher exakten Stelle dieses Zwischenbereichs der Lebensbedarfsunterhalt anzusiedeln wäre. Dies kann nur anhand der konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls beantwortet werden. Verfehlt wäre es jedenfalls, den Lebensbedarfsunterhalt etwa nur rein schematisch durch das arithmetische Mittel zwischen Unterhalt nach Lebensverhältnissen und dem notwendigen Unterhalt zu errechnen.

Schließlich ist zum Ausmaß des nach § 68a EheG zu gewährenden Unterhalts noch auf folgendes hinzuweisen: Das Wort "**soweit**" am Beginn des Gliedsatzes in § 68a erster Satz EheG bringt zum Ausdruck, daß die Tatbestandsmerkmale der **Unzumutbarkeit** der Selbsterhaltung und der Verneinung einer **Unbilligkeit** nicht nur für das Bestehen des Unterhaltsanspruchs dem Grunde nach, sondern **auch für dessen Höhe von Bedeutung** sind. Es kann sich also aus dem Aspekt des einen oder des anderen Kriteriums ergeben, daß nur ein eingeschränkter Unterhaltsanspruch berechtigt ist, etwa weil eine teilweise

Selbsterhaltung zugemutet werden kann oder weil eine unverminderte Alimentationspflicht des anderen Ehegatten nach § 68a EheG unbillig wäre.

Bei all dem darf letztlich nicht außer acht gelassen werden, daß bei der Unterhaltsbemessung - selbstverständlich - auch auf die Leistungsfähigkeit des Alimentationspflichtigen Bedacht zu nehmen ist.

Der hier vorgeschlagene Alimentationsanspruch ist ein an ganz spezifische Voraussetzungen geknüpfter, nur für bestimmte Härtefälle als Ausnahmeregelung gedachter Unterhaltstypus. Bei späterem Wegfall einer der Anspruchsvoraussetzungen erlischt auch dieses besondere Unterhaltsrecht. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die vom solcherart Unterhaltsberechtigten betreuten Kinder herangewachsen sind und keiner Betreuung mehr bedürfen, sodaß der Ehegatte beispielsweise seine frühere Erwerbstätigkeit wieder aufnehmen und daraus seine Lebensbedürfnisse aus eigenem decken kann. Gerade in solchen und ähnlichen Fällen kann es aber bei einer Unterhaltsfestsetzung schon von vornherein absehbar sein, daß die Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung nur noch eine bestimmte Zeit andauern wird (etwa weil sich eben vorhersehen läßt, daß die Betreuungsbedürftigkeit der Kinder ab einem gewissen Zeitpunkt beendet und dem unterhaltsberechtigten Ehegatten sodann in Anbetracht seiner Berufsausbildung und der nicht unüberbrückbar langen Absenz aus dem Berufsleben ein Wiedereinstieg in die Erwerbstätigkeit möglich sein wird). Diesfalls ist es möglich, die **Unterhaltspflicht bereits bei der Unterhaltsfestsetzung zeitlich zu beschränken**. Dies wird im zweiten Satz des § 68a EheG ausdrücklich angeordnet. Eine solche zeitliche Beschränkung im Unterhaltstitel hindert den Alimentationsberechtigten allerdings nicht, später eine (neuerlich zeitlich begrenzte oder gar unbefristete) Verlängerung seines Unterhaltsanspruchs zu verlangen, wenn die der zeitlichen Begrenzung zugrundeliegende Prognose sich letztlich nicht bewahrheitet (wenn z. B. das Kind entgegen der ursprünglichen Annahme - etwa wegen verzögerter Reife oder einer Behinderung - doch längerer Betreuung bedarf).

Der Unterhaltsanspruch des schuldlos oder minderschuldig geschiedenen Ehegatten nach § 66 EheG verringert sich gemäß § 67 Abs. 1 EheG auf einen reduzierten Betrag nach Billigkeit, wenn der Unterhaltspflichtige durch die

uneingeschränkte Unterhaltsgewährung bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen den eigenen angemessenen Unterhalt gefährdete. Diese den Unterhaltsschuldner begünstigende Regelung muß schon kraft Größenschlusses umso mehr für den Unterhaltsanspruch nach § 68a EheG gelten. Zur Verdeutlichung wird aber im letzten Satz dieser Bestimmung die **entsprechende Anwendung von § 67 Abs. 1 EheG** ausdrücklich vorgesehen.

#### Zu Z 4 (§ 69a EheG)

§ 69 Abs. 3 EheG regelt die Frage des nachehelichen Unterhalts im Fall einer Ehescheidung aus den in den §§ 50 bis 52 EheG bezeichneten Gründen sowie nach § 55 EheG, wenn das Urteil keinen Schuldausspruch enthält. Demnach hat der Ehegatte, der die Scheidung verlangt hat, dem anderen Unterhalt zu gewähren, soweit dies mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der geschiedenen Ehegatten und der nach § 71 EheG unterhaltspflichtigen Verwandten des Berechtigten der Billigkeit entspricht. Es handelt sich also um einen Billigkeitsunterhalt, der aber anders als jener nach § 68 EheG nicht bloß in einem Unterhaltsbeitrag besteht, sondern je nach den Umständen des Einzelfalls auch die Höhe des - vollen - angemessenen Unterhalts erreichen kann. Nach dem letzten Satz des § 69 Abs. 3 EheG sind die einschränkenden Anordnungen des § 67 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 EheG, nämlich die unterhaltsmindernde Berücksichtigung minderjähriger Kinder oder eines neuen Ehegatten des Unterhaltspflichtigen sowie des Stamms des dem Berechtigten gehörigen Vermögens, auch auf den Billigkeitsunterhalt des § 69 Abs. 3 EheG anzuwenden.

In der Praxis stellte sich immer wieder die Frage, ob ein solcher Billigkeitsunterhalt entsprechend § 69 Abs. 3 EheG analog auch in dem Fall zustehen sollte, daß bei einer **Scheidung im Einvernehmen** nach § 55a EheG **keine wirksame Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt** vorliegt (im Regelfall deshalb, weil sich eine nach § 55a Abs. 2 EheG darüber geschlossene Vereinbarung etwa wegen Willensmängeln im nachhinein als unwirksam herausstellt). In der Rechtsprechung wurde diese Frage unterschiedlich beantwortet, jedoch hat sich schließlich die Auffassung durchgesetzt, die die

analoge Anwendbarkeit von § 69 Abs. 3 EheG auf solche Konstellationen rechtsunwirksamer Unterhaltsvereinbarungen bejahte (vgl. SZ 58/192; EFSIg. 78.709; ÖA 1997, 64). Diese Auffassung wird auch im Schrifttum einhellig vertreten (*Pichler* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> Rz. 3 zu § 69a EheG m.w.N.; *Ferrari-Hofmann-Wellenhof*, Ausgestaltung und Mangelhaftigkeit von Vereinbarungen im Zuge einer einvernehmlichen Scheidung, JBl. 1992, 409 [415 f.]; *Zankl* in *Schwimann*, ABGB<sup>2</sup> Rz. 20 zu § 69 EheG; *Schwimann*, Unterhaltsrecht 138; *Hopf/Kathrein*, Ehorecht Anm. 15 zu § 69 EheG).

Um aber die Lösung dieser wichtigen Frage nicht bloß aus einer Gesetzesanalogie abzuleiten, wird dem bisherigen § 69a EheG ein neuer Abs. 2 angefügt, der für den Fall des Fehlens einer wirksamen Unterhaltsvereinbarung bei einvernehmlicher Scheidung die **Regelung des § 69 Abs. 3 EheG** einschließlich der Anordnung über die entsprechende Anwendbarkeit von § 67 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 EheG explizit übernimmt.

### **Zu Z 5 (§ 69b EheG)**

Hier wird der in § 68a EheG für den Fall einer Verschuldensscheidung (vgl. die Einordnung von § 68a EheG in den Teilunterabschnitt "Unterhaltpflicht bei Scheidung wegen Verschuldens") geschaffene **Unterhaltsanspruch für bestimmte Härtefälle und unabhängig vom Verschulden** nun auch für den Fall einer **Scheidung aus anderen Gründen** statuiert. Dies betrifft also zum einen den Fall einer Ehescheidung aus den in den §§ 50 bis 52 EheG genannten Gründen sowie einer Scheidung nach § 55 EheG (die unterhaltsrechtliche Generalnorm für diese Scheidungsfälle findet sich in § 69 EheG) und zum anderen den in § 69a Abs. 2 EheG behandelten Fall, daß es bei einer einvernehmlichen Ehescheidung nach § 55a EheG an einer wirksamen Vereinbarung über die unterhaltsrechtlichen Beziehungen der Ehegatten mangelt (vgl. dazu auch die Ausführungen zu Art. II Z 4 des Entwurfs). Auch in diesen Fällen soll ebenso wie bei der Verschuldensscheidung dem Ehegatten, dem entweder infolge der Gestaltung der früheren ehelichen Lebensgemeinschaft oder wegen seiner aktuellen Verpflichtung zur Betreuung der aus der Ehe stammenden Kinder die eigenständige Abdeckung seiner Lebensbedürfnisse nicht zumutbar ist, unter den im wesentlichen schon zu

Art. II Z 3 des Entwurfs erläuterten Voraussetzungen ein Unterhaltsanspruch unabhängig vom Verschulden an der Scheidung zustehen. Tatbestandsmerkmal auch dieses Unterhaltsanspruchs ist also die unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit zu verneinende Selbsterhaltungsfähigkeit entweder wegen der früheren Lebensgestaltung oder wegen aktueller Kinderbetreuung; auch dieser Unterhaltsanspruch steht unter dem Vorbehalt einer Unbilligkeitsklausel und kann schon bei seiner Festsetzung prospektiv zeitlich beschränkt werden; auch hier ist die entsprechende Anwendung von § 67 Abs. 1 EheG ausdrücklich angeordnet. Im einzelnen kann wegen der diesbezüglich uneingeschränkten Parallelität der Regelungen auf die entsprechenden Ausführungen zu § 68a EheG verwiesen werden.

Die **Bezugnahme auf ein schuldhaftes Fehlverhalten** einerseits hinsichtlich der prinzipiellen Unabhängigkeit des Alimentationsanspruchs hievon und andererseits aber einschränkend bei der Billigkeitsklausel muß hier aber etwas anders ausgestaltet sein als bei § 68a EheG. Bei § 69b EheG kann nämlich nur auf einen **Schuldausspruch** nach § 61 Abs. 2 und 3 EheG (und nicht auf ein im Sinn der §§ 60 oder 61 Abs. 1 EheG festgestelltes Verschulden) Bezug genommen werden; darauf nimmt die gegenüber § 68a EheG etwas geänderte Formulierung des § 69b EheG Bedacht. Im Fall einer einvernehmlichen Ehescheidung ohne wirksame Unterhaltsvereinbarung ist ein solcher Schuldausspruch nicht vorgesehen; hier wird die Frage der Unbilligkeit eines Unterhaltsanspruchs nach § 69b EheG vor allem anhand der vom Beklagten vorzubringenden und zu beweisenden Ursachen für die unheilbare Zerrüttung der Ehe zu beurteilen sein.

Wenn im Fall des **Fehlens einer wirksamen Unterhaltsvereinbarung bei einer Scheidung nach § 55a EheG** sowohl die Voraussetzungen des **§ 69a Abs. 2** als auch jene des **§ 69b EheG** vorliegen, so geht der Unterhalt nach der zweitgenannten Norm vor. Dies hat seinen Grund zum einen darin, daß es sich bei § 69b EheG um die speziellere Unterhaltsnorm handelt, die auch an spezifischere Anspruchsvoraussetzungen geknüpft ist. Zum anderen führt § 69b EheG über die Orientierung am Lebensbedarf - vgl. dazu die entsprechenden Ausführungen zu Art. II Z 3 des Entwurfs (§ 68a EheG) - tendenziell zu einer höheren

Unterhaltsleistung als der Billigkeitsunterhalt nach § 69a Abs. 2 EheG. Diese Bestimmung kommt somit gegenüber § 69b EheG nur subsidiär zum Tragen.

### Zu Z 6 (§ 82 Abs. 2 EheG)

Die bisherige Formulierung des § 82 Abs. 2 EheG hat zu unterschiedlichen Auffassungen darüber geführt, ob sich der Relativsatz "auf dessen Weiterbenützung ein Ehegatte zur Sicherung seiner Lebensbedürfnisse angewiesen ist" nur auf den Hausrat oder aber auch auf die Ehewohnung bezieht. Zwar sollte die mit der Schaffung dieser Gesetzesbestimmung durch das Bundesgesetz über Änderungen des Ehegattenerbrechts, des Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts (BGBI. Nr. 280/1978) verbundene Intention des Gesetzgebers, die Ehewohnung auf jeden Fall in die Aufteilung einzubeziehen, schon aus grammatischen Gründen unzweifelhaft sein, weil das Relativpronomen "dessen" keinesfalls mit dem Hauptwort "Ehewohnung" in Verbindung gebracht werden kann. Gleichwohl wurde dies aber sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre anders beurteilt (vgl. zu diesen Auffassungsunterschieden im einzelnen *Hopt/Kathrein*, Eherecht Anm. 11 zu § 82 EheG). Durch die Neuformulierung dieser Bestimmung (nämlich durch die Nennung der Ehewohnung erst nach dem erwähnten Relativsatz) wird nun der Regelungsgehalt dieser Anordnung im Sinn der schon ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers unzweifelhaft klargestellt. Die **Ehewohnung** ist also jedenfalls auch dann in die Aufteilung einzubeziehen, wenn keiner der Ehegatten zur Sicherung seiner Lebensbedürfnisse auf ihre Weiterbenützung angewiesen ist.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang aber, daß die Einbeziehung einer von der Seite eines Ehegatten stammenden Wohnung keineswegs bedeutet, daß diese Wohnung ohne weiteres auch auf den anderen Ehegatten übertragen werden könnte. Selbstverständlich ist auch in diesem Fall der in § 90 EheG verankerte **Bewahrungsgrundsatz zu beachten**, wonach eine Übertragung des Eigentums an unbeweglichen Sachen nur angeordnet werden darf, wenn eine billige Regelung in anderer Weise nicht erzielt werden kann. Überdies wird in den meisten Fällen auch das allgemeine Billigkeitsgebot des § 83 EheG und der damit verknüpfte **Beitragsgedanke** der Übertragung einer solchen Ehewohnung vom bisher Berechtigten auf den anderen Ehegatten entgegenstehen. Die Frage, unter welchen

Voraussetzungen einer einem Ehegatten gehörige Sache dem anderen zu übertragen ist, muß daher streng von der Frage getrennt werden, was in die Aufteilung einzubeziehen ist. Für die Herstellung eines billigen Ausgleichs zwischen den Ehegatten im Sinn des § 83 EheG ist es jedoch wichtig, jedenfalls auch die Ehewohnung in die bei der Aufteilung anzustellende Gesamtbetrachtung miteinzubeziehen, auch wenn im Zug der Aufteilung über sie nicht oder nur ausnahmsweise verfügt wird (vgl. Hopf/Kathrein Anm. 11 zu § 82 EheG).

Die zweite Änderung in § 82 Abs. 2 EheG besteht in einer inhaltlichen Erweiterung der in dieser Bestimmung angeordneten Ausnahme von den Ausnahmen des § 82 Abs. 1 EheG. Demnach sollen der Haustrat, auf dessen Weiterbenützung ein Ehegatte zur Sicherung seiner Lebensbedürfnisse angewiesen ist, sowie die Ehewohnung **auch dann in die Aufteilung einbezogen werden, wenn sie zu einem Unternehmen gehören**. Damit wird für diese beiden Aufteilungsgegenstände (zur Sicherung der Lebensbedürfnisse erforderlicher Haustrat; Ehewohnung) die Exemtionsanordnung des § 82 Abs. 1 Z 3 EheG und ebenso jene nach § 82 Abs. 1 Z 4 EheG wieder rückgängig gemacht. Zu den rechtspolitischen Erwägungen, die der weitergehenden Berücksichtigung von zu einem Unternehmen gehörenden Vermögensgegenständen bei der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse sowohl durch die Änderung hier in § 82 Abs. 2 EheG als auch durch den neuen § 91 Abs. 2 EheG zugrunde liegen, wird auf die nachfolgenden Ausführungen zu Art. II Z 7 des Entwurfs (§ 91 EheG) verwiesen.

### Zu Z 7 (§ 91 EheG)

Die gänzliche Exemption von Unternehmen aus der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse stieß im Schrifttum von Anfang an auf Kritik. Im wesentlichen wurde dagegen eingewendet, daß dadurch immer wieder schwerwiegende Ungleichgewichtslagen zwischen den geschiedenen Ehegatten geschaffen würden und überdies ein Einfallsstör für Mißbräuche, Umgehungen, Manipulationen und Verschleierungen zu Lasten des am Unternehmen nicht beteiligten Ehegatten gegeben sei. Die in § 91 Abs. 2 EheG

getroffene Vorkehrung gegen Vermögensverschiebungen in ein Unternehmen wurde als unzureichende Maßnahme angesehen, die solchen Vorkommnissen zumeist nicht effektiv entgegenwirken könne.

Dieser keineswegs gänzlich unberechtigten Kritik gilt es durch zielgerichtete gesetzgeberische Schritte Rechnung zu tragen. Zwar soll an der rechtspolitischen Entscheidung des Jahres 1978, Unternehmen nicht in das Aufteilungsverfahren einzubeziehen, nicht gerüttelt werden; die damals für diese Entscheidung maßgeblichen Überlegungen sind auch heute noch ungebrochen gültig. Doch sollen weitergehende Vorkehrungen zur Vermeidung solcher Mißbräuche und Manipulationen und zur möglichst effizienten Wahrung der Interessen des anderen Ehegatten geschaffen werden. Dazu zählt zunächst die zu Art. II Z 6 des Entwurfs (§ 82 Abs. 2 EheG) bereits erläuterte Einbeziehung auch solcher Ehewohnungen in die Aufteilung, die zu einem Unternehmen gehören. Darüber hinaus sollen durch den neugefaßten § 91 Abs. 2 EheG **Vermögensverschiebungen in Richtung eines Unternehmens wertmäßig bei der Aufteilung berücksichtigt** werden. Dies ist immer dann der Fall, wenn ein Ehegatte aus dem ehelichen Gebrauchsvermögen oder aus ehelichen Ersparnissen Investitionen in ein Unternehmen getätigt hat, an dem ihm oder beiden Ehegatten ein Anteil zusteht.

Allerdings sind bei dieser wertmäßigen Einbeziehung der Investition auch die **Vorteile zu berücksichtigen**, die jedem Ehegatten durch die Einbringung der Vermögensgegenstände in das Unternehmen oder durch die Verwendung derselben für dieses entstanden sind. Dies entspricht im wesentlichen einem von Pichler in *Rummel, ABGB*<sup>2</sup> Rz. 2 zu § 91 EheG geäußerten Vorschlag, der im Zuge der Diskussion des Gesetzesvorhabens auch Zustimmung in der Arbeitsgruppe fand. Wenn also die Investition in das Unternehmen dazu führte, daß sich die Ertragssituation des Unternehmens verbesserte, und dies wiederum einen höheren Zufluß an finanziellen Mitteln für den Lebensunterhalt der Ehegatten bewirkte, so muß dies auch beim betraglichen Ansatz für die Investition im Rahmen der Aufteilung entsprechenden Niederschlag finden. Gleichermaßen trifft selbstredend auf den Fall zu, daß eine solche Investition zur Erhaltung der Ertragskraft des Unternehmens unabdingbar notwendig war, ohne eine solche Einbringung oder Verwendung sich also die den Ehegatten aus dem Unternehmen zukommenden Einkünfte merklich verringert hätten. Welche kalkulatorischen Überlegungen im

Rahmen einer solchen Berücksichtigung von Vorteilen anzustellen sind, kann nicht generell vorgegeben werden, sondern muß der jeweiligen Einzelfallbeurteilung überlassen bleiben.

### Zu Z 8 und 9 (§ 99 EheG)

Zur Funktion dieser Bestimmung sei zunächst auf Punkt IV.10 des Allgemeinen Teils verwiesen. Der hier vorgeschlagene § 99 EheG soll nicht etwa eine umfassende Regelung für den Lebenssachverhalt **Mediation** bieten, sondern nur einerseits diesem Konfliktregelungsmodell durch seine - ohnedies nur rudimentäre - Erwähnung in einer Gesetzesbestimmung gleichsam **gesetzliche Anerkennung** verleihen und andererseits **punktuell einige Fragen regeln**, deren normative Lösung für die Akzeptanz und Funktionsfähigkeit dieses Instruments erforderlich scheint.

Im Zentrum steht dabei die Verschwiegenheitspflicht des Mediators, die aber nicht bereits von Gesetzes wegen besteht, sondern eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Ehegatten und dem Mediator voraussetzt. Für die Wirksamkeit dieser **Schweigevereinbarung**, nämlich vor allem für ihre gerichtliche Anerkennung im Rahmen des § 320 ZPO (s. dazu Art. IV Z 1 des Entwurfs), ist Schriftlichkeit vorausgesetzt. Der Hauptzweck dieses Schriftformgebots liegt in der Beweisfunktion einer Urkunde über die Schweigevereinbarung.

Der zulässige Umfang einer solchen, dem Mediator auferlegten Verschwiegenheitspflicht ist gesetzlich beschränkt. Es kann also nicht alles, was in diesen Gesprächen geschieht und besprochen wird, der Schweigepflicht des Mediators unterworfen werden. Nach dem letzten Teilsatz des § 99 Abs. 1 erster Satz EheG sind der **Inhalt und die Auslegung** der bei den Gesprächen erzielten **Einigung** in darüber geführten Rechtsstreitigkeiten **von der Verschwiegenheitspflicht** jedenfalls **ausgenommen**. Wenn also später einmal Meinungsverschiedenheiten darüber auftreten sollten, was etwa im Rahmen einer solchen Einigung über die Scheidungsfolgen überhaupt verabredet worden sei, kann sich ein dazu vernommener Mediator insofern nicht auf seine Verschwiegenheitspflicht berufen, sondern ist zur wahrheitsgemäßen Aussage über

den Inhalt der Einigung verpflichtet. Gleiches gilt in Ansehung von Umständen, die gemäß § 914 ABGB für die Auslegung einer solchen Vereinbarung von Bedeutung sind, also beispielsweise die von den Ehegatten anlässlich der Errichtung einer schriftlichen Urkunde über die vereinbarten Scheidungsfolgen abgegebenen Erklärungen oder sonstige Gesprächsinhalte, die auf die mit dem Abschluß der Vereinbarung verbundene Absicht der Parteien rückschließen lassen. Auf andere Umstände und Gesprächsinhalte, wie etwa solche, die die Ursachen für die Zerrüttung der Ehe betreffen, bezieht sich die gesetzliche Ausnahme von einer Verschwiegenheitspflicht nicht; hierüber ist dem Mediator also bei Vorliegen einer entsprechenden Schweigevereinbarung eine Aussage verwehrt.

Aber auch im Rahmen ihres thematischen Umfangs gilt die Ausnahmeregelung des letzten Teilsatzes (und damit die Aussagepflicht des Mediators) nicht schlechthin für alle Konstellationen, sondern nur "**in darüber geführten Rechtsstreitigkeiten**". Die Ausnahme kommt somit nur in solchen Rechtsstreitigkeiten zum Tragen, deren Gegenstand Inhalt und Auslegung einer solchen Einigung ist (arg. "darüber geführten"), wie zum Beispiel ein Rechtsstreit über eine auf eine solche Scheidungsfolgenvereinbarung gestützte Leistungsklage oder über eine Klage auf Anfechtung eines Scheidungsvergleichs wegen Irrtums über die "Wesenheit des Gegenstandes" (vgl. 1385 ABGB). Auf andere gerichtliche Verfahren - beispielsweise auf das Verfahren über die Scheidung der Ehe - oder auf außergerichtliche Zusammenhänge erstreckt sich die Ausnahmeregelung hingegen nicht.

Soweit die Ausnahmeregelung aber nach dem nunmehr Gesagten reicht, schließt sie die Wirksamkeit einer sie nicht beachtenden Schweigevereinbarung aus. Selbst wenn also die Ehegatten mit dem Mediator eine umfänglich uneingeschränkte Vereinbarung über die Verschwiegenheitspflicht geschlossen haben sollten, ist diese im nun erörterten Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung des letzten Teilsatzes von § 99 Abs. 1 erster Satz EheG ungültig, sodaß sich weder die Ehegatten noch der Mediator in diesem Bereich auf die Schweigevereinbarung berufen können.

Diese Ausnahmeregelung war im Verlauf der Gespräche über den Diskussionsentwurf nicht völlig unumstritten, ist jedoch in dem besprochenen eingeschränkten Ausmaß im Interesse der Rechtspflege im Zusammenhang mit

Streitigkeiten über die Scheidungsfolgen, damit aber letztlich auch im Interesse der Ehegatten erforderlich.

Angemerkt sei schließlich, daß **andere** - allenfalls weitergehende - **Verschwiegenheitsverpflichtungen**, denen der Mediator (zum Beispiel als Rechtsanwalt oder als Psychotherapeut) nach anderen Vorschriften unterliegt, durch die hier getroffenen Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht des Mediators **unberührt** bleiben.

Aus den schon in Punkt IV.10 des Allgemeinen Teils erwähnten Gründen wird in § 99 Abs. 1 zweiter Satz EheG eine **Hemmung der Verjährung und sonstiger Fristen** zur Geltendmachung von Ansprüchen im Zusammenhang mit der Scheidung der Ehe für die Dauer der Mediationsgespräche vorgesehen. Die Formulierung dieser Hemmungsanordnung folgt im wesentlichen dem Vorbild des § 1496 ABGB. Mit dieser Formulierung wird unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, daß es sich um eine Fortlaufhemmung handelt; insofern setzt sich die Regelung bewußt von dem zur Hemmungswirkung von Vergleichsverhandlungen gegebenen Meinungsstand ab, der darin nur eine Ablaufhemmung erblickt (vgl. Stabentheiner, ÖJZ 1998, 531 f. insb. FN 78 und 80 m.w.N.). Gehemmt werden nicht nur Verjährungsfristen, sondern auch für Ansprüche im Zusammenhang mit der Ehescheidung zu beachtende Präklusionsfristen, wie etwa die einjährige Fallfrist des § 95 EheG.

Die Beachtung der in § 99 Abs. 1 EheG geregelten Verschwiegenheitspflicht ist für das Vertrauensverhältnis zwischen den Ehegatten und dem Mediator und damit letztlich für die Funktionsfähigkeit der Mediation schlechthin von besonderer Bedeutung. Deshalb wird ein **Verstoß gegen diese Schweigepflicht** in § 99 Abs. 2 EheG mit einer besonders schweren Sanktion bedroht. Es handelt sich dabei um einen **gerichtlichen Straftatbestand**, der hinsichtlich des für eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht vorgesehenen Strafrahmens auf die regelungsverwandte Norm des § 301 StGB verweist. Allerdings ist die Strafbarkeit eines Bruchs der Schweigepflicht daran geknüpft, daß ein berechtigtes Interesse verletzt wird. Dies wird im Regelfall vor allem dann zu verneinen sein, wenn sich beide Ehegatten mit

der einschlägigen Mitteilsamkeit des Mediators einverstanden erklären oder sich dadurch auch im nachhinein nicht beschwert fühlen.

### **Zu Artikel III (Änderungen des Außerstreitgesetzes)**

#### **Zu Z 1 (§ 222 Abs. 1 AußStrG) und Z 3 (§ 230 Abs. 2 AußStrG)**

Die Bestimmung des § 222 Abs. 1 AußStrG dient - schon in ihrer bisherigen Fassung - der Übernahme verschiedener Regelungen der Zivilprozeßordnung in das im ersten Teil des Vierten Hauptstücks des Außerstreitgesetzes behandelte Verfahren über die Scheidung im Einvernehmen. Die gleiche Funktion kommt § 230 Abs. 2 AußStrG für das im zweiten Teil des Vierten Hauptstücks geregelte Verfahren über die Abgeltung der Mitwirkung eines Ehegatten im Erwerb des anderen sowie über die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse zu. Nun sieht der vorliegende Gesetzesentwurf einige **Erweiterungen des § 460 ZPO**, der zentralen Bestimmung für das streitige Verfahren in Ehesachen, vor, die **teilweise auch** im außerstreitigen Verfahren über die einvernehmliche Scheidung sowie im Abgeltungs- und im Aufteilungsverfahren - also zusammengefaßt im "Verfahren in Eheangelegenheiten" (vgl. die Überschrift zum Vierten Hauptstück) - gelten sollen, weil die damit geschaffenen Handlungspflichten des Gerichts auch hier eine sinnvolle Funktion im Verfahrensablauf haben können. Gemeint sind die in § 460 Z 6a und 7a ZPO neu vorgesehenen Elemente zur Synchronisierung von gerichtlichem Verfahren einerseits und Beratungsangeboten über die Scheidungsfolgen sowie Mediation andererseits. Im einzelnen sei dazu auf die noch folgenden Ausführungen zu Art. IV Z 2 lit.a und b dieses Entwurfs hingewiesen.

Zur Hereinnahme auch dieser beiden neuen Regelungen in das außerstreitige Verfahren in Eheangelegenheiten ist eine Neufassung der Verweisungsnormen des § 222 Abs. 1 und des § 230 Abs. 2 AußStrG erforderlich. Dabei sollen - im Sinn einer Rechtsbereinigung - die darin bisher ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen des § 371 Abs. 2 ZPO vom übernommenen Beweisrecht

beseitigt werden, zumal diese Ausnahmen seit der Aufhebung dieser Bestimmung durch die Zivilverfahrensnovelle 1983, BGBl.Nr. 135, gegenstandslos sind.

### Zu Z 2 (§ 224 AußStrG)

Im Zusammenhang mit Verfahren über die Scheidung einer Ehe nach § 55a EheG sind in der Praxis immer wieder Zweifel darüber aufgetreten, ob im Fall eines Rechtsmittelverzichts der Ehegatten nach mündlicher Verkündung des Scheidungsbeschlusses die **eheauflösende Rechtswirkung der Ehescheidung** nun mit diesem Verzicht (formelle Rechtskraft) oder aber erst mit der Zustellung der Beschußausfertigung an beide Parteien (materielle Rechtskraft) eingetreten ist. Diese Frage kann große statusrechtliche Bedeutung haben; man denke nur etwa an die Unwirksamkeit eines bereits ergangenen Scheidungsbeschlusses bei Versterben eines Ehegatten vor Eintritt der Rechtskraft (§ 224 Abs. 2 AußStrG) oder an die Frage, ab welchem Zeitpunkt den (ehemaligen) Ehegatten eine neueliche Verehelichung möglich ist. Wegen ihrer Wichtigkeit soll diese Frage im Sinn der dazu herrschenden Meinung (EFSIg. 44.785; JBl. 1980, 551; vgl. auch den in ÖStA 1993, 42 wiedergegebenen Erlaß des Bundesministeriums für Justiz JMZ 709.012/1 - I 1/91 m.w.N.) gesetzlich ausdrücklich klargestellt werden. Dies soll dadurch geschehen, daß der in § 224 Abs. 2 zweiter Satz AußStrG - diese Gesetzesstelle behandelt die Frage, welchen Einfluß der Tod eines Ehegatten vor Rechtskraft der Scheidung hat - vorkommenden Wendung "Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses" das Klammerzitat "(§ 416 Abs. 1 ZPO)" angefügt wird. § 416 Abs. 1 ZPO handelt von der Zustellung der schriftlichen Urteilsausfertigung. Daher wird durch dieses Klammerzitat zum Ausdruck gebracht, daß es in Konstellationen wie in der geschilderten auf die Zustellung und nicht etwa auf die Verkündung des Scheidungsbeschlusses durch das Gericht und den nachfolgenden Rechtsmittelverzicht ankommt. Erst mit der **Zustellung des Scheidungsbeschlusses an beide Ehegatten** ist die Ehe rechtskräftig geschieden und damit das **Eheband aufgelöst**. Eine gleichgelagerte Klarstellung wurde auch in § 460 Z 8 ZPO - dort hinsichtlich der Rechtskraft des Scheidungsurteils - aufgenommen.

Davon zu unterscheiden ist die in § 224 Abs. 1 AußStrG geregelte Frage, **bis wann ein Ehegatte den Scheidungsantrag zurücknehmen kann**. § 224 Abs. 1 AußStrG stellt dafür - irreführenderweise ebenso wie § 224 Abs. 2 zweiter Satz AußStrG - auf die "Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses" ab, doch ist damit nach einheitlicher Auffassung die **formelle Rechtskraft**, nämlich ihre **Unanfechtbarkeit** im Sinn des § 411 Abs. 1 ZPO, gemeint (EFSIg. 47.386; EFSIg 61.689; EFSIg. 67.624). Zur besseren Unterscheidung von dem hievon abweichenden Rechtskraftbegriff in § 224 Abs. 2 zweiter Satz AußStrG (s. den voranstehenden Absatz) wird dies durch das Klammerzitat "(§ 411 Abs. 1 ZPO)" verdeutlicht; in der genannten Bestimmung wird nämlich die Rechtskraft in Bezug dazu gesetzt, daß die Entscheidung durch ein Rechtsmittel nicht mehr anfechtbar ist.

#### **Zu Artikel IV (Änderungen der Zivilprozeßordnung)**

##### **Zu Z 1 (§ 320)**

Durch die Anfügung einer neuen Z 4 in der Bestimmung des § 320 ZPO über die **Unzulässigkeit der Zeugenvernehmung** soll prozessual umgesetzt werden, was durch den neuen § 99 EheG grundgelegt wird, nämlich die Ermöglichung eines Vertrauensverhältnisses zwischen den Ehegatten und dem Mediator durch gesetzliche Anerkennung einer zwischen diesen vereinbarten Verschwiegenheitspflicht. Ebenso wie nach § 320 Z 2 und 3 ZPO ist auch hier die Einvernahme **des Mediators** nicht schlechthin verboten, sondern nur zu jenen Sachverhaltsfragen, auf die sich nach der schriftlichen Schweigevereinbarung die Verschwiegenheitspflicht zulässigerweise erstreckt (**relative Zeugnisunfähigkeit**).

Das Adverb "**zulässigerweise**" will auf den schon ausführlich besprochenen letzten Teilsatz des § 99 Abs. 1 erster Satz EheG hinweisen, wonach Inhalt und Auslegung der Einigung in darüber geführten Rechtsstreitigkeiten von der Verschwiegenheitspflicht ausgenommen sind. Soweit die Vernehmung des Mediators also gerade dem Beweis über den Inhalt der Vereinbarung oder über Umstände, die für ihre Auslegung von Bedeutung sein können, dienen soll, steht

auch eine uneingeschränkte, diese Bereiche mitumfassende Verschwiegenheitsvereinbarung der Vernehmung des Mediators nicht entgegen. Auch der Mediator selbst kann sich innerhalb dieses Bereichs nicht auf eine Schweigepflicht berufen. Im einzelnen sei nochmals auf die Erläuterungen zu Art. II Z 8 und 9 des Entwurfs (§ 99 EheG) verwiesen.

### Zu Z 2 (§ 460 ZPO)

1. Die in § 460 ZPO neu eingefügte Z 6a steht im Zusammenhang mit den Bemühungen um eine weitere Verbesserung des Beratungsangebots im Bereich Scheidung und Scheidungsfolgen und um den Abbau von Hemmschwellen und Hindernissen, die der Inanspruchnahme eines solchen Beratungsangebots entgegenstehen können. Alle diese Bemühungen sind besonders auch darauf gerichtet, Ungleichgewichte zwischen den Ehegatten zu kompensieren, die daraus entstehen können, daß beispielsweise nur einer von beiden anwaltlich vertreten ist, der eine gegenüber dem anderen ein erhebliches Informationsdefizit aufweist oder der eine von der Scheidungsabsicht des anderen überrascht ist und noch nicht in der Lage war, sich mental auf diese Situation und die sich daraus für ihn stellenden Anforderungen einzustellen. Mit Blick vor allem auf solche Ungleichgewichtslagen sieht nun die neue Z 6a vor, daß sich das Gericht bei einer nicht anwaltlich vertretenen Partei zunächst durch entsprechende Befragung ein Bild davon zu verschaffen hat, über welche Kenntnisse hinsichtlich der an eine Ehescheidung anknüpfenden Folgen diese Partei verfügt. Ist keine der Parteien durch einen Rechtsanwalt vertreten, so bezieht sich diese **Erkundigungspflicht des Gerichts über den Informationsstand** auf beide Parteien.

Das Gericht hat eine unvertretene Partei **auf** die im jeweiligen örtlichen Umkreis vorhandenen **Beratungsangebote** zu den Bereichen Scheidung und Scheidungsfolgen konkret - also beispielsweise durch Nennung der Einrichtungen, die solche Beratungen anbieten - **hinzzuweisen**. Aufgabe der Justizverwaltung wird es sein, die mit Ehesachen befaßten Richterinnen und Richter mit den für solche Hinweise erforderlichen Informationen zu versorgen.

Wenn die zuvor erwähnte Befragung der unvertretenen Partei ergibt, daß diese über die für zweckmäßige Dispositionen im Verfahren (etwa für einen

Vergleichsabschluß) erforderlichen Kenntnisse über die Scheidungsfolgen nicht verfügt, hat das Gericht auf Antrag der Partei die **Tagsatzung zu erstrecken**, um dieser **Gelegenheit zur Einholung einer entsprechenden Beratung** zu geben. Zu einem solchen Antrag wird die Partei nötigenfalls im Rahmen der Manuduktionspflicht anzuleiten sein. Einem Erstreckungsantrag ist nur dann nicht stattzugeben, wenn bei sorgfältiger Berücksichtigung aller Umstände kein vernünftiger Zweifel darüber besteht, daß der Antrag in Verschleppungsabsicht gestellt wurde.

Insgesamt soll durch diese Bestimmung informations- und beratungsbedürftigen Parteien gleichsam eine Schiene zur Inanspruchnahme entsprechender Angebote gelegt und ihnen dafür verfahrensrechtlich auch der erforderliche zeitliche Freiraum zur Verfügung gestellt werden.

**2.** Die neue Z 7a des § 460 ZPO ist gleichsam die Nahtstelle zwischen dem Scheidungsverfahren und der Mediation. Diese Bestimmung setzt voraus, daß eine Versöhnung der Ehegatten, auf die das Gericht nach § 460 Z 7 ZPO hinzuwirken hat, nach den Umständen des Falles nicht möglich scheint. Dies korreliert mit der Zielsetzung der Mediation, die Hilfestellung nicht etwa nur im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der Ehe anbieten will, sondern vor allem auch in einem fortgeschritteneren Stadium eindeutiger Scheidungs- oder Trennungswilligkeit ansetzt und hier ungeachtet der unvermeidlichen Scheidung oder Trennung konsensuale, tragfähige Lösungen aller daraus entstehenden Fragen für die Zukunft erarbeiten will.

Bei offensichtlicher Unmöglichkeit einer Versöhnung hat sich das Gericht durch **Befragung** der Parteien ein Bild darüber zu verschaffen, **ob eine gütliche Einigung** über die Scheidung und deren Folgen grundsätzlich **in Betracht kommt und welche Hilfestellungen** für die Ehegatten zur Erzielung einer solchen Einigung **zweckmäßig wären**. Im besonderen geht es dabei um die Abklärung der Frage, ob die Ehegatten ein für die Mediation "geeigneter Fall" sind. Zu diesem Zweck wird es notwendig sein, die mit Scheidungsverfahren befaßten Richterinnen und Richter durch entsprechende Aus- und Fortbildungsmaßnahmen mit der Mediation in ihren Grundzügen, ihren Voraussetzungen und ihrer Arbeitsweise zumindest so weit

vertraut zu machen, daß sie zu einer solchen Einschätzung über die Eignung eines scheidungswilligen Paars für dieses Konfliktregelungsinstrument in der Lage sind.

Das Gericht hat die Ehegatten **auf entsprechende Hilfeangebote konkret - also beispielsweise durch Nennung der solche Hilfeleistungen im örtlichen Umkreis anbietenden Einrichtungen - hinzuweisen**. Aufgabe der Justizverwaltung wird es sein, die mit Scheidungsverfahren befaßten Richterinnen und Richter mit den für solche Hinweise erforderlichen Informationen zu versorgen.

Wenn beide Parteien dies beantragen, ist die **Tagsatzung zu dem Zweck zu erstrecken**, um den Parteien die Inanspruchnahme solcher Hilfeangebote - im besonderen der Mediation - zu ermöglichen. Erforderlichenfalls sind die Parteien im Rahmen der Manuduktionspflicht zur Stellung eines solchen Antrags anzuleiten.

**3.** Auch in § 460 Z 8 ZPO wird durch die Einfügung des Klammerzitats "(§ 416 Abs. 1)" klargestellt, daß für die Rechtskraft des Scheidungsurteils im hier maßgeblichen Sinn - ebenso wie im Fall des § 224 Abs. 2 zweiter Satz AußStrG - auch bei einem Rechtsmittelverzicht nicht dessen mündliche Verkündung, sondern die **Zustellung der schriftlichen Urteilsausfertigung an beide Ehegatten zeitlich maßgebend** ist. Zu den dieser Klarstellung zugrundeliegenden Erwägungen sei auf die Ausführungen zu Art. III Z 2 des Entwurfs (§ 224 AußStrG) verwiesen.

**4.** In der Praxis wird immer wieder der Wunsch geäußert, daß den Ehegatten auch eine Ausfertigung des Urteils über die Auflösung der Ehe zur Verfügung gestellt werden möge, in der die Entscheidungsgründe nicht enthalten seien. Dieses Anliegen erklärt sich daraus, daß die Ehegatten häufig eine Ausfertigung dieser Entscheidung zur Vorlage bei Behörden benötigen, es für sie aber unangenehm ist, wenn aus dieser Entscheidungsausfertigung die Gründe für die Auflösung der Ehe, ja möglicherweise intime Details über das frühere Eheleben und über die Zerrüttung der Ehe hervorgehen. Die Entscheidungsgründe sind für solche, an die Eheauflösung anknüpfenden behördlichen Zwecke auch nicht von amtlichem Interesse, weshalb nichts dagegen spricht, diesem durchaus berechtigten Anliegen Rechnung zu tragen. Deshalb sieht die neue Z 8a des § 460 ZPO vor, daß den

Ehegatten auf ihr Verlangen auch eine **Entscheidungsausfertigung ohne Entscheidungsgründe** auszustellen ist.

Ein Antrag auf Ausstellung einer solchen Entscheidungsausfertigung kann **jederzeit** und nicht etwa nur in zeitlichem Zusammenhang mit dem Ergehen der Entscheidung gestellt werden. Auch wenn seit einem Scheidungsurteil viele Jahre verstrichen sein mögen, ist einem solchen Antrag nachzukommen. Für die Ausstellung einer solchen begründungslosen Entscheidungsausfertigung fallen **keine zusätzlichen Gerichtsgebühren** an, weil diese bereits durch die Pauschalgebühr abgedeckt ist (Anm. 4 zu TP 1 GGG).

#### **Zu Artikel V (Änderung der Exekutionsordnung)**

Daß Ansprüche nach § 97 ABGB durch einstweilige Verfügungen gesichert werden können, ist im grundsätzlichen schon nach der bisherigen Rechtslage unbestritten. Doch wird die Frage, welche Sicherungsmittel in einem Provisorialverfahren zur Sicherung des Anspruchs nach § 97 ABGB zulässig sind, in Lehre und Rechtsprechung nicht völlig einhellig beantwortet. Unzweifelhaft kommen dafür die Provisorialmaßnahmen nach § 382 Abs. 1 Z 4 und 5 EO in Betracht (RZ 1996/70). Uneinheitlich ist allerdings der Meinungsstand zur Zulässigkeit des bucherlichen Veräußerungs- und Belastungsverbots nach § 382 Abs. 1 Z 6 EO. Von der Rechtsprechung wird diese überwiegend bejaht (SZ 50/105; SZ 52/190; RZ 1981/18; MietSlg. XXXVIII/42; u.a.); einzelne Entscheidungen gehen aber in die Gegenrichtung (MietSlg. 33.004; vgl. auch EFSlg. 32.861; EFSlg. 37.636; EFSlg. 73.851; u.a.). In der Lehre wird die Zulässigkeit von *Pichler* (in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> Rz. 4 zu § 97) verneint.

Überdies kam es im praktischen Rechtsleben bei solchen Sicherungsverfahren mehrfach zu Unzukömmlichkeiten dadurch, daß dem Sicherungsgegner der Provisorialantrag zur Äußerung zugestellt wurde und dieser daraufhin noch vor Erlassung der beantragten Verfügung Dispositionen traf, durch die die in der Folge erlassenen Sicherungsmaßnahmen ins Leere gingen und dem sicherungsbedürftigen Ehegatten die Durchsetzung seines Anspruchs nach § 97 ABGB letztlich verunmöglicht wurde.

Diese Zweifelsfragen und Probleme sollen im Rahmen dieses Gesetzesvorhabens gelöst werden. Regelungstechnisch wäre es auch möglich gewesen, die gewünschten Klarstellungen und Anordnungen jeweils an geeigneter Stelle in die bestehenden Bestimmungen einzufügen. Aus verschiedenen Gründen wird jedoch vorgesehen, den spezifischen Regelungserfordernissen hinsichtlich der Sicherung des dringenden Wohnbedürfnisses eines Ehegatten eine eigene, neu zu schaffende Gesetzesbestimmung zu widmen, in der alle Sonderregelungen für diesen Bereich konzentriert sind. Dafür sprechen zum einen Aspekte der Übersichtlichkeit, zum anderen soll aber von dieser **zusammengefaßten Sondernorm** auch eine gewisse Signalwirkung insofern ausgehen, als die Bedeutung des **eherechtlichen Wohnungserhaltungsanspruchs** und seiner **rechtlichen Absicherung in Akutfällen** besonders hervorgehoben werden soll.

Der aus diesen Erwägungen vorgeschlagene § 382e EO enthält in seinen vier Absätzen unterschiedliche Sonderregelungen für eine einstweilige Verfügung zur Sicherung eines Anspruchs nach § 97 ABGB, ist aber im übrigen nicht nur systematisch, sondern auch inhaltlich in die Bestimmungen der §§ 381 ff. EO eingebettet.

Um jeden Zweifel über die **zur Sicherung eines Anspruchs nach § 97 ABGB zulässigen Sicherungsmittel** in einem Provisorialverfahren auszuräumen und die Rechtsposition des wohnungsbedürftigen Ehegatten zu verstärken, werden in § 382e Abs. 1 EO sämtliche Sicherungsmittel nach § 382 Abs. 1 Z 4 bis 7 EO ausdrücklich zugelassen. Dies gilt nicht nur für den unmittelbaren Wohnungserhaltungsanspruch, sondern auch für die auf Grund einer Verletzung dieses Anspruchs zustehenden Forderungen, bei diesen jedoch nur für jene, die nicht in Geld bestehen (z. B. den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustands oder auf Vornahme sonstiger Handlungen zur Erhaltung der Wohnung), weil für die in Geld bestehenden Forderungen die Bestimmungen der §§ 379 f. EO (und nicht jene der §§ 381 ff. EO) zum Tragen kommen.

Grundsätzlich setzt eine einstweilige Verfügung die Bescheinigung konkreter Gefährdung voraus (§§ 381, 389 EO). Im Fall eines **bereits eingeleiteten Scheidungs-, Aufhebungs- oder Nichtigerklärungsverfahrens** kann diese

Gefährdung aber zumindest im Kontext des Provisorialverfahrens unterstellt werden, sodaß es jedenfalls hinsichtlich der Ehewohnung (die ja zumeist der Befriedigung des grundsätzlichen Lebensbedürfnisses nach Unterkunft dient und daher besonders sicherungswürdig ist) berechtigt scheint, auf eine individuelle Gefährdungsbescheinigung zu verzichten. Daher kann gemäß § 382e Abs. 2 EO eine einstweilige Verfügung im zuvor erörterten Sinn (nämlich entweder zur Sicherung des Anspruchs auf Wohnungserhaltung oder der auf Grund einer Verletzung dieses Anspruchs zustehenden, nicht in Geld bestehenden Forderungen) auch **ohne Gefährdungsbescheinigung** nach §§ 381, 389 EO erlassen werden, wenn zwischen den Parteien schon ein Verfahren auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe anhängig ist.

Wie schon erwähnt, wurde in der Praxis immer wieder die Problematik der **Anhörung des Sicherungsgegners** (durch Zustellung des Provisorialantrags mit der Aufforderung zur Äußerung binnen bestimmter Frist) in der Weise virulent, daß der solcherart vom Sicherungsantrag in Kenntnis gesetzte Antragsgegner noch vor Erlassung der einstweiligen Verfügung Schritte unternahm, die letztlich dem Anliegen des Antragstellers nach Wohnungssicherung - nicht selten irreversibel - zuwiderliefen. Nach allgemeinen Grundsätzen des Provisorialverfahrens ist die Anhörung des Antragsgegners vor der Entscheidung nicht zwingend vorgesehen; es bleibt der nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffenden Einschätzung des Gerichts überlassen, ob eine solche Anhörung durchgeführt oder von ihr Abstand genommen wird. Bei der Entscheidung darüber wird anhand des Vorbringens und der Bescheinigungsmittel, aber auch nach allgemeiner Lebenserfahrung abzuwägen sein, welche Risiken mit der einen und welche mit der anderen Vorgangsweise verbunden sind. Im hier gegebenen Zusammenhang kann von der Anhörung des Antragsgegners **in besonderem Maße eine Gefahr für das Sicherungsbedürfnis** des Antragstellers ausgehen. Dies erklärt sich zum einen daraus, daß es bei der Wohnungserhaltung häufig um grundbürgerliche Rechte geht und es wegen des im Grundbuchsrecht herrschenden Rangprinzips nicht mehr wiedergutzumachende Folgen haben kann, wenn der Antragsgegner der einstweiligen Verfügung mit einer auf eine Vermögensverschiebung gerichteten Grundbuchshandlung zuvorkommt. Zum anderen liegt ein Risikopotential darin, daß sich der Anspruch nach § 97 ABGB

nur in Ausnahmefällen gegen Dritte richtet, die mit dem über die Wohnung verfügberechtigten Ehegatten kontrahieren; gegen den gutgläubigen Dritten steht dem wohnungsbedürftigen Ehegatten kein Anspruch zu. Schließlich hat sich die spezifische Gefahr, die von einer Anhörung des Gegners im Fall eines Provisoralantrags zur Sicherung des Anspruchs nach § 97 ABGB ausgeht, ja schon in den bereits angesprochenen Fällen praktisch erwiesen.

Vor diesem Hintergrund soll eine Bestimmung geschaffen werden, aus der die **Präferenz des Gesetzgebers** dafür hervorgeht, vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des dringenden Wohnbedürfnisses eines Ehegatten jedenfalls im Regelfall **keine Anhörung des Antragsgegners** durchzuführen. Besonders weit ging diesbezüglich der in den Diskussionsentwurf aufgenommene Regelungsvorschlag, wonach vor Erlassung einer solchen einstweiligen Verfügung in allen Fällen von der Anhörung des Antragsgegners abgesehen werden sollte. Gegen eine derart starre, zwingende Regelung ohne Ausnahmemöglichkeit wurden aber bereits innerhalb des Bundesministeriums für Justiz Bedenken geäußert: Es könne durchaus Konstellationen geben, in denen die Zustellung des Sicherungsantrags an den Gegner zur Äußerung notwendig erscheine; für diese Einzelfälle solle dem Gericht diese Handlungsmöglichkeit nicht genommen werden.

Der nunmehr vorgeschlagene § 382e Abs. 3 EO trägt diesen durchaus berechtigten Überlegungen Rechnung und sieht kein Verbot der Anhörung des Antragsgegners mehr vor. Durch die gewählte Formulierung wird zunächst die zur einstweiligen Verfügung im allgemeinen ergangene Judikatur positiviert, wonach die **Anhörung des Gegners vor der Entscheidung nur zulässig** ist, wenn dadurch der **Zweck der einstweiligen Verfügung nicht vereitelt** wird (EFSIg. 32.186; SZ 67/166; vgl. auch JBl. 1996, 728). Die Anordnung des Absehens von der Anhörung bei zu besorgender Zweckvereitelung wird zudem mit dem Hinweis verknüpft, daß dies "**insbesondere**" gelten solle. Damit wird deutlich zum Ausdruck gebracht, daß das Absehen von der Anhörung hier der Regelfall zu sein hat und mit einer **Zustellung des Antrags an den Gegner** vor Erlassung der einstweiligen Verfügung **nur in Ausnahmefällen** vorzugehen ist (vgl. nochmals JBl. 1996, 728). In ihrer Textierung lehnt sich diese Bestimmung an den ersten Satz in Abs. 1 des mit dem Gewaltschutzgesetz (BGBl.Nr. 759/1996) neu geschaffenen § 382c EO an.

Die dort anzustellenden Überlegungen unterscheiden sich zwar merklich von jenen, die hier maßgeblich sind; während es dort um die Verhinderung weiterer, vom Antragsgegner ausgehender Gewalttaten und sonstiger Gefährdungen geht, steht hier vor allem der Schutz vor irreversiblen Vermögensverschiebungen durch den Antragsgegner im Vordergrund. Die Parallele besteht aber neben der Ähnlichkeit der Textierung vor allem darin, daß in beiden Fällen eine nicht mehr rückgängig zu machende Beeinträchtigung droht, im einen Fall beispielsweise ein in seinen Folgen nicht mehr ungeschehen zu machender Gewaltakt, im anderen Fall der unwiederbringliche Verlust der Wohnmöglichkeit. In beiden Fällen kommt daher eine Anhörung des Gegners in der Regel nicht in Betracht.

§ 382e Abs. 4 EO trifft eine Anordnung über die zulässige **Höchstdauer einer einstweiligen Verfügung** zur Sicherung des Anspruchs eines Ehegatten auf Befriedigung seines dringenden Wohnbedürfnisses oder eines nicht in Geld bestehenden Anspruchs wegen einer Verletzung der Erhaltungspflicht durch den anderen. Entsprechend den für einstweilige Verfügungen allgemein geltenden Grundsätzen darf die vom Gericht gemäß § 391 Abs. 1 EO festzulegende Wirkungsdauer der Provisorialmaßnahme nur so weit reichen, bis ein über den zu sichernden Hauptanspruch anhängiges Verfahren rechtskräftig beendet ist oder - im Fall der noch nicht geschehenen Einleitung eines solchen Verfahrens - der Hauptanspruch nicht mehr gerichtlich geltend gemacht werden kann. Es handelt sich dabei um die gesetzliche Maximaldauer einer Provisorialverfügung; dem Gericht bleibt aber die Möglichkeit offen, auch eine kürzere Geltungsdauer festzulegen, wenn dies nach Lage des jeweiligen Falles zweckmäßig erscheint; insbesondere bleibt auch die Bestimmung des § 391 Abs. 2 EO unberührt.

## Zu Artikel VI (Änderung der Strafprozeßordnung)

Korrespondierend zu der in der neuen Z 4 des § 320 ZPO vorgeschlagenen Unzulässigkeit der Zeugenvernehmung des Mediators (im zu Art. IV Z 1 und zu Art. II Z 8 und 9 des Entwurfs besprochenen Umfang) soll auch für das

Strafverfahren eine Vorkehrung dafür getroffen werden, daß eine zwischen den Ehegatten und dem **Mediator** schriftlich vereinbarte **Verschwiegenheitspflicht** dort Berücksichtigung findet. Die naheliegendste Anknüpfungsmöglichkeit für die Umsetzung dieses Regelungsbedürfnisses ist § 152 Abs. 1 Z 5 StPO, wonach u.a. Psychiater, Psychotherapeuten, Psychologen und Bewährungshelfer von der Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses über das ihnen in dieser Eigenschaft bekannt Gewordene befreit sind. Anders als im Zivilprozeß besteht hier kein Bedarf nach einer noch weiterreichenden Regelung in Richtung eines Vernehmungsverbots nach § 151 StPO. Im Zivilprozeß kann bei einem bloßen Zeugnisverweigerungsrecht nach § 321 ZPO eine der beiden Parteien faktisch unter Druck dahin geraten, den Mediator - eigentlich gegen ihren Willen - von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden, nämlich dann, wenn die andere Partei eine solche Entbindung bereits ausgesprochen hat und die eine Partei nun befürchtet, daß ihre Verweigerung der Entbindung im Rahmen der Beweiswürdigung zu ihren Ungunsten ausschlagen könnte. Im Strafprozeß besteht diese Gefahr aber von vornherein nicht, weshalb hier mit einem bloßen **Entschlagungsrecht** das Auslangen gefunden werden kann.

#### **Zu Artikel VII (Inkrafttretens-, Aufhebungs- und Übergangsbestimmungen)**

1. Der **Termin für das Inkrafttreten** der Neuregelungen wurde im Ministerialentwurf mit Jahresbeginn 1999 angesetzt. Dieses Inkrafttretensdatum wird entsprechend dem weiteren Verlauf der Gesetzesgenese noch angepaßt werden müssen. Jedenfalls sollte eine ausreichende Legisvakanz verbleiben, um der Praxis Gelegenheit zu geben, sich mit den Neuregelungen vertraut zu machen und sich insbesondere auch mit den erforderlichen Informationen über die örtlichen Beratungs- und Hilfeangebote (vgl. § 460 Z 6a und 7a ZPO) zu versorgen.

2. In Teilen Burgenlands gilt hinsichtlich des Verlöbnisrechts nach wie vor der **ungarische Gesetz-Artikel XXXI vom Jahre 1994**, über das Eherecht; im einzelnen sei dazu auf die Analyse von *H. Pichler in Rummel, ABGB<sup>2</sup>* Rz. 1 vor §§ 45, 46 verwiesen. Aus Gründen der Rechtsbereinigung und der

innerösterreichischen Rechtsvereinheitlichung wird diese Rechtsnorm, die ja einen Fremdkörper innerhalb des österreichischen Rechtssystems darstellt, **aufgehoben**.

3. Bei gesetzlichen Neuregelungen stellt sich in unterschiedlichen Facetten immer wieder die Frage, ob sie ab ihrem Inkrafttreten auch in allen gerichtlichen Verfahren gelten, die noch vor diesem Zeitpunkt eingeleitet wurden, aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig abgeschlossen sind. Dazu ist herrschende Rechtsprechung, daß **auf eine Änderung der Rechtslage in jeder Lage des Verfahrens**, also auch noch im Rechtsmittelverfahren, **Bedacht zu nehmen** ist, sofern die neuen Bestimmungen nach ihrem Inhalt auf das streitige Rechtsverhältnis anzuwenden sind (etwa EFSIg. XIV/2; EvBl. 1995/94; EFSIg. 79.400; ZVR 1997/123); vereinzelt (RdW 1995, 384) wird dies offenbar nur für verfahrensrechtliche Vorschriften anerkannt. Jedenfalls hinsichtlich der in diesem Entwurf enthaltenen **Änderungen der Zivilprozeßordnung, des Außerstreitgesetzes und der Strafprozeßordnung** (bei denen es sich ja durchwegs um verfahrensrechtliche Bestimmungen handelt) kann es auch durchwegs bei diesem Grundsatz bleiben, weshalb dafür **keine besonderen Inkrafttretensbestimmungen** vonnöten sind. Bei anderen hingegen soll aus unterschiedlichen Erwägungen von diesem Grundsatz abgewichen werden; diesem Zweck dienen die Z 3 bis 6 des Art. VI.

Zu Art. I Z 3 des Entwurfs wurde bereits ausgeführt, daß es sich bei den Feststellungsverfahren nach § 92 Abs. 3 ABGB letztlich um überflüssige Verfahren handelt, von denen die Gerichte entlastet werden sollen. Es ist kein Grund dafür erkennbar, solche zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der vorgeschlagenen Neuerungen anhängige Verfahren noch weiter- und zu Ende zu führen. Aus diesem Grund wird in Art. VI Z 3 angeordnet, daß **Anträge gemäß § 92 Abs. 3 ABGB**, über die zum Inkrafttretenstermin noch nicht rechtskräftig entschieden wurde, mit dem Inkrafttreten **als zurückgezogen gelten**. Wesentliche Parteiinteressen können durch diese Bestimmung nicht verletzt werden, zumal die Gerichtsgebühren für diese Verfahren ohnedies nicht sehr hoch sind (550 S) und eine etwa an den Verfahrenserfolg geknüpfte oder nach billigem Ermessen aufzuerlegende Kostenersatzpflicht nicht vorgesehen ist.

Die Änderungen der §§ 82 und 91 EheG sollen in einem zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes anhängigen Verfahren über die Aufteilung ehelichen Gebrauchsvermögens und ehelicher Ersparnisse nur dann zu berücksichtigen sein, wenn darin die Entscheidung erster Instanz zu diesem Zeitpunkt noch nicht ergangen ist. Wenn sich hingegen das Verfahren in der zweiten oder der dritten Instanz befindet, wäre eine Anwendung dieser Bestimmungen in ihrer neuen Fassung nicht sachgerecht, weil die Einbeziehung einer zu einem Unternehmen gehörenden Ehewohnung in die Aufteilung gemäß dem neuen § 82 Abs. 2 EheG und die wertmäßige Einbeziehung von Investitionen in ein Unternehmen im Sinn des neuen § 91 Abs. 2 EheG ja entsprechendes Vorbringen und darauf gerichtete Beweisaufnahmen erfordern, die dem Verfahren erster Instanz vorbehalten sind. Im Hinblick darauf wird in Art. VI Z 5 das Datum der erstinstanzlichen Entscheidung als maßgeblicher Zeitpunkt für die Anwendbarkeit der neuen Bestimmungen auf zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens anhängige Verfahren vorgesehen. Ist das Verfahren erster Instanz zum Inkrafttretenstermin bereits weit vorangeschritten, so hat das Gericht dessenungeachtet den Parteien Gelegenheit zur Erstattung von Vorbringen in Richtung dieser Neuerungen und entsprechender Beweisanbote zu geben und die ergänzend angebotenen Beweise nach allgemeinen Grundsätzen aufzunehmen.

Ähnliche Erwägungen treffen auch auf die Abs. 1, 2 und 4 des vorgeschlagenen § 382e EO zu. Die Fragen, welche Sicherungsmittel zulässig sind, welche Bescheinigungen die Erlassung der einstweiligen Verfügung voraussetzt und für welchen Zeitraum eine erlassene einstweilige Verfügung wirken kann, spielen bereits entscheidend in das erstinstanzliche Verfahren hinein; die Berücksichtigung von erst im Laufe des zweit- oder drittinstanzlichen Verfahrens zu diesen Fragen eingetretenen Änderungen würde erhebliche Komplikationen nach sich ziehen. Daher sieht Art. VI Z 6 vor, daß die genannten Regelungen in einem zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes anhängigen Provisorialverfahren nur anzuwenden sind, wenn die Entscheidung erster Instanz zu diesem Zeitpunkt noch nicht ergangen ist.

Bei der Bestimmung des § 382e Abs. 3 EO über das Absehen von der Anhörung des Antragsgegners wäre eine Anwendung auf zum Zeitpunkt ihres

Inkrafttretens bereits anhängige Verfahren wohl überhaupt sinnentleert, weil die Entscheidung über eine allfällige Zustellung des Sicherungsantrags zur Äußerung ja sogleich bei Verahrensbeginn getroffen wird, weshalb diese Regelung gemäß Art. VI Z 6 auf vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingeleitete Provisorialverfahren **nicht anzuwenden** ist.

Wenn eine vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes erhobene Scheidungsklage auf einen der bisherigen "absoluten" Scheidungsgründe der §§ 47 oder 48 EheG gestützt wurde, hätte eine Geltung der Aufhebung dieser beiden Bestimmungen auch noch für das darüber geführte Scheidungsverfahren unter Umständen gravierende Folgen für den Scheidungskläger, der im Vertrauen auf die bisherige Rechtslage das Verfahren eingeleitet hat und auf Grund der diesbezüglichen Gesetzesänderung möglicherweise mit seinem Begehr - selbst bei dessen Umstellung in Richtung § 49 EheG - nicht mehr durchdringen kann. Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit, der tunlichst zu vermeidenden Rückwirkung von Gesetzen und des zur respektierenden Vertrauens in die gegebene Rechtslage soll ein solches Ergebnis ausgeschlossen werden. Zu diesem Zweck wird in Art. VI Z 4 angeordnet, daß auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes noch nicht rechtskräftig abgeschlossene Verfahren über **auf §§ 47 oder 48 EheG gestützte Scheidungsklagen die bisher in Geltung gestandenen Bestimmungen** - also eben die §§ 47 und 48 EheG in der Fassung vor ihrer Aufhebung - anzuwenden sind.

### Zu Artikel VIII (Vollziehung)

Die Vollziehungszuständigkeit des Bundesministers für Justiz gründet sich auf das Bundesministeriengesetz 1986 BGBl.Nr. 76 in der derzeit geltenden Fassung BGBl. I Nr. 113/1997.