

# Telefax-Nachricht

von

**OÖ. Rechtsanwaltskammer, 4020 Linz  
Museumstraße 25 / Quergasse 4  
Tel. 0732/77 17 30; Fax: 77 90 67 85**

**An:** Bundesministerium für Justiz  
zH Herrn Dr. Stabentheiner

**Datum:** 9. November 1998

|                              |                |
|------------------------------|----------------|
| BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ |                |
| Eingel.                      | - 9. OKT. 1998 |
| Zu                           | 1 fach.        |
| Zahl 4.440/97 E/1/98         | Bjg.           |
|                              | Alten          |

**Betrifft:** Stellungnahme der OÖ. Rechtsanwaltskammer zum EheSchRÄG  
(Gz: 4.440/97-1.1/1998)  
Sehr geehrter Herr Dr. Stabentheiner!

Wie heute telefonisch besprochen, übermitteln wir Ihnen angeschlossen die Stellungnahme der OÖ. Rechtsanwaltskammer zum EheSchRÄG und ersuchen um entsprechende Berücksichtigung.



Mit freundlichen Grüßen  
OÖ. Rechtsanwaltskammer

i.A. Mag. Minihuber

Wir übersenden Ihnen 12 Seite(n) (einschließlich des Deckblattes).

Sollten Sie nicht alle Seiten erhalten haben, rufen Sie bitte sofort (0732) 77 17 30.



**STELLUNGNAHME**  
**zum 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)**

Zusammenfassung aufgrund der Erörterung des Diskussionsentwurfes am 30.09.1998 unter Berücksichtigung des Standes der Diskussion zum Diskussionsentwurf eines Ehe- und Scheidungsrechts-Änderungsgesetzes.

Anwesend: RAe Dr. Gerald Haas, Dr. Wolfgang Moringner, DDr. Heinz Mück, Dr. Ingrid Posch, Dr. Waltraute Steger, Dr. Günter Tews, sowie teilweise Dr. Robert Mayrhofer

**I.**

**Änderungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches**

1. § 90 zweiter Satz wird aufgehoben.

2. § 91 lautet:

*"§ 91. (1) Die Ehegatten sollen ihre ehelichen Lebensgemeinschaft, besonders die Haushaltsführung, die Erwerbstätigkeit, die Leistung des Beistandes und die Obsorge, 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."*

Kein Einwand dagegen, daß der zweite Satz des § 90 ABGB entfallen soll, da die im ersten Satz normierte eheliche Beistands- und Treuepflicht aufrecht bleibt. Die wechselseitige Mitwirkung im Erwerb des anderen Ehegatten gehört zu denjenigen Grundsätzen, die im neu formulierten Absatz 1 des § 91 ABGB angesprochen werden und deren Gestaltung einvernehmlich vorzunehmen sein wird.

Es ist unzweckmäßig dem § 91 ABGB einen Absatz 2 anzufügen. Die in Absatz 1 enthaltene Verpflichtung zur einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft beinhaltet auch die Verpflichtung der Ehegatten, vor oder im Zusammenhang mit einer Änderung wesentlicher Aspekte der Gestaltung dieser Lebensgemeinschaft untereinander das Einvernehmen herzustellen. Die Aufnahme eines eigenen, diese Verpflichtung normierenden Absatzes eröffnet die Auslegungsmöglichkeit, daß eine Änderung anderer Bereiche des Bemühens um Einvernehmen nicht bedarf. Weiters läßt die Verpflichtung, sich um ein Einvernehmen zu bemühen, offen, was zu geschehen hat, wenn dieses Einvernehmen nicht erzielt werden kann.

### 3. § 92 Abs. 3 wird aufgehoben.

Dem Motivenbericht zum Diskussionsentwurf ist hinsichtlich § 92 Abs. 3 ABGB nur bedingt zu folgen. Zweifelsfrei hat sich die durch die Novelle BGBl 412/1975 geschaffene Möglichkeit, das Gericht wegen der Verlegung der gemeinsamen Wohnung anzurufen, nicht bewährt. Diese Bestimmung kann und soll entfallen. Anders verhält es sich mit der gleichfalls in § 92 Abs. 3 ABGB normierten Möglichkeit, bei Gericht die Genehmigung der abgesonderten Wohnungsnahme zu beantragen. Hierbei handelt es sich nicht um totes Recht. Diese Möglichkeit wird immer wieder in Anspruch genommen, um sich nicht der Gefahr auszusetzen, im Falle der unbegründeten gesonderten Wohnungsnahme eine Eheverfehlung zu setzen, die den anderen Ehegatten nach § 49 EheG zum Begehren auf Scheidung der Ehe aus Verschulden berechtigt. Gerade in einer krisenhaften Ehesituation muß ein Ehegatte, der gesondert Wohnung zu nehmen beabsichtigt eine Möglichkeit haben, diesen Schritt im vorhinein prüfen zu lassen, um sich nicht der Gefahr auszusetzen, in einem Ehescheidungsverfahren daraus resultierende Nachteile zu erleiden. Die Erfahrung zeigt, daß bei entsprechender Antragstellung in den meisten Fällen die zuvor nicht zu erlangende Zustimmung des anderen Ehegatten zur gesonderten Wohnungsnahme erfolgt. Bei Wegfall dieser Möglichkeit würde die Auseinandersetzung um die Berechtigung der gesonderten Wohnungsnahme in einem stärkeren Maße als bisher ins Ehescheidungsverfahren verlagert werden.

### 4. Im § 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."*

Die Neuformulierung des § 94 Abs. 3 ABGB wird grundsätzlich begrüßt. Eingewendet wird, daß der demonstrative Hinweis auf den Fall eines rechtsmißbräuchlichen Verlangens dann, wenn sich ein solcher Rechtsmißbrauch "im Hinblick auf die zur Deckung der Bedürfnisse zur Verfügung stehenden Mittel" ergäbe, eine Leerformel ist. Sie wird in der Rechtspraxis zu vermeidbaren unterhaltsrechtlichen Auseinandersetzungen führen. Den Verfassern des Entwurfes ist nicht zu unterstellen, daß sie mit diesem Kriterium von den "zur Verfügung stehenden Mittel" ausgehend eine Untergrenze der Unterhaltsbemessungsgrundlage des unterhaltspflichtigen Ehegatten einführen wollten, bei dessen Unterschreiten ein durchsetzbarer Unterhaltsanspruch des anderen Ehegatten nicht mehr besteht.

## II.

### Änderungen des Ehegesetzes

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."*

Dem Entfall der §§ 47 und 48 samt Überschriften sowie der Überschrift vor § 49 EheG wird zugestimmt. Die Geltendmachung der Scheidungsgründe nach den §§ 47 und 48 EheG spielt in der Praxis kaum eine Rolle. Jedenfalls wird niemand auf diese Ehescheidungsgründe zurückgreifen, wenn er nicht aufgrund eines tatbestandsmäßigen Sachverhaltes die Ehe ohnedies für zerrüttet erachtet. Die Geltendmachung der bisher den §§ 47 und 48 EheG zu subsumierenden Eheverfehlungen wird im Rahmen des § 49 EheG nach wie vor uneingeschränkt möglich sein.

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

*§ 68 a. Unabhängig vom Verschulden an der Scheidung hat ein Ehegatten dem anderen den nach dessen Lebensverhältnissen angemessenen Unterhalt zu gewähren, soweit diesem Ehegatten aufgrund 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 der Scheidung, nicht unbillig scheint. Die Unterhaltspflicht kann zeitlich beschränkt werden. § 67 Abs. 1 findet entsprechende Anwendung."*

Es ist anzuerkennen, daß es Fälle gibt, bei denen die derzeitige Regelung der unterhaltsrechtlichen Folgen der Scheidung der Ehe aus dem Verschulden eines oder beider Ehegatten gravierende Härten bedingt. Dies insbesondere in denjenigen Fällen, in denen ein Ehegatte (meist die Frau) den ehelichen Haushalt führte, die Kinder erzog und über viele Jahre keiner Erwerbstätigkeit nachging, dann aber ein Verhalten setzt, das den anderen Ehegatten berechtigt, die Scheidung der Ehe aus dem zumindest überwiegenden Verschulden dieses Ehegatten zu begehren. Dennoch wird mehrheitlich entschieden abgelehnt, daß im Hinblick auf solche oder ähnliche Härtefälle mit dem vorgesehenen § 68 a EheG ein verschuldensunabhängiger, zusätzlicher Unterhaltstatbestand geschaffen wird. Das Nebeneinanderbestehen von verschuldensabhängigen und verschuldensunabhängigen Unterhaltsansprüchen wird als systemwidrig erachtet. Eine den § 68 a EheG entsprechende Regelung könnte bzw. sollte nur ins Auge gefaßt werden, wenn es insgesamt zu einer Neuregelung des Unterhaltsrechtes kommt und dabei das Verschulden als Grundlage des Unterhaltsanspruches ganz oder weitgehend entfällt.

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

*"(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 unterhaltspflichtigen Verwandten des Berechtigten der Billigkeit entspricht; § 67 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 findet entsprechende Anwendung."*

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

*"§ 69 b. 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 Schuldausspruchs, nicht unbillig scheint. Diese Unterhaltspflicht kann zeitlich beschränkt werden; § 67 Abs. 1 findet entsprechende Anwendung."*

Anerkannt wird, daß für den Fall der Scheidung einer Ehe nach § 55 a Abs. 1 EheG eine gesetzliche Unterhaltsregelung für den Fall erforderlich ist, daß mit der Vereinbarung nach § 55 a Abs. 2 EheG keine wirksame Vereinbarung über die wechselseitigen Unterhaltsansprüche zustandekommt, bzw. die geschlossene Vereinbarung nachträglich aus welchen Gründen auch immer ihre Wirksamkeit verliert. Im Ergebnis ist die nunmehr durch die neu eingefügten §§ 69 a Abs. 2 und 69 b angestrebte Regelung in sich inkonsistent und nicht geeignet, ein der zum Ausdruck gebrachten Absicht der Verfasser des Entwurfes entsprechendes Ergebnis herbeizuführen.

Abs. 2 des § 69 a des Entwurfes gibt vor, die unterhaltsrechtlichen Folgen einer einvernehmlichen Scheidung zu regeln, wenn eine wirksame Vereinbarung über die unterhaltsrechtlichen Beziehungen der Ehegatten nicht vorliegt. Ein Teil des Regelungsgegenstandes des § 69 b ist gleichermaßen der Unterhaltsanspruch im Falle der einvernehmlichen Scheidung, wenn es an einer wirksamen Vereinbarung über die unterhaltsrechtlichen Beziehungen der Ehegatten fehlt. Es ist nicht zu erkennen, welche unterschiedlichen Sachverhalte im Falle der einvernehmlichen Scheidung mit den unterhaltsrechtlichen Folgen des § 69 a Abs. 2 oder des § 69 b sanktioniert werden. Es sind zwei unterschiedliche Unterhaltsanspruchs- bzw. Bemessungstatbestände normiert, die an idente Sachverhalte anknüpfen. Die Vorlage läßt nicht erkennen, welche der beiden Varianten wann zum Tragen kommen soll.

Soweit sich die Begründung des Entwurfes (S 44 f) mit diesem Problem auseinandersetzt, ist der Erklärungsversuch untauglich. Es ist absurd, wenn der Gesetzgeber mit einer Novelle unterschiedliche Tatbestände schafft, die sich lediglich über diffizilste Überlegungen über das Verhältnis einer lex specialis zu einer lex generalis lösen lassen. Tatsächlich erfolgt die gesamte Regelung innerhalb einer lex specialis. Lediglich durch sophistisches

Argumentieren über den Ort zweier Normen innerhalb eines einzigen Gesetzes zur Qualifikation als speziellere oder allgemeinere Bestimmung gelangen zu wollen, appelliert an Freunde von Denksportaufgaben, ist aber kein vertretbarer Ansatz einer legistischen Lösung.

Der in der Vorlage enthaltene Vorschlag eines neuen § 68 a ist so gestaltet, daß er auch die in § 69 a Abs. 2 und in § 69 b geregelten Sachverhalte abdecken müßte.

Bereits jetzt beinhaltet § 69 eine völlig klare und unmißverständliche Regelung des Unterhaltsanspruches in den Fällen der Scheidung nach §§ 50 - 52 iVm einem Verschuldensauspruch nach § 61. Die Regelung des § 69 b für die Fälle der Scheidung aus den Gründen der §§ 50 - 52 eröffnet im Verhältnis zum derzeitigen § 69 eine Reihe von Fragen. Der neue Vorschlag normiert die in ihm enthaltene Unterhaltsregelung unabhängig von einem allenfalls ausgesprochenen Verschulden. Da für den Fall des ausgesprochenen Verschuldens der Unterhaltsanspruch des geschiedenen (kranken) Ehegatten ausreichend und zufriedenstellend in § 69 geregelt ist, kann also der Regulationsfall des § 69 b lediglich einen Unterhaltsanspruch des gesunden geschiedenen Ehegatten gegen den kranken geschiedenen Ehegatten normieren. Es ist nicht erkennbar, daß es hier aus der Praxis des Rechtslebens einen von welcher Seite auch immer artikulierten Regelungsbedarf gäbe. Darüberhinaus sollte der Gesetzgeber, wenn er tatsächlich dieses Ziel anstrebt, es auch klar formulieren und nicht nur im Wege der Interpretation erschließbar machen.

6. § 82 Abs. 2 lautet:

*"(2) Der Hausrat, auf dessen Weiterbenützung ein Ehegatte zur Sicherung seiner Lebensbedürfnisse angewiesen ist, sowie die Ehwohnung 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."*

Grundsätzlich zugestimmt wird der mit § 82 Abs. 2 EheG beabsichtigten Regelung, daß die Ehwohnung auch dann in die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse einzubeziehen ist, wenn sie ein Ehegatte in die Ehe eingebracht, von Todes wegen erworben oder von einem Dritten geschenkt erhalten hat. Damit wird zunächst lediglich diejenige Regelung in sprachlich unmißverständlicher Form zum Ausdruck gebracht, die der Gesetzgeber bereits mit BGBl 280/1978 treffen wollte. § 87 EheG ermächtigt das Gericht hinsichtlich der Ehwohnung, die kraft Eigentums oder eines anderen dinglichen Rechtes von einem der beiden Ehegatten benützt wird, die Aufteilung auch durch Begründung von Eigentum für den anderen Ehegatten vorzunehmen. Im Falle der Zuweisung der Ehwohnung an denjenigen Ehegatten, der sie nicht im Sinne des § 82 Abs. 1 EheG begünstigt erwarb, wird wohl der Regelfall die Begründung eines schuldrechtlichen Rechtsverhältnisses sein. Die Begründung von Eigentum scheidet aber aufgrund der genannten gesetzlichen Regelung nicht grundsätzlich und nicht a priori aus. Die Ehwohnung ist nicht das Gebäude in dem sie sich befindet. Das gilt auch für ein Einfamilienhaus oder eine Wohnungseigentumseinheit, die als Ehwohnung dienen. Sollte sich die Zuweisung des Eigentumsrechtes im Sinne des § 87 Abs. 1 EheG als geboten erweisen, dann muß sichergestellt werden, daß derjenige Ehegatte, der die Ehwohnung in die Ehe eingebracht, von Todes wegen erworben oder von einem Dritten geschenkt erhielt

Anspruch von Anrechnung des gesamten Verkehrswertes der Liegenschaft (der Wohnungseigentumseinheit) abzüglich des durch die Ehwohnung repräsentierten Nutzungsrechtes hat. Demnach ist bei der Beurteilung, ob eine Ausgleichszahlung nach § 94 EheG aufzuerlegen ist, der gesamte Differenzwert zu veranschlagen. Die Regelung könnte durch die Einfügung eines entsprechenden Absatzes in § 94 EheG erfolgen.

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)".

Dem Gedanken, der hinter der vorgeschlagenen Novellierung des § 91 Abs. 2 EheG steht wird grundsätzlich zugestimmt. Das wesentliche Problem bei der Realisierung des Vorhabens wird aber in der in der Vorlage nicht ausreichenden legislatischen Gestaltung liegen. Die Gestaltungsmöglichkeit, die dem Richter bei der Einbeziehung dieser Vermögensbestandteile eingeräumt wird, hat bestimmt zu werden.

Es steht die Frage, nach welcher Methode die Beteiligung an einem Unternehmen zu bewerten ist. Ausgehend von einer solchen Bewertung kann es sein, daß die Abgeltung der Beteiligung im Wege einer Ausgleichszahlung nach § 94 EheG wirtschaftlich nicht leistbar ist. Zum anderen können gesellschaftsrechtliche Regelungen verhindern, daß die Beteiligung unter den Ehegatten aufgeteilt wird. Es ist schwer vorstellbar, daß dem Außerstreitrichter im Verfahren nach den §§ 81 ff EheG zB die Möglichkeit eingeräumt wird, einen Geschäftsanteil an einer GmbH auf beide Ehegatten aufzuteilen, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Teilbarkeit dieser Geschäftsanteile nicht vorsieht. Die durch Beschluß zu erfolgende Abtretung eines Teiles eines solchen Geschäftsanteiles an den anderen Ehegatten wird auch dann auf Schwierigkeiten stoßen, wenn der Gesellschaftsvertrag ein Aufgriffsrecht der anderen Gesellschafter vorsieht. Soll die Einbeziehung solcher Beteiligungen an Unternehmen in das aufzuteilende Vermögen erfolgen, dann wird der Gesetzgeber auch die Gestaltungsmöglichkeiten genau zu bestimmen haben, die dem Außerstreitrichter offenstehen. Der Verweis auf S 47 des Entwurfes, daß "Vermögensverschiebungen in Richtung eines Unternehmens wertmäßig bei der Aufteilung berücksichtigt werden" müssen reicht nicht aus. Zum einen muß es sich nicht um "Vermögensverschiebungen" handeln, zum anderen ist die Ausgleichszahlung im System des Verfahrens nach §§ 81 ff die Ausnahme, die Aufteilung der Vermögensbestandteile aber die Regel. Es wird auch einer Klärung bedürfen, ob im Falle einer einvernehmlichen Regelung nach § 55 a Abs. 2 EheG die Ehegatten selbst Regelungen vereinbaren können, denen gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen entgegenstehen (vergleichbar der Sonderregelung für Dienstwohnungen).

In der Diskussion taucht ein Abgrenzungsproblem auf, das darin liegen kann, daß eine Gewinne erwirtschaftende Gesellschaft diese Gewinne nie ausschüttet, sondern immer auf

neue Rechnung vorträgt. Hinter solchen Entscheidungen können einerseits betriebsorientierte wirtschaftliche Überlegungen stehen, andererseits aber auch solche, die Einbeziehung solcher Erträgnisse in die Masse der ehelichen Ersparnisse zu unterlaufen. Dies deswegen, weil sich zwar der Wert der Beteiligung erhöht, für sie aber technisch nie eheliche Ersparnisse aufgewendet werden. Es herrscht aber die Meinung vor, daß Gewinne einer Kapitalgesellschaft erst dann geeignet sind, eheliches Gebrauchsvermögen zu werden, wenn die Gesellschaft einen Beschluß faßt, Gewinne an die Gesellschafter auszuschütten.

9. Der § 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 ebenfalls so zu bestrafen wie eine verbotene Veröffentlichung (§ 301 StGB), sofern hiedurch ein berechtigtes Interesse verletzt wird."*

### III.

#### **Änderungen des Außerstreitgesetzes**

1. Der § 222 Abs. 1 lautet:

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

Dem legislatischen Konzept, das hinter der Neufassung § 99 EheG sowie hinter der angestrebten Novellierung der §§ 320 und 460 ZPO stehen wird entgegengetreten.

Grundüberlegung ist, daß wenn der Gesetzgeber die Mediation zu normieren wünscht, der geeignete Ort für die Festlegung des dazu erforderlichen Verfahrens die ZPO ist. Es gibt keinen vernünftigen Grund, einerseits inhaltliche Bestimmungen der Mediation ins EheG, andererseits (unzureichend bleibende) darüber hinausgehende Bestimmungen aber in die ZPO aufzunehmen. Voraussetzung für jede Regelung der Mediation, gleichgültig an welchem Ort, ist Klarheit was Mediation überhaupt ist, welche Ziele sie konkret verfolgt,



wer Mediator ist. Erst Klarheit über diese Voraussetzungen erlaubt eine sinnvolle inhaltliche Auseinandersetzung.

Es bestehen grundsätzliche Bedenken gegen die Institutionalisierung der Mediation, weil das gerichtliche Verfahren primär der Durchsetzung in der Rechtsordnung begründeter Ansprüche dient, die mediative Konfliktregelung außerhalb des eigentlichen Zieles der Anspruchsdurchsetzung liegt und sich daraus Widersprüche zu den sonstigen Intentionen und Bestimmungen des Verfahrensrechtes ergeben werden. Einer solchen Sicht steht nicht entgegen, daß regelmäßig der außergerichtlichen Konfliktregelung in jeder geeigneten Form der Vorzug vor der gerichtlichen Auseinandersetzung zu geben ist.

Wenn die Mediation dennoch in das gerichtliche Verfahren Eingang finden soll, dann bedarf sie ihrer grundsätzlichen Regelung in der Prozeßordnung. In Einzelgesetzen können sinnvoll nur solche Normierungen erfolgen, die der Spezifik der jeweiligen Materie geschuldet sind.

Die in § 99 EheG vorgesehene Vereinbarung der Verschwiegenheitspflicht des Mediators ist eine Bestimmung, die grundsätzlich für alle Mediationen zu gelten hat und keine Ausnahmeregelung für das Eheverfahren sein darf. Wird eine solche Verschwiegenheitspflicht begründet, dann darf das damit verbundene Recht der Zeugnisverweigerung nicht nur für die ZPO, muß vielmehr darüberhinaus auch für die StPO das AVG und die BAO normiert werden. Im Dunkeln bleibt, was die Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht über eine erzielte Einigung "in darüber geführten Rechtsstreitigkeiten" soll. Können solche, von der Ausnahme betroffene Rechtsstreitigkeiten nur solche zwischen den Parteien der Einigung sein oder auch die Dritter mit nur einer dieser Parteien. Ist ein außerstreitiges Verfahren ein Rechtsstreit i.S. des Entwurfes oder nicht. Dies unbeschadet des Umstandes, daß es im Rahmen der Mediation nicht zu einer die Parteien bindenden Einigung kommen darf.

Da für die Dauer der Mediation Verjährung und sonstige Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen im Zusammenhang mit der Scheidung der Ehe gehemmt werden sollen, bedürfte es einer Klarstellung, ob das nur für die Mediation im Rahmen eines anhängigen gerichtlichen Verfahrens gilt oder auch für eine solche, der sich die Parteien freiwillig außerhalb und vor einem solchen Verfahren unterziehen. Welchen Kriterien muß die Mediation entsprechen, um die angesprochene Fristenhemmung tatsächlich auszulösen. Es ist auch an dieser Einzelfrage festzumachen, daß eine Regelung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung in der ZPO und für alle Verfahren zu erfolgen hat.

Mit der oben angesprochenen Regelung über die Verschwiegenheitspflicht des Mediators bringt der Gesetzgeber unmißverständlich zum Ausdruck, daß im Rahmen der Mediation eine bindende Einigung der Parteien über prozeßrelevante Ansprüche denkbar ist. Dem ist entschieden entgegen zu treten. Es muß sichergestellt sein, daß die im Mediationsprozeß erzielte (provisorische) Einigung in ihrer Wirksamkeit davon abhängig gemacht wird, daß sie in Form eines gerichtlichen Vergleiches protokolliert wird. Diese Forderung ist zunächst deswegen unabdingbar, da der Mediator auch bei besten Absichten aus seiner Funktion heraus ein eigenständiges Einigungsinteresse entwickeln wird. Im Prozeß der Mediation geht die für das gerichtliche Verfahren typische Parteienstellung verloren, wird zumindest abgeschwächt, sodaß situationsbedingte Scheineinigungen zustande kommen können, die außerhalb des gruppenspezifischen Prozesses der Mediation der Interessensabwägung der Parteien nicht standhalten müssen.

Da nach dem erkennbaren Verständnis des Gesetzgebers die Mediation nicht dazu gedacht ist, um Hilfestellung bei Kommunikationsschwierigkeiten zu leisten, sondern um gütliche Einigungen zu befördern, ergibt sich über das Eheverfahren hinaus die unabwendbare Notwendigkeit, daß der Mediator in der Person eines Rechtsanwaltes über die für die Einigung erforderlichen rechtlichen Kenntnisse verfügt. Es ist undenkbar, eine qualifizierte Entscheidungsanleitungskompetenz in die Hände eines juristisch nicht hinreichend qualifizierten Mediators zu legen. Damit wäre ermöglicht, daß ohne hinreichende Kenntnis der Rechtslage gruppensdynamische Situationen instrumentalisiert würden, um zu einer Einigung um ihrer selbst willen zu gelangen. Wird die Mediation tatsächlich zunächst in das Eheverfahren eingeführt, so hat das zumindest auch mit dem zumindest relativen Anwaltszwang einher zu gehen.

#### IV.

### Änderungen der Zivilprozeßordnung

#### 2. Im § 460 werden

##### a) nach der Z 6 folgende Z 6 a eingefügt:

*"6 a. 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. Mangeln 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."*

Die in § 460 Z. 6 a ZPO vorgesehene erweiterte Manuduktionspflicht des Gerichtes im Ehescheidungsverfahren ist nicht geeignet, die dahinterstehenden Probleme tatsächlich zu lösen. Im Regelungsvorschlag klingt ein Problembewußtsein an, das realitätsbezogen ist. Das Problem selbst kann aber - insbesondere unter Berücksichtigung der einzuführenden Mediation nur so gelöst werden, daß für dieses Verfahren gesetzlich der Anwaltszwang normiert wird. Ohne einen solchen ist die genannte Bestimmung nur eine programmatische Absicht, der in der Routine des Alltags durch protokollierte Leerformeln Rechnung getragen werden wird. Die Vorlage übersieht, daß die für ein Verfahren adäquate und ausschließliche "entsprechende(n) Beratungsangebote" die Vertretung durch Rechtsanwälte sind. Andere Verweise führen zur strafbaren Winkelschreiberei.

##### b) nach der Z 7 folgende Z 7 a eingefügt:

*"7 a. 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."*

§ 460 Z 7 a ZPO verläßt in der vorgeschlagenen Form endgültig den Boden der Realität. Zum einen kann es nicht Aufgabe der Gerichte sein, unter allen Umständen eine gütliche Einigung zwischen den Parteien (auch eines Ehestreites) herbeizuführen. Die Rechtsordnung sieht sowohl für die Scheidung, als auch für die Regelung der Scheidungsfolgen ein gerichtliches Verfahren vor, in dem der Mangel der Einigung der Parteien durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt wird. Soll aber auf Hilfeangebote zur Erlangung einer gütlichen Einigung hingewiesen werden, dann sind die primär und ausschließlich zu einer solchen Hilfeleistung geeigneten Personen die berufsmäßigen Parteienvertreter. Diesen wird es aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer Erfahrung möglich sein, sich abzeichnende Einigungswege zu begehen oder auch zu erkennen, wann eine gütliche Einigung nicht möglich, daher die weitere Aufwendung von Mitteln für die Erzielung einer solchen bloße Verschwendung ist.

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

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

Der durch § 460 Z 8 a ZPO vorgesehene Einführung der Möglichkeit der Herstellung von Urteilsausfertigungen ohne Entscheidungsgründe wird zugestimmt.

## V.

### Änderungen der Exekutionsordnung

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

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

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

*(2) Ist zwischen den Parteien ein Verfahren auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigklärung 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 einer einstweiligen Verfügung nach § 382 Abs. 1 Z 8 lit. c zweiter Fall und Abs. 2 ist abzusehen. Ist zum Zeitpunkt der Antragstellung zwischen den Parteien ein Verfahren auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigklärung der Ehe anhängig, so bedarf die Gefährdung des Anspruches keiner Bescheinigung.*

*(4) Eine einstweilige Verfügung nach § 382 Abs. 2 wirkt längstens bis zu dem Zeitpunkt, zu dem ein die Ehwohnung betreffender Anspruch im Zusammenhang mit einem Verfahren auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigklärung der Ehe nicht mehr geltend gemacht werden kann oder ein Verfahren darüber rechtskräftig beendet ist."*

Mit § 382 e Abs. 1 EO soll die Möglichkeit der Erlangung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des dringenden Wohnbedürfnisses eines Ehegatten verbessert werden. Der Regelungsabsicht wird zugestimmt, es gehört aber legislativ klargestellt, daß die dadurch begründete Sicherungsmöglichkeit auf die eheliche Wohnung beschränkt ist und einem Ehegatten gegen den anderen nicht einen Sicherungsanspruch an einer anderen Wohnung einräumt. Dieser Überlegung könnte dadurch Rechnung getragen werden, daß nach dem Wort "Wohnbedürfnisses" die Worte "an der Ehwohnung" angefügt werden.

Im übrigen wird der beabsichtigten Änderung der Exekutionsordnung zugestimmt.