

JOHANNES-KEPLER-UNIVERSITÄT
LINZ

INSTITUT FÜR ZIVILRECHT
ABTEILUNG FÜR UMWELTPRIVATRECHT
UNIV.-PROF. DR. FERDINAND KERSCHNER

A-4040 LINZ, AUHOF
Tel.: (0732) 24 68 / 460
Fax: (0732) 24 68 / 9841

29. 10. 1998

An das
Bundesministerium für Justiz
Herrn Sektionsleiter
Dr. Gerhard Hopf
Postfach 63
1016 Wien

BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ	
Eingel. - 4. OKT. 1998	
	1 fach.
gu Zahl 4.440/97-1/198	1 Big. Alten

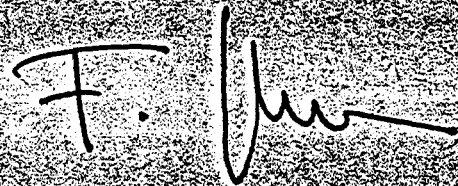
Betrifft: Stellungnahme zum Entwurf eines Ehe- und Scheidungsrechts-
Änderungsgesetzes

Sehr geehrter Herr Sektionsleiter!

Ich weiß zwar nicht, ob ich zu den im Begutachtungsverfahren befaßten Stellen gehöre. Dennoch erlaube ich mir, beiliegend eine Stellungnahme zum geplanten neuen Ehe- und Scheidungsrecht zu übersenden. Dieses enthält viele positive Neuerungen. In zwei - freilich mE ganz wichtigen - Fragen, nämlich zur Höhe des Ehegattenunterhalts und zum verschuldensunabhängigen Unterhaltsanspruch bin ich allerdings ganz anderer Meinung.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Ihr



Stellungnahme
zum
Entwurf des
Bundesministeriums für Justiz
eines
Ehe- und Scheidungsrechts - Änderungsgesetze (GZ 4.440/97-I/1998)
von
Univ.-Prof. Dr. *Ferdinand Kerschner*
Institut für Zivilrecht
und Umweltrecht
der
Johannes Kepler Universität Linz

I. Allgemeine Beurteilung

Der Entwurf enthält eine ganze Reihe von überaus **begrüßenswerten Änderungen**: Keine absoluten Scheidungsgründe mehr /Betonung und Konkretisierung des Partnerschaftsprinzips/Betonung des Einigungsbemühens/Wechsel vom Natural- zum Geldunterhalt/Wegfall der Verpflichtung zur Mitwirkung im Erwerb des anderen Ehegatten/manche Zuwendungen zu Unternehmen werden bei Aufteilung berücksichtigt /Stärkung der Mediation. Im Einzelnen ist im Besonderen Teil noch darauf einzugehen. In zwei maßgeblichen Punkten kann dem Entwurf allerdings keinesfalls zugestimmt werden.

1. Keine Klarstellung der Höhe des Unterhaltsanspruchs:

Das verfassungs- und einfachgesetzliche Gebot der materiellen Gleichbehandlung wird durch die derzeitige Prozentjudikatur konterkariert. Daß der haushaltsführenden Frau nur ein Drittel des Familieneinkommens zustehen soll, bedeutet eine entscheidende Diskriminierung der Haushaltstätigkeit bzw Kindererziehung. Die in der Entwurfsbegründung vorgebrachten Argumente sind in keiner Weise überzeugend; vgl schon *Kerschner*, RZ 1998, 79. Daß der Berufstätige mehr Kleidung benötigt, kann höchstens im Einzelfall zutreffen. Im Grundsatz entspricht das keineswegs mehr den derzeitigen gesellschaftlichen Verhältnissen. Weder *Lackner* noch *ich* noch sonst jemand hat jemals eine pauschale Halbierung gefordert: Selbstverständlich kann das nur gelten, soweit der Unterhalt zur Deckung der gemeinsamen Lebensbedürfnisse nötig ist. Vermögensbildung ist ohnehin grundsätzlich nicht Teil des Unterhalts. Schon insofern bleibt ein völlig ausreichender Leistungsanreiz. Zweite Grenze müßte Quantität und Qualität der Haushaltsführung sein. Den Ball den Gerichten zurückzuspielen, wird nichts bewirken. Diese werden nun eher ihre Auffassung auf die Absicht des Gesetzgebers stützen. Was bleibt, ist: Die Männer wollen noch immer keine Halbteilung und damit keine reale entscheidende materielle Gleichbehandlung.

2. Unterhaltsanspruch auch für allein oder überwiegend schuldigen Ehegatten

Die gravierenden Bedenken gegen eine solche **Belohnung ehewidrigen Verhaltens** (vgl auch *Wilhem*, *ecolex* 1998, 749) haben sich auch nicht dadurch abgeschwächt, daß man von seiten der Reformer stets und wiederholt

auf einen "Tränendrüsenfall" und auf die ohnehin engen Voraussetzungen dieses Unterhaltsanspruchs hinweist. Auch durch ständiges Wiederholen wird dieser Vorschlag nicht überzeugender oder sachlich gerechtfertigter; vgl schon *Kerschner*, RZ 1998, 78. In der Entwurfsbegründung wird zu Recht auf die Eherechtsfunktionen der Verhaltenssteuerung und Bewußtseinsbildung hingewiesen. Dabei sieht man aber nicht - oder will es nicht sehen -, daß die Unterhaltspflicht wohl überhaupt die einzige maßgebliche Sanktion für Ehepflichtverletzungen darstellt. Kann auch der, der allein oder überwiegend an der Scheidung Schuldige Unterhalt begehren, so werden die Ehepflichten ad absurdum geführt: Dann soll man gleich die Ehepflichten abschaffen. Das wäre ein viel ehrlicherer Weg. Dann braucht man aber auch kein Eherecht als solches mehr und auch keine Richter mehr in diesem Bereich! Durch die geplante Neuregelung wird sogar - wohl auch bewußt - ein Anreiz zum Ausstieg aus der Ehe geschaffen. Der Unterhaltstitel setzt sich dann auch im Pensionsrecht fort. Das Eherecht soll doch für typische Fälle konzipiert sein; vgl *Kerschner*, RZ 1998, 75. Ich behaupte nun, daß der immer wieder ins Treffen geführte Fall einer jahrelang im Hauhalt tätigen Frau, der dann eine Eheverfehlung passiert und keine Erwerbstätigkeit mehr zumutbar (oder möglich) ist, gerade kein typischer, sondern ein höchst seltener, ausgerissener Fall ist. Alleinverschulden wird doch - wenn man die Judikatur kennt - äußerst selten und schon gar nicht aufgrund eines "einmaligen Versagens" angenommen. Wegen verbleibender ganz seltener Fälle einen solchen entscheidenden Prinzipien- und Systembruch zu wagen, geht mE nicht an. Welche Rechtsunsicherheit aufgrund des weiten Ermessensspielraums des Richters entstehen würde, zeigt sich am Ausnahmefall der Unbilligkeit: Eine solche sei jedenfalls bei einem Mordanschlag gegeben. Einen solchen Fall überhaupt erwähnen zu müssen, zeigt, in welcher falscher Richtung der Entwurf in diesem Punkt geht. Ehebruch als solcher soll also noch nicht "per se" zur

Unbilligkeit führen. Dann soll man doch einmal den / die Österreicher / in fragen, ob in einem solchen Fall ein Unterhaltsbegehren noch "gerecht" ist!

In den meisten solchen Fällen wird mE ohnehin annähernd gleiches Verschulden vorliegen, sodaß § 68 EheG greift, der zugegebenermaßen zu enge Voraussetzungen hat. Daher geht mein Vorschlag dahin, statt der geplanten Neuregelung die Grenzen des § 68 EheG aufzubrechen und damit den Gestaltungsspielraum des Richters zu erweitern: kein Entfall bei unzumutbarer Erwerbstätigkeit, kein Vorrang der Verwandten, kein bloßer Beitrag, sondern - wie jetzt geplant - "angemessener Lebensbedarf" / Entfall des § 78 Abs 3 und damit der passiven Vererblichkeit der Unterhaltspflicht.

Der geplante verschuldensunabhängige Unterhaltsanspruch würde zudem zu einem - mE verfassungsrechtlich bedenklichen - Wertungswiderspruch zu § 68 EheG führen: Der allein Schuldige könnte höheren Unterhalt lukrieren als der gleich Schuldige. Überhaupt scheint das Verhältnis zwischen § 68 und § 68 a EheG noch kaum überlegt worden zu sein. Ist auch bei gleichem Verschulden § 68 a eine mögliche Anspruchsgrundlage?

Zusammenfassend läßt sich sagen: Nur wenn man die Ehe weiter destabilisieren will, vielleicht überhaupt das Eherecht abschaffen will (was man natürlich diskutieren kann), kann man einem § 68 a EheG zustimmen. Dann sollte man das aber auch offen zugeben. ME aber sollte doch eine sinnvolle Alternative zur Lebensgemeinschaft erhalten werden, in die man berechtigtes Vertrauen investieren kann. Warum soll der, der seiner ehelichen Verantwortung nachgekommen ist, dem anderen Teil, dessen Verschulden offensichtlich überwiegen muß, Unterhalt leisten? Die Ehe sollte gerade kein Versorgungsinstitut sein, das dem Staat Sozialfälle abnimmt!

II. Besonderer Teil

ad § 91 Abs 1: ME wäre eine solche Klarstellung nicht nötig, ergibt sich die Halbe-Halbe-Lösung insbesondere bei der Haushaltsführung doch schon aus § 95 ABGB. Die Gerichte haben leider diese Bestimmung nur sehr halbherzig angewendet. Von der Formulierung "in voller Ausgewogenheit ihrer Beiträge" würde ich abraten, weil eine volle Ausgewogenheit - auch wohl nicht als Ziel - niemals erreichbar ist. Es werden damit gerade rechtswidrige Verhaltensweisen provoziert, die zum Vorwand für Scheidungsprozesse dienen könnten. Besser wäre vielleicht - wenn man nicht ganz darauf verzichtet - : "Die Beiträge sollen insgesamt möglichst ausgeglichen sein" (oä).

Viel effizienter erschiene mir, § 95 bezüglich der Haushaltsführung - und primär um diese geht es ja - klarzustellen und die wichtigsten Falltypen ausdrücklich anzusprechen: **Bei voller Berufstätigkeit beider haben beide in gleichem Ausmaß im Haushalt mitzuwirken. Selbst der allein Erwerbstätige muß in seiner berufsfreien Zeit, insbesondere am Wochenende angemessen mitwirken.**

ad § 91 Abs 2: Das Ziel, insbesondere eine Versteinerung der Rollenverteilung zu verhindern, ist überaus begrüßenswert. ME würde aber die vorgeschlagene Fassung die derzeitige Rechtslage sogar verschlechtern. Danach wäre erst recht wieder - wie teilweise Rspr und Lehre es ja vertreten - **der Nachweis eines gerechtfertigten Grundes nötig.** Das wäre eine schwierige Ausgangsposition für den, der abgehen will. Zudem muß die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gerade nicht immer ein sachlich gerechtfertigter Grund sein. Wenn man weiters auf die Änderung der maßgeblichen Umstände abstellt, nimmt man mit dieser "clausula"-Formel alle damit verbundenen Probleme der Geschäftsgrundlage und die damit ebenso verbundene Rechtsunsicherheit auf.

ME sollte man von diesem Begründungszwang abgehen und formulieren: *"Von einer einvernehmlichen Gestaltung kann jeder Ehegatte abgehen, wenn und soweit dem nicht besondere Interessen des anderen Teils oder der Kinder dem entgegenstehen"*. Die Beweislast für solche Interessen läge dann bei dem Teil, der auf der bisherigen Gestaltung beharren will.

Die Pflicht zum Einigungsbemühen ergibt sich mE zwar schon aus Abs 1. Eine Klarstellung kann aber sicher nicht schaden.

ad § 94 Abs 3: Vorrang des Geldunterhalts ist im Sinne einer materiellen Unabhängigkeit der Ehefrau (allenfalls auch Ehemanns) höchst zu begrüßen. Zusammen mit einem staatlichen "Betreuungs- Erziehungsgeld" ließe sich das Ziel erreichen, den haushaltsführenden und kindererziehenden Teil zumindest relativ materiell unabhängig zu machen.

Die Einschränkung auf Fälle des Rechtsmißbrauchs erscheint mir einerseits überflüssig - weil ohnehin selbstverständlich, andererseits aber zu restriktiv. ME wäre es besser, auf die "Unsachlichkeit eines solchen Verlangens" abzustellen.

ad § 98: Es ist sehr zu begrüßen, daß man am derzeitigen § 98 nichts ändern will.

ad §§ 47/48/49 EheG:

Dem Wegfall absoluter Scheidungsgründe - mE ohnehin nur ein Produkt der Rspr - ist überaus zuzustimmen.

Wie den Ehebruch sollte man mE auch die Verweigerung der Nachkommenschaft als wichtigen Fall schwerer Eheverfehlung aufnehmen. Fortpflanzung ist wesentliches Element menschlichen Lebens (vgl schon

Kerschner, RZ 1998, 75 ff) und sollte daher auch wesentlicher Eheinhalt bleiben. Gegen ein solch fundamentales Lebensprinzip können auch noch so "modern" Denkende nicht ankommen. Seien wir doch nicht so vordergründig wehleidig. Für "Singles", die vielfach und massiv unter ihrer Einsamkeit leiden, sind Psychiater und Psychologen nur ein schwacher Trost.

ad §§ 68 a, 69 b EheG: Grundsätzliches dazu schon oben im Allgemeinen Teil; um nochmals den "Tränendrüsenfall" zu relativieren: Der Ehemann, der sich aus beruflichen, sportlichen oder sonstigen Gründen immer weniger um seine Frau kümmert (wie auch umgekehrt!), begeht ohnedies eine Eheverfehlung (Verletzung der Pflicht, einen möglichst großen **gemeinsamen** Bereich zu gestalten). Die Neuregelung dient dem Institut der Ehe nicht: Weil - wenn überhaupt - nur ganz wenige Fälle betroffen sind (weil meist beiderseitiges Verschulden), ist der Nutzen ganz gering, der Schaden aber für die Verhaltenssteuerung / Bewußtseinsbildung ganz enorm: Der, der allein die schwere Eheverfehlung begeht, hat einen wichtigen Grund zur Eheauflösung und einen positiven Leistungsanspruch. Er wird für seine Pflichtverletzung belohnt; der, der seine Pflichten verletzt, ist der Dumme. Das Vertrauen ist doch nur dann zu schützen, wenn man selbst den Vertrag einhält. Daß man sich die Versorgung schon aufgrund der bisherigen Ehe "verdient" hat, verkennt die maßgeblichen Funktionen des Eherechts; vgl dazu *Kerschner*, RZ 1998, 75 ff.

Dazu kommt aus pragmatischer Sicht, daß der Ausgang von Unterhaltsverfahren noch schwerer vorhersehbar wird (viele unbestimmte Begriffe / Billigkeit). Es ist auch kaum absehbar, wie sich das auf die Verhandlungspositionen im Zuge einvernehmlicher Scheidungen auswirken wird.

Letztlich kehrt man damit in einem bestimmten, aber ganz wichtigen Bereich zum Zerrüttungsprinzip ab. Es ist egal, ob man Pflichten einhält, ob man Verantwortung wahrnimmt. **Sanktionslose Pflichten bewirken nichts!** Es ist wieder ein Schritt zur noch stärkeren Annäherung an die Lebensgemeinschaft, ein weiterer Schritt zur völligen Instabilisierung der Ehe.

ad § 69 a Abs 2: Die Tendenz, den Unterhaltsanspruch bei unwirksamer Vereinbarung zu reduzieren, ist begrüßenswert.

Freilich wird mE damit das Problem nicht wirklich gelöst: Einvernehmliche Scheidungen kommen oft nur wegen der Unterhaltsregelung zustande. Durch deren Anfechtung wird das Gesamtgefüge und damit der Gesamtkonsens gestört. ME müßte deshalb bei Anfechtung der vermögensmäßigen Vereinbarung auch die Scheidung selbst unwirksam sein. Dann müßten wieder die allgemeinen Unterhaltsregeln gelten.

ad § 82 Abs 2 EheG: ME wäre es sachlich durchaus sinnvoll, die Ehewohnung nur dann stets der Aufteilung zu unterziehen, wenn ein Ehegatte zur Weiterbenützung angewiesen ist. Warum soll dieser an einer ererbten Wohnung "mitnaschen"?

ad § 91 Abs 2 EheG: Erscheint mir sachlich sinnvoll, wird aber die Richter vor zusätzliche äußerst schwierige Bewertungsaufgaben stellen.

ad § 99 EheG: Die normative Aussage sollte mE nicht in der Zulässigkeit der Vereinbarung einer Verschwiegenheitspflicht liegen. Das ergibt sich aus der Privatautonomie. Regelungszweck sind doch die Grenzen einer solchen Vereinbarung. ME sollte daher besser formuliert werden: "Vereinbaren die Ehegatten Verschwiegenheitspflicht,"

