

I. Familie – Historische Begrifflichkeiten und moderne Realitäten

Die wohl anachronistische Norm des österr Familienrechts ist mittels Teilaufhebung durch den VfGH¹ quasi Geschichte geworden, bildete jedoch mehr als zwei Jahrhunderte eine manifeste Basis des gesamten familienrechtlichen Bestandes. Gem § 44 ABGB idStF 1811 gründeten sich Familien-Verhältnisse auf den **Ehevertrag**, in welchem „*zwey Personen verschiedenen Geschlechtes gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitig Beystand zu leisten*“, erklären. Trotz dieser Anordnung wurden aber bereits im 19. Jh Ehen von Menschen im nicht mehr fortpflanzungsfähigen Alter geschlossen und wurde die im Rahmen der ehelichen Gestaltungsautonomie getroffene Vereinbarung, kinderlos bleiben zu wollen, unproblematisch anerkannt.² Der grundrechtliche Schutz des Familienlebens besteht gem Art 8 EMRK nicht nur hinsichtlich der Ehe, sondern für viele andere Formen bestehender oder erst zu fördernder³ sozialer bzw intimer Beziehungen. Das **Verlöbnis** (§ 45 ABGB) als vorläufiges, nicht durchsetzbares, aber allenfalls Schadenersatzansprüche auslösendes Eheversprechen ist mittlerweile mehr von historischer Bedeutung – als juristische Reibfläche zwischen Kirche und Staat⁴ – bzw von symbolischem, romantisch praktiziertem Wert.

Neben der Ehe und Eingetragenen Partnerschaft (EP) war bzw ist die **nichteheliche Lebensgemeinschaft** (NEL) die häufigste Erscheinungsform längerfristigen Zusammenlebens von Paaren. Oft bilden Lebensgemeinschaften eine Art Vorstufe zur Ehe, und es wird erst nach der Geburt eines Kindes geheiratet. In vielen Fällen bleibt es bei einer bloßen Lebensgemeinschaft, die laut Jud als Wohn-, Wirtschafts- und Sexualgemeinschaft zu sehen ist und mitunter länger währt als eine durchschnittliche Ehe.⁵ Obwohl ursprünglich negativ besetzt und als verwerfliches Konkubinat betitelt, setzte sich gegen Ende des 20. Jh auch juristisch eine Art faktischer Anerkennung und Gleichsetzung mit der Ehe durch.⁶ Seit Verankerung der **eingetragenen Partnerschaft** als Rechtsinstitut der gleichgeschlechtlichen Zweierbeziehung bildete die grds regelungslose, hetero- oder homosexuelle Lebensgemeinschaft wieder mehr ein allfälliges Gegenmodell zu institutionalisierten Formen des Zusammenlebens. Das Fehlen gesetzlicher Normen zur Lebensgemeinschaft wird in der Fachwelt seit Längerem kritisiert.⁷ Durch das ErbRÄG 2015

1 VfGH G 258–259/2017-9.

2 Vgl Hopf/Kathrein, Kurzkomentar zum Eherecht³ (2014) § 44 ABGB Rz 7.

3 Zum Schutz eines künftig erst beabsichtigten Familienlebens vgl Ulrich, Die Judikatur des EGMR und VfGH zum Obsorge- und Namensrecht, in Deixler-Hübner/Ulrich (Hrsg), Kindschafts- und Namenrechts-Änderungsgesetz (2013) 1 (6 f).

4 Dazu gleich unten.

5 Vgl insb die statistischen Ausführungen bei Zartler, Nichteheliche Lebensgemeinschaften. Soziologische Analyse einer Lebensform, in 18. ÖJT II/2 (2013) 24 (25 f und 36) und Beham-Rabanser/Berghammer/Zartler, Partnerbeziehungen zwischen Flexibilität und Stabilität, in Bacher ua (Hrsg), Sozialstruktur und Wertewandel in Österreich (2019) 179 (181 ff).

6 Zur historischen Entwicklung, insb der Abgrenzung und Gleichsetzung in anderen Rechtsbereichen, vgl Aichhorn, Das Recht der Lebenspartnerschaften: Ehe und Lebensgemeinschaft (2003).

7 Der 18. Österreichische Juristentag 2012 in Linz widmete sich der Frage „Neue Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften?“ 18. ÖJT II/1 (2012) mit einem gemeinsamen Gutachten von Fischer-Czermak und Beclin. Vgl auch Ferrari, Benötigen moderne Partnerschaften und Familien zu Beginn des 21. Jahrhunderts noch gesetzliche Regelungen? in Neuwirth (Hrsg), Familie neu? (2010) 33.

sollte die NEL als faktische Familienform grundsätzlich anerkannt werden, die Rechtsansprüche sind im Vergleich zu jenen aus Ehe oder EP aber äußerst rudimentär. Unter dem Begriff der **Patchwork-Familie** sind alle Formen eines Beziehungs- und Zusammenlebens mehrerer Erwachsener mit Kindern aus unterschiedlichen Elternkonstellationen zu verstehen. Auch hier bietet das Recht nur wenige Regelungen, es greifen vorrangig Vertretungsrechte und Schutzpflichten gegenüber Kindern.

In der angemessenen Kürze des Beitrags sollen ein – in Teilen wohl zwingend kursorischer – Überblick über die wichtigsten Themen und Entwicklungen im Bereich des Familienrechts seit Beginn der systematischen Kodifikationstätigkeit im 18. Jh gegeben, aber auch jüngste Änderungen angesprochen werden.⁸

II. Paarbeziehungen

A. Kirchliches oder staatliches Eherecht?

Ausgangslage des Konflikts um die staatliche Gestaltung des Eherechts im katholischen Österreich des 18. Jh war die jahrhundertealte Tradition, dass kirchliche Gerichte über Gültigkeit und Aufhebung von Ehen entschieden, während die zivilrechtlichen Wirkungen von weltlichen Instanzen zu beurteilen waren. Faktisch bezogen die kirchlichen Konsistorien jedoch oftmals ehgüterrechtliche Belange als scheinbare Zusatzfragen in ihre Entscheidungen mit ein, worauf den weltlichen Obrigkeiten die Exekution solcher Titel untersagt wurde (Kaiserliches Patent vom 20.10.1753⁹). Weiterer Streitpunkt war die Gültigkeit der Verlobungen Minderjähriger ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertreter, die von der Kirche als unproblematisch gesehen wurden, von Maria Theresia jedoch mittels Patent vom 12.4.1753 für nichtig erklärt worden waren. Dieses Patent blieb auch nach jahrelangen Verhandlungen zwischen den Bischöfen und der Hofkanzlei unverändert in Kraft.¹⁰ Mittels Hofdekret vom 22.3.1765 mussten die matrikelführenden Pfarrer zur prozessualen Mitwirkung verpflichtet werden, weil sie oftmals Abschriften aus den oder Einsichtnahmen in die Matrikeln verweigerten. Die religiösen Minderheiten wurden von der sich entwickelnden staatlichen Ehegesetzgebung unter Maria Theresia noch ignoriert und schlossen Ehen nach protestantischem, mosaischem oder sonstigem Religionsrecht. Ehen zwischen Katholiken und Protestanten unterlagen den (ab 1781 wieder abgeschwächten) Vorrangregelungen zugunsten der katholischen Kirche.¹¹

Den Weg zur endgültigen staatlichen Ehegesetzgebung leitete kurioserweise eine durch Joseph II. erfolgte Bekräftigung der (erz-)bischöflichen Dispensgewalt ein (Hofdekret vom 4.9.1781) – in Opposition zu päpstlichen Einmischungsversuchen,¹² gefolgt von der

8 Um den Fußnotenapparat nicht zu überfrachten, werden zahlreiche historische Quellen in verkürzter Zitierung angegeben. Da viele jüngere Gesetze in den einzelnen Kapiteln mehrfach angesprochen werden, finden sich Rechtsquellen ab 1945 gesammelt in einer den Beitrag abschließenden Übersicht.

9 Abgedruckt bei *Michel*, Beiträge zur Geschichte des österreichischen Eherechts I (1870) 71 f.

10 Gleiches galt für eine Anordnung bzgl der fehlenden Zustimmung der Militärbehörden bei Verlobungen von Militärpersonen.

11 Grundlegend dazu *Primetshofer*, Rechtsgeschichte der gemischten Ehen in Österreich und Ungarn (1781–1841). Ein Beitrag zur Geschichte der Beziehungen zwischen Kirche und Staat (1967).

12 Bereits Maria Theresia hatte das direkte Ansuchen der Untertanen um Dispenserteilung bei päpstlichen Stellen unter Strafe gestellt und staatliche Behörden bzw die heimischen Bistümer für zuständig erklärt (Verordnung vom 27.9.1777). Vgl *Mühlsteiger*, Der Geist des Josephinischen Eherechtes (1967) 43 f bzw 49.

allgemeinen Gerichtsordnung aus 1781, die mit Inkrafttreten im Jahr 1782 den Instanzenzug in Ehestreitigkeiten wesentlich veränderte und die Basis für die grundlegende materielle Neugestaltung des Verlöbnis- und Eherechts bereitete.

1. Verlöbnis- und Ehehindernisrecht als Knackpunkte der Josephinischen Ehegesetzgebung

Mit Patent vom 30.8.1782 wurden alle **Wirkungen eines Verlöbnisses aufgehoben**, selbst die Schwängerung einer Verlobten sollte keine Verbindlichkeit zur Eheschließung mehr begründen. Damit stellte sich der weltliche Gesetzgeber diametral gegen kirchenrechtliche Überzeugungen, die unter bestimmten Voraussetzungen dem Verlöbnis bereits Ehwirkung zuschrieben. Dass weiterhin entsprechende Begrifflichkeiten – wie Verlöbnis, Brautleute etc – in den Gesetzen Verwendung fanden, dürfte an der Faktizität dieses weiterhin aufrecht erhaltenen Brauches gelegen haben.¹³

Das sog **Josephinische Ehepatent** vom 16.1.1783 beseitigte die bis dahin anerkannte Geltung katholischer Ehegesetze. Sowohl die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Ehe als auch die bürgerlichen Wirkungen und die Frage der Ehelichkeit oder Unehelichkeit der gezeugten Kinder wurden durch das Patent „aus Vollkommenheit landesfürstlicher Macht“ entschieden. Das Ehehindernisrecht bildete eine Mischung aus der Fortführung der thesesianischen Anordnungen zum Verlöbnis sowie Anerkennung, Ablehnung und Modifikation des bisherigen kanonischen Ehehindernisrechts. Das Aufgebot wurde zwingende Voraussetzung für die weiterhin vom (je nach Religion zuständigen) Seelsorger¹⁴ vorzunehmende Trauung. Das Eheband war für Katholiken unauflöslich, bzgl religiös gemischter Ehen bestand weiterhin Dominanz der katholischen Grundsätze. Die Ehen der Akatholiken (protestantische und orthodoxe Christen) konnten durch die Gerichte aus wichtigen Gründen – wie Ehebruch, böswilligem Verlassen, aber auch unüberwindlicher Abneigung (nach einvernehmlichem Vorbringen beider) – gänzlich getrennt werden. Alle Ehefragen waren von weltlichen Gerichten zu entscheiden.

Die faktische Schwierigkeit des staatlichen Eherechts lag in der notwendigen Mitumsetzung durch die **Pfarrer als Trauungsorgane**, die sich je nach Diözese in unterschiedlichem Ausmaß verweigerten und nicht an den neuen, sondern weiterhin an katholischen Ehehindernissen orientierten. Insb die Dispenserteilung bei Verwandtschaft oder Schwägerschaft der Brautleute wurde weiterhin entgegen den Bestimmungen des Ehepatents als kirchliches Recht gehandhabt und löste heftige Kontroversen aus. Dies führte schließlich zur bemerkenswerten Situation, dass von katholischen Vertretern die Etablierung einer reinen Zivilehe (getrennt von der Sakramentehe) vorgeschlagen wurde, was die Hofkanzlei allerdings ablehnte.¹⁵ Sie bestätigte mit Dekret vom 24.11.1784

13 So *Mühlsteiger*, Geist 32. Die Bedeutung des Verlöbnisses wurde durch die im ABGB anerkannten, allfälligen Schadenersatzansprüche zumindest teilweise wieder berücksichtigt.

14 Im Ehepatent angesprochen wurden Katholiken, Protestanten und Griechisch-Orthodoxe. Die Ausdehnung der Anordnung auf Juden erfolgte erst durch Sonderbestimmungen in den Jahren 1785/86, die Anerkennung des jüdischen Scheidebriefs durch Hofdekret 1791. Zur unterschiedlichen Beachtung der Religionsgruppen in Ehepatent und ABGB und den Auswirkungen der Toleranzgesetzgebung vgl auch *Schima*, Das Eherecht des ABGB 1811, BRGÖ 1/2012, 13 (14).

15 Vgl *Michel*, Beiträge 21; weiters *Fuhrmann*, Die Diskussion über die Einführung der fakultativen Zivilehe in Deutschland und Österreich seit Mitte des 19. Jahrhunderts (1998) 187.

lediglich, dass durch das Ehepatent die Gültigkeit des Sakraments nicht berührt werde, und bekräftigte, dass die Pfarrer zur Durchführung von Aufgebot und Trauung nach den zivilrechtlichen Vorschriften verpflichtet seien. Zusätzlicher Streit entzündete sich an der Frage, ob ein nachfolgender Übertritt zum katholischen Glauben die Trennung der (ursprünglich) akatholischen Ehe hindern sollte und ob ein getrennter Akatholik rechtmäßig eine weitere Ehe mit einem katholischen Teil eingehen konnte. Beides wurde mittels Hofdekretes als unproblematisch bestätigt, von der katholischen Kirche aber vehement abgelehnt.

Auch Josephs Nachfolger Leopold II. und Franz II. (I.) hielten unverändert an den Bestimmungen des Ehepatents bzw des diese ins III. Hauptstück übernehmenden Josephinischen Bürgerlichen Gesetzbuches von 1786 fest – trotz zahlreicher bischöflicher Beschwerden und weiterer kirchlicher Eingaben, die eine rege gutachterliche Tätigkeit der Hofkommission provozierten.¹⁶

2. Das ABGB-Eherecht und der bis ins 20. Jh fortgesetzte Kulturkampf

Das ABGB 1811 regelte das Eherecht als 2. Hauptstück des I. Teils und schloss inhaltlich zur Gänze an die Ideen des Josephinischen Ehepatents bzw späterer Ergänzungen an. Die Praxis der **Entscheidung von Zweifelsfragen mittels Hofdekretes und Verordnungen** wurde ebenfalls beibehalten, wandelte sich jedoch zunehmend in eine die kirchlichen Forderungen bestätigende.¹⁷ So erfolgte am 28.7.1814 eine offiziell als Erläuterung des § 119 ABGB umschriebene, allerdings die gesetzlichen Regelungen ändernde Korrektur dahingehend, dass die Trauung einer Person katholischen Glaubens mit einer gültig getrennten akatholischen Person zu Lebzeiten des anderen getrennten Partners nicht möglich war. Die Lösung dieses seit langem schwelenden Streitpunkts zwischen Kirche und Staat war bzgl diverser Anlassfälle mit unterschiedlichen, teilweise geheimen Anordnungen immer wieder aufgeschoben worden.¹⁸

In den 1830er Jahren begannen die Verhandlungen eines Konkordats zwischen Österreich und dem Heiligen Stuhl, die insb eine Neuordnung der Eheangelegenheit zum Ziel hatten. Nach Niederschlagung der Revolution 1848 und der sich abzeichnenden Wende zum Neoabsolutismus formulierten die Bischöfe Österreichs abermals ihre Forderungen bzgl des Eherechts und drängten auf die Rückübertragung der katholischen Ehen an die kirchliche Gerichtsbarkeit und Einführung einer Notzivilehe, während das Justizministerium die Idee einer allgemeinen Zivilehe ventilerte. Die Einführung der fakultativen Zivilehe wurde von keiner Seite in Erwägung gezogen. Franz Joseph I. schließlich beauftragte den Entwurf eines neuen Ehegesetzes, das die **Verhandlungsgrundlage für das Konkordat** bildete, welches 1855 unterzeichnet wurde. In Ausführung desselben folgte

16 Der päpstlichen Bulle *Auctorem fidei* aus 1794 wurde das *Placitum regium* verweigert, weil entsprechende eherechtliche Bestimmungen dort als ketzerisch verdammt worden waren. Vgl *Michel*, Beiträge 37.

17 Siehe die Zusammenfassung bei *Michel*, Beiträge 63 f.

18 Gleichzeitig verstärkte Rom den Druck: So verweigerte der Papst die Bestätigung des vom Kaiser vorgeschlagenen Bischofs von Laibach, der als Referent der Hofkanzlei das Ehepatent mitgetragen hatte. Nach monatelangen diplomatischen Verwicklungen und als der Kaiser bereits nachgeben wollte, erfolgte die Konfirmation des Bischofs *Gruber*. Wenig später wurden Bücher der österreichischen Kirchenlehrer *Rechberger* und *Dannemayer* auf den Index gesetzt.

ein Patent vom 8.10.1856,¹⁹ das die kirchliche Gerichtsbarkeit für Katholikenehen wieder einfuhrte. Für Akatholiken blieben die Bestimmungen des ABGB aufrecht. Liberale Kräfte versuchten sofort eine staatliche Neuregelung der Eheangelegenheiten zu erreichen; es bedurfte jedoch wieder des allgemeinen politischen Umbruchs – insb der verfassungsrechtlichen Garantie religiöser Gleichheit durch StGG 1867 –, um mit G vom 25.5.1868²⁰ die Wiederherstellung des ABGB-Eherechts für Katholiken, die Rücküberweisung aller Ehestreitigkeiten an weltliche Gerichte sowie die Einführung der **Notzivilehe** (Aufgebot und Trauung durch weltliche Behörden bei Weigerung des Seelsorgers)²¹ zu erwirken. Erst mit G vom 9.4.1870²² wurde ergänzend die **Zivilehe** für Konfessionslose bzw Angehörige einer gesetzlich nicht anerkannten Religionsgemeinschaft eingeführt.

Zu Beginn des 20. Jh intensivierten sich die parlamentarischen Debatten um eine Reform des Eherechts, im Mittelpunkt stand erstmals das **Problem der Untrennbarkeit der Katholikenehe**. Das Thema wurde während und nach dem Ersten Weltkrieg besonders virulent; die Kriegereignisse hatten viele Ehen zerstört bzw zu überstürzten Eheschließungen geführt – die Unmöglichkeit einer Trennung und Wiederheirat wurde als unhaltbarer gesellschaftlicher Zustand empfunden und zeigte im europäischen Vergleich die Rückständigkeit der eherechtlichen Bestimmungen der österr Erbländer.²³ Die unmittelbar nach Gründung der Republik in der Provisorischen Nationalversammlung gestellten Anträge zur Anwendung der Bestimmungen zur Trennbarkeit für alle Ehen sowie Einführung der Zivilehe wurden dem Justizausschuss zugewiesen. Die Nationalversammlung lehnte die Entscheidung dieser weitreichenden Materie schließlich ab und verwies auf das neu zu wählende Parlament. Nach Bruch der Koalition zwischen Sozialdemokraten und Christlichsozialen nach nur einem Jahr und Sieg der Konservativen bei Neuwahlen 1920 war an eine Reform nicht mehr zu denken; selbst die Wiederaufnahme der Koalition zwei Jahre später brachte in diesem Punkt keine Versöhnung mehr.²⁴ So verstärkte sich die Praxis der sog **Sever-Ehen**, sprich der Erteilung des Dispenses von der Tatsache einer bestehenden Ehe durch die politischen Behörden sowie Trauung in Form der Notzivilehe (nach Austritt der Brautleute aus der katholischen Kirche).²⁵ Der Kompetenzkonflikt zwischen Verwaltungsbehörden und Gerichten wurde mehrmals vor die Höchstgerichte getragen, und die unterschiedlichen gerichtlichen Entscheidungen

19 RGBL 1856/185.

20 RGBL 1868/47.

21 Zur durch den österr Klerus erfolgten argumentativen Gleichsetzung der fakultativen Zivilehe (die echte Wahlfreiheit bedeutet hätte) mit der Notzivilehe und der Auslegung der Gewissensfreiheit als Gewissenspflicht siehe *Fuhrmann*, Diskussion 211 ff.

22 RGBL 1870/51.

23 So waren mit dem in Ungarn 1895 neu beschlossenen Eherecht oder dem deutschen BGB 1900 neue Vorbildregelungen entstanden.

24 Zur Argumentation der politischen Lager vgl *Hanisch*, Bis daß der Tod euch scheidet: Katholische Kirche und Ehegesetzgebung in Österreich, in *Weinzierl/Stadler* (Hrsg), Geschichte der Familiengesetzgebung in Österreich (1977) 17 (25 ff).

25 Diese Dispens- oder Sever-Ehen erhielten ihren Namen nach dem damaligen sozialdemokratischen Landeshauptmann von NÖ, der diese Verwaltungspraxis begründet hatte, die sich jedoch nicht in allen Bundesländern durchsetzen konnte. 1919 wurden 6.000 solche „Zweitehen“ geschlossen, 1929 waren es bereits 55.000. *MwN Fuhrmann*, Diskussion 238.

gen hinsichtlich der (Un-)Gültigkeit der Dispensehen bildeten nur eine Seite des herrschenden Ehechaos. Die öffentlichen Auseinandersetzungen zwischen Vertretern der Klerikalen und Eherechtsreformvereinen sowie gegenseitige Diffamierungen offenbarten das Ausmaß dieses Kulturkampfes.²⁶ Kuriositäten des österr Eherechtsbestandes stellten die – von den Gerichten im Streitfall meist für ungültig erklärten – **siebenbürgischen und ungarischen Ehen** dar, die als Erbe der ehemaligen Kronländer gesehen werden können.²⁷

Die Verflechtung von politischer Ideologie und Eherecht wurde mit dem Kippen ins Autoritäre und dem Sturz des Parlamentarismus überdeutlich. Am 1.5.1934 trat ein neues Konkordat in Kraft, dem zufolge kanonische Eheschließungen vom staatlichen Recht anzuerkennen waren und erneut kirchengerichtliche Zuständigkeiten hinsichtlich der Frage der Gültigkeit von Ehen entstanden. Der Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich im Jahr 1938 beendete die Anwendbarkeit dieses Konkordats, das völkerrechtlich weiterhin in Geltung stand. So entbrannte nach 1945 abermals ein großkoalitionärer Streit um **Geltung oder Neuverhandlung der Konkordatsbestimmungen**, während der Heilige Stuhl schlicht Vertragstreue einforderte. Inhaltlich sind schlussendlich nur Regelungen der Rechtshilfe zwischen kirchlichen und staatlichen Gerichten übriggeblieben.²⁸

Durch die Einführung des EheG 1938²⁹ wurden nicht nur der Großteil des ABGB-Eherechts außer Kraft gesetzt, sondern auch eine Reihe von bereits zuvor im nationalsozialistischen Deutschland erlassenen erbbiologischen und rassistischen Normen iZm der Ehe anwendbar. So orientierten sich **Eheverbote, Ehehindernisrecht und Ehenichtigkeitsgründe** am ErbgesundheitsG,³⁰ BlutschutzG³¹ sowie EhegesundheitsG,³² das wiederum auf das Erbgesundheitsgesetz verwies. Die ursprünglich geplante Gesamtreform des BGB-Familienrechts wurde nach dem Anschluss Österreichs zugunsten einer raschen, die österr und deutschen Rechtsbestände des Eheschließungs- und Ehescheidungsrechts vereinheitlichenden Regelung fallen gelassen. Dem EheG 1938 lag ein Eheverständnis

26 Im zusammenfassenden Überblick *Kalb*, Das Eherecht in der Republik Österreich 1918–78, BRGÖ 1/2012, 27 (32 f); umfassend *Harmat*, Ehe auf Widerruf? Der Konflikt um das Eherecht in Österreich 1918–1938 (1999).

27 Eine Siebenbürgische Ehe entstand durch vorübergehende Wohnsitznahme in Siebenbürgen und Religionswechsel zur dortigen evangelischen oder unitarischen Kirche. Die Kirchengerichte wandelten dann eine katholische Scheidung von Tisch und Bett, die das Eheband nicht löste, in eine echte Trennung um und erlaubten eine neue Heirat. Siehe mwN *Lehner*, Familie – Recht – Politik. Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert (1987) 70 sowie *Neschwara*, Konfessionell gebundene Ehehindernisse im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch. Strategien zur Umgehung des österreichischen Eherechts, BRGÖ 2018, 173. Das Burgenland gehörte ursprünglich den ungarischen Ländern und dem dortigen Rechtskreis an, wurde erst 1921 Österreich zugeschlagen und beharrte auf Beibehaltung des ungarischen Eherechts für burgenländische Landesbürger. Vgl *Kalb*, Das Eherecht in der Republik Österreich 1918–78, BRGÖ 1/2012, 27 (33).

28 Vgl *Primetshofer*, Ehe und Konkordat (1960) 91 ff; *Weinzierl-Fischer*, Die österreichischen Konkordate von 1855 und 1933 (1960); *Kalb*, Das Eherecht in der Republik Österreich 1918–78, BRGÖ 1/2012, 27 (38 f).

29 Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6.7.1938, dRGBl I, 807. Zum EheG 1938 wurden sechs Durchführungsverordnungen erlassen.

30 Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14.7.1933, dRGBl I, 529.

31 Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15.9.1935, dRGBl I, 1146.

32 Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes vom 18.10.1935, dRGBl I, 1246.

zugrunde, das primär ideologische, biologische und rassische Ziele verfolgte und die **Staatsnützlichkei**t der Ehen zur obersten Richtschnur machte.³³

In Österreich wurde jedoch vordergründig die Tatsache wahrgenommen, dass der Reformstau bzgl fehlender Trennbarkeit der Katholikenehe durch die Einführung der obligatorischen Zivilehe überwunden war und ein einheitliches Scheidungsrecht zur Verfügung stand. Daher war auch nach Kriegsende nicht mehr an eine Aufhebung des EheG 1938 zu denken, der Gesetzgeber versuchte lediglich durch Streichung einzelner Paragraphen oder Passagen die offenkundig nationalsozialistischen Bestimmungen zu beseitigen.³⁴

B. Ausgewählte eherechtliche Fragen im historischen Überblick

1. Vermögens- und erbrechtliche Wirkungen der Ehe

Der Mann als „**Haupt der Familie**“ sollte gem ABGB 1811 eine durch die männliche Überlegenheit gegebene Leitungskompetenz, aber keine ehemännliche Gewalt als Herrschaftsrecht iES innehaben.³⁵ Die Bestimmungen der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe (§§ 89 ff ABGB StF) folgten diesem Muster; dh beide Ehegatten waren zur Erfüllung der ehelichen Pflicht, zur Treue und anständigen Begegnung verbunden; dem Mann kam Entscheidungsgewalt zu, er vertrat die Frau nach außen, schuldete ihr einen standesgemäßen Unterhalt und leitete das Hauswesen; die Frau folgte dem Mann in Stand, Namen und Wohnsitz, sie befolgte seine Anordnungen bzgl des Hauswesens bzw sorgte für deren Umsetzung.

Den gesetzlichen ehelichen Güterstand bildete die **Gütertrennung**; auch die verheiratete Frau blieb voll geschäftsfähig und konnte jederzeit über ihr Vermögen verfügen. Dennoch forcierten die Vermutungen der §§ 1237 Satz 2 und 1238 ABGB StF eine Benachteiligung der Frau, weil die Verwaltung beider Vermögen durch den Ehemann und ein Gewinnzuschlag an das Mannesvermögen bei zweifelhaftem Ursprung angenommen wurden. § 1239 ABGB StF befreite den Mann als Verwalter des Frauenvermögens von jeder Rechnungslegungspflicht, er haftete nur für Stammgut und Kapital. Ein Widerspruch der Frau gegen seine Vermögensverwaltung war aber jederzeit formlos möglich. Dieser vermuteten Nahebeziehung beider Vermögen und einem gemeinsamen Wirtschaften entsprach auch der eheliche Grundsatz der Mitwirkungspflicht der Gattin am Erwerb des Mannes.

33 Erläuternde Materialien sowie zeitgenössische Kommentierung bei *Volkmar* ua, Großdeutsches Eherecht. Kommentar (1939). Vgl auch *Ramm*, Das nationalsozialistische Familien- und Jugendrecht (1984); *Hofmeister*, Privatrechtsgesetzgebung für Österreich im Nationalsozialismus, in *Davy* ua (Hrsg), Nationalsozialismus und Recht (1990) 124 sowie *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁸ (2019) 87 f.

34 Gesetz vom 26.6.1945 über Maßnahmen auf dem Gebiete des Ehrechtes, des Personenstandsrechtes und des Erbesundheitsrechtes, StGBI 31, welches die §§ 4, 5, 53, 58 und 106 EheG 1938 zur Gänze aufhob sowie einige Verweise im Gesetz beseitigte, aber zu keiner tatsächlichen Überwindung der von NS-Jud und Lehre entwickelten Grundsätze gelangte. Vgl dazu *Floßmann* (Hrsg), Nationalsozialistische Spuren im Recht (1999) sowie *Hölzl/Neuwirth*, Nationalsozialistische Erbesundheitslehre im österreichischen Ehe- und Anerbenrecht nach 1945, *juridikum* 2/2015, 209.

35 *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I (1811) § 91, Nr 1, 249 ging von der „*Verschiedenheit der Geschlechtseigenschaften und der denselben anpassenden Erziehung*“, die eine Aufgabenteilung im Hauswesen rechtfertigten, aus sowie von der „*Vermuthung einer reiferen und tieferen Beurtheilung*“ aller Angelegenheiten durch den Mann, weshalb die Frau zum Gehorsam verpflichtet war.

Heirat begründete im juristischen Sinn zwar eine Reihe von Pflichten und Bindungen, sie führte aber nicht zur Verwandtschaft der Ehepartner und damit im erbrechtlichen Sinn zu keiner Intestaterbfolge wie bei den sonstigen Verwandten. Erst die Eingrenzung der sonstigen Intestaterben ab dem 18. Jh und die zunehmende Bedeutung eigenhändig erwirtschafteten Vermögens führten zu einer **Anerkennung des überlebenden Eheteils als gesetzlichem Erben**. Dabei spielte die Pflicht der Ehefrau zur Mitarbeit im Erwerb des Mannes eine wesentliche Rolle.³⁶ Waren Kinder vorhanden, bestand allerdings kein Erb-, sondern ein bloßes Nutzungsrecht am Viertel des Nachlasses, bei mehr als drei Kindern am gleichen Kopfteil wie ein Kindesteil (§ 757 ABGB StF). War die Ehe kinderlos geblieben, erbte der überlebende Eheteil in Konkurrenz mit anderen Verwandten das Vermögensviertel; waren gar keine Verwandten vorhanden oder traten sie ihr Erbe nicht an, erbte er oder sie den kompletten Nachlass. Voraussetzung für alle Ansprüche war die bestehende Ehe; im Fall einer Scheidung von Tisch und Bett konnte nur der schuldlos geschiedene Teil ein gesetzliches Erbrecht in Anspruch nehmen. Vermögensempfänge aus Ehepakten oder aufgrund eines Erbvertrags mussten angerechnet werden. Der Erbvertrag konnte nur zwischen Ehegatten oder Verlobten (bei nachfolgender Eheschließung) Gültigkeit erlangen und durfte sich auf maximal drei Viertel des Nachlasses beziehen. Das freie Viertel hatte für eine letztwillige Anordnung zur Verfügung zu stehen oder ging andernfalls den Weg der gesetzlichen Erbfolge (§ 602 iVm §§ 1249–1254 ABGB StF). Ausschließlich der Witwe gebührte gem § 1243 ABGB StF jedenfalls für sechs Wochen ein Unterhaltsanspruch wie zu Lebzeiten des Mannes; dieser Anspruch richtete sich gegen den Nachlass und verlängerte sich bei der schwangeren Witwe bis sechs Wochen nach der Geburt des Kindes.³⁷

Ab der ersten ABGB-Teilnov 1914 (I. TN)³⁸ wurde das Ehegattenerbrecht sukzessive ausgebaut und gestärkt. So erhielt der überlebende Teil neben Kindern (und deren Nachkommen) jedenfalls ein Viertel des Nachlasses als Eigentum, neben anderen Verwandten die Hälfte. Weiters wurde eine spezielle Erbrechtsgrenze eingezogen, wonach nur mit Verwandten der ersten beiden Parentelen und den Großeltern des verstorbenen Teils Konkurrenz bestand. Ebenfalls abhängig von konkurrierenden anderen Erben stand erstmals ein **gesetzliches Vorausvermächtis** zu (neben Kindern der zur Aufrechterhaltung des bisherigen Lebensstandards nötige, neben anderen der gesamte bewegliche Hausrat). Mit dem Gesetz über Änderungen des Ehegattenerbrechts, des Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts³⁹ vergrößerte sich der Erbteil des überlebenden Eheteils auf ein Drittel bzw zwei Drittel. Gleichzeitig wurde erstmals auch ein Pflichtteilsanspruch (in Höhe der Hälfte der gesetzlichen Erbquote) eingeführt.

36 Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch II/2 (1812) § 758, Nr 1, 755 f sah nicht nur in der gewerbsmäßigen Beteiligung und Mitarbeit eine Rechtfertigung für ein gesetzliches Erbrecht der überlebenden Ehegattin, sondern verwies auch auf den „mittelbaren“ Beitrag der Frau, die den Mann durch die bloße Führung des Hauswesens von dieser Sorge befreite und ihn daher seinem eigenen Beruf besser nachkommen lasse.

37 Dieser Witwenunterhalt wurde 1975 im Rahmen der Festlegung gleicher Rechte und Pflichten beider Ehegatten beseitigt.

38 RGBl 1914/276.

39 BGBl 1978/280.

Das FamRÄG 2009⁴⁰ widmete sich der Abschaffung historischer, mittlerweile **ungebräuchlicher Rechtsinstitute des ABGB 1811** und fasste Heiratsgut, Widerlage und Morgengabe unter dem Begriff der Ausstattung zusammen. Die Rechtsinstitute des durch Ehepakt vereinbarten Witwengehalts bzw eines Fruchtgenusses auf den Todesfall (Advitalität) wurden gänzlich beseitigt. Weiters kam es generell zu einer Modernisierung der Ehepakete, also der vereinbarten Gütergemeinschaft und des Erbvertrags zwischen Ehegatten. Das ErbRÄG 2015⁴¹ führte zu einer weiteren Stärkung der erbrechtlichen Position der Eheleute durch Beschränkung der sonstigen Verwandtenerbfolge.

2. Gleichberechtigung der Geschlechter auch in der Ehe

Als beinahe ähnlich zäh und lange wie die Überwindung des kirchlichen Einflusses im österr Eherecht erwies sich die Umsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter in den Ehenormen; im Vergleich zum europäischen Ausland setzten die Debatten wiederum verspätet ein.⁴² Bereits die liberalen Gruppen der Frauenbewegung des ausgehenden 19. Jh hatten die Unterordnung der Ehefrau als Verletzung bürgerlicher Gleichheit und Hemmschuh hinsichtlich der Erreichung wirtschaftlicher Unabhängigkeit gebrandmarkt. Die vorwiegend linken Parlamentarierinnen der Ersten Republik legten konkrete Reformpläne hinsichtlich eherechtlicher Bestimmungen vor, die weit über das dominierende Thema der fehlenden Trennbarkeit der Katholikenehen hinaus auch die Frage der ehelichen Gleichberechtigung ansprachen, aber im Justizausschuss versandeten.

Erst nach den emanzipatorischen Rückschlägen des Austrofaschismus, des Nationalsozialismus und der Nachkriegszeit setzte wieder eine **eherechtliche Gleichheitsdebatte** ein. Das Gutachten *F. Bydlinskis* am Juristentag 1961 zeigte den Widerspruch zwischen dem Gleichheitsgrundsatz des B-VG und dem geltenden Familienrecht auf und setzte erstmals einen juristischen Kontrapunkt zur dominierenden familienrechtlichen Ansicht *Gschnitzers*, der als Verfechter der natürlichen Unterordnung der Ehefrau bisherige Reformvorschläge zu Fall gebracht hatte.⁴³ Zwar war in anderen Materiengesetzen bereits eine rechtliche Gleichstellung der Geschlechter hinsichtlich Eltern- und Vormundschaftsbestimmungen erreicht worden,⁴⁴ bis zu den ersten Beschlüssen im Eherecht sollte allerdings ein weiteres Jahrzehnt verstreichen.⁴⁵ Erst mit dem Gesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe⁴⁶ wurden die Rechte und Pflichten der Ehepartner als gleich festgeschrieben und die 1811 erfolgte Festlegung des Mannes als „Haupt der Familie“ beendet.

40 FamRÄG 2009, BGBl I 2009/75.

41 ErbRÄG 2015, BGBl I 2015/87.

42 Vgl *Floßmann*, Frauenrechtsgeschichte² (2006) 162 ff und 245; *Meder/Mecke* (Hrsg), Family Law in Early Women's Rights Debates. Western Europe and the United States in the nineteenth and early twentieth centuries (2013).

43 Zu ersten Reformansätzen und den sofort wieder auftretenden ideologischen Konflikten zwischen SPÖ und ÖVP *Lehner*, Familie 223 ff.

44 JWG 1954, BGBl 1954/99; AdoptionsG 1960, BGBl 1960/58; BG, mit dem vormundschaftsrechtliche Bestimmungen des ABGB geändert werden, BGBl 1967/122.

45 Die ÖVP bekannte sich erst im Salzburger Programm von 1972 zur „Gleichwertigkeit der Frau ... in der Rechtsordnung ... und ... in allen gesellschaftlichen und politischen Bereichen ...“, und die SPÖ betonte erstmals 1978 die Bedeutung des Vaters für und in der Familie. Vgl *Eypeltauer*, Familienrechtsreform (1981) 8, 10.

46 BGBl 1975/412.

Auf die mehrmaligen Änderungen des **Ehenamensrechts** sei hier nur kurz verwiesen. Die erste Nov findet sich 1975 im Gesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, welches zwar das Prinzip eines gemeinsamen gleichen Ehe- bzw Familiennamens bestätigte – dieser musste aber nicht mehr zwingend der Mannesname sein. Das Paar konnte die Bestimmung des Frauennamens zum Familiennamen vornehmen. War der Mannesname Familienname, so erhielt die Frau das höchstpersönliche Recht, ihren bisherigen Namen mit Bindestrich nachzustellen. Der VfGH hob diese Männer benachteiligende Norm auf⁴⁷ und mit EhenamenrechtsänderungsG 1986⁴⁸ wurde die Setzung eines Bindestrich-Namens für beide Eheteile gleich normiert. Der die Regelung grds prägende Vorrang des Mannesnamens wurde als unproblematisch idS Gleichheitsgrundsatzes gewertet (Traditionsargument) und nicht geändert.⁴⁹ Schließlich beseitigte 1995 das NamRÄG⁵⁰ den zwingenden Grundsatz des gemeinsamen Familiennamens. § 93 ABGB idF 1995 regelte abgestuft die Führung des gleichen Familiennamens (erfolgte keine Bestimmung des Frauennamens, war dies der Mannesname), die Führung eines Bindestrichnamens (durch einen Eheteil, wobei der bisherige Name sowohl vor- als auch nachgestellt werden konnte) sowie als letzte Möglichkeit die Beibehaltung der beiden bisherigen Namen. Auch in diesem Fall musste dies von der Frau aktiv betrieben werden, weil bei Nichthandeln der Mannesname weiterhin automatisch zum Familiennamen wurde. Die gänzliche Neuordnung des Namensrechts erfolgte durch KindNamRÄG 2013.⁵¹

3. Haushaltsführung, Unterhalts- und Beitragspflichten

Der Ehemann des ABGB 1811 war der Ehefrau grds angemessene, zumindest anständige, notfalls nur notdürftige **Unterhaltsleistung** schuldig. Dieser Anspruch bestand in Form eines Naturalunterhalts, nur ausnahmsweise als Geldanspruch. Die Ehefrau verpflichtete den Ehemann bei für den Haushalt notwendigen Anschaffungen in Form der Schlüsselgewalt direkt. Die Idee einer allfälligen Unterhaltspflicht der Frau wurde von den Redakteuren des ABGB eindeutig abgelehnt, gegen Ende des 19. Jh aber immer wieder in Jud und Lehre aufgegriffen. Schließlich setzte der OGH⁵² die Anerkennung einer subsidiären Unterhaltspflicht der Frau bei Bedürftigkeit des Mannes sowie die Anrechnung ihrer eigenen Einkünfte auf die Unterhaltshöhe durch.

1975 wurden mit Gesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe die Rechte und Pflichten der Ehepartner als gleich und eine **einvernehmliche Gestaltung** des Ehelebens festgeschrieben. Beide Eheteile waren nunmehr nach Kräften zur gemeinsamen Deckung der Lebensverhältnisse verpflichtet; daraus folgte klar eine **wechselseitige Unterhaltspflicht** nach dem Anspannungsgrundsatz. Das dem früheren

47 VfGH G 174/84 VfSlg 10384.

48 Ehenamenrechtsänderungsgesetz 1986, BGBl 1986/97.

49 VfGH G 227/92 VfSlg 13661; VfGH G 63/94 VfSlg 13676 (res iudicata).

50 NamRÄG, BGBl 1995/25.

51 Zur Entwicklung sowie zu Sonderfragen wie der Namensführung nach Scheidung vgl *Mottl*, Der Name der Ehefrau. Gleichberechtigung kontra Familieneinheit, in *Floßmann* (Hrsg), Recht, Geschlecht und Gerechtigkeit (1997) 217. Zu den Änderungen durch KindNamRÄG 2013 mit zahlreichen Beispielen *Wagner*, Neuerungen im Namensrecht, in *Deixler-Hübner/Ulrich* (Hrsg), KindNamRÄG 33.

52 1 Ob 117/24 SZ 6/63.

Ideal entsprechende Modell eines allein haushaltsführenden und damit unterhaltsberechtigten Eheteils (einschließlich zustehender Schlüsselgewalt) wurde nunmehr geschlechtsneutral gefasst und als gleichwertige Alternative im Gesetz beibehalten. Die Vereinbarung, ob beide berufstätig sind oder nicht, obliegt den Eheleuten. Den haushaltsführenden Teil konnte aber jederzeit eine Unterhaltspflicht und allenfalls die Notwendigkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit treffen, wenn der ursprünglich erwerbstätige Partner etwa aufgrund einer Krankheit nicht mehr zur Beitragsleistung in der Lage war. Der gegenseitige, allenfalls aufzurechnende Unterhaltsanspruch war grds weiterhin als Naturalunterhalt ausgestaltet, erst mit EheRÄG 1999⁵³ wurde ein Anspruch auf (teilweisen) Geldunterhalt auch bei gemeinsamem Haushalt festgelegt.⁵⁴ Eine bedeutende Neuregelung des EheRÄG 1999 war die Einführung einer nunmehr für beide Partner – unabhängig von einer Erwerbstätigkeit – bestehenden **Beitragspflicht zur Haushaltsführung**. Soweit tunlich kann auch die haushaltsführende Gattin vom berufstätigen Ehemann einen Beitrag verlangen. Wichtiger Aspekt dieser Präzisierung hinsichtlich der jeweiligen Beitragsleistung ist die nunmehr leichter mögliche Wiederaufnahme der Berufstätigkeit durch einen bisher haushaltsführenden Eheteil gegen den Willen des anderen, ohne damit eine Eheverfehlung zu begründen. Strikt betrachtet könnte erst in dieser Nov die tatsächliche Durchsetzung gleicher Rechte und Pflichten in der Ehe und die Überwindung traditioneller Rollenzuschreibungen gesehen werden.

Die im ABGB 1811 festgelegte Pflicht der Ehefrau zur **Mitarbeit im Erwerb des Mannes** ergab sich grds aus ihren Folgepflichten gegenüber dem Ehemann; ein Entgeltanspruch wurde im Hinblick auf die ehgüterrechtlichen Zweifelsregelungen und die ehemännliche Unterhaltspflicht abgelehnt. Diese ursprünglich einseitige Pflicht wurde 1975 mit Gesetz über die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe geschlechtsneutral für beide Eheleute ausgestaltet und auf Üblichkeit und Zumutbarkeit reduziert. Überdies war ab 1978 durch Gesetz über Änderungen des Ehegattenerbrechts, des Ehgüterrechts und des Ehescheidungsrechts auch ein Recht auf angemessene Abgeltung dieser Mitwirkung festgelegt. Diese unterliegt allerdings einer Gesamtbeurteilung und stellt keinen Entgelt-, sondern einen Beteiligungsanspruch am allfälligen Ertrag dar. Bestehende Dienstverhältnisse zwischen den Ehegatten wurden von diesen Bestimmungen nicht berührt.

4. Aufhebung, Trennung oder Scheidung von Ehen

Eine Katholikenehe, die bereits vorlag, wenn bei der Eheschließung nur ein Teil der Brautleute der katholischen Kirche angehörte, war nach den ursprünglichen Bestimmungen des ABGB 1811 nicht dem Bande nach beseitigbar, dh nach damaligem Wortlaut nicht trenn-, sondern nur scheidbar. Diese **Scheidung von Tisch und Bett** (§§ 103 ff ABGB StF) konnte nur nach dreimaligem Versöhnungsversuch durch einen Priester (später durch das Gericht⁵⁵) erfolgen und hob die Pflicht des Zusammenlebens, der gemeinschaftlichen Haushaltung und der ehelichen Beiwohnung auf; die Ehegatten

53 EheRÄG 1999, BGBl I 1999/125.

54 Vgl *Fischer-Czermak*, Die Entwicklung des Ehegattenunterhalts, BRGÖ 1/2012, 179.

55 Gesetz vom 31.12.1868, RGBl 1869/3.