

Diplomarbeit

Zur Erlangung des akademischen Grades einer Magistra der
Rechtswissenschaften an der rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens-Universität Graz

Das Ruhen des nahehelichen Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft

eingereicht von
Anna Schmallegger

bei
Univ.-Prof. Dr. Susanne Ferrari

Graz, November, 2009

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

.....

Graz, November, 2009

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IV
Einleitung	1
I. Allgemeines	2
1.1 Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	2
1.1.1 Die Lebensgemeinschaft in der Rechtsprechung	2
a.) Eheähnlich.....	3
b.) Wohn-,Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft	4
c.) Dauer	6
1.1.2 Gesetzliche Regelungen	6
1.1.3 Lebenspartnerschaft	7
II. Rechtsprechung und Lehre zum Ruhen des nachehelichen Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft.....	8
2.1 Rechtsprechung	8
2.1.1 Entscheidungen aus 1908, 1909 und 1914.....	9
2.1.2 Entscheidungen bis 1938.....	9
2.1.3 Entscheidung aus 1949.....	13
2.1.4 Entscheidung aus 1954; Spruchrepertorium Nr 38 neu	13
2.1.5 Begründung der Judikatur seit dem SpR 38.....	14
a.) Sittenwidrigkeit/Rechtsmissbrauch.....	14
b.) Vermeidung einer Besserstellung der Lebensgemeinschaft gegenüber der Ehe	15
c.) Beweisschwierigkeiten.....	15
2.2 Lehre.....	16
2.2.1 Reaktionen der Lehre auf die Rechtsprechung	16
2.2.2 Kritische Auseinandersetzung der Lehre mit der Rechtsprechung	21
a.) Sittenwidrigkeit/Rechtsmissbrauch.....	21
b.) Vermeidung einer Besserstellung der Lebensgemeinschaft gegenüber der Ehe	26
c.) Analogie zu § 75 EheG	29
d.) Differenzanspruch vs Beweisschwierigkeiten	30
e.) Offenlegungspflicht.....	35

f.) Verfassungsrechtliche Bedenken.....	38
g.) Irrelevanz von Zuwendungen Dritter.....	42
h.) Der Unterhaltsanspruch eines in einer Lebensgemeinschaft lebenden Kindes gegen die Eltern	42
2.3 Die Entscheidung 6 Ob 28/07x	45
2.4 Umstandsklausel.....	47
2.4.1 Die Umstandsklausel im Allgemeinen.....	47
2.4.2 Ausschluss der Umstandsklausel	48
2.5 Wiederaufleben des nahehelichen Unterhaltsanspruches.....	48
III. Die Rechtslage in Deutschland	50
3.1 Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	50
3.2 Beschränkung oder Wegfall der nahehelichen Unterhaltsverpflichtung aufgrund einer Lebensgemeinschaft.....	51
3.2.1 Die negative Härteklausel des § 1579 BGB.....	51
3.2.2 Der Härtegrund des § 1579 Nr 7 aF BGB	54
3.2.3 Das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz 2008.....	56
3.2.4 Der Härtegrund des § 1579 Nr 2 BGB	57
a.) Begriff der verfestigten Lebensgemeinschaft	59
b.) Leistungsfähigkeit des Partners	60
c.) Dauer der Lebensgemeinschaft.....	64
d.) Räumliche Distanz.....	65
e.) Intime Beziehungen	67
f.) Grobe Unbilligkeit.....	68
g.) Kinderbelange	69
h.) Beweislast	70
3.2.3 Unterhaltsrechtliche Auswirkungen.....	71
3.2.4 Wiederaufleben des Unterhaltsanspruches.....	73
IV. Rechtsvergleich zwischen österreichischem und deutschem Recht	75
4.1 Prüfung des Vorliegens der nichtehelichen (verfestigten) Lebensgemeinschaft	75
4.2 Unterhaltsrechtliche Auswirkungen aufgrund des Eingehens einer (verfestigten) Lebensgemeinschaft.....	76
4.3 Anregungen aus der deutschen Rechtslage für Österreich.....	78
V. Schlusswort	84

Literaturverzeichnis Österreich	85
Literaturverzeichnis Deutschland.....	88
Judikaturverzeichnis Österreich	90
Judikaturverzeichnis Deutschland.....	93

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BT-Dr	Bundestagsdrucksache (deutsch)
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
bzw	beziehungsweise
ders	derselbe
dies	dieselbe
Dh, dh	das heißt
E	Entscheidung
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EheG	Ehegesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EO	Exekutionsordnung
EV	einstweilige Verfügung
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung
f	und der, die Folgende
FamRÄG	Familienrechtsänderungsgesetz
FamRZ	(deutsche) Zeitschrift für das gesamte Familienrecht

ff	und der, die Folgenden
FN	Fußnote
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht, Zeitschrift für die Anwaltspraxis (deutsch)
FS	Festschrift
FuR	(deutsche) Zeitschrift für Familie und Recht
gem	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GIUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes, Neue Folge; begonnen von Glaser und Unger
GSVG	Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz
hA	herrschende(r) Ansicht
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
immolex	Neues Miet- und Wohnrecht
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
iSd	im Sinn des,- der
JB	Judikatenbuch des Obersten Gerichtshofes
JB1	Juristische Blätter
JRP	Journal für Rechtspolitik
Jud	Judikat
KG	(ehemalige) Kreisgericht
k.k.	kaiserlich-königlich
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilsachen
lit	litera
mA	meine(r) Ansicht
ME, mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
MRG	Mietrechtsgesetz
MünchKomm	Münchner Kommentar (deutsch)
mwN	mit weiteren Nachweisen

NJW	(deutsche) Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NN	Nomen Nominandum
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
ÖA	Der Österreichische Amtsvormund, Fachzeitschrift für Kindschaftsrecht, Familienrecht und Jugendwohlfahrt
OGH	Oberste Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖJZ-LSK	Leitsatzkartei in der ÖJZ
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
RZ	Österreichische Richterzeitung
RZ-EÜ	Entscheidungsübersicht in der RZ
SGB	Sozialgesetzbuch (deutsch)
SpR	Spruchrepertorium des Obersten Gerichtshofes
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
VfGH	Verfassungsgerichtshof
Vgl, vgl	vergleiche
vs	versus
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
wobl	Wohnrechtliche Blätter
Z	Zahl, Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZBl	Zentralblatt für die juristische Zeitschrift

ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
zust	zustimmend
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Einleitung

Meine Diplomarbeit handelt vom Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft. Zu Beginn werde ich eine allgemeine Definition der Lebensgemeinschaft geben, deren Beweisbarkeit in der Praxis nicht allzu leicht fällt. Um die Rechtsfolge des Ruhens des Unterhaltsanspruchs verständlich machen zu können, werde ich zunächst kurz die Entwicklung der Rechtsprechung zu diesem Thema aufzeigen. Wichtig erscheint mir hier, vor allem die Begründung des OGH zu seiner Judikatur darzulegen. Da diese Rechtsprechung jedoch zunehmend auf Kritik stößt, setze ich mich vor allem auch mit diesen kritischen Stimmen der Lehre auseinander. Zu untersuchen ist daher, welche Kritik gerechtfertigt ist bzw ob sie Anstöße für eine Änderung der Rechtsprechung oder des Gesetzes bringen könnte. Nicht unberücksichtigt darf auch das Wiederaufleben des Unterhaltsanspruchs bleiben, das aufgrund der Auflösung der Lebensgemeinschaft eintritt.

Ein Kapitel setzt sich mit der deutschen Rechtslage bezüglich dieser Problematik auseinander. Im Gegensatz zu Österreich existiert in Deutschland eine gesetzliche Regelung, die bei Eingehen einer verfestigten Lebensgemeinschaft verschiedene Rechtsfolgen für den Unterhaltsanspruch vorsieht.

Am Ende meiner Arbeit werde ich anhand eines Rechtsvergleichs Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen der österreichischen und deutschen Rechtslage aufzeigen. Wichtig erscheint mir hier die Frage, ob eine gesetzlich Regelung wie in Deutschland Vorteile bringt und ob sie daher für eine Änderung der Rechtsprechung oder des Gesetzes in Österreich Anregungen liefern kann.

I. Allgemeines

1.1 Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

1.1.1 Die Lebensgemeinschaft in der Rechtsprechung

Seit den 70er Jahren findet die nichteheliche Lebensgemeinschaft eine immer stärkere Verbreitung und ist mittlerweile zu einem sehr vielschichtigen Phänomen geworden.¹ Obwohl diese Form des Zusammenlebens längst gesellschaftlich und rechtlich anerkannt ist und gegenüber der Ehe stetig zunimmt, fehlt nach wie vor eine umfassende Regelung in der Rechtsordnung.² Die Gründe, weshalb eine nichteheliche Lebensgemeinschaft eingegangen wird, sind unterschiedlich. Für manche junge Paare stellt sie eine „Probeehe“ dar, andere wiederum gehen aus ideologischen Gründen keine Ehe ein. Und einige Paare können nicht heiraten, da rechtliche Hinderungsgründe entgegenstehen. Dies ist dann der Fall, wenn zB ein Partner noch verheiratet ist.³ Eine Definition der Lebensgemeinschaft war zwar im Entwurf zum FamRÄG 2006 vorgesehen, die Regierung konnte sich jedoch nicht zu einer gesetzlichen Festlegung durchringen.⁴ Aufgrund dieser Tatsache und der Erscheinungsvielfalt der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, musste eine Ausgestaltung dieses Begriffs durch die Judikatur erfolgen. Der OGH befasste sich in einer Vielzahl von Entscheidungen mit einer Definition und entwickelte somit Kriterien für das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft.⁵ Wobei je nach Umständen des Einzelfalls nicht jedes Merkmal gleich stark ausgeprägt sein muss oder sogar zur Gänze fehlen kann. Es kommt immer auf den Einzelfall an.⁶

¹ *Möschl*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft³ (2006) 20; *Stabentheiner*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – ein Überblick, NZ 1995, 49 (50).

² *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹⁰ (2009) 237; *dies*, Probleme der Leistungsabgeltung im Zusammenhang mit der Auflösung der Lebensgemeinschaft, NZ 1999, 201 (201); *Klaar*, Rechtsfragen nichtehelicher Lebensgemeinschaft, AnwBl 1989, 18 (18).

³ *Stabentheiner*, NZ 1995, 50; *Verschraegen*, „Samenleven Buiten Huwelijk“, „Cohabitation“ oder die „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ in niederländischer, englischer und österreichischer Theorie und Praxis, ZfRV 1983, 85 (87).

⁴ *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 20.

⁵ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 239; *Aichhorn*, Das Recht der Lebenspartnerschaften – Ehe und Lebensgemeinschaft (2003) 10; *Deixler-Hübner*, NZ 1999, 202; *Stabentheiner*, NZ 1995, 51.

⁶ OGH 14 Ob 101, 102/86 EFSlg 51.553; 3 Ob 76/81 EFSlg 38.825; 3 Ob 26, 27/77 EFSlg 29.651; *Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 44 – 100³ (2006) § 44 Rz 13; *Ferrari in Schwimann/Verschraegen* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005) § 44 Rz 3; *Engel*, Rechtliche Probleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, JRP 1994, 160 (162); *Stabentheiner*, NZ 1995, 51 mwN; *Winklhofer*, Lebenspartnerschaft – Liberalisierung des Ehegüterrechts, NZ 2002, 294 (295).

Maßgebliche Kriterien sind erstens die Eheähnlichkeit, zweitens eine Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft und drittens eine gewisse Dauer.⁷

a.) Eheähnlich

Die Judikatur fordert für die Lebensgemeinschaft einen eheähnlichen Zustand, „der dem typischen Erscheinungsbild des ehelichen Zusammenlebens entspricht“.⁸ Das bedeutet, dass die Lebensgefährten nicht in einem Verwandtschaftsverhältnis stehen dürfen, das zu einem Ehehindernis iSd § 6 EheG führen würde.⁹ Während somit die Judikatur (bisher)¹⁰ und ein Teil der Lehre¹¹ gleichgeschlechtliche Partner aus dem Begriff der Lebensgemeinschaft ausschließen, wird dies zum Teil in der Lehre kritisiert. Für diese Verengung besteht einerseits kein sachlicher Grund und andererseits führt dies zu unbilligen Ergebnissen.¹² Nach der Rechtsprechung des EGMR ist zwar eine Differenzierung zwischen Ehe und Lebensgemeinschaft zulässig, innerhalb einer Lebensgemeinschaft darf nach der sexuellen Orientierung aber nur aufgrund einer sachlichen Rechtfertigung unterschieden werden. Diese Entscheidung führte dazu, dass nun auch gleichgeschlechtliche Partner ein Eintrittsrecht iSd § 14 Abs 3 MRG haben.¹³ Auch der VfGH hat sich dieser Auffassung angeschlossen und § 123 Abs 8 lit b ASVG sowie § 83 Abs 8 GSVG (Ausschluss homosexueller Lebenspartner von der Mitversicherung in der Krankenversicherung) als verfassungswidrig aufgehoben.¹⁴ Man kann daher annehmen, dass auch der OGH nicht mehr an diesem generellen Ausschluss festhalten wird¹⁵, was er ja bereits durch eine Entscheidung bezüglich des Ruhens des nahehelichen Unterhaltsanspruches bestätigt hat. Hier hat der OGH ausgesprochen, dass aufgrund der Erkenntnisse des EGMR und VfGH, „der Ansicht, von einer

⁷ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 240; *dies*, NZ 1999, 202; *Stabentheiner*, NZ 1995, 51.

⁸ OGH 3 Ob 204/99t EFSIlg 93.842 = JBl 2000, 530 = RZ 2001/5; 3 Ob 61/88 EFSIlg 57.268; *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 11 f mwN; *Kissich* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 14 mwN; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 21 f.

⁹ OGH 8 Ob 648/93 ÖJZ 1994/167; *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 12; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 22; *Deixler-Hübner*, NZ 1999, 202.

¹⁰ OGH 3 Ob 258/54 SZ 27/156; 8 Ob 511/84 EFSIlg 46.305; 3 Ob 61/88 und 1 Ob 640/88 EFSIlg 57.268.

¹¹ *Deixler-Hübner*, NZ 1995, 203; *Ferrari* in *Schwimann/Verschraegen*, ABGB I³ § 44 Rz 3 mwN.

¹² *Koch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB² (2007) § 44 EheG Rz 3; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Kommentar zum Ehegesetz (2008) § 75 EheG Rz 8; *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 12; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 22.

¹³ EGMR E 24.7.2003, *Karner* gegen Österreich, Nr 40.016/98 ÖJZ 2004/2.

¹⁴ VfGH G 87-88/05 und V 65-66/05 infas 2006, 32 = ZAS-Jud 2006/11.

¹⁵ *Kissich* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 15.

Lebensgemeinschaft könne nur bei Vorliegen einer eheähnlichen Gemeinschaft in Sinne einer heterosexuellen Partnerschaft ausgegangen werden, nicht mehr weiter beizutreten sei.“¹⁶

b.) Wohn-,Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft

Bei diesen Voraussetzungen handelt sich um ein bewegliches System, so dass je nach Umständen des Einzelfalles das eine oder andere Merkmal auch weniger ausgeprägt sein oder ganz fehlen kann.¹⁷ Eine untergeordnete Rolle kommt der Geschlechtsgemeinschaft zu. Ihr Fehlen hat keine Relevanz, wenn die Lebensgefährten dazu physisch nicht in der Lage sind oder diese im Einvernehmen aufgehoben haben.¹⁸ Außerdem sollen dadurch unangenehme Erhebungen über die Privatsphäre vermieden werden. Dies ist für das Eintrittsrecht nach § 14 Abs 3 MRG relevant.¹⁹ Laut OGH liegt auch bei getrennten Schlafzimmern eine Lebensgemeinschaft vor.²⁰ Umgekehrt führt jedoch ein rein intimes Verhältnis nicht zur Bejahung einer Lebensgemeinschaft.²¹ Unzureichend sind auch zeitweilige Übernachtungen, der häufige Aufenthalt in der Wohnung des Lebensgefährten oder gemeinsame Urlaube.²²

Die Wohngemeinschaft, die ein „prägendes Kriterium“ ist, ist dadurch gekennzeichnet, dass die Lebensgefährten in einer Wohnung zusammenleben, die ihr gemeinsamer Lebensmittelpunkt ist.²³ Für die Verwirklichung einer Lebensgemeinschaft genügen auch hier eine bloße Meldebestätigung²⁴, regelmäßige Besuche oder fallweise Nächtigungen

¹⁶ OGH 6 Ob 28/07x EFSIlg 117.475 = ÖJZ 2007/110 = JusGuide 2007/19/4674 = RZ-EÜ 2007/277 = EF-Z 2007/130 = iFamZ 2007/105 (Deixler-Hübner) = JBl 2007, 516 = Zak 2007/299.

¹⁷ OGH 14 Ob 101, 102/86 EFSIlg 51.553; 3 Ob 76/81 EFSIlg 38.825; 3 Ob 26, 27/77 EFSIlg 29.651; Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 16 mwN; Ferrari in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 44 Rz 3; Engel, JRP 1994, 162.

¹⁸ OGH 8 Ob 511/84 EFSIlg 46.307; 5 Ob 633/77 EFSIlg 29.653; 6 Ob 550/83 EFSIlg 42.564; 7 Ob 676/90 RZ 1991/45; 3 Ob 204/99t EFSIlg 93.841; Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 17 mwN; Möschl, Lebensgemeinschaft³, 23 f mwN; Deixler-Hübner, Scheidung¹⁰, 240; dies, ÖJZ 1999, 203.

¹⁹ OGH 5 Ob 3/73 MietSIlg 25.321; Möschl, Lebensgemeinschaft³, 24.

²⁰ OGH 5 Ob 633/77 EFSIlg 29.653; 7 Ob 676/90 RZ 1991/45.

²¹ OGH 7 Ob 676/90 EFSIlg 63.511; 3 Ob 61/88 EFSIlg 57.268; KG Krems/Donau 1 R 16/90 EFSIlg 63.514; Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 17 mwN; Ferrari in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 44 Rz 3 mwN; Aichhorn, Lebenspartnerschaften 14; Möschl, Lebensgemeinschaft³, 24; Deixler-Hübner, Scheidung¹⁰, 241.

²² OGH 7 Ob 592/81 EFSIlg 38.826; 4 Ob 585/79 EFSIlg 36.427; 3 Ob 57/81 EFSIlg 38.827; Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 17 mwN; Möschl, Lebensgemeinschaft³, 24 mwN; Aichhorn, Lebenspartnerschaften 14; Winklhofer, NZ 2002, 295.

²³ OGH 7 Ob 44/88 ÖJZ 1989/59 = wbl 1989,98; 3 Ob 32/67 SZ 40/45; OLG Wien 7 R 201/78 EFSIlg 31.763; Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 18 mwN; Ferrari in Schwimann/Verschraegen, ABGB I³ § 44 Rz 3 mwN; Aichhorn, Lebenspartnerschaften 14; Möschl, Lebensgemeinschaft³, 22; Winklhofer, NZ 2002, 295.

²⁴ OGH 5 Ob 88/92 NZ 1993/251; Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 18.

nicht.²⁵ Die gemeinsame Wohnung ist jedoch kein unabdingbares Wesensmerkmal. Der OGH hat in Einzelfällen auch bei Beibehaltung der getrennten Wohnungen eine Lebensgemeinschaft bejaht, da dies unter bestimmten Voraussetzungen auch in einer Ehe zulässig sein kann.²⁶

Von einer Wirtschaftsgemeinschaft wird dann gesprochen, wenn die Lebensgefährten die Lebenserhaltungskosten gemeinsam tragen oder einer für den Lebensunterhalt des anderen aufkommt.²⁷ Aber auch hier kann trotz getrennter Kassaführung eine Lebensgemeinschaft vorliegen, da dies auch bei berufstätigen Ehegatten der Fall sein kann. Um dieses Tatbestandselement zu erfüllen, müssen sich beide Lebensgefährten an den Wohnungs- und Lebenserhaltungskosten beteiligen.²⁸ Die Gelder müssen also für die Gestaltung des gemeinsamen Lebens geplant sein.²⁹ Die Judikatur beschränkt die Wirtschaftsgemeinschaft jedoch nicht auf die rein materielle Seite, sondern stellt auch auf die seelische Gemeinschaft und das Zusammengehörigkeitsgefühl ab. Demnach sollen die Lebensgefährten „Freud und Leid miteinander teilen, einander Beistand und Dienste leisten und einander an den zur Bestreitung des Unterhaltes, der Zerstreung und Erholung dienenden Güter teilnehmen lassen“.³⁰ Keine Wirtschaftsgemeinschaft wird begründet, wenn zB Verpflegung und Wäschewaschen gegen Entgelt³¹ oder Haushaltsführung anstelle einer Bezahlung für die Untermiete erbracht wird.³²

²⁵ OGH 5 Ob 2104/96i EFSIlg 81.680; 7 Ob 592/81 EFSIlg 38.826; LGZ Wien 47 R 2118/86 EFSIlg 51.701; *Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 18; *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 14 mwN.

²⁶ OGH 1 Ob 640/88 EFSIlg 57.270; 3 Ob 31/91 EFSIlg 66.485; LGZ Wien 46 R 205/84 EFSIlg 46.308; *Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 18; *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 14; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 22 f.

²⁷ OGH 2 Ob 258/97y EFSIlg 85.516 = ÖA 1998, 165; VwGH 86/16/0237 JBI 1988, 267 = NZ 1988, 225; *Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 19; *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 13; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 23; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 240 mwN; *Winklhofer*, NZ 2002, 295.

²⁸ OGH 7 Ob 676/90 RZ 1991/45; *Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 19; *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 13; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 23; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 240.

²⁹ LGZ Wien 44 R 694/98d EFSIlg 87.524; *Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 19; *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 13; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 23.

³⁰ OGH 1 Ob 640/88 EFSIlg 57.267; 3 Ob 76/81 EFSIlg 38.825; 8 Ob 511/84 EFSIlg 46.305; 14 Ob 101, 102/86 EFSIlg 51.554; *Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 19 mwN; *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 13; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 23 mwN; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 240; *Winklhofer*, NZ 2002, 295.

³¹ LGZ Wien 47 R 2118/86 EFSIlg 51.701; *Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 19; *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 13; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 23; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 240.

³² OGH 3 Ob 505/83 EFSIlg 43.744; *Kissich in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 19; *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 13; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 23; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 240.

c.) Dauer

Ein weiteres Wesensmerkmal der Lebensgemeinschaft ist, dass sie auf unbestimmte Dauer, also nicht auf ein vorübergehendes Zusammenleben, angelegt ist. Es kommt nicht primär darauf an, wie lange die Lebensgemeinschaft schon besteht, sondern auf die Absicht, längere Zeit zusammenbleiben zu wollen.³³ Hier wird nicht auf eine starre Mindestdauer abgestellt. Mangels eines Aktes, wie zB eine Registrierung, ist der Beginn einer Lebensgemeinschaft schwierig festzustellen.³⁴ Die Rechtsprechung orientiert sich an äußeren Merkmalen, wie zB ein Meldezettel, der die gemeinsame Wohnung dokumentiert oder das gemeinsame Wirtschaften.³⁵ Die Lebensgefährten sind zur Offenlegung verpflichtet, wenn durch diese äußeren Umstände eine Lebensgemeinschaft vermutet wird.³⁶

Ein Charakteristikum der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist ihre jederzeitige Auflösbarkeit. Ebenso wenig, wie es eine Pflicht zur geschlechtlichen Treue gibt, existiert auch keine Fortsetzungspflicht der Gemeinschaft. Laut OGH kann daher auch nicht von der Erwartung ihrer Fortdauer ausgegangen werden.³⁷

1.1.2 Gesetzliche Regelungen

Wie bereits erwähnt gibt es keine gesetzliche Regelung für die nichteheliche Lebensgemeinschaft.³⁸ In unterschiedlichen Gesetzesbestimmungen wird die Lebensform der Lebensgemeinschaft bereits mitberücksichtigt, wie zB im Mietrecht, Strafrecht und Strafprozessrecht, Konkursrecht, Sozialversicherungsrecht oder Fortpflanzungsmedizinengesetz.³⁹

³³ OGH 5. 10. 1999, 2 Ob 314/98k; 3 Ob 32/67 SZ 40/45 = EFSIlg 8.683 = ÖJZ 1967/401; LGZ Wien 44 R 694/98d EFSIlg 87.524; LGZ Wien 44 R 613/00y EFSIlg 97.245; *Kissich* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 21 mwN; *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 11; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 25; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 240.

³⁴ *Aichhorn*, Lebenspartnerschaften 11; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 25.

³⁵ OGH 14 Ob 101, 102/86 EFSIlg 51.555; 7 Ob 676/90 EFSIlg 63.512 = RZ 1991/45; *Kissich* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 20; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 25.

³⁶ OGH 5. 10. 1999, 2 Ob 314/98k; 3 Ob 61/88 EFSIlg 57.268; 1 Ob 146/98x JBl 1998, 723; 3 Ob 209/99b RZ 2001/5; 3 Ob 31/91 EFSIlg 66.484; *Kissich* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 20; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 26; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 241.

³⁷ OGH 3 Ob 258/54 SZ 27/156; 3 Ob 560/79 EFSIlg 36.270; 7 Ob 595/83 EFSIlg 43.579; OLG Wien 11 R 38/95 EFSIlg 78.546 = ZVR 1996/101; *Kissich* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 21 mwN; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 241; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 24; *Winklhofer*, NZ 2002, 295.

³⁸ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 238; *dies*, NZ 1999, 201; *Klaar*, AnwBl 1989, 18.

³⁹ Dazu ausführlich *Kissich* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ § 44 Rz 22 ff; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 237 f.

1.1.3 Lebenspartnerschaft

Der Begriff der Lebenspartnerschaft ist kein Synonym für die Lebensgemeinschaft, sondern er bezeichnet die Verbindung zwischen zwei gleichgeschlechtlichen Personen. Laut *Winklhofer* ist eine Lebenspartnerschaft „eine auf Dauer ausgelegte Verbindung zweier natürlicher Personen, die zwar nicht die Voraussetzungen einer anerkannten Ehe erfüllt, aber einen eheähnlichen Zustand darstellen muss, der dem typischen Erscheinungsbild des ehelichen Zusammenlebens entspricht.“⁴⁰

⁴⁰ *Winklhofer*, NZ 2002, 295.

II. Rechtsprechung und Lehre zum Ruhen des nachehelichen Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft

2.1 Rechtsprechung

Die meisten Entscheidungen des OGH bezüglich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ergingen hauptsächlich zum Ruhen des nachehelichen Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Ehegatten bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft.⁴¹ Obwohl es zwischen Lebensgefährten keine Beistands- und Unterhaltungspflichten gibt, ist das Eingehen einer Lebensgemeinschaft sehr wohl von unterhaltsrechtlicher Relevanz. Eine Lebensgemeinschaft kann auf eine bestehende Unterhaltsberechtigung eines Lebensgefährten gegenüber dem geschiedenen Ex-Gatten oder gegenüber den Eltern, Einfluss haben. Mangels gesetzlicher Regeln spielt die Judikatur eine entscheidende Rolle.⁴² Bis der OGH im Jahr 1954, in Auseinandersetzung mit der älteren Rsp und Lehre seine Position festgelegt hat, judizierte er sehr kontroversiell.⁴³ Diese wegweisende Entscheidung⁴⁴, in der das Ruhen des Unterhaltsanspruchs während einer aufrechten Lebensgemeinschaft als Rechtssatz judiziert wurde, gilt heute als ständige Rechtsprechung und wurde in ihrem Anwendungsbereich in den letzten Jahren sogar erweitert.⁴⁵ Diese Judikatur ist jedoch nicht unwidersprochen geblieben. Während mittlerweile nur mehr ein geringer Teil der Lehre diese Rechtsprechung nicht ablehnt, wurde in jüngerer Zeit wiederholt von einem größeren Kreis der Lehre Kritik geübt.⁴⁶

Ich werde nun zuerst chronologisch diese Rechtsprechung bis heute aufzeigen und mich danach mit den verschiedenen kritischen Lehrmeinungen bezüglich ihrer Begründung auseinandersetzen.

⁴¹ *Stabentheiner*, NZ 1995, 51.

⁴² *Meissel*, Zum Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft, EF-Z 2007, 209 (209).

⁴³ *Meissel*, EF-Z 2007, 211.

⁴⁴ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

⁴⁵ In OGH 3 Ob 204/99t EFSlg 93.842 = JBl 2000, 530 wurde das Ruhen des Unterhaltsanspruchs auch ausdrücklich für eine Lebensgemeinschaft bejaht, in der nachweislich das Merkmal der „(vollen) Wirtschaftsgemeinschaft“ nicht vorlag; *Meissel*, EF-Z 2007, 211; *Engel*, JRP 1994, 167.

⁴⁶ *Lammer*, Zum „Ruhem“ des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft, ÖJZ 1999, 53 (54); *Meissel*, EF-Z 2007, 211.

2.1.1 Entscheidungen aus 1908, 1909 und 1914

Die Entscheidungen aus dem Jahr 1908⁴⁷, 1909⁴⁸ und 1914⁴⁹ ergingen nach der Rechtslage vor dem EheG 1938.⁵⁰ Damals war (auch für Katholiken) eine Scheidung von Tisch und Bett möglich. § 1264 ABGB sprach dem an der Scheidung schuldlosen Teil einen angemessenen Unterhalt zu.⁵¹ Der OGH entschied, dass der Lebenswandel nach der Scheidung, und somit das Eingehen einer Lebensgemeinschaft, für den Unterhaltsanspruch der unterhaltsberechtigten Frau irrelevant ist.⁵²

2.1.2 Entscheidungen bis 1938

In einer Entscheidung aus 1925 wurde das Erhöhungsbegehren wegen extremer Inflation der unterhaltsberechtigten geschiedenen Frau abgelehnt, da sie mit ihrem Lebensgefährten in einem quasi ehelichen Verhältnis lebte und durch ihn vollständig versorgt war.⁵³ Die Entscheidung befasst sich im Gegensatz zu den vorigen Entscheidungen mit der Versorgung in der Lebensgemeinschaft und kommt zu dem Schluss, dass es nur bei vollständiger Versorgung zum Verlust des Unterhaltsanspruchs kommt. Daraus folgt, dass der Unterhaltsanspruch der geschiedenen Frau bei keiner Versorgung durch den Lebensgefährten weiterhin bestehen würde.⁵⁴

Nur ein Jahr später stellt der OGH, ohne Auseinandersetzung mit der vorigen Entscheidung, nicht mehr auf die Versorgung ab, sondern das Verhalten der Frau nach der Scheidung hat Einfluss auf den Unterhaltsanspruch. Wenn ihr Verhalten während aufrechter Ehe einen Scheidungsgrund bilden und sie somit ihren Unterhaltsanspruch verlieren würde, dann verstößt das weitere Beharren auf den Unterhaltsanspruch gegen die guten Sitten. Dies ist bei aufrechter Lebensgemeinschaft der unterhaltsberechtigten Frau gegeben, da diese Unterhaltsverpflichtung „den Ehegatten in eine schiefe, um nicht zu sagen geradezu lächerliche Lage“ bringt.⁵⁵

⁴⁷ OGH GIUNF 4245.

⁴⁸ OGH GIUNF 4495.

⁴⁹ OGH GIUNF 7110.

⁵⁰ *Lammer*, ÖJZ 1999, 54; *Meissel*, EF-Z 2007, 211.

⁵¹ *Lammer*, ÖJZ 1999, 54; *Meissel*, EF-Z 2007, 211.

⁵² OGH GIUNF 4245; GIUNF 4495; GIUNF 7110; *Lammer*, ÖJZ 1999, 54; *Meissel*, EF-Z 2007, 211.

⁵³ OGH 3 Ob 242/25 SZ 7/116.

⁵⁴ *Lammer*, ÖJZ 1999, 55; *Meissel*, EF-Z 2007, 211.

⁵⁵ OGH 1 Ob 256/26 SZ 8/117; *Lammer*, ÖJZ 1999, 55.

Zur selben Zeit entstand in der Lehre eine Diskussion, bezüglich der Möglichkeit der Sicherung des durch Urteil oder Vergleich festgesetzten Unterhaltsanspruchs durch eine einstweilige Verfügung nach § 382 Z 8 EO.⁵⁶ Der OGH verneinte dies zunächst und sprach aus, dass eine Sicherung nur nach den sonstigen Bestimmungen der EO (§ 379 EO) möglich sei.⁵⁷ Im Jahr 1928 änderte der OGH seine Ansicht und bewilligte eine EV nach § 382 Z 8 EO zur Sicherung des Unterhaltsanspruchs der geschiedenen Frau, weil bezüglich der Behandlung des Unterhaltsanspruches vor und nach der Scheidung kein Unterschied bestehen würde.⁵⁸ *Ohmeyer* hat dieser Entscheidung in einer ausführlichen Auseinandersetzung zugestimmt.⁵⁹ Er vertritt auch die Ansicht des Ruhens des Unterhaltsanspruchs während der Lebensgemeinschaft, wenn die geschiedene Frau durch ihren Lebensgefährten versorgt wird.⁶⁰ Seine Auffassung wurde jedoch von *Lehnhoff* abgelehnt.⁶¹

1929 entscheidet der OGH wiederum, dass „das Verhalten der Ehegattin nach der Scheidung für die Frage des Unterhaltsanspruchs im allgemeinen außer Betracht zu bleiben hat.“⁶² Auf die Entscheidung 1 Ob 256/26 SZ 8/117 im Jahr 1926 konnte sich der unterhaltspflichtige geschiedene Ehegatte nicht berufen, da die Untergerichte das Bestehen einer Lebensgemeinschaft nicht feststellten.⁶³

Eine Entscheidung, nur zehn Tage später, zeigt die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung des OGH. Mit Verweis auf die Entscheidung im Jahr 1926, sprach der OGH aus, dass das Unterhaltsbegehren der geschiedenen Frau gegen die guten Sitten verstößt. Der OGH führt aus, dass vor allem der vom geschiedenen Gatten geleistete Unterhalt, nicht dem Lebensgefährten der geschiedenen Gattin zu Gute kommen soll.⁶⁴

Nur zwei Monate später, vertrat der OGH wieder eine andere Ansicht, und zwar dass das Festhalten der Frau am Unterhaltsanspruch trotz Eingehens einer Lebensgemeinschaft nicht sittenwidrig sei. Der OGH argumentierte, dass der Unterhaltsanspruch gem § 1264 ABGB

⁵⁶ *Lammer*, ÖJZ 1999, 55.

⁵⁷ OGH 2 Ob 930/21 SZ 3/128 = SpR 10.

⁵⁸ OGH 18/28 SZ 10/62 = JB 32.

⁵⁹ *Ohmeyer*, Der Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehegattin, JBl 1928, 501 (501).

⁶⁰ *Ohmeyer*, JBl 1928, 506.

⁶¹ *Lehnhoff* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/1 (1933) 577, 593;

Lehnhoff in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch III (1932) 864, 879.

⁶² OGH 2 Ob 347/29 NZ 1929, 106.

⁶³ OGH 2 Ob 347/29 NZ 1929, 106; *Lammer*, ÖJZ 1999, 55.

⁶⁴ OGH 1 Ob 251/29 NZ 1929, 106.

davon abhängt, wer die Scheidung verschuldet hat. Er führt dazu aus, dass der an der Scheidung schuldlosen Ehegatten der ihr zuerkannte Unterhaltsanspruch nicht darum abzusprenken sei, „weil sie nach der Scheidung ein Verhalten bekundet hat, das sich mit den ihr als Ehegatten obliegenden Verpflichtungen in Widerspruch setzt.“ Nur wenn die Frau in der Lebensgemeinschaft versorgt wäre, und somit den Unterhalt erhalten würde, für den sonst der geschiedene Ehegatte aufzukommen hat, käme keine Unterhaltspflicht in Frage.⁶⁵

Diese Entscheidung stimmt somit mit den früheren Entscheidungen überein, die das Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft verneinen.⁶⁶ Eine Auseinandersetzung mit den Entscheidungen, die die Gegenansicht vertreten⁶⁷, fehlt allerdings.⁶⁸

Trotz der Möglichkeit dieser damaligen Scheidung von Tisch und Bett, entstanden naheheliche Pflichten und Obliegenheiten, da das Eheband „als solches“ zwischen den geschiedenen Ehegatten fortbestand.⁶⁹ Nach dem alten Eherecht hatte die geschiedene Ehegatten weiterhin eine Pflicht zur Treue gem § 90 ABGB. Das heißt, dass ein Verstoß nach der Scheidung als „Ehebruch“ strafrechtlich verfolgt werden konnte.⁷⁰ Im Jahr 1930 vertrat der OGH, mit Verweis auf die frühere Entscheidung aus 1926⁷¹, nun wiederum diese Ansicht und führte aus, dass eben nicht alle familienrechtliche Verbindlichkeiten erlöschen. Daher wäre eine weitere Unterhaltsverpflichtung an die geschiedene Frau, die in einer dauernden eheähnlichen Lebensgemeinschaft mit einem anderen Mann lebt, „als mit dem Herkommen und den guten Sitten nicht im Einklang stehend“ anzusehen und nach § 879 ABGB unbegründet.⁷² Der OGH fällte dieses Urteil, obwohl in diesem Fall ein Scheidungsvergleich vorlag, der eine Befreiung der Unterhaltspflicht nur bei Eingehung einer Ehe durch die Frau vorsah und indem der geschiedene Gatte ausdrücklich erklärte, dass er der Frau aus dem Titel der Verletzung der Treue „keinerlei Schwierigkeit irgendeiner Art“ bereiten werde.⁷³

⁶⁵ OGH 2 Ob 552/29 NZ 1929, 170.

⁶⁶ *Lammer*, ÖJZ 1999, 56.

⁶⁷ OGH 1 Ob 256/26 SZ 8/117; 1 Ob 251/29 NZ 1929, 106.

⁶⁸ *Lammer*, ÖJZ 1999, 56.

⁶⁹ *Meissel*, EF-Z 2007, 212.

⁷⁰ *Lehnhoff* in *Klang*, ABGB I/1, 617 FN 46.

⁷¹ OGH 1 Ob 256/26 SZ 8/117.

⁷² OGH 1 Ob 1027 ZBl 1931/103.

⁷³ OGH 1 Ob 1027 ZBl 1931/103; *Meissel*, EF-Z 2007, 212 FN 26.

In einer Entscheidung aus 1934 verneinte der OGH eine Beseitigung der Unterhaltsverpflichtung aufgrund eines sittenwidrigen Verhaltens seitens der geschiedenen Frau.⁷⁴ Unter Verweis auf die Entscheidung aus 1926⁷⁵ sprach der OGH von einer „herrschenden Rechtsprechung“, die ein Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei einer Versorgung der geschiedenen Frau durch die Lebensgemeinschaft wie in einer Ehe vertritt.⁷⁶ Dieser Verweis des OGH auf die Entscheidung OGH 1 Ob 256/26 SZ 8/117 ist jedoch unrichtig, da hier gerade nicht auf die Versorgung abgestellt wird. Vielmehr ist nur die Sittenwidrigkeit des Unterhaltsbegehrens während einer Lebensgemeinschaft maßgeblich. Außerdem kann von einer „herrschenden Rechtsprechung“ aufgrund der bisher aufgezeigten Entwicklung nicht ausgegangen werden.⁷⁷

Diese Ansicht bekräftigte der OGH in weiteren Entscheidungen.⁷⁸ 1936 sprach er erneut aus, dass der Unterhaltsanspruch nur dann nicht durchsetzbar ist, wenn die geschiedene Gattin von ihrem Lebensgefährten vollständig versorgt wird. Nicht ausreichend sind das Zusammenwohnen, Geschlechtsverkehr, Kochen, Aufräumen und auf Kosten des Lebensgefährten bescheidene Vergnügungen nachzugehen. Daraus folgt, dass die Unterhaltspflicht des geschiedenen Mannes fortbesteht, wenn der vom Lebensgefährten geleistete Unterhalt nicht ausreicht.⁷⁹ Inwieweit das Unterhaltsbegehren oder das Eingehen einer Lebensgemeinschaft sittenwidrig ist, wird nicht erläutert. Ausschlaggebend ist nur, in wie weit die Frau durch die Lebensgemeinschaft ihren vollständigen Unterhalt findet.⁸⁰

Ebenso eine Entscheidung rund ein Jahr später. Hier führt der OGH jedoch zusätzlich aus, dass der gesetzliche Unterhaltsanspruch der geschiedenen Gattin nach § 91 ABGB durch unsittliches Verhalten nicht verwirkt wird. Eben nur bei vollständiger Erhaltung und Versorgung durch den Lebensgefährten ist der geschiedene Mann von seiner Unterhaltspflicht befreit.⁸¹

⁷⁴ OGH 3 Ob 1063/33 JBl 1934, 302.

⁷⁵ OGH 1 Ob 256/26 SZ 8/117.

⁷⁶ OGH 3 Ob 1063/33 JBl 1934, 302.

⁷⁷ *Lammer*, ÖJZ 1999, 56 FN 34.

⁷⁸ *Lammer*, ÖJZ 1999, 56.

⁷⁹ OGH 3 Ob 724 ZBl 1936/413.

⁸⁰ *Lammer*, ÖJZ 1999, 56.

⁸¹ OGH 1 Ob 607/37 RZ 1937, 377.

1937 folgt der OGH der Auffassung des Ruhens des Unterhaltsanspruchs. Nicht entscheidend in diesem Zusammenhang ist jedoch die Versorgung in der Lebensgemeinschaft.⁸²

Im Jahr 1938 ergingen zwei verschiedene Urteile bezüglich dieser Problematik. In der ersten Entscheidung wurde auf die Sittenwidrigkeit einer Lebensgemeinschaft, die das Ruhen des Unterhaltsanspruchs begründet, abgestellt.⁸³ Nur ein Monat später urteilte der OGH, dass das Unterhaltsbegehren nur bei Versorgung in der Lebensgemeinschaft sittenwidrig sei.⁸⁴

2.1.3 Entscheidung aus 1949

Diese Entscheidung erging nach der Einführung des EheG 1938, wodurch auch eine endgültige Auflösung des Ehebandes durch Scheidung möglich wurde.⁸⁵ Nicht aufrechterhalten konnte die Rsp daher die Ansicht, dass das Eingehen einer Lebensgemeinschaft nach der Scheidung an sich sittenwidrig sei.⁸⁶ Das Unterhaltsbegehren des unterhaltsberechtigten Teils, der in einer Lebensgemeinschaft lebt, und zwar unabhängig ob während aufrechter Ehe oder nach der Scheidung, verstößt jedoch gegen die guten Sitten.⁸⁷

2.1.4 Entscheidung aus 1954; Spruchrepertorium Nr 38 neu

Seit dieser „landmark decision“ liegt – regelmäßig unter Berufung auf diese Entscheidung – eine einheitliche Rsp iSd Ruhens des Unterhaltsanspruchs vor.⁸⁸ Der Leitsatz dieser Entscheidung, der in das Spruchrepertorium Nr 38 eingetragen wurde, lautete: *„Durch das Eingehen einer Lebensgemeinschaft der geschiedenen Gattin mit einem anderen Mann tritt das Ruhen ihres Unterhaltsanspruchs gegenüber dem geschiedenen Gatten ein, gleichgültig ob die Frau aus dieser Lebensgemeinschaft ihren Unterhalt ganz oder teilweise bezieht.“*⁸⁹

Bei der Lösung der Frage, ob der geschiedenen Gattin ein Unterhaltsanspruch in diesem Falle zusteht, erläutert der OGH drei verschiedene Möglichkeiten, und zwar erstens das Ruhen des Unterhaltsanspruchs, zweitens die Bedeutungslosigkeit der Lebensgemeinschaft für diesen Anspruch und drittens das Abstellen auf die Versorgung durch den Lebensgefährten.

⁸² OGH 3 Ob 902/37 SZ 19/321.

⁸³ OGH 3 Ob 26/38 SZ 20/83.

⁸⁴ OGH 2 Ob 469/38 SZ 20/193.

⁸⁵ OGH 1 Ob 103/49 SZ 22/119; *Lammer*, ÖJZ 1999, 56.

⁸⁶ *Meissel*, EF-Z 2007, 212.

⁸⁷ OGH 1 Ob 103/49 SZ 22/119.

⁸⁸ *Lammer*, ÖJZ 1999, 56; *Meissel*, EF-Z 2007, 212.

⁸⁹ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

Während alle drei Auffassungen zum Teil in der Rsp und zum Teil in der Lehre vertreten wurden, hat sich der OGH nun für die erste Lösung, und zwar für das Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft unabhängig von einer Versorgung, entschieden.⁹⁰

2.1.5 Begründung der Judikatur seit dem SpR 38

Zur Rechtfertigung dieser Judikatur werden seit 1954 drei Argumente herangezogen: Erstens, das Unterhaltsbegehren verstoße gegen die guten Sitten bzw verwirklicht einen Rechtsmissbrauch; zweitens die Gefahr einer Besserstellung der Lebensgemeinschaft gegenüber der Ehe; und drittens die Beweisschwierigkeiten bei einer Berücksichtigung der Versorgung.⁹¹

a.) Sittenwidrigkeit/Rechtsmissbrauch

Wie bereits erörtert, wurde diese Rsp, vor dem Inkrafttreten des Ehegesetzes, mit der Sittenwidrigkeit des Eingehens einer Lebensgemeinschaft begründet. Nach dem Inkrafttreten des Ehegesetzes, wodurch das Eheband durch Scheidung endgültig beseitigt wurde, konnte diese Ansicht nicht mehr aufrechterhalten bleiben. Die Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB wird nun im Unterhaltsbegehren während der Dauer der Lebensgemeinschaft erblickt, da es „dem allgemeinen sittlichen Empfinden“ widerspreche, „dass der geschiedene Ehegatte zur Lebensgemeinschaft seiner geschiedenen Frau mit einem anderen Mann direkt oder indirekt finanzielle Beiträge leisten soll“.⁹² Der OGH weist auf die Ansicht *Schwinds* hin, demzufolge dieser Grundsatz umso mehr gelten müsse, wenn beide Teile nicht mehr durch das Eheband verbunden seien.⁹³ Aufgrund der Verneinung der Sittenwidrigkeit einer Lebensgemeinschaft kommt keine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs nach § 74 EheG in Frage.⁹⁴ Auch § 75 EheG, demzufolge bei Wiederverheiratung der Unterhaltsanspruch erlischt, kann nicht analog angewendet werden, weil in einer Lebensgemeinschaft kein Unterhaltsanspruch bestehe und daher auch nicht erlöschen könne.⁹⁵

⁹⁰ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

⁹¹ *Meissel*, EF-Z 2007, 212.

⁹² OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

⁹³ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228; *Schwind*, Kommentar zum Österreichischen Eherecht (1951) 245.

⁹⁴ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228; *Lammer*, ÖJZ 1999, 58; *Meissel*, EF-Z 2007, 212.

⁹⁵ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

b.) Vermeidung einer Besserstellung der Lebensgemeinschaft gegenüber der Ehe

In einigen jüngeren Entscheidungen stellte der OGH weniger auf die Sittenwidrigkeit ab, sondern argumentierte, dass ein Geschiedener in einer Lebensgemeinschaft gegenüber einem Wiederverheirateten, dessen Unterhaltsanspruch gem § 75 EheG erlischt, nicht bevorzugt werden darf.⁹⁶ Im Gegensatz zur alten Rechtslage, der zufolge das Konkubinat eine Notlösung war, kann dies nun durch neuerliche Eheschließung aufgrund des EheG vermieden werden. Laut OGH entspreche es der Billigkeit, für die Dauer der Lebensgemeinschaft die „rechtlichen Folgen der unterlassenen Ausnützung der gegebenen Möglichkeit einer Eheschließung in Kauf“ zu nehmen. Ansonsten würde gerade ein Anreiz des Vorzugs des Konkubinats entstehen, um den Unterhaltsanspruch zu wahren.⁹⁷ Dadurch, dass der Unterhaltsanspruch durch Wiederverheiratung erlischt, bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft jedoch nur ruht, wird dem Unterschied zwischen einer Ehe und Lebensgemeinschaft Rechnung getragen.⁹⁸

c.) Beweisschwierigkeiten

Bezüglich eines Differenzanspruchs führt der OGH aus, dass dieser mit dem Gesetz nicht im Einklang stehe, da gem § 66 EheG nur die Einkünfte aus dem Vermögen und die Erträge der Erwerbstätigkeit auf den Unterhalt anzurechnen sind. Hier handelt es sich jedoch um freiwillige und unentgeltliche Leistungen, die die geschiedene Frau von dritter Seite erhält. Würde der Unterhaltsanspruch weiterhin bestehen, obwohl die Frau in einem eheähnlichen Verhältnis lebt, würde dies der Absicht des Gesetzes, den Unterhaltsanspruch nach Möglichkeit einzuschränken, widersprechen.⁹⁹ Laut OGH wäre die Feststellung des Differenzanspruchs mit „unübersteiglichen Beweisschwierigkeiten“ verbunden, da die jeweiligen Unterhaltsleistungen des Lebensgefährten und des geschiedenen Gatten nur schwer oder gar nicht voneinander unterschieden werden könnten. Es bestehe somit die Gefahr eines unbefriedigenden Ergebnisses, indem die Frau, trotz Versorgung durch den Lebensgefährten, weiterhin Unterhalt vom geschiedenen Mann bezieht.¹⁰⁰

⁹⁶ OGH 10 Ob S 244/98z EFSIlg 87.525; 3 Ob 204/99t JBl 2000, 530 = EFSIlg 93.844; *Meissel*, EF-Z 2007, 213.

⁹⁷ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228; *Meissel*, EF-Z 2007, 213; *Lammer*, ÖJZ 1999, 58.

⁹⁸ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

⁹⁹ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

¹⁰⁰ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228; *Meissel*, EF-Z 2007, 214.

2.2 Lehre

2.2.1 Reaktionen der Lehre auf die Rechtsprechung

Vor dem Inkrafttreten des EheG 1938 befassten sich einzelne Autoren nicht besonders tiefgehend mit dem Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft. Zu dieser Zeit war eine Auseinandersetzung mit diesem Thema vielleicht aufgrund der damaligen Rsp nicht so aktuell.¹⁰¹

Ehrenzweig geht 1924 noch nicht auf das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft ein, sondern nur auf das Erlöschen des Unterhaltsanspruchs bei Wiederverhehlung. Weiters merkt er an, dass die getrennte oder geschiedene Frau durch unsittliches Verhalten ihren Unterhaltsanspruch nicht verliert.¹⁰²

Ohmeyer stimmt dem Ruhen des Unterhaltsanspruchs sowohl bei einer Dispensehe als auch bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft zu, wobei er von einer finanziellen Versorgung der geschiedenen Frau ausgeht.¹⁰³

Lehnhoff dagegen, der zwischen dem Unterhalt vor und nach der Scheidung unterscheidet, sieht im Eingehen einer Lebensgemeinschaft nach der Scheidung keine Auswirkungen auf den Unterhaltsanspruch.¹⁰⁴

Ohne weitere Begründung spricht *Gschnitzer* 1934 über die Rsp, die von einer Sittenwidrigkeit des Unterhaltsverlangens ausgeht, von einer „merkwürdigen Rechtsauffassung“, die im Ergebnis jedoch nicht unbillig ist.¹⁰⁵

In seiner zweiten Auflage geht *Ehrenzweig* nun auf das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft ein, und findet ein Ruhen des Unterhaltsanspruchs für „nicht unbillig“. Aufgrund seiner

¹⁰¹ *Lammer*, ÖJZ 1999, 59.

¹⁰² *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/2: Familien- und Erbrecht (1924) 130.

¹⁰³ *Ohmeyer*, JB1 1928, 506.

¹⁰⁴ *Lehnhoff* in *Klang*, ABGB I/1, 593; *Lehnhoff* in *Klang*, ABGB III, 879 und 881.

¹⁰⁵ *Gschnitzer* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2 (1934) 191.

Verweise ist jedoch nicht erkennbar, ob er von einer Relevanz der Versorgung ausgeht oder nicht.¹⁰⁶

Nach Inkrafttreten des EheG 1938 erläutert *Schwind* dieses Thema unter dem Tatbestand der Verwirkung gem § 74 EheG.¹⁰⁷ Er verweist zuerst auf die Entscheidungen, die eine Lebensgemeinschaft nicht mehr als ehrlos und unsittlich betrachten und das Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei einer Unterhaltsgewährung durch den Lebensgefährten bejahen.¹⁰⁸ In der Entscheidung aus 1938 wurde der Grundsatz des Ruhens des Unterhaltsanspruchs bereits unabhängig von einer Versorgung vertreten.¹⁰⁹ Wie bereits oben erwähnt, stimmt *Schwind* dieser Auffassung zu, da dieser Grundsatz, der für die Trennung von Tisch und Bett besteht, umso mehr gelten muss, wenn das Eheband durch Scheidung aufgelöst wurde.¹¹⁰

Da *Schwind* seine Ansicht nicht näher begründet, mutmaßt *Lammer* in diesem Zusammenhang, dass *Schwind*, aufgrund des aufrechten Ehebandes nach einer Scheidung (vor Geltung des EheG), die Unterhaltspflicht nach § 1264 ABGB als eine familienrechtliche Fürsorgepflicht sieht. Der Grundsatz des Ruhens des Unterhaltsanspruchs bei Vorliegen einer Lebensgemeinschaft muss daher umso mehr gelten, wenn dieses Eheband und die damit verbundenen familienrechtlichen Pflichten endgültig aufgelöst wurden. Diese Ansicht wäre aber nur dann gerechtfertigt, wenn das Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft bei weiter existierendem Eheband Bestand hat. Dies kann jedoch aufgrund der uneinheitlichen Rsp nicht behauptet werden.¹¹¹

1964 stimmt *Schwind* der Leitentscheidung aus 1954 zu, lässt jedoch nicht unerwähnt, dass sich die Rechtsfigur des Ruhens des Unterhaltsanspruchs im EheG nicht befindet, und es sich daher um eine „durch Gerichtsgebrauch praeter, wenn nicht sogar contra legem geschaffene Neuschöpfung handelt“. Seiner Ansicht nach ist die deutsche Judikatur jedoch konsequenter, da der Unterhaltsanspruch endgültig verwerke, ohne wieder aufleben zu können.¹¹² In

¹⁰⁶ *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/2: Familien- und Erbrecht² (1937) 153.

¹⁰⁷ *Schwind*, Eherecht 244 f.

¹⁰⁸ OGH 1 Ob 607/37 RZ 1937, 377; 3 Ob 26/38 SZ 20/83.

¹⁰⁹ OGH 3 Ob 26/38 SZ 20/83.

¹¹⁰ *Schwind*, Eherecht 245.

¹¹¹ *Lammer*, ÖJZ 1999, 60.

¹¹² *Schwind* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/1² (1964) 875.

Zusammenhang mit § 74 EheG gibt *Schwind* aber zu erkennen, dass er die österreichische Rsp iSd Ruhens des Unterhaltsanspruchs anerkennt.¹¹³

Ende der 70er Jahre wird diese Rechtsproblematik von der Lehre wieder aufgegriffen. Nur kurz erwähnt wird das Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft durch den Unterhaltsberechtigten bei *Aicher*.¹¹⁴ Zu dieser Zeit behandelten auch *Gschnitzer/Faistenberger* dieses Thema und sprechen sich für eine lebenslängliche Versorgung der Frau aus, auch wenn sie mit einem anderen Mann eine Lebensgemeinschaft nach der Scheidung von Tisch und Bett eingehe. Zur Begründung ziehen sie die Unmöglichkeit der Wiederverheiratung (vor Einführung des EheG) und die mögliche Unterhaltsverpflichtung auf Seiten des Lebensgefährten für seine geschiedene Frau heran.¹¹⁵ *Lammer* weist jedoch auf die Unrichtigkeit dieser Begründung hin, da schon damals die Dispensehe möglich war.¹¹⁶

1980 äußerte sich erneut *Schwind* zu diesem Thema. In Zusammenhang mit § 74 EheG differenziert er zwischen der Verwirkung und dem Ruhen. Diese Rechtsfigur sei zwar nicht im Gesetz verankert, es handle sich dabei aber um eine lange „Tradition“ der österreichischen Rechtsprechung. Außerdem macht er darauf aufmerksam, dass trotz der geschlechtsneutralen Regelungen im EheG, sich nichts an den Grundsätzen der Judikatur ändere.¹¹⁷ Vier Jahre später, unter Berufung auf die grundlegende Entscheidung aus 1954, stimmt er dem Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft zu und stellt klar, dass nach Beendigung dieser Beziehung der Anspruch wieder auflebt.¹¹⁸

Koziol/Welser folgen 1985 der hA und verneinen somit einen Unterhaltsanspruch während einer Lebensgemeinschaft, „da diese gegenüber der Ehe nicht begünstigt werden darf“.¹¹⁹ Nach Ansicht von *Lammer* kann dieser Begründung zwar im Fall einer Lebensgemeinschaft nach Scheidung zugestimmt werden, sie lässt aber außer Acht, dass der Verlust des Unterhalts aufgrund einer Lebensgemeinschaft während aufrechter Ehe seinen Grund in der Verletzung

¹¹³ *Schwind* in *Klang*, ABGB I/1², 900 f.

¹¹⁴ *Aicher*, Ehescheidung und Scheidungsfolgen, in *Floretta* (Hrsg), Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht (1979) 83 (139).

¹¹⁵ *Gschnitzer/Faistenberger*, Familienrecht² (1979) 48 ff.

¹¹⁶ *Lammer*, ÖJZ 1999, 60.

¹¹⁷ *Schwind*, Kommentar zum Österreichischen EheG² (1980) 295 f.

¹¹⁸ *Ehrenzweig/Schwind*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts: Das Familienrecht³ (1984) 136.

¹¹⁹ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II: Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht⁷ (1985) 208.

eherechthlicher Verpflichtungen hat. Für die geschiedenen Gatten existieren jedoch solche familienrechtliche Pflichten nicht mehr. Weiters finden die Nachteile des Unterhaltsberechtigten, die er in einer Lebensgemeinschaft im Gegensatz zu einer Ehe erfährt, keine Berücksichtigung.¹²⁰ Bis zur neunten Auflage vertreten *Koziol/Welser* diese Ansicht¹²¹, bis sie in der zehnten Auflage, zumindest auf den Differenzanspruch, der von einem Teil der Lehre vertreten wird¹²², hinweisen.¹²³ In ihrer aktuellsten Auflage stimmen sie jedoch der Auffassung zu, dass das Ruhen des Unterhaltsanspruchs von der Versorgung durch den Lebensgefährten abhängt.¹²⁴

Feil weist 1996 kurz darauf hin, dass eine Lebensgemeinschaft nicht gegen die guten Sitten verstößt und dass laut hM für die Dauer des Konkubinats kein Unterhalt zusteht.¹²⁵

Stabentheiner stellt der ständigen Rsp die zunehmende Kritik der Lehre gegenüber, der auch er am Ende zustimmt. Die Argumentation dieser Judikatur sei vor allem aufgrund der Ausführungen von *Gimpel-Hinteregger*¹²⁶ nicht mehr vertretbar.¹²⁷

Zankl folgt der Rsp betreffend des Ruhens des nach § 68a EheG zustehenden Unterhalts. Er gesteht jedoch auch der Kritik von *Gimpel-Hinteregger* eine gewisse Berechtigung zu.¹²⁸

Auch *Hopf/Kathrein* stellen 2005 die ständige Rechtsprechung iSd Ruhens des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft dar, wobei sie gleichzeitig auf die „durchaus beachtenswerte Kritik“ der Lehre verweisen.¹²⁹

¹²⁰ *Lammer*, ÖJZ 1999, 60 f.

¹²¹ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II: Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht⁹ (1991) 231 f.

¹²² *Gimpel-Hinteregger*, Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft, in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992) 633 (640 f); *Binder*, Die Problematik der Geschiedenen-Pensionsregelung, in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992) 669 (684 f).

¹²³ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II: Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht¹⁰ (1996) 233 f.

¹²⁴ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹³ (2006) 503.

¹²⁵ *Feil*, Kurzkommentar zum EheG (1996) § 74 EheG Rz 2, 4.

¹²⁶ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 633 ff.

¹²⁷ *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2³ (2002) § 75 EheG Rz 2.

¹²⁸ *Zankl* in *Schwimann*, ABGB I³ § 66 EheG Rz 57.

¹²⁹ *Hopf/Kathrein*, Kurzkommentar zum Eherecht² (2005) § 66 EheG Anm 19.

Möschl bringt in diesem Zusammenhang die Schwierigkeit der Durchsetzbarkeit des Ruhens des Unterhaltsanspruchs in der Praxis zur Sprache.¹³⁰ Trotz Offenlegungspflicht¹³¹ des Unterhaltsberechtigten habe der Zahlungspflichtige den Bestand einer Lebensgemeinschaft zu beweisen, was sich als schwierig erweisen kann. Eine Beweislastumkehr, indem der Unterhaltsberechtigte das Nichtbestehen einer Lebensgemeinschaft beweisen müsste, würde hier zu einer Vereinfachung beitragen. Laut *Möschl* reagierte die Rsp bis jetzt jedoch noch nicht auf diese Forderung. Weiters schlägt *Möschl* eine einmalige Unterhaltsabfindung bei der Scheidung vor, um ein allfälliges Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft zu vermeiden.¹³²

Feil/Marent zeigen 2007 nur die herrschende Rsp und deren Begründung auf, die sie der Kritik der Lehre gegenüberstellen, ohne sich jedoch einer Ansicht anzuschließen bzw eine Meinung zu kritisieren.¹³³

Wie auch *Möschl*¹³⁴ macht *Deixler-Hübner* auf die Beweisschwierigkeiten im Zusammenhang mit einer Lebensgemeinschaft aufmerksam, die nur durch die Offenlegungspflicht¹³⁵ des Unterhaltsberechtigten erleichtert wird. Letzten Endes könne nur ein Detektiv Abhilfe schaffen.¹³⁶ Bei erfolgreichem Nachweis einer Lebensgemeinschaft habe der Unterhaltsberechtigte, laut OGH, jedoch diese Kosten zu ersetzen, da es sich um Ehefolgekosten handle und er schadenersatzpflichtig wird, weil er gegen seine Offenlegungspflicht verstoßen hat.¹³⁷ Weiters entschied der OGH, dass eine Schädigungsabsicht vorliegt, wenn der Unterhaltsberechtigte, der in einer Lebensgemeinschaft lebt, die Unterhaltszahlungen dennoch annimmt. Nach Auflösung der Lebensgemeinschaft können diese Unterhaltszahlungen daher gegen den laufenden Unterhalt aufgerechnet werden.¹³⁸

¹³⁰ *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 57 f.

¹³¹ Liegen die äußeren Anzeichen für das Bestehen einer Lebensgemeinschaft vor, so trifft den unterhaltsberechtigten Lebensgefährten eine Offenlegungspflicht, wodurch es zu einer Beweiserleichterung für den Unterhaltspflichtigen kommt. Siehe Seite 35 ff für eine detailliertere Behandlung.

¹³² *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 57 f.

¹³³ *Feil/Marent*, Familienrecht Kommentar (2007) § 74 Rz 12 ff.

¹³⁴ *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 57 f.

¹³⁵ Siehe FN 131.

¹³⁶ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 247.

¹³⁷ OGH 5. 10. 1999, 2 Ob 314/98k; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 247.

¹³⁸ OGH 3 Ob 209/99b RZ 2001, 51; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 247.

Dass einerseits das Unterhaltsbegehren nicht mehr als sittenwidrig angesehen werden kann, und andererseits kein Verbot der Benachteiligung der Ehe gegenüber der Lebensgemeinschaft besteht, zeigt auch *Kerschner*, unter Verweis auf die kritische Lehre, auf. Nur wenn der Unterhaltsberechtigte von seinem Lebensgefährten versorgt wird, sei ein Unterhaltsverlust gerechtfertigt. Er weist jedoch auch darauf hin, dass eine Lebensgemeinschaft eine Wirtschaftsgemeinschaft voraussetzt, weshalb „eine Versorgung widerleglich zu vermuten“ sei. Das Gegenteil hätte somit der Berechtigte zu beweisen.¹³⁹

2.2.2 Kritische Auseinandersetzung der Lehre mit der Rechtsprechung

Neben diesen mehr oder weniger kurzen Erwähnungen hat sich doch ein Teil der Lehre, teils mit unterschiedlichen, teils mit übereinstimmenden Begründungen, sehr kritisch mit der Rechtsfigur des Ruhens des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft auseinandergesetzt. Obwohl sich immer mehr diesen kritischen Stimmen anschließen, beharrt der OGH auf seinem Standpunkt, ohne sich mit dieser Kritik auseinanderzusetzen.¹⁴⁰

a.) Sittenwidrigkeit/Rechtsmissbrauch

Aus 1983 stammt die intensive und kritische Auseinandersetzung von *Verschraegen* mit dem Dogma des Ruhens des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft. Sie weist darauf hin, dass sich trotz geänderter Rechtslage durch das EheG, das Resultat nicht änderte, da mit dieser Judikatur die Lebensform der Lebensgemeinschaft weiterhin pönalisiert wird. Allein die Argumentation habe sich verändert.¹⁴¹ Auch *Lammer* erblickt darin eine Sanktion der Lebensgemeinschaft, da entgegen der Ansicht des OGH die Vermögenswerte unter Umständen gar nicht dem Lebensgefährten zufließen, weil zB dieser ohnehin ausreichend versorgt ist und die Unterhaltszahlungen nicht sehr hoch sind. Eine Sanktion in Form eines Unterhaltsentzuges sei daher, da ja eine Lebensgemeinschaft nicht mehr sittenwidrig sei, nicht berechtigt.¹⁴²

Laut *Verschraegen* sei die Begründung, dass das Unterhaltsbegehren bei aufrechter Lebensgemeinschaft sittenwidrig sei, ein „Scheinargument“. Während nämlich das Unterhaltsbegehren gegen die guten Sitten verstoße, wird der Lebensgefährte als Steuerzahler

¹³⁹ *Kerschner*, Bürgerliches Recht V: Familienrecht³ (2008) Rz 2/134.

¹⁴⁰ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 245; *Lammer*, ÖJZ 1999, 61.

¹⁴¹ *Verschraegen*, ZfRV 1983, 132.

¹⁴² *Lammer*, ÖJZ 1999, 58.

im Sozialversicherungsrecht immer mehr berücksichtigt. Sie bezeichnet diese Argumentation als ein „Relikt aus der christlichen Morallehre“, die intime Beziehungen nur in einer Ehe vorsieht. Aufgrund dieser Judikatur komme es zu einer Sanktion eines rechtlich erlaubten und in der Gesellschaft längst anerkannten Verhaltens. Um den Unterhaltsanspruch somit aufrechtzuerhalten, müsse auf das Eingehen einer Lebensgemeinschaft verzichtet oder diese verheimlicht werden. Aufgrund des heutigen bestehenden säkularisierten Eherechts könne diese Begründung nicht mehr aufrechterhalten werden. Da das Gesetz die Fälle, in denen der Unterhaltsanspruch erlischt, regelt (§§ 74, 75 EheG), handle es sich hier um eine „ungeschriebene Verwirkungsklausel“, die über den Umweg des § 879 ABGB eingeführt wurde.¹⁴³

Auch *Gimpel-Hinteregger* setzte sich kritisch mit der Begründung der Sittenwidrigkeit der Rsp auseinander, wobei sie zuerst näher auf die Frage der Zumutbarkeit der finanziellen Unterstützung der Lebensgemeinschaft durch den Unterhaltspflichtigen eingeht. Treffend führt sie aus, dass der OGH schon seit 1954 die Lebensform der Lebensgemeinschaft nicht mehr als sittenwidrig und längst als gesellschaftlich anerkannt ansieht. Da nach der Scheidung nun keine eherechtlichen Verpflichtungen mehr bestehen, kann jeder Geschiedene sein Privatleben frei gestalten, ohne den anderen darüber informieren zu müssen. Etwas anderes gelte nur dann, wenn ein Verhalten unter § 74 EheG subsumiert werden könne und somit die Unzumutbarkeit weiterer Unterhaltszahlungen eintrete.¹⁴⁴

Gleich wie *Verschraegen*¹⁴⁵ bezweifelt sie die Anwendbarkeit der Sittenwidrigkeitsklausel des § 879 ABGB als „Beschränkung der Privatautonomie“ auf das Unterhaltsbegehren.¹⁴⁶ Sie begründet ihre Überlegung damit, dass eine direkte Anwendung nur bei Rechtsgeschäften in Frage komme.¹⁴⁷ Ein Unterhaltsbegehren kann jedoch nicht als Rechtsgeschäft angesehen werden, da hier nur ein vertraglich oder gesetzlich zuerkanntes Recht geltend gemacht wird. Da dieses Recht aber aufgrund der Rechtsordnung nicht durchgesetzt werden kann, komme nicht der Tatbestand der Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB zur Anwendung, sondern es liegt der Fall des Rechtsmissbrauchs iSd §§ 1295 Abs 2 und 1305 ABGB vor. Obwohl daher eine

¹⁴³ *Verschraegen*, ZfRV 1983, 134 f.

¹⁴⁴ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 640.

¹⁴⁵ *Verschraegen*, ZfRV 1983, 135.

¹⁴⁶ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 640.

¹⁴⁷ *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 879 Rz 5; *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 640.

gewisse Verbundenheit zwischen Sittenwidrigkeit und Rechtsmissbrauch bestehe, sind sie voneinander zu unterscheiden.¹⁴⁸

Wird ein Recht, das gar nicht existent ist, missbräuchlich ausgeübt, so stellt dies einen Rechtsmissbrauch dar.¹⁴⁹ Übt somit jemand sein Recht mit Schädigungsabsicht aus, so verwirklicht er einen Rechtsmissbrauch, wobei zwischen Lehre und Rsp bezüglich des Ausmaßes der Schädigungsabsicht unterschiedliche Auffassungen bestehen.¹⁵⁰ Um einen Rechtsmissbrauch zu verwirklichen, verlangt die Rsp, dass das Recht, einzig in der Absicht den anderen zu schädigen, ausgeübt wurde.¹⁵¹ Im Gegensatz dazu reicht es für die Lehre aus, wenn die Schädigungsabsicht bloß überwiegt.¹⁵² Würde es sich beim Unterhaltsbegehren während aufrechter Lebensgemeinschaft um einen Rechtsmissbrauch handeln, so würde die Rechtsfigur des Ruhens eine bestimmte Rechtsgrundlage bekommen¹⁵³ und die Kritik *Schwinds*¹⁵⁴ könne nicht länger aufrechterhalten bleiben. *Gimpel-Hinteregger* kommt jedoch zu dem Schluss, dass weder nach Ansicht der Rsp noch der Lehre durch das Unterhaltsbegehren ein Rechtsmissbrauch verwirklicht werde. Lediglich die eigenen Interessen werden in den Mittelpunkt gestellt, womit eine Schädigungsabsicht ausgeschlossen werden könne.¹⁵⁵

Gimpel-Hinteregger weist darauf hin, dass die Lehre jedoch neben diesem Rechtsmissbrauch, der als Schikane bezeichnet wird, einen Rechtsmissbrauch anwendet, der durch die Sittenwidrigkeit begründet wird. Um diesen zu verwirklichen genügt es bereits, dass ein Recht in der Form ausgeübt wird, dass ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt.¹⁵⁶ Das hat zur Folge, dass das Verhalten des Unterhaltsberechtigten an der Sittenwidrigkeit gemessen wird. *Gimpel-Hinteregger* ist der Meinung, dass Sittenwidrigkeit des Unterhaltsbegehrens auf der Grundlage einer Interessenabwägung in Frage kommen könne. In die Waagschale würden einerseits das Interesse des Unterhaltspflichtigen, aufgrund der Lebensgemeinschaft keinen

¹⁴⁸ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 640.

¹⁴⁹ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 99 f.

¹⁵⁰ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 641.

¹⁵¹ OGH 7 Ob 227/55 SZ 28/133 = JBl 1955, 548 = Rz 1955, 126; 2 Ob 523/81 EFSIlg 38.556 = RZ 1982/15.

¹⁵² *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 99 f; *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/1³ (2002) § 1295 ABGB Rz 58.

¹⁵³ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 641.

¹⁵⁴ *Schwind* in *Klang*, ABGB I/1², 900 f.

¹⁵⁵ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 641.

¹⁵⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 99 f; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/1³ § 1295 Rz 58; *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 641.

Unterhalt zu leisten und andererseits das Interesse des Unterhaltsberechtigten am Unterhalt gelegt werden. Rechtsmissbrauch sei dann verwirklicht, wenn dadurch das Interesse des Unterhaltsschuldners verletzt wird. Solch ein Rechtsmissbrauch infolge einer Interessenabwägung ist auch in § 94 Abs 2 ABGB vorgesehen.¹⁵⁷ Dieser wird in der Rsp als verwirklicht angesehen, wenn das Verhalten grob unbillig und unzumutbar erscheint.¹⁵⁸

Für den Fall des nahehelichen Unterhaltsbegehrens hat der Gesetzgeber aber bereits eine Abwägung der Interessen vorgenommen. *Gimpel-Hinteregger* weist darauf hin, dass es ohnehin nur bei Verschulden bzw Scheidungswillen zur Unterhaltspflicht kommt. Weiters sehen die §§ 73 und 74 EheG ausdrücklich vor, welches Verhalten die Unterhaltszahlungen unzumutbar machen, wobei die Begründung einer Lebensgemeinschaft darin nicht vorgesehen ist.¹⁵⁹ Darin wird schon lange kein „ehrloser“ oder „unsittlicher“ Lebenswandel mehr erblickt.¹⁶⁰

Auch *Meissel* wiederholt, dass kein Rechtsmissbrauch entstehe, da weder Schikane noch ein krasses Missverhältnis aufgrund der Interessenabwägung vorliege. Er macht in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam, dass die Beurteilung des Interessesmissverhältnisses mit „großer Vorsicht und im Bewusstsein des Ausnahmecharakters vorgenommen werden muss“.¹⁶¹ Bereits *F. Bydlinski* weist darauf hin, dass das Missverhältnis der Interessen als Kriterium der Sittenwidrigkeit besonders heikel ist, da dadurch „die Befugnisse des Berechtigten sehr weitgehend reduziert werden könnten“. Eine Missbilligung liege daher nur bei einem offenbaren und krassen Interessesmissverhältnis vor.¹⁶² Dass der Unterhaltsberechtigte durch sein Begehren automatisch solch ein „offenbares und krasses Missverhältnis“ begründet, verneint *Meissel*. Die Rsp habe dies jedoch anstatt im Einzelfall zu prüfen einfach vorausgesetzt. Dass im Ergebnis der Unterhaltsanspruch „jedenfalls ruht“, auch dann, wenn der andere Lebensgefährte gar nicht heiraten will oder den

¹⁵⁷ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 641 f.

¹⁵⁸ OGH 7 Ob 608/77 EFSlg 28.585; 2 Ob 566/78 EFSlg 32.750 = EvBl 1979/156.

¹⁵⁹ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 642.

¹⁶⁰ OGH 2 Ob 523/81 RZ 1982/3; *Schwind* in *Klang*, ABGB I/1², 900.

¹⁶¹ *Meissel*, EF-Z 2007, 212 f.

¹⁶² *F. Bydlinski*, Skizzen zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im österreichischen Privatrecht, in FS Krejci II (2001) 1079 (1095); *Meissel*, EF-Z 2007, 213.

Unterhaltsberechtigten nicht versorgen will oder kann, könne nicht als billig angesehen werden.¹⁶³

Auch eine analoge Anwendung des § 74 EheG verneint *Gimpel-Hinteregger*, da keine planwidrige Lücke vorliege. Man könnte daraus den Schluss ziehen, dass eine „teleologische Lücke“ bestünde, indem der Unterhaltsberechtigte durch ein bestimmtes Verhalten einen gesetzlichen Tatbestand verwirkliche und somit seinen Unterhalt verwirke, während das Eingehen einer Lebensgemeinschaft sanktionslos bleibe. Laut *Gimpel-Hinteregger* bestehe aber solch ein Wertungswiderspruch nicht.¹⁶⁴ Aufgrund der ehelichen Beistandspflicht, die auch noch nach der Scheidung fortwirkt, bestehe ein Unterhaltsanspruch.¹⁶⁵

Gegen die Sittenwidrigkeit des Unterhaltsbegehrens spricht laut *Gimpel-Hinteregger* weiters, dass ein Unterhaltsanspruch aufgrund der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten besteht. Diese hat ihren Grund in der ehelichen Aufgabenverteilung. Derjenige Ehegatte, der Haushaltsführung und Kindererziehung übernimmt, kann nicht gleichzeitig (voll) erwerbstätig sein. Da in der Praxis meistens Frauen diesen Part erfüllen, sind sie nach der Scheidung gegenüber ihren Männern schlechter gestellt. Nur weil die Frau daher nach der Scheidung einen neuen Lebensgefährten hat, bedeutet dies nicht, dass dem Unterhaltspflichtigen die weiteren Zahlungen unzumutbar sind. Ihr Anspruch ist als Ausgleich für ihre familiären Leistungen während der Ehe zu sehen, aufgrund deren sie jetzt am Arbeitsmarkt schlechtere Chancen als ihr Mann hat. Selten sind wohl die Fälle, in denen ein Differenzanspruch bestehe. Diese begründen keine Rechtfertigung für das automatische Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft. Dies habe auch für vertraglich vereinbarte Unterhaltsansprüche zu gelten.¹⁶⁶

Auch das Argument des OGH, aufgrund der direkten oder indirekten Finanzierung der Lebensgemeinschaft durch den Exgatten entstehe Sittenwidrigkeit¹⁶⁷, stößt in der Lehre auf Kritik. *Lammer* und *Meissel* führen meines Erachtens nach zutreffend aus, dass der Unterhaltsberechtigte sein Vermögen und somit auch den ihm zufließenden Unterhalt nach

¹⁶³ *Meissel*, EF-Z 2007, 213.

¹⁶⁴ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 642.

¹⁶⁵ OGH 3 Ob 621/50 EvBl 1951/93; *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 642 f.

¹⁶⁶ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 643.

¹⁶⁷ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

seinem Belieben nutzen kann.¹⁶⁸ Es ist allein seine Entscheidung, ob und mit wem er dieses Geld ausgibt.¹⁶⁹ Laut *Lammer* führe dies im Endeffekt wieder zur Sanktionierung der Lebensform der Lebensgemeinschaft. Der Unterhaltsberechtigte kann zwar nach Belieben seine „Liebhaber“ wechseln, ohne dabei seinen Unterhaltsanspruch zu verlieren. Sobald sich eine Liebschaft jedoch zu einer Lebensgemeinschaft verfestigt hat, kommt es zum Ruhen des Unterhaltsanspruchs. Obwohl laut OGH der Lebensgemeinschaft nichts Sittenwidriges anhaftet, komme es zur Pönalisierung dieser Lebensform.¹⁷⁰

Gitschthaler setzt sich zwar mit dem Sittenwidrigkeitsargument nicht näher auseinander, betont jedoch, dass keine Sittenwidrigkeit im Unterhaltsbegehren erblickt werden könne, wenn der Unterhaltsberechtigte durch die Lebensgemeinschaft nicht tatsächlich versorgt werde.¹⁷¹

Da sich neben einzelnen kritischen Stimmen¹⁷² vor allem *Verschraegen*, *Gimpel-Hinteregger*, *Meissel* und *Lammer*¹⁷³ sehr kritisch zu diesem Aspekt aussprechen, kann man wohl sagen, dass ein überwiegender Teil der Lehre bezüglich des Sittenwidrigkeitsarguments nicht mit dem OGH übereinstimmt.

b.) Vermeidung einer Besserstellung der Lebensgemeinschaft gegenüber der Ehe

Die Begründung des OGH, den Anreiz eines Vorzuges einer Lebensgemeinschaft gegenüber der Ehe zu vermeiden, hält *Verschraegen* für schlicht „naiv“. Die Eheschließungen werden durch Sanktionen nicht ansteigen. Die Folge seien Verschleierungen und frustrierte Weiterzahlungen auf Seiten des Unterhaltspflichtigen, ändere jedoch nichts an der Tatsache, dass zwei Menschen in Form einer Lebensgemeinschaft zusammenleben.¹⁷⁴

Auch *Gimpel-Hinteregger* hat sich mit dem Vorwurf des OGH, die Lebensgefährten würden nur deshalb keine Ehe eingehen, um den Unterhaltsanspruchsverlust zu verhindern,

¹⁶⁸ *Lammer*, ÖJZ 1999, 58; *Meissel*, EF-Z 2007, 213.

¹⁶⁹ *Meissel*, EF-Z 2007, 213.

¹⁷⁰ *Lammer*, ÖJZ 1999, 58.

¹⁷¹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 7.

¹⁷² Vgl dazu Seite 18 ff.

¹⁷³ *Verschraegen*, ZfRV 1983, 132 ff; *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 640 ff; *Meissel*, EF-Z 2007, 212 f; *Lammer*, ÖJZ 1999, 58.

¹⁷⁴ *Verschraegen*, ZfRV 1983, 133 f.

auseinandergesetzt. Dies sei nämlich bloß eine Vermutung, die nicht für jeden Fall gelten müsse.¹⁷⁵ *Meissel* pflichtet dem bei, da neben finanziellen Gründen auch andere verständliche Erwägungen gegen eine Heirat sprechen können. Außerdem muss auch der andere Lebensgefährte einen Heiratswillen haben.¹⁷⁶

Gimpel-Hinteregger fügt hinzu, dass der Unterhaltsberechtigte nicht verpflichtet sei, wieder zu heiraten, nur um den unterhaltspflichtigen Ex-Gatten die Unterhaltszahlungen zu ersparen.¹⁷⁷ Dies entspricht auch *Lammers* Ansicht, wonach der Unterhaltsschuldner nicht davon ausgehen könne, dass der Unterhaltsberechtigte bei der nächstbesten Gelegenheit wieder heiratet, damit die Wirkung des § 75 EheG eintrete.¹⁷⁸ Der Schritt, eine neue Ehe einzugehen, wird durch Art 8¹⁷⁹ und 12¹⁸⁰ EMRK verfassungsrechtlich geschützt und obliegt daher ganz allein den Lebensgefährten. *Gimpel-Hinteregger* stimmt dem OGH zwar zu, dass das weitere Bestehen des Unterhaltsanspruchs einen finanziellen Anreiz schaffen würde, anstelle zu heiraten, bloß eine Lebensgemeinschaft zu führen. Da aber aufgrund der Rechtsfolge des Ruhens des Unterhaltsanspruchs sich der Unterhaltsberechtigte entscheiden muss, aus finanziellen Interessen zu heiraten oder jedoch alleine zu bleiben, führe dies zu einer nicht gerechtfertigten Einschränkung seiner Entscheidungsfreiheit im Rahmen seines Privatlebens. Im Gegensatz dazu könne nämlich der Unterhaltspflichtige, ohne finanzielle Verluste befürchten zu müssen, unbekümmert neue Partnerschaften eingehen. Auch *Gimpel-Hinteregger* kommt daher zu dem Schluss, dass aufgrund des Ruhens des Unterhaltsanspruchs, unabhängig von einer neuen Versorgung durch den Lebensgefährten, der Unterhaltsberechtigte seine neue Partnerschaft vertuschen müsse oder jedoch nur mehr mit finanzkräftigen Partnern eine Lebensgemeinschaft eingehen könne.¹⁸¹

¹⁷⁵ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 644.

¹⁷⁶ *Meissel*, EF-Z 2007, 213.

¹⁷⁷ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 644.

¹⁷⁸ *Lammer*, ÖJZ 1999, 58.

¹⁷⁹ Art 8 (1) EMRK: Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. (2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

¹⁸⁰ Art 12 EMRK: Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter haben das Recht, nach den innerstaatlichen Gesetzen, welche die Ausübung dieses Rechts regeln, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen.

¹⁸¹ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 644.

Mit der vom OGH vertretenen Vorstellung „die nichteheliche Lebensgemeinschaft dürfe nicht besser gestellt sein als die Ehe“, hat sich unter anderem *Meissel* kritisch auseinandergesetzt. Für diese Ansicht finde sich nämlich *keine Rechtsgrundlage*. Das Gesetz sieht entweder eine gerechtfertigte Besserstellung der Ehe gegenüber der Lebensgemeinschaft oder eine Gleichbehandlung dieser beiden Lebensformen vor. Daraus dürfe jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass die ausdrücklich für die Ehe gesetzlich angeordneten Pflichten auch für die Lebensgemeinschaft gelten würden. Nur weil es innerhalb der gerechtfertigten Eingriffe im Rahmen des Art 8 ERMK zulässig sei, die eheliche Familie zu privilegieren, dürften für die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht automatisch schlechtere Rechtsfolgen gelten. Neben diesen vorwiegenden Besser-, und Gleichstellungen besteht in der Witwenpension sogar eine Schlechterstellung der Ehe. Während sie infolge einer neuen Heirat nicht mehr zusteht, hat die Lebensgemeinschaft keinen Einfluss auf diesen Anspruch.¹⁸²

Meissel schließt eine ständige Gleichsetzung von Ehe und Lebensgemeinschaft daher aus, was zwar zu unterschiedlichen, jedoch nicht automatisch zu schlechteren Rechtsfolgen für die Lebensgemeinschaft führe. Da das Zusammenleben in Form der Lebensgemeinschaft in der Gesellschaft heute längst anerkannt ist, sei ihre „negative Sanktionierung“ auch zu verneinen. Trotzdem kann *Meissel* ihre Pönalisierung im Fall des Ruhens des Unterhaltsanspruchs darin erblicken, dass eine negative Rechtsfolge, die aufgrund der Ehe eintritt, auch für den Lebensgefährten gilt. Im Unterschied zur Ehe tritt aber keine positive Rechtsfolge, und zwar das Recht auf Unterhalt gegenüber dem neuen Gatten, ein.¹⁸³

Gimpel-Hinteregger und *Lammer* stimmen überein, dass es völlig legitim sei, wenn der Unterhaltsberechtigte, aufgrund finanzieller Anreize, seinen Unterhaltsanspruch aufrechterhalten wolle.¹⁸⁴ Es stelle auf jeden Fall keinen Rechtsmissbrauch dar, wenn sich der Unterhaltspflichtige, unabhängig von der finanziellen Position des Lebensgefährten nicht wieder verehelicht. Es könne ihm nicht zugemutet werden, dass er diesen Anspruch auf Unterhalt verliert, da dies oft seine Existenzgrundlage bedeute.¹⁸⁵

¹⁸² *Meissel*, EF-Z 2007, 213.

¹⁸³ *Meissel*, EF-Z 2007, 213.

¹⁸⁴ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 644; *Lammer*, ÖJZ 1999, 58.

¹⁸⁵ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 644.

c.) Analogie zu § 75 EheG

Schon *Verschraegen* spricht sich gegen eine allgemeine Gleichstellung von Ehe und Lebensgemeinschaft aus. Die Rechten und Pflichten, die für die Ehe bestehen, können nicht analog auf die Lebensgemeinschaft angewendet werden, weil dies weder die Lebensform der Lebensgemeinschaft schützen noch ihr gerecht werden würde. Sie schlägt eine Ermittlung der unterschiedlichen Ausformungen der Lebensgemeinschaft vor, um deren vielfältige Gesichtspunkte zu erkennen.¹⁸⁶

Im Gegensatz zu *Verschraegen* ging *Gimpel-Hinteregger* näher darauf ein, dass der OGH das Ruhen des Unterhaltsanspruchs, unabhängig von einer Versorgung, mit einem Hinweis auf § 75 EheG begründet. Dieser sieht das endgültige Erlöschen des Unterhaltsanspruchs bei erneuter Heirat vor, und zwar laut Rsp völlig losgelöst davon, ob ein neuer Anspruch auf Unterhalt entsteht. Anstatt des Rechtsmissbrauchs könne man daher als Rechtsgrundlage für das Ruhen des Unterhaltsanspruchs die analoge Anwendung des § 75 EheG wählen. Das im Gesetz geregelte Erlöschen des Unterhaltsanspruchs bei Wiederverhehlung würde somit auf das Ruhen bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft analog angewendet werden. Dies würde voraussetzen, dass man die Lebensgemeinschaft als „eine rechtlich unverbindliche Form der Ehe“¹⁸⁷, bzw als „Ehe minderer Art“¹⁸⁸ ansehe. Ein Analogieschluss kann jedoch nur dann gezogen werden, wenn das Gesetz eine Lücke vorsieht. Diese liegt in diesem Fall aber nicht vor, da man davon ausgehen könne, dass zur Zeit des Inkrafttretens des EheG dem Gesetzgeber die Problematik um das Thema Lebensgemeinschaft bereits bewusst war. Die mangelnde Analogiebasis führe daher zu einem Umkehrschluss, demzufolge der Unterhaltsanspruch bei Eingehen einer bloßen Lebensgemeinschaft im Gegensatz zur Ehe weiterhin aufrechterhalten wird. Dies könne dadurch begründet werden, dass sich die neuen Eheleute für immer binden wollen und dies auch nach außen offen zeigen, ohne mit der früheren Ehe und den früheren Ehegatten weiterhin verbunden zu sein. Zusätzlich entsteht eben nur durch die erneute Heirat und nicht in einer Lebensgemeinschaft ein neuer Unterhaltsanspruch.¹⁸⁹

¹⁸⁶ *Verschraegen*, ZfRV 1983, 139.

¹⁸⁷ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 644.

¹⁸⁸ OGH 3 Ob 258/54 SZ 27/156; 3 Ob 560/79 EFSlg 36.270.

¹⁸⁹ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 644 f.

Wie bereits *Gimpel-Hinteregger* ausführte¹⁹⁰, entstehe laut *Meissel* ein Widerspruch zur Privatautonomie, da es jedem frei stehe, mit einem neuen Partner den Bund fürs Leben zu schließen oder nicht. Diese Personen können daher außer in den gesetzlich vorgesehenen Fällen nicht einfach mit Verheirateten gleichgestellt werden. Dies sei nur dann möglich, wenn zwischen diesen beiden Lebensformen eine Analogie „überzeugend begründet werden kann“. Dass Partner die Lebensgemeinschaft einer Ehe vorziehen, um nicht unter den § 75 EheG subsumiert zu werden, rechtfertige keinesfalls eine Gleichstellung von Ehe und Lebensgemeinschaft. Dagegen spreche vor allem, dass dies unabhängig von einer tatsächlichen Versorgung durch den Lebensgefährten eintrete.¹⁹¹

Obwohl *Gitschthaler* nicht in allen Punkten mit *Gimpel-Hinteregger* übereinstimmt¹⁹², ist auch er der Ansicht, dass nicht nur die fehlende Rechtsgrundlage, sondern auch eine analoge Anwendung des § 75 EheG für das Dogma des Ruhens des Unterhaltsanspruchs Probleme bereitet.¹⁹³ Da es - im Gegensatz zur Ehe - zu keinem endgültigen Erlöschen des Unterhaltsanspruchs kommt und kein neuer Anspruch gegenüber dem Lebensgefährten begründet wird¹⁹⁴, kommt er zu demselben Ergebnis wie *Gimpel-Hinteregger*, und zwar dass es keine Basis für eine Analogie gäbe. Dies führe eben zu dem Umkehrschluss, dass es ohne weitere Voraussetzungen zu keinem Verlust des Unterhaltsanspruchs während einer Lebensgemeinschaft komme.¹⁹⁵

d.) Differenzanspruch vs Beweisschwierigkeiten

Während der OGH die Abhängigkeit des Unterhaltsanspruchs von der Versorgung durch den Lebensgefährten aufgrund der Beweisschwierigkeiten strikt ablehnt, vertritt ein Teil der Lehre gerade das Gegenteil, indem sie sich für einen Differenzanspruch des Unterhaltsberechtigten ausspricht.¹⁹⁶

Schon *Verschraegen* stellt klar, dass sich der Umfang des Unterhalts grundsätzlich nach dem *Bedarf des Unterhaltsberechtigten* bemisst. Nur selten hat das Verhalten gem §§ 74 f EheG

¹⁹⁰ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 644.

¹⁹¹ *Meissel*, EF-Z 2007, 214.

¹⁹² Vgl dazu Seite 39 f.

¹⁹³ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 7.

¹⁹⁴ OGH 3 Ob 61/88 EFSIlg 57.264; 3 Ob 76/95 EFSIlg 81.692 = RZ 1997/55.

¹⁹⁵ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 7.

¹⁹⁶ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

einen Einfluss darauf. Erhält der geschiedene Unterhaltsberechtigte von seinem neuen Partner nun tatsächlich Leistungen, so kommt es zu einer Verringerung seines Bedarfs und der Differenzanspruch sei zu berechnen. Diese Leistungen seien nämlich nicht unter § 66 EheG subsumierbar.¹⁹⁷ Außerdem stimmt sie dem OGH zu, dass das Gesetz die Absicht hat, den Unterhaltsanspruch nach Möglichkeit einzuschränken¹⁹⁸, was eine „extensive Interpretation“ dieser Bestimmung erlaube.¹⁹⁹ Dem widerspricht *Lammer* jedoch, da diese Unterhaltseinschränkung im Gesetz nirgends vorgesehen sei. Man könne nicht davon ausgehen, dass das Gesetz die Absicht habe, der geschiedenen Frau ihre Existenzgrundlage zu entziehen und sie somit in den wirtschaftlichen Ruin zu stürzen, da sie weder Einkommen noch Vermögen besitze und zusätzlich keinen Unterhaltsanspruch gegenüber ihren Lebensgefährten hat.²⁰⁰

Verschraegen kommt zu dem Ergebnis, dass eine Rechtfertigung der Rechtsfigur des Ruhens nur dann erblickt werden könne, wenn es zu einer „konkludenten Übernahme der Unterhaltsverpflichtung“ durch den Lebensgefährten kommen würde.²⁰¹ Sie gibt zwar zu, dass bei der Bemessung der Unterhaltungspflicht aufgrund eines Differenzanspruchs Beweisschwierigkeiten auftreten, die jedoch für dessen Ablehnung nicht ausreichen. Sie vergleicht ihren Vorschlag mit der Vaterschaftsfeststellung, die „nur mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ festgestellt werden kann und trotzdem zu gravierenden Folgen führen kann. Problematischer scheint für sie vielmehr die Frage der Beweislast zu sein, über deren Lösung man wohl streiten könne.²⁰²

Auch *Gimpel-Hinteregger* schließt ihren kritischen Aufsatz mit dem Ergebnis ab, dass es letztendlich auf die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten ankomme. Erhält er faktische Leistungen aufgrund der Lebensgemeinschaft, so sei der Unterhalt dementsprechend anzupassen. Bezüglich der Schwierigkeiten, die aufgrund der Beweisbarkeit der Zahlungen des Lebensgefährten auftreten, führt sie nur aus, dass sie keine Rechtfertigung für das positiv nicht normierte Ruhen seien. Welche Beiträge zu einer Verringerung bzw zu einem Ruhen des Unterhaltsanspruchs führen, sei eine Wertungsfrage und fallbezogen zu beurteilen. Zu

¹⁹⁷ *Verschraegen*, ZfRV 1983, 135 f.

¹⁹⁸ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

¹⁹⁹ *Verschraegen*, ZfRV 1983, 136.

²⁰⁰ *Lammer*, ÖJZ 1999, 58.

²⁰¹ *Verschraegen*, ZfRV 1983, 136.

²⁰² *Verschraegen*, ZfRV 1983, 136 FN 227.

einem Differenzanspruch könne es aber nur dann kommen, wenn die Beiträge des unterhaltspflichtigen Ex-Gatten und des Lebensgefährten miteinander verglichen werden können. Dh wenn der Lebensgefährte einen gemeinsamen Urlaub bezahlt, könne es nicht zu einer Anrechnung auf den Unterhaltsanspruch kommen, wenn dieser den Urlaub gar nicht decken würde. *Gimpel-Hinteregger* ist der Ansicht, dass bei Unterhaltsansprüchen nach § 66 oder § 69 Abs 2 EheG, es nur dann zu einer Anrechnung der Beträge des Partners komme, wenn der Unterhaltsberechtigte den angemessenen Unterhalt erhält. Weiters haben die Zahlungen des Lebensgefährten nicht dem Unterhaltsschuldner, sondern dem Unterhaltsberechtigten zugutezukommen.²⁰³

Mit einer anderen Begründung, die jedoch zum selben Ergebnis führt, fordert *Binder* das Bestehen eines Differenzanspruchs des Unterhaltsberechtigten, der sich in Lebensgemeinschaft befindet. Das Dogma des Ruhens des Unterhaltsanspruchs sei nämlich nicht vereinbar mit der flexibleren Meinung der Rsp bezüglich der Fortgewährung der Unterhaltsrente nach § 1327 ABGB an die Witwe trotz Eingehen einer Lebensgemeinschaft.²⁰⁴ Er bezieht sich auf die Entscheidung 8 Ob 174/80, der zufolge sich der überlebende Unterhaltsberechtigte alle Vorteile anrechnen lassen muss, die er aus der Lebensgemeinschaft bezieht.²⁰⁵ Auch *Koziol* und *Apathy* schließen sich dieser Auffassung an, wobei sie sich sogar für eine Ausdehnung dieser Rsp auf den Fall der Wiederverhehlung aussprechen.²⁰⁶

ME kann *Binder* zugestimmt werden, wenn er die Übertragung dieser Ansicht auch für den Fall der Scheidung fordert, andernfalls dem Unterhaltsberechtigten das Zusammenleben mit einem neuen Partner erschwert wird. Wenn der Unterhaltsberechtigte das Eingehen einer Lebensgemeinschaft vermeiden muss, um die finanziellen Leistungen und somit den Lebensstandard aufrechtzuerhalten, könne darin eine Verletzung des Rechts auf freie Persönlichkeitsentfaltung nach Art 8 EMRK und § 16 ABGB erblickt werden. Die gesetzlichen Regeln über den nahehelichen Unterhalt stellen laut *Binder* keine Rechtfertigung für diesen gänzlichen Entlastungseffekt, der dem Unterhaltsschuldner

²⁰³ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 645.

²⁰⁴ *Binder* in *Harrer/Zitta* 684.

²⁰⁵ OGH 8 Ob 174/80 SZ 53/155; *Binder* in *Harrer/Zitta* 684 f.

²⁰⁶ *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 161; *Apathy*, Schadenersatzrecht wegen entgangenen Unterhalts und Wiederverheiratung, JBl 1983, 397 (397 ff).

zugutekommt, dar. Diese Bestimmungen können nur eine Anpassung des Unterhaltsanspruchs begründen, indem sich der Unterhaltsberechtigte die tatsächlichen Beträge seines Lebensgefährten anrechnen lassen müsse. Dies gilt vor allem für § 66 EheG, der eine Anrechnung der Erwerbseinkünfte und Vermögenswerte vorsieht.²⁰⁷

Binder ist somit für die *Anrechnung der faktischen Unterhaltsleistungen des Lebensgefährten*, was zu einem Differenzanspruch des Unterhaltsberechtigten gegenüber seinem geschiedenen unterhaltspflichtigen Gatten führe.²⁰⁸ Im Gegensatz zu den anderen Autoren die sich mit dieser Problematik auseinandergesetzt haben²⁰⁹, weist er nicht auf das Gegenargument der Beweisproblematik hin.²¹⁰ Hier ist jedoch anzumerken, dass auch die Entscheidung, die er als Begründung für einen Differenzanspruch heranzieht, keinerlei Hinweise bezüglich Beweisschwierigkeiten enthält.²¹¹ Im Gegensatz zur „Ruhens – Judikatur“, die eine Anrechnung der Leistungen des Lebensgefährten aufgrund der Beweisproblematik strikt ablehnt²¹², erblickt der OGH dieses Problem in seiner Rsp zur Weiterzahlung der Unterhaltsrente nach § 1327 ABGB an die in einer Lebensgemeinschaft lebenden Witwe nicht. Da die Lebensgemeinschaft nicht die gleichen Wirkungen wie eine staatliche Ehe habe, kommt es nicht zum Erlöschen des Anspruchs des hinterbliebenen Gatten nach § 1327 ABGB. Vielmehr komme es zu einer Vorteilsausgleichung, in dem sich der unterhaltsberechtigte Gatte die materiellen Zuwendungen anrechnen lassen muss, die er von seinem Lebensgefährten erhält. Aufgrund des § 1304 ABGB, der eine Schadensminderungspflicht vorsieht, sei der Unterhaltsberechtigte jedenfalls nicht verpflichtet, wieder zu heiraten, um den Schädiger zu entlasten, weil sich „der Zweck der Ehe keineswegs in vermögensrechtlichen Belangen erschöpft“.²¹³

In dieser Sache erkennt der OGH somit keine Schwierigkeiten, wenn es darum geht, die tatsächlichen Leistungen des Lebensgefährten auf den Unterhaltsanspruch anzurechnen. Ganz im Gegenteil – er errechnet sogar einen genauen Betrag, um den sich der Anspruch gegenüber

²⁰⁷ *Binder* in *Harrer/Zitta* 685.

²⁰⁸ *Binder* in *Harrer/Zitta* 685.

²⁰⁹ *Verschraegen*, *ZfRV* 1983, 136 FN 227; *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 645; *Wischounig*, Die Reform des österreichischen Geschiedenenunterhaltsrechts – rechtsvergleichend angereicherte kritische Bemerkungen, *ÖA* 1999, 109 (112); *Meissel*, *EF-Z* 2007, 214.

²¹⁰ *Binder* in *Harrer/Zitta* 685.

²¹¹ OGH 8 Ob 174/80 SZ 53/155.

²¹² OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = *EvBl* 1954/228.

²¹³ OGH 8 Ob 174/80 SZ 53/155.

den Schädiger mindert.²¹⁴ Meiner Ansicht nach kann daher *Binder* zugestimmt werden, wenn er die Gleichbehandlung dieser Unterhaltsansprüche fordert²¹⁵, da es in beiden Fällen um deren Verlust bzw Minderung aufgrund des Eingehens einer Lebensgemeinschaft geht. Es ist mA nach nicht gerechtfertigt, wenn sich der OGH im Fall des nahehelichen Scheidungsunterhalts aufgrund der Beweisschwierigkeiten gegen einen Differenzanspruch und somit für das Ruhen des Unterhaltsanspruchs, und im Fall der Unterhaltsrente gem § 1327 ABGB für eine Anrechnung der Leistungen und somit nur für eine Minderung des Unterhaltsanspruchs ausspricht.

In einem Aufsatz über den Scheidungsunterhalt spricht sich auch *Wischounig* gegen das Ruhen des Unterhaltsanspruchs aus. Es sei nicht gerechtfertigt, da gegenüber dem Lebensgefährten kein durchsetzbarer Unterhaltsanspruch entstehe.²¹⁶ Somit schließt er sich *Gimpel-Hintereggers*²¹⁷ Auffassung an, wonach nur die faktischen Leistungen des Lebensgefährten zu einer Verringerung des Bedarfs und daher zu einer Anpassung des Anspruchs gegenüber dem Unterhaltsverpflichteten führen. Auch er gesteht zwar ein, dass die Feststellung und Beweisbarkeit der Zuwendungen des Lebensgefährten problematisch seien, jedoch stelle die ständige Rsp keine Lösung dar. Vielmehr bereite hier die Feststellung, ob eine Geschlechtsbeziehung und somit eine Lebensgemeinschaft vorliege, Probleme.²¹⁸ Die Kriterien, die laut Rsp vorliegen müssen, um das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft zu bejahen, seien zwar stichhaltig, bringen aber angesichts der verschiedenen Variationen von Lebensgemeinschaften dennoch keine zufriedenstellende Antwort.²¹⁹ Als Lösung schlägt er klärende Regeln des Gesetzgebers, in Form von „gesetzlichen Vermutungen“ vor. Wie diese jedoch ausgestaltet sein sollten und wem sie zugutekommen sollten, dafür bringt auch er keine Vorschläge.²²⁰

Bezüglich der Beweisschwierigkeiten bringt *Meissel* dasselbe Argument, und zwar dass diese bereits bei der Prüfung vorliegen, ob überhaupt eine Lebensgemeinschaft bestehe. Nur weil die Beweiserbringung mit Schwierigkeiten verbunden sei, dürfe nicht gleich auf eine

²¹⁴ OGH 8 Ob 174/80 SZ 53/155.

²¹⁵ *Binder* in *Harrer/Zitta* 685.

²¹⁶ *Wischounig*, ÖA 1999, 112.

²¹⁷ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 645.

²¹⁸ *Wischounig*, ÖA 1999, 112.

²¹⁹ *Wischounig*, ÖA 1999, 112 FN 32.

²²⁰ *Wischounig*, ÖA 1999, 112.

„rechtlich gebotene Differenzierung“ verzichtet werden. Es sei bedenklich, jene Unterhaltsberechtigte, die Leistungen des Lebensgefährten erhalten, auch wenn diese schwer beweisbar seien, gleich zu behandeln wie jene Unterhaltsberechtigte, die nachweislich nicht durch die Lebensgemeinschaft versorgt werden. Es könne eben dazu führen, dass sie ihre Existenzgrundlage verlieren. Hinsichtlich der Beweislast schlägt er eine Heranziehung des „prima facie – Beweises der Versorgung“ durch den Lebensgefährten vor, sofern dieser ein entsprechend hohes Gehalt beziehe. Keine sachgerechte Lösung sei hingegen durch eine „echte Vermutung der Versorgung“ zu erzielen, da diese zu weit gehe.²²¹

Gitschthaler betrachtet die Zuwendungen des Lebensgefährten als naturale Unterhaltsleistungen, die der Unterhaltsberechtigte von einer dritten Person erhält. Auch er stellt auf die Bedarfskomponente ab, die sich je nach diesen tatsächlichen Leistungen des Partners verringere.²²²

Neben *Meissel*²²³ geht auch *Gitschthaler* näher auf die Problematik der Beweiserbringung ein. Da der Unterhaltspflichtige nur sehr schwer beweisen könne, dass der Unterhaltsberechtigte von seinem Lebensgefährten Leistungen erhält, plädiert *Gitschthaler* nicht nur wie *Meissel* für die Anwendung des Anscheinsbeweises, sondern auch für einer Beweislastumkehr. Dh der Unterhaltsberechtigte müsse beweisen, dass sein Unterhaltsanspruch gegenüber dem Ex-Gatten zur Gänze oder zum Teil weiter besteht, da sein Partner keine oder geringere Alimentationsleistungen erbringt.²²⁴

e.) Offenlegungspflicht

Eng verknüpft mit dem Thema der Beweiserbringung ist die von der Rsp vertretene Offenlegungspflicht, die den geschiedenen Unterhaltsberechtigten beim Eingehen einer Lebensgemeinschaft trifft.²²⁵ Die Beweisproblematik bezüglich des Bestehens einer Lebensgemeinschaft werde dadurch jedoch nicht beseitigt, sondern nur „graduell gemildert“.²²⁶ Wie bereits erwähnt²²⁷, hat der *Unterhaltsschuldner* trotz dieser

²²¹ *Meissel*, EF-Z 2007, 214.

²²² *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 7.

²²³ *Meissel*, EF-Z 2007, 214.

²²⁴ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 7.

²²⁵ OGH 3 Ob 61/88 EFSIlg 57.268; 5. 10. 1999, 2 Ob 314/98k; 1 Ob 146/98x JBl 1998, 723; 3 Ob 209/99b RZ 2001/5; 3 Ob 31/91 EFSIlg 66.484; *Kissich* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 – 100³ §44 Rz 20; *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 26; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 247; *Meissel*, EF-Z 2007, 214.

²²⁶ *Stabentheiner*, NZ 1995, 51 FN 38.

Offenlegungspflicht *das Bestehen einer Lebensgemeinschaft zu beweisen*. Da sich dies in der Praxis jedoch als schwer erweist, spricht sich neben *Kerschner*²²⁸ auch *Möschl* für eine Beweislastumkehr aus. Danach müsse der Unterhaltsberechtigte den Beweis erbringen, dass keine Lebensgemeinschaft vorliegt, um seinen Anspruch auf Unterhalt aufrechtzuerhalten.²²⁹ Durch diese Offenlegungspflicht wird dem Unterhaltsberechtigten die Pflicht auferlegt, seinem Ex-Gatten das jeweilige Eingehen und Beenden einer Lebensgemeinschaft mitzuteilen, was laut *Meissel* zu einem nicht ertragbaren „Eingriff in die Intimsphäre des Unterhaltsberechtigten“ führe.²³⁰ Um das Bestehen einer Lebensgemeinschaft zu beweisen und somit das Ruhen des Unterhaltsanspruchs durchzusetzen, werden vom Unterhaltspflichtigen oft Detektive bestellt.²³¹ Dies hat zur Folge, dass der Unterhaltsberechtigte nicht nur dessen Nachspionieren dulden muss, sondern bei Bejahung einer Lebensgemeinschaft auch dessen Kosten zu tragen hat.²³² Er hat diese Kosten zu ersetzen, weil laut Rsp die Detektivkosten zur Feststellung des Ehebruchs ebenfalls zu ersetzen sind. Dabei geht es um den Schutz des „Abwicklungsinteresses“. Darunter sind Zahlungen zu verstehen, „die nicht im Vertrauen auf den Bestand der Ehe“ erwachsen, sondern „Abwehr-, Beseitigungs- und Folgekosten, die kein Bestandinteresse zum Gegenstand haben“. Diese Ehefolgekosten, die der geschiedene Unterhaltspflichtige aufwendet, um das Bestehen einer Lebensgemeinschaft zu beweisen und somit das Ruhen des Unterhaltsanspruchs durchsetzen zu können, fallen ebenso darunter. Der OGH begründet dies damit, dass die Normen über den nachehelichen Unterhalt „die ursprüngliche eheliche Gemeinschaft voraussetzen und dem Zweck der materiellen Absicherung des unterhaltsberechtigten Ehegatten als Ehefolgewirkung dienen“.²³³

An dieser Rsp übt *Meissel* Kritik, da es während aufrechter Ehe legitim sei, dem Ehepartner nachzuspionieren, um seinen Ehebruch festzustellen und in der Folge ihm den Ersatz der Detektivkosten zu übertragen. Nach Auflösung des eherechtlichen Verhältnisses könne jedoch keine Legitimität mehr im Ausforschen des intimen Privatlebens erblickt werden. Daher sei es nicht möglich, diese beiden Fälle miteinander zu vergleichen, da das rechtswidrige Verhalten

²²⁷ Vgl dazu Seite 20.

²²⁸ Vgl dazu Seite 21.

²²⁹ *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 57 f.

²³⁰ *Meissel*, EF-Z 2007, 214.

²³¹ *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 57.

²³² OGH 1 Ob 146/98x JBl 1998, 723; *Meissel*, EF-Z 2007, 214.

²³³ OGH 1 Ob 146/98x JBl 1998, 723; *Meissel*, EF-Z 2007, 214 f.

während aufrechter Ehe nicht mit einem Verhalten nach der Scheidung, das nicht mehr als ehewidrig angesehen werden kann, gleichgesetzt werden könne. Er bejaht zwar, dass es sich beim Unterhaltsanspruch um eine Ehefolgewirkung handle, jedoch könne vom Unterhaltsberechtigten nicht verlangt werden, dass er dem Unterhaltsschuldner sein Privatleben, zu dem eben auch das Eingehen und Scheitern einer Lebensgemeinschaft zählt, ständig mitteilen müsse.²³⁴

Laut OGH bezweckt die Pflicht zur Offenlegung gerade diesen Ausforschungsaufwand zu vermeiden. Verletzt der Unterhaltsberechtigte jedoch seine Offenlegungspflicht und verwirklicht dadurch einen „sittenwidrigen Eingriff in rechtlich geschützte Vermögensinteressen des Unterhaltsschuldners“, so rechtfertigt dies den Ersatz der Detektivkosten. Der Verstoß gegen die Rechtspflicht hat ja gerade den Schaden verursacht.²³⁵

Meissel erblickt darin zu weit gehende Ehefolgewirkungen, da sie zu einer nahehelichen Treuepflicht des geschiedenen Unterhaltsberechtigten führe, obwohl diese Vorstellung seit dem EheG bereits veraltet sei. Diese Treuepflicht bestehe hingegen für den Unterhaltsverpflichteten nicht, da es für ihn keine gleichartige Sanktion wie das Ruhen des Unterhaltsanspruchs gibt. Er macht darauf aufmerksam, dass in diesem Zusammenhang auch das Grundrecht des Art 8 EMRK und das Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung gem § 16 ABGB eine Rolle spielen.²³⁶

Abschließend zu den Themen der Beweiserbringung und der Offenlegungspflicht zeigt *Meissel* den Unterschied bezüglich des Beweisthemas auf. Die ständige Rsp verlangt, dass das Bestehen einer Lebensgemeinschaft, und zwar mit ihren Kriterien der Wirtschaft-, Wohnungs- und Geschlechtsgemeinschaft bewiesen wird, während nach *Meissels* Gegenvorschlag nur die faktischen finanziellen Leistungen des Lebensgefährten zu beweisen wären. Dass die Lebensgefährten nachweislich die Kriterien der Wohnungs- und Geschlechtsgemeinschaft erfüllen, genüge demnach nicht, sondern zu beweisen wären nur die „finanziellen Vorgänge“. Diese wären dann im Rahmen der gerichtlichen Beweisaufnahme zu behandeln und beurteilen.²³⁷

²³⁴ *Meissel*, EF-Z 2007, 215.

²³⁵ OGH 1 Ob 146/98x JBI 1998, 723.

²³⁶ *Meissel*, EF-Z 2007, 215.

²³⁷ *Meissel*, EF-Z 2007, 215.

Welche Leistungen des Lebensgefährten unter „finanzielle Vorgänge“ zu subsumieren wären und somit das Kriterium der Versorgung erfüllen, führt *Meissel* nicht näher aus.²³⁸ In Frage könnten vielleicht laufende Kontoüberweisungen an den Unterhaltsberechtigten kommen, sowie das Einkommen des Lebensgefährten und damit seine Fähigkeit, den Unterhaltsberechtigten überhaupt finanziell zu versorgen. Da diese Beweise durch den geschiedenen Unterhaltspflichtigen in der Praxis wohl nicht leicht zu erbringen sind, würde sich hier *Gitschthalers* Vorschlag einer Beweislastumkehr anbieten.²³⁹ Demnach bestünde eine Vermutung der Versorgung durch den Lebensgefährten und es würde zum Ruhen des Unterhaltsanspruchs kommen, es sei denn, der Unterhaltsberechtigte kann beweisen, dass er keine finanziellen Zuwendungen von seinem Partner erhält und somit weiter auf den Unterhaltsanspruch angewiesen sei. Hier würde vor allem das Einkommen des Lebensgefährten eine Rolle spielen, das durchaus Auskunft über seine Vermögenslage bringen kann. Eine gesetzliche Verankerung dieser Beweislastumkehr wäre hier vorteilhaft, da dadurch die Beweiserbringung der Nichtversorgung für den unterhaltsberechtigten Lebensgefährten leichter nachvollziehbarer wäre.

f.) Verfassungsrechtliche Bedenken

Wie bereits erwähnt, sehen sowohl *Gimpel-Hinteregger* als auch *Meissel* in dieser Rechtsprechung, die zu einem Ruhen des Unterhaltsanspruchs führt, eine Einschränkung der Grundrechte der Art 8 ERMK, des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens, Art 12 ERMK, des Rechts auf Eheschließung, sowie des Rechts auf freie Persönlichkeitsentfaltung gem § 16 ABGB.²⁴⁰

Ausführlicher auseinandergesetzt hat sich damit *Lammer*, der im Ruhen des Unterhaltsanspruchs eine Verletzung der Art 8 und 14 ERMK, das Benachteiligungsverbot, erblickt.²⁴¹ Die Lebensform der Lebensgemeinschaft kann unter diesen Tatbestand subsumiert werden, da einerseits das Eingehen einer Lebensgemeinschaft zum Privatleben und andererseits auch die „natürliche Familie“ ohne Eheschließung zum Familienleben gehört, und daher von der Konvention geschützt und in Verfassungsrang gehoben wird.²⁴² Öffentliche Behörden, und somit auch die Rsp der Gerichte, dürfen nur innerhalb der in Art 8 Abs 2 ERMK gezogenen Grenzen in dieses Grundrecht eingreifen. Wird das Begründen und

²³⁸ *Meissel*, EF-Z 2007, 215.

²³⁹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 7.

²⁴⁰ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 644; *Meissel*, EF-Z 2007, 215.

²⁴¹ *Lammer*, ÖJZ 1999, 62.

²⁴² *Ermacora*, Grundriß der Menschenrechte in Österreich (1988) Rz 563.

Aufrechterhalten einer Lebensgemeinschaft in nicht gerechtfertigter Weise beschränkt, kann der EGMR angerufen werden, da es sich um einen Verstoß gegen die Verfassung und gegen die Konvention handelt. *Lammer* qualifiziert die ständige Rsp iSd Ruhens des Unterhaltsanspruchs als einen Eingriff in Art 8 ERMK, weil der Unterhaltsberechtigte, der eine Lebensgemeinschaft eingeht, nun keine Alimentation mehr erhält und somit eine finanzielle Verschlechterung seiner Situation erfährt. Daher sei er in der Ausübung seines Rechts gem Art 8 ERMK behindert, weil ihm die Durchsetzung seines Anspruchs durch die Gerichte als öffentliche Behörden versagt wird, sobald er in Lebensgemeinschaft lebt. Wie bereits erwähnt, ist ein Eingriff nur unter den Voraussetzungen des Art 8 Abs 2 ERMK gerechtfertigt. Die Rechtsfigur des Ruhens des Unterhaltsanspruchs ist aber weder gesetzlich geregelt noch als notwendig iSd Art 8 Abs 2 ERMK einzustufen, und somit als nicht zulässiger Eingriff zu werten. *Lammer* zieht daraus den Schluss, dass aufgrund des Grundrechts des Art 8 ERMK die Begründung einer Lebensgemeinschaft durch den Unterhaltsberechtigten keine Relevanz für seinen Unterhaltsanspruch haben dürfe.²⁴³

Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, das durch Art 14 ERMK gewährt wird, könne laut *Lammer* deswegen beeinträchtigt sein, weil es sich regelmäßig um den Unterhaltsanspruch der geschiedenen Frau handelt, während Männer in der Praxis grundsätzlich nicht davon betroffen sind.²⁴⁴

Dieser Ansicht, der zufolge verfassungsrechtliche Rechte verletzt werden würden, widersprechen nicht nur *Gitschthaler*²⁴⁵, sondern auch die Rsp, die sich in der Entscheidung 3 Ob 204/99t ausführlich mit *Lammers*²⁴⁶ Kritik auseinandersetzt.²⁴⁷ Das Ruhen des Unterhaltsanspruchs, das regelmäßig Frauen betrifft, stellt keine Verletzung des Gleichheitssatzes gem Art 14 ERMK dar, weil in der faktischen Realität Männer nur in den allerseltensten Fällen einen nahehelichen Unterhaltsanspruch gegenüber ihren Ex-Gattinnen haben. Daran ändert auch nichts, dass die anzuwendenden Bestimmungen geschlechtsneutral gefasst sind. Verneint wird auch eine Beeinträchtigung des Art 8 ERMK, andernfalls müsste auch in § 75 EheG eine Verletzung dieses Grundrechts erblickt werden. Da diese Bestimmung

²⁴³ *Lammer*, ÖJZ 1999, 62 f.

²⁴⁴ *Lammer*, ÖJZ 1999, 62.

²⁴⁵ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 6; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² (2008) Rz 783.

²⁴⁶ *Lammer*, ÖJZ 1999, 62 f.

²⁴⁷ OGH 3 Ob 204/99t JBl 2000, 530.

das Erlöschen des Unterhalts bei Wiederverhehlung anordnet, kann der Unterhaltsberechtigte aufgrund einer neuen Ehe mit einem nicht so finanzkräftigen Ehepartner ebenso in eine schlechtere finanzielle Situation gelangen. Umgekehrt wird ja auch der Unterhaltspflichtige nicht in seinem Grundrecht nach Art 8 ERMK eingeschränkt, eine neue Ehe oder Lebensgemeinschaft einzugehen, weil er gem § 66 EheG zeitlich unbefristet Unterhalt zu leisten hat.²⁴⁸ Der OGH macht darauf aufmerksam, dass *Gimpel-Hinteregger* zwar in Bezug auf das Eingehen einer Lebensgemeinschaft verfassungsrechtliche Bedenken äußere²⁴⁹, diese jedoch nicht auch in § 75 EheG erblicke.²⁵⁰ Dass sich der Unterhaltsberechtigte aufgrund der Rechtsfolge des Ruhens entscheiden müsse, „aus materiellen Motiven zu heiraten oder einsam zu bleiben“²⁵¹, gilt auch für die Bestimmung des § 75 EheG, weil es unabhängig von einem Erwerb eines neuen Unterhaltsanspruchs in der Ehe zum endgültigen Erlöschen des Anspruchs kommt. Der Unterhaltsberechtigte wird sich daher „vernünftigerweise“ nur mit einem Partner verhehlen, der über ein entsprechendes Einkommen und/oder Vermögen verfügt.²⁵² Dem schließt sich auch *Gitschthaler* an, indem er bekräftigt, dass es gem § 75 EheG zum Erlöschen des Unterhaltsanspruchs kommt, unabhängig davon ob der Unterhaltsberechtigte in der neuen Ehe genügend Unterhalt erhält oder gar nicht versorgt wird. Daher stimmt er dem OGH zu, dass keine Anreize bestehen dürfen, die dazu führen, dass die Lebensgemeinschaft der Ehe aufgrund finanzieller Motive vorgezogen wird.²⁵³

Letztendlich erscheinen mir aber *Gitschthalers* Ausführungen nicht ganz deutlich zu sein, da er sich einerseits, übereinstimmend mit der kritischen Lehre, für einen Differenzanspruch ausspricht, weil das Unterhaltsbegehren bei keiner Versorgung durch den Lebensgefährten nicht sittenwidrig sei. Andererseits verweist er auf die deutsche Rechtslage²⁵⁴, die beim Vorliegen einer „verfestigten Lebensgemeinschaft“ einen Unterhaltsausschluss vorsieht.²⁵⁵ Und dann wiederum, sei seiner Meinung nach, trotz der kritischen Stimmen im Schrifttum, der Rsp zu folgen, die ein Ruhen des Unterhaltsanspruchs unabhängig von der Versorgung

²⁴⁸ OGH 3 Ob 204/99t JBl 2000, 530; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 6; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 783.

²⁴⁹ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 644.

²⁵⁰ OGH 3 Ob 204/99t JBl 2000, 530.

²⁵¹ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 644.

²⁵² OGH 3 Ob 204/99t JBl 2000, 530.

²⁵³ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 6.

²⁵⁴ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 6.

²⁵⁵ *Brudermüller* in *Palandt* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII⁶⁸ (2009) § 1579 Rz 11 f.

durch den Lebensgefährten judiziert.²⁵⁶ Zur Begründung zitiert er den OGH, wonach „ein in Lebensgemeinschaft lebender Geschiedener nicht besser gestellt sein darf als ein Wiederverheirateter, dessen Unterhaltsanspruch nach § 75 EheG erlischt“.²⁵⁷

Der OGH hält die Aussagen von *Gimpel-Hinteregger* „überspitzt“, da es genauso gut Beziehungen gibt, die die Rsp mangels vorliegender Kriterien noch nicht als Lebensgemeinschaft qualifiziert und daher auch kein Ruhen des Unterhaltsanspruchs eintritt. Er kommt daher zu dem Schluss, dass das Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft keine Verletzung des Art 8 ERMK verwirklicht.²⁵⁸

Einerseits sind die Argumente des OGH²⁵⁹ und von *Gitschthaler*²⁶⁰, die einen Eingriff in das Recht auf Privat- und Familienleben verneinen, zwar überzeugend, konkret deswegen, weil die Verletzung des Art 8 ERMK dann auch für § 75 EheG gelten müsste. Andererseits kann mA nach die Eheschließung mit dem Eingehen einer Lebensgemeinschaft nicht völlig gleichgesetzt werden, da der Unterhaltsberechtigte gegen seinen neuen Ehepartner, im Gegensatz zum Lebensgefährten, einen gesetzlich durchsetzbaren Unterhaltsanspruch gem § 94 ABGB erwirbt. Es sollte daher die Versorgung durch den Lebensgefährten nicht ganz außer Acht gelassen werden, weil die Gefahr besteht, dass dem Unterhaltsberechtigten, der auf diese Alimentation angewiesen ist, die Existenzgrundlage entzogen wird.²⁶¹ Nicht richtig scheint mir, dass man das Eingehen einer Partnerschaft vom Vermögen des Partners abhängig macht, wozu der Unterhaltsberechtigte in dieser Situation jedoch gezwungen ist. Jedoch gilt dies auch für das Eingehen einer Ehe²⁶², da gegen einen neuen vermögens- und einkommenslosen Ehegatten der Unterhaltsanspruch nach § 94 ABGB nicht erfolgreich durchgesetzt werden kann.

²⁵⁶ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 783.

²⁵⁷ OGH 10 Ob S 244/98z EFSlg 87.525; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 783.

²⁵⁸ OGH 3 Ob 204/99t JBl 2000, 530.

²⁵⁹ OGH 3 Ob 204/99t JBl 2000, 530.

²⁶⁰ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 6.

²⁶¹ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 644; *Meissel*, EF-Z 2007, 214.

²⁶² OGH 3 Ob 204/99t JBl 2000, 530; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 6.

g.) Irrelevanz von Zuwendungen Dritter

Eine noch restriktivere Ansicht vertritt *Lammer*, indem er von einer engeren Interpretation des § 66 EheG ausgeht und eine grundsätzliche Irrelevanz der Zuwendungen Dritter für den Unterhaltsanspruch vertritt. Er begründet dies damit, dass die Leistungen des Dritten dem Unterhaltsberechtigten zusätzlich zugutekommen sollen und gerade keine Entlastung des Unterhaltsverpflichteten bezwecken. Andernfalls könnte der Dritte seine Leistungen direkt dem Unterhaltsschuldner erbringen oder erklären, dass aufgrund und im Ausmaß seiner Leistungen der Unterhaltspflichtige weniger leisten müsse. Er betont, dass eine Lebensgemeinschaft keinen Einfluss auf den nahehelichen Unterhaltsanspruch des Unterhaltsberechtigten habe. Davon würden lediglich zwei Ausnahmen bestehen. Die Zuwendung Dritter, unabhängig ob dies ein Verwandter, Freund oder Lebensgefährte ist, spiele erstens nur dann eine Rolle, wenn sie zu einer Vermögensbildung des Unterhaltsberechtigten beitragen. Wenn nämlich aus dem Vermögen Einkünfte erzielt werden können, so hat es für den Unterhaltsanspruch nach § 66 EheG eine Bedeutung. Beachtlich seien zweitens nur solche Drittzugewendungen, wodurch die finanzielle Situation des Unterhaltsberechtigten in solch einem Umfang verbessert wird, dass gar kein Bedarf mehr für den nahehelichen Unterhalt besteht.²⁶³

Neben *Lammer* knüpfen auch *Meissel* und *Gimpel-Hinteregger* an diese Bedarfskomponente an. Ihrer Ansicht nach komme es darauf an, ob der angemessene Unterhalt durch die Leistungen Dritter (und somit auch aufgrund des Unterhalts des Lebensgefährten) gedeckt sei.²⁶⁴

h.) Der Unterhaltsanspruch eines in einer Lebensgemeinschaft lebenden Kindes gegen die Eltern

Deixler-Hübner vergleicht zuerst die herrschende Rechtsauffassung des OGH mit den kritischen Stimmen von *Gimpel-Hinteregger*²⁶⁵, *Lammer*²⁶⁶ und *Meissel*²⁶⁷, und stellt klar, dass die Judikatur trotz dieser Kritik am Dogma des Ruhens des Unterhaltsanspruchs festhält, auch wenn der geschiedene Unterhaltsberechtigte vom Lebensgefährten nichts erhält.²⁶⁸

²⁶³ *Lammer*, ÖJZ 1999, 63.

²⁶⁴ *Meissel*, EF-Z 2007, 215; *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 645.

²⁶⁵ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 633 ff.

²⁶⁶ *Lammer*, ÖJZ 1999, 53 ff.

²⁶⁷ *Meissel*, EF-Z 2007, 209 ff.

²⁶⁸ *Deixler-Hübner*, *Scheidung*¹⁰, 245.

Dieser Ansicht kann laut *Deixler-Hübner* jedoch nicht gefolgt werden, da der *Unterhaltsanspruch eines Kindes, das in einer Lebensgemeinschaft lebt, gegenüber den Eltern in dem Umfang reduziert wird, als es vom Lebensgefährten tatsächlich Unterhalt erhält.*²⁶⁹ Für diesen hier relevanten ähnlichen Fall müsse dasselbe gelten. Außerdem führe diese Rechtsprechung zu Verschleierungen von Lebensgemeinschaften, wodurch nur die Beweiserbringung einer solchen erschwert wird.²⁷⁰

Der OGH übernimmt die Argumente der Sittenwidrigkeit und der Vermeidung der Besserstellung einer Lebensgemeinschaft gegenüber der Ehe, für das Ruhen des Unterhaltsanspruchs eines in Lebensgemeinschaft lebenden Kindes gegenüber seinen Eltern. Der OGH begründet das Ruhen des Unterhaltsanspruchs dadurch, dass „eine solche Rechtsfolge nach dem gegenwärtigen Rechtszustand sowohl dem Gesetz als auch der allgemeinen sittlichen Auffassung entspreche.“ Laut OGH trifft das Argument, dass das Unterhaltsbegehren während aufrechter Lebensgemeinschaft sittenwidrig ist, auch auf das Unterhaltsbegehren eines in Lebensgemeinschaft lebenden Kindes gegenüber seinen Eltern zu.²⁷¹ Der OGH musste diese Begründung hier umformulieren, da ihre ursprüngliche Fassung aufgrund ihres Wortlautes²⁷² auf diesen Fall nicht angewendet werden konnte. Im Fall des Unterhaltsanspruchs eines Kindes gegenüber seinen Eltern macht der OGH jedoch zwei Unterschiede, und zwar bezüglich der Beweisbarkeit und des Differenzanspruchs. In der ersten Entscheidung geht der OGH davon aus, dass der Anschein einer tatsächlichen Unterhaltsgewährung durch den Lebensgefährten besteht. Dh dass das unterhaltsberechtigte Kind, falls es von seinem Lebensgefährten nicht versorgt wird, darlegen muss, dass eine atypische Situation vorliegt, um Unterhalt von seinen Eltern zu erhalten. Der unterhaltspflichtige Elternteil muss aber weiterhin den Beweis erbringen, dass der Lebensgefährte seinem Kind tatsächlich Unterhalt leistet.²⁷³

In der nächsten Entscheidung geht der OGH einen Schritt weiter, indem er die Beweispflicht des unterhaltspflichtigen Elternteils erleichtert. Bis das Gegenteil bewiesen ist, geht er davon aus, dass „Lebensgefährten gemeinsam wirtschaften und demnach auch ihre Einkünfte

²⁶⁹ LGZ Wien 43 R 71/04s EFSlg 106.996; LG Salzburg 21 R 181/05x EFSlg 110.130; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 245.

²⁷⁰ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 245.

²⁷¹ OGH 6 Ob 504/93 EFSlg 70.751.

²⁷² Vgl dazu Seite 14.

²⁷³ OGH 6 Ob 504/93 EFSlg 70.751; *Meissel*, EF-Z 2007, 217.

miteinander teilen“.²⁷⁴ Das bedeutet, dass allein das Bestehen einer Lebensgemeinschaft zu der richterrechtlich begründeten Vermutung der Zahlung von Unterhalt führt, was laut *Meissel* mangels Unterhaltsverpflichtung zwischen Lebensgefährten „verwundert“.²⁷⁵

Und zweitens wendet die Rsp in diesem Fall einen Differenzanspruch an, da sie von der Selbsterhaltungsfähigkeit des unterhaltsberechtigten Kindes nur in dem Ausmaß ausgeht, als es tatsächlich Unterhalt vom Lebensgefährten bezieht. Je nach diesem Umfang reduziert sich der Unterhaltsanspruch gegenüber den Eltern.²⁷⁶

Ich stimme daher *Deixler-Hübner* zu, der zufolge es nicht gerechtfertigt sei, die Unterhaltsansprüche eines Kindes gegenüber seinen Eltern und die eines Unterhaltsberechtigten gegenüber seinem geschiedenen Gatten unterschiedlich zu lösen, wenn sich beide in einer Lebensgemeinschaft befinden.²⁷⁷ Während der OGH im ersten Fall davon ausgeht, dass sich der Unterhaltsanspruch gegenüber den Eltern je nach Umfang der tatsächlichen Unterhaltsgewährung durch den Lebensgefährten verringert²⁷⁸, spricht er im zweiten Fall vom pauschalen Ruhen des Unterhaltsanspruchs unabhängig von einer Versorgung durch die Lebensgemeinschaft. Seine Begründung, die tatsächliche Unterhaltsgewährung durch den Lebensgefährten sei schwer nachweisbar²⁷⁹, gilt anscheinend nicht auch für den Unterhaltsanspruch eines in Lebensgemeinschaft lebenden Kindes gegenüber seinen Eltern. Meiner Meinung handelt es sich aber in beiden Fällen um ein und dasselbe Problem, weshalb diese Ungleichbehandlung schwer nachvollziehbar ist und der OGH die Lösung des Differenzanspruchs auch auf die Unterhaltsverpflichtung gegenüber den geschiedenen Gatten anwenden sollte.

Als Lösung bezüglich der Auswirkung der Lebensgemeinschaft auf den Unterhaltsanspruch schlägt *Meissel*, aufgrund der Vielfalt, der unter den Begriff der Lebensgemeinschaft

²⁷⁴ OGH 4 Ob 305/97z SZ 70/225 = EvBl 1998/54 = EFSlg 83.228 = ÖJZ-LSK 1998/47.

²⁷⁵ *Meissel*, EF-Z 2007, 217.

²⁷⁶ LGZ Wien 43 R 71/04s EFSlg 106.996; LG Salzburg 21 R 181/05x EFSlg 110.130; *Meissel*, EF-Z 2007, 217.

²⁷⁷ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 245.

²⁷⁸ OGH 6 Ob 504/93 EFSlg 70.751; 4 Ob 305/97z SZ 70/225 = EvBl 1998/54 = EFSlg 83.228 = ÖJZ-LSK 1998/47.

²⁷⁹ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

subsumierten Beziehungen, eine „einzelfallbezogene Prüfung“ vor. Sachlich nicht adäquat sei eine automatische Gleichbehandlung von Lebensgemeinschaft und Ehe.²⁸⁰

Deixler-Hübner betont die Gleichheitswidrigkeit hinsichtlich der unterschiedlichen Rsp bezüglich des Kindes- und Scheidungsunterhalts. Das Ruhen bzw eine Reduzierung des Unterhaltsanspruchs gegenüber dem Unterhaltsschuldner sei von der faktischen Unterhaltsgewährung des Lebensgefährten abhängig. Sie schlägt eine gesetzliche Regelung für das Ruhen des Unterhaltsanspruchs vor, die zu einer „Klarstellung“ führen würde.²⁸¹

2.3 Die Entscheidung 6 Ob 28/07x

In dieser Entscheidung, im Jahr 2007, hat der OGH das Ruhen des Unterhaltsanspruchs auch bei Begründung einer *gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft* bejaht²⁸², womit er seine Rsp zur Gleichstellung heterosexueller und homosexueller Lebensgemeinschaften, die mit der Entscheidung 5 Ob 70/06i bezüglich des Eintrittsrecht gem § 14 Abs 3 MRG begonnen hat²⁸³, fortsetzt.²⁸⁴

Hinsichtlich der Begründung hat der OGH wieder auf das ursprüngliche Argument der Sittenwidrigkeit des Unterhaltsbegehrens gegenüber dem geschiedenen Gatten zurückgegriffen. Die Begründung, ein in Lebensgemeinschaft lebender Unterhaltsberechtigter, darf gegenüber dem Wiederverheirateten nicht bessergestellt sein, kann nicht herangezogen werden, da es keine Möglichkeit der Eheschließung zwischen Personen desselben Geschlechts gibt. Eine unterhaltsrechtliche Besserstellung eines homosexuellen Lebensgefährten gegenüber einem heterosexuellen Lebensgefährten, dessen Unterhaltsanspruch ruht, würde zu einen „eklatanten Wertungswiderspruch“ führen. Maßgeblich ist in diesem Fall die Sittenwidrigkeit des Unterhaltsbegehrens, das „bei einer derart intensiven und umfassenden Beziehung, die den Rückgriff auf die Fortwirkungen der

²⁸⁰ *Meissel*, EF-Z 2007, 218.

²⁸¹ *Deixler-Hübner*, Die nichteheliche Partnerschaft: Rechtswirklichkeit und Forderungen an den Gesetzgeber, in *Gaisbauer* (Hrsg), Lebenspartnerschaft: 14.Europäische Notarentage 2002 (2003) 33 (44).

²⁸² OGH 6 Ob 28/07x EvBl 2007/110 (zust *Deixler-Hübner*) = EFSlg 117.475 = JusGuide 2007/19/4674 = RZ-EÜ 2007/277 = EF-Z 2007/130 (zust *Aichhorn*) = iFamZ 2007/105 (zust *Deixler-Hübner*) = JBl 2007, 516 = Zak 2007/299.

²⁸³ OGH 5 Ob 70/06i EvBl 2006/154 = wobl 2007, 33 = RdW 2006/689 = immolex 2006/124 = ecollex 2006/350 = EF-Z 2006/52 = RZ-EÜ 2006/388 = Zak 2006/503.

²⁸⁴ OGH 6 Ob 28/07x EvBl 2007/110 (zust *Deixler-Hübner*) = EFSlg 117.475 = JusGuide 2007/19/4674 = RZ-EÜ 2007/277 = EF-Z 2007/130 (zust *Aichhorn*) = iFamZ 2007/105 (zust *Deixler-Hübner*) = JBl 2007, 516 = Zak 2007/299.

Ehe ächte und den Unterhaltspflichtigen der Lächerlichkeit preisgebe“ verwirklicht werde. Zusätzlich hatten die Parteien in diesem Fall vertraglich vereinbart, dass das Eingehen einer Lebensgemeinschaft das Ruhen des Unterhaltsanspruchs nach sich zieht.²⁸⁵

Deixler-Hübner und *Aichhorn* stimmen dem OGH sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zu.²⁸⁶ Bislang war ein Kriterium der Lebensgemeinschaft die Eheähnlichkeit²⁸⁷, weshalb gleichgeschlechtliche Partnerschaften von ihrer Definition nicht erfasst waren.²⁸⁸ Nun werden auch gleichgeschlechtliche Partnerschaften, für den Fall des Ruhen des nahehelichen Unterhaltsanspruchs, unter den Begriff der eheähnlichen Lebensgemeinschaft subsumiert, womit dem gesellschaftlichen Wertewandel Rechnung getragen wird und Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen einhergehen.²⁸⁹

Deixler-Hübner pflichtet dem OGH bezüglich des „eklatanten Wertungswiderspruch“ bei, da es ihrer Meinung nach nicht gerechtfertigt sei, wenn zwar die gesetzlichen Vorteile, nicht jedoch auch die nachteiligen Folgen für gleichgeschlechtliche Beziehungen gelten.²⁹⁰

Für das Ruhen des nahehelichen Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft spricht auch, dass es keine Argumente für eine „Ungleichbehandlung der Rechtsfolgen“ aus diesen beiden Lebensgemeinschaften gäbe. Würde die homosexuelle Lebensgemeinschaft von dieser Rsp nicht erfasst werden, so würde der Unterhaltsanspruch des in einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft lebenden Unterhaltsberechtigten niemals zum Erlöschen gem § 75 EheG kommen. Da mangels gesetzlicher Regelung gleichgeschlechtliche Partner keine Ehe eingehen können, würde der Unterhaltsberechtigte daher, trotz gleichgeschlechtlicher Partnerschaft, eine „ewige Rente“ erhalten.²⁹¹

Wie bereits erwähnt, lag in diesem Fall sogar eine vertragliche Vereinbarung im Rahmen der einvernehmlichen Scheidung vor, die einen Ausschluss des Unterhalts bei Eingehen einer

²⁸⁵ OGH 6 Ob 28/07x EvBl 2007/110 (zust *Deixler-Hübner*) = JusGuide 2007/19/4674 = RZ-EÜ 2007/277 = EF-Z 2007/130 (zust *Aichhorn*) = iFamZ 2007/105 (zust *Deixler-Hübner*) = JBl 2007, 516.

²⁸⁶ *Deixler-Hübner*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 28/07x (EvBl 2007, 607) EvBl 2007, 608 (608); *Aichhorn*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 28/07x (EF-Z 2007, 224) EF-Z 2007, 225 (225).

²⁸⁷ Vgl Seite 3 f.

²⁸⁸ *Aichhorn*, EF-Z 2007, 225.

²⁸⁹ *Deixler-Hübner*, EvBl 2007, 608; *Aichhorn*, EF-Z 2007, 225.

²⁹⁰ *Deixler-Hübner*, EvBl 2007, 609.

²⁹¹ *Aichhorn*, EF-Z 2007, 225.

Lebensgemeinschaft vorsah. Diese Vereinbarung sagt jedoch nicht eindeutig, ob diese Rechtsfolge auch für das Eingehen einer homosexuellen Lebensgemeinschaft gilt, weshalb zur Auslegung des Vertrages § 914 ABGB heranzuziehen ist. Unter Bedachtnahme auf den hypothetischen Parteiwillen der geschiedenen Gatten kann die vereinbarte Regelung laut *Deixler-Hübner* nur so interpretiert werden, dass das Ende der Unterhaltszahlungen auch bei Vorliegen einer gleichgeschlechtlichen Beziehung eintrete. Die Unterhaltsberechtigte hatte bereits zum Zeitpunkt der Scheidung diese intime Beziehung, woraus geschlossen werden kann, dass sie trotz Wissen um ihre sexuelle Neigung diesen Vertrag geschlossen hat. Es würde dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen, wenn die Unterhaltsberechtigte Vorteile daraus ziehen könne, nur weil der Unterhaltsschuldner diese Konstellation der Lebensgemeinschaft nicht bedacht hat.²⁹²

Trotz Befürwortung dieser Gleichbehandlung bedauert *Aichhorn* am Ende, dass sich der OGH trotz Kritik der Lehre abermals für das Ruhen des Unterhaltsanspruchs unabhängig von einer Versorgung durch den Lebensgefährten ausspricht.²⁹³

2.4 Umstandsklausel

2.4.1 Die Umstandsklausel im Allgemeinen

Der Unterhalt nach Scheidung unterliegt, unabhängig davon ob es sich bei seiner Grundlage um ein Urteil, einen Vergleich, ein Anerkenntnis oder eine Vereinbarung iSd § 55 a EheG handelt, der Umstandsklausel, auch *clausula rebus sic stantibus* genannt. Bei einer wesentlichen Änderung der materiell-rechtlichen Lage kann jeder geschiedene Ehegatte eine Anpassung der Unterhaltshöhe an die geänderten Verhältnisse geltend machen.²⁹⁴ Zu einer Herabsetzung bzw Erhöhung des Unterhalts kommt es aufgrund einer Änderung des Bedarfs des Unterhaltsberechtigten oder der finanziellen Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen.²⁹⁵

²⁹² *Deixler-Hübner*, EvBl 2007, 609.

²⁹³ *Aichhorn*, EF-Z 2007, 225.

²⁹⁴ OGH 6 Ob 620/93 EFSIlg 75.580; 8 Ob 119/03p EFSIlg 104.917; *Hopf/Kathrein*, Eherecht² § 66 EheG Anm 24; *Zankl in Schwimann*, ABGB I³ § 66 EheG Rz 42.

²⁹⁵ LGZ Wien 44 R 1059/83 EFSIlg 43.713; *Zankl in Schwimann*, ABGB I³ § 66 EheG Rz 43.

2.4.2 Ausschluss der Umstandsklausel

Es ist auch möglich und wirksam, die *clausula rebus sic stantibus* ausdrücklich oder stillschweigend, ganz oder teilweise oder auf bestimmte Zeit auszuschließen, so dass sich die Parteien später nicht mehr auf die Klausel berufen können.²⁹⁶ Ein Ausschluss der Umstandsklausel kann auch dadurch eintreten, dass die Parteien zum Zeitpunkt der Unterhaltsvereinbarung die Änderung der maßgeblichen Umstände erwartet haben.²⁹⁷ Der Ausschluss oder das Beharren auf dem Ausschluss kann jedoch aufgrund der Änderungen der Umstände gegen die guten Sitten verstoßen, dies ist zB der Fall, wenn dem Unterhaltsverpflichteten die Existenzgrundlage entzogen,²⁹⁸ oder der Unterhalt anderer Unterhaltsberechtigter gefährdet werden würde.²⁹⁹

Wird die Umstandsklausel in einer Unterhaltsvereinbarung allgemein ausgeschlossen, so umfasst dies auch den Fall des Eingehens einer Lebensgemeinschaft durch den Unterhaltsberechtigten. Dh obwohl der Unterhaltsberechtigte in einer Lebensgemeinschaft lebt, hat er weiterhin einen Unterhaltsanspruch gegen den geschiedenen Gatten. Dieser kann sich aufgrund des Verzichts nicht auf die *clausula rebus sic stantibus* berufen. Der OGH stellte fest, dass die *vertragliche Zusicherung des Unterhalts trotz Eingehen einer Lebensgemeinschaft nicht gegen die guten Sitten verstößt*.³⁰⁰

2.5 Wiederaufleben des nachehelichen Unterhaltsanspruches

Da das Ruhen des Unterhaltsanspruchs nur für die Dauer der Lebensgemeinschaft gilt, lebt dieser nach dessen Auflösung wieder auf.³⁰¹ Mit Beendigung der Lebensgemeinschaft kommt es jedoch nicht automatisch zum Wiederaufleben des Unterhaltsanspruchs, sondern der Unterhaltsberechtigte muss den Anspruch gegenüber dem Unterhaltspflichtigen nachweislich einmahnen.³⁰² Nicht nötig ist es, eine Feststellungsklage einzubringen, im Gegensatz zum

²⁹⁶ OGH 3 Ob 97/81 EFSlg 38.809; Zankl in Schwimann, ABGB I³ § 66 EheG Rz 50 mwN; Hopf/Kathrein, Eherecht² § 66 EheG Anm 26 a mwN.

²⁹⁷ LGZ Wien 45 R 331/77 EFSlg 29.637; Zankl in Schwimann, ABGB I³ § 66 EheG Rz 50 mwN; Hopf/Kathrein, Eherecht² § 66 EheG Anm 26 a mwN.

²⁹⁸ OGH 3 Ob 133/00f JBl 2001, 513 = EFSlg 97.253; Zankl in Schwimann, ABGB I³ § 66 EheG Rz 54 mwN; Hopf/Kathrein, Eherecht² § 66 EheG Anm 26 a mwN.

²⁹⁹ LGZ Wien 47 R 2031/93 EFSlg 72.352; Zankl in Schwimann, ABGB I³ § 66 EheG Rz 54 mwN; Hopf/Kathrein, Eherecht² § 66 EheG Anm 26 a mwN.

³⁰⁰ OGH 3 Ob 76/95 RZ 1997/55 = EFSlg 81.691.

³⁰¹ OGH 3 Ob 209/99b EFSlg 93.846 = RZ 2001/5; Gitschthaler, Unterhaltsrecht² Rz 787 mwN.

³⁰² OGH 3 Ob 115, 116/90 JBl 1991, 589; 7 Ob 237/99z EvBl 2000/68 = EFSlg 90.375; Gitschthaler, Unterhaltsrecht² Rz 787 mwN; Möschl, Lebensgemeinschaft³, 58.

Unterhaltsverpflichteten, der seine Einwendungen gegen den Unterhaltsanspruch im Klageweg geltend machen muss.³⁰³ Der Unterhaltsverpflichtete muss somit immer mit dem Wiederaufleben des Unterhaltsanspruchs rechnen. Er kann daher nicht einwenden, dass er seine Lebensverhältnisse in der Erwartung des endgültigen Wegfalls seiner Unterhaltsverpflichtung geändert hat.³⁰⁴

³⁰³ OGH 3 Ob 209/99b EFSIlg 93.846 = RZ 2001/5.

³⁰⁴ OGH 3 Ob 115, 116/90 JBl 1991, 589.

III. Die Rechtslage in Deutschland

3.1 Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Obwohl auch in Deutschland die Lebensform der nichtehelichen Lebensgemeinschaft immer mehr an Bedeutung gewinnt, existieren abgesehen von einzelnen Fragen keine gesetzlichen Normen.³⁰⁵ Das BVerfG definiert die eheähnliche Gemeinschaft als „eine Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen“.³⁰⁶

Art 6 Abs 1 GG³⁰⁷ sieht einen besonderen Schutz von Ehe und Familie durch den Staat vor. Darunter fällt jedoch nicht auch die nichteheliche Lebensgemeinschaft, da „sie gerade nicht Ehe sein darf oder sein will“.³⁰⁸ Diese Unvereinbarkeit schließt eine analoge Anwendung des Eherechts auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft aus.³⁰⁹ In Art 6 GG kann daher eine Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung von Ehe und eheähnlicher Lebensgemeinschaft erblickt werden. Dieser Schutz der Ehe bedeutet aber nicht, dass der Gesetzgeber nicht auch für die nichteheliche Lebensgemeinschaft gesetzliche Regeln für typische Konfliktlagen zum Schutz des sozial schwächeren Lebensgefährten vorsehen kann.³¹⁰ Eine völlige Gleichstellung von Ehe und eheähnlicher Lebensgemeinschaft würde im Ergebnis eine Zwangsheirat bedeuten.³¹¹ Dies würde nicht nur zu einem Widerspruch mit dem Willen der Lebensgefährten

³⁰⁵ Ivo, Eherecht in Deutschland, in *Süß/Ring* (Hrsg), Eherecht in Europa (2006) 413 (453); *Martiny*, Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft während ihres Bestehens nach deutschem Recht, in *Scherpe/Yassari* (Hrsg), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants (2004) 79 (80); *Schreiber*, Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2001, 12 (13).

³⁰⁶ BVerfG 1 BvL 8/87 NJW 1993, 643 = FamRZ 1993, 164.

³⁰⁷ Artikel 6 (1) GG: Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

³⁰⁸ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁵ (2006) 479.

³⁰⁹ Ivo in *Süß/Ring* 453; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁵, 501.

³¹⁰ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁵, 479; *Ziegler/Mäuerle*, Familienrecht² (2000) Rz 589.

³¹¹ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁵, 479; *Tschernitschek*, Familienrecht³ (2000) Rz 172.

führen, die ja gerade keine Ehe schließen wollen³¹², sondern auch zu einer Verletzung des Art 2 GG, der das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit schützt.³¹³

Zwischen den Lebensgefährten bestehen keine gesetzlichen Unterhaltsansprüche.³¹⁴ Auch die Vorschriften über die Unterhaltsansprüche können nicht analog angewendet werden. Den Lebensgefährten steht es jedoch frei, formfreie vertragliche Unterhaltsvereinbarungen für die Zeit während, sowie für die Zeit nach Beendigung der Lebensgemeinschaft zu schließen.³¹⁵

3.2 Beschränkung oder Wegfall der nachehelichen Unterhaltsverpflichtung aufgrund einer Lebensgemeinschaft

3.2.1 Die negative Härteklausel des § 1579 BGB

Die aktuelle Fassung des § 1579 BGB lautet:

„Beschränkung oder Versagung des Unterhalts wegen grober Unbilligkeit

Ein Unterhaltsanspruch ist zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes grob unbillig wäre, weil

- 1. die Ehe von kurzer Dauer war; dabei ist die Zeit zu berücksichtigen, in welcher der Berechtigte wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes nach § 1570 Unterhalt verlangen kann,*
- 2. der Berechtigte in einer verfestigten Lebensgemeinschaft lebt,*
- 3. der Berechtigte sich eines Verbrechen oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Verpflichteten oder einen nahen Angehörigen des Verpflichteten schuldig gemacht hat,*
- 4. der Berechtigte seine Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat,*
- 5. der Berechtigte sich über schwerwiegende Vermögensinteressen des Verpflichteten mutwillig hinweggesetzt hat,*
- 6. der Berechtigte vor der Trennung längere Zeit hindurch seine Pflicht, zum Familienunterhalt beizutragen, gröblich verletzt hat,*

³¹² Ivo in Süß/Ring 453; Tschernitschek, Familienrecht³ Rz 172.

³¹³ Tschernitschek, Familienrecht³ Rz 172.

³¹⁴ Tschernitschek, Familienrecht³ Rz 173; Ziegler/Mäuerle, Familienrecht² Rz 593.

³¹⁵ Ziegler/Mäuerle, Familienrecht² Rz 593.

7. dem Berechtigten ein offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig bei ihm liegendes Fehlverhalten gegen den Verpflichteten zur Last fällt oder
8. ein anderer Grund vorliegt, der ebenso schwer wiegt wie in den Nummern 1 bis 7 aufgeführten Gründe.“

Neben den Gründen, die für eine Unterhaltsgewährung sprechen (positive Billigkeitsklausel), besteht die negative Härte- bzw Billigkeitsklausel, deren Anwendung zu einem Wegfall oder zu einer Beschränkung des Unterhalts führt. Voraussetzung dafür ist, dass nicht nur einer dieser acht Gründe vorliegt, sondern dass auch die Inanspruchnahme des Unterhaltspflichtigen grob unbillig wäre. Wie auch im Fall des Unterhaltszuspruchs handelt es sich hier um einen Ausnahmetatbestand.³¹⁶ Obwohl in Deutschland grundsätzlich kein Verschuldensprinzip mehr existiert, sollte es doch möglich sein, einen Ehegatten aufgrund seines Verhaltens verantwortlich zu machen und ihm seinen Unterhaltsanspruch wegen grober Unbilligkeit zu versagen. Diese Korrekturmöglichkeit, die dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden widersprechende Ergebnisse vermeiden will, ist laut *Rauscher* rechtspolitisch notwendig und verfassungsrechtlich geboten.³¹⁷ Da es sich beim Unterhalt um eine einseitige Verpflichtung des finanziell stärkeren Ehegatten handelt, verwirklicht sie verfassungsrechtlich einen Eingriff in die durch Art 2 Abs 1 GG geschützte Handlungsfreiheit des Unterhaltsschuldners.³¹⁸ Ein Eingriff ist daher nur gerechtfertigt, wenn die Grenzen der Verhältnismäßigkeit eingehalten werden.³¹⁹ Diese Grenzen festzulegen, ist nun Aufgabe der Härteklausel.³²⁰ Sie bezweckt weiters, dass kein Rechtsmissbrauch beim nahehelichen Unterhalt verwirklicht wird, und dass der Grundsatz von Treu und Glauben gewahrt bleibt.³²¹ *Ist ein Härtetatbestand verwirklicht und wäre die Inanspruchnahme des Verpflichteten grob unbillig, so ist der Anspruch zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen.* Dabei sind jedoch die Belange der gemeinschaftlichen Kinder, die dem Unterhaltsberechtigten anvertraut sind, zu wahren.³²²

³¹⁶ *Bergschneider*, Die Ehescheidung und ihre Folgen⁴ (1998) 70 f.

³¹⁷ *Rauscher*, Familienrecht² (2007) Rz 621.

³¹⁸ *Borth*, Ehegattenunterhalt, in *Schwab* (Hrsg), Handbuch des Scheidungsrechts³ (1995) 651 (829).

³¹⁹ BVerG 1 BvL 28/77 NJW 1981, 1771 = FamRZ 1981, 745.

³²⁰ *Borth* in *Schwab* 829.

³²¹ *Tschernitschek*, Familienrecht³ Rz 362.

³²² *Schwab*, Familienrecht¹⁶ (2008) Rz 419.

Diese sogenannte Rechtsmissbrauchsklausel besteht seit dem Unterhaltsrechtsänderungsgesetz 2008 aus sieben speziellen Tatbeständen (§ 1579 BGB Nr 1-7) und einer Generalklausel (Nr 8), bei deren Verwirklichung der (volle) Unterhaltsanspruch grob unbillig sein kann.³²³

Ob es zu einer Anwendung dieser negativen Härteklausel und somit zu einer Unterhaltsbeschränkung kommt, wird in zwei Schritten geprüft. Der Prüfung einzelner Härtegründe folgt eine umfassende Billigkeitsabwägung unter vorrangiger Berücksichtigung der Kinderbetreuung.³²⁴ Wenn die uneingeschränkte Unterhaltsgewährung „dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen würde“, wird grobe Unbilligkeit bejaht.³²⁵ Aus diesem Grund ist eine umfassende Interessenabwägung durchzuführen.³²⁶ Abzuwägen sind nicht nur die Interessen des Unterhaltsverpflichteten, keinen Unterhalt zu leisten, und diejenigen des Unterhaltsberechtigten, Unterhalt zu empfangen, sondern auch weitere Umstände des konkreten Einzelfalles. Dazu zählen zB das Gewicht des Härtegrundes oder die Betreuung und das Wohl eines gemeinschaftlichen Kindes.³²⁷

Da durch die negative Härteklausel der Unterhaltsanspruch im Gegensatz zur Verwirkung nicht endgültig erlischt, sondern ein Wiederaufleben des Anspruchs nach Wegfall des Härtegrundes möglich ist, handelt es sich um ein „Rechtsinstitut eigener Art“.³²⁸ Sie stellt eine rechtsvernichtende Einwendung dar, die von Amts wegen wahrzunehmen ist,³²⁹ und bezweckt eine „Einzelfallgerechtigkeit“ bezüglich der persönlichen Situation der Ehegatten.³³⁰

Die negative Härteklausel kommt sowohl für den Unterhaltsanspruch nach Scheidung, als auch nach der Nichtigkeitserklärung und Aufhebung einer Ehe zur Anwendung.³³¹ Die

³²³ Schwab, Familienrecht¹⁶ Rz 419; Maurer in *Rebmann/Säcker/Rixecker* (Hrsg), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII: Familienrecht I⁴ (2000) § 1579 Rz 1.

³²⁴ BGH XII ZR 23/91 FamRZ 1992, 1045 = NJW 1992, 2477; Beutler in *Bamberger/Roth* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III² (2008) § 1579 Rz 2; Rauscher, Familienrecht² Rz 622.

³²⁵ BGH IV b ZR 665/80 FamRZ 1982, 582.

³²⁶ BGH IV b ZR 22/83 FamRZ 1984, 986.

³²⁷ Soyka, Die neue Partnerschaft und Ehegattenunterhalt, FuR 2004, 1 (3).

³²⁸ BGH IV b ZR 79/86 NJW-RR 1988, 70 = FamRZ 1987, 1238; Maurer in *Rebmann/Säcker/Rixecker*, MünchKomm VII/ I⁴ § 1579 Rz 2.

³²⁹ BGH IV b ZR 654/80 NJW 1981, 1461 = FamRZ 1982, 463; Maurer in *Rebmann/Säcker/Rixecker*, MünchKomm VII/ I⁴ § 1579 Rz 2 mwN.

³³⁰ Maurer in *Rebmann/Säcker/Rixecker*, MünchKomm VII/ I⁴ § 1579 Rz 2.

³³¹ Maurer in *Rebmann/Säcker/Rixecker*, MünchKomm VII/ I⁴ § 1579 Rz 3.

Bestimmung ist auf alle nachehelichen Unterhaltsansprüche, und ausgenommen von Nr 1 auch auf den Trennungsunterhalt³³² anwendbar.³³³

Vor dem Unterhaltsrechtsänderungsgesetz 2008 bestand der Katalog der Härtegründe des § 1579 BGB entsprechend dem Unterhaltsrechtsänderungsgesetz 1986 aus sieben Tatbeständen: Kurze Ehedauer (Nr 1), schwere Straftat (Nr 2), mutwillig herbeigeführte Bedürftigkeit (Nr 3), Verletzung von Vermögensinteressen (Nr 4), gröbliche Verletzung der Unterhaltspflicht vor Trennung (Nr 5), schwerwiegendes Fehlverhalten (Nr 6) und einen Auffangtatbestand für einen ebenso schwerwiegenden Grund (Nr 7).³³⁴ Zusätzlich wurde neben der Versagung oder Herabsetzung des Unterhalts die zeitliche Befristung möglich, wodurch die „Elastizität“ der Härteklausele zum Ausdruck kommt.³³⁵

3.2.2 Der Härtegrund des § 1579 Nr 7 aF BGB

Vor dem Unterhaltsrechtsänderungsgesetz 2008 enthielt Nr 7 des § 1579 BGB die Auffangklausel, die dann zur Anwendung kam, wenn ein Versagungsgrund vorlag, der ebenso schwer wog wie die in den Nr 1 bis 6 aufgezählten Härtegründe.³³⁶ Unter diesen Auffangtatbestand wurden Sachverhalte subsumiert, bei denen es sich um kein vorwerfbares Fehlverhalten handelte, bei denen aber die Unterhaltspflicht für den Verpflichteten aus objektiven Gründen die Grenze des Zumutbaren überschritten hätte.³³⁷ Wenn der Unterhaltsberechtigte erst nach der Scheidung eine neue Lebensgemeinschaft aufgenommen hat, so liegt darin kein Fehlverhalten im Sinne des § 1579 Nr 6 aF BGB.³³⁸ Die Unzumutbarkeit des § 1579 Nr 7 aF BGB war daher meistens dann gegeben, wenn der Unterhaltsberechtigte nach der Ehe eine neue Beziehung eingegangen ist.³³⁹ Die Rsp wendete

³³² Haben die Ehegatten während des Bestehens einer Ehe die eheliche Lebensgemeinschaft aufgelöst, besteht ein Unterhaltsanspruch nach § 1361 BGB (Trennungsunterhalt). Der Trennungsunterhalt richtet sich stets nach den ehelichen Lebensverhältnissen. Im Unterschied zum nachehelichen Unterhaltsanspruch unterliegt derjenige, welcher den Hausstand führte, im Trennungsjahr auch keiner Erwerbsobliegenheit.

³³³ Maurer in *Rebmann/Säcker/Rixecker*, MünchKomm VII/ I⁴ § 1579 Rz 3; *Graba* in *Erman* (Hrsg), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II¹² (2008) § 1579 Rz 4.

³³⁴ *Häberle*, Die Erweiterung der negativen Härteklausele (§ 1579 BGB) durch das Unterhaltsänderungsgesetz, FamRZ 1986, 311 (311, 314 f).

³³⁵ *Schwab*, Das deutsche Scheidungsrecht: Erfahrungen und Anregungen, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Eherechtsreform in Österreich (2000) 77 (85).

³³⁶ *Wellenhofer-Klein*, Unterhaltsrechtliche Risiken in der Lebensgestaltung bei Trennung/Scheidung für den Unterhaltsbedürftigen, FPR 2003, 163 (166); *Tschernitschek*, Familienrecht³ Rz 366; *Verschraegen*, Neuere Tendenzen der Rechtsprechung zu § 1579 BGB, insbesondere zu den Nrn 6 und 7, FPR 2005, 328 (329).

³³⁷ *Tschernitschek*, Familienrecht³ Rz 366; *Verschraegen*, FPR 2005, 329.

³³⁸ *Tschernitschek*, Familienrecht³ Rz 366; *Schwab* in *Ferrari/Hopf* 85; *Soyka*, FuR 2004, 1.

³³⁹ *Tschernitschek*, Familienrecht³ Rz 366; *Borth* in *Schwab* 866.

hier die Auffangklausel an, damit der unterhaltspflichtige Ex-Gatte nicht auf Dauer die Lebensgemeinschaft finanzieren musste. Würde der Unterhaltsberechtigte seinen neuen Lebensgefährten heiraten, so hätte dies den Verlust des Unterhaltsanspruchs gem § 1586 Abs 1 BGB zur Folge.³⁴⁰

Dass der Unterhaltsberechtigte nach Scheidung eine neue nichteheliche Lebensgemeinschaft eingeht, hatte aber alleine die Erfüllung des Härtegrundes iSd § 1579 Nr 7 aF BGB noch nicht zur Folge³⁴¹, sondern es mussten weitere Umstände vorliegen, die die Unterhaltszahlungen unzumutbar machten.³⁴²

Die objektiv unzumutbare Unterhaltslast wurde bejaht, wenn einer dieser Sachverhalte vorlag:

- Der Härtegrund war gegeben, wenn der geschiedene Unterhaltsberechtigte von einer neuen Eheschließung offenkundig nur deshalb absah, um seinen Unterhaltsanspruch aus der früheren Ehe nicht zu verlieren.³⁴³ Dies ist in der Praxis jedoch kaum beweisbar, weil unterschiedliche subjektive Motive für ein nichteheliches Zusammenleben sprechen können und zusätzlich müssen auch beide Partner einen Willen zur Eheschließung haben.³⁴⁴
- Der Tatbestand war auch dann erfüllt, wenn die ehebrecherische Beziehung, die zur Anwendung des § 1579 Nr 6 aF BGB führte, nach Auflösung der Ehe fortgesetzt wurde und daher das Verlangen nach Unterhalt nun Nr 7 aF verwirklichte.³⁴⁵
- Die Unterhaltsversagung trat auch dann ein, wenn die nichteheliche Beziehung des Anspruchsberechtigten mit „besonders kränkenden oder anstößigen Begleitumständen“ verbunden war, wodurch der Verpflichtete schwer getroffen und in der Öffentlichkeit bloß gestellt oder in seinem Ansehen geschädigt wurde.³⁴⁶

³⁴⁰ Schwab in Ferrari/Hopf 85.

³⁴¹ BGH IV b ZR 18/88 NJW 1989, 1063 = FamRZ 1989, 487; Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2008) § 1579 Rz 6; Soyka, FuR 2004, 1.

³⁴² BGH XII ZR 220/92 FamRZ 1994, 558; Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB³ § 1579 Rz 6; Soyka, FuR 2004, 1.

³⁴³ BGH XII ZR 17/93 FamRZ 1995, 540; IV b ZR 18/88 FamRZ 1989, 487; Soyka, FuR 2004, 1; Schwab in Ferrari/Hopf 85; Verschraegen, FPR 2005, 329; Borth in Schwab 866 mwN.

³⁴⁴ Borth in Schwab 867; Soyka, FuR 2004, 1; Verschraegen, FPR 2005, 329.

³⁴⁵ BGH IV b ZR 371/81 NJW 1983, 1552 = FamRZ 1983, 676; Borth in Schwab 867; Wellenhofer-Klein, FPR 2003, 166.

³⁴⁶ BGH IV b ZR 556/80 FamRZ 1981, 752; IV b ZR 18/88 FamRZ 1989, 487; Borth in Schwab 867; Soyka, FuR 2004, 1; Tschernitschek, Familienrecht³ Rz 366; Wellenhofer-Klein, FPR 2003, 166.

- Lebte der Unterhaltsberechtigte in einer „festen sozialen Verbindung“, in der er von seinem leistungsfähigen Partner wie in einer Ehe versorgt wurde und lag kein verständlicher Grund vor, weshalb die Lebensgefährten nicht zu einer „ehegleichen ökonomischen Solidarität“, also zu einer *Unterhaltsgemeinschaft* gelangten, so wurde dieser Härtegrund ebenfalls bejaht.³⁴⁷ Hier wurde die Leistungsfähigkeit des Partners vorausgesetzt, da der Unterhaltsberechtigte in der Lebensgemeinschaft tatsächlich „sein Auskommen finden“ musste.³⁴⁸
- Weiters konnte das Erscheinungsbild der neuen Beziehung in der Öffentlichkeit dazu führen, dass die weiteren Unterhaltszahlungen für den Unterhaltspflichtigen, verbunden mit dessen Eingriff in seine Handlungsfreiheit unzumutbar wurden.³⁴⁹ Der Tatbestand war erfüllt, wenn sich die Partnerschaft so verfestigt hat, dass das „*nichteheliche Zusammenleben an die Stelle einer Ehe getreten ist*“.³⁵⁰ Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des neuen Partners spielte dabei keine Rolle.³⁵¹ Jedoch wurde eine Mindestdauer der Beziehung von zwei bis drei Jahren vorausgesetzt.³⁵²

3.2.3 Das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz 2008

Die Novellierung von 1986 änderte jedoch nichts an der Unübersichtlichkeit des Unterhaltsrechts und an seinem „amorphen Eindruck“. Zu viele Tatbestände, sowie immer mehr anzuwendende Billigkeits- und Härteklausele zeigten einerseits die legislative Unsicherheit auf, und führten andererseits zu zahlreichen Rechtsstreitigkeiten.³⁵³ Eine Unterhaltsreform war auch notwendig, um die gesetzlichen Regeln an die geänderten gesellschaftlichen Situationen anzupassen und um dem Wertewandel in der Gesellschaft zu entsprechen. Das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz trat am 1.1.2008 in Kraft und verfolgt neben der Förderung des Kindeswohles und der Stärkung der Eigenverantwortung

³⁴⁷ BGH IV b ZR 391/81 NJW 1983, 2244; OLG Hamm 2 UF 480/89 NJW-RR 1991, 1474; *Borth in Schwab* 868 f; *Schwab*, Familienrecht¹⁶ Rz 421 mwN; *Schwab in Ferrari/Hopf* 85; *Verschraegen*, FPR 2005, 329; *Wellenhofer-Klein*, FPR 2003, 166.

³⁴⁸ OLG Hamm 5 UF 42/96 NJW-RR 1997, 645 = FamRZ 1997, 1080; *Borth in Schwab* 868 f; *Wellenhofer-Klein*, FPR 2003, 166.

³⁴⁹ BGH XII ZR 180/93 NJW 1995, 655 = FamRZ 1995, 344; OLG Koblenz 11 UF 1106/90 FamRZ 1991, 1314; *Borth in Schwab* 867 f; *Verschraegen*, FPR 2005, 329; *Wellenhofer-Klein*, FPR 2003, 167 mwN.

³⁵⁰ BGH XII ZR 284/99 FamRZ 2002, 23; XII ZR 159/00 FamRZ 2002, 810; OLG Hamm 8 UF 475/99 FamRZ 2000, 1375; *Soyka*, FuR 2004, 1; *Verschraegen*, FPR 2005, 329; *Wellenhofer-Klein*, FPR 2003, 167.

³⁵¹ OLG Hamm 2 UF 210/87 FamRZ 1988, 730.

³⁵² OLG Celle 18 UF 122/93 FamRZ 1994, 1324; *Soyka*, FuR 2004, 1; *Wellenhofer-Klein*, FPR 2003, 167 mwN.

³⁵³ *Schwab in Ferrari/Hopf* 86.

geschiedener Ehegatten vor allem die *Vereinfachung des Unterhaltsrechts*.³⁵⁴ Um diese Vereinfachung zu verwirklichen, wurde auch § 1579 BGB geändert. Zusätzlich zur Änderung der Überschrift und des Wortlautes von Nr 1 wurde ein neuer Härtegrund in Nr 2 eingeführt und somit alle anderen Tatbestände um eine Nr nach hinten gerückt.³⁵⁵

3.2.4 Der Härtegrund des § 1579 Nr 2 BGB

Dieser neue Tatbestand normiert, dass eine *verfestigte Lebensgemeinschaft* zur Beschränkung oder Versagung des Unterhalts wegen grober Unbilligkeit führt.³⁵⁶ Da es sich um den in der Praxis am häufigsten Härtegrund handelt, sollte er nicht mehr unter die Generalklausel des bisherigen § 1579 Nr 7 BGB (jetzt Nr 8) subsumiert werden, sondern in einem eigenen Tatbestand abgehandelt werden und somit zur Entlastung des Auffangtatbestandes beitragen.³⁵⁷ Damit soll auch der dadurch entstandenen und nur mehr „schwer überschaubaren Kasuistik“ Abhilfe geschaffen werden. Weiters trägt die Entlastung der Auffangklausel dazu bei, dass sie ihren ursprünglichen Zweck wieder besser verfolgen kann. Ihre Funktion besteht darin, alle „sonstigen, nicht benannten Fälle“ zu erfassen und somit eine grob unbillige Unterhaltsverpflichtung zu verhindern.³⁵⁸

Durch diesen neuen Versagungsgrund soll „kein vorwerfbares Fehlverhalten des Unterhaltsberechtigten sanktioniert“ werden, sondern die rein objektiven Veränderungen in der Lebenssituation des Unterhaltsberechtigten führen zur einer Versagung bzw Beschränkung des Unterhalts.³⁵⁹

Die neue Regelung ändert inhaltlich nichts an der Rechtslage, da dieser Versagungsgrund schon zuvor von der Rechtsprechung angewendet wurde und die dazu entwickelten Grundsätze weiterhin gültig sind.³⁶⁰ Die frühere Rechtsprechung ist daher nach wie vor relevant, auch wenn die Gesetzesänderung zu „Aktzentverschiebungen“ führen kann.³⁶¹

³⁵⁴ BT-Dr 16/1830, 1.

³⁵⁵ Gerhardt, Die Unterhaltsreform zum 1.1.2008, FuR 2008, 9 (13).

³⁵⁶ BT-Dr 16/1830, 8.

³⁵⁷ BT-Dr 16/1830, 21; Gerhardt, FuR 2008, 13; Wellenhofer, Die Unterhaltsreform nach dem Urteil des BVerfG zum Betreuungsunterhalt, FamRZ 2007, 1282 (1285).

³⁵⁸ BT-Dr 16/1830, 21.

³⁵⁹ BT-Dr 16/1830, 21.

³⁶⁰ Zischka, Die Änderungen des § 1579 BGB durch die Unterhaltsrechtsreform, FuR 2008, 191 (192); Gerhardt, FuR 2008, 13.

³⁶¹ Schwab, Familienrecht¹⁶ Rz 421.

Grundsätzlich ist dieser neue Tatbestand zu begrüßen, weil Anwälte durch diesen Gesetzestext dem Anspruchsberechtigten leichter klarmachen können, dass er durch das Eingehen einer verfestigten Lebensgemeinschaft seinen Anspruch verlieren kann.³⁶² Das Vorliegen einer verfestigten Lebensgemeinschaft führt zur Unzumutbarkeit einer (dauerhaften) Unterhaltsleistung, ohne dass dadurch die verfestigte Lebensgemeinschaft als unmoralisch abgehandelt werden würde. Dies war für den Laien aus dem Auffangtatbestand des § 1579 Nr 7 BGB aF nicht erkennbar.³⁶³ Mehr Vorteile kann *Wellenhofer* darin jedoch nicht erblicken. Sie kritisiert die Einreihung als Nr 2, der zufolge alle übrigen Tatbestände unnummeriert werden mussten. Die neue Regelung beseitigt nicht die bestehenden Unsicherheiten, die aufgrund der Begriffsbestimmung und den „tatsächlichen detektivischen Feststellungen“ bestehen.³⁶⁴

Die Einreihung als Nr 2 des neuen Tatbestandes begründet der Gesetzgeber damit, dass der Versagungsgrund „rein objektive Veränderungen in den Lebensverhältnissen“ des Berechtigten betrifft. Es ist daher sachgerechter, die Regelung nicht am Ende der Vorschrift hinzuzufügen, sondern sie in räumlicher Nähe mit der „Kurzehe“ iSd Nr 1 zu normieren, da diese auch an objektive Sachverhalte anknüpft.³⁶⁵

Auch *Büttner*, der die neue Bestimmung grundsätzlich befürwortet, ist der Ansicht, dass viele Fragen unbeantwortet bleiben. Nicht gesetzlich geregelt ist zB, was eine verfestigte Lebensgemeinschaft sei, ab welcher Dauer man ihr Vorliegen bejahen könne, welche Rolle die Geschlechtsbeziehungen spielen und wie es sich mit der Abgrenzung zur bloßen Wohngemeinschaft verhält.³⁶⁶ Daher sind diese Aspekte von der Rechtsprechung in jedem Einzelfall zu prüfen:

³⁶² *Wellenhofer*, FamRZ 2007, 1285; *Büttner*, Die Härteklauseln (§§ 1578b, 1579 BGB) im geplanten Unterhaltsrecht, FamRZ 2007, 773 (776).

³⁶³ *Büttner*, FamRZ 2007, 776; *Schnitzler*, Die verfestigte Lebensgemeinschaft in der Rechtsprechung der Familiengerichte, FamRZ 2006, 239 (240).

³⁶⁴ *Wellenhofer*, FamRZ 2007, 1285 f.

³⁶⁵ BT-Dr 16/1830, 21.

³⁶⁶ *Büttner*, FamRZ 2007, 776.

a.) Begriff der verfestigten Lebensgemeinschaft

Im Gesetz befindet sich keine Legaldefinition, ab wann man von einer verfestigten Lebensgemeinschaft ausgehen kann.³⁶⁷ Wann das Vorliegen einer verfestigten Lebensgemeinschaft zu bejahen ist, kann aufgrund der vielen möglichen Varianten von Lebensgemeinschaften nicht allgemein gesagt werden. Vielmehr ist jeder Einzelfall für sich zu beurteilen.³⁶⁸ Die Parteien haben dementsprechend die Beweise vorzubringen, demzufolge der Tatrichter zu beurteilen hat, ob eine verfestigte Lebensgemeinschaft vorliegt.³⁶⁹

Wie bereits erwähnt, wird im Großen und Ganzen auf die bisherige Rechtsprechung Bezug genommen. Das Vorliegen einer verfestigten Lebensgemeinschaft hängt von objektiven „nach außen tretenden Umständen“ ab.³⁷⁰ Indizien für eine eheähnliche Gemeinschaft sind vor allem das räumliche Zusammenleben und die Führung eines gemeinsamen Haushalts.³⁷¹ Weitere Anhaltspunkte sind die Aufnahme eines gemeinsamen Immobilienerwerbs³⁷², das Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit³⁷³ oder die Dauer der Verbindung.³⁷⁴ Kriterien wie die Leistungsfähigkeit des neuen Lebensgefährten, intime Beziehungen sowie der Umstand, ob die Partner eine neue Ehe oder eine Lebenspartnerschaft schließen können, haben für die verfestigte Lebensgemeinschaft keine Relevanz. Der Grund liegt darin, dass durch den neuen Versagungstatbestand keine „Kontrolle der Lebensführung“ des geschiedenen Gatten geschaffen werden soll.³⁷⁵ Ausschlaggebend ist alleine der Sachverhalt, dass der geschiedene Ehegatte in einer verfestigten Lebensgemeinschaft lebt und sich daher „aus der nahehelichen Solidarität herauslöst“ und somit zeigt, dass er den Unterhalt gar nicht mehr benötigt. Damit wird auch begründet, dass die verfestigte Lebensgemeinschaft unter den Tatbestand der Unbilligkeit iSd § 1579 BGB und nicht unter der Bedarfsdeckung iSd § 1577 BGB zu subsumieren ist.³⁷⁶

³⁶⁷ Büttner, FamRZ 2007, 776; Schnitzler, Die verfestigte Lebensgemeinschaft als selbständiger Härtegrund im neuen § 1579 Nr 2 BGB, FPR 2008, 41 (42).

³⁶⁸ Zischka, FuR 2008, 192.

³⁶⁹ BGH XII ZR 259/01 FamRZ 2004, 614; Schnitzler, FPR 2008, 42; Zischka, FuR 2008, 192.

³⁷⁰ BT-Dr 16/1830, 21; Schnitzler, FPR 2008, 42.

³⁷¹ BGH XII ZR 284/99 FamRZ 2002, 23; XII ZR 259/01 FamRZ 2004, 614; BT-Dr 16/1830, 21; Beutler in Bamberger/Roth BGB III² § 1579 Rz 5; Schnitzler, FPR 2008, 42; Zischka, FuR 2008, 193.

³⁷² BGH XII ZR 159/00 FamRZ 2002, 810; OLG Schleswig 7 WF 60/05 FamRZ 2006, 954; BT-Dr 16/1830, 21; Schnitzler, FPR 2008, 42; Zischka, FuR 2008, 193 mwN.

³⁷³ OLG Karlsruhe 18 UF 305/04 FamRZ 2006, 706; BT-Dr 16/1830, 21; Beutler in Bamberger/Roth BGB III² § 1579 Rz 5 mwN; Schnitzler, FPR 2008, 42; Zischka, FuR 2008, 193.

³⁷⁴ BT-Dr 16/1830, 21; Schnitzler, FPR 2008, 42.

³⁷⁵ BT-Dr 16/1830, 21; Schnitzler, FPR 2008, 42; Zischka, FuR 2008, 193.

³⁷⁶ BT-Dr 16/1830, 21; Schnitzler, FPR 2008, 42.

Im Gegensatz zu manch kritischen Stimmen, denen zufolge der Begriff der verfestigten Lebensgemeinschaft keine Vorteile bringen würde, weil dieser zu allgemein gefasst sei³⁷⁷, zeigt *Schnitzler* auf, dass es nicht strittig sei, dass der Gesetzgeber dadurch im Vergleich zur Auffangklausel eine viel bessere Formulierung gefunden hat.³⁷⁸ Seit dem Unterhaltsrechtsänderungsgesetz von 1986 wurde der Begriff nicht nur in der Rechtsprechung des BGH, sondern auch des BVerfG³⁷⁹ angewendet, und führte somit auch zur Anerkennung in der Literatur.³⁸⁰

Graba führt entsprechend der heranzuziehenden früheren Rechtsprechung aus, dass eine verfestigte Lebensgemeinschaft vorliegt, „wenn der Ehegatte nach dem Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit über einen längeren Zeitraum, etwa zwei bis drei Jahre, mit einem anderen Partner eine Beziehung unterhält, die gleichsam anstelle einer Ehe getreten ist.“³⁸¹

Der Tatrichter hat demzufolge zu urteilen, ob die neue Partnerschaft aufgrund ihrer persönlichen und wirtschaftlichen Situation und ihrer Intensität einem eheähnlichen Verhältnis entspricht. Zu berücksichtigen ist auch der Umstand, ob „die Partner wechselseitig füreinander eintreten und sich gegenseitig helfen und unterstützen“.³⁸²

b.) Leistungsfähigkeit des Partners

Neu ist, wie bereits oben erwähnt, dass die Leistungsfähigkeit des Partners *keine Relevanz* mehr für das Vorliegen einer verfestigten Lebensgemeinschaft hat,³⁸³ wodurch die alte Rechtsprechung bezüglich dem Vorliegen einer Unterhaltsgemeinschaft³⁸⁴ gegenstandslos geworden ist.³⁸⁵ Es handelte sich hier nur um eine „Hilfskonstruktion“ für Umstände, die nach früherer Ansicht einer Eheschließung entgegenstanden und somit den Versagungstatbestand ausschlossen.³⁸⁶ Die Frage, ob die neuen Partner eine Ehe oder Lebenspartnerschaft eingehen

³⁷⁷ *Büttner*, FamRZ 2007, 776; *Schwab*, Zur Reform des Unterhaltsrechts, FamRZ 2005, 1417 (1420 f).

³⁷⁸ *Schnitzler*, FPR 2008, 43.

³⁷⁹ BVerfG 1 BvL 8/87 NJW 1993, 643 = FamRZ 1993, 164.

³⁸⁰ *Gerhardt*, FuR 2008, 13; *Schnitzler*, FPR 2008, 43; *ders*, FamRZ 2006, 241.

³⁸¹ BGH XII ZR 153/95 FamRZ 1997, 671; *Graba* in *Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 13.

³⁸² BGH XII ZR 159/00 FamRZ 2002, 810; *Graba* in *Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 13.

³⁸³ BT-Dr 16/1830, 21; *Schnitzler*, FPR 2008, 43.

³⁸⁴ BGH XII ZR 17/93 FamRZ 1995, 540.

³⁸⁵ *Soyka* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 9.

³⁸⁶ BGH XII ZR 180/93 NJW 1995, 655 = FamRZ 1995, 344; *Soyka* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 9.

könnten, spielt nun aber keine Rolle mehr.³⁸⁷ Der geschiedene Unterhaltsberechtigte wird sich bei einer engen wirtschaftlichen Situation somit entscheiden müssen, ob er auch ohne die Unterhaltszahlungen auskommen kann.³⁸⁸ *Schwab* kritisiert, dass dadurch die bisherige in der Rechtsprechung vorgenommene Unterscheidung zweier Fallgruppen wegfällt. Die erste Fallgruppe, die zu einer Unzumutbarkeit der Unterhaltsleistung führte, war wie bereits ausgeführt, gegeben, wenn „kein verständlicher Grund dafür ersichtlich ist“, dass der geschiedene Partner mit seinem leistungsfähigen neuen Partner „nicht zu einer ehegleichen ökonomischen Solidarität – also zu einer Unterhaltsgemeinschaft – gelangt“.³⁸⁹ Bei der zweiten, und nach wie vor relevanten Fallgruppe, wird die Unzumutbarkeit dadurch bejaht, dass sich die Beziehung zu einem neuen Partner, unabhängig von seiner Leistungsfähigkeit, „in einem solchen Maße verfestigt, dass damit gleichsam ein nichteheliches Zusammenleben an die Stelle einer Ehe getreten ist“.³⁹⁰ Den Sinn in dieser Differenzierung erblickt *Schwab* darin, dass bei Versorgung durch den neuen Partner die Anwendung der Härteklausel erleichtert wird. Er ist sich daher auch „nicht sicher“, ob die Rechtsprechung in Zukunft diese verschiedenen Situationen wirklich „vernachlässigen“ wird.³⁹¹

Dass er damit nicht ganz unrecht hat, zeigt eine Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 30.9.2008, in der das Gericht ausführt, dass der Verwirkungstatbestand des § 1579 Nr 2 BGB in drei Fällen zur Anwendung kommt. Erstens ist nach wie vor relevant, ob der Unterhaltsberechtigte nur deswegen nicht wieder heiratet, um seinen Unterhaltsanspruch zu wahren. Zweite Möglichkeit, den Unterhaltsanspruch zu verlieren, ist, entsprechend der früheren Rechtsprechung, wenn ein eheähnliches Zusammenleben von einer gewissen Mindestdauer der beiden Partner bejaht werden kann. Daneben führt das Gericht als dritten Versagungsgrund jedoch auch noch die Unterhaltsgemeinschaft iSd „ökonomischen Solidarität“ aus, aufgrund deren Bestehen der Unterhaltsberechtigte in der neuen Lebensgemeinschaft „sein Auskommen“ findet.³⁹² Auch die Anmerkung zu dieser Entscheidung verweist darauf, dass die Unterhaltsgemeinschaft als eigener Verwirkungsgrund fraglich sei, da diese Rechtsprechung bereits obsolet geworden ist. Der BGH hat diesen Umstand nur als Hilfskonstruktion verwendet, wenn gewichtige Gründe gegen eine erneute

³⁸⁷ BT-Dr 16/1830, 21.

³⁸⁸ *Schnitzler*, FPR 2008, 43.

³⁸⁹ BGH IV b ZR 18/88 FamRZ 1989, 487 = NJW 1989, 1063; *Schwab*, FamRZ 2005, 1420.

³⁹⁰ BGH IV b ZR 18/88 FamRZ 1989, 487 = NJW 1989, 1063; *Schwab*, FamRZ 2005, 1420.

³⁹¹ *Schwab*, FamRZ 2005, 1420.

³⁹² OLG Karlsruhe 2 UF 21/08 FuR 2009, 282.

Heirat mit dem neuen Partner vorlagen. Für die neue Rechtsprechung sei es jedoch nicht mehr relevant, ob solche Gründe einer Heirat entgegenstehen. Die Unterhaltsgemeinschaft sei daher gegenstandslos geworden, da es lediglich darauf ankomme, ob die „Lebenspartner wechselseitig füreinander eintreten, indem sie sich gegenseitig Hilfe und Unterstützung gewähren“.³⁹³ Außerdem spricht diese Rechtsprechung eben nicht mehr mit dem Willen des Gesetzgebers überein, demzufolge die Leistungsfähigkeit und damit die Unterhaltsgemeinschaft für die Unterhaltsverwirkung keine Rolle mehr spielt.³⁹⁴

Schwab kritisiert in diesem Zusammenhang auch die Begründung des Gesetzgebers, die lautet, dass sich der geschiedene Ehegatte durch das Eingehen einer verfestigten Lebensgemeinschaft „endgültig aus der nachehelichen Solidarität herauslöst und zu erkennen gibt, dass er diese nicht mehr benötigt“.³⁹⁵ Denn bei einem Zusammenleben mit einem *leistungsunfähigen* Partner könne man gerade *nicht* von einem „Nicht-mehr-Benötigen“ sprechen. Von einem konkludenten Verzicht könne man wohl auch nicht ausgehen. Für *Schwab* bleibt daher die Beschränkung bzw. Versagung von Unterhalt trotz Leistungsunfähigkeit des neuen Partners „rechtspolitisch gesehen ein offener Punkt“.³⁹⁶

Dieselben Bedenken äußert auch *Wellenhofer*, die behauptet, mit dieser Begründung des Gesetzgebers werde der Grundsatz, der Unterhalt habe die ehebedingten Nachteile auszugleichen, verworfen. Eine Unterhaltsverwirkung sei nur dann gerechtfertigt, wenn diese Nachteile durch eine neue Lebensgemeinschaft kompensiert werden würden.³⁹⁷ Sie verweist in diesem Zusammenhang auf das Sozialrecht, wo nur tatsächliche Unterhaltsgewährungen zu einer Beschränkung gegenüber dem Unterhaltspflichtigen führen.³⁹⁸ Sie ist der Meinung, dass die finanzielle Unterstützung der neuen Partnerschaft durch den Unterhaltsschuldner, die er als „subjektiv lästig“ empfindet, nicht ausreichen könne, um die Prinzipien des Unterhaltsrechts zu entkräften.³⁹⁹

³⁹³ *NN*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe 2 UF 21/08 (FuR 2009, 282) FuR 2009, 284 (284).

³⁹⁴ BT-Dr 16/1830, 21.

³⁹⁵ BT-Dr 16/1830, 21.

³⁹⁶ *Schwab*, FamRZ 2005, 1421.

³⁹⁷ *Wellenhofer*, FamRZ 2007, 1286.

³⁹⁸ Siehe § 7 III Nr 3c SGB II und § 20 SGB XII.

³⁹⁹ *Wellenhofer*, FamRZ 2007, 1286.

Bezüglich dieser Neuerung bringt auch *Verschraegen* Zweifel zum Ausdruck, da sie zu einer unzumutbaren Verletzung der nahehelichen Solidarität führe. Dies laufe auf eine „naheheliche JunggesellInnenpflicht“ hinaus, die jedoch (noch) nicht gesetzlich verankert sei.⁴⁰⁰

Da laut *Wellenhofer* nur faktische Leistungen des neuen Partners eine Unterhaltsminderung rechtfertigen würden, wäre es vorteilhafter gewesen, diese Beschränkung bei der Bedürftigkeit iSd § 1577 BGB zu regeln. Aufgrund der verfestigten Lebensgemeinschaft würde man im Zweifel keine Bedürftigkeit mehr vermuten, was jedoch durch den Unterhaltsberechtigten widerlegt werden könnte. Sie schlägt daher abschließend vor, zumindest auf die Grenzen von zwei bis drei Jahren tatsächlich zu achten und Abkürzungen dieses Zeitraums zu vermeiden.⁴⁰¹

Schnitzler macht klar, dass der Gesetzgeber den mittellosen Künstler sowie den wirtschaftlich schwachen neuen Partner „außen vor lassen“ will, und findet im Gegensatz zu den eben besprochenen kritischen Stimmen, diese neue Regelung „völlig in Ordnung“. Wenn der Unterhaltspflichtige weiterhin Unterhalt zu leisten hat, nur weil der Berechtigte mit einem finanziell Schwächeren eine Beziehung eingegangen ist, komme es zu einer Überspannung des Solidaritätsgedanken. Dieses „Auswahlverschulden“ dürfe nicht zu Lasten des Verpflichteten verschoben werden. Unberücksichtigt bleiben auch Unterhaltsverpflichtungen des neuen Partners an dessen Kinder oder Ehefrau.⁴⁰²

Die verschiedenen kritischen Stimmen zeigen, dass es sich keineswegs um ein in der Praxis gelöstes Problem handelt. Wie die Rechtsprechung künftig bezüglich der Unterhaltsgemeinschaft vorgehen wird, bleibt mangels ausreichender aktueller Entscheidungen abzuwarten.

⁴⁰⁰ *Verschraegen*, FPR 2005, 331.

⁴⁰¹ *Wellenhofer*, FamRZ 2007, 1286.

⁴⁰² *Schnitzler*, FPR 2008, 43.

c.) Dauer der Lebensgemeinschaft

Eine weitere Voraussetzung, um das Vorliegen einer verfestigten Lebensgemeinschaft bejahen zu können, ist nach hA deren Bestand von *zwei bis drei Jahren*.⁴⁰³ Vor Ablauf dieser Mindestdauer kann nicht verlässlich gesagt werden, ob die Partner nur „probeweise“ oder ob sie in einer verfestigten Lebensgemeinschaft auf Dauer zusammenleben.⁴⁰⁴ Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine starre Zeitspanne, an die in jedem Fall zwangsweise angeknüpft werden muss.⁴⁰⁵ Die Lehre hat es begrüßt, dass die Rechtsprechung in den letzten Jahren die Dauer von zwei bis drei Jahren bei Änderungen bestimmter Grundvoraussetzungen in der neuen Beziehung unterschritten hat.⁴⁰⁶ Dies ist zB bei wirtschaftlichen Verflechtungen der Fall. Die Verwirkung wurde bereits nach einem Jahr angenommen, da die Partner ein Darlehen für ein gemeinsames Haus aufgenommen haben und somit eine geplante dauerhafte gemeinsame Zukunft angenommen werden kann.⁴⁰⁷ Aufgrund personeller Veränderungen durch Kinder hat das Gericht bereits nach eineinhalb Jahren eine verfestigte Lebensgemeinschaft bejaht. In diesem Fall hatten die neuen Partner sogar drei gemeinsame Kinder, wobei das Älteste viereinhalb Monate nach der Scheidung geboren wurde. Dadurch wurde ein Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit bejaht, das mit einer Ehe gleichzusetzen ist.⁴⁰⁸ Ebenso wurde nach 18 Monaten die Unterhaltsverwirkung ausgesprochen, da der neue Lebensgefährte den Miteigentumsanteil des Ehegatten erworben hat und daraufhin mit der Ehefrau und den ehelichen Kindern im Familienhaus zusammenlebte.⁴⁰⁹

Dieser Zeitraum muss mit ein und demselben Partner verbracht werden, da es nicht ausreicht, wenn man mit verschiedenen Partnern abwechselnd über diesen Zeitraum zusammengelebt hat.⁴¹⁰

⁴⁰³ BGH XII ZR 153/95 FamRZ 1997, 671; XII ZR 159/00 FamRZ 2002, 810; XII ZR 259/01 FamRZ 2004, 614; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 12 mwN; *Beutler in Bamberger/Roth* BGB III² § 1579 Rz 5; *Graba in Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 13; *Büttner*, FamRZ 2007, 777; *Schnitzler*, FPR 2008, 43; *ders*, FamRZ 2006, 241.

⁴⁰⁴ *Schnitzler*, FamRZ 2006, 241; *Zischka*, FuR 2008, 193.

⁴⁰⁵ BGH XII ZR 104/03 NJW 2007, 2409 = FamRZ 2007, 1303; *Borth in Schwab* 867 f; *Schnitzler*, FPR 2008, 43; *Luthin*, Zur „objektiven Unzumutbarkeit“ einer Leistung von nahehelichem Unterhalt in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, FamRZ 1986, 1166 (1168).

⁴⁰⁶ *Schnitzler*, FPR 2008, 43; *ders*, FamRZ 2006, 241; *Zischka*, FuR 2008, 193.

⁴⁰⁷ OLG Hamburg 12 WF 159/01 FamRZ 2002, 1038; OLG Schleswig 15 UF 197/03 FamRZ 2005, 277; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 12; *Schnitzler*, FPR 2008, 43; *ders*, FamRZ 2006, 241; *Zischka*, FuR 2008, 193.

⁴⁰⁸ OLG Nürnberg 10 UF 201/02 FuR 2002, 328; *Schnitzler*, FPR 2008, 43; *ders*, FamRZ 2006, 241.

⁴⁰⁹ OLG Schleswig 15 UF 197/03 FPR 2004, 610 = FamRZ 2005, 277; *Schnitzler*, FPR 2008, 43; *ders*, FamRZ 2006, 241.

⁴¹⁰ OLG Köln 14 WF 55/04 FamRZ 2005, 279; *Büttner*, FamRZ 2007, 777; *Zischka*, FuR 2008, 193.

Die Verwirkung des Unterhalts tritt auch dann ein, wenn während des Beurteilungszeitraumes von drei Jahren die Partner ein Jahr getrennt lebten, ohne die eheliche Beziehung aufzugeben.⁴¹¹

Da durch die Unterhaltsrechtsreform 2008 keine Definition der Lebensgemeinschaft in das Gesetz eingefügt wurde, kann die bisherige Rechtsprechung bezüglich der Dauer uneingeschränkt auf die verfestigte Lebensgemeinschaft übertragen werden.⁴¹² *Schnitzler* befürwortet die neue Regelung, die die verfestigte Lebensgemeinschaft gerade nicht von einer starren Dauer abhängig macht.⁴¹³ Vielmehr sei dies aufgrund der Vielseitigkeit der verschiedenen Fälle im Einzelfall zu entscheiden.⁴¹⁴

Für die Beurteilung der verfestigten Lebensgemeinschaft wird die Zeit bis zur Rechtskraft der Scheidung bereits mit berechnet. Sie kann ja bereits bestehen, obwohl eine neue Heirat nicht möglich ist. *Büttner* macht in diesem Zusammenhang darauf aufmerksam, dass in diesen Fällen der neue Partner aber nicht unbedingt die „unterhaltsrechtliche Verantwortlichkeit“ ersetzt. Sei dies nämlich nicht der Fall, so erblicke er in der Unterhaltsversagung wegen grober Unbilligkeit keine Rechtfertigung, wenn der neue Partner wegen seiner Leistungsunfähigkeit diesen Bedarf nicht decken kann.⁴¹⁵

d.) Räumliche Distanz

Obwohl ein räumliches Zusammenleben und die Führung eines gemeinsamen Haushalts Indizien für eine verfestigte Lebensgemeinschaft sind, wird dies nach hA nicht zwingend vorausgesetzt.⁴¹⁶ Wenn die neuen Partner ihre Lebensbereiche *bewusst auf Distanz* halten, weil sie aufgrund vergangener Erfahrungen ein enges Zusammenleben nicht wünschen, so ist das auch unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen. Die Partner treffen diese Entscheidung bezüglich ihrer Lebensgestaltung in eigener Verantwortung, was auch von den Gerichten zu respektieren ist.⁴¹⁷

⁴¹¹ OLG Hamm 11 UF 321/02 NJW-RR 2003, 1297 = FamRZ 2004, 375; *Verschraegen*, FPR 2005, 330.

⁴¹² *Büttner*, FamRZ 2007, 777; *Schnitzler*, FPR 2008, 43.

⁴¹³ *Schnitzler*, FamRZ 2006, 242.

⁴¹⁴ *Büttner*, FamRZ 2007, 777.

⁴¹⁵ *Büttner*, FamRZ 2007, 777.

⁴¹⁶ BGH XII ZR 284/99 FamRZ 2002, 23; *Beutler in Bamberger/Roth* BGB III² § 1579 Rz 5; *Graba in Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 13; *Schnitzler*, FamRZ 2006, 242.

⁴¹⁷ BGH XII ZR 284/99 FamRZ 2002, 23; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 12.

Trotz distanzierter Lebensbereiche können dennoch „sonstige Umstände“ das Vorliegen einer verfestigten Lebensgemeinschaft bejahen.⁴¹⁸ Ausschlaggebend sind die Erkennbarkeit und das Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit, wobei die einzelnen Kriterien schwer zu beweisen sind und somit in der Praxis den Gerichten Probleme bereitet.⁴¹⁹ Maßgeblich ist, ob sich die Beziehung so intensiviert hat, dass sie mit einem ehelichen Zusammenleben vergleichbar ist. Dies begründet die Unzumutbarkeit der weiteren Unterhaltsleistungen für den Verpflichteten, da sie in diesem Fall nicht mehr mit der nahehelichen Solidarität gerechtfertigt werden kann.⁴²⁰

Indizien, deren Vorliegen der Tatrichter zu beurteilen hat, sind zB gemeinsame Freizeitgestaltung, das gemeinsame Verbringen von Urlauben, die Gestaltung der Wochenenden, die Benennung als „Papa“ und „Mama“ von den Kindern des neuen Partners, Unterstützung in Krankheitsfällen oder gemeinsames Erscheinen in öffentlichen Anzeigen.⁴²¹

Können die neuen aber Partner glaubhaft machen, dass eine distanzierte Beziehung ihrem Wunsch entspricht, um ihren persönlichen Freiraum sowie ihre Unabhängigkeit zu wahren, so rechtfertigt diese Gesamtbetrachtung die Nichtanwendung der Härteklausele.⁴²²

Da die Feststellung, ob eine distanzierte Lebensgemeinschaft auch eine verfestigte Lebensgemeinschaft iSd § 1579 Nr 2 BGB ist, zu Schwierigkeiten führt, wird sie in vielen Fällen nur durch einen Detektiv möglich sein und auch weiterhin die Rechtsprechung beschäftigen.⁴²³

Büttner bejaht in diesen Fällen eine verfestigte Lebensgemeinschaft nur dann, wenn die Partner „nur zum Schein“ eine zweite Unterkunft haben oder wenn „auf sonstige Weise“ erkennbar ist, zB durch gemeinsame Kinder, dass eine verfestigte Lebensgemeinschaft vorliegt.⁴²⁴ Nicht ausreichend ist die „bloße Lockerung der festen sozialen Verbindung“, um den Unterhaltsanspruch nicht zu verlieren.⁴²⁵

⁴¹⁸ *Brudermüller* in *Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 12.

⁴¹⁹ *Brudermüller* in *Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 12; *Schnitzler*, FPR 2008, 43 f.

⁴²⁰ BGH XII ZR 284/99 FamRZ 2002, 23; *Brudermüller* in *Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 12.

⁴²¹ BGH XII ZR 284/99 FPR 2002, 56 = NJW 2002, 217 = FamRZ 2002, 92; *Brudermüller* in *Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 12 mwN; *Schnitzler*, FPR 2008, 44.

⁴²² BGH XII ZR 284/99 FamRZ 2002, 23; *Soyka* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 8.

⁴²³ *Schnitzler*, FPR 2008, 44; *Büttner*, FamRZ 2007, 777.

⁴²⁴ *Büttner*, FamRZ 2007, 777.

⁴²⁵ OLG Hamm 9 UF 146/01 FamRZ 2003, 455; *Büttner*, FamRZ 2007, 777.

e.) Intime Beziehungen

Grundsätzlich kommt es nach hA nicht darauf an, ob zwischen den Partnern sexuelle Kontakte bestehen.⁴²⁶ Diese Entscheidung ist den Lebensgefährten frei überlassen⁴²⁷, was auch vom Gesetzgeber ausdrücklich betont wird, da eine „Kontrolle der Lebensführung“ verhindert werden soll.⁴²⁸ Da eine sexuelle Beziehung jedoch typisch und somit ein Indiz für eine verfestigte Lebensgemeinschaft ist⁴²⁹, wird man die bloße Wohngemeinschaft mit intimen Kontakten nach Ablauf der Mindestdauer als verfestigte Lebensgemeinschaft werten können. Eine verfestigte Lebensgemeinschaft liegt aber andererseits nicht vor, wenn Geschwister oder Kinder nach ihrer Scheidung wieder mit ihren Eltern zusammenwohnen. Unter den Begriff der verfestigten Lebensgemeinschaft werden aufgrund der „Eheähnlichkeit“ zurzeit nur Zweierbeziehungen subsumiert. Ob die „ménage à trois oder quatre“ auch von diesem Begriff erfasst werden, wird sich in der zukünftigen Rechtsprechung zeigen.⁴³⁰

Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen erfasst der Begriff der verfestigten Lebensgemeinschaft nun auch *gleichgeschlechtliche Partnerschaften* und kann somit zur Unzumutbarkeit der Unterhaltsleistungen führen.⁴³¹ Die frühere Rechtsprechung hat die gleichgeschlechtlichen Partnerschaften nicht zu den verfestigten Lebensgemeinschaften gezählt, da es für diese Art der Beziehung kein Rechtsinstitut gab, das mit einer Ehe verglichen werden konnte.⁴³² Diese Begründung konnte jedoch seit dem Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes vom 1.8.2001 nicht mehr aufrechterhalten werden, da dadurch die gleichgeschlechtlichen Beziehungen der Ehe angeglichen wurden.⁴³³ In der Entscheidung von 2002 hat der BGH ausdrücklich betont, dass die frühere Rechtsprechung aufgrund der geänderten rechtlichen Situation nicht mehr angewendet werden kann. Demzufolge verwirklichen auch gleichgeschlechtliche Beziehungen den Verwirkungstatbestand.⁴³⁴

⁴²⁶ BGH XII 159/00 FamRZ 2002, 810; OLG Köln 27 UF 122/01 FamRZ 2003, 236; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 13; *Graba in Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 13; *Büttner*, FamRZ 2007, 776; *Schnitzler*, FamRZ 2006, 241; *Zischka*, FuR 2008, 193.

⁴²⁷ *Büttner*, FamRZ 2007, 776.

⁴²⁸ BT-Dr 16/1830, 21.

⁴²⁹ OLG Koblenz 13 UF 567/03 NJW-RR 2004, 1374; *Büttner*, FamRZ 2007, 776.

⁴³⁰ *Büttner*, FamRZ 2007, 776.

⁴³¹ BGH XII ZR 159/00 FamRZ 2002, 810; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 14 mwN; *Büttner*, FamRZ 2007, 776; *Schnitzler*, FPR 2008, 44; *ders.*, FamRZ 2006, 241; *Zischka*, FuR 2008, 193.

⁴³² BGH XII ZR 180/93 NJW 1995, 655 = FamRZ 1995, 344; *Schnitzler*, FamRZ 2006, 241.

⁴³³ *Schnitzler*, FamRZ 2006, 241; *Zischka*, FuR 2008, 193.

⁴³⁴ BGH XII ZR 159/00 FamRZ 2002, 810; *Schnitzler*, FPR 2008, 44; *ders.*, FamRZ 2006, 241.

Ausschlaggebend ist daher, ob die Partner „füreinander eintreten“, was zB durch gemeinsame größere Investitionen oder gemeinsames Wohnen erfüllt sein kann.⁴³⁵

f.) Grobe Unbilligkeit

Wie bereits oben erwähnt, genügt das Vorliegen des Härtegrundes nicht allein für das Versagen des Unterhalts. Vielmehr muss zusätzlich geprüft werden, inwieweit eine „Inanspruchnahme“ des Verpflichteten *grob unbillig* wäre. Notwendig ist hier eine Gesamtabwägung aller maßgeblichen „Billigkeitsgesichtspunkte“ zur Beurteilung, ob die Unterhaltszahlungen im jeweiligen Einzelfall noch zumutbar sind.⁴³⁶ Bei den Kriterien, die in dieser Billigkeitsprüfung miteinander abgewogen werden, handelt es sich jeweils um dieselben Faktoren, unabhängig welcher Härtegrund des § 1579 BGB vorliegt.⁴³⁷ In die Beurteilung fließen die Interessen des Verpflichteten an einer Unterhaltsminderung, die Interessen des Berechtigten an den Unterhaltszahlungen, die Belange gemeinsamer Kinder, die Schwere des Härtegrundes sowie der Grad des Verschuldens mit ein.⁴³⁸ Grobe Unbilligkeit wird zB bei ehebedingter Bedürftigkeit verneint, da der Unterhalt diese gerade ausgleichen soll.⁴³⁹ Eine weitere Rolle spielt auch die wirtschaftliche Abhängigkeit des Berechtigten vom Unterhaltsverpflichteten, der sich aufgrund der „Verflechtung der beiderseitigen Lebensdispositionen“ während der Ehe vom anderen Ehegatten finanziell abgesichert fühlt.⁴⁴⁰ Zu berücksichtigen sind auch die finanziellen Belastungen des Unterhaltsverpflichteten sowie die Auswirkungen auf seinen „finanziellen Bewegungsspielraum“, die durch diese Unterhaltsleistungen eintreten.⁴⁴¹ Hinzu kommen weitere Kriterien wie Alter, Gesundheitszustand, schicksalsbedingte Lebenssituationen⁴⁴², das Prinzip der Eigenverantwortung, die lange Dauer der Ehe⁴⁴³ oder zB ob und warum der Verpflichtete den Unterhalt an den Berechtigten weiterbezahlt hat, obwohl er von der Verwirklichung eines Härtegrundes Kenntnis hatte.⁴⁴⁴

⁴³⁵ BGH XII ZR 159/00 FamRZ 2002, 810; *Schnitzler*, FPR 2008, 44.

⁴³⁶ BVerfG 1 BvR 928/92 FamRZ 1992, 1283; BGH XII ZR 89/97 FamRZ 1999, 710; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 36; *Zischka*, FuR 2008, 193 f.

⁴³⁷ *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 36.

⁴³⁸ BGH IV b ZR 58/87 FamRZ 1988, 930; *Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 31 mwN.

⁴³⁹ OLG Hamm 6 UF 42/00 FamRZ 2002, 240; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 36; *Graba in Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 37; *Büttner*, FamRZ 2007, 777.

⁴⁴⁰ BGH IV b ZR 22/82 NJW 1984, 297; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 36.

⁴⁴¹ BGH IV b ZR 348/81 FamRZ 1983, 670; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 36.

⁴⁴² BGH XII ZR 159/00 FamRZ 2002, 810; *Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 31 mwN; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 36.

⁴⁴³ BGH IV b ZR 49/84 FamRZ 1986, 443; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 36.

⁴⁴⁴ OLG Düsseldorf 3 UF 43/96 FamRZ 1997, 1159; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 36.

g.) Kinderbelange

Zusätzlich zur Billigkeitsabwägung ist stets zu prüfen, ob „die Belange eines gemeinschaftlichen Kindes“, das vom Unterhaltsberechtigten betreut wird, entsprechend der Kinderschutzklausel im Einleitungssatz des § 1579 BGB gewahrt ist.⁴⁴⁵ Betreut der geschiedene Unterhaltsberechtigte gemeinschaftliche Kinder, so schränkt dies die Versagung bzw Beschränkung des Unterhalts wegen grober Unbilligkeit ein. Die Kindeswohlinteressen und somit die Kinderbetreuung sind vorrangig gegenüber den Interessen des Unterhaltspflichtigen zu berücksichtigen.⁴⁴⁶ Nur bei Sicherstellung der Versorgung, Erziehung und Betreuung des gemeinschaftlichen Kindes ist eine Unterhaltsbeschränkung zulässig.⁴⁴⁷ Der Unterhaltsberechtigte, der für die Kindesbetreuung zuständig ist, darf wegen der Unterhaltsversagung nicht zu einer Erwerbstätigkeit gezwungen werden, die die Betreuung des Kindes unmöglich macht.⁴⁴⁸ Die Pflege und Erziehung des Kindes ist gewahrt, „soweit der Unterhalt das Maß dessen übersteigt, was der betreuende Elternteil zur Deckung seines Mindestbedarfs benötigt“.⁴⁴⁹ Dasselbe gilt, wenn der Unterhaltsberechtigte die Mittel zur Deckung dieses Mindestbedarfs von dritter Seite erhält, durch eigenes Einkommen deckt sowie wenn andere Betreuungsmöglichkeiten bestehen, zB durch einen Kindergarten, durch die Großeltern oder den neuen Partner.⁴⁵⁰ Dies darf aber nicht dazu führen, dass über das Umgangsrecht, das vom Kindeswohl und nicht von unterhaltsrechtlichen Umständen abhängt, bestimmt wird. Wenn aus diesem Grund eine Betreuung durch die Großeltern oder den neuen Lebensgefährten ausscheidet, ist es nicht zulässig, diese durch die Unterhaltsversagung zu erzwingen.⁴⁵¹ Entsprechend dem Willen des Gesetzgebers ist mit der Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes nun zu prüfen, ob der Unterhaltsberechtigte zum Unterhalt durch eine Teilzeiterwerbstätigkeit beitragen kann.⁴⁵² Da durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz zusätzlich die Eigenverantwortung der geschiedenen Ehegatten betont wird, kommt es in

⁴⁴⁵ BT-Dr 16/1830, 21; *Zischka*, FuR 2008, 194.

⁴⁴⁶ BGH IV b ZR 79/89 FamRZ 1990, 492 = NJW 1990, 1847; XII ZR 293/95 FamRZ 1997, 873; *Beutler in Bamberger/Roth BGB III*² § 1579 Rz 32; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 40; *Graba in Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 39; *Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 32.

⁴⁴⁷ *Zischka*, FuR 2008, 194.

⁴⁴⁸ *Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 32.

⁴⁴⁹ BGH XII ZR 153/95 FamRZ 1997, 671; BT-Dr 16/1830, 21; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 40; *Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 32; *Zischka*, FuR 2008, 194.

⁴⁵⁰ BGH XII ZR 153/95 FamRZ 1997, 671; OLG Zweibrücken 5 UF 28/00 FamRZ 2001, 833; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 40; *Beutler in Bamberger/Roth BGB III*² § 1579 Rz 33 mwN; *Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 33; *Zischka*, FuR 2008, 194.

⁴⁵¹ *Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 33.

⁴⁵² BT-Dr 16/1830, 21; *Büttner*, FamRZ 2007, 777; *Zischka*, FuR 2008, 194.

Zukunft in vielen Fällen wohl nicht mehr zur Blockierung des Verwirkungstatbestandes durch die Kinderschutzklausel, wenn das Kind älter als drei Jahre ist.⁴⁵³

h.) Beweislast

Für die rechtsvernichtende und von Amts wegen wahrzunehmende Einwendung trägt der *Unterhaltsverpflichtete die Darlegungs- und Beweislast*.⁴⁵⁴ Zu beweisen ist nicht nur das Vorliegen des Härtegrundes, sondern auch die Umstände, die die grobe Unbilligkeit begründen.⁴⁵⁵ Der Berechtigte hat die gegen ihn erhobenen Vorwürfe zu widerlegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass sie unrichtig sind.⁴⁵⁶ Beachtliche Gegenvorwürfe des Unterhaltsberechtigten, die im Falle der Richtigkeit die Bejahung der groben Unbilligkeit ausschließen würden, hat der Verpflichtete auszuräumen.⁴⁵⁷ Gerät er dadurch in „unüberwindliche Beweisschwierigkeiten“ und kann er diese Gegenvorwürfe nur in Abrede stellen, so werden an die Darlegungs- und Beweislast keine hohen Anforderungen gestellt.⁴⁵⁸

Hat der Unterhaltsverpflichtete zu beweisen, dass der Unterhaltsberechtigte in einer eheähnlichen Beziehung lebt, so kommt ihm der Grundsatz des Anscheinsbeweises zugute. Dh das Vorliegen einer solchen eheähnlichen Beziehung kann bejaht werden, wenn Umstände gegeben sind, „die nach der allgemeinen Lebenserfahrung für dessen Bestehen sprechen“.⁴⁵⁹ Der Unterhaltspflichtige trägt zwar die Darlegungslast bezüglich des Bestehens der nichtehelichen Lebensgemeinschaft; Umstände, die in den Wahrnehmungsbereich des Berechtigten gehören, hat er jedoch nur zu behaupten bzw darauf hinzuweisen. Dem Unterhaltsberechtigten wird dabei zugemutet, sich zu diesen behaupteten Tatsachen „substantiiert zu äußern“, wobei ein bloßes Bestreiten nicht ausreicht. Kommt der Berechtigte dieser ihm zugemuteten Äußerung nicht nach, gelten die Behauptungen des

⁴⁵³ Schnitzler, FPR 2008, 44.

⁴⁵⁴ BGH XII ZR 1/90 FamRZ 1991, 670 = NJW 1991, 1291; Borth in Schwab 875; Beutler in Bamberger/Roth BGB III² § 1579 Rz 38; Brudermüller in Palandt, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 42; Graba in Erman, BGB II¹² § 1579 Rz 47.

⁴⁵⁵ BGH IV b ZR 38/82 FamRZ 1984, 364; Borth in Schwab 875.

⁴⁵⁶ BGH IV b ZR 73/88 NJW-RR 1989, 1218 = FamRZ 1989, 1054; Beutler in Bamberger/Roth BGB III² § 1579 Rz 38.

⁴⁵⁷ BGH IV b ZR 654/80 FamRZ 1982, 463; IV b ZR 348/81 FamRZ 1983, 670; Brudermüller in Palandt, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 42; Graba in Erman, BGB II¹² § 1579 Rz 47; Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB³ § 1579 Rz 36.

⁴⁵⁸ BGH IV b ZR 654/80 FamRZ 1982, 463; Brudermüller in Palandt, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 42; Graba in Erman, BGB II¹² § 1579 Rz 47; Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB³ § 1579 Rz 36.

⁴⁵⁹ Borth in Schwab 876.

Unterhaltspflichtigen als zugestanden.⁴⁶⁰ Um das Vorliegen einer verfestigten Lebensgemeinschaft zu beweisen, können vom Unterhaltspflichtigen Umstände wie gemeinsame Kinder und das Zusammenleben von mehr als einem Jahr dargelegt werden.⁴⁶¹

Detektivkosten, die zur Beweiserbringung aufgebracht wurden, können „als notwendige Kosten der Rechtsverfolgung“ zu ersetzen sein.⁴⁶²

3.2.3 Unterhaltsrechtliche Auswirkungen

Der Unterhaltsanspruch kann gem § 1579 BGB *betragsmäßig herabgesetzt, zeitlich begrenzt oder gänzlich ausgeschlossen* werden. Welche Sanktion, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Billigkeit zur Anwendung kommt, entscheiden die Umstände des Einzelfalles.⁴⁶³ Ausschlaggebende Rolle spielt, unabhängig davon um welchen Härtegrund es sich handelt, inwieweit dem Verpflichteten die Belastung zugemutet werden kann. In diese Beurteilung fließen auch das Verhältnis der Ehegatten zueinander sowie die Belange des gemeinschaftlichen Kindes, welche Vorrang genießen, mit ein. Dies bedeutet aber nicht, dass im Einzelfall nicht auch die Interessen des Unterhaltsschuldners zu bevorzugen sind.⁴⁶⁴ Aufgrund der Elastizität der Härteklausel ist auch eine abgestufte Begrenzung möglich. Hierbei sind verschiedene Ausgestaltungen möglich. Ein zuerst zeitlich begrenzter und herabgesetzter Unterhalt wird zB später völlig versagt, oder ein zunächst uneingeschränkter Unterhalt wird zuerst herabgesetzt und erst danach völlig versagt.⁴⁶⁵

Für die Härteklausel im Allgemeinen gilt, dass die Belange der Ehegatten allein für die Auswahl der Sanktion ausschlaggebend sind, wenn keine Kindesinteressen zu wahren sind. Bei der Beurteilung, ob durch die Unterhaltsleistung eine unzumutbare Belastung für den Verpflichteten eintreten würde, spielt sein Einkommen die maßgebliche Rolle.⁴⁶⁶ Auf Seiten des Unterhaltsberechtigten sind Umstände, wie die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt⁴⁶⁷ oder seine Dienste für die Familie angemessen zu würdigen.⁴⁶⁸

⁴⁶⁰ BGH IV b ZR 78/85 NJW 1987, 1201; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 42.

⁴⁶¹ *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 42.

⁴⁶² OLG Schleswig 15 WF 363/04 FamRZ 2006, 352; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 42.

⁴⁶³ *Graba in Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 42; *Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 34.

⁴⁶⁴ *Graba in Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 42.

⁴⁶⁵ *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 37; *Graba in Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 42.

⁴⁶⁶ BGH IV b ZR 22/82 FamRZ 1984, 154; *Graba in Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 43.

⁴⁶⁷ BGH IV b ZR 348/81 FamRZ 1983, 670; *Graba in Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 43.

⁴⁶⁸ BGH IV b ZR 48/85 FamRZ 1986, 889; *Graba in Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 43.

Für eine Unterhaltsherabsetzung unter das Existenzminimum müssen gewichtige Gründe vorliegen.⁴⁶⁹ Wenn dem Verpflichteten aufgrund der Unterhaltshöhe aber nur weniger „als der angemessene Eigenbedarf“ bleibt, so wird der Unterhalt des Bedürftigen auf den notwendigen Bedarf gekürzt.⁴⁷⁰ Der Unterhaltsberechtigte hat sich nicht nur das erhaltene Erziehungsgeld⁴⁷¹ und freiwillige Leistungen Dritter⁴⁷², sondern auch Einkommen aus unzumutbarer Arbeit als Einkünfte anzurechnen.⁴⁷³ Der unterhaltsberechtigten Ehegatte, der in einer verfestigten Lebensgemeinschaft lebt und in dieser für die Haushaltsführung zuständig ist, hat sich die vom anderen Partner dafür erhaltenen finanziellen Beiträge oder sonstige Leistungen anzurechnen. Dies erfolgt unabhängig davon, ob die Partner darüber eine Abrede getroffen haben.⁴⁷⁴ Sonstige Zuwendungen, die zu einer Minderung der Bedürftigkeit führen, sind vor allem das Zur-Verfügung-Stellen der Wohnung und die Übernahme von allgemeinen Kosten wie Heizung, Strom oder Lebensmittel.⁴⁷⁵

Eine zeitliche Begrenzung des Unterhalts kommt dann in Frage, wenn in naher Zukunft eine finanzielle Besserstellung in Sicht ist⁴⁷⁶ oder aufgrund des nahenden Endes der Kinderbetreuung eine ganztägige Erwerbstätigkeit ausgeübt werden kann.⁴⁷⁷ Wird in diesem Fall keine zeitliche Begrenzung angeordnet, so muss der Verpflichtete eine Minderung seiner Unterhaltspflicht geltend machen, sobald die Möglichkeit, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, gegeben ist.⁴⁷⁸

Bei Vorliegen einer verfestigten Lebensgemeinschaft tritt der ansonsten zu berücksichtigende Aspekt der Ehedauer zurück⁴⁷⁹ und führt in der Regel zur Versagung des Unterhaltsanspruchs. Dies gilt jedoch nicht für den Unterhaltsanspruch nach § 1570 BGB, der den Unterhalt für die Kinderbetreuung anordnet.⁴⁸⁰ Eine gänzliche Unterhaltsversagung kann zB dann

⁴⁶⁹ BGH IV b ZR 51/82 FamRZ 1984, 356; *Graba in Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 43.

⁴⁷⁰ BGH IV b ZR 78/88 FamRZ 1989, 1279; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 38.

⁴⁷¹ BGH IV b ZR 78/88 FamRZ 1989, 1279.

⁴⁷² *Borth in Schwab* 839 f.

⁴⁷³ BGH XII ZR 85/89 FamRZ 1990, 1091.

⁴⁷⁴ BGH IV b ZR 527/80 NJW 1980, 1686 = FamRZ 1980, 665; IV b ZR 64/82 NJW 1984, 2358 = FamRZ 1984, 662; *Borth in Schwab* 838.

⁴⁷⁵ *Borth in Schwab* 1072.

⁴⁷⁶ OLG Celle 18 UF 87/91 NJW-RR 1992, 1349.

⁴⁷⁷ BGH XII ZR 153/95 FamRZ 1997, 671; *Borth in Schwab* 838 f; *Rauscher*, Familienrecht² Rz 630.

⁴⁷⁸ *Borth in Schwab* 839.

⁴⁷⁹ BGH IV b ZR 49/84 FamRZ 1986, 443.

⁴⁸⁰ *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 37.

ausgesprochen werden, wenn ein Ehegatte aus einer zwanzigjährigen und kinderlosen Ehe aufgrund eines treuwidrigen Verhältnisses ausbricht und nach der Scheidung diese Beziehung fortführt.⁴⁸¹ Zur Versagung des Unterhalts kommt es auch, wenn die Betreuung des Kindes nicht mehr notwendig ist oder durch Angehörige oder den Partner erfolgen kann und somit der Berechtigte einer Berufstätigkeit nachgehen kann.⁴⁸²

Aufgrund einer Billigkeitsabwägung kann es anstelle zu einer Versagung auch zu einer Kürzung des Unterhalts kommen, weil sich die Unterhaltsberechtigte zB bereits in einem vorgerückten Alter befindet (55 Jahre), sie während 30-jähriger Ehe vier Kinder aufgezogen hat und die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Unterhaltspflichtigen relativ gut sind.⁴⁸³

3.2.4 Wiederaufleben des Unterhaltsanspruches

§ 1586 a BGB enthält eine ausdrückliche Regelung bezüglich des Wiederauflebens des Unterhaltsanspruches. Dies betrifft den Fall, dass ein geschiedener Ehegatte aufgrund einer neuen Heirat seinen Unterhaltsanspruch verliert. Handelte es sich hier um einen Anspruch nach § 1570 BGB wegen der Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes, so lebt dieser Anspruch gem § 1586 a BGB wieder auf, wenn auch diese neue Ehe geschieden wird.⁴⁸⁴

Die frühere Rechtsprechung vertrat die Meinung, dass eine Versagung bzw Beschränkung des Unterhalts nach § 1579 BGB endgültig sei.⁴⁸⁵ Nach wiederholten Stellungnahmen des BGH zu dieser Problematik⁴⁸⁶, sprach dieser aus, dass die Sanktion nach § 1579 BGB nicht notwendig dauerhaft sein muss und somit ein verwirkter Unterhaltsanspruch wieder aufleben kann.⁴⁸⁷ Dies kommt vor allem bei Auflösung der verfestigten Lebensgemeinschaft in

⁴⁸¹ *Maurer in Rebmann/Säcker/Rixecker*, MünchKomm VII/ I⁴ § 1579 Rz 79.

⁴⁸² *Borth in Schwab* 840.

⁴⁸³ BGH IV b ZR 348/81 FamRZ 1983, 470.

⁴⁸⁴ *Borth in Schwab* 873.

⁴⁸⁵ OLG Hamm 3 UF 241/80 FamRZ 1981, 257; OLG Celle 19 UF 63/81 FamRZ 1982, 697; *Borth in Schwab* 873.

⁴⁸⁶ BGH IV b ZR 49/84 FamRZ 1986, 443; *Borth in Schwab* 873.

⁴⁸⁷ BGH IV b ZR 79/86 NJW-RR 1988, 70 = FamRZ 1987, 1238; IV b ZR 61/86 FamRZ 1987, 689 = NJW 1987, 3129; OLG Hamm 6 UF 459/93 FamRZ 1996, 1080; *Borth in Schwab* 873; *Beutler in Bamberger/Roth BGB III*² § 1579 Rz 39; *Brudermüller in Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 39; *Graba in Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 45.

Betracht.⁴⁸⁸ Das Gericht hat je nach Umständen des Einzelfalles eine neue Billigkeitsabwägung durchzuführen⁴⁸⁹ und zu prüfen, ob die wegen geänderter Tatsachen wiederaufgelebte Belastung eine Unzumutbarkeit für den Verpflichteten bedeutet.⁴⁹⁰ Das Wiederaufleben des Unterhaltsanspruchs wird den Verpflichteten umso härter treffen, je länger der Unterhalt ausgeschlossen bzw gemindert war.⁴⁹¹ Zu berücksichtigende Umstände sind neben der Dauer der Ehe, da sie eine maßgebliche Bedeutung für die Unterhaltspflicht hat⁴⁹², auch die Zeit, in der der Berechtigte in einer verfestigten Lebensgemeinschaft gelebt hat, sowie die jetzige Situation des Verpflichteten. Die von ihm, im Vertrauen auf die weggefallene Unterhaltspflicht, vorgenommenen wirtschaftlichen Dispositionen sind in die Beurteilung mit einzubeziehen.⁴⁹³

Wurde der Unterhaltsanspruch aufgrund anderer Härtetatbestände ausgeschlossen, so kommt es in der Regel zu keinem Wiederaufleben. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Verpflichtete das Handeln des Berechtigten, das die Anwendung der Härteklausele ausgelöst hat, verziehen hat.⁴⁹⁴

⁴⁸⁸ BGH IV b ZR 61/86 FamRZ 1987, 689 = NJW 1987, 3129; OLG Nürnberg 10 UF 201/02 FuR 2002, 328; OLG Hamm 11 UF 2/06 FamRZ 2007, 1106; Borth in Schwab 873; Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB³ § 1579 Rz 35.

⁴⁸⁹ OLG Nürnberg 10 UF 201/02 FuR 2002, 328; Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB³ § 1579 Rz 35.

⁴⁹⁰ Borth in Schwab 873; Graba in Erman, BGB II¹² § 1579 Rz 45; Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB³ § 1579 Rz 35.

⁴⁹¹ BGH IV b ZR 61/86 FamRZ 1987, 689 = NJW 1987, 3129; Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB³ § 1579 Rz 35.

⁴⁹² BGH IV b ZR 61/86 FamRZ 1987, 689 = NJW 1987, 3129; Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB³ § 1579 Rz 35.

⁴⁹³ BGH IV b ZR 61/86 FamRZ 1987, 689 = NJW 1987, 3129; Brudermüller in Palandt, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 39; Graba in Erman, BGB II¹² § 1579 Rz 45.

⁴⁹⁴ Soyka in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB³ § 1579 Rz 35.

IV. Rechtsvergleich zwischen österreichischem und deutschem Recht

4.1 Prüfung des Vorliegens der nichtehelichen (verfestigten) Lebensgemeinschaft

Damit unterhaltsrechtliche Folgen aufgrund einer Lebensgemeinschaft eintreten können, muss deren Vorliegen zuerst geprüft und bejaht werden. Wie in Österreich existiert auch in Deutschland *keine gesetzliche Definition für die nichteheliche Lebensgemeinschaft*. In beiden Ländern ist man daher auf die Rechtsprechung angewiesen, die bestimmte Kriterien für das Vorliegen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft entwickelt hat.⁴⁹⁵ Anders als in Österreich enthält das BGB in Deutschland aber den Begriff der Lebensgemeinschaft, und zwar in § 1579 Nr 2 BGB, der vorschreibt, dass eine *verfestigte Lebensgemeinschaft* zur Versagung bzw Beschränkung des Unterhalts führt.⁴⁹⁶

Die österreichische Rechtsprechung prüft das Vorliegen der Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft, die Dauer sowie die Eheähnlichkeit,⁴⁹⁷ wobei das Kriterium der Eheähnlichkeit für das Eintreten des Ruhens des nahehelichen Unterhaltsanspruchs keine Rolle mehr spielt, da diese Sanktion auch im Fall einer gleichgeschlechtlichen Beziehung eintritt.⁴⁹⁸ Seit der Einführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes gilt auch in Deutschland, dass das Eingehen einer gleichgeschlechtlichen Beziehung unterhaltsrechtliche Folgen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auslösen kann.⁴⁹⁹

Auch der BGH hat zur Konkretisierung des Begriffs der verfestigten Lebensgemeinschaft gewisse Kriterien entwickelt. Im Gegensatz zum OGH, der keine genaue zeitliche Dauer der Lebensgemeinschaft vorgibt, verlangt die deutsche Rechtsprechung eine Dauer der verfestigten Lebensgemeinschaft von zwei bis drei Jahren, wobei die verfestigte

⁴⁹⁵ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 239 ff; *dies*, NZ 1999, 201 f; *Klaar*, AnwBl 1989, 18; *Stabentheiner*, NZ 1995, 51; *Ivo* in *Süß/Ring* 453; *Martiny* in *Scherpe/Yassari* 80; *Schreiber*, FPR 2001, 13.

⁴⁹⁶ BT-Dr 16/1830, 21.

⁴⁹⁷ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 240; *dies*, NZ 1999, 202; *Stabentheiner*, NZ 1995, 51.

⁴⁹⁸ OGH 6 Ob 28/07x EvBl 2007/110 (zust *Deixler-Hübner*) = EFSlg 117.475 = JusGuide 2007/19/4674 = RZ-EÜ 2007/277 = EF-Z 2007/130 (zust *Aichhorn*) = iFamZ 2007/105 (zust *Deixler-Hübner*) = JBl 2007, 516 = Zak 2007/299.

⁴⁹⁹ BGH XII ZR 159/00 FamRZ 2002, 810.

Lebensgemeinschaft, wie bereits oben erläutert, je nach Umständen des Einzelfalles, auch früher vorliegen kann.⁵⁰⁰

In beiden Fällen genügt eine bloße Wohngemeinschaft für die Bejahung einer (verfestigten) Lebensgemeinschaft nicht. Auch bezüglich des Erfordernisses der Geschlechtsgemeinschaft besteht eine Ähnlichkeit, da ihr Fehlen für die Judikatur keine allzu große Relevanz hat.⁵⁰¹

Trotz einer gesetzlichen Verankerung des Begriffs der verfestigten Lebensgemeinschaft ist somit auch die Rechtsprechung in Deutschland weiterhin auf die von ihr entwickelten Grundsätze und Kriterien bezüglich des Vorliegens einer verfestigten Lebensgemeinschaft angewiesen. Eine Prüfung des jeweiligen Einzelfalles ist daher in beiden Fällen notwendig, wobei aufgrund der präzise geforderten Kriterien, wie zB der Dauer, in Deutschland mA nach eine einheitlichere und besser nachvollziehbare Rechtsprechung möglich ist.

4.2 Unterhaltsrechtliche Auswirkungen aufgrund des Eingehens einer (verfestigten) Lebensgemeinschaft

Wird das Vorliegen der (verfestigten) Lebensgemeinschaft bejaht, so werden in beiden Fällen *unterhaltsrechtliche Folgen* ausgelöst. Im Gegensatz zu Österreich, wo es bezüglich dieser Problematik keine gesetzliche Regelung gibt⁵⁰², existiert in Deutschland seit dem Unterhaltsrechtsänderungsgesetz 2008 eine ausdrückliche Regelung in § 1579 Nr 2 BGB, die eine Versagung, zeitliche Begrenzung oder Herabsetzung des Unterhalts bei Eingehen einer verfestigten Lebensgemeinschaft anordnet. Diese Neuregelung diene vor allem der Entlastung des Auffangtatbestandes § 1579 Nr 7 aF BGB, unter den das Eingehen einer Lebensgemeinschaft zuvor subsumiert wurde, weshalb eine „unüberschaubare Kasuistik“ entstanden ist.⁵⁰³

Seit 1954 judiziert der OGH einheitlich, dass das Ruhen des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft unabhängig von einer Versorgung durch den neuen Lebensgefährten eintritt.⁵⁰⁴ Diese Rechtsprechung ist in der Lehre nicht nur auf Befürwortung gestoßen, sie fordert vor allem anstelle eines Ruhens des Unterhaltsanspruchs einen

⁵⁰⁰ Vgl Seite 64.

⁵⁰¹ *Schnitzler*, FamRZ 2006, 240 f; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰, 240.

⁵⁰² *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 7.

⁵⁰³ BT-Dr 16/1830, 21.

⁵⁰⁴ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 4.

Differenzanspruch des Unterhaltsberechtigten. Nur bei tatsächlich erhaltenen Leistungen des neuen Partners kann ihrer Ansicht nach eine Rechtfertigung in dieser Unterhaltssanktion erblickt werden.⁵⁰⁵

Seit dem Unterhaltsrechtsänderungsgesetz 2008 spielt auch in Deutschland die Leistungsfähigkeit des neuen Partners für die Versagung bzw Beschränkung des Unterhalts keine Rolle mehr.⁵⁰⁶ Diese Gesetzesänderung wurde jedoch von einem Teil der Lehre kritisiert, da die Unterhaltsversagung bei einem leistungsunfähigen Partner eine Verletzung der nahehelichen Solidarität darstelle.⁵⁰⁷

Das bedeutet, dass sowohl in Österreich, als auch in Deutschland die Irrelevanz der Leistungsfähigkeit des neuen Lebensgefährten auf von der Rechtsprechung unberücksichtigte Kritik stößt. Unterschiede bestehen jedoch in der Begründung sowie in den (meisten) von den Gerichten auszusprechenden unterhaltsrechtlichen Sanktionen. Im Unterhaltsbegehren während aufrechter Lebensgemeinschaft wird vom OGH *Sittenwidrigkeit* erblickt, da andernfalls der geschiedene Unterhaltspflichtige die Lebensgemeinschaft finanzieren würde. Außerdem soll dadurch eine Besserstellung der Lebensgemeinschaft gegenüber der Ehe, die zum Erlöschen des Anspruchs führt, vermieden werden.⁵⁰⁸

Dagegen lautet die Begründung in Deutschland, dass die (volle) Unterhaltspflicht dem Unterhaltspflichtigen *objektiv nicht zumutbar* ist.⁵⁰⁹ Großer Unterschied besteht darin, dass die deutsche Rechtsprechung in jedem Einzelfall eine umfassende Billigkeitsabwägung durchführt und nur, wenn zusätzlich zum Bestehen der verfestigten Lebensgemeinschaft die fortdauernde Unterhaltspflicht für den Unterhaltspflichtigen grob unbillig erscheint, treten unterhaltsrechtliche Sanktionen ein.⁵¹⁰ Dadurch wird eine Einzelfallgerechtigkeit sichergestellt, wobei vor allem persönliche Umstände der Ehegatten sowie die Kinderbelange berücksichtigt werden können.⁵¹¹ Im Gegensatz dazu genügt für die Rechtsfolge des Ruhens des Unterhaltsanspruchs allein das Vorliegen der Lebensgemeinschaft. ME wäre diese

⁵⁰⁵ Binder in Harrer/Zitta 684; Gimpel-Hinteregger in Harrer/Zitta 645; Verschraegen, ZfRV 1983, 135 f; Wischounig, ÖA 1999, 112.

⁵⁰⁶ BT-Dr 16/1830, 21.

⁵⁰⁷ Schwab, FamRZ 2005, 1420; Verschraegen, FPR 2005, 331; Wellenhofer, FamRZ 2007, 1286.

⁵⁰⁸ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

⁵⁰⁹ Rauscher, Familienrecht² Rz 623.

⁵¹⁰ Rauscher, Familienrecht² Rz 622.

⁵¹¹ Rauscher, Familienrecht² Rz 621 f.

Billigkeitsabwägung auch in Österreich begrüßenswert, da dadurch mehrere Umstände in die Beurteilung mit einfließen und somit zu sachgerechteren Lösungen führen würden.

Aufgrund dieser Billigkeitsabwägung kommen verschiedene Rechtsfolgen, und zwar die Versagung, zeitliche Beschränkung oder Herabsetzung des Unterhalts in Frage,⁵¹² während demgegenüber die österreichische Rechtsprechung in jedem Fall das Ruhen des Unterhaltsanspruchs judiziert.⁵¹³ Dh, dass in Deutschland neben der völligen Versagung des Unterhalts auch abgestufte Formen möglich sind, wodurch mA nach nichtvertretbare Härten für den Unterhaltsberechtigten vermieden werden und daher sachgerechte Entscheidungen getroffen werden können.

Eine Gemeinsamkeit kann darin erblickt werden, dass nach Beendigung der (verfestigten) Lebensgemeinschaft der Unterhaltsanspruch wieder auflebt.⁵¹⁴ Die deutsche Rechtsprechung verlangt hier wiederum eine neue Billigkeitsabwägung sowie die Prüfung, ob die Unterhaltsleistungen die Grenze der Zumutbarkeit für den Unterhaltspflichtigen übersteigen würde.⁵¹⁵ Im Unterschied zur österreichischen Judikatur, spielen die in dieser Zwischenzeit vom Unterhaltspflichtigen vorgenommenen finanziellen Dispositionen eine Rolle.⁵¹⁶

4.3 Anregungen aus der deutschen Rechtslage für Österreich

Mangels einer gesetzlichen Regelung in Österreich und aufgrund der Tatsache, dass die österreichische Rechtsprechung bezüglich des Ruhens des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft in der Lehre auf zunehmende Kritik stößt, drängt sich die Frage auf, ob die jetzige Judikatur beibehalten werden sollte oder nicht, oder ob man, entsprechend unserem Nachbarland, eine Gesetzesänderung durchführen sollte.

Es kann nicht geleugnet werden, dass die österreichische Rechtsprechung aufgrund der vermehrten kritischen Auseinandersetzung durch die Lehre, nicht zufriedenstellend ist, weshalb ihre Beibehaltung mA nach nicht befürwortet werden kann. Fraglich ist jedoch, ob

⁵¹² Vgl Seite 71 ff.

⁵¹³ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

⁵¹⁴ OGH 3 Ob 209/99b EFSlg 93.846 = RZ 2001/5; BGH IV b ZR 79/86 FamRZ 1987, 1238; IV b ZR 61/86 FamRZ 1987, 689 = NJW 1987, 3129; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht² Rz 787; *Borth* in *Schwab* 873; *Beutler* in *Bamberger/Roth* BGB III² § 1579 Rz 39.

⁵¹⁵ *Soyka* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 35.

⁵¹⁶ OGH 3 Ob 115, 116/90 JBl 1991, 589; BGH IV b ZR 61/86 FamRZ 1987, 689 = NJW 1987, 3129; *Brudermüller* in *Palandt*, BGB VII⁶⁸ § 1579 Rz 39.

aus den skeptischen Stimmen der Lehre etwas zu gewinnen ist und ob sie zu einer konstruktiven Änderung beitragen würden.

Vor allem von *Verschraegen* und *Gimpel-Hinteregger* wurde das Argument der Sittenwidrigkeit in Frage gestellt. *Verschraegen* behauptet, es handle sich dabei nur um ein „Scheinargument“, letztendlich bringt sie jedoch keine eigenen Lösungsansätze, die zu einer anderen Begründung dieser Rechtsprechung führen würden.⁵¹⁷ Auch für *Gimpel-Hinteregger* ist dieses Argument bedenklich, da ihrer Meinung nach § 879 ABGB nur bei Rechtsgeschäften, nicht jedoch in diesem Fall anwendbar sei. Bezüglich der Anwendung des Rechtsmissbrauchs, der an der Sittenwidrigkeit gemessen wird, bringt sie eine Interessensabwägung ins Spiel, die mit der Billigkeitsabwägung des § 1579 BGB verglichen werden kann.⁵¹⁸

Wie ich bereits oben ausgeführt habe, bin auch ich der Meinung, dass solch eine *Abwägung der Interessen* der ehemaligen Gatten zum Vorteil wäre, da sie zu gerechteren Entscheidungen beitragen kann. Neben dem Kindesbelange könnten vor allem die Beurteilung der Zumutbarkeit dieser Belastung für den Unterhaltspflichtigen sowie unterhaltsrelevante Tatsachen auf Seiten des Unterhaltsberechtigten in die Entscheidung miteinbezogen werden. Je nachdem, welche Interessen überwiegen, könne eine sachgerechte Lösung in jedem Einzelfall gefunden werden, was im Gegensatz zur aktuellen Rechtslage, wonach nur das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft das pauschale Ruhen des Anspruchs eintreten lässt⁵¹⁹, mA nach nicht möglich ist.

Daneben hat sich auch *Lammer* sehr ausführlich mit diesem Thema auseinandergesetzt, indem er vor allem verfassungsrechtliche Bedenken bezüglich dieser Rechtsprechung äußert. Wie bereits ausgeführt, erblickt er darin einen Verstoß gegen Art 8 und 14 EMRK, weshalb er zu dem Schluss kommt, dass das Eingehen einer Lebensgemeinschaft überhaupt keinen Einfluss auf den Unterhaltsanspruch haben dürfe.⁵²⁰ Dies wird jedoch neben *Gitschthaler*⁵²¹ auch vom OGH verneint.⁵²² Auch meiner Ansicht nach kann diese Auffassung nicht zu einer Änderung der Rechtsprechung beitragen, vor allem deswegen, da nicht vertreten werden könne, dass das

⁵¹⁷ *Verschraegen*, ZfRV 1983, 134 f.

⁵¹⁸ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 641 f.

⁵¹⁹ OGH 25.2.2009, 3 Ob 6/09t; 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

⁵²⁰ *Lammer*, ÖJZ 1999, 62.

⁵²¹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 75 Rz 6; *Gitschthaler*, *Unterhaltsrecht*² (2008) Rz 783.

⁵²² OGH 3 Ob 204/99t JBl 2000, 530.

Vorliegen einer neuen Lebensgemeinschaft für den Unterhaltsanspruch völlig unberücksichtigt bleiben kann.

In der Lehre wird überwiegend nun ein *Differenzanspruch* für den Unterhaltsberechtigten gefordert⁵²³, was jedoch aufgrund des Arguments der Beweisschwierigkeit vom OGH abgelehnt wird.⁵²⁴ *Verschraegen* und *Gimpel-Hinteregger* gehen dabei von der Überlegung aus, dass sich der Umfang des Unterhalts nach dem Bedarf des Unterhaltsberechtigten bemisst. Die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten verringere sich daher nur dann, wenn er tatsächliche Leistungen von seinem neuen Lebensgefährten erhält. Die Leistungen habe sich der Unterhaltsberechtigte auf seinen Unterhaltsanspruch anzurechnen, der eben je nach Ausmaß dieser Zuwendungen herabgesetzt wird. Das vorliegende Problem der Beweisschwierigkeit beurteilen sie als nicht ausreichend, um die Anwendung des Differenzanspruchs zu verhindern und gehen im Übrigen nicht näher darauf ein.⁵²⁵

Für einen Differenzanspruch sprechen aber mA nach vor allem die von *Binder* und *Deixler-Hübner* vorgebrachten Argumente. *Binder* vergleicht den Fall des Ruhens mit dem Fall der Hinterbliebenenrente nach § 1327 ABGB, wonach sich die Witwe die Vorteile, die sie aus der Lebensgemeinschaft erhält, anrechnen muss.⁵²⁶ Und *Deixler-Hübner* verlangt eine Gleichstellung mit der Rechtsprechung, wonach sich der Unterhaltsanspruch, des in einer Lebensgemeinschaft lebenden Kindes gegenüber den Eltern in dem Umfang reduziert, als es tatsächlich von seinem Lebensgefährten Leistungen erhält.⁵²⁷ In beiden Fällen erblickt der OGH keine Schwierigkeiten bezüglich der Beweiserbringung der tatsächlich erhaltenen Leistungen vom Lebensgefährten und mindert je nach ihrem Umfang den Unterhaltsanspruch gegenüber dem Unterhaltspflichtigen.⁵²⁸ Eine unterschiedliche Behandlung dieser ähnlichen Sachverhalte ist auch meiner Meinung nach nicht nachvollziehbar, da die beiden Fälle zeigen, dass eine Anrechnung der Zuwendungen des Lebensgefährten doch ohne größere Probleme möglich ist. Die Berücksichtigung der Leistungen des Lebensgefährten würde das automatische Eintreten des Ruhens des Unterhaltsanspruchs verhindern, wodurch

⁵²³ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 645; *Meissel*, EF-Z 2007, 214; *Verschraegen*, ZfRV 1983, 136; *Wischounig*, ÖA 1999, 112.

⁵²⁴ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

⁵²⁵ *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/Zitta* 645; *Verschraegen*, ZfRV 1983, 135 f.

⁵²⁶ *Binder* in *Harrer/Zitta* 684 f.

⁵²⁷ *Deixler-Hübner*, *Scheidung*¹⁰, 245.

⁵²⁸ OGH 8 Ob 174/80 SZ 53/155; 6 Ob 504/93 EFSlg 70.751; 4 Ob 305/97z SZ 70/225 = EvBl 1998/54 = EFSlg 83.228 = ÖJZ-LSK 1998/47.

sachgerechtere Entscheidungen möglich wären. Dies käme vor allem Frauen zugute, die von ihrem neuen Lebensgefährten nicht ausreichend Unterhalt erhalten und daher auf den Unterhaltsanspruch gegenüber dem geschiedenen Gatten angewiesen sind. Durch die, wie vorhin besprochen, zusätzliche Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der ehemaligen Gatten aufgrund einer Billigkeitsabwägung könnten für jeden Einzelfall sachgerechte und flexiblere Lösungen gefunden werden.

Ohne eine neue gesetzliche Regelung einzuführen, wäre mein Vorschlag daher, die Rechtsprechung dahingehend zu ändern, dass neben der Leistungen des Lebensgefährten die sonstigen Umstände der geschiedenen Gatten in die Beurteilung des Unterhaltsumfanges miteinfließen würden. Je nach Ergebnis dieser Abwägungen wäre ein herabgesetzter bis gänzlicher Ausschluss des Unterhaltsanspruchs möglich.

In meinen Augen würde jedoch eine gesetzliche Regelung viel mehr Rechtssicherheit und Klarheit schaffen. Neben *Deixler-Hübner* tritt auch *Wischounig* an den Gesetzgeber heran, indem sie eine rechtliche Norm zur Regelung dieser Problematik fordern, um die bestehenden Unsicherheiten zu beseitigen.⁵²⁹ Dabei wären mA nach mehrere Möglichkeiten denkbar.

Zuerst könnte man vor allem über die Grenze schauen und die gesetzliche Regelung in Deutschland als Unterstützung für eine Gesetzesänderung heranziehen. Nach der derzeitigen Rechtslage in Österreich und Deutschland würden die Gerichte bei denselben Sachverhalten wohl zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Aufgrund der ständigen Rechtsprechung des OGH kommt es bei Vorliegen einer Lebensgemeinschaft zum Ruhen des Unterhaltsanspruchs.⁵³⁰ Demgegenüber führt eine verfestigte Lebensgemeinschaft gem § 1579 Nr 2 BGB, wobei zusätzlich aufgrund einer durchzuführenden Billigkeitsabwägung die Unterhaltslast für den Verpflichteten unzumutbar sein muss, je nach deren Ergebnis zur Versagung, zur zeitlichen Begrenzung oder zur Herabsetzung des Anspruchs.⁵³¹ Unabhängig vom Vorliegen sonstiger Tatsachen, wie Kinderbetreuung, Alter, Gesundheitszustand usw wird dem Unterhaltsberechtigten in Österreich beim Eingehen einer Lebensgemeinschaft der Unterhalt versagt. Anders in Deutschland, wo gerade diese Gegebenheiten eine wesentliche

⁵²⁹ *Deixler-Hübner* in *Gaisbauer* 44; *Wischounig*, ÖA 1999, 112.

⁵³⁰ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228; 7 Ob 237/99z EFSIlg 90.375; 6 Ob 298/03x EFSIlg 108.292; 3 Ob 132/07v EFSIlg 117.473; LGZ Wien 44 R 356/02a EFSIlg 100.932.

⁵³¹ *Schwab*, Familienrecht¹⁶ Rz 419.

Rolle spielen⁵³² und je nach Vorliegen flexible Abstufungen des Unterhaltsanspruchs erlauben. Um ein ähnliches Resultat auch in Österreich zu erzielen, müsse daher eine neue gesetzliche Regelung eingeführt oder eine bereits bestehende geändert werden.

Anstelle der Einführung einer neuen Norm in den Unterhaltstatbeständen würde sich § 74 EheG vielleicht für eine Änderung anbieten. Nach hM wird das Bestehen einer Lebensgemeinschaft nicht unter den Verwirkungstatbestand subsumiert.⁵³³ Zu denken wäre an eine Einfügung des Begriffs der Lebensgemeinschaft, aufgrund deren Vorliegens der Unterhaltsanspruch verwirkt werden würde, wobei ich eine Ausgestaltung dieser Regelung entsprechend der deutschen Norm bevorzugen würde, die dazu führen würde, dass auch in Österreich, je nach Beurteilung der sonstigen Umstände, Versagung, zeitliche Herabsetzung oder Minderung des Anspruchs möglich wären.

Neben der Schaffung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, würde eine gesetzliche Regelung dazu beitragen, dass Anwälte ihren Klienten diese Rechtsfolge verständlicher machen könnten. Zusätzlich wäre es auch für den Laien nachvollziehbarer, da er die möglichen Sanktionen aufgrund des Eingehens einer Lebensgemeinschaft im Gesetz nachlesen könne. Diese Vorteile werden auch im Tatbestand des § 1579 Nr 2 BGB erblickt.⁵³⁴

§ 68a EheG regelt den verschuldensunabhängigen Unterhaltsanspruch. Erscheint die Gewährung des Unterhalts jedoch unbillig, weil der bedürftige Ehegatte „schwerwiegende Eheverfehlungen begangen oder seine Bedürftigkeit grob schuldhaft herbeigeführt hat“, so sieht der Abs 3 vor, dass der Unterhalt herabgesetzt oder versagt werden kann.⁵³⁵ Das Gesetz sieht hier also neben einer Billigkeitsabwägung die Möglichkeit der Minderung des Unterhaltsanspruchs vor. Eine Gesetzesänderung könnte mA nach auch darin bestehen, in diesem Abs 3 das Eingehen einer Lebensgemeinschaft aufzunehmen, die zu einer Herabsetzung, zeitlichen Befristung oder Ausschluss des Unterhaltsanspruchs führt. Auch hier sollten meiner Meinung nach sonstige Umstände wie Zumutbarkeit der Unterhaltspflicht für

⁵³² BGH IV b ZR 58/87 FamRZ 1988, 930; Soyka in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 31 mwN.

⁵³³ OGH 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228; Lammer, ÖJZ 1999, 58; Meissel, EF-Z 2007, 212.

⁵³⁴ Wellenhofer, FamRZ 2007, 1285; Büttner, FamRZ 2007, 776.

⁵³⁵ § 68a (3) EheG: Der Unterhaltsanspruch nach Abs 1 oder 2 vermindert sich oder besteht nicht, soweit die Gewährung des Unterhalts unbillig wäre, weil der Bedürftige einseitig besonders schwerwiegende Eheverfehlungen begangen oder seine Bedürftigkeit grob schuldhaft herbeigeführt hat oder ein gleich schwerwiegender Grund vorliegt, im Fall des Abs. 2 auch, weil die Ehe nur kurz gedauert hat. Je gewichtiger diese Gründe sind, desto eher ist vom Bedürftigen zu verlangen, seinen Unterhalt durch die Erträge einer anderen als einer zumutbaren Erwerbstätigkeit oder aus dem Stamm seines Vermögens zu decken.

den Unterhaltsverpflichteten sowie Alter und Gesundheitszustand des Bedürftigen in die Beurteilung mit einfließen. Da sich diese Gesetzesänderung jedoch nur auf den Unterhalt nach § 68a EheG beziehen würde, wäre eine Änderung des § 74 EheG vorteilhafter.

Meiner Ansicht nach könne man die deutsche Rechtslage als Vorbild für eine Gesetzesänderung in Österreich heranziehen, da sie zeigt, dass flexible Lösungen für diese Problematik gefunden werden können. Dies ergibt sich vor allem daraus, dass im Gegensatz zur aktuellen österreichischen Rechtsprechung die Härteklausel des § 1579 Nr 2 BGB verschiedene Rechtsfolgen kennt, die auf die Umstände des Einzelfalles abgestimmt werden.⁵³⁶ Den kritischen Stimmen aus der Lehre wäre daher zu raten, sich Anregungen von der deutschen Rechtslage zu holen und mit entsprechenden konkreten Vorschlägen an den Gesetzgeber heranzutreten.

⁵³⁶ *Graba* in *Erman*, BGB II¹² § 1579 Rz 42; *Soyka* in *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB³ § 1579 Rz 34.

V. Schlusswort

Ich hoffe, ich konnte hiermit einen verständlichen Überblick über die aktuelle österreichische und deutsche Rechtslage bringen. Wie bereits erwähnt, kann ich in der gesetzlichen Regelung des § 1579 Nr 2 BGB und in der Rechtsprechung des BGH durchaus Vorteile erkennen, die durch eine entsprechende Gesetzesänderung auch in Österreich verwirklicht werden könnten. Die aktuelle österreichische Rechtsprechung, die es im Gegensatz zur deutschen an einer gesetzlichen Verankerung dieser Problematik und somit gerade an Rechtssicherheit und Klarheit fehlt, ist meiner Meinung nach gerade für Laien schwer nachvollziehbar. Um bestehende Zweifel endgültig zu beseitigen, würde ich daher die Aufnahme des Begriffs der Lebensgemeinschaft, sowie der Rechtsfolgen, die aufgrund des Eingehens einer Lebensgemeinschaft eintreten, in einer gesetzlichen Norm empfehlen. Hier würde sich vor allem die deutsche Rechtslage als Vorbild anbieten, da sie einzelfallbezogene und daher auch billigere Entscheidungen ermöglicht.

Literaturverzeichnis Österreich

Aicher, Ehescheidung und Scheidungsfolgen, in *Floretta* (Hrsg), Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht (1979) 83.

Aichhorn, Das Recht der Lebenspartnerschaften – Ehe und Lebensgemeinschaft (2003).

Aichhorn, Anmerkung zu OGH 6 Ob 28/07x (EF-Z 2007, 224) EF-Z 2007, 225.

Apathy, Schadenersatzrecht wegen entgangenen Unterhalts und Wiederverheiratung, JBl 1983, 397.

Binder, Die Problematik der Geschiedenen-Pensionsregelung, in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992) 669.

F.Bydlinski, Skizzen zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im österreichischen Privatrecht, in FS Krejci II (2001) 1079.

Deixler-Hübner, Probleme der Leistungsabgeltung im Zusammenhang mit der Auflösung der Lebensgemeinschaft, NZ 1999, 201.

Deixler-Hübner, Die nichteheliche Partnerschaft: Rechtswirklichkeit und Forderungen an den Gesetzgeber, in *Gaisbauer* (Hrsg), Lebenspartnerschaft: 14.Europäische Notarentage 2002 (2003) 33.

Deixler-Hübner, Anmerkung zu OGH 6 Ob 28/07x (EvBl 2007, 607) EvBl 2007, 608.

Deixler-Hübner, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹⁰ (2009).

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/2: Familien- und Erbrecht (1924).

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/2: Familien- und Erbrecht² (1937).

Ehrenzweig/Schwind, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts: Das Familienrecht³ (1984).

Engel, Rechtliche Probleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, JRP 1994, 160.

Ermacora, Grundriß der Menschenrechte in Österreich (1988).

Feil, Kurzkommentar zum EheG (1996).

Feil/Marent, Familienrecht Kommentar (2007).

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 44 – 100³ (2006).

Gimpel-Hinteregger, Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft, in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992) 633.

Gitschthaler, Unterhaltsrecht² (2008).

Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Kommentar zum Ehegesetz (2008).

Gschnitzer/Faistenberger, Familienrecht² (1979).

Hopf/Kathrein, Kurzkommentar zum Eherecht² (2005).

Kerschner, Bürgerliches Recht V: Familienrecht³ (2008).

Klaar, Rechtsfragen nichtehelicher Lebensgemeinschaft, AnwBl 1989, 18.

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch III (1932).

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/1 (1933).

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2 (1934).

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/1² (1964).

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984).

Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB² (2007).

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II: Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht⁷ (1985).

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II: Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht⁹ (1991).

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II: Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht¹⁰ (1996).

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹³ (2006).

Lammer, Zum „Ruhe“ des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft, ÖJZ 1999, 53.

Meissel, Zum Ruhe des Unterhaltsanspruchs bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft, EF-Z 2007, 209.

Möschl, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft³ (2006).

Ohmeyer, Der Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehegattin, JBl 1928, 501.

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000).

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/1³ (2002).

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2³ (2002).

Schwimann/Verschraegen (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005).

Schwind, Kommentar zum Österreichischen Eherecht (1951).

Schwind, Kommentar zum Österreichischen Eherecht² (1980).

Stabentheiner, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – ein Überblick, NZ 1995, 49.

Verschraegen, „Samenleven Buiten Huwelijk“, „Cohabitation“ oder die „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ in niederländischer, englischer und österreichischer Theorie und Praxis, ZfRV 1983, 85.

Winklhofer, Lebenspartnerschaft – Liberalisierung des Ehegüterrechts, NZ 2002, 294.

Wischounig, Die Reform des österreichischen Geschiedenenunterhaltsrechts – rechtsvergleichend angereicherte kritische Bemerkungen, ÖA 1999, 109.

Literaturverzeichnis Deutschland

Bamberger/Roth (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III² (2008).

Bergschneider, Die Ehescheidung und ihre Folgen⁴ (1998).

BT-Dr 16/1830.

Büttner, Die Härteklauseln (§§ 1578b, 1579 BGB) im geplanten Unterhaltsrecht, FamRZ 2007, 773.

Erman (Hrsg), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II¹² (2008).

Gerhardt, Die Unterhaltsreform zum 1.1.2008, FuR 2008, 9.

Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht⁵ (2006).

Häberle, Die Erweiterung der negativen Härteklausel (§ 1579 BGB) durch das Unterhaltsänderungsgesetz, FamRZ 1986, 311.

Ivo, Eherecht in Deutschland, in *Süß/Ring* (Hrsg), Eherecht in Europa (2006) 413.

Luthin, Zur „objektiven Unzumutbarkeit“ einer Leistung von nachehelichem Unterhalt in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, FamRZ 1986, 1166.

Martiny, Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft während ihres Bestehens nach deutschem Recht, in *Scherpe/Yassari* (Hrsg), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – The Legal Status of Cohabitants (2004) 79.

NN, Anmerkung zu OLG Karlsruhe 2 UF 21/08 (FuR 2009, 282) FuR 2009, 284 (284).

Palandt (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII⁶⁸ (2009).

Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2008).

Rauscher, Familienrecht² (2007).

Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg), Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII: Familienrecht I⁴ (2000).

Schnitzler, Die verfestigte Lebensgemeinschaft in der Rechtsprechung der Familiengerichte, FamRZ 2006, 239.

Schnitzler, Die verfestigte Lebensgemeinschaft als selbständiger Härtegrund im neuen § 1579 Nr 2 BGB, FPR 2008, 41.

Schreiber, Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, FPR 2001, 12.

Schwab (Hrsg), Handbuch des Scheidungsrechts³ (1995).

Schwab, Das deutsche Scheidungsrecht: Erfahrungen und Anregungen, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Eherechtsreform in Österreich (2000) 77.

Schwab, Zur Reform des Unterhaltsrechts, FamRZ 2005, 1417.

Schwab, Familienrecht¹⁶ (2008).

Soyka, Die neue Partnerschaft und Ehegattenunterhalt, FuR 2004, 1.

Tschernitschek, Familienrecht³ (2000).

Verschraegen, Neuere Tendenzen der Rechtsprechung zu § 1579 BGB, insbesondere zu den Nrn 6 und 7, FPR 2005, 328.

Wellenhofer-Klein, Unterhaltsrechtliche Risiken in der Lebensgestaltung bei Trennung/Scheidung für den Unterhaltsbedürftigen, FPR 2003, 163.

Wellenhofer, Die Unterhaltsreform nach dem Urteil des BVerfG zum Betreuungsunterhalt, FamRZ 2007, 1282.

Ziegler/Mäuerle, Familienrecht² (2000).

Zischka, Die Änderungen des § 1579 BGB durch die Unterhaltsrechtsreform, FuR 2008, 191.

Judikaturverzeichnis Österreich

OGH 19.5.1908 GIUNF 4245.

OGH 12.1.1909 GIUNF 4495.

OGH 10.11.1914 GIUNF 7110.

OGH 31.3.1925, 3 Ob 242/25 SZ 7/116.

OGH 13.4.1926, 1 Ob 256/26 SZ 8/117.

OGH 6.12.1921, 2 Ob 930/21 SZ 3/128 = SpR 10.

OGH 5.6.1928, 18/28 SZ 10/62 = JB 32.

OGH 14.4.1929, 2 Ob 347/29 NZ 1929, 106.

OGH 24.4.1929, 1 Ob 251/29 NZ 1929, 106.

OGH 25.6.1929, 2 Ob 552/29 NZ 1929, 170.

OGH 11.11.1930, 1 Ob 1027 ZBl 1931/103.

OGH 8.2.1934, 3 Ob 1063/33 JBl 1934, 302.

OGH 18.8.1936, 3 Ob 724 ZBl 1936/413.

OGH 30.6.1937, 1 Ob 607/37 RZ 1937, 377.

OGH 2.12.1937, 3 Ob 902/37 SZ 19/321.

OGH 25.3.1938, 3 Ob 26/38 SZ 20/83.

OGH 21.09.1938, 2 Ob 469/38 SZ 20/193.

OGH 7.9.1949, 1 Ob 103/49 SZ 22/119.

OGH 31.1.1951, 3 Ob 621/50 EvBl 1951/93.

OGH 19.5.1954, 1 Ob 17/54 SZ 27/134 = EvBl 1954/228.

OGH 26. 5. 1954, 3 Ob 258/54 SZ 27/156.

OGH 11. 5. 1955, 7 Ob 227/55 SZ 28/133 = JBl 1955, 548 = Rz 1955, 126.

OGH 5. 4. 1967, 3 Ob 32/67 SZ 40/45 = EFSlg 8.683 = ÖJZ 1967/401.

OGH 17.1.1973, 5 Ob 3/73 MietSlg 25.321.

OGH 29. 3. 1977, 3 Ob 26, 27/77 EFSlg 29.651.

OGH 20. 7. 1977, 5 Ob 633/77 EFSlg 29.653.

OGH 1. 9. 1977, 7 Ob 608/77 EFSlg 28.585.

OGH 16. 1. 1979, 2 Ob 566/78 EFSlg 32.750 = EvBl 1979/156.

OGH 25. 3. 1980, 4 Ob 585/79 EFSlg 36.427.

OGH 8. 10. 1980, 3 Ob 560/79 EFSlg 36.270.

OGH 20. 11. 1980, 8 Ob 174/80 SZ 53/155.
OGH 7. 5. 1981, 7 Ob 592/81 EFSlg 38.826.
OGH 24. 6. 1981, 3 Ob 76/81 EFSlg 38.825.
OGH 8. 7. 1981, 3 Ob 57/81 EFSlg 38.827.
OGH 8. 10. 1981, 3 Ob 97/81 EFSlg 38.809.
OGH 27. 10. 1981, 2 Ob 523/81 EFSlg 38.556 = RZ 1982/15.
OGH 13. 4. 1983, 3 Ob 505/83 EFSlg 43.744.
OGH 16. 6. 1983, 7 Ob 595/83 EFSlg 43.579.
OGH 3. 11. 1983, 6 Ob 550/83 EFSlg 42.564.
OGH 23. 5. 1984, 8 Ob 511/84 EFSlg 46.305.
OGH 1. 7. 1986, 14 Ob 101, 102/86 EFSlg 51.553.
OGH 1. 7. 1986, 14 Ob 101, 102/86 EFSlg 51.554.
OGH 27. 5. 1988, 3 Ob 61/88 EFSlg 57.268.
OGH 31. 8. 1988, 1 Ob 640/88 EFSlg 57.268.
OGH 23. 11. 1988, 7 Ob 44/88 ÖJZ 1989/59 = WBI 1989,98.
OGH 22. 11. 1990, 7 Ob 676/90 RZ 1991/45 = EFSlg 63.512.
OGH 30. 1. 1991, 3 Ob 115, 116/90 JBI 1991, 589.
OGH 10. 4. 1991, 3 Ob 31/91 EFSlg 66.485.
OGH 10. 4. 1991, 3 Ob 31/91 EFSlg 66.484.
OGH 26. 5. 1992, 5 Ob 88/92 NZ 1993/251.
OGH 25. 2. 1993, 6 Ob 504/93 EFSlg 70.751.
OGH 20. 1. 1994, 6 Ob 620/93 EFSlg 75.580.
OGH 3. 2. 1994, 8 Ob 648/93 ÖJZ 1994/167.
OGH 21. 5. 1996, 5 Ob 2104/96i EFSlg 81.680.
OGH 10. 9. 1996, 3 Ob 76/95 EFSlg 81.692 = RZ 1997/55.
OGH 9. 10. 1997, 2 Ob 258/97y EFSlg 85.516 = ÖA 1998, 165.
OGH 28. 10. 1997, 4 Ob 305/97z SZ 70/225 = EvBI 1998/54 = EFSlg 83.228.
OGH 19. 5. 1998, 1 Ob 146/98x JBI 1998, 723.
OGH 16.7.1998, 10 Ob S 244/98z EFSlg 87.525.
OGH 5. 10. 1999, 2 Ob 314/98k.
OGH 27. 10. 1999, 7 Ob 237/99z EvBI 2000/68 = EFSlg 90.375.
OGH 22. 3. 2000, 3 Ob 204/99t EFSlg 93.842 = JBI 2000, 530 = RZ 2001/5.
OGH 20. 6. 2000, 3 Ob 209/99b RZ 2001/5 = EFSlg 93.846.

OGH 26. 2. 2001, 3 Ob 133/00f JBl 2001, 513 = EFSlg 97.253.

OGH 18. 12. 2003, 8 Ob 119/03p EFSlg 104.917.

OGH 16. 5. 2006, 5 Ob 70/06i EvBl 2006/154 = wobl 2007, 33 = RdW 2006/689 = immolex 2006/124 = ecolex 2006/350 = EF-Z 2006/52 = RZ-EÜ 2006/388 = Zak 2006/503.

OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 28/07x EFSlg 117.475 = ÖJZ 2007/110 = JusGuide 2007/19/4674 = RZ-EÜ 2007/277 = EF-Z 2007/130 (*Aichhorn*) = iFamZ 2007/105 (*Deixler-Hübner*) = JBl 2007, 516 = Zak 2007/299.

EGMR E 24.7.2003, *Karner gegen Österreich*, Nr 40.016/98 ÖJZ 2004/2.

VfGH, 10.10.2005, G 87-88/05 und V 65-66/05 infas 2006, 32 = ZAS-Jud 2006/11.

VwGH 15. 10. 1987, 86/16/0237 JBl 1988, 267 = NZ 1988, 225.

OLG Wien 30. 10. 1978, 7 R 201/78 EFSlg 31.763.

OLG Wien 18. 7. 1995, 11 R 38/95 EFSlg 78.546 = ZVR 1996/101.

LGZ Wien 31. 8. 1977, 45 R 331/77 EFSlg 29.637.

LGZ Wien 10. 8. 1983, 44 R 1059/83 EFSlg 43.713.

LGZ Wien 15. 6. 1984, 46 R 205/84 EFSlg 46.308.

LGZ Wien 16. 10. 1986, 47 R 2118/86 EFSlg 51.701.

LGZ Wien 11. 5. 1993, 47 R 2031/93 EFSlg 72.352.

LGZ Wien 14. 9. 1998, 44 R 694/98d EFSlg 87.524.

LGZ Wien 29. 1. 2001, 44 R 613/00y EFSlg 97.245.

LGZ Wien 26. 4. 2004, 43 R 71/04s EFSlg 106.996.

LG Salzburg 14. 6. 2005, 21 R 181/05x EFSlg 110.130.

KG Krems/Donau 4.4.1990, 1 R 16/90 EFSlg 63.514.

Judikaturverzeichnis Deutschland

BVerG 14.7.1981, 1 BvL 28/77 NJW 1981, 1771 = FamRZ 1981, 745.

BVerfG 28.8.1992, 1 BvR 928/92 FamRZ 1992, 1283.

BVerfG 17.11.1992, 1 BvL 8/87 NJW 1993, 643 = FamRZ 1993, 164.

BGH 23.4.1980, IV b ZR 527/80 NJW 1980, 1686 = FamRZ 1980, 665.

BGH 20.5.1981, IV b ZR 556/80 FamRZ 1981, 752.

BGH 3.2.1982, IV b ZR 654/80 NJW 1981, 1461 = FamRZ 1982, 463.

BGH 31.3.1982, IV b ZR 665/80 FamRZ 1982, 582.

BGH 12.1.1983, IV b ZR 348/81 FamRZ 1983, 670.

BGH 26.1.1983, IV b ZR 344/81 FamRZ 1983, 569.

BGH 23.3.1983, IV b ZR 371/81 NJW 1983, 1552 = FamRZ 1983, 676.

BGH 29.6.1983, IV b ZR 391/81 NJW 1983, 2244.

BGH 9.11.1983, IV b ZR 22/82 NJW 1984, 297 = FamRZ 1984, 154.

BGH 14.12.1983, IV b ZR 38/82 FamRZ 1984, 364.

BGH 25.1.1984, IV b ZR 51/82 FamRZ 1984, 356.

BGH 28.3.1984, IV b ZR 64/82 NJW 1984, 2358 = FamRZ 1984, 662.

BGH 11.7.1984, IV b ZR 22/83 FamRZ 1984, 986.

BGH 25.9.1985, IV b ZR 49/84 FamRZ 1986, 443.

BGH 4.6.1986, IV b ZR 48/85 FamRZ 1986, 889.

BGH 15.10.1986, IV b ZR 78/85 NJW 1987, 1201.

BGH 6.5.1987, IV b ZR 61/86 FamRZ 1987, 689 = NJW 1987, 3129.

BGH 30.9.1987, IV b ZR 79/86 NJW-RR 1988, 70 = FamRZ 1987, 1238.

BGH 27.4.1988, IV b ZR 58/87 FamRZ 1988, 930.

BGH 21.12.1988, IV b ZR 18/88 FamRZ 1989, 487 = NJW 1989, 1063.

BGH 21.6.1989, IV b ZR 73/88 NJW-RR 1989, 1218 = FamRZ 1989, 1054.

BGH 27.9.1989, IV b ZR 78/88 FamRZ 1989, 1279.

BGH 13.12.1989, IV b ZR 79/89 FamRZ 1990, 492 = NJW 1990, 1847.

BGH 12.7.1990, XII ZR 85/89 FamRZ 1990, 1091.

BGH 28.11.1990, XII ZR 1/90 FamRZ 1991, 670 = NJW 1991, 1291.

BGH 18.3.1992, XII ZR 23/91 FamRZ 1992, 1045 = NJW 1992, 2477.

BGH 9.2.1994, XII ZR 220/92 FamRZ 1994, 558.
BGH 25.5.1994, XII ZR 17/93 FamRZ 1995, 540.
BGH 14.12.1994, XII ZR 180/93 NJW 1995, 655 = FamRZ 1995, 344.
BGH 12.3.1997, XII ZR 153/95 FamRZ 1997, 671.
BGH 27.1.1999, XII ZR 89/97 FamRZ 1999, 710.
BGH 24.10.2001, XII ZR 284/99 FPR 2002, 56 = NJW 2002, 217 = FamRZ 2002, 23 =
FamRZ 2002, 92.
BGH 20.3.2002, XII ZR 159/00 FamRZ 2002, 810.
BGH 28.1.2004, XII ZR 259/01 FamRZ 2004, 614.
BGH 17.1.2007, XII ZR 104/03 NJW 2007, 2409 = FamRZ 2007, 1303.

OLG Hamm 16.9.1980, 3 UF 241/80 FamRZ 1981, 257.
OLG Celle 5.10.1981, 19 UF 63/81 FamRZ 1982, 697.
OLG Hamm 3.12.1988, 2 UF 210/87 FamRZ 1988, 730.
OLG Hamm 18.10.1990, 2 UF 480/89 NJW-RR 1991, 1474.
OLG Koblenz 6.6.1991, 11 UF 1106/90 FamRZ 1991, 1314.
OLG Celle 12.11.1991, 18 UF 87/91 NJW-RR 1992, 1349.
OLG Celle 11.1.1994, 18 UF 122/93 FamRZ 1994, 1324.
OLG Hamm 5.2.1996, 6 UF 459/93 FamRZ 1996, 1080.
OLG Düsseldorf 30.8.1996, 3 UF 43/96 FamRZ 1997, 1159.
OLG Hamm 13.12.1996, 5 UF 42/96 NJW-RR 1997, 645 = FamRZ 1997, 1080.
OLG Hamm 21.2.2000, 8 UF 475/99 FamRZ 2000, 1375.
OLG Zweibrücken 22.5.2000, 5 UF 28/00 FamRZ 2001, 833.
OLG Hamm 14.2.2001, 6 UF 42/00 FamRZ 2002, 240.
OLG Hamburg 5.12.2001, 12 WF 159/01 FamRZ 2002, 1038.
OLG Nürnberg 1.3.2002, 10 UF 201/02 FuR 2002, 328.
OLG Köln 6.3.2002, 27 UF 122/01 FamRZ 2003, 236.
OLG Hamm 15.3.2002, 9 UF 146/01 FamRZ 2003, 455.
OLG Hamm 9.5.2003, 11 UF 321/02 NJW-RR 2003, 1297 = FamRZ 2004, 375.
OLG Schleswig 1.3.2004, 15 UF 197/03 FPR 2004, 610 = FamRZ 2005, 277.
OLG Koblenz 29.3.2004, 13 UF 567/03 NJW-RR 2004, 1374.
OLG Köln 18.5.2004, 14 WF 55/04 FamRZ 2005, 279.
OLG Schleswig 26.5.2005, 15 WF 363/04 FamRZ 2006, 352.

OLG Karlsruhe 12.10.2005, 18 UF 305/04 FamRZ 2006, 706.

OLG Schleswig 4.11.2005, 7 WF 60/05 FamRZ 2006, 954.

OLG Hamm 7.7.2006, 11 UF 2/06 FamRZ 2007, 1106.

OLG Karlsruhe 30.9.2008, 2 UF 21/08 FuR 2009, 282.