

Diplomarbeit

Zur Erlangung des akademischen Grades
einer Magistra der Rechtswissenschaften

an der Karl-Franzens-Universität Graz

über das Thema

Die Verlegung des gemeinsamen Wohnsitzes während aufrechter Ehe gem § 92 Abs 1 ABGB

Vorgelegt von

Jeannine Koller, Bakk. phil

Betreuerin: Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ iur. Susanne Ferrari

am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht

Graz, am 08.05.2017

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig 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.

08.05.2017

*Für Dich, Papa.
In ewiger Liebe und Dankbarkeit.*

I. Inhaltsverzeichnis

I.	Inhaltsverzeichnis	III
II.	Abkürzungsverzeichnis.....	V
III.	Einleitung	1
IV.	Die Familienrechtsreform 1975.....	3
A.	Mehr als 160 Jahre ABGB – Die Familie im Wandel der Zeit	3
B.	Die Schwerpunkte der Reform	4
C.	§ 92 Abs 1 ABGB neu: geschlechtsneutrale Regelung statt Wohnsitzfolgepflicht der Frau.....	5
1.	Probleme der neuen Regelung	6
V.	Die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe	7
A.	Vermögensrechtliche und rein persönliche Rechte und Pflichten	8
B.	Die persönlichen Ehewirkungen gem § 90 Abs 1 ABGB.....	9
1.	Die Verpflichtung zur umfassenden ehelichen Lebensgemeinschaft.....	9
2.	Die Treuepflicht.....	10
3.	Die Verpflichtung zur anständigen Begegnung.....	10
4.	Die Beistandspflicht	11
5.	Die Pflicht zum gemeinsamen Wohnen	11
C.	Die Einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft	13
VI.	§ 92 Abs 1 ABGB – Verlegung des Wohnsitzes ohne Vereinbarung.....	15
A.	Allgemeines.....	15
B.	Das Verlangen nach dauerhafter Verlegung der gemeinsamen Wohnung während aufrechter Ehe	16
C.	Persönlicher Anwendungsbereich	17
1.	Ehegatten – eingetragene Partner – Lebensgefährten.....	17
2.	Kollisionsrechtliche Behandlung – internationales Privatrecht.....	18
D.	Sachlicher Anwendungsbereich: Die gemeinsame Wohnung	20
1.	Die Ehewohnung	20
2.	Die erste gemeinsame (Ehe-)Wohnung.....	22
E.	Gerechtfertigte Gründe.....	24
1.	Allgemeines	24
2.	Die drei Gesichtspunkte gerechtfertigter Gründe	25

3.	Persönliche Gründe des/der Ehegatten und die Abwägung der Interessenlage anhand von OGH 6 Ob 638/84.....	26
4.	Psychische Beeinträchtigungen als gerechtfertigter Grund anhand von OGH 7 Ob 591/92	28
F.	Die Interessenabwägung	29
G.	Die drei Fallkonstellationen des § 92 Abs 1	30
H.	§ 92 Abs 1 und § 92 Abs 2 – eine kurze Gegenüberstellung	33
VII.	Verfahren nach § 92 Abs 3.....	35
A.	Allgemeines.....	35
B.	Anrufung des Gerichts im Falle der ersten gemeinsamen Wohnung?	37
C.	Verfahren vor dem Außerstreitgericht	38
1.	Internationale Zuständigkeit	40
2.	Sachliche, funktionelle und örtliche Zuständigkeit	43
3.	Antragsteller	45
4.	Feststellungsverfahren und Scheidungsverfahren	46
5.	Präjudizielle Wirkung und feststellender Charakter der Entscheidung.....	48
6.	Praktische Bedeutung	49
VIII.	Gerichtliche Geltendmachung und Rechtsfolgen.....	49
A.	Folgen für den Unterhalt während aufrechter Ehe	51
B.	Scheidungsrechtliche Folgen.....	53
1.	Die Verletzung der Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen als schwere Eheverfehlung iSd § 49 EheG	53
2.	Unheilbare Ehezerrüttung und Verschulden.....	54
C.	Auswirkungen auf den Unterhalt nach der Ehescheidung	55
1.	Allgemeines	55
2.	Unterhalt nach Scheidung wegen Verschuldens	55
3.	Unterhalt nach Scheidung aus anderen Gründen.....	57
IX.	Zusammenfassung.....	59
X.	Literaturverzeichnis.....	62
XI.	Judikaturverzeichnis.....	63

II. Abkürzungsverzeichnis

aA	= andere Ansicht
ABGB	= Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
ABl	= Amtsblatt der europäischen Union, Reihe C: Mitteilungen und Bekanntmachungen, Reihe L: Rechtsvorschriften, Reihe S: Ausschreibungen
Abs	= Absatz
Anm	= Anmerkung, -en
AußStrG	= Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111
Bearb	= Bearbeitung
BG	= a.) Bezirksgericht b.) Bundesgesetz
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BlgNR des	= Beilage, -n zu den stenographischen Protokollen Nationalrats.
BMJ	= Bundesministerium für Justiz
BTVG	= Bauträgervertragsgesetz BGBl I 1997/7
bzw	= beziehungsweise
dies	= dieselbe
dh	= das heißt
dRGBI	= (deutsches) Reichsgesetzblatt
EF-z	= Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (2006ff)
EFSlg	= Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen (1945ff), derzeit hrsg von <i>Gitschthaler</i> und <i>Höllwerth</i>
EheG	= Ehegesetz dRGBI I 1938, 807
EO (Legalabkürzung:	= Exekutionsordnung RGBI 18/96/79 BGBl I 2005/68)
EPG 2009/135	= Eingetragene Partnerschaft-Gesetz BGBl I 2009/135
EvBl	= Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung (1934-1938, 1946ff)

EuGVVO	= (auch Brüssel I-VO) VO (EU) 1215/2012 des europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 2012/351, 1.
EVÜ	= Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht BGBl III 1998/208
EuEheKindVO	= (auch Brüssel II a-VO oder EuGVVO II) VO (EG) 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl L 2003/338, 1.
FamRÄG 2009	= Familienrechts-Änderungsgesetz 2009 BGBl I 2009/75.
f	= und der, die folgende
ff	= und der, die folgenden
FN	= Fußnote
gem	= gemäß
HeizKG	= Heizkostenabrechnungsgesetz BGBl 1992/827
hM	= herrschende Meinung
hrsg	= herausgegeben
Hrsg	= Herausgeber
iFamZ	= Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (2006ff)
IPRG	= BG über das Internationale Privatrecht BGBl 1978/304
iS	= im Sinn
iSd	= im Sinn des, - der
iVm	= in Verbindung mit

JAB	= Justizausschussbericht
JBL	= Juristische Blätter (1872-1938; 1946ff)
JusGuide	= JusGuide
KindNamRÄG 2013	= Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 BGBl I 2013/15
KSchG	= Konsumentenschutzgesetz BGBl 1979/140
LG	= Landesgericht
LGZ	= Landesgericht für Zivilrechtssachen
LGVÜ	= Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen 1996/448.
BGLB	
lit	= litera (Buchstabe)
mE	= meines Erachtens
MietSlg	= Mietrechtliche Entscheidungen (1922ff), derzeit hrsg von <i>Pfiel</i>
mwN	= mit weiteren Nachweisen
MRG	= Mietrechtsgesetz BGBl 1981/520
NZ	= Österreichische Notariats-Zeitung (1858-1938, 1949ff)
OGH	= Oberster Gerichtshof
ÖJZ	= Österreichische Juristenzeitung (1946ff)
OLG	= Oberlandesgericht
Redok	= Rechtsdokumentation
Rsp	= Rechtsprechung (im Sinne von Judikatur)
Rv	= Regierungsvorlage
Rz	= Randzahl
RZ	= Österreichische Richterzeitung (1907-1938; 1945ff)
u	= und
ua	= a.) und andere, -s b.) unter anderem
uU	= unter Umständen
vgl	= vergleiche

WEG	= Wohnungseigentumsgesetz 2002BGBG I 2002/70
WGG	= Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz BGBl 1979/139
ZfRV	= Zeitschrift für Europarecht, internationales und Rechtsvergleichung (1960ff)
Privatrecht	

Alle in dieser Diplomarbeit personenbezogenen geführten Bezeichnungen sind geschlechtsneutral zu verstehen und beziehen sich auf Männer und Frauen in gleicher Weise.

III. Einleitung

Innerhalb der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe – also jener Rechte und Pflichten, die die Ehegatten mit Abschluss der Ehe treffen – entfaltet die in § 90 ABGB¹ normierte Verpflichtung der Ehegatten zum gemeinsamen Wohnen besondere Bedeutung.² Das BG über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe BGBl 1975/412 hat an dieser allgemeinen Verpflichtung der Ehegatten nichts geändert;³ neu geregelt wurde allerdings das rechtmäßige Verhalten der Ehegatten für den Fall einer allfälligen Uneinigkeit über die Verlegung des gemeinsamen Wohnsitzes.⁴

Nach alter Rechtslage war die Ehefrau verpflichtet, ihrem Gatten an dessen Wohnsitz zu folgen;⁵ was diese Wohnsitzfolgepflicht der Frau bedeutet, zeigt folgender Auszug einer Entscheidung des OGH aus dem Jahre 1955:

„Nicht jeder auf Seite des Ehemannes gelegene Scheidungsgrund macht die Ehegattin ihrer Folgepflicht ledig. Nur dann, wenn sich der Ehemann besonders schwere Eheverfehlungen, wie Ehebruch, fortgesetzte empfindliche Verletzungen der ehelichen Treue, wie Ehebruch, fortgesetzte empfindliche Verletzungen der ehelichen Treue, Mordversuch, schwere Misshandlungen oder Drohungen hat zu Schulden kommen lassen, mag eine Weigerung der Frau, mit ihm die häusliche Gemeinschaft zu teilen, begründet erscheinen und nur dann wäre ihre Ablehnung nicht als Eheverfehlung zu werten.“⁶

Diese Wohnsitzfolgepflicht wurde abgeschafft und zu Gunsten eines partnerschaftlichen Leitbildes durch eine neue Regelung in § 92 Abs 1 ABGB ersetzt. Jeder der Ehegatten kann nun aus gerechtfertigten Gründen die Verlegung der gemeinsamen Wohnung verlangen, wobei der andere angehalten ist, mit ihm zu ziehen, es sei denn er hat gerechtfertigte Gründe von zumindest gleichem Gewicht.⁷ § 92 Abs 2 normiert Ausnahmen, in denen die Ehegatten von ihrer allgemeinen Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen befreit sind: ein Ehegatte kann, soweit ihm ein Zusammenleben mit dem anderen Ehegatten nicht zumutbar ist oder er

¹ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946. Im Folgenden beziehen sich Paragraphen ohne Gesetzesstelle auf solche des ABGB.

² JAB 1662 BlgNR 13. GP 3.

³ *Schwimmann*, Die nichtvermögensrechtlichen Ehwirkungen im neuen Recht und dessen Problematik, ÖJZ 1976, 365 (367).

⁴ JAB 1662 BlgNR 13. GP 3.

⁵ Vgl. JAB 1662 BlgNR 13. GP 3.

⁶ OGH 1.6.1955 7 Ob 261/55 SZ 28/145 = EFSI 149 = JBl 1956,16.

⁷ JAB 1662 BlgNR 13. GP 3.

hierfür wichtige persönliche Gründe hat, einseitig gesondert Wohnung nehmen.⁸ Mit § 92 Abs 3 wurde ein spezielles außerstreitiges Verfahren implementiert.⁹ Die Besonderheit zeigt sich zum einen darin, dass die gesonderte Anrufung des Gerichtes bei Verletzung einer persönlichen Ehepflicht vom Grundsatz her ausgeschlossen ist und Pflichtverletzungen lediglich Folgen im Unterhalts- und Scheidungsrecht nach sich ziehen.¹⁰ Zum anderen ist dieses Verfahren auf die Feststellung der Rechtmäßigkeit bzw Unrechtmäßigkeit des Wohnungsverhaltens der Ehegatten, mit präjudizieller Wirkung für später stattfindende Prozesse, beschränkt.¹¹

Dass die Formulierung des § 92 eine Reihe von Unklarheiten mit sich bringt, wurde bereits unmittelbar nach Einführung der Bestimmung kritisiert; *Schwimann* schlug sogleich eine Novellierung der neuen Regelung vor.¹² Mit der Erlassung des Eingetragene Partnerschaft-Gesetzes¹³ wurde in § 9 Abs 2 bis 4 EPG eine dem § 92 nahezu entsprechende Regelung für eingetragene Partner eingeführt.¹⁴

Thema der vorliegenden Arbeit ist die Verlegung des gemeinsamen Wohnsitzes gem § 92 Abs 1 ABGB wobei ein besonderer Schwerpunkt auch auf das in § 92 Abs 3 vorgesehene Verfahren gesetzt wird. Abschnitt IV ist zunächst dem historischen und gesellschaftlichen Hintergrund, vor dem § 92 ABGB neu eingeführt wurde, gewidmet. Aufgrund des engen Zusammenhangs der Regelung in § 92 Abs 1 mit der allgemeinen Verpflichtung der Ehegatten zum gemeinsamen Wohnen¹⁵ erfolgt im Abschnitt V eine Darstellung der Verpflichtung der Ehegatten zum gemeinsamen Wohnen innerhalb des Systems der übrigen rein persönlichen Ehepflichten. Abschnitt VI ist schließlich im Detail der Regelung des § 92 Abs 1, insbesondere der Schwierigkeiten, die sich im Zusammenhang mit der ersten gemeinsamen Ehwohnung ergeben, verschrieben. Die darauffolgenden zwei Abschnitte beschäftigen sich schließlich mit dem Verfahren gem § 92 Abs 3 und den Rechtsfolgen einer gem § 92 Abs 1 (un)rechtmäßigen Vorgehensweise im Unterhalts und Scheidungsrecht.

⁸ JAB 1662 BlgNR 13. GP 3; *Ent*, Die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, NZ 1975, 145 (147) *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch I⁴ (2011) § 92 Rz 6ff mwN.

⁹ *Ent*, NZ 1975, 147f.

¹⁰ OGH 5 Ob 637/76 JBl 1977, 154; *Ent*, NZ 1975, 148.

¹¹ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 370.

¹² Vgl *Schwimann*, ÖJZ 1976, 365ff. Zur möglichen Neutextierung siehe unten.

¹³ EPG BGBl I 2009/135.

¹⁴ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 2; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹² 9:

¹⁵ Vgl zum engen Zusammenhang zwischen der Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen und § 92 Abs 2 ABGB: OGH 1 Ob 723/76 EFSlg 26.010 = EvBl 1977/50 = JBl 1977, 155.

IV. Die Familienrechtsreform 1975

A. Mehr als 160 Jahre ABGB – Die Familie im Wandel der Zeit

Zum Zeitpunkt der Familienrechtsreform 1975 war das ABGB bereits mehr als 160 Jahre in Kraft. Die Entwicklung, die die Gesellschaft während dieser 160 Jahre durchlaufen hatte und das Bewusstsein, dass Recht in seiner dienenden Funktion für die Gesellschaft da ist, führten dazu, dass die familienrechtlichen Bestimmungen des ABGB der gesellschaftlichen Realität angepasst werden mussten.¹⁶

Während das ABGB unter den Begriff der Familie noch die Sippe, also die Großfamilie subsumierte, gehörte bereits 1975 zum allgemeinen Begriffsverständnis der Familie typischerweise die Kleinfamilie. Die Metamorphose von der Sippe zur kleinen Gruppe brachte einerseits einen Funktionsverlust der Familie mit sich; andererseits wird dieser Funktionsverlust auch als Ursache des Wandels der Familie verstanden. Die Familie erfüllte somit nicht mehr jene Aufgaben – Politik, Produktion, Erziehung und Bildung – bei deren Bewältigung sie früher federführend war. Mit diesem Zweckverlust der Familie ging eine Verinnerlichung familiärer Beziehungen einher. Bedroht wird diese durch Harmonie geprägte Familie, nicht mehr von äußeren Faktoren sondern durch Konflikte in ihrem Inneren wie Auseinandersetzungen zwischen Ehegatten oder zwischen Eltern und Kindern.¹⁷

Nicht zuletzt gehörte auch der Wandel der Stellung von Mann und Frau zu den wesentlichen Veränderungen der Zeit.¹⁸ Soziologen bezeichnen sie als die Zeit der „Emanzipation der Frau und andererseits als die der Krise des Mannes.“¹⁹

Unter Berücksichtigung der beschriebenen Entwicklungen musste das Recht – um nicht totes Recht zu werden – an die Realitäten des Lebens angepasst werden. Laut *Kohlegger* müssen die Arbeiten des BMJ zur Verwirklichung der Familienrechtsreform als wichtiger Beitrag dazu gewertet werden, die Institutionen der Ehe und Familie zu erhalten.²⁰

¹⁶ *Kohlegger*, Der Schwerpunkt der Familienrechtsreform: Das Bundesgesetz über die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, ÖJZ 1975, 85 (85).

¹⁷ *Kohlegger*, ÖJZ 1975, 85 mwN.

¹⁸ *Kohlegger*, ÖJZ 1975, 85 mwN.

¹⁹ *Kohlegger*, ÖJZ 1975, 85.

²⁰ *Kohlegger*, ÖJZ 1975, 85.

B. Die Schwerpunkte der Reform

Eines der Hauptanliegen der 1973 eingebrachten Regierungsvorlage, die der Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe verschrieben war, war die Einführung eines partnerschaftlichen – anstatt patriarchalischen – Familienleitbildes. Sowohl die oben beschriebenen gesellschaftlichen Entwicklungen als auch der verfassungsrechtliche Gleichheitsgrundsatz machten die im geltenden Recht vorhandenen Privilegien²¹ des Mannes innerhalb der Familie nicht mehr haltbar.²² So normiert § 89 ABGB das Gleichheitsprinzip als wichtigsten Grundsatz, dessen Bedeutung nicht zuletzt durch seine systematische Stellung – nämlich am Beginn der Bestimmungen über die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe – zum Ausdruck kommt.²³

Das Partnerschaftsprinzip bedeutet jedoch nicht – und damit sei der nächste Schwerpunkt der Familienrechtsreform angesprochen – dass innerhalb der Ehe kein Platz für privatautonome Differenzierungen sei, wenngleich die Ehegatten dazu angehalten sind, bei der Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft in Rücksichtnahme aufeinander und die Familie zu handeln.²⁴

Schließlich sollte die neue Regelung auch eine Antwort auf die lange umstrittene Frage liefern, ob im Falle der Verletzungen rein persönlicher Rechte und Pflichten innerhalb der Ehe ein besonderer Rechtsschutz gewährt werden sollte.²⁵ Der Gesetzgeber, der sich dafür entscheidet, nichtvermögensrechtliche Rechte und Pflichten innerhalb der Ehe der gerichtlichen Geltendmachung zugänglich zu machen, öffnet damit die Pforten für einen tiefen Eingriff in die Privatsphäre der Ehegatten. Die Sinnhaftigkeit einer allenfalls durchzuführenden zwangsweisen Durchsetzung scheint zweifelhaft, da sie entweder nur bei ohnehin fehlgeschlagenen Ehen zum Einsatz kommt, oder sie beschwört das Ende der Ehe herauf.²⁶

Die ursprüngliche Regierungsvorlage 1973 sah in ihrem § 90 Abs 2 zwar den Ausschluss der selbstständigen gerichtlichen Geltendmachung der nichtvermögensrechtlichen Rechte und Pflichten innerhalb der Ehe vor, die Bestimmung wurde aber nicht in das Gesetz übernommen. Stattdessen sieht der nunmehrige § 92 Abs 3 ABGB vor, dass lediglich die

²¹ Der Mann als Haupt der Familie gab der Familie den Namen und die seiner Ansicht nach angemessenen Weisungen. Siehe *Kohlegger*, ÖJZ 1975, 85.

²² *Kohlegger*, ÖJZ 1975, 85f.

²³ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 365.

²⁴ *Kohlegger*, ÖJZ 1975, 86.

²⁵ *Kohlegger*, ÖJZ 1975, 86.

²⁶ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 372 mwN.

Rechtmäßigkeit des Wohnungsverhaltens der Ehegatten in bestimmten Fällen gerichtlich festgestellt werden kann.²⁷ Diese Möglichkeit, das Gericht in der Wohnsitzfrage anzurufen, ist als Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz anzusehen, der einer Verletzung der rein persönlichen Pflichten, die selbstständige gerichtliche Geltendmachung verwehrt.²⁸

Die Verletzung rein vermögensrechtlicher Rechte und Pflichten innerhalb der Ehe sollten jedoch auch nach der Regierungsvorlage – wie bisher – selbstständig vor Gericht geltend gemacht werden können.²⁹

Auf drei weitere von *Kohlegger* genannte Schwerpunkte der Reform soll an dieser Stelle nur hingewiesen werden: Zum einen sollte der Gleichberechtigungsgrundsatz auch im Bereich des Unterhaltsrechts Einzug finden,³⁰ zum anderen wurde das Recht jedes Ehegatten auf Erwerbstätigkeit novelliert und insbesondere die Arbeit im Haushalt und der Familie der Erwerbstätigkeit gleichgestellt.³¹ Schließlich sollte die Familie, die ihre Lebensverhältnisse zwar privatautonom gestalten kann, nach außen hin einheitlich auftreten. Zu diesem Zwecke sollte normiert werden, dass die Ehegatten grundsätzlich den gleichen Familiennamen tragen. Außerdem, ebenfalls um die Einheit der Familie zu demonstrieren, wurde das Modell der Schlüsselgewalt dahingehend modifiziert, dass jeder Ehegatte bei Rechtsgeschäften des täglichen Lebens, die ein gewisses Maß nicht überschreiten, den anderen mitberechtigt bzw. mitverpflichtet. Eine Ausnahme besteht lediglich für den Fall, dass der Ehegatte dem Dritten zu verstehen gegeben hat, dass er nicht wünscht, von seinem Ehegatten vertreten zu werden.³²

C. § 92 Abs 1 ABGB neu: geschlechtsneutrale³³ Regelung statt Wohnsitzfolgepflicht der Frau

§ 90 ABGB normiert als Ausdruck der Verpflichtung zur umfassenden Lebensgemeinschaft auch die Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen. Der Grundgedanke, dass die Ehegatten zum gemeinsamen Wohnen verpflichtet sind, wurde durch das Gesetz über die persönlichen

²⁷ *Schwimmann*, ÖJZ 1976, 372f.

²⁸ Vgl. JAB 1662 BlgNR 13. GP 3, vgl auch *Schwimmann*, ÖJZ 1976, 373 mwN.

²⁹ Vgl. *Kohlegger*, ÖJZ 1975, 86.

³⁰ Nach der geltenden Rechtslage hatte die Frau einen unbedingten dh vom eigenen Einkommen völlig unabhängigen und primären Anspruch auf Unterhalt gegen ihren Ehemann. Siehe *Kohlegger*, ÖJZ 1975, 86.

³¹ *Kohlegger*, ÖJZ 1975, 86f.

³² Vgl. *Kohlegger*, ÖJZ 1975, 87f.

³³ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ (2015) 48.

Rechtswirkungen der Ehe nicht verändert, allerdings wurde „dem Prinzip der gleichrangigen Partnerschaft von Mann und Frau Rechnung getragen.“³⁴

Anders als bei der alten Regelung, ist nicht mehr vorgesehen, dass der Ehemann das einseitige Recht hat, die gemeinsame Wohnung zu bestimmen, sondern auch hier haben die Ehegatten nach § 91 ABGB nunmehr einvernehmlich vorzugehen.³⁵

Gab es nach dem Wortlaut des alten Rechts – mit Ausnahme von § 382 Z 8 EO³⁶ – rechtlich prinzipiell keine Anhaltspunkte für zulässiges getrenntes Wohnen, normiert die neue Regelung viel klarer Ausnahmen von der Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen.³⁷ Primär können die Ehegatten auch die Frage, ob sie überhaupt gemeinsam Wohnen wollen einvernehmlich klären. Für den Fall, dass die Ehegatten bereits eine gemeinsame Wohnung bezogen haben und sich über ihr weiteres Vorgehen hinsichtlich eines Wohnsitzwechsels uneinig sind, bringt § 92 ABGB neu eine neue Regelung ins Spiel.³⁸ § 92 ABGB alt, der die Verpflichtung der Frau normierte, dem Ehegatten an einem von ihm bestimmten Wohnsitz zu folgen, wurde durch eine geschlechtsneutrale Regelung ersetzt.³⁹ Gem. § 92 Abs 1 ABGB neu muss ein Ehegatte dem Verlangen des anderen auf Wohnsitzverlegung unter bestimmten Voraussetzungen nachgeben.⁴⁰ § 92 Abs 2 ABGB neu normiert schließlich Fälle zulässiger vorübergehender getrennter Wohnungsnahme, namentlich wegen Unzumutbarkeit des Zusammenlebens mit dem anderen Ehegatten oder wegen des Vorliegens wichtiger persönlicher Gründe.⁴¹

1. Probleme der neuen Regelung

Schwimann zeigt bereits kurz nach Inkrafttreten des Gesetzes über die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe am 1.1.1976 dessen Unklarheiten auf.⁴² Neben den verfassungsrechtlichen Problemen im Ehenamensrecht – die schließlich endgültig durch das KindNamRÄG 2013⁴³ beseitigt wurden⁴⁴ – und mit dem unter einfachem Gesetzesvorbehalt

³⁴ OLG Wien 16 R 169/83 EFSlg 42.502.

³⁵ *Ent*, NZ 1975, 145.

³⁶ EO RGBI 1896/79 (Legalabkürzung: BGBl I 2005/68).

³⁷ Anzumerken ist an dieser Stelle, dass die Rsp im Laufe der Zeit Fälle anerkannt hat, in denen die Frau sich berechtigterweise weigerte, ihrem Mann in dessen Wohnung zu folgen, wie beispielsweise aus gesundheitlichen oder beruflichen Gründen. Siehe *Ent*, NZ 1975, 145.

³⁸ *Ent*, NZ 1975, 146.

³⁹ *Ent*, NZ 1975, 145 FN 49; *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 48.

⁴⁰ Vgl. *Ent*, NZ 1975, 146f.

⁴¹ *Ent*, NZ 1975, 147.

⁴² Vgl. *Schwimann*, ÖJZ 1976, 365ff.

⁴³ Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 BGBl I 2013/15.

stehenden § 89 ABGB, brachte schließlich auch die Formulierung des § 92 ABGB einige Schwierigkeiten mit sich.⁴⁵

Abgesehen davon, dass § 92 Abs 1 nur auf die Wahl zwischen neuer und alter Wohnung, nicht aber auf die Auswahl zwischen mehreren neuen Wohnungen anwendbar ist, wenn sich die Ehegatten zumindest über den Auszug einige sind, kritisiert *Schwimann* an der Textierung der neuen Regelung insbesondere deren Einseitigkeit. Während sich etwa die gerechtfertigten Gründe des Verlegungswilligen auf die Wohnungsverlegung und sohin auf die gesamte Familie beziehen müssen, reichen beim verbleibungswilligen Ehegatten gerechtfertigte Gründe aus, die nur ihn alleine betreffen.⁴⁶ Als Neufassung schlägt *Schwimann* folgenden Text vor: „Über die Wahl der gemeinsamen Wohnung entscheidet bei Uneinigkeit das Begehren des Ehegatten, das durch Gründe von höherem Gewicht gerechtfertigt ist. Sind die gerechtfertigten Gründe beider Gatten von gleichem Gewicht, so entfällt für die Dauer dieser Gleichgewichtigkeit die Pflicht zum gemeinsamen Wohnen.“⁴⁷ Nichtsdestotrotz blieb der Gesetzgeber bei seiner Formulierung der geltenden Regelung.⁴⁸

Hinsichtlich des neu eingeführten Verfahrens gem § 92 Abs 3 ABGB ist laut *Schwimann* nicht zu vertreten, warum das darin geregelte Feststellungsverfahren nicht auch bei Meinungsverschiedenheiten der Ehegatten über die Wahl der ersten gemeinsamen Wohnung oder bei erneutem Zusammenziehen der Ehegatten infolge einer Wohnungstrennung anwendbar sein sollte.⁴⁹

V. Die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe

Aufgrund des wichtigen Zusammenhangs der Regelung über die Verlegung des gemeinsamen Wohnsitzes gem § 92 Abs 1 ABGB mit der allgemeinen Verpflichtung der Ehegatten zum gemeinsamen Wohnen,⁵⁰ steht im Fokus dieses Kapitels ebendiese – in § 90 Abs 1 ABGB ausdrücklich normierte – Pflicht.

⁴⁴ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 48.

⁴⁵ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 365ff.

⁴⁶ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 369f; Siehe jedoch hierzu Abschnitt VI. E: Laut OGH 6 Ob 638/84 SZ 57/133 = EFSlg 44.820 = JBL 1985, 487 = MietSlg 36.003 = Redok 3012 können sich beide Ehegatten auf gerechtfertigte Gründe berufen, die nur in ihrer eigenen Person gegründet sind.

⁴⁷ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 370.

⁴⁸ Siehe § 92 Abs 1 ABGB.

⁴⁹ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 370.

⁵⁰ Vgl hierzu OGH 1 Ob 723/76 EFSlg 26.010 = EvBl 1977/50 = JBl 1977, 155.

In den folgenden Abschnitten soll zunächst die Stellung der Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen der Ehegatten innerhalb der übrigen Rechte und Pflichten aus dem Bereich der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe näher erläutert werden. Zudem soll aufgezeigt werden, wie sich das Gebot der einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft auf die Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen auswirkt. Schließlich erfährt auch der Inhalt der Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen und die Frage, ob diese durch Vereinbarung der Ehegatten auch ausgeschlossen werden kann, eine eingehende Untersuchung.

Wegen ihres engen Sachzusammenhangs wird in den folgenden Abschnitten auch auf jene Rechte und Pflichten aus dem Bereich der rein persönlichen Ehwirkungen eingegangen, die neben der Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen explizit in § 90 Abs 1 ABGB genannt werden.

A. Vermögensrechtliche und rein persönliche Rechte und Pflichten

Mit Abschluss der Ehe treffen die Ehegatten diverse gesetzliche Rechte und Pflichten. Diese „gesetzlichen Wirkungen“ finden sich unter dem Titel „persönliche Rechtswirkungen der Ehe“ in den §§ 89-100 ABGB.⁵¹ Unter diesen gibt es Rechte und Pflichten, die den höchstpersönlichen Lebensbereich der Ehegatten betreffen, namentlich die Verpflichtung zur umfassenden Lebensgemeinschaft, zur Treue, zur anständigen Begegnung und zum Beistand gem § 90 ABGB, sowie die in § 91 und § 95 ABGB normierte Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft, die Änderung des Wohnsitzes gem § 92 ABGB und das Ehenamensrecht in den §§ 93f ABGB. Sie werden auch als rein persönliche Rechtswirkungen der Ehe bezeichnet.⁵² Unter die persönlichen Rechtswirkungen vermögensrechtlicher Natur fallen die Unterhaltspflicht gem § 94 ABGB, die Schlüsselgewalt gem § 96 ABGB, der Anspruch auf Wohnungserhaltung gem § 97 ABGB sowie die Verpflichtung zur Mitwirkung im Erwerb gem §§ 98-100 ABGB.⁵³

Bedeutsam ist die Unterscheidung zwischen rein persönlichen und vermögensrechtlichen Rechtswirkungen der Ehe insbesondere deswegen, weil jene Verpflichtungen, die sich aus den rein persönlichen Rechtswirkungen ergeben, nicht selbstständig vor Gericht eingeklagt

⁵¹ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 47.

⁵² *Hinteregger*, Privatautonomie in der Ehe, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB (2011) 1007 (1010).

⁵³ *Hinteregger* in FS ABGB 1011.

werden können,⁵⁴ wohingegen die Einhaltung der vermögensrechtlichen Verpflichtungen schon während aufrechter Ehe gerichtlich durchgesetzt werden kann.⁵⁵ Die RV zum Gesetz über die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe sah einen Ausschluss der Klagbarkeit der rein persönlichen Pflichten der Ehegatten ausdrücklich vor, die entsprechende Regelung wurde aber nicht Gesetz.⁵⁶ Es ist jedoch bereits aus § 92 Abs 3 ABGB, der genau umschreibt, in welchen Fällen die Ehegatten das Außerstreitgericht befassen können, zu schließen, dass eben in allen anderen Fällen von Streitigkeiten über die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, eine selbstständige gerichtliche Geltendmachung ausgeschlossen ist.⁵⁷

Verstöße gegen rein persönliche Rechte und Pflichten unterliegen lediglich den Sanktionen im Unterhalts- und Scheidungsrecht, wobei mit § 92 Abs 3 ABGB die Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen eine Ausnahmeregelung erfährt.⁵⁸

B. Die persönlichen Ehwirkungen gem § 90 Abs 1 ABGB

1. Die Verpflichtung zur umfassenden ehelichen Lebensgemeinschaft

Die Verpflichtung zur umfassenden ehelichen Lebensgemeinschaft bildet den Kern der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe.⁵⁹ Beim Terminus „umfassende eheliche Lebensgemeinschaft“ handelt es sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff, der dem Wandel der Zeit unterliegt.⁶⁰ Wenngleich es keine – dem § 90 ABGB alt entsprechende – eheliche Pflicht mehr gibt, ist auch die geschlechtliche Gemeinschaft von der umfassenden ehelichen Lebensgemeinschaft mitumfasst.⁶¹ Die umfassende eheliche Lebensgemeinschaft ist die engste Verbindung zwischen den Ehegatten und umfasst die Wohngemeinschaft, die geistige Gemeinschaft und die Geschlechtsgemeinschaft.⁶² *Hopf/Kathrein* erwähnen neben der Wirtschaftsgemeinschaft auch finanzielle und vermögenswerte Aspekte.⁶³

⁵⁴ Zu den Ausnahmen von diesem Grundsatz für bestimmte Schadenersatzansprüche siehe *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit IPRG, EVÜ, EheG, MRG, WGG, WEG, BTVG, HeizKG, KSchG in zwei Bänden: Band I §§ 1-1174 ABGB³(2000) § 90 Rz 2 u 12.

⁵⁵ *Hinteregger* in FS ABGB 1011 mwN.

⁵⁶ *Hinteregger* in FS ABGB 1011 mwN.

⁵⁷ *Ent*, NZ 1975, 148; siehe auch *Hinteregger* in FS ABGB 1011.

⁵⁸ *Hinteregger* in FS ABGB 1014.; siehe auch *Hopf/Kathrein*, Kurzkommentar Eherecht³ (2014) § 90 Rz 19.

⁵⁹ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 90 Rz 1.

⁶⁰ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 90 Rz 3 mwN.

⁶¹ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 90 Rz 4 mwN.

⁶² *Schwimmann*, ÖJZ 1976, 367. *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 90 Rz 1 mwN.

⁶³ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 90 Rz 1 mwN.

Vereinbarungen, welche die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft aufheben, sind nicht rechtswirksam.⁶⁴

2. Die Treuepflicht

Aus der Verpflichtung zur ehelichen Treue entfließt nicht nur die Pflicht der Ehegatten, keinen Ehebruch zu begehen, sondern, eheliche Treue ist auch das Unterlassen eines Verhaltens, welches eine Störung der Vertrauensbasis zwischen den Ehegatten bewirkt. Nicht einhellig wird die Frage beantwortet, in welchem Umfang die Treuepflicht einer einvernehmlichen Gestaltung zugänglich ist.⁶⁵ Während nach der älteren Rsp eine Vereinbarung sexueller Freiheit nichtig war, unterscheidet hier *Rummel*, dass eine solche Vereinbarung zwar grundsätzlich wegen Sittenwidrigkeit rechtlich keine Gültigkeit und damit keine Verbindlichkeit erlangen kann, was jedoch nicht bedeutet, dass sie rechtlich nicht bedeutsam wäre.⁶⁶ Während des Bestehens einer solchen Vereinbarung kann ein ihr entsprechendes Verhalten im Scheidungsverfahren nicht als Scheidungsgrund geltend gemacht werden.⁶⁷

3. Die Verpflichtung zur anständigen Begegnung

Bei der Verpflichtung zur anständigen Begegnung geht es um ein Verhalten, das in der Gesellschaft als üblich angesehen wird, wobei auch Herkunft, Erziehung, Beruf und Alter der Ehegatten wichtig sind.⁶⁸ Die Verpflichtung zu anständigen Begegnung fordert jenes Maß an Höflichkeit, das dem Milieu, welches die Ehegatten umgibt, sowie der Persönlichkeit der Ehegatten entspricht.⁶⁹ Die Verpflichtung zur anständigen Begegnung schließt Streitigkeiten und Auseinandersetzungen innerhalb der Ehe nicht aus, wenngleich die Ehegatten bei der Austragung ihrer Kontroversen angehalten sind, aufeinander Rücksicht zu nehmen.⁷⁰

⁶⁴ OGH 1 Ob 405/49 SZ 23/137 = EFSlg 10 = EvBl 1964/43; *Schwimann*, ÖJZ 1976, 371; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 90 Rz 3.

⁶⁵ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 90 Rz 7.

⁶⁶ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 90 Rz 7; vgl auch *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 90 Rz 12 mwN.

⁶⁷ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 90 Rz 7 mwN.

⁶⁸ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 90 Rz 8.

⁶⁹ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 90 Rz 11 mwN.

⁷⁰ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 90 Rz 14.

Wörtliche und tätliche Beleidigungen sind hier fehl am Platz.⁷¹ Gewaltausübung und die Zufügung körperlichen oder seelischen Leids sind unzweifelhaft verboten.⁷²

4. Die Beistandspflicht

Die Beistandspflicht bildet die Basis jeder Ehe.⁷³ Die Beistandspflicht umfasst sowohl immaterielle, wie auch materielle Unterstützung.⁷⁴ Als Konkretisierung der Beistandspflicht lassen sich die Verpflichtung zur Unterhaltsleistung, zur Unterstützung im Haushalt, zur Mitwirkung im Erwerb und der Anspruch auf Wohnungsschutz nennen.⁷⁵ Die Beistandspflicht umfasst auch die Betreuung pflegebedürftiger naher Angehöriger des anderen Ehegatten und seit dem FamRÄG 2009⁷⁶ auch die Hilfe bei der Ausübung der Obsorge für in die Ehe mitgebrachten Kinder.⁷⁷ Wenngleich die Beistandsverpflichtung einer Gestaltung durch die Ehegatten zugänglich ist, ist sie dennoch nicht abdingbar.⁷⁸

5. Die Pflicht zum gemeinsamen Wohnen

Wie oben ausgeführt, zählt zur umfassenden ehelichen Lebensgemeinschaft gem § 90 Abs 1 ABGB auch eine Wohngemeinschaft der Ehegatten.⁷⁹ Zudem hat die Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen innerhalb der rein persönlichen Rechtswirkungen der Ehe besondere Bedeutung und wird sowohl vom Gesetz, als auch von der Rsp besonders hervorgehoben.⁸⁰

Laut JAB ist das gemeinsame Wohnen der Ehegatten „die augenscheinliche Grundlage der ehelichen Verbindung und im allgemeinen Voraussetzung dafür, dass eine Ehe überhaupt geführt werden kann“.⁸¹

Beim gemeinsamen Wohnen geht es darum, dass die Ehegatten außerhalb ihres Berufes dieselben Räumlichkeiten benützen; in diesen Räumen muss zudem der Mittelpunkt ihres

⁷¹ Hopf/Kathrein, Eherecht³, § 90 Rz 14 mwN.

⁷² Hopf/Kathrein, Eherecht³, § 90 Rz 14 mwN; Hinteregger/Ferrari, Familienrecht⁷ 52 mwN.

⁷³ Hinteregger/Ferrari, Familienrecht⁷ 51 mwN.

⁷⁴ Hinteregger in Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich (Hrsg), ABGB: §§ 44 bis 100³ (2006) § 90 18 mwN. Hinteregger/Ferrari, Familienrecht⁷ 51.

⁷⁵ Hinteregger/Ferrari, Familienrecht⁷ 51.

⁷⁶ FamRÄG 2009 BGBl I 2009/75.

⁷⁷ Hinteregger/Ferrari, Familienrecht⁷ 51.

⁷⁸ Hinteregger in Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich, ABGB³ § 90 Rz 16.

⁷⁹ Beck in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Kommentar zum Ehegesetz (2008) § 92 Rz 1.

⁸⁰ Vgl. JAB 1662 BlgNR 13. GP 3; Hinteregger in Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich, ABGB³ § 90 Rz 4 mwN.

⁸¹ JAB 1662 BlgNR 13. GP 3

Gemeinschaftslebens liegen.⁸² Die Mitbenützung der Ehwohnung für ausschließlich berufliche Zwecke kann nicht als gemeinsames Wohnen gewertet werden.⁸³

Keine Unterbrechung des gemeinsamen Wohnens ist gegeben, wenn sich ein Ehegatte nur kurzfristig in einer anderen Unterkunft aufhält. Unterbrochen ist in diesem Fall das gemeinsame Wohnen erst dann, wenn sich der bisherige Mittelpunkt der Lebensführung ändert.⁸⁴

Nach Ansicht der Rsp folgt aus der Pflicht zum gemeinsamen Wohnen ein Anspruch jedes Ehegatten, im Gebrauch der Ehwohnung nicht gehindert zu werden. Dieser Anspruch richtet sich sowohl gegen den anderen Ehegatten als auch gegen Dritte. Damit wird das Recht jedes Ehegatten in der gemeinsamen Wohnung Besuche zu empfangen dadurch beschränkt, dass diese das Familienleben nicht irritieren dürfen.⁸⁵

Die Zulässigkeit von Vereinbarungen über getrenntes Wohnen wird von Judikatur und Lehre nicht ganz einheitlich beurteilt, wobei die folgende Darstellung keinesfalls Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. OGH und die hM gehen von der Zulässigkeit einvernehmlichen getrennten Wohnens aus, ohne dass es hierfür besonderer Voraussetzungen bedarf.⁸⁶

Von einem Teil der Lehre wird vertreten, dass getrenntes Wohnen aufgrund einer Vereinbarung nur bei Vorhandensein gerechtfertigter bzw sachlicher Gründe zulässig sei.⁸⁷ Als Gründe werden insbesondere die Berufstätigkeit beider Ehegatten,⁸⁸ aber auch persönliche, wie gesundheitliche Gründe anerkannt.⁸⁹ *Kerschner* tritt an dieser Stelle dafür ein, dass die in §§ 44 und 90 ABGB normierten Rechte und Pflichten der Ehegatten

⁸² *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 90 Rz 8.

⁸³ OGH 1 Ob 723/76 EFSlg 26.010 = EvBl 1977/50 = JBl 1977, 155; siehe auch *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 90 Rz 8.

⁸⁴ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 90 Rz 8.

⁸⁵ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 90 Rz 8.

⁸⁶ OGH 8 Ob 516/89 EFSlg 58.686 = JBl 1989, 717; OGH 3 Ob 2292/96x EFSlg 83.033 = EFSlg = 83.034 = EFSlg 84.546 = EFSlg 84.557 = EFSlg 85.013 = SZ 70/35 = JBl 1998, 245 (Anm Holzner) = ZfRV 1997/47; *Hinteregger* in FS ABGB 1013; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 90 Rz 5 mwN; *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 90 Rz 4 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 1 mwN; *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (2011) § 92 Rz 1; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 90 Rz 8; *Koch* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014) § 90 Rz 2; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² (2016) 8.

⁸⁷ *Ent*, NZ 1975, 145f; *Kerschner*, Vereinbarungen der Ehegatten über die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft, in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992) 391 (399); *Feil/Marent*, Kommentar Familienrecht (2007) § 92 Rz 2; *Kerschner*, Bürgerliches Recht Band V: Familienrecht⁵ (2013) 2/36 mwN; *Kerschner/Wagner*, Familienrecht³ (2015) 7/14; *Smutny* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-On^{1.03} § 92 Rz 1 (Stand 1.4.2016, rdb.at).

⁸⁸ *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 90 Rz 25; *Feil/Marent*, Familienrecht § 92 Rz2; *Kerschner*, Familienrecht⁵ 2/36; *Kerschner/Wagner*, Familienrecht³ 7/14.

⁸⁹ *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 90 Rz 25.

grundsätzlich zwingend sind und stellt die Abdingbarkeit der Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen in Frage, weil dies nicht mit dem Gebot zur umfassenden ehelichen Lebensgemeinschaft vereinbar sei.⁹⁰

Getrenntes Wohnen ist entweder aufgrund einer ausdrücklichen Vereinbarung oder aufgrund einer länger praktizierten Übung als zulässig anzusehen.⁹¹ Uneinigkeit besteht schließlich auch im Falle des Vorliegens sachlicher Gründe darüber, ob getrenntes Wohnen lediglich vorübergehend⁹² oder auch auf Dauer⁹³ zulässig ist.

Zuzustimmen ist hier der hM, wonach die Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen durch Einvernehmen der Ehegatten – sei es aufgrund einer Vereinbarung oder aufgrund faktischen Einvernehmens – abbedungen werden kann.

C. Die Einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft

§ 91 Abs 1 ABGB regelt, dass die Ehegatten „[...] ihre eheliche Lebensgemeinschaft, besonders die Haushaltsführung, die Erwerbstätigkeit, die Leistung des Beistandes und die Obsorge, unter Rücksichtnahme aufeinander und auf das Wohl der Kinder mit dem Ziel voller Ausgewogenheit ihrer Beiträge einvernehmlich gestalten“ sollen.⁹⁴ Dem Gesetz zufolge *sollen* die Ehegatten ihre eheliche Lebensgemeinschaft einvernehmlich gestalten, worin ein Gebot und keine Verpflichtung zu verstehen ist. Zudem erschöpft sich der Bedeutungsgehalt des § 91 in der Pflicht, sich um eine Willenseinigung zu bemühen und nicht eine solche auch tatsächlich zu erzielen.⁹⁵

Eine Pflicht verletzt derjenige Ehegatte, der ein Einverständnis nicht sucht oder am Gestaltungs- und Entscheidungsprozess gar nicht oder nur ungenügend mitwirkt.⁹⁶

Missachtungen des Gebots zur einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft können – mit einigen Ausnahmen, darunter § 92 Abs 3 ABGB⁹⁷ – Folgen im Scheidungsrecht nach sich ziehen oder Schadenersatzansprüche begründen.⁹⁸ Das heißt,

⁹⁰ Kerschner in Harrer/Zitta 399.

⁹¹ Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth, EuPr § 90 Rz 25 mwN; Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 90 Rz 10 mwN.

⁹² Feil/Marent, Familienrecht § 92 Rz 2; Kerschner, Familienrecht⁵ 2/36; Kerschner/Wagner, Familienrecht³ (2015) 7/14.

⁹³ Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth, EuPr § 90 Rz 25mwN.

⁹⁴ § 91 Abs 1 ABGB.

⁹⁵ Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 91 Rz 1 mwN.

⁹⁶ Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 91 Rz 1 mwN.

⁹⁷ Stabentheiner in Rummel, ABGB I³ § 91 Rz 7 mwN.

⁹⁸ Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 91 Rz 1.

dass einerseits keine bestimmte Gestaltung vor Gericht durchgesetzt werden kann. Andererseits kann ein Ehegatte gegen den anderen nicht mit Unterlassungsklage vorgehen, weil dieser ein Verhalten setzt, mit dem er nicht einverstanden ist.⁹⁹

Einvernehmliche Gestaltungen der ehelichen Lebensgemeinschaft sind – soweit es sich um Gestaltungen des rein persönlichen Bereichs handelt – einer selbstständigen gerichtlichen Geltendmachung entzogen.¹⁰⁰

§ 91 Abs 1 ABGB nennt demonstrativ einzelne typische Aspekte der ehelichen Lebensgemeinschaft;¹⁰¹ ihr Wesensgehalt ergibt sich aber eher aus § 90 ABGB.¹⁰² Überdies erstreckt sich das Gebot der einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht nur auf die genannten Teilbereiche sondern ua auch auf die Freizeitgestaltung oder die Wohnungseinrichtung.¹⁰³

Die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist zwar Sache der Ehegatten, dennoch sind sie hierbei nicht völlig ungebunden, sondern sie müssen sich an gesetzliche Vorgaben halten.¹⁰⁴

Die Schranken der einvernehmlichen Gestaltung regelt das Gesetz einerseits in § 91 Abs 1 durch das Gebot der Rücksichtnahme sowie jenes der Wahrung des Kindeswohls.¹⁰⁵ Andererseits sind der Gleichbeteiligungsgrundsatz der Ehegatten hinsichtlich ihrer zu leistenden Beiträge sowie die fundamentalen Wesenselemente der Ehe, wie etwa die Treuepflicht, die Verpflichtung zur Beistandsleistung oder die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft und der Gleichheitsgrundsatz des § 89 ABGB, bei der einvernehmlichen Regelung zu beachten.¹⁰⁶

Das Gesetz normiert keine Formvorschriften; somit gibt es für das Herstellen des Einvernehmens keine Formvorschriften;¹⁰⁷ eine einvernehmliche Gestaltung kann sowohl

⁹⁹ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 91 Rz 7 mwN.

¹⁰⁰ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 91 Rz 7a mwN.

¹⁰¹ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 91 Rz 1.

¹⁰² *Schwimann*, ÖJZ 1976, 367; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 90 Rz 1.

¹⁰³ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 91 Rz 1 mwN.

¹⁰⁴ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 371; *Gschnitzer/Faistenberger*, Österreichisches Familienrecht² (1979) 66; *Kerschner in Harrer/Zitta* 396; *Hinteregger in Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § § 91 Rz 2.

¹⁰⁵ Vgl. *Schwimann*, ÖJZ 371; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 91 Rz 3.

¹⁰⁶ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 91 Rz 3 mwN.

¹⁰⁷ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 371.

ausdrücklich als auch schlüssig erfolgen.¹⁰⁸ Wird der höchstpersönliche Lebensbereich der Ehegatten gestaltet, so behandelt die Rsp dies als faktische Einigung.¹⁰⁹

Eine einvernehmliche Gestaltung kann von den Ehegatten stets durch erneutes Einvernehmen wieder abgeändert werden.¹¹⁰ Gem § 91 Abs 2 ABGB kann jeder Ehegatte auch einseitig von einer einvernehmlichen Gestaltung Abstand nehmen, wenn dem Abgehen von der einvernehmlichen Regelung nicht ein wichtiges Anliegen des anderen Ehegatten oder der Kinder widerspricht. Bei Vorliegen eines wichtigen Anliegens des anderen Ehegatten oder der Kinder, ist das Abgehen dennoch zulässig, sofern es wichtigen persönlichen Interessen des Veränderungswilligen entspricht, die bei objektiver Abwägung gewichtiger sind, als die entgegengesetzten Interessen der Angehörigen. In diesem Falle müssen die Ehegatten Bemühungen an den Tag legen, um ein Einvernehmen über eine Neugestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu erzielen.¹¹¹

Als Beispiele für eine solche Neuordnung der ehelichen Lebensgemeinschaft seien neben Änderungen bezüglich der Erwerbstätigkeit eines Ehegatten oder einer neuen Verteilung der Aufgaben im Bereich der Haushaltsführung, auch der Beschluss, die Kinder außerhalb – etwa in einer Kinderkrippe – betreuen zu lassen, zu nennen. Bezüglich der Verlegung der gemeinsamen Wohnung ist § 92 ABGB einschlägig, der im Verhältnis zu § 91 Abs 2 somit als Sonderregel anzusehen ist.¹¹²

VI. § 92 Abs 1 ABGB – Verlegung des Wohnsitzes ohne Vereinbarung

A. Allgemeines

Wie bereits dargelegt, soll die mit Abschluss der Ehe entstehende Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen von den Ehegatten prinzipiell einvernehmlich gestaltet werden und kann nach der hM auch einvernehmlich abbedungen werden.¹¹³ Wohnen die Ehegatten gemeinsam – haben sie also bereits eine gemeinsame Wohnung begründet – so können sie

¹⁰⁸ OGH 4 Ob 172/15w EF-Z 2016/37 (Anm Gitschthaler) = iFamZ 2016/73; *Schwimann*, ÖJZ 1976, 371; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³§ 91 Rz 4 mwN; vgl auch *Hinteregger in Klang//Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 91 Rz 6. mwN.

¹⁰⁹ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³§ 90 Rz 4 mwN.

¹¹⁰ *Hinteregger in Klang//Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 91 Rz 7.

¹¹¹ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³§ 91 Rz 7a.

¹¹² *Hinteregger in Klang//Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 91 Rz 10.

¹¹³ Siehe bereits Abschnitt V.

auch einvernehmlich entscheiden, die gemeinsame Wohnung zu verlegen oder nicht (mehr) zusammen zu wohnen.¹¹⁴

In einigen gesetzlich geregelten Fällen, ist eine getrennte Wohnungsnahme der Ehegatten zulässig, obwohl hierüber kein Einvernehmen und damit auch keine Vereinbarung existiert. Dies etwa wegen Unzumutbarkeit des Zusammenlebens mit dem anderen Ehegatten oder wenn ein Ehegatte wichtige persönliche Gründe für eine separate Wohnungsnahme hat (§ 92 Abs 2 ABGB). Auch das Vorliegen gleichwertiger Interessen beider Ehegatten, die für oder gegen die Verlegung der gemeinsamen Wohnung sprechen, kann zu rechtmäßig getrenntem Wohnen führen.¹¹⁵ Auch die Aufhebung der gemeinsamen Wohnung aufgrund einstweiliger Verfügung iSd § 382 b bis d EO sei erwähnt.¹¹⁶

§ 92 Abs 1 normiert, welches Verhalten rechtmäßig ist, wenn Ehegatten, die bereits eine gemeinsame Wohnung begründet haben, über ihr zukünftiges Wohnungsverhalten kein Einvernehmen erzielen konnten.¹¹⁷

B. Das Verlangen nach dauerhafter Verlegung der gemeinsamen Wohnung während aufrechter Ehe

Ist der Anwendungsbereich des § 92 Abs 1 ABGB eröffnet, ist auch die richtige Vorgehensweise des verlegungswilligen Ehegatten von Bedeutung: Bei Fehlen einer Einigung der Ehegatten über ihre künftige Wohnsituation, muss der Verlegungswillige den anderen zunächst darüber informieren, dass er die gemeinsame Wohnung verlegen will und aus welchen Gründen er dies tun möchte. Würde ein Ehegatte ohne diese Unterrichtung des anderen einfach ausziehen, läge eine Verletzung der Pflicht zum gemeinsamen Wohnen und der Pflicht zur einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse vor.¹¹⁸

Wenn der Verlegungswillige dem anderen Ehegatten über seine Intention unterrichtet und er für die Verlegung der gemeinsamen Wohnung auch gerechtfertigte Gründe hat, so darf er

¹¹⁴ *Ent*, NZ 1975, 146.

¹¹⁵ *Feil/Marent*, Familienrecht § 92 Rz 3; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 92 Rz 2; aA im Falle gleichwertiger Interessen: *Gschnitzer/Faistenberger*, Familienrecht² 70; *Kerschner/Wagner*, Familienrecht³ Rz 7/16. *Kerschner*; Familienrecht⁵ Rz 2/38.

¹¹⁶ *Feil/Marent*, Familienrecht § 92 Rz 3; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 92 Rz 2.

¹¹⁷ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth* § 92 Rz 1; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 4.

¹¹⁸ *Ent*, NZ 1975, 146.

nach einer angemessenen Frist auch rechtmäßig ausziehen. Welche Frist als angemessen anzusehen ist, richtet sich nach dem Gebot der Rücksichtnahme auf den anderen Ehegatten.¹¹⁹ Liegen auf Seiten des Verlegungswilligen gerechtfertigte Gründe vor, so muss der andere Ehegatte grundsätzlich mit ihm mitziehen, andernfalls handle er rechtswidrig.¹²⁰ Trotz des Vorliegens gerechtfertigter Gründe muss der andere Ehegatte dann nicht mit ausziehen, wenn er sich für sein Verbleiben in der bisherigen Ehwohnung auf gerechtfertigte Gründe von zumindest gleichem Gewicht stützen kann.¹²¹ Im letzten Fall kann es zu getrennten Wohnungen der Ehegatten kommen.¹²² Eine Mindermeinung verbietet in diesem Fall dem Verlegungswilligen Ehegatten den Auszug.¹²³

C. Persönlicher Anwendungsbereich

1. Ehegatten – eingetragene Partner – Lebensgefährten

Wie sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt,¹²⁴ sind die §§ 89 ff ABGB, die die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe regeln (und somit auch § 92 Abs 1 ABGB) nur auf Ehegatten während aufrechter Ehe anwendbar.¹²⁵ Diese Rechte und Pflichten beginnen weder mit Begründung des Hausstandes, noch mit Aufnahme des Geschlechtsverkehrs, sondern mit der Eheschließung und enden durch deren Auflösung.¹²⁶

Für eingetragene Partner gilt das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG),¹²⁷ welches die Stellung gleichgeschlechtlicher Paare, die eine eingetragene Partnerschaft eingehen, weitgehend jener der Ehegatten angleicht.¹²⁸ Hinsichtlich des Wohnungsverhaltens eingetragener Partner enthält § 9 Abs 2 bis 4 EPG eine dem § 92 Abs 1 bis 3 ABGBG (fast) entsprechende Regelung.¹²⁹ Lediglich der Hinweis auf das Kindeswohl fehlt in § 9 Abs 4

¹¹⁹ *Ent*, NZ 1975, 146.

¹²⁰ Vgl *Ent*, NZ 1975, 147.

¹²¹ *Ent*, NZ 1975, 147.

¹²² Vgl. JAB 1662 BlgNr 13. GP 3, *Ent*; NZ 1975, 147.

¹²³ *Gschnitzer/Faistenberger*, Familienrecht² 70; *Kerschner/Wagner*, Familienrecht³ Rz 7/16. *Kerschner*; Familienrecht⁵ Rz 2/38.

¹²⁴ Vgl § 89 ABGB.

¹²⁵ *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 89 Rz 1.

¹²⁶ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 90 Rz 3.

¹²⁷ EPG BGBl I 2009/135.

¹²⁸ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 154f.

¹²⁹ Siehe § 9 EPG; Siehe auch *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 2; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹² 9.

EPG. „Die Rsp zu § 92 ABGB ist daher weitestgehend auch auf eingetragene Partner anzuwenden“.¹³⁰

Wenngleich das Gesetz in einigen Sonderregelungen, die nichteheliche Lebensgemeinschaft der Ehe gleichgestellt hat, entfaltet diese grundsätzlich keine Rechtswirkungen, die jener der Ehe entsprechen.¹³¹ Auf die außereheliche Lebensgemeinschaft, die auch als eheähnliche oder nichteheliche Lebensgemeinschaft bezeichnet wird, sind die §§ 89 ff ABGB somit nicht anwendbar.¹³²

2. Kollisionsrechtliche Behandlung – internationales Privatrecht

Die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe sind – abgesehen von den namensrechtlichen und ehегüterrechtlichen Folgen – kollisionsrechtlich nach § 18 IPRG¹³³ zu beurteilen.¹³⁴ Vom Anwendungsbereich des § 18 IPRG mitumfasst, ist daher auch die Verpflichtung der Ehegatten zum gemeinsamen Wohnen als Teil der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft.¹³⁵

Nach der sogenannten „Kegelschein Leiter sieht § 18 IPRG eine Subsidiaritätskette von Anknüpfungen vor, durch die der gemeinsame Beziehungspunkt der Ehegatten konkretisiert werden soll“.¹³⁶

Gem. § 18 Abs 1 IPRG ist zunächst das gemeinsame Personalstatut maßgeblich. Das bedeutet, dass zwischen zwei Ehegatten – sofern sie eine Staatsangehörigkeit besitzen – dieses „gemeinsame Heimatrecht“ anzuwenden ist, selbst dann, wenn sie nicht im Land ihrer Staatsangehörigkeit leben.¹³⁷ Dh beispielsweise Folgendes: Zwischen zwei verheirateten italienischen Staatsangehörigen kommen die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe nach österreichischem Recht gem § 18 Abs 1 IPRG selbst dann nicht zur Anwendung, wenn sie in Österreich leben; es ist italienisches Heimatrecht anzuwenden. Zwischen zwei Österreichern

¹³⁰ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, EuPr § 92 Rz 2.

¹³¹ Hinteregger/Ferrari, Familienrecht⁷ 150.

¹³² Höllwerth in Gitschthaler/Höllwerth, EuPr § 89 Rz 4.

¹³³ BG über das Internationale Privatrecht BGBl 1978/304.

¹³⁴ Verschraegen in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit IPRG, EVÜ, EheG, MRG, WGG, WEG, BTVG, HeizKG, KSchG in zwei Bänden: Band II/2. Teilband (2002)³ § 18 Rz 1.

¹³⁵ Verschraegen in Rummel, ABGB II/2³ § 18 Rz 1.

¹³⁶ Verschraegen in Rummel, ABGB II/2³ § 18 Rz 4.

¹³⁷ Verschraegen in Rummel, ABGB II/2³ § 18 Rz 4 mwN.

ist § 92 Abs 1 ABGB demgegenüber selbst dann anzuwenden, wenn diese in einem anderen Staat leben.¹³⁸

Ist jedoch ein Ehepartner österreichischer Staatsangehöriger, der andere Flüchtling oder Staatenloser, ist österreichisches Recht maßgeblich, wenn der andere Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat. Handelt es sich bei beiden Ehegatten um Flüchtlinge oder Staatenlose, so ist österreichisches Recht dann anwendbar, wenn beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben.¹³⁹ Bei Ausländern, welche die Staatsangehörigkeit mehrere Staaten besitzen, kommt es für das gemeinsame Personalstatut auf die effektive Staatsangehörigkeit an (§ 9 Abs 1 IPRG), „während österreichische „Mehrstaater“ nur als Österreicher gelten“.¹⁴⁰

Mangelt es an einem gemeinsamen Personalstatut der Ehegatten, ist das letzte gemeinsame Personalstatut ausschlaggebend, sofern einer von ihnen dieses Personalstatut beibehalten hat. Geht dieser Anknüpfungspunkt ins Leere, kommt das Recht jenes Staates zur Anwendung, in dem beide Ehepartner ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, ansonsten das Recht jenes Staates in dem beide zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen diesen beibehalten hat.¹⁴¹

§ 18 Abs 2 IPRG stellt klar, dass das nach Abs 1 bestimmte Recht nur dann zur Anwendung kommt, wenn die Ehe nach diesem Recht auch wirksam ist, ansonsten ist das nach § 18 Abs 1 IPRG nächstberufene Recht heranzuziehen.¹⁴²

Sofern alle Anknüpfungspunkte des § 18 Abs 1 IPRG ins Leere gehen, ist gem 18 Abs 2 IPRG das Recht jenes Staates anzuwenden, nach dem die Ehe wirksam ist und zu dem die Ehegatten eine stärkere gemeinsame Beziehung als zum österreichischen Recht haben; andernfalls – also bei Fehlen einer stärkeren gemeinsamen Beziehung zu einer anderen als der österreichischen Rechtsordnung – kommt österreichisches Recht zur Anwendung, vorausgesetzt, dass die Ehe nach österreichischem Recht zu Stande gekommen wäre. Auch bei gleich starker Beziehung der Gatten zum österreichischen wie zum anderen Recht ist österreichisches Recht maßgeblich. *Verschraegen* nennt an dieser Stelle folgendes veranschaulichendes Beispiel: Zwischen zwei staatenlosen griechisch-orthodoxen Zyprioten,

¹³⁸ Vgl hierzu die theoretischen Ausführungen von *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/2³ § 18 Rz 4.

¹³⁹ Vgl *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/2³ § 18 Rz 4.

¹⁴⁰ *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/2³ § 18 Rz 4.

¹⁴¹ *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/2³ § 18 Rz 4 mwN.

¹⁴² *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/2³ § 18 Rz 6 mwN.

die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Zypern haben, in Österreich standesamtlich geheiratet haben und gemeinsames Vermögen in der Schweiz besitzen, kommt zypriotisches Recht nicht zur Anwendung, weil die Ehe nach diesem Recht nicht besteht. Zur Anwendung kommt österreichisches Recht, da die Ehegatten zu Österreich und zur Schweiz eine gleich starke Beziehung haben.¹⁴³

D. Sachlicher Anwendungsbereich: Die gemeinsame Wohnung

1. Die Ehwohnung

Bei der gemeinsamen Wohnung gem. § 92 Abs 1 ABGB handelt es sich um die Ehwohnung.¹⁴⁴ Für die Qualifikation einer Unterkunft als Wohnung kommt es darauf an, dass sie auf Dauer angelegt ist – also nicht bloß vorübergehenden Charakter besitzt – und, dass sie über entsprechende Versorgungseinrichtungen verfügt und die üblichen Freizeitmöglichkeiten bietet.¹⁴⁵

Einhellig wird die Ehwohnung definiert als „jene Einheit von Räumen [...], in der sich der Schwerpunkt der gemeinsamen Lebensführung der Ehegatten befindet. Dies wird im Allgemeinen dort sein, wo sie hauptsächlich gemeinsam leben, einen gemeinsamen, den Großteil ihrer Lebensbedürfnisse Rechnung tragenden Haushalt führen [...]“ und an den jeder der Ehegatten nach einem kurzweiligen anderweitigen Aufenthalt regelmäßig wieder zurückkehrt.¹⁴⁶ Sommerwohnungen oder Ferienhäuser sind prinzipiell¹⁴⁷ keine Ehwohnungen;¹⁴⁸ auch einer Kurunterkunft kommen die Eigenschaften einer Ehwohnung nicht zu.¹⁴⁹

¹⁴³ *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/2³ § 18 Rz 7.

¹⁴⁴ *Hinteregger* in *Klang//Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 2; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 1.

¹⁴⁵ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek* ABGB I⁴ § 92 Rz 1.

¹⁴⁶ LGZ Wien 45 R 161/78 EFSlg 30.616 = EFSlg 30.617 = EFSlg 30.641 = EFSlg 30.642 = EFSlg 30.648 = EFSlg 30.650 = EFSlg 30.694 = EFSlg 78.236 = EFSlg 78.237 mwN; siehe auch OLG Wien 14 R 249/83 EFSlg 44.818 = EFSlg 44.819 mwN; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 1 mwN; *Hinteregger* in *Klang//Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 1; *Feil/Marent*, Familienrecht §92 Rz 1. *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} §92 Rz 4.

¹⁴⁷ Zu den Voraussetzungen, unter denen einer Sommerwohnung die Eigenschaft einer Ehwohnung zukommen kann, siehe weiter unten.

¹⁴⁸ LGZ Wien 45 R 161/78 EFSlg 30.616 = EFSlg 30.617 = EFSlg 30.641 = EFSlg 30.642 = EFSlg 30.648 = EFSlg 30.650 = EFSlg 30.694 = EFSlg 78.236 = EFSlg 78.237.

¹⁴⁹ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 369; siehe auch *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 1 mwN.

Bei der Ehwohnung kommt es nicht darauf an, dass die Wohnung den Ehegatten gehört; auch eine eheliche Wohngemeinschaft in einer Großfamilie oder sonstigen Wohngemeinschaft, sowie das Wohnen bei Dritten ist unter die Ehwohnung iSd § 92 ABGB zu subsumieren.¹⁵⁰

Keine Wohnsitzverlegung liegt vor, wenn die Ehegattin bis zu ihrem Arbeitsantritt in Lienz zwar noch im Elternhaus des Klägers (in dem sie ein Zimmer bewohnen) bei einigen Arbeiten mithilft, sich aber sonst über Tags in ihrem – in der Nachbarschaft befindlichen – Elternhaus aufhält und in das Zimmer des Klägers in dessen Elternhaus nur mehr zur Nächtigung zurückkehrt.¹⁵¹

Wenn die Ehegatten mehrere Wohnungen gemeinsam, regelmäßig und dauerhaft nützen, dann kommt derjenigen Wohnung die Eigenschaft als Ehwohnung iSd § 92 zu, in der sich der Mittelpunkt des Gemeinschaftslebens abspielt, also dort, wo sich die Ehegatten und Kinder am meisten aufhalten und der Schwerpunkt des Haushalts liegt.¹⁵²

Ausnahmsweise kann auch eine weitere Wohnung als Ehwohnung iSd § 92 ABGB qualifiziert werden. Dies unter den Voraussetzungen, dass beide Wohnungen unter Berücksichtigung ihrer Ausstattung und den tatsächlichen Benützungsverhältnissen gleichwertig sind.¹⁵³ Unter diesen Voraussetzungen kann auch ein Sommerhaus eine Ehwohnung iSd § 92 sein, wenn die Ehegatten dort aus Klimazwecken einen beträchtlichen Teil des Jahres verbringen.¹⁵⁴ Genauso kann eine Bleibe im Ausland als Ehwohnung qualifiziert werden, wenn die Ehegatten sich dort über Jahre aus beruflichen Gründen aufgehalten haben; der Verzug eines Ehegatten in die Heimat könnte als Verstoß gegen § 91 ABGB gewertet werden.¹⁵⁵

¹⁵⁰ Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 92 ABGB Rz 2.

¹⁵¹ OGH 13.6.1990, 6 Ob 555/90 EFSlg 61.720 = EFSlg 61.732 = EFSlg 63.348 = EFSlg 63.350 = EFSlg 63.354 mwN.

¹⁵² Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 92 Rz 1 mwN.

¹⁵³ LGZ Wien 45 R 161/78 EFSlg 30.616 = EFSlg 30.617 = EFSlg 30.641 = EFSlg 30.642 = EFSlg 30.648 = EFSlg 30.650 = EFSlg 30.694 = EFSlg 78.236 = EFSlg 78.237; Stabentheiner in Rummel, ABGB I³ § 92 Rz 1; siehe auch Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 92 ABGB Rz 2; Smutny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} §92 Rz 5.

¹⁵⁴ Smutny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} §92 Rz 5 mwN.

¹⁵⁵ OLG Wien 14 R 249/83 EFSlg 44.818 = EFSlg 44.819; vgl Smutny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} §92 Rz 5 mwN.

Festzuhalten bleibt auch, dass eine Ehewohnung ihre Widmung als solche verlieren kann, wenn die Ehegatten ihre Wohngemeinschaft einvernehmlich auflösen. Einseitiges und willkürliches Abgehen von dieser Vereinbarung ist nicht möglich.¹⁵⁶

Auch die ausschließliche oder überwiegende Benutzung einer eigenen Wohnung, mag sie sich auch im selben Haus befinden (im vorliegenden Fall ging es um eine neu ausgebaute Dachgeschosswohnung), ist kein gemeinsames Wohnen, sondern es ist von einer gesonderten Wohnungsnahme auszugehen.¹⁵⁷

§ 92 Abs 1 ist nach einigen zutreffenden Lehrmeinungen auch dann anzuwenden, wenn zwar über die Wohnsitzverlegung an sich Einigkeit zwischen den Ehegatten besteht, sie aber über die Örtlichkeit der nächsten gemeinsamen Wohnung kein Einvernehmen erzielen konnten.¹⁵⁸ Aa vertritt hier *Schwimann*, wonach § 92 Abs 1 lediglich auf die Alternative zwischen der alten und einer neuen Wohnung, nicht jedoch auf Streitigkeiten zwischen mehreren neuen Wohnungen anzuwenden ist.¹⁵⁹

2. Die erste gemeinsame (Ehe-)Wohnung

Die hM verneint die Anwendung des § 92 Abs 1 ABGB auf die *Auswahl* der ersten gemeinsamen Wohnung.¹⁶⁰ Laut JAB liegt § 92 ABGB die Annahme zu Grunde, dass die Ehegatten am Anfang ihrer Ehe bemüht sein werden, eine gemeinsame Wohnung im gegenseitigen Einvernehmen zu finden und sich Schwierigkeiten erst im weiteren Verlauf der Ehe ergäben, wenn nur ein Ehegatte den Wohnsitz verlegen oder ein Ehegatte etwa vorübergehend gesondert Wohnung nehmen möchte.¹⁶¹

¹⁵⁶ OLG Wien 11 R 28/81 EFSlg 33.772 = EFSlg 37.512; LGZ Wien 41 R 428/83 EFSlg 35.896 = MietSglg 35.8945 = MietSglg 35.896; siehe auch *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ §92 Rz 1.

¹⁵⁷ OGH 1 Ob 723/76 EFSlg 26.010 = EvBl 1977/50 = JBl 1977, 155; Siehe auch *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ §92 Rz 2.

¹⁵⁸ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ §92 Rz 2 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 8; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 5; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 92 ABGB § 92 Rz 4.

¹⁵⁹ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 369.

¹⁶⁰ JAB 1662 BlgNr 13. GP 3; OGH 8 Ob 621/85 EFSlg 47.414; LGZ Wien 47 R 361/87 EFSlg 52.970 = EFSlg 52.980 = EFSlg 52.985; *Ent*, NZ 1975, 145; *Schwimann*, ÖJZ 1976, 369; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ §92 Rz 1; siehe auch *Hinteregger* in *Klang//Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ §92 Rz 1; *Feil/Marent*, Familienrecht § 92 Rz 2; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 3 mwN; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 92 ABGB Rz 3 mwN; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} §92 Rz 6.

¹⁶¹ JAB 1662 BlgNr 13. GP 3. Siehe auch *Schwimann*, ÖJZ 1976, 369.

Die erste gemeinsame Wohnung haben die Ehegatten – mangels eines nach alter Rechtslage vorgesehenen Rechtes des Mannes, die Wohnung zu bestimmen – einvernehmlich gem § 91 ABGB auszuwählen. Hierbei sollen sie sich vom Gebot der Rücksichtnahme aufeinander und das Wohl allfälliger Kinder sowie ihren Vermögens- und Einkommensverhältnissen leiten lassen. Zudem sind die Wünsche des haushaltsführenden Ehegatten zu berücksichtigen, die ua die Distanz der Wohnung zu Einkaufsmöglichkeiten betrifft; aber auch das Anliegen des/der Erwerbstätigen hinsichtlich Nähe der Wohnung zum Arbeitsplatz, sind in die Auswahl miteinzubeziehen. Diese objektiven Kriterien machen den Wunsch eines Ehegatten nach einer bestimmten Wohnung hinsichtlich seiner rechtlichen Vertretbarkeit überprüfbar und es lässt sich dementsprechend auch bestimmen, ob der andere Ehegatte diesem Wunsch zuzustimmen hat.¹⁶²

Im Falle der ersten gemeinsamen Wohnung haben die Ehegatten einvernehmlich¹⁶³ vorzugehen und sich um eine Einigung zu bemühen.¹⁶⁴ In diesem Fall handelt derjenige Ehegatte rechtswidrig, der sich nicht um die Herstellung des Einvernehmens bemüht oder der für seine Wahl keine ausreichenden Rechtfertigungsgründe vorweisen kann.¹⁶⁵ Was zu tun ist, wenn keine Einigung zu Stande kommt, darüber schweigt das Gesetz.¹⁶⁶

Stabentheiner schränkt den Anwendungsbereich des § 92 noch weiter ein: Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 92 ist eine gemeinsam bezogene Wohnung; weder für die erstmalige Begründung einer gemeinsamen Wohnung noch für eine Wohnung, die zwar zum gemeinsamen Wohnen bestimmt ist, aber hierfür noch nicht benutzt wurde, ist der Anwendungsbereich des § 92 eröffnet.¹⁶⁷ Nach *Schwimann/Ferrari* genügt für die Anwendbarkeit des § 92 jedenfalls, dass die Ehegatten Einvernehmen über eine gemeinsame Wohnung erlangt haben.¹⁶⁸

Laut *Schwimann* und *Ferrari/Schwimann* ist § 92 Abs 1 zwar auf die erste gemeinsame Wohnung nicht anwendbar, es ist jedoch nicht zu vertreten, warum das Verfahren nach § 92 Abs 3 nicht das gesamte Wohnungsverhalten der Ehegatten betreffen sollte, wenngleich es

¹⁶² Vgl. *Ent*, NZ 1975, 145.

¹⁶³ EFSlg 47.414, EFSlg 52.970; LG Salzburg 21 R 76/09m EFSlg 122.467 = EFSlg 122.477 = EFSlg 123.697 = EFSlg 122.812 = EFSlg 124.907 = EFSlg 124.954; *Stabentheiner* in Rummel, ABGB I³ § 90 Rz 5.

¹⁶⁴ *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 92 Rz 6 mwN.

¹⁶⁵ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 3

¹⁶⁶ *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 92 Rz 6.

¹⁶⁷ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 1 mwN; so auch *Hopf/Kathrein*, *Eherecht*³ § 92 Rz 3 mwN.

¹⁶⁸ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 4.

dem Gericht auch in diesem Fall verwehrt ist, ein bestimmtes Verhalten der Ehegatten anzuordnen.¹⁶⁹

Koziol/Welser treten aufgrund der Gleichheit der Sachproblematik für eine analoge Anwendung der §§ 92 Abs 1 und 3 ABGB für die Auswahl der ersten gemeinsamen Wohnung ein.¹⁷⁰

Laut Rsp fällt die erstmalige Begründung einer gemeinsamen Ehwohnung weder unter § 92 Abs 1, noch kann ein Streit hierüber Verfahrensgegenstand gem § 92 Abs 3 sein. Begründend wird einerseits der Wortlaut des § 92 Abs 3, andererseits auch das Wesen der Regelung und der Wille des Gesetzgebers, angeführt. „Nach den Intentionen des Gesetzgebers müssen sich die Parteien darüber einigen. Sind sie dazu nicht imstande, wird der Ehe von vornherein jene Qualität abgesprochen, welche den Einsatz des angestrebten gerichtlichen Verfahrens rechtfertigt.“¹⁷¹

Der Argumentation, wonach die Ehegatten am Beginn der Ehe bemüht sein sollten, ein Einvernehmen über ihre Wohnungswahl zu finden und falls dazu nicht in der Lage sein sollten, der Ehe jene Qualität abzusprechen, zu deren Schutz ein Verfahren nach § 92 Abs 3 dient, kann nicht gefolgt werden. Richtigerweise sollen die Ehegatten die erste gemeinsame Wohnung zwar einvernehmlich auswählen; im Falle einer Nichteinigung, sollte es mE nach – entsprechend der dargestellten Rechtsmeinung von *Schwimann* und *Ferrari/Schwimann* zu einer analogen Anwendung des § 92 Abs 3 auf die Wahl der ersten gemeinsamen Wohnung kommen.¹⁷²

E. Gerechtfertigte Gründe

1. Allgemeines

Dem Wortlaut der Sonderbestimmung für das Wohnungsverhalten der Ehegatten folgend, spielt das Vorliegen von gerechtfertigten Gründen für die Wohnsitzverlegung und deren Gewicht – im Verhältnis zu allfälligen gerechtfertigten Gründen des anderen Ehegatten – eine

¹⁶⁹ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 379ff; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 3.

¹⁷⁰ *Koziol/Welser* (Bearb *Kletečka*), Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹⁴ (2014) Rz 1502.

¹⁷¹ LGZ Wien 47 R 361/87 EFSlg 52.970 = EFSlg 52.980 = EFSlg 52.985 mwN.

¹⁷² Siehe hierzu die Ausführungen von *Schwimann*, ÖJZ 1976, 379ff; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 3.

besondere Rolle: Ein Ehegatte kann die Verlegung des gemeinsamen Wohnsitzes nur bei Vorliegen gerechtfertigter Gründe verlangen, wobei der andere mitziehen muss, wenn er nicht gerechtfertigte Gründe von zumindest gleichem Gewicht vorweisen kann.¹⁷³

Der folgende Abschnitt beschäftigt sich zunächst mit allgemeinen Maßstäben, die zur Ermittlung gerechtfertigter Gründe herangezogen werden können. In den weiteren Abschnitten wird der Inhalt der gerechtfertigten Gründe anhand zweier – in diesem Zusammenhang bedeutender – OGH-Entscheidungen näher besprochen.

2. Die drei Gesichtspunkte gerechtfertigter Gründe

Im Gesetz selbst finden sich keine Anhaltspunkte – wie etwa in Form einer taxativen oder zumindest demonstrativen Aufzählung – darüber, was als gerechtfertigt anzusehen ist.¹⁷⁴ Laut *Ent* gilt es bei der Auslegung des Begriffs gerechtfertigt iSd § 92 drei Aspekte zu berücksichtigen:¹⁷⁵

Zum einen kann kein Motiv als gerechtfertigt gelten, welches die Rechtsordnung nicht erlaubt. Ein Ehegatte kann daher seinen Antrag auf Verlegung der gemeinsamen Wohnung nicht darauf stützen, dass er an der neuen Örtlichkeit eine strafbare Handlung leichter verwirklichen kann, oder weil er sich dort einer Rechtspflicht, entziehen könnte. Auch, dass ein Ehegatte an der neuen Örtlichkeit eine außereheliche Beziehung besser leben könnte, ist kein gerechtfertigter Grund iSd Gesetzes.¹⁷⁶

Zum anderen gelten nur von der allgemeinen gesellschaftlichen Anschauung anerkannte Beweggründe als gerechtfertigte Gründe. *Ent* nennt an dieser Stelle die Möglichkeit beruflicher Verbesserungen, die Pflege naher Angehöriger, die Verbesserung der Wohnungsverhältnisse durch das Umziehen in eine Wohnung mit höherem Standard oder das Verziehen in eine gesündere Gegend.¹⁷⁷

Schlussendlich müssen die genannten Gründe unter Berücksichtigung der persönlichen Rechte und Pflichten der Ehegatten begutachtet werden. Die allgemeinen Pflichten der

¹⁷³ Siehe § 92 Abs 1 ABGB.

¹⁷⁴ Siehe § 92 Abs 1 ABGB.

¹⁷⁵ *Ent*, NZ 1975 146.

¹⁷⁶ *Ent* nennt an dieser Stelle etwa eine elterliche Pflicht oder eine bürgerlich-rechtliche Schuld.

¹⁷⁷ *Ent*, NZ 1975, 146.

Ehegatten, die Gebote der Rücksichtnahme aufeinander und auf das Wohl der Kinder, das Gebot zur einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse und schließlich auch die besonderen Pflichten der Ehegatten zur Haushaltsführung und zur Deckung ihrer Lebensbedürfnisse beizutragen, bilden Schranken für eine Rechtfertigung iSd § 92. Außerhalb dieser Schranken können Motive, welche zwar unter den zuerst genannten Aspekten rechtlich anzuerkennen wären, schließlich keine gerechtfertigten Gründe sein.¹⁷⁸

Die Gesichtspunkte des Erlaubt-Seins durch die Rechtsordnung und der Anerkennung durch die allgemeine gesellschaftliche Anschauung bilden dabei allgemeine und absolute Maßstäbe, wohingegen die ehelichen Pflichten relative Wirkung entfalten, die zu einer Bewertung allfälliger gerechtfertigter Gründe aufgrund einer Interessenabwägung führen.¹⁷⁹

Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass eine Wohnungsverlegung für das alltägliche Leben entscheidende Konsequenzen nach sich zieht, sind nur schwerwiegende Gründe als *gerechtfertigt* für den einseitigen Wunsch eines Ehegatten, den Wohnsitz zu verlegen, anzusehen.¹⁸⁰

3. Persönliche Gründe des/der Ehegatten und die Abwägung der Interessenlage anhand von OGH 6 Ob 638/84¹⁸¹

Im vorliegenden Fall hatte der OGH zu beurteilen, ob das Verlangen des Ehegatten auf Verlegung des gemeinsamen Wohnsitzes gerechtfertigt ist. Das Paar hatte 1963 die Ehe geschlossen und drei Kinder bekommen. Unmittelbar nach dem Bezug einer 89 m² großen 4-Zimmer Wohnung, suchte der Ehegatte aufgrund seiner Lärmempfindlichkeit – die Ehwohnung lag an einer viel befahrenen Straße und in der Nähe eines Firmenlagerplatzes mit erheblichem Lastwagenverkehr – eine neue Wohnung, die im Jahre 1978 von beiden Ehegatten erworben wurde. Der Antragsteller bezog diese Wohnung 1982.¹⁸²

¹⁷⁸ Ent, NZ 1975, 146.

¹⁷⁹ Ent, NZ 1975, 146.

¹⁸⁰ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, EheG § 92 Rz 6.

¹⁸¹ OGH 30.8.1984, 6 Ob 638/84 SZ 57/133 = EFSlg 44.816 = EFSlg 44.820 = EFSlg 44.822 = JBl 1985, 487 = MietSlg 36.003 = Redok 3012.

¹⁸² OGH 30.8.1984, 6 Ob 638/84 SZ 57/133 = EFSlg 44.816 = EFSlg 44.820 = EFSlg 44.822 = JBl 1985, 487 = MietSlg 36.003 = Redok 3012.

Laut OGH sind iSd § 92 ABGB sowohl persönliche Gründe des/der Ehegatten, als auch Gründe, die die gesamte Familie, insbesondere auch die Kinder betreffen, ausschlaggebend.¹⁸³

Als – für das Gericht einzig berücksichtigungswürdige – Gründe führte der antragstellende Ehegatte an, dass sich die neue Wohnung in einer ruhigeren und zentraleren Lage befinde und er selbst lärmempfindlich sei.¹⁸⁴

Der OGH hielt fest, dass auch zwar solche Gründe als gerechtfertigte Gründe gelten können, die ausschließlich in der Person des Antragstellers begründet sind, namentlich etwa berufliche oder gesundheitliche Gründe. Der Antrag auf Verlegung der gemeinsamen Wohnung muss somit eben nicht auf Gründe gestützt werden, die die gesamte Familie betreffen.¹⁸⁵

Der OGH räumte zwar ein, dass der Wille des Gesetzgebers, welcher dem Ausschussbericht des Nationalrats zu entnehmen ist, im Wortlaut des Gesetzes nicht eindeutig zum Ausdruck kommt. Jede andere Auslegung des § 92 führe aber zur Ungleichbehandlung des verlegungswilligen Ehegatten und demjenigen, der in der Ehwohnung verbleiben will. Derjenige Ehegatte, der in der bisherigen Wohnung bleiben will, könne nämlich sehr wohl persönliche Rechtfertigungsgründe ins Treffen führen; daher sei zur Vermeidung eines Ungleichgewichtes nur diese Auslegung zu vertreten. „Eine sinnvolle Auslegung dieser Bestimmung kann daher nur darin liegen, dass sich beide Teile für ihren jeweiligen Standpunkt sowohl auf persönliche Gründe, als auch auf solche berufen können, welche für die gesamte Familie gelten“. ¹⁸⁶ Laut *Beck* zählen zu den Gründen, die die gesamte Familie betreffen etwa Wohnungsgröße, Wohnungslage, Schulumöglichkeiten und Freizeitinteressen.¹⁸⁷

Der OGH hielt im vorliegenden Fall die vom Antragssteller behauptete zentralere und ruhigere Lage im Zusammenhang mit dessen Lärmempfindlichkeit nicht ausreichend, um, nach Abwägung beider Interessen und der Interessen der Kinder, ein Verlangen nach § 92

¹⁸³ OGH 30.8.1984, 6 Ob 638/84 SZ 57/133 = EFSlg 44.816 = EFSlg 44.820 = EFSlg 44.822 = JBl 1985, 487 = MietSlg 36.003 = Redok 3012; Siehe auch *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 6.

¹⁸⁴ OGH 30.8.1984, 6 Ob 638/84 SZ 57/133 = EFSlg 44.816 = EFSlg 44.820 = EFSlg 44.822 = JBl 1985, 487 = MietSlg 36.003 = Redok 3012.

¹⁸⁵ OGH 30.8.1984, 6 Ob 638/84 SZ 57/133 = EFSlg 44.816 = EFSlg 44.820 = EFSlg 44.822 = JBl 1985, 487 = MietSlg 36.003 = Redok 3012 mwN.

¹⁸⁶ OGH 30.8.1984, 6 Ob 638/84 SZ 57/133 = EFSlg 44.816 = EFSlg 44.820 = EFSlg 44.822 = JBl 1985, 487 = MietSlg 36.003 = Redok 3012.

¹⁸⁷ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Ehegesetz § 92 Rz 6.

Abs 1 zu rechtfertigen; dies insbesondere nicht unter Berücksichtigung der Tatsache, dass zwischen den beiden Streitteilen bereits ein Scheidungsverfahren anhängig war.¹⁸⁸

4. Psychische Beeinträchtigungen als gerechtfertigter Grund anhand von OGH 7 Ob 591/92¹⁸⁹

In 7 Ob 591/92 stellte der OGH klar, dass auch psychische Beeinträchtigungen unter bestimmten Voraussetzungen als gerechtfertigte Gründe iSd § 92 gelten können. Der vom OGH angenommene Sachverhalt spielte sich wie folgt ab: Das Ehepaar hatte eine gemeinsame Wohnung im Erdgeschoss des Zweifamilienhauses der Eltern des Gatten bezogen. Nach Auseinandersetzungen der Ehegattin mit der Schwiegermutter, als deren Folge kein Kontakt mehr zwischen den Frauen bestand und die Schwiegermutter auch keinerlei Interesse für ihr Enkelkind zeigte, teilte die Gattin ihrem Mann mit, dass sie verziehen möchte, was sie – nach der Weigerung des Mannes mitzuziehen – schließlich mit den Kindern auch alleine tat. Der angespannte Zustand bei den Schwiegereltern belastete die Ehegattin und ihr psychischer Zustand war angegriffen.¹⁹⁰

Der OGH verwies in seiner Entscheidung auf die ständige Rechtsprechung und stellte fest, dass psychische Beeinträchtigungen dann als wichtiger Grund eine gesonderte Wohnungnahme rechtfertigen, wenn hieraus eine dauernde gesundheitliche Schädigung droht.¹⁹¹ Der OGH verwies in seiner rechtlichen Begründung auf eine Entscheidung aus dem Jahr 1977; in diesem Fall litt der Antragsteller (der einen Antrag auf Feststellung der Rechtmäßigkeit der gesonderten Wohnungnahme stellte) an einer schweren Organneurose sowie einer vegetativen Stigmatisation und sollte aufgrund dessen keinerlei psychischer Belastung ausgesetzt werden, da er hierdurch irreparable Schäden erleiden könnte. Dem Gutachten des Sachverständigen folgend, war es aus psychiatrisch neurologischer Sicht sehr wahrscheinlich, dass der Antragsteller durch den Verbleib in der Ehewohnung psychische und körperliche dauerhafte, krankhafte Schädigungen erleiden würde, was sogar seine Unfähigkeit

¹⁸⁸ OGH 30.8.1984, 6 Ob 638/84 SZ 57/133 = EFSlg 44.816 = EFSlg 44.820 = EFSlg 44.822 = JBl 1985, 487 = MietSlg 36.003 = Redok 3012.. Zur Konkurrenz zwischen Feststellungsverfahren und Scheidungsverfahren siehe Kapitel VII.C.4.

¹⁸⁹ OGH 7 Ob 591/92 EFSlg 67.653 = EFSlg 67.654 = EFSlg 67.655 = EFSlg 67.656.

¹⁹⁰ OGH 7 Ob 591/92 EFSlg 67.653 = EFSlg 67.654 = EFSlg 67.655 = EFSlg 67.656.

¹⁹¹ OGH 7 Ob 591/92 EFSlg 67.653 = EFSlg 67.654 = EFSlg 67.655 = EFSlg 67.656.

zu Folge haben könnte, seinem kräfte- und konzentrationsraubenden Beruf nachzugehen.¹⁹² Allein die theoretische Möglichkeit einer dauerhaften gesundheitlichen Schädigung ist nicht ausreichend.¹⁹³ Ebenso sind bloße Empfindungen und Meinungen des betroffenen Gatten hierfür ungenügend, sondern es kommt auf den objektiven Sachverhalt und dessen Gewichtung an.¹⁹⁴ Es zählen nur konkrete Umstände, die eine Schädigung zumindest wahrscheinlich machen.¹⁹⁵

In 7 Ob 591/92 hielt der OGH die bisherigen Feststellungen für eine abschließende Beurteilung des Gesundheitszustandes der Antragstellerin für ungenügend und erließ den Auftrag an das Erstgericht in einem fortgesetzten Verfahren, allenfalls durch Einholung eines Sachverständigengutachtens, ergänzende Feststellungen zu treffen.¹⁹⁶

F. Die Interessenabwägung

Kommt das Gericht zur Auffassung, dass die Gründe des Antragstellers als gerechtfertigt anzusehen sind, so hat es dennoch abzuwägen, wie sich die Wohnsitzverlegung auf die übrigen Familienmitglieder auswirken würde und „ob danach das Interesse des Antragstellers an der Verlegung der gemeinsamen Wohnung gegenüber den Interessen der Antragsgegnerin überwiegt“. Gem § 92 Abs 3 sind hierbei die gesamten Umstände der Familie, insbesondere das Wohl der Kinder zu berücksichtigen.¹⁹⁷ Hierzu zählen die Größe, die Kosten sowie die Lage der Wohnung, die berufliche Situation sowie Alter, Gesundheit und Persönlichkeit, die Möglichkeiten hinsichtlich Ausbildung, Kultur und Freizeit.¹⁹⁸

Entsprechend dem Grundsatz der gleichrangigen Partnerschaft und dem Gebot zur gegenseitigen Rücksichtnahme, ist bei der für die Gemeinschaft der Ehegatten

¹⁹² OGH 6 Ob 731/76 EvBl 1978/8 = EFSlg 28.537 = EFSlg 28.542 = EFSlg 28.543 = EFSlg 28.558 = JBl 1979, 86. = MietSlg 29.001.

¹⁹³ OGH 6 Ob 731/76 EvBl 1978/8 = EFSlg 28.537 = EFSlg 28.542 = EFSlg 28.543 = EFSlg 28.558 = JBl 1979, 86. = MietSlg 29.001.

¹⁹⁴ OGH 6 Ob 731/76 EvBl 1978/8 = EFSlg 28.537 = EFSlg 28.542 = EFSlg 28.543 = EFSlg 28.558 = JBl 1979, 86. = MietSlg 29.001; OGH 7 Ob 591/92 EFSlg 67.653 = EFSlg 67.654 = EFSlg 67.655 = EFSlg 67.656; LGZ Wien 44 R 190/80 EFSlg 35.157 = EFSlg 35.158 = EFSlg 35.159 = EFSlg 35.161 = EFSlg 35.162 = EFSlg 37.124 = MietSlg 32.003.

¹⁹⁵ OGH 7 Ob 591/92 EFSlg 67.653 = EFSlg 67.654 = EFSlg 67.655 = EFSlg 67.656.

¹⁹⁶ OGH 7 Ob 591/92 EFSlg 67.653 = EFSlg 67.654 = EFSlg 67.655 = EFSlg 67.656.

¹⁹⁷ OGH 30.8.1984, 6 Ob 638/84 SZ 57/133 = EFSlg 44.816 = EFSlg 44.820 = EFSlg 44.822 = JBl 1985, 487 = MietSlg 36.003 = Redok 3012.

¹⁹⁸ *Schwimmann/Ferrari in Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 5 FN 12 mwN.

bedeutungsvolle Frage der Wohnsitzverlegung, die Bedachtnahme auf den Willen beider Ehegatten erforderlich.¹⁹⁹

Eine besondere Rolle spielt in diesem Zusammenhang das vom Gesetz ausdrücklich genannte Wohl der Kinder. Ob unter den Kindern nur die gemeinsamen Kinder der Ehegatten oder auch die Kinder zu verstehen sind, die ein Ehegatte in die Ehe mitgebracht hat, ist angesichts der jüngeren rechtlichen Entwicklung klar zu Gunsten des letzteren zu beantworten. Wenngleich zum Zeitpunkt der Erlassung des § 92 Abs 3, der Patchworkfamilie keinesfalls eine der heutigen vergleichbaren Bedeutung zukam, anerkannte schon die ältere Rsp die Verpflichtung der Ehegatten, ihre Beistandspflicht unter Rücksichtnahme auf das Wohl aller Kinder einvernehmlich zu gestalten. Seit dem FamRÄG 2009 und dem neuen § 90 Abs 3 ABGB umfasst die Verpflichtung zum ehelichen Beistand ausdrücklich auch die Obsorge der Stiefkinder; zudem verankert die Regelung eine besondere Beistandspflicht gegenüber dem mit der Obsorge betrauten Ehegatten. Dementsprechend ist es bei der Durchführung der Interessenabwägung auf die Interessen aller – und nicht nur der gemeinsamen – in der Ehwohnung lebenden Kinder Bedacht zu nehmen.²⁰⁰

G. Die drei Fallkonstellationen des § 92 Abs 1

Nach der hM²⁰¹ normiert § 92 Abs 1 nach seinem durchaus verwirrenden Wortlaut drei „Varianten der Konstellation“, dass ein Ehegatte den Wunsch hat, den bisherigen gemeinsamen Wohnsitz zu verlegen und der andere diesem Verlangen nicht entsprechen möchte.²⁰²

Kann der verlegungswillige Ehegatte gerechtfertigte Gründe für seinen Wunsch nach Verlegung des gemeinsamen Wohnsitzes ins Treffen führen und ergibt die nach den eben besprochenen Grundsätzen durchzuführende Interessenabwägung, dass seine Interessen

¹⁹⁹ Vgl. JAB 1662 BlgNr 13. GP 3; OLG Wien 14 R 101/79 EFSlg 32.696 = EFSlg 33.943 = EFSlg 33.944 = EFSlg 34.043 = EFSlg 33.044; OLG Wien 11 R 239/83 EFSlg 42.504.

²⁰⁰ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, EuPr § 92 Rz 7.

²⁰¹ Vgl. JAB 1662 BlgNr 13. GP 3; OGH 30.8.1984, 6 Ob 638/84 SZ 57/133 = EFSlg 44.816 = EFSlg 44.820 = EFSlg 44.822 = JBl 1985, 487 = MietSlg 36.003 = Redok 3012 mwN; Ent, NZ 1975, 146f; Stabentheiner in Rummel, ABGB I³ § 92 Rz 3 mwN; Hinteregger in Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich, ABGB³ § 92 Rz 4 mwN; Beck in Gitschthaler/Höllwerth, EheG § 92 Rz 6 u 7 mwN; Beck in Gitschthaler/Höllwerth, EuPr § 92 Rz 7 u 8 mwN; Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 92 Rz 5 mwN; Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 92 Rz 5 u 6; Koch in KBB⁴ § 92 Rz 2 mwN; Smutny in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 92 Rz 11 u 12 mwN.

²⁰² Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 92 Rz 5.

überwiegen, dann wäre eine Weigerung desjenigen Ehegatten, der in der Ehewohnung verbleiben möchte, rechtswidrig.²⁰³ Demnach darf der Verlegungswillige ausziehen, der andere Ehegatte ist hingegen nicht berechtigt, in der bisherigen Wohnung zu verbleiben. Im Falle einer Trennung handelt der Verlegungswillige rechtmäßig, wohingegen derjenige Ehegatte, der sich weigert mitzuziehen rechtswidrig.²⁰⁴

Ergibt die Interessenabwägung hingegen ein Überwiegen der Interessen des verbleibungswilligen Ehegatten und der Kinder, dann ist der Wunsch des Verlegungswilligen nicht gerechtfertigt.²⁰⁵ Der Ehegatte, der den Wohnsitz verlegen will, ist verpflichtet, in der bisherigen gemeinsamen Wohnung zu verbleiben. Verzögerer er trotzdem, setzte er damit eine Handlung die unter § 49 EheG zu subsumieren wäre.²⁰⁶

Schließlich bleibt noch der Fall, dass der Ehegatte, der eine Verlegung des gemeinsamen Wohnsitzes verlangt, zwar gerechtfertigte Gründe hierfür hat, derjenige Ehegatte, der eine Beibehaltung der bisherigen Wohnungssituation wünscht, jedoch gerechtfertigte Gründe von gleichem Gewicht hierfür ins Treffen führen kann. Dann kommt es nach der hM zu einer rechtmäßigen Wohnsitztrennung der Ehegatten: Der Verlegungswillige ist berechtigt auszuziehen und der andere darf in der bisherigen Ehewohnung bleiben.²⁰⁷ Insofern normiert auch § 92 Abs 1 ABGB eine Ausnahme von der Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen.²⁰⁸ *Ent* nennt an dieser Stelle einige mögliche Beispiele: Wenn sich etwa für einen der Ehegatten eine außergewöhnliche berufliche Chance ergibt oder er in einer Zeit des Arbeitsplatzmangels, um überhaupt eine Anstellung zu finden, den Wohnort wechseln

²⁰³ Vgl. JAB 1662 BlgNr 13. GP 3; OGH 30.8.1984, 6 Ob 638/84 SZ 57/133 = EFSlg 44.816 = EFSlg 44.820 = EFSlg 44.822 = JBl 1985, 487 = MietSlg 36.003 = Redok 3012.487 mwN; vgl auch *Ent*, NZ 1975, 146; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 3 mwN; *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 4 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 6 u 7 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 7 u 8 mwN; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 5 mwN; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 92 Rz 5 u 6; *Koch* in *KBB*⁴ § 92 Rz 2 mwN; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 92 Rz 11 u 12 mwN.

²⁰⁴ *Ent*, NZ 1975, 147.

²⁰⁵ Vgl. JAB 1662 BlgNr 13. GP 3; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 3 mwN; *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 4 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 6 u 7 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 7 u 8 mwN; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 5 mwN; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 92 Rz 5 u 6; *Koch* in *KBB*⁴ § 92 Rz 2 mwN; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 92 Rz 11 u 12 mwN.

²⁰⁶ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 7;

²⁰⁷ Vgl. JAB 1662 BlgNr 13. GP 3; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 3 mwN; *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 4 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 6 u 7 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 7 u 8 mwN; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 5 mwN; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 92 Rz 5 u 6; *Koch* in *KBB*⁴ § 92 Rz 2 mwN; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 92 Rz 11 u 12 mwN.

²⁰⁸ *Ent*, NZ 1975, 147.

müsste, der andere aber am derzeitigen Wohnort eine außerordentliche berufliche Stellung innehat; gleiches gilt für den Fall, dass der eine Ehegatte als Atomphysiker oder Raumfahrer eine Ausbildung an einer bestimmten Örtlichkeit erarbeiten will, der andere aber, weil er beispielsweise seine betagten Eltern versorgen muss, nicht wegzuziehen vermag.²⁰⁹

Eine andere – mE nicht zutreffende – Ansicht vertreten diesbezüglich *Gschnitzer/Faistenberger*²¹⁰ und *Kerschner*.²¹¹ Als Begründung dafür, dass der verlegungswillige Ehegatte in diesem Fall nicht ausziehen darf, führen *Gschnitzer/Faistenberger* aus, dass § 92 Abs 1 ABGB von der Verlegung der gemeinsamen Wohnung handelt und an der Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen nichts ändert; es geht nicht wie in § 92 Abs 2 ABGB um die vorübergehende gesonderte Wohnungsnahme.²¹² Auch nach *Kerschner* kann es – nach dem Grundsatz „Im Zweifel für die Familie“ – im Falle gleichgewichtiger Interessen der Ehegatten nicht zu getrennten Wohnsitzen kommen und die Wohnungsverlegung muss unterlassen werden.²¹³

Für den Fall, dass die wichtigen Gründe, die einen Ehegatten am Mitziehen gehindert haben, wegfallen, lebt die Pflicht zum gemeinsamen Wohnen wieder auf²¹⁴ und beide Ehegatten sind wieder dazu gehalten, sich um die Begründung eines gemeinsamen Wohnsitzes zu bemühen.²¹⁵ Eine Verpflichtung des verbliebenen Ehegatten, den ausgezogenen Ehegatten wieder in die ehemals gemeinsame Wohnung aufzunehmen, wird aber nur anzunehmen sein, wenn ihm dies noch zumutbar ist; für den Fall, dass neben der Wohngemeinschaft auch die eheliche Gemeinschaft aufgelöst ist, ist dies jedenfalls zu verneinen.²¹⁶

²⁰⁹ *Ent*, NZ 1975, 147.

²¹⁰ *Gschnitzer/Faistenberger*, Familienrecht² 70.

²¹¹ *Kerschner*, Familienrecht⁵ 2/38; siehe auch *Kerschner/Wagner*, Familienrecht³ 7/16.

²¹² *Gschnitzer/Faistenberger*, Familienrecht² 70.

²¹³ *Kerschner*, Familienrecht⁵ 2/38; siehe auch *Kerschner/Wagner*, Familienrecht³ 7/16.

²¹⁴ *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 3; siehe auch *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 5.

²¹⁵ *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 3.

²¹⁶ *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 3 mwN.

H. § 92 Abs 1 und § 92 Abs 2 – eine kurze Gegenüberstellung

§ 92 normiert in seinen ersten beiden Absätzen zwei unterschiedliche Fälle: während § 92 Abs 1 eine auf Dauer geplante Wohnsitzverlegung thematisiert, geht es in § 92 Abs 2 um die vorübergehende gesonderte Wohnungsnahme eines Ehegatten iS einer Wohnungstrennung.²¹⁷

Gemeinsam ist den beiden Bestimmungen, die für deren Anwendbarkeit wesentliche Unterscheidung zwischen Verlegung der Wohnung bzw gesonderter Wohnungsnahme und getrennter Unterkunft²¹⁸: Unterkunft ist dabei ein beschränkter Aufenthalt in einer Bleibe außerhalb der beruflichen Tätigkeit, wohingegen eine gesonderte Wohnungsnahme „das Ausziehen aus der gemeinsamen Wohnung und die Verlegung des persönlichen Mittelpunkts der Lebensführung in eine entsprechend ausgestattete dauerhafte Bleibe“ ist. Es ist die umfassende Raumbenützung, die die Wohnungsnahme, im Gegensatz zur Unterkunft im Hotel oder allenfalls einer Betreuung in einem Krankenhaus oder einer Kuranstalt, kennzeichnet. Als Ausnahme sei hier lediglich der Fall zu nennen, dass ein Ehegatte bereits dann, wenn er sich eine Unterkunft nimmt, die Intention hat, in naher Zukunft nicht in die Ehewohnung heimzukehren.²¹⁹

Eine weitere Gemeinsamkeit der beiden Bestimmungen liegt im vorgesehenen Verfahren; gem § 92 Abs 3 kann sowohl ein Antrag auf Feststellung der Rechtmäßigkeit des Wohnungsverhaltens der Ehegatten nach § 92 Abs 1 als auch nach Abs 2 Gegenstand einer Entscheidung des Außerstreitgerichts gemacht werden.²²⁰

§ 92 Abs 2 normiert insofern eine Ausnahme von der allgemeinen Verpflichtung der Ehegatten zum gemeinsamen Wohnen, als es einem Ehegatten gestattet ist, solange gesondert Wohnung zu nehmen, als dies durch Überwiegen seiner Interessen infolge der Unzumutbarkeit des Zusammenlebens oder wichtiger persönlicher Gründe gerechtfertigt ist.²²¹ Unterschiede ergeben sich insbesondere dann, wenn neben einem Verfahren gem § 92 Abs 3 auch ein Scheidungsverfahren anhängig ist.²²²

²¹⁷ *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 92 Rz 4.* Laut *Schwimann/Ferrari* gehen die Abs 1 u 2 des § 92 – wie OGH 1 Ob 615/85 EFSIlg 47.416 zeigt – jedoch ineinander über.

²¹⁸ Vgl. *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 92 Rz 6.*

²¹⁹ *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 92 Rz 6.*

²²⁰ *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 92 Rz 13.*

²²¹ *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 92 Rz 6ff.*

²²² Siehe hierzu Abschnitt VIII.C.4.

Als Provisorium ist die vorübergehende gesonderte Wohnungsnahme gem. § 92 Abs 2 keine Endlösung, sondern eben nur bis zu dem Zeitpunkt gerechtfertigt als die genannten Gründe noch anhalten.²²³ Aus dem provisorischen Charakter des § 92 Abs 2 folgen zwei Konsequenzen. Zum einen kommen als Gründe iSd § 92 Abs 2 nur solche Umstände in Betracht, die ihrem Wesen nach wieder wegfallen können²²⁴ wie beispielsweise das unfreundliche Verhalten eines Ehegatten oder das unzumutbare Zusammenleben mit dem Ehegatten während des anhängigen Scheidungsverfahrens (mit Ehescheidung endet die Verpflichtung der Ehegatten zum gemeinsamen Wohnen und damit endet auch der im Zusammenleben liegende Unzumutbarkeitsgrund).²²⁵ Schließlich trifft die Ehegatten die Verpflichtung, ihre Wohngemeinschaft wieder aufzunehmen, nachdem der Trennungsgrund weggefallen ist.²²⁶

Bei § 92 Abs 1 geht es gerade um eine dauerhafte Wohnsitzverlegung dh um eine nicht bloß vorübergehende Lösung.²²⁷ Bei gleichwertigen Interessen des verlegungswilligen Ehegatten und desjenigen, der in der Ehewohnung verbleiben möchte, können die Ehegatten rechtmäßig und ohne Einvernehmen²²⁸ auf Dauer getrennt wohnen.²²⁹

In den Fällen des § 92 Abs 1 wird nicht vorausgesetzt, dass die Ehegatten sich um Einvernehmen bemühen; derjenige Ehegatte, der gesondert Wohnung nehmen möchte ist – insbesondere in den Fällen der Unzumutbarkeit des Zusammenlebens – nicht dazu verpflichtet, den anderen über sein Vorhaben und die dafür vorliegenden Gründe zu informieren, sofern die Gründe eine vorübergehende gesonderte Wohnungsnahme rechtfertigen.²³⁰

²²³ JAB 1662 BlgNr 13. GP 3; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 7 mwN.

²²⁴ Siehe hierzu OGH 7 Ob 545/80 EFSlg 35.156; OGH 4 Ob 601/87 OGH 4 Ob 601/87 EFSlg 55.895 = EFSlg 55.897 = MietSlg 40.002; OGH 6 Ob 687/88 EFSlg 55.892 = EFSlg 55.895.

²²⁵ *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 7 mwN.

²²⁶ JAB 1662 BlgNr 13. GP 3; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 7 mwN; siehe auch *Hopf/Kathrein*, *Eherecht*³ § 92 Rz 8 mwN.

²²⁷ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 90 Rz 2. *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 5 mwN.

²²⁸ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, *EuPr* § 92 Rz 8 mwN.

²²⁹ Vgl. *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} §92 Rz 12 mwN.

²³⁰ *Ent*, NZ 1975, 147.

VII. Verfahren nach § 92 Abs 3

A. Allgemeines

Gem. § 92 Abs 3 kann jeder der Ehegatten vor oder auch nach der Verlegung der Wohnung oder der gesonderten Wohnungsnahme die Entscheidung des Gerichtes beantragen; das Gericht hat im außerstreitigen Verfahren festzustellen, ob das Verlangen auf Verlegung der gemeinsamen Wohnung, die Weigerung mitzuziehen oder die gesonderte Wohnungsnahme durch einen Ehegatten rechtmäßig war oder ist, wobei es bei der Entscheidung auf die gesamten Umstände der Familie, besonders auf das Wohl der Kinder, Bedacht zu nehmen hat.²³¹ Eine Verpflichtung, ein Verfahren nach § 92 Abs 3 zu beantragen, gibt es nicht; wird kein Verfahren gem § 92 Abs 3 durchgeführt, ist die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Wohnungsverhaltens der Ehegatten allenfalls in einem späteren Verfahren als Vorfrage zu fällen.²³² Ob das Wohnungsverhalten eines Ehegatten rechtmäßig war oder ist, hängt nicht von der gerichtlichen Feststellung ab.²³³ Laut JAB eröffnet § 92 Abs 3 den Ehegatten die Möglichkeit eines Verfahrens; Materielle Grundlage für die Begutachtung ihres Wohnungsverhaltens bilden die Abs 1 und 2.²³⁴

Grundsätzlich ist bei Uneinigkeiten der Ehegatten über Rechte und Pflichten aus dem Bereich der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, eine gesonderte Befassung des Außerstreitgerichtes – und auch des Gerichtes überhaupt – nicht möglich.²³⁵ An das Gericht können derartige Streitigkeiten nur im Zuge einer anderen Klage, wie etwa einer Unterhaltsklage oder einer Klage auf Scheidung, herangetragen werden. Dies ergibt sich daraus, dass das Gesetz ausdrücklich und präzise umschreibt, in welchen Angelegenheiten der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, das Außerstreitgericht befasst werden kann.²³⁶

²³¹ § 92 Abs 3 ABGB.

²³² *Ent*, NZ 1975, 148 mwN.

²³³ OLG Wien 16 R 177/81 EFSlg 37.516; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 8 mwN; *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 9 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 3 mwN; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 13 mwN; *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 9.

²³⁴ JAB 1662 BlgNR 13. GP 3.

²³⁵ *Ent*, NZ 1975, 148. vgl hierzu auch *Hinteregger* in FS ABGB 1011.

²³⁶ *Ent*, NZ 1975, 148; vgl hierzu auch *Hinteregger* in FS ABGB 1011.

Wenngleich es sich bei der Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen um eine höchstpersönliche Verpflichtung der Ehegatten handelt,²³⁷ eröffnet § 92 Abs 3 ABGB, als Sonderbestimmung, den Ehegatten die Möglichkeit, in bestimmten Fällen von Streitigkeiten über das Wohnungsverhalten, eine feststellende Entscheidung des Außerstreitgerichtes zu beantragen.²³⁸ Laut JAB liegt die Absicht hinter dieser Ausnahmeregelung darin, dass die Ehegatten in der gewichtigen Frage des gemeinsamen Wohnens, nicht gleich auf den Scheidungsrichter delegiert werden sollen, um herauszufinden, ob ihr Verhalten rechtmäßig war.²³⁹

Laut *Ent* ist eine analoge Anwendung des § 92 Abs 3 auf andere Fragen unzulässig; er begründet dies wie folgt: Das Gesetz betrachtet die Frage des gemeinsamen Wohnens als derart gewichtig, dass es hierfür sogar ein eigenes Verfahren vorgesehen hat; mangels Gleichartigkeit des Sachverhalts der im § 92 geregelten Fälle mit anderen Streitigkeiten, ist eine Analogie ausgeschlossen. Außerdem ist „die Aussage des Gesetzes völlig eindeutig“.²⁴⁰ Anträge, die in § 92 Abs 3 keine Deckung finden, muss das Gericht zurückweisen. Abzuweisen sind Anträge, die über die gerichtliche Feststellung hinausgehende Begehren enthalten. Dies wäre der Fall, wenn beantragt wird, das Gericht möge aussprechen, dass den einen Ehegatten die Pflicht treffe, dem anderen zu folgen.²⁴¹

Ein Verfahren gem § 92 Abs 3 kann immer nur dann beantragt werden, wenn eine konkrete neue Wohnung, die als Ehewohnung in Betracht kommt, bereits verfügbar ist.²⁴² Eine allgemeine Feststellung darüber, dass eine Verlegung des Wohnsitzes rechtmäßig ist, ohne, dass sich die Feststellung auf eine bestimmte Wohnung bezieht, ist nicht möglich. Der Grund liegt darin, dass eine Interessenabwägung ohne Bewertung der durch eine Wohnortveränderung hervorgerufen konkreten Umstände, nicht durchgeführt werden kann.²⁴³

Für den Kostenersatzanspruch in einem Feststellungsverfahren gem § 92 Abs 3 ist § 78 AußStrG²⁴⁴ einschlägig; ein allfälliger Kostenersatzanspruch orientiert sich somit am

²³⁷ *Hinteregger* in FS ABGB 1010.

²³⁸ *Ent*, NZ 1975, 147f.

²³⁹ JAB 1662 BlgNR 13. GP 3

²⁴⁰ *Ent*, NZ 1975, 148; vgl hierzu auch *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ §92 Rz 7.

²⁴¹ *Ent*, NZ 1975, 148.

²⁴² *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 9 mwN.

²⁴³ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 9.

²⁴⁴ AußStrG BGBl 2003/111.

Erfolgsprinzip. Die ältere Rsp, nach der in diesem Fall der Prozessaufwand nicht zuerkannt wurde, ist seit der Novellierung des AußStrG im Jahre 2003²⁴⁵ nicht mehr zutreffend.²⁴⁶

Unter Berücksichtigung des Themas dieser Arbeit, wird bei der Beurteilung von Verfahrensfragen in den folgenden Abschnitten hauptsächlich auf die Wohnsitzverlegung gem. § 92 Abs 1 eingegangen und die gesonderte Wohnungsnahme gem. § 92 Abs 2 ABGB nur insoweit behandelt, als ein Bezug zu § 92 Abs 1 ABGB besteht.

B. Anrufung des Gerichts im Falle der ersten gemeinsamen Wohnung?

Auf die Problematik, der Anwendbarkeit des § 92 auf die erste gemeinsame Wohnung, wurde bereits hingewiesen.²⁴⁷ Wenngleich die hM²⁴⁸ zwar davon ausgeht, dass § 92 Abs 1 nicht auf die Auswahl der ersten gemeinsamen Wohnung anwendbar ist, so treten *Schwimann* und *Schwimann/Ferrari* – denen zu folgen ist – dafür ein, dass zumindest das Feststellungsverfahren nach § 92 Abs 3 auf das gesamte Wohnungsverhalten der Ehegatten anwendbar sein sollte. Es sollte somit auch das Wohnungsverhalten der Ehegatten im Falle der Uneinigkeit über die Begründung der ersten gemeinsamen Wohnung, oder bei einem Streit über ein späteres Zusammenziehen – für den Fall, dass die gemeinsame Wohnung vorher aufgelöst wurde – hinsichtlich seiner Rechtmäßigkeit, im außerstreitigen Verfahren analog zu § 92 Abs 3 überprüft werden können.²⁴⁹ Laut *Schwimann* geht es in diesem Zusammenhang immer um die gleichen Wertungen, Interessen und Konsequenzen.²⁵⁰ Auch bei analoger Anwendung des § 92 Abs 3 auf die Auswahl der ersten gemeinsamen Wohnung, ist es dem Gericht verwehrt, für die Ehegatten die Wohnung auszuwählen, einem Ehegatten aufzutragen, dem anderen an dessen Wohnsitz zu folgen, oder den anderen an seinem Wohnsitz aufzunehmen.²⁵¹ Auch in diesem Fall liegt nämlich der Zweck des

²⁴⁵ BGBl I 2003/111.

²⁴⁶ Beck in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 32.

²⁴⁷ Siehe Kapitel VI.D.2.

²⁴⁸ JAB 1662 BlgNr 13. GP 3; OGH 8 Ob 621/85 EFSlg 47.414; LGZ Wien 47 R 361/87 EFSlg 52.970 = EFSlg 52.980 = EFSlg 52.985 Ent, NZ 1975, 145; *Schwimann*, ÖJZ 1976, 369; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ §92 Rz 1; siehe auch *Hinteregger in Klang//Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ §92 Rz 1; *Feil/Marent*, Familienrecht § 92 Rz 2; *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 3 mwN; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 92 ABGB Rz 3 mwN; *Smutny in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} §92 Rz 6.

²⁴⁹ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 370; *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 3. aA LGZ Wien 47 R 361/87 EFSlg 52.970 = EFSlg 52.980 = EFSlg 52.985; Ent, NZ 1975, 145; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 92 Rz 3. *Smutny in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 92 Rz 6.

²⁵⁰ *Schwimann*, ÖJZ 1976, 370.

²⁵¹ *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 3 FN 10.

Feststellungsverfahrens darin, mit präjudizieller Wirkung für ein allfälliges Scheidungs- oder Unterhaltsverfahren, die Rechtmäßigkeit bzw Unrechtmäßigkeit des Wohnungsverhaltens der Ehegatten zu klären.²⁵²

Ent tritt dafür ein, dass bezüglich der Wahl der ersten gemeinsamen Wohnung oder der Wiederaufnahme (bei vorheriger Aufgabe) der Ehwohnung, die gesonderte Anrufung des Außerstreitgerichtes nicht vorgesehen ist. Derartige Meinungsverschiedenheiten können nur im Zuge eines anderen Prozesses als Vorfrage beurteilt werden.²⁵³

C. Verfahren vor dem Außerstreitgericht

Gem. § 1 Abs 2 AußStrG ist das Außerstreitverfahren in denjenigen bürgerlichen Rechtssachen anzuwenden, für die dies im Gesetz angeordnet ist.²⁵⁴ § 92 Abs 3 ABGB weist das Verfahren über die Rechtmäßigkeit des Wohnungsverhaltens der Ehegatten ausdrücklich dem Verfahren außer Streitsachen zu.²⁵⁵

Im 4. Abschnitt des Außerstreitgesetzes werden die sogenannten „Eheangelegenheiten“ geregelt. Unter den „Eheangelegenheiten“ sind neben der einvernehmlichen Scheidung und der Abgeltung der Mitwirkung im Erwerb des anderen, auch die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse zu verstehen.²⁵⁶ Da die Aufzählung der Verfahren in § 93 Abs 1 AußStrG taxativ²⁵⁷ ist (und das Verfahren über Eheangelegenheiten zudem keine Sonderregelungen für die Feststellung der Rechtmäßigkeit der gesonderten Wohnungsnahme normiert),²⁵⁸ finden die Vorschriften für Eheangelegenheiten auf die Feststellung gem § 92 Abs 3 keine Anwendung und es bleibt diesbezüglich bei den allgemeinen Regeln des Außerstreitgesetzes.²⁵⁹ Das bedeutet unter anderem, dass die Einschränkung des § 4 Abs 1 AußStrG durch § 93 Abs 1 Satz 1 AußStrG für die Feststellung

²⁵² *Schwimann*, ÖJZ 1976, 370.

²⁵³ *Ent*, ÖJZ 1975, 145.

²⁵⁴ § 1 Abs 2 AußStrG.

²⁵⁵ § 92 Abs 3 ABGB.

²⁵⁶ *Deixler-Hübner* in *Rechberger* (Hrsg), Außerstreitgesetz² (2013) Vor § 93 Rz 1.

²⁵⁷ *Nademleinsky* in *Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz (2013) § 93 Rz 3.

²⁵⁸ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 24; *Fucik/Kloiber*, Kurzkommentar Außerstreitgesetz (2005) § 93 Rz 1; *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² Vor § 93 Rz 1.

²⁵⁹ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr §§ 93-96 AußStrG Rz 1; *Nademleinsky* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 93 Rz 3.

der Rechtmäßigkeit des Wohnungsverhaltens der Ehegatten nicht gilt²⁶⁰ und die Vertretung der Parteien in erster Instanz durch jede eigenberechtigte Person zulässig ist.²⁶¹

Um ihren Zweck zu erfüllen, soll die Entscheidung aufgrund eines möglichst raschen Verfahrens ergehen; Verfahrensverzögerungen durch überspannte Genauigkeitserfordernisse sind beim Verfahren nach § 92 Abs 3 ABGB fehl am Platz.²⁶² Das Hinzuziehen eines Sachverständigen widerspricht diesem Grundsatz jedoch nicht,²⁶³ wenn auch die Entscheidung in besonderen Einzelfällen nur auf der Grundlage eines ärztlichen Attests und die Einvernahme der Ehegatten ergehen kann.²⁶⁴ Das Verfahren ist einem „Provisorialverfahren“ ähnlich²⁶⁵ und zielt auf eine präjudizielle Vorklärung für ein allfälliges Unterhalts- oder Scheidungsverfahren ab.²⁶⁶ Die Bestimmung der Intensität des Verfahrens hat unter Bedachtnahme darauf stattzufinden, dass die gerichtliche Feststellung gem § 92 Abs 3 die Wirkung einer alle Gerichte bindenden Vorfrageentscheidung entfaltet.²⁶⁷

Das Gericht hat im Außerstreitverfahren den maßgeblichen Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln.²⁶⁸ Es kommt allerdings nur auf die vom Antragsteller geltend gemachten Gründe an.²⁶⁹

²⁶⁰ *Nademleinsky* schreibt hier zwar nur über die gesonderte Wohnungsnahme, durch den allgemeinen Verweis auf § 92 ABGB ergibt sich aber, dass das Gesagte auch auf Verfahren über die Verlegung des gemeinsamen Wohnsitzes gem § 92 Abs 1 ABGB anwendbar ist.

²⁶¹ *Nademleinsky* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 93 Rz 1 u 3..

²⁶² OGH 7 Ob 538/85 EFSlg 47.420 = EFSlg 47.421 = EFSlg 47.425 = EFSlg 47.426 = 49.665 = EFSlg 49.855; OGH 4 Ob 601/87 EFSlg 55.895 = EFSlg 55.897 = MietSlg 40.002; OGH 6 Ob 687/88 EFSlg 55.892 = EFSlg 55.895; LGZ Wien 43 R 772/96j EFSlg 79.823; LGZ Wien 45 R 101/08y = EFSlg 119.029 = EFSlg 119.030 = EFSlg 119.032 = EFSlg 119.036 = EFSlg 119.037; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 8; *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 9 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 20 mwN.

²⁶³ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 20.

²⁶⁴ LGZ Wien 43 R 254/02z EFSlg 99.098 = EFSlg 99.099 = EFSlg 99.100 = EFSlg 99.105; LG Wels 21 R 224/06z EFSlg 113.073 = EFSlg 113.077 = EFSlg 113.078 = EFSlg 113.079 = EFSlg 113.081 = EFSlg 113.082 = EFSlg 113.084; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 20; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 92 Rz 14.

²⁶⁵ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 25 mwN.

²⁶⁶ OGH 7 Ob 538/85 EFSlg 47.420 = EFSlg 47.421 = EFSlg 47.425 = EFSlg 47.426 = 49.665 = EFSlg 49.855; OGH 4 Ob 601/87 EFSlg 55.895 = EFSlg 55.897 = MietSlg 40.002; OGH 6 Ob 687/88 EFSlg 55.892 = EFSlg 55.895; OGH 1 Ob 526/91 EFSlg 64.891 = EFSlg 64.892 = EFSlg 64.893 = RZ 1993/16; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 8 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 93 Rz 23, *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 27; *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 9.

²⁶⁷ *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 25.

²⁶⁸ OGH 7 Ob 538/85 EFSlg 47.420 = EFSlg 47.421 = EFSlg 47.425 = EFSlg 47.426 = 49.665 = EFSlg 49.855; OGH 4 Ob 601/87 EFSlg 55.895 = EFSlg 55.897 = MietSlg 40.002; LGZ Wien 45 R 101/08y = EFSlg 119.029 = EFSlg 119.030 = EFSlg 119.032 = EFSlg 119.036 = EFSlg 119.037; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 19.

²⁶⁹ OGH 7 Ob 538/85 EFSlg 47.420 = EFSlg 47.421 = EFSlg 47.425 = EFSlg 47.426 = 49.665 = EFSlg 49.855; OGH 4 Ob 601/87 EFSlg 55.895 = EFSlg 55.897 = MietSlg 40.002; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 19 mwN.

1. Internationale Zuständigkeit

a) Allgemeines

§ 114a JN²⁷⁰ regelt die außerstreitigen Ehe- und Partnerschaftsangelegenheiten. Dabei handelt es sich um jene außerstreitigen Angelegenheiten „die entweder [...] auf die Auflösung des Ehe- oder Partnerschaftsverhältnisses gerichtet sind oder [...] sich aus dem (aufrechten oder aufgelösten) Ehe- oder Partnerschaftsverhältnis ergeben und im Verfahren außer Streitsachen zu erledigen sind.“²⁷¹

Hierzu zählen – neben einigen weiteren außerstreitigen Ehe- und Partnerschaftsangelegenheiten –²⁷² sowohl das Verfahren auf Feststellung der Rechtmäßigkeit der Verlegung des Wohnsitzes, als auch das Verfahren auf Feststellung der Rechtmäßigkeit der gesonderten Wohnungsnahme gem. § 92 Abs 3 ABGB und § 9 Abs 4 EPG.²⁷³

Nademleinsky, der unter die Ehe- und Partnerschaftsangelegenheiten lediglich den Antrag auf Feststellung der Rechtmäßigkeit der gesonderten Wohnungsnahme gem. § 92 Abs 2 iVm § 92 Abs 3 ABGB subsumiert, ist an dieser Stelle nicht zu folgen.²⁷⁴

Bei der Begutachtung der internationalen Zuständigkeit ist stets der Vorrang des europäischen Zivilprozessrechts zu beachten, sodass für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit in Ehe- und Partnerschaftsangelegenheiten § 114a Abs 4 JN nur dann einschlägig ist, wenn nicht eine Regelung des europäischen Zivilprozessrechts einen anderen Mitgliedstaat für international zuständig erklärt.²⁷⁵

Wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, müssen die internationale Zuständigkeit in Verfahren gem § 92 Abs 3 ABGB (Eheangelegenheiten) und die internationale Zuständigkeit in Verfahren gem § 9 Abs 4 EPG (Partnerschaftsangelegenheiten) separat betrachtet werden,

²⁷⁰ Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/111.

²⁷¹ *Simotta* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I: EGJN und JN³ (2013) § 114a JN Rz 4.

²⁷² Siehe hierzu die übersichtliche Aufzählung bei *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 114a JN Rz 1.

²⁷³ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 114a JN Rz 1 mwN; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 4. *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 114a JN Rz 1. *Mayr* in *Rechtberger*, AußStrG § 114a JN Rz 1.

²⁷⁴ *Nademleinsky* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 114a JN Rz 2; Siehe hierzu auch *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 114a JN Rz 1 FN 5, der die Rechtsmeinung *Nademleinskys* ebenfalls ausdrücklich ablehnt.

²⁷⁵ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 61/1. Vgl zum Vorrang der Brüssel II a-VO auch *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 76 JN Rz 1.

wobei die internationale Zuständigkeit in Partnerschaftsangelegenheiten, der Vollständigkeit halber, kurz erläutert werden soll.

b) Verfahren gem § 92 Abs 3 ABGB

Die EuEheKindVO²⁷⁶ grenzt ihren Anwendungsbereich in ihrem Art 1 ab. Art 1 Abs 1 lit a EuEheKindVO versteht unter Ehesachen lediglich solche Angelegenheiten, deren Konsequenz die Auflösung oder Lockerung des Ehebandes ist, nicht aber jene, in denen ein Anspruch geltend gemacht wird, der seinen Ursprung im Eheverhältnis hat. Demnach ist die EuEheKindVO unter anderem nicht auf den Antrag eines Ehegatten gem. § 92 Abs 3 ABGB anwendbar.²⁷⁷

Prinzipiell könnten sowohl die EuGVVO²⁷⁸ als auch das LGVÜ 2007²⁷⁹ auf Verfahren gem § 92 Abs 3 ABGB Anwendung finden, da diese Angelegenheit nicht unter den Ausnahmetatbestand der ehelichen Güterstände zu subsumieren ist.²⁸⁰ Laut *Simotta* – der zuzustimmen ist – sollte, da es sich bei einem Antrag gem § 92 Abs 3 um eine Angelegenheit der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe handelt, dieses Verfahren aufgrund des engen Zusammenhangs mit der Ehe, ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich der EuGVVO und des LGVÜ 2007 fallen. Zur Begründung führt *Simotta* aus, dass es sich um einen Anspruch handelt, den nur ein Ehepartner gegen den anderen geltend machen kann; zudem könnte das Verfahren gem § 92 Abs 3 unter Umständen auch vom Ausnahmetatbestand „Personenstand“ erfasst sein.²⁸¹

Demnach richtet sich – mangels Anwendbarkeit des europäischen Zivilverfahrensrechts – die internationale Zuständigkeit für Verfahren nach § 92 Abs 3 ABGB nach § 114a Abs 4 JN.²⁸² Gem § 114a Abs 4 JN ist Österreich dann international zuständig, wenn ein Ehegatte die

²⁷⁶ VO (EG) 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABI L 2003/338, 1.

²⁷⁷ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 61/3.

²⁷⁸ VO (EU) 1215/2012 des europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 2012/351, 1.

²⁷⁹ Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen BGLB 1996/448.

²⁸⁰ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 61/9.

²⁸¹ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 61/10.

²⁸² *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 61/11.

österreichische Staatsbürgerschaft besitzt oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.²⁸³

Die internationale Zuständigkeit kann auch in außerstreitigen Ehe- und Partnerschaftsangelegenheiten nicht durch eine Parteienvereinbarung begründet werden.²⁸⁴

c) Verfahren gem § 9 Abs 4 EPG

Die EuEheKindVO ist auf Verfahren über Ansprüche, die einer eingetragenen Partnerschaft entspringen, nicht anwendbar. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass die Verordnung bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften generell keine Anwendung findet.²⁸⁵

Abgesehen von der einvernehmlichen Auflösung der eingetragenen Partnerschaft, finden sowohl die EuGVVO als auch das LGVÜ 2007 auf die außerstreitigen Partnerschaftsangelegenheiten Anwendung. Der Grund liegt darin, dass es sich bei einer eingetragenen Partnerschaft nicht um eine Ehe (nach dem klassischen Begriffsverständnis) handelt und diese damit nicht unter den Ausnahmetatbestand der ehelichen Güterstände fällt.²⁸⁶ Demzufolge sind die EuGVVO und das LGVÜ auch das Verfahren auf Feststellung der Rechtmäßigkeit des Verlangens eines eingetragenen Partners auf Verlegung der gemeinsamen Wohnung oder die Weigerung des anderen mitzuziehen und auf die Feststellung der Rechtmäßigkeit der gesonderten Wohnsitznahme durch einen eingetragenen Partner gem § 9 Abs 4 EPG anzuwenden und die internationale Zuständigkeit richtet sich nach diesen beiden Verordnungen.²⁸⁷

Schließlich jedoch finden die EuGVVO und das LGVÜ 2007 nur dann Anwendung, sofern der Antragsgegner seinen Wohnsitz entweder in einem Mitgliedsstaat der EuGVVO oder einem Vertragsstaat des LGVÜ 2007 hat. Ist dies nicht der Fall, richtet sich auch bei einem Verfahren gem § 9 Abs 4 EPG die internationale Zuständigkeit nach autonomem österreichischem Recht. Die internationale Zuständigkeit ist gem § 114a Abs 4 JN dann

²⁸³ *Nademleinsky* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr §114a JN Rz 10 mwN; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG §114a JN Rz 9 mwN; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 62 mwN.

²⁸⁴ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 114a JN Rz 3.

²⁸⁵ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 61/3.

²⁸⁶ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 61/12 u 61/13. Vgl auch Art 1 Abs 2 lit a EuGVVO und Art 1 Abs 2 lit a LGVÜ.

²⁸⁷ *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 61/13.

gegeben, wenn einer der eingetragenen Partner österreichischer Staatsbürger ist oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.²⁸⁸

2. Sachliche, funktionelle und örtliche Zuständigkeit

Gem. § 104a JN sind in Verfahren außer Streitsachen die Bezirksgerichte dann sachlich zuständig, soweit nichts anderes bestimmt ist.²⁸⁹ „Die Bezirksgerichte werden gem § 5 JN durch den Einzelrichter tätig“.²⁹⁰

§ 114a Abs 1 bis 3 JN regeln die örtliche Zuständigkeit der außerstreitigen Ehe- und Partnerschaftsangelegenheiten. Zu beachten ist, dass die Attraktionsgerichtsstände der Abs 2 u 3 dem Abs 1 vorgehen.²⁹¹ Vor dem Gerichtsstand gem Abs 2, genießt jener gem Abs 3 den Vorrang.²⁹² Bei Anhängigkeit mehrerer streitiger Ehe- und Partnerschaftsangelegenheiten gem § 76 JN und mehrerer außerstreitiger Ehe- und Partnerschaftsangelegenheiten gem § 114a JN ist der Wille des Gesetzgebers zu beachten, diese Verfahren beim Gericht der Ehe- und Partnerschaftssache zu konzentrieren.²⁹³

Gem § 114a Abs 2 JN ist, für den Fall, dass mehrere gleichartige oder unterschiedliche Ehe- oder Partnerschaftsangelegenheiten sukzessiv anhängig gemacht werden, für beide Verfahren dasjenige Gericht zuständig, bei dem der erste Antrag auf Entscheidung einer Ehe- oder Partnerschaftsangelegenheit eingebracht wurde, sofern das erste Verfahren in erster Instanz noch nicht beendet ist.²⁹⁴ Eine abweichende Vereinbarung der Zuständigkeit ist jedoch erlaubt.²⁹⁵ Da § 114a Abs 2 JN den Zweck der Verfahrenskonzentration verfolgt, gilt er für alle Ehe- und Partnerschaftsangelegenheiten und nicht nur für jene, die in Abs 2 genannt werden (somit auch für die einvernehmliche Scheidung und einen Antrag nach § 98 EheG bzw § 41 EPG).²⁹⁶

²⁸⁸ *Simotta in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 61/14.

²⁸⁹ § 104a JN; *Klicka/Oberhammer/Domej*, Außerstreitverfahren⁵ (2014) Rz 50.

²⁹⁰ *Klicka/Oberhammer/Domej*, Außerstreitverfahren⁵ Rz 51.

²⁹¹ *Nademleinsky in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 114a JN Rz 1; *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 114a JN Rz 12; *Simotta in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 10.

²⁹² *Nademleinsky in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 114a JN Rz 1; *Simotta in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 11.

²⁹³ *Nademleinsky in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR § 114a JN Rz 5; *Simotta in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 12; *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 114a JN Rz 12.

²⁹⁴ *Simotta in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 21.

²⁹⁵ *Simotta in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 21; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 114a JN Rz 1. *Mayr in Rechberger*, AußStrG² § 114a JN Rz 4.

²⁹⁶ *Simotta in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 23f. Genannt werden in § 114a Abs 2 JN der Antrag auf Feststellung der Rechtmäßigkeit des Verlangens auf Verlegung der gemeinsamen

§ 114a Abs 3 JN stellt auf – bei Antragstellung – bereits anhängige Streitige Ehe- und Partnerschaftssachen gem § 76 JN, wie die Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung ab. § 114a Abs 3 JN entspricht den Grundsätzen des § 76a JN.²⁹⁷ Er normiert, dass während der Anhängigkeit eines Ehe- oder Partnerschaftsverfahrens in erster Instanz, dieses Gericht der Ehe- oder Partnerschaftssache auch über die im außerstreitigen Verfahren zu entscheidenden Ehe- und Partnerschaftsangelegenheiten zuständig ist;²⁹⁸ eine Gerichtsstandsvereinbarung ist auch in diesem Fall zulässig.²⁹⁹ § 114a Abs 3 findet auf alle Ehe- und Partnerschaftssachen Anwendung, die während des Bestehens der Ehe bzw Partnerschaft anhängig gemacht werden können, somit auch auf einen Antrag gem § 92 Abs 3 ABGB oder § 9 Abs 4 EPG. § 114a Abs 3 JN gilt ebenso für die einvernehmliche Scheidung bzw einvernehmliche Auflösung der eingetragenen Partnerschaft und für einen Antrag gem § 98 EheG bzw § 41 EPG.³⁰⁰

Wenn sowohl ein außerstreitiges als auch ein Streitiges Verfahren anhängig sind – für den Fall, dass zuerst ein außerstreitiges und danach ein Streitiges Verfahren anhängig gemacht wurden – ist für ein weiteres außerstreitiges Verfahren dasjenige Gericht örtlich zuständig, bei dem das Streitige Verfahren anhängig ist.³⁰¹

Die individuelle Zuständigkeit gem § 114a Abs 2 u 3 JN besteht allerdings nur bis das Vorverfahren ein bestimmtes Verfahrensstadium erreicht hat, namentlich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz bzw mit Übergabe der Urschrift über die Sache zur Abfertigung an die Geschäftsstelle.³⁰²

Wenn kein anderes Verfahren – also weder eine andere Ehe- oder Partnerschaftsangelegenheit noch ein Streitiges Ehe- oder Partnerschaftsverfahren – anhängig ist, dann richtet sich die örtliche Zuständigkeit für außerstreitige Ehe- und Partnerschaftsangelegenheiten nach § 114a Abs 1 JN und aufgrund dessen Verweises, nach § 76 Abs 1 JN. Demzufolge richtet sich die

Wohnung, der Weigerung mitzuziehen oder der gesonderten Wohnungsnahme, ein Antrag auf angemessene Abgeltung der Mitwirkung im Erwerb oder auf Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse oder ein Antrag auf Anerkennung einer ausländischen Entscheidung über den Bestand der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft. Siehe § 114a Abs 2 JN.

²⁹⁷ *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 114a JN Rz 13 mwN; *Mayr in Rechberger*, AußStrG² § 114a JN Rz 5.

²⁹⁸ *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 114a JN Rz 13 u 16. *Simotta in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 34. *Mayr in Rechberger*, AußStrG² § 114a JN Rz 5.

²⁹⁹ *Simotta in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 34.

³⁰⁰ *Simotta in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 38.

³⁰¹ *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 114a JN Rz 13; *Simotta in Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 12.

³⁰² *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 114a JN Rz 14 mwN.

örtliche Zuständigkeit zunächst nach dem gemeinsamen oder letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten oder eingetragenen Partner, sofern zum Zeitpunkt der Antragsstellung wenigstens einer der beiden noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Sprengel dieses Gerichts hat.³⁰³

Subsidiär ist das Gericht zuständig, in dessen Sprengel der Antragsgegner seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat; hat dieser keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich mehr, kommt es auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Antragstellers an.³⁰⁴ Sofern beide Ehegatten oder eingetragenen Partner über keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich verfügen, ist – vorausgesetzt die österreichische internationale Zuständigkeit ist gegeben – ist das BG Innere Stadt Wien zuständig.³⁰⁵

Sofern die Ehegatten oder eingetragenen Partner einen gemeinsamen Antrag stellen – was im Falle der Wohnsitzverlegung durchaus möglich ist – und sie unterschiedliche gewöhnliche Aufenthalte in Österreich haben, schafft jeder von diesen gewöhnlichen Aufenthalten eine Zuständigkeit nach § 114a Abs 1 iVm § 76 Abs 1 JN.³⁰⁶

3. Antragsteller

Sowohl im Falle des § 92 Abs 1 als auch des § 92 Abs 2 ist jeder Ehegatten berechtigt, einen Antrag auf eine feststellende Entscheidung des Außerstreitgerichts zu stellen.³⁰⁷ Die einzeln gebliebene Entscheidungen LGZ Wien 44 R 247/83 EFSlg 44.828, in der dies nicht vertreten wird, erfährt in darauffolgenden Entscheidungen ausdrückliche Ablehnung.³⁰⁸

³⁰³ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 114a JN Rz 18 mwN; *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 15 u 15/1.

³⁰⁴ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 114a JN Rz 19 *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 16.

³⁰⁵ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 114a JN Rz 19. *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 17.

³⁰⁶ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 114a JN Rz 19 mwN. . *Simotta* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze I³ § 114a JN Rz 17.

³⁰⁷ OGH 1 Ob 723/76 EFSlg 26.010 = EvBl 1977/50 = JBl 1977, 155; LGZ Wien 43 R 653/86 EFSlg 50.164; LGZ Wien 47 R 984/87 EFSlg 52.981 = EFSlg 52.986; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 7 mwN; *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 9; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 19; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 13; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 92 Rz 12;

³⁰⁸ LGZ Wien 43 R 653/86 EFSlg 50.164 und LGZ Wien 47 R 984/87 EFSlg 52.981 = EFSlg 52.986; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 13.

Der Antrag kann sowohl vor der geplanten als auch nach der durchgeführten Wohnungsverlegung gestellt werden.³⁰⁹ Der Antrag kann demnach einerseits gestellt werden, wenn die Verlegung der gemeinsamen Wohnung bzw die gesonderte Wohnungsnahme bereits erfolgt ist, andererseits auch, wenn sie noch andauert oder wenn sie erst folgen soll.³¹⁰

Sowohl der Verlegungswillige, als auch derjenige Ehegatte, der in der bisherigen Ehwohnung verbleiben möchte, kann die gerichtliche Entscheidung darüber beantragen, ob die Forderung nach Verlegung der gemeinsamen Wohnung bzw die Ablehnung des anderen mitzuziehen, rechtmäßig war oder ist. Auch das Begehren auf Feststellung, dass der eigene Verbleib in der Ehwohnung rechtmäßig war, ist zulässig.³¹¹

4. Feststellungsverfahren und Scheidungsverfahren

Nach der hM schließt ein anhängiges Scheidungsverfahren einen Antrag auf gesonderte Wohnungsahme nach § 92 Abs 3 nicht aus und die beiden Verfahren können nebeneinander geführt werden.³¹² Vereinzelt gebliebene Entscheidungen schließen die Zulässigkeit eines Antrags auf gesonderte Wohnungsahme gem § 92 Abs 2 u Abs 3 ABGB ab Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens jedoch aus.³¹³

Beck differenziert beim Problem parallel laufender Scheidungs- und Feststellungsverfahren einerseits zwischen Zulässigkeit und Erfolgsaussichten und andererseits zwischen Verfahren aufgrund eines Antrags gem § 92 Abs 1 iVm Abs 3 und eines Antrags gem § 92 Abs 2 iVm Abs 3 ABGB. Parallel laufende Feststellungs- und Scheidungsverfahren sind zwar prinzipiell zulässig, nach Anhängigkeit des Scheidungsverfahrens haben Anträge aufgrund des § 92 Abs 1 und § 92 Abs 2 jedoch unterschiedliche Aussichten auf Erfolg. *Beck* legt seiner Ansicht einer Entscheidung des OGH aus dem Jahre 1984 zu Grunde, die bereits im Zusammenhang

³⁰⁹ JAB 1662 BlgNr 13. GP 3; OGH 1 Ob 723/76 EFSlg 26.010 = EvBl 1977/50 = JBl 1977, 155; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 7 mwN; *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 9; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Ehegesetz § 92 Rz 19; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 13 mwN; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 92 Rz 12.

³¹⁰ *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 9.

³¹¹ *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 9 mwN.

³¹² OGH 7 Ob 545/80 EFSlg 35.156; OGH 7 Ob 538/85 EFSlg 47.420 = EFSlg 47.421 = EFSlg 47.425 = EFSlg 47.426 = 49.665 = EFSlg 49.855; OGH 4 Ob 601/87 EFSlg 55.895 = EFSlg 55.897 = MietSlg 40.002; OGH 4 Ob 518/90 EFSlg 61.733; OGH 1 Ob 526/91 EFSlg 64.891 = EFSlg 64.892 = EFSlg 64.893 = RZ 1993/16; OGH 7 Ob 648/92 = EFSlg 67.657 = EFSlg 67.658; OGH 1 Ob 219/08z EFSlg 122.484 = EFSlg 122.486 = EFSlg 122.488 = EFSlg 122.489 = JusGuide 2009/15/6518 = MietSlg 61.003; LGZ Wien 43 R 351/94 EFSlg 73.783 = EFSlg 73.786 = EFSlg 73.788; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 9 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 24 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 28; *Hopf/Kathrein*, Eherecht § 92 Rz 12.

³¹³ LGZ Wien 47 R 702/87 EFSlg 52.978 LGZ Wien; LGZ Wien 44 R 943/97w EFSlg 83.036; siehe auch *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 9.

mit den gerechtfertigten Gründen, auf die sich Ehegatten gem § 92 Abs 1 stützen können, thematisiert wurde. Wenngleich der Scheidungsprozess auf die zulässige Wohnungstrennung gem. § 92 Abs 2 keinen Einfluss hat, gilt dies jedoch nicht für eine Verlegung der gemeinsamen Wohnung gem § 92 Abs 1 ABGB.³¹⁴ Während der Anhängigkeit eines Scheidungsprozesses ist die einseitige Verlegung der Ehwohnung dem anderen Gatten im Allgemeinen nicht zumutbar und auch nicht im Interesse der Kinder. Der geregelte Alltag wird aufgrund einer Wohnsitzverlegung unterbrochen; dieser Wechsel der Lebensumstände muss gemeinsam mit den Spannungen, die anlässlich eines Scheidungsverfahrens auftreten, zu besonderen Belastungen führen. In dieser Situation sind auch die Belange der übrigen Familienangehörigen zu berücksichtigen.³¹⁵ Während eines anhängigen Scheidungsverfahrens wird eine einseitige Verlegung der Ehwohnung somit im Allgemeinen nicht mehr durchsetzbar sein.³¹⁶

Eine Entscheidung nach § 92 ABGB ist hinsichtlich einer vor der Scheidung erfolgten Trennung nicht mehr möglich, sofern die Scheidung bereits rechtskräftig ist und entweder kein Unterhaltsanspruch – für den eine Entscheidung gem § 92 Abs 3 noch präjudizielle Wirkung entfalten könnte – erhoben wurde oder hierüber bereits eine rechtskräftige Entscheidung ergangen ist.³¹⁷ Nachdem die Beendigung des Scheidungsverfahrens in Rechtskraft erwachsen ist, muss ein Antrag gem § 92 Abs 3 zurückgewiesen werden.³¹⁸ Dasselbe gilt für den Fall, dass die Ehe während des Verlaufs seines Rechtsmittelverfahrens gegen eine Entscheidung des Außerstreitrichters nach § 92 Abs 3 geschieden wird und kein Unterhaltsanspruch erhoben wird. Dem Rechtsmittelwerber wird in diesem Fall das rechtliche Interesse an der Bekämpfung der angefochtenen Entscheidung abgesprochen.³¹⁹

Ferrari/Schwimann beurteilen die Konkurrenz von Scheidungsverfahren und Feststellungsverfahren kritisch: Der Rsp folgend sollen die beiden Verfahren einerseits parallel laufen können, nach rechtskräftiger Beendigung des Scheidungsverfahrens soll aber

³¹⁴ *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 29.

³¹⁵ OGH 30.8.1984, 6 Ob 638/84 SZ 57/133 = EFSlg 44.816 = EFSlg 44.820 = EFSlg 44.822 = JBl 1985, 487 = MietSlg 36.003 = Redok 3012; siehe auch *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 29.

³¹⁶ *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 29.

³¹⁷ LG Wels 21 R 224/06z EFSlg 113.073 = EFSlg 113.077 = EFSlg 113.078 = EFSlg 113.079 = EFSlg 113.081 = EFSlg 113.082 = EFSlg 113.084 und LGZ Wien 45 R 370/06d EFSlg 113.074 = EFSlg 113.085 = EFSlg 113.076 = EFSlg 113.077 = EFSlg 113.078 = EFSlg 113.083 = EFSlg 113.084; *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 30 mwN.

³¹⁸ *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 30.

³¹⁹ OGH 7 Ob 581/87 EFSlg 52.964 = EFSlg 52.982 = EFSlg 52.983 = 52.984 = EFSlg 52.984 = EFSlg 55.432 = MietSlg 39.003984 mwN; *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 30 mwN.

kein rechtliches Interesse an der Vorfrageentscheidung mehr bestehen und aus mangelnder Beschwer auch kein Rekurs im Verfahren nach § 92 Abs 3 mehr zulässig sein. „Beides zusammen kann wohl nicht zutreffen“.³²⁰

5. Präjudizielle Wirkung und feststellender Charakter der Entscheidung

Die Entscheidung des Außerstreitgerichtes in einem Verfahren gem § 92 Abs 3 hat die Funktion einer Vorfrageentscheidung, die alle nachfolgenden Gerichte, insbesondere in einem Scheidungs- oder Unterhaltsverfahren, im Umfang ihrer Rechtskraft bindet.³²¹

Der Zweck des Verfahrens liegt somit darin – mit präjudizieller Wirkung – vorab für einen späteren Prozess abzuklären, ob das Wohnungsverhalten der Ehegatten rechtmäßig war bzw ist.³²²

Wird der Antrag nach § 92 Abs 3 ua damit begründet, dass der Antragsteller die Entscheidung des Außerstreitgerichts auch deshalb wünscht, damit ihm ein Auszug aus der Ehwohnung nicht als Scheidungsgrund zur Last gelegt werden könnte, kann ihm dies nicht vorgeworfen werden, weil eine entsprechende Bindungswirkung gerade den Gesetzeszweck erfüllt.³²³

Bis es zu einem Verfahren nach § 92 Abs 3 kommt, hat, sofern die Frage der Rechtmäßigkeit des Wohnungsverhaltens der Ehegatten in einem Prozess auftaucht, dessen Beurteilung im Zuge des Hauptverfahrens ohne Rechtskraftwirkung zu erfolgen. Das bedeutet, dass außerhalb eines Feststellungsverfahrens gem § 92 Abs 3 die Beurteilung der (Un)rechtmäßigkeit des Wohnungsverhaltens der Ehegattung durch eine selbstständige, der Rechtskraft zugängliche, Entscheidung nicht möglich ist.³²⁴

Die Entscheidung des Außerstreitgerichts hat rein feststellenden Charakter.³²⁵ Leistungsauftrag und Zwangsfolgen aufgrund eines Verfahrens nach § 92 Abs 3 sind nicht möglich.³²⁶ Der feststellende Charakter der Entscheidung muss im Spruch seinen Ausdruck

³²⁰ *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ §92 Rz 13 mwN.*

³²¹ OGH 1 Ob 526/91 EFSlg 64.891 = EFSlg 64.892 = EFSlg 64.893 = RZ 1993/16; *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ §92 Rz 13 mwN.*

³²² OGH 7 Ob 538/85 EFSlg 47.420 = EFSlg 47.421 = EFSlg 47.425 = EFSlg 47.426 = 49.665 = EFSlg 49.855; OGH 4 Ob 601/87 EFSlg 55.895 = EFSlg 55.897 = MietSlg 40.002; OGH 6 Ob 687/88 EFSlg 55.892 = EFSlg 55.895; *Beck in Gitschthaler/Höllwerth, EuPr § 92 Rz 27.*

³²³ OGH 1 Ob 219/08z EFSlg 122.484 = EFSlg 122.486 = EFSlg 122.488 = EFSlg 122.489 = JusGuide 2009/15/6518 = MietSlg 61.003; *Beck in Gitschthaler/Höllwerth, EuPr § 92 Rz 27.*

³²⁴ *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ §92 Rz 13 mwN.*

³²⁵ Vgl. JAB 1662 BlgNr 13. GP 3.

³²⁶ *Beck in Gitschthaler/Höllwerth, EuPr § 92 Rz 26.*

finden.³²⁷ „Der Ausspruch des Gerichts muss dahingehend lauten, dass entweder das Verlangen auf Wohnungsverlegung (Abs 1) oder die Weigerung mitzuziehen (Abs 1) oder die gesonderte Wohnungsnahme (Abs 2) rechtmäßig oder unrechtmäßig war, ist oder sein wird“.³²⁸

Anträge, welche in § 92 Abs 3 keine Deckung finden, muss das Gericht zurückweisen. Ein Begehren, die Pflicht eines Ehegatten auszusprechen, dieser müsse dem anderen folgen, muss, weil es über das Begehren auf Feststellung hinausgeht, abgewiesen werden. Für einen derartigen Antrag gibt es keine gesetzliche Grundlage.³²⁹

6. Praktische Bedeutung

Die praktische Bedeutung des Feststellungsverfahrens nach § 92 Abs 3 ABGB hält sich in Grenzen, da eine Anrufung des Gerichts – zumindest in den Fällen des § 92 Abs 1 – äußerst selten erfolgt.³³⁰

Auch wird die Möglichkeit der Anrufung des Gerichts in Hinblick auf den bloß feststellenden Charakter der Entscheidung als mäßig sinnvoll erachtet. Der Wunsch einer Reform ist aber nicht die Erweiterung der gerichtlichen Entscheidung, sondern die Abschaffung des Feststellungsverfahrens. In diesem Fall erfolgt die Geltendmachung der Unrechtmäßigkeit des Wohnungsverhaltens eines Ehegatten – den übrigen Verletzungen von Ehepflichten entsprechend – schlichtweg im Rahmen eines Scheidungsverfahrens.³³¹

VIII. Gerichtliche Geltendmachung und Rechtsfolgen

Denjenigen wechselseitigen Verpflichtungen der Ehegatten, die deren innigste Beziehung betreffen, bleibt eine unmittelbare gerichtliche Durchsetzung verwehrt. Verletzungen dieser Rechte und Pflichten, welche aus den persönlichen Rechtswirkungen der Ehe resultieren, können erst in einem allfälligen Scheidungsverfahren gerichtlich geltend gemacht werden.³³²

Das Bundesgesetz über die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe brachte die Neuerung mit

³²⁷ Beck in Gitschthaler/Höllwerth, EuPr § 92 Rz 26; Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 92 Rz 14.

³²⁸ Stabentheiner in Rummel, ABGB I³ § 92 Rz 7 mwN.

³²⁹ Ent, NZ 1975, 148f.

³³⁰ Deixler-Hübner, Scheidung¹² 9.

³³¹ Neuwirth, Rechte und Pflichten in der Ehe, in Deixler-Hübner (Hrsg), Die rechtliche Stellung der Frau (1998) 5.

³³² Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 90 Rz 18.

sich, dass Streitigkeiten über die rein persönlichen Rechtswirkungen der Ehe – zu denen auch Kontroversen über das gemeinsame Wohnen zählen – nicht mehr vom Gericht entschieden werden dürfen; auch Leistungsbefehle dürfen in diesen Angelegenheiten nicht mehr erlassen werden.³³³

Zudem können aus Pflichtverletzungen dieser Art auch zivilrechtliche Konsequenzen folgen. Zu diesen zählen Rechtsfolgen aus dem Bereich des Erb-, Unterhalts- oder Bereicherungsrechts.³³⁴

Eine Möglichkeit auf Erfüllung der rein persönlichen Rechtswirkungen der Ehe zu klagen, existiert ebenso wenig, wie Schadenersatzansprüche wegen deren Nichterfüllung geltend zu machen.³³⁵ Hinsichtlich der gerichtlichen Durchsetzung anderer Schadenersatzansprüche, die auf der Verletzung der ehelichen Pflichten persönlicher Art gründen, gibt es jedoch Ausnahmen: Nach einem erfolgreichen Ehelichkeitsbestreitungsprozess gem § 163b ABGB stehen dem Ehemann die Kosten hierfür zu. Er kann sie zur ungeteilten Hand sowohl von der Mutter als auch vom Vater des Kindes fordern. Außerdem stehen ihm auch Schadenersatzansprüche wegen der zu Unrecht erbrachten Unterhaltsleistungen an das nichteheliche Kind zu. Zudem können auch Detektivkosten geltend gemacht werden; diese allerdings nur aufgrund eines legitimen Verdachts, dass der andere Ehegatte Ehebruch begeht oder anderwärtige ehewidrige Beziehungen unterhält.³³⁶

Ansprüchen vermögensrechtlicher Art ist die gerichtliche Erzwingbarkeit jedoch nicht verwehrt. Es handelt sich hierbei etwa um Ansprüche, die nicht die rein persönlichen Beziehungen der Ehegatten betreffen, so etwa aus den §§ 94, 97 oder 98 ABGB, um Ansprüche aus dem Vertragsrecht, dem Sachen- oder Bereicherungsrecht. Überdies können den Ehegatten aufgrund der Verletzung absolut geschützter Rechte Unterlassungsansprüche und Schadenersatzansprüche zustehen.³³⁷

Auf die besondere Bedeutung der Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen innerhalb der persönlichen Rechtswirkung der Ehe, wurde bereits hingewiesen. Aufgrund dieser Bedeutung der ehelichen Wohngemeinschaft, nimmt § 92 Abs 3 ABGB eine gewisse Sonderstellung

³³³ OGH 7 Ob 760/80 SZ 54/37 = EvBl 1981/181 = JBl 1983, 89; vgl auch LGZ Wien 45 R 478/04h EFSlg 106.890 = EFSlg 106.891.

³³⁴ Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 90 Rz 18 mwN.

³³⁵ Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 90 Rz 18.

³³⁶ Stabentheiner in Rummel, ABGB I³ § 90 Rz 2 mwN; siehe auch Hopf/Kathrein Eherecht³ § 90 Rz 18 mwN.

³³⁷ Stabentheiner in Rummel, ABGB I³ § 90 Rz 12 mwN; siehe auch Hopf/Kathrein Eherecht³ § 90 Rz 20 mwN.

innerhalb dieses Systems ein, das generell die gesonderte gerichtliche Anrufung wegen Verletzung der persönlichen Ehepflichten verwehrt.³³⁸ Der Zweck des Verfahrens bleibt dennoch auf die präjudizielle Vorklärung der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Wohnungsverhaltens der Ehegatten beschränkt; Leistungsaufträge können nicht erlassen werden.³³⁹

A. Folgen für den Unterhalt während aufrechter Ehe

Gem § 94 Abs 2 S 2 ABGB bleibt der Unterhaltsanspruch des haushaltsführenden Ehegatten auch dann aufrecht, wenn der gemeinsame Haushalt aufgehoben wurde, außer dies wäre, besonders wegen der Gründe, die zur Haushaltstrennung geführt haben, als Rechtsmissbrauch zu werten.³⁴⁰ Für eingetragene Partner enthält § 12 Abs 2 S 2 EPG eine entsprechende Regelung.³⁴¹ Der Hauptzweck der Bestimmung ist der Schutz des verlassenen Ehegatten bzw Partners, der während der Ehe/Partnerschaft die eigene Berufstätigkeit hintangestellt hat, um sich dem Haushalt und der Kindererziehung zu widmen. Er muss auch nach Auflösung der häuslichen Gemeinschaft nicht selbst für seinen Unterhalt sorgen.³⁴²

Der Unterhaltsanspruch wird demnach durch die einvernehmliche Auflösung des Haushalts nicht berührt; auch das Verlassen des gemeinsamen Haushalts durch den Unterhaltsverpflichteten oder der rechtmäßige Auszug des Unterhaltsberechtigten aus der gemeinsamen Wohnung, haben keinen Einfluss auf das Bestehen des Unterhaltsanspruchs.³⁴³ Dies bedeutet, dass der Unterhaltsanspruch aufrecht bleibt, wenn entweder der Unterhaltsberechtigte oder Unterhaltsverpflichtete bei Vorliegen gleichwertiger Interessen iSd § 92 Abs 1 ABGB alleine verzieht oder der Unterhaltsverpflichtete unrechtmäßig alleine verzieht.³⁴⁴

³³⁸ Vgl. JAB 1662 BlgNr 13. GP 3; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 90 Rz 19.

³³⁹ Vgl. *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 27 mwN.

³⁴⁰ Vgl. § 94 Abs 2 S 2 ABGB; *Ent*, NZ 1975, 180. siehe auch *Hinteregger*, Ehegattenunterhalt, in *Deixler-Hübner* (Hrsg), Handbuch Familienrecht (2015) 89; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹² 18.

³⁴¹ Vgl. § 12 Abs 2 S e EPG, siehe auch *Hinteregger* in *Deixler-Hübner* 89; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹² 18.

³⁴² *Deixler-Hübner*, Scheidung¹² 18f.

³⁴³ *Hinteregger* in *Deixler-Hübner* 89.

³⁴⁴ Vgl. *Hinteregger* in *Deixler-Hübner* 89.

Der Unterhaltsschuldner ist dann nicht mehr verpflichtet, Unterhalt zu leisten, wenn die Unterhaltsforderung als rechtsmissbräuchlich anzusehen wäre.³⁴⁵ Wenngleich das Gesetz nicht definiert, wann Rechtsmissbrauch iS dieser Bestimmung vorliegt, ist dieser nur bei „besonders krassen Fällen“ anzunehmen.³⁴⁶ Rechtsmissbrauch setzt die schuldhafte Setzung einer besonders schweren Eheverfehlung durch den Unterhaltsberechtigten voraus. Unter den besonders schweren Eheverfehlungen werden „Ehebruch, fortgesetzte empfindliche Verletzung der ehelichen Treue, gröbste Beschimpfungen, schwere Verleumdungen, schwere körperliche Misshandlungen oder Drohungen, die sich unmittelbar gegen die körperliche oder seelische Integrität des Ehepartners richten“ aber auch „das Verlassen der häuslichen Gemeinschaft ohne zureichende Gründe genannt“.³⁴⁷ Damit ist Rechtsmissbrauch anzunehmen, wenn der haushaltsführende Ehegatte den anderen unbegründet verlassen hat bzw. die eheliche Gemeinschaft grundlos aufgehoben hat.³⁴⁸ Lediglich bei Vorliegen triftiger Gründe ist bei eigenmächtiger Aufhebung der Ehegemeinschaft nicht von Rechtsmissbrauch auszugehen, wobei die Beweislast für allfällige gerechtfertigte Gründe der beklagte Ehegatte trägt. Sollten die Gründe, aus denen der Ehegatte die Ehwohnung verlassen hat, nicht aufklärbar sein, geht dies zu seinen Lasten.³⁴⁹

Die Prüfung des Rechtsmissbrauchs hat immer nach den Umständen des Einzelfalls zu erfolgen, wobei auch das Verhalten des anderen Gatten zu berücksichtigen ist. Dies führt dazu, dass derjenige Ehegatte, der eine schwere Eheverfehlung begangen hat, seines Unterhaltsanspruchs nicht verlustig wird, wenn die weitgehende Zerrüttung der Ehe bereits auf Handlungen des anderen Ehegatten zurückzuführen ist. Dasselbe gilt, wenn der Unterhaltsberechtigte eine schwere Eheverfehlung als Reaktion auf (eine) vorherige Eheverfehlung(en) des anderen Ehegatten setzte. Zur Beurteilung der Rechtsmissbrauchsklausel hat demzufolge eine umfassende Interessenabwägung zu erfolgen.³⁵⁰

Rechtsmissbrauch führt nach Ansicht des OGH nicht automatisch zu einem gänzlichen Verlust des Unterhaltsanspruchs sondern, es kann in analoger Anwendung des § 68a Abs 2 EheG, auch zu einer Minderung des Unterhalts kommen. Der infolge Rechtsmissbrauchs verloren gegangene Unterhaltsanspruch lebt nicht wieder auf.³⁵¹

³⁴⁵ *Hinteregger in Deixler-Hübner* 89f.

³⁴⁶ *Deixler-Hübner, Scheidung*¹² 19.

³⁴⁷ *Hinteregger in Deixler-Hübner* 83f mwN.

³⁴⁸ *Deixler-Hübner, Scheidung*¹² 19 mwN.

³⁴⁹ *Deixler-Hübner, Scheidung*¹² 19 mwN.

³⁵⁰ *Hinteregger in Deixler-Hübner* 84f mwN.

³⁵¹ *Hinteregger in Deixler-Hübner* 85 mwN; *Deixler-Hübner, Scheidung*¹² 19 mwN.

Mögen die Belastungen der Haushaltsführung durch den Unterhaltsberechtigten infolge der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts auch geringer sein, so berührt dies den Unterhaltsanspruch nicht. Forderungen des Unterhaltsverpflichteten an den Unterhaltsberechtigten, Leistungen für den vormals gemeinsamen Haushalt zu erbringen, sind nicht zulässig.³⁵²

Dem Grundsatz nach ist der Unterhalt nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts in Geld zu leisten. Infolge der Bemessung des Unterhalts nach der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners und den Bedürfnissen des Unterhaltsberechtigten, kann die getrennte Haushaltsführung unter Umständen die Höhe des Unterhalts beeinflussen.³⁵³

B. Scheidungsrechtliche Folgen

1. Die Verletzung der Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen als schwere Eheverfehlung iSd § 49 EheG

Gem § 49 Satz 1 EheG kann ein Ehegatte die Scheidung begehren, wenn der andere durch eine schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten die Ehe so tief zerrüttet hat, dass die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Gem § 49 Satz 2 EheG sind insbesondere der Ehebruch und die Zufügung körperlicher Gewalt oder schweren seelischen Leids als schwere Eheverfehlungen anzusehen.³⁵⁴

Zentraler Begriff der Verschuldensscheidungs ist die schwere Eheverfehlung.³⁵⁵ Diese Eheverfehlung muss nicht nur objektiv schwer sein, sondern auch subjektiv als ehezerstörend empfunden werden.³⁵⁶ Die Definition der schweren Eheverfehlung erfolgt zunächst allgemein durch das Wesen der Ehe, des Weiteren durch die konkrete Ausgestaltung der Lebensverhältnisse durch die Ehegatten.³⁵⁷ Neben den im Gesetz in § 49 Satz 2 EheG

³⁵² *Deixler-Hübner*, Scheidung¹² 19 mwN.

³⁵³ *Hinteregger* in *Deixler-Hübner* 90.

³⁵⁴ Ehegesetz dRGBI I 1938, 807.

³⁵⁵ Vgl. § 49 EheG.

³⁵⁶ *Aichhorn* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 49 Rz 3 mwN; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 49 EheG Rz 2 mwN.

³⁵⁷ *Aichhorn* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 49 Rz 3 mwN.

demonstrativ aufgezählten Fällen, sind schwere Eheverfehlungen auch andere schwerwiegende Verletzungen der persönlichen Ehwirkungen gem §§ 44, 89-100 ABGB.³⁵⁸ Demnach ist auch die Verletzung der Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen eine schwere Eheverfehlung. Darunter fallen neben dem ungerechtfertigten Verlassen der Ehewohnung, die grundlose Verweigerung des Zutritts zur Ehewohnung und die vorübergehende gesonderte Wohnungsnahme ohne Grund,³⁵⁹ auch das nicht einverständliche, dauernde getrennte Wohnen ohne zumindest gleichwertige Gründe iSd § 92 Abs 1. Ob das Vorliegen gleichwertiger Interessen im Rahmen eines Verfahrens gem § 92 Abs 3 festgestellt wurde, hat hierauf keinen Einfluss.³⁶⁰

2. Unheilbare Ehezerrüttung und Verschulden

Eine Eheverfehlung kann aber nur dann ein Scheidungsgrund iSd § 49 EheG sein, wenn sie kausal für die unheilbare Zerrüttung der Ehe war; ausreichend ist, dass die Eheverfehlung zur unheilbaren Zerrüttung beigetragen hat.³⁶¹ War die Ehe zum Zeitpunkt der Eheverfehlung schon unheilbar zerrüttet, mangelt es am Kausalzusammenhang und das Scheidungsbegehren kann nicht mehr auf § 49 EheG gestützt werden.³⁶²

Unheilbare Ehezerrüttung ist gegeben, sofern die geistige, seelische und körperliche Gemeinschaft zwischen den Ehepartnern und sohin die Basis der Ehe objektiv und zumindest bei einem der Ehegatten auch subjektiv zu bestehen aufgehört hat.³⁶³

Festzuhalten bleibt, dass eine schwere Eheverfehlung nur dann eine Scheidungsgrund iSd § 49 EheG bildet, wenn sie schuldhaft begangen wurde.³⁶⁴ Voraussetzung für ein schuldhaftes Verhalten ist sowohl die Verschuldensfähigkeit als auch die Vorwerfbarkeit des gesetzten Fehlverhaltens.³⁶⁵ Als Verschuldensformen kommen sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit in Betracht.³⁶⁶ Auch bei der Verletzung der Verpflichtung der Ehegatten zum gemeinsamen

³⁵⁸ Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 49 EheG Rz 1; Hinteregger/Ferrari, Familienrecht⁷ 93.

³⁵⁹ Stabentheiner in Rummel, ABGB II/2³ § 49 EheG Rz 8 mwN.

³⁶⁰ Stabentheiner in Rummel, ABGB II/2³ § 49 EheG Rz 8.

³⁶¹ Stabentheiner in Rummel, ABGB II/2³ § 49 EheG Rz 17 mwN; Aichhorn in Gitschthaler/Höllwerth, EheG § 49 Rz 3 mwN. Hopf/Kathrein, Eherecht 3 § 49 EheG Rz 6 mwN.

³⁶² Aichhorn in Gitschthaler/Höllwerth, EheG § 49 Rz 3 mwN.

³⁶³ Aichhorn in Gitschthaler/Höllwerth, EheG § 49 Rz 3 mwN.

³⁶⁴ Aichhorn in Gitschthaler/Höllwerth, EheG § 49 Rz 4; Hinteregger/Ferrari, Familienrecht⁷ 94.

³⁶⁵ Hinteregger/Ferrari, Familienrecht⁷ 94.

³⁶⁶ Stabentheiner in Rummel, ABGB II/2³ § 49 EheG Rz 2 mwN; Aichhorn in Gitschthaler/Höllwerth, EheG § 49 Rz 4 mwN.

Wohnen, handelt es sich nur dann um eine schwere Eheverfehlung, wenn sie schuldhaft gesetzt wurde.³⁶⁷

C. Auswirkungen auf den Unterhalt nach der Ehescheidung

1. Allgemeines

In allen Scheidungsfällen – also nicht nur im Fall einer einvernehmlichen Scheidung – können die Ehegatten einen allfälligen nachehelichen Unterhalt durch Parteienvereinbarung regeln. Tun sie dies nicht, sind die Bestimmungen der §§ 66 bis 78 EheG einschlägig.³⁶⁸

Abhängig davon, auf welche gesetzliche Regelung die Ehegatten ihr Scheidungsrecht stützen, hat dies unterschiedliche Auswirkungen auf den Unterhalt nach der Ehe und im Sozialversicherungsrecht.³⁶⁹

Der gesetzliche Unterhaltsausspruch nach der Scheidung ist mit demjenigen, der dem Ehegatten während aufrechter Ehe zusteht, nicht ident. Er unterscheidet sich von diesem sogar wesentlich.³⁷⁰ Für den nachehelichen Unterhaltsanspruch ist ein Ausspruch des Verschuldens im Rahmen der Scheidung von zentraler Bedeutung.³⁷¹

Nach Auflösung der Ehe gebührt dem Unterhaltsberechtigten Geldunterhalt. Dieser ist gem. § 70 Abs 1 EheG durch eine monatlich vorab zu zahlende Rente zu leisten.³⁷²

2. Unterhalt nach Scheidung wegen Verschuldens

Wenn die Ehe aus dem Verschulden des Beklagten geschieden wird, dann hat gem § 60 Abs 1 EheG im Urteil ein Verschuldensausspruch zu erfolgen.³⁷³ Zur Geltendmachung der Eheverfehlungen des anderen Ehegatten, hat der Beklagte die Möglichkeit, Widerklage zu erheben.³⁷⁴ Für den Fall, dass er an der Ehe festhalten möchte, steht ihm ein

³⁶⁷ OGH 13.6.1990, 6 Ob 555/90 EFSIlg 61.720 = EFSIlg 61.732 = EFSIlg 63.348 = EFSIlg 63.350 = EFSIlg 63.354 mwN.

³⁶⁸ *Jesser-Huß*, Ehegattenunterhalt während aufrechter Ehe und nach der Scheidung, in *Deixler-Hübner* (Hrsg), Die rechtliche Stellung der Frau (1998) 8; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ (2016) 251.

³⁶⁹ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 92.

³⁷⁰ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 18.

³⁷¹ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 18; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 251.

³⁷² *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 18.

³⁷³ *Nademleinsky*, Scheidung und Aufhebung der Ehe in *Deixler-Hübner* (Hrsg), Handbuch Familienrecht (2015) 781. *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 98.

³⁷⁴ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 98.

Mitverschuldensantrag gem § 60 Abs 3 EheG offen, infolgedessen das Gericht bei erfolgreicher Klage, über das Verschulden des Klägers zu entscheiden hat.³⁷⁵ Als Verschuldensaussprüche kommen das alleineige, das überwiegende oder das gleichteilige Verschulden in Betracht.³⁷⁶

Wenn das Gericht über das Verschulden der Parteien befindet, hat es dabei das gesamte Verhalten der Ehegatten zu beurteilen.³⁷⁷ Die gesetzten Eheverfehlungen sind nicht einzeln zu betrachten, sondern in ihrem Zusammenhang zu bewerten und es ist nicht zulässig, sie schlichtweg einander gegenüberzustellen.³⁷⁸

Das überwiegende Verschulden eines Ehegatten darf nur dann ausgesprochen werden, wenn das Verschulden eines Ehegatten als derart überwiegend anzusehen ist, dass das Verschulden des anderen zu vernachlässigen ist.³⁷⁹

§ 66 EheG verpflichtet den allein oder überwiegend schuldigen Ehegatten, dem anderen – soweit dessen Einkünfte aus Vermögen oder Ertragnisse einer Erwerbstätigkeit, die von ihm den Umständen nach erwartet werden kann, nicht ausreichen – den nach den Lebensverhältnissen angemessenen Unterhalt zu leisten.³⁸⁰ Entscheidend für diesen nahehelichen Unterhaltsanspruch ist somit die Leistungsfähigkeit des für allein oder überwiegend schuldig befundenen Ehegatten, sowie die Selbsterhaltungsfähigkeit des unterhaltsberechtigten Ehegatten.³⁸¹ Eine allfällige Verpflichtung des schuldlos oder minder schuldigen Gatten, einer eigenen Erwerbstätigkeit nachzugehen, ist nach den Umständen des Einzelfall zu beurteilen.³⁸² Der angemessene Unterhalt richtet sich nach den ehelichen Lebensverhältnissen während aufrechter Ehe; bei der Bemessung gilt der Anspannungsgrundsatz.³⁸³

Bei einer Scheidung nach § 49 EheG aus beiderseitigem bzw gleichteiligen Verschulden der Ehegatten, steht gem § 68 EheG keinem der Ehegatten ein Unterhaltsanspruch gegen den anderen zu.³⁸⁴ Zu berücksichtigen ist allerdings, dass ein Ehegatte verpflichtet werden kann, dem nicht selbsterhaltungsfähigen anderen Ehegatten einen Unterhaltsbeitrag zu leisten,

³⁷⁵ Nademleinsky in *Deixler-Hübner*, 781; *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 98:

³⁷⁶ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 98.

³⁷⁷ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 98.

³⁷⁸ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 98 mwN.

³⁷⁹ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 98 mwN.

³⁸⁰ § 66 EheG; *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 18; *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 114.

³⁸¹ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 19.

³⁸² *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 19.

³⁸³ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 19.

³⁸⁴ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 20.

sofern dies nicht unbillig wäre.³⁸⁵ Dieser Beitrag entspricht laut der Rsp 19 bis 15% des Nettoeinkommens des Verpflichteten.³⁸⁶

3. Unterhalt nach Scheidung aus anderen Gründen

a) Scheidung gem §§ 50 bis 52 EheG

Wird die Ehe bei einer Scheidung gem §§ 50 bis 52 EheG infolge einer Klage und Widerklage geschieden, ist im Scheidungsurteil auszusprechen, wenn nur einen Gatten ein Verschulden trifft. Bringt ein Ehegatte Scheidungsklage gem §§ 50 bis 52 EheG ein, kann der beklagte Ehegatte, der selbst Klage gem § 49 EheG erheben hätte können gem § 61 Abs 2 EheG einen Verschuldensantrag stellen. Im Falle eines stattgebenden Antrags, muss das Gericht im Urteil aussprechen, dass den Kläger das alleinige Verschulden trifft.³⁸⁷

Wenn ein Scheidungsurteil infolge einer Scheidung gem. §§ 50 bis 52 EheG einen Schuldausspruch beinhaltet, ordnet § 69 Abs 1 EheG an, dass bezüglich des nahehelichen Unterhalts, die Bestimmungen über die Verschuldensscheidungen nach den §§ 66 und 67 EheG gelten.³⁸⁸ Der nicht schuldige geschiedene Ehegatte hat auch in diesen Fällen gegenüber dem schuldigen geschiedenen ehemaligen Gatten Anspruch auf den angemessenen Unterhalt.³⁸⁹

Bei Fehlen eines Schuldausspruchs im Urteil, trifft denjenigen Ehegatten, der die Scheidungsklage eingebracht hat gem § 69 Abs 3, eine Unterhaltspflicht gegenüber dem anderen.³⁹⁰ Es handelt sich hierbei um einen Billigkeitsunterhalt, der nur gewährt wird, soweit dies unter Berücksichtigung der Bedürfnisse und der Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der ehemaligen Ehegatten und der unterhaltspflichtigen Verwandten des Berechtigten nicht unbillig ist.³⁹¹

b) Scheidung gem § 55 EheG mit Schuldausspruch des Ehegatten

Auch im Falle einer Scheidung gem § 55 EheG hat der beklagte Ehegatte die Möglichkeit, einen Antrag zu stellen, das Gericht möge im Urteil aussprechen, den Kläger treffe das

³⁸⁵ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 21; *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 115.

³⁸⁶ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 21.

³⁸⁷ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 100f.

³⁸⁸ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 21; *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 118.

³⁸⁹ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 21.

³⁹⁰ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 21; *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 118.

³⁹¹ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 21; *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 118.

alleineige bzw überwiegende Verschulden an der Ehezerrüttung.³⁹² Auch in diesem Fall, muss das Gesamtverhalten der Ehegatten während ihrer Ehe berücksichtigt werden und ein überwiegendes Verschulden des Klägers darf nur dann ausgesprochen werden, wenn das Verschulden des anderen Gatten fast völlig in den Hintergrund tritt.³⁹³ Trifft den Kläger das alleinige bzw überwiegende Zerrüttungverschulden, hat der Unterhaltsberechtigte gem § 69 Abs 2 EheG einen Unterhaltsanspruch gem § 94 ABGB. Dieser Unterhaltsanspruch ist mit demjenigen während aufrechter Ehe ident und ist im Vergleich zu einem Anspruch nach den §§ 66 und 67 EheG für den Berechtigten weitaus günstiger.³⁹⁴

Sinn und Zweck dieser gesetzlichen Regelung des Unterhalts, ist der Schutz jener Ehegatten, die sich über Jahre dem Haushalt und der Kindererziehung gewidmet haben, anschließend von ihrem Gatten verlassen und ohne ihren Willen geschieden wurden. Eine Scheidung soll auf ihre unterhaltsrechtliche Situation keinen Einfluss haben.³⁹⁵ Die Vorzüge dieses Unterhaltsanspruchs äußern sich in mehrfacher Weise: Der Ersatz der Beiträge zur freiwilligen Versicherung in der Krankenversicherung wird gem § 69 Abs 2 Satz 2 EheG von diesem Unterhaltsanspruch mitumfasst; der Berechtigte ist nicht verpflichtet, einer ihm zumutbaren, weitergehenden Erwerbstätigkeit als während aufrechter Ehe nachzugehen; die Grenze bildet aber auch hier der Rechtsmissbrauch; ein Unterhaltstitel, der während aufrechter Ehe begründet wurde, bleibt weiter aufrecht; Unterhaltsverpflichtungen des Schuldners für einen neuen Ehegatten mindern diesen Unterhaltsanspruch nicht, es sei denn dies wäre unbillig; unter Umständen hat der ehemalige Ehegatte auch Anspruch auf die volle Witwen- bzw Witwerpension.³⁹⁶

Enthält eine auf § 55 EheG geründete Scheidung keinen Schuldausspruch, so trifft den klagenden Ehegatten unter Umständen eine Verpflichtung, einen Billigkeitsunterhalt gem § 69 Abs 3 EheG zu leisten. Das zur Scheidung aus den Gründen gem. der §§ 50 bis 52 EheG ohne Schuldausspruch Gesagte, gilt hier entsprechend.³⁹⁷

³⁹² *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 102.

³⁹³ OGH 4 Ob 172/15w EF-Z 2016/37 (Anm Gitschthaler) = iFamZ 2016/73.

³⁹⁴ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 21. *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 119.

³⁹⁵ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 119.

³⁹⁶ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 119.

³⁹⁷ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 22; *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 118.

IX. Zusammenfassung

Die Familienrechtsreform des Jahres 1975 war aufgrund der weitreichenden gesellschaftlichen Entwicklungen – darunter dem Bedeutungswandel des Begriffs der Familie aber auch der Emanzipation der Frau – notwendig und zweckmäßig, um den Bestand der Institutionen der Ehe und der Familie zu sichern.³⁹⁸ Zu den Neuerungen des Bundesgesetzes über die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, die allesamt dem im § 89 ABGB normierten Gleichheitsprinzip verschrieben waren,³⁹⁹ gehörte auch die Abschaffung des § 92 ABGB alt, der die einseitige Verpflichtung der Ehefrau vorsah, ihrem Mann an einem von ihm gewählten Wohnsitz zu folgen.⁴⁰⁰

Der neue § 92 ABGB steht in engem Zusammenhang mit der Verpflichtung der Ehegatten, während ihrer Ehe auch in einer Wohngemeinschaft zu leben.⁴⁰¹ Diese, in § 90 ABGB verankerte Pflicht, befindet sich inmitten eines Komplexes an Rechten und Pflichten der Ehegatten, die ihren höchstpersönlichen Lebensbereich betreffen.⁴⁰²

Diese Rechte und Pflichten der Ehe sind insoweit zwingend, als sie mit „unverzichtbaren Prinzipien“ in Verbindung stehen. Zu diesen zählen neben dem ehelichen Beistand, die Treuepflicht und auch die Verpflichtung zur umfassenden ehelichen Lebensgemeinschaft. Abgesehen davon unterliegen sie aufgrund des Prinzips der Familienautonomie der Dispositionsfreiheit der Ehegatten. Als Beispiele seien hier die Gestaltung der Haushaltsführung, die Regelung der Berufstätigkeit aber auch die Bestimmung eines allfälligen gemeinsamen Wohnsitzes genannt.⁴⁰³

Während die Ehegatten ihre erste gemeinsame Wohnung im gegenseitigem Einvernehmen auswählen sollen,⁴⁰⁴ gesteht § 92 Abs 1 ABGB jedem der Ehegatten zu, auch gegen den Willen des anderen, die Verlegung des bisherigen gemeinsamen Wohnsitzes zu verlangen, soweit er hierfür gerechtfertigte Gründe ins Treffen führen kann; der andere Ehegatte ist in diesem Fall verpflichtet, sich dem einseitigen Verlangen des anderen zu beugen, es sei denn er hat gerechtfertigte Gründe von zumindest gleichem Gewicht.⁴⁰⁵ Bei Vorliegen

³⁹⁸ Kohlegger, ÖJZ 1975, 85.

³⁹⁹ Vgl. Schwimann, ÖJZ 1976, 365.

⁴⁰⁰ Vgl. Ent, NZ 1975 145.

⁴⁰¹ Vgl hierzu OGH 1 Ob 723/76 EFSlg 26.010 = EvBl 1977/50 = JBl 1977, 155.

⁴⁰² Hinteregger in FS ABGB 1010.

⁴⁰³ Koziol/Welser (Bearb Kletečka), Grundriss I⁴ Rz 1489.

⁴⁰⁴ Vgl. Ent, NZ 1975, 145.

⁴⁰⁵ § 92 Abs 1 ABGB.

gleichwertiger Interessen, dürfen die Ehegatten auch (nicht einvernehmlich) getrennte Wohnsitze haben. Dies ist die hM, der mE nach zuzustimmen ist.⁴⁰⁶

§ 92 Abs 2 normiert Fälle, in denen ein Ehegatte von seiner Verpflichtung, mit dem anderen Ehegatten gemeinsamen zu wohnen, vorübergehend befreit ist. Dies ist der Fall, solange ihm das Zusammenleben mit dem anderen Ehegatten unzumutbar ist oder dies aus wichtigen persönlichen Gründen gerechtfertigt ist. Als Gründe der Unzumutbarkeit nennt das Gesetz insbesondere die körperliche Bedrohung.⁴⁰⁷ Gemeinsam ist den Abs 1 und 2 des § 92, dass sie nicht zur Anwendung kommen, wenn es darum geht, dass ein Ehegatte nicht an einer anderen Örtlichkeit wohnt, sondern lediglich vorübergehend Unterkunft nimmt⁴⁰⁸ und das dazugehörige Verfahren.⁴⁰⁹ Der Unterschied liegt insbesondere darin, dass § 92 Abs 1 eine dauerhafte Verlegung des gemeinsamen Wohnsitzes bezweckt⁴¹⁰ und § 92 Abs 2 gerade Fälle behandelt, in denen ein Ehegatte nicht mit dem anderen zusammenwohnen möchte.⁴¹¹

§ 92 normiert in seinem Abs 3 ein besonderes Verfahren für Wohnsitzfragen und berechtigt jeden Ehegatten,⁴¹² eine Entscheidung des Außerstreitgerichtes darüber zu beantragen, ob sein Wohnungsverhalten iSd § 92 Abs 1 oder Abs 2 rechtmäßig war oder ist.⁴¹³ Auch vor einer geplanten Wohnsitzverlegung kann jeder Ehegatte das Gericht anrufen.⁴¹⁴

Wenngleich § 92 Abs 3 hinsichtlich der gerichtlichen Geltendmachung gegenüber den restlichen persönlichen Ehwirkungen eine Art Sonderstellung einnimmt,⁴¹⁵ so hat das Gericht dennoch keine weitreichende Entscheidungsbefugnis; die gerichtliche Entscheidung ist auf die Feststellung der Rechtmäßigkeit bzw Unrechtmäßigkeit des Wohnungsverhaltens des/der Ehegatten beschränkt.⁴¹⁶ Bedeutsam bleibt eine Entscheidung infolge eines Verfahrens gem § 92 Abs 3 dennoch, zumal sie die Rechtmäßigkeit bzw. Unrechtmäßigkeit

⁴⁰⁶ Vgl. JAB 1662 BlgNr 13. GP 3; *Stabentheiner in Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 3 mwN; *Hinteregger in Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 4 mwN; *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 92 Rz 6 u 7 mwN; *Beck in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 7 u 8 mwN; *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 5 mwN; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 92 Rz 5 u 6; *Koch in KBB*⁴ § 92 Rz 2 mwN; *Smutny in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 92 Rz 11 u 12 mwN.

⁴⁰⁷ § 92 Abs 2 ABGB.

⁴⁰⁸ Vgl. *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 6.

⁴⁰⁹ § 92 Abs 3.

⁴¹⁰ Vgl. *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 5.

⁴¹¹ Vgl. *Schwimann/Ferrari in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 6ff.

⁴¹² OGH 1 Ob 723/76 EFSlg 26.010 = EvBl 1977/50 = JBl 1977, 155; LGZ Wien 43 R 653/86 EFSlg 50.164; LGZ Wien 47 R 984/87 EFSlg 52.981 = EFSlg 52.986.

⁴¹³ § 92 Abs 3 ABGB.

⁴¹⁴ *Hinteregger in Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 9.

⁴¹⁵ *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 90 Rz 19.

⁴¹⁶ Vgl. JAB 1662 BlgNr 13. GP 3.

des Wohnungsverhaltens der Ehegatten mit präjudizieller Wirkung für alle nachfolgenden gerichtlichen Verfahren feststellt.⁴¹⁷

Die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Wohnungsverhaltens der Ehegatten, ob sie nun vom Gericht festgestellt wurde oder nicht,⁴¹⁸ macht sich insbesondere in einem Scheidungsverfahren bemerkbar.⁴¹⁹ Handelt ein Ehegatte in Hinblick auf § 92 Abs 1 nicht rechtmäßig, verletzt er die Verpflichtung zum gemeinsamen Wohnen und begeht dadurch eine uU zur Scheidung berechtigende schwere Eheverfehlung iSd § 49 EheG.⁴²⁰ Abgesehen davon hat das Scheidungsverschulden auch erheblichen Einfluss auf den nachehelichen Unterhalt.⁴²¹

⁴¹⁷ OGH 7 Ob 538/85 EFSlg 47.420 = EFSlg 47.421 = EFSlg 47.425 = EFSlg 47.426 = 49.665 = EFSlg 49.855; OGH 4 Ob 601/87 EFSlg 55.895 = EFSlg 55.897 = MietSlg 40.002; OGH 6 Ob 687/88 EFSlg 55.892 = EFSlg 55.895; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 27.

⁴¹⁸ Eine feststellende Entscheidung des Gerichts ist nicht Voraussetzung für ein rechtmäßiges Verhalten der Ehegatten. Siehe OLG Wien 16 R 177/81 EFSlg 37.516; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 92 Rz 8 mwN; *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 9 mwN; *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPr § 92 Rz 3 mwN; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 92 Rz 13 mwN; *Hinteregger* in *Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ § 92 Rz 9.

⁴¹⁹ OGH 5 Ob 637/76 JBl 1977, 154; *Ent*, NZ 1975, 148.

⁴²⁰ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB II/2³ § 49 EheG Rz 8.

⁴²¹ *Jesser-Huß* in *Deixler-Hübner* 18; *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁸ 251.

X. Literaturverzeichnis

- Deixler-Hübner* (Hrsg), Die rechtliche Stellung der Frau (1998)
- dies* (Hrsg), Handbuch Familienrecht (2015)
- dies*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹² (2016)
- Ent*, Die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, NZ 1975, 145
- Feil/Marent*, Familienrecht: Kommentar (2007)
- Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB (2011)
- Fucik/Kloiber*, Kurzkomentar Außerstreitgesetz (2005)
- Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Kommentar zum Ehegesetz (2008)
- Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (2011)
- Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz (2013)
- Gschnitzer/Faistenberger*, Österreichisches Familienrecht² (1979)
- Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ (2015)
- Kohlegger*, Der Schwerpunkt der Familienrechtsreform: Das Bundesgesetz über die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, ÖJZ 1975, 85
- Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1991)
- Hopf/Kathrein*, Ehe³ (2014)
- Kerschner*, Bürgerliches Recht V: Familienrecht⁵ (2013)
- Kerschner/Wagner*, Familienrecht³ (2015)
- Klang/Fenyves/Kerschner/Vonklich* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 44-100³ (2006)
- Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.00.1.03} (rdb.at)
- Klicka/Oberhammer/Domej*, Außerstreitverfahren⁵ (2014)
- Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014)
- Koziol/Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹⁴ (2014)
- Rechberger* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz² (2013).
- Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch mit IPRG, EVÜ, EheG, MRG, WGG, WEG, BTVG, HeizKG, KSchG in zwei Bänden: Band I³(2000) und Band II/2. Teilband (2002)³
- Schwimann*, Die nicht vermögensrechtlichen Ehwirkungen im neuen Recht und deren Problematik, ÖJZ 1976, 365.

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

Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht⁸ (2016)

Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I: EGJN und JN³ (2013).

XI. Judikaturverzeichnis

OGH 06.05.1950; 1 Ob 405/49 SZ 23/137 = EFSlg 10 = EvBl 1964/43;

OGH 1.6.1955, 7 Ob 261/55 SZ 28/145 = EFSlg 149 = JBl 1956,16

OGH 21.9.1976, 5 Ob 637/76 JBl 1977, 154

OGH 15.11.1976 1 Ob 723/76 EFSlg 26.010 = EvBl 1977/50 = JBl 1977, 155

OGH 24.03.1977, 6 Ob 731/76 EvBl 1978/8 = EFSlg 28.537 = EFSlg 28.542 = EFSlg 28.543 = EFSlg 28.558 = JBl 1979, 86. = MietSlg 29.001

OGH 20.3.1980, 7 Ob 545/80 EFSlg 35.156

OGH 19.03.1981, 7 Ob 760/80 SZ 54/37 = EvBl 1981/181 = JBl 1983, 89

OGH 30.8.1984, 6 Ob 638/84 SZ 57/133 = EFSlg 44.816 = EFSlg 44.820 = EFSlg 44.822 = JBl 1985, 487 = MietSlg 36.003 = Redok 3012

OGH 28.3.1985 7 Ob 538/85 EFSlg 47.420 = EFSlg 47.421 = EFSlg 47.425 = EFSlg 47.426 = 49.665 = EFSlg 49.855

OGH 10.7.1985, 1 Ob 615/85 EFSlg 47.416

OGH 27.11.1985, 8 Ob 621/85 EFSlg 47.414

OGH 4.6.1987, 7 Ob 581/87 EFSlg 52.964 = EFSlg 52.982 = EFSlg 52.983 = 52.984 = EFSlg 52.984 = EFSlg 55.432 = MietSlg 39.003

OGH 12.1.1988, 4 Ob 601/87 EFSlg 55.895 = EFSlg 55.897 = MietSlg 40.002

OGH 20.10.1988, 6 Ob 687/88 EFSlg 55.892 = EFSlg 55.895

OGH 30.03.1989, 8 Ob 516/89 EFSlg 58.686 = JBl 1989, 717

OGH 3.4.1990, 4 Ob 518/90 EFSlg 61.733

OGH 13.6.1990, 6 Ob 555/90 EFSlg 61.720 = EFSlg 61.732 = EFSlg 63.348 = EFSlg 63.350 = EFSlg 63.354

OGH 20.3.1991, 1 Ob 526/91 EFSlg 64.891 = EFSlg 64.892 = EFSlg 64.893 = RZ 1993/16

OGH 3.9.1992, 7 Ob 591/92 EFSlg 67.653 = EFSlg 67.654 = EFSlg 67.655 = EFSlg 67.656

OGH 26.11.1992, OGH 7 Ob 648/92 = EFSlg 67.657 = EFSlg 67.658

OGH 26.2.1997, OGH 3 Ob 2292/96x EFSlg 83.033= EFSlg = 83.034 = EFSlg 84.546 = EFSlg 84.557 = EFSlg 85.013 = SZ 70/35 = JBl 1998, 245 (Anm Holzner) = ZfRV 1997/47
OGH 28.1.2009, 1 Ob 219/08z EFSlg 122.484 = EFSlg 122.486 = EFSlg 122.488 = EFSlg 122.489= JusGuide 2009/15/6518 = MietSlg 61.003
OGH 15.12.2015, 4 Ob 172/15w EF-Z 2016/37 (Anm Gitschthaler) = iFamZ 2016/73
OLG Wien 17.9.1979, 14 R 101/79 EFSlg 32.696 = EFSlg 33.943 = EFSlg 33.944 = EFSlg 34.043 = EFSlg 33.044
OGL Wien 20.3.1981, 11 R 28/81 EFSlg 33.772= EFSlg 37.512
OLG Wien 12.11.1981, 16 R 177/81 EFSlg 37.516
OLG Wien 14.9.1983, 16 R 169/83 EFSlg 42.502
OLG Wien 9.1.1984, 14 R 249/83 EFSlg 44.818 = EFSlg 44.819
LGZ Wien 13.7.1978, 45 R 161/78 EFSlg 30.616 = EFSlg 30.617 = EFSlg 30.641 = EFSlg 30.642 = EFSlg 30.648 = EFSlg 30.650 = EFSlg 30.694 = EFSlg 78.236 = EFSlg 78.237
LGZ Wien 24.9.1980, 44 R 190/80 EFSlg 35.157 = EFSlg 35.158 = EFSlg 35.159 = EFSlg 35.161 = EFSlg 35.162= EFSlg 37.124 = MietSlg 32.003
LGZ Wien 19.7.1983, 41 R 428/83 EFSlg 35.896 = MietSlg 35.8945 = MietSlg 35.896
LGZ Wien 25.1.1984, 44 R 247/83 EFSlg 44.828
LGZ Wien 7.11.1986, 43 R 653/86 EFSlg 50.164
LGZ Wien 16.7.1987, 47 R 361/87 EFSlg 52.970 = EFSlg 52.980 = EFSlg 52.985
LGZ Wien 24.09.1987, 47 R 702/87 EFSlg 52.973 = EFSlg 52.978
LGZ Wien 10.12 1987, 47 R 984/87 EFSlg 52.981 = EFSlg 52.986
LGZ Wien 28.6.1994, 43 R 351/94 EFSlg 73.783 = EFSlg 73.786 = EFSlg 73.788
LGZ Wien 11.12.1997, 44 R 943/97w EFSlg 83.036
LGZ Wien 3.5.2002 43 R 254/02z EFSlg 99.098 = EFSlg 99.099 = EFSlg 99.100 = EFSlg 99.105
LGZ Wien 8.9.2004, 45 R 478/04h EFSlg 106.890 = EFSlg 106.891
LG Wels 21.6.2006, 21 R 224/06z EFSlg 113.073 = EFSlg 113.077 = EFSlg 113.078 = EFSlg 113.079 = EFSlg 113.081 = EFSlg 113.082 = EFSlg 113.084
LGZ Wien 18.8.2006, 45 R 370/06d EFSlg 113.074 = EFSlg 113.085 = EFSlg 113.076 = EFSlg 113.077 = EFSlg 113.078 = EFSlg 113.083 = EFSlg 113.084
LGZ Wien 27.5.2008, 45 R 101/08y = EFSlg 119.029 = EFSlg 119.030 = EFSlg 119.032 = EFSlg 119.036 = EFSlg 119.037
LG Salzburg 25.3.2009, 21 R 76/09m EFSlg 122.467 = EFSlg 122.477 = EFSlg 123.697 = EFSlg 122.812 = EFSlg 124.907 = EFSlg 124.954