

Diplomarbeit

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

Die Voraussetzungen der Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft und der Verschuldensantrag nach § 61 Abs 3 EheG

eingereicht bei

Univ.-Prof. Dr. Susanne Ferrari

Institut für Zivilrecht, Ausländisches und
Internationales Privatrecht

von

Larissa Leitner

Graz, März 2013

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere, dass ich die eingereichte Diplomarbeit selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfsmittel bedient habe. Ich versichere ferner, dass ich diese Diplomarbeit bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als wissenschaftliche Arbeit vorgelegt habe.

Graz, März 2013

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IV
I. Einleitung	1
II. Die Scheidung in Österreich	3
III. Die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft	5
1. Die Scheidung gemäß § 55 EheG im Überblick	5
2. Die historische Entwicklung der Scheidung nach § 55 EheG	6
2.1. Die Scheidung nach § 55 EheG von 1938 bis 1945	6
2.1.1. Das EheG 1938	6
2.1.2. Die Einführung des § 55 EheG	7
2.1.3. Das Widerspruchsrecht des Beklagten von 1938 bis 1945	9
2.2. Die Rechtsprechung nach 1945	10
2.2.1. Die Kehrtwende der Judikatur	10
2.2.2. Der Zweck und die Auswirkungen der Judikatur nach 1945	12
2.3. Die Eherechtsreform 1978	13
2.3.1. Der Ruf nach einer Abkehr von der Rechtsprechung	13
2.3.2. Die Abänderung des § 55 EheG im Zuge der Eherechtsreform 1978	15
3. Die Scheidung nach § 55 Abs 1 EheG	18
3.1. Die Voraussetzungen der Scheidung nach § 55 Abs 1 EheG im Überblick	18
3.2. Das Scheidungsrecht beider Ehegatten	20
3.3. Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft	21
3.3.1. Die häusliche Gemeinschaft nach der Judikatur	21
3.3.2. Abweichende Lehrmeinungen zum Begriff der häuslichen Gemeinschaft	25
3.3.3. Die eheliche Lebensgemeinschaft iSd § 55a EheG	27
3.4. Die dreijährige Frist	28
3.5. Die unheilbare Zerrüttung der Ehe	29
3.5.1. Der Begriff der Zerrüttung	29
3.5.2. Die Attribute „tiefgreifend“ und „unheilbar“ der Ehezerüttung	31
3.5.3. Die negative Wiederherstellungsprognose gemäß § 55 Abs 1 S 2 EheG	32

3.6.	Die Abweisung des Scheidungsbegehrens nach § 55 Abs 2 EheG.....	34
3.6.1.	§ 55 Abs 2 EheG im Überblick	34
3.6.2.	Die Bedeutung des § 55 Abs 2 EheG	35
3.6.3.	Die Zulässigkeit und Beachtlichkeit.....	36
3.6.4.	Das Zerrüttungverschulden	38
3.6.5.	Die Härteabwägung	41
3.6.5.1.	Allgemeines zu der Härteabwägung	41
3.6.5.2.	Die berücksichtigungswürdigen Umstände	42
3.6.5.3.	Weitere Kriterien bei der Härteabwägung aus der Judikatur.....	46
4.	Die Scheidung nach § 55 Abs 3 EheG	48
4.1.	Die Bedeutung des § 55 Abs 3 EheG	48
4.2.	Der absolut wirkende Scheidungstatbestand.....	49
4.3.	Die sechsjährige Frist und die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit	51
5.	Verfahrensrechtliches zur Scheidung nach § 55 EheG	52
6.	§ 55 EheG als einvernehmliche Scheidung	54
IV.	Der Verschuldensantrag gemäß § 61 Abs 3 EheG	56
1.	§ 61 EheG im Überblick.....	56
2.	Die Voraussetzungen des Verschuldensantrags nach § 61 Abs 3 EheG	56
3.	Mitverschuldensantrag des Klägers?	59
4.	Die Ergänzungsklage.....	62
5.	Die Auswirkungen auf das Scheidungsfolgenrecht.....	63
5.1.	Unterhalt.....	63
5.2.	Sozialversicherungsrechtliche Folgen.....	66
5.2.1.	Krankenversicherung.....	66
5.2.2.	Witwen- / Witwerpension.....	67
5.2.3.	Witwen- / Witwerrente	68
V.	Die Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft nach § 15 Abs 3 EPG	69
VI.	Schlusswort	73
VII.	Literaturverzeichnis	76

VIII. Judikaturverzeichnis	81
1. Rechtssätze	81
2. Entscheidungen des OGH.....	83
3. Entscheidungen der OLG	86
4. Entscheidungen der LG	87
5. Entscheidung des VwGH	87
6. Entscheidung des EGMR	88
7. Entscheidungen des RG.....	88

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 idF BGBl I 2013/15
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Anm	Anmerkung, -en
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189 idF BGBl I 2013/4
BG	Bundesgesetz
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch dRGBI 1896, 195 idF BGBl I 2012, 2749
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BlgNR	Beilagen zu den Stenografischen Protokollen des Nationalrates
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 idF BGBl I 2012/65
ders	derselbe
dh	das heißt
DR	Deutsches Recht: Zentralorgan des National-Sozialistischen Rechtswahrerbundes
dRGBI	(deutsches) Reichsgesetzblatt
E	Entscheidung
EFSIg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EheG	Ehegesetz dRGBI I 1938, 807 idF BGBl I 2013/15
Einl	Einleitung

EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention BGBI 1958/210 idF BGBI III 2010/47
EO	Exekutionsordnung RGGI 1896/79 idF BGBI I 2013/33
EPG	Eingetragene Partnerschaft-Gesetz BGBI I 2009/135 idF BGBI I 2010/29
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung
f	und der, die folgende
FamRZ	(deutsche) Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff	und der, die folgenden
FMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz BGBI 1992/275 idF BGBI I 2010/111
FN	Fußnote
FPÖ	Freiheitliche Partei Österreichs
GP	Gesetzgebungsperiode
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
ieS	im engeren Sinn
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
iSd	im Sinn des, - der
JA	Justizausschuss
JAB	Justizausschussbericht
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
JGS	Justizgesetzsammlung, Gesetze und Verordnungen im Justizfach
JUS extra	Zeitschrift für Gesetzgebung, Judikatur & Literatur
krit	kritisch
leg cit	legis citatae (<i>der zitieren Rechtsvorschrift</i>)

LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
lit	litera (<i>Buchstabe</i>)
LS	Leitsatz
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nov	November
Nr	Nummer
NR	Nationalrat
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
ÖVP	Österreichische Volkspartei
RdM	Recht der Medizin
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
RZ	Österreichische Richterzeitung
S	Satz
SPÖ	Sozialdemokratische Partei Österreichs
sublit	sublitera (<i>Unterbuchstabe</i>)
SV-Slg	Sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
ua	und andere, -s
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Z	Zahl, Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
ZASB	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Judikaturbeilage
zB	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
	RGBI 1895/113 idF BGBl I 2013/26

I. Einleitung

„Bis dass der Tod euch scheidet“ – leider entspricht dies oft nicht der Realität. Im Jahr 2011 wurden in Österreich 17.295 Ehen rechtskräftig geschieden. 1.073 dieser Scheidungen erfolgten wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft gemäß § 55 EheG¹. Diese Zahl mag zwar vielleicht angesichts der Tatsache, dass 86,1% aller Scheidungen in diesem Jahr im Einvernehmen erfolgt sind, kaum beeindrucken, jedoch gab es damit nahezu gleich viele Scheidungen wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft wie Verschuldensscheidungen.² Ungeachtet dieser Zahlen ist die Bedeutung der Scheidung nach § 55 EheG jedoch keinesfalls zu unterschätzen: Zum einen ist sie aus dem österreichischen Scheidungsrecht nicht wegzudenken, da durch sie auch der Ehegatte, den das Verschulden am Scheitern der Ehe trifft, gegen den Willen des anderen die Scheidung begehren kann, zum anderen ist der Beklagte bei diesem Scheidungsgrund unter bestimmten Voraussetzungen unterhalts- und sozialversicherungsrechtlich privilegiert.³

Ziel meiner Diplomarbeit ist es, sowohl die Voraussetzungen dieser Scheidungsform, als auch den Verschuldensantrag nach § 61 Abs 3 EheG im Detail zu beleuchten. Unter Berücksichtigung der Judikatur soll so verständlich wie möglich ein umfassendes Bild des Scheidungsgrundes vermittelt werden.

Nach einem kurzen Überblick über diesen Scheidungsgrund möchte ich näher auf die Entstehungsgeschichte der Bestimmung eingehen. Dies ist für das Verständnis der Ausgestaltung der Scheidungsvoraussetzungen und der Privilegien im Scheidungsfolgenrecht von großer Bedeutung. Anschließend erlauiere ich umfassend die Voraussetzungen der Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft unter Berücksichtigung unterschiedlicher Auffassungen in Judikatur und Literatur. Daraufhin widme ich mich dem Verschuldensantrag nach § 61 Abs 3 EheG und schildere kurz die mit ihm verbundenen Privilegien des Beklagten im Unterhalts- und Sozialversicherungsrecht. Zuletzt befasse ich mich mit den Unterschieden der Auflösung einer eingetragenen

¹ Ehegesetz dRGB I 1938, 807.

² Statistik Austria, Ehescheidungen

http://www.statistik.at/web_de/statistiken/bevoelkerung/scheidungen/index.html (28.01.2013); im Jahr 2011 erfolgten 1.097 Verschuldensscheidungen.

³ Vgl Maurer, Ehe & Scheidung auf österreichisch⁹ (2012) 104.

Partnerschaft wegen Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft und der Scheidung nach § 55 EheG.

Sämtliche personenbezogenen Bezeichnungen, die in der Diplomarbeit verwendet wurden, sind geschlechtsneutral zu verstehen, es sei denn, es ergibt sich Abweichendes aus dem Kontext.

II. Die Scheidung in Österreich

Die Ehe wird als Vertrag definiert, in dem zwei Personen verschiedenen Geschlechtes gesetzmäßig ihren Willen erklären, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitigen Beistand zu leisten (§ 44 ABGB⁴). Eine rechtswirksam geschlossene Ehe kann nur durch den Tod eines Ehegatten oder eine gerichtliche Entscheidung aufgelöst werden. Das EheG unterscheidet hierbei zwischen der Scheidung, Aufhebung und Nichtigkeit der Ehe.⁵ Durch die Scheidung wird eine bestehende Ehe auf Grund des Verhaltens der Ehegatten während aufrechter Ehe aufgelöst. Aufhebung und Nichtigkeit betreffen hingegen Mängel, die bereits vor der Eheschließung bestanden haben oder zumindest zu diesem Zeitpunkt entstanden sind.⁶ Die Nichtigkeit liegt vor, wenn die Ehe auf Grund besonders schwerer Mängel, deren Ahndung im öffentlichen Interesse liegt, wie beispielsweise Geschäftsunfähigkeit oder Blutsverwandtschaft, aufgelöst wird. Die Aufhebung der Ehe kann demgegenüber begehrt werden, wenn bestimmte Willensmängel bei der Eheschließung vorlagen.⁷ Die Scheidung entfaltet ihre Wirkungen, ebenso wie die Aufhebung der Ehe, ex nunc. Die Nichtigkeit wirkt hingegen grundsätzlich ex tunc.⁸ Die Scheidungstatbestände sind in §§ 49 bis 55a EheG taxativ aufgezählt.⁹

§ 49 EheG regelt die Verschuldensscheidungen. Ein Ehegatte kann nach dieser Bestimmung die Scheidung begehren, wenn der andere durch eine schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten die Ehe schuldhaft so tief zerrüttet hat, dass die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Schwere Eheverfehlungen liegen vor, wenn die Verpflichtungen, die sich aus den persönlichen Rechtswirkungen der Ehe ergeben, gravierend verletzt wurden. Sie berechtigen nur zur Scheidung, wenn sie kausal für die Zerrüttung der Ehe waren und schuldhaft gesetzt wurden.¹⁰ Die Scheidung ist nicht zulässig, wenn das Scheidungsbegehren sittlich nicht gerechtfertigt ist (§ 49 EheG).

⁴ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946.

⁵ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ (2013) 32.

⁶ *Held/Berdnik*, Ehe & Recht: Ein Ratgeber für die Praxis (2001) 52.

⁷ *Schwimmann*, Familienrecht⁸ (2013) 26 f.

⁸ *Kerschner*, Bürgerliches Recht V⁴: Familienrecht (2010) Rz 2/106.

⁹ *Stabentheiner in Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/4³ (2002) § 46 EheG Rz 2.

¹⁰ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 89 f.

Ein Ehegatte kann nach § 50 EheG die Scheidung begehren, wenn die Ehe auf Grund eines objektiv ehewidrigen Verhaltens des anderen Ehegatten, das nicht als Eheverfehlung betrachtet werden kann, da es auf einer geistigen Störung beruht, so tief zerrüttet ist, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Voraussetzung ist demnach, dass das Verhalten infolge der geistigen Störung unverschuldet war. Dies ist beispielsweise bei krankhafter Eifersucht oder Drogensucht der Fall.¹¹ Die Scheidung kann nach § 51 EheG begehrt werden, wenn der andere Ehegatte geisteskrank ist, sodass die geistige Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist. Die Krankheit muss hierfür einen solchen Grad erreicht haben, dass die Heilung nicht absehbar ist. Als Geisteskrankheit gelten zB Schizophrenie, „Idiotie“ oder hochgradige Demenz.¹² Leidet ein Ehegatte an einer schweren ansteckenden oder ekelerregenden Krankheit, kann der andere gemäß § 52 EheG die Scheidung begehren, wenn die Heilung oder die Beseitigung der Ansteckungsgefahr in absehbarer Zeit nicht erwartet werden kann. Derartige Krankheiten sind beispielsweise Lepra, Aids oder stark nässende Ekzeme.¹³ Die Ehe darf nicht nach §§ 50 - 52 EheG geschieden werden, wenn das Scheidungsbegehren sittlich nicht gerechtfertigt ist. Dies ist in der Regel der Fall, wenn die Auflösung der Ehe den anderen Ehegatten außergewöhnlich hart treffen würde (§ 54 EheG).

Besteht Einvernehmen zwischen den Ehegatten über die Scheidung, können sie diese gemeinsam nach § 55a EheG beantragen. Hierfür muss die eheliche Lebensgemeinschaft der Ehegatten seit mindestens einem halben Jahr aufgehoben sein. Des Weiteren müssen beide die unheilbare Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses gestehen und schriftlich eine Vereinbarung über die Scheidungsfolgen abschließen.¹⁴

¹¹ *Schwimann*, Familienrecht⁸ 35.

¹² *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 51 EheG Rz 1 ff.

¹³ *Deixler-Hübner/Xell-Skreiner*, Scheidung kompakt: Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer³ (2010) 92.

¹⁴ § 55a EheG.

III. Die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft

1. Die Scheidung gemäß § 55 EheG im Überblick

Die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft ist in § 55 EheG gesetzlich geregelt. Nach § 55 Abs 1 EheG kann jeder Ehegatte, unabhängig davon, wer die Zerrüttung der Ehe verursacht oder verschuldet hat, die Scheidung begehren, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit mindestens drei Jahren aufgelöst und die Ehe unheilbar zerrüttet ist. Auch jener Ehegatte, der selbst Eheverfehlungen gesetzt hat, kann mit Hilfe dieser Bestimmung die Scheidung begehren. Das Scheidungsbegehren ist jedoch abzuweisen, wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft zu erwarten ist.¹⁵ Gemäß § 55 Abs 2 EheG kann jedoch der beklagte Ehegatte die Abweisung des Scheidungsbegehrens verlangen, wenn der Kläger die Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet hat und den Beklagten die Scheidung härter treffen würde als den klagenden Ehegatten die Abweisung des Scheidungsbegehrens. Um die Abweisung des Scheidungsbegehrens zu rechtfertigen, muss sich aus den Umständen des Einzelfalles eine besondere Härte für den beklagten Ehegatten ergeben – die mit der Scheidung normalerweise verbundene Härte reicht hingegen nicht aus.¹⁶ Dem Scheidungsbegehren des Klägers ist nach § 55 Abs 3 EheG jedenfalls stattzugeben, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit sechs Jahren aufgehoben ist. Hierbei handelt es sich um eine absolute Scheidungsmöglichkeit.¹⁷

Der eigentliche Scheidungsgrund des § 55 EheG ist die unheilbare Zerrüttung der Ehe. Durch die gesetzlich festgelegte Frist der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft soll die Scheidung lediglich erschwert werden und verhindert werden, dass die Scheidung übereilt erfolgt.¹⁸

¹⁵ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹³ (2006) 491; *Maurer*, Ehe⁹ 104.

¹⁶ *Held/Berdnik*, Ehe 72.

¹⁷ RIS-Justiz RS0057039.

¹⁸ *Feil*, Eherecht, Ehegattenerbrecht, Ehegüterrecht: Handkommentar für die Praxis (1978) 120.

Bevor ich die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft im Detail analysiere, möchte ich näher auf die geschichtliche Entwicklung des § 55 EheG eingehen. Meiner Meinung nach ist es für das Verständnis sehr wichtig, die Intention des Gesetzgebers bei der Schaffung dieser Bestimmung und die sich im Laufe der Zeit wandelnde Auslegung, sowie die Gründe hierfür, zu kennen. Weshalb beispielsweise die absolute Scheidungsmöglichkeit des § 55 Abs 3 EheG eingeführt wurde, wird durch die nähere geschichtliche Betrachtung verständlich.

2. Die historische Entwicklung der Scheidung nach § 55 EheG

2.1. Die Scheidung nach § 55 EheG von 1938 bis 1945

2.1.1. Das EheG 1938

Vier Monate nach dem Anschluss Österreichs an Deutschland wurde das „Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet“ vom 6. Juli 1938, kurz Ehegesetz bzw EheG, eingeführt.¹⁹ Dieses EheG 1938 ersetzte die entsprechenden Regelungen des ABGB und BGB²⁰ und regelte das Eherecht neu.²¹ So wurden unter anderem Ehescheidungen erleichtert und die bisherigen Scheidungsgründe abgeändert und ausgebaut.²² Ehescheidungen sind seit diesem Zeitpunkt in Österreich konfessionsunabhängig allen Staatsbürgern möglich.²³

Die durch den Um- und Ausbau der Scheidungsgründe bewirkte Scheidungserleichterung diente jedoch vorrangig nicht der Verwirklichung der Individualinteressen der Ehegatten, sondern der Volksgemeinschaft: Ehen, die für diese wertlos geworden waren, sollten

¹⁹ Berka, Scheidung und Scheidungsreform 2000 (2000) 36.

²⁰ (Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch dRGBI 1896, 195.

²¹ Ogris, Das ABGB innerhalb und außerhalb Österreichs, in Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer (Hrsg), 200 Jahre ABGB – Ausstrahlungen: Die Bedeutung der Kodifikation für andere Staaten und andere Rechtskulturen (2011) 1 (18).

²² Breithaupt, Die Akzeptanz des Zerrüttungsprinzips des 1. EheRG (1986) 6.

²³ Ent, Die Eherechtsreform 1978, NZ 1979, 117, 149 und 165 (121); Berka, Scheidungsreform 36.

geschieden werden.²⁴ Die Nützlichkeit einer Ehe wurde hierbei insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Steigerung der Geburtenzahlen bewertet, da es nach Ansicht des nationalsozialistischen Gesetzgebers der Zweck der Ehe war, „erbgesunde“ Kinder für die Volksgemeinschaft zu zeugen. Einverständliche Scheidungen wurden hingegen strikt abgelehnt.²⁵ Um die Interessen der Volksgemeinschaft besser durchzusetzen, wurde auch der auf dem Zerrüttungsgedanken gestützte § 55 EheG aF²⁶ eingeführt. Eine gänzliche Umstellung auf das Zerrüttungsprinzip wurde jedoch abgelehnt, da befürchtet wurde, dass andernfalls die einverständliche Scheidung fast schrankenlos ermöglicht werden würde, die Spruchpraxis der Gerichte stark divergieren und die Ehemoral geschwächt werden würde. Als Ausdruck des Zerrüttungsprinzips waren folgende Scheidungsgründe verankert: auf geistigen Störungen beruhendes Verhalten (§ 50 EheG aF), Geisteskrankheit (§ 51 EheG aF), ansteckende oder ekelerregende Krankheit (§ 52 EheG aF), Unfruchtbarkeit (§ 53 EheG aF) und Auflösung der häuslichen Gemeinschaft (§ 55 EheG aF). Daneben gab es folgende Scheidungsgründe aus Verschulden: Ehebruch (§ 47 EheG aF), Verweigerung der Fortpflanzung (§ 48 EheG aF) und andere Eheverfehlungen (§ 49 EheG aF).²⁷

2.1.2. Die Einführung des § 55 EheG

Wie bereits erwähnt, wurden durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber die Scheidungsgründe erweitert.²⁸ So wurde durch das EheG 1938 der auf dem Zerrüttungsprinzip beruhende Scheidungsgrund des § 55 EheG aF²⁹ mit folgendem Wortlaut eingeführt:³⁰

§ 55 (1) Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer

²⁴ Breithaupt, Akzeptanz 6 f.

²⁵ Berka, Scheidungsreform 37 f.

²⁶ Ehegesetz idF dRGBI I 1938, 807.

²⁷ Lehner, Familie – Recht – Politik: Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert (1987) 161.

²⁸ Breithaupt, Akzeptanz 6.

²⁹ Ehegesetz idF dRGBI I 1938, 807.

³⁰ Berka, Scheidungsreform 38.

dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten, so kann jeder Ehegatte die Scheidung begehren.

(2) Hat der Ehegatte, der die Scheidung beehrt, die Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet, so kann der andere der Scheidung widersprechen. Der Widerspruch ist nicht zu beachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist.³¹

Diese Bestimmung beruhte auf dem Gedanken, dass die Aufrechterhaltung einer Ehe, bei der die eheliche Gemeinschaft tatsächlich seit Jahren erloschen war, für die Volksgemeinschaft von geringem Wert ist. Durch die Scheidung sollte eine neue Eheschließung, die für die Volksgemeinschaft, insbesondere im Hinblick auf den Zweck der Ehe, möglichst viele Kinder zu zeugen und zu erziehen, mehr Nutzen bringen würde, ermöglicht werden.³²

§ 55 EheG unterschied sich in einem Punkt wesentlich von allen andern Scheidungsgründen: Er war der einzige Scheidungsgrund, bei dem auch der Ehegatte, der Eheverfehlungen begangen hatte, die Scheidung begehren konnte.³³ Das war eine absolute Novität im Scheidungsrecht. Diese Bestimmung setzte lediglich voraus, dass die häusliche Gemeinschaft seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten war. Waren diese Kriterien erfüllt, konnte jeder der beiden Ehegatten – unabhängig davon, ob er Eheverfehlungen gesetzt hatte – die Scheidung begehren.³⁴

³¹ § 55 EheG idF dRGBI I 1938, 807.

³² RG IV 251/38 RGZ 160, 15; *Lehner*, Recht 516 f.

³³ *Lehner*, Recht 516.

³⁴ *Ehrenzweig/Schwind*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts III³: Das Familienrecht (1984) 65.

2.1.3. Das Widerspruchsrecht des Beklagten von 1938 bis 1945

Hatte der die Scheidung begehrende Ehegatte die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, konnte der beklagte Ehepartner der Scheidung widersprechen.³⁵ Der Zerrüttungstatbestand des § 55 EheG aF³⁶ wurde somit durch die verschuldensbezogenen Elemente des § 55 Abs 2 EheG aF relativiert. Als Ursache kann gesehen werden, dass der Gesetzgeber, wie bereits erwähnt, eine gänzliche Umstellung des Scheidungsrechts auf das Zerrüttungsprinzip ablehnte.³⁷

Der Gesetzgeber unterschied zwischen der Zulässigkeit und der Beachtlichkeit des Widerspruchs. Der Widerspruch war zulässig, wenn der Scheidungskläger die Zerrüttung der Ehe ganz oder überwiegend verschuldet hatte.³⁸ Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass der zulässige Widerspruch aber nicht zu beachten war, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt war.³⁹ Die Beachtlichkeit des Widerspruchs sollte nach der Absicht des Gesetzgebers lediglich die Ausnahme sein, während die Scheidung der unheilbar zerrütteten Ehe die Regel sein sollte. Dieser Intention entsprach die Judikatur des Reichsgerichtes von 1938 bis 1945 nahezu ausnahmslos.⁴⁰

Bei der Beurteilung der Beachtlichkeit des Widerspruches gegen die Ehescheidung nach § 55 EheG aF waren insbesondere bevölkerungs- und rassenpolitische Ziele ausschlaggebend.⁴¹ Die persönlichen Interessen der Ehegatten hatten auch hier hinter den staatlichen Interessen zurückzutreten. Bei der Beurteilung der Beachtlichkeit prüfte das Reichsgericht somit insbesondere, ob die Aufrechterhaltung der zerrütteten Ehe oder deren Scheidung – vor allem im Hinblick auf die hierdurch ermöglichte Gründung einer neuen Familie – einen größeren Nutzen für den Staat darstellen würde.⁴²

³⁵ § 55 EheG idF dRGBI I 1938, 807.

³⁶ EheG idF dRGBI I 1938, 807.

³⁷ *Breithaupt*, Akzeptanz 7.

³⁸ Vgl OGH I Ob 27/75 JBl 1976, 152 (*Schwind*); *Aicher*, Ehescheidung und Scheidungsfolgen, in *Floretta* (Hrsg), Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht (1979) 83 (91); *ders.*, Die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft (§ 55 EheG) und ihre unterhaltsrechtlichen Folgen, in *Ostheim* (Hrsg), Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/1978: Entscheidungshilfen für die Praxis (1979) 81 (82).

³⁹ § 55 EheG idF dRGBI I 1938, 807.

⁴⁰ *Ehrenzweig/Schwind*, System III³ 65.

⁴¹ *Dölle*, Familienrecht I: Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen (1964) 533 f; *Lehner*, Recht 162.

⁴² RG IV 229/38 RGZ 159, 305; IV 251/38 RGZ 160, 15; IV 103/39 RGZ 162, 44; *Dölle*, Familienrecht I 534; *Lehner*, Recht 517.

Die Judikatur war zwar in Bezug auf das Widerspruchsrecht des Beklagten gegen die Scheidung zum Teil gegensätzlich, dennoch ergeben sich gewisse Grundtendenzen, nach denen die Beachtlichkeit beurteilt wurde:⁴³ Bei fortgeschrittenem Alter des Klägers war der Widerspruch des Beklagten in der Regel beachtlich.⁴⁴ Ebenso war die Wahrscheinlichkeit der Beachtlichkeit umso größer, je mehr Kinder aus der Ehe entstanden waren, insbesondere wenn diese noch unterhalts- und erziehungsbedürftig waren.⁴⁵ Lebte der Kläger hingegen bereits mit einer anderen Frau in einer Lebensgemeinschaft und hatte er mit ihr Kinder oder war zukünftig Nachwuchs zu erwarten, so sprach dies sehr für die Scheidung.⁴⁶ Die Schwere des Verschuldens des Klägers an der Ehezerüttung war zwar Voraussetzung für die Zulässigkeit des Widerspruchs, aber hatte keine Auswirkungen auf dessen Beachtlichkeit. Selbst versorgungsrechtliche Nachteile, die die Ehefrau als typischen Beklagten durch die Scheidung erleiden würde, wurden nur fallweise berücksichtigt.⁴⁷ Des Weiteren war der Widerspruch bei Ehen zwischen Ariern und Juden stets unbeachtlich.⁴⁸

2.2. Die Rechtsprechung nach 1945

2.2.1. Die Kehrtwende der Judikatur

Nach dem Zusammenbruch der NS-Herrschaft wurde der Gesetzestext des § 55 EheG nicht verändert. Die Judikatur zu dieser Bestimmung änderte sich jedoch nach 1945 grundlegend.⁴⁹

Bis zu diesem Zeitpunkt war der Widerspruch des Beklagten nur ausnahmsweise beachtlich, die Scheidung war die Regel. Ab 1945 galt ein zulässiger Widerspruch jedoch grundsätzlich als beachtlich. Ein gegen den Scheidungskläger, der die Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet hatte, erhobener Widerspruch des Beklagten bewirkte somit

⁴³ *Lehner*, Recht 162 und 518.

⁴⁴ Vgl RG IV 229/38 RGZ 159, 305; IV 171/38 RGZ 159, 111; IV 695/39 RGZ 164, 155.

⁴⁵ Vgl RG IV 214/38 RGZ 160, 140; IV 695/39 RGZ 164, 155.

⁴⁶ Vgl RG IV 229/38 RGZ 159, 305; IV 251/38 RGZ 160, 15; IV 103/39 RGZ 162, 44.

⁴⁷ Vgl RG IV 171/38 RGZ 159, 111; IV 251/38 RGZ 160, 15; IV 41/39 RGZ 160, 374; IV 141/39 RGZ 162, 20; IV 103/39 RGZ 162, 44.

⁴⁸ Vgl OLG Breslau 1 U 809/39 DR 1940, 577 (*Klemm*).

⁴⁹ *Ehrenzweig/Schwind*, System III³ 65.

in der Regel, dass die Scheidungsklage abgewiesen wurde. Selbst wenn die häusliche Gemeinschaft seit vielen Jahren aufgehoben war und die Ehe daher nur noch lediglich der Form nach aufrecht war, wurde das Scheidungsbegehren nahezu immer abgewiesen.⁵⁰

Diese sich von der Rechtsprechung des RG gänzlich unterscheidende Auslegung des OGH wurde unter anderem durch den unbestimmten Gesetzesbegriff „sittliche Rechtfertigung“ des § 55 Abs 2 S 2 EheG aF⁵¹ ermöglicht.⁵² Nach dem Gesetzeswortlaut war der Widerspruch, wie erläutert, nicht zu beachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt war.⁵³ Nach 1945 sprach der OGH⁵⁴ diesbezüglich aus, dass die Aufrechterhaltung der Ehe grundsätzlich den Sittengesetzen entspreche. Des Weiteren führte er aus, dass die Aufgabe der Ehe die seelische Bindung der Gatten aneinander und die Verpflichtung zum gegenseitigen Beistand sei. Die Aufrechterhaltung der Ehe sei daher gerechtfertigt, solange der Beklagte *„trotz der Zerrüttung der Ehe des Beistandes bedarf und sich auch seinerseits zu einer solchen Beistandsverpflichtung bekennt und solange eine solche Beistandsleistung auch möglich ist.“*⁵⁵ Für die Beachtlichkeit des Widerspruchs genügte es daher, dass jener Ehegatte, der den Widerspruch erhoben hatte, an der Ehe festhielt und zur Erfüllung seiner ehelichen Beistandspflicht bereit war, sodass die Ehe nicht jeden Sinn verloren hatte.⁵⁶

Lediglich ein sittenwidrig rechtsmissbräuchlicher Widerspruch war unbeachtlich.⁵⁷ Dies wurde beispielsweise angenommen, wenn auch der widersprechende Ehegatte jegliche Ehegesinnung verloren hatte und nicht zur tatsächlichen Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft bereit war,⁵⁸ der Widerspruch nur aus

⁵⁰ Gruber, Scheidungsrecht aus der Praxis (Gedanken zu einer Reform), ÖJZ 1972, 382 (384); Broda, Schwerpunkte der Familienrechtsreform in der XIV. Gesetzgebungsperiode des Nationalrates, RZ 1976, 7 (8 f); Steininger, Österreichs Familienrechtsreform unter besonderer Berücksichtigung der vermögensrechtlichen Konsequenzen, in Ruppe (Hrsg), Handbuch der Familienverträge: Zivilrechtliche, steuerrechtliche und sozialrechtliche Folgen von Vereinbarungen zwischen Angehörigen² (1985) 1 (17).

⁵¹ EheG idF dRGBI I 1938, 807.

⁵² Hoyer, Das neue Scheidungsrecht, JBl 1981, 11 (11).

⁵³ § 55 Abs 2 EheG idF dRGBI I 1938, 807.

⁵⁴ RIS-Justiz RS0057565.

⁵⁵ OGH 1 Ob 345/47 SZ 21/40 = EvBl 1947/445.

⁵⁶ OGH 1 Ob 217/70 SZ 43/168 mwN.

⁵⁷ Aicher in Floretta 92; ders in Ostheim 83.

⁵⁸ RIS-Justiz RS0057132; Gruber, ÖJZ 1972, 384.

Rache erhoben worden war,⁵⁹ aber auch wenn die eheliche Lebensgemeinschaft nur für kurze Zeit bestanden hatte und der widersprechende Ehegatte finanziell unabhängig war.⁶⁰

2.2.2. Der Zweck und die Auswirkungen der Judikatur nach 1945

Die Aufrechterhaltung einer unheilbar zerrütteten Ehe, die nur noch der Form nach besteht, ist sehr fragwürdig.⁶¹ Durch diese Judikatur sollte aber die finanzielle Absicherung der Ehefrau als typischen Scheidungsbeklagten gewährleistet werden.⁶² Häufig lebte der Ehemann, der in der Regel die Scheidungsklage erhoben hatte, mit einer anderen – nicht selten jüngeren – Frau in einer Lebensgemeinschaft.⁶³ Die in der Ehe alt gewordene Ehefrau, die ihrem Ehemann „ihre guten Jahren geopfert“⁶⁴ hatte, sollte zumindest vor den finanziellen Nachteilen, die sie durch die Scheidung erleiden würde, geschützt werden. Nach der damaligen Rechtslage war die Ehefrau unterhaltsrechtlich nach der Scheidung deutlich schlechter gestellt, als während der aufrechten Ehe.⁶⁵ Des Weiteren drohte die Gefahr, nach dem Tod des Ehemannes nur notdürftig versorgt zu sein.⁶⁶ Nach der Rechtsprechung⁶⁷ genügte daher auch die Gefahr der wirtschaftlichen Schlechterstellung nach der Scheidung für die Beachtlichkeit des Widerspruchs.

Diese Auslegung des Widerspruchsrechts nach § 55 Abs 2 EheG aF⁶⁸ führte dazu, dass Ehen gegen den Willen des Beklagten nahezu nie geschieden werden konnten.⁶⁹ Die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft wurde durch diese Rechtsprechung nahezu beseitigt. Lediglich im Rahmen sogenannter Konventionalscheidungen konnte diese Bestimmung noch angewendet werden.⁷⁰

⁵⁹ Vgl OGH 6 Ob 284/64 EFSIlg 2404.

⁶⁰ Vgl OGH 6 Ob 118/64 EFSIlg 2402.

⁶¹ Broda, RZ 1976, 8.

⁶² Ehrenzweig/Schwind, System III³ 65.

⁶³ Aicher in Floretta 92; ders in Ostheim 83.

⁶⁴ Vgl OLG Linz 4 R 102/70 EFSIlg 13.923.

⁶⁵ Krejci, Neues Scheidungsrecht und soziale Sicherung, JBl 1979, 169 (170).

⁶⁶ Aicher in Floretta 93; ders in Ostheim 83.

⁶⁷ Vgl OGH 8 Ob 223/65 JBl 1966, 211; 1 Ob 104/73 RZ 1974/17 (krit Schwind) = EFSIlg 20.471; 3 Ob 64/75 EFSIlg 25.044; 5 Ob 186/75 EFSIlg 25.045 mwN; OLG Linz 4 R 102/70 EFSIlg 13.923; ua.

⁶⁸ Ehegesetz idF dRGBI I 1938, 807.

⁶⁹ Lehner, Recht 519.

⁷⁰ Kaltenböck, Die Ehescheidung bei aufgehobener ehelicher Gemeinschaft, AnwBl 1972, SonderNr 6.

In vielen Fällen führte die Judikatur zu unbilligen Ergebnissen.⁷¹ So war häufig die häusliche Gemeinschaft lange Zeit – teils sogar bis zu 30 Jahre! – aufgehoben. Des Weiteren hatte der Mann in vielen Fällen die Lebensgemeinschaft zu einer anderen Frau begründet und mit ihr oft bereits Kinder bekommen. Zwischen den Ehegatten bestand keinerlei Beziehung mehr, die dem Wesen einer Ehe entsprechen würde – sie bestand lediglich nur noch der Form nach. Um dieses Phänomen zu beschreiben, wurde der Begriff „Papierehe“ eingeführt.⁷² *Schwind*⁷³ führte diesbezüglich aus, dass die Gerichte lediglich die Wahl zwischen der Aufrechterhaltung unheilbar zerrütteter Ehen und dem schuldlosen Verlust der bisherigen Lebensgrundlage der Ehefrau, der die Folge der Scheidung wäre, hatten, wobei letzteres meist das noch größere Übel sei.

Insbesondere in jenen Fällen, in denen der Scheidungskläger in einer neuen Lebensgemeinschaft lebte, führte die Judikatur zu viel Leid. Dies wird auch aus den zahlreichen Zuschriften erkennbar, die an das Bundesministerium für Justiz gesendet worden waren.⁷⁴ Diese Lebensgemeinschaften entsprachen häufig dem Idealbild einer Ehe – dennoch wurden ihnen der „*Schutz der Familie*“⁷⁵ versagt. Aus dieser Beziehung stammende Kinder waren unehelich und gesellschaftlich in den Augen vieler gegenüber ehelichen Kindern abgewertet.⁷⁶

2.3. Die Eherechtsreform 1978

2.3.1. Der Ruf nach einer Abkehr von der Rechtsprechung

Die geänderte Judikatur zur Beachtlichkeit des Widerspruchrechtes der beklagten Partei hatte mit dem Schutz des schuldlos geschiedenen Ehegatten durchaus triftige Gründe. Die Schattenseite dieser Rechtsprechung waren jedoch, wie erläutert, die sogenannten

⁷¹ *Hoyer*, JBl 1981, 11.

⁷² ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 3; *Broda*, RZ 1976, 9.

⁷³ *Schwind*, Studien zum Eherecht, JBl 1946, 285 und 320 (325).

⁷⁴ ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 3; *Broda*, RZ 1976, 9; *ders.*, Der Stand der Reform des § 55 Ehegesetz, RZ 1977, 96 (97).

⁷⁵ ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 3.

⁷⁶ ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 3.

„Papierehen“.⁷⁷ Vor allem wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit vielen Jahren aufgehoben war, führte die Judikatur zu unbilligen Ergebnissen.⁷⁸ Sehr fragwürdig war beispielsweise eine Entscheidung des OGH, bei der die Ehegatten etwa 30 Jahre getrennt gelebt hatten. Durch die Kriegsfolgen und Nachkriegsverhältnisse war ihre Ehe zerbrochen. In der Zeit der Trennung gab es abgesehen von vereinzelt Briefen, in denen sie einander gegenseitig halbherzig aufforderten, die eheliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen, keinen Kontakt zwischen den Ehegatten. Der Mann beehrte die Scheidung nach § 55 EheG aF⁷⁹. Seine Ehefrau erhob aus finanziellen Gründen Widerspruch und behauptete sein alleiniges oder überwiegendes Verschulden, da er mit einer anderen Frau in einer Lebensgemeinschaft lebte. Trotz der beachtlichen Dauer der Trennung, während dieser der Mann in Österreich und seine Frau in ihrem Heimatland Polen lebte, sprach der OGH entsprechend der ständigen Rechtsprechung aus, dass die Aufrechterhaltung der Ehe sittlich gerechtfertigt und der Widerspruch somit beachtlich sei!⁸⁰

Von vielen Seiten wurde der Ruf nach dem Gesetzgeber erhoben. Ich möchte hier nur ein paar dieser Reformforderungen erwähnen.

Bereits 1947 äußerte sich *Schwind*⁸¹ kritisch dazu, die Aufrechterhaltung unheilbar zerrütteter Ehen gesetzlich zu erzwingen. Zutreffend merkte er an, dass Ehegatten, die zur Auflösung der ehelichen Gemeinschaft entschlossen sind, diese dennoch einfach eigenmächtig lösen, wenn ihnen die Scheidung verweigert wird. Eine geregelte Scheidung sei gegenüber einer gesetzlich unregelmäßig Trennung zu favorisieren.⁸²

Der Präsident der steiermärkischen Rechtsanwaltskammer, *Kaltenbäck*⁸³, forderte am 19. September 1972 den OGH in seiner Ansprache vor dem Österreichischen Rechtsanwaltskammertag auf, von seiner ständigen Rechtsprechung abzugehen. Stattdessen solle er zu dem Wortlaut des § 55 EheG und Gesetzeszweck zurückzukehren, nach dem der Widerspruch insbesondere nicht beachtlich sei, wenn der Beklagte „*keine*

⁷⁷ *Aicher*, Die Reform des Rechts der Ehescheidung und der unterhaltsrechtlichen Scheidungsfolgen in Österreich, FamRZ 1980, 426 und 637 (431).

⁷⁸ *Hoyer*, JBl 1981, 11.

⁷⁹ Ehegesetz idF dRGBI I 1938, 807.

⁸⁰ OGH 1 Ob 104/73 RZ 1974/17 (krit *Schwind*).

⁸¹ *Schwind*, Eine Grundfrage der Eherechtsreform, JBl 1947, 253 (254).

⁸² *Schwind*, JBl 1947, 254.

⁸³ *Kaltenbäck*, AnwBl 1972, SonderNr 6.

*Einbuße an seinem Vermögen und keine Einbuße an seinem Unterhalts- und Kostenersatzanspruch erleidet.*⁸⁴

Der OGH lehnte eine Abkehr von seiner ständigen Rechtsprechung in seinem Tätigkeitsbericht vom 12. Juli 1974 jedoch explizit ab. Als Begründung führte er an, dass es Aufgabe des Gesetzgebers sei, Gesetzesbestimmungen zu ändern, wenn dies nötig ist. Des Weiteren erbrachte er den Vorschlag, im Zuge der Reform des Scheidungsrechts zum einen die Scheidung unheilbar zerrütteter Ehen zu erleichtern, zum anderen den schuldlosen Ehegatten im Falle der Scheidung finanziell abzusichern.⁸⁵

Ebenso betonte der Bundesminister für Justiz, *Broda*⁸⁶, die Notwendigkeit einer Reform dieser Scheidungsbestimmung sowie der dazugehörigen unterhalts- und versorgungsrechtlichen Bestimmungen, da Frauen in vielen Fällen in der, auf Grund des überwiegenden oder alleinigen Verschulden des Mannes, unheilbar zerrütteten Ehe verbleiben mussten, um den Unterhaltsanspruch nicht zu gefährden und im Falle des Ablebens ihres Gatten versorgt zu sein. Er forderte daher, dass die Frau unterhalts- und versorgungsrechtlich wie bei aufrechter Ehe gestellt sein sollte, wenn die Scheidung für sie wirtschaftlich eine außergewöhnliche Härte darstellen würde.

2.3.2. Die Abänderung des § 55 EheG im Zuge der Eherechtsreform 1978

Die Eherechtsreform brachte zum einen die Neugestaltung des Widerspruchsrechts des § 55 Abs 2 EheG, zum anderen die Einführung des § 55 Abs 3 EheG und der einvernehmlichen Scheidung nach § 55a EheG.⁸⁷ Von 1938 bis 1978 galt § 55 EheG mit unverändertem Gesetzestext.⁸⁸ Wie soeben geschildert, wurde jedoch von vielen Seiten die Abänderung dieser Bestimmung begehrt, um die Erleichterung der Scheidung bei

⁸⁴ *Kaltenbäck*, AnwBl 1972, SonderNr 6.

⁸⁵ Vgl ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 5; siehe auch OGH 1 Ob 211/72 JBl 1974, 99 = RZ 1973/ 1.

⁸⁶ *Broda*, Begrüßungsansprache des Bundesministers für Justiz *Dr. Christian Broda*, AnwBl 1974, SonderNr Nov 3.

⁸⁷ *Ent*, NZ 1979, 121; *Berka*, Scheidungsreform 58.

⁸⁸ *Schwind*, Die Reform des österreichischen Eherechts, FamRZ 1979, 649 (652).

gleichzeitiger finanzieller Absicherung der schuldlos geschiedenen Ehefrau als typischen Scheidungsbeklagten zu ermöglichen.⁸⁹

Am 5. Jänner 1976 sendete das BMJ schließlich einen ersten Entwurf eines Bundesgesetzes zur Änderung der Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft zur Begutachtung aus.⁹⁰ Nach wie vor war in diesem Entwurf vorgesehen, dass der Beklagte gegen das Scheidungsbegehren Widerspruch erheben kann. Anders als bisher sollte dieser aber nur beachtlich sein, wenn eine außergewöhnliche Härte im Sinn des § 54 EheG vorlag. Da es das Ziel der Reform war, die Frau unterhalts- und versorgungsrechtlich so abzusichern, dass sie nach der Scheidung keine Nachteile erleidet, sollten wirtschaftliche Gründe bei der Beachtlichkeit des Widerspruches außer Betracht bleiben – durch die entsprechenden gesetzlichen Änderungen sollte ein Widerspruch aus diesen Gründen ohnehin nicht mehr nötig sein. Durch einen zulässigen und beachtlichen Widerspruch war das Gerichtsverfahren auf bestimmte Zeit, längstens jedoch bis die häusliche Gemeinschaft seit fünf Jahren aufgehoben war, auszusetzen. Der Widerspruch des Beklagten sollte somit nicht mehr möglich sein, wenn die häusliche Gemeinschaft seit fünf Jahren aufgehoben war.⁹¹

Als Reaktion auf den Gesetzesentwurf wurden im Rahmen des Begutachtungsverfahrens zahlreiche Stellungnahmen abgegeben und er fand auch bei der Bevölkerung große Beachtung. Zusammengefasst kann aber gesagt werden, dass die Änderung des § 55 EheG begrüßt wurde. In zahlreichen Stellungnahmen wurde gefordert, das Verhältnis des Unterhalts des geschiedenen Ehegatten zu jenem eines neuen Ehepartners ausdrücklich zu regeln.⁹² Des Weiteren wurde im Begutachtungsverfahren der Vorschlag erbracht, im Rahmen der Reform des Scheidungsrechts auch die einverständliche Scheidung einzuführen. Diese Vorschläge wurden aufgegriffen. Da auch die einverständliche Scheidung an die – jedoch nur einjährige – Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft und die unheilbare Zerrüttung der Ehe anknüpfen sollte, sollte sie die erste Stufe des Zerrüttungstatbestandes des § 55 EheG darstellen. Der Gesetzesentwurf wurde daher dahingehend abgeändert, dass die einverständliche Scheidung im Abs 1 des § 55 EheG

⁸⁹ *Ent*, Zur Reform des Scheidungsrechts, ÖJZ 1976, 617 (618); *Broda*, RZ 1977, 97 f; ua.

⁹⁰ *Ent*, NZ 1979, 122; *ders/Hopf*, Das neue Eherecht: Die Reform des Ehwirkungsrechts, des Ehegattenerbrechts und des Ehescheidungsrechts (1979) 71.

⁹¹ ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 8; *Ent*, NZ 1979, 122.

⁹² ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 7.

geregelt wurde.⁹³ Im Entwurf war die Regelung, dass der Beklagte unter bestimmten Voraussetzungen auch nach der Scheidung weiterhin einen Anspruch auf Unterhalt nach § 94 ABGB haben sollte, in § 55 EheG vorgesehen. Aus systematischen Gründen wurde diese Regelung ausgegliedert und in §§ 61, 69 EheG die entsprechenden Änderungen getroffen.⁹⁴ Dieser überarbeitete Entwurf wurde 29. Juni 1976 als Regierungsvorlage an den NR gesendet.⁹⁵

Der JA nahm einige Korrekturen an dem Vorschlag der RV vor und formulierte ihn neu.⁹⁶ Aus systematischen Gründen bekam die einverständliche Scheidung mit § 55a EheG eine eigene Norm.⁹⁷ Des Weiteren wurde das Widerspruchsrecht durch den JA umgestaltet. Auf Verlangen des Beklagten soll nun das Scheidungsbegehren abgewiesen werden, wenn der Kläger die Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet hat und die Scheidung den beklagten Ehegatten härter trifft, als den klagenden Ehegatten die Abweisung des Scheidungsbegehrens (siehe Kapitel III. 3.6. „Die Abweisung des Scheidungsbegehrens nach § 55 Abs 2 EheG“).⁹⁸

Die Regelung, dass dem Scheidungsbegehren nach Ablauf einer bestimmten Zeit jedenfalls stattzugeben ist, war heftig umstritten.⁹⁹ SPÖ und FPÖ befürworteten eine unbedingte Scheidungsmöglichkeit nach Ablauf einer bestimmten Zeit. Die ÖVP trat hingegen dafür ein, dass auch nach dieser Zeit in besonderen Ausnahmefällen die Aufschiebung der Scheidung im Rahmen einer „immateriellen Härteklausel“ möglich sein sollte.¹⁰⁰ Der BR befürchtete negative Auswirkungen auf die Ehegesinnung.¹⁰¹ Die emotional geführte Diskussion wurde von Begriffen wie „Wegwerffrau“ geprägt. Die Parlamentsmehrheit griff den Vorschlag der „immateriellen Härteklausel“ zwar nicht auf, doch die Frist, nach der die Scheidung unbedingt möglich sein sollte, wurde von fünf auf sechs Jahre erhöht.¹⁰² Um den Konsens der Parteien über § 55 Abs 1 und 2 EheG auszudrücken, wurden diese einstimmig durch das BG über Änderungen des Ehegattenerbrechts, des Ehegüterrechts

⁹³ *Ent/Hopf*, Eherecht 72.

⁹⁴ ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 8; *Ent*, NZ 1979, 122.

⁹⁵ JAB 916 BlgNR 14. GP 1.

⁹⁶ *Hopf/Kathrein*, Eherecht: Kurzkomentar² (2005) § 55 EheG Anm 1.

⁹⁷ JAB 916 BlgNR 14. GP 7.

⁹⁸ JAB 916 BlgNR 14. GP 8.

⁹⁹ *Krejci*, JBl 1979, 169.

¹⁰⁰ *Aicher* in *Floretta* 90; *ders* in *Ostheim* 81.

¹⁰¹ Siehe Einspruch des BR 954 BlgNR 14. GP.

¹⁰² *Aicher* in *Floretta* 102 ff; *ders* in *Ostheim* 91 ff.

und des Ehescheidungsrechts¹⁰³ neu gefasst. § 55 Abs 3 EheG wurde hingegen mittels gemeinsamen Antrags der Abgeordneten *Blecha* und *Broesigke* dem NR gemäß § 27 GOG zur Beschlussfassung vorgelegt und mit Stimmenmehrheit gegen die Stimme der ÖVP durch das BG über eine Änderung des Ehegesetzes¹⁰⁴ angefügt.¹⁰⁵ Beide Gesetze traten am 1. Juli 1978 in Kraft.¹⁰⁶ Dieser neugestaltete § 55 EheG wurde durch die unterhaltsrechtliche Regelung in § 61 Abs 3 iVm § 69 Abs 2 EheG ergänzt.¹⁰⁷

3. Die Scheidung nach § 55 Abs 1 EheG

3.1. Die Voraussetzungen der Scheidung nach § 55 Abs 1 EheG im Überblick

Aus dem Gesetzeswortlaut des § 55 Abs 1 EheG ergibt sich, dass jeder Ehegatte wegen tiefgreifender unheilbarer Zerrüttung der Ehe die Scheidung begehren kann, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit mindestens drei Jahren aufgehoben ist.¹⁰⁸ Die Scheidungsklage kann jeder Ehegatte erheben. Damit ist gemeint, dass auch jener Ehegatte, der selbst Eheverfehlungen gesetzt hat, die Scheidung begehren kann.¹⁰⁹

Der Gesetzeswortlaut kann leicht missverstanden werden. Die Formulierung „Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben, so kann jeder Ehegatte wegen tiefgreifender unheilbarer Zerrüttung der Ehe deren Scheidung begehren“¹¹⁰ könnte auch so ausgelegt werden, dass die Zerrüttung automatisch bei Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft seit mindestens drei Jahren vorliegt und nicht weiter geprüft werden müsste. Dem ist aber keinesfalls so! Bei der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft und der unheilbaren Zerrüttung der Ehe handelt es sich hingegen um zwei

¹⁰³ BGBl 1978/280.

¹⁰⁴ BGBl 1978/303.

¹⁰⁵ *Ent/Hopf*, Eherecht 72; *Hopf/Kathrein*, Eherecht² § 55 EheG Anm 1.

¹⁰⁶ *Ent*, NZ 1979, 117; *Krejci*, JBl 1979, 169.

¹⁰⁷ JAB 916 BlgNR 14. GP 9.

¹⁰⁸ *Held*, Ehescheidung: Gründe, Folgen, Verfahren: Ein Leitfaden für Betroffene (1995) 34.

¹⁰⁹ *Maurer*, Ehe⁹ 104.

¹¹⁰ § 55 Abs 1 EheG.

voneinander unabhängige Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen.¹¹¹ Diese Auslegung entspricht auch dem Wortlaut des § 55 EheG aF¹¹², in dem die beiden Voraussetzungen noch durch das Wort „und“ verbunden waren.¹¹³ Auch aus der Regierungsvorlage geht hervor, dass die Zerrüttung der Ehe und die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft zwei voneinander zu unterscheidende Scheidungsvoraussetzungen sind. Bei ihrer Auslegung ist die Rechtsprechung hinsichtlich der alten Fassung des § 55 EheG nach wie vor anwendbar, da sich ihre Bedeutung durch die Neufassung dieser Bestimmung nicht geändert hat.¹¹⁴ Erst durch die Änderungen, die der JA vorgenommen hatte, wurden die beiden Voraussetzungen nicht mehr durch das Wort „und“ sondern den Begriff „wegen“ verbunden und die nun geltende Formulierung eingeführt. In dem JAB wird auf diese neue Formulierung jedoch nicht eingegangen und es wurden keine Gründe für die neue Wortwahl angeführt.¹¹⁵ Meines Erachtens kann daraus geschlossen werden, dass der JA keineswegs im Sinn hatte, dass durch die Verwendung des Wortes „wegen“ nun plötzlich nur noch die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft Voraussetzung für § 55 EheG sein sollte. Ich halte diese Wortwahl daher für einen unbeabsichtigten Formulierungsfehler.

Zwischen der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft und der Ehezerrüttung muss kein zeitlicher oder ursächlicher Zusammenhang bestehen.¹¹⁶ Es ist somit nicht von Belang, ob die Ehe schon zum Zeitpunkt der Aufhebung zerrüttet war oder ob dies erst später geschieht. Die Zerrüttung der Ehe muss lediglich zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz vorliegen.¹¹⁷ Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft stellt jedoch ein Indiz für die Ehezerrüttung dar.¹¹⁸

Liegen diese beiden Scheidungsvoraussetzungen vor, ist das Scheidungsbegehren dennoch abzuweisen, wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft zu erwarten ist

¹¹¹ ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 10; Aichhorn in *Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (2011) § 55 EheG Rz 1; Stabentheiner in *Rummel*, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 1; Weitzenböck in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar I⁴ (2012) § 55 EheG Rz 4; ua.

¹¹² Ehegesetz idF dRGBI I 1938, 807.

¹¹³ § 55 EheG idF dRGBI I 1938, 807.

¹¹⁴ ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 10.

¹¹⁵ Vgl JAB 916 BlgNR 14. GP 1 ff.

¹¹⁶ LGZ Wien 42 R 313/01t EFSIlg 97.191; offenbar aA OLG Wien 12 R 173/87 EFSIlg 54.425; Weitzenböck in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 4.

¹¹⁷ RIS-Justiz RS0057155; OGH 5 Ob 568/80 EFSIlg 36.372.

¹¹⁸ Hopf/Kathrein, *Eherecht*² § 55 EheG Anm 2.

(§ 55 Abs 1 S 2 EheG). Selbst wenn das Gericht zu der Auffassung kommt, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft iSd § 55 Abs 1 S 2 EheG nicht zu erwarten ist, kann sich der Beklagte gegen das Scheidungsbegehren zur Wehr setzen. Der Scheidungsklage ist demnach auf Verlangen des beklagten Ehegatten ebenso nicht stattzugeben, wenn der Kläger die Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet hat und die Scheidung den beklagten Ehegatten härter träfe als den klagenden Ehegatten die Abweisung des Scheidungsbegehrens (§ 55 Abs 2 EheG).

3.2. Das Scheidungsrecht beider Ehegatten

Wie bereits mehrfach erwähnt, ist eine der Besonderheiten des § 55 EheG, dass jeder der Ehegatten die Scheidung begehren kann, unabhängig davon, wer die Zerrüttung der Ehe verschuldet hat oder ob überhaupt ein Verschulden vorliegt.¹¹⁹ Auch der Ehegatte, der beispielsweise die häusliche Trennung herbeigeführt hat, kann die Scheidungsklage erheben.¹²⁰ Durch § 55 EheG erhält also auch jener Ehegatte, der sein Scheidungsbegehren nicht auf die Verschuldensscheidung nach § 49 EheG stützen kann – beispielsweise da nur er selbst schwere Eheverfehlungen gesetzt hat oder das Scheidungsbegehren sittlich nicht gerechtfertigt ist – ein Scheidungsrecht. Die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft ist damit die einzige Möglichkeit des schuldigen Ehegatten, gegen den Willen des anderen die Scheidung zu begehren.¹²¹ Im Unterschied zu § 55 EheG wird bei allen anderen Scheidungstatbeständen (abgesehen von § 55a EheG) der Scheidungsgrund stets durch einen Ehegatten verwirklicht (beispielsweise auf Grund von Eheverfehlungen, einer Geisteskrankheit etc) und nur der andere ist berechtigt, die Scheidung zu begehren.¹²² Da bei § 55 EheG beide Ehegatten die Scheidungsklage erheben können, ist die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft ebenso wie die einvernehmliche Scheidung zweiseitig, während alle anderen Scheidungsgründe einseitig sind, sodass stets nur ein bestimmter Ehegatte die Scheidung begehren kann.¹²³ Nachdem dieses Scheidungsrecht ebenso dem schuldigen wie auch dem schuldlosen Ehegatten zusteht, stellt es einen Bruch

¹¹⁹ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 97.

¹²⁰ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB II/43 § 55 EheG Rz 1.

¹²¹ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 97.

¹²² *Litterst*, Das Recht der Zerrüttungsscheidung und der Scheidungsfolgen in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich: Eine rechtsvergleichende Untersuchung und Darstellung unter Einbeziehung der Rechtsentwicklung seit dem Ehegesetz von 1938 (1983) 40.

¹²³ *Gschnitzer/Faistenberger*, Österreichisches Familienrecht² (1979) 41.

mit dem Rechtsprinzip, dass niemand aus eigenem rechtswidrigem Verhalten Rechte ableiten können soll, dar.¹²⁴

3.3. Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft

3.3.1. Die häusliche Gemeinschaft nach der Judikatur

Nach § 55 Abs 1 EheG ist es eine der Scheidungsvoraussetzungen, dass die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit mindestens drei Jahren aufgehoben ist. Nun stellt sich die Frage, was unter der „häuslichen Gemeinschaft“ zu verstehen ist.

Nach der ständigen Rechtsprechung ist unter dem Begriff „häusliche Gemeinschaft“ die ehederechte Wohnungs-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft zu verstehen. Ihre Aufhebung ist demnach erst dann gegeben, wenn alle drei Voraussetzungen weggefallen sind.¹²⁵ Die gemeinsame Lebensführung der Ehegatten muss grundsätzlich in sämtlichen Teilbereichen beendet sein.¹²⁶ Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft erfordert kein Einvernehmen der Ehegatten. Sie ist daher schon dann verwirklicht, wenn nur einer der beiden die erforderlichen ehelichen Kontakte meidet.¹²⁷ Eine Aufhebungserklärung ist nicht nötig.¹²⁸

Die häusliche Gemeinschaft wird zwar als Wohnungs-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft definiert, das Element der Geschlechtsgemeinschaft hat jedoch nur eine untergeordnete Bedeutung und ist „*kein unverzichtbares Essentiale der ehelichen Wohngemeinschaft*“¹²⁹. Die häusliche Gemeinschaft ist daher schon dann aufgehoben, wenn die ehederechte Wohnungs- und Wirtschaftsgemeinschaft geendet hat.¹³⁰ Alleine durch fallweisen Geschlechtsverkehr wird die häusliche Gemeinschaft nicht wieder

¹²⁴ Kerschner, Familienrecht V⁴ Rz 2/121.

¹²⁵ RIS-Justiz RS0057116.

¹²⁶ OGH 1 Ob 678/82 EFSIlg 41.225; OLG Wien 17 R 140/80 EFSIlg 36.354 mwN.

¹²⁷ Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 8.

¹²⁸ OGH 6 Ob 48/72 EFSIlg 18.203.

¹²⁹ Feil/Marent, Familienrecht Kommentar (2007) § 55 EheG Rz 10.

¹³⁰ Feil/Marent, Familienrecht § 55 EheG Rz 10.

aufgenommen.¹³¹ Rein geschäftliche Kontakte reichen für die geforderte Wirtschaftsgemeinschaft nicht aus. Der Begriff der häuslichen Gemeinschaft ist auch bei verheirateten, gemeinsam tätigen Gewerbetreibenden grundsätzlich gleich zu bewerten wie bei unselbstständig berufstätigen Ehegatten.¹³²

Leben die Ehegatten getrennt, so ist die häusliche Gemeinschaft in der Regel aufgehoben. Dem ist jedoch nicht so, wenn die Trennung lediglich aus äußeren Gründen erfolgt ist. Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten beispielsweise auf Grund einer Kur, eines Krankenhausaufenthalts, einer Haftstrafe oder aus beruflichen Gründen längere Zeit aufgehoben, so wird dies durch den einvernehmlichen Willen der Ehegatten, die Ehe fortzusetzen, überbrückt.¹³³ Bei der bloß faktischen Abwesenheit ist nach der ständigen Rechtsprechung¹³⁴ die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft iSd § 55 EheG daher erst zu dem Zeitpunkt gegeben, zu dem zumindest ein Ehegatte zu erkennen gibt oder seinen Willen erklärt, die häusliche Gemeinschaft nicht mehr aufnehmen zu wollen. Die gesetzlich verankerte Aufhebungsfrist beginnt somit erst dann, wenn wenigstens ein Partner zeigt, dass er diese Trennung so empfindet, als hätte er sie selbst herbeigeführt oder gebilligt. Mit anderen Worten ist es also hierfür nötig, dass der eheschädliche Wille zumindest eines Ehegatten erkennbar wird.¹³⁵ Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft ist daher zwar ein äußerer Tatbestand, sie ist jedoch durch den Willen des die Gemeinschaft aufhebenden Ehegatten bedingt, wenn die Trennung durch äußeren Zwang herbeigeführt wurde. Neben das objektive Tatbestandsmerkmal der Aufhebung muss also der subjektive Trennungswille zumindest eines Ehegatten treten.¹³⁶

Andererseits kann die häusliche Gemeinschaft nach Ansicht des OGH auch aufgehoben sein, obwohl das Ehepaar noch in derselben Wohnung lebt.¹³⁷ Dies setzt voraus, dass die Ehegatten dennoch den persönlichen Kontakt weitgehend abgebrochen haben und in ihrer sonstigen Lebensführung mehr oder weniger vollständig getrennt leben. Die getrennte Lebensführung der Ehegatten kommt beispielsweise dadurch zum Ausdruck, dass die

¹³¹ RIS-Justiz RS0057167.

¹³² RIS-Justiz RS0056981.

¹³³ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 2 mwN; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 10; ua.

¹³⁴ RIS-Justiz RS0056919.

¹³⁵ RIS-Justiz RS0056999.

¹³⁶ RIS-Justiz RS0056993; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 2.

¹³⁷ RIS-Justiz RS0057040.

Anschaffung von Lebensmitteln, die Zubereitung der Mahlzeiten, die Versorgung der Wäsche etc getrennt erfolgen.¹³⁸

Es ist für die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft jedoch nicht nötig, dass jeglicher Kontakt zwischen den Ehegatten abgebrochen ist.¹³⁹ Durch lediglich geringfügige Kontakte lebt die häusliche Gemeinschaft nicht wieder auf.¹⁴⁰ So ändern beispielsweise gelegentliche Besuche oder wechselseitige Unterstützung in abgegrenzten Teilbereichen nichts an der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft.¹⁴¹ Gleiches trifft zu, wenn ein Ehegatte zB das Zimmer des anderen betreut oder sich um dessen Wäsche kümmert.¹⁴² Ebenso lebt die häusliche Gemeinschaft durch Gespräche über gemeinsam zu regelnde Angelegenheiten¹⁴³ oder wirtschaftliche Kontakte nicht wieder auf.¹⁴⁴ Durch das Bezahlen des Mietzinses für die Ehwohnung sowie der Kosten für Strom, Radio, Fernsehen und Heizung liegt noch keine Wirtschaftsgemeinschaft vor, wenn die Wirtschaftsführung der Ehegatten ansonsten vollständig getrennt ist (wie erwähnt kommt dies dadurch zum Ausdruck, dass die Anschaffung von Lebensmitteln, Zubereitung der Mahlzeiten, Versorgung der Wäsche etc getrennt erfolgen).¹⁴⁵

Besteht zwischen den Ehegatten weder eine volle Wirtschafts-, noch eine volle Wohngemeinschaft, aber haben sie nichtsdestotrotz regelmäßig beschränkte oder verdünnte Kontakte in einem oder beiden Bereichen, ist der Übergang zwischen dem Bestehen der häuslichen Gemeinschaft und deren Aufhebung fließend.¹⁴⁶ Als Beispiel möchte ich in diesem Zusammenhang eine E des OGH vom 11.04.1951 erwähnen: Im Jahr 1941 erklärte der Kläger seiner Frau, dass er nicht mehr mit ihr zusammen leben wolle und zog aus der gemeinsamen Ehwohnung aus. Auf Grund einer finanziellen Notlage wurde der Kläger später vorübergehend in der Wohnung seiner Schwester aufgenommen. Als er in der Wohnung eintraf, war seine Schwester jedoch im Spital und die Beklagte führte den Haushalt und kümmerte sich um den Sohn ihrer Schwägerin. Der Kläger wurde daraufhin stets von seiner Frau in der Wohnung seiner Schwester versorgt. Da der Kläger in einer

¹³⁸ OGH 8 Ob 657/89 EFSIlg 60.217.

¹³⁹ RIS-Justiz RS0057125.

¹⁴⁰ *Schwimmann* in *Schwimmann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar² (2013) § 55 EheG Rz 3.

¹⁴¹ OGH 7 Ob 566/82 EFSIlg 41.229; 6 Ob 635/87 EFSIlg 54.430 mwN; 5 Ob 237/07z EFSIlg 117.380.

¹⁴² OGH 5 Ob 77/75 EFSIlg 25.022; OLG Wien 17 R 140/80 EFSIlg 36.354.

¹⁴³ RIS-Justiz RS0057125.

¹⁴⁴ OGH 5 Ob 237/07z EFSIlg 117.380.

¹⁴⁵ RIS-Justiz RS0057010.

¹⁴⁶ LGZ Wien 43 R 3067/94 EFSIlg 75.543.

Notlage war, wurde die häusliche Gemeinschaft dadurch nicht wieder aufgenommen. Der OGH sprach jedoch aus, dass die häusliche Gemeinschaft wieder aufgenommen wurde, als die Schwester des Klägers aus dem Spital entlassen wurde, die Beklagte in die Ehwohnung zurückkehrte und der Kläger dennoch regelmäßig seine Hauptmahlzeiten bei der Beklagten einnahm, sie seine Gegenstände verwahrte und sich um seine Wäsche kümmerte, obwohl sie nach wie vor getrennt wohnten. Die häusliche Gemeinschaft ist demnach nicht aufgehoben, wenn die Frau für den Mann kocht und die Hauptmahlzeiten regelmäßig gemeinsam eingenommen werden, selbst wenn die Gatten getrennt wohnen.¹⁴⁷

Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft ist auch dann verwirklicht, wenn ein Ehegatte gegen den anderen eine einstweilige Verfügung erwirkt und ihn somit zur Aufgabe der häuslichen Gemeinschaft gezwungen hat. Der Wille des Ehegatten, die Ehe nicht mehr fortsetzen zu wollen, wird hierdurch unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Der Wille jenes Ehegatten, gegen den die einstweilige Verfügung ergangen ist, ist hierbei irrelevant.¹⁴⁸ Die Scheidungsklage nach § 55 Abs 1 EheG kann auch erhoben werden, wenn die Ehegatten niemals zusammen gelebt haben und ihnen von Anfang an jede eheliche Gesinnung gefehlt hat.¹⁴⁹

Der Begriff der häuslichen Gemeinschaft iSd § 55 EheG kann mit Modifikationen als Grundlage für die Auslegung des Begriffs „Leben in häuslicher Gemeinschaft“ des § 382b Abs 3 EO¹⁵⁰ gesehen werden.¹⁵¹ Eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO¹⁵² liegt bei der Frage, ob die Auflösung der häuslichen Gemeinschaft erfüllt ist, auf Grund ihrer Einzelfallbezogenheit nicht vor.¹⁵³

¹⁴⁷ OGH 1 Ob 249/51 SZ 24/101.

¹⁴⁸ OGH 5 Ob 661/81 EFSIlg 38.741.

¹⁴⁹ RIS-Justiz RS0057102.

¹⁵⁰ Exekutionsordnung RGBI 1896/79.

¹⁵¹ RIS-Justiz RS0109529.

¹⁵² Zivilprozessordnung RGBI 1895/113.

¹⁵³ RIS-Justiz RS0052929.

3.3.2. Abweichende Lehrmeinungen zum Begriff der häuslichen Gemeinschaft

In der Lehre werden in Bezug auf die Definition des Begriffs der „Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft“ zum Teil von der Judikatur abweichende Meinungen vertreten. Insbesondere wird zum Teil das Element der Wohngemeinschaft stärker betont.¹⁵⁴

*Schwind*¹⁵⁵ weist darauf hin, dass der Begriff „häusliche Gemeinschaft“ ein örtliches Element enthält. Die häusliche Gemeinschaft besteht seiner Ansicht daher nur, wenn die Ehegatten in einer gemeinsamen Wohnung oder zusammen in einem Haus wohnen. Lebt das Ehepaar hingegen getrennt, so ist die häusliche Gemeinschaft aufgehoben. Die Gründe für das Getrenntleben und die Einstellung der Ehegatten seien hierbei belanglos. Auch wenn das Getrenntleben nur durch äußere Umstände, wie beispielsweise berufliche Abwesenheit, erzwungen ist, sei die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft auf Grund des Wortlautes des § 55 Abs 1 EheG gegeben. Die gegenteilige Judikatur des OGH bezeichnete *Schwind* in diesem Zusammenhang als „völlig freie Rechtsfindung“¹⁵⁶. Sind die Ehegatten aus äußeren Gründen gezwungen, gemeinsam zu wohnen, so sei die häusliche Gemeinschaft hierdurch alleine nicht aufrecht. Vielmehr müsse zumindest noch eines jener Elemente, die die Ehe als geistige, seelische und körperliche Gemeinschaft ausmachen, vorliegen. Es reiche demnach, wenn die Ehegatten noch zusammen kulturellen Interessen nachgehen oder gemeinsam wirtschaften.¹⁵⁷ Auch *Stabentheiner*¹⁵⁸ merkt an, dass das Element der Wohngemeinschaft hervorzuheben sei.

*Weitzenböck*¹⁵⁹ betrachtet diese Auffassung hingegen als zu eng, da beachtet werden müsse, dass das Gesetz von einer häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten und nicht lediglich von einer Wohngemeinschaft sonstiger Partner ausgeht. Seiner Meinung nach ist unter dem Begriff daher eine ehегerechte Wohngemeinschaft zu verstehen, die durch die Wirtschaftsgemeinschaft ergänzt wird und durch das Willenselement der Freiwilligkeit gekennzeichnet ist. Seiner Auffassung nach ist die Aufhebung dann gegeben, wenn sowohl

¹⁵⁴ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 2.

¹⁵⁵ *Schwind* in *Klang/Gschnitzer* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/1² (1964) 810; *ders*, Kommentar zum österreichischen Eherecht² (1980) 231 f; so auch *Aicher* in *Floretta* 95 f; *ders* in *Ostheim* 85 f.

¹⁵⁶ *Schwind* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB I/1² 810 FN 22.

¹⁵⁷ *Schwind*, Eherecht² 232.

¹⁵⁸ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 2.

¹⁵⁹ *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 7.

Wohn- als auch Wirtschaftsgemeinschaft im ehelichen Umfang beendet sind. Der Ehewille sei hierbei nicht ganz ohne Bedeutung. Auch wenn die Rechtsprechung¹⁶⁰ die häusliche Gemeinschaft als Wohnungs-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft definiert, so wird der Geschlechtsgemeinschaft aber wie erläutert nur untergeordnete Bedeutung zuerkannt. *Weitzenböck* wählt somit zwar eine andere Formulierung, schließt sich aber im Ergebnis mit seiner Definition im Wesentlichen der Judikatur an.

Meiner Meinung nach ist *Weitzenböcks*¹⁶¹ Definition der häuslichen Gemeinschaft und deren Aufhebung der Vorzug zu geben. Der Gesetzeswortlaut spricht nicht ohne Grund von keiner Wohngemeinschaft sondern von der „*häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten*“¹⁶². Diese Wortwahl weist meiner Ansicht nach darauf hin, dass die häusliche Gemeinschaft zumindest in einem gewissen Ausmaß dem Wesen einer Ehe entsprechen muss. Des Weiteren könnte meines Erachtens die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft kaum als Indiz für die Ehezerüttung dienen (siehe hierzu Kapitel III. 3.1. „Die Voraussetzungen der Scheidung nach § 55 Abs 1 EheG im Überblick“), wenn eine reine Wohngemeinschaft aus Zweckmäßigkeitsgründen ohne jegliche nähere Beziehung zwischen den Ehegatten für die Aufrechterhaltung der häuslichen Gemeinschaft ausreichen würde. Zwischen den Ehegatten würde in diesem Fall ohnehin keine ehgerechte seelische Bindung mehr bestehen und die Ehe wäre daher schon jedenfalls vor dem Zeitpunkt der Aufhebung dieser zweckmäßigen Wohngemeinschaft zerrüttet. Die häusliche Gemeinschaft iSd § 55 EheG nur als Wohngemeinschaft zu sehen, erscheint mir daher nicht zielführend. Weiters erscheint es mir nicht zeitgerecht, dass bei der Definition der häuslichen Gemeinschaft und deren Aufhebung auch die Geschlechtsgemeinschaft von Bedeutung ist. Zu Recht wird diesem Kriterium in der Judikatur geringe Bedeutung zugemessen. Es handelt sich hierbei um einen höchstpersönlichen Lebensbereich und es steht weder dem Gesetzgeber, noch der Rechtsprechung zu, zu bewerten, wie häufig Geschlechtsverkehr in einer intakten Ehe stattzufinden hat. Die Definition der häuslichen Gemeinschaft als ehgerechte Wohngemeinschaft, die durch die Wirtschaftsgemeinschaft ergänzt wird und durch das Willenselement der Freiwilligkeit gekennzeichnet ist, erscheint mir somit am sinnvollsten.¹⁶³

¹⁶⁰ Vgl RIS-Justiz RS0057116; RIS-Justiz RS0057167.

¹⁶¹ *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 7.

¹⁶² § 55 Abs 1 EheG.

¹⁶³ Vgl *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 7.

3.3.3. Die eheliche Lebensgemeinschaft iSd § 55a EheG

Voraussetzung für die einvernehmliche Scheidung ist unter anderem, dass die eheliche Lebensgemeinschaft der Ehegatten seit mindestens einem halben Jahr aufgehoben ist.¹⁶⁴ Der Begriff der „ehelichen Lebensgemeinschaft“ ist aus § 90 ABGB entnommen.¹⁶⁵ Nach dieser Bestimmung sind die Ehegatten zur „*umfassenden ehelichen Lebensgemeinschaft, besonders zum gemeinsamen Wohnen, sowie zur Treue, zur anständigen Begegnung und zum Beistand verpflichtet.*“¹⁶⁶

Die eheliche Lebensgemeinschaft ist aufgehoben, wenn das Verhältnis der Ehegatten nicht mehr von einer ehelichen Gesinnung getragen ist.¹⁶⁷ Nach *Weitzenböck*¹⁶⁸ ist die „Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft“ mit dem Tatbestand der Ehezerüttung identisch. Die eheliche Lebensgemeinschaft kann aufrecht sein, auch wenn die Ehegatten getrennt wohnen und umgekehrt selbst beim Wohnen in einer gemeinsamen Wohnung aufgehoben sein.¹⁶⁹ Bereits aus dem JAB¹⁷⁰ geht hervor, dass der Begriff der „Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft“ nach § 55a EheG von dem der „Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft“ iSd § 55 EheG zu unterscheiden ist. Der Begriff der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist umfassender als jener der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft.¹⁷¹ Nach *Weitzenböck*¹⁷² dient die „geistig seelische Komponente“ als wesentlichstes Unterscheidungskriterium. Zu der ehelichen Lebensgemeinschaft gehöre auch ein intensiver geistiger Austausch zwischen den Ehegatten, wohingegen es für die häusliche Gemeinschaft iSd § 55 EheG ausreiche, dass das Ehepaar als Zweckgemeinschaft zusammen wohne und wirtschaftete und eine umfassende Lebensgemeinschaft lediglich nach außen hin dem Schein nach aufrechterhalten wird. Ähnlich argumentiert auch *Aicher*¹⁷³, der als Unterscheidungskriterium das lokale Element der Wohngemeinschaft des Begriffs der „Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft“ heranzieht, wohingegen die „Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft“ „*darüber hinausgehend*

¹⁶⁴ Vgl § 55a EheG.

¹⁶⁵ JAB 916 BlgNR 14. GP 8; *Aicher*, FamRZ 1980, 428.

¹⁶⁶ Siehe § 90 ABGB.

¹⁶⁷ Vgl *Stabentheiner in Rummel*, ABGB II/4³ § 55a EheG Rz 2; *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55a EheG Rz 5 mwN.

¹⁶⁸ *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55a EheG Rz 5; so auch *Schwimann in Schwimann*, Taschenkommentar² § 55a EheG Rz 2.

¹⁶⁹ JAB 916 BlgNR 14. GP 8.

¹⁷⁰ JAB 916 BlgNR 14. GP 8.

¹⁷¹ *Aicher*, FamRZ 1980, 428; *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 7.

¹⁷² *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 7.

¹⁷³ *Aicher*, FamRZ 1980, 428.

bedeutet, dass die Gatten auch sonst nicht mehr als Eheleute leben.¹⁷⁴ Die Rechtsprechung macht jedoch zwischen der „Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft“ und dem Begriff der „Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft“ nahezu keinen Unterschied (vgl Kapitel III. 3.3.1. „Die häusliche Gemeinschaft nach der Judikatur“).¹⁷⁵

3.4. Die dreijährige Frist

Nach § 55 Abs 1 EheG muss die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit zumindest drei, jedoch nicht mehr als sechs Jahren aufgehoben sein. Besteht die Aufhebung hingegen bereits seit sechs Jahren, kommt § 55 Abs 3 EheG zur Anwendung. Auf diesen möchte ich jedoch erst später näher eingehen.

Die dreijährige Frist beginnt (ebenso wie die sechsjährige Frist nach § 55 Abs 3 EheG) mit der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, also zu dem Zeitpunkt, zu dem zumindest ein Ehegatte zeigt, dass er die Trennung so empfindet, als hätte er selbst sie herbeigeführt oder gebilligt.¹⁷⁶ Die Frist muss nicht bereits bei Einbringung der Klage, sondern erst spätestens zum Zeitpunkt der Urteilsfällung abgelaufen sein.¹⁷⁷ Wie bereits erwähnt, ist es irrelevant, zu welchem Zeitpunkt die tiefgreifende unheilbare Zerrüttung der Ehe eingetreten ist. Sie muss nur spätestens zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vorliegen.¹⁷⁸ Wurde die häusliche Gemeinschaft nie aufgenommen, so ist dieser Zustand nach der hM¹⁷⁹ und der Judikatur¹⁸⁰ der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft gleichzuhalten. Die dreijährige Frist beginnt in diesem Fall ab dem Zeitpunkt der Eheschließung.

Wird die häusliche Gemeinschaft wieder aufgenommen, wird die Frist hierdurch unterbrochen und beginnt bei einer neuerlichen Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft

¹⁷⁴ Aicher, FamRZ 1980, 428.

¹⁷⁵ Stabentheiner in Rummel, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 2; Hopf/Kathrein, Eherecht² § 55 EheG Anm 3; Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 7.

¹⁷⁶ RIS-Justiz RS0056999; OGH 5 Ob 568/80 EFSlg 36.372; Stabentheiner in Rummel, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 3; Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 12; ua.

¹⁷⁷ RIS-Justiz RS0056911.

¹⁷⁸ RIS-Justiz RS0057155; OGH 5 Ob 568/80 EFSlg 36.372; LGZ Wien 45 R 59/99f EFSlg 90.305.

¹⁷⁹ Schwind, Eherecht² 232; Stabentheiner in Rummel, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 2; Hopf/Kathrein, Eherecht² § 55 EheG Anm 7; aA Koch in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB³ (2010) § 55 EheG Rz 3.

¹⁸⁰ RIS-Justiz RS0057102.

von vorne zu laufen, auch wenn die Wiederaufnahme nur für kurze Zeit erfolgt ist. Die Zeiten von mehreren Trennungen werden nicht addiert.¹⁸¹

3.5. Die unheilbare Zerrüttung der Ehe

3.5.1. Der Begriff der Zerrüttung

Wie erläutert, ist der Wortlaut des § 55 Abs 1 EheG missverständlich formuliert. Liest man diese Bestimmung, so liegt die Vermutung nahe, dass das Scheidungsbegehren nur die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft seit zumindest drei Jahren voraussetzt und sich die Zerrüttung zwangsläufig aus dieser Aufhebung ergibt. Entgegen der irreführenden Formulierung handelt es sich jedoch um zwei voneinander unabhängige Scheidungsvoraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen. Neben der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft seit zumindest drei Jahren ist daher die tiefgreifende unheilbare Zerrüttung Voraussetzung für das Scheidungsbegehren nach § 55 Abs 1 EheG.¹⁸²

Der Begriff „Zerrüttung“ bezeichnet zum einen das „Zerrüttetwerden“ als Vorgang und zum anderen das „Zerrüttetsein“ als Zustand. Entscheidend ist bei der Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft lediglich die Zerrüttung als Zustand.¹⁸³ Mit der Feststellung, dass die Ehe zerrüttet ist, wird ausgedrückt, dass sie gefährdet ist und zu zerbrechen droht.¹⁸⁴ Ist dieser Zustand erreicht, soll die Ehe geschieden werden können, denn *„was das Leben geschieden hat, kann das Recht nicht aufrechterhalten.“*¹⁸⁵

Die Zerrüttung der Ehe liegt nach der ständigen Rechtsprechung¹⁸⁶ vor, wenn die geistige, seelische und körperliche Gemeinschaft der Ehegatten – also die Grundlage der Ehe – objektiv erloschen ist. Zusätzlich muss sie auch zumindest bei einem Ehegatten subjektiv

¹⁸¹ OLG Wien 15 R 85/79 EFSIlg 33.997 mwN; 13 R 183/85 EFSIlg 51.619; LGZ Wien 43 R 685/99z EFSIlg 90.302.

¹⁸² Vgl. Aichhorn in Gitschthaler/Höllwerth, Kommentar § 55 EheG Rz 1; Stabentheiner in Rummel, ABGB II/43 § 55 EheG Rz 1; Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 4.

¹⁸³ Blanke, Die Bedeutung der „unheilbaren Zerrüttung“ im Eherecht, FamRZ 1966, 329 (329).

¹⁸⁴ Feil, Eherecht 121.

¹⁸⁵ Schwind, Eherecht² 233.

¹⁸⁶ RIS-Justiz RS0056832, zuletzt OGH 1 Ob 20/12s EvBl-LS 2012/142 (Brenn) = iFamZ 2012/193 = JusGuide 2012/43/10480.

aufgehört haben zu bestehen. Es genügt daher, dass lediglich ein Ehepartner die eheliche Gesinnung verloren hat. Dies ist in der Regel der Kläger. Unerheblich ist, ob der Ehegatte, dem die eheliche Gesinnung fehlt, auch die häusliche Gemeinschaft aufgehoben hat. Die Aufhebung kann somit auch vom anderen Ehegatten, zB als Reaktion auf dessen eheschädliches Verhalten, ausgehen und mit der Hoffnung, dass dieser durch die Trennung Einsicht zeigt und sein Verhalten ändert, verbunden sein.¹⁸⁷ Dass die geistige, seelische und körperliche Gemeinschaft der Ehegatten objektiv und zumindest bei einem Ehegatten subjektiv beendet sein muss, bedeutet aber nicht, dass die Gemeinschaft der Ehegatten in jeglicher Hinsicht geendet haben muss. Es genügt demnach, wenn nur *„eine der die Ehe tragenden Beziehungen, wie geistige Gemeinschaft, gemeinsamen Fühlen und Denken, gegenseitige Liebe, gegenseitiges Verständnis, gegenseitige Achtung und Vertrauen unwiederbringlich zerstört sind.“*¹⁸⁸ Streitigkeiten zwischen den Ehegatten – selbst wenn diese häufig vorkommen – führen noch nicht zur Zerrüttung der Ehe, wenn beide daraufhin wieder harmonisch zusammenleben.¹⁸⁹ Sind die Ehegatten hingegen lediglich nach außen ihren Kindern zuliebe um ein spannungsfreies Verhältnis bemüht, ändert dies nichts an der Zerrüttung.¹⁹⁰ Die Klageerhebung dient zwar als Indiz, reicht aber alleine noch nicht aus, um die Zerrüttung der Ehe anzunehmen. Das Vorliegen der Ehezerüttung muss daher sorgfältig von Amts wegen geprüft werden.¹⁹¹

Für die Scheidungsvoraussetzung der Zerrüttung der Ehe gelten grundsätzlich dieselben Kriterien, wie auch bei der Verschuldensscheidungs nach § 49 EheG.¹⁹² Bei der Scheidung aus Verschulden kann ein Ehegatte die Scheidung begehren, wenn der andere durch eine schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten die Ehe schuldhaft so tief zerrüttet hat, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann.¹⁹³ Die Zerrüttung der Ehe muss somit durch das ehewidrige Verhalten des Beklagten herbeigeführt worden sein, dh es muss die Zerrüttungskausalität vorliegen.¹⁹⁴ Im Unterschied zur Verschuldensscheidungs ist bei der Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft unerheblich, wodurch die

¹⁸⁷ *Schwind* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB I/12 809.

¹⁸⁸ *Schwind* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB I/12 764.

¹⁸⁹ *Schwind* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB I/12 764.

¹⁹⁰ OGH 6 Ob 750/82 EFSIg 41.243.

¹⁹¹ *Schwind* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB I/12 809.

¹⁹² *Schwimmann* in *Schwimmann*, Taschenkommentar² § 55 EheG Rz 2.

¹⁹³ Siehe § 49 EheG.

¹⁹⁴ *Kerschner*, Familienrecht V⁴ Rz 2/109; *Schwimmann* in *Schwimmann*, Taschenkommentar² § 49 EheG Rz 1 und 3.

Zerrüttung eingetreten ist und ob einen Ehegatten ein Verschulden trifft. Insbesondere ist für den Scheidungstatbestand nicht von Bedeutung, welchen Ehegatten das Verschulden an der Ehezerrüttung trifft – das Scheidungsrecht kommt, wie erörtert, beiden Ehegatten zu.¹⁹⁵ Aus diesem Grund kann das Scheidungsbegehren selbst dann auf § 55 EheG gestützt werden, wenn die Ehe durch einen geistig kranken Ehegatten zerrüttet wurde.¹⁹⁶

3.5.2. Die Attribute „tiefgreifend“ und „unheilbar“ der Ehezerrüttung

Nach § 55 Abs 1 EheG kann die Scheidung „wegen tiefgreifender unheilbarer Zerrüttung der Ehe begehrt werden“¹⁹⁷, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben ist. Der Begriff „tiefgreifend“ ist jedoch eine „überflüssige tautologische Beifügung“¹⁹⁸ und hat keine normative Bedeutung.¹⁹⁹

Die Ehezerrüttung wird dann als unheilbar angesehen, wenn die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden geistig-seelisch-körperlichen Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Der Ehefortsetzungswille zumindest eines Ehegatten muss somit endgültig verloren sein.²⁰⁰ Dies ist jedoch nicht zu verwechseln mit der Frage, ob voraussichtlich die häusliche Gemeinschaft wiederhergestellt wird.²⁰¹ Bei der Prüfung der Scheidungsvoraussetzung der unheilbaren Zerrüttung muss der Richter als außenstehender Dritter eine Prognose erstellen, ob trotz der Ehekrise angenommen werden kann, dass jener Ehegatte, der derzeit subjektiv den Ehefortsetzungswillen verloren hat, die eheliche Lebensgemeinschaft in Zukunft wieder aufnehmen wird und ob es den Eheleuten somit möglich sein wird, eine entsprechende Form des Zusammenlebens wieder zu finden.²⁰² Da der Begriff der unheilbaren Zerrüttung ein subjektives Element hat, ist nur entscheidend, wie sich der Ehegatte, der die eheliche Gesinnung verloren hat, zukünftig voraussichtlich tatsächlich verhalten wird und nicht, wie sich ein durchschnittlicher Ehegatte verhalten

¹⁹⁵ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 491; Hinteregger, Familienrecht⁶ 97; ua.

¹⁹⁶ OGH 8 Ob 70/62 SZ 35/31.

¹⁹⁷ § 55 Abs 1 EheG.

¹⁹⁸ Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 5.

¹⁹⁹ Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 49 EheG Rz 2.

²⁰⁰ Vgl OGH 3 Ob 534/85 EFSlg 48.785 mwN; Weitzenböck in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 49 EheG Rz 2; ders in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 5.

²⁰¹ Schwind in Klang/Gschnitzer, ABGB I/1² 809.

²⁰² RIS-Justiz RS0056986; LG Salzburg 21 R 216/04t EFSlg 108.215; ua.

würde oder sollte.²⁰³ Nach *Blanke*²⁰⁴ gibt der Begriff der Unheilbarkeit den erforderlichen Grad der Zerrüttung an. Weiters weist der Ausdruck laut *Blanke*²⁰⁵ darauf hin, dass geprüft werden müsse, ob die Ehegatten zukünftig nicht dennoch zueinander finden.

3.5.3. Die negative Wiederherstellungsprognose gemäß § 55 Abs 1 S 2 EheG

Gemäß § 55 Abs 1 S 2 EheG hat das Gericht sorgfältig zu prüfen, ob im Einzelfall trotz der zumindest dreijährigen Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft mit der Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft zu rechnen ist. Ist dies zu bejahen, ist die Scheidungsklage abzuweisen.²⁰⁶

§ 55 Abs 1 S 2 EheG kann leicht missverstanden werden. Diese negative Wiederherstellungsprognose ist keine zusätzliche Voraussetzung für die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft, da die Wiederherstellung einer unheilbar zerrütteten Ehe schon begrifflich nicht möglich ist.²⁰⁷ Vielmehr kann die Anordnung, dass dem Scheidungsbegehren nicht stattzugeben ist, wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft zu erwarten ist, als Legaldefinition der Unheilbarkeit der Zerrüttung verstanden werden. Die Ehe ist demnach dann unheilbar zerrüttet, wenn die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann.²⁰⁸ Durch § 55 Abs 1 S 2 EheG wird das Gericht explizit verpflichtet, die Voraussetzung der unheilbaren Zerrüttung der Ehe sorgfältig von Amts wegen zu überprüfen.²⁰⁹ Diese Prüfungspflicht soll verhindern, dass voreilig der Schluss gezogen wird, dass die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wiederhergestellt werden könne und die Ehe daher zu scheiden sei. So ist insbesondere dann mit der Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu rechnen, wenn ein Ehegatte an der Ehe festhält und der

²⁰³ *Feil*, Eherecht 121 f.

²⁰⁴ *Blanke*, FamRZ 1966, 333 f.

²⁰⁵ *Blanke*, FamRZ 1966, 334.

²⁰⁶ OGH 4 Ob 524/79 SZ 52/140 = EvBl 1980/51 = EFSIlg 34.000; JAB 916 BlgNR 14. GP 2 und 8.

²⁰⁷ Vgl *Aicher* in *Floretta* 96 f; *ders* in *Ostheim* 86 f.

²⁰⁸ Vgl OGH 3 Ob 534/85 EFSIlg 48.785 mwN; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 49 EheG Rz 2; *ders* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 5.

²⁰⁹ *Hopf/Kathrein*, Eherecht² § 55 EheG Anm 10.

Scheidungswille des anderen nicht vollends ernstlich ist.²¹⁰ Wie *Schwind*²¹¹ richtig ausführt, wird das Gericht aber nahezu nie zur Überzeugung gelangen können, dass der Scheidungswille des Klägers – entgegen dessen eigener Behauptung – nicht ernstlich sei.

Zum Teil wird § 55 Abs 1 S 2 EheG als überflüssig erachtet. Bereits aus § 55 Abs 1 S 1 EheG ergibt sich, dass dem Scheidungsbegehren nur stattgegeben werden kann, wenn die Zerrüttung der Ehe unheilbar ist. Da die Unheilbarkeit nach der Definition vorliegt, wenn die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten ist, ist das Kriterium der Wiederherstellbarkeit schon nach § 55 Abs 1 S 1 EheG durch die Gerichte zu prüfen. Ist die Ehe entsprechend den Scheidungsvoraussetzungen unheilbar zerrüttet, so ist daher zwangsläufig die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten und das Scheidungsbegehren abzuweisen – der zusätzlichen Anordnung des § 55 Abs 1 S 2 EheG bedarf es hierfür nicht. § 55 Abs 1 S 2 EheG ist daher nur die logische Konsequenz des ersten Satzes und enthält keine neuen Aspekte.²¹² In der Praxis wird die Unheilbarkeit der Zerrüttung jedoch häufig trotz dieser ausdrücklichen gesetzlichen Verpflichtung der Gerichte nicht geprüft.²¹³

Meiner Meinung nach ist es zwar durchaus sinnvoll, den Begriff der unheilbaren Zerrüttung in § 55 Ehe zu definieren, die Formulierung des § 55 Abs 1 S 2 EheG ist jedoch nicht sehr glücklich getroffen. Liest man nur den Gesetzestext, so könnte man vermuten, dass die Gerichte diese Wiederherstellungsprognose zusätzlich zur Prüfung der Scheidungsvoraussetzungen der unheilbaren Zerrüttung und der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft vorzunehmen hätten. Die Wiederherstellung ist jedoch nicht möglich, wenn die Zerrüttung unheilbar ist – „*entweder eine Ehe ist gescheitert oder nicht.*“²¹⁴ Um klarzustellen, dass § 55 Abs 1 S 2 EheG die Legaldefinition der Unheilbarkeit der Ehe-zerrüttung ist, wäre meines Erachtens beispielsweise folgende Formulierung des § 55 Abs 1 EheG verständlicher:

„Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben und die Ehe unheilbar zerrüttet, so kann jeder Ehegatte die Scheidung begehren. Die Zerrüttung der Ehe, die sorgfältig durch das Gericht zu prüfen ist, ist dann

²¹⁰ JAB 916 B1gNR 14. GP 7 f.

²¹¹ *Schwind*, *Eherecht*² 233 f.

²¹² Vgl *Aicher* in *Floretta* 96 f; *ders* in *Ostheim* 86 f.

²¹³ *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 5.

²¹⁴ *Hoyer*, JBl 1981, 12.

unheilbar, wenn die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten ist.“

3.6. Die Abweisung des Scheidungsbegehrens nach § 55 Abs 2 EheG

3.6.1. § 55 Abs 2 EheG im Überblick

Grundsätzlich ist die Ehe bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 55 Abs 1 EheG zu scheiden.²¹⁵ Kommt das Gericht im Zuge seiner Prüfungspflicht nach § 55 Abs 1 S 2 EheG zur Überzeugung, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten ist, kann der beklagte Ehegatte sich dennoch gegen die Scheidung zur Wehr setzen.²¹⁶ In der Fassung von 1938 war ausdrücklich ein Widerspruchsrecht in § 55 Abs 2 EheG geregelt. Durch die Eherechtsreform 1978 wurde das Wort „Widerspruch“ durch den Begriff „Verlangen“ ersetzt. Nach *Weitzenböck*²¹⁷ ist dieses „Verlangen“ des Beklagten kein Widerspruch, sondern ein Antrag auf Klagsabweisung. In der Lehre²¹⁸ wird § 55 Abs 2 EheG dennoch häufig noch als Widerspruchsrecht bezeichnet. *Schwind*²¹⁹ führt diesbezüglich aus, dass sich die Bedeutung des „Widerspruchsrechts“ durch den neuen Wortlaut „Verlangen“ jedoch nicht geändert habe.

Die Scheidungsklage ist nun auf Verlangen des Beklagten abzuweisen, wenn jener Ehegatte, der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet hat und den beklagten Ehegatten die Scheidung härter treffen würde als den klagenden Ehegatten die Abweisung des Scheidungsbegehrens.²²⁰ Der „Widerspruch“ ist somit an drei Voraussetzungen geknüpft: der Beklagte muss einen begründeten Antrag stellen, das alleinige oder überwiegende Verschulden des Klägers an der Zerrüttung der Ehe muss

²¹⁵ RIS-Justiz RS0056992.

²¹⁶ JAB 916 BlgNR 14. GP 8.

²¹⁷ *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 15.

²¹⁸ Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 492; *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹⁰ (2009) Rz 115; *Deixler-Hübner/Xell-Skreiner*, Scheidung³ 64 f; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 98 f; ua.

²¹⁹ *Schwind*, Eherecht² 234; so auch *Kerschner*, Zum Unterhalt nach Scheidung nach neuem Recht, JB1 1979, 561 (561 FN 2).

²²⁰ Vgl *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 13 und 15.

vorliegen und die Härteabwägung muss zugunsten des Beklagten ausschlagen. Im Rahmen der Härteabwägung ist auf alle Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft, das Alter und die Gesundheit der Ehegatten, das Wohl der Kinder sowie auch auf die Dauer der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, Bedacht zu nehmen.²²¹ Im Gegensatz zu § 55 Abs 2 EheG ist die Härteklausel nach § 54 EheG von Amts wegen wahrzunehmen.²²²

Durch § 55 Abs 2 EheG spielt das Verschulden bei der ansonsten auf dem Zerrüttungsprinzip beruhenden Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft ausnahmsweise eine Rolle.²²³ Da zwar das Scheidungsbegehren des § 55 Abs 1 EheG kein Verschulden des Klägers voraussetzt, aber die Zulässigkeit des Verlangens auf Klageabweisung davon abhängt, dass ihn das überwiegende oder alleinige Verschulden an der Ehezerrüttung trifft, spricht *Kerschner*²²⁴ in diesem Zusammenhang von einer negativen Scheidungsvoraussetzung.

Für die Voraussetzungen des § 55 Abs 2 EheG ist der Beklagte behauptungs- und beweispflichtig.²²⁵ Die Erhebung einer auf § 55 EheG gestützten Widerklage schließt den Klageabweisungsantrag – und damit auch die Härteabwägung – aus.²²⁶

3.6.2. Die Bedeutung des § 55 Abs 2 EheG

Durch die Eherechtsreform 1978 wurde ein dritter Absatz an § 55 EheG angefügt.²²⁷ In diesem ist angeordnet, dass dem Scheidungsbegehren jedenfalls stattzugeben ist, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit sechs Jahren aufgehoben ist.²²⁸ Die Bedeutung des § 55 Abs 2 EheG wurde hierdurch erheblich eingeschränkt. Ein zulässiger und beachtlicher „Widerspruch“ vermag es nun nicht mehr, die Scheidung gänzlich zu verhindern. Der Beklagte kann durch ihn nur einen Scheidungsaufschub von maximal drei

²²¹ Vgl § 55 Abs 2 EheG.

²²² RIS-Justiz RS0056839.

²²³ *Schwind*, Verschulden als Scheidungsgrund, Zerrüttungsursache und Faktor im Scheidungsfolgenrecht, ÖJZ 1983, 197 (197).

²²⁴ *Kerschner*, JBl 1979, 561.

²²⁵ RIS-Justiz RS0056960; RIS-Justiz RS0108468.

²²⁶ *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 15.

²²⁷ *Ehrenzweig/Schwind*, System III³ 64 f; *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰ Rz 115.

²²⁸ § 55 Abs 3 EheG.

Jahren erwirken. Ist die häusliche Gemeinschaft seit sechs Jahren aufgehoben, kann der Beklagte die Klageabweisung nicht mehr verlangen. Durch § 55 Abs 2 EheG soll dem Beklagten in Ausnahmefällen eine Anpassungsfrist gewährt werden.²²⁹ Durch sie soll verhindert werden, dass der beklagte Ehegatte sofort mit der vollen Härte der Scheidung konfrontiert wird.²³⁰ Die Absicht des Gesetzgebers, dem Beklagten unter bestimmten Voraussetzungen eine allmähliche Anpassung an die neue Situation zu ermöglichen, geht auch daraus hervor, dass nach § 55 Abs 2 S 2 EheG insbesondere auch die Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft und das Alter der Ehegatten bei der Härteabwägung zu berücksichtigen sind.²³¹ In der Praxis kommt § 55 Abs 2 EheG jedoch nur eine geringe Bedeutung zu. Nur sehr selten führt diese Bestimmung zur Abweisung des Scheidungsbegehrens, da ein Scheidungsaufschub nur in äußerst wenigen Fällen als zweckmäßig erachtet wird.²³²

3.6.3. Die Zulässigkeit und Beachtlichkeit

Vor der Eherechtsreform 1978 war ausdrücklich noch von einem Widerspruchsrecht die Rede. Zu unterscheiden war die Zulässigkeit und Beachtlichkeit des Widerspruchs. Die Zulässigkeit war stets gegeben, wenn der Kläger die Ehezerstörung alleine oder überwiegend verschuldet hatte.²³³ Der zulässige Widerspruch war jedoch nach der Absicht des Gesetzgebers nur ausnahmsweise beachtlich, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich gerechtfertigt war.²³⁴ Nach 1945 wurde die ausnahmsweise Beachtlichkeit des Widerspruchs zur Regel gemacht, um die Ehefrau vor wirtschaftlichen Nachteilen zu schützen, die mit der Scheidung verbunden gewesen wären. Diese Rechtsprechung führte, wie bereits erläutert, in vielen Fällen zu sogenannten „Papierehen“ – die Ehe konnte infolge eines zulässigen und beachtlichen Widerspruchs nicht geschieden werden, bestand aber nur noch als hohle Form.²³⁵

²²⁹ *Schwimann* in *Schwimann*, Taschenkommentar² § 55 EheG Rz 4.

²³⁰ RIS-Justiz RS0057375.

²³¹ OGH 7 Ob 567/79 SZ 52/29 = EvBl 1979/131.

²³² *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 13.

²³³ Vgl OGH 1 Ob 27/75 JBl 1976, 152 (*Schwind*); *Aicher* in *Floretta* 91; *ders* in *Ostheim* 82.

²³⁴ *Schwind*, Eherecht² 230.

²³⁵ ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 3.

Durch die Eherechtsreform 1978 wurde auch das „Widerspruchsrecht“ geändert. Wie auch in § 55 EheG aF²³⁶ ist das Klageabweisungsbegehren der beklagten Partei nach § 55 Abs 2 EheG in der nun geltenden Fassung²³⁷ nach wie vor zulässig, wenn der klagende Ehegatte die Zerrüttung der Ehe allein oder überwiegend verschuldet hat.²³⁸ Während die Beachtlichkeit des Widerspruchs in der alten Fassung von 1938 noch davon abhängig war, dass die Aufrechterhaltung der Ehe sittlich gerechtfertigt war, wurde in der RV eine außergewöhnliche Härte iSd § 54 EheG verlangt. Wirtschaftliche Gründe sollten hierbei jedoch außer Betracht bleiben, da durch die erfolgte unterhalts- und versorgungsrechtliche Absicherung der geschiedenen Ehefrau als typischen schutzbedürftigen Scheidungs-beklagten ein Widerspruch aus diesen Gründen in der Regel nicht mehr nötig ist.²³⁹ Durch den JA wurde die in der RV vorgesehene Regelung hinsichtlich der Beachtlichkeit des Widerspruchs abgeändert. Nach der geltenden Rechtslage ist nun der Antrag des Beklagten auf Abweisung der Scheidungsklage beachtlich, wenn die Scheidung ihn härter trafe als den klagenden Ehegatten die Abweisung des Scheidungsbegehrens.²⁴⁰

Während in der alten Fassung des § 55 EheG von 1938 die Scheidung durch einen zulässigen und beachtlichen Widerspruch gänzlich – also ohne zeitliche Begrenzung – verhindert werden konnte, war in der RV vorgesehen, dass dieser lediglich die Aussetzung des Verfahrens höchstens bis zu dem Zeitpunkt, in dem die häusliche Gemeinschaft seit fünf Jahren aufgehoben ist, bewirkt. Durch dieses zeitlich begrenzte Ruhen des Verfahrens sollte eine „Abkühlungsphase“ eintreten, in der eine Versöhnung der Ehegatten ermöglicht wird oder zumindest eine *„allenfalls auftretende vorübergehende immaterielle Härte, die die Lösung des Ehebandes für den beklagten Ehegatten zu einem bestimmten Zeitpunkt bedeutet“*²⁴¹ überwunden werden kann. Da nach Ablauf von fünf Jahren der Widerspruch nicht mehr zulässig sein sollte, war die Ehe nach der Wiederaufnahme des Verfahrens zu scheiden. Im Unterschied zu der Regierungsvorlage führt das Verlangen des Beklagten nach § 55 Abs 2 EheG in der nun geltenden Fassung zur Abweisung des Scheidungsbegehrens. Ist die häusliche Gemeinschaft seit sechs Jahren aufgehoben, kann

²³⁶ Ehegesetz idF dRGBI I 1938, 807.

²³⁷ Ehegesetz dRGBI I 1938, 807 idF BGBI 1978/303.

²³⁸ OGH 7 Ob 567/79 SZ 52/29 = EvBl 1979/131 = EFSIlg 34.002; JAB 916 BlgNR 14. GP 8; *Litterst*, Zerrüttungsscheidung 57.

²³⁹ Vgl ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 10.

²⁴⁰ JAB 916 BlgNR 14. GP 8.

²⁴¹ ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 11.

der Kläger die Scheidungsklage nach § 55 Abs 3 EheG einbringen. Der Widerspruch ist nach Ablauf dieser Frist nicht mehr zulässig.²⁴²

3.6.4. Das Zerrüttungsver schulden

Das Verlangen auf Klageabweisung setzt das alleinige oder überwiegende Verschulden des Klägers an der Zerrüttung der Ehe voraus. Von diesem sogenannten Zerrüttungsver schulden hängt die Zulässigkeit des „Widerspruchs“ ab.²⁴³ Auch für den Verschuldensauspruch nach § 61 Abs 3 EheG ist das alleinige oder überwiegende Verschulden an der Ehezerrüttung Voraussetzung.²⁴⁴ Die folgenden Ausführungen gelten daher sowohl für § 55 Abs 2 EheG, als auch für § 61 Abs 3 EheG.

Der Begriff „Zerrüttungsver schulden“ ist gewissermaßen eine Verschmelzung der „Verschuldensscheidung“ und der „Zerrüttungsscheidung“.²⁴⁵ Bei der Überprüfung dieser Voraussetzung sind die Maßstäbe des § 49 EheG anzuwenden.²⁴⁶ Für das Zerrüttungsver schulden ist nur ein verschuldetes ehewidriges Verhalten entscheidend. Der Kläger muss daher verschuldensfähig sein und es dürfen keine Schuldausschließungsgründe vorliegen. Leidet der Kläger an einer geistigen Störung oder Geisteskrankheit, sind von ihm gesetzte Ehewidrigkeiten somit unbeachtlich.²⁴⁷ *Schwind*²⁴⁸ sprach sich hingegen hinsichtlich § 55 Abs 2 EheG aF²⁴⁹ dafür aus, dass auch in diesen Fällen ein ehezerrüttendes Verhalten ausreichen soll, obwohl dieses dem Ehegatten subjektiv nicht zugerechnet werden kann, da es keinen Grund gebe, den Beklagten, der an der Ehe festhalten will, gegenüber einem nicht schuldfähigen Kläger schlechter zu stellen, als gegenüber einem schuldfähigen.

Es kommt bei § 55 Abs 2 EheG – wie auch bei § 61 Abs 3 EheG – nicht darauf an, ob durch das Verhalten des Klägers ein Scheidungstatbestand verwirklicht ist. Von Bedeutung

²⁴² ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 11; *Aicher in Floretta* 91 f; *ders in Ostheim* 102 f.

²⁴³ *Litterst*, Zerrüttungsscheidung 57.

²⁴⁴ Siehe hierzu Kapitel IV. 2. „Die Voraussetzungen des Verschuldensantrags nach § 61 Abs 3 EheG“.

²⁴⁵ *Ehrenzweig/Schwind*, System III³ 67 f.

²⁴⁶ Vgl *Schwind in Klang/Gschnitzer*, ABGB I/1² 813.

²⁴⁷ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 5; *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 17.

²⁴⁸ *Schwind in Klang/Gschnitzer*, ABGB I/1² 815.

²⁴⁹ Ehegesetz idF dRGBI I 1938, 807.

ist nur, ob ihn zumindest ein überwiegendes Verschulden an der Ehezerüttung trifft.²⁵⁰ Nur selten äußert sich dieses Zerrüttungsver schulden in präzisierbaren und zeitlich festsetzbaren Verschuldenstatbeständen. In den meisten Fällen geht der Scheidung nach § 55 EheG ein langer Prozess des Auseinanderlebens der Ehegatten voraus. Dieser wird häufig durch Verhaltensweisen und kleine Ereignisse herbeigeführt, die alleine noch keine Eheverfehlung darstellen, aber in der Summe zur Zerrüttung der Ehe führen. Dieses schrittweise, allmähliche Auseinanderleben wird oft, insbesondere zu Beginn, nicht von den Ehegatten wahrgenommen, bis ein Partner durch sein Verhalten deutlich zum Ausdruck bringt, dass die Ehezerüttung einen kritischen Grad erreicht hat.²⁵¹ Ein schuldhaftes Verhalten, das nicht oder nicht mehr als ehezerstörend empfunden werden kann, ist nicht zu berücksichtigen.²⁵²

§ 55 Abs 2 und § 61 Abs 3 EheG verlangen nicht, dass den Kläger zwangsläufig das alleinige Verschulden an der Ehezerüttung trifft – ein überwiegendes Verschulden ist ausreichend. Es ist daher nicht nur das Verhalten des Klägers, sondern auch jenes des Beklagten heranzuziehen. Haben beide Ehegatten Eheverfehlungen gesetzt, so müssen jene des Klägers erheblich schwerer wiegen.²⁵³ Nach der Judikatur²⁵⁴ muss der graduelle Unterschied zwischen den Verschuldensanteilen augenscheinlich hervortreten, damit das Zerrüttungsver schulden des Klägers überwiegt. Das Verschulden des Beklagten muss also mit anderen Worten fast völlig in den Hintergrund treten.²⁵⁵ Es kommt nach der ständigen Rechtsprechung²⁵⁶ nicht nur darauf an, wer mit den Eheverfehlungen begonnen hat, sondern auch darauf, wer entscheidend zur Zerrüttung beigetragen hat. Des Weiteren ist die Schwere und Anzahl der Eheverfehlungen von Bedeutung und in welchem Umfang sie für die unheilbare Ehezerüttung maßgeblich waren. Wurden die Verfehlungen des einen Ehegatten durch das schuldhafte Verhalten des anderen hervorgerufen, ist dem Verhalten des ersten in der Regel größere Bedeutung zuzumessen.²⁵⁷

²⁵⁰ RIS-Justiz RS0057256, zuletzt OGH 8 Ob 37/12t JusGuide 2012/40/10410.

²⁵¹ *Schwind*, ÖJZ 1983, 199; *Ehrenzweig/Schwind*, System III³ 68.

²⁵² *Schwind* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB I/1² 814.

²⁵³ RIS-Justiz RS0057057; *Schwind* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB I/1² 813 f.

²⁵⁴ RIS-Justiz RS0057251, zuletzt OGH 8 Ob 37/12t JusGuide 2012/40/10410.

²⁵⁵ RIS-Justiz RS0057487.

²⁵⁶ RIS-Justiz RS0057057; RIS-Justiz RS0056755, zuletzt OGH 8 Ob 37/12t JusGuide 2012/40/10410; 6 Ob 602/84 EFSIlg 46.257 = EFSIlg 46.258.

²⁵⁷ RIS-Justiz RS0057241; siehe auch RIS-Justiz RS0056751 mwN, zuletzt OGH 9 Ob 66/10m EFSIlg 127.272.

Bei der Beurteilung des alleinigen oder überwiegenden Verschuldens an der Ehezerüttung sind daher sämtliche Zerrüttungsursachen in ihrer Gesamtheit maßgeblich.²⁵⁸ Bereits einmal erfolglos geltend gemachte Eheverfehlungen sind zu berücksichtigen.²⁵⁹ Dasselbe trifft sowohl auf verfristete, als auch auf verziehene Eheverfehlungen zu.²⁶⁰ Verziehene Eheverfehlungen sind insbesondere deshalb mit einzubeziehen, da die Verzeihung grundsätzlich in der Hoffnung auf eine Versöhnung mit dem Ehegatten und ein in weiterer Folge harmonisches Zusammenleben erfolgt. Erfüllen sich diese Erwartungen nicht, wäre es eine grobe Härte, wenn der Verzeihende diese Verfehlungen nicht mehr geltend machen könnte.²⁶¹ Ein länger andauerndes Gesamtverhalten kann auch eine berücksichtigungswürdige Eheverfehlung darstellen.²⁶²

Bezüglich der Frage, ob bei der Beurteilung des Zerrüttungsverschuldens auch Verfehlungen unter der Erheblichkeitsschwelle des § 49 EheG, wie insbesondere leichte Eheverfehlungen, zu berücksichtigen sind, werden unterschiedliche Meinungen vertreten. Nach *Pichler*²⁶³ sind diese nicht zu berücksichtigen. *Weitzenböck*²⁶⁴ vertritt die Ansicht, dass leichte Eheverfehlungen, die auch in ihrer Summe nicht den Grad einer schweren Eheverfehlung erreichen, nicht als Ehezerüttungsursache maßgeblich seien. *Schwind*²⁶⁵ wiederum spricht sich dafür aus, dass nicht notwendigerweise eine schwere Eheverfehlung iSd § 49 EheG verwirklicht sein müsse. Ein Verhalten sei selbst dann zu berücksichtigen, wenn es nicht als Eheverfehlung zu qualifizieren sei, da auch ein solches subjektiv das Zusammenleben vergiften und dadurch die Zerrüttung verschulden könne.²⁶⁶ Nach *Kerschner*²⁶⁷ ist ein Zerrüttungsverschulden auch dann gegeben, wenn die Verfehlung nur auf Grund einer Sonderempfindlichkeit des anderen Ehegatten zur Zerrüttung führt. Diese Verfehlungen seien jedoch nur erheblich, wenn diesen anderen Ehegatten nahezu kein oder gar kein Verschulden treffe.

²⁵⁸ RIS-Justiz RS0057127 mwN.

²⁵⁹ RIS-Justiz RS0056531.

²⁶⁰ RIS-Justiz RS0057143; OGH 1 Ob 27/75 JBl 1976, 152 (*Schwind*); 1 Ob 591/77 EFSlg 29.577; *Held*, Ehescheidung 37; *ders/Berdnik*, Ehe 71 f; ua.

²⁶¹ *Ehrenzweig/Schwind*, System III³ 68 f.

²⁶² *Stabentheiner in Rummel*, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 5.

²⁶³ *Pichler*, Einige Probleme des neuen Eherechts: Zugleich eine Besprechung von *Schwinds* neuem Eherechtskommentar, JBl 1981, 281 (284); siehe auch *Stabentheiner in Rummel*, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 5.

²⁶⁴ Vgl *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 18.

²⁶⁵ *Schwind in Klang/Gschnitzer*, ABGB I/1² 814.

²⁶⁶ *Schwind*, Eherecht² 234.

²⁶⁷ *Kerschner*, JBl 1979, 569.

Liegt kein alleiniges oder überwiegendes Zerrüttungsverschulden des Klägers vor, ist die Ehe zu scheiden. Eine Härteabwägung kommt in diesem Fall nicht in Betracht. Liegt ein solches hingegen vor, erfolgt die Härteabwägung als zweite Voraussetzung des § 55 Abs 2 EheG.²⁶⁸

3.6.5. Die Härteabwägung

3.6.5.1. Allgemeines zu der Härteabwägung

Die zweite Voraussetzung, die für den Antrag auf Abweisung der Scheidungsklage zu prüfen ist, ist die Härteabwägung. Hierfür muss den beklagten Ehegatten die Scheidung härter treffen, als den klagenden Ehegatten die Abweisung des Scheidungsbegehrens.²⁶⁹ Die üblicherweise für den Beklagten mit der Scheidung verbundene Härte reicht jedoch nicht aus, um auf dessen Verlangen dem Klagebegehren nicht stattzugeben. Vielmehr müssen konkrete, schwerwiegende Umstände vorliegen, aus denen sich im Vergleich zum Normalfall eine besondere Härte für den beklagten Ehegatten ergibt. Ein lediglich unabwägbares inneres Unbehagen am Scheitern der Ehe genügt demnach nicht für die Abweisung des Scheidungsbegehrens.²⁷⁰ Bei gleicher Härte ist die Ehe zu scheiden. Im Unterschied zu der alten Fassung²⁷¹ des § 55 Abs 2 EheG sind im Zuge dieser Härteabwägung auch die Interessen des Klägers, der die Ehezerrüttung verschuldet hat, zu berücksichtigen. Egal wie groß die mit der Scheidung der Ehe verbundene Härte für den Beklagten jedoch sein mag, kann die Scheidung durch einen Antrag nach § 55 Abs 2 EheG nicht dauerhaft verhindert werden.²⁷² Dem Scheidungsbegehren ist jedenfalls stattzugeben, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit sechs Jahren aufgehoben ist (§ 55 Abs 3 EheG).

²⁶⁸ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 5; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 16.

²⁶⁹ Siehe § 55 Abs 2 EheG.

²⁷⁰ RIS-Justiz RS0057346.

²⁷¹ Ehegesetz idF dRGBI I 1938, 807.

²⁷² OGH 7 Ob 567/79 SZ 52/29 = EvBl 1979/131 = EFSlg 34.006.

Bei dieser Härteklausel ist, im Gegensatz zu § 55 Abs 2 EheG aF²⁷³, bei dem bei der Prüfung der sittlichen Rechtfertigung der Aufrechterhaltung der Ehe abstrakt auf das Wesen der Ehe abzustellen war, von den subjektiven Verhältnissen der Ehegatten auszugehen.²⁷⁴ Nach dem Gesetz ist auf alle Umstände des Einzelfalls Rücksicht zu nehmen.²⁷⁵ Das Gericht muss daher die gesamten Lebensumstände der Ehegatten einander gegenüberstellen und abwägen, ob den Beklagten, nach der besonderen Lage des jeweiligen Einzelfalls, die Scheidung härter träfe als den Kläger die Verweigerung der Scheidung. Sowohl materielle, als auch immaterielle Interessen sind maßgeblich.²⁷⁶ Je mehr sich die Dauer der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft an die Sechsjahresfrist des § 55 Abs 3 EheG annähert, desto geringeres Gewicht ist den Abwägungskriterien auf der Seite des Beklagten beizumessen. Ist diese Frist in der mündlichen Berufsverhandlung bereits nahezu abgelaufen, kann das Scheidungsbegehren daher nur unter ganz besonders gravierenden Umständen abgewiesen werden.²⁷⁷

3.6.5.2. Die berücksichtigungswürdigen Umstände

Das Gesetz nennt einige Umstände, auf die bei der Härteabwägung Bedacht zu nehmen ist, da sie auf eine besondere Härte hindeuten können: die Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft, das Alter und die Gesundheit der Ehegatten, das Wohl der Kinder und die Dauer der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft.²⁷⁸ Diese Aufzählung ist nur demonstrativ.²⁷⁹ Die ausdrückliche Berücksichtigungswürdigkeit dieser Umstände, insbesondere der Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft und des hiermit verbundenen Alters der Ehegatten, weist auf den Zweck der Härteklausel hin, dem Beklagten unter bestimmten Voraussetzungen eine Anpassungsfrist zu gewähren. Die im Gesetz genannten Umstände sind für sich alleine kein ausreichender Grund, das Scheidungsbegehren abzuweisen. Andernfalls hätte der Gesetzgeber eine Regelung wählen können, nach der die Scheidung automatisch beispielsweise bei einem gewissen Alter der Ehegatten oder einer

²⁷³ Ehegesetz idF dRGBI I 1938, 807.

²⁷⁴ RIS-Justiz RS0057320.

²⁷⁵ § 55 Abs 2 EheG.

²⁷⁶ RIS-Justiz RS0057003; JAB 916 BlgNR 14. GP 8.

²⁷⁷ RIS-Justiz RS0056946.

²⁷⁸ Siehe § 55 Abs 2 EheG.

²⁷⁹ JAB 916 BlgNR 14. GP 8.

bestimmten Dauer der Ehe unzulässig wäre.²⁸⁰ Die Umstände werden „*nur im Falle des Vorliegens konkreter weiterer Tatsachen, die einen Schluß auf eine besondere Härte zulassen, eher zu deren Bejahung führen als ihr Fehlen.*“²⁸¹

Der Richter hat bei der Härteabwägung einen relativ großen Ermessensspielraum.²⁸² Sowohl Gesetzestext, als auch Judikatur verwenden in Bezug auf die Umstände, die bei der Härteklausele maßgeblich sind, nur unpräzise Formulierungen und geben keine klare Auskunft, wann den beklagten Ehegatten die Scheidung tatsächlich härter trifft, als den klagenden Ehegatten die Abweisung des Scheidungsbegehrens. Hieraus geht hervor, dass es keine festen Richtlinien für die Beachtlichkeit des § 55 Abs 2 EheG geben soll – vielmehr wurde bewusst eine bewegliche Lösung gewählt, um der Einzigartigkeit jedes einzelnen Falles Rechnung zu tragen und immer anhand der jeweiligen, konkreten Umstände entscheiden zu können, ob die Härteabwägung zugunsten des Beklagten ausschlägt und die Abweisung des Scheidungsbegehrens zielführend ist. Selbst in ein und demselben Fall kann die Härteabwägung zuerst zugunsten des Beklagten und zu einem späteren Zeitpunkt zugunsten des Klägers ausfallen.²⁸³

Die im Gesetzestext genannten Umstände haben unterschiedliches Gewicht und sprechen teils für die Aufrechterhaltung, teils hingegen für die Scheidung der Ehe.²⁸⁴ Die Aufzählung beruht auf der Annahme, dass sich die Ehegatten umso leichter auf die durch die Scheidung bewirkte neue Lebenssituation einstellen können, je jünger sie sind und je kürzer die Dauer der Ehe war und dass die Verweigerung der Scheidung für den Kläger umso härter wäre, je länger die häusliche Gemeinschaft bereits aufgehoben war.²⁸⁵ Eine lange Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft, das hohe Alter der Ehegatten sowie auch ihr schlechter Gesundheitszustand sprechen daher eher für die Beachtlichkeit des Widerspruchs. Eine lange Auflösungsdauer der häuslichen Gemeinschaft ist hingegen ein Argument für die Scheidung.²⁸⁶ Der Umstand, dass die Ehe umso eher zu scheiden ist, je

²⁸⁰ Vgl RIS-Justiz RS0057326; OGH 7 Ob 567/79 SZ 52/29 = EvBl 1979/131 = EFSIlg 34.004 = EFSIlg 34.006.

²⁸¹ RIS-Justiz RS0057326.

²⁸² Aicher, FamRZ 1980, 432.

²⁸³ JAB 916 BlgNR 14. GP 8.

²⁸⁴ Aicher, FamRZ 1980, 432.

²⁸⁵ JAB 916 BlgNR 14. GP 8.

²⁸⁶ Schwind, Eherecht² 235; Ehrenzweig/Schwind, System III³ 69.

kürzer sie gedauert hat, ist aber problematisch, da hierdurch voreilige und unüberlegte Scheidungen gefördert werden.²⁸⁷

Hinsichtlich der Auflösungsdauer der häuslichen Gemeinschaft kann nur die Zeitspanne von drei bis sechs Jahren relevant sein – schließlich verlangt § 55 Abs 1 EheG, dass die häusliche Gemeinschaft seit zumindest drei Jahren aufgelöst sein muss und nach einer sechsjährigen Aufhebung kann der Antrag auf Abweisung des Klagebegehrens gemäß § 55 Abs 3 EheG nicht mehr gestellt werden. Eine lange Aufhebungsdauer – zB über fünf Jahre – spricht in der Regel für die Scheidung. Zum einen bringt die Aufrechterhaltung der Ehe für den Beklagten in diesem Fall keinen großen Nutzen mehr, weil er durch sie kaum Zeit gewonnen hat, sich auf die neue Lebenslage nach der Scheidung einzustellen. Zum anderen würde die Abweisung des Scheidungsbegehrens den Kläger sehr hart treffen, da zu diesem Zeitpunkt sehr häufig schon eine neue Lebenspartnerschaft besteht und der Kläger sich in vielen Fällen wünscht, dass möglichst schnell ein klarer „Schlussstrich“ gezogen wird. Eine neue Lebensgemeinschaft eines Ehegatten wird zwar nicht ausdrücklich als Kriterium in § 55 Abs 2 EheG angeführt, aber dennoch spricht sie, insbesondere wenn aus dieser Beziehung bereits Kinder entstanden sind, sehr gewichtig für das Auflösungsinteresse des Klägers.²⁸⁸

Der schlechte Gesundheitszustand des beklagten Ehegatten kann wie bereits erwähnt eine besondere Härte darstellen. Nach *Aicher*²⁸⁹ kann dies (auch im Hinblick auf den Umstand, dass die Ehe nach der sechsjährigen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft jedenfalls zu scheiden ist) *„für sich allein nur dann genügen, wenn die Krankheit des Beklagten nur vorübergehend ist oder eine besondere Verschlechterung des Gesundheitszustandes gerade jetzt eingetreten ist.“*²⁹⁰ Problematisch ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass die *„menschliche Tragik des Alleinlassens eines kranken Ehepartners nicht erst durch die Scheidung ausgelöst wird, sondern schon während der mindestens dreijährigen Heimtrennung bestanden hat.“*²⁹¹ Seelischer Beistand kann durch die Verweigerung der Scheidung nicht erzwungen werden.²⁹²

²⁸⁷ *Kerschner*, Familienrecht V⁴ Rz 2/122.

²⁸⁸ Vgl *Aicher*, FamRZ 1980, 432 f.

²⁸⁹ *Aicher*, FamRZ 1980, 432.

²⁹⁰ *Aicher*, FamRZ 1980, 432.

²⁹¹ *Aicher*, FamRZ 1980, 432.

²⁹² *Gruber*, ÖJZ 1972, 384; *Lehner*, Recht 520.

Die ausdrückliche Berücksichtigung des Alters der Ehegatten beruht auf der Erwägung, dass sich der Beklagte umso schwerer auf die neue Lebenslage nach der Scheidung einstellen kann, je älter er ist.²⁹³ Dies mag zwar durchaus stimmen, jedoch ist zu bedenken, dass die Ehe gemäß § 55 Abs 3 EheG jedenfalls zu scheiden ist, wenn die häusliche Gemeinschaft seit zumindest sechs Jahren aufgehoben ist. Nach der Anpassungsfrist, die dem beklagten Ehegatten durch § 55 Abs 2 EheG eingeräumt werden kann, wäre sein Alter sogar noch weiter fortgeschritten.²⁹⁴

Gemäß § 55 Abs 2 EheG ist auch das Wohl der Kinder bei der Härteabwägung zu berücksichtigen. Nach *Aicher*²⁹⁵ wäre es jedoch wünschenswert, wenn das Kindeswohl von Amts wegen berücksichtigt werden würde und nicht erst dann, wenn der beklagte Ehegatte einen Antrag nach § 55 Abs 2 EheG erhebt.

Unter dem Begriff „Kinder“ sind wohl sämtliche gemeinsame Kinder – sowohl leibliche, als auch adoptierte – zu verstehen.²⁹⁶ Dieses Abwägungskriterium muss aber nicht zwangsläufig ein Argument für die Abweisung des Scheidungsbegehrens darstellen, da in vielen Fällen die Aufrechterhaltung der Ehe Spannungen mit sich bringen würde, die für das Wohl der Kinder abträglicher wären als geordnete, ruhige Verhältnisse nach der Scheidung. In anderen Fällen ist es jedoch durchaus im Interesse der Kinder, das Scheidungsbegehren abzuweisen.²⁹⁷ Entscheidend ist hierbei auch das Alter der Kinder, da durch den Scheidungsaufschub in manchen Fällen das Kind ein Alter erreicht, in dem es die Scheidung seiner Eltern psychisch besser verkraften und mit der neuen Situation leichter umgehen kann.²⁹⁸ Insbesondere hinsichtlich des Wohles der Kinder sind daher die Umstände des Einzelfalls sehr genau zu prüfen.

Der Gesetzeswortlaut schließt jedoch nicht aus, dass nicht auch das Wohl jener Kinder, die aus einer neuen Partnerschaft eines Ehegatten stammen, erfasst sein soll. Das Wohl dieser Kinder würde für die Scheidung der Ehe sprechen, da hierdurch die Eheschließung ihrer Eltern ermöglicht werden würde.²⁹⁹

²⁹³ JAB 916 BlgNR 14. GP 8.

²⁹⁴ *Aicher*, FamRZ 1980, 432.

²⁹⁵ *Aicher*, FamRZ 1980, 432.

²⁹⁶ *Hoyer*, JBl 1981, 13.

²⁹⁷ ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 11; *Ehrenzweig/Schwind*, System III³ 69.

²⁹⁸ *Aicher*, FamRZ 1980, 432.

²⁹⁹ *Schwind*, Eherecht² 236.

3.6.5.3. Weitere Kriterien bei der Härteabwägung aus der Judikatur

Wie bereits erläutert, sind die in § 55 Abs 2 EheG genannten Umstände für sich allein kein ausreichender Grund für die Abweisung des Scheidungsbegehrens.³⁰⁰ Aus der Judikatur ergeben sich Richtlinien, welche Umstände bei der Härteabwägung neben jenen, die im Gesetz genannt sind, zu berücksichtigen sind. Ich möchte nun über diese Kriterien einen Überblick geben.

Wie erwähnt ist der schlechte Gesundheitszustand bei der Härteabwägung zu berücksichtigen.³⁰¹ Nach der Judikatur³⁰² kann eine besondere Härte für den Beklagten beispielsweise vorliegen, wenn die Scheidung den Krankheitsverlauf vollständig negativ beeinflussen würde, also eine gesundheitliche Katastrophe für den Beklagten auslösen könnte, oder zumindest besonders schwerwiegende Umstände vorliegen, die dauerhaft die körperliche Gesundheit betreffen. Bluthochdruck oder Zuckerkrankheit stellen in der Regel keine besondere Härte dar.³⁰³ Das Interesse des Klägers an der Legitimation seines außerehelichen Kindes ist im Rahmen der Härteabwägung zu berücksichtigen.³⁰⁴ *Stabentheiner*³⁰⁵ steht dem, im Hinblick auf die Zurückhaltung der Judikatur hinsichtlich der Anerkennung von Umständen auf Seite des Beklagten und auf Grund der unbedingte Scheidungsmöglichkeit nach § 55 Abs 3 EheG, kritisch gegenüber. Da das Verschulden des Klägers an der Ehezerrüttung bereits die Voraussetzung für die Zulässigkeit des § 55 Abs 2 EheG ist, kann es nicht zusätzlich auch für die Härteabwägung herangezogen werden. Die Abweisung des Scheidungsbegehrens darf vor allem keinesfalls als Strafmaßnahme gegen den Ehegatten, den das Verschulden an der Zerrüttung trifft, aufgefasst werden.³⁰⁶ Religiöse oder moralische Motive,³⁰⁷ die gesellschaftliche Diskriminierung als geschiedene Ehefrau³⁰⁸ oder die schwere Enttäuschung³⁰⁹ des Beklagten rechtfertigen keine besondere Härte. Gleiches trifft auf den Verlust der Naturalwohnung zu, wenn ihre Benützung zumindest solange gestattet wird, dass innerhalb

³⁰⁰ RIS-Justiz RS0057326.

³⁰¹ § 55 Abs 2 EheG.

³⁰² Vgl OGH 5 Ob 574/80 EvBl 1981/10; 5 Ob 37/07p iFamZ 2007/106; siehe auch *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 21.

³⁰³ Vgl OGH 3 Ob 515/82 EFSlg 41.256; OLG Wien 12 R 44/85 EFSlg 48.797.

³⁰⁴ RIS-Justiz RS0057012.

³⁰⁵ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 7.

³⁰⁶ RIS-Justiz RS0056927; RIS-Justiz RS0056994.

³⁰⁷ OGH 1 Ob 787/81 EFSlg 38.753; LGZ Wien 44 R 811/99m EFSlg 90.308.

³⁰⁸ OGH 6 Ob 596/84 EFSlg 46.212.

³⁰⁹ OLG Wien 12 R 202/89 EFSlg 60.224.

dieser Frist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit sechs Jahren aufgehoben ist und dem Scheidungsbegehren somit jedenfalls nach § 55 Abs 3 EheG stattzugeben wäre.³¹⁰ Des Weiteren ist auch die durch die Stattgebung des Scheidungsbegehrens nach § 55 Abs 1 EheG um ein oder zwei Jahre frühere Durchführung des Aufteilungsverfahrens des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse nach §§ 81 ff EheG keine besondere Härte iSd § 55 Abs 2 EheG.³¹¹

Im Gegensatz zur Regierungsvorlage³¹² wird in der nun geltenden Fassung des § 55 Abs 2 EheG nicht mehr ausdrücklich erwähnt, dass wirtschaftliche Gründe generell bei der Härteabwägung außer Betracht zu bleiben haben. Dennoch sind derartige Gründe aber nur ausnahmsweise bei der Härteabwägung zu berücksichtigen.³¹³ Die Deckung des gesetzlichen Unterhalts ist nicht in die Härteabwägung einzubeziehen, da der beklagte Ehegatte gemäß § 69 Abs 2 EheG im Falle des Verschuldensausspruchs nach § 61 Abs 3 EheG auch nach der Scheidung einen Unterhaltsanspruch nach § 94 ABGB wie bei aufrechter Ehe hat.³¹⁴ Des Weiteren können erbrechtliche Nachteile nicht als Abwägungskriterium herangezogen werden, da sie keine Ausnahme darstellen sondern in der Regel mit der Scheidung verbunden sind.³¹⁵ Ebenso bewirkt die Scheidung regelmäßig eine sozialversicherungsrechtliche Verschlechterung für den Beklagten. Auch das ist zwar ein Nachteil für diesen Ehegatten, aber der „Normalfall“ und keine darüberhinausgehende Härte, wie es § 55 Abs 2 EheG erfordert. Die Gefahr einer sozialversicherungsrechtlichen Verschlechterung durch die Scheidung stellt daher grundsätzlich keine besondere Härte iSd § 55 Abs 2 EheG dar.³¹⁶ Andernfalls wären *„in der Mehrzahl aller Fälle den Scheidungen nach § 55 Abs 1 EheG der Boden entzogen.“*³¹⁷ Pensionsrechtliche Nachteile sind jedoch unter Umständen ein Härtegrund, wenn der beklagte Ehegatte durch eine schwere Krankheit nicht in der Lage war, einer eigenen Erwerbstätigkeit nachzugehen und die Voraussetzungen für die Gewährung einer von der Höhe des Unterhaltsanspruchs unabhängigen Witwen- / Witwerpension³¹⁸ gemäß § 264 Abs 10 ASVG³¹⁹ durch den

³¹⁰ OGH 4 Ob 542/94 SZ 67/104 = EFSIlg 75.550.

³¹¹ OGH 2 Ob 558/83 EFSIlg 43.663; 4 Ob 502/89 EFSIlg 60.228; LG Krems an der Donau 2 R 70/05i EFSIlg 111.218; LGZ Wien 42 R 91/09g EFSIlg 123.785; ua.

³¹² Siehe hierzu Kapitel III. 2.3.2. „Die Abänderung des § 55 EheG im Zuge der Eherechtsreform 1978“.

³¹³ Aicher, FamRZ 1980, 433; Kerschner, Familienrecht V⁴ Rz 2/122.

³¹⁴ RIS-Justiz RS0056982.

³¹⁵ OGH 7 Ob 736/87 EFSIlg 57.175; LGZ Wien 42 R 91/09g EFSIlg 123.785.

³¹⁶ Vgl RIS-Justiz RS0056998; OLG Wien 11 R 41/84 EFSIlg 48.795; ua.

³¹⁷ RIS-Justiz RS0056998.

³¹⁸ Siehe Kapitel IV. 5.2.2. „Witwen- / Witwerpension“.

³¹⁹ Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189.

Aufschub der Scheidung erreicht werden können.³²⁰ Ebenso wird die Verschlechterung bei der Anwartschaft auf die Witwen- / Witwerpension von der Judikatur dann als besonderer Härtefall angesehen, wenn der Beklagte durch die einvernehmliche eheliche Lebensgestaltung gehindert war, eine entsprechende Altersvorsorge zu treffen.³²¹

4. Die Scheidung nach § 55 Abs 3 EheG

4.1. Die Bedeutung des § 55 Abs 3 EheG

Dem Scheidungsbegehren ist jedenfalls stattzugeben, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit sechs Jahren aufgehoben ist (§ 55 Abs 3 EheG). Im Zuge der Novellierung des § 55 EheG waren sich SPÖ und FPÖ über eine unbedingte Scheidungsmöglichkeit nach Ablauf einer bestimmten Zeit einig. Die ÖVP war aber dafür, dass ein Scheidungsaufschub im Wege einer „immateriellen Härteklausele“ auch nach diesem Zeitpunkt möglich sein sollte.³²² Der dritte Absatz wurde durch das mit Stimmenmehrheit beschlossene Bundesgesetz vom 30. Juni 1978 über eine Änderung des Ehegesetzes³²³ an § 55 Abs 1 und Abs 2 EheG angefügt.³²⁴

§ 55 Abs 3 EheG setzt dem Antragsrecht des Beklagten des § 55 Abs 2 EheG eine Begrenzung. Nach Ablauf der sechsjährigen Frist sollte im Interesse beider Ehegatten Sicherheit über ihre Rechtslage geschaffen werden.³²⁵ Durch diese Bestimmung werden Papierehen – also Ehen, die nicht geschieden werden können aber faktisch auf Grund der langjährigen Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft nicht mehr bestehen – verhindert.³²⁶ Die Scheidung nach § 55 EheG kann nun nicht mehr gänzlich verhindert, sondern lediglich um höchstens drei Jahre verzögert werden. Dies hat zur Folge, dass § 55 Abs 2 EheG für den Beklagten deutlich an Bedeutung verloren hat. Zudem wird der Kläger in vielen Fällen

³²⁰ OGH 5 Ob 41/99m JUS extra OGH-Z/2738 = EFSIlg 90.311 = EFSIlg 90.312.

³²¹ OGH 6 Ob 634/82 EvBl 1983/30 = EFSIlg 41.252/5; 6 Ob 620/89 EFSIlg 60.226; 4 Ob 542/94 SZ 67/104 = EFSIlg 75.551; 5 Ob 41/99m JUS extra OGH-Z/2738 = EFSIlg 90.310.

³²² Aicher in Floretta 90; ders in Ostheim 81.

³²³ BGBl 1978/303.

³²⁴ Ent/Hopf, Eherecht 72.

³²⁵ JAB 917 BlgNR 14. GP 1.

³²⁶ Litterst, Zerrüttungsscheidung 31; Ehrenzweig/Schwind, System III³ 66; Deixler-Hübner, Scheidung¹⁰ Rz 115.

die Dauer der sechsjährigen Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft abwarten und sein Scheidungsbegehren statt auf § 55 Abs 1 EheG auf § 55 Abs 3 EheG stützen, um sich nicht der schwer zu beurteilenden Frage stellen zu müssen, ob ihn die Abweisung des Scheidungsbegehrens härter trifft als den Beklagten die Scheidung.³²⁷

4.2. Der absolut wirkende Scheidungstatbestand

Es stellt sich nun die Frage, was die Formulierung des § 55 Abs 3 EheG, dass die Ehe „jedenfalls“ zu scheiden ist, bedeutet. Nach der Judikatur³²⁸ handelt es sich bei § 55 Abs 3 EheG um einen von den Voraussetzungen des § 55 Abs 1 und 2 EheG unabhängigen, absolut wirkenden Scheidungstatbestand. Das Wort „jedenfalls“ soll ausdrücken, dass stattdessen nur die sechsjährige Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft vorliegen muss. Die unheilbare Ehezerrüttung ist zwar neben der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft auch für § 55 Abs 3 EheG Scheidungsvoraussetzung, aber sie ist bei diesem Absatz schon kraft Gesetz anzunehmen und muss daher durch das Gericht nicht mehr geprüft werden. Dies kommt einer unwiderlegbaren gesetzlichen Vermutung gleich. Das Gericht muss also nicht prüfen, ob die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft zu erwarten ist. Des Weiteren kann der Beklagte keinen Antrag auf Abweisung des Scheidungsbegehrens nach § 55 Abs 2 EheG stellen, wenn die häusliche Gemeinschaft seit sechs Jahren aufgehoben ist. Sowohl die Frage, ob den Kläger ein Verschulden an der Zerrüttung der Ehe trifft, als auch die Härteabwägung ist hierbei somit irrelevant. Durch § 55 Abs 3 EheG ist daher nach Absicht des Gesetzgebers die Ehe in jedem Fall zu scheiden, ohne dass noch weitere Voraussetzungen wie insbesondere jene nach § 55 Abs 1 und Abs 2 EheG vorliegen müssen. Dies geht unter anderem aus der Systematik des § 55 EheG hervor: Sollte durch § 55 Abs 3 EheG nur die Härteklausele auf sechs Jahre befristet werden, wäre diese Regelung in § 55 Abs 2 EheG aufzunehmen gewesen. Stattdessen wurde jedoch – entgegen dem Vorschlag in der Regierungsvorlage – ein eigener Absatz angefügt. Hätte der Gesetzgeber nur eine Befristung im Sinn gehabt, ohne die Voraussetzungen des § 55 Abs 1 EheG zu berühren, wäre zudem wohl eine klare Formulierung wie beispielsweise „Ein Widerspruch ist

³²⁷ *Schwind*, *Eherecht*² 236 f.

³²⁸ RIS-Justiz RS0057039.

unzulässig, wenn die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit sechs Jahren aufgehoben ist“ gewählt worden.³²⁹

In der Lehre ist jedoch durchaus umstritten, ob die Zerrüttung tatsächlich nicht zu prüfen ist. So sprechen sich unter anderem *Weitzenböck*³³⁰ und *Stabentheiner*³³¹ dafür aus, dass die Zerrüttung ohne weitere Prüfung nach dem Gesetz anzunehmen sei. *Hopf/Kathrein*³³² lehnen hingegen die Auffassung, dass die Ehezerrüttung nach der sechsjährigen Frist gesetzlich vermutet wird, mit der Begründung, dass sich das Wort „jedenfalls“ im § 55 Abs 3 EheG nur darauf beziehe, dass bei diesem Absatz die Härteabwägung nicht zum Tragen komme und der Gesetzgeber keine Ausnahme vom Zerrüttungsprinzip beabsichtigt habe, ab. Nach *Schwind*³³³ wäre es im Hinblick darauf, dass § 55 Abs 1 und Abs 2 EheG an die Zerrüttung der Ehe anknüpfen, eine „Sinnzusammenhänge zerreißende Wortinterpretation“³³⁴, wenn diese für § 55 Abs 3 EheG keine Voraussetzung wäre. Des Weiteren zieht er als Begründung heran, dass sich ebenso aus § 61 Abs 3 EheG ergebe, dass auch § 55 Abs 3 EheG nach der Absicht des Gesetzgebers die Zerrüttung voraussetzte – eine nähere Begründung führt *Schwind* diesbezüglich jedoch nicht an.

Die Frage, ob die Ehezerrüttung gesetzlich vermutet wird, ist aber ohnehin nur von theoretischer Bedeutung. Die Wahrscheinlichkeit, dass eine dem Wesen der Ehe entsprechende Lebensgemeinschaft nach der bereits sechsjährigen Trennung der Ehegatten wiederhergestellt wird, ist mehr als gering.³³⁵ Selbst wenn man den Beweis des Gegenteils zulassen würde, müssten äußerst gewichtige Umstände behauptet werden, um die Annahme, dass die Ehe nach der langjährigen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft zerrüttet ist, zu widerlegen.³³⁶ Dass dieser Gegenbeweis gelingen würde, ist daher äußerst unwahrscheinlich.³³⁷

³²⁹ RIS-Justiz RS0057055; OGH 4 Ob 524/79 SZ 52/140 = EvBl 1980/51 = EFSIlg 34.010 = EFSIlg 34.011 = EFSIlg 34.013.

³³⁰ *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 23.

³³¹ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 55 EheG Rz 9.

³³² *Hopf/Kathrein*, *Eherecht*² § 55 EheG Anm 18.

³³³ *Schwind*, *Eherecht*² 237.

³³⁴ *Schwind*, *Eherecht*² 237.

³³⁵ *Hopf/Kathrein*, *Eherecht*² § 55 EheG Anm 18; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 23.

³³⁶ Vgl RIS-Justiz RS0057055.

³³⁷ *Ehrenzweig/Schwind*, System III³ 70.

4.3. Die sechsjährige Frist und die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit

Wie auch bei § 55 Abs 1 EheG beginnt die sechsjährige Frist mit der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft zu laufen. Auf den Zeitpunkt des Eintritts der Zerrüttung kommt es nicht an.³³⁸ Die Frist muss bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz abgelaufen sein. Wird die häusliche Gemeinschaft zwischenzeitlich wieder aufgenommen und später erneut aufgehoben, beginnt die Frist neu zu laufen. Auf die vorherige Trennungszeit kann nicht zurückgegriffen werden. Teilzeiten können daher nicht zusammengerechnet werden.³³⁹

Nachdem bei der sechsjährigen Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft die Ehe nach § 55 Abs 3 EheG jedenfalls zu scheiden ist, während beispielsweise bei der Aufhebung seit fünfeinhalb Jahren der Beklagte die Abweisung des Scheidungsbegehrens verlangen kann, wurde die Verfassungsmäßigkeit des § 55 Abs 3 EheG hinsichtlich Art 12 EMRK³⁴⁰ und Art 7 B-VG³⁴¹ durch den OGH geprüft. Eine genauere Begründung, weshalb § 55 Abs 3 EheG verfassungswidrig sein sollte, konnte in der diesbezüglichen Revision nicht dargelegt werden. Das Recht auf Eheschließung nach Art 12 EMRK gewährleistet nur das Recht, mit Erreichung des heiratsfähigen Alters und gemäß den einschlägigen nationalen Gesetzen eine Ehe zu schließen und eine Familie zu gründen. Diese Bestimmung kann jedoch nicht so ausgelegt werden, dass eine aufrechte Ehe, die faktisch durch die lange Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft nicht mehr besteht, nicht gelöst werden darf. Eine Bestimmung, durch die die Institution der Ehe oder die Möglichkeit der Eheschließung oder Familiengründung abgeschafft werden würde, wäre im Gegensatz hierzu sehr wohl verfassungswidrig. Des Weiteren verletzt § 55 Abs 3 EheG auch den Gleichheitsgrundsatz nach Art 7 B-VG nicht.³⁴² Sachlich gerechtfertigte Differenzierungen sind nach dieser Bestimmung zulässig.³⁴³ Die unbedingte Scheidungsmöglichkeit ist dadurch, dass in der Regel nach einer derart langen Aufhebungsdauer der häuslichen Gemeinschaft keine erhaltenswerte Ehe mehr besteht, sachlich gerechtfertigt. In Einzelfällen kann die unbedingte Scheidungsmöglichkeit zwar zu Härten für den Beklagten

³³⁸ OGH 5 Ob 568/80 EFSlg 36.372.

³³⁹ *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 24.

³⁴⁰ Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210.

³⁴¹ Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1.

³⁴² OGH 1 Ob 641/79 EvBl 1979/234 = EFSlg 34.009.

³⁴³ Vgl *Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht⁵ (2011) Rz 585.

führen, dies ändert jedoch nichts an der Sachlichkeit dieser Bestimmung. § 55 Abs 3 EheG ist daher verfassungsrechtlich unbedenklich.³⁴⁴

5. Verfahrensrechtliches zur Scheidung nach § 55 EheG

Betrachtet man § 55 EheG stellt sich die Frage, ob es sich bei § 55 Abs 3 EheG um einen eigenständigen, von § 55 Abs 1 leg cit unterschiedlichen Scheidungstatbestand handelt. Der OGH³⁴⁵ sprach zwar aus, dass es sich bei § 55 Abs 3 EheG um einen absolut wirkenden Scheidungstatbestand handelt, doch wird hiermit nur ausgedrückt, dass nach der sechsjährigen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft die Tatbestandsvoraussetzung der unheilbaren Ehezerrüttung kraft Gesetz vermutet wird und § 55 Abs 2 EheG nicht mehr zur Anwendung gelangt. Einen eigenständigen Scheidungstatbestand enthält § 55 Abs 3 EheG jedoch nicht.³⁴⁶

Wird eine Scheidungsklage nach § 55 Abs 1 EheG erhoben und während diesem anhängigen Verfahren der Zeitpunkt erreicht, in dem die häusliche Gemeinschaft seit sechs Jahren aufgehoben ist, kann daneben nicht auch eine Klage nach § 55 Abs 3 EheG eingebracht werden. Der Einbringung einer auf § 55 Abs 3 EheG gestützten Scheidungsklage während eines anhängigen Verfahrens nach § 55 Abs 1 EheG steht das Prozesshindernis der Streitanhängigkeit nach §§ 232 f ZPO entgegen, da die Identität der Parteien, des Rechtsschutzbegehrens und des rechtserzeugenden Sachverhalts gegeben sind. Bei Ablauf der sechsjährigen Frist während eines anhängigen Verfahrens hat der Kläger diesen Fristablauf lediglich zu behaupten (abgesehen davon, dass der bloße Zeitablauf notorisch ist). Die Behauptung, dass die Sechsjahresfrist abgelaufen ist, stellt keine Klageänderung dar. Sie betrifft keinen neuen rechtserzeugenden Sachverhalt des materiellen Rechts, sondern nur einen solchen des Verfahrensrechts – der Beklagte kann sich nicht mehr auf § 55 Abs 2 EheG berufen und die unheilbare Ehezerrüttung ist nicht mehr zu prüfen. Der OGH sprach daher aus, dass § 55 Abs 3 EheG in Bezug auf

³⁴⁴ OGH 1 Ob 641/79 EvBl 1979/234 = EFSlg 34.009.

³⁴⁵ RIS-Justiz RS0057039.

³⁴⁶ OGH 4 Ob 524/79 SZ 52/140 = EvBl 1980/51 = EFSlg 34.010 = EFSlg 34.011; 6 Ob 47/98z SZ 71/43 = EvBl 1998/134 = JBl 1998, 659 = JUS extra OGH-Z/2519 = EFSlg 88.105.

§ 55 Abs 1 leg cit materiellrechtlich eine Gesetzesvermutung, verfahrensrechtlich ein Beweisthematenverbot darstellt.³⁴⁷

Ein Scheidungskläger kann sein Begehren auch auf mehrere Scheidungstatbestände stützen. Ein Ehegatte kann somit beispielsweise sowohl nach § 55 EheG, als auch nach § 49 EheG die Scheidung der Ehe begehren. Tut er dies, kann er die Reihenfolge selbst festlegen. Der Kläger kann also zB für das Gericht bindend bestimmen, dass zunächst über § 55 EheG zu verhandeln ist und erst nach dessen Erledigung auf § 49 EheG einzugehen ist. Wird keine Reihung der Scheidungstatbestände vorgenommen, geht aber die Verschuldensscheidung nach § 49 EheG einer Scheidung nach § 55 EheG vor.³⁴⁸ § 55 EheG ist daher erst dann zu prüfen, wenn keine verschuldeten Ehewidrigkeiten des beklagten Ehegatten feststellbar sind.³⁴⁹

Das Antragsrecht auf einvernehmliche Scheidung nach § 55a EheG ist ein höchstpersönliches Recht. Hierfür ist die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Ehegatten erforderlich. Fehlt diese Einsicht oder verweigert der Ehegatte das Einvernehmen für die Scheidung, kann das Einvernehmen weder durch einen Sachwalter noch durch das Pflugschaftsgericht ersetzt werden.³⁵⁰ Im Gegensatz zu § 55a EheG ist für die Erhebung einer auf § 55 EheG gestützten Scheidungsklage ein Einvernehmen beider Ehegatten und damit eine derart höchstpersönliche und inhaltlich nicht weiter zu überprüfende Willensbildung, durch die die persönliche Rechtsausübung des Berechtigten zwingend geboten wäre, nicht erforderlich. Die Scheidungsklage wegen Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft kann daher auch durch einen nach § 268 Abs 3 Z 3 ABGB zur Besorgung aller Angelegenheiten bestellten Sachwalter erhoben werden. Diese Scheidungsklage bedarf jedoch der pflugschaftsgerichtlichen Genehmigung. In diesem Genehmigungsverfahren kann die Sinnhaftigkeit der Klageerhebung geprüft werden. Die materielle Berechtigung des Scheidungsbegehrens wird in einem kontradiktorischen Verfahren beurteilt.³⁵¹

³⁴⁷ OGH 6 Ob 47/98z SZ 71/43 = EvBl 1998/134 = JBl 1998, 659 = JUS extra OGH-Z/2519 = EFSlg 88.105.

³⁴⁸ RIS-Justiz RS0056507; RIS-Justiz RS0056377, zuletzt OGH 8 Ob 74/11g JBl 2012, 123 = JusGuide 2011/39/9237 = EFSlg 131.118; RIS-Justiz RS0056543; RIS-Justiz RS0040773; *Feil/Marent*, Familienrecht § 55 EheG Rz 4.

³⁴⁹ *Weitzenböck in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 25.

³⁵⁰ RIS-Justiz RS0103635, zuletzt OGH 2 Ob 48/12s iFamZ 2012/132.

³⁵¹ OGH 5 Ob 94/05t JBl 2005, 781 = RdM 2005/107 = EFSlg 111.871 mwN.

Sowohl auf den Scheidungsgrund der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, als auch auf das Recht, die Abweisung des Scheidungsbegehrens nach § 55 Abs 2 EheG zu verlangen, kann nicht im Voraus verzichtet werden.³⁵²

6. § 55 EheG als einvernehmliche Scheidung

Vor der Einführung des § 55a EheG im Jahr 1978 gab es keine einvernehmliche Scheidung im österreichischen Scheidungsrecht. Es wurde die Ansicht vertreten, dass eine Scheidung im Interesse der Allgemeinheit nur aus objektiv vom Gericht festgestellten Scheidungsgründen, die taxativ im Gesetz aufgezählt sind, vorgenommen werden dürfte. Dennoch erfolgten sehr viele Scheidungen im Einvernehmen der Ehegatten, indem ein Verschuldenstatbestand nach § 49 EheG fingiert wurde. Ein Ehegatte nahm hierbei oft das behauptete alleinige Verschulden auf sich, um dafür eine neue Ehe eingehen zu können. Der andere Ehegatte erhielt, um dieses Ziel zu erreichen – gewissermaßen als Gegenleistung für die Klageerhebung – die wirtschaftliche Absicherung. In sehr vielen anderen Fällen wurde die einverständliche Scheidung auf § 55 EheG gestützt. Hierfür musste ein Ehegatte lediglich die unheilbare Ehezerrüttung behaupten und die häusliche Gemeinschaft für drei Jahre aufgelöst werden. War die Scheidung auch im Interesse des Ehegatten in der Beklagtenrolle, musste er diese Behauptungen nur nicht bestreiten und keinen „Widerspruch“ gegen das Scheidungsbegehren erheben. Im Verfahren war zwar die Rollenverteilung als Kläger und Beklagter, sowie die Beweisaufnahme hinsichtlich des Vorliegens der Scheidungsvoraussetzungen nötig, jedoch wurde die Beweisführung durch die Ehegatten entsprechend abgesprochen und vorbereitet. Da der Richter auf die Angaben der Parteien angewiesen ist, war es ihm nicht möglich zu begründen, weshalb die Ehe, entgegen den Behauptungen der Ehegatten, nicht unheilbar zerrüttet sein sollte. Er war somit gezwungen, dem Scheidungsbegehren in einem derartig gestellten Verfahren stattzugeben und musste dieses „Theaterstück“, das die Ehegatten ihm vorspielten, machtlos hinnehmen. Da die Praxis diese Absprache der Ehegatten in Scheidungsverfahren nicht verhindern konnte, wurde schließlich im Jahr 1978 die einvernehmliche Scheidung nach § 55a EheG eingeführt.³⁵³

³⁵² RIS-Justiz RS0016541; RIS-Justiz RS0057038.

³⁵³ *Schwind in Klang/Gschnitzer, ABGB I/1² 807 f; Ehrenzweig/Schwind, System III³ 65.*

Durch die Einführung des § 55a EheG ist es nicht mehr nötig, dass sich die Ehegatten auf § 55 EheG stützen, wenn sie eine einvernehmliche Scheidung wünschen. § 55 EheG ist jedoch im Vergleich zu anderen Scheidungsformen mit sozialversicherungsrechtlichen Begünstigungen, unter anderem hinsichtlich der Witwen- / Witwerpension, verbunden.³⁵⁴ Da diese sozialversicherungsrechtlichen Begünstigungen nur bei der Scheidung nach § 55 EheG gewährt werden, bietet das Gesetz den Ehegatten in jenen Fällen, in denen beide die Scheidung wünschen, einen Anreiz, sich nicht einvernehmlich nach § 55a EheG scheiden zu lassen, sondern den Scheidungstatbestand des § 55 EheG zu fingieren, um diese Vorteile zu erlangen.³⁵⁵ Wie auch in den „Scheinprozessen“ vor Einführung der einvernehmlichen Scheidung nach § 55a EheG müssten sich die Ehegatten in diesem Fall über die Beweisführung absprechen. Entsprechend der Vereinbarung der Ehegatten müsste ein Ehegatte als Kläger lediglich die unheilbare Ehezerüttung behaupten und die häusliche Gemeinschaft zumindest für drei Jahre aufgelöst werden. Der Ehegatte, der die Rolle des Beklagten einnimmt, müsste den Behauptungen lediglich nicht widersprechen und nicht die Abweisung des Scheidungsbegehrens nach § 55 Abs 2 EheG verlangen.³⁵⁶ Wie häufig derartige „Scheinprozesse“ tatsächlich in der Praxis vorkommen, kann jedoch leider mangels entsprechender Studien nicht gesagt werden.

³⁵⁴ Siehe hierzu auch Kapitel IV. 5. „Die Auswirkungen auf das Scheidungsfolgenrecht“.

³⁵⁵ *Kerschner*, JBl 1979, 568 FN 66; *Krejci*, JBl 1979, 179; *Steininger* in *Ruppe* 19.

³⁵⁶ Vgl. *Schwind* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB I/1² 808; *Ehrenzweig/Schwind*, System III³ 65.

IV. Der Verschuldensantrag gemäß § 61 Abs 3 EheG

1. § 61 EheG im Überblick

Wird eine Scheidungsklage nicht aus Verschulden, sondern aus anderen Gründen erhoben, kann der Beklagte ein Verschulden des Klägers durch Widerklage oder Verschuldensantrag geltend machen.³⁵⁷ Die Bestimmung § 61 EheG dient der bindenden Feststellung des Verschuldens für das Scheidungsfolgenrecht.³⁵⁸ § 61 Abs 1 EheG beinhaltet den Verschuldensausspruch, wenn die Ehe auf Klage und Widerklage geschieden wird und nur einen Ehegatten ein Verschulden trifft. Wird die Ehe aus den Gründen der §§ 50 - 52 EheG geschieden, ist das Verschulden des Klägers auf Antrag des Beklagten, auch wenn keine Widerklage erhoben wurde, im Urteil auszusprechen, wenn der beklagte Ehegatte bei der Erhebung der Scheidungsklage oder zu einem späteren Zeitpunkt selbst eine Scheidungsklage aus Verschulden erheben hätte können.³⁵⁹ Nach § 61 Abs 3 EheG ist das Verschulden des Klägers bei einer Scheidungsklage nach § 55 EheG auf Antrag des Beklagten im Urteil auszusprechen, wenn der Kläger die Zerrüttung der Ehe allein oder überwiegend verschuldet hat.

2. Die Voraussetzungen des Verschuldensantrags nach § 61 Abs 3 EheG

Der Verschuldensausspruch nach § 61 Abs 3 EheG erfolgt nur nach einem entsprechenden Antrag des Beklagten. Ein Verschuldensantrag des Klägers gegen den Beklagten ist, wie sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, nicht möglich.³⁶⁰ Die Antragstellung kann jedoch auch schlüssig erfolgen, indem der Beklagte, gestützt auf § 55 Abs 2 EheG, die Abweisung des Scheidungsbegehrens verlangt, sofern sich nicht aus den besonderen Umständen ergibt, dass der Antrag nach § 61 Abs 3 EheG absichtlich unterlassen wurde.³⁶¹

³⁵⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 493.

³⁵⁸ *Schwimmann* in *Schwimmann*, Taschenkommentar² § 61 EheG Rz 1.

³⁵⁹ § 61 Abs 2 EheG.

³⁶⁰ *Feil*, Ehegesetz: Kurzkomentar für die Praxis² (1999) § 61 Rz 7.

³⁶¹ OGH 1 Ob 567/79 RZ 1981/28 = EFSIlg 36.394; OLG Wien 12 R 2/79 EFSIlg 34.063; *Schwind*, Eherecht² 234 und 255.

Neben der Antragsstellung des Beklagten ist das alleinige oder überwiegende Verschulden des Klägers an der Zerrüttung der Ehe Voraussetzung für den Verschuldensantrag. Da ich den Begriff des „alleinigen oder überwiegenden Zerrüttungsverschuldens“ bereits erläutert habe, möchte ich an dieser Stelle auf meine Ausführungen in Kapitel III. 3.6.4. „Das Zerrüttungsverschulden“ verweisen, um Wiederholungen zu vermeiden.

Wie erläutert kommt es bei dem Zerrüttungsverschulden nicht darauf an, ob durch das Verhalten des Klägers ein Scheidungstatbestand verwirklicht ist.³⁶² Das Gesamtverhalten beider Ehegatten während der gesamten Dauer der Ehe ist zu berücksichtigen.³⁶³ Das Verschulden des Beklagten ist zwar ebenfalls durch das Gericht zu prüfen, um festzustellen, ob das Verschulden des Klägers zumindest überwiegt, aber es ist nicht in den Verschuldensausspruch aufzunehmen.³⁶⁴ Der Ausspruch eines Verschuldens des Beklagten oder eines gleichteiligen Verschuldens ist unzulässig.³⁶⁵ Ist die Zerrüttung der Ehe ohne Verschulden eines Ehegatten eingetreten oder liegt eine andere Verschuldenskonstellation als das alleinige oder überwiegende Zerrüttungsverschulden des Klägers vor – also alleiniges oder überwiegendes Verschulden des Beklagten oder gleichteiliges Verschulden – ist daher der Verschuldensantrag nach § 61 Abs 3 EheG abzuweisen.³⁶⁶

Eheverfehlungen, die erst nach dem Eintritt der unheilbaren Zerrüttung der Ehe begangen wurden, sind zwar nicht gänzlich ohne Bedeutung, aber haben nur ein erheblich geringeres Gewicht.³⁶⁷ Der Kausalzusammenhang zwischen der Zerrüttung der Ehe und neuen Eheverfehlungen liegt im Allgemeinen nicht vor, wenn die Ehe zu diesem Zeitpunkt schon so tief zerrüttet war, dass eine weitere Zerrüttung nicht mehr eintreten konnte.³⁶⁸

Nur wenn die Scheidung tatsächlich nach § 55 EheG erfolgt ist, wird über den Verschuldensantrag abgesprochen.³⁶⁹ Der Antrag nach § 61 Abs 3 EheG macht die Fällung eines Teilurteils über das Scheidungsbegehren unzulässig, um die Kontinuität des Unterhaltsanspruchs des Beklagten wie bei aufrechter Ehe (§ 69 Abs 2 EheG) nicht zu

³⁶² RIS-Justiz RS0057256.

³⁶³ RIS-Justiz RS0057268, zuletzt OGH 8 Ob 37/12t JusGuide 2012/40/10410.

³⁶⁴ VwGH 88/08/0071 ZASB 1988, 15 = SV-Slg 33.579; Gruber in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 61 EheG Rz 13.

³⁶⁵ RIS-Justiz RS0057017; OLG Wien 12 R 2045/78 EFSlg 34.064; 13 R 17/83 EFSlg 43.701; LGZ Wien 43 R 2017/89 EFSlg 60.290 = EFSlg 60.291.

³⁶⁶ Pichler, JBl 1981, 284.

³⁶⁷ RIS-Justiz RS0057048; OLG Wien 13 R 99/84 EFSlg 46.256; siehe auch *Schwind*, ÖJZ 1983, 198; ua.

³⁶⁸ RIS-Justiz RS0056939; RIS-Justiz RS0056921, zuletzt OGH 2 Ob 230/10b iFamZ 2011/174.

³⁶⁹ Gruber in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 61 EheG Rz 11.

gefährden.³⁷⁰ Der Verschuldensantrag des Beklagten ist verzichtbar. Der Verzicht auf die Geltendmachung eines Scheidungsgrundes bedeutet aber nicht auch automatisch einen Verzicht auf den Verschuldensantrag nach § 61 Abs 3 EheG.³⁷¹

Durch § 61 Abs 3 iVm § 69 Abs 2 EheG soll der Ehegatte, der an der Ehe festhält und schuldlos gegen seinen Willen geschieden wird, unterhaltsrechtlich geschützt werden, jedoch nicht jener, der die Ehe beenden möchte. Ein Verschuldensausspruch nach § 61 Abs 3 EheG ist daher unzulässig, wenn beide Ehegatten ihr Scheidungsbegehren mit Klage und Widerklage auf § 55 EheG stützen.³⁷² Das Verschulden des Klägers könnte in Folge der Widerklage nicht als Zerrüttungsver schulden nach § 61 Abs 3 EheG, sondern nur allenfalls als Alleinverschulden nach § 61 Abs 1 leg cit ausgesprochen werden. Um nicht die Begünstigungen hinsichtlich der Scheidungsfolgen, die § 61 Abs 3 EheG bewirkt, zu verlieren, ist dem Beklagten daher dringend von der Erhebung einer auf § 55 EheG gestützten Widerklage abzuraten.³⁷³ Wird hingegen eine Widerklage aus Verschulden nach § 49 EheG erhoben, ist der Verschuldensantrag nach § 61 Abs 3 leg cit als Eventualantrag anzusehen, der dem Antrag auf Ausspruch des Verschuldens gemäß § 60 Abs 1 EheG, der in der Widerklage aus Verschulden enthalten ist, nachgeordnet ist.³⁷⁴

Der Verschuldensantrag nach § 61 Abs 3 EheG kann bei einer Scheidung, die auf Grund des Getrenntlebens der Ehegatten – also aus einem mit § 55 EheG vergleichbaren Scheidungsgrund – durch ein ausländisches Gericht erfolgt ist, nachgetragen werden, wenn die Scheidungsfolgen dem österreichischen Recht unterliegen. Die Ehegatten haben auf diesen Ausspruch des Verschuldens einen selbstständigen Rechtsschutzanspruch.³⁷⁵ Hierdurch wird das ausländische Scheidungsurteil einem inländischen in der Rechtskraftwirkung gleichgestellt, dh durch die Anerkennung erstrecken sich die verfahrensrechtlichen Wirkungen aus dem Recht des Erststaats auf das des Zweitstaats, der die Entscheidung anerkennt.³⁷⁶

³⁷⁰ RIS-Justiz RS0040724.

³⁷¹ OGH 4 Ob 31/08z iFamZ 2008/102 = EF-Z 2008/136 (*Beck*) = Zak 2008/332 = EFSIlg 120.157 = EFSIlg 120.158; *Schwimann* in *Schwimann*, Taschenkommentar² § 61 EheG Rz 4.

³⁷² Vgl RS0056868; ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 8 und 11 f.

³⁷³ *Gschnitzer/Faistenberger*, Familienrecht² 42; *Gruber* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 61 EheG Rz 12; ua.

³⁷⁴ OGH 6 Ob 617/87, 6 Ob 618/87 EFSIlg 54.330 = EFSIlg 54.331.

³⁷⁵ RIS-Justiz RS0057050, zuletzt OGH 7 Ob 116/12b EF-Z 2013/35 (*Nademleinsky*) = ZfRV-LS 2012/54.

³⁷⁶ RIS-Justiz RS0041332.

3. Mitverschuldensantrag des Klägers?

Wie bereits erwähnt kann nach § 61 Abs 3 EheG nur das alleinige oder überwiegende Verschulden des Klägers ausgesprochen werden. Ein Ausspruch des Verschuldens des Beklagten oder des gleichteiligen Verschuldens ist nach dieser Bestimmung nicht möglich.³⁷⁷ Das Unterhaltsrecht knüpft an den Verschuldensausspruch an. Erfolgt ein Schuldausspruch nach § 61 Abs 3 EheG, ist der Kläger gemäß § 69 Abs 2 EheG wie bei aufrechter Ehe nach § 94 ABGB unterhaltspflichtig. Wird die Ehe hingegen ohne Schuldausspruch geschieden, ist der Kläger nach § 69 Abs 3 EheG unterhaltspflichtig, soweit dies der Billigkeit entspricht. Bei diesen Bestimmungen kann die Unterhaltspflicht somit stets nur den Kläger treffen, jedoch nicht den beklagten Ehegatten.³⁷⁸ Der Vollständigkeit halber ist aber zu erwähnen, dass nicht nur der Beklagte, sondern auch der Kläger bei Vorliegen der Voraussetzungen unabhängig vom Verschulden gemäß § 69b iVm § 68a EheG Betreuungsunterhalt oder Unterhalt wegen ehebedingter Einschränkung der Erwerbsfähigkeit verlangen kann.³⁷⁹

Da der Kläger bei der Scheidung nach § 55 EheG keine Möglichkeit hat, ein etwaiges Verschulden des Beklagten mittels Schuldausspruch geltend zu machen, kann es hinsichtlich des Unterhalts zu unbilligen Ergebnissen kommen.³⁸⁰ Das bekannteste Beispiel hierfür ist die E des OGH 1 Ob 27/75 vom 5.3.1975. Zu Beginn der Ehe setzte der Kläger schwere Eheverfehlungen und trug damit wesentlich zum Scheitern der Ehe bei. Als sein Scheidungsbegehren mangels erwiesener Eheverfehlungen der Beklagten abgewiesen wurde, änderte er jedoch seine Einstellung und versuchte die Ehe zu retten. In den darauf folgenden Jahren beging praktisch ausschließlich die Beklagte schwere Eheverfehlungen. Das Gericht kam in der Urteilsbegründung zum Schluss, dass die Beklagte den entscheidenden Beitrag zur Zerrüttung der Ehe geleistet hatte. Ihr Widerspruch gegen die Scheidung wurde daher abgewiesen. Dennoch wurde im Urteil das alleinige Verschulden des Klägers nach § 61 Abs 2 EheG aF³⁸¹ ausgesprochen. Der Kläger war infolgedessen

³⁷⁷ RIS-Justiz RS0057017; OLG Wien 12 R 2045/78 EFSlg 34.064; 13 R 17/83 EFSlg 43.701; LGZ Wien 43 R 2017/89 EFSlg 60.290 = EFSlg 60.291.

³⁷⁸ Vgl *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 114 f.

³⁷⁹ *Ferrari*, Verschuldensunabhängiger Scheidungsunterhalt nach den §§ 68a und 69b EheG, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Eherechtsreform in Österreich (2000) 37 (40 und 60); *Hopf/Kathrein*, Eherecht² § 69b EheG Anm 1; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 112 ff.

³⁸⁰ *Gruber*, Mitverschuldensantrag des Klägers bei Scheidung aus anderen Gründen? in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992) 565 (571 f).

³⁸¹ Ehegesetz idF dRGBI I 1938, 807.

gemäß § 69 Abs 2 EheG aF unterhaltspflichtig.³⁸² Nach der geltenden Rechtslage kann in einem derartigen Fall mangels überwiegenden Verschuldens des Klägers zwar nicht mehr ein Verschuldensauspruch erfolgen, trotzdem wäre er aber gegebenenfalls nach § 69 Abs 3 EheG unterhaltspflichtig.³⁸³

Ein Teil der Lehre³⁸⁴ spricht sich, um derartige Unbilligkeiten zu vermeiden, für einen Mitverschuldensantrag des Klägers in Analogie zu § 60 Abs 3 EheG aus. Hingegen wird als Argument gegen den Mitverschuldensantrag beispielsweise angeführt, dass die Zulässigkeit des Mitverschuldensantrags des Klägers dazu führen würde, dass der Beklagte aus Verschulden geschieden werden könnte, obwohl die Scheidungsklage nicht auf sein Verschulden gestützt wurde.³⁸⁵ Des Weiteren wird argumentiert, dass der Kläger, um das Verschulden des Beklagten geltend zu machen, eine Scheidungsklage aus Verschulden erheben und so einen Schuldausspruch gegen den Beklagten erwirken kann. Wäre bei Erhebung einer Scheidungsklage wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft ein Mitverschuldensantrag des Klägers zulässig, könnte die Verschuldensscheidung umgangen werden.³⁸⁶ Nach *Schwind*³⁸⁷ muss der Kläger daher zu Beginn des Rechtstreites seine „Kampfmittel“ wählen. Ebenso sieht *Stabentheiner*³⁸⁸ einen vom Kläger gestellten Mitverschuldensantrag bei einer Klage ohne Verschulden als systemwidrig an. Außerdem wird der Unterschied der Begriffe „Zerrüttungsverschulden“ iSd § 61 Abs 3 EheG und „Scheidungsverschulden“, wie es in § 60 Abs 3 EheG gefordert wird, als Argument gegen einen Mitverschuldensantrag in Analogie zu § 60 Abs 3 EheG angeführt.³⁸⁹ Als Gegenargument wird diesbezüglich vorgebracht, dass das Verschulden iSd des § 60 Abs 3 EheG gleichzeitig auch ein Zerrüttungsverschulden darstelle, da die Eheverfehlungen die Zerrüttung der Ehe verursachen müssen. Der Begriff des Zerrüttungsverschuldens umfasse daher gewissermaßen auch das Verschulden iS.³⁹⁰

Das Argument, ein Mitverschuldensantrag sei nicht nötig, weil der Kläger seine Scheidungsklage auf § 49 EheG stützen kann, um das Verschulden des Beklagten geltend

³⁸² OGH 1 Ob 27/75 JBl 1976, 152 (*Schwind*).

³⁸³ *Gruber in Harrer/Zitta* 575.

³⁸⁴ Vgl *Kerschner*, JBl 1979, 572; *Gruber in Harrer/Zitta* 567 ff; *ders in Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 61 EheG Rz 19.

³⁸⁵ *Ehrenzweig/Schwind*, System III³ 68.

³⁸⁶ *Schwind in Klang/Gschnitzer*, ABGB I/1² 842; *Gruber in Harrer/Zitta* 572.

³⁸⁷ *Schwind in Klang/Gschnitzer*, ABGB I/1² 842.

³⁸⁸ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB II/4³ § 61 EheG Rz 6.

³⁸⁹ *Schwimann in Schwimann*, Taschenkommentar² § 61 EheG Rz 5.

³⁹⁰ *Gruber in Harrer/Zitta* 608 mwN.

zu machen, hinkt insofern, als der Kläger in vielen Fällen gezwungen ist, die Scheidungsklage auf § 55 EheG zu stützen, da eine Verschuldensscheidungsklage nicht mehr erhoben werden kann, wenn die Eheverfehlungen des Beklagten nach § 56 EheG verziehen oder gemäß § 57 leg cit verjährt sind.³⁹¹ Während dem Kläger jedoch bei der Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft die Geltendmachung des Verschuldens des Beklagten verwehrt ist, kann der Beklagte das Verschulden des Klägers an der Zerrüttung der Ehe durch den Verschuldensantrag nach § 61 Abs 3 EheG sogar unabhängig von §§ 56 f EheG geltend machen, da wie erwähnt auch verjäherte und verziehene Eheverfehlung bei der Prüfung des Zerrüttungsverschuldens maßgeblich sind.³⁹² Sind die Eheverfehlungen des Beklagten verziehen oder verfristet, hat der schuldlose Kläger also selbst keine Möglichkeit die Scheidung unter Wahrung seines Unterhaltsanspruchs zu begehren. Wird ihm die Möglichkeit, das Verschulden des Beklagten geltend zu machen, verwehrt, könnte er sogar selbst unterhaltspflichtig werden, obwohl ihn vielleicht ein geringeres Verschulden an der Zerrüttung der Ehe trifft, als den Beklagten.³⁹³ Der Kläger hat daher ein Rechtsschutzbedürfnis die Eheverfehlungen des Beklagten als Mitverschulden geltend zu machen.³⁹⁴ Des Weiteren kann der Kläger die Erhebung der Scheidungsklage nach § 55 EheG einer Verschuldensklage auch bei Beweisschwierigkeiten vorziehen, da die Beweislage insbesondere bei § 55 Abs 3 EheG als absolutes Scheidungsgrund wesentlich günstiger ist. Nach *Gruber*³⁹⁵ wird der Kläger dadurch, dass er keinen Mitverschuldensantrag erheben darf, gewissermaßen dafür bestraft, die für ihn günstigste Scheidungsmöglichkeit zu wählen.

In Anlehnung an den Reformvorschlag *Hoyers*³⁹⁶ im Gutachten zur Familienrechtskommission schlägt *Gruber*³⁹⁷ als Alternative zum Mitverschuldensantrag vor, dass, im Zuge einer extensiven Auslegung, anstelle der Begriffe „Kläger“ und „Beklagter“ in § 61 Abs 3 EheG „Ehegatte“ zu lesen wäre, sodass auf Antrag eines Ehegatten das überwiegende oder alleinige Verschulden des anderen Ehegatten an der Zerrüttung der Ehe unabhängig von der Parteirolle im Urteil auszusprechen wäre.

³⁹¹ Vgl *Kerschner*, JBl 1979, 572; *Gruber* in *Harrer/Zitta* 572.

³⁹² Vgl RIS-Justiz RS0057143; RIS-Justiz RS0057017; OGH 1 Ob 27/75 JBl 1976, 152 (*Schwind*); 1 Ob 591/77 EFSlg 29.577; ua.

³⁹³ *Hopf/Kathrein*, Eherecht² § 61 EheG Anm 5.

³⁹⁴ *Gruber* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 61 EheG Rz 19 mwN.

³⁹⁵ *Gruber* in *Harrer/Zitta* 572.

³⁹⁶ *Hoyer*, 3. Teil: Kleine Scheidungsreform, in *Österreichischer Juristentag* (Hrsg), Gutachten der Familienrechtskommission zur Familienrechtsreform (1977) 103 (123).

³⁹⁷ *Gruber* in *Harrer/Zitta* 608 f.

Zusätzlich müsste in diesem Fall in § 69 Abs 2 EheG statt „beklagter Ehegatte“ „schuldloser Ehegatte“ gelesen werden.

In jedem Fall ist die Gesetzeslage hinsichtlich Verschuldensantrag und Mitverschuldensantrag meiner Meinung nach nicht befriedigend. Eine Änderung dieser Bestimmungen wäre wünschenswert, um jene Fälle zu berücksichtigen, in denen die Eheverfehlungen des Beklagten verjährt sind und der Kläger daher die Scheidungsklage auf § 55 EheG stützen muss und dadurch gegebenenfalls nur auf Grund seiner Rolle des Klägers selbst unterhaltspflichtig wird.

4. Die Ergänzungsklage

Eine Ergänzungsklage dient dem Zweck, einen Verschuldensauspruch nachzuholen oder zu korrigieren, wenn dieser im Urteil des Vorprozesses nicht erfolgt oder unvollständig geblieben ist, weil vorhandene prozessuale Gestaltungsmöglichkeiten nicht ausgeschöpft wurden.³⁹⁸ Nach der Judikatur³⁹⁹ kann bei einem Scheidungsverfahren nach § 55 EheG nur die beklagte Partei des Vorprozesses eine Ergänzungsklage erheben. Dem ehemaligen Kläger ist eine Ergänzungsklage hingegen verwehrt, da durch sie nicht demjenigen, „*der mit seinem frei gewählten, die Verschuldensfrage ausklammernden Scheidungsbegehren bereits durchgedrungen ist*“⁴⁰⁰, ein zusätzlicher Rechtsanspruch gewährt werden soll. Stattdessen soll lediglich ein Scheidungsurteil, das im Vorprozess ergangen ist und durch die Unterlassung eines Verschuldensantrags des Beklagten unvollständig geblieben ist, ergänzt werden.⁴⁰¹ Hierdurch kommt es zu keiner gleichheitswidrigen Bevorzugung des Beklagten. Diesbezüglich kann argumentiert werden, dass der Beklagte im Scheidungsverfahren den Verschuldensantrag deshalb unterlassen haben kann, weil er die Abweisung des Scheidungsbegehrens und damit die Aufrechterhaltung der Ehe zum Ziel hatte. Die Geltendmachung von Eheverfehlungen des Klägers hätte daher den eigenen Interessen widersprochen und wäre somit unzumutbar gewesen. Der Kläger kann hingegen ohne einen derartigen Interessenskonflikt entscheiden, ob er die Scheidungsklage aus

³⁹⁸ OGH 5 Ob 515/94 SZ 67/45 = JBl 1995, 260 = EFSIlg 75.559.

³⁹⁹ RIS-Justiz RS0044410.

⁴⁰⁰ RIS-Justiz RS0044410.

⁴⁰¹ RIS-Justiz RS0044410; OGH 5 Ob 51/70 EvBl 1970/276 = JBl 1971, 574.

Verschulden des Beklagten erhebt oder sein Klagebegehren auf andere Scheidungsgründe stützt.⁴⁰²

5. Die Auswirkungen auf das Scheidungsfolgenrecht

Durch einen Verschuldensauspruch nach § 61 Abs 3 EheG ist der Beklagte unterhalts- und sozialversicherungsrechtlich im Vergleich zu anderen Scheidungsgründen begünstigt.⁴⁰³ Ich möchte an dieser Stelle nur kurz auf die Auswirkungen des Verschuldensauspruchs eingehen.

5.1. Unterhalt

Wird die Ehe nach § 55 EheG geschieden und ist ein Schuldausspruch nach § 61 Abs 3 EheG erfolgt, hat der Beklagte einen Unterhaltsanspruch nach § 94 ABGB wie bei aufrechter Ehe.⁴⁰⁴ Die Scheidung hat somit keine Auswirkungen auf den Unterhaltsanspruch. Er ist hierdurch jedoch keineswegs „versteinert“ – ändern sich die nach § 94 ABGB maßgeblichen Umstände nachträglich, kann der Unterhaltsanspruch später wegfallen oder auch erst erwachsen.⁴⁰⁵ Ein Unterhaltstitel, der während der Ehe geschaffen wurde, bleibt auch nach der Scheidung aufrecht. Hat der Beklagte bisher den Haushalt geführt, muss er sich nur die tatsächlich erzielten eigenen Einkünfte anrechnen lassen und ist nicht verpflichtet, einer zumutbaren Erwerbstätigkeit nachzugehen. Die Grenze hierfür ist der Rechtsmissbrauch.⁴⁰⁶ Wird der Kläger für einen neuen Ehegatten oder eingetragenen Partner unterhaltspflichtig, wird der Unterhalt des geschiedenen Ehegatten dadurch nicht geschmälert, es sei denn, dies wäre bei Abwägung aller Umstände aus Gründen der Billigkeit geboten. Diesbezüglich sind insbesondere das Alter und die Gesundheit des früheren und des neuen Ehegatten oder eingetragenen Partners, die Dauer

⁴⁰² OGH 5 Ob 515/94 SZ 67/45 = JBl 1995, 260 = EFSIlg 75.559.

⁴⁰³ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 99.

⁴⁰⁴ § 69 Abs 2 EheG.

⁴⁰⁵ RIS-Justiz RS0009554; JAB 916 BlgNR 14. GP 10.

⁴⁰⁶ *Gschützler/Faistenberger*, Familienrecht² 49; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 500; *Deixler-Hübner/Xell-Skreiner*, Scheidung³ 92; *Kerschner*, Familienrecht V⁴ Rz 2/138; ua.

des gemeinsamen Haushalts und das Kindeswohl maßgeblich.⁴⁰⁷ Durch Unterhaltspflichten des Klägers gegenüber Kindern aus zweiter Ehe wird der Unterhaltsanspruch des Beklagten hingegen sehr wohl geschmälert.⁴⁰⁸

Durch diese Bestimmungen soll wie erwähnt jener Ehegatte, der an der Ehe festhält und schuldlos gegen seinen Willen geschieden wird, geschützt werden.⁴⁰⁹ Nach Ansicht des Gesetzgebers wäre es rechtspolitisch verfehlt, auch jenem Ehegatten, der die Ehe beenden möchte, einen Unterhaltsanspruch nach § 94 ABGB zu gewähren, da dies als Begünstigung der Scheidung verstanden werden könnte.⁴¹⁰ Hierbei bedachte der Gesetzgeber scheinbar jedoch nicht, dass die schuldlose Ehefrau, deren Schutz die Eherechtsreform dienen sollte, auch selbst die Scheidungsklage erheben wollen könnte.⁴¹¹ Des Weiteren kann in der Praxis die Scheidung durchaus auch vom Beklagten gewollt sein.⁴¹² Entscheidend ist nicht der tatsächliche materielle Ehewille, sondern lediglich die formelle Scheidungsunwilligkeit – begünstigt wird nur der Ehegatte, der keine Scheidungsklage erhebt. Zum einen hat das Gericht faktisch gar nicht die Möglichkeit festzustellen, ob der Beklagte tatsächlich die Ehe fortsetzen möchte. Zum anderen geht bereits aus den ErläutRV⁴¹³ hervor, dass die Begünstigungen auch unabhängig davon gewährt werden sollen, ob vom „Widerspruchsrecht“ Gebrauch gemacht wird und ob der „Widerspruch“ beachtlich wäre.⁴¹⁴

Dadurch, dass nur der Beklagte einen Anspruch auf Unterhalt wie bei aufrechter Ehe haben kann, wird gewissermaßen jener Ehegatte belohnt, der die besseren Nerven hat solange abzuwarten, bis der andere Ehegatte die Scheidungsklage erhebt.⁴¹⁵ Diesbezüglich wird der treffende Begriff „Leidensprämie“ verwendet.⁴¹⁶ Häufig wird sogar ausdrücklich angeraten, nicht selbst die Scheidungsklage nach § 55 EheG zu erheben, um den eigenen Unterhaltsanspruch nicht zu gefährden und stattdessen abzuwarten, bis der andere Ehegatte

⁴⁰⁷ Siehe § 69 Abs 2 EheG.

⁴⁰⁸ LGZ Wien 42 R 390/00i EFSIlg 93.874; Aicher in Floretta 138; ders in Ostheim 123; Kerschner, JBl 1979 567; Schwind, Eherecht² 286 FN 581.

⁴⁰⁹ Vgl ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 8 und 11 f.

⁴¹⁰ ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 12.

⁴¹¹ Vgl Aicher in Floretta 127 ff; ders in Ostheim 101 f; Gruber in Harrer/Zitta 602 f mwN.

⁴¹² Gruber in Harrer/Zitta 601.

⁴¹³ ErläutRV 289 BlgNR 14. GP 11.

⁴¹⁴ Kerschner, JBl 1979, 568 f; ders, Familienrecht V⁴ Rz 2/136.

⁴¹⁵ Krejci, JBl 1979, 172.

⁴¹⁶ Krejci, JBl 1979, 172; Kerschner, Familienrecht V⁴ Rz 2/136.

dies tut.⁴¹⁷ Problematisch ist auch, dass der scheidungswillige Ehegatte in Versuchung geführt sein könnte, den anderen unter Druck zu setzen und mit allen Mitteln dazu zu bringen, die Scheidungsklage nach § 55 EheG zu erheben, um selbst unterhaltsrechtlich besser gestellt zu sein.⁴¹⁸ Zudem ist bedenklich, dass das Zerrüttungsver schulden, das nicht so schwerwiegend wie das Verschulden iSd § 49 EheG sein muss, zu strengeren Sanktionen führt.⁴¹⁹

Auch wenn der Gesetzgeber mit der unterhaltsrechtlichen Absicherung der schuldlos gegen ihren Willen geschiedenen Ehefrau durchaus gute Absichten verfolgt hat, kann diese Regelung dazu führen, dass viele nur in einer unheilbar zerrütteten Ehe ausharren, um den Unterhaltsanspruch nicht durch die Erhebung der Scheidungsklage zu gefährden. So werden gewissermaßen wieder „Papierehen“ gefördert.⁴²⁰ Ebenso ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass das Modell der Hausfrauenehe heutzutage wesentlich weniger weit verbreitet ist, als zur Zeit der Eherechtsreform 1978 und die Ehefrau, die durch die Reform geschützt werden sollte, daher nicht mehr im selben Ausmaß finanziell abhängig ist.⁴²¹

Aus den darlegten Gründen wäre meiner Meinung nach eine Reform hinsichtlich Verschuldensauspruch und Unterhaltsrecht sinnvoll. Beide Ehegatten sollten die Scheidung nach § 55 EheG begehren können, ohne dabei ihren Unterhaltsanspruch zu gefährden. Auch der Kläger sollte – beispielsweise durch einen Mitverschuldensantrag – das Verschulden des Beklagten geltend machen können. Um, insbesondere bei verjährten oder verziehenen Eheverfehlungen, Unbilligkeiten bezüglich des Unterhaltsanspruchs zu vermeiden, sollte daher meines Erachtens der Unterhalt bei einer Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft nicht wie bisher von den Parteirollen, sondern nur vom Verschulden beider Ehegatten an der Zerrüttung der Ehe abhängen. Würde § 69 Abs 2 EheG nicht mehr vom „formellen Ehemillen“ abhängig gemacht werden und auch dem Kläger bei überwiegendem oder alleinigem Verschulden des Beklagten

⁴¹⁷ *Deixler-Hübner/Xell-Skreiner*, Scheidung³ 65; *Maurer*, Ehe⁹ 125; *Weitzenböck* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 55 EheG Rz 2; ua.

⁴¹⁸ *Hoyer* in *Österreichischer Juristentag* 122; *Krejci*, JBl 1979, 171 f.

⁴¹⁹ *Kerschner*, JBl 1979, 569 f; *ders*, Familienrecht V⁴ Rz 2/136.

⁴²⁰ Vgl *Aicher* in *Floretta* 128; *ders* in *Ostheim* 101 f; *Kerschner*, JBl 1979, 568, 572 und 574; *Steininger* in *Ruppe* 19.

⁴²¹ *Gruber* in *Harrer/Zitta* 603.

zustehen, ist jedoch zu bedenken, dass in weiterer Folge der privilegierte Unterhalt wohl auch bei den Verschuldenstatbeständen anzuwenden wäre.⁴²²

5.2. Sozialversicherungsrechtliche Folgen

Da es den Umfang dieser Arbeit sprengen würde, im Detail auf die verschiedenen Versicherungssysteme einzugehen, möchte ich an dieser Stelle nur einen kurzen Überblick über die sozialversicherungsrechtlichen Folgen des Verschuldensauspruchs nach § 61 Abs 3 EheG für den ASVG-Versicherten geben.

5.2.1. Krankenversicherung

Unter der Voraussetzung, dass nicht erwerbstätige Ehegatten Kinder betreuen oder Pflegedienste leisten, sind sie als Familienangehörige kostenlos bei ihrem Ehepartner mitversichert. Durch die Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung einer Ehe erlischt grundsätzlich die Angehörigeneigenschaft des geschiedenen Ehegatten. Der geschiedene Ehegatte, der nicht selbst versichert ist, verliert dadurch seinen Versicherungsschutz in der Krankenversicherung, der vom erwerbstätigen Ehegatten abgeleitet war. Der geschiedene Ehegatte hat jedoch die Möglichkeit, sich freiwillig versichern zu lassen. Eine Ausnahme besteht nur für den ehemaligen Ehegatten eines Beamten. Dieser bleibt weiterhin mitversichert, solange er einen Unterhaltsanspruch hat.⁴²³

Wird die Ehe nach § 55 EheG mit einem Verschuldensauspruch nach § 61 Abs 3 EheG geschieden, hat der Beklagte einen Anspruch auf Ersatz der Beiträge zur freiwilligen Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung.⁴²⁴ Dieser Beitragsersatz steht dem Beklagten nicht zusätzlich zum Unterhalt zu, sondern ist von diesem mit umfasst.⁴²⁵ Er stellt die Untergrenze für den Unterhalt dar, also gewissermaßen einen Mindestunterhalt, der dem Berechtigten selbst bei ungenügender Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen

⁴²² Siehe *Kerschner*, JBl 1979, 573 ff.

⁴²³ *Deixler-Hübner/Xell-Skreiner*, Scheidung³ 114 f.

⁴²⁴ § 69 Abs 2 EheG.

⁴²⁵ RIS-Justiz RS0057332; RIS-Justiz RS0057286.

zusteht.⁴²⁶ Hat der Beklagte jedoch überhaupt keinen Unterhaltsanspruch, weil er ein höheres Einkommen hat als der Kläger, und reicht sein Einkommen zur Deckung der Versicherungsbeiträge, steht ihm auch kein Beitragsersatz zu.⁴²⁷ Der Ersatz der Beiträge kann sowohl im Voraus, als auch für die Vergangenheit begehrt werden.⁴²⁸ Er steht dem Beklagten aber nur dann zu, wenn auch die Möglichkeit der freiwilligen Versicherung tatsächlich genützt wird.⁴²⁹

5.2.2. Witwen- / Witwerpension

Die Witwen- / Witwerpension hat den Zweck, den Unterhalt zu ersetzen, der durch den Tod des Versicherten entfallen ist.⁴³⁰ Wurde die Ehe geschieden, hat der unterhaltsberechtigten ehemalige Ehegatte nach dem Tod seines früheren Ehegatten einen Anspruch auf die Witwen- / Witwerpension bis zur Höhe des Unterhaltsanspruchs. Voraussetzung hierfür ist, dass der Versicherte auf Grund eines gerichtlichen Urteils, eines gerichtlichen Vergleichs oder einer vor Auflösung der Ehe eingegangenen vertraglichen Verpflichtung zu Unterhalt verpflichtet war. Dasselbe gilt unter der Voraussetzung, dass die Ehe mindestens zehn Jahre gedauert hat, wenn der verstorbene Ehegatte zumindest während dem letzten Jahr vor seinem Tod regelmäßig tatsächlich Unterhalt geleistet hat.⁴³¹ Wird die Ehe nach § 55 EheG mit einem Verschuldensauspruch nach § 61 Abs 3 EheG geschieden, gelten für den Beklagten zusätzlich besondere Bestimmungen. Dem Beklagten steht die volle Witwen- / Witwerpension zu, wenn die Ehe gemäß § 55 EheG mit einem Verschuldensauspruch nach § 61 Abs 3 leg cit geschieden wurde, die Ehe mindestens fünfzehn Jahre gedauert hat und er im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft des Scheidungsurteils über 40 Jahre alt ist. Die Voraussetzung, dass das 40. Lebensjahr des Beklagten vollendet sein muss, entfällt, wenn er seit dem Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft des Scheidungsurteils erwerbsunfähig ist oder ein gemeinsames Kind vorhanden ist, das einen Anspruch auf Waisenpension hat. Die Einschränkungen nach § 264 Abs 8 f ASVG gelten bei Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht, dh die Witwen- /

⁴²⁶ RIS-Justiz RS0057261; *Kerschner*, JBl 1979, 565 f.

⁴²⁷ OGH 1 Ob 180/01d JBl 2002, 172 = EFSI 97.285; *Kerschner*, JBl 1979, 566.

⁴²⁸ RIS-Justiz RS0033568; LGZ Wien 43 R 2097/81 EFSI 38.837

⁴²⁹ Vgl LGZ Wien 43 R 2097/81 EFSI 38.838.

⁴³⁰ *Grillberger/Pfeil*, Österreichisches Sozialrecht⁹ (2012) 110.

⁴³¹ § 258 Abs 4 ASVG.

Witwerpension ist nicht durch die Höhe des Unterhaltsanspruchs begrenzt.⁴³² Liegen die Voraussetzungen des § 264 Abs 10 ASVG hingegen nicht vor, erhält auch der Beklagte nach der Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft nur eine Witwen- / Witwerpension in der Höhe des Unterhaltsanspruchs.⁴³³

5.2.3. Witwen- / Witwerrente

Stirbt der Versicherte durch einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit, hat die Witwe bzw der Witwer gemäß § 215 ASVG einen Anspruch auf Witwen- / Witwerrente. Ebenso gebührt einem geschiedenen Ehegatten, solange er keine neue Ehe geschlossen hat, diese Hinterbliebenenrente nach § 215 Abs 3 ASVG, wenn er einen Unterhaltsanspruch gegen den Verstorbenen hatte. Grundsätzlich erhält der geschiedene Ehegatte die Rente im Ausmaß des geschuldeten Unterhalts, höchstens jedoch 20% der Bemessungsgrundlage. Wird die Ehe nach § 55 EheG mit einem Verschuldensauspruch gemäß § 61 Abs 3 EheG geschieden, entfällt gemäß § 215 Abs 4 ASVG die Beschränkung auf die Höhe des Unterhaltsanspruchs, wenn die Ehe mindestens fünfzehn Jahre gedauert hat, der Überlebende zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft des Scheidungsurteils das 40. Lebensjahr vollendet hat und der Arbeitsunfall oder die Berufskrankheit zu diesem Zeitpunkt bereits eingetreten war. Auch hier entfällt die Voraussetzung, dass der überlebende Ehegatte über 40 Jahre alt sein muss, wenn er erwerbsunfähig ist oder ein Kind aus der gemeinsamen Ehe vorhanden ist, für das eine Waisenrente anfällt.⁴³⁴

⁴³² Vgl § 264 Abs 10 ASVG.

⁴³³ *Deixler-Hübner*, Scheidung¹⁰ Rz 226.

⁴³⁴ *Tomandl*, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁶ (2009) 156 f; *Grillberger/Pfeil*, Sozialrecht⁹ 81.

V. Die Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft nach § 15 Abs 3 EPG

Das Eingetragene Partnerschafts-Gesetz, kurz EPG⁴³⁵, das am 1.1.2010 in Kraft getreten ist, regelt die Lebenspartnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare.⁴³⁶ Durch dieses Gesetz wird die rechtliche Stellung der sogenannten eingetragenen Partner weitgehend an jene von Ehegatten angeglichen. Die eherechtlichen Bestimmungen des EheG und ABGB wurden hierfür oft nahezu wortwörtlich übernommen. Abweichende Regelungen wurden nur vereinzelt getroffen.⁴³⁷ Als wesentlicher Unterschied zum Eherecht ist jedoch hervorzuheben, dass das EPG keine Bestimmungen enthält, die sich auf Kinder beziehen oder die das Kindschaftsrecht ändern. Sowohl die gemeinsame Adoption eines Kindes durch beide eingetragenen Partner, als auch die Adoption des Kindes des jeweils anderen Partners ist untersagt.⁴³⁸ Ebenso ist die Vornahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung für gleichgeschlechtliche Paare ausdrücklich ausgeschlossen (§ 2 Abs 1 FMedG⁴³⁹). Am 19. Februar 2013 sprach der EGMR⁴⁴⁰ aus, dass es einen Verstoß gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK darstellt, dass gleichgeschlechtlichen Paaren im Gegensatz zu heterosexuellen unverheirateten Paaren die Stiefkindadoption verwehrt ist. Die Zukunft wird zeigen, inwieweit dieses Urteil auf das EPG Auswirkungen haben wird.

Die eherechtlichen Bestimmungen über Scheidung, Aufhebung und Nichtigkeit der Ehe wurden inhaltlich weitgehend übernommen. Im Gegensatz zum Eherecht wurden jedoch die Begriffe „Scheidung“ und „Aufhebung“ unter dem einheitlichen Begriff der „Auflösung“ der eingetragenen Partnerschaft zusammengefasst. Hierbei wird zwischen der „Auflösung wegen Willensmängeln“ nach § 14 EPG und der „Auflösung wegen Verschuldens oder wegen Zerrüttung“ gemäß § 15 EPG unterschieden. So entspricht § 15 Abs 1 EPG im Wesentlichen der Scheidung nach § 49 EheG, § 15 Abs 2 EPG fasst §§ 50 - 52 EheG zusammen und § 15 Abs 5 EPG regelt, vergleichbar mit § 55a EheG, die

⁴³⁵ Eingetragene Partnerschaft-Gesetz BGBl I 2009/135.

⁴³⁶ *Benke*, Zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft 2009: Weder Ehe noch Familie, EF-Z 2010, 19 (19); *Lutz*, Eingetragene Partnerschaft-Gesetz und Novellen, infas 2010, 48 (48).

⁴³⁷ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 149.

⁴³⁸ ErläutRV 485 BlgNR 24. GP 3.

⁴³⁹ Fortpflanzungsmedizingesetz BGBl 1992/275.

⁴⁴⁰ EGMR 19. 2. 2013 (GK), 19010/07, *X und andere* gegen Österreich.

einvernehmliche Auflösung.⁴⁴¹ Der Begriff der „Nichtigkeit“ wurde im EPG übernommen. Die Nichtigkeit einer eingetragenen Partnerschaft ist in § 19 EPG gesetzlich geregelt.⁴⁴²

§ 15 Abs 3 EPG beinhaltet die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft wegen dreijähriger Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft. Diese Bestimmung orientiert sich an § 55 EheG. Ist demnach die häusliche Gemeinschaft der eingetragenen Partner seit drei Jahren aufgehoben, kann jeder Partner wegen tiefgreifender unheilbarer Zerrüttung der eingetragenen Partnerschaft die Auflösungsklage erheben. Während nach § 55 Abs 3 EheG dem Scheidungsbegehren erst nach sechsjähriger Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft jedenfalls stattzugeben ist, besteht bei § 15 Abs 3 EPG bereits nach dreijähriger Aufhebung eine absolute Auflösungsmöglichkeit. Die unheilbare Zerrüttung ist schon nach diesen drei Jahren nicht zu beweisen und gerichtlich zu prüfen, sondern wird infolge der Dauer der Trennung vermutet. Die Härteklausele des § 55 Abs 2 EheG wurde im EPG nicht übernommen.⁴⁴³

Eine eingetragene Partnerschaft ist dadurch leichter zu lösen und hat eine geringere Bestandskraft als eine Ehe. Die unterschiedliche Regelung eingetragener Partner und Ehegatten kann als unsachliche Ungleichbehandlung betrachtet werden.⁴⁴⁴ Der Gesetzgeber führt als Rechtfertigung an, dass hierdurch den „*Interessenvertretungen, die ein liberales Auflösungsrecht befürworten, als auch jenen Stimmen, die dem Element der Dauer mehr Gewicht beimessen wollen*“⁴⁴⁵ entgegen gekommen wurde. Die Tatsache, dass § 55 Abs 2 EheG und die Möglichkeit der Auflösung nach der sechsjährigen Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft nicht im EPG übernommen wurden, kann auch damit gerechtfertigt werden, dass die Bedeutung der Härteklausele in der Praxis ohnehin nur noch sehr gering ist.⁴⁴⁶ *Gitschthaler*⁴⁴⁷ wendet hiergegen wiederum ein, dass der OGH⁴⁴⁸ erst im Jahr 2010 aussprach, dass der drohende Verlust des Aufenthaltstitels die Annahme einer besonderen Härte rechtfertigen kann. Bei § 55 Abs 2 EheG handelt es sich somit nicht um gänzlich totes Recht.

⁴⁴¹ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar § 15 EPG Rz 1 ff.

⁴⁴² *Gröger/Haller*, EPG: Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (2010) Einl 7.

⁴⁴³ *Deixler-Hübner*, Das neue EPG – gesetzlicher Meilenstein oder kleinster gemeinsamer Nenner? iFamZ 2010, 93 (96); *Jesser-Huß*, Die eingetragene Partnerschaft, JAP 2010/2011, 111 (114).

⁴⁴⁴ *Deixler-Hübner*, iFamZ 2010, 96; *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar § 15 EPG Rz 3.

⁴⁴⁵ ErläutRV 485 BlgNR 24. GP 11.

⁴⁴⁶ *Deixler-Hübner*, iFamZ 2010, 96.

⁴⁴⁷ *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar § 15 EPG Rz 3.

⁴⁴⁸ OGH 2 Ob 56/10i Zak 2010/599 = JusGuide 2010/30/7753.

Nach § 18 Abs 3 EPG ist auf Antrag des Beklagten das alleinige oder überwiegende Verschulden des Klägers im Urteil auszusprechen. Diese Bestimmung entspricht § 61 Abs 3 EheG. § 69 Abs 2 EheG wurde jedoch nicht übernommen.⁴⁴⁹ Erfolgt ein Verschuldensauspruch, besteht ein Unterhaltsanspruch nach § 20 Abs 1 EPG. Diese Bestimmung übernimmt wortwörtlich § 66 EheG. Mangels eines Ausspruchs des alleinigen oder überwiegenden Verschuldens des Klägers richtet sich der Unterhaltsanspruch nach § 20 Abs 4 EPG, der, mit Ausnahme der Bezugnahme auf gemeinsame Kinder, § 68a EheG entspricht, oder nach § 21 Abs 1 EPG, mit dem § 69 Abs 3 EheG übernommen wurde.⁴⁵⁰

Der eingetragene Partner in der Beklagtenrolle hat daher im Gegensatz zum beklagten Ehegatten keinen Unterhaltsanspruch wie bei aufrechter Ehe. Des Weiteren hat er somit auch keinen Anspruch auf Ersatz der Beiträge zur freiwilligen Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung.⁴⁵¹ *Deixler-Hübner*⁴⁵² sieht budgetäre Gründe als Ursache für die Nichtübernahme des § 69 Abs 2 EheG an. In den ErläutRV wird hingegen als Begründung für die Differenzierung zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern angeführt, dass im Zuge der Scheidungsreform 1978 § 55 EheG so abgeändert wurde, dass die Scheidung nun auch gegen den Willen des Beklagten möglich war. Der schuldlose beklagte Ehegatte, der vor 1978 im Vertrauen darauf geheiratet hatte, dass die Ehe nicht gegen seinen Willen geschieden werden konnte, sollte als Ausgleich durch § 69 Abs 2 EheG zumindest unterhaltsrechtlich so gestellt werden, wie bei aufrechter Ehe. Es gebe zwar noch Ehen, die vor dem Inkrafttreten der Scheidungsreformgesetze 1978 geschlossen worden waren, auf eingetragene Partnerschaften treffe dies aber jedenfalls nicht zu. Des Weiteren wird betont, dass keine Diskriminierung eingetragener Partner beabsichtigt sei.⁴⁵³ Diesbezüglich ist aber anzumerken, dass § 69 Abs 2 EheG auf alle Ehen und nicht nur auf jene, die vor 1978 geschlossen worden sind, anzuwenden ist. Fraglich ist daher, ob die abweichende Regelung des EPG eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt.⁴⁵⁴

⁴⁴⁹ *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar § 18 EPG Rz 2.

⁴⁵⁰ *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar §§ 20 – 23 EPG Rz 1, 5 und 9.

⁴⁵¹ *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar §§ 20 – 23 EPG Rz 9.

⁴⁵² *Deixler-Hübner*, iFamZ 2010, 95.

⁴⁵³ ErläutRV 485 BlgNR 24. GP 13.

⁴⁵⁴ *Gröger/Haller*, EPG § 20 Anm 1.

Neben zahlreichen anderen Bestimmungen wurden auch im Sozialversicherungsrecht alle Normen, die sich auf Ehegatten und Witwen bzw Witwer beziehen, auf eingetragene Partner erstreckt.⁴⁵⁵ Die Bestimmungen über die Witwen- / Witwerrente nach §§ 215, 215a und 220 ASVG, mit Ausnahme von § 215 Abs 4 sublit bb ASVG, sind auf hinterbliebene eingetragene Partner sinngemäß anzuwenden.⁴⁵⁶ Gleiches trifft auf die Bestimmungen über die Witwen- / Witwerpension nach § 258 ASVG mit Ausnahme des Abs 3 Z 1, nach § 264 ASVG mit Ausnahme des Abs 10 Z 3 lit b und nach § 265 ASVG zu.⁴⁵⁷ Nur die Bestimmungen bzw Passagen, die auf die Kinder abstellen, wurden nicht übernommen.⁴⁵⁸

Meiner Ansicht nach wird durch die differenzierte Regelung von § 15 Abs 3 EPG und § 55 EheG der Eindruck vermittelt, dass eine eingetragene Partnerschaft durch die erleichterte Auflösung weniger Wert sei, aufrechterhalten zu werden und somit weniger schützenswert sei. Um unsachliche Ungleichbehandlungen jedenfalls zu vermeiden, wäre es daher meines Erachtens sowohl in Bezug auf die Auflösungsmöglichkeit, als auch im Hinblick auf ihre Folgen besser, keine abweichenden Regelungen von § 55 EheG und den mit dieser Bestimmung verbundenen Privilegien zu treffen.

Nach *Beclin*⁴⁵⁹ wäre eine dem EPG entsprechende Regelung auch für Ehen überlegenswert, da seiner Ansicht nach „*die Sinnhaftigkeit der Aufrechterhaltung einer bereits "unheilbar zerrütteten Ehe" als bloße Versorgungsehe über 3 weitere Jahre unter den heutigen Lebensumständen zu bezweifeln ist.*“⁴⁶⁰ Die Zukunft wird zeigen, ob diese Regelungen des EPG dazu führen werden, dass der Gesetzgeber § 55 EheG überdenkt.⁴⁶¹

⁴⁵⁵ *Mazal*, Arbeits- und sozialrechtliche Aspekte der eingetragenen Partnerschaft: Analogieverbot – Diskriminierungsverbot – Entgeltfortzahlung – sonstige Leistungen, iFamZ 2010, 99 (99).

⁴⁵⁶ § 216 ASVG.

⁴⁵⁷ § 259 ASVG.

⁴⁵⁸ *Mazal*, iFamZ 2010, 99.

⁴⁵⁹ *Beclin*, Das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz im Lichte des Eherechts, EF-Z 2010, 52 (56).

⁴⁶⁰ *Beclin*, EF-Z 2010, 56.

⁴⁶¹ *Gröger/Haller*, EPG § 15 Anm 1.

VI. Schlusswort

Wie ich in meiner Diplomarbeit gezeigt habe, sind die Voraussetzungen der Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft und viele wichtige Fragen in Bezug auf den Verschuldensantrag nach § 61 Abs 3 EheG durch die jahrzehntelange Judikatur und Literatur geklärt worden. Nichtsdestotrotz wäre teils ein klarerer Gesetzeswortlaut wünschenswert. So könnte anhand des Gesetzestextes unter anderem fälschlicherweise angenommen werden, dass die Zerrüttung der Ehe keine eigene Scheidungsvoraussetzung darstellt. Ebenso verwirrt § 55 Abs 1 S 2 EheG, in dem angeordnet ist, dass dem Scheidungsbegehren nicht stattzugeben ist, wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft zu erwarten ist. Durch diese Formulierung entsteht der Eindruck, dass es sich hierbei um eine zusätzliche Voraussetzung für die Scheidung handelt. Des Weiteren ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut nicht klar, welche Kriterien im Zuge der Härteklausele die Scheidung verhindern können.

Meiner Ansicht nach ist es sehr sinnvoll, dass auch der Ehegatte, den das alleinige oder überwiegende Verschulden an der Ehezerüttung trifft, die Scheidungsklage nach § 55 EheG begehren kann. Auch wenn es für den Beklagten sicher in vielen Fällen sehr schwer ist, die Ehe loszulassen, hätte ein Festhalten an der Ehe nach einer derart langen Zeit der Trennung und in Anbetracht des ernstesten Scheidungswillens des anderen keinen Sinn mehr. Auf Dauer würde die Aufrechterhaltung einer unheilbar zerrütteten Ehe eine noch größere Belastung bewirken, als eine Scheidung, durch die auch der Weg für eine neue, glücklichere Ehe ermöglicht wird. Zudem könnte die Scheidung auch aus Rache- oder ähnlichen berücksichtigungsunwürdigen Motiven auf Dauer blockiert werden, wenn die Scheidung nicht auch gegen den Willen des Beklagten möglich wäre. In jedem Fall bin ich der Ansicht, dass die Aufrechterhaltung einer unheilbar zerrütteten Ehe auf Dauer für keinen der Beteiligten – insbesondere nicht für die Kinder der Ehegatten – positiv wäre und befürworte daher die Regelung, dass auch der schuldige Ehegatte gegen den Willen des anderen die Scheidung begehren kann.

In der Judikatur wird die Härteklausele wie erörtert nahezu nie als beachtlich angesehen. Ich finde § 55 Abs 2 und 3 EheG aber dennoch sehr sinnvoll. Man könnte zwar annehmen, dass die Scheidung nach so langer Trennung für den Beklagten nicht unerwartet ist. In der

Praxis ist es aber vermutlich doch in einigen Fällen so, dass der Beklagte die Scheidung lange Zeit nicht wahrhaben will, sich vielleicht selbst einredet, dass die Trennung nur für eine gewisse Zeit erfolgt ist und auf eine Versöhnung hofft. Erhebt der andere Ehegatte dann während dieser langen Zeit der Trennung nun plötzlich doch die Scheidung, vielleicht sogar ohne den Beklagten zuvor über diesen Schritt zu informieren, kann dies den Beklagten sehr hart treffen. Die Erhebung der Scheidungsklage nach § 55 EheG kann in diesen Fällen auch gewissermaßen einen Weckruf für den Beklagten bedeuten, sich mit der Scheidung und ihren Folgen auseinander zu setzen. Durch die Möglichkeit, nach § 55 Abs 2 EheG die Scheidung für drei Jahre aufzuschieben, kann sich der Beklagte der unvermeidlichen Situation stellen und sich auf die Scheidung vorbereiten. Ebenso hat der Beklagte durch diesen Scheidungsaufschub genug Zeit, die seelische Erschütterung, die die Klageerhebung bedeuten kann, in Ruhe zu verarbeiten. Ich würde mich daher dafür aussprechen, dass die Rechtsprechung insbesondere in Fällen großer emotionaler Belastungen des Beklagten durch die Scheidung wieder häufiger den Scheidungsaufschub gewährt und die Judikatur in Bezug auf § 55 Abs 2 EheG daher gewissermaßen gelockert wird.

Ebenfalls sehr sinnvoll ist meines Erachtens, dass der beklagte Ehegatte im Falle der Scheidung nach § 55 EheG unter bestimmten Voraussetzungen wirtschaftlich abgesichert wird. Häufig sind die Ehegatten viele Jahre verheiratet. Dies ergibt sich alleine schon aus der Tatsache, dass die häusliche Gemeinschaft mindestens drei oder sogar sechs Jahre aufgehoben sein muss. In der Regel gehen diesen Trennungsjahren auch einige Jahre glücklicher Ehe voran. Die Zerrüttung der Ehe entwickelt sich meist schleichend über Jahre hinweg. In den überwiegenden Fällen sind die Ehegatten daher schon im mittleren bis höheren Alter. Insbesondere in Fällen, in denen eine in der Ehe alt gewordene Hausfrau in der Beklagtenrolle ist, ist die wirtschaftliche Absicherung sowohl in unterhalts-, aber auch in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht von großer Bedeutung (gleiches trifft natürlich auch auf den Hausmann zu, wobei dieser Fall wohl zurzeit noch die Ausnahme ist), auch wenn das Modell der Hausfrauenehe heute weniger weit verbreitet ist.

Die Regelung, dass nur der Beklagte unterhalts- und sozialversicherungsrechtlich privilegiert ist, hat jedoch auch ihre Schattenseiten. Es ist verständlich, dass der Gesetzgeber es abgelehnt hat, dieselben Privilegien dem Kläger bei Verschulden des Beklagten (sei es bei einer Scheidung nach § 55 EheG, oder auch bei einer

Verschuldensscheidung nach § 49 EheG) zuzugestehen, da dies als Begünstigung der Ehe verstanden werden könnte. Andererseits führt die geltende Regelung dazu, dass der Ehegatte, der mehr Geduld hat, die Klageerhebung des anderen abzuwarten, hierfür belohnt wird. Die Absicht des Gesetzgebers, den Ehegatten, der gegen seinen Willen schuldlos geschieden wird, zumindest finanziell gewissermaßen zu entschädigen, ist zwar gut, in der Praxis kann jedoch nie gesagt werden, ob der Beklagte tatsächlich nicht geschieden werden will oder ob er nur bewusst nicht selbst die Scheidungsklage erhoben hat, um finanziell günstiger gestellt zu werden. Auch die Tatsache, dass der schuldlose Beklagte in einer unheilbar zerrütteten Ehe ausharren muss und nicht selbst die Scheidungsklage erheben kann, um nach § 69 Abs 2 EheG unterhaltsberechtigter sein zu können, ist meines Erachtens keine optimale Regelung. Meiner Auffassung nach wäre es wünschenswert, wenn auch das Verschulden des Beklagten – beispielsweise durch einen Mitverschuldensantrag – geltend gemacht werden könnte. Des Weiteren finde ich, dass eine völlige Gleichbehandlung eingetragener Partner sehr wünschenswert wäre.

Auch wenn der Gesetzestext meiner Ansicht nach teils nicht ganz optimal formuliert ist und in vielen Fällen nicht leicht zu beurteilen ist, was die optimale Gesetzesregelung wäre, ist die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft meiner Meinung nach insgesamt dennoch gut geregelt und ein unerlässlicher Bestandteil des österreichischen Scheidungsrechts.

VII. Literaturverzeichnis

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

Aicher, Die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft (§ 55 EheG) und ihre unterhaltsrechtlichen Folgen, in *Ostheim* (Hrsg), Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/1978: Entscheidungshilfen für die Praxis (1979)

Aicher, Die Reform des Rechts der Ehescheidung und der unterhaltsrechtlichen Scheidungsfolgen in Österreich, *FamRZ* 1980, 426 und 637

Beclin, Das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz im Lichte des Eherechts, *EF-Z* 2010, 52

Benke, Zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft 2009: Weder Ehe noch Familie, *EF-Z* 2010, 19

Berka, Scheidung und Scheidungsreform 2000 (2000)

Blanke, Die Bedeutung der „unheilbaren Zerrüttung“ im Eherecht, *FamRZ* 1966, 329

Breithaupt, Die Akzeptanz des Zerrüttungsprinzips des 1. EheRG (1986)

Broda, Begrüßungsansprache des Bundesministers für Justiz *Dr. Christian Broda*, *AnwBl* 1974, SonderNr Nov 3

Broda, Schwerpunkte der Familienrechtsreform in der XIV. Gesetzgebungsperiode des Nationalrates, *RZ* 1976, 7

Broda, Der Stand der Reform des § 55 Ehegesetz, *RZ* 1977, 96

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

Deixler-Hübner, Das neue EPG - gesetzlicher Meilenstein oder kleinster gemeinsamer Nenner? iFamZ 2010, 93

Deixler-Hübner/Xell-Skreiner, Scheidung kompakt: Ein Trennungsratgeber für Frauen und Männer³ (2010)

Dölle, Familienrecht I: Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen (1964)

Ehrenzweig/Schwind, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts III³: Das Familienrecht (1984)

Ent, Zur Reform des Scheidungsrechts, ÖJZ 1976, 617

Ent, Die Eherechtsreform 1978, NZ 1979, 117, 149 und 165

Ent/Hopf, Das neue Eherecht: Die Reform des Ehwirkungsrechts, des Ehegattenerbrechts und des Ehescheidungsrechts (1979)

Feil, Eherecht, Ehegattenerbrecht, Ehegüterrecht: Handkommentar für die Praxis (1978)

Feil, Ehegesetz: Kurzkommentar für die Praxis² (1999)

Feil/Marent, Familienrecht Kommentar (2007)

Ferrari, Verschuldensunabhängiger Scheidungsunterhalt nach den §§ 68a und 69b EheG, in *Ferrari/Hopf* (Hrsg), Eherechtsreform in Österreich (2000)

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

Grillberger/Pfeil, Österreichisches Sozialrecht⁹ (2012)

Gröger/Haller, EPG: Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (2010)

Gruber, Scheidungsrecht aus der Praxis (Gedanken zu einer Reform), ÖJZ 1972, 382

Gruber, Mitverschuldensantrag des Klägers bei Scheidung aus anderen Gründen? in *Harrer/Zitta* (Hrsg), Familie und Recht (1992)

Gschnitzer/Faistenberger, Österreichisches Familienrecht² (1979)

Held, Ehescheidung: Gründe, Folgen, Verfahren: Ein Leitfaden für Betroffene (1995)

Held/Berdnik, Ehe & Recht: Ein Ratgeber für die Praxis (2001)

Hinteregger, Familienrecht⁶ (2013)

Hopf/Kathrein, Eherecht: Kurzkommentar² (2005)

Hoyer, 3. Teil: Kleine Scheidungsreform, in *Österreichischer Juristentag* (Hrsg), Gutachten der Familienrechtskommission zur Familienrechtsreform (1977)

Hoyer, Das neue Scheidungsrecht, JBl 1981, 11

Jesser-Huß, Die eingetragene Partnerschaft, JAP 2010/2011, 111

Kaltenbäck, Die Ehescheidung bei aufgehobener ehelicher Gemeinschaft, AnwBl 1972, SonderNr 6

Kerschner, Zum Unterhalt nach Scheidung nach neuem Recht, JBl 1979, 561

Kerschner, Bürgerliches Recht V⁴: Familienrecht (2010)

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

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

Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB*³ (2010)

Krejci, Neues Scheidungsrecht und soziale Sicherung, *JB1* 1979, 169

Lehner, Familie – Recht – Politik: Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert (1987)

Litterst, Das Recht der Zerrüttungsscheidung und der Scheidungsfolgen in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich: Eine rechtsvergleichende Untersuchung und Darstellung unter Einbeziehung der Rechtsentwicklung seit dem Ehegesetz von 1938 (1983)

Lutz, Eingetragene Partnerschaft-Gesetz und Novellen, *infaz* 2010, 48

Maurer, Ehe & Scheidung auf österreichisch⁹ (2012)

Mazal, Arbeits- und sozialrechtliche Aspekte der eingetragenen Partnerschaft: Analogieverbot – Diskriminierungsverbot – Entgeltfortzahlung – sonstige Leistungen, *iFamZ* 2010, 99

Ogris, Das ABGB innerhalb und außerhalb Österreichs, in *Geistlinger/Harrer/Mosler/Rainer* (Hrsg), 200 Jahre ABGB – Ausstrahlungen: Die Bedeutung der Kodifikation für andere Staaten und andere Rechtskulturen (2011)

Pichler, Einige Probleme des neuen Eherechts: Zugleich eine Besprechung von *Schwinds* neuem Eherechtskommentar, *JB1* 1981, 281

Rummel (Hrsg), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/4*³ (2002)

Schwimann/Kodek (Hrsg), *ABGB Praxiskommentar I*⁴ (2012)

Schwimann (Hrsg), *ABGB Taschenkommentar*² (2013)

Schwimann, Familienrecht⁸ (2013)

Schwind, Studien zum Eherecht, JBl 1946, 285 und 320

Schwind, Eine Grundfrage der Eherechtsreform, JBl 1947, 253

Schwind, Die Reform des österreichischen Eherechts, FamRZ 1979, 649

Schwind, Kommentar zum österreichischen Eherecht² (1980)

Schwind, Verschulden als Scheidungsgrund, Zerrüttungsursache und Faktor im Scheidungsfolgenrecht, ÖJZ 1983, 197

Steininger, Österreichs Familienrechtsreform unter besonderer Berücksichtigung der vermögensrechtlichen Konsequenzen, in *Ruppe* (Hrsg), Handbuch der Familienverträge: Zivilrechtliche, steuerrechtliche und sozialrechtliche Folgen von Vereinbarungen zwischen Angehörigen² (1985)

Stolzlechner, Einführung in das öffentliche Recht⁵ (2011)

Tomandl, Grundriss des österreichischen Sozialrechts⁶ (2009)

VIII. Judikaturverzeichnis

1. Rechtssätze

RIS-Justiz	RS0009554
RIS-Justiz	RS0016541
RIS-Justiz	RS0033568
RIS-Justiz	RS0040724
RIS-Justiz	RS0040773
RIS-Justiz	RS0041332
RIS-Justiz	RS0044410
RIS-Justiz	RS0052929
RIS-Justiz	RS0056377
RIS-Justiz	RS0056507
RIS-Justiz	RS0056531
RIS-Justiz	RS0056543
RIS-Justiz	RS0056751
RIS-Justiz	RS0056755
RIS-Justiz	RS0056832
RIS-Justiz	RS0056839
RIS-Justiz	RS0056868
RIS-Justiz	RS0056911
RIS-Justiz	RS0056919
RIS-Justiz	RS0056921
RIS-Justiz	RS0056927
RIS-Justiz	RS0056939
RIS-Justiz	RS0056946
RIS-Justiz	RS0056960
RIS-Justiz	RS0056981
RIS-Justiz	RS0056982
RIS-Justiz	RS0056986
RIS-Justiz	RS0056992
RIS-Justiz	RS0056993

RIS-Justiz	RS0056994
RIS-Justiz	RS0056998
RIS-Justiz	RS0056999
RIS-Justiz	RS0057003
RIS-Justiz	RS0057010
RIS-Justiz	RS0057012
RIS-Justiz	RS0057017
RIS-Justiz	RS0057038
RIS-Justiz	RS0057039
RIS-Justiz	RS0057040
RIS-Justiz	RS0057048
RIS-Justiz	RS0057050
RIS-Justiz	RS0057055
RIS-Justiz	RS0057057
RIS-Justiz	RS0057102
RIS-Justiz	RS0057116
RIS-Justiz	RS0057125
RIS-Justiz	RS0057127
RIS-Justiz	RS0057132
RIS-Justiz	RS0057143
RIS-Justiz	RS0057155
RIS-Justiz	RS0057167
RIS-Justiz	RS0057241
RIS-Justiz	RS0057251
RIS-Justiz	RS0057256
RIS-Justiz	RS0057261
RIS-Justiz	RS0057268
RIS-Justiz	RS0057286
RIS-Justiz	RS0057320
RIS-Justiz	RS0057326
RIS-Justiz	RS0057332
RIS-Justiz	RS0057346
RIS-Justiz	RS0057375
RIS-Justiz	RS0057487

RIS-Justiz RS0057565
 RIS-Justiz RS0103635
 RIS-Justiz RS0108468
 RIS-Justiz RS0109529

2. Entscheidungen des OGH

OGH	21.06.1947,	1 Ob 345/47	SZ 21/40 = EvBl 1947/445
OGH	11.04.1951,	1 Ob 249/51	SZ 24/101
OGH	06.03.1962,	8 Ob 70/62	SZ 35/31
OGH	16.09.1964,	6 Ob 118/64	EvBl 1965/170 = EFSlg 2402
OGH	15.10.1964,	6 Ob 284/64	EFSlg 2404
OGH	31.08.1965,	8 Ob 223/65	JBl 1966, 211
OGH	25.03.1970,	5 Ob 51/70	EvBl 1970/276 = JBl 1971, 574
OGH	01.10.1970,	1 Ob 217/70	SZ 43/168
OGH	16.03.1972,	6 Ob 48/72	EFSlg 18.203
OGH	20.06.1973,	1 Ob 104/73	RZ 1974/17 (<i>Schwind</i>) = EFSlg 20.471
OGH	05.03.1975,	1 Ob 27/75	JBl 1976, 152 (<i>Schwind</i>)
OGH	13.05.1975,	5 Ob 77/75	EFSlg 25.022
OGH	02.09.1980,	5 Ob 568/80	EFSlg 36.372
OGH	23.09.1975,	3 Ob 64/75	EFSlg 25.044
OGH	23.09.1975,	5 Ob 186/75	EFSlg 25.045
OGH	22.06.1977,	1 Ob 591/77	EFSlg 29.575 = EFSlg 29.576 = EFSlg 29.577 = EFSlg 29.578 = EFSlg 29.579 = EFSlg 29.580 = EFSlg 29.582 = EFSlg 29.584
OGH	01.03.1979,	7 Ob 567/79	SZ 52/29 = EvBl 1979/131 = EFSlg 33.998 = EFSlg 33.999 = EFSlg 34.002 = EFSlg 34.004 = EFSlg 34.006 = EFSlg 34.007 = EFSlg 34.361
OGH	27.06.1979,	1 Ob 641/79	EvBl 1979/234 = EFSlg 34.009 = EFSlg 34.361
OGH	25.09.1979,	4 Ob 524/79	SZ 52/140 = EvBl 1980/51 = EFSlg 34.000 = EFSlg 34.004 = EFSlg 34.005 = EFSlg 34.010 = EFSlg 34.011 = EFSlg 34.013 = EFSlg 34.360

OGH	30.01.1980,	1 Ob 567/79	RZ 1981/28 = EFSlg 36.331 = EFSlg 36.353 = EFSlg 36.356 = EFSlg 36.363 = EFSlg 36.366 = EFSlg 36.368 = EFSlg 36.369 = EFSlg 36.370 = EFSlg 36.394
OGH	10.06.1980,	5 Ob 574/80	EvBl 1981/10 = EFSlg 36.364
OGH	22.09.1981,	5 Ob 661/81	EFSlg 38.741 = EFSlg 38.755
OGH	02.12.1981,	1 Ob 787/81	EFSlg 38.743 = EFSlg 38.744 = EFSlg 38.746 = EFSlg 38.747 = EFSlg 38.753
OGH	24.02.1982,	3 Ob 515/82	EFSlg 41.232 = EFSlg 41.236 = EFSlg 41.240 = EFSlg 41.247 = EFSlg 41.249 = EFSlg 41.452 = EFSlg 41.253 = EFSlg 41.256
OGH	29.04.1982,	7 Ob 566/82	EFSlg 41.224 = EFSlg 41.245 = EFSlg 41.226 = EFSlg 41.227 = EFSlg 41.228 = EFSlg 41.229 = EFSlg 41.251
OGH	01.09.1982,	1 Ob 678/82	EFSlg 41.223 = EFSlg 41.225 = EFSlg 41.235 = EFSlg 41.238
OGH	13.10.1982,	6 Ob 634/82	EvBl 1983/30 = EFSlg 41.252/5
OGH	16.12.1982,	6 Ob 750/82	EFSlg 41.241 = EFSlg 41.243 = EFSlg 41.249 = EFSlg 41.254 = EFSlg 41.255
OGH	25.10.1983,	2 Ob 558/83	EFSlg 43.655 = EFSlg 43.656 = EFSlg 43.657 = EFSlg 43.658 = EFSlg 43.660 = EFSlg 43.663
OGH	20.06.1984,	6 Ob 602/84	EFSlg 46.172 = EFSlg 46.253 = EFSlg 46.254 = EFSlg 46.257 = EFSlg 46.258 = EFSlg 46.259 = EFSlg 46.261
OGH	14.12.1984,	6 Ob 596/84	EFSlg 46.212
OGH	13.11.1985,	3 Ob 534/85	EFSlg 48.785
OGH	25.06.1987,	6 Ob 617/87, 6 Ob 618/87	EFSlg 54.330 = EFSlg 54.331
OGH	08.10.1987,	6 Ob 635/87	EFSlg 54.430 = EFSlg 54.431 = EFSlg 54.432 = EFSlg 54.485 = EFSlg 55.103 = EFSlg 55.116
OGH	21.01.1988,	7 Ob 736/87	EFSlg 57.165 = EFSlg 57.167 = EFSlg 57.170 = EFSlg 57.175
OGH	07.02.1989,	4 Ob 502/89	EFSlg 60.222 = EFSlg 60.225 = EFSlg 60.228
OGH	31.08.1989,	6 Ob 620/89	EFSlg 60.226

OGH	28.09.1989,	8 Ob 657/89	EFSlg 60.215 = EFSlg 60.216 = EFSlg 60.217 = EFSlg 60.218
OGH	22.03.1994,	5 Ob 515/94	SZ 67/45 = JBl 1995, 260 = EFSlg 75.559
OGH	31.05.1994,	4 Ob 542/94	SZ 67/104 = EFSlg 75.545 = EFSlg 75.546 = EFSlg 75.547 = EFSlg 75.548 = EFSlg 75.549 = EFSlg 75.550 = EFSlg 75.551 = EFSlg 75.628
OGH	26.02.1998,	6 Ob 47/98z	SZ 71/43 = EvBl 1998/134 = JBl 1998, 659 = JUS extra OGH-Z/2519 = EFSlg 88.105
OGH	13.04.1999,	5 Ob 41/99m	JUS extra OGH-Z/2738 = EFSlg 90.309 = EFSlg 90.310 = EFSlg 90.311 = EFSlg 90.312
OGH	07.08.2001,	1 Ob 180/01d	JBl 2002, 172 = EFSlg 97.283 = EFSlg 97.284 = EFSlg 97.285 = EFSlg 97.286
OGH	10.05.2005,	5 Ob 94/05t	JBl 2005, 781 = RdM 2005/107 = EFSlg 111.871
OGH	06.03.2007,	5 Ob 37/07p	iFamZ 2007/106 = EFSlg 117.381 = EFSlg 117.382 = EFSlg 117.383
OGH	06.11.2007,	5 Ob 237/07z	EFSlg 117.380 = EFSlg 117.385
OGH	11.03.2008,	4 Ob 31/08z	iFamZ 2008/102 = EF-Z 2008/136 (<i>Beck</i>) = Zak 2008/332 = JusGuide 2008/27/5820 = EFSlg 120.083 = EFSlg 120.105 = EFSlg 120.123 = EFSlg 120.124 = EFSlg 120.133 = EFSlg 120.156 = EFSlg 120.157 = EFSlg 120.158
OGH	27.05.2010,	2 Ob 56/10i	Zak 2010/599 = JusGuide 2010/30/7753 = EFSlg 127.235 = EFSlg 128.623
OGH	22.10.2010,	9 Ob 66/10m	EFSlg 127.247 = EFSlg 127.254 = EFSlg 127.256 = EFSlg 127.272 = EFSlg 127.286 = EFSlg 128.621
OGH	29.03.2011,	2 Ob 230/10b	iFamZ 2011/174 = EF-Z 2011/134 = EFSlg 131.100 = EFSlg 131.101 = EFSlg 131.102 = EFSlg 131.103 = EFSlg 131.108 = EFSlg 131.112 = EFSlg 131.114 = EFSlg 131.137 = EFSlg 131.140 = EFSlg 131.145
OGH	30.08.2011,	8 Ob 74/11g	EvBl-LS 2012/14 = JBl 2012, 123 = EF-Z 2012/87 = Zak 2011/732 = JusGuide 2011/39/9237 = JusGuide 2011/39/9238 = EFSlg 131.117 = EFSlg

			131.118 = EFSlg 132.268 = EFSlg 132.336 = EFSlg 132.337 = EFSlg 132.338 = EFSlg 132.339 = EFSlg 132.340
OGH	28.03.2012,	2 Ob 48/12s	Zak 2012/377 = iFamZ 2012/132
OGH	26.04.2012,	1 Ob 20/12s	EvBl-LS 2012/142 (<i>Brenn</i>) = iFamZ 2012/193 = JusGuide 2012/43/10479 = JusGuide 2012/43/10480
OGH	13.09.2012,	8 Ob 37/12t	JusGuide 2012/40/10410
OGH	26.09.2012,	7 Ob 116/12b	EF-Z 2013/35 (<i>Nademleinsky</i>) = Zak 2012/731 = ZfRV-LS 2012/54

3. Entscheidungen der OLG

OLG Breslau	15.09.1939,	1 U 809/39	DR 1940, 577 (<i>Klemm</i>)
OLG Linz	09.12.1970,	4 R 102/70	EFSlg 13.923
OLG Wien	16.01.1979,	12 R 2045/78	EFSlg 34.064 = EFSlg 34.13 = EFSlg 34.132 = EFSlg 34.135 = EFSlg 34.386
OLG Wien	20.02.1979,	12 R 2/79	EFSlg 34.014 = EFSlg 34.063 = EFSlg 34.129
OLG Wien	25.06.1979,	15 R 85/79	EFSlg 33.997 = EFSlg 34.301 = EFSlg 34.009 = EFSlg 34.282
OLG Wien	29.09.1980,	17 R 140/80	EFSlg 36.354 = EFSlg 36.821
OLG Wien	04.03.1983,	13 R 17/83	EFSlg 43.701
OLG Wien	25.05.1984,	13 R 99/84	EFSlg 46.256 = EFSlg 46.260
OLG Wien	19.03.1985,	11 R 41/84	EFSlg 48.795
OLG Wien	26.03.1985,	12 R 44/85	EFSlg 48.796 = EFSlg 48.797
OLG Wien	19.02.1986,	13 R 183/85	EFSlg 51.619 = EFSlg 51.620 = EFSlg 51.624 = EFSlg 51.626
OLG Wien	06.10.1987,	12 R 173/87	EFSlg 54.425 = EFSlg 54.426 = EFSlg 54.427 = EFSlg 54.428 = EFSlg 54.429

OLG Wien 07.11.1989, 12 R 202/89 EFSlg 60.220 = EFSlg 60.224 = EFSlg 60.225

4. Entscheidungen der LG

LG Salzburg 18.08.2004, 21 R 216/04t EFSlg 108.215 = EFSlg 108.221

LG Krems an 07.07.2005, 2 R 70/05i EFSlg 111.217 = EFSlg 111.218
der Donau

LGZ Wien 11.09.1981, 43 R 2097/81 EFSlg 38.837 = EFSlg 38.838 =
EFSlg 38.839 = EFSlg 38.840

LGZ Wien 31.07.1989, 43 R 2017/89 EFSlg 60.290 = EFSlg 60.291

LGZ Wien 28.11.1994, 43 R 3067/94 EFSlg 75.539 = EFSlg 75.540 = EFSlg
75.541 = EFSlg 75.542 = EFSlg 75.543 =
EFSlg 75.544

LGZ Wien 31.03.1999, 45 R 59/99f EFSlg 90.292 = EFSlg 90.293 = EFSlg
90.294 = EFSlg 90.295 = EFSlg 90.296 =
EFSlg 90.297 = EFSlg 90.299 = EFSlg
90.301 = EFSlg 90.305

LGZ Wien 17.09.1999, 43 R 685/99z EFSlg 90.302

LGZ Wien 08.11.1999, 44 R 811/99m EFSlg 90.298 = EFSlg 90.300 = EFSlg
90.303 = EFSlg 90.304 = EFSlg 90.306 =
EFSlg 90.307 = EFSlg 90.308

LGZ Wien 24.10.2000, 42 R 390/00i EFSlg 93.874 = EFSlg 93.879

LGZ Wien 19.08.2001, 42 R 313/01t EFSlg 97.191 = EFSlg 97.192

LGZ Wien 09.06.2009, 42 R 91/09g EFSlg 123.783 = EFSlg 123.784 = EFSlg
123.785

5. Entscheidung des VwGH

VwGH 25.02.1988, 88/08/0071 ZASB 1988, 15 = EFSlg 60.219 = SVSlg 33.579

6. Entscheidung des EGMR

EGMR 19.02.2013 (GK), 19010/07, *X und andere* gegen Österreich

7. Entscheidungen des RG

RG 12.01.1939, IV 171/38 RGZ 159, 111

RG 13.02.1939, IV 229/38 RGZ 159, 305

RG 13.03.1939, IV 251/38 RGZ 160, 15

RG 30.03.1939, IV 214/38 RGZ 160, 140

RG 15.06.1939, IV 41/39 RGZ 160, 374

RG 26.10.1939, IV 141/39 RGZ 162, 20

RG 06.11.1939, IV 103/39 RGZ 162, 44

RG 17.06.1940, IV 695/39 RGZ 164, 155