

CONSTANZE FISCHER-CZERMAK, Wien

Die Entwicklung des Ehegattenunterhalts

This article discusses the various forms of maintenance for spouse throughout the history of the Austrian legal system. Maintenance for spouse includes not only the support during the marriage, but includes spousal support after death and divorce as well. The main focus of this article is maintenance for former spouse after divorce. To introduce spouse support after divorce it is necessary to consider the different forms of separation, which have been in force under the Civil Code of 1811 and the Marriage Act of 1938. While the Catholic population, the majority in Austria, were only able to separate from table and bed under the Civil Code 1811, the Marriage Act of 1938 introduced the judicial separation independent of confessions. This article compares the different consequences of separation with respect to maintenance under the Civil Code of 1811 and the Marriage Act of 1938 in its original form and its form today. They have in common that the maintenance for spouse depends on the default of one spouse, although the development of the recent years shows a partly digression from the element of default.

I. Einleitung

Beim Ehegattenunterhalt denkt man zunächst an jenen während aufrechter Ehe. Umfassender gesehen, gehört dazu aber auch der naheheliche Unterhalt nach Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung.¹ Dem Generalthema des heutigen Nachmittags entsprechend, wird das Schwergewicht meiner Ausführungen bei der Entwicklung des Ehegattenunterhalts nach der Scheidung liegen. Dieser hängt natürlich eng mit dem Scheidungsrecht als solchem zusammen, dessen Entwicklung ich daher zum besseren Verständnis ebenfalls darstellen werde. Der Unterhalt nach Beendigung der Ehe kann aber auch nicht ganz losgelöst von jenem während aufrechter Ehe gesehen werden, sodass ich zunächst auf diesen eingehe.

¹ Die unterhaltsrechtlichen Folgen der Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe werden mangels praktischer Relevanz vernachlässigt.

II. Unterhalt während aufrechter Ehe

A. ABGB 1811

Das ABGB 1811 enthielt die naturrechtliche Rollenverteilung von Mann und Frau, nach der dem Mann die Leitung der Familie zukam, er aber auch für deren Unterhalt aufkommen musste.² Dementsprechend lautete § 91:³ „Der Mann ist das Haupt der Familie. In dieser Eigenschaft steht ihm unverzüglich das Recht zu, das Hauswesen zu leiten; es liegt ihm aber auch die Verbindlichkeit ob, der Ehegattin nach sei-

² ZEILLER, Commentar I, 249ff.; GITSCHTHALER, Grundwertungen 978; LENHOFF, in: KLANG I/1, 569f., der etwas verklärt von einer „*societas aequalis*“ spricht; zur praktischen Wirklichkeit vgl. BUCHWALDER, Unterhalt bei aufrechter Ehe 16.

³ Paragraphen ohne nähere Bezeichnung sind solche des ABGB. Die jeweilige Fassung ergibt sich aus der Überschrift. Ist daher vom ABGB 1811 die Rede, sind die Paragraphen in ihrer ursprünglichen Fassung gemeint.

nem Vermögen den anständigen Unterhalt zu verschaffen, und sie in allen Vorfällen zu vertreten.“ Eine Unterhaltspflicht der Frau dem Mann gegenüber war von den Verfassern des ABGB nicht vorgesehen, obwohl im Zuge der Beratungen darüber diskutiert wurde. Der Vorschlag, die Frau zu verpflichten, den ohne Verschulden in Armut geratenen Mann zu ernähren, wurde abgelehnt, weil „dieses Verlangen in der Natur der Vereinigung keinen Grund habe“.⁴

Umfänglich schuldete der Mann den seinem Stand entsprechenden und nach seinem Vermögen angemessenen Unterhalt.⁵ „Nach seinem Vermögen“ bedeutete „nach Kräften“, nicht nach Zulänglichkeit seines Kapitalvermögens.⁶ Reichte das Vermögen des Mannes nicht für den standesgemäßen Unterhalt, so musste er nach dem Wortlaut des Gesetzes doch „anständig“ sein.⁷ Nur wenn der Mann auch diesen nicht leisten konnte, musste sich die Frau mit dem notdürftigen Unterhalt begnügen.⁸

Der Unterhaltsanspruch der Frau setzte nicht deren Bedürftigkeit voraus. Er stand ihr auch zu, wenn sie selbst vermögend war, ging dann allerdings jenen der Kinder nach.⁹ Die vermögende Frau leistete allerdings für gewöhnlich ihren Beitrag zum ehelichen Aufwand des Mannes, indem sie ihm ein Heiratsgut bestellte (§ 1219). Dieses konnte der Ehemann allerdings nur aufgrund eines Ehepакtes und nicht nach dem Gesetz fordern (§ 1225). Hatte die Frau selbst kein ausreichendes Vermögen, waren die unterhaltspflichtigen Eltern (Großeltern) ihr gegenüber zur Bestellung eines Heiratsgutes verpflichtet (§ 1220).

⁴ OFNER, Ur-Entwurf I, 74; w.N.w. bei GITSCHTHALER Grundwertungen 978.

⁵ ZEILLER, Commentar I, 251f.; BUCHWALDER, Unterhalt 15.

⁶ EHRENZWEIG, System II, 2, 148.

⁷ DOLINAR, Eherecht II, 255.

⁸ ZEILLER, Commentar I, 252; DOLINAR, Eherecht II, 255.

⁹ EHRENZWEIG, System II, 2, 148.

Inhaltlich bestand der Unterhalt in Naturalleistungen, wozu Nahrung, Kleidung, Wohnung und die Befriedigung der übrigen Bedürfnisse, z.B. Kosten einer Kur, gehörten.¹⁰ Das der Frau zur Besorgung der Hauswirtschaft zur Verfügung gestellte Haushaltsgeld diente zur Abdeckung der für die gemeinsame Wirtschaft notwendigen Ausgaben.¹¹ Ausnahmsweise konnte aber die Notwendigkeit einer Geldleistung bestehen, z.B. wenn sich die Frau wegen einer Erkrankung außerhalb des Haushalts aufhalten musste.¹² Bestand kein gemeinsamer Haushalt schuldete der Mann aber grundsätzlich keine Unterhaltsleistungen in Geld.¹³ Die Rechtsprechung differenzierte allerdings nach dem Grund der Aufhebung der Hausgemeinschaft¹⁴: Wenn die Frau aus dem gemeinsamen Haushalt eigenmächtig und ohne triftigen Grund auszog, hatte sie keinen Anspruch auf eine Geldrente. Dasselbe galt, wenn sie der Mann aus gegebenem Anlass aus dem Haus verwies, z.B. weil er sie beim Ehebruch ertappt hatte.¹⁵ Wenn jedoch der Mann die Frau grundlos verließ oder ihr das Zusammenleben unmöglich machte, konnte sie eine Geldrente fordern.¹⁶

B. Weiterentwicklung durch Lehre und Rechtsprechung

Obwohl die Verfasser des ABGB eine Unterhaltspflicht der Frau ablehnten und § 91 diese daher nicht vorsah, wurden Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts in der Literatur Stimmen laut, die sich für eine wechselseitige

¹⁰ ZEILLER, Commentar I, 251; LENHOFF, 576f.

¹¹ LENHOFF, in: KLANG I/1, 577.

¹² LENHOFF, in: KLANG I/1, 577.

¹³ LENHOFF, in: KLANG I/1, 587; EHRENZWEIG, System II, 2, 149.

¹⁴ Nachweise bei EHRENZWEIG, System II, 2, 149 Anm. 10, 10a, 11, 12 und 13.

¹⁵ EHRENZWEIG, System II, 2, 149.

¹⁶ Kritisch zu dieser Judikatur: LENHOFF, 587.

Unterhaltspflicht der Ehegatten aussprachen.¹⁷ Grund dafür war die zunehmende Industrialisierung, die eine Änderung der gesellschaftlichen und sozialen Strukturen bewirkte, sodass Frauen vermehrt am Erwerbsleben teilnahmen.¹⁸ Männer mit einem geringen oder keinem Einkommen standen wohlhabenden oder erwerbstätigen Ehefrauen gegenüber. Die einseitige Unterhaltspflicht des Mannes wurde daher als ungerecht empfunden.¹⁹ Eine Unterhaltspflicht der Frau gegenüber dem erwerbsunfähigen und damit bedürftigen Mann konnte mit der ehelichen Beistandspflicht begründet werden (s. §§ 44 und 92), teilweise auch mit dem Unterhaltsanspruch des überlebenden Ehegatten, der schon damals in § 796 geschlechtsneutral formuliert war und die wirtschaftliche Existenz absichern sollte²⁰ (s. genauer unten III.A). In einer bahnbrechenden Entscheidung aus 1924 folgte der OGH dieser Ansicht und bejahte ausnahmsweise eine Unterhaltspflicht der Frau gegenüber dem bedürftigen Mann.²¹ Die Entscheidung berief sich einerseits auf die im Gesetz verankerte wechselseitige Beistandspflicht der Ehegatten, betonte aber auch, dass der Wortlaut des § 91 eine Unterhaltspflicht der Ehefrau nicht ausschließe, weil sie im Gesetzestext nicht ausdrücklich abgelehnt wurde. Die Redaktoren des ABGB mögen zwar anderer Meinung gewesen sein, doch werde ihre Ansicht der heutigen sittlichen und sozialen Stellung der Frau nicht mehr gerecht.

Die erwähnte Entscheidung legte den Grundstein für eine vorsichtige Weiterentwicklung des

Ehegattenunterhalts durch die Rechtsprechung. Einerseits wurde eine subsidiäre Unterhaltspflicht der Frau gegenüber dem bedürftigen Mann anerkannt, andererseits wurden bei der Höhe des Unterhaltsanspruchs der Frau deren eigene Einkünfte berücksichtigt, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden.²² Von den in der Lehre zur Begründung entwickelten Theorien²³ setzte sich in der Judikatur jene durch, die eine Unterhaltspflicht der Frau unter Beachtung des in der Verfassung verankerten Gleichheitsgrundsatzes unmittelbar aus dem Gesetz ableitete, nämlich aus der gegenseitigen Beistandspflicht und einer Auslegung des § 91, die dem Wandel der Rolle der Frau entsprach. Dass diese Entwicklung möglich war, obwohl der Gesetzgeber den Ehegattenunterhalt erst 50 Jahre später neu regelte, ist den hervorragenden Auslegungsbestimmungen des ABGB zu verdanken, die eine Berücksichtigung geänderter Verhältnisse zulassen.

C. Gesetzesänderungen im 20. Jahrhundert

Eherechtswirkungsgesetz 1975

Das EheRWG 1975 ersetzte das patriarchalische durch das partnerschaftliche Prinzip und behandelt Ehemann und Ehefrau gleich. Die Unterhaltspflicht wurde als eine wechselseitige gestaltet, mit dem Ausgangspunkt, dass sich jeder Ehegatte zunächst selbst erhalten soll, aber gegenüber dem anderen verpflichtet ist, das diesem aus eigenen Mitteln Fehlende beizutragen.²⁴ Der Ehegattenunterhalt wurde in § 94 verschoben. Abs. 1 stellt klar, dass die Ehegatten gemeinsam zur Deckung ihrer angemessenen Bedürfnisse beizutragen haben, die sich nach

¹⁷ STROß, Vermögliche Gattin 366; BUCHWALDER, Unterhalt 21 Anm. 128; Nachweise für die gegenteilige Ansicht bei BUCHWALDER, Unterhalt 20f. und außerdem KRAINZ, System 391f.

¹⁸ Siehe BUCHWALDER, Unterhalt 19 m.w.N.

¹⁹ BUCHWALDER, Unterhalt 19f.

²⁰ BUCHWALDER, Unterhalt 21f.

²¹ 1 Ob 117/24 SZ 6/63; SCHWIND, Einige Unterhaltsfragen 501; KOHLEGGGER, Unterhaltsrecht 192; BUCHWALDER, Unterhalt 23f. m.w.N.

²² Ausführlich zur Entwicklung BUCHWALDER, Unterhalt 24ff.

²³ Dazu BUCHWALDER, Unterhalt 27ff.

²⁴ ENT, Neuordnung 145, 177; LACKNER, Neues Unterhaltsrecht 197; GITSCHTHALER, § 94 ABGB, Rz. 1.

ihren Lebensverhältnissen und nicht wie bisher nach dem Stand des Mannes richten. Ein Unterschied zwischen Mann und Frau besteht nicht mehr. Die Beitragspflicht des Einzelnen richtet sich nach seinen Kräften und der einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Ersteres drückt den sogenannten Anspannungsgrundsatz aus, nach dem jeder seine persönlichen Fähigkeiten so gut wie möglich einsetzen muss, um ein angemessenes Einkommen zu erzielen.²⁵ Welche Beiträge jeder Einzelne zu leisten hat, bleibt aber letztlich der Privatautonomie der Ehegatten überlassen, die ihre Lebensgemeinschaft einvernehmlich gestalten sollen (§ 91 i.d.F. EheRwG 1975). Eine Grenze setzt freilich § 94 Abs. 3, nach dem auf den Unterhaltsanspruch an sich im Vorhinein nicht verzichtet werden kann. Diese Bestimmung wird von der Rechtsprechung allerdings eng ausgelegt: Ein Verzicht für die Vergangenheit ist wirksam; für die Zukunft kann zwar nicht auf den Unterhaltsanspruch als solchen dem Grunde nach verzichtet werden, jedoch auf einzelne Unterhaltsleistungen oder Teile des Unterhalts.²⁶ Zur Deckung der angemessenen Bedürfnisse gehört auch die Führung des gemeinsamen Haushaltes. Während das ABGB 1811 diese Rolle der Frau zuwies, ordnet § 95 an, dass beide Ehegatten nach ihren persönlichen Verhältnissen unter Berücksichtigung der beruflichen Belastung mitzuwirken haben. Ist allerdings ein Ehegatte – gleichgültig ob Frau oder Mann – nicht erwerbstätig, obliegt diesem die Haushaltsführung. Dadurch leistet er seinen Beitrag zur Deckung der gemeinsamen Bedürfnisse und hat gegen den anderen einen Anspruch auf Unterhalt, wobei aber eigene Einkünfte, z.B. aus

²⁵ Genauer ENT, Neuordnung 177, 178; SCHWIND, Kommentar § 94 ABGB Anm. 4; KOZIOL, WELSER, Grundriss I, 472 m.w.N. in Anm. 65.

²⁶ S SCHWIND, Kommentar § 94 ABGB Anm 7; KOZIOL, WELSER, Grundriss I, 471 m.w.N. in Anm. 62; GITSCHTHALER, Grundwertungen 981.

Kapitalvermögen, angemessen zu berücksichtigen sind (§ 94 Abs. 2). Grundsätzlich ist der haushaltsführende Teil nicht verpflichtet einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, es sei denn, sein Ehegatte ist - z.B. infolge einer Krankheit - nicht in der Lage seinen Beitrag zu leisten. Dieser Ehegatte hat dann gegen den anderen einen Unterhaltsanspruch (§ 94 Abs. 2 letzter Satz), den somit die gesamte Unterhaltslast treffen kann.

Wird der gemeinsame Haushalt aufgehoben, hat der ehemals haushaltsführende Ehegatte nach § 94 Abs. 2 weiterhin einen Unterhaltsanspruch, außer dessen Geltendmachung wäre rechtsmissbräuchlich. Die Rechtsprechung nimmt zB Rechtsmissbrauch an, wenn ein Gatte Unterhalt begehrt, obwohl der gemeinsame Haushalt von ihm ohne Grund aufgehoben wurde²⁷ oder wegen des von ihm begangenen Ehebruchs.²⁸

Das EheRwG 1975 regelte nicht die Form der Unterhaltsleistung. Es war aber unstrittig, dass bei gemeinsamem Haushalt – wie bisher – der Unterhalt nur *naturaliter* gebührte. Der OGH entwickelte allerdings die sogenannte Taschengeldjudikatur, wonach der nicht verdienende, haushaltsführende Ehegatte Anspruch auf eine angemessene Geldsumme hatte, um auch nicht existenzielle Bedürfnisse befriedigen zu können.²⁹ Bei getrenntem Haushalt besteht der Unterhaltsanspruch von vornherein in Geld.³⁰

Zur Bemessung der Höhe des Unterhalts entwickelten die Gerichte als Orientierungshilfe die Prozentwertmethode.³¹ Grundsätzlich hat der

²⁷ OGH 5 Ob 708/78 = EvBl. 1979/83; 2 Ob 566/78 = SZ 52/6; 1 Ob 670/80 = EFSlg. 35.188; 6 Ob 823/82 = EFSlg. 42.566; 4 Ob 92/97a = EFSlg. 83.047.

²⁸ OGH 3 Ob 48/97y = EvBl. 1997/161.

²⁹ Nachweise bei GITSCHTHALER, Grundwertungen siehe auch schon ENT, Neuordnung, 177, 178; KOZIOL, WELSER, Grundriss I, 472f., m.w.N. in Anm. 70; ausführlich dazu auch BUCHWALDER, Unterhalt 9ff.

³⁰ ENT, Neuordnung, 177f.

³¹ KOZIOL, WELSER, Grundriss I, 473; GITSCHTHALER, Unterhaltsrecht Rz. 643f. m.w.N.

einkommenslose unterhaltsberechtigter Ehegatte nur Anspruch auf 33 % des Nettoeinkommens des anderen Ehegatten. Haben beide Einkommen, erhält der weniger verdienende Ehegatte 40 % vom Familieneinkommen abzüglich des Eigeneinkommens. In der Lehre wird zum Teil kritisiert, dass das Familieneinkommen nicht halbiert wird.³²

Eherechtsänderungsgesetz 1999

Die bisher letzte Änderung im Unterhaltsrecht bei aufrechter Ehe brachte das EheRÄG 1999. Der Gesetzgeber hielt es für unangemessen,³³ dass sich der haushaltsführende Ehegatte mit dem Taschengeld zufrieden geben müsse, und normierte auch bei aufrechter Hausgemeinschaft einen Unterhaltsanspruch in Geld.³⁴ Der haushaltsführende Ehegatte kann verlangen, dass der ihm zustehende Unterhaltsanspruch ganz oder zum Teil in Geld erfüllt wird, soweit dies nicht, insbesondere im Hinblick auf die zur Deckung der Bedürfnisse zur Verfügung stehenden Mitteln unbillig wäre (§ 94 Abs. 3). Diese Regelung wirft Probleme auf, weil unklar ist, inwieweit auf den Geldunterhalt Naturalleistungen des erwerbstätigen Ehegatten anzurechnen sind, der regelmäßig für gemeinsame Kosten wie Wohnung, Versicherungen usw. aufkommt.³⁵ Der Geldunterhalt kann daher nicht vom gesamten Einkommen des verdienenden Ehegatten berechnet werden oder der haushaltsführende

Teil beteiligt sich mit dem erhaltenen Geld an den Gesamtkosten.³⁶

III. Unterhalt nach Auflösung der Ehe durch Tod

A. ABGB 1811

Das ABGB 1811 sah keinen Pflichtteilsanspruch des Ehegatten vor. In den Beratungen wurde zwar darüber diskutiert, ein Pflichtteil des hinterbliebenen Ehegatten aber mit dem Argument abgelehnt, dass er „durch getreue Beobachtung der Pflichten die Gunst des Ehegatten [...] erhalten [...] und nicht auf einen gesetzlichen Pflichtteil trotzten [soll]“.³⁷

Nach § 1243 hatte die überlebende Witwe durch sechs Wochen nach dem Tod des Mannes - wenn sie schwanger war, bis sechs Wochen nach der Entbindung - Anspruch auf gewöhnliche Verpflegung aus der Verlassenschaft. Sie blieb während dieser Zeit in der Wohnung und sollte währenddessen wie bei Lebzeiten des Mannes erhalten werden.³⁸ § 1243 wurde durch das EheRwG 1975 aufgehoben, weil der einseitige Anspruch der Witwe mit dem neugestalteten System des wechselseitigen Unterhaltsanspruchs nicht mehr übereinstimmte.³⁹

Abgesehen von dieser kurzfristigen Versorgung der Witwe, hatte der überlebende Ehegatte einen Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass, der als „Pflichtteilssurrogat“ angesehen wurde.⁴⁰ Nach § 796 gebührte dem Ehegatten der mangelnde anständige Unterhalt, wenn für den Fall des Überlebens keine Versorgung bedungen

³² LACKNER, § 94 ABGB 543; KERSCHNER, Gesellschaftspolitische Tendenzen 272; DERS., Entscheidungsbesprechung zu 1 Ob 108/01s, 451; a.A. GITSCHTHALER, Grundwertungen 990f.

³³ Erläuterungen zur RV 1653 BlgNR XX. GP 13.

³⁴ HOPF, STABENTHEINER, Eherechts-Änderungsgesetz 827; PICHLER, Eherechts-Änderungsgesetz 63; GITSCHTHALER, § 94 ABGB Rz. 236ff.

³⁵ Dazu ausführlich GITSCHTHALER, Grundwertungen 983ff.

³⁶ GITSCHTHALER, Grundwertungen 984ff. m.w.N.; vgl. auch hier HOPF, STABENTHEINER, Eherechts-Änderungsgesetz 827 zur Unbilligkeit als Grenze.

³⁷ OFNER, Protokolle I, 467.

³⁸ LENHOFF, in KLANG III, 754, 758ff; EHRENZWEIG, System II, 2, 177.

³⁹ Erläuterungen zur RV 851 BlgNR XIII. GP 26.

⁴⁰ WELSER, Entwicklung des Erbrechts 719.

wurde (zB in Form eines Erbvertrages, einer Gütergemeinschaft oder einer Fruchtnießung auf den Todesfall)⁴¹. Diese Bestimmung war geschlechtsneutral formuliert, sodass auch der überlebende Ehemann diesen Unterhaltsanspruch hatte. § 796 wurde daher als Argument für eine Unterhaltungspflicht der Ehefrau gegenüber dem bedürftigen Mann während aufrechter Ehe angeführt.⁴²

Dem überlebenden Ehegatten stand nur der „mangelnde anständige“ Unterhalt zu, er gebührte also nicht, wenn er genügend eigenes Vermögen hatte oder sich durch eine, seiner gesellschaftlichen Stellung entsprechende, Erwerbstätigkeit selbst erhalten konnte. Bei Lebzeiten des Mannes war der Unterhalt der Frau von dieser Voraussetzung unabhängig.⁴³ Der reine Nachlass begrenzte den Unterhaltsanspruch und dieser ging nach überwiegender Meinung den Pflichtteilsberechtigten vor, sofern sie nicht selbst unterhaltsbedürftig waren.⁴⁴

Ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte hatte keinen Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass des anderen. Das bedarf aus heutiger Sicht einer Klarstellung: Das ABGB verstand unter „Scheidung“ nicht die Auflösung der Ehe dem Bande nach, diese wurde als „Trennung“ bezeichnet. „Scheidung“ war vielmehr nur eine solche „von Tisch und Bett“, also die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (dazu genauer unten IV.A.).⁴⁵ Wurde die Ehe hingegen getrennt, also nach moderner Terminologie geschieden, hatte auch der daran schuldlose Überlebende keinen Unterhaltsanspruch.⁴⁶

⁴¹ ZEILLER, *Commentar II*, 2, 824f.

⁴² LENHOFF, in: *KLANG III*, 871f.; BUCHWALDER, *Unterhalt* 21f.

⁴³ EHRENZWEIG, *System II*, 2, 179.

⁴⁴ EHRENZWEIG, *System II*, 2, 180; WELSER, § 796 Rz. 1 m.w.N.

⁴⁵ Ausführlich LENHOFF, in *KLANG I/1*, 612ff; EHRENZWEIG, *System II*, 2, 97f.

⁴⁶ EHRENZWEIG, *System II*, 2, 178.

B. 3. Teilnovelle

Durch die 3. TN wurde § 796 dahingehend präzisiert, dass der Unterhalt dann nicht gebührte, wenn er durch den „gesetzlichen Erbteil oder eine für den Fall des Überlebens bedungene oder letztwillig zugewendete Versorgung gedeckt“ war. Dadurch war klar gestellt, dass der Unterhaltsanspruch nur bei zureichender Versorgung entfiel und daher auch neben einem gesetzlichen Erbteil gebührte, wenn dieser nicht ausreichte.⁴⁷

C. Einführung des Pflichtteilsanspruchs des Ehegatten

Der Pflichtteil des Ehegatten wurde erst 1978 eingeführt, nämlich durch das BG über die Neuordnung des Ehegattenerbrechts, des Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts (BGBl. 1978/280). In dem Zusammenhang erfuhr auch § 796 eine Änderung. Der Unterhaltsanspruch des überlebenden Ehegatten orientiert sich nunmehr am Unterhalt während aufrechter Ehe (§ 94), sodass nicht bloß der „anständige“ Unterhalt gebührt. Der Anspruch ist subsidiär und besteht nur soweit, als der Unterhalt nicht durch vertragliche oder letztwillige Zuwendungen, Erb- oder Pflichtteil, öffentlich-rechtliche oder private Leistungen, eigenes Vermögen oder durch eine ausgeübte oder zumutbare Erwerbstätigkeit gedeckt werden kann. Derartige Zuwendungen sind in den Unterhalt einzurechnen.⁴⁸ Der Zusammenhang mit dem Pflichtteil zeigt sich auch darin, dass ein gesetzmäßiger Ausschluss von diesem dem Ehegatten den Unterhaltsanspruch nach § 796 nimmt. Er kann dann nur den notwendigen Unterhalt verlangen (§ 795). Strittig ist das Verhältnis zu den anderen Noterben. Für den Vorrang der Pflichtteilsansprüche spricht, dass der Ehegatte nunmehr selbst pflichtteilsberechtigt ist und sein An-

⁴⁷ EHRENZWEIG, *System II*, 2, 179f.

⁴⁸ Erläuterungen zur RV 136 BlgNR XIV. GP 19.

spruch nicht mehr auf den notwendigen, sondern auf den vollen Unterhalt nach § 94 gerichtet ist.⁴⁹

Mit dem Pflichtteil des Ehegatten hängt das gesetzliche Vorausvermächtnis zusammen (§ 758), das in jenen einzurechnen ist (§ 789), weil es Pflichtteilscharakter hat.⁵⁰ Dieses Vorausvermächtnis wurde durch das ErbRÄG 1989 um das Recht des überlebenden Ehegatten, weiterhin in der Ehwohnung zu wohnen erweitert. Aus dem sechswöchigen Wohnrecht der Witwe nach ABGB 1811 wurde daher ein lebenslängliches,⁵¹ vom Bedarf unabhängiges Wohnrecht des jeweils überlebenden Ehegatten.

IV. Unterhalt nach Scheidung

A. Scheidungsrecht des ABGB 1811

Differenzierung zwischen Katholikenehen und Ehen von Nichtkatholiken

Das Scheidungsrecht des ABGB 1811 differenzierte zwischen Ehen von Katholiken, die den größten Teil der Bevölkerung ausmachten, und Nichtkatholiken. Als Folge des Konkordats 1855⁵² wurden allerdings 1856 mit dem „Gesetz über die Ehen der Katholiken im Kaisertume Österreich“⁵³ die eherechtlichen Bestimmungen des ABGB, soweit sie Katholiken betrafen, weitgehend aufgehoben und Katholikenehen der kirchlichen Gerichtsbarkeit unterstellt.⁵⁴ Nach Erlassung des Staatsgrundgesetzes 1867 galt

aufgrund eines kaiserlichen Patents aus dem Jahr 1868⁵⁵ für Ehen der Katholiken aber wieder das ABGB.

Scheidung von Tisch und Bett

a) Wesen und Voraussetzungen

Das ABGB 1811 hielt an der Vorstellung des kanonischen Rechts fest, dass es für Katholiken keine Scheidung dem Bande nach gibt. Dementsprechend ordnete § 111 an, dass das Band einer gültigen Ehe zwischen katholischen Personen nur durch den Tod eines Ehegatten getrennt werden konnte. Das galt auch, wenn nur ein Ehegatte bei der Eheschließung katholisch war. Allerdings bestand auch für Katholiken die Möglichkeit einer Scheidung von Tisch und Bett, die nur gerichtlich erfolgen konnte (s § 93). Dadurch wurden der gemeinsame Wohnsitz („Tisch“) und die eheliche Pflicht („Bett“) aufgehoben, nicht aber die Pflicht zur anständigen Begegnung und zur Treue.⁵⁶ Letzteres war freilich strittig.⁵⁷ Eine Wiederverhehlung war ausgeschlossen, weil die Ehegatten nach wie vor verheiratete Personen waren.⁵⁸ Seit 1919 entwickelte sich allerdings die Übung, vom Hindernis des bestehenden Ehebandes im Verwaltungsweg zu dispensieren.⁵⁹ Maßgebliche Bedeutung kam in dem Zusammenhang dem niederösterreichischen Landeshauptmann Sever zu, weshalb diese Dispensehen auch „Severehen“ genannt wurden.⁶⁰ Der OGH beurteilte allerdings

⁴⁹ WELSER, § 796 Rz. 10 m.w.N. zum Meinungsstand.

⁵⁰ KRALIK, Erbrecht 246; WELSER, § 758 Rz. 1.

⁵¹ Nach überwiegender Meinung erlischt das Wohnrecht durch Wiederverheiratung nicht: ZANKL, Gesetzliches Vorausvermächtnis 242ff.; KOZIOL, WELSER, Grundriss II, 472 m.w.N. in Anm. 18; a.A. SCHAUER, Neues Erbrecht 72; ECCHER, Wohnrecht des überlebenden Ehegatten 1.

⁵² Kaiserliches Patent vom 5. 11. 1855, RGBL. 1855/195.

⁵³ Kaiserliches Patent vom 8. 10. 1856, RGBL. 1856/185.

⁵⁴ SCHWIND, Familienrecht 5f.

⁵⁵ Gesetz vom 25. 5. 1868, RGBL. 1968/47.

⁵⁶ LENHOFF, in: KLANG I/1, 616; EHRENZWEIG, System II, 2, 110.

⁵⁷ Nachweise bei EHRENZWEIG, System II, 2, 110f.

⁵⁸ LENHOFF in KLANG I/1, 620; EHRENZWEIG, System II/2 111.

⁵⁹ FLOßMANN, Privatrechtsgeschichte 84.

⁶⁰ SCHWIND, Familienrecht 46; FLOßMANN, Privatrechtsgeschichte 84; HÖLLWERTH, Vorbemerkungen zum EheG Rz. 3.

diese Nachsichterteilung als absolut nichtigen Verwaltungsakt.⁶¹

Die Scheidung von Tisch und Bett konnte einverständlich erfolgen oder ohne Einwilligung des anderen Ehegatten. Für die einverständliche Scheidung mussten die Parteien ein gemeinsames Scheidungsgesuch stellen, persönlich bei Gericht erscheinen und vor diesem bestätigen, dass sie sich über Unterhalt und Vermögensauseinandersetzung einig sind (§ 105). Das Gericht bewilligte dann die Scheidung.⁶² Bemerkenswert ist, dass die Ehegatten verpflichtet waren, sich vor Überreichung des Scheidungsgesuches bei Gericht einem dreimaligen Versöhnungsversuch durch ihren Pfarrer zu unterziehen (§ 104), dadurch sollten grundlose Scheidungen verhindert werden⁶³. Das ABGB 1811 wies daher dem Seelsorger (Pfarrer, Pastor, Pope)⁶⁴ aus heutiger Sicht eine Rolle ähnlich der eines Mediators zu. Erst wenn die Versöhnungsversuche scheiterten, konnten sich die Ehegatten mit dem darüber ausgestellten Zeugnis des Geistlichen an das Gericht wenden. Später bestand auch die Möglichkeit, die Versöhnungsversuche vom zuständigen Gericht vornehmen lassen,⁶⁵ wobei ab 1921 nur mehr ein einziger Versuch vorgeschrieben war.⁶⁶

Für die nicht einverständliche Scheidung bedurfte es eines Scheidungsgrundes. § 109 nannte, nicht abschließend,⁶⁷ als wichtige Gründe, aus denen auf Scheidung erkannt werden konnte, den Ehebruch, die Verurteilung wegen eines Verbrechens, boshafte Verlassen, den unordentlichen Lebenswandel, wodurch ein be-

trächtlicher Teil des Vermögens des klagenden Ehegatten oder die guten Sitten der Familie in Gefahr waren, für Leben oder Gesundheit gefährliche Nachstellungen, schwere Misshandlungen, sehr empfindliche, wiederholte Kränkungen, anhaltende mit der Gefahr der Ansteckung verbundene Leibesgebrechen. Nur der letzte Scheidungsgrund war von einem Verschulden unabhängig.⁶⁸ Auch bei der nicht einverständlichen Scheidung musste das Gericht vor Anberaumung der ersten Tagsatzung einen Versöhnungsversuch vornehmen.⁶⁹ Die Scheidung erfolgte dann durch Urteil, das einen Verschuldensausspruch enthalten musste, weil hievon die vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung abhingen.⁷⁰

b) Unterhaltsrechtliche Folgen

Bei der einverständlichen Scheidung mussten die Ehegatten – wie erwähnt – vor Gericht bestätigen, dass sie sich über Vermögen und Unterhalt einig sind (§ 105). Eine Überprüfung durch den Richter war aber nicht vorgesehen. Wurde ein Unterhaltsübereinkommen zwar behauptet, aber tatsächlich nicht getroffen, waren die Rechtsfolgen strittig. Nach einer Ansicht blieb dann alles beim Alten, die Unterhaltspflicht des Ehemannes bestand daher weiter.⁷¹ Die gegenteilige und später h.M. wollte die Folgen der nicht einverständlichen Scheidung (analog) anwenden, wozu die Schuldfrage nachträglich untersucht werden musste.⁷² Dagegen spricht mE, dass eine einverständliche Scheidung gerade die Schuldfrage ausklammern sollte. Außerdem fand sich für die erste Lösung sogar ein

⁶¹ SCHWIND, Familienrecht 46; FLOßMANN, Privatrechtsgeschichte 84.

⁶² LENHOFF, in: KLANG I/1, 688 ff; Zum Verfahren näher EHRENZWEIG, System II, 1, 99ff.

⁶³ ZEILLER, Kommentar I, 275f.

⁶⁴ ZEILLER, Kommentar I, 275.

⁶⁵ Gesetz vom 31. 12. 1868, RGBl. 1969/3.

⁶⁶ BGBl. 1921/344.

⁶⁷ LENHOFF, in: KLANG I/1, 716 f; EHRENZWEIG, System II, 2, 102.

⁶⁸ LENHOFF, in: KLANG I/1, 718; EHRENZWEIG, System II, 2, 105.

⁶⁹ EHRENZWEIG, System II, 2, 107.

⁷⁰ EHRENZWEIG, System II, 2, 109.

⁷¹ So ZEILLER, Kommentar III, 2, 654; DOLLNER, Österreichisches Eherecht III, 34f, 40f, 44; m.w.N. EHRENZWEIG, System II, 2, 101.

⁷² LENHOFF, in: KLANG I/1, 691; EHRENZWEIG, System II, 2, 101 jeweils m.w.N.

Anhaltspunkt im ABGB: Nach § 106 konnte ein minderjähriger oder pflegebefohlener Ehegatte zwar selbst in die einverständliche Scheidung einwilligen, der Vermögens- und Unterhaltsvereinbarung musste aber sein gesetzlicher Vertreter zustimmen. Das Zustimmungserfordernis entfiel allerdings, wenn die Ehegatten vereinbarten, dass sich am Vermögenszustand und am Unterhalt nichts ändern sollte.⁷³ Ließ sich daher ein Pflegebefohlener scheiden, ohne dass der gesetzliche Vertreter einem den Unterhalt abändernden Übereinkommen zustimmte, war dieses unwirksam und es konnte nur beim bisherigen Zustand bleiben.

Die unterhaltsrechtlichen Folgen der nicht einverständlichen Scheidung hingen vom Verschulden ab. Nach § 1264 konnte der schuldlose Teil nach Umständen den angemessenen Unterhalt verlangen. „Nach Umständen“ bedeutete, dass die durch die Ehepakete mitbestimmte Vermögenslage des anspruchsberechtigten Ehegatten zu berücksichtigen war. Der schuldlose Teil sollte volle Entschädigung für das bekommen, was er in der Ehe erhalten hätte.⁷⁴ Daher war der Unterhaltsanspruch der an der Scheidung nicht schuldigen Frau vom eigenen Vermögen unabhängig.⁷⁵ Sie hatte Anspruch auf den anständigen Unterhalt, soweit die durch Fortsetzung oder Aufhebung der Ehepakete aus dem Vermögen des Mannes erlangten Vorteile dafür nicht ausreichten.⁷⁶ Das Gesetz formulierte den Unterhaltsanspruch geschlechtsneutral, sodass er auch dem an der Scheidung schuldlosen Ehemann zustand. Da der Anspruch aber Ersatz für eine nachteilige Vermögenslage durch die Scheidung bieten sollte, kam er für den Mann nur in Betracht, wenn er wegen Bedürftigkeit einen Unterhaltsanspruch gegen die Frau

während aufrechter Ehe hatte,⁷⁷ was – wie erwähnt – mit der Zeit auch von der Rechtsprechung anerkannt wurde (oben II B).

Das ABGB sah nur einen Unterhaltsanspruch des schuldlosen gegen den allein schuldtragenden Ehegatten vor. Daher bestand keine Unterhaltspflicht, wenn keinen Ehegatten ein Verschulden traf⁷⁸ oder beide an der Scheidung schuld waren. Ein Hofdekret aus 1841⁷⁹ ermöglichte allerdings dem Richter über Ansuchen der durch beiderseitige Schuld geschiedenen Frau von Fall zu Fall aus Billigkeit den Mann ausnahmsweise zur Leistung des anständigen Unterhalts an seine Gattin zu verpflichten.⁸⁰

Trennung

a) Wesen und Voraussetzungen

Im Gegensatz zur Scheidung von Tisch und Bett bewirkte die Trennung die Auflösung der Ehe dem Bande nach. Diese war zwar – wie erwähnt – der überwiegend katholische Bevölkerung verschlossen, das ABGB 1811 gestattete sie aber nichtkatholischen Christen, sofern ihre Religion die Trennung im Allgemeinen erlaubte,⁸¹ Juden, für die es eigene Bestimmungen gab (§§ 123 bis 136), und Konfessionslosen⁸². Für solche Ehen gab es sowohl die Scheidung von Tisch und Bett als auch die Trennung. Diese erforderte einen erheblichen Grund. Die Aufzählung der Trennungsgründe im Gesetz (§ 115) war nach h.M. erschöpfend,⁸³ eine erweiternde Auslegung oder

⁷⁷ LENHOFF, in: KLANG III, 871; vgl. allerdings ZEILLER, Kommentar III, 2, 655, der ausdrücklich von einem Unterhaltsanspruch des an der Scheidung schuldlosen Mannes spricht.

⁷⁸ LENHOFF, in: KLANG III, 869; a.A. ebd. Anm. 31.

⁷⁹ HfD vom 4. 5. 1841, JGS 531.

⁸⁰ EHRENZWEIG, System II, 2, 152.

⁸¹ EHRENZWEIG, System II, 2, 117f; a.A. hingegen LENHOFF, in: KLANG I/1, 753f.

⁸² LENHOFF, in: KLANG I/1, 755; EHRENZWEIG, System II, 2, 116.

⁸³ LENHOFF, in: KLANG I/1, 760 f; EHRENZWEIG, System II, 2, 117 m.w.N.

⁷³ ZEILLER, Kommentar I, 280.

⁷⁴ LENHOFF, in: KLANG I/1, 873.

⁷⁵ ZEILLER, Kommentar III, 2, 655; LENHOFF, in: KLANG III, 872.

⁷⁶ EHRENZWEIG, System II, 2, 151f.

Analogie wurde aber als zulässig angesehen⁸⁴. Diese Gründe entsprachen weitgehend jenen für eine Scheidung von Tisch und Bett, waren aber teilweise schwerwiegender.⁸⁵ So war ein Verbrechen nur dann ein Scheidungsgrund, wenn es die Verurteilung zu einer wenigstens fünfjährigen Kerkerstrafe nach sich gezogen hatte. Krankheit, auch nicht Geisteskrankheit, war kein Trennungsgrund.⁸⁶

Nicht jeder Scheidungsgrund berechtigte daher zur Trennung. Nur der schuldlose Teil konnte klagen (§ 96 i.V.m. § 115 letzter Satz).⁸⁷ Die Trennung war zwar auch einverständlich durch gemeinsamen Antrag möglich, doch bedurfte es dazu eines besonderen Grundes, nämlich der „unüberwindlichen Abneigung“ (§ 115). Diese konnte nur dann zur Auflösung führen, wenn beide Ehegatten die Trennung verlangten. Dabei musste die unüberwindliche Abneigung bewiesen werden, wozu dem Gericht die Gründe darzulegen waren, die eine Hoffnung auf Versöhnung ausschlossen.⁸⁸ Die Trennung aus unüberwindlicher Abneigung setzte somit eine Zerrüttung der Ehe voraus.⁸⁹ Bestanden darüber Zweifel wurde nur eine Scheidung von Tisch und Bett bewilligt, die auch nach einem neuerlichen Trennungsbegehren fortgesetzt werden konnte.⁹⁰

Waren beide Ehegatten zur Zeit der Eheschließung Juden und zumindest einer noch zur Zeit der Trennung, kamen die besonderen Bestim-

mungen über die Trennung von Judenehen zur Anwendung⁹¹ (§§ 123 bis 136). Die Trennung erfolgte, indem der Mann der Frau den Scheidebrief übergab, wozu er der gerichtlichen Ermächtigung bedurfte. Diese setzte entweder die Zustimmung der Frau oder deren Ehebruch voraus. Die einverständliche Trennung konnte auch ohne unüberwindliche Abneigung erfolgen⁹², die nicht einverständliche war nur bei Ehebruch der Frau möglich. Diese konnte überhaupt nur mit Einverständnis des Mannes die Trennung erreichen, auch wenn er sie z.B. misshandelte.

b) Unterhaltsrechtliche Folgen

Die unterhaltsrechtlichen Folgen der Trennung hingen vom Verschulden ab, wenn keine Vereinbarung bestand.⁹³ Nach § 1266, der diese Formulierung heute noch enthält, gebührte dem an der Trennung schuldlosen Ehegatten „volle Genugtuung“. Darunter war der Schaden gemeint, den er durch die vorzeitige Auflösung der Ehe, insbesondere durch Wegfall des ehelichen Unterhalts, erlitt.⁹⁴ Der Frau gebührte also der standesgemäße Unterhalt,⁹⁵ der Mann hatte grundsätzlich keinen Unterhaltsanspruch,⁹⁶ weil dieser bei aufrechter Ehe nicht bestand (s.o. II.A). Da § 1266 den Anspruch auf volle Genugtuung aber geschlechtsneutral formulierte, wäre – wie bei der Scheidung von Tisch und Bett (oben IV.A) – ein Alimentationsanspruch des Mannes in Betracht gekommen, wenn er diesen wegen Bedürftigkeit schon während aufrechter Ehe hatte (dazu oben II.B).

⁸⁴ EHRENZWEIG, System II, 2, 117; a.A. LENHOFF, in: KLANG I/1, 760; Zur analogen Anwendung von Ausnahmevorschriften: BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre 440.

⁸⁵ ZEILLER, Kommentar I, 298.

⁸⁶ EHRENZWEIG, System II, 2, 120; zu den Trennungsgründen LENHOFF, in: KLANG I/1, 762ff.

⁸⁷ ZEILLER, Kommentar I, 299; EHRENZWEIG, System II, 2, 120; zum Verfahren siehe auch LENHOFF, in: KLANG I/1, 768ff.

⁸⁸ EHRENZWEIG, System II, 2, 122.

⁸⁹ SCHWIND, Familienrecht 47, Anm. 5.

⁹⁰ EHRENZWEIG, System II, 2, 122f.

⁹¹ Zum Folgenden LENHOFF, 797ff.; EHRENZWEIG, System II, 2, 123ff.

⁹² LENHOFF, in: KLANG III, 891 Anm. 36.

⁹³ Zur Frage der Sittenwidrigkeit einer vor Trennung getroffenen Unterhaltsvereinbarung: EHRENZWEIG, System II, 2, 149f.

⁹⁴ LENHOFF, in: KLANG III, 890.

⁹⁵ EHRENZWEIG, System II, 2, 150.

⁹⁶ LENHOFF, in: KLANG III, 892.

Der Unterhaltsanspruch des schuldlosen Ehegatten war daher seiner Rechtsnatur nach ein Schadenersatzanspruch für die vermögensrechtliche Schlechterstellung durch die Auflösung der Ehe. Somit waren – wie bei der Scheidung von Tisch und Bett – Vermögensvorteile aus Ehepakten zu berücksichtigen.⁹⁷ Bei der einverständlichen Trennung stand nach der Rechtsprechung keinem Teil ein Unterhaltsanspruch zu,⁹⁸ während in der Lehre auch in diesem Fall ein Anspruch des Schuldlosen bejaht wurde.⁹⁹ Dafür könnte sprechen, dass das Trennungsurteil immer, also selbst bei einverständlicher Trennung aus unüberwindlicher Abneigung, einen Schuldausspruch enthalten musste,¹⁰⁰ der ohne Rechtsfolgen bedeutungslos gewesen wäre.

Der Unterhaltsanspruch endete mit der Wiederverehelichung des Berechtigten und war weder aktiv noch passiv vererblich.¹⁰¹ Bei Aufnahme einer außerehelichen Beziehung ließ die Rechtsprechung den Unterhaltsanspruch ruhen,¹⁰² was aber in der Lehre umstritten war.¹⁰³

B. Das EheG 1938

Entwicklung des Scheidungsrechts

Ein allgemeines konfessionell unabhängiges Scheidungsrecht¹⁰⁴ brachte erst das „Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Land Österreich und im übrigen Reichsgebiet“, dRGI. 1938 I Nr 106, S 807 (EheG),¹⁰⁵ das am 1. August 1938 in Kraft

getreten ist. Damit wurden die entsprechenden Bestimmungen des ABGB aufgehoben und auch eine innerösterreichische Rechtsvereinheitlichung erreicht, weil das EheG im Burgenland das dort geltende ungarische Eherecht ablöste.¹⁰⁶ Nach dem Ende des zweiten Weltkriegs in Europa wurden jene Bestimmungen des EheG, die nationalsozialistisches Gedankengut enthielten, mit Gesetz vom 26. Juni 1945¹⁰⁷ aufgehoben oder bereinigt. Das EheG ist nach wie vor in Kraft und blieb bis in die 70er-Jahre unberührt. Danach folgten aber zahlreiche Reformen, die hier nur soweit interessieren, als sie Bedeutung für den nahehelichen Unterhalt hatten.

Nach dem EheG ist zwischen der Scheidung wegen Verschuldens und jener aus anderen Gründen zu unterscheiden. Auch die Verschuldensscheidung setzt neben einer Eheverfehlung die Zerrüttung der Ehe voraus. Das galt nach dem EheG 1938 allerdings nur für die sonstige schwere Eheverfehlung, nicht aber für Ehebruch und Verweigerung der Fortpflanzung, die absolute Scheidungsgründe waren. Das EheRÄG 1999, verstärkte das Zerrüttungsprinzip und hob die beiden Sondertatbestände auf.¹⁰⁸ Der Ehebruch wird nunmehr in § 49 EheG als Beispiel für eine schwere Eheverfehlung genannt, während die Verweigerung der Fortpflanzung nicht mehr ausdrücklich erwähnt ist.

Von den Tatbeständen, die das EheG 1938 zur „Scheidung aus anderen Gründen“ zählte und die auf der Zerrüttung der Ehe beruhen,¹⁰⁹ sind bis auf die Unfruchtbarkeit, die 1945 aus dem Gesetz eliminiert wurde,¹¹⁰ alle geblieben. Dazu gehören ein auf geistiger Störung beruhendes Verhalten, das mangels Verschuldens nicht als Eheverfehlung betrachtet werden kann (§ 50 EheG), eine Geisteskrankheit, durch die die ehe-

⁹⁷ LENHOFF, in: KLANG III, 892.

⁹⁸ Nachweise bei LENHOFF, 890 Anm. 34.

⁹⁹ LENHOFF, in: KLANG III, 891.

¹⁰⁰ EHRENZWEIG, System II, 2, 122 m.w.N.

¹⁰¹ LENHOFF, in: KLANG III, 893.

¹⁰² Nachweise bei EHRENZWEIG, System II, 2, 153.

¹⁰³ Dagegen LENHOFF, in: KLANG I/1, 879; dafür EHRENZWEIG, System II, 2, 153.

¹⁰⁴ SCHWIND, Familienrecht 47; ENT, Familienrechtsreform 253; FLOßMANN, Privatrechtsgeschichte 91; HÖLLWERTH, Vorbemerkungen zum EheG Rz. 5.

¹⁰⁵ Kundgemacht in Österreich im GBlÖ. 1938/244.

¹⁰⁶ SCHWIND, Familienrecht 7.

¹⁰⁷ StGBl. 1945/31.

¹⁰⁸ Erläuterungen zur RV 1653, BgNR XX. GP 11f.

¹⁰⁹ SCHWIND, Familienrecht 61.

¹¹⁰ StGBl. 1945/31.

liche Gemeinschaft aufgehoben ist (§ 51 EheG), eine schwere ansteckende oder ekelerregende Krankheit (§ 52 EheG) und schließlich die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft (§ 55 EheG). Diese Bestimmung wurde 1978¹¹¹ novelliert, ihr Kern, die mindesten dreijährige Aufhebung der Hausgemeinschaft und eine tiefgreifende unheilbare Zerrüttung, ist aber erhalten geblieben. Eine wesentliche Weiterentwicklung brachte schließlich die einvernehmliche Scheidung, die ebenfalls 1978 eingeführt wurde (§ 55a EheG). Mit diesen Entwicklungen wird sich aber ohnedies der anschließende Vortrag befassen.

Unterhalt nach Scheidung

a) Scheidung wegen Verschuldens

Das EheG enthält detaillierte, teilweise komplizierte Regelungen über den Unterhalt nach Scheidung. Er ist in Form einer Geldrente zu gewähren, nur ausnahmsweise durch eine Kapitalabfindung (§ 70 EheG), und ist – wie nach dem ABGB – grundsätzlich vom Verschulden abhängig. So muss bei der Scheidung wegen Verschuldens der allein oder überwiegend schuldige Teil dem anderen Unterhalt leisten. Allerdings differenzierte § 66 i.d.F. des EheG 1938 noch zwischen der Unterhaltspflicht des Mannes und jener der Frau, was der unterhaltsrechtlichen Situation während aufrechter Ehe entsprach (s oben II.A und B). Interessanterweise enthielten die Bestimmungen des ABGB über die vermögens- und unterhaltsrechtlichen Folgen der Scheidung von Tisch und Bett und der Trennung diese Unterscheidung nicht (oben IV.A). Nach § 66 aF EheG musste der schuldige Mann der Frau den nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessenen Unterhalt gewähren, soweit die Einkünfte aus ihrem Vermögen und die Erträge einer von ihr den Umständen nach zu erwartenden Erwerbstätigkeit nicht ausreichten. Die schuldige Frau hatte hin-

gegen ihrem geschiedenen Mann nur dann den angemessenen Unterhalt zu leisten, soweit er außerstande war, sich selbst zu erhalten. 1978 wurde mit dem BG über Änderungen des Ehegattenerbrechts, des Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts, BGBl. 1978/280, die Unterhaltspflicht der schuldig geschiedenen Frau an jene des Mannes angeglichen.

Eigenes Einkommen des Berechtigten reduziert daher den Unterhaltsanspruch oder lässt ihn sogar ganz entfallen. Schon das EheG i.d.F. 1938 sah darüber hinaus bei Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts des Verpflichteten eine Herabsetzung der Unterhaltsleistung aus Gründen der Billigkeit vor (Näheres § 67 Abs. 1 EheG). Unter dieser Voraussetzung entfiel die Unterhaltspflicht des Mannes zur Gänze, wenn die Frau den Unterhalt aus dem Stamm ihres Vermögens bestreiten konnte (§ 67 Abs. 2 aF EheG). Seit dem oben erwähnten Gesetz aus 1978 galt diese weitere Einschränkung auch für die Unterhaltspflicht der Frau.¹¹² Bei Gefährdung des eigenen Unterhalts ist überdies die Unterhaltspflicht des geschiedenen Ehegatten – schon seit Einführung des EheG – nur subsidiär gegenüber jener der Verwandten, die sonst erst nachrangig haften (§ 71 EheG).

Sind beide Ehegatten gleich schuld an der Scheidung, besteht kein im Gesetz fixierter Unterhaltsanspruch. Der Richter kann aber wiederum aus Billigkeit¹¹³ jenem Ehegatten, der unfähig ist, sich selbst zu unterhalten, einen Beitrag zu seinem Unterhalt zusprechen, der auch zeitlich beschränkt werden kann (§ 68 EheG). Es geht um eine Überbrückungshilfe¹¹⁴ bis sich der beitragsberechtigte Ehegatte den notwendigen Unterhalt selbst verschaffen kann, die unter dem

¹¹² KERSCHNER, Unterhalt nach Scheidung 562.

¹¹³ SCHWIND, Familienrecht 130; GITSCHTHALER § 68 EheG, Rz. 7ff. m.w.N.

¹¹⁴ SCHWIND, Familienrecht 130; GITSCHTHALER § 68 EheG Rz. 5 m.w.N.

¹¹¹ BGBl. 1978/280.

angemessenen Unterhalt liegt.¹¹⁵ Ursprünglich ging diese Beitragspflicht der Unterhaltspflicht der Verwandten nach (§ 71 aF EheG). Die Subsidiarität des Unterhaltsbeitrages wurde allerdings durch das EheRÄG 1999 eliminiert, weil sie der Justizausschuss als nicht mehr zeitgemäß empfand.¹¹⁶

Waren die bisherigen Änderungen der unterhaltsrechtlichen Bestimmungen für die Verschuldenscheidung nicht besonders spektakulär, brachte das EheRÄG 1999 eine Neuerung, die damals revolutionär war und daher heftig diskutiert wurde: Der eingefügte § 68a EheG gewährt in zwei Ausnahmefällen einen Unterhaltsanspruch unabhängig vom Verschulden, der also auch dem allein oder überwiegend schuldigen Ehegatten zustehen kann. Diese Bestimmung gilt für alle Fälle der Scheidung (s. § 69b EheG). Nach ihr hat der geschiedene Ehegatte einen Unterhaltsanspruch, soweit und solange ihm wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes keine Berufstätigkeit zugemutet werden kann, was bis zum fünften Lebensjahr des Kindes vermutet wird.¹¹⁷ Zweitens steht Unterhalt zu, wenn sich der geschiedene Ehegatte im Einvernehmen mit dem anderen der Haushaltsführung, der Pflege und Erziehung gemeinsamer Kinder oder der Betreuung von Angehörigen gewidmet hat und durch diese ehebedingte Absenz vom Berufsleben die Aufnahme oder Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit unzumutbar ist.¹¹⁸ In beiden Fällen geht es also darum, dass dem geschiedenen – wenngleich schuldigen – Ehegatten aus Gründen, die in der Ehe wurzeln, nicht zugemutet werden kann, die für seinen Unterhalt erforder-

lichen Mitteln selbst aufzubringen.¹¹⁹ Für die Bemessung des Unterhaltsanspruchs führte § 68a EheG eine neue Kategorie ein: Der Unterhalt richtet sich nach dem „Lebensbedarf“ und liegt zwischen dem angemessenen Unterhalt des schuldlosen Ehegatten nach § 66 EheG und dem Unterhaltsbeitrag nach § 68 EheG.¹²⁰ Der Unterhaltsanspruch verringert sich oder entfällt, wenn seine Gewährung z.B. wegen besonders schwerer Eheverfehlungen unbillig wäre (§ 68a Abs. 3 EheG).

b) Scheidung aus anderen Gründen

Bei der Scheidung aus anderen Gründen hängt der Unterhalt davon ab, ob das Urteil einen Schuldausspruch enthält, was aufgrund eines Verschuldensantrages des Beklagten möglich ist,¹²¹ wenn er selbst auf Scheidung wegen Verschuldens hätte klagen können.¹²² Die unterhaltsrechtlichen Folgen richten sich dann nach den Bestimmungen über die Scheidung wegen Verschuldens (§ 69 Abs. 1 EheG). Diese Regelung fand 1978¹²³ für die Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft eine Änderung: Für diese reicht es aus, dass der Kläger die Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet hat, was wiederum auf Antrag des Beklagten im Urteil auszusprechen ist (§ 61 Abs. 3 EheG). Dann hat der Beklagte Anspruch auf Unterhalt wie bei aufrechter Ehe (§ 69 Abs. 2 EheG). Er steht damit besser als der schuldlose Ehegatte bei der Scheidung aus Verschulden, weil er auch bei Zumutbarkeit keine Erwerbstätigkeit aufnehmen muss, wenn er bisher den Haushalt

¹¹⁵ ZANKL, § 68 EheG Rz. 8; zur Handhabung in der Praxis siehe ebenfalls GITSCHTHALER, § 68 EheG Rz. 7ff. m.w.N.

¹¹⁶ AB 1926 BlgNR XX. GP 2.

¹¹⁷ KOZIOL, WELSER, Grundriss I, 499 m.w.N Anm. 111; GITSCHTHALER, § 68a EheG Rz. 9 m.w.N.

¹¹⁸ Erläuterungen zur RV 1653 BlgNR XX. GP 24.

¹¹⁹ Erläuterungen zur RV 1653 BlgNR XX. GP 24.

¹²⁰ ZANKL, § 68a EheG Rz. 9; KOZIOL, WELSER, Grundriss I, 499; ausführlich GITSCHTHALER § 68a EheG Rz. 23ff m.w.N.

¹²¹ KOZIOL, WELSER, Grundriss I 493; GITSCHTHALER § 69 EheG Rz. 1f.

¹²² Hat er dieses Recht bei Klagshebung bereits verloren, kann dem Antrag nach Billigkeit stattgegeben werden (§ 61 Abs 2 EheG).

¹²³ BGBl. 1978/280.

geführt hat.¹²⁴ Dadurch soll der Ehegatte begünstigt werden, der trotz verschuldeter Zerrüttung durch den anderen an der Ehe festhalten will.¹²⁵

Enthält das Scheidungsurteil keinen Schuldausspruch, hat der klagende Ehegatte nur dann dem Beklagten Unterhalt zu gewähren, wenn dies mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der geschiedenen Ehegatten und der unterhaltspflichtigen Verwandten des Berechtigten der Billigkeit entspricht (§ 69 Abs. 3, früher Abs. 2, EheG). Diese Bestimmung ist seit dem EheG 1938 unverändert geblieben.

c) Einvernehmliche Scheidung

Da für die einvernehmliche Scheidung eine Vereinbarung über den Unterhalt Voraussetzung ist, enthält das EheG keine näheren Regelungen. Bei Unwirksamkeit der Unterhaltsvereinbarung wurde früher analog zur Scheidung ohne Schuldausspruch und nach den dort vorgesehenen Kriterien Unterhalt aus Billigkeit gewährt. Seit dem EheRÄG 1999 ist eine entsprechende Regelung für die einvernehmliche Scheidung ausdrücklich vorgesehen (§ 69a Abs. 2 EheG). Außerdem kann ein Anspruch auf den Unterhalt nach Lebensbedarf unter den Voraussetzungen des § 68a EheG zustehen (s. § 69b EheG).

d) Wegfall des Anspruchs

Die Bestimmungen über den Wegfall des Unterhaltsanspruchs sind seit 1938 weitgehend unverändert geblieben. Abgesehen von der Verwirkung wegen einer schweren Verfehlung gegen den Verpflichteten oder wegen eines ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandels gegen dessen Willen (§ 74 EheG), erlischt der Unterhaltsanspruch mit dem Tod des Berechtigten

(§ 77 EheG) oder dessen Wiederverheiratung (§ 76 EheG). Dieser ist seit 2010 die Eingehung einer eingetragenen Partnerschaft gleichgestellt (§ 76 i.d.F. EPG). Beim Tod des Verpflichteten geht die Unterhaltsverbindlichkeit auf die Erben über, die aber u.U. eine Herabsetzung verlangen können (§ 78 Abs. 1 und 2 EheG). Muss bei gleichem Verschulden der Ehegatten einer einen Unterhaltsbeitrag nach Billigkeit leisten (§ 68 EheG), erlischt diese Pflicht aber mit seinem Tod (§ 78 Abs. 3 EheG).

C. Resümee

Vergleicht man die unterhaltsrechtlichen Folgen des ABGB 1811 für die Trennung, die ja unserer heutigen Scheidung entspricht, mit jenen der Scheidung nach dem EheG, ist beiden gemeinsam, dass der Unterhalt in erster Linie vom Verschulden abhängt. Während das ABGB daraus einen Schadenersatzanspruch des schuldlosen Teils auf Ersatz des durch die Ehe entgangenen Vermögensvorteils ableitete, dient der Unterhalt nach dem EheG der Versorgung, wenn sich der geschiedene Ehegatte nicht selbst erhalten kann. Dass im EheG das Verschulden für den nachehelichen Unterhalt nicht allein ausschlaggebend war und ist, zeigen die Möglichkeit der Herabsetzung der Unterhaltsleistung nach Billigkeit bei Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts des schuldigen Teils und der Unterhaltsbeitrag bei gleichem Verschulden. Das EheG entwickelte sich teilweise sogar weg vom Verschulden als Voraussetzung für einen Unterhaltsanspruch, wie § 68a EheG zeigt. Auf der anderen Seite kehrte es bei der Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft in der Sache zum Schadenersatzprinzip des ABGB zurück, indem der beklagte Ehegatte Unterhalt wie bei aufrechter Ehe verlangen kann, wenn der Kläger die Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet hat.

¹²⁴ KOZIOL, WELSER, Grundriss I, 500; ausführlich zu den Privilegierungen GITSCHTHALER, § 69 EheG Rz. 6ff. m.w.N.

¹²⁵ Erläuterungen zur RV 289 BlgNR XIV. GP 12.

Abkürzungen:

a.A.	anderer Ansicht
EFSlg.	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EheRÄG	Eherechtsänderungsgesetz 1999, BGBl. I 1999/125
EheRwG	BG über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, BGBl. 1975/412
EPG	Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, BGBl. I 2009/135
ErbRÄG	Erbrechtsänderungsgesetz 1989, BGBl. 1989/656
EvBl.	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Beilage zur ÖJZ)
NZ	Österreichische Notariatszeitung
RdW	Recht der Wirtschaft
RZ	Österreichische Richterzeitung
SZ	Entscheidungen des OGH in Zivilsachen
TN	Teilnovelle
WoBl.	Wohnrechtliche Blätter

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
<http://www.rechtsgeschichte.at/beitraege/abk.pdf>

Literatur:

- Elke BUCHWALDER, Unterhalt bei aufrechter Ehe (Wien 2007).
- Franz BYDLINSKI, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (Wien 21991).
- Tomaž DOLLINAR, Österreichisches Eherecht Bd. II (Wien 1814).
- Bernhard ECCHER, Zum neuen Wohnrecht des überlebenden Ehegatten, in: WoBl. 4 (1991) 1ff.
- Armin EHRENZWEIG, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II,2 (Wien 21937).
- Herbert ENT, Die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, in: NZ 107 (1975) 134, 145, 177.
- Herbert ENT, Die Familienrechtsreform und das Notariat, in: NZ 119 (1987) 253ff.
- Ursula FLOßMANN, Österreichische Privatrechtsgeschichte (Wien 62008).
- Edwin GITSCHTHALER, Unterhaltsrecht (Wien 22008).
- Edwin GITSCHTHALER, § 68 EheG, in: Edwin GITSCHTHALER, Johann HÖLLWERTH (Hgg.), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (Wien 2011).

- Edwin GITSCHTHALER, § 68a EheG, in: Edwin GITSCHTHALER, Johann HÖLLWERTH (Hgg.), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (Wien 2011).
- Edwin GITSCHTHALER, § 69 EheG, in: Edwin GITSCHTHALER, Johann HÖLLWERTH (Hgg.), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (Wien 2011).
- Edwin GITSCHTHALER, § 94 EheG, in: Edwin GITSCHTHALER, Johann HÖLLWERTH (Hgg.), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (Wien 2011).
- Edwin GITSCHTHALER, Grundwertungen im Recht des ehelichen Unterhalts, in: Constanze FISCHER-CZERMAK, Gerhard HOPF, Georg KATHREIN, Martin SCHAUER (Hgg.), FS 200 Jahre ABGB, Bd. 2 (Wien 2011) 977–996.
- Johann HÖLLWERTH, Vorbemerkungen zum EheG, in: Edwin GITSCHTHALER, Johann HÖLLWERTH (Hgg.), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (Wien 2011).
- Gerhard HOPF, Johannes STABENTHEINER, Das Eherechts-Änderungsgesetz 1999, in: ÖJZ 54 (1999) 821ff.
- Ferdinand KERSCHNER, Zum Unterhalt nach Scheidung nach neuem Recht, in: JBl. 101 (1979) 561ff.
- Ferdinand KERSCHNER, Gesellschaftspolitische Tendenzen in der Zivilrechtsjudikatur, in: RZ 73 (1995) 271ff.
- Ferdinand KERSCHNER, Entscheidungsbesprechung zu 1 Ob 108/01s, in: JBl. 124 (2002) 451ff.
- Gerhard KOHLEGGGER, Unterhaltsrecht der Ehegatten zwischen Alimentations- und Partnerschaftsdenken, in: NZ 104 (1972) 189ff.
- Helmut KOZIOL, Rudolf WELSER, Grundriss des bürgerlichen Rechts I (Wien 132006).
- Josef KRAINZ, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II (Wien 21894).
- Karl LACKNER, Das neue Unterhaltsrecht der Ehegatten in der Praxis, in: ÖJZ 32 (1977) 197ff.
- Karl LACKNER, Die Auslegung des § 94 ABGB in der Praxis, in: ÖJZ 33 (1978) 542ff.
- Arthur LENHOFF, in: Heinrich KLANG (Hg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III (Wien 1932).
- Arthur LENHOFF, in: Heinrich KLANG (Hg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I/1 (Wien 1933).
- Julius OFNER, Der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (Wien 1888).
- Helmut PICHLER, Das Eherechts-Änderungsgesetz 1999, ÖA 32 (2000) 62ff.

- Martin SCHAUER, Neues Erbrecht ab 1991, in: RdW 8 (1990) 70ff.
- Fritz SCHWIND, Einige Unterhaltsfragen im Ehe recht, in: ÖJZ 9 (1954) 499ff.
- Fritz SCHWIND, Kommentar zum österreichischen Ehe recht (Wien ²1980).
- Fritz SCHWIND, Familienrecht (Wien ³1984).
- Emanuel STROß, Ist die vermögliche Gattin verpflichtet, dem erwerbsunfähigen Gatten den mangelnden Unterhalt zu verschaffen? in: JBl. 17 (1888) 366ff.
- RUDOLF WELSER, § 758, in: Peter RUMMEL (Hg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 (Wien ³2000).
- RUDOLF WELSER, § 796, in: Peter RUMMEL (Hg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 (Wien ³2000).
- Rudolf WELSER, Die Entwicklung des Erbrechts, in: Constanze FISCHER-CZERMAK, Gerhard HOPF, Georg KATHREIN, Martin SCHAUER (Hgg.), FS 200 Jahre ABGB, Bd. 1 (Wien 2011) 713–740.
- Wolfgang ZANKL, Das gesetzliche Vorausvermächtnis des Ehegatten (Wien 1996).
- Wolfgang ZANKL, § 68 EheG, in: Michael SCHWIMANN, ABGB-Praxiskommentar (Wien ³2005).
- Franz von ZEILLER, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1 (Wien–Triest 1811).