

Diplomarbeit

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

Die Anspannung des unterhaltspflichtigen Ehegatten im ehelichen und nachehelichen Unterhaltsrecht:

Ausgewählte Fragen bei wesentlichen Änderungen des
Arbeitsplatzverhältnisses

Vorgelegt von

Julia Schoberer

Beurteilerin: Univ.-Prof. Dr.iur. Susanne Ferrari

am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht

Graz, 2018

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen inländischen oder ausländischen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

Zur leichteren Lesbarkeit der Arbeit, wird das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche verwendete Begriffe beziehen sich jedoch wertfrei auf beide Geschlechter.

Datum

Unterschrift

Widmung

Diese Diplomarbeit möchte ich meinen Eltern, meinem Stiefvater sowie meinen Großeltern widmen, da sie mich während meines Studiums tatkräftig unterstützt haben. Nicht nur finanziell, sondern auch mental standen sie mir stets zur Seite. Der familiäre Rückhalt war mir eine große Hilfe, wofür ich mich herzlich bedanken möchte.

Auch möchte ich meinen Freunden, insbesondere Patrick Mitteregger und Jennifer Geißler, meinen persönlichen Dank aussprechen, da sie mir stets mit Rat und Tat zur Seite gestanden sind und mir aus so mancher Krise während des Studiums geholfen haben.

Des Weiteren bedanke ich mich herzlich bei meinem Arbeitgeber Herrn Mag. Günter Lippisch für seine Anregungen und die mir gebotene Möglichkeit Einblicke in die Praxis des Familienrechts zu nehmen und dadurch eine praxisbezogene Sichtweise auf mein Diplomarbeitsthema zu bekommen.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
2	Eheliche und nacheheliche Unterhaltsansprüche	3
2.1	Ehegattenunterhalt in aufrechter Ehe	3
2.1.1	<i>Unterhaltsverwirkung</i>	5
2.1.2	<i>Ende des Unterhaltsanspruches</i>	6
2.2	Nachehelicher Unterhalt	7
2.2.1	<i>Die nachehelichen Unterhaltsansprüche gem §§ 66 ff EheG</i>	8
2.2.1.1	Scheidung wegen alleinigem oder überwiegendem Verschulden	8
2.2.1.2	Scheidung aus gleichzeitigem Verschulden	10
2.2.1.3	Verschuldensunabhängiger Unterhalt	11
2.2.1.4	Unterhalt bei Scheidung aus anderen Gründen	13
2.2.1.5	Unterhalt bei einvernehmlicher Scheidung	15
2.2.2	<i>Ende des Unterhaltsanspruches</i>	15
3	Anspannungsgrundsatz	17
3.1	Allgemeines	17
3.2	Anwendungsbereich	19
3.3	Verhaltenspflichten	22
3.4	Kenntnis der Unterhaltsverpflichtung	24
3.5	Verschulden	25
3.6	Unterhaltsbemessung nach Anspannungskriterien	27
4	Anspannungsfälle bei wesentlichen Änderungen des Arbeitsplatzverhältnisses	30
4.1	Arbeitsplatzverlust	30
4.1.1	<i>Eigenkündigung</i>	30
4.1.2	<i>Frühpensionierung</i>	36
4.1.3	<i>Einvernehmliche Auflösung</i>	37
4.1.4	<i>Auflösung durch den Dienstgeber</i>	37
4.1.4.1	Entlassung	37

4.1.4.2	Dienstgeberkündigung	39
4.1.4.3	Suspendierung	39
4.2	Arbeitslosigkeit	40
4.2.1	<i>Allgemeines</i>	40
4.2.2	<i>Grenzen der Anspannung/Zumutbarkeit</i>	43
4.2.2.1	Anspannung auf eine Tätigkeit, die Pendeln erfordert	45
4.2.2.2	Anspannung auf eine Tätigkeit, die einen Umzug erfordert	47
4.2.2.3	Exkurs: Auswanderung des Unterhaltspflichtigen	47
4.2.3	<i>Gerichtliche Beurteilung der Anspannungsvoraussetzungen</i>	49
4.3	Berufswechsel	50
4.3.1	<i>Erzwungener Berufswechsel</i>	51
4.3.2	<i>Freiwilliger Berufswechsel</i>	52
4.3.3	<i>Wechsel in die Selbstständigkeit</i>	54
4.4	Aus- und Weiterbildung	57
4.4.1	<i>Hochschulstudium</i>	58
4.4.2	<i>Weiterbildung</i>	58
4.4.3	<i>Bildungskarenz</i>	60
5	Anspannungsverfahren	61
5.1	Verfahrensgrundsätze	61
5.2	Die clausula rebus sic stantibus und die Anspannungstheorie	62
6	Exkurs: Grundrechte vs Unterhaltspflicht	66
7	Schlussbemerkungen	70
8	Literaturverzeichnis	72
9	Judikaturverzeichnis	75
9.1	Entscheidungen des OGH	75
9.2	Entscheidungen der OLG	87
9.3	Entscheidungen der LG	88
9.4	Rechtssätze	92
9.5	Entscheidungen des VfGH	93
9.6	Entscheidungen des EuGH	93

Abkürzungsverzeichnis

A

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AIVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 BGBl 1977/609
AMFG	Arbeitsmarktförderungsgesetz BGBl 1969/31
AMS	Arbeitsmarktservice
Anm	Anmerkung/en
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt (1970 ff)
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis (Zeitschrift)
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189

B

BB-SozPG	Bundesbediensteten-Sozialplangesetz BGBl I 2001/6
BDG	Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 BGBl 1979/333
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1
bzw	beziehungsweise

E

ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (1990 ff)
EFSlg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen (1945 ff)
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (2006 ff)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EheG	Ehegesetz dRGBI I 1938, 807
EheRÄG	Eherechts-Änderungsgesetz 1999 BGBl I 1999/125

EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210
EO	Exekutionsordnung RGBI 1896/79
EPG	Eingetragene Partnerschafts-Gesetz BGBl I 2009/135
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuPR	Ehe- und Partnerschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung (1934-1938, 1946 ff)
EvBl-LS	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen – Leitsätze in Österreichische Juristen-Zeitung (1934-1938, 1946 ff)

F

f	und der/die/das folgende
ff	und die folgenden

G

gem	gemäß
GIUNF	Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtshofes, Neue Folge (1898-1915)
GP	Gesetzgebungsperiode

H

Hrsg	Herausgeber
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen (1939 ff)

I

idF	in der/dieser Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn

iFamZ Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (2006 ff)
IO Insolvenzordnung RGBI 1914/337
iSd im Sinne des/der
iVm in Verbindung mit
iZm im Zusammenhang mit

J

JBl Juristische Blätter (1872-1938, 1946 ff)
JGS Justizgesetzsammlung, Gesetze und Verordnungen im Justizfach
(1780-1848)
Jus-Extra Zeitschrift für Gesetzgebung, Judikatur & Literatur (1984 ff)

L

LG Landesgericht
LGZ Landesgericht für Zivilrechtssachen
lit litera (Buchstabe)

M

mE meines Erachtens
mwN mit weiteren Nachweisen

N

Nr Nummer

O

ÖA Der Österreichische Amtsvormund, Fachzeitschrift für Kindschaftsrecht,
Familienrecht und Jugendwohlfahrt (1969 ff)
OGH Oberster Gerichtshof
ÖJZ Österreichische Juristen-Zeitung (1946 ff)
ÖJZ-LSK Leitsatzkartei in der ÖJZ (1995-2007)

OLG Oberlandesgericht

P

Pkw Personenkraftwagen

R

RdW Österreichisches Recht der Wirtschaft

RGBI Reichsgesetzblatt

RS Rechtssatz

Rsp Rechtsprechung

RV Regierungsvorlage

Rz Randzahl/en

RZ Österreichische Richterzeitung (1907-1938, 1954 ff)

S

S Satz

StGG Staatsgrundgesetz über die Allgemeinen Rechte der Staatsbürger
RGBI 1867/142

stRsp ständige Rechtsprechung

SZ Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil-
(und Justizverwaltungs-)sachen, veröffentlicht von seinen Mitgliedern
(1919-1938, 1946 ff)

T

TaKom Taschenkommentar

U

uU unter Umständen

V

VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
vs	versus (gegen)

W

WIFI	Wirtschaftsförderungsinstitut
------	-------------------------------

Z

Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell (2005 ff)
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Europa, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (1960 ff)
ZfRV-LS	Zeitschrift für Europa, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung – Leitsätze (1960 ff)
ZfS	Zeitschrift für Stiftungswesen (2005 ff)
ZP	Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht (1956 ff)

1 Einleitung

Diese Diplomarbeit widmet sich dem unterhaltsrechtlichen Anspannungsgrundsatz des unterhaltspflichtigen Ehegatten, mit besonderem Augenmerk auf wesentliche Änderungen des Arbeitsplatzverhältnisses. Die Anspannungstheorie nach § 94 Abs 1 ABGB besagt, dass der unterhaltspflichtige Ehegatte seine Kräfte bestmöglich einzusetzen hat, um seine Unterhaltsverpflichtungen erfüllen zu können.¹ Die Anspannungsobliegenheit besteht unter gewissen Voraussetzungen, sowohl seitens des Unterhaltspflichtigen als auch seitens des Unterhaltsberechtigten. Kommt der Anspannungsgrundsatz zum Tragen, kann dies daher bei Anspannung des Unterhaltspflichtigen zu einer Erhöhung der Unterhaltspflicht oder, im gegenteiligen Fall, bei Anspannung des Unterhaltsberechtigten zur Minderung der Unterhaltspflicht führen.² Diese Arbeit befasst sich ausschließlich mit der Anspannungsobliegenheit von unterhaltspflichtigen Ehegatten, und zwar im Hinblick auf ehelichen ebenso wie auf nachehelichen Unterhalt.

Da der Unterhaltsanspruch eine Voraussetzung für die Anwendung der Anspannungstheorie darstellt und um sich ein Gesamtbild verschaffen zu können, werden eingangs die Grundsätze des ehelichen und nachehelichen Unterhaltsrechts kurz erläutert. Der Anspannungsgrundsatz des unterhaltspflichtigen Ehegatten wird in Bezug auf wesentliche Änderungen des Arbeitsplatzverhältnisses genauer in Augenschein genommen. Dabei wird auf vier ausgewählte Fälle von Änderungen des Arbeitsplatzverhältnisses näher eingegangen. Zunächst wird die Anspannungsobliegenheit beim Arbeitsplatzverlust des Unterhaltspflichtigen ausführlich dargestellt, wobei sowohl auf die Eigenkündigung als auch auf die Arbeitgeberkündigung Rücksicht genommen wird. Weiters wird die Anspannung des Unterhaltspflichtigen im Falle der Arbeitslosigkeit eingehend untersucht. Danach kommt es zur Betrachtung des Anspannungsgrundsatzes unter der Berücksichtigung eines Arbeitsplatzwechsels des Unterhaltsschuldners. Darüber hinaus wird die Anspannungstheorie im Rahmen der Beschäftigungsaufgabe zugunsten einer weiteren Berufsausbildung oder eines

¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ (2016) 69, 238.

² *Smutny* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), Online-Kommentar zum ABGB – ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 34 (Stand 1.5.2017, rdb.at); *Kerschner/Wagner*, Familienrecht³ (2015) 48.

Hochschulstudiums beleuchtet. Ferner werden in dieser Arbeit die allgemeinen Prinzipien der Anspannungspflicht sowie verfahrensrechtliche Aspekte dargestellt. Abschließend erfolgt ein Exkurs in das Verfassungsrecht, in dem die in der Verfassung garantierten Grundrechte sowie die in der EMRK verbürgten Grundrechte iZm dem Anspannungsgrundsatz kritisch betrachtet werden.

Ziel dieser Diplomarbeit ist es daher, die wesentlichen Aspekte, welche Änderungen am Arbeitsplatz mit sich bringen, aus unterhaltsrechtlicher Sicht zu prüfen und die dazu jüngste Judikatur aufzuzeigen. Weiters sollen die in der Lehre vorherrschenden Meinungen der Rsp gegenübergestellt und analysiert werden.

2 Eheliche und nacheheliche Unterhaltsansprüche

Der Anspannungsgrundsatz stellt eine Art Missbrauchsvorbehalt im Unterhaltsrecht dar, weshalb nachstehend das eheliche und nacheheliche Unterhaltsrecht kurz erläutert wird.³ Es ist grundsätzlich zwischen dem Unterhaltsanspruch eines Ehegatten während aufrechter Ehe (§ 94 ABGB) und dem nachehelichen Unterhaltsanspruch (§§ 66, 68, 68a, 69 EheG) zu unterscheiden.⁴ Hierzu ist allerdings anzumerken, dass die Möglichkeit der Anspannung des Unterhaltspflichtigen unabhängig vom zugrunde liegenden Unterhaltsanspruch besteht.⁵

2.1 Ehegattenunterhalt in aufrechter Ehe

Ehegatten haben während aufrechter Ehe einen Anspruch auf Unterhalt gem § 94 Abs 1 ABGB, wobei beide Ehegatten zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse beizutragen haben.⁶ Ein Unterhaltsanspruch steht daher demjenigen Ehegatten zu, der seinen Beitrag überhaupt nicht zu leisten vermag, sowie demjenigen, der seinen angemessenen Bedarf nicht selbst finanzieren kann.⁷

Es ist aber grundsätzlich den Ehegatten vorbehalten, die Erwerbstätigkeit und Haushaltsführung sowie die Unterhaltsleistungen einvernehmlich zu gestalten, wodurch die gesetzliche Unterhaltsregelung nach § 94 ABGB nur subsidiär zur Anwendung gelangt. Kommt es zu einer einvernehmlichen Regelung zwischen den Ehegatten, muss diese allerdings dem Gleichbeteiligungsgrundsatz des § 91 ABGB Rechnung tragen.⁸ Im Rahmen der einvernehmlichen Gestaltung der Ehe können die Ehegatten selbst entscheiden, ob sie ihre Kräfte voll anspannen und dadurch einen höheren

³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 238; OGH 13.11.1997, 8 Ob 191/97i; OGH 28.04.2016, 1 Ob 65/16i.

⁴ *Hinteregger*, Familienrecht⁸ (2017) 57, 113 ff.

⁵ Siehe Abschnitt 3.2 „Anwendungsbereich“.

⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 216; *Ferrari* in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 94 Rz 1; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 57; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² (2016) 13.

⁷ *Ferrari* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 1.

⁸ *Ferrari* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 1; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 5; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 57; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 13.

Lebensstandard erreichen, wie die Rollenverteilung aussehen und wie hoch das Ausmaß der jeweiligen Beitragspflicht sein soll. Im Hinblick auf eine solche Vereinbarung haben daher beide Ehegatten nach ihren Kräften zur Deckung ihrer Bedürfnisse beizutragen.⁹ Inwiefern die Bedürfnisse als angemessen anzusehen sind, richtet sich nach der Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft.¹⁰ Die Möglichkeit des einseitigen Abgehens eines Ehegatten von einer derartigen Vereinbarung wird von der Lehre wie auch der Rsp nur bei Vorliegen von wichtigen Gründen, wie etwa bei der Geburt eines Kindes, bejaht.¹¹ Kann das Abgehen eines Ehegatten von dieser Vereinbarung nicht gerechtfertigt werden, findet der Anspannungsgrundsatz Anwendung.¹² Darüber hinaus kann eine Verletzung der Beitragspflicht als Scheidungsgrund nach § 49 EheG ausgelegt werden.¹³

Ansonsten ergibt sich die Höhe des Unterhaltsanspruches einerseits aus den angemessenen Bedürfnissen des Unterhaltsberechtigten und andererseits aus der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen.¹⁴ Daraus kann gefolgert werden, dass eine Anspannung auf ein Einkommen, das der Unterhaltspflichtige nicht zu leisten vermag, grundsätzlich nicht möglich ist.¹⁵ In der Rsp werden Prozentwerte als Richtlinien zur Unterhaltsbemessung herangezogen, um den Kriterien Folge zu leisten. Die Prozentsätze orientieren sich dabei zwischen 33 % und 40 % der Unterhaltsbemessungsgrundlage, wobei dies von der jüngeren Lehre kritisiert wird.¹⁶ Verfügt ein Ehegatte über kein eigenes Einkommen, kann er prinzipiell 33 % der Unterhaltsbemessungsgrundlage fordern, die sich aus dem Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen ergibt.¹⁷ Sind beide Ehegatten

⁹ Ferrari in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 1; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 5; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 57; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 13.

¹⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 218; Ferrari in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 1, 5; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 5; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 14; OGH 29.01.1991, 8 Ob 601/89.

¹¹ Ferrari in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 1; RIS-Justiz RS0009477, zuletzt OGH 10 Ob 93/07k SZ 2007/169 = EFSlg 116.234 = EF-Z 2008/34 = EvBl 2008/41; OGH 29.01.1991, 8 Ob 691/89.

¹² *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Ehe- und Partnerschaftsrecht (2011) § 94 ABGB Rz 118.

¹³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 216; Ferrari in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 1; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 58; OGH 04.03.1987, 1 Ob 697/86.

¹⁴ Ferrari in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 18; *Hopf/Kathrein*, Kurzkommentar zum Eherecht³ § 94 ABGB Rz 35 (Stand 1.4.2014, rdb.at); OGH 02.04.2009, 8 Ob 24/09a.

¹⁵ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 5.

¹⁶ Ferrari in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 18; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 35.

¹⁷ Ferrari in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 19; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 35; OGH 10 Ob 7/14y iFamZ 2014/150 (*Deixler-Hübner*).

erwerbstätig, steht dem Ehegatten mit dem niedrigeren Einkommen ein Unterhaltsanspruch von 40 % des Familieneinkommens zu.¹⁸ Bei Bestehen von etwaigen weiteren Sorgepflichten kommt es zu einer Verringerung dieser Prozentwerte um zwei bis vier Prozentpunkte.¹⁹ Jedenfalls ist die Anwendung der Prozentwertmethode nicht zwingend, vielmehr ist auf den Einzelfall abzustellen.²⁰ Der Unterhalt gebührt während aufrechter Haushaltsgemeinschaft primär in natura, wogegen bei Verletzungen der Unterhaltspflicht oder nach Auflösung der häuslichen Gemeinschaft nach stRsp grundsätzlich Geldunterhalt zu leisten ist.²¹

Wie zuvor erläutert, gründet sich der Unterhaltsanspruch, sofern keine anderen Vereinbarungen zwischen den Ehegatten getroffen wurden, auf § 94 ABGB. In § 94 Abs 2 ABGB wird zwischen drei verschiedenen Arten von Unterhaltsansprüchen unterschieden. Nämlich dem Unterhaltsanspruch des (nicht erwerbstätigen) haushaltsführenden Ehegatten, dem Unterhaltsanspruch des ehemals haushaltsführenden Ehegatten und dem Anspruch des einkommensschwächeren oder beitragsunfähigen Ehegatten.²² In dieser Arbeit werden sie jedoch nicht ausführlich behandelt, da für die Anspannung des Unterhaltspflichtigen der zugrunde liegende Unterhaltsanspruch irrelevant ist. Es kommt lediglich auf ein schuldhaftes Verhalten des Unterhaltspflichtigen an.²³

2.1.1 Unterhaltsverwirkung

In § 94 Abs 2 S 2 ABGB findet sich eine Rechtsmissbrauchsklausel, wonach dem Ehegatten bei Geltendmachung des Unterhaltsanspruches in rechtsmissbräuchlicher

¹⁸ Ferrari in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 19; Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 35; OGH 13.02.2018, 5 Ob 113/17d.

¹⁹ Ferrari in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 20; Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 35;

²⁰ Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I⁴ (2011) § 94 Rz 17; Ferrari in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 18; Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 35; OGH 29.08.1990, 3 Ob 563/90; OGH 23.05.2006, 4 Ob 51/06p.

²¹ Gitschthaler, Unterhaltsrecht³ (2015) Rz 1234, 1236; Ferrari in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 37-39; Smutny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 61 ff; Hinteregger, Familienrecht⁸ 60; OGH 18.12.1996, 3 Ob 2101/96h; OGH 23.09.2008, 5 Ob 189/08t; OGH 30.07.2009, 8 Ob 38/09k; OGH 02.04.2009, 8 Ob 24/09a; OGH 3 Ob 164/17i Zak 2018/76.

²² Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁸ 220; Ferrari in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 5, 6; Hinteregger, Familienrecht⁸ 57, 59; Smutny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 5.

²³ Smutny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 34.

Absicht kein Unterhalt nach § 94 ABGB zusteht und somit auch der Anspannungsgrundsatz nicht zur Anwendung gelangt. In der Judikatur spricht man in diesem Fall von einer Unterhaltsverwirkung. Die Klausel soll massive Ungerechtigkeiten bei der Zuerkennung von Unterhalt verhindern und den Unterhalt folglich immer dann versagen, wenn dessen Gewährung gegen die guten Sitten verstoßen würde.²⁴ Verwirken kann der Unterhaltsanspruch nur bei besonders krassen Fällen schwerer Eheverfehlungen des unterhaltsfordernden Ehegatten, die auf einen gänzlichen Verlust des Ehwillens hindeuten und dies auch auf Dauerhaftigkeit beruht.²⁵ Eine pauschale Bewertung ist nicht möglich, vielmehr ist wiederum auf den Einzelfall Bedacht zu nehmen.²⁶

2.1.2 Ende des Unterhaltsanspruches

Da ein berechtigter Unterhaltsanspruch die Voraussetzung für die Anspannung eines Unterhaltspflichtigen darstellt, entfällt die Anspannung auf ein hypothetisches Einkommen mit Erlöschen des Anspruches.²⁷ Der Unterhaltsanspruch iSd § 94 ABGB besteht bis zur Auflösung der Ehe. Alle Unterhaltstitel, die auf § 94 ABGB beruhen, verlieren mit der Rechtskraft des Scheidungsausspruchs ihre Wirksamkeit, mit Ausnahme des § 69 Abs 2 EheG (Scheidung gem § 55 EheG iVm Verschuldensausspruch nach § 61 Abs 3 EheG).²⁸ Unterhaltsvereinbarungen können diesfalls über die Ehescheidung hinauswirken, wenn nach Auslegung des Parteiwillens zweifellos eine nacheheliche Unterhaltspflicht begründet werden sollte.²⁹

²⁴ Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 29; Stabentheiner in Rummel, ABGB³ § 94 ABGB Rz 16; Ferrari in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 15; OGH 9 Ob 9/12g EvBl-LS 2012/133; LG Salzburg 21 R 374/11p EFSlg 129.805.

²⁵ Ferrari in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 15; Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 29; Stabentheiner in Rummel, ABGB³ § 94 ABGB Rz 16; OGH 5 Ob 249/11w EFSlg 133.534; 133.536 = EF-Z 2013/16 = Zak 2012/253.

²⁶ Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 94 Rz 26; Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 29; OGH 7 Ob 105/10g EFSlg 129.814.

²⁷ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁸ 69.

²⁸ Siehe auch Abschnitt 2.2.1.4 „Unterhalt bei Scheidung aus anderen Gründen“.

²⁹ Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁸ 215; Gitschthaler, Unterhaltsrecht³ Rz 1269, 1273; Ferrari in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 49; Smutny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 71, 72; Hinteregger, Familienrecht⁸ 59, 113; OGH 16.03.2000, 2 Ob 318/99z; OGH 04.04.2006, 1 Ob 3/06g; LGZ Wien 45 R 650/11p EFSlg 133.525; OGH 1 Ob 35/00d EFSlg 91.892; 91.895.

Nach dem Tod des Unterhaltspflichtigen richtet sich der Unterhaltsanspruch gegen die Erben (§ 747 ABGB). Verstirbt der Unterhaltsberechtigte, erlischt der Unterhaltsanspruch.³⁰ Der Unterhaltsanspruch eines Ehegatten während aufrechter Ehe genießt Vorrang gegenüber allen anderen Unterhaltsansprüchen.³¹

2.2 Nachehelicher Unterhalt

Da Unterhaltstitel über den Ehegattenunterhalt nach Rechtskraft der Auslösung der Ehe unwirksam werden, bedarf es eines neuen Titels, der einen nachehelichen Unterhaltsanspruch begründet.³² Der nacheheliche Unterhaltsanspruch ist losgelöst vom Ehegattenunterhalt, wodurch unbedeutend ist, ob ein Anspruch nach § 94 ABGB gegeben war oder nicht.³³ Der eheliche Unterhaltsanspruch unterscheidet sich vom nachehelichen im Wesentlichen dadurch, dass dem ehelichen Unterhalt nach § 94 ABGB die materielle Beistandspflicht der Ehegatten gem § 90 ABGB zugrunde liegt, wogegen der Unterhalt nach §§ 66 ff EheG aus einer nachehelichen Fürsorgepflicht resultiert, die an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist. Daher ist der nacheheliche Unterhaltsanspruch Ausfluss der ehelichen Beistandspflicht und kann nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zugesprochen werden.³⁴ Dennoch steht auch im nachehelichen Unterhaltsrecht die Privatautonomie der Eheleute im Vordergrund. Die Ehegatten haben nach § 80 EheG das Recht, den nachehelichen Unterhalt einvernehmlich zu gestalten. Darüber hinaus stellt eine solche Vereinbarung eine Voraussetzung für die einvernehmliche Scheidung nach § 55a Abs 2 EheG dar. Kommt eine solche Vereinbarung nicht zustande, kommen wiederum die gesetzlichen Regelungen zur Anwendung.³⁵

³⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 215; *Ferrari* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 49; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 59, 113.

³¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 220; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 59.

³² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 251; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 59, 113.

³³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 251; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 1412.

³⁴ *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 59, 113; *Deixler-Hübner*, Nachehelicher Unterhalt, in *Deixler-Hübner* (Hrsg), Handbuch Familienrecht (2015) 831 (832); *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 111.

³⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 251; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 113, 114; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 111.

Der nacheheliche Unterhaltsanspruch ist anders ausgestaltet als der eheliche Unterhaltsanspruch und hängt prinzipiell von der Art der Scheidung ab, wobei zwischen der Verschuldensscheidungen und der Scheidung aus anderen Gründen zu unterscheiden ist.³⁶ Für die Festsetzung des nachehelichen Unterhaltsanspruches ist daher das Verschulden der Ehegatten relevant.³⁷ Ein weiterer wesentlicher Unterschied besteht in der Art der Unterhaltsleistung. Nachehelicher Unterhalt ist gem § 70 Abs 1 EheG in Geldrente zu gewähren, die jeweils monatlich im Voraus zu entrichten ist.³⁸

2.2.1 Die nachehelichen Unterhaltsansprüche gem §§ 66 ff EheG

Wie oben dargestellt, hängt der nacheheliche Unterhaltsanspruch in Österreich, im Vergleich zu anderen Staaten der EU, immer noch überwiegend vom Verschulden ab.³⁹ Da die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes auch im nachehelichen Unterhaltsrecht als geboten erachtet wird, werden die möglichen Unterhaltsansprüche nach Ehescheidung kurz erläutert.⁴⁰

2.2.1.1 Scheidung wegen alleinigem oder überwiegendem Verschulden

Die einschlägige Norm für den Unterhaltsanspruch bei Scheidung wegen überwiegendem bzw alleinigem Verschulden ist § 66 EheG. Diese statuiert, dass derjenige Ehegatte, der überwiegend schuldig geschieden wird, dem anderen einen angemessenen Unterhalt zu leisten hat, wobei die Angemessenheit anhand der Lebensverhältnisse der Ehegatten beurteilt wird.⁴¹ Da zur Feststellung der Angemessenheit weiterhin die

³⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 251; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 113, 114; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 111.

³⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 251; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 111.

³⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 268; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 120; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 111; OGH 15.11.2006, 9 Ob 64/05k.

³⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 251; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 111.

⁴⁰ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 311; *Gitschthaler*, Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht – 20 Jahre später, ÖJZ 1996, 553; OGH 1 Ob 104/09i = EF-Z 2010/76 = iFamZ 2010/73 = Zak 2010/40; OGH 2 Ob 32/14s EF-Z 2014/159 (*Gitschthaler*); ABGB idF BGBl 1978/280.

⁴¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 253; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 1420; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 66 EheG Rz 1; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 115; OGH 20.08.1996, 10 Ob 2326/96y.

Lebensverhältnisse der Ehegatten herangezogen werden, wie dies auch bei aufrechter Ehe geschieht, kommen hier die einschlägigen Grundsätze des § 94 ABGB zur Anwendung.⁴² Erzielt der Unterhaltspflichtige ein Einkommen, das zur Deckung des angemessenen Unterhalts nicht genügt, ist er dazu angehalten eine ihm zumutbare, den Fähigkeiten entsprechende Erwerbstätigkeit auszuüben und damit seine Kräfte voll anzuspannen.⁴³ Weitere Voraussetzung für einen Anspruch nach § 66 EheG ist, dass die Einkünfte aus Vermögen und die Erträge einer zumutbaren Erwerbstätigkeit des nicht schuldig geschiedenen Ehegatten nicht ausreichen, um seine Bedürfnisse zu decken.⁴⁴ Der Anspruchsberechtigte hat demzufolge primär für sich selbst zu sorgen, wobei er allerdings nicht auf seinen Vermögensstamm zurückgreifen muss.⁴⁵

Wird jedoch der angemessene Unterhalt des Verpflichteten selbst durch die Unterhaltszahlungen gefährdet, reduziert sich der Unterhaltsanspruch nach § 66 EheG auf einen Billigkeitsunterhalt nach § 67 Abs 1 EheG. Eine tatsächliche Beeinträchtigung ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung, vielmehr reicht eine Gefährdung des angemessenen Unterhalts aus.⁴⁶ Grundsätzlich kann der angemessene Unterhalt des § 67 EheG nicht mit bloß notdürftigem Unterhalt nach § 73 Abs 1 EheG gleichgestellt werden.⁴⁷ Jedoch stellt die jüngere Rsp in diesem Fall immer wieder auf das Existenzminimum gem § 291a EO bzw auf den Ausgleichszulagenrichtsatz nach § 293 ASVG ab.⁴⁸ Damit wird die Belastungsgrenze für den unterhaltspflichtigen (geschiedenen) Ehegatten festgelegt. Daraus lässt sich allerdings keine beachtliche Unterscheidung zum notdürftigen Unterhalt ableiten.⁴⁹ Anders als bei einem Anspruch auf angemessenen Unterhalt muss der Unterhaltsberechtigte durchaus auf seinen Vermögensstamm zurückgreifen. Diesfalls kommt es zu einer vorrangigen Haftung der

⁴² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 256; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 66 EheG Rz 6; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 66 EheG Rz 4; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 115.

⁴³ *Smutny in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 34.

⁴⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 253; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 66 EheG Rz 2; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 66 EheG Rz 7; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 115; OGH 02.04.1982, 7 Ob 561/82.

⁴⁵ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 66 EheG Rz 8; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 66 EheG Rz 2; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 115; OLG Wien 18 R 201/85 EFSlg 48.872.

⁴⁶ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 67 EheG Rz 4; *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner*, 838.

⁴⁷ *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner*, 839.

⁴⁸ *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner*, 839.

⁴⁹ *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner*, 839.

Verwandten, ehe der Unterhaltspflichtige herangezogen werden kann.⁵⁰ Diese Bestimmung hat jedoch nur geringe Relevanz in der Praxis.⁵¹

2.2.1.2 Scheidung aus gleichzeitigem Verschulden

Werden die Ehegatten aus beiderseitigem Verschulden geschieden, besteht im Wesentlichen kein gegenseitiger gesetzlicher Unterhaltsanspruch der Ehegatten. Allerdings kann dem Ehegatten, der seinen Unterhalt nicht selbst bestreiten kann, ein Billigkeitsunterhalt gem § 68 EheG zugesprochen werden.⁵² Für die Beurteilung der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten werden sowohl die Ertragnisse wie auch der Vermögensstamm und Einkünfte aus einer ihm möglichen Erwerbstätigkeit herangezogen. Dass diese Erwerbstätigkeit nach dem Maßstab, der bei anderen Unterhaltsansprüchen angewendet wird, unzumutbar ist, bleibt unerheblich, solange die Erwerbstätigkeit für den Unterhaltsberechtigten noch im Bereich des Möglichen liegt.⁵³ Ebenso kann der Unterhalt auf eine bestimmte Zeit beschränkt werden, wobei auch eine allfällige Anspannung mit dem Ende des Unterhaltsanspruches wegfällt.⁵⁴ Der Unterhalt nach § 68 EheG stellt nur einen Beitrag zum Unterhalt dar und wird daher nie einem angemessenen Unterhalt nach § 66 EheG gleichkommen.⁵⁵ Dieser Beitrag kann der Höhe nach sogar unter dem Existenzminimum liegen.⁵⁶ In der Praxis werden Prozentwerte als Hilfestellung herangezogen.⁵⁷ Der im Rahmen der Billigkeitsentscheidung festgesetzte Unterhalt wird meiner Ansicht nach auch die

⁵⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 258; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 67 EheG Rz 1; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 115.

⁵¹ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 67 EheG Rz 7; *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, 838.

⁵² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 258; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 68 EheG Rz 1; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 68 EheG Rz 1; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 115.

⁵³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 258; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 68 EheG Rz 4; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 68 EheG Rz 1; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 115; OGH 29.04.2004, 8 Ob 127/03i.

⁵⁴ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 68 EheG Rz 4; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 68 EheG Rz 2; OGH 9 Ob 34/10f EFSlg 131.158.

⁵⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 259; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 68 EheG Rz 4; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 68 EheG Rz 2; OGH 9 Ob 34/10f EFSlg 131.158.

⁵⁶ *Zankl/Mondel* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 68 EheG Rz 8; LGZ Wien 45 R 521/78 EFSlg 31.766; LGZ Wien 45 R 219/02t EFSlg 100.935.

⁵⁷ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 68 EheG Rz 7.

Obergrenze für die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes bilden, zumal dieser Anspruch den Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten bloß teilweise decken soll.⁵⁸

2.2.1.3 Verschuldensunabhängiger Unterhalt

Die mit dem EheRÄG 1999 neu geschaffene Unterkategorie nach § 68a EheG gewährt einen Unterhalt, der unabhängig vom Verschuldensauspruch besteht. Diese Form des Unterhalts wird einem geschiedenen Ehegatten zugebilligt, dem die Aufbringung seines Unterhalts durch eigenen Erwerb aufgrund von Nachteilen, die auf die eheliche Lebensgestaltung zurückzuführen sind, unzumutbar ist.⁵⁹ § 69b EheG statuiert, dass die Bestimmung bei der Scheidung aus anderen Gründen gem §§ 50, 51, 52 und 55 EheG sowie bei der einvernehmlichen Scheidung zum Tragen kommt, wenn keine wirksame Unterhaltsvereinbarung vorliegt. Dadurch ist es nun auch dem Scheidungskläger bei einer Scheidung aus anderen Gründen gestattet, unter den nach § 68a EheG normierten Voraussetzungen Unterhalt zu verlangen.⁶⁰

Bei diesem Unterhaltsanspruch ist zwischen zwei Fällen zu unterscheiden. Zum einen wird nach § 68a Abs 1 EheG ein verschuldensunabhängiger Unterhalt zugesprochen, wenn einem geschiedenen Ehegatten die Erwerbstätigkeit aufgrund der Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes unzumutbar ist. Zum anderen wird ein verschuldensabhängiger Unterhalt nach § 68a Abs 2 EheG gewährt, wenn die Unzumutbarkeit der Selbsterhaltung auf einem ehebedingten Mangel an Erwerbsmöglichkeiten beruht, wie etwa die Haushaltsführung sowie gegebenenfalls die Pflege und Erziehung gemeinsamer Kinder oder die Betreuung eines Angehörigen eines Ehegatten⁶¹

Bei der Festsetzung der Unterhaltshöhe wird auf den Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten und nicht auf die Lebensverhältnisse der Ehegatten abgestellt. Die

⁵⁸ *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 68 EheG Rz 7.

⁵⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 263; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 68a EheG Rz 1; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 68a EheG Rz 1; *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner*, 843; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 117.

⁶⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 263; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 1460; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 117.

⁶¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 263; *Hopf/Kathrein in Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 68a EheG Rz 1; *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner*, 844.

Höhe des Unterhaltsanspruches ist in der Literatur jedoch vielfach diskutiert.⁶² Der OGH, der sich *Deixler-Hübners* Meinung angeschlossen hat, geht zwar bei der Unterhaltsbemessung vom konkreten Lebensbedarf des unterhaltsberechtigten Ehegatten aus, jedoch solle der Unterhalt zwischen den geltenden Prozentsätzen des § 66 EheG und § 68 EheG liegen. Somit solle sich der Unterhaltsanspruch der Höhe nach zwischen 15 % und 33 % des Einkommens des Unterhaltsschuldners wiederfinden.⁶³ Nach der Rsp des OGH soll der Unterhaltsanspruch aber nicht das Existenzminimum bzw den Ausgleichszulagenrichtsatz unterschreiten. Die Prozentwertmethode ist allerdings erst in einem zweiten Schritt nach der vorhergehenden Ermittlung des Lebensbedarfs anzuwenden.⁶⁴ Im Allgemeinen wird die Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten stillschweigend angenommen. Erst durch § 68a Abs 4 EheG, der auf § 67 EheG verweist, solle die potentielle Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten berücksichtigt werden, dessen Belastungsgrenze ebenso beim Unterhaltsexistenzminimum liegt.⁶⁵ Die Anwendung der Prozentwerte führe laut *Gitschthaler* allerdings nicht zu einem Mindestbetrag, sondern der tatsächliche Lebensbedarf könne durchaus auch außerhalb der genannten Prozentwerte liegen. Maßgeblich sei in diesem Zusammenhang stets der Lebensbedarf.⁶⁶ Im Hinblick auf ein Anspannungsverfahren wird mE jedenfalls der berechnete Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten als Obergrenze gelten müssen, da er auch die Höchstgrenze für den Unterhaltsanspruch bildet.⁶⁷

Abs 3 des § 68a EheG enthält eine Unbilligkeitsklausel, bei der besonders schwerwiegende Eheverfehlungen, schuldhafte Herbeiführung der Unterhaltsbedürftigkeit des Berechtigten oder eine kurze Ehedauer überprüft werden. Daher dürfen trotz des verschuldensunabhängigen Unterhalts gewisse Verfehlungen des

⁶² *Zankl/Mondel* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 68a EheG Rz 9 ff; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 68a EheG Rz 11.

⁶³ *Schwimann/Egger* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 68a EheG Rz 6; *Hopf/Kathrein* in *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 68a EheG Rz 14; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 68a EheG Rz 11; RIS-Justiz RS0117322, zuletzt OGH 9 Ob 87/09y iFamZ 2010/125 = Zak 2010/144.

⁶⁴ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, 846.

⁶⁵ *Schwimann/Egger* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 68a EheG Rz 3; *Hopf/Kathrein* in *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 68a EheG Rz 14; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 68a EheG Rz 11.

⁶⁶ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 68a EheG Rz 27.

⁶⁷ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, 846.

Berechtigten nicht außer Acht gelassen werden.⁶⁸ Ist ein Unterhaltsanspruch nach § 68a Abs 1 oder Abs 2 EheG unbillig, kann dieser entweder gemindert werden oder sogar gänzlich verloren gehen,⁶⁹ womit die Anspannungspflicht des Unterhaltspflichtigen mE geschmälert wird oder ganz entfällt.

2.2.1.4 *Unterhalt bei Scheidung aus anderen Gründen*

Die Unterhaltsregelung des § 69 EheG normiert einen Unterhaltsanspruch bei Scheidungen aus anderen Gründen, wozu Scheidungen wegen eines Verhaltens, das auf einer geistigen Störung beruht (§ 50 EheG), wegen Geisteskrankheit (§ 51 EheG), wegen ansteckender oder ekelerregender Krankheit (§ 52 EheG) sowie wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft (§ 55 EheG) zählen.⁷⁰ Bei diesem Unterhaltsanspruch ist primär danach zu unterscheiden, ob das Scheidungsurteil einen Schuldausspruch nach § 61 Abs 2 EheG enthält oder nicht.⁷¹

Werden die Ehegatten aus den Gründen der §§ 50-52 EheG geschieden und enthält das Scheidungsurteil einen Schuldausspruch nach § 61 Abs 2 EheG, so gebührt dem Beklagten ein Unterhaltsanspruch nach § 66 EheG, wobei auch § 67 EheG sinngemäß Anwendung findet (§ 69 Abs 1 EheG).⁷²

Erfolgt die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft gem § 55 EheG und enthält das Urteil einen Ausspruch über das alleinige oder überwiegende Verschulden des Scheidungsklägers nach § 61 Abs 3 EheG, gewährt § 69 Abs 2 EheG dem beklagten Ehegatten einen Unterhaltsanspruch in demselben Ausmaß, wie er dem Beklagten auch bei aufrechter Ehe zugestanden hätte. Das heißt, der beklagte Ehegatte behält den Unterhaltsanspruch nach § 94 ABGB, wodurch sich seine unterhaltsrechtliche

⁶⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 266 f; *Hopf/Kathrein* in *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 68a EheG Rz 9, 10; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 68a EheG Rz 10; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 117; *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, 846.

⁶⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 266; *Hopf/Kathrein* in *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 68a EheG Rz 9; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 68a EheG Rz 10.

⁷⁰ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 69 EheG Rz 1; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 118.

⁷¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 262 ff; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 69 EheG Rz 2 ff; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 69 EheG Rz 1 ff.

⁷² *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 69 EheG Rz 2; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 69 EheG Rz 1; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 118.

Stellung nicht von der während aufrechter Ehe unterscheidet.⁷³ Wie bereits erwähnt, bildet § 69 Abs 2 EheG daher eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Unterhaltstitel gem § 94 ABGB mit Rechtskraft der Scheidung unwirksam werden.⁷⁴ Jedoch sind für den Unterhaltsanspruch die jeweiligen konkreten Lebensverhältnisse, also die Beurteilungskriterien nach § 94 ABGB, maßgebend, wodurch sich der Unterhaltsanspruch jederzeit gegebenenfalls ändern kann.⁷⁵

Erght ein Scheidungsurteil aufgrund der §§ 50-52 oder 55 EheG ohne Schuldausspruch, so gewährt § 69 Abs 3 EheG einen Billigkeitsanspruch auf Unterhalt. Primär ist der beklagte Ehegatte unterhaltsberechtig; nur wenn die Scheidung infolge von Klage und Widerklage erfolgt, sind beide Ehegatten anspruchsberechtigt. Wem der Anspruch letztlich tatsächlich zusteht, entscheidet sich danach, wer die Voraussetzungen für einen Billigkeitsanspruch erfüllt.⁷⁶ Bei diesem Anspruch werden sowohl die Bedürfnisse und die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten als auch die entsprechenden Verhältnisse allfälliger Verwandter, bei denen ebenso eine Unterhaltspflicht gegenüber dem Unterhaltsberechtigten besteht (§ 71 EheG), berücksichtigt.⁷⁷ Im Gegensatz zum Billigkeitsanspruch auf Unterhalt nach § 68 EheG, stellt der Anspruch nach § 69 Abs 3 nicht nur einen Beitrag zum Unterhalt dar, sondern kann vielmehr bis zum vollen angemessenen Unterhalt gewährt werden. Der Unterhalt darf allerdings der Höhe nach nicht den angemessenen Unterhalt nach § 66 EheG übersteigen.⁷⁸ Nach § 69 Abs 3 S 2 iVm § 67 Abs 2 EheG kommt es zu einer gänzlichen Befreiung von der Unterhaltspflicht und somit von der Anspannungsobliegenheit, wenn

⁷³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 260; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 69 EheG Rz 3; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 69 EheG Rz 2; RIS-Justiz RS0115545, zuletzt OGH 02.07.2015, 2 Ob 185/14s.

⁷⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 215; *Ferrari in Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 49.

⁷⁵ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 1462; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 69 EheG Rz 4; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 69 EheG Rz 2; OGH 12.12.1979, 3 Ob 156/79; OGH 3 Ob 197/02w EFSlg 104.929 = Jus-Extra OGH-Z 3518.

⁷⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 262; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 1484; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 69 EheG Rz 14; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 69 EheG Rz 8; LGZ Wien 44 R 1012/80 EFSlg 36.443; OGH 5 Ob 30/13t EFSlg 138.977 = Zak 2014/85.

⁷⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 262; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 69 EheG Rz 12; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 69 EheG Rz 8.

⁷⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 262; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 69 EheG Rz 13; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 69 EheG Rz 8; OGH 17.10.2006, 1 Ob 190/06g.

der Berechtigte in der Lage ist, seinen Unterhalt aus seinem Vermögensstamm zu bestreiten.⁷⁹

2.2.1.5 Unterhalt bei einvernehmlicher Scheidung

Ist eine Unterhaltsvereinbarung nach § 55a Abs 2 EheG bei einer einvernehmlichen Scheidung, etwa aufgrund eines Willensmangels, nie rechtswirksam zustande gekommen oder wurde die Vereinbarung im Nachhinein ungültig, greift der Unterhaltsanspruch nach § 69a Abs 2 EheG. Der durch das EheRÄG 1999 eingeführte Billigkeitsunterhalt entspricht dem Anspruch nach § 69 Abs 3 EheG. Sowohl die Anspruchsbedingungen als auch die Höhe sind einheitlich. Unter diesen Umständen kann gegebenenfalls auch ein verschuldensunabhängiger Unterhaltsanspruch nach § 68a EheG zum Tragen kommen (§ 69b EheG).⁸⁰

2.2.2 Ende des Unterhaltsanspruches

Wie bereits beim Unterhaltsanspruch während aufrechter Ehe, werden auch die Endigungsgründe des nachehelichen Unterhaltsanspruches aufgezeigt, weil damit die Anspannung des Unterhaltspflichtigen ausscheidet.⁸¹ Nach § 74 EheG erlischt der Unterhaltsanspruch für immer, wenn der Unterhaltsberechtigte nach der Scheidung eine schwere Verfehlung gegenüber dem Verpflichteten begeht oder gegen dessen Willen einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel führt.⁸² Nach der Rsp ist der Tatbestand der Verwirkung nur bei besonders schweren Verfehlungen erfüllt, die schwerwiegender als Eheverfehlungen sind. Ein ehrloser oder unsittlicher Lebenswandel liegt ebenfalls nur bei gravierendem Fehlverhalten vor, das vom Verhalten eines Durchschnittsmenschen abweicht.⁸³ Darüber hinaus muss dieses Fehlverhalten dazu geeignet sein,

⁷⁹ *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 263; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 69 EheG Rz 12.

⁸⁰ *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 263; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 1512; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 69a EheG Rz 3.

⁸¹ *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69.

⁸² *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 270, 271; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 121; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 122.

⁸³ *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 270; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 123; OGH 1 Ob 253/12f SZ 2013/27 = EFSIg 138.972; 138.990 = iFamZ 2013/146 (Deixler-Hübner).

schutzwürdige Interessen des Verpflichteten zu beeinträchtigen.⁸⁴ Die Unterhaltsverpflichtung nach § 68 EheG endet aber jedenfalls mit dem Tod des Unterhaltspflichtigen (§ 87 Abs 3 EheG).⁸⁵ Dabei kommt es wiederum zum Übergang der Verpflichtung auf die Erben als Nachlassverbindlichkeit gem § 78 EheG. Allerdings haben die Erben die Möglichkeit, den Unterhalt zu mindern, wenn dies der Billigkeit entspricht (§ 78 Abs 2 EheG). Der Unterhaltsanspruch erlischt auch im Falle des Todes des Unterhaltsberechtigten.⁸⁶

Bei einer Wiederverheiratung bzw Wiederverpartnerung des Berechtigten kommt es ebenso zum Erlöschen der Unterhaltspflicht nach § 75 EheG. Der Anspruch lebt auch nach Scheidung der zweiten Ehe nicht wieder auf.⁸⁷ Die Rsp vertritt die Ansicht, dass bei Eingehen einer neuen Lebensgemeinschaft des Unterhaltsberechtigten Ruhen im Verfahren eintritt.⁸⁸ *Hinteregger* vertritt die gegenteilige Auffassung, wonach die tatsächlichen Zuwendungen des Lebensgefährten bei der Unterhaltsbemessung berücksichtigt werden sollen, sofern diese Bedürfnisse befriedigen, die unterhaltsrechtlich von Relevanz sind.⁸⁹

Der Unterhaltsanspruch des Unterhaltsberechtigten reduziert sich nach § 73 EheG zum einen auf den notdürftigen Unterhalt bei selbstverschuldeter Bedürftigkeit, mag die Bedürftigkeit durch sittliches Verschulden oder aber durch vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten herbeigeführt worden sein.⁹⁰

⁸⁴ *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 123.

⁸⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 273 f; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 122; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 124.

⁸⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 270; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 122.

⁸⁷ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 75 EheG Rz 2; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 123.

⁸⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 272; *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 121; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 66 EheG Rz 17; OGH 19.05.1954, 1 Ob 17/54; OGH 3 Ob 31/14a EF-Z 2014/135 (*Gitschthaler*) = AnwBl 2014, 508 = Zak 2014/457.

⁸⁹ *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 121.

⁹⁰ *Hinteregger*, Familienrecht⁸ 121; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² 122,123.

3 Anspannungsgrundsatz

Der Anspannungsgrundsatz stellt einen bedeutungsvollen Teil des Unterhaltsrechts dar, der vor allem Missbräuchen im Rahmen der Unterhaltspflicht entgegenwirken soll.⁹¹ Im nachstehenden Kapitel werden die wesentlichen Grundsätze zur Anspannungstheorie, welche die Rsp im Laufe der Jahre statuiert hat, erläutert. Insbesondere der Anwendungsbereich des Anspannungsgrundsatzes, die Verhaltenspflichten des Unterhaltsschuldners, die Kenntnis des Unterhaltsschuldners von seiner Unterhaltspflicht, die Verschuldensfrage sowie das Anspannungseinkommen werden genauer in Augenschein genommen.

3.1 Allgemeines

Dem aus verschiedenen Gesetzesstellen ableitbaren Anspannungsgrundsatz liegt der Gedanke zugrunde, dass der Unterhaltspflichtige bei einem Verdienst, der unter seinem Leistungsvermögen liegt, unter Berücksichtigung gewisser Voraussetzungen, auf ein potentiell höheres Einkommen angespannt werden kann. Gleiches gilt für einen Unterhaltsschuldner, der keinerlei Einkünfte erzielt.⁹² Das bedeutet, der Unterhaltspflichtige hat seine Kräfte unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten und Einsatz seiner persönlichen Fähigkeiten sowie finanzieller Mittel anzuspannen.⁹³ Diese Obliegenheit des Unterhaltsschuldners besteht ab Kenntnis seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten.⁹⁴ Der Wortlaut „nach ihren Kräften“, aus dem sich der Anspannungsgrundsatz ableitet, ist sowohl im Ehegattenunterhaltsrecht in § 94 ABGB als auch im Kindesunterhaltsrecht in § 231 ABGB verankert. Dadurch finden die Grundsätze der Anspannungsobliegenheit im Kindesunterhaltsrecht auch auf das

⁹¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 238.

⁹² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69, 238; siehe Kindesunterhalt: *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 310; OGH 10 Ob 59/14w EF-Z 2015/60 (*Vidmar*) = EF-Z 2015/49 = iFamZ 2015/5 = Zak 2015/52; OGH 28.06.2017, 1 Ob 118/17k.

⁹³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 349; *Gitschthaler*, Anspannung im Kloster, EF-Z 2018, 27; RIS-Justiz RS0047686, zuletzt OGH 1 Ob 155/17a EF-Z 2018/13 (*Gitschthaler*) = EvBl 2018/36 (*Schmid*) = iFamZ 2017/200.

⁹⁴ Siehe Kindesunterhaltsrecht: *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 313; OGH 2 Ob 56/02b EFSlg 103.332; OGH 26.02.1997, 7 Ob 61/97i.

Ehegattenunterhaltsrecht Anwendung, wobei im Kindesunterhaltsrecht ein strengerer Maßstab angelegt wird.⁹⁵ Dort liegt die absolute Belastungsgrenze des Unterhaltsschuldners beim Unterhaltsexistenzminimum gem § 291b EO, wobei dem Verpflichteten nur 75 % des unpfändbaren Betrages nach § 291a EO verbleiben soll. In besonderen Ausnahmefällen kann der Betrag nach § 292b EO aber auch unterschritten werden.⁹⁶ Im Gegensatz dazu richtet sich die Belastungsgrenze im nachehelichen Unterhaltsrecht nach § 291a EO.⁹⁷

Verletzt der Unterhaltspflichtige schuldhaft die Obliegenheit, seine Kräfte in vollem Ausmaß einzusetzen, wird das Einkommen, das er tatsächlich erwirtschaften könnte und ihm zumutbar ist, als Unterhaltsbemessungsgrundlage herangezogen.⁹⁸ Der Anspannungsgrundsatz umfasst sowohl unselbstständige als auch selbstständige Erwerbstätigkeit inklusive der Kapitalerträge.⁹⁹ Inwieweit die Voraussetzungen zur Anspannung vorliegen, ist stets im Einzelfall zu prüfen. Bei der Beurteilung ist daher auf die konkreten Umstände des jeweiligen Falles einzugehen.¹⁰⁰ Liegen jedoch berücksichtigungswürdige Gründe vor, kann dies zum Wegfall der Anspannungsobliegenheit führen.¹⁰¹

Die Anspannungstheorie wird nicht nur iZm Fragen bei Änderungen des Arbeitsplatzverhältnisses einschlägig, sondern erfasst einen noch viel größeren Bereich. So stellt sich die Frage der Anspannung auch bei Inhaftierung und Haftentlassung eines Unterhaltspflichtigen.¹⁰² Ferner kommt es zur Anspannung, wenn der Unterhaltspflichtige keine Erwerbstätigkeit ausübt, weil er grundlos einzig und allein der Haushaltsführung

⁹⁵ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 97; LG Feldkirch 1 R 103/02h EFSlg 100.974.

⁹⁶ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, 839.

⁹⁷ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, 839; vgl nacheheliches Unterhaltsrecht, Abschnitt 2.2.1.1 „Scheidung wegen alleinigem oder überwiegendem Verschulden“.

⁹⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 238; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 34; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 310; OGH 10 Ob 59/14w EF-Z 2015/60 (*Vidmar*) = EF-Z 2015/49 = iFamZ 2015/5.

⁹⁹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 98; siehe Kindesunterhaltsrecht: *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69; OGH 15.11.1990, 7 Ob 628/90.

¹⁰⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69 239; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 312; RIS-Justiz RS0007096, zuletzt OGH 11.10.2016, 10 Ob 60/16w; OGH 28.06.2017, 1 Ob 118/17k.

¹⁰¹ *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 34; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 357; OGH 28.04.2015, 10 Ob 22/15f.

¹⁰² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 82; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 385 f; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 559.

nachgeht.¹⁰³ Ist der Aufenthalt des Unterhaltspflichtigen nicht bekannt, ist ebenso eine mögliche Anspannung zu überprüfen.¹⁰⁴ Der Unterhaltsschuldner ist außerdem im Rahmen seiner Verpflichtung dazu angehalten, für ihn erzielbare Vermögenserträge zu erwirtschaften, sofern es ihm bei gegebener Sorgfalt möglich ist.¹⁰⁵ Schlägt der Unterhaltspflichtige eine Erbschaft aus, führt das konsequenterweise zur Anwendung der Anspannungstheorie.¹⁰⁶ Die genannten Fälle werden in dieser Diplomarbeit nicht näher erörtert. Es werden ausschließlich die Anspannungsfälle iZm wesentlichen Änderungen des Arbeitsplatzverhältnisses behandelt.

3.2 Anwendungsbereich

Der Anspannungsgrundsatz lässt sich im Hinblick auf den Ehegattenunterhalt und nahehelichen Unterhalt, wie eingangs erwähnt, aus § 94 Abs 1 ABGB ableiten. Die einschlägigen Bestimmungen der Anspannungsobliegenheit iZm dem Partnerunterhalt und Kindesunterhalt finden sich in § 12 Abs 1 EPG sowie in § 231 Abs 1 ABGB wieder.¹⁰⁷

Bereits in der Stammfassung des ABGB aus dem Jahr 1811, findet sich die Wortwahl „nach Kräften beizustehen“ in § 92 ABGB.¹⁰⁸ Allerdings bezog sich die damalige Bestimmung ausschließlich auf die Pflicht der Ehefrau, ihrem Ehegatten bei der „Haushaltung und Erwerbung“ beizustehen.¹⁰⁹ Erstmals kam der Begriff der „Anspannung“ im Unterhaltsrecht, der bis dahin nur in der Lehre verwendet wurde, in einer Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1912 iZm dem Kindesunterhalt zur Anwendung. Der OGH verwies damals in der Sache selbst zwar auf bestehende Rsp, jedoch wurde

¹⁰³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 80; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 558.

¹⁰⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 83; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 557.

¹⁰⁵ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 35; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 36; *Gitschthaler*, Ehegattenunterhalt durch Wohnungsbereitstellung – letzter Akt?, EF-Z 2011, 69; OGH 2 Ob 246/09d SZ 2010/134 = EFSlg 126.074; 126.439 = EF-Z 2011/42 (*Gitschthaler*) = AnwBl 2011, 211.

¹⁰⁶ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 35; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 36; OGH 1 Ob 104/09i EF-Z 2010/76 = iFamZ 2010/73 = Zak 2010/40.

¹⁰⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 70; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 311.

¹⁰⁸ ABGB idF von JGS 1811/946.

¹⁰⁹ ABGB idF von JGS 1811/946.

die Anspannung zum ersten Mal als solche begrifflich erwähnt.¹¹⁰ Im Zuge der Familienrechtsreform in den 1970er-Jahren, kam es durch das Bundesgesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe zur Gleichstellung von Frau und Mann in der ehelichen Gemeinschaft. Dadurch wurde der § 92 aF reformiert und die Bestimmung über die nun beiderseitige Beitragspflicht nach § 94 Abs 1 ABGB verschoben. Der Wortlaut des § 94 Abs 1 ABGB, wonach „*die Ehegatten nach ihren Kräften und gemäß der Gestaltung ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse gemeinsam beizutragen haben*“ gilt bis heute unverändert.¹¹¹ Die Formulierung „*nach ihren Kräften*“ bringt den Anspannungsgrundsatz zum Ausdruck und bildet erstmals eine gesetzliche Grundlage für dessen Anwendung.¹¹² Folglich wurde der Anspannungsgrundsatz zur stRsp.¹¹³ Der Unterhaltsanspruch soll nach der Intention des Gesetzgebers dann bestehen, wenn einer der beiden Ehegatten nicht in der Lage ist, seine Bedürfnisse durch eigenes Vermögen bzw durch eigene Einkünfte zu befriedigen. Dies mag auf fehlende Leistungsfähigkeit zurückzuführen sein oder aber darauf, dass bei voller Anspannung der Kräfte dennoch keine Befriedigung der angemessenen Lebensbedürfnisse möglich ist.¹¹⁴ Der Wortlaut „*nach ihren Kräften*“ besagt daher zum einen, dass die Beitragspflicht der Ehegatten dem Verhältnis ihrer Kräfte gleichkommen muss. Zum anderen zielt der Wortlaut darauf ab, dass die Höhe des Unterhaltsanspruches mit der entsprechenden Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten begrenzt ist.¹¹⁵ Diese Unterhaltsregelung ist Teil der ehelichen Beistandspflicht und konkretisiert somit § 90 ABGB.¹¹⁶ Die näheren Grundsätze dazu wurden im Rahmen der Rsp entwickelt.¹¹⁷

Der Anspannungsgrundsatz greift nach stRsp und Lehre nicht nur während aufrechter Ehe, sondern auch im nachehelichen Unterhaltsrecht gem §§ 66 ff EheG, obwohl dies in

¹¹⁰ *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 553; OGH 27.03.1912, Rv. V, 678/12 GIUNF 5851.

¹¹¹ BGBl. Nr. 412/1975; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 1.

¹¹² *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 34; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 553.

¹¹³ *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 553.

¹¹⁴ ErläutRV 851 BlgNR 13. GP 17.

¹¹⁵ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 94 ABGB Rz 2; OLG Wien 14 R 193/83 EFSlg 42.516; OLG Linz 5 R 131/80 EFSlg 35.207.

¹¹⁶ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 1.

¹¹⁷ *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 34 ff; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 310 ff; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69 ff, 238 f.

den §§ 66 ff EheG idF seit 1978 nicht eigens normiert ist.¹¹⁸ Ausdrücklich kommt die Anspannungstheorie daher bei einem Unterhaltsanspruch bei einer Scheidung wegen Verschuldens nach § 66 EheG¹¹⁹ und beim verschuldensunabhängigen Unterhalt nach § 68a EheG zum Tragen.¹²⁰ Ebenso kann im Verfahren über einen einstweiligen Unterhalt nach § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO der Anspannungsgrundsatz zur Anwendung kommen.¹²¹

Der im EPG geregelte § 12 Abs 1 EPG entspricht weitgehend § 94 ABGB und besagt, dass *„die eingetragenen Partner nach ihren Kräften und gemäß der Gestaltung ihrer Lebensgemeinschaft zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse gemeinsam beizutragen haben“*. Wie auch die Unterhaltsregelung in § 94 ABGB ist auch die Bestimmung des § 12 EPG Ausfluss der Beistandspflicht.¹²² In beiden Bestimmungen ist im jeweiligen Abs 2 normiert, dass derjenige Ehegatte oder eingetragene Partner, der den gemeinsamen Haushalt führt, bereits dadurch seinen Beitrag iSd Abs 1 leistet.¹²³

Im Zuge des Kindschafts- und Namenrechtsänderungsgesetzes 2013 wurde § 140 ABGB neu eingegliedert und entspricht nunmehr § 231 ABGB.¹²⁴ § 231 Abs 1 ABGB stellt klar, dass *„die Eltern zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten nach ihren Kräften anteilig beizutragen haben“*.¹²⁵

Der Anspannungsgrundsatz lässt sich daher nur bei Unterhaltsansprüchen von Kindern, Ehegatten oder eingetragenen Partnern aus dem Gesetz ableiten, wobei aber anzunehmen ist, dass dieser Grundsatz auf alle Unterhaltsansprüche Anwendung findet. Jedenfalls ist eine diesbezügliche Obliegenheitsverletzung gegenüber Kindern, Ehegatten oder Lebenspartnern strenger zu beurteilen als gegenüber dritten Personen.¹²⁶

¹¹⁸ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 311; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 553; OGH 1 Ob 104/09i = EF-Z 2010/76 = iFamZ 2010/73 = Zak 2010/40; OGH 2 Ob 32/14s EF-Z 2014/159 (*Gitschthaler*); ABGB idF BGBl 1978/280.

¹¹⁹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 311; RIS-Justiz RS0057388, OGH 09.04.1992, 8 Ob 503/92; OGH 22.09.1993, 6 Ob 587/93.

¹²⁰ OGH 9 Ob 87/09y iFamZ 2010/125.

¹²¹ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 382 EO Rz 7; LGZ Wien 44 R 270/05i EFSlg 112.477.

¹²² ErläutRV 485 BlgNR 24. GP 10.

¹²³ ErläutRV 485 BlgNR 24. GP 10.

¹²⁴ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 33; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 310.

¹²⁵ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 310.

¹²⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 70.

3.3 Verhaltenspflichten

Wie zuvor erwähnt, ist die primäre Pflicht des Unterhaltsschuldners, alle seine Kräfte insoweit anzuspannen, dass er seine Unterhaltspflicht vollständig erfüllen kann. Das bedeutet, er hat sowohl seine persönlichen Fähigkeiten und Kenntnisse als auch seine Arbeitskraft bestmöglich einzusetzen.¹²⁷ Bei der Beurteilung der Anspannungsobliegenheit ist daher die Leistungskraft des Unterhaltspflichtigen unter Rücksichtnahme auf dessen Ausbildung und Fähigkeiten maßgebend.¹²⁸ Der Obliegenheit ist demzufolge eine dauernde und intensive Bemühung um einen geeigneten Arbeitsplatz inhärent.¹²⁹ Daraus ergibt sich auch die Pflicht des Unterhaltsschuldners, sich die notwendigen Sprachkenntnisse anzueignen, um sich am Arbeitsmarkt etablieren zu können. Diesbezüglich hat der OGH ausgesprochen, dass bei einem mehrjährigen Aufenthalt in Österreich die für eine ausreichende Verständigung erforderlichen Sprachkenntnisse erwartet werden könnten.¹³⁰

Die Anspannung aller Kräfte führt konsequent zur Obliegenheit des Unterhaltspflichtigen, die ihm zustehenden Leistungen in Anspruch zu nehmen und zu maximieren. Dies bedeutet, dass der Unterhaltsschuldner dazu verhalten ist, öffentlich-rechtliche Versorgungsleistungen wie Arbeitslosengeld, Sozialhilfe, Invaliditätspension etc zu beantragen, aber auch betriebliche Schadenersatzansprüche geltend zu machen.¹³¹ Voraussetzung für die Anwendung der Anspannungstheorie bei Unterlassen der Antragstellung ohne triftigen Grund durch den Unterhaltsschuldner ist, dass der Antrag auch tatsächlich bewilligt worden wäre bzw werden würde.¹³² Jedoch geht der Anspannungsgrundsatz nicht so weit, dass der Unterhaltspflichtige seine persönlichen

¹²⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69, 238; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 97; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 349; OGH 10 Ob 59/14w EF-Z 2015/60 (*Vidmar*) = EF-Z 2015/49 = iFamZ 2015/5 = Zak 2015/52.

¹²⁸ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 97; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 349; OGH 10.09.1991, 4 Ob 544/91; OGH 10 Ob 59/14w EF-Z 2015/60 (*Vidmar*) = EF-Z 2015/49 = iFamZ 2015/5 = Zak 2015/52.

¹²⁹ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 7; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 40.

¹³⁰ Siehe Kindesunterhaltsrecht: *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 350; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69; OGH 10 Ob 59/14w EF-Z 2015/60 (*Vidmar*) = EF-Z 2015/49 = iFamZ 2015/5.

¹³¹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 108; siehe Kindesunterhaltsrecht: *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 334; OGH 05.08.2009, 6 Ob 148/09x; OGH 1 Ob 550/94 EFSIlg 74.386 = JBI 1995, 62 = ÖA 1995,58; OGH 10.11.2003, 7 Ob 194/03k; OGH 19.01.1993, 5 Ob 501/93.

¹³² OGH 6 Ob 80/13b EFSIlg 138.097 = EF-Z 2014/11.

Lebensverhältnisse in einer Weise gestalten muss, aufgrund derer der Staat schlussendlich höhere Leistungen gewährt. Vor allem nicht nur, um eine Erhöhung der Unterhaltsbemessungsgrundlage zu erreichen, welche dem Unterhaltsberechtigten zum Vorteil gereicht. Der Unterhaltsschuldner begeht daher mit Eingehung einer Lebensgemeinschaft und dem damit einhergehenden niedrigeren Bezug von öffentlichen Leistungen keine Pflichtverletzung.¹³³

Ebenso ist ein in Österreich lebender Unterhaltspflichtiger mit ausländischer Staatsbürgerschaft dazu angehalten, notwendige Anträge wie Niederlassungs- und Arbeitsbewilligung zu stellen, um alsbald einer zulässigen Arbeit nachkommen zu können.¹³⁴ Ist ihm die Erlangung bzw der Erhalt einer Bewilligung unmöglich, kann der Unterhaltsschuldner nicht auf eine Beschäftigung in Österreich angespannt werden.¹³⁵ Eine Anspannung des Unterhaltsschuldners auf ein Einkommen, das aus einer illegalen Tätigkeit resultiert, ist nicht möglich. Dies würde gegen die Grundwerte der österreichischen Rechtsordnung verstoßen.¹³⁶ Eine Anspannung auf das Einkommen, das vor Ablauf der Arbeitsberechtigung erzielt wurde, ist nur dann anzunehmen, wenn der Unterhaltsschuldner in Schädigungsabsicht verabsäumte, die erforderlichen Anträge zu stellen. Somit können die Grundsätze des selbst verschuldeten Arbeitsplatzverlustes auch auf diese Fälle angewendet werden.¹³⁷

Davon ist zu unterscheiden, dass bei einer bereits seit längerer Zeit ausgeübten Schwarzarbeit im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit, immer der tatsächliche Reingewinn der letzten drei Jahre für die Unterhaltsbemessungsgrundlage maßgeblich ist. Folglich wird auch ein Einkommen, das aus einer „schwarz“ betriebenen Tätigkeit stammt bzw aus einer Tätigkeit, die gegen das Gewerberecht verstößt, der Unterhaltsbemessungsgrundlage hinzugerechnet.¹³⁸ Es obliegt dem

¹³³ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 334; OGH 29.09.1998, 1 Ob 115/98p.

¹³⁴ Siehe Kindesunterhaltsrecht: *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 337; OGH 6 Ob 80/13b EFSlg 138.118 = EF-Z 2014/11 = iFamZ 2013/123 = Zak 2013/461.

¹³⁵ Siehe Kindesunterhalt: OGH 6 Ob 80/13b EFSlg 138.120 = EF-Z 2014/11 = iFamZ 2013/123 = Zak 2013/461; OGH 26.02.2014, 7 Ob 16/14z.

¹³⁶ *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 36/1; LG Salzburg 21 R 290/03y EFSlg 104.903; OGH 7 Ob 16/14z iFamZ 2014/76.

¹³⁷ OGH 6 Ob 80/13b EFSlg 138.098; 138.130; 138.133; 140.367 = EF-Z 2014/11 = Zak 2013/461; siehe Abschnitt 4.1 „Arbeitsplatzverlust“.

¹³⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 8; OGH 6 Ob 186/14t EF-Z 2015/70 (*Zankl*) = iFamZ 2015/33 = Zak 2015/53.

Unterhaltspflichtigen, zu behaupten und zu beweisen, dass er Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nachgezahlt hat oder noch nachzahlen wird und damit die Unterhaltsbemessungsgrundlage um diese Beträge zu mindern ist. Eine allgemeine Berufung auf die Nachzahlungspflicht ist dafür unzureichend.¹³⁹ Das gilt ebenso für den laufenden oder künftigen Unterhalt, da der Unterhaltspflichtige bei Aufgabe der Schwarzarbeit bzw dessen gesetzmäßiger Deklaration einen auch rückwirkenden Herabsetzungsantrag des Unterhalts stellen kann.¹⁴⁰ Darüber hinaus werden sogar Einkünfte, die aus einer rechtswidrigen Tätigkeit entstammen, in der Unterhaltsbemessungsgrundlage berücksichtigt. Dies unter der Voraussetzung, dass Zweifel bestehen, ob das Opfer tatsächlich eine Rückforderung begehrt bzw die Einnahmen im Rahmen eines Strafverfahrens eingehoben werden.¹⁴¹

Werden Einnahmen in zukünftige Perioden prolongiert, obwohl sie bereits eingenommen werden könnten, kann dies ebenfalls zu einer Obliegenheitsverletzung führen.¹⁴² Im Falle der Geltendmachung höherer Lohnsteuerbeträge im Rahmen der Arbeitnehmerveranlagung hat der Unterhaltspflichtige die Veranlagung jährlich durchzuführen und kann nicht die fünfjährige Veranlagungsfrist nach § 41 Abs 2 EStG beanspruchen.¹⁴³

3.4 Kenntnis der Unterhaltsverpflichtung

Wie eingangs erwähnt, kann es nur zu einer Anspannung kommen, wenn der Unterhaltsschuldner tatsächlich Kenntnis von der Unterhaltspflicht erlangt hat. Diese Voraussetzung spielt hauptsächlich im Kindesunterhaltsrecht eine Rolle, weshalb in der

¹³⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 8; *Zankl*, Schwarze Bemessungsgrundlage, EF-Z 2015, 126 (127); OGH 6 Ob 186/14t EF-Z 2015/70 (*Zankl*) = iFamZ 2015/33 = Zak 2015/53.

¹⁴⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 8; OGH 6 Ob 186/14t EF-Z 2015/70 (*Zankl*) = iFamZ 2015/33 = Zak 2015/53.

¹⁴¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 8; OGH 7 Ob 16/14z EF-Z 2014/109 = iFamZ 2014/76 = Zak 2014/275.

¹⁴² Siehe Kindesunterhaltsrecht: *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69; OGH 10 Ob 96/11g EFSlg 130.032 = EF-Z 2012/74 = iFamZ 2012/43 = Zak 2012/48.

¹⁴³ Siehe Kindesunterhaltsrecht: *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 335; OGH 7 Ob 97/08b EFSlg 119.258 = EF-Z 2008/109 = EvBl-LS 2008/4 = iFamZ 2008/116 = RdW 2008/466 = Zak 2008/461.

Arbeit nur kurz darauf eingegangen wird.¹⁴⁴ Grundsätzlich besteht die Kenntnis einer Unterhaltspflicht mit der Geburt.¹⁴⁵ Im Falle eines unehelichen Kindes ist die Kenntnis der Obliegenheit jedenfalls gegeben, sobald Gewissheit über die Existenz des Kindes bzw die Vaterschaft erlangt wird.¹⁴⁶

Allerdings spielt die Kenntnis des Unterhaltsschuldners auch im nachehelichen Unterhaltsrecht eine Rolle. Es kommt in diesem Zusammenhang nur zu einer Anspannungspflicht, wenn der Unterhaltspflichtige seine Kräfte nicht voll einsetzt, mit dem Wissen, dass der Unterhaltsberechtigte anstrebt, etwaige Unterhaltsansprüche geltend zu machen.¹⁴⁷

3.5 Verschulden

Die Anspannungstheorie kommt nur zum Tragen, wenn der Unterhaltspflichtige es schuldhaft unterlässt, seine potentiellen Einkommensquellen, soweit es ihm zumutbar ist, maximal auszuschöpfen.¹⁴⁸ Für ein Verschulden muss laut stRsp zumindest leichte Fahrlässigkeit vorliegen. Daher ist es ausreichend, dass der Unterhaltsschuldner zumutbare Erwerbschancen nicht wahrnimmt.¹⁴⁹ Wichtigster Anwendungsfall des Anspannungsgrundsatzes, der eine Art Missbrauchsvorbehalt darstellt, ist dennoch die „vorsätzliche Unterhaltsflucht“.¹⁵⁰ Dabei erzielt der Unterhaltspflichtige absichtlich ein geringeres oder gar kein Einkommen, damit er seiner Unterhaltsobliegenheit nicht Folge leisten muss.¹⁵¹ Für die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes kommt es also auf die

¹⁴⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69, 72; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 313; RIS-Justiz RS0106973, OGH 26.02.1997, 7 Ob 61/97i; OGH 10 Ob 73/07v EFSlg 119.104; 119.299.

¹⁴⁵ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 313; OGH 10 Ob 73/07v EFSlg 119.104; 119.299; LGZ Wels 21 R 271/09s EFSlg 122.575.

¹⁴⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 72; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 313; OGH 10 Ob 73/07v EFSlg 119.104; 119.299; LGZ Wien 42 R 390/09b EFSlg 122.750.

¹⁴⁷ OGH 30.01.2018, 1 Ob 231/17b.

¹⁴⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 238; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 351; OGH 10 Ob 59/14w EF-Z 2015/60 (*Vidmar*) = EF-Z 2015/49 = iFamZ 2015/5 = Zak 2015/52.

¹⁴⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 72; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 36; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 352; RIS-Justiz RS0047495, zuletzt OGH 28.06.2017, 1 Ob 118/17k.

¹⁵⁰ *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 36; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 351, 352; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 72; OGH 7 Ob 140/11f EFSlg 130.055.

¹⁵¹ *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 36; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 351, 352; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 72; OGH 7 Ob 140/11f EFSlg 130.055.

Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit bzw auf eine mögliche Erwerbstätigkeit bei vollem Einsatz der Kräfte des Unterhaltsschuldners an.¹⁵² Liegen allerdings wichtige Gründe vor, wodurch die Erwerbsfähigkeit eingeschränkt ist oder ganz entfällt, kommt eine Anspannung nicht in Betracht. Derartige Gründe sieht die Rsp etwa in Fällen von Krankheit, hohem Alter oder Schwangerschaft als gegeben an, da diese Zustände grundsätzlich unverschuldet eintreten.¹⁵³

Im Ehegattenunterhaltsrecht wird das Verschulden am Verhalten eines „*ordentlichen, familien- und pflichtbewussten Ehepartners*“ (bonus pater familias) gemessen.¹⁵⁴ Es wird dabei das Verhalten des Ehepartners in der konkreten finanziellen Situation, unter Einbeziehung der Erwerbsmöglichkeiten, einem pflichtbewussten Ehepartner gegenübergestellt.¹⁵⁵ Im nahehelichen Unterhaltsrecht orientiert sich der Sorgfaltsmaßstab im Rahmen der Anspannungstheorie an einem „*pflichtgemäß handelnden geschiedenen Ehegatten*“.¹⁵⁶ Auch dieser unterliegt der Anspannungsobliegenheit, sofern er von der Absicht des ehemaligen Ehegatten, einen Unterhaltsanspruch geltend zu machen, Kenntnis hat.¹⁵⁷ *Schüch* verweist allerdings darauf, dass die Maßfigur eines pflichtgetreuen Familienvaters bzw Ehegatten dem Gesetz unbekannt ist und darüber hinaus wirklichkeitsfremd sei. Folglich würde der Begriff überhaupt nicht feststellbar sein und zu einer Überlastung des Unterhaltspflichtigen führen.¹⁵⁸ *Schwimann* entkräftet diese Ansicht mit dem Argument, dass bei Heranziehen des Sorgfaltsmaßstabes in eigenen Angelegenheiten (*diligentia quam in suis*) ein Unterhaltspflichtiger, der überhaupt keine Anstrengungen leistet, nicht anders agieren müsse. Das wäre wiederum mit dem Wortlaut des § 94 Abs 1 ABGB „*nach ihren Kräften*“

¹⁵² *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 101; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 353; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 72; OGH 1 Ob 75/12d EFSlg 133.781; 133.786; 133.808; 133.811 = EF-Z 2012/164 = EvBl-LS 2012/148 = iFamZ 2012/164.

¹⁵³ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 101; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 6; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 357; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 72; OGH 28.04.2015, 10 Ob 22/15f; OGH 10.09.1991, 4 Ob 544/91.

¹⁵⁴ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 102; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 6; *Ferrari* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 34; OGH 23.05.2007, 3 Ob 99/07s; LGZ Wien 42 R 335/00a EFSlg 95.256.

¹⁵⁵ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 355; OGH 1 Ob 44/14y EF-Z 2014/112 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2014/106 (*Deixler-Hübner*).

¹⁵⁶ OGH 1 Ob 104/09i EF-Z 2010/76 = iFamZ 2010/73 = Zak 2010/40; OGH 30.01.2018, 1 Ob 231/17b.

¹⁵⁷ OGH 1 Ob 104/09i EF-Z 2010/76 = iFamZ 2010/73 = Zak 2010/40; OGH 30.01.2018, 1 Ob 231/17b.

¹⁵⁸ *Schüch*, Das österreichische Kindschaftsrecht, ÖJZ 1980, 31 (47).

unvereinbar. Darüber hinaus werden die konkreten Lebensumstände des Unterhaltsschuldners ohnehin in die Beurteilung miteinbezogen.¹⁵⁹

Inwiefern die getroffenen beruflichen und vermögensrechtlichen Entscheidungen des Unterhaltspflichtigen als vertretbar anzusehen sind, wird anhand der gegenständlichen Lage im Entscheidungszeitpunkt beurteilt.¹⁶⁰ Dies unter Berücksichtigung der „*subjektiven Kenntnis und Einsicht des Unterhaltspflichtigen*“.¹⁶¹ Folglich müssen die Anstrengungen des Unterhaltspflichtigen umso strenger beurteilt werden, je umfassender seine Sorgepflichten sind.¹⁶²

3.6 Unterhaltsbemessung nach Anspannungskriterien

Die Bemessung des Anspannungseinkommens erfolgt auf einem dem Unterhaltspflichtigen bei zumutbarem Einsatz seiner Leistungsfähigkeit erzielbaren Einkommen.¹⁶³ Dabei darf laut stRsp allerdings nicht von einer bloß fiktiven Erwerbsmöglichkeit ausgegangen werden, es ist vielmehr genau zu untersuchen, welche realen Erwerbschancen für den Unterhaltspflichtigen in dem Zeitraum bestehen, für den die Unterhaltsbemessung vorgenommen wird.¹⁶⁴ Diese hypothetischen Feststellungen müssen aufgrund der individuellen Fähigkeiten des Unterhaltsschuldners sowie unter Einbeziehung der konkreten Arbeitsmarktlage getroffen werden. Die Zumutbarkeit einer entsprechenden Erwerbstätigkeit als auch die subjektiven Fähigkeiten des Unterhaltspflichtigen sind an Kriterien wie „*Alter, berufliche Ausbildung, familiäre*

¹⁵⁹ *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I (1990) § 140 ABGB Rz 42.

¹⁶⁰ *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 38; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 102; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 355; OGH 4 Ob 91/10a EFSlg 126.323; 126.325 = iFamZ 2010/172.

¹⁶¹ OGH 1 Ob 23/02t EFSlg 99.600.

¹⁶² Siehe Kindsunterhaltsrecht: *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 72; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 353; RIS-Justiz RS0047568, zuletzt OGH 28.04.2016, 1 Ob 65/16i.

¹⁶³ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 5; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 339; OGH 15.11.1990, 7 Ob 628/90; RIS-Justiz RS0047572, OGH 12.12.1990, 3 Ob 1097/90.

¹⁶⁴ *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 37; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 339; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 70; *Vidmar*, Grenzen des Anspannungsgrundsatzes – Anm zur Entscheidung 10 Ob 59/14w – „Der angespannte Arzt“, EF-Z 2015, 113; OGH 25.03.1992, 6 Ob 530/92; OGH 27.09.2016, 8 Ob 90/16t.

Belastung, Talenten sowie körperlicher und geistiger Verfassung“ zu messen.¹⁶⁵ Einen weiteren Aspekt bei der Beurteilung der Erwerbsmöglichkeit stellen auch die sozialen Lebensumstände dar.¹⁶⁶

Tätigkeiten, die zu einer Überlastung des Verpflichteten führen, können nicht als Bemessungsgrundlage herangezogen werden.¹⁶⁷ Die Aussicht auf Erzielung von Überstundenentgelten ist im Allgemeinen unerheblich für die Beurteilung einer Erwerbstätigkeit.¹⁶⁸ Kommt es hingegen zu keiner Überstundenleistung mit dem Ziel, die Unterhaltspflicht zu mindern, sind diese dementsprechend zu berücksichtigen. Die Inanspruchnahme von Zeitausgleich anstatt eines Überstundenentgeltes ist prinzipiell kein Grund für die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes.¹⁶⁹ Auch die Aufnahme einer Nebenbeschäftigung bei bestehender Vollzeitbeschäftigung ist nicht erforderlich.¹⁷⁰ Im Gegensatz dazu wird der Anspannungsgrundsatz angewendet, wenn der Unterhaltsschuldner lediglich eine Teilzeit- oder Halbtagsbeschäftigung ausübt und dies nicht durch berücksichtigungswürdige Gründe rechtfertigen kann. In diesem Fall ist der Unterhaltspflichtige auf eine Ganztagsbeschäftigung oder eine zusätzliche Nebenbeschäftigung anspannbar.¹⁷¹

Wie schon mehrfach erläutert, greift der Anspannungsgrundsatz erst bei einer schuldhaften Verletzung des angemessenen Unterhalts. Im Ehegattenunterhaltsrecht ist die Höhe des Unterhalts von den im Einvernehmen gewählten Lebensverhältnissen der Ehegatten abhängig. Haben sich die Ehegatten für einen bescheidenen Lebensstil entschieden, wird der Verpflichtete nicht auf eine Erwerbstätigkeit anzuspannen sein, die ihm die Bezahlung eines über diesen Lebensverhältnissen liegenden Unterhalts ermöglicht.¹⁷² Ist der idS angemessene Unterhalt bereits durch sonstige Einkünfte, wie

¹⁶⁵ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 6; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 70, 239; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 340; OGH 13.11.1997, 8 Ob 191/97i.

¹⁶⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 239.

¹⁶⁷ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 35; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 6; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 70; LG Salzburg 21 R 278/02g EFSlg 99.164.

¹⁶⁸ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 6; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 70; LGZ Wien 43 R 2065/80 EFSlg 35.223.

¹⁶⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 70; OGH 1 Ob 21/98i EFSlg 86.258 = ÖJZ-LSK 1998/137.

¹⁷⁰ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 106; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 6; OGH 7 Ob 582/91 EFSlg 64.894.

¹⁷¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 76; siehe Kindesunterhalt: OGH 2 Ob 79/05i EFSlg 110.331; OGH 05.12.2002, 2 Ob 63/02g; OGH 30.01.2002, 3 Ob 118/01a.

¹⁷² *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 37; *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 44 bis 100³ (2006) § 94 Rz 57;

beispielsweise Vermögenserträge, gedeckt, findet der Anspannungsgrundsatz ebenfalls keine Anwendung.¹⁷³ Dennoch ist zu berücksichtigen, dass der OGH weiterhin auf seiner bisherigen Judikatur beharrt und damit festlegt, dass es im Ehegattenunterhaltsrecht, im Unterschied zum Kindesunterhaltsrecht,¹⁷⁴ keine Luxusgrenze gibt.¹⁷⁵ Überdies ist die Anspannung der Höhe nach mit einem Durchschnittseinkommen begrenzt, das der Ausbildung des Unterhaltspflichtigen gleichkommt.¹⁷⁶ Hierbei ist jedenfalls wieder auf die konkreten Umstände des Einzelfalls Bedacht zu nehmen und keinesfalls ein branchenübliches Durchschnittseinkommen anzunehmen.¹⁷⁷ Die Rsp sieht von dieser Beschränkung ab, wenn der Unterhaltsschuldner mit Schädigungsabsicht handelt oder eine absichtliche Unterhaltsvereitelung zum Ziel hat. In jenen Fällen werden der Unterhaltsbemessung fiktive Einkommensverhältnisse zugrunde gelegt, nämlich wie sie beim Unterhaltspflichtigen vor der schädigenden Handlung bestanden haben.¹⁷⁸ Die Rsp stützt sich dabei allerdings auf das Rechtsmissbrauchsverbot nach § 1295 Abs 2 ABGB und wendet es auf das Unterhaltsrecht an.¹⁷⁹

Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 6; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 71; OGH 23.11.2000, 2 Ob 295/00x.

¹⁷³ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 105.

¹⁷⁴ *Limberg* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), Online-Kommentar zum ABGB – ABGB-ON^{1.05} § 231 Rz 50 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

¹⁷⁵ OGH 7 Ob 80/13k EFSlg 138.959 = EF-Z 2013/169 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2013/192 (*Deixler-Hübner*) = JBI 2013, 713 (*Sagerer-Foric*); *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 45; *Wagner-Reitinger*, Neuere Rechtsprechung zum Ehegattenunterhalt, ÖJZ 2015, 197 (199).

¹⁷⁶ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 109; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 341; OGH 12.12.1990, 3 Ob 1097/90.

¹⁷⁷ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 109; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 341; OGH 1 Ob 532/95 EFSlg 77.077.

¹⁷⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 71, 238; LGZ Wien 45 R 661/78 EFSlg 32.805.

¹⁷⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 71, 238; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 343; OGH 10.05.1995, 7 Ob 552/95.

4 Anspannungsfälle bei wesentlichen Änderungen des Arbeitsplatzverhältnisses

Die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes beim Unterhaltspflichtigen hängt insbesondere mit dessen beruflichen Veränderungen zusammen.¹⁸⁰ Inwieweit der Unterhaltsschuldner der Anspannungsobliegenheit im Falle von selbstverschuldeten oder auch unverschuldeten Änderungen seines Arbeitsverhältnisses unterliegt, wird im folgenden Kapitel veranschaulicht. Dabei wird besonderes Augenmerk auf wesentliche Veränderungen wie Arbeitsplatzverlust, Arbeitslosigkeit, Berufswechsel sowie Aus- und Weiterbildungen gelegt. Auf die Anspannung in der Mütter- bzw Väterkarenz wird nicht näher eingegangen, da dieses Thema bereits ausführlich in einer aktuellen Diplomarbeit behandelt wurde.¹⁸¹

4.1 Arbeitsplatzverlust

Als Ursachen eines Arbeitsplatzverlustes kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht. Es ist zwischen den Konstellationen der Eigenkündigung, Entlassung, Dienstgeberkündigung oder Suspendierung und der einvernehmlichen Auflösung des Dienstverhältnisses zu unterscheiden.

4.1.1 Eigenkündigung

Für die Anwendung der unterhaltsrechtlichen Anspannungstheorie im Falle einer Kündigung durch den Unterhaltsschuldner ist es grundsätzlich irrelevant ob dem Unterhaltspflichtigen der Arbeitsplatzverlust selbst zuzuschreiben ist oder nicht. Nach stRsp kommt es vielmehr darauf an, wie der Unterhaltsschuldner nach Verlust des Arbeitsplatzes agiert.¹⁸² Gerechtfertigt wird diese Gleichstellung mit dem Argument, dass

¹⁸⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 73 ff; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 113 ff.

¹⁸¹ *Neubauer*, Diplomarbeit Unterhaltsrechtliche Anspannung in der Mütter/Väterkarenz (2011).

¹⁸² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 75; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 40; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 116; RIS-Justiz RS0047503, zuletzt OGH 9 Ob 29/17f iFamZ 2017/143.

nicht einmal alle arbeitsrechtlichen Pflichtverletzungen zwangsläufig eine unterhaltsrechtliche Pflichtverletzung darstellen. Arbeitsrechtliche Pflichtverletzungen können nur als Verletzung der Unterhaltspflicht gewertet werden, wenn diese Verletzung auf einem mangelhaften Arbeitseinsatz beruht.¹⁸³ Kommt es daher zu einer Eigenkündigung durch den Unterhaltspflichtigen ohne berücksichtigungswürdigen Grund, ist für eine allfällige Anspannung das Verhalten des Unterhaltspflichtigen nach der Kündigung maßgebend. Dasselbe gilt für den Fall der Beendigung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit.¹⁸⁴ Um einer Anspannung auf ein hypothetisches Einkommen zu entgehen, ist der Unterhaltspflichtige dazu angehalten, alle ihm zumutbaren Bemühungen um einen neuen adäquaten Arbeitsplatz zu veranlassen.¹⁸⁵ Im Falle der Kündigung durch den Unterhaltsschuldner unterliegt dieser aber strengeren Anforderungen, um eine geeignete neue Beschäftigungsstelle zu finden.¹⁸⁶

Dem Gericht obliegt die Beurteilung ob der Unterhaltspflichtige zur Suche einer neuen Arbeitsstelle ernsthafte Anstrengungen betreibt. Das bloße Beziehen von Arbeitslosenunterstützung ist dabei als ungenügend zu werten.¹⁸⁷ Welche Verhaltensweisen der Unterhaltspflichtige genau setzen muss, um nicht der Anspannungstheorie zu unterliegen, wird im Abschnitt „*Arbeitslosigkeit*“ näher erläutert.¹⁸⁸ Unterlässt der arbeitslose Unterhaltspflichtige die erforderlichen Anstrengungen im geforderten Ausmaß, kann er lediglich auf ein Einkommen, das unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage und den Fähigkeiten des Unterhaltsschuldners in diesem Zeitpunkt zumutbar erwirtschaftet werden könnte, angespannt werden. Das folgt konsequenterweise daraus, dass die Anspannung auf hypothetische Feststellungen gestützt werden muss und keine bloße Fiktion herbeigeführt werden darf.¹⁸⁹ Darüber hinaus scheidet nach der Rsp eine Anspannung auf ein fiktives Einkommen des Unterhaltsschuldners selbst dann aus, wenn das tatsächlich erzielte Einkommen des

¹⁸³ *Hinteregger* in *Klang*, ABGB §§ 44 bis 100³ § 94 Rz 59; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 560; OGH 25.03.1992, 6 Ob 530/92.

¹⁸⁴ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 118.

¹⁸⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 75; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 359; OGH 2 Ob 108/02z EFSIlg 99.569; OGH 1 Ob 2292/96g EFSIlg 80.217 = EvBI 1997/103 = RZ 1997/57.

¹⁸⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 75; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 116; OGH 2 Ob 108/02z EFSIlg 99.566; OGH 25.03.1992, 6 Ob 530/92.

¹⁸⁷ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 34; OGH 20.06.1991, 6 Ob 578/91 EFSIlg 65.191.

¹⁸⁸ Siehe Abschnitt 4.2.1 „*Arbeitslosigkeit*“.

¹⁸⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 75; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 560.

Unterhaltspflichtigen im Rahmen eines sicheren Arbeitsplatzes unter dem erzielbaren Einkommen liegt. Die weitverbreitete Angst vor einem Arbeitsplatzverlust rechtfertigt die Annahme eines sicheren Arbeitsplatzes, auch wenn damit ein Rückgang des Einkommens einhergeht.¹⁹⁰

Nach *Barth* und *Neumayr* stehe diese Rsp und damit die Irrelevanz des Eigenverschuldens jedoch im Widerspruch zu den Grundsätzen der Anspannung. Sie vertreten die Ansicht, dass es grundsätzlich nach den bestehenden Prinzipien bei jeder schuldhaften Unterlassung der Erwerbstätigkeit zur Anspannung kommen müsse, folglich auch bei verschuldetem Arbeitsplatzverlust oder freiwilliger Aufgabe einer Beschäftigung. Auf der anderen Seite rechtfertigen sie die obige Rsp damit, dass bei einer Anspannung im Falle eines Arbeitsplatzverlustes der Unterhaltsrückstand während der Arbeitslosigkeit stetig steige und dadurch dem Unterhaltsschuldner jeder „Leistungsanreiz“ genommen werde.¹⁹¹ Damit die Grundsätze der Anspannung dennoch nicht zur Gänze außer Acht gelassen werden, treten sie nicht nur bei verschuldetem, sondern auch bei freiwilligem Arbeitsplatzverlust für strengere Anforderungen zur Wiedererlangung einer Erwerbstätigkeit ein.¹⁹²

Gitschthaler folgt der Ansicht, dass der Unterhaltsschuldner im Falle eines verschuldeten Arbeitsplatzverlustes bzw einer freiwilligen Arbeitsplatzaufgabe sehr wohl auf das zuletzt bezogene Einkommen angespannt werden könne, wenn auch nur zeitlich begrenzt. Er sieht eine Anspannung auf eine bloß zumutbare, am Arbeitsmarkt gegebene Erwerbsmöglichkeit zum Zeitpunkt der Beurteilung als nicht ausreichend an.¹⁹³ *Gitschthaler* hält das Argument, dass die Anspannung nicht zu einer bloßen Fiktion führen darf, zwar für stichhaltig, allerdings sieht er den Anspannungsgrundsatz richtigerweise als Missbrauchsvorbehalt, der eine Anspannung auf ein fiktives Einkommen als Sanktion rechtfertigt. Seiner Ansicht nach würde das Festhalten an diesem Grundsatz auch dazu

¹⁹⁰ Siehe Kindesunterhalt: LGZ Wien 44 R 197/93 EFSIlg 70.939.

¹⁹¹ Siehe Kindesunterhalt: *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 137 bis 267 ABGB³ (2008) § 140 Rz 164.

¹⁹² Siehe Kindesunterhalt: *Barth/Neumayr* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 137 bis 267 ABGB³ § 140 Rz 164.

¹⁹³ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 117; LG Eisenstadt 20 R 141/01m EFSIlg 95.734.

führen, dass bei Schädigungsabsicht des Unterhaltsschuldners nicht auf das zuletzt bezogene Einkommen angespannt werden könnte.¹⁹⁴

Des Weiteren sei nach *Gitschthaler* die Anspannung auf das zuletzt bezogene Einkommen im Ehegattenunterhaltsrecht vor allem auch auf § 91 Abs 2 ABGB zurückzuführen. Grundsätzlich ist die einvernehmliche Gestaltung der Lebensverhältnisse der Ehegatten bindend. Dazu gehört laut Rsp auch die Berufswahl der Ehegatten.¹⁹⁵ Das Abgehen eines Ehegatten ist nur zulässig, wenn kein wichtiges Anliegen des anderen Ehegatten entgegensteht. Zumindest muss das Anliegen des Ehegatten, der von der Vereinbarung abgehen will, mehr ins Gewicht fallen als das des anderen Ehegatten.¹⁹⁶ Dabei ist die mit der Beibehaltung eines Arbeitsplatzes verbundene Erhaltung der bestehenden Unterhaltsbemessungsgrundlage, um in weiterer Folge seiner Unterhaltspflicht angemessen nachzukommen, ein wichtiges Anliegen idS. Folglich muss der Ehegatte die Aufgabe seines Arbeitsplatzes und die damit einhergehende Einkommensminderung oder auch den Einkommensverlust durch berücksichtigungswürdige Gründe rechtfertigen.¹⁹⁷ Außerdem ergibt sich aus der Rsp, dass der Grund für das einseitige Abgehen eines Ehegatten von der Vereinbarung über die ehelichen Lebensverhältnisse umso wichtiger sein muss, je größer dadurch die Beeinträchtigung der Interessen des anderen Ehegatten ist.¹⁹⁸ Verletzt der Unterhaltsschuldner die Obliegenheit der „*Behaltspflicht*“ eines Arbeitsplatzes, indem er ein Verhalten setzt, das geeignet ist, seinen Arbeitsplatz zu gefährden, dürfe dies daher laut *Gitschthaler* zu einer Anspannungsfiktion auf das bisherige Einkommen führen.¹⁹⁹ Unter Gefährdung des Arbeitsplatzes sind Verhaltensweisen zu verstehen, die zur Kündigung, Entlassung, Suspendierung oder zum Verlust der Berufserlaubnis führen.²⁰⁰ Als weiteres Argument dafür führt *Gitschthaler* § 198 IO ins Treffen, wonach bei einem verschuldeten Arbeitsplatzverlust die nachträgliche Änderung eines Zahlungsplans unzulässig ist. Daraus lasse sich eine strengere Anwendung des

¹⁹⁴ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 367.

¹⁹⁵ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 118; OGH 26.06.1991, 2 Ob 532/91.

¹⁹⁶ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 118.

¹⁹⁷ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 118.

¹⁹⁸ OGH 1 Ob 2266/96h RZ 1997/64; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 118.

¹⁹⁹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 117, 118; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 363; LGZ Wien 44 R 87/03z EFSlg 103.589; OGH 7 Ob 205/03b EFSlg 103.593.

²⁰⁰ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 117.

Anspannungsgrundsatzes auf einen Unterhaltsschuldner ableiten, der seinen Arbeitsplatz unnötig riskiert.²⁰¹ Meiner Ansicht nach sind *Gitschthalers* Ausführungen überzeugend und somit sollte der Anspannungsgrundsatz stets im Sinne eines Missbrauchsvorbehalts angewendet werden.

Eine ebenso schwierige Frage im Rahmen einer derartigen fiktiven Anspannung stellt sich nach der Dauer einer solchen Anspannung. Nach *Gitschthaler* wird eine Anspannung auf ein fiktives Erwerbseinkommen nicht zeitlich unbegrenzt erfolgen können. Seines Erachtens wird bei der Beurteilung auf den Einzelfall abzustellen und genau zu ermitteln sein, auf welcher Grundlage die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgte. Grundsätzlich wird eine fiktive Anspannung umso länger gelten, je größer die Schädigungsabsicht des Unterhaltspflichtigen im Zeitpunkt der Kündigung war. *Gitschthaler* geht jedoch davon aus, dass eine derartige Anspannung maximal drei Jahre dauern dürfe.²⁰²

Auch der OGH folgt *Gitschthalers* Auffassung in einer jüngeren Entscheidung, in der er ausdrücklich zum Ausdruck gebracht hat, dass bei grundloser Aufgabe eines gut honorierten Arbeitsplatzes eine Anspannung des geschiedenen Ehegatten auf das zuletzt erzielte Einkommen angemessen sei.²⁰³ Damit lehnt er sich an eine frühere Entscheidung aus dem Jahr 2006 an, in der ein Unterhaltspflichtiger, der zu seiner Lebensgefährtin nach Deutschland gezogen war und dort eine bloß wesentlich schlechter bezahlte Beschäftigung gefunden hatte, auf das zuletzt bezogene Einkommen in Österreich angespannt wurde.²⁰⁴ Die Rsp sieht generell ein erhöhtes Ausmaß der Anstrengungen zur Beibehaltung des Arbeitsplatzes durch den Unterhaltsschuldner vor, wenn es einen „überdurchschnittlich gut bezahlten Arbeitsplatz“²⁰⁵ betrifft und es unwahrscheinlich ist, dass der Unterhaltsschuldner nach der konkreten Lage am Arbeitsmarkt einen vergleichbar gut entlohnten Arbeitsplatz finden wird. Erfüllt der Unterhaltspflichtige diese Obliegenheit nicht und verliert in weiterer Folge seinen Arbeitsplatz oder gibt ihn ohne

²⁰¹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 117.

²⁰² *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 362.

²⁰³ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 362; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 118; *Deixler-Hübner*, Anspannung des Unterhaltspflichtigen bei Aufgabe seines Arbeitsplatzes, iFamZ 2010, 335; OGH 1 Ob 81/10h EFSlg 126.330 = iFamZ 2010/240 (*Deixler-Hübner*) = EF-Z 2010/132 = EF-Z 2010/160 = JBI 2011, 105 = Zak 2010/568.

²⁰⁴ OGH 26.01.2006, 6 Ob 311/05m; *Deixler-Hübner*, iFamZ 2010, 335.

²⁰⁵ LGZ Wien 44 R 520/09k EFSlg 122.784.

triftige Gründe auf, wird er ebenfalls auf das Einkommen aus der bisherigen Erwerbstätigkeit angespannt.²⁰⁶ Der OGH verfolgt damit eine strenge Rechtsprechungslinie. *Deixler-Hübner* sieht dies jedoch als zu überzogen an, da unabhängig von der Gehaltsstufe eine freiwillige Arbeitsplatzaufgabe nicht zwangsläufig in Verkürzungsabsicht erfolgt sein müsse.²⁰⁷

Jedenfalls ist der Unterhaltspflichtige – nach einstimmiger Lehre und Rsp – auf ein fiktives Einkommen aus der zuletzt ausgeübten Tätigkeit anzuspannen, wenn er seinen Arbeitsplatz mit Unterhaltsverkürzungsabsicht aufgibt.²⁰⁸ Und zwar unabhängig davon, ob der Unterhaltspflichtige nach Arbeitsplatzverlust entsprechende Anstrengungen zur Wiedererlangung einer adäquaten Beschäftigung unternimmt. Abgesehen davon erscheint es eher fragwürdig, dass der mit Schädigungsabsicht handelnde Unterhaltspflichtige sich um einen neuen Arbeitsplatz bemühen wird, zumal er versucht, sich der Unterhaltspflicht zu entziehen.²⁰⁹ Auch eine wiederholte Aufgabe eines gut entlohnten Arbeitsplatzes führt konsequenterweise zur Anspannung auf das bisherige Einkommen und wird damit der Unterhaltsverkürzung gleichgesetzt. Das lässt sich darauf zurückführen, dass durch diese Handlungen eine Unterhaltsverkürzungsabsicht indiziert wird.²¹⁰ Dasselbe gilt für den Fall, dass die Arbeitsperioden des Unterhaltspflichtigen immer kürzer werden, er danach für kurze Zeit Arbeitslosengeld bezieht und anschließend untertaucht.²¹¹ Weiters sprach der OGH jüngst aus, dass es bei absehbarer Arbeitslosigkeit, wie es bei Saisonarbeitern der Fall sei, ebenso zur Anspannung auf ein fiktives Einkommen komme, wenn sich der Unterhaltspflichtige nicht zeitgerecht um eine Ersatzbeschäftigung bemüht.²¹² In all diesen Fällen stützt sich die Rsp allerdings, wie eingangs erwähnt, auf das Rechtsmissbrauchsverbot des § 1295 Abs 2 ABGB, um die Beschränkung des Anspannungsgrundsatzes auf ein hypothetischen Einkommen zu umgehen.²¹³

²⁰⁶ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 363; LGZ Wien 44 R 520/09k EFSIlg 122.784.

²⁰⁷ *Deixler-Hübner*, iFamZ 2010, 335.

²⁰⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 75; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 561; RIS-Justiz RS0047503, OGH 9 Ob 29/17f iFamZ 2017/43; OGH 10.05.1995, 7 Ob 552/95; OGH 6 Ob 80/13b EF-Z 2014/11.

²⁰⁹ *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 553.

²¹⁰ *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 553; OGH 10.05.1995, 7 Ob 552/95; LGZ Wien 44 R 520/09k EFSIlg 122.784.

²¹¹ OGH 23.05.1991, 7 Ob 551/91.

²¹² OGH 9 Ob 29/17f iFamZ 2017/43.

²¹³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 71, 238; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 343; OGH 10.05.1995, 7 Ob 552/95.

4.1.2 Frühpensionierung

Es bleibt einem Unterhaltspflichtigen zwar unbenommen, die Möglichkeit der vorzeitigen Pensionierung in Anspruch zu nehmen, dennoch darf er nicht seine Unterhalts- und Sorgepflichten außer Acht lassen.²¹⁴ Dies führt zu dem Schluss, dass der Unterhaltsschuldner bei sonstiger Anspannung nicht frühzeitig in Pension gehen darf, solange ihm eine Erwerbstätigkeit zumutbar ist und die Unterhaltsbemessungsgrundlage durch die Frühpensionierung erheblich vermindert wird.²¹⁵ Beantragt der Unterhaltspflichtige dennoch eine Frühpensionierung – entgegen dem Verhalten eines pflichtgetreuen Familienvaters – ist er auf sein Aktivgehalt anzuspannen. Dies hat der OGH im Falle eines unterhaltspflichtigen fünfundfünfzigjährigen Unterhaltsschuldners befolgt, der die Frühpensionierung nach § 22g Abs 1 BB-SozPG beantragt hatte, obwohl die Pensionierung mit erheblichen Einkommenseinbußen verbunden war.²¹⁶

Der OGH hat weiters ausgesprochen, dass sich ein aufgrund einer Krankheit frühpensionierter Beamter nach der Wiedererlangung seiner Dienstfähigkeit um eine Wiederaufnahme in den Dienst anzustrengen habe. Stellt er keine dementsprechenden Bemühungen an, ist eine Anspannung auf ein Einkommen möglich, das über dem tatsächlich bezogenen Pensionseinkommen liegt. Ausgeschlossen ist das nur für den Fall, dass der Dienstgeber der Wiederaufnahme widerspricht.²¹⁷ Ebenso kann von einem unterhaltspflichtigen Akademiker erwartet werden, dass er sich über die Konsequenzen seiner Rechtshandlungen erkundigt. Das führt dazu, dass ein Unterhaltsschuldner, der eine Frühpensionierung nach § 22g Abs 1 BB-SozPG beantragt, obwohl er bei Beantragung einer Versetzung in den Ruhestand wegen dauernder Dienstunfähigkeit nach § 14 BDG ein höheres Einkommen erzielen hätte können, angespannt wird. Die mangelhafte Erkundigung kann auf ein fahrlässiges Verhalten zurückgeführt werden, wodurch die Anspannungstheorie zum Tragen kommt.²¹⁸ Anerkannt ist auch, dass sich der Unterhaltspflichtige bei Unterlassen der Beantragung einer Firmenpension die

²¹⁴ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 364; OGH 7 Ob 210/05s EFSlg 110.329; 110.368.

²¹⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 76; OGH 7 Ob 210/05s Zak 2006/10.

²¹⁶ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 364; OGH 20.02.2006, 2 Ob 200/04g.

²¹⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 76; OGH 23.02.1998, 3 Ob 401/97k.

²¹⁸ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 119; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 364; OGH 3 ob 237/05g EFSlg 110.367 = Zak 2006/11.

Anwendung der Anspannungstheorie gefallen lassen muss und so zu behandeln ist, als hätte er diese erhalten.²¹⁹

4.1.3 Einvernehmliche Auflösung

Im Fall einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist entscheidend, auf welcher Grundlage sie erfolgte.²²⁰ Der OGH sprach beispielsweise aus, dass ein älterer Arbeitnehmer, der auf Drängen des Dienstgebers sein gut bezahltes Arbeitsverhältnis auflöste, nicht auf ein rein fiktives Einkommen angespannt werden kann. Dies, obwohl es ihm in diesem Zeitpunkt mit großer Wahrscheinlichkeit nicht möglich war, wieder eine adäquate Beschäftigung zu finden. Daraus folgt, dass der Unterhaltspflichtige nur auf ein Einkommen aus einer hypothetischen Beschäftigung, unter der Berücksichtigung der konkreten Lage am Arbeitsmarkt, anzuspannen ist. Der OGH führte als Grund dafür an, dass er gegenüber solcher „*Altersstrafen*“ abgeneigt ist und diese daher nicht in die Regelung über die Unterhaltsbemessung aufnehmen möchte.²²¹

4.1.4 Auflösung durch den Dienstgeber

Für die Entlassung, Kündigung oder Suspendierung durch den Dienstgeber gelten im Wesentlichen dieselben Grundsätze, die auch bei der Selbstkündigung angewendet werden. Das lässt sich damit begründen, dass es laut Rsp unerheblich ist, ob die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf ein Verschulden des Unterhaltspflichtigen zurückzuführen ist.²²²

4.1.4.1 Entlassung

Aufgrund der vorhergehenden Ausführungen, muss bei einer Entlassung des Unterhaltspflichtigen – ebenso wie bei der Eigenkündigung – unterschieden werden, ob

²¹⁹ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 34; LGZ Wien 44 R 1021/86 EFSlg 50.214; 50.215.

²²⁰ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 118.

²²¹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 363; OGH 1 Ob 165/01y EFSlg 95.736; 95.744.

²²² *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 365.

eine Anspannung überhaupt in Betracht kommt, weil er sich nicht ausreichend um die Wiedererlangung eines neuen Arbeitsplatzes bemüht oder ob der Unterhaltsschuldner sogar auf das zuletzt erzielte Einkommen angespannt werden kann, weil er die Entlassung bewusst herbeigeführt hat, um seinen Unterhaltspflichten zu entgehen.²²³ Wie vorhin dargelegt, kann nicht ohne weiteres in jede arbeitsvertragliche Verletzung auch eine Verletzung der Unterhaltspflicht hineininterpretiert werden. Das Verhalten, das zur Entlassung führte, stellt nur dann auch eine unterhaltsrechtliche Verletzung dar, wenn sie darin besteht, die Arbeitsleistung zu verweigern.²²⁴ Die Entlassung durch den Dienstgeber kann allerdings als Indiz dafür gewertet werden, dass der Unterhaltsschuldner der Pflicht, seine Kräfte anzuspannen, nicht nachkommt und daher in Schädigungsabsicht handelte.²²⁵

Gitschthaler übt Kritik an dieser Rsp da es für den Unterhaltsberechtigten nahezu unmöglich sein wird, die Schädigungsabsicht des Unterhaltsschuldners zu beweisen und damit eine Anspannung auf das bisherige Einkommen zu erreichen. Wie er richtig ausführt, soll vor allem bei einer Entlassung prima facie angenommen werden, dass eine Unterhaltsverkürzungsabsicht vorliegt. Dies würde dazu führen, dass der Unterhaltspflichtige zumindest gleichwiegende Gründe beweisen muss, die eine Schädigungsabsicht widerlegen.²²⁶ Außerdem teilt er nicht die Meinung, dass ein Verschulden an der Entlassung unberücksichtigt bleiben soll und nur das nachfolgende Verhalten zur Beurteilung einer etwaigen Anspannung herangezogen wird. *Gitschthaler* betont, dass ständig auf das Verhalten eines pflichtgetreuen Familienvaters verwiesen werde. Ein pflichtbewusster Familienvater und Ehegatte werde allerdings nicht seinen Arbeitsplatz – aus welchem Grund auch immer – leichtfertig aufs Spiel setzen und eine Entlassung riskieren, wenn er nicht nur für sich selbst zu sorgen hat, sondern auch noch andere Sorgepflichten bestehen. Daher sollte seines Erachtens unter diesen Umständen der Unterhaltsbemessung sehr wohl das zuletzt bezogene Einkommen zugrunde liegen

²²³ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 366, 367; OGH 14.02.1991, 8 Ob 509/91.

²²⁴ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 366; *Hinteregger* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB §§ 44 bis 100³ § 94 Rz 59; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 560.

²²⁵ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 366; OGH 13.11.2001, 4 Ob 245/01k; OGH 7 Ob 48/98d.

²²⁶ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 369; OGH 23.05.1991, 7 Ob 551/9.

und damit eine Anspannung erfolgen, wenn dies auch nicht zeitlich unbegrenzt möglich ist.²²⁷

4.1.4.2 Dienstgeberkündigung

Bei der Dienstgeberkündigung ist festzuhalten, dass die Anspannungstheorie nicht angewendet werden kann, wenn dem Unterhaltsschuldner kein Verschulden vorgeworfen werden kann.²²⁸ Eine Anspannung des Unterhaltspflichtigen scheidet daher aus, wenn eine Weiterbeschäftigung aufgrund betrieblicher Gründe nicht möglich ist.²²⁹

Provoziert der Unterhaltspflichtige eine Arbeitgeberkündigung und trifft ihn daher ein Verschulden, kommen wiederum die Grundsätze der Arbeitsplatzaufgabe zur Anwendung. Daher kann der Unterhaltspflichtige nur auf ein Einkommen entsprechend der früheren Erwerbstätigkeit angespannt werden, wenn ihm eine Schädigungsabsicht nachgewiesen werden kann.²³⁰ Ansonsten gilt, dass sich der Unterhaltsschuldner, unabhängig davon, ob er den Arbeitsplatzverlust verschuldet hat oder nicht, angemessen um einen neuen Arbeitsplatz bemühen muss. Widrigenfalls kommt eine Anspannung auf ein hypothetisches Einkommen, das er auf dem Arbeitsmarkt erzielen könnte, in Betracht.²³¹

4.1.4.3 Suspendierung

Eine Suspendierung des Unterhaltspflichtigen durch den Dienstgeber ist zumeist mit einer Kürzung des Einkommens verbunden. Der Unterhaltspflichtige muss ein schuldhaftes Verhalten gesetzt haben, das die Suspendierung zur Konsequenz hatte, wodurch ihm dieses Verhalten grundsätzlich vorwerfbar ist.²³² Dennoch muss das Verhalten nicht

²²⁷ Siehe Abschnitt 5.1.1 „Eigenkündigung“; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 369.

²²⁸ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 120.

²²⁹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 365; *Hinteregger* in *Klang*, ABGB §§ 44 bis 100³ § 94 Rz 59; OGH 23.02.1994, 3 Ob 28/94.

²³⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 75; RIS-Justiz RS0047503, OGH 9 Ob 29/17f iFamZ 2017/43; OGH 10.05.1995, 7 Ob 552/95; OGH 6 Ob 80/13b EF-Z 2014/11.

²³¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 75; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 116; RIS-Justiz RS0047503, OGH 9 Ob 29/17f iFamZ 2017/43.

²³² *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 368.

zwingendermaßen im Hinblick auf eine Unterhaltsverkürzungsabsicht erfolgt sein. Deshalb ist eine Anspannung auf das zuletzt bezogene Einkommen im Falle einer Suspendierung nur zulässig, wenn bewiesen werden kann, dass der Unterhaltspflichtige in Schädigungsabsicht handelte.²³³

Anderenfalls ist wiederum das Verhalten des Unterhaltsschuldners nach der Suspendierung maßgeblich. Dieser ist dazu verpflichtet, seine Kräfte so einzusetzen wie es ein pflichtbewusster Ehegatte tun würde. Daher muss er sich aktiv um eine Zusatzbeschäftigung bemühen, um die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht allzu sehr zu schmälern. Folglich ist bei gegenteiligem Verhalten eine Anspannung auf ein entsprechendes, zumutbares Zusatzeinkommen zulässig.²³⁴

4.2 Arbeitslosigkeit

In diesem Abschnitt werden die bisher erwähnten Grundsätze der Anspannung im Falle der Arbeitslosigkeit genauer erläutert. Ebenso sollen die Grenzen der Anspannung bei der Arbeitsplatzsuche, insbesondere iZm dem Verzug bzw Pendeln ins Ausland, aufgezeigt werden.

4.2.1 Allgemeines

Die Unterhaltsbemessungsgrundlage eines arbeitslosen Unterhaltspflichtigen ergibt sich grundsätzlich aus dem Arbeitslosengeld bzw der Notstandshilfe oder den Beihilfen gem dem AMFG.²³⁵ Im Allgemeinen werden die Familienzuschläge nicht hinzugerechnet, da der Gewährung der Gedanke zugrunde liegt, den Arbeitslosen damit bei der Leistung seiner Unterhaltspflichten zu entlasten.²³⁶ Voraussetzung für die Bildung der Unterhaltsbemessungsgrundlage nach diesen Kriterien, das heißt ohne Anwendung der

²³³ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 368.

²³⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 75; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 368; OGH 4 Ob 245/01k EFSlg 95.737.

²³⁵ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 113; OGH 05.07.1991, 5 Ob 505/91; OGH 18.06.1991, 4 Ob 518/91.

²³⁶ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 113; siehe Kindesunterhalt: OGH 1 Ob 2292/96k EFSlg 80.382; 80.383 = EvBl 1997/103 = RZ 1997/57.

Anspannungstheorie, ist aber, dass sich der Unterhaltspflichtige beim AMS als arbeitssuchend meldet. Das erscheint aber noch nicht ausreichend, um einer Anspannung zu entgehen.²³⁷ Irrelevant ist die Meldung der Arbeitssuche beim Arbeitsamt nur dann, wenn triftige Gründe für die Nichtanmeldung vorgebracht werden oder wenn eine Vermittlung eines Arbeitsplatzes keinen Erfolg gehabt hätte.²³⁸ Nach *Gitschthaler* sei der Einwand, dass trotz Meldung des Unterhaltspflichtigen als arbeitssuchend keine Beschäftigung vermittelt werden hätte können, eine durchaus wichtige Einschränkung des Anspannungsgrundsatzes, die in der Vergangenheit viel zu wenig Beachtung fand. Es obliegt allerdings dem Unterhaltsschuldner zu beweisen, dass auch bei korrekter Meldung der Arbeitssuche eine Vermittlung einer entsprechenden Erwerbstätigkeit nicht möglich gewesen wäre, zumal ihn dieser Umstand begünstigt.²³⁹ Darüber hinaus muss der Unterhaltspflichtige Eigeninitiative zur Suche eines Arbeitsplatzes zeigen. Der Unterhaltsschuldner ist also dazu angehalten sich unter Einsatz all seiner Kräfte aktiv um einen adäquaten Arbeitsplatz zu bemühen.²⁴⁰ Der Unterhaltspflichtige unterliegt daher der Obliegenheit, die Stellenangebote in Tageszeitungen und Jobbörsen durchzusehen, Bewerbungen zu schreiben und sich auch im Internet um eine Beschäftigung ernsthaft und intensiv zu bemühen.²⁴¹ Das geforderte Ausmaß der Eigeninitiative stellt die Rsp teilweise einer Vollzeitbeschäftigung gleich, obwohl nach überwiegender Meinung vierzig Stunden pro Woche für die Arbeitssuche als etwas übertrieben erscheinen.²⁴² Eine weitere Pflicht ist die Absolvierung von Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen, wobei während dieser Zeit keine Anspannung möglich ist.²⁴³

²³⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 73; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 374; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 113; RIS-Justiz RS0047536, OGH 1 Ob 654/92 EFSlg 67.965; OGH 28.04.2016, 1 Ob 65/16i.

²³⁸ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 375; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 113; OGH 28.11.1996, 2 Ob 2376/96t.

²³⁹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 375.

²⁴⁰ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 374; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 113; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 73; OGH 1 Ob 223/98w EFSlg 89.126; OGH 10 Ob 67/10s iFamZ 2011/10 = Zak 2010/709.

²⁴¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 73; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 113.

²⁴² *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 113; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 73; LGZ Wien 42 R 435/05i EFSlg 110.373; LGZ Wien 44 R 444/09h EFSlg 122.788; LG Linz 15 R 314/10t EFSlg 126.338.

²⁴³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 73; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 113; LG Salzburg 21 R 178/02a EFSlg 99.573; LGZ Wien 42 R 279/03w EFSlg 103.601.

Kommt der Unterhaltsschuldner einer „zielstrebigen und tatkräftigen Arbeitsplatzsuche“ nicht nach, kommt die Anwendung des Anspannungsgrundsatzes in Betracht.²⁴⁴ Angespannt werden kann allerdings nur auf ein ihm zumutbares Erwerbseinkommen, das er konkret nach der derzeitigen Arbeitsmarktsituation erwerben könnte.²⁴⁵ Bei der Ermittlung des hypothetischen Einkommens kann zur Beurteilung auch ein Sachverständiger hinzugezogen werden.²⁴⁶ Hingegen ist die Anwendung der Anspannungstheorie ausgeschlossen, wenn der Unterhaltsschuldner trotz Einsatzes all seiner Kräfte keinen Arbeitsplatz erlangen kann. Bei der Unterhaltsermittlung ist in einem solchen Fall wiederum vom tatsächlichen Einkommen, also Arbeitslosengeld, Notstandshilfe oder Sozialhilfe auszugehen.²⁴⁷

Ein Überblick der Verhaltensweisen des Unterhaltspflichtigen, die bei Arbeitslosigkeit zu einer Anspannung auf ein hypothetisch zumutbares Einkommen führen, folgt nachstehend:

- ❖ Der Unterhaltsschuldner meldet sich ohne Vorliegen berücksichtigungswürdiger Gründe beim Arbeitsamt nicht als arbeitssuchend²⁴⁸ und darüber hinaus hätte ihm bei ordnungsgemäßer Meldung ein konkreter Arbeitsplatz verschafft werden können.²⁴⁹
- ❖ Der Unterhaltspflichtige meldet sich zwar arbeitssuchend, aber erfüllt nicht die von ihm verlangte Eigeninitiative zur Erlangung eines neuen Arbeitsplatzes. Der Unterhaltsschuldner ist also dazu angehalten, sich unter Einsatz all seiner Kräfte um einen adäquaten Arbeitsplatz aktiv zu bemühen.²⁵⁰
- ❖ Dem Unterhaltsschuldner wird eine ihm zumutbare Beschäftigung vermittelt, welche er jedoch ausschlägt.²⁵¹

²⁴⁴ *Smutny in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 40; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 374; OGH 2 Ob 108/02z EFSlg 99.569.

²⁴⁵ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 374; OGH 1 Ob 58/00m EFSlg 92.262.

²⁴⁶ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 374; OGH 1 Ob 223/98w EFSlg 89.613.

²⁴⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 75; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 374; OGH 4 Ob 2068/96t EFSlg 80.300; OGH 6 Ob 80/13b EFSlg 138.120.

²⁴⁸ *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 561; RIS-Justiz RS0047536; RIS-Justiz RS0106230, zuletzt OGH 27.09.2016, 8 Ob 90/16t.

²⁴⁹ LG Krems 1b R 140/86 EFSlg 50.515; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 561.

²⁵⁰ *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 561; OGH 6 Ob 238/16t EF-Z 2017/56 = iFamZ 2017/37; *Neumayr*, Anspannung der Mutter, iFamZ 2017, 81.

²⁵¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 75; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 561; LGZ Wien 44 R 3366/83 EFSlg 42.835.

- ❖ Verweigerung einer Um- oder Nachschulung durch den Unterhaltspflichtigen, die nicht durch triftige Gründe gerechtfertigt werden kann.²⁵² Gerade durch die Teilnahme an Umschulungsmaßnahmen des WIFI zeigt der Unterhaltsschuldner Interesse an der Erlangung eines neuen Arbeitsplatzes.²⁵³

4.2.2 Grenzen der Anspannung/Zumutbarkeit

Grundsätzlich gilt, dass sich der Unterhaltsschuldner bei der Suche eines neuen Arbeitsplatzes vorerst auf Stellenangebote, die seiner Ausbildung bzw vormaligen Tätigkeit entsprechen, konzentrieren kann. Die Rsp vertritt im Allgemeinen eine Übergangsfrist von sechs Monaten, um eine geeignete Stelle nach der jeweils entsprechenden beruflichen Qualifikation zu erlangen.²⁵⁴ Verfällt der Unterhaltspflichtige in Langzeitarbeitslosigkeit, kann er allerdings dazu angehalten sein eine Beschäftigung anzunehmen, die unter seinem Ausbildungsniveau liegt. Es besteht kein unterhaltsrechtlicher Berufsschutz, weshalb die Arbeitsplatzsuche auch auf minderqualifizierte Tätigkeiten ausgeweitet werden muss.²⁵⁵ Kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Unterhaltsschuldner in näherer Zukunft eine seiner Qualifikation entsprechende Erwerbstätigkeit bzw eine Beschäftigung in einer ähnlichen Branche findet, kann dies so weit gehen, dass er auch Arbeitsstellen annehmen muss, die überhaupt nicht in Zusammenhang mit seinem beruflichen Werdegang stehen.²⁵⁶ Der OGH hat aber darauf verwiesen, dass der Umstand des Alters vor allem bei Langzeitarbeitslosigkeit nicht außer Acht gelassen werden dürfe, da Dienstgeber oft die Einstellung älterer Arbeitnehmer vermeiden wollten.²⁵⁷ In derselben Entscheidung sprach er auch seine Bedenken darüber aus, ob ein mehrfacher Akademiker überhaupt auf eine minderqualifizierte Beschäftigung vermittelt werden kann.²⁵⁸ Auch ist die Anspannung

²⁵² *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 561; LGZ Wien 43 R 182/89 EFSlg 58.938.

²⁵³ LGZ Wien 43 R 488/99d EFSlg 89.130.

²⁵⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 74; LG Salzburg 21 R 391/05d EFSlg 110.378.

²⁵⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 74; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 114; LG Krems 2 R 251/01a EFSlg 95.755; LG Salzburg 21 R 456/05p EFSlg 113.379; LGZ Wien 45 R 422/10g EFSlg 126.340; OGH 28.04.2015, 10 Ob 22/15f.

²⁵⁶ LG Salzburg 21 R 234/00h EFSlg 95.757; LG Salzburg 21 R 456/05p EFSlg 113.380.

²⁵⁷ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 377; OGH 05.05.1998, 4 Ob 120/98w; OGH 1 Ob 2330/96w EFSlg 83.421.

²⁵⁸ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 377; OGH 05.05.1998, 4 Ob 120/98w.

ausgeschlossen, wenn der Unterhaltspflichtige aufgrund enormer Schulden und eines drohenden Kridaverfahrens von keinem Arbeitgeber aufgenommen werden wird. Es kann daher keine pauschale Beurteilung der für die Anspannung maßgebenden Umstände geben, sondern es muss die konkrete Situation am Arbeitsmarkt berücksichtigt werden. Dies unterstreicht wiederum den Einzelfallcharakter der Anspannungstheorie.²⁵⁹

Einen Sonderfall stellt ein Krankenstand bei bestehender Arbeitslosigkeit dar. Der OGH hat dazu ausgesprochen, dass ein arbeitsloser Unterhaltsschuldner, der im Krankenstand ist und währenddessen Arbeitslosengeld bezieht, keine Erwerbstätigkeit aufnehmen müsse, wenn ihm seine Arbeitsunfähigkeit ärztlich attestiert wurde. Der Unterhaltspflichtige setze kein schuldhaftes Verhalten, wenn er den ärztlichen Befunden Glauben schenkt, womit wiederum die Anspannungstheorie keine Anwendung finde.²⁶⁰

Welche Beschäftigungen der arbeitslose Unterhaltspflichtige annehmen muss, orientiert sich weiters vor allem am Maßstab eines pflichtgetreuen Ehegatten. Die Rsp geht aber davon aus, dass auf alle Fälle Arbeitsstellen zumutbar seien, die auch im Kontext der Arbeitslosenversicherung nach § 9 Abs 2 AIVG eine zumutbare Beschäftigung darstellen.²⁶¹ Arbeitsstellen nach § 9 Abs 2 AIVG müssen den „*körperlichen Fähigkeiten angemessen sein, dürfen nicht die Gesundheit und die Sittlichkeit gefährden, müssen eine angemessene, kollektivvertragliche Entlohnung vorsehen, müssen in angemessener Zeit erreichbar sein und dürfen darüber hinaus gesetzliche Betreuungspflichten nicht erschweren*“.²⁶² Ein idS angemessener Zeitaufwand zur Erreichung der Arbeitsstelle wird bei zwei Stunden pro Tag bei bestehender Vollzeitbeschäftigung und eineinhalb Stunden bei Teilzeitbeschäftigung angenommen.²⁶³

Einer strengen Bewertung unterliegt die Ausweitung der Arbeitsplatzsuche eines Unterhaltspflichtigen auf das EU- bzw EWR-Ausland, die sowohl Pendeln als auch einen Umzug ins Ausland mitumfasst.²⁶⁴ Laut OGH müssten ausreichende Sprachkenntnisse

²⁵⁹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 377; OGH 28.06.2000, 6 Ob 116/00b.

²⁶⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 73; *Neumayr*, Keine Anspannung des Unterhaltspflichtigen auf ein während des Krankenstands versäumtes Arbeitseinkommen, iFamZ 2011, 72; OGH 8 Ob 27/10v EFSlg 126.329 = iFamZ 2011/53 = Zak 2011/44.

²⁶¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 73; LG Wels 21 R 23/03m EFSlg 103.606.

²⁶² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 73; § 9 Abs 2 AIVG.

²⁶³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 74; § 9 Abs 2 AIVG.

²⁶⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 74; OGH 4 Ob 91/10a EFSlg 126.347 = iFamZ 2010/172 = Zak 2010/469.

der Landessprache beim Unterhaltsschuldner vorhanden sein, damit eine entsprechende Ausdehnung möglich sei. Dies alleine vermag aber nicht zu überzeugen, da auch auf Persönlichkeitsrechte Rücksicht zu nehmen sein wird.²⁶⁵ Daher bedarf es einer Abwägung der Interessen des Verpflichteten und der Interessen des Berechtigten. Es muss beurteilt werden, ob trotz der höheren Fahrtkosten die besseren Verdienstmöglichkeiten überwiegend ins Gewicht fallen.²⁶⁶ Die Kosten für das Pendeln ins Ausland oder die Kosten für einen benötigten Zweitwohnsitz sind bei der Unterhaltsbemessungsgrundlage in Abzug zu bringen. Dieser Umstand kann sich dahingehend auswirken, dass im Endeffekt der ausländische, besser bezahlte Arbeitsplatz zu einer gleich hohen oder sogar niedrigeren Unterhaltsbemessungsgrundlage führt als eine adäquate inländische Beschäftigung.²⁶⁷

4.2.2.1 *Anspannung auf eine Tätigkeit, die Pendeln erfordert*

Die Zumutbarkeit in einen benachbarten Staat zu pendeln, um dort einer höher dotierten Erwerbstätigkeit nachzugehen, wurde bejaht, solange die Wegzeiten nicht unverhältnismäßig lange sind. Festzuhalten ist auch, dass in der EU das Freizügigkeitsrecht gilt, wodurch der Verweis auf das EU-Ausland kein Problem darstellt.²⁶⁸ Allerdings hat der OGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2010 angenommen, dass ein in Ungarn lebender Unterhaltspflichtiger mit österreichischer Staatsbürgerschaft auf ein inländisches Einkommen angespannt werden könne und sah damit eine Strecke von einhundertzwanzig Kilometern zum Pendeln als zumutbar an. Obwohl dieser Sachverhalt den umgekehrten Fall betrifft, nämlich die Anspannung auf ein inländisches Einkommen bei einem ausländischen Wohnsitz, ist trotzdem nicht ersichtlich, wieso die Zumutbarkeit der Wegzeiten in der Entscheidung in einem solchen Ausmaß überschritten wurden.²⁶⁹

²⁶⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 74; idS auch OGH *Pichler*, Anm zu OGH 26.02.1997, 3 Ob 7/97v, ZfRV 1997, 162.

²⁶⁶ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 113; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 74.

²⁶⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 74; OGH 4 Ob 91/10a EFSlg 126.347 = iFamZ 2010/172 = Zak 2010/469; LGZ Wien 43 R 993/95 EFSlg 77.533.

²⁶⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 74.

²⁶⁹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 382; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 74; OGH 4 Ob 91/10a EFSlg 126.347 = iFamZ 2010/172 = Zak 2010/469.

Auch im Inland kann unter Berücksichtigung des Zumutbarkeitskriteriums von einem Unterhaltspflichtigen erwartet werden, dass er in ein anderes Bundesland pendelt, wenn er dort einer adäquaten Arbeitsstelle nachgehen kann. In diesem Zusammenhang stellte der OGH fest, dass es einem Unterhaltspflichtigen, der nur während der Sommermonate beschäftigt ist, zumutbar sei, eine Beschäftigung auch außerhalb seines Bundeslandes aufzunehmen, um ein entsprechendes Einkommen in den Wintermonaten sicherzustellen.²⁷⁰

Überdies ist im Zuge der Anspannung auf eine vom Wohnort weit entfernte Tätigkeit zu beurteilen, ob die Anschaffung eines nicht vorhandenen Pkw, der benötigt werden würde, um den Arbeitsplatz zu erreichen, für den Unterhaltspflichtigen im Rahmen seiner finanziellen Möglichkeiten überhaupt leistbar ist. Es ist daher zu überprüfen, ob dem Unterhaltsschuldner genügend liquide Mittel zur Verfügung stehen oder ob er zumindest eine entsprechende Kreditwürdigkeit aufweist, um eine solche Investition tätigen zu können.²⁷¹ Fehlen die finanziellen Mittel, ist eine Anspannung auf eine dem Heimatort weit entfernte Erwerbstätigkeit unzulässig, da dies auf einer bloßen Fiktion beruhen würde.²⁷² Ist die Anschaffung wirtschaftlich möglich, ist es jedenfalls nicht ausreichend, nur das Kilometergeld von der Unterhaltsbemessungsgrundlage abzuziehen, da sowohl durch die Anschaffung als auch den Betrieb des Pkw Aufwendungen entstehen. Dabei darf nicht vergessen werden, dass die erhöhte Bemessungsgrundlage ausschließlich auf die (hypothetische) Anschaffung eines Pkw und der damit verbundenen, besser entlohnten Erwerbstätigkeit zurückzuführen ist. Wird der benötigte Pkw mit Hilfe eines Kredits finanziert, sind daneben auch die Kreditraten bei der Unterhaltsbemessung unterhaltsmindernd in Anschlag zu bringen.²⁷³

²⁷⁰ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 376; OGH 6 Ob 181/97d EFSlg 83.350.

²⁷¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 75; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 377; OGH 5 Ob 204/11b EFSlg 133.818 = EvBI-LS 2012/126 = iFamZ 2012/122 = Zak 2012/479; *Brenn*, Anspannung setzt Verschulden voraus, EvBI-LS 2012, 780.

²⁷² *Neumayr*, Zumutbarkeit der Anschaffung eines Pkw als Voraussetzung für Anspannung, iFamZ 2012, 174.

²⁷³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 75; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 377; OGH 5 Ob 204/11b EFSlg 133.818 = EvBI-LS 2012/126 = iFamZ 2012/122 = Zak 2012/479; *Brenn*, EvBI-LS 2012, 780.

4.2.2.2 *Anspannung auf eine Tätigkeit, die einen Umzug erfordert*

Dagegen ist ein Umzug des Unterhaltsschuldners ins Ausland zur Aufnahme einer höher dotierten Erwerbstätigkeit nur ausnahmsweise zumutbar. Dasselbe gilt auch für Wohnsitzverlegungen innerhalb Österreichs. Begründet wird das damit, dass eine Anspannung, die mit einer Wohnsitzverlegung verbunden ist, erheblich in die Grundrechte des Unterhaltspflichtigen eingreift. In diesem Zusammenhang sind vor allem auf das Recht des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK und das Recht auf Freizügigkeit gem Art 4 StGG bzw Art 2 Abs 2 des 4. ZP zur EMRK Bedacht zu nehmen.²⁷⁴ Ebenso wird der Umzug eines Unterhaltspflichtigen in einen Ort, der fernab der Familie liegt, den Grundsätzen eines pflichtbewussten Familienvaters bzw Ehegatten widersprechen, da dies mit einem Verlassen und in weiterer Folge einer gewissen Vernachlässigung der Familie verbunden ist.²⁷⁵

4.2.2.3 *Exkurs: Auswanderung des Unterhaltspflichtigen*

Bei freiwilligem Umzug des Unterhaltspflichtigen ins Ausland gelten wiederum eigene Grundsätze. Jede Auswanderung des Unterhaltsschuldners in einen Staat mit einem geringeren Einkommensniveau ist mit einer Anspannung verbunden, sobald keine berücksichtigungswürdigen Gründe für den Umzug vorliegen oder der Unterhaltspflichtige in Schädigungsabsicht handelt.²⁷⁶ Inwiefern die vom Unterhaltspflichtigen vorgebrachten Gründe als berücksichtigungswürdig gelten, hängt wiederum von einer Interessenabwägung, insbesondere unter Berücksichtigung der Grundrechte, ab.²⁷⁷ Neben den oben genannten Grundrechten, die nach Ansicht des OGH in die Beurteilung miteinzubeziehen seien²⁷⁸, würden allerdings die Grundfreiheiten der EU, wie Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit schwerer ins Gewicht fallen, da ihnen im Allgemeinen eine Drittwirkung für Rechtsverhältnisse zwischen Privatpersonen zukommt.²⁷⁹

²⁷⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 74.

²⁷⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 74; OGH 14.07.1998, 4 Ob 181/98s.

²⁷⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 78; OGH 1 Ob 130/04f ÖJZ-LSK 2005/16.

²⁷⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 78; OGH 12.08.2004, 1 Ob 130/04f.

²⁷⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 78; OGH 12.08.2004, 1 Ob 130/04f.

²⁷⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 78; EuGH 06.06.2000, C-281/98, *Angonese*.

Dagegen hat der OGH in einer älteren Entscheidung ausgesprochen, dass die Nichtannahme einer österreichischen Erwerbstätigkeit, weil sich der Unterhaltspflichtige auf eine gemeinsame Wohnpflicht der Lebensgefährten beruft und daher ins Ausland verzogen ist, nicht zulässig sei. Im Gegensatz zur Ehe gibt es in der Lebensgemeinschaft keine gemeinsame Wohnpflicht, wodurch im vorliegenden Fall eine Anspannung auf ein inländisches Einkommen möglich ist. Folglich blieb das Grundrecht auf Privat- und Familienleben nach Art 8 EMRK in dieser Entscheidung unberücksichtigt.²⁸⁰ Der Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit, die im Sinne eines Beschränkungsverbotes begriffen wird, ist auch ein Wegzugsrecht inhärent. Laut *Schwimann* lasse sich aus all dem eine Zulässigkeit des Umzuges eines Unterhaltspflichtigen in das EU-Ausland unter Berufung auf seine Grundrechte ableiten. Zu einer Anspannung könne es seines Erachtens nach nur im Falle der Unterhaltsverkürzungsabsicht kommen oder auch wenn der Unterhaltspflichtige seine neue ausländische Erwerbstätigkeit nicht ausübt.²⁸¹ Ist der Umzug des Unterhaltspflichtigen gerechtfertigt, sei bei der Anwendung der Anspannungstheorie auf die ausländischen Arbeitsmarktverhältnisse abzustellen.²⁸² *Schwimann* ist nicht der Ansicht, dass sich ein unterhaltspflichtiger Österreicher, der ins EU-Ausland verzogen ist und seinen Arbeitsplatz verliert, sich um einen neuen Arbeitsplatz in seinem Aufenthaltsstaat und auch in Österreich bemühen müsse.²⁸³ Das LG Salzburg vertrat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2001 allerdings eine gegenteilige Auffassung.²⁸⁴ Kehrt jedoch ein in Österreich lebender Unterhaltspflichtiger mit ausländischen Wurzeln in sein Heimatland zurück, führt dies nach stRsp nicht zur Anspannung. Dabei wird die Rückkehr in das Heimatland nach gescheiterter Ehe oder Lebensgemeinschaft a priori als Rechtfertigungsgrund gewertet, mit Ausnahme der Schädigungsabsicht durch den Unterhaltspflichtigen. In diesem Zusammenhang ist es irrelevant, wen das Verschulden am Zerbrecen der ehemaligen Beziehung trifft.²⁸⁵ Selbst

²⁸⁰ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 382; OGH 29.01.1996, 5 Ob 1508/96.

²⁸¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 78; so auch *Gitschthaler*: *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 380; OGH 6 Ob 181/97d EFSlg 83.392.

²⁸² *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 127; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 381; OGH 20.04.1993, 1 Ob 552/93; OGH 1 Ob 130/04f EFSlg 107.275 = ÖJZ-LSK 2005/16; OGH 4 Ob 91/10a EFSlg 126.347 = iFamZ 2010/172 = Zak 2010/469.

²⁸³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 78.

²⁸⁴ LG Salzburg 21 R 229/01z EFSlg 95.788.

²⁸⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 78; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 126; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 379; OGH 14.07.1998, 4 Ob 181/98s.

wenn der Unterhaltspflichtige die österreichische Staatsbürgerschaft innehat oder diese im Zuge der Rückkehr zurücklegt, kann es nicht zur Anwendung des Anspannungsgrundsatzes kommen.²⁸⁶ Die bloße Möglichkeit der Erzielung eines höheren monatlichen Einkommens in Österreich rechtfertigt nicht eine Anspannung auf diese Einkommensmöglichkeit.²⁸⁷ Es kann vom unterhaltspflichtigen Ausländer nicht verlangt werden, dass er nach gescheiterter Beziehung fernab von seinem Heimatland in einem fremden Kulturkreis bleibt nur mit dem Hintergrund seinen unterhaltsrechtlichen Pflichten besser nachkommen zu können.²⁸⁸ Wie aber bereits vorhin erwähnt, gilt dies nicht, wenn dem österreichischen unterhaltspflichtigen Staatsbürger, der in sein Geburtsland zurückgekehrt ist, ein Pendeln zu einer österreichischen Arbeitsstelle zumutbar ist.²⁸⁹

4.2.3 Gerichtliche Beurteilung der Anspannungsvoraussetzungen

Es obliegt dem Gericht, eine eigenständige Beurteilung der Anspannungsvoraussetzungen vorzunehmen, wobei allfällige verwaltungsbehördliche Entscheidungen keine präjudizielle Wirkung für die Entscheidung des Gerichts haben.²⁹⁰ Daher kann die in einem Verwaltungsverfahren bestätigte Arbeitsfähigkeit und Arbeitswilligkeit im unterhaltsrechtlichen Verfahren bloß als Indiz dafür gewertet werden, dass die Voraussetzungen für eine Anspannung nicht gegeben sind. Im verwaltungsbehördlichen Verfahren kann dies also als gegeben erachtet werden und damit ein Anspruch auf Gewährung von Arbeitslosenunterstützung nach dem AIVG begründen, was allerdings noch nicht bedeutet, dass eine Anspannung im gerichtlichen

²⁸⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 79; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 126; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 379; OGH 1 Ob 23/02t EFSlg 99.595; 99.596; OGH 6 Ob 360/97b EFSlg 83.406.

²⁸⁷ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 127; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 379; OGH 1 Ob 23/02t EFSlg 99.600.

²⁸⁸ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 126; LG Linz 14 R 408/01w EFSlg 95.790; LG Wien 42 R 565/00z EFSlg 95.781.

²⁸⁹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 127; OGH 4 Ob 91/10a EFSlg 126.347 = iFamZ 2010/172 = Zak 2010/469.

²⁹⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 73; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 115; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 40; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 378; OGH 6 Ob 578/91 EFSlg 65.191; OGH 05.04.1995, 7 Ob 539/95.

Verfahren ausgeschlossen ist.²⁹¹ Der Unterhaltsschuldner ist dessen ungeachtet für den vollen Einsatz seiner Kräfte beweispflichtig.²⁹² Darüber hinaus muss das Gericht dies nicht obligatorisch als Indiz für das Fehlen der Anspannungsvoraussetzungen werten, zumal bei der Beurteilung der Zumutbarkeit nach dem AIVG nicht derart strenge Anforderungen verlangt werden, wie es im Anspannungsverfahren der Fall ist.²⁹³

Dieselben Richtlinien gelten auch für Pensionsvorschüsse nach § 23 AIVG. Bezieht der Unterhaltsschuldner Pensionsvorschüsse aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit, kann daraus nicht automatisch geschlossen werden, dass die Ausübung einer Erwerbstätigkeit vollkommen ausgeschlossen ist.²⁹⁴

4.3 Berufswechsel

ISd Erwerbsfreiheit nach Art 6 StGG und dem Recht auf freie Berufswahl nach Art 18 StGG steht es dem Unterhaltspflichtigen zwar frei, seinen Beruf nach Belieben zu wechseln, allerdings gilt dies nur, solange der Unterhaltsberechtigte dadurch nicht wesentliche Benachteiligungen erfährt. Dennoch dürfen dem Verpflichteten nicht unnütze Einschränkungen bei der Wahl seines Berufes auferlegt werden, welche bloß die Interessen des Berechtigten verfolgen.²⁹⁵ Die Berufsfreiheit erfährt daher durch die Unterhaltspflicht eine Einschränkung, zumal auf eine zumutbare Tätigkeit angespannt werden kann, welche die Erfüllung der Unterhaltspflichten zur Gänze sicherstellt.²⁹⁶ Die Billigkeit der Entscheidung über eine berufliche Veränderung des Unterhaltsschuldners muss wiederum an einem pflichtgetreuen Ehegatten gemessen werden, wobei der

²⁹¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 73; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 115; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 378; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 561; OGH 2 Ob 2376/96t EFSlg 80.210; OGH 6 Ob 578/91 EFSlg 65.191.

²⁹² *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 378; OGH 2 Ob 2376/96t EFSlg 80.210; OGH 1 Ob 325/97v EFSlg 83.363.

²⁹³ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 378.

²⁹⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 73; OGH 8 Ob 91/10f EFSlg 130.038 = EF-Z 2011/115 = EvBI-LS 2011/67 = Zak 2011/232.

²⁹⁵ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 66 EheG Rz 8; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 36; *Hinteregger* in *Klang*, ABGB §§ 44 bis 100³ § 94 Rz 60; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 121; OGH 1 Ob 81/10h iFamZ 2010/240 (*Deixler-Hübner*); LGZ Wien 44 R 1088/84 EFSlg 44.878.

²⁹⁶ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 121; LGZ Wien 42 R 335/00a EFSlg 95.258; LGZ Wien 44 R 1088/84 EFSlg 44.878.

Entscheidungszeitpunkt maßgebend ist. IZm der Anspannungstheorie ist zwischen den Fällen des erzwungenen und des freiwilligen Berufswechsels zu unterscheiden.²⁹⁷ In weiterer Folge werden auch die unterhaltsrechtlichen Grundsätze eines Wechsels von unselbstständiger Tätigkeit in selbstständige Tätigkeit veranschaulicht.

4.3.1 Erzwungener Berufswechsel

Ist der Arbeitsplatzwechsel aufgrund von Umständen erforderlich, die der Willkür des Unterhaltspflichtigen entzogen sind, scheidet eine Anspannung mangels einer vorwerfbaren Handlung aus. Das heißt, der Berufswechsel muss durch triftige Gründe gerechtfertigt werden können. Solche Gründe stellen vor allem gesundheitliche, familiäre oder wirtschaftliche Gründe dar, aber auch eine nicht provozierte Dienstgeberkündigung zählt dazu.²⁹⁸ Dies lässt sich wiederum aus der Bestimmung des § 91 Abs 2 ABGB ableiten, wonach ein einseitiges Abgehen der zuvor einvernehmlich gewählten Lebensverhältnisse nur aus wichtigen Gründen erfolgen kann.²⁹⁹

Der Unterhaltsschuldner hat dennoch die Pflicht, sich im Falle eines krankheitsbedingten Berufswechsels darum zu bemühen, sein Recht auf vorzeitigen Austritt und folglich auch den Abfertigungsanspruch zu erhalten. Damit soll die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht unnötig sinken.³⁰⁰ Der Unterhaltsschuldner ist also dazu angehalten, seine Auflösungserklärung dementsprechend zu arrangieren. Tut er dies nicht und erhält er aufgrund dessen keine Abfertigung, ist dies erfahrungsgemäß als fahrlässig zu werten. Es kommt daher zur Anspannung durch die Aufnahme der nicht erhaltenen Abfertigung in die Unterhaltsbemessungsgrundlage.³⁰¹

²⁹⁷ *Hinteregger in Klang*, ABGB §§ 44 bis 100³ § 94 Rz 60; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 371.

²⁹⁸ *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 76; *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 121; OGH 17.10.1995, 10 Ob 523/95; LGZ Wien 42 R 162/02p EFSlg 99.584.

²⁹⁹ Siehe Abschnitt 4.1.1 „*Eigenkündigung*“; *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 122.

³⁰⁰ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 364; OGH 12.11.1996, 4 Ob 2327/96a; OGH 3 Ob 237/05g EFSlg 110.367.

³⁰¹ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 364; OGH 12.11.1996, 4 Ob 2327/96a; OGH 3 Ob 237/05g EFSlg 110.367.

4.3.2 Freiwilliger Berufswechsel

Im Rahmen eines freiwilligen Berufswechsels durch den Verpflichteten muss, wie oben dargestellt, eine Interessenabwägung zwischen der Erwerbsfreiheit des Verpflichteten und dem Unterhaltsanspruch des Berechtigten vorgenommen werden.³⁰²

Nach der Rsp wird als Anforderung für einen freiwilligen Arbeitsplatzwechsel eine „wesentliche“ Aufwertung der Einkommenssituation verlangt.³⁰³ Wechselt der Unterhaltspflichtige daher in einen höher dotierten Beruf oder entspricht sein neues Einkommen wenigstens den zuvor bezogenen Einkünften, stellt dies kein unterhaltsrechtliches Problem dar.³⁰⁴ Voraussetzung ist allerdings, dass es sich um eine „realistische Einkommensquelle handelt“.³⁰⁵ Erhält der Unterhaltsschuldner also ein adäquates Einkommen, besteht folglich nicht die Gefahr, dass der nach den Lebensverhältnissen angemessene Unterhalt nicht geleistet werden kann. In diesem Fall ist die Anwendung der Anspannungstheorie konsequenterweise ausgeschlossen.³⁰⁶ Daraus kann abgeleitet werden, dass jede Einkommensminderung, die auf einen freiwilligen Berufswechsel zurückzuführen ist, grundsätzlich eine Anspannung nach sich zieht. Dagegen wird bei einem verschuldeten Arbeitsplatzverlust erst angespannt, wenn der Unterhaltsschuldner es unterlässt, sich um einen Arbeitsplatz angemessen zu bemühen.³⁰⁷ Die Anwendung der Anspannungstheorie kommt darüber hinaus immer dann zum Tragen, wenn der Unterhaltsschuldner seinen Arbeitsplatz aufgibt, um im Unternehmen des Ehegatten oder Lebensgefährten mitzuwirken. Für die Höhe der Anspannung ist entweder ein angemessenes Einkommen der neuen Tätigkeit oder das zuletzt bezogene Einkommen maßgebend.³⁰⁸ Erfolgt der Berufswechsel in Unterhaltsverkürzungsabsicht, ist eine Anspannung jedenfalls zu bejahen. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um eine wesentliche Einkommensminderung handelt; alleine die

³⁰² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 76.

³⁰³ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 122; OGH 1 Ob 58/00m EvBl 2000/165 = JBl 2000, 725

³⁰⁴ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 122; LGZ Wien 42 R 335/00a EFSlg 95.261; OGH 26.04.1995, 3 Ob 541/95.

³⁰⁵ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 122; OGH 17.10.1995, 10 Ob 523/95.

³⁰⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 76.

³⁰⁷ Siehe Kindesunterhalt: *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 370; OGH 1 Ob 2/02d EFSlg 99.583.

³⁰⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 77; OGH 6 Ob 643/95 EFSlg 77.101; OGH 1 Ob 532/95 EFSlg 77.178; OGH 7 Ob 552/95 EFSlg 77.102.

Schädigungsabsicht ist maßgebend, wie dies auch bei der Arbeitsplatzaufgabe der Fall ist.³⁰⁹ Weiters ist ein Berufswechsel aus unterhaltsrechtlicher Sicht a priori unzulässig, wenn dadurch der Unterhaltsberechtigte in eine existenzielle Notlage geraten würde.³¹⁰

Im Rahmen der Anspannungstheorie besteht auch die umgekehrte Möglichkeit, den Unterhaltsschuldner auf eine andere als seine aktuelle Erwerbsmöglichkeit anzuspannen, wodurch ein Berufswechsel praktisch erzwungen wird. Dem Anspannungsgrundsatz ist daher ein Einkommensmaximierungsgebot inhärent, das allerdings nur beschränkt Anwendung finden kann. Bloß weil die Möglichkeit besteht, einen etwas höheren Verdienst in einem anderen Beruf zu erzielen, kann der Unterhaltspflichtige keinesfalls dazu verhalten werden, seinen Beruf zu wechseln.³¹¹ So hat der OGH zwar die Anspannung eines Landwirtes auf seinen Lehrberuf als Bau- und Möbeltischler für zulässig erklärt, da die Landwirtschaft wesentlich niedrigere Erträge abwarf.³¹² Dagegen sprach er aber aus, dass ein Unterhaltsschuldner, der erfolgreich eine Land- und Forstwirtschaft betreibt, nicht auf seinen erlernten Beruf anspannbar sei, wenn er dadurch sein Einkommen nur in geringem Maße erhöhen kann.³¹³ Auch wurde im Falle eines Schauspielers, der immer nur mit kurzen Unterbrechungen bereits seit elf Monaten als arbeitslos gemeldet war, ein Berufswechsel erzwungen, womit dem Anspannungsgrundsatz Rechnung getragen wurde. Begründet wurde dies damit, dass der Unterhaltsschuldner die neue Erwerbstätigkeit im Falle der Möglichkeit der Annahme einer neuen Rolle jederzeit wieder beenden hätte können.³¹⁴ Es ergibt sich aus der Rsp, dass Künstler generell auf ein Einkommen aus einer anderen Berufstätigkeit außerhalb ihrer Branche angespannt werden können, wenn es ihnen nicht möglich ist, den angemessenen Unterhalt durch ihre künstlerische Tätigkeit zu decken.³¹⁵ Dagegen wurde in einer vergleichbaren zweitinstanzlichen Entscheidung die Anspannung eines unterhaltspflichtigen Regisseurs verneint, der zugleich Obmann und einziger Darsteller

³⁰⁹ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 36; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 371; OGH 2 Ob 108/02z EFSIlg 99.582; LGZ Wien 44R 1088/84 EFSIlg 44.878.

³¹⁰ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 121; siehe Kindesunterhalt: LGZ Wien 44 R 314/01d EFSIlg 95.770.

³¹¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 72, 78.

³¹² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 78; OGH 6 Ob 164/13f iFamZ 2014/4.

³¹³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 72, OGH 8 Ob 106/13s iFamZ 2014/122.

³¹⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 78; OGH 28.04.2015, 10 Ob 22/15f.

³¹⁵ LGZ Wien 43 R 512/88 EFSIlg 56.204; LGZ Wien 43 R 119/90 EFSIlg 62.052; LG Krems 2 R 251/01a EFSIlg 95.756

eines wirtschaftlich schlecht gestellten Theatervereins ist und es sich zur Lebensaufgabe gemacht hat, diesen Verein zu betreiben. Angeführt wird als Begründung, dass aufgrund seines Alters – er war im Entscheidungszeitpunkt zweiundsechzig Jahre alt – und der Ausbildung zum Schauspieler kein Berufswechsel zumutbar sei. Allerdings wurde in diesem Fall auch die Anspannung auf eine Nebenbeschäftigung ausgeschlossen, die ihm trotz seines Alters aufgrund der allgemeinen Grundsätze zumutbar hätte sein müssen.³¹⁶

4.3.3 Wechsel in die Selbstständigkeit

Vor dem Hintergrund des Rechts auf freie Berufswahl gem Art 18 StGG, das auch im Ehegattenunterhaltsrecht von Bedeutung ist, muss der Unterhaltsberechtigte unter bestimmten Voraussetzungen eine vorübergehende Minderung seines Unterhaltsanspruches hinnehmen. Dies gilt vor allem bei einem Wechsel von unselbstständiger Tätigkeit in eine selbstständige Tätigkeit.³¹⁷ Allerdings darf es nur während einer anfänglichen Anlauf- bzw Anpassungsphase zu einer Einschränkung des Unterhaltsanspruches kommen.³¹⁸ Die Dauer der Anlaufphase bestimmt sich nach den Kriterien der Art des Betriebes sowie der Zielstrebigkeit und dem persönlichen Einsatz des Unterhaltsschuldners in seiner unternehmerischen Tätigkeit. Es ist daher wiederum auf den Einzelfall abzustellen.³¹⁹ Nach der Rsp darf die Konsolidierungsphase allerdings zwei bis drei Jahre nicht überschreiten.³²⁰ Eine Verschiebung dieser Anlaufphase in Zeiträume, in denen noch eine unselbstständige Tätigkeit ausgeübt wird, wird nicht toleriert.³²¹ Entscheidend für die Zubilligung der vorübergehenden Reduktion der

³¹⁶ LGZ Graz 17.02.2017, 2 R 297/16k.

³¹⁷ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 121, 122; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 77; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 8; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 36; LGZ Wien 42 R 335/00a EFSlg 95.258; 95.259; RIS-Justiz RS0087653, zuletzt OGH 8 Ob 59/13d EFSlg 138.144 = ÖJZ 2013/132 (*Neuhauser*) = iFamZ 2013/161; *Neuhauser*, Zwei ungewöhnliche Konstellationen im Unterhaltsrecht, ÖJZ 2013, 1109.

³¹⁸ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 123; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 77; LGZ Wien 42 R 335/00a EFSlg 95.259.

³¹⁹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 123; OGH 25.11.1997, 4 Ob 345/97g; OGH 27.06.2013, 8 Ob 59/13d.

³²⁰ *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 39; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 8; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 123; LGZ Wien 42 R 335/00a EFSlg 95.260; OGH 4 Ob 100/08x ecolex 2008/395 = iFamZ 2008/170 = Zak 2008/601; OGH 4 Ob 91/10a EFSlg 126.344 = iFamZ 2010/172.

³²¹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 123; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 373; OGH 23.11.2000, 6 Ob 228/00y.

Unterhaltungspflicht ist allerdings, dass in naher Zukunft ein marktübliches Einkommen erwartet werden kann, das der Höhe nach zumindest seinem bisherigen Einkommen gleichkommt.³²² Grundet der Aufbau eines Unternehmens darauf, dass der Unterhaltspflichtige seinen Arbeitsplatz unbeabsichtigt verloren hat, muss die Unternehmensgründung jedenfalls bereits erlaubt sein, wenn damit eine im Grunde vergleichbare Einkommenssituation wie bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit erreicht werden kann.³²³ Kann bei einer ex ante Beurteilung nicht mit entsprechenden Einkünften des Unterhaltspflichtigen aus seiner selbstständigen Tätigkeit gerechnet werden, muss dieser sofort eine andere Erwerbstätigkeit aufnehmen bzw ist gar nicht dazu berechtigt sich selbstständig zu machen.³²⁴ Tritt der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens des Unterhaltspflichtigen erst nach dem Wegfall der Unterhaltungspflicht ein, muss sich der Unterhaltsberechtigte allerdings keine Einschränkungen seines Unterhaltsanspruches gefallen lassen.³²⁵

Will ein selbstständiger Unternehmer eine zusätzliche Einkommensquelle durch ein weiteres Unternehmen erlangen, gelten dieselben Grundsätze wie für den Wechsel von unselbstständiger auf selbstständige Tätigkeit. Handelt es sich also um ein Unternehmen, dem bereits im Vorhinein eine erfolgsversprechende Prognose erteilt werden kann, muss der unterhaltsberechtigte Ehegatte Kürzungen der Unterhaltsbemessungsgrundlage während einer entsprechenden Anlaufphase in Kauf nehmen.³²⁶

Auch bei der Entscheidung über einen Wechsel zur Selbstständigkeit ist wiederum auf das Verhalten eines pflichtgemäßen Durchschnittsmenschen Bedacht zu nehmen.³²⁷ Es kann daher nicht vorab jede riskante bzw als unwirtschaftliche vorhersehbare wirtschaftliche Disposition, worunter auch der Wechsel in die Selbstständigkeit fällt, pauschal als unterhaltsrechtliche Verletzung gewertet werden.³²⁸ Jedenfalls wird jedoch

³²² *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 36; OLG Wien 13 R 163/86 EFSIlg 50.216; OGH 4 Ob 4/98m EFSIlg 86.295; OGH 17.11.2009, 1 Ob 202/09a.

³²³ Siehe Kindesunterhalt: *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 372; OGH 4 Ob 91/10a EFSIlg 126.341.

³²⁴ *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 36; LGZ Wien 47 R 2029/85 EFSIlg 47.488; OGH 4 Ob 4/98m EFSIlg 86.295.

³²⁵ Siehe Kindesunterhalt: *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 372; OGH 2 Ob 180/02p EFSIlg 107.270.

³²⁶ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 8; OGH 4 Ob 100/08x EFSIlg 120.168 = *ecolex* 2008/395 = EF-Z 2009/15; *Deixler-Hübner*, Verluste aus einer zusätzlichen selbstständigen Erwerbstätigkeit können uU die Bemessungsgrundlage reduzieren, *iFamZ* 2008, 343.

³²⁷ *Hinteregger in Klang*, ABGB §§ 44 bis 100³ § 94 Rz 60; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 371; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 562.

³²⁸ *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 562.

die Entscheidung eines unterhaltspflichtigen Marketingmanagers im Bildungsbereich, der Publizistik studiert hat, ein Unternehmen im nicht vertrauten Gastronomiebereich zu gründen, nicht zu billigen sein, zumal nicht ausreichend Vermögen vorhanden ist und auch keine realistische Planung vorliegt.³²⁹ Ebenfalls wurde ein gut verdienender Unterhaltspflichtiger angespannt, der seinen Arbeitsplatz aufgegeben hat, um der „*Hoffnung der Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit im Ausland*“ nachzugehen und damit für ungewisse Zeit kein Einkommen erzielte.³³⁰

Bleibt der wirtschaftliche Erfolg aber auch nach einer zugebilligten Anlaufphase aus, so ist der Unterhaltsschuldner erstmals verpflichtet, eine ihm zumutbare Nebenbeschäftigung aufzunehmen. Dabei kann allerdings nicht jedes „*Herabsinken des Betriebsergebnisses*“ als Misserfolg gewertet werden.³³¹ Erst bei einer kontinuierlichen Passivität des Unternehmens wird die Anspannung ausgelöst.³³² Reicht eine Nebenbeschäftigung letzten Endes nicht aus, um seinen Unterhaltspflichten nachzukommen, muss der Unterhaltspflichtige bei sonstiger Anspannung wieder eine unselbstständige Erwerbstätigkeit annehmen.³³³ In diesem Fall muss abermals eine gewisse Übergangszeit zugestanden werden, damit er sich am Arbeitsmarkt wieder dementsprechend etablieren kann.³³⁴ Der Unterhaltsschuldner hat vor allem in dieser Zeit die Pflicht, alles zu tun, um die Unterhaltsbemessungsgrundlage aufrecht zu erhalten. Es ist ihm daher untersagt, unnötige Investitionen zu tätigen, um seine Vermögenslage nicht zu verschlechtern, solange seine Einkommenssituation nicht geregelt ist.³³⁵ Maßgebend für die Anspannung auf eine unselbstständige Arbeit ist wie bisher die Einordnung des Unterhaltspflichtigen nach der aktuellen Arbeitsmarktlage, wobei auf das jeweilige branchenübliche Einkommen abgestellt wird.³³⁶ Eine Anspannung auf ein Einkommen,

³²⁹ *Hinteregger* in *Klang*, ABGB §§ 44 bis 100³ § 94 Rz 60; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 371; OGH 9 Ob 5/13w EFSlg 138.148 = EF-Z 2013/139 = iFamZ 2013/87.

³³⁰ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 371; OGH 1 Ob 599/90 EFSlg 62.022.

³³¹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 123; LG Linz 14 R 79/01p EFSlg 95.778.

³³² *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 123; LG Linz 14 R 79/01p EFSlg 95.778.

³³³ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 123; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 39; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 8; *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 77; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 373; OGH 07.11.1996, 6 Ob 2319/96i; OGH 4 Ob 4/98m EFSlg 86.295; OGH 17.11.2009, 1 Ob 202/09a.

³³⁴ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 8; OGH 1 Ob 56/01v EFSlg 95.294.

³³⁵ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 373; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 123; OGH 1 Ob 2/02d EFSlg 99.586.

³³⁶ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 123; LGZ Wien 44 R 203/95 EFSlg 77.145; siehe Kindesunterhalt: OGH 1 Ob 58/00m EFSlg 92.262; JBI 2000,725.

das aus selbstständiger Tätigkeit bei bestmöglicher Betriebsführung erwirtschaftet werden hätte können, führe dagegen zu einer Fiktion und sei nach jüngerer Rsp nicht möglich.³³⁷ Dagegen wurde allerdings in einer älteren Entscheidung des LGZ Wien ein selbstständiger Unterhaltspflichtiger auf Einkünfte angespannt, die ein „*Unternehmer in vergleichbarer wirtschaftlicher Lage bei optimaler Geschäftsführung unter Berücksichtigung allfälliger Umschulungsmöglichkeiten erzielen könnte*“.³³⁸ Jedenfalls ist es nicht möglich, einen selbstständigen Unterhaltspflichtigen nach jahrelanger unprofitabler oder gar defizitärer Tätigkeit auf das Einkommen anzuspannen, das er vor Aufnahme der selbstständigen Tätigkeit im Rahmen der unselbstständigen Tätigkeit erzielt hatte. Würde diese Annahme doch dazu führen, dass ein gescheiterter selbstständiger Erwerbstätiger auf ein fiktives Einkommen angespannt wird und damit für sein Versagen als Unternehmer bestraft wird, wogegen nach stRsp ein unselbstständiger Unterhaltspflichtiger bei einem selbstverschuldeten Arbeitsplatzverlust nur auf ein auf dem Arbeitsmarkt zumutbares Einkommen angespannt werden könnte.³³⁹ Dagegen ist eine Anspannung auf das zuletzt aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit bezogene Einkommen gerechtfertigt, wenn die Unternehmensgründung des Unterhaltsschuldners mit der Absicht erfolgte, sich seiner Unterhaltspflichten zu entziehen.³⁴⁰

4.4 Aus- und Weiterbildung

Auch im Falle von Aus- und Weiterbildungen ist ein Spannungsverhältnis zwischen dem Recht der freien Wahl der Ausbildung und des Berufes des unterhaltspflichtigen Ehegatten und dem Unterhaltsanspruch des unterhaltsberechtigten Ehegatten klar erkennbar. Die genannten Grundrechte dürfen nach der Rsp den Unterhaltsanspruch des Berechtigten allerdings nicht zur Gänze in den Hintergrund stellen.³⁴¹

³³⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 75, 79; *Smutny in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 94 Rz 39; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 560; *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 123; OGH 6 Ob 30/14a EF-Z 2014/111.

³³⁸ LGZ Wien 43 R 534/02a EFSlg 99.594; *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 123.

³³⁹ OGH 1 Ob 58/00m EFSlg 92.212; 92.286; 92.288 = EvBl 2000/165 = JBI 2000, 725 = ÖJZ-LSK 2000/187.

³⁴⁰ LGZ Wien 45 R 661/78 EFSlg 32.805.

³⁴¹ *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 125; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 383; OGH 9 Ob 316/97d EFSlg 83.330.

4.4.1 Hochschulstudium

Gibt ein unterhaltspflichtiger Ehegatte seinen bisherigen Arbeitsplatz zugunsten eines Hochschulstudiums auf, muss der unterhaltsberechtigter Ehegatte eine Minderung seines Unterhaltsanspruches für eine überschaubare Zeit dulden, wenn dies zukünftig zur Einkommenserhöhung des Unterhaltsschuldners führen wird. Begründet wird das damit, dass die höherwertige Ausbildung des Unterhaltspflichtigen idR auch zugunsten des Unterhaltsberechtigten ausschlägt, indem dieser am höheren Einkommen des Unterhaltsschuldners teilhaben wird.³⁴² Jedenfalls hat der unterhaltspflichtige Ehegatte diese Übergangszeit so kurz wie möglich auszugestalten, um dem Wortlaut des Gesetzes gerecht zu werden und er somit alle seine Kräfte anspannt.³⁴³ Wesentliche Voraussetzung ist auch, dass das Studium „*ernsthaft, eifrig und zielstrebig*“ betrieben wird.³⁴⁴

Darüber hinaus ist die einvernehmliche Lebensgestaltung der Ehegatten maßgebend. Haben die Ehepartner vereinbart, dass der Unterhaltsschuldner seine Beschäftigung aufgibt, um ein Hochschulstudium zu absolvieren, ist dies für den Unterhaltsberechtigten bindend.³⁴⁵ Dabei darf die Durchschnittsstudiendauer durch den Unterhaltspflichtigen jedoch nicht überschritten werden. Die Überschreitung der Mindeststudiendauer ist dagegen unerheblich für die Beurteilung einer allfälligen Anspannung.³⁴⁶

4.4.2 Weiterbildung

Kommt es zur Beschäftigungsaufgabe durch den Unterhaltspflichtigen, um in weiterer Folge eine andere Berufsausbildung zu beginnen, wodurch die Unterhaltsbemessungsgrundlage eine wesentliche Minderung erfährt, greift der

³⁴² *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 125; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 80; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 384; siehe Kindesunterhalt: OGH 8 Ob 559/93 EFSlg 70.978; OGH 22.11.2000, 7 Ob 249/00v.

³⁴³ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 384; OGH 8 Ob 559/93 EFSlg 70.978.

³⁴⁴ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 124; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 80; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 384; OGH 13.10.2009, 5 Ob 161/09a; OGH 29.04.1993, 8 Ob 559/93.

³⁴⁵ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 124, 125; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 80; OGH 1 Ob 603/92 EFSlg 68.018.

³⁴⁶ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 124; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 80; LGZ Wien 47 R 338/87 EFSlg 53.343; LGZ Wien 43 R 1096/82 EFSlg 40.293; OGH 25.06.1998, 2 Ob 123/98x.

Anspannungsgrundsatz, wenn dies nicht durch einen triftigen Grund gerechtfertigt werden kann. Nach älterer Rsp des OGH könne sich der unterhaltspflichtige Ehegatte, anders als bei einem Hochschulstudium, nicht darauf stützen, dass durch die besser qualifizierte Ausbildung in Zukunft eine Erhöhung der Unterhaltsbemessungsgrundlage eintreten wird.³⁴⁷ Der Unterhaltsberechtigte muss sich somit nicht gefallen lassen, dass sich der Unterhaltspflichtige auf eine zukünftige Privilegierung beruft, die allerdings erst nach Ende der Ausbildung Wirklichkeit werden könnte. Im Allgemeinen wird eine derartige Besserstellung des Unterhaltsschuldners überhaupt nicht berechenbar sein.³⁴⁸

Gegenteiliger Meinung ist *Gitschthaler*, der bei der Beurteilung des Anspannungsgrundsatzes auch eine allfällige Partizipation des Unterhaltsberechtigten an einer aufgrund der Weiterbildung höheren Unterhaltsbemessungsgrundlage einfließen lassen möchte, wie es auch im Falle eines Hochschulstudiums geschieht. Seiner Ansicht nach habe der unterhaltsberechtigte Ehegatte bei einer tatsächlichen Einkommenserhöhung des Unterhaltsschuldners eine Minderung der Unterhaltsbemessungsgrundlage für eine angemessene Zeit hinzunehmen.³⁴⁹ Aber auch in jüngeren Entscheidungen der zweiten Instanz wird dieser Standpunkt aufgegriffen.³⁵⁰

Weiters ist aber zu beachten, dass bereits sämtliche Ausbildungswege berufsbegleitend absolviert werden können, womit idR auch eine Vollzeitbeschäftigung des Unterhaltsschuldners vereinbar ist. Dem Unterhaltspflichtigen ist es daher grundsätzlich erlaubt, seine Erwerbstätigkeit zu mäßigen, jedoch nicht gänzlich aufzugeben.³⁵¹ Wie auch im Falle der Beschäftigungsaufgabe wegen eines Hochschulstudiums ist auch bei der Arbeitsplatzaufgabe wegen einer weiteren Berufsausbildung die einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft maßgebend.³⁵²

³⁴⁷ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 125; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 383; OGH 1 Ob 603/92 EFSlg 67.953 = RZ 1994/18.

³⁴⁸ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 125; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 383; OGH 4 Ob 518/91 EFSlg 65.176.

³⁴⁹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 125; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 383; *Gitschthaler*, ÖJZ 1996, 562.

³⁵⁰ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 125; LG Linz 15 R 273/04d EFSlg 107.276; LG Salzburg 21 R 69/07d EFSlg 116.472.

³⁵¹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 125; LG Salzburg 21 R 318/04t EFSlg 107.278; LG Salzburg 21 R 69/07d EFSlg 116.472.

³⁵² *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 125.

4.4.3 Bildungskarenz

Nach jüngerer Rsp des OGH muss die Inanspruchnahme einer Bildungskarenz des Unterhaltspflichtigen nicht grundsätzlich mit unterhaltsrechtlichen Konsequenzen verbunden sein. Als Maßstab für eine derartige Entscheidung wird abermals ein pflichtbewusster Familienvater bzw Ehegatte herangezogen, der sich in der konkreten Situation gleich verhalten hätte.³⁵³ Es kann also durchaus sein, dass der Unterhaltsberechtigte eine vorläufige Reduktion seines Unterhaltsanspruches aufgrund des Antritts einer Bildungskarenz akzeptieren muss. Der Bezug von Weiterbildungsgeld nach § 26 Abs 1 AIVG stellt den Unterhaltspflichtigen aber noch nicht von einer möglichen Anspannung frei.³⁵⁴

Ausbildungen, die auch berufsbegleitend absolviert werden können, sind nicht dazu geeignet, eine Bildungskarenz unterhaltsrechtlich zu rechtfertigen. Daraus folgt, dass die Legitimität der Bildungskarenz unabhängig von der unterhaltsrechtlichen Zulässigkeit der Bildungskarenz ist.³⁵⁵ Ausnahmsweise kann aber auch in dieser Konstellation von der Anwendung der Anspannungstheorie abgesehen werden, nämlich dann, wenn der Unterhaltspflichtige den Antritt der Bildungskarenz durch berücksichtigungswürdige Gründe zu rechtfertigen vermag. Dazu sind auch gesundheitliche Gründe wie Burn-Out geeignet. Ansonsten kommt es zur Anspannung des Unterhaltsschuldners auf das zuletzt erzielte Einkommen.³⁵⁶

³⁵³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 80; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 404; siehe Kindesunterhalt: OGH 1 Ob 75/12d EFSlg 133.785 = EvBl-LS 2012/148 = Zak 2012/478.

³⁵⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 80; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 404; siehe Kindesunterhalt: OGH 1 Ob 75/12d EFSlg 133.785 = EvBl-LS 2012/148 = Zak 2012/478.

³⁵⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 80; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 404; siehe Kindesunterhalt: OGH 1 Ob 75/12d EvBl-LS 2012/148 = Zak 2012/478.

³⁵⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 80; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 404; siehe Kindesunterhalt: OGH 1 Ob 75/12d EvBl-LS 2012/148 = Zak 2012/478.

5 Anspannungsverfahren

Dieses Kapitel soll abschließend die maßgebenden Verfahrensgrundsätze bei der Unterhaltsbemessung nach einem Anspannungseinkommen darstellen sowie auf die *clausula rebus sic stantibus* iZm dem Anspannungsverfahren Bezug nehmen.

5.1 Verfahrensgrundsätze

Um einen Unterhaltsanspruch festzusetzen, bedarf es vorrangig der Ermittlung einer Unterhaltsbemessungsgrundlage. Diese Grundlage ergibt sich grundsätzlich aus den tatsächlich erwirtschafteten Einkünften des Unterhaltsschuldners.³⁵⁷ Das Thema einer allfälligen Anspannung kommt erst ins Spiel, sobald keine Einkommensquellen eruiert werden können oder nur ein unerwartet niedriges Einkommen vorliegt.³⁵⁸ Folglich kommt es immer dann zur Verfahrenseinleitung hinsichtlich der Überprüfung der Anspannungsobliegenheit, wenn der Unterhaltspflichtige den nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt nicht in voller Höhe leistet.³⁵⁹ Die Anspannungstheorie darf nicht herangezogen werden, um etwaige Schwierigkeiten, die sich bei der Ermittlung des Sachverhalts ergeben, zu vermeiden.³⁶⁰ Die Anspannungsobliegenheit kann sowohl bei erstmaliger als auch bei einer späteren abermaligen Unterhaltsfestsetzung überprüft werden.³⁶¹ Jedoch unterliegen die konkreten Verhältnisse bezüglich Vermögen und Einkommen sowie auch die Lebensumstände bei der anfänglichen Unterhaltsbemessung einer besonders eingehenden Betrachtung.³⁶²

Die Beweislastverteilung im Anspannungsverfahren richtet sich danach, welcher Ehegatte aufgrund der vorgebrachten Tatsachen eine begünstigte Position innehat.³⁶³

³⁵⁷ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 37 f.

³⁵⁸ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 105; *Gitschthaler*, *Unterhaltsrecht*³ Rz 318; OGH 02.08.1993, 6 Ob 586/93.

³⁵⁹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 105; *Gitschthaler*, *Unterhaltsrecht*³ Rz 319; OGH 25.06.1997, 7 Ob 192/97d.

³⁶⁰ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 104; OGH 1 Ob 552/93 EFSlg 71.615.

³⁶¹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 99; LGZ Wien 42 R 560/00i EFSlg 95.679.

³⁶² *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 99; OGH 1 Ob 23/02t EFSlg 99.526.

³⁶³ *Hopf/Kathrein*, *Eherecht*³ § 94 ABGB Rz 6; OGH 1 Ob 552/93 EFSlg 71.608.

Daher trägt primär der Unterhaltsberechtigte die Behauptungs- und Beweislast. Diesem muss der Beweis gelingen, dass der Unterhaltspflichtige, unter Berücksichtigung des Zumutbarkeitskriteriums, einen Arbeitsplatz finden oder ein höheres Einkommen erwirtschaften könnte. Den Gegenbeweis der Unzumutbarkeit, Unmöglichkeit oder der fehlenden Fahrlässigkeit muss aber der Unterhaltspflichtige erbringen.³⁶⁴ Ebenso trifft den Unterhaltspflichtigen die Behauptungs- und Beweislast für eine eventuelle Möglichkeit der Erwirtschaftung höherer Eigeneinkünfte des Unterhaltsberechtigten.³⁶⁵

Laut OGH sei es jedoch nicht die Aufgabe der Gerichte, dem Unterhaltsschuldner, der angespannt werden soll, bestimmte Verhaltensweisen oder sogar konkrete Arbeitsplätze darzulegen.³⁶⁶ Dagegen müsse das ermittelte Anspannungseinkommen allerdings konkret festgesetzt werden. Unzureichend sei die Bezugnahme des Gerichts auf gerichtsbekannte Arbeitsmarktverhältnisse oder gegenwärtige Stellenausschreibungen. Ebenso sei der Verweis auf die Rsp bezüglich eines möglichen Einkommens in einer bestimmten Branche nicht präzise genug.³⁶⁷

5.2 Die *clausula rebus sic stantibus* und die Anspannungstheorie

Die Anspannungstheorie kann, wie oben erläutert, bereits bei der Unterhaltsfestsetzung zum Tragen kommen oder auch erst, wenn es zu einer wesentlichen Umstandsänderung kommt. Die Umstandsklausel, auch *clausula rebus sic stantibus* genannt, ist jeder gesetzlichen Unterhaltspflicht aufgrund des Alimentationszweckes inhärent. Folglich unterliegen auch Unterhaltsvereinbarungen der Umstandsklausel, sofern diese nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurden.³⁶⁸ Die Klausel zielt darauf ab, dass selbst bei

³⁶⁴ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 6; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 35; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 103; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 73.

³⁶⁵ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 6; LG Wels 21 R 77/10p EFSlg 126.098.

³⁶⁶ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 103; OGH 05.09.1991, 6 Ob 599/91.

³⁶⁷ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 111; LG Salzburg 55 R 33/01a EFSlg 95.700.

³⁶⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 153, 239; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 53; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 1570; OGH 1 Ob 646/78 EFSlg 31.726; OGH 26.04.1989,

bereits rechtskräftigen Entscheidungen oder gerichtlichen Vergleichen ein Erhöhungs- oder Herabsetzungsantrag des Unterhaltsanspruches zulässig ist, da bei einer wesentlichen Änderung der entscheidenden Umstände auch eine Änderung des Unterhaltsanspruches eintreten muss.³⁶⁹ Die Neufestsetzung erfolgt durch Abänderung der Entscheidung oder des gerichtlichen Vergleichs, wobei die Erhöhung bzw Minderung des Unterhaltsanspruches erst mit Rechtskraft der Abänderungsentscheidung durch das Gericht eintritt.³⁷⁰ Darüber hinaus kann auch ein Herabsetzungsantrag im Zuge einer Oppositionsklage gestellt werden.³⁷¹ Die Umstandsklausel kann auch rückwirkend geltend gemacht werden und zwar ab dem Zeitpunkt des Einsetzens der Umstandsänderung.³⁷² Grundsätzlich muss die Sachverhaltsänderung nach Festsetzung des Unterhalts eintreten.³⁷³ Waren zum Zeitpunkt der Unterhaltsfestsetzung bereits entstandene Änderungen der Umstände nicht bekannt, kann man sich dennoch auf die *clausula rebus sic stantibus* stützen.³⁷⁴

Voraussetzung für die Änderung eines einmal festgesetzten Unterhalts und daher auch für eine allfällige Anspannung ist also eine wesentliche Umstandsänderung, die für die Unterhaltsbemessung ausschlaggebend ist, sowohl auf Seite des Unterhaltsberechtigten als auch auf Seite des Unterhaltspflichtigen.³⁷⁵ Darunter fallen aber auch Änderungen der sachgemäßen Gesetze sowie ein signifikanter Wandel in der Rsp.³⁷⁶ Bloß vorübergehende geringfügige Sachverhaltsänderungen, die nicht zu einer erheblichen Änderung der Unterhaltsbemessungsgrundlage führen, können mit Hilfe der

3 Ob 540/89; OGH 1 Ob 182/14t iFamZ 2015/71 (*Deixler-Hübner*); *Deixler-Hübner*, Unterhaltsansprüche unterliegen der Umstandsklausel, iFamZ 2008, 262.

³⁶⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 153, 239; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 54; *Deixler-Hübner*, iFamZ 2008, 262; LGZ Wien 43 R 2003/91 EFSlg 64.932; OGH 29.07.1981, 6 Ob 675/81 EFSlg 37.610.

³⁷⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 153, 239; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 54; OGH 3 Ob 101/82 EFSlg 40.042.

³⁷¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 154, 239; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 54; OGH 3 Ob 163/02w EFSlg 102.238 = JBI 2003, 459.

³⁷² *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 53; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 155, 239; OGH 12.07.1990, 7 Ob 604/90.

³⁷³ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 48; LG Salzburg 21 R 315/00w EFSlg 95.301.

³⁷⁴ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 48; OLG Wien 7 R 15/77 EFSlg 28.645.

³⁷⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 240; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 1572; LGZ Wien 47 R 2026/85 EFSlg 47.508; LGZ Wien 43 R 2064/93 EFSlg 70.624.

³⁷⁶ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 154, 240; OGH 3 Ob 101/82 EFSlg 40.044; OGH 20.03.2003, 6 Ob 159/02d; OGH 4 Ob 29/08f EFSlg 119.096 = iFamZ 2008/137.

Umstandsklausel jedoch nicht geltend gemacht werden.³⁷⁷ Das Gericht hat bei seiner Abänderungsentscheidung den Unterhaltsanspruch von Grund auf, unter Berücksichtigung der geänderten Umstände, neu zu bemessen.³⁷⁸ Die Beweislast für die wesentliche Umstandsänderung trägt der Kläger.³⁷⁹

Im Einzelnen wurden von der Rsp beispielsweise folgende Fälle als wesentliche Umstandsänderungen bejaht:

- ❖ Sowohl eine Einkommenserhöhung³⁸⁰ als auch eine Einkommensminderung gilt erst als relevant, wenn diese mehr als 8 % bis 10 % beträgt.³⁸¹
- ❖ Eine Einkommensminderung infolge der Aufgabe der Erwerbstätigkeit, um ein Studium zielstrebig zu betreiben, unter der Voraussetzung damit verbundener verbesserter Berufschancen.³⁸²
- ❖ Bei Eintritt der Arbeitslosigkeit des Unterhaltspflichtigen bzw im Fall einer unerwartet langen Arbeitslosigkeit, die ursprünglich bloß als kurzfristig eingeordnet wurde.³⁸³
- ❖ Bei Hinzutreten weiterer Unterhaltspflichten oder bei Wegfall bestehender Unterhaltspflichten.³⁸⁴
- ❖ Aber auch der Wegfall der Anspannungsvoraussetzungen stellt eine relevante Sachverhaltsänderung dar, der in einem Herabsetzungsantrag geltend gemacht werden kann.³⁸⁵

³⁷⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 154; OGH 03.10.1989, 5 Ob 610/89; OGH 1 Ob 5/00t EFSlg 92.763; 92.768 = ÖA 2000,267.

³⁷⁸ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 54; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 240; LGZ Wien 44 R 1012/83 EFSlg 42.621; LGZ Wien 43 R 2003/91 EFSlg 64.933.

³⁷⁹ *Deixler-Hübner*, iFamZ 2008, 262; OGH 4 Ob 29/08f iFamZ 2008/137.

³⁸⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 154, 157; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 50; OGH 23.10.1991, 3 Ob 1570/91; OGH 8 Ob 75/10b SZ 2010/98 = EFSlg 126.647 = EvBl 2011/16 (*Ondreasova*) = iFamZ 2010/220.

³⁸¹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 154, 157; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 50; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 1573; OGH 30.09.1996, 6 Ob 2206/96x; OGH 1 Ob 5/00t EFSlg 92.768.

³⁸² *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 157; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 50.

³⁸³ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 157, 154; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 50; OGH 28.01.1998, 9 Ob 23/98t.

³⁸⁴ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 158; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 50; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 1573; OGH 16.06.1994, 2 Ob 541/94; OGH 9 Ob 28/10y EFSlg 126.649.

³⁸⁵ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 157; LG Salzburg 21 R 110/05f EFSlg 110.693; OGH 24.05.2017, 9 Ob 29/17f.

Jedoch ist es nicht möglich, an einem allgemein geltenden Grundsatz festzuhalten, der aussagt, ab wann eine relevante Umstandsänderung vorliegt, da dies jedenfalls eine Einzelfallentscheidung darstellt.³⁸⁶

Besteht ein Unterhaltsverhältnis zwischen den Ehegatten, ergeben sich daraus wechselseitige Mitteilungspflichten über etwaige relevante Änderungen der Verhältnisse, die in der eigenen Sphäre eintreten. Missachtet einer der Ehegatten diese Obliegenheit, haftet er nach dem Schadenersatzrecht, wenn ein Verschulden nachgewiesen werden kann.³⁸⁷

Es ist möglich, auf die Anwendung der Umstandsklausel ganz oder teilweise zu verzichten, sofern im Verzicht keine Sittenwidrigkeit liegt. Der Berechtigte kann sich in einem solchen Fall daher auch nicht nachträglich auf den Anspannungsgrundsatz stützen.³⁸⁸ Sind die Ehegatten bei der Unterhaltsfestsetzung davon ausgegangen, dass sich eine Änderung der maßgebenden Voraussetzungen ergeben wird, geht man ebenso von einem Ausschluss der *clausula rebus sic stantibus* aus.³⁸⁹

³⁸⁶ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 1577; OGH 1 Ob 182/14t iFamZ 2015/71 (*Deixler-Hübner*).

³⁸⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 239; OGH 1 Ob 169/08x ecolex 2009/366 = Zak 2009/420.

³⁸⁸ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 48; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 94 Rz 54; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 240; OGH 1 Ob 663/80 EFSlg 35.242; LG Salzburg 21 R 315/00w EFSlg 95.307.

³⁸⁹ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 94 ABGB Rz 48; OGH 7 Ob 685/84 EFSlg 46.273.

6 Exkurs: Grundrechte vs Unterhaltspflicht

Der OGH hat in seinen Entscheidungen deutlich zum Ausdruck gebracht, dass das Recht auf Erwerbsfreiheit nach Art 6 StGG und das Recht auf freie Berufswahl nach Art 18 StGG zwar jedem offenstehe, aber durch die Ausübung dieser Rechte die bestehenden Sorgepflichten des Unterhaltspflichtigen nicht vernachlässigt werden dürfen.³⁹⁰ Hier stellt sich die Frage, inwiefern es gerechtfertigt erscheint, dass verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte wie Art 6 und 18 StGG hinter eine einfachgesetzliche Bestimmung wie § 94 ABGB treten können.

Grundsätzlich stellen Grundrechte Abwehrrechte und Freiheitsrechte gegenüber dem Staat dar und sollen daher vor Eingriffen durch den Staat schützen. Grundrechte engen daher den Gestaltungsspielraum des Privatrechtsgesetzgebers ein.³⁹¹ Diese sind aber selten absolut, sondern stehen größtenteils unter einem Gesetzesvorbehalt.³⁹² Das bedeutet, sie werden durch (einfach-)gesetzliche Regelungen konkretisiert und ausgestaltet.³⁹³ Dabei kommt es zu Interessenabwägungen und es ist die Verhältnismäßigkeit zu beachten.³⁹⁴ In diesem Fall stellt sich allerdings die Frage, ob man sich auch auf ein verfassungsmäßig gewährleistetes Recht berufen kann, um sich vor Ansprüchen Privater zu schützen. Die Geltung der Grundrechte zwischen Rechtsbeziehungen von Privaten untereinander, nennt man unmittelbare Drittwirkung bzw Horizontalwirkung, die allerdings grundsätzlich ausgeschlossen ist. Folglich ist es nicht möglich, dass eine Privatperson einen Grundrechtsanspruch und somit das Recht auf Erwerbsfreiheit oder freie Berufswahl gegenüber einer anderen Person geltend macht. Der Schutzbereich der Grundrechte richtet sich vorrangig gegen die Obrigkeit des Staates.³⁹⁵ Dennoch wird der Grundrechtsbegriff zunehmend als Verpflichtung des Gesetzgebers gesehen, die Freiheiten, die mit den jeweiligen Grundrechten einhergehen, sicherzustellen.³⁹⁶ Folglich wird anerkannt, dass sich grundrechtliche Garantien indirekt

³⁹⁰ OGH 25.11.1997, 4 Ob 345/97g; OGH 26.04.2000, 7 Ob 78/00x; OGH 24.04.2013, 9 Ob 5/13w EFSig 138.143.

³⁹¹ *Öhlinger/Eberhard* (Hrsg), *Verfassungsrecht*¹¹ (2016) Rz 737; *Hinteregger*, *Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht*, ÖJZ 1999, 741 (742) mwN.

³⁹² *Berka*, *Verfassungsrecht*⁶ (2016) Rz 1286 ff, 1314.

³⁹³ *Berka*, *Verfassungsrecht*⁶ Rz 1287.

³⁹⁴ *Berka*, *Verfassungsrecht*⁶ Rz 1300 ff.

³⁹⁵ *Öhlinger/Eberhard*, *Verfassungsrecht*¹¹ Rz 741; *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 743 mwN.

³⁹⁶ *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 742 mwN.

– über die Gesetze – auf Rechtsbeziehungen zwischen Privatpersonen auswirken.³⁹⁷ Durch diese sogenannte mittelbare Drittwirkung ist der Gesetzgeber dazu angehalten, Gesetze so auszugestalten, dass es zu keinen Grundrechtseingriffen durch Privatpersonen kommt.³⁹⁸ Demgemäß wäre es nur möglich, sich auf die mittelbare Drittwirkung und die damit verbundene Verpflichtung des Gesetzgebers zu stützen, um Gesetze, wie die unterhaltsrechtliche Bestimmung des § 94 ABGB, verfassungskonform auszugestalten.

Abweichend davon hat der OGH wiederum ausgesprochen, dass das Grundrecht des Art 4 StGG iVm Art 2 Abs 2 des 4. ZP zur EMRK in die Beurteilung einer allfälligen Anspannung auf eine ausländische Tätigkeit miteinzubeziehen sei.³⁹⁹ Auch das Recht auf Privat- und Familienleben gem Art 8 EMRK werde bei einem Umzug ins Ausland berührt sein.⁴⁰⁰ Doch auch diese Grundrechte unterliegen nicht der Drittwirkung, dennoch solle laut OGH eine Abwägung der Interessen des Unterhaltspflichtigen und des Unterhaltsberechtigten unter Rücksichtnahme auf die genannten Grundrechte erfolgen.⁴⁰¹ Im Gegensatz dazu kommt es iZm der Erwerbsfreiheit bzw der freien Berufswahl zu keiner Interessenabwägung in Bezug auf die Grundrechte, obwohl die unmittelbare Drittwirkung für alle genannten Grundrechte abgelehnt wird. Lediglich für die Grundfreiheiten der EU, wie Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit, wurde die unmittelbare Drittwirkung anerkannt, womit eine Interessenabwägung in dem Fall gerechtfertigt erscheint.⁴⁰² Darüber hinaus ist ebenso allgemein anerkannt, dass der nationale Gesetzgeber durch die EMRK dazu verhalten ist, die darin verbürgten Rechte und Freiheiten aktiv zu schützen. Insbesondere hat der EGMR aus Art 8 EMRK eine gesetzgeberische Obliegenheit des Staates abgeleitet, die in der Konvention zugesicherten Rechte zu schützen.⁴⁰³

Der einfachgesetzliche Gesetzgeber ist an die verfassungsrechtlichen Garantien gebunden. Das führt konsequenterweise dazu, dass auch bei der Auslegung des

³⁹⁷ *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 742 mwN.

³⁹⁸ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 741, 742; *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 742 mwN.

³⁹⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 78; OGH 12.08.2004, 1 Ob 130/04f.

⁴⁰⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 78.

⁴⁰¹ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 741.

⁴⁰² EuGH 06.06.2000, C-281/98, *Angonese*.

⁴⁰³ *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 742 mwN.

Privatrechts den Grundrechten Rechnung getragen werden muss. Durch die Obliegenheit der verfassungskonformen Auslegung kommt den Grundrechten im Rahmen des Privatrechts daher eine weitere Wirkung zu.⁴⁰⁴ Dennoch wird der Unterhaltspflichtige, wie die jüngere Rsp des VfGH zeigt, die Auslegung des § 94 ABGB durch den OGH nicht mit einem Parteiantrag gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG bekämpfen können. Voraussetzungen zur Erhebung eines Individualantrages auf Gesetzesbeschwerde sind, dass durch die bekämpfte Rechtsvorschrift tatsächlich in die rechtlich geschützten Interessen des Antragstellers nachteilig eingegriffen wird und kein zumutbarer alternativer Weg besteht, um den behaupteten Eingriff abzuwehren.⁴⁰⁵ Das Anfechtungsbegehren müsste in diesem Fall lauten: *„Mit dem vorliegenden, auf Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG gestützten Antrag wird begehrt, den § 94 Abs 1 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) zur Gänze, in eventu den Wortlaut des § 94 Abs 1 ABGB „nach ihren Kräften“, in der Fassung, JGS Nr. 412/195, als verfassungswidrig aufzuheben“.*⁴⁰⁶ Damit würde man ohnehin die Anspannungstheorie in ihrer Gesamtheit bekämpfen und über das Ziel hinausschießen. Darüber hinaus obliegt es dem VfGH, aufgrund des Parteiantrages auf Normenkontrolle nur Gesetze, die in einem Verfahren vor den ordentlichen Gerichten Anwendung finden und damit als Entscheidungsgrundlage dienen, auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Stellt der VfGH im Rahmen der Überprüfung eine Verfassungswidrigkeit des betreffenden Gesetzes fest, so hat er die Bestimmung aufzuheben. Somit kann eine gerichtliche Entscheidung oder wie in diesem Fall die Rechtsauslegung, die das ordentliche Gericht in einer Entscheidung verfolgt, nicht Gegenstand einer Gesetzesprüfung durch den VfGH sein.⁴⁰⁷ Auch wenn Auslegungsfehler eines Gesetzes in die Sphäre der Grundrechte bzw Verfassung fallen, ist der VfGH nicht zur Berichtigung von derartigen Vollzugsfehlern berufen. Auslegungsfehler können nur im Zuge eines Rechtsmittelverfahrens der ordentlichen Gerichte bekämpft werden. Daraus folgt, dass diese Rechtsprechungslinie des OGH nicht vor dem VfGH überprüft werden kann.⁴⁰⁸

⁴⁰⁴ Hinteregger, ÖJZ 1999, 743 mwN.

⁴⁰⁵ Hinteregger, ÖJZ 1999, 743 mwN.

⁴⁰⁶ VfGH 03.07.2015, G 46/2015.

⁴⁰⁷ VfGH 11.10.2016, G 331/2015.

⁴⁰⁸ VfGH 03.07.2015, G 46/2015.

Ferner hat der OGH bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1984 festgestellt, dass durch die Anwendung der Anspannungstheorie *„nicht die Berufswahl an sich beeinträchtigt wird, wohl aber sicherstellt, dass der Unterhaltspflichtige seine Leistungsfähigkeit voll zur Geltung bringen muss, um seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht nachzukommen“*.⁴⁰⁹ Daraus wird abgeleitet, dass jeder, der Unterhaltspflichten ins Leben gerufen hat, vorrangig auch für deren Erfüllung zu sorgen hat. Mag dies auch mit einer Einschränkung der Berufswahl verbunden sein.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ OGH 1 Ob 617/84 EFSlg 45.118.

⁴¹⁰ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 370; OGH 1 Ob 617/84 EFSlg 45.118.

7 Schlussbemerkungen

Die Anspannungstheorie stellt, wie in dieser Arbeit aufgezeigt wird, ein flexibles und weitläufiges System dar, das je nach Einzelfall unterschiedliche Auswirkungen entfaltet. Die von der Rsp im Laufe der Jahre statuierten Grundsätze variieren stark nach den zugrunde liegenden Umständen. Auch muss im Zuge der Prüfung einer allfälligen Anspannung des Unterhaltspflichtigen, immer auch eine mögliche Anspannung des Unterhaltsberechtigten untersucht werden.⁴¹¹

Die Judikatur ist allerdings oft uneinheitlich, da die Entscheidungen hauptsächlich auf zweitinstanzlicher Ebene getroffen werden.⁴¹² Das folgt daraus, dass der OGH grundsätzlich keine Einzelfallentscheidungen trifft.⁴¹³ Dadurch können pauschale Grundsätze schwer bestimmt werden. Dies zeigt sich generell im Ehegattenunterhaltsrecht, etwa durch das sogenannte „Ost-West-Gefälle“, worin die unterschiedlichen Beurteilungsweisen der Unterhaltshöhe durch die LG in Österreich deutlich zum Ausdruck kommen.⁴¹⁴ Ebenso gibt es im Rahmen der Anspannungstheorie oft Widersprüche bzw Uneinigkeiten zwischen Lehre und Rsp. Wie diese Arbeit aufzeigt, sind einige von der Rsp statuierte Methoden, vor allem hinsichtlich der Höhe des Anspannungseinkommens, sehr umstritten.⁴¹⁵

Nimmt der unterhaltspflichtige Ehegatte berufliche Veränderungen vor, die mit einer Einkommenseinbuße verbunden sind, hängt die Anwendung der Anspannungstheorie von einer Vielzahl von Faktoren ab. Als Erstes ist auf eine allfällige einvernehmliche Gestaltung der Lebensverhältnisse der Ehegatten Bedacht zu nehmen, die auch im nahehelichen Unterhalt getroffen werden kann.⁴¹⁶ Mangels einer solchen ist zu überprüfen, aus welchen Gründen ein geringeres Einkommen erzielt wird. Jedenfalls kommt die Anspannungstheorie zur Anwendung, wenn der unterhaltspflichtige Ehegatte

⁴¹¹ Ferrari in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 94 Rz 11; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 66 EheG Rz 8.

⁴¹² Siehe zB Anspannung eines Künstlers, Abschnitt 4.3.2 „Freiwilliger Berufswechsel“; LGZ Wien 43 R 512/88 EFSlg 56.204; LGZ Graz 17.02.2017, 2 R 297/16k.

⁴¹³ RIS-Justiz RS0044088.

⁴¹⁴ *Atteneder/Böheim/Buchegger/Halla/Bauer/Buchegger-Traxler*, Eine ökonomische Analyse von Scheidungen anhand von Gerichtsakten – Unterhalt, Obsorge und Besuchsrecht, ÖA 2006, 239 (247).

⁴¹⁵ Siehe etwa Abschnitt 4.1.1 „Eigenkündigung“.

⁴¹⁶ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 94 ABGB Rz 118; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 251; OGH 26.06.1991, 2 Ob 532/91.

seinen Beruf wechselt oder aufgibt, um sich seiner Unterhaltspflicht zu entziehen.⁴¹⁷ Generell wird aber ein zumindest fahrlässiges Verschulden verlangt.⁴¹⁸ Im Wesentlichen bedarf ein Anspannungsverfahren immer einer Abwägung der Interessen des Unterhaltsberechtigten und des Unterhaltspflichtigen, wobei, wie oben dargestellt, zumindest in gewissen Fällen auf die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte Bedacht zu nehmen ist.⁴¹⁹ Die Rsp orientiert sich dabei an den oben dargestellten Grundsätzen, die sich im Laufe der Jahre herausgebildet haben. Dennoch hängt die Entscheidung über die Anspannung eines Unterhaltspflichtigen auf ein ihm zumutbares Einkommen schlussendlich vom Einzelfall ab.⁴²⁰

⁴¹⁷ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 238.

⁴¹⁸ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 238.

⁴¹⁹ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 78; OGH 12.08.2004, 1 Ob 130/04f.

⁴²⁰ *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 69 239; *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³ Rz 312; RIS-Justiz RS0007096, zuletzt OGH 11.10.2016, 10 Ob 60/16w; OGH 28.06.2017, 1 Ob 118/17k.

8 Literaturverzeichnis

Atteneder/Böheim/Buchegger/Halla/Bauer/Buchegger-Traxler, Eine ökonomische Analyse von Scheidungen anhand von Gerichtsakten – Unterhalt, Obsorge und Besuchsrecht, ÖA 2006, 239 (247)

Berka, Verfassungsrecht⁶ (2016)

Brenn, Anspannung setzt Verschulden voraus, EvBl-LS 2012, 780

Deixler-Hübner, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² (2016)

Deixler-Hübner, Nachehelicher Unterhalt, in *Deixler-Hübner* (Hrsg), Handbuch Familienrecht (2015) 831

Deixler-Hübner, Anspannung des Unterhaltspflichtigen bei Aufgabe seines Arbeitsplatzes, iFamZ 2010, 335

Deixler-Hübner, Unterhaltsansprüche unterliegen der Umstandsklausel, iFamZ 2008, 262

Deixler-Hübner, Verluste aus einer zusätzlichen selbstständigen Erwerbstätigkeit können uU die Bemessungsgrundlage reduzieren, iFamZ 2008, 343

Gitschthaler, Anspannung im Kloster, EF-Z 2018, 27

Gitschthaler, Unterhaltsrecht³ (2015)

Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (2011)

Gitschthaler, Ehegattenunterhalt durch Wohnungsbereitstellung – letzter Akt?, EF-Z 2011, 69

Gitschthaler, Die Anspannungstheorie im Unterhaltsrecht – 20 Jahre später,
ÖJZ 1996, 553

Hinteregger, Familienrecht⁸ (2017)

Hinteregger, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741

Hopf/Kathrein, Kurzkommentar zum Eherecht³ (2014)

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen
Gesetzbuch §§ 137 bis 267 ABGB³ (2008)

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

Kerschner/Wagner, Familienrecht³ (2015)

Kletečka/Schauer (Hrsg), Online-Kommentar zum ABGB – ABGB-ON^{1.05}
(Stand 1.5.2017, rdb.at)

Neuhauser, Zwei ungewöhnliche Konstellationen im Unterhaltsrecht, ÖJZ 2013, 1109

Neumayr, Anspannung der Mutter, iFamZ 2017, 81

Neumayr, Zumutbarkeit der Anschaffung eines Pkw als Voraussetzung für Anspannung,
iFamZ 2012, 174

Neumayr, Keine Anspannung des Unterhaltspflichtigen auf ein während des
Krankenstands versäumtes Arbeitseinkommen, iFamZ 2011, 72

Öhlinger/Eberhard (Hrsg), Verfassungsrecht¹¹ (2016)

Pichler, Anmerkung zu OGH 26.02.1997, 3 Ob 7/97v, ZfRV 1997, 162

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2002)

Schüch, Das österreichische Kindschaftsrecht, ÖJZ 1980, 31

Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017)

Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁸ (2016)

Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I⁴ (2011)

Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I (1990)

Vidmar, Grenzen des Anspannungsgrundsatzes – Anm zur Entscheidung 10 Ob 59/14w – „Der angespannte Arzt“, EF-Z 2015, 113

Wagner-Reitinger, Neuere Rechtsprechung zum Ehegattenunterhalt, ÖJZ 2015, 197

Zankl, Schwarze Bemessungsgrundlage, EF-Z 2015, 126

9 Judikaturverzeichnis

9.1 Entscheidungen des OGH

OGH 13.02.2018, 5 Ob 113/17d ZfRV-LS 2018/20 (*Ofner*)

OGH 30.01.2018, 1 Ob 231/17b

OGH 22.11.2017, 3 Ob 164/17i Zak 2018/76

OGH 27.09.2017, 1 Ob 155/17a EF-Z 2018/13 (*Gitschthaler*) = EvBl 2018/36 (*Schmid*) = iFamZ 2017/200 = Zak 2017/734

OGH 28.06.2017, 1 Ob 118/17k

OGH 24.05.2017, 9 Ob 29/17f iFamZ 2017/143

OGH 11.10.2016, 10 Ob 60/16w iFamZ 2017/5

OGH 27.09.2016, 8 Ob 90/16t

OGH 28.04.2016, 1 Ob 65/16i AnwBl 2016, 444 = iFamZ 2016/120 = Zak 2016/349

OGH 02.07.2015, 2 Ob 185/14s iFamZ 2015/193 (*Deixler-Hübner*) = ARD 6492/15/2016 = JBI 2015, 771 = Zak 2015/592

OGH 28.04.2015, 10 Ob 22/15f

OGH 27.11.2014, 1 Ob 182/14t iFamZ 2015/71 (*Deixler-Hübner*)

OGH 19.11.2014, 6 Ob 186/14t EF-Z 2015/70 (*Zankl*) = iFamZ 2015/33 = Zak 2015/53

OGH 21.10.2014, 10 Ob 59/14w EF-Z 2015/60 (*Vidmar*) = EF-Z 2015/49 = iFamZ 2015/5 = Zak 2015/52

OGH 21.05.2014, 3 Ob 31/14a EF-Z 2014/135 (*Gitschthaler*) = AnwBl 2014, 508 = Zak 2014/457

OGH 28.04.2014, 2 Ob 32/14s EF-Z 2014/159 (*Gitschthaler*)

OGH 28.04.2014, 8 Ob 106/13s EF-Z 2014/160 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2014/122 = Zak 2014/455

OGH 27.03.2014, 1 Ob 44/14y EF-Z 2014/112 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2014/106 (*Deixler-Hübner*) = JBl 2014, 599 = Jus-Extra OGH-Z 5578 = RZ 2014, 225 = Zak 2014/314

OGH 25.03.2014, 10 Ob 7/14y EF-Z 2014/110 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2014/150 (*Deixler-Hübner*) = Zak 2014/392

OGH 26.02.2014, 7 Ob 16/14z EF-Z 2014/109 = iFamZ 2014/76 = JBl 2014, 451 = Zak 2014/275

OGH 20.02.2014, 6 Ob 30/14a EF-Z 2014/111

OGH 27.11.2013, 5 Ob 30/13t EFSlg 138.977 = Zak 2014/85

OGH 03.07.2013, 7 Ob 80/13k EFSlg 138.258; 138.259; 138.956; 138.958; 138.959; 138.960; 138.961; 139.883; 139.890 = EF-Z 2013/169 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2013/192 (*Deixler-Hübner*) = JBl 2013, 713 (*Sagerer-Foric*) = ecolex 2014/113 = EvBl-LS 2013/149 = JEV 2013, 109 = Zak 2013/531

OGH 27.06.2013, 8 Ob 59/13d EFSlg 138.020; 138.024; 138.026; 138.027; 138.030; 138.101; 138.110; 138.143; 138,144; 138.147 = ÖJZ 2013/132 (*Neuhauser*) = EF-Z 2013/170 = EvBl 2013/154 = iFamZ 2013/161 = Jus-Extra OGH-Z 5406 = Zak 2013/529

OGH 08.05.2013, 6 Ob 80/13b EFSlg 138.097; 138.098; 138.104; 138.110; 138.111; 138.114; 138.118; 138.120; 138.125; 138.127; 138.130; 138.133; 140.367 = EF-Z 2014/11 = iFamZ 2013/123 = Zak 2013/461

OGH 24.04.2013, 9 Ob 5/13w EFSlg 138.117; 138.143; 138.145; 138.147; 138.148; 140.367 = EF-Z 2013/139 = iFamZ 2013/87

OGH 07.03.2013, 1 Ob 253/12f SZ 2013/27 = EFSlg 138.972; 138.973; 138.974; 138.989; 138.990; 138.992 = iFamZ 2013/146 (*Deixler-Hübner*) = EF-Z 2013/172 = EvBl-LS 2013/84 = JBI 2013, 359 = Jus-Extra OGH-Z 5358 = Zak 2013/283

OGH 24.05.2012, 1 Ob 75/12d EFSlg 133.781; 133.785; 133.786; 133.791; 133.808; 133.809; 133.810; 133.811; 133.812; 133.816; 133.829; 134.203; 134.460; 136.807 = EF-Z 2012/164 = EvBl-LS 2012/148 = iFamZ 2012/164 = Jus-Extra OGH-Z 5250 = RZ 2013, 70 = Zak 2012/478

OGH 24.04.2012, 5 Ob 204/11b EFSlg 133.778; 133.811; 133.818 = EvBl-LS 2012/126 = iFamZ 2012/122 = Zak 2012/479

OGH 29.03.2012, 9 Ob 9/12g EFSlg 133.534; 133.536; 133.542; 133.543; 133.549; 133.550 = AnwBl 2012, 519 = EvBl-LS 2012/133

OGH 20.03.2012, 5 Ob 249/11w EFSlg 133.534; 133.536; 133.544; 133.548 = EF-Z 2013/16 = Zak 2012/253

OGH 06.12.2011, 10 Ob 96/11g EFSlg 130.031; 130.032 = EF-Z 2012/74 = iFamZ 2012/43 = Zak 2012/48

OGH 28.09.2011, 7 Ob 140/11f EFSlg 129.944; 130.037; 130.038; 130.044; 130.054; 130.055; 130.057; 130.058; 130.408; 130.419

OGH 28.02.2011, 9 Ob 34/10f EFSlg 131.158; 131.881; 131.882; 131.884; 131.885; 131.888; 132.034; 132.118 = EF-Z 2011/64 (*Nademleinsky*) = iFamZ 2011/129 (Fucik) = ZfRV 2012/9 (Posch) = EvBl-LS 2011/117 = Jus-Extra OGH-Z 4980 = Zak 2011/199 = ZfRV-LS 2011/29

OGH 25.01.2011, 8 Ob 91/10f EFSlg 130.027; 130.037; 130.038; 130.054; 130.055; 130.057; 130.058; 130.059 = EF-Z 2011/115 = EvBl-LS 2011/67 = iFamZ 2011/92 = Jus-Extra OGH-Z 4960 = Zak 2011/232

OGH 19.01.2011, 7 Ob 105/10g EFSlg 129.809; 129.814; 132.352; 132.353

OGH 21.12.2010, 8 Ob 27/10v EFSlg 126.309; 126.310; 126.319, 126.320; 126.324; 126.325; 126.329 = iFamZ 2011/53 = Zak 2011/44

OGH 21.10.2010, 2 Ob 246/09d SZ 2010/134 = EFSlg 126.065; 126.067; 126.070; 126.073; 126.074; 126.075; 126.080; 126.439 = EF-Z 2011/42 (*Gitschthaler*) = AnwBl 2011, 211 = Zak 2011/83

OGH 05.10.2010, 10 Ob 67/10s SZ 2010/122 = EFSlg 127.791; 127.916; 127.918; 127.975; 127.978 = iFamZ 2011/10 = Zak 2010/709

OGH 18.08.2010, 8 Ob 75/10b SZ 2010/98 = EFSlg 126.414; 126.415; 126.416; 126.418; 126.419; 126.420; 126.623; 126. 636; 126.638; 126.640; 126.647; 126.648 = EF-Z 2010/161 (*Gitschthaler*) = EvBl 2011/16 (*Ondreasova*) = iFamZ 2010/220 = Zak 2010/598

OGH 06.07.2010, 1 Ob 81/10h EFSlg 126.324; 126.326; 126.330; 126.334; 126.665 = iFamZ 2010/240 (*Deixler-Hübner*) = EF-Z 2010/132 = EF-Z 2010/160 = JBl 2011, 105 = Zak 2010/568

OGH 08.06.2010, 4 Ob 91/10a EFSlg 126.320; 126.322; 126.323; 126.325; 126.341; 126.343; 126.344; 126.346; 126.347; 129.289; 129.293; 129.399 = iFamZ 2010/172 = Zak 2010/469

OGH 11.05.2010, 9 Ob 28/10y EFSlg 126.237; 126.261; 126.623; 126.626; 126.636; 126.637; 126.639; 126.640; 126.649; 127.318 = iFamZ 2010/206

OGH 15.12.2009, 9 Ob 87/09y iFamZ 2010/125 = Zak 2010/144

OGH 17.11.2009, 1 Ob 202/09a iFamZ 2010/48 = Zak 2010/74

OGH 13.10.2009, 1 Ob 104/09i EF-Z 2010/76 = iFamZ 2010/73 = Zak 2010/40

OGH 13.10.2009, 5 Ob 161/09a

OGH 05.08.2009, 6 Ob 148/09x

OGH 30.07.2009, 8 Ob 38/09k

OGH 26.05.2009, 1 Ob 169/08x ecolex 2009/366 = Zak 2009/420 = ZVR 2010/43 (Danzl, tabellarische Übersicht)

OGH 02.04.2009, 8 Ob 24/09a

OGH 23.09.2008, 5 Ob 189/08t

OGH 08.07.2008, 4 Ob 100/08x EFSlg 120.165; 120.168 = ecolex 2008/395 = EF-Z 2009/15 = iFamZ 2008/170 = RdW 2008/714 = Zak 2008/601

OGH 20.05.2008, 4 Ob 29/08f EFSlg 119.096; 121.094; 121.227 = iFamZ 2008/137

OGH 15.05.2008, 7 Ob 97/08b SZ 2008/64 = EFSlg 119.249; 119.258; 119.259; 119.269; 119.272; 119.275; 119.415; 119.416; 119.442 = ARD 5908/13/2008 = EF-Z 2008/109 = EvBl-LS 2008/4 = iFamZ 2008/116 = RdW 2008/466 (Info aktuell) = Zak 2008/461

OGH 15.01.2008, 10 Ob 73/07v EFSlg 119.104; 119.262; 119.263; 119.264; 119.270; 119.274; 119.299 = Zak 2008/111

OGH 06.11.2007, 10 Ob 93/07k SZ 2007/169 = EFSlg 116.234 = EF-Z 2008/34 = EvBl 2008/41 = iFamZ 2008/44 = Jus-Extra OGH-Z 4460 = RZ 2008/8 = Zak 2008/81 = ZfS 2007, 129

OGH 23.05.2007, 3 Ob 99/07s

OGH 15.11.2006, 9 Ob 64/05k

OGH 17.10.2006, 1 Ob 190/06g

OGH 23.05.2006, 4 Ob 51/06p

OGH 04.04.2006, 1 Ob 3/06g

OGH 20.02.2006, 2 Ob 200/04g

OGH 26.01.2006, 6 Ob 311/05m

OGH 20.10.2005, 3 Ob 237/05g EFSlg 110.367; 110.742 = Jus-Extra OGH-Z 4081 = ÖA 2006, 31 = Zak 2006/11

OGH 19.10.2005, 7 Ob 210/05s EFSlg 110.323; 110.325; 110.329; 110.330; 110.349; 110.350; 110.351; 110.352; 110.354; 110.368 = ÖA 2006, 27 = Zak 2006/10

OGH 06.10.2005, 2 Ob 79/05i SZ 2005/141 = EFSlg 110.323; 110.325; 110.331; 110.336; 110.349; 110.350; 110.351; 110.352 = EvBl 2006/36 = Jus-Extra OGH-Z 4076 = ÖA 2006, 148 = ÖJZ-LSK 2006/43 = Zak 2006/45

OGH 25.11.2004, 2 Ob 180/02p EFSlg 107.270 = ÖA 2005, 257

OGH 12.08.2004, 1 Ob 130/04f EFSlg 107.275 = Jus-Extra OGH-Z 3868 = ÖA 2005, 261 = ÖJZ-LSK 2005/16

OGH 29.04.2004, 8 Ob 127/03i

OGH 10.11.2003, 7 Ob 194/03k

OGH 10.09.2003, 7 Ob 205/03b EFSlg 103.529; 103.550; 103.551; 103.566; 103.569; 103.571; 103.574; 103.592; 103.593; 103.594; 103.596; 103.598; 103.599 = ÖA 2005, 99

OGH 20.03.2003, 6 Ob 159/02d

OGH 13.02.2003, 2 Ob 56/02b EFSlg 103.332; 103.566; 103.574 = ÖA 2003, 274

OGH 29.01.2003, 3 Ob 197/02w EFSlg 104.929; 104.939 = Jus-Extra OGH-Z 3518

OGH 05.12.2002, 2 Ob 63/02g

OGH 28.11.2002, 3 Ob 163/02w EFSlg 102.238; 102.239; 102.245 = JBl 2003, 459

OGH 23.05.2002, 2 Ob 108/02z EFSlg 99.510; 99.527; 99.529; 99.532; 99.540; 99.544; 99.547; 99.563; 99.566; 99.569; 99.582; 99.600 = ÖA 2003, 74

OGH 26.02.2002, 1 Ob 23/02t EFSlg 99.525; 99.526; 99.541; 99.543; 99.544; 99.595; 99.596; 99.597; 99.600 = ARD 5339/28/02 = ÖA 2002, 176

OGH 30.01.2002, 3 Ob 118/01a

OGH 29.01.2002, 1 Ob 2/02d EFSlg 99.546; 99.548; 99.563; 99.580; 99.583; 99.585;
99.586; 99.758

OGH 13.11.2001, 4 Ob 245/01k EFSlg 95.737

OGH 07.08.2001, 1 Ob 165/01y EFSlg 95.697; 95.736; 95.740; 95.742; 95.744; 95.749

OGH 1 Ob 56/01v EFSlg 95.289; 95.293; 95.294; 95.308

OGH 23.11.2000, 6 Ob 228/00y

OGH 23.11.2000, 2 Ob 295/00x SZ 73/179 = RZ 2001, 49

OGH 22.11.2000, 7 Ob 249/00v

OGH 25.07.2000, 1 Ob 35/00d EFSlg 91.892; 91.894; 91.895

OGH 25.07.2000, 1 Ob 5/00t EFSlg 92.735; 92.763; 92.768 = ÖA 2000, 267

OGH 28.06.2000, 6 Ob 116/00b

OGH 28.03.2000, 1 Ob 58/00m EFSlg 92.212; 92.243; 92.262; 92.285; 92.286; 92.287;
92.288; 92.293 = ARD 5185/31/01 = EvBl 2000/165 = JBl 2000, 725 =
Jus-Extra OGH-Z 3019 = ÖA 2000, 165 = ÖJZ-LSK 2000/187

OGH 16.03.2000, 2 Ob 318/99z

OGH 27.04.1999, 1 Ob 223/98w EFSlg 89.111; 89.126; 89.142; 89.611; 89.613

OGH 29.09.1998, 1 Ob 115/98p

OGH 14.07.1998, 4 Ob 181/98s

OGH 25.06.1998, 2 Ob 123/98x

OGH 05.05.1998, 4 Ob 120/98w

OGH 23.02.1998, 3 Ob 401/97k

OGH 28.01.1998, 9 Ob 23/98t

OGH 27.01.1998, 1 Ob 21/98i EFSlg 86.258; 86.373 = ARD 5339/29/02 =
EvBl 1998/109 = Jus-Extra OGH-Z 2538 = ÖA 1998, 204 = ÖJZ-LSK 1998/137

OGH 27.01.1998, 4 Ob 4/98m EFSlg 86.295

OGH 17.12.1997, 6 Ob 360/97b EFSlg 83.406

OGH 25.11.1997, 4 Ob 345/97g

OGH 13.11.1997, 8 Ob 191/97i

OGH 14.10.1997, 1 Ob 325/97v EFSlg 83.362; 83.363; 83.367 = ÖA 1998, 172

OGH 01.10.1997, 9 Ob 316/97d EFSlg 83.330

OGH 25.06.1997, 7 Ob 192/97d

OGH 19.06.1997, 6 Ob 181/97d EFSlg 83.350; 83.392

OGH 26.02.1997, 7 Ob 61/97i

OGH 28.01.1997, 1 Ob 2330/96w EFSlg 83.323; 83.338; 83.340; 83.342; 83.421; 85.528; 85.529; 85.571; 85.572; 85.721; 85.725 = ÖA 1998, 20

OGH 18.12.1996, 3 Ob 2101/96h

OGH 28.11.1996, 2 Ob 2376/96t EFSlg 80.210

OGH 12.11.1996, 4 Ob 2327/96a

OGH 07.11.1996, 6 Ob 2319/96i

OGH 25.10.1996, 1 Ob 2266/96h EFSlg 81.672; 82.466 = RZ 1997/64

OGH 03.10.1996, 1 Ob 2292/96g EFSlg 79.891; 80.215; 80.217; 80.359; 80.382; 80.383; 80.391; 80.416; 80.441; 82.618; 82.620; 82.633; 82.824; 82.863 = ARD 4868/17/97 = EvBl 1997/103 = RZ 1997/57

OGH 30.09.1996, 6 Ob 2206/96x

OGH 20.08.1996, 10 Ob 2326/96y

OGH 30.04.1996, 4 Ob 2068/96t EFSlg 80.300

OGH 29.01.1996, 5 Ob 1508/96

OGH 21.12.1995, 6 Ob 643/95 EFSlg 77.101

OGH 17.10.1995, 10 Ob 523/95

OGH 10.05.1995, 7 Ob 552/95 EFSlg 77.102

OGH 26.04.1995, 3 Ob 541/95

OGH 05.04.1995, 7 Ob 539/95

OGH 27.02.1995, 1 Ob 532/95 EFSlg 77.077; 77.125; 77.178

OGH 16.06.1994, 2 Ob 541/94

OGH 03.05.1994, 1 Ob 550/94 EFSlg 74.386; 74.804; 74.807; 74.810; 74.829; 74.830;
74.835; 74.836; 76.437 = JBI 1995, 62 = ÖA 1995, 58

OGH 23.02.1994, 3 Ob 28/94

OGH 22.09.1993, 6 Ob 587/93

OGH 02.08.1993, 6 Ob 586/93

OGH 29.04.1993, 8 Ob 559/93 EFSlg 70.978

OGH 20.04.1993, 1 Ob 552/93 EFSlg 71.004; 71.013; 71.608; 71.610; 71.613; 71.615;
71.625; 72.711 = Jus-Extra OGH-Z 1483 = ZfRV 1993, 247

OGH 19.01.1993, 5 Ob 501/93

OGH 15.12.1992, 1 Ob 654/92 EFSlg 67.965; 67.977; 68.600 = Jus-Extra OGH-Z 1307

OGH 15.09.1992, 1 Ob 603/92 EFSlg 67.953; 68.018 69.029 = HS 22.272; 22.436;
22.634 = Jus-Extra OGH-Z 1246 = ÖA 1993, 105 = RZ 1994/18

OGH 09.04.1992, 8 Ob 503/92

OGH 25.03.1992, 6 Ob 530/92

OGH 23.10.1991, 3 Ob 1570/91

OGH 10.10.1991, 7 Ob 582/91 EFSlg 64.894

OGH 10.09.1991, 4 Ob 544/91

OGH 05.09.1991, 6 Ob 599/91

OGH 05.07.1991, 5 Ob 505/91

OGH 26.06.1991, 2 Ob 532/91

OGH 20.06.1991, 6 Ob 578/91 EFSlg 65.191

OGH 18.06.1991, 4 Ob 518/91 EFSlg 65.176

OGH 23.05.1991, 7 Ob 551/91

OGH 14.02.1991, 8 Ob 509/91

OGH 29.01.1991, 8 Ob 601/89

OGH 12.12.1990, 3 Ob 1097/90

OGH 15.11.1990, 7 Ob 628/90

OGH 29.08.1990, 3 Ob 563/90

OGH 12.07.1990, 7 Ob 604/90

OGH 02.05.1990, 1 Ob 599/90 EFSlg 62.022

OGH 03.10.1989, 5 Ob 610/89

OGH 26.04.1989, 3 Ob 540/89

OGH 04.03.1987, 1 Ob 697/86

OGH 08.11.1984, 7 Ob 685/84 EFSlg 46.273

OGH 11.07.1984, 1 Ob 617/84 EFSlg 45.118

OGH 14.07.1982, 3 Ob 101/82 EFSlg 40.042; 40.044

OGH 02.04.1982, 7 Ob 561/82

OGH 29.07.1981, 6 Ob 675/81 EFSlg 37.610

OGH 10.09.1980, 1 Ob 663/80 EFSlg 35.242

OGH 12.12.1979, 3 Ob 156/79

OGH 15.11.1978, 1 Ob 646/78 EFSlg 31.726

OGH 19.05.1954, 1 Ob 17/54

OGH 27.03.1912, Rv. V, 678/12 GIUNF 5851

9.2 Entscheidungen der OLG

OLG Wien 27.06.1986, 13 R 163/86 EFSlg 50.216

OLG Wien 19.09.1985, 18 R 201/85 EFSlg 48.872

OLG Wien 21.11.1983, 14 R 193/83 EFSlg 42.516

OLG Linz 22.08.1980, 5 R 131/80 EFSlg 35.207

OLG Wien 02.02.1977, 7 R 15/77 EFSlg 28.645

9.3 Entscheidungen der LG

LGZ Graz 17.02.2017, 2 R 297/16k

LGZ Wien 26.04.2012, 45 R 650/11p EFSlg 133.525

LG Salzburg 07.12.2011, 21 R 374/11p EFSlg 129.805

LG Linz 06.10.2010, 15 R 314/10t EFSlg 126.338

LGZ Wien 10.08.2010, 45 R 422/10g EFSlg 126.340

LG Wels 17.03.2010, 21 R 77/10p EFSlg 126.098

LGZ Wien 22.12.2009, 42 R 390/09b EFSlg 122.750

LGZ Wien 23.10.2009, 44 R 520/09k EFSlg 122.784

LGZ Wien 23.10.2009, 44 R 444/09h EFSlg 122.788

LGZ Wels 25.08.2009, 21 R 271/09s EFSlg 122.575

LG Salzburg 21.02.2007, 21 R 69/07d EFSI 116.472

LG Salzburg 18.01.2006, 21 R 456/05p EFSlg 113.379

LG Salzburg 15.09.2005, 21 R 391/05d EFSlg 110.378

LGZ Wien 13.09.2005, 42 R 435/05i EFSlg 110.373

LGZ Wien 23.06.2005, 44 R 270/05i EFSlg 112.477

LG Salzburg 23.02.2005, 21 R 110/05f EFSlg 110.693

LG Salzburg 24.08.2004, 21 R 318/04t EFSlg 107.278

LG Linz 17.08.2004, 15 R 273/04d EFSlg 107.276

LG Salzburg 29.10.2003, 21 R 290/03y EFSlg 104.903

LGZ Wien 30.07.2003, 42 R 279/03w EFSlg 103.601

LGZ Wien 26.03.2003, 44 R 87/03z EFSlg 103.589

LG Wels 29.01.2003, 21 R 23/03m EFSlg 103.606

LG Salzburg 20.11.2002, 21 R 278/02g EFSlg 99.164

LG Salzburg 24.07.2002, 21 R 178/02a EFSlg 99.573

LG Feldkirch 10.06.2002, 1 R 103/02h EFSlg 100.974

LGZ Wien 15.05.2002, 45 R 219/02t EFSlg 100.935

LGZ Wien 24.04.2002, 42 R 162/02p EFSlg 99.584

LG Krems 27.12.2001, 2 R 251/01a EFSlg 95.755; 95.756

LG Eisenstadt 08.10.2001, 20 R 141/01m EFSlg 95.734

LG Linz 06.10.2001, 14 R 408/01w EFSlg 95.790

LG Salzburg 09.08.2001, 21 R 229/01z EFSlg 95.788

LGZ Wien 02.08.2001, 44 R 314/01d EFSlg 95.770

LG Wien 23.05.2001, 42 R 565/00z EFSlg 95.781

LG Linz 19.04.2001, 14 R 79/01p EFSlg 95.778

LG Salzburg 16.03.2001, 55 R 33/01a EFSlg 95.700

LG Salzburg 16.03.2001, 21 R 315/00w EFSlg 95.301; 95.307

LGZ Wien 14.02.2001, 42 R 335/00a EFSlg 95.256; 95.258; 95.259; 95.260; 95.261

LGZ Wien 09.01.2001, 42 R 560/00i EFSlg 95.679

LG Salzburg 04.01.2001, 21 R 234/00h EFSlg 95.757

LGZ Wien 16.06.1999, 43 R 488/99d EFSlg 89.130

LGZ Wien 28.11.1995, 43 R 993/95 EFSlg 77.533

LGZ Wien 04.04.1995, 44 R 203/95 EFSlg 77.145

LGZ Wien 11.08.1993, 43 R 2064/93 EFSlg 70.624

LGZ Wien 20.04.1993, 44 R 197/93 EFSlg 70.939

LGZ Wien 26.03.1991, 43 R 2003/91 EFSlg 64.932; 64.933

LGZ Wien 15.03.1990, 43 R 119/90 EFSlg 62.052

LGZ Wien 26.04.1989, 43 R 182/89 EFSlg 58.938

LGZ Wien 12.07.1988, 43 R 512/88 EFSlg 56.204

LGZ Wien 08.05.1987, 47 R 338/87 EFSlg 53.343

LGZ Wien 16.10.1986, 44 R 1021/86 EFSlg 50.214; 50.215

LG Krems 26.05.1986, 1b R 140/86 EFSlg 50.515

LGZ Wien 04.07.1985, 47 R 2029/85 EFSlg 47.488

LGZ Wien 04.07.1985, 47 R 2026/85 EFSlg 47.508

LGZ Wien 04.07.1984, 44 R 1088/84 EFSlg 44.878

LGZ Wien 29.06.1983, 44 R 3366/83 EFSlg 42.835

LGZ Wien 17.03.1983, 44 R 1012/83 EFSlg 42.621

LGZ Wien 16.12.1982, 43 R 1096/82 EFSlg 40.293

LGZ Wien 09.05.1980, 43 R 2065/80 EFSlg 35.223

LGZ Wien 20.02.1980, 44 R 1012/80 EFSlg 36.443

LGZ Wien 09.01.1979, 45 R 661/78 EFSlg 32.805

9.4 Rechtssätze

RIS-Justiz RS0117322

RIS-Justiz RS0115545

RIS-Justiz RS0106973

RIS-Justiz RS0106230

RIS-Justiz RS0087653

RIS-Justiz RS0057388

RIS-Justiz RS0047686

RIS-Justiz RS0047572

RIS-Justiz RS0047568

RIS-Justiz RS0047536

RIS-Justiz RS0047503

RIS-Justiz RS0047495

RIS-Justiz RS0044088

RIS-Justiz RS0009477

RIS-Justiz RS0007096

9.5 Entscheidungen des VfGH

VfGH 11.10.2016, G 331/2015

VfGH 03.07.2015, G 46/2015

9.6 Entscheidungen des EuGH

EuGH 06.06.2000, C-281/98, *Angonese*