

V.-Ass. Mag. **Martin Spitzer**, Universität Wien

Verlust des Ehegattenerbrechts durch Eröffnung des Scheidungsverfahrens?

Zugleich eine Besprechung von OGH 12. 12. 2002, 6 Ob 259/02k

Der Beitrag beschäftigt sich mit dem Ehegattenerbrecht bei Scheidung. In einem verfahrensrechtlichen Teil wird im Hinblick auf den nach hA daran geknüpften Erbrechtsverlust untersucht, wann bei Vorliegen eines Rechtsmittelverzichtes Scheidungsbeschlüsse nach § 224 AußStrG und Scheidungsurteile nach § 460 Z 8 ZPO wirksam werden und ob diese Regelungen zu sachgerechten Ergebnissen führen. Der materiellrechtliche Teil widmet sich der Frage, ob entgegen der einhelligen Meinung, nach der das Ehegattenerbrecht erst mit Auflösung des Ehebandes erlischt, bereits ein früherer Zeitpunkt für den Verlust des Erbrechts in Frage kommt, und geht dabei ausführlich auf § 759 ABGB ein.

Deskriptoren: Erlöschen; Ehegattenerbrecht; Scheidungsverfahren; Ehescheidung; Rechtsmittelverzicht; Rechtskraft; Verfahrensfortführung; nachträgliche Lücke.
§§ 757, 759, 796, 1266 ABGB; § 224 AußStrG; §§ 411, 416, 460 ZPO; §§ 68, 68a, 78 EheG; § 1933 BGB.

Übersicht:

- A. Entscheidungssachverhalt nach 6 Ob 259/02k
- B. Problemstellung
- C. Entscheidung des OGH
- D. Stellungnahme
 - I. Verfahrensrechtliche Aspekte
 - 1. § 224 AußStrG
 - 2. Verfassungsmäßigkeit des § 224 AußStrG
 - II. Erbrechtliche Aspekte
 - 1. Herrschende Ansicht zu § 759 Abs 2 ABGB
 - 2. Entwicklungsgeschichte des § 759 ABGB
 - 3. Nachträgliche intrasystematische Lücke
 - 4. Lückenfüllung durch Analogie zu § 759 ABGB
 - 5. Beweis der Ehescheidung
 - 6. Rechtsfolgen des Beweises der Ehescheidung
 - 7. Schutz des Ehegatten
 - III. Ergebnisse

A. Entscheidungssachverhalt nach 6 Ob 259/02k

Ehegatten vereinbaren eine einvernehmliche Scheidung. Nach mündlicher Verkündung des Scheidungsbeschlusses am 23. 5. 2001 verzichten beide auf Rechtsmittel. Am 7. 6. 2001 setzt der Ehemann seine Lebensgefährtin in einem formgültigen Testament als Alleinerbin ein. Er stirbt am 22. 6. 2001, noch bevor der Scheidungsbeschluss zugestellt wird. Die Ex(?)-Ehefrau gibt auf Grund eines Erbvertrages eine Erbserklärung zu $\frac{3}{4}$ des Nachlasses ab, eine weitere Erbserklärung zum ganzen Nachlass wird von der Lebensgefährtin abgegeben, die sich auf das Testament stützt, in dem sie als Alleinerbin eingesetzt ist. Das Verlassenschaftsgericht verweist die beiden Parteien auf den Rechtsweg, wobei der Lebensgefährtin die Klägerrolle zugewiesen wird.

B. Problemstellung

Im Erbvertrag hat der Erblasser seiner Frau $\frac{3}{4}$ ¹⁾ seines Vermögens hinterlassen. Ein aufrechter Erbvertrag entfaltet eine Bindungswirkung, so dass letztwillige Verfügungen, die in die Stellung des Vertragserben eingreifen, in diesem Umfang unwirksam sind²⁾. Die vertragliche Bindung bewirkt aber kein Testierverbot³⁾, sodass eine einem Erbvertrag widersprechende letztwillige Verfügung nicht anfänglich ungültig oder nichtig ist, sondern nur die Wirksamkeit der Verfügung durch den stärkeren Erbvertrag bedroht wird. Die Bindungswirkung wird erst schlagend, wenn der Erbvertrag zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers noch aufrecht ist und der Begünstigte die Zuwendung beansprucht, wenn also der Vertragserbe

eine positive Erbserklärung abgibt⁴⁾. Nach § 1266 ABGB erlöschen Erbverträge als Ehepakete aber grundsätzlich durch die Scheidung. Nur wenn der Begünstigte schuldlos oder minder schuldig ist, bleibt ihm das Recht aus dem Erbvertrag erhalten⁵⁾. Bei einvernehmlichen Scheidungen erlöschen Ehepakete, wenn keine abweichende Regelung getroffen wurde. Bleibt der Erbvertrag bestehen, behält der Geschiedene seine Begünstigung auf den Todesfall, es findet daher nicht gleich eine Auseinandersetzung im Zeitpunkt der Ehescheidung statt, da der schuldlos Geschiedene ja nicht ohnedies erbt, sondern den Schuldigen erst überleben muss⁶⁾.

Gegenstand des vorliegenden Erbrechtsstreits war daher das Schicksal des Erbvertrages in Folge der einvernehmlichen Scheidung und damit die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung. Ist der Erbvertrag noch aufrecht, erhält die Klägerin trotz der sie zur Alleinerbin einsetzenden Verfügung nur das vom Erbvertrag nicht betroffene Viertel, der Rest geht an die Beklagte. Ist der Erbvertrag bereits erloschen, ist die Klägerin hingegen Alleinerbin, die Beklagte geht leer aus (zum Pflichtteilsrecht siehe unten D.II.4,6). Dieses Problem wurde vom OGH primär im Hinblick auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit von Scheidungsbeschlüssen und Scheidungsurteilen erörtert. Besonderes Augenmerk wurde dabei auf Grund des Parteivorbringens auf die Verfassungsmäßigkeit der gegenständlichen Regelungen gerichtet. Hier steht nach einigen Bemerkungen zu den verfahrensrechtlichen Problemen aber vor allem das Schicksal des Erbvertrages im breiteren erbrechtlichen Zusammenhang des Ehegattenerbrechts bei anhängigem Scheidungsverfahren überhaupt im Mittelpunkt. Dabei sollen die zeitlichen Grenzen des Ehegattenerbrechts, in dem *F. Bydlinski* als Unterfall der Familienerbfolge eines der Grundprinzipien des Erbrechts sieht⁷⁾, untersucht werden.

⁴⁾ *Ch. Rabl*, Altes Testament – neues Testament 50.

⁵⁾ Praktisch sind hauptsächlich zwei Fälle: 1. wenn die Ehe nach § 49 EheG wegen einer schweren Eheverfehlung des Versprechenden geschieden wird und dessen alleiniges oder überwiegendes Verschulden im Scheidungsurteil festgehalten ist; 2. wenn der versprechende Ehegatte auf Scheidung nach § 55 EheG klagt und auf Antrag des Beklagten (Begünstigten) gemäß § 61 Abs 3 EheG das alleinige oder überwiegende Verschulden des Klägers (Versprechenden) an der Zerrüttung der Ehe ausgesprochen wird. Denkbar ist freilich auch die Konstellation, dass die Ehe durch Klage des versprechenden Teils nach §§ 50 bis 52 EheG geschieden wird und auf Antrag des Beklagten das Verschulden des Klägers ausgesprochen wird. Siehe zu allen drei Konstellationen und der Auswirkung der Scheidung auf Erbverträge *Fischer-Czermak*, Verträge auf den Todesfall zwischen Ehegatten und Scheidung, NZ 2001, 6; *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1266 Rz 2.

⁶⁾ *Brauneder* in *Schwimann*, ABGB² § 1266 Rz 6; *Fischer-Czermak*, NZ 2001, 3.

⁷⁾ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 403 ff. Mit der Familienerbfolge (Verwandten- und Ehegattenerbfolge) sind die Universalsukzession, die Testierfreiheit und das Pflichtteilsrecht die Grundprin-

¹⁾ Siehe zur Inhaltsschranke des § 1253 ABGB (freies Viertel) zuletzt besonders *B. Jud*, Schenkung auf den Todesfall und Berechnung des „freien Viertels“ beim Erbvertrag, NZ 1999, 274 ff.

²⁾ Siehe zB *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² II/2 (1937) 487; *Weiß in Klang*² V (1954) 934; *Kralik*, Das Erbrecht (1983) 156; *Ch. Rabl*, Altes Testament – neues Testament (2001) 49 ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹² (2001) 482.

³⁾ So schon *Kralik*, Erbrecht 157; diesem folgend *Ch. Rabl*, Altes Testament – neues Testament 50; aA *Weiß in Klang*² V 918.

C. Entscheidung des OGH

Der OGH bekräftigt in dieser Entscheidung seine stRsp, dass eine Ehe trotz Abgabe eines Rechtsmittelverzichts noch nicht durch die Verkündung des Scheidungsurteils oder Scheidungsbeschlusses aufgelöst wird. Wenngleich die Entscheidung wegen des Rechtsmittelverzichts sogleich formell rechtskräftig (also unanfechtbar) werde (§ 224 Abs 1 AußStrG iVm § 411 Abs 1 ZPO), solle die Auflösung der Ehe als Folge der materiellen Rechtskraft erst mit Zustellung wirksam werden (§ 224 Abs 2 AußStrG iVm § 416 Abs 1 ZPO). Stirbt ein Ehegatte zwischen der Abgabe des Rechtsmittelverzichts und der Zustellung der Entscheidung, sei das Scheidungsverfahren als erledigt anzusehen, das Scheidungsurteil oder der Scheidungsbeschluss also unwirksam. Der Rechtsmittelverzicht, in dem nicht gleichzeitig ein schlüssiger Verzicht auf die Zustellung liegt, habe nur die Bedeutung des Ausschlusses der Anfechtbarkeit. Für die eheauflösende Wirkung des Scheidungsbeschlusses komme es aber nur auf die Zustellung an.

Die Diskrepanz zwischen dem für die Zurücknahme des Scheidungsantrages und dem für die Auflösung des Ehebandes maßgebenden Zeitpunkt sei weder willkürlich noch unsachlich. Verfassungsrechtliche Bedenken bestünden dagegen daher nicht, da die – wenn auch nur kurze – Aufrechterhaltung der Ehe zwischen Rechtsmittelverzicht und Zustellung dem verfassungskonformen und trotz veränderter sozialer Umstände auch heute noch aktuellen Anliegen des *favor matrimonii* des historischen Gesetzgebers entspreche. Aus diesem Grund bestätigte der OGH im vorliegenden Fall die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, dass die Ehefrau $\frac{3}{4}$ des Nachlasses als Vertrags-erbin erhält und die Lebensgefährtin $\frac{1}{4}$ auf Grund der sie als „Alleinerbin“ begünstigenden letztwilligen Verfügung.

D. Stellungnahme

I. Verfahrensrechtliche Aspekte

Der Schwerpunkt der Entscheidung und des Parteivorbringens lag daher auf der Frage, wann eine Ehescheidung wirksam, wann also das Eheband „durchtrennt“ wird. Im Zentrum dieser Überlegungen steht der im Anlassfall präjudizielle § 224 AußStrG, der für einvernehmliche Scheidungen gilt. Das Folgende gilt jedoch nicht nur für Scheidungsverfahren vor dem Außerstreitrichter, die Parallelbestimmung des § 460 Z 8 ZPO ist identisch.

1. § 224 AußStrG

Jeder Ehegatte kann nach § 224 Abs 1 AußStrG den Antrag auf Scheidung bis zum Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses zurücknehmen. Ein schon ergangener Scheidungsbe-

schluss wird dadurch ipso iure wirkungslos. Dasselbe gilt nach Abs 2, wenn ein Ehegatte vor Eintritt der Rechtskraft verstirbt. In beiden Fällen knüpft das Gesetz an die Rechtskraft an. Die Zurücknahme des Scheidungsantrages vor Eintritt der Rechtskraft hat dieselben Folgen wie der Tod eines Ehegatten vor Eintritt der Rechtskraft, nämlich die ipso iure-Erledigung des Verfahrens. Es liegt nahe, dass mit „Rechtskraft“ in beiden Fällen derselbe Zeitpunkt gemeint ist. Diese Ansicht schien bis zum EheRÄG 1999 auf Grund des Wortlautes des § 224 AußStrG⁸⁾ durchaus vertretbar⁹⁾.

Sperls grundsätzlicher Aussage, dass es der Rechtslogik entspräche, wenn die Wirkungen eines Urteils Ausfluss seiner Rechtskraft wären, also durch diese und mit ihr als formelle Rechtskraft eintreten würden, ist nichts hinzuzufügen¹⁰⁾. Diese Logik hat dem Gesetzgeber des EheRÄG 1999 jedoch offenbar nicht eingeleuchtet, hat er doch § 224 AußStrG um zwei Verweise ergänzt. Die Antragszurücknahme soll nur bis zur Rechtskraft iSd § 411 Abs 1 ZPO möglich sein, die Erledigung des Verfahrens durch Tod einer Partei tritt jedoch bis zur Rechtskraft iSd § 416 Abs 1 ZPO ein. Auch § 460 Z 8 ZPO wurde durch das EheRÄG 1999 um einen entsprechenden Verweis auf § 416 Abs 1 ZPO ergänzt¹¹⁾.

Die „Rechtskraft“ tritt daher im ersten Fall schon bei Unanfechtbarkeit der Entscheidung ein, im zweiten aber erst bei Zustellung. Formelle und materielle Rechtskraft fallen auseinander¹²⁾. Dies entspricht auch der stRsp des OGH vor dem EheRÄG¹³⁾ und den überwiegenden Stimmen aus

⁸⁾ Zuletzt (idF BGBl 280/1978): Jeder Ehegatte kann den Antrag auf Scheidung bis zum Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses zurücknehmen.

Die Zurücknahme des Antrags hat die Folge, dass ein schon ergangener Scheidungsbeschluss wirkungslos wird, ohne dass dieser einer ausdrücklichen Aufhebung bedarf. Gleiches gilt, wenn ein Ehegatte vor Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses stirbt.

⁹⁾ So *Köstler*, Österreichs Eherecht – Darstellung und Gesetzestexte⁴ (1948) 27, 38; *F. Novak*, Zwei Fragen des Prozessrechts, JBl 1946, 136 f (für eine Analogie zu § 416 Abs 3 ZPO); diesem folgend *Simotta*, Die Zurücknahme des Antrags auf einvernehmliche Scheidung, in *Buchegger/Holzhammer*, Beiträge zum Zivilprozessrecht III (1989) 262; mwN auch aus der deutschen Lit *Böhm/Fuchs*, Zum Eintritt der Rechtskraft und der zivilrechtlichen Wirkungen des Ehescheidungsbeschlusses, ÖJZ 2002, 631 ff. *Deixler-Hübner*, Das neue Eherecht (1999) 39, referiert einerseits die Intentionen des Gesetzgebers, will aber andererseits ohne nähere Begründung die eheauflösende Wirkung auch nach dem EheRÄG mit dem Rechtsmittelverzicht eintreten lassen (*dies*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft⁶ Rz 136 und 144). Dies wird, wie gleich zu zeigen ist, auf Basis der *lex lata* nur schwer möglich sein.

¹⁰⁾ *Sperl*, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege I/1 (1925) 523.

¹¹⁾ EB RV 1653 BlgNR 20. GP 33.

¹²⁾ *Böhm/Fuchs*, ÖJZ 2002, 631.

¹³⁾ Vgl nur SZ 27/186 = EvBl 1954/300; SZ 27/210; SZ 32/136; RZ 1959/142 (wo der Scheidungsbeschluss

zipien des Erbrechts; siehe auch *Kipp/Coing*, Erbrecht¹⁴ (1990) 4 ff; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht⁵ (2001) 4, 8.

der Lit¹⁴). Wie aus den Materialien hervorgeht, wollte der Gesetzgeber diese Ansicht auch ausdrücklich bestätigen¹⁵). Nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers sollte die Auflösung der Ehe als Folge der materiellen Rechtskraft erst mit Zustellung wirksam werden (§ 224 Abs 2 AußStrG iVm § 416 Abs 1 ZPO). Ein Rechtsmittelverzicht wie im vorliegenden Fall soll daran nichts ändern, sondern nur die formelle Rechtskraft iSd Unanfechtbarkeit bewirken (§ 224 Abs 1 AußStrG iVm § 411 Abs 1 ZPO).

Dass diese Regelung der Erwartungshaltung typischer Parteien entspricht, darf bezweifelt werden. Wer auf Rechtsmittel verzichtet, will wohl meist gerade den Abschluss des Verfahrens und damit die endgültige Trennung ohne weiteres Zuwarten bewirken. Was sollten die Parteien des Scheidungsverfahrens damit sonst bezwecken? Ihnen wird nicht in den Sinn kommen, dass sie als besondere Finesse des Verfahrensrechts zusätzlich einen im Rechtsmittelverzicht nicht enthaltenen¹⁶) Zustellungsverzicht abzugeben hätten, um den gewünschten Erfolg zu erreichen. In der Tat fordert der Gesetzgeber Widersinniges: Die Parteien müssten regelmäßig nach dem notwendigen Verzicht auf die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung erst recht einen Antrag auf Ausstellung einer schriftlichen Ausfertigung der Entscheidung nach § 460 Z 8 lit a ZPO stellen, da sie meist eine Ausfertigung zur Vorlage bei Behörden benötigen werden. Dem Verzicht auf die Ausfertigung folgte daher meist sogleich ein Antrag auf Ausfertigung.

Gegen die Vorschrift spricht jedoch nicht nur die Erwartungshaltung der Parteien, sondern auch das fast aleatorische Moment, von dem der Zeitpunkt der Auflösung des Ehebandes abhängig gemacht wird. Es soll darauf ankommen, wann die Geschäftsabteilung den Beschluss ausfertigt, wann sie ihn zur Post gibt, ob die Post zügig zustellt, sich Zeit lässt oder gerade streikt. Dass im Verfahrensrecht generell der Zeitpunkt der Zustellung¹⁷) und auch im materiellen Recht grundsätzlich der Zu-

nach Rechtsmittelverzicht durch den Vertreter wegen einer Todeserklärung des Ehemannes für wirkungslos erklärt wurde; der für tot Erklärte war tatsächlich aber noch am Leben und berief sich auf die Wirksamkeit des Beschlusses); EFSlg 29.674, 35.137, 87.201 = 88.146 = 88.756; JBl 1980, 551; Böhm/Fuchs, ÖJZ 2002, 630 f FN 27, 28, 31 mwN.

¹⁴) Spertl, Lehrbuch I/1 523 f; Schwind, Kommentar zum österreichischen Eherecht (1951) 140, 183, 322; Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 2339; vgl auch den in ÖStA 1993, 42 abgedruckten Erlass des BMJ JMZ 709.012/1-I 1/91 mwN; dass die EB RV 1653 BlgNR 20. GP 33 diese Ansicht als „herrschend“ bezeichnen, schien auch dem OGH übertrieben.

¹⁵) EB RV 1653 BlgNR 20. GP 31; siehe dazu auch Hopf/Stabentheiner, Das neue Eherechts-Änderungsgesetz 1999, ÖJZ 1999, 875.

¹⁶) Siehe zB EFSlg 87.201; ob Pichler, Wann wird der Scheidungsbeschluss rechtskräftig?, RZ 1994, 33, einen konkludenten Rechtsmittelverzicht annimmt, ist nicht eindeutig.

¹⁷) Siehe nur Fasching, Lehrbuch² Rz 1473.

gang für die Wirksamkeit maßgebend ist¹⁸), kann gegen diese Kritik auf Grund der Besonderheiten des Scheidungsverfahrens und seiner Wirkungen nicht ins Treffen geführt werden. Was beim Zahlungsbefehl unschädlich ist, muss nicht auch für die Ehescheidung gelten, an die weitreichende zivil- und statusrechtliche Folgen geknüpft sind. Der OGH meint zuversichtlich, dass die Parteien bei durch das Gericht verzögerter Zustellung ohnedies Amtshaftungsansprüche geltend machen könnten. Die Erfolgsaussichten werden – wenn nicht gerade Behördenwillkür vorliegt – freilich gering sein, verbindliche Fristen gibt es schließlich nicht. Dies zeigt der Anlassfall anschaulich, in dem die Ausfertigung auch einen Monat nach Verkündung noch nicht zugestellt wurde.

Erwähnenswert scheint überdies, dass die eheauflösende Wirkung erst mit der Zustellung an beide Ehegatten eintreten kann¹⁹). Damit steht das Wirksamwerden der unanfechtbaren Scheidung nicht nur im Belieben des Gerichts, sondern auch in jenem der Parteien. Kann es wirklich sinnvoll sein, dass ein Ehegatte sich das Erbrecht nach dem anderen dadurch erhalten kann, dass er in freudiger Erwartung des Nachlasses eine dreimonatige Kreuzfahrt in die Südsee antritt? Da ihm die Entscheidung nicht persönlich zugestellt werden könnte, müsste sie hinterlegt werden. Die Zustellung durch Hinterlegung ist jedoch nur zulässig, wenn der Zusteller Grund zur Annahme hat, dass sich der Empfänger regelmäßig an der Abgabestelle aufhält (§ 17 Abs 1 ZustellG), und auch dann ist die Zustellung nicht wirksam, wenn der Empfänger wegen tatsächlicher Ortsabwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig von der Zustellung Kenntnis erlangt (§ 17 Abs 3 ZustellG)²⁰). Natürlich könnte man Abhilfe schaffen, etwa indem dem abwesenden Ehegatten ein Kurator bestellt wird, doch all das kostet Zeit, in der eine – bei der einvernehmlichen Scheidung sogar von beiden gewollte – auf Grund des Rechtsmittelverzichts jedenfalls aber schon unanfechtbar angeordnete Rechtsfolge nicht eintreten kann. Zusammenfassend scheint die sachliche Rechtfertigung dieser Vorschrift bei Vorliegen eines Rechtsmittelverzichts fraglich. Es lässt sich mE nicht leugnen, dass sie zu willkürlichen Ergebnissen führen kann.

2. Verfassungsmäßigkeit des § 224 AußStrG

Da der Wortlaut und der Wille des Gesetzgebers eindeutig sind²¹), hat die Klägerin die Verfassungskonformität des § 224 AußStrG releviert. Der OGH meint, die Auflösung der Ehe erst durch Zustellung sei durch das verfassungsrechtlich legitime Ziel des *favor matrimonii* hinreichend bescheinigt. Ehen sollten möglichst lange aufrecht erhalten

¹⁸) Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹² (2002) 101 ff.

¹⁹) Spertl, Lehrbuch I/1, 524; Fasching, Lehrbuch² Rz 1558.

²⁰) Fasching, Lehrbuch² Rz 537; Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ (2003) Rz 328.

²¹) Siehe aber FN 25.

werden, dafür sprächen auch heute noch aktuelle sozialpolitische Überlegungen des historischen Gesetzgebers. Gegen die Anknüpfung an die Zustimmung bestünden keine Bedenken, „wenn dadurch der Bestand der Ehe – wenn auch nur mehr für kurze Zeit – verlängert werden kann“. Als sozialpolitisches Motiv des historischen Gesetzgebers wird wohl insbesondere die Absicherung der Ehefrau zB durch die Witwenpension in Betracht kommen. Darin mag auch die Begründung für das an sich verwunderliche Bestreben liegen, eine fast schon geschiedene Ehe künstlich und um jeden Preis am Leben zu erhalten. Auf die Rechtfertigung des *favor matrimonii* im gegenwärtigen Eherecht soll hier nicht weiter eingegangen werden, doch selbst bei Anerkennung des *favor matrimonii* als zulässiges gesetzgeberisches Ziel vermag diese Argumentation nicht alle verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung der Vorschrift auszuräumen. Genau dies müsste sie jedoch, andernfalls das Gesetz dem VfGH vorzulegen wäre.

Ginge es dem Gesetzgeber bei § 224 AußStrG und § 460 Z 8 ZPO wirklich so sehr um die Aufrechterhaltung von Ehen, müsste er konsequent nicht nur trachten, die Ehe um die Frist zwischen Entscheidungsverkündung und Zustellung zu verlängern, sondern den Parteien auch nach wie vor die Zurücknahme ihres Antrages ermöglichen. § 224 AußStrG und § 460 Z 8 ZPO führen aber gerade *contra favorem matrimonii* zur Konsequenz, dass Ehegatten nach Abgabe eines Rechtsmittelverzichts unter Berufung auf den Wert des Bestandes der Ehe zwar für die Zeit bis zur Zustellung in der Ehe festgehalten werden, einem wirklichen Sinneswandel auf Grund der Unanfechtbarkeit der Entscheidung aber nicht mehr Rechnung getragen werden könnte²²⁾. Dass derart neu entflammte Liebe kein rein akademisches Problem ist, zeigt vereinzelt die Judikatur²³⁾. Gerade weil Fälle, in denen ein Rechtsmittelverzicht und eine anschließende Versöhnung aufeinander treffen, aber nicht alltäglich sind, zöge eine Ausnahme für die Antragsrückziehung nur einen vernachlässigbaren Aufwand nach sich. Daher sticht die Inkonsequenz des § 224 AußStrG hinsichtlich des *favor matrimonii* umso mehr ins Auge.

Die Schlussfolgerung des OGH, dass unter diesem Blickwinkel der nicht präjudizielle § 224 Abs 1 AußStrG über die Unzulässigkeit der Antragsrücknahme nach Rechtsmittelverzicht dem VfGH vorgelegt werden müsste, zeugt in Anbetracht der mangelnden Stringenz der Vorschrift von großem Vertrauen in die Tragfähigkeit des *favor matrimonii*, was die sachliche Rechtfertigung des Abs 2 über den Tod eines Ehegatten vor Zustellung anlangt. Angesichts der überraschenden Wirkung des § 224 Abs 2 AußStrG für die Parteien und des Widerspruches des Abs 1 über den Rechtsmittelverzicht zum vom OGH angenomme-

nen Ziel der Aufrechterhaltung der Ehe wäre die Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens vor dem VfGH durchaus vertretbar gewesen. Dies schon deshalb, da es nicht Aufgabe des OGH ist, Normen auf ihre Verfassungskonformität zu überprüfen, sondern nur, sie bei verfassungsrechtlichen Bedenken dem VfGH vorzulegen (Art 89 B-VG)²⁴⁾. Die Latte für das Vorliegen solcher Bedenken darf nicht zu hoch gelegt werden, um nicht das Prüfmopol des VfGH auszuschalten²⁵⁾.

II. Erbrechtliche Aspekte

Obwohl das Verfahren eine erbrechtliche Frage zum Gegenstand hatte, finden sich in der Entscheidung keine näheren Ausführungen zum Ehegattenerbrecht. Der OGH hat als selbstverständlich vorausgesetzt, dass sowohl das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten als auch Erbverträge (als Ehepakete) mit der Scheidung der Ehe erlöschen (§ 1266 ABGB)²⁶⁾. Dabei geht es offenbar auch hier um den Zeitpunkt der Auflösung des Ehebandes und nicht um die bloße Unanfechtbarkeit der Entscheidung, da durch diese die Ehe eben noch nicht „getrennt“ wird. Dass der Ehegatte – wie im vorliegenden Fall – dann bis zur Zustellung des bereits unanfechtbaren Beschlusses sein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht und alle Ansprüche aus Erbverträgen behält, obwohl er auf Rechtsmittel verzichtet hat, ist unbefriedigend und scheint wenig sachgerecht. Diese Ausgangssituation soll zum Anlass genommen werden, das Erbrecht des Ehegatten bei Scheidung insgesamt genauer zu untersuchen.

1. Herrschende Ansicht zu § 759 Abs 2 ABGB

Das ABGB kennt einen Fall, in welchem der überlebende Gatte schon wegen erst drohender, aber noch nicht erfolgter Auflösung der Ehe kein Erbrecht mehr hat: Stirbt ein Ehegatte nach Ein-

²⁴⁾ So jüngst *Gerlach/Somek*, Zur Prüfungsbefugnis der Zivilgerichte gem Art 89 Abs 2 B-VG, ÖJZ 2002, 443.

²⁵⁾ Da der OGH keine verfassungsrechtlichen Bedenken hegte, ging er auf die von *Böhm/Fuchs*, ÖJZ 2002, 635, vorgeschlagene verfassungskonforme und teleologische Reduktion für Fälle des beiderseitigen Rechtsmittelverzichts nicht näher ein. Anknüpfungspunkt der verfassungskonformen Interpretation ist der Stufenbau der Rechtsordnung. Ein einfaches Gesetz soll möglichst nicht so interpretiert werden, dass es einem übergeordneten Verfassungsgesetz widerspricht (siehe nur *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff³ [1991] 455 f). Zur verfassungskonformen Interpretation kommen die Autoren, da sie mehrere Auslegungen nach Wortsinne und Kontext der Vorschrift für möglich halten. Die Wortinterpretation und die logisch-systematische Interpretation erbrachten kein eindeutiges Ergebnis, da auf den beiderseitigen Rechtsmittelverzicht nicht eindeutig Bezug genommen sei. Auf die Möglichkeit einer verfassungskonformen Interpretation soll hier nicht weiter eingegangen werden, ob dafür in Anbetracht des Sinnes und des ganz eindeutigen historischen Materials wirklich ausreichend Spielraum vorhanden ist, scheint jedoch nicht sicher.

²⁶⁾ Siehe aber schon oben FN 5.

²²⁾ Dies kritisieren auch *Böhm/Fuchs*, ÖJZ 2002, 634.

²³⁾ EvBl 1987/111.

bringung der Scheidungs- oder Aufhebungsklage, so verliert der überlebende Gatte sein gesetzliches Erbrecht sowie den Anspruch auf das Vorausvermächtnis, wenn das Scheidungsbegehren berechtigt und der überlebende Gatte als schuldig anzusehen wäre (§ 759 Abs 2 ABGB). Da das Scheidungsverfahren selbst seit dem EheG nur mehr wegen der Kosten und nicht in der Sache selbst fortgeführt werden kann²⁷⁾ und auch der Außerstreitrichter den Verlust des Erbrechts im Verlassenschaftsverfahren nicht feststellen kann, sind bei widersprechenden Erbserklärungen die Erban sprecher auf den Rechtsweg zu verweisen (§ 125 AußStrG²⁸⁾). Kläger ist grundsätzlich, wer das Erbrecht des Ehegatten bestreitet (§ 126 Abs 2 AußStrG). Der Beweis der Schuld obliegt dem Kläger²⁹⁾. Das Verschulden führt zum Erlöschen des gesetzlichen Erbrechts und des Anspruches auf den Voraus³⁰⁾. Der Erbvertrag ist von den Wir-

kungen des § 759 Abs 2 ABGB dem Wortlaut nach an sich nicht erfasst und würde so erst durch Auflösung der Ehe erlöschen. Zu einer solchen Auflösung führt jedoch das „Zuendenken“ des Scheidungsverfahrens nach § 759 Abs 2 ABGB nicht. Da dieses Ergebnis der klaren Intention des Gesetzes zuwiderläuft, den Ehegatten von Begünstigungen auszuschließen, wird § 759 ABGB hier aber analog angewendet³¹⁾, sodass bei einem im Zeitpunkt des Todes schon anhängigen Scheidungsverfahren die gerichtliche Feststellung des Verschuldens nach dem Tod des Verfügenden auch das Erlöschen des Erbvertrages bewirkt.

2. Entwicklungsgeschichte des § 759 ABGB

§ 759 ABGB beschäftigt sich mit der Scheidung aus Verschulden. Dies geht schon aus Abs 1 hervor, der – freilich trügerisch – zum Umkehrschluss einlädt, wenn er feststellt, dass der schuldig geschiedene Ehegatte kein gesetzliches Erbrecht habe. Daher ist § 759 Abs 2 ABGB auf den vorliegenden Fall offenkundig nicht direkt anwendbar. Trotzdem verdient er auch in diesem Zusammenhang nähere Betrachtung. Die Vorschrift über das Entfallen des Erbrechts des Ehegatten bei Verschulden ist ein Relikt der Rezeption kanonischen Ehe rechts im ABGB³²⁾, nach dem katholische Ehen nicht dem Bande nach aufgelöst, sondern nur von

²⁷⁾ § 81 Abs 1 1. DVEheG; *Welser in Rummel*³ § 759 Rz 3; aA wohl *Eccher*; Bürgerliches Recht VI Erbrecht² (2002) Rz 3/14. Die Fortführung wegen der Kosten ist aber für den Eintritt der Rechtsfolgen des § 759 Abs 2 ABGB nicht notwendig; OGH in NZ 1987, 283 = EFSlg 54.136. Siehe zur alten Rechtslage, nach der die Erben den Scheidungsprozess fortsetzten (!), 78 BlgHH 21. Sess 105; aus der Lit zB *Braßloff*, Zur Kritik des österreichischen Ehegattenerbrechts, JBl 1917, Nr 7 und 8; *Siegel*, Tod des Ehetrennungs- oder Scheidungsklägers und prozessuale Sukzession, GZ 1931, 277; *Weiß in Klang*¹ II/1 (1935) 616.

²⁸⁾ *Welser in Rummel*³ § 759 Rz 3.

²⁹⁾ OGH in JBl 1965, 588; NZ 1987, 283 = EFSlg 54.136.

³⁰⁾ § 759 trifft keine Anordnungen darüber, was mit letztwilligen Verfügungen zu geschehen hat. Dies hält die hM offenbar für wenig problematisch, da der Erblasser seine Verfügungen ohnehin jederzeit widerrufen könne. Dass er daran tatsächlich oft auf Grund mangelnder Rechtskenntnis und auf Grund der Turbulenzen der Scheidung nicht denken wird, hat der deutsche Gesetzgeber richtig erkannt; siehe die Mat zum dEheRG 1976 BT-Drucks 7/650, 274 und 7/4361, 52. Die österreichische hM verweist andere Erbprätendenten bei solchen Versäumnissen des Erblassers zumindest noch auf die Irrtumsanfechtung; *Welser in Rummel*³ § 759 Rz 4; *Koziol/Welser*; Bürgerliches Recht¹² II, 448. Tatsächlich schiene es einleuchtender, dass die Scheidung für alle Berufungsgründe eine Zäsur bilden soll. Eine gesetzliche Regelung, dass letztwillige Verfügungen zu Gunsten von Ehegatten mit der Ehescheidung im Zweifel unwirksam werden, ist daher mE de lege ferenda wünschenswert. Vorbild könnten dabei Deutschland und die Schweiz sein. In Deutschland sind letztwillige Verfügungen, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, unwirksam, wenn die Ehe vor dem Tode des Erblassers aufgelöst worden ist. Der tatsächlichen Auflösung der Ehe wird aber der Fall gleichgestellt, dass die Voraussetzungen für die Scheidung gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte (§ 2077 Abs 1 BGB). Dass sich dieses Ergebnis im ABGB im Wege der Irrtumsanfechtung erreichen lässt, soll nicht den Blick darauf verstellen, dass die deutsche Lösung dem mutmaßlichen Erblasserwillen viel eher entspricht und eine nicht unerhebliche Umkehr der Beweislast bedeutet; siehe zu § 2077 BGB etwa *Brox*, Erbrecht¹⁷ (1998) Rz 216 und *Leipold*, Erbrecht¹⁴ (2002) Rz 373. Das schweizerische ZGB kommt durch Art 120 Abs 2 ZGB (bis zum

31. 12. 1999: Art 154 Abs 2 ZGB) zum selben Ergebnis. Ehegatten können aus Verfügungen von Todes wegen, die sie vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens (Art 154 Abs 2 ZGB: bis zur Scheidung) errichtet haben, keine Ansprüche erheben (zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit *Weimar* in Berner Kommentar [2000], Art 462 Rz 10). Ob diese Regelung zwingendes Recht ist, ist strittig. Überwiegend wird jedoch mittlerweile von der dispositiven Natur der Regel ausgegangen. Bei einer Zweifelsregel müsste sich die Anwendbarkeit im Einzelfall nach dem hypothetischen Erblasserwillen richten (so *Breitschmid*, Ehegattenerbrecht bei Scheidung. Bemerkungen zu Art 154 Abs 2 ZGB und zum Vorentwurf der Expertenkommission für eine Revision des Scheidungsrechts, AJP 1933, 1447 ff; *Hinderling/Steck*, Das schweizerische Ehescheidungsrecht⁴ [1995] 253; *Hegnauer/Breitschmid*, Grundriss des Eherechts⁴ [2000] Rz 11.08; *Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo* in *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch¹² [2002] 213 f; *Steck* in *Honsell/Vogt/Geiser*, Basler Kommentar² [2002] Art 120 Rz 20; so auch BGer BGE 122 III 308; dagegen *Weimar* in Berner Kommentar Art 462 Rz 13 f und Einl Art 467 Rz 79 ff, der auf die Unbeachtlichkeit des hypothetischen Erblasserwillens „nach bewährter schweizerischer Lehre und Rechtsprechung“ verweist und den zwingenden Charakter des Art 120 ZGB betont).

³¹⁾ *Kralik*, Erbrecht 165.

³²⁾ *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie I (1811) 286 f führt die Unauflöslichkeit der katholischen Ehe darauf zurück, dass nach katholischer Lehre die Ehe nach göttlichem Rechte unauflösbar sei und von Katholiken vermutet würde, dass sie sich der Unauflöslichkeit unterwerfen. Wer sich zur katholischen Religion bekenne, dürfe keine derselben zuwider laufende, öffentliches Aufsehen erregende Handlung unternehmen.

Tisch und Bett geschieden werden konnten³³). Bei solchen Scheidungen blieb das Eheband intakt. „Das Band einer gültigen Ehe kann zwischen katholischen Personen nur durch den Tod des einen Ehegatten getrennt werden“ (§ 111 ABGB in der Stammfassung). Als Folge des aufrechten Ehebandes blieb bei der Scheidung – anders als bei der Ehetrennung³⁴) akatholischer³⁵) Ehen [§§ 115³⁶), 133–135³⁷) iVm § 1266 ABGB] – auch das Erbrecht des Gatten bestehen³⁸). Die Idee, dieses dem schuldig Geschiedenen zu versagen, kommt schon im Urentwurf zum ABGB vor³⁹) und findet sich auch in der Stammfassung des ABGB wieder⁴⁰). Dies galt jedoch ursprünglich nur für bereits Geschiedene⁴¹).

In der Stammfassung des ABGB ging ein Ehegatte durch Scheidung daher seines Erbrechts verlustig, wenn im Scheidungsurteil sein Verschulden an der Scheidung ausgesprochen wurde. Ein solcher Anspruch über die Schuld war verpflichtend in das Urteil aufzunehmen⁴²). In allen anderen Fällen – wenn den Geschiedenen also kein Verschulden traf oder im Falle einvernehmlicher Scheidun-

gen nach § 103 ABGB – behielt der Gatte sein Erbrecht auf Grund des aufrechten Ehebandes. Die Fortführung des Ehescheidungs- oder Trennungsverfahrens über den Tod des Klägers hinaus⁴³) wurde erst mit der I. TN 1914 eingeführt und orientierte sich – wie die ganze Novellierung des Ehegattenerbrechts durch die I. TN – am BGB⁴⁴). Das Erbrecht des Ehegatten⁴⁵) wurde dabei zwar großzügiger ausgestaltet, dafür war dem Gesetzgeber der Ausschluss desjenigen vom Erbrecht, der es bei vollendetem Verfahren verloren hätte, aber so wichtig, dass er die Fortführung des Scheidungs- oder Trennungsverfahrens zuließ, wenn eine Klage des Erblassers schon „angebracht“⁴⁶) worden war⁴⁷). Der Schuldige sollte nicht vom nunmehr großzügiger geregelten Ehegattenerbrecht profitieren. Vorbild dieses Zusatzes war § 1933 BGB⁴⁸).

Der Erbrechtsverlust war damit nicht eine allgemeine Folge der Scheidung, sondern eine spezifische Unrechtssanktion für den schuldig Geschiedenen⁴⁹). Diese Sanktion auch dann eintreten zu lassen, wenn der Erblasser keine Gelegenheit mehr hatte, sein Recht durchzusetzen, erscheint gegen alle – wenngleich durchaus bedenkenswerten – ethischen Einwände⁵⁰) konsequent⁵¹).

³³) *Eccher*, Erbrecht² Rz 3/14.

³⁴) Zum Begriff der Ehetrennung zB *Stubenrauch*, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche I⁷ (1898) 222.

³⁵) Unter akatholischen Ehen werden hier der Einfachheit halber sowohl die Ehen „nicht katholischer christlicher Religionsgenossen“ (§ 115 ABGB; *Zeiller*, Kommentar I 286) verstanden als auch die Ehen zwischen Juden.

³⁶) „Nicht-katholischen christlichen Religionsverwandten gestattet das Gesetz nach ihren Religions-Begriffen aus erheblichen Gründen, die Trennung der Ehe zu fordern.“ Durch das EheG 1938 aufgehoben.

³⁷) Einschlägig für jüdische Ehen. Durch das EheG 1938 aufgehoben.

³⁸) Siehe schon *Zeiller*, Kommentar I 286 f; *Pfaff/Hofmann*, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche II/1 (1877) 741, 755.

³⁹) II § 583 4. Fall („wenn er zur beständigen Trennung von Tisch und Bette Anlass gegeben hat“).

⁴⁰) § 759: Wenn aber weder ein Verwandter des Erblassers in den oben angeführten sechs Linien, noch ein anderer aus den in den §§ 742–756 berufenen Erben vorhanden ist, so fällt dem Ehegatten die ganze Erbschaft zu. Doch hat ein aus seinem Verschulden geschiedener Ehegatte weder auf die Erbschaft, noch auf einen Erbtheil des Gatten Anspruch. Dazu *Zeiller*, Kommentar II/2 (1812) 759: „Billig aber wird ein Ehegatte, der aus seinem eigenen Verschulden von dem Gatten (noch zur Zeit dessen Ablebens) geschieden, folglich der gesetzlichen Begünstigung und der Zuneigung des Erblassers unwürdig ist, sowohl von dem regelmäßigen als subsidiarischen Erbtheile ausgeschlossen.“

⁴¹) Dieses Problem stellte sich bei akatholischen Ehen nicht, da das Erbrecht vermittelnde Eheband bei der Ehetrennung aufgelöst wurde. § 1266 stellt daher eher deklarativ und in Abgrenzung zu § 759 fest, dass auch der schuldlos Geschiedene kein Erbrecht habe.

⁴²) § 12 des Hofdekrets vom 23. August 1819, JGS Nr 1595 (es sei auszusprechen, „ob der eine oder der andere Ehegatte, oder jeder Theil oder keiner von beiden, an der Scheidung Schuld trage“); § 6 JMV vom 6. Dezember 1897.

⁴³) Vgl zu diesem Problem auch schon *Hofmann*, Der Unterhaltsanspruch des überlebenden Gatten nach § 796 a.b.Gb., *GrünhutsZ* I (1874) 566 f; krit *Braßloff*, *JBl* 1921, Nr 7 und 8.

⁴⁴) 29 *BlgHH* 18. Sess 109 f; 78 *BlgHH* 21. Sess 96 ff; *Schiffner*, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche (1908) 40 f zu § 98 der RV; *Schey*, Die Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (1915) 128.

⁴⁵) Zur ursprünglichen Ausgestaltung des „Erbrechts“ des Ehegatten siehe etwa *Pfaff/Hofmann*, Kommentar II/1, 732 ff.

⁴⁶) Zur Frage, welcher Zeitpunkt heute maßgeblich ist, siehe unten D.II.4.

⁴⁷) *Hanausek*, Das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht des Ehegatten in den Entwürfen einer Novelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche (1910) 33.

⁴⁸) 78 *BlgHH* 21. Sess 104; *Schiffner*, Erbrechtsreform 40; *Schey*, Teilnovelle 128. Die Bedeutung dieses Erbrechtsverlusts für den Gesetzgeber zeigt sich auch daran, dass er die posthume Erforschung des Privatlebens des Erblassers etwa im Zusammenhang mit der Inkapazität in § 543 ABGB eindeutig ablehnt. Dass im Gegensatz dazu im Fall der Verfahrensfortführung nach § 759 ABGB das Verhalten des Überlebenden und nicht des Erblassers im Mittelpunkt steht, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass natürlich auch in diesem Fall das Privatleben des Erblassers öffentlich wird. Dies wollte der Gesetzgeber aber in Kauf nehmen.

⁴⁹) IS einer Erbnwürdigkeit: *Zeiller*, Kommentar II/2, 759; *Weiß* in *Klang*¹ II/1, 614.

⁵⁰) *Hanausek*, Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten nach den Novellen zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche (1917) 24 f meint: „Es ist ungebührig, wenn über das Eheleben des Erblassers nur deshalb gerichtlich verhandelt wird, um den Erben einen finanziellen Vorteil auf Kosten des überlebenden Ehegatten zu sichern. Ich halte es für eine Ungeheuerlichkeit, dass die Kinder und Erben den von ihrem Vater erhobenen Ehescheidungs- oder Ehetrennungsprozess fortsetzen, in diesem

3. Nachträgliche intrasystematische Lücke

Das Konzept, nach dem für katholische Ehen nur eine Scheidung von Tisch und Bett möglich war, bei der der geschiedene Ehegatte außer in den Fällen des § 759 ABGB ein gesetzliches Erbrecht hatte, wurde durch die Einführung des EheG 1938 grundlegend geändert. Nunmehr sollte durch eine Scheidung – wie bisher bei der akatholischen Trennung – das Eheband aufgelöst werden⁵²⁾, womit auch der Grund des Erbrechts des überlebenden geschiedenen Gatten wegfiel. Dies kann man dem Gesetz nur mit einigem Aufwand entnehmen. § 757 ABGB gewährt zwar ausdrücklich dem „Ehegatten“ ein gesetzliches Erbrecht, sodass der Schluss nahe liegt, dass der Geschiedene kein Erbrecht mehr hat, § 759 spricht aber nach wie vor missverständlich nur dem schuldig Geschiedenen sein Erbrecht ab. § 1266, der erklärt, dass ein getrennter, obgleich schuldloser Ehegatte die gesetzliche Erbfolge nicht ansprechen könne, scheint nur für die nicht mehr existenten akatholischen Ehen einschlägig zu sein, die darauf bezogenen und in Satz 1 verwiesenen Trennungsbestimmungen der §§ 115 und 133⁵³⁾ hat das EheG 1938 jedenfalls aufgehoben. Heute ist jedoch klar, dass das Erbrecht des Ehegatten (§§ 757, 758) ein aufrechtes Eheband voraussetzt, das nach einer Scheidung eben nicht mehr besteht. Außerdem wird man, wenn das ABGB heute vom (nicht vorhandenen) Erbrecht des „getrennten“ Ehegatten spricht, darunter dasjenige des „Geschiedenen“ verstehen müssen⁵⁴⁾, sodass der Erbrechtsverlust den §§ 757 und 1266 ABGB zu entnehmen ist⁵⁵⁾.

Im Zuge der Einführung des EheG wurde § 759 ABGB derart geändert, dass eine Nachfolge in den Ehescheidungsprozess nicht mehr möglich war, sondern die Schuld des Beklagten in einem gesonderten Verfahren festgestellt werden musste. Aus dem prozessrechtlichen Kuriosum der Nachfolge des Erben in den Scheidungsprozess wurde

Prozesse den Ehebruch ihrer eigenen Mutter behaupten und beweisen, um ihre eigene Mutter um ihren gesetzlichen Erbteil zu bringen. [. . .] Man versetze sich doch in die Lage einer Frau, die mit ihren Kindern oder Fremden darüber streiten muss, ob sie ihrem verstorbenen Ehegatten die Treue gebrochen hat“; teilw auch abgedruckt in der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit 1917, Nr 22 bis 27; vgl auch schon *dens*, Erb- und Pflichtteilsrecht 33; vorsichtig krit zu derartigen posthumen Feststellungen (im Zusammenhang mit § 101 des Regierungsentwurfes 1908, der die Gründe für die Enterbung des Ehegatten normierte) auch *Krasnopolski*, Die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (Vortrag, 1908) 18.

⁵¹⁾ So auch zum BGB *Leipold* in Münchener Kommentar BGB IX³ (1997) § 1933 Rz 2.

⁵²⁾ Stichtag war der 1. August 1938.

⁵³⁾ Siehe dazu *Lenhoff* in *Klang*¹ III (1932) 887 ff und FN 41.

⁵⁴⁾ *Schwind* in *Klang*² I/1 (1964) 844; *M. Bydlinski* in *Rummel*³ § 1266 Rz 1.

⁵⁵⁾ Siehe nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹² II, 437 f.

eine bloße Quasi-Fortführung, materiell hat sich dadurch aber nichts geändert. Zusätzlich wurde in der 5. DVEheG die Befugnis des Staatsanwaltes eingeführt, auch nach dem Tod des Ehegatten und ohne Erfordernis der bereits durch den Verstorbenen eingebrachten Scheidungsklage die Ehescheidung zu beantragen⁵⁶⁾. Die Ehe wurde dann wirksam mit dem Vortag des Todes des Erblassers geschieden (§§ 6 und 8 5. DVEheG). Die an dieser Stelle sachlich nicht zu rechtfertigende Zuständigkeit des Staatsanwaltes, die Ausfluss der alle Rechtsgebiete durchdringenden nationalsozialistischen Rassenideologie war und hier dem Schutz der Volksgesundheit vor unerwünschten Ehen dienen sollte, wurde im österreichischen Recht unverstündlich lang beibehalten und erst 1983 aufgehoben⁵⁷⁾. Man darf sie mit *Köstler* gestrost ein Relikt nennen, über das „zünftige Juristen den Kopf schütteln“⁵⁸⁾. Bis zur Aufhebung kann die 5. DVEheG allerdings als ein weiteres Beispiel für den Unrechtszusammenhang der posthumen Entscheidung angesehen werden. In diesem Sinne empfahl *Kralik* dem Staatsanwalt, von seiner Befugnis nur Gebrauch zu machen, wenn er die Schuld des überlebenden Ehegatten für so schwer erachtete, dass dieser aus Gründen des öffentlichen Wohls unwürdig erscheine, die rechtliche Stellung eines Verwitweten zu behalten⁵⁹⁾.

Die historische ratio des § 759 Abs 2 ABGB war also, den schuldigen Ehegatten seiner Strafe nicht durch den zufälligen Tod des Erblassers entrinnen zu lassen. Die Pönalfunktion lag dabei schon im Erbrechtsverlust selbst und nicht erst in der Vorverlegung desselben. Heute ist der Ausschluss vom Erbrecht eine selbstverständliche Folge jeder Scheidung. Mit dem Übergang von der Scheidung von Tisch und Bett zur Auflösung des Ehebandes mit daraus zwangsläufig folgendem Erbrechtsverlust hat dieser aber seine Funktion als Strafe eingebüßt, er ist nur mehr Folge des ehelichen Scheiterns. Es ist auch zweifellos so, dass durch die Betonung des Zerrüttungsprinzips durch die Scheidungsreformen 1978 und 1999 und das eindeutige Überwiegen einvernehmlicher Scheidungen in der Praxis der Erbrechtsverlust nicht mehr als besondere Unrechtssanktion wahrgenommen wird.

Durch den tiefgreifenden Wandel der Normsituation im Eherecht, der bereits mit dem EheG begonnen hat und vor allem durch die Reformen 1978 und 1999 sowie die Rechtspraxis fortgeführt wurde, hat sich das rechtliche Umfeld, in das § 759 ABGB eingebettet ist, komplett gewandelt. Der vorherlegte Erbrechtsverlust nur für den schuldig Geschiedenen ist daher für sich genommen ein Anachronismus, der sich im heutigen Eherecht

⁵⁶⁾ Dazu etwa *Köstler*, Verirrungen im Großdeutschen Recht, JBI 1946, 8; *Schwind*, Eherecht 321 ff; *Welser* in *Rummel*¹ (1983) § 759 Rz 4.

⁵⁷⁾ BGBl 1983/566.

⁵⁸⁾ *Köstler*, JBI 1946, 7.

⁵⁹⁾ *Kralik*, Erbrecht 68 f.

nicht logisch begründen lässt, da ähnliche Fälle, die auch alle zum Verlust des Erbrechts führen, unregelt sind. Hier stellt sich die Frage, ob für die Wertung des § 759 ABGB auf Grund der geänderten Umstände noch Platz ist. Fällt die Pönalfunktion weg, bleibt nur die Grundidee, den Ehegatten, dem der Ausschluss vom Erbrecht bevorsteht, nicht durch den Zufall des zu frühen Todes seines Gatten zu begünstigen. Diese Gefahr der Begünstigung eines Ehegatten bestand ursprünglich nur bei der Scheidung aus Verschulden hinsichtlich des Schuldigen, heute aber eben hinsichtlich jedes in Scheidung lebenden Ehegatten⁶⁰). Auf Grund des tiefgreifenden Funktionswandels des Erbrechts kann vom Entstehen einer nachträglichen Lücke⁶¹) gesprochen werden⁶²).

4. Lückenfüllung durch Analogie zu § 759 ABGB

Zur Schließung dieser Lücke muss die Möglichkeit der Fortführung des Verfahrens nach § 759 Abs 2 ABGB sinngemäß auf all jene Fälle angewendet werden, in denen ein Ehegatte bereits einen Scheidungsantrag gestellt oder auf Scheidung geklagt hat. Die Verfahrensfortsetzung müsste daher auch bei Zerrüttungsscheidungen und einvernehmlichen Scheidungen zugelassen werden, da sie alle den Verlust des Erbrechts zur Folge haben. Da in diesen Fällen aber nicht das Verschulden des überlebenden Ehegatten relevant ist, müsste schon der Beweis, dass die Ehe geschieden worden wäre, hinreichen, um das Erbrecht zum Erlöschen zu bringen. Ethisch wäre dies weit aus unproblematischer als das Wühlen im Eheleben des Verstorbenen, das § 759 ABGB schon

nach hA notwendig macht und das *Hanausek* anlässlich der Einführung dieser Bestimmung scharf kritisiert hat⁶³). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Möglichkeit der Quasi-Fortsetzung des Scheidungsverfahrens müsste wohl die Gerichtsanhängigkeit sein. Dass auch die Zustellung an den „gegnerischen Ehegatten“ bereits erfolgt sein muss, kann dem Gesetz, das ursprünglich den Begriff „Anbringen“ verwendet hat und nun vom „Erheben“ der Klage spricht, nicht entnommen werden⁶⁴).

Die Überzeugungskraft dieser Lösung beweist ein Blick nach Deutschland. § 1933 BGB, der in seiner Stammfassung Pate für die Fortführung des Verfahrens in der Novellierung des § 759 ABGB durch die I. TN gestanden ist, schloss bei bloß anhängigem Scheidungsverfahren ursprünglich auch nur das Erbrecht des schuldigen Ehegatten aus⁶⁵). Im Zuge der deutschen Erbrechtsreform 1976 war eine Streichung oder Novellierung des Paragraphen vorgesehen, da mit der Aufgabe des Verschuldensprinzips bei der Scheidung die Grundlage für eine derartige Erbrechtsentziehung weggefallen sei⁶⁶). Der deutsche Gesetzgeber hat also die Vorbildbestimmung des § 759 ABGB schon 1976 aus den hier angestellten Überlegungen als Anachronismus empfunden! Durch das dEheRG 1976 wurde § 1933 BGB dann neu gefasst, sodass das Erbrecht des überlebenden Ehegatten nunmehr schon dann ausgeschlossen ist, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zuge-

⁶⁰) Dagegen scheint zu sprechen, dass der historische Gesetzgeber eine solche Verfahrensfortsetzung auch bei der Trennung akatholischer Ehen nicht vorgesehen hat, obwohl der Geschiedene bei diesen schon stets seines Erbrechts verlustig ging. Auch für diese wurde die Verfahrensfortführung nur bei Verschulden ermöglicht. Es gibt jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich hierbei um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gehandelt hätte. Die akatholischen Ehen wurden in § 759 einfach mit den katholischen „mitgeregelt“. Gleichzeitig dürfte auch das Bedürfnis des Gesetzgebers, gerade im Bereich der akatholischen Ehen besonders ausdifferenzierte Mechanismen zu schaffen, in Anbetracht des deutlichen Überwiegens der Katholikenehen gering gewesen sein. Außerdem war natürlich der Wandel des Scheidungsrechts in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts keinesfalls vorhersehbar.

⁶¹) *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1983) §§ 126 f, 181; *F. Bydlinski*, Methodenlehre², 585 ff.

⁶²) Dem stehen die EB RV zum EheRÄG 1978, 136 BgNR 14. GP 15, dass zwar § 759 Abs 1 kaum mehr gegenwartsnah, Abs 2 aber fortdauernd zweckentsprechend sei, mE nicht entgegen. Für eine nähere Auseinandersetzung mit der Inkonsistenz dieser Regelung mit dem Scheidungsrecht gibt es keine Anhaltspunkte. Wahrscheinlich war gemeint, dass man es nach wie vor als zweckentsprechend empfindet, dem schuldigen Ehegatten auch vor erfolgter Scheidung das Erbrecht zu entziehen; in diesem Sinn auch *Holzner*, Ehevermögen bei Scheidung und bei Tod. Unvereinbarkeit zweier Auseinandersetzungsmodelle (1998) 17.

⁶³) Siehe FN 50.

⁶⁴) Vgl aber die hM in Deutschland, die davon ausgeht, dass auch die Zustellung nötig ist, *Reimann*, Erbrechtliche Überlegungen aus Anlass der Ehescheidung, ZEV 1995, 329; *Leipold* in MünchKomm BGB IX³ § 1933 Rz 5; *ders*, Erbrecht¹⁴ (2002) Rz 155; *Werner* in *Staudinger* (2000) § 1933 Rz 5; *Schlüter* in *Erman*¹⁰ (2000) § 1933 Rz 2; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht⁹, 258; *Edenhofer* in *Palandt*⁶² (2003) § 1933 Rz 3; BGHZ 111, 329 = NJW 1990, 2382 = JZ 1990, 1134 (*Battes/Thofern*); dagegen überzeugend *Stein* in *Soergel*¹² (1992) § 1933 Rz 4; *Brox*, Erbrecht¹⁷ Rz 56; *Hoeren* in BGB-Handkommentar² (2002) § 1933 Rz 3; *Stürmer* in *Jauernig*, BGB¹⁰ (2003) § 1933 Rz 1.

⁶⁵) Die Verfahrensfortsetzung wurde im ersten Entwurf zum BGB noch als nicht rechtfertigbar abgelehnt, weil sich der Bruch zwischen den Ehegatten zwar in der Klagserhebung zeige, aber noch nicht endgültig sei, Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich V Erbrecht (1888) 370 f (*Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich V Erbrecht [1899] 196). Der zweite Entwurf erhielt im Anschluss an ALR II 1 §§ 827, 829 und das SächsBGB § 2055 die Gleichstellung der rechtskräftigen Auflösung der Ehe mit der Erhebung einer begründeten Scheidungsklage. Dies, so die Denkschrift zum fünften Buche, in *Mugdan*, V 850, forderten das „Rechtsgefühl und die Rücksicht auf den mutmaßlichen Willen des verstorbenen Ehegatten“.

⁶⁶) BT-Drucks 7/650, 18, 179; siehe auch *Zopfs*, Die Verfassungswidrigkeit des einseitigen Erbausschlusses in § 1933 BGB, FamRZ 1995, 310.

stimmt hatte⁶⁷). Das Verschulden spielt keine Rolle mehr. Der Verlust des gesetzlichen Erbrechts mit Einleitung des Scheidungsverfahrens wird dadurch gerechtfertigt, dass das Erbrecht seine innere Berechtigung verloren habe und dieses Ergebnis dem mutmaßlichen Willen des Erblassers⁶⁸) entspreche⁶⁹). Dasselbe gilt für Begünstigungen aus Erbverträgen (§ 2279 BGB) und (gemeinschaftlichen) Testamenten (§§ 2077, 2268 BGB). Sympathie für die hier vorgeschlagene Lösung findet man verbreitet auch im nordischen Rechtskreis⁷⁰), entsprechende Regelungen gibt es zB in Finnland⁷¹), Schweden⁷²) und Norwegen⁷³). Auch die jüngste privatrechtliche Kodifikation folgt diesem Modell. Nach dem vierten Buch (Erbrecht) des niederländischen Nieuwe Burgerlijk Wetboek (NBW), das erst am 1. Jänner 2003 in Kraft getreten ist⁷⁴), entfällt das Ehegattenerbrecht schon mit Einbringen eines Scheidungsantrages, wenn der Antrag berechtigt gewesen wäre⁷⁵).

Im Rechtsvergleich mit der Schweiz zeigt sich hingegen ein ähnliches Bild wie in Österreich, jedoch ohne die Möglichkeit des § 759 Abs 2 ABGB⁷⁶). Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten

fällt erst mit rechtskräftiger Scheidung weg⁷⁷). Allerdings konstatierte *Escher* schon 1959 mit Blick auf die ursprüngliche Fassung des § 1933 BGB eine Lücke: „denn es ist anstößig, dass der schuldlose Teil vom Schuldigen noch während des Prozesses beerbt wird, während doch kein seelischer Zusammenhang mehr besteht“⁷⁸). Auch *Breitschmid* hält die starre Regelung für problematisch⁷⁹). Er hält es zumindest bei beiderseitigem Scheidungswillen für unsachlich, die erbrechtlichen Wirkungen der Ehe noch uneingeschränkt andauern zu lassen⁸⁰), und will de lege ferenda Begünstigungen aus letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen unabhängig vom Verschulden schon bei Anhängigkeit eines Scheidungs- oder Trennungsverfahrens erlöschen lassen.

5. Beweis der Ehescheidung

Geht man davon aus, dass der Überlebende sein Erbrecht schon durch Einbringen des Scheidungsbegehrens verliert, wenn dessen Berechtigung nach dem Tod des Erblassers gerichtlich festgestellt wird, kommt der Frage nach dem posthumen Beweis der Berechtigung des Begehrens und damit der Frage, wie bewiesen werden soll, dass die Ehe geschieden worden wäre, natürlich einige Bedeutung zu.

Dazu ist zuerst festzuhalten, dass es Fälle gibt, in denen dieser Beweis mit völliger Sicherheit erbracht werden kann. Das gilt unter Zugrundelegung der hM zu den Auswirkungen des Rechtsmittelverzichts gerade für den vorliegenden Fall. Auf Grund des Rechtsmittelverzichts hätten weder die Parteien noch das Gericht die Scheidung noch aufhalten können. In all jenen Fällen, wo bereits die Unanfechtbarkeit der Entscheidung eingetreten ist, wäre die entsprechende Anwendung des § 759 Abs 2 daher völlig unproblematisch, Beweisprobleme stellten sich auf Grund der formellen Rechtskraft nicht, es würde nur eine bereits sichere Rechtsfolge vorverlegt⁸¹).

gesetzliches Erbrecht (Art 120 Abs 2 ZGB). Erbberechtigt ist nur, wer mit dem Erblasser zum Zeitpunkt des Todes zur ehelichen Gemeinschaft verbunden ist (Art 159 Abs 1 ZGB). Die eheliche Gemeinschaft endet erst mit dem Eintritt der Gestaltungswirkung des Scheidungsurteils. Die Scheidungsklage oder das gemeinsame Scheidungsbegehren beenden die eheliche Gemeinschaft nicht (*Escher* in Zürcher Kommentar [1959] Art 462 Rz 10; *Druery*, Grundriss des Erbrechts⁴ (1997) § 5 Rz 9; *Weimar* in Berner Kommentar Art 461 Rz 8; *Steck* in Basler Kommentar² Art 120 Rz 18; *Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo* in *Tuor et al*, Zivilgesetzbuch¹², 213; aA allerdings ohne Begründung *Henrici*, Ehevertrag und Erbvertrag. Beiträge zum Ehevertragsrecht III, ZSR 33 [1914] 254).

⁷⁷) Bemerkenswert scheint in diesem Zusammenhang aber, dass das ZGB sehr wohl eine Auflösung des Güterstandes auf Begehren eines Gatten noch vor der Scheidung kennt (Art 137, 176, 185 Abs 1 ZGB). Auf diese Diskrepanz verweist auch *Breitschmid*, AJP 1993, 1450 f.

⁷⁸) *Escher* in Zürcher Kommentar, Art 462 Rz 10.

⁷⁹) *Breitschmid*, AJP 1993, 1447, 1451.

⁸⁰) *Breitschmid*, AJP 1993, 1451.

⁸¹) Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang die E SZ 27/210. Nach dem Sachverhalt wurde

⁶⁷) Zur Vermeidung einer schlechteren Stellung des Ehegatten als im Fall der Scheidung ist er nach Maßgabe der §§ 1569 bis 1586b BGB unterhaltsberechtig.

⁶⁸) Die Berufung auf den Erblasserwillen scheint für den völligen Entzug des gesetzlichen Erbrechts und damit auch des Pflichtteilsrechts nicht recht zu passen; so auch *Leipold* in MünchKomm BGB IX³ § 1933 Rz 2, Einl Rz 10; diesem folgend *Zopfs*, FamRZ 1995, 312; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht⁵, 258.

⁶⁹) BT-Drucks 7/4361, 52 und BT-Drucks 7/650, 274 (Stellungnahme des BR).

⁷⁰) Siehe dazu *Korkisch*, Einführung in das Privatrecht der nordischen Länder (1977) I 82.

⁷¹) 3. Kapitel § 7 Perintökaari (Erbgesetz vom 5. Februar 1965, Nr 40; kein gesetzliches Erbrecht, wenn im Zeitpunkt des Todes des Erblassers eine Klage auf Auflösung der Ehe oder Aufhebung der Lebensgemeinschaft anhängig war [Abs 1 idF 203/1983] oder der Erblasser berechtigt gewesen wäre, die Aufhebung zu verlangen [Abs 2]). Deutsche Fassung bei *Ferid/Firsching*, Internationales Erbrecht II; englische Fassung unter <http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E9650040.PDF>.

⁷²) 3. Kapitel § 10 Ärvdabalk (Erbgesetz vom 12. Dezember 1958, Nr. 637; kein Ehegattenerbrecht, wenn zum Zeitpunkt des Erbfalls ein Ehescheidungsverfahren anhängig war). Deutsche Fassung bei *Ferid/Firsching*, Internationales Erbrecht V.

⁷³) § 8 Lov om arv (Gesetz vom 13. März 1972, Nr 5; wenn eine gerichtliche Entscheidung über die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft oder Auflösung der Ehe ergangen ist, auch wenn diese noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist). Deutsche Fassung bei *Ferid/Firsching*, Internationales Erbrecht IV; englische Fassung unter <http://www.uib.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19720303-005-eng.pdf>.

⁷⁴) Staatsblad 2002/430 vom 16. 8. 2002. Im Original abrufbar unter <http://www.overheid.nl/op/index.html>.

⁷⁵) Dies gilt sogar für das Recht des Fruchtgenusses an der Ehwohnung, das der Ehegatte nicht einmal durch Enterbung entziehen kann (Art 4.32).

⁷⁶) Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten stützt sich auf Art 462 ZGB. Geschiedene Ehegatten haben kein

In allen anderen Fällen hätte der Richter festzustellen, ob die Ehe geschieden worden wäre oder nicht. Ein Wildwuchs an posthumer Detektivarbeit anderer Erbprätendenten braucht deshalb nicht befürchtet zu werden, immerhin muss sich die Ehekrise bereits in einem förmlichen Scheidungsbegehren manifestiert haben⁸²⁾. Die daran anknüpfende Feststellung, ob die Ehe geschieden worden wäre, wird dem Richter dabei auch durch die entsprechenden Fristen erleichtert. So wird er etwa in der Lage sein, festzustellen, ob die häusliche Gemeinschaft seit drei Jahren aufgehoben war (§ 55 EheG)⁸³⁾. Ist dies der Fall, scheint es auch nicht unbillig, dem Ehegatten das Erbrecht zu versagen, das sich nach den Vorstellungen des Gesetzgebers der I. TN gerade dadurch rechtfertigt, dass die Ehe eine so „innige Gemeinschaft wie des inneren, so des äußeren Lebens [erzeugt], dass jeder der beiden Gatten sich als deren Träger und Hüter fühlt und auch den anderen als solchen schätzt“⁸⁴⁾.

Außerdem darf nicht übersehen werden, dass dem Richter diese nur auf den ersten Blick seltsam anmutende Aufgabe ja bereits nach dem eindeutigen Wortlaut des § 759 Abs 2 ABGB mit dem zusätzlichen komplizierten Erfordernis der Feststellung des Verschuldens zugemutet wird. Dies hat der Gesetzgeber offenbar für sachgerecht gehalten.

Es scheint daher möglich, § 759 Abs 2 ABGB als Analogiebasis dafür heranzuziehen, dass das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht des Ehegatten schon dann wegfällt, wenn der Erblasser die

der Ehemann nach Abgabe eines beiderseitigen Rechtsmittelverzichts, aber noch vor Zustellung, bei einem Unfall getötet. Das Scheidungsurteil wurde dementsprechend wirkungslos, die Ehe durch den Tod aufgelöst. Die Ehefrau beehrte als nunmehrige Witwe Unterhalt nach § 1327 ABGB, der den Schädiger nicht nur zum Kostenersatz verpflichtet, sondern auch zum Ersatz desjenigen, was den Hinterbliebenen, für deren Unterhalt der Getötete zu sorgen hatte, durch den Tod entgangen ist. Der OGH erkannte zwar die Kosten für Trauerkleidung zu, wies aber den Schadenersatzanspruch wegen entgangenen Unterhalts ab. Die Klägerin könne durch den Tod ihres Gatten nicht besser gestellt werden, als sie es im Falle des Ausbleibens des Unfalles gewesen wäre. „Es wäre ein in der Tat widersinniges Ergebnis, der Klägerin mit dem Todesfall ihres Gatten die Möglichkeit zu geben, auf einen bereits fallengelassenen gesetzlichen Unterhaltsanspruch nach § 91 ABGB zurückzugreifen.“ Sie sei doch günstigsten Falles um einen Anspruch nach § 68 EheG gebracht worden, denn im Falle des Weiterlebens ihres Gatten „wäre mit der Zustellung der Ausfertigung des bereits verkündeten Urteils, gegen das auf Rechtsmittel verzichtet wurde, die Ehe aufgelöst gewesen“ (zur Frage, für wen der Getötete iSd § 1327 ABGB nach dem Gesetz zu sorgen hatte, *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² [1984] 151 f). Obwohl es in dieser Entscheidung um Kausalität und Schadenersatz geht und sich daraus für die vorliegende Problematik unmittelbar nichts folgern lässt, zeigt sich doch, dass der OGH einer fiktiven Verfahrensfortsetzung gelegentlich nicht abgeneigt ist.

⁸²⁾ In diesem Sinne auch *Brox*, Erbrecht¹⁷ Rz 56.

⁸³⁾ So auch zum *Lange/Kuchinke*, Erbrecht⁵, 258.

⁸⁴⁾ 78 BlgHH 21. Sess 97.

Scheidung beantragt hat und das Scheidungsbegehren berechtigt gewesen, die Ehe mithin tatsächlich geschieden worden wäre. Dasselbe gilt für Begünstigungen aus Erbverträgen. Dies steht auch nicht im Widerspruch zur Ausnahmeregel des § 1266 ABGB über das Weiterbestehen von Ehepakten. Der schuldlose Ehegatte behält weiterhin seine Begünstigung aus einem Erbvertrag. Denn diese Begünstigung ist nicht auf einen verbleibenden Überrest des Erbrechts des Geschiedenen zurückzuführen, sondern auf den Vertragscharakter. „Das Gesetz begünstigt den schuldlosen Gatten, aus Besorgnis der gegenteiligen absichtlichen Vereitelung der Rechte“⁸⁵⁾. Für Begünstigungen aus letztwilligen Verfügungen lässt sich ein Ergebnis wie beim gesetzlichen Erbrecht nicht erreichen, da sie nicht einmal bei erfolgter Scheidung wegfallen⁸⁶⁾.

6. Rechtsfolgen des Beweises der Ehescheidung

Wenn bisher vom Verlust des Erbrechts durch Einbringung der Scheidungsklage oder des Scheidungsantrages gesprochen wurde, ist die zentrale Frage, wer eigentlich sein Erbrecht verliert, noch unbeantwortet geblieben. Der Wortlaut des § 759 Abs 2 ist wiederum klar: Derjenige, der geschieden worden wäre, geht seines Erbrechts verlustig, das Erbrecht des Anderen soll unberührt bleiben.

Nun ist die Rechtsfolge des § 759 Abs 2 auf Engste mit dem Phänomen unauflöslicher Ehen und dem Normzweck der Sanktionierung ehelichen Fehlverhaltens verbunden; dieses Konzept ist – wie oben ausgeführt – durch den grundlegenden Wandel des Eherechts nicht mehr tragfähig. Löst man sich vom Verschulden, wird man keine Gründe dafür finden, dass nur der Antragsgegner sein Erbrecht verliert⁸⁷⁾. Wenn der Verlust des Erbrechts eine Folge der Ehekrise ist, die niemandem vorwerfbar sein muss, leuchtet es nicht ein, warum der schnellere, aggressivere oder einfach besser beratene dem unter Umständen langmütigeren, kompromissbereiteren Ehepartner überlegen sein soll.

Auch hier lohnt sich ein Blick nach Deutschland, wo nach der Novellierung des § 1933 BGB der aktualisierte Wortlaut keinen Zweifel daran lässt, dass der Erbrechtsverlust nur eine jeweils einseitige Konsequenz der Einbringung des Scheidungsantrages oder der Zustimmung zum Scheidungsantrag des anderen Ehegatten ist. Bei berechtigtem Scheidungsbegehren eines Ehegatten und Zustimmung des anderen gehen also beide ihres Erbrechts verlustig. Damit führt die Antragstellung allein unweigerlich nur zum Verlust des Erbrechts des Antragsgegners. Erst wenn dieser zustimmt, verliert auch der Antragsteller sein Erbrecht. Die überwiegende Lehre kritisiert diese

⁸⁵⁾ *Zeiller*, Kommentar III/1 (1812) 659.

⁸⁶⁾ Siehe aber die Überlegungen *de lege ferenda* unter FN 30.

⁸⁷⁾ In diesem Sinne auch *Lange/Kuchinke*, Erbrecht⁵, 258.

Rechtsfolge als missglückt⁸⁸). Der Ansicht, dass der einseitige Erbrechtsverlust durch die gesetzlich eingeräumten Unterhaltsansprüche (§ 1933 BGB) und gegebenenfalls die Möglichkeit der Enterbung kompensiert würde⁸⁹), stehen einerseits erbrechtliche, andererseits verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber⁹⁰).

Nach den Materialien zum dEheRG 1976⁹¹) rechtfertigt die unübersichtliche und emotional belastende Situation der Lösungskrise der Ehe, in der der Erblasser nicht genau nachdenkt und die erbrechtlichen Folgen nicht ausreichend überblickt, unter Abstellen auf den mutmaßlichen Erblasserwillen den Entfall des Erbrechts des Gegners nach dem Antragsteller. Dass für jenen der Verlust ausgerechnet durch die Möglichkeit letztwilliger Verfügungen kompensiert werden könnte, ist widersprüchlich. Warum sollte der nunmehr erbrechtslose Antragsgegner zu dem überlegten, vorausschauenden Handeln fähig sein, dessen Abwesenheit der Gesetzgeber beim Antragsteller vermutet? Der einseitige Entfall des Erbrechts führt im Extremfall dazu, dass ausgerechnet derjenige, der die Ehe retten will, bestraft wird. Das Gesetz geht offenbar davon aus, dass derjenige, der sich nicht äußert, an der Ehe festhalten und seinen Ehegatten weiterhin zum Erben haben möchte. Abgesehen davon, dass dies für das gesetzliche Erbrecht nur eine untergeordnete Rolle spielen kann⁹²), ist diese Annahme wohl auch fern der Realität. Zwar ist der mutmaßliche Erblasserwille immer eine unsichere Argumentationsbasis, doch kann dieses Ergebnis einem vernünftigen Erblasser mE kaum unterstellt werden⁹³). Doch selbst wenn der Antragsgegner so weitblickend ist, seine Erbfolge durch letztwillige Verfügungen der neuen Situation anzupassen, zeigt der Anlassfall, dass dies dann nicht genug ist, wenn diese letztwilligen Verfügungen mit Erbverträgen konkurrieren⁹⁴). Eine Kompensation des Erbrechtsverlusts kann darin jedenfalls nicht erblickt werden.

⁸⁸) So etwa *Dieckmann*, Erbrechtliche Fragen familienrechtlicher Reformgesetze im Spiegel neuer Lehrbücher, FamRZ 1979, 396; *Battes*, Die Änderung erbrechtlicher Vorschriften im Zusammenhang mit der Reform des Scheidungsrechts, FamRZ 1977, 344; *Bengel*, Anmerkung zu BGH 13. 7. 1994, IV ZR 294/93, ZEV 1994, 360; *Leopold* in MünchKomm BGB IX³ § 1933 Rz 2; *ders*, Erbrecht¹⁴ Rz 155; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht⁵, 258; *Hoeren* in BGB-Handkommentar² § 1933 Rz 2; *Stürner* in *Jauernig*, BGB¹⁰ § 1933 Rz 2.

⁸⁹) *Werner* in *Staudinger* (2000) § 1933 Rz 3.

⁹⁰) So auch *Zopfs*, ZEV 1995, 312.

⁹¹) BT-Drucks 7/650, 274; und 7/4361, 52. Siehe schon FN 30.

⁹²) Siehe aber schon FN 68.

⁹³) So auch *Bengel*, ZEV 1994, 360 f.

⁹⁴) In diesem Zusammenhang sei noch die Frage erwähnt, wie sich eine Enterbung auf einen Erbvertrag auswirkt. Ist der Enterbungsgrund gleichzeitig ein Erbunwürdigkeitsgrund, wird der Begünstigte, da er gar nicht erbfähig ist (*Kralik*, Erbrecht 35), nichts erhalten können. Ist das nicht der Fall, scheint es klärungsbedürftig, ob durch eine Enterbung auch ein Erbvertrag erlischt. Dies soll hier jedoch dahinstehen.

Außerdem begegnet der einseitige Erbrechtsverlust auch verfassungsrechtlichen Bedenken. Das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat sich zur Verfassungskonformität des § 1933 BGB zwar bereits geäußert, der Anlassfall betraf aber nur den beiderseitigen Erbrechtsverlust nach Zustimmung zum Scheidungsantrag⁹⁵). Das BVerfG nahm die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an, da die Vorschrift verfassungsrechtlich offenkundig nicht zu beanstanden sei. Es würden nur die bei rechtskräftiger Scheidung ohnehin eintretenden Folgen vorverlegt. Dem liege die Meinung des Gesetzgebers zu Grunde, das gesetzliche Ehegattenerbrecht entspreche nicht mehr dem Interesse eines Erblassers, wenn beide Ehegatten durch begründeten Scheidungsantrag und Zustimmung zu erkennen gegeben haben, an der Ehe nicht mehr festhalten zu wollen. Diese Ansicht sei sachgerecht. Explizit offen gelassen wurde jedoch die nicht präjudizielle Frage, ob der einseitige Erbrechtsverlust auf Grund eines begründeten Scheidungsantrages zulässig ist.

Die Verfassungskonformität des einseitigen Erbrechtsverlusts wird im deutschen Schrifttum überwiegend kritisch gesehen⁹⁶), wobei vor allem die dort geäußerten Bedenken wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz auch in Bezug auf § 759 ABGB schwer wiegen. Der Gleichheitssatz der Art 2 StGG 1867 und Art 7 B-VG enthält – wie Art 3 Abs 1 des deutschen Grundgesetzes – das an den Gesetzgeber gerichtete Verbot unsachlicher Differenzierung⁹⁷). Gleiches soll gleich, Ungleiches dementsprechend verschieden behandelt werden. Dass die Ehegatten bei nur einseitigem Erbrechtsverlust ungleich behandelt würden, bedarf keiner weiteren Erörterung: Der Antragsteller behielte sein Erbrecht nach seinem Ehegatten, würde diesen jedoch durch den Antrag vom Erbrecht ausschließen.

Fraglich ist die sachliche Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung⁹⁸). Der Antragsgegner könnte zwar seinerseits durch Zustimmung oder Klage den Erbrechtsverlust herbeiführen, doch führte das zur seltsamen Konsequenz, dass gerade derjenige, der an der Ehe festhalten will, kein Erbrecht nach seinem Ehegatten hätte, während derjenige, der die Scheidung betreibt, ausgerechnet unter Berufung auf das Eheband erbberechtigt wäre. Eine solche Ungleichbehandlung, die im Fall des Aufeinandertreffens eines Scheidungswilligen und eines Scheidungsunwilligen besonders flagrant ist, lässt sich nicht einleuchtend begründen.

⁹⁵) BVerfG 15. 2. 1995, 1 BvR 71/93 = ZEV 1995, 183.

⁹⁶) *Zopfs*, ZEV 1995, 311 ff; *Leopold* in MünchKomm BGB IX³ § 1933 Rz 3; aA *Werner* in *Staudinger* (2000) § 1933 Rz 3; *Hoeren* in BGB-Handkommentar § 1933 Rz 2; *Stürner* in *Jauernig*, BGB¹⁰ § 1933 Rz 2.

⁹⁷) Siehe dazu nur *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹ (2000) Rz 1431 ff; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁵ (2003) Rz 760 ff.

⁹⁸) Zur wechselhaften Rsp des VfGH siehe *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ Rz 1439; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁵ Rz 762 ff.

Sie baut noch auf dem überkommenen „Strafkonzep⁹⁹⁾“ bei Verschuldensscheidungen auf⁹⁹⁾).

Entgegen der deutschen Regelung ist daher der beiderseitige Entfall des Erbrechts erbrechtlich konsequent und wohl verfassungsrechtlich unbedenklich. Beide Ehegatten verlieren durch das Einbringen eines begründeten Scheidungsantrages in Verbindung mit dem Beweis, dass die Ehe geschieden worden wäre, ihr gesetzliches Erbrecht.

7. Schutz des Ehegatten

Die Vorverlegung des Verlustes des gesetzlichen Erbrechts auf den Zeitpunkt der Klageeinbringung setzt den überlebenden Ehegatten schon nach hA zu § 759 ABGB zwischen zwei Stühle: Er ist erbrechtlich kein Ehegatte mehr, aber auch noch nicht geschieden. Dies hat Auswirkungen auf den Unterhalt und die Aufteilung des Vermögens.

§ 759 Abs 2 entzieht nach hA schon dem mit-schuldigen Ehegatten das Erbrecht. Hätte der Erblasser das (materiell rechtskräftige) Scheidungsurteil noch erlebt, hätte er – trotz (Mit-)Verschuldens des Ehegatten – zur Zahlung von Unterhalt verpflichtet werden können. Grundsatz ist zwar, dass nur der schuldige Ehegatte dem schuldlosen Teil Unterhalt gewähren muss (§ 66 EheG) und dass bei gleichem Verschulden der Ehegatten keine Unterhaltsansprüche bestehen (§ 68 EheG)¹⁰⁰⁾, es gibt jedoch Ausnahmen. § 68 EheG kennt im Fall gleichen Verschuldens die Möglichkeit, einem Teil einen Unterhaltsbeitrag aufzuerlegen, sofern der andere Teil nicht in der Lage ist, sich selbst zu ernähren. Der durch das EheRÄG 1999 eingeführte § 68a EheG geht noch weiter und gewährt dem überwiegend oder gar allein schuldigen Ehegatten einen verschuldensunabhängigen Unterhaltsanspruch, soweit und solange ihm wegen der Pflege und Erziehung eines gemeinsamen Kindes keine Berufstätigkeit zugemutet werden kann oder wenn er sich während der Ehe, entsprechend der einvernehmlichen Gestaltung der Lebensgemeinschaft, der Haushaltsführung, der Pflege und Erziehung gemeinsamer Kinder oder der Betreuung von Angehörigen gewidmet hat und ihm wegen des dadurch bedingten Mangels an Erwerbsmöglichkeit nicht zugemutet werden kann, sich ganz oder teilweise selbst zu erhalten.

Unproblematisch ist in diesem Zusammenhang § 68 EheG, da nach § 78 Abs 3 EheG die Beitragspflicht ohnehin nicht auf die Erben übergeht¹⁰¹⁾ und für den Überlebenden in dieser Konstellation daher keine Gefahr einer Benachteiligung besteht. Der Anspruch des Ehegatten wäre ja ebenso erloschen, wenn der Erblasser einen Tag nach Auflösung der Ehe gestorben wäre, ein Ausgleich für die Vorverlegung der Scheidungsfolgen muss daher nicht geschaffen werden.

⁹⁹⁾ Zopfs, ZEV 1995, 312; Lange/Kuchinke, Erbrecht⁵, 258.

¹⁰⁰⁾ Siehe nur Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² I, 453 f.

¹⁰¹⁾ Stabentheiner in Rummel³ § 78 EheG Rz 4; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² I, 458.

Anderes gilt allerdings schon nach hA zu § 759 ABGB für die Verpflichtung, Unterhalt nach § 68a zu leisten; sie geht auf die Erben des Erblassers sehr wohl über, sodass der Überlebende bei rechtskräftiger Scheidung einen Unterhaltsanspruch gehabt hätte. In Fällen des § 759 hat der Geschiedene diese Ansprüche aber noch nicht, da er noch nicht geschieden ist. Der Ehegatte befindet sich daher in einem besonders ungünstigen Zwischenstadium. Hier gibt es keinen Grund, den überlebenden Ehegatten durch die fiktive Beendigung des Scheidungsprozesses schlechter zu stellen, als er durch die tatsächliche Auflösung der Ehe stünde¹⁰²⁾. Aus diesen Gründen enthält das BGB auch die ausdrückliche Anordnung, dass der Ehegatte nach Maßgabe der §§ 1569 bis 1586b BGB unterhaltsberechtigter ist (§ 1933 BGB). Im ABGB existiert eine solche Vorschrift nicht; der Bedarf dazu hat sich beim herrschenden Verständnis des § 759 auch lange nicht gestellt, da bei Verschulden kein Unterhalt zustand. Dies hat sich zwischenzeitig geändert. Da § 796 ABGB einen Unterhaltsanspruch des Ehegatten eindeutig ausschließt und da § 68a EheG schon begrifflich noch nicht anwendbar ist, muss dieser analog angewendet werden. Vertritt man wie hier die Ansicht, dass § 759 analog auf alle Scheidungsverfahren anzuwenden ist, gilt dasselbe für die anderen Unterhaltsbestimmungen des EheG, sofern die Unterhaltspflicht auf die Erben übergeht. Bei der analogen Anwendung ist freilich auch § 78 EheG zu beachten.

Dasselbe Problem wie beim Unterhalt ergibt sich auf Ebene der Vermögensaufteilung¹⁰³⁾. Der nach § 759 Abs 2 ABGB erbrechtslose Ehegatte kann weder den Voraus noch sein gesetzliches Erbrecht verlangen, die vermögensrechtliche Auseinandersetzung nach §§ 81 ff EheG aber ebenso wenig. Die Vermögensaufteilung findet ja nur dann statt, wenn die Ehe geschieden wurde. Wie beim Unterhalt findet sich der überlebende Ehegatte auch hier in einer Situation, in der er das erbrechtliche Aufteilungsmodell nicht mehr, das scheidungsrechtliche aber noch nicht verlangen kann. Auch hier spricht alles für eine analoge Anwendung der Bestimmungen des EheG¹⁰⁴⁾, da es keine Gründe für ein völliges Leerausgehen des Ehegatten gibt. Dem Gesetzgeber kann nicht zugesonnen werden, ein solches Ergebnis gewünscht zu haben, das unter umgekehrten Vorzeichen erst recht gravierende Rechtsfolgen vom Zufall abhängig macht.

¹⁰²⁾ Battes, FamRZ 1977, 435, zur Neufassung des § 1933 BGB, nach der dem Ehegatten Unterhaltsansprüche wie nach einer Scheidung zustehen.

¹⁰³⁾ Dazu umfassend Holzner, Ehevermögen 167 ff.

¹⁰⁴⁾ So schon Holzner, Ehevermögen 170; diesem folgend Welser in Rummel³ § 759 Rz 3a; siehe auch Schauer; Ist das Pflichtteilsrecht noch zeitgemäß?, NZ 2001, 79; siehe auch schon F. Bydlinski, Zur Neuordnung des Ehegüterrechts, FS Schwind I (1978) 53 ff. Zu den Problemen, die sich aus den unterschiedlichen Auseinandersetzungsmodellen ergeben und durch die der Ehegatte unerwünscht besser stehen könnte als bei Behandlung nach dem Erbrecht, Holzner, Ehevermögen 170.

III. Ergebnisse

1. Nach § 224 AußStrG und § 460 Z 8 ZPO tritt die eheauflösende Wirkung eines Scheidungsbeschlusses oder Scheidungsurteiles erst mit Zustellung an beide Ehegatten ein. Ein vorher abgegebener Rechtsmittelverzicht ist unerheblich. Da dies zu willkürlichen Folgen führt, ist die sachliche Rechtfertigung und Verfassungskonformität dieser Regelungen zweifelhaft.

2. § 759 Abs 2 ABGB ist analog auf alle Scheidungsverfahren anzuwenden.

3. Mit Gerichtshängigkeit des Scheidungsantrages oder der Scheidungsklage eines Ehegatten erlöschen sowohl das wechselseitige gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht als auch Begünstigungen aus Erbverträgen, wenn das Begehren berechtigt gewesen wäre und die Ehe tatsächlich geschieden worden wäre. Dies hat der Richter im Erbrechtsstreit festzustellen.

4. Der Verlust des Erbrechts tritt daher unabhängig von der eheauflösenden Gestaltungswirkung der gerichtlichen Entscheidung ein. Der überlebende Ehegatte muss durch analoge Anwendung der Unterhaltsbestimmungen und der Regeln über die Vermögensaufteilung im Scheidungsfall geschützt werden.

5. Im vorliegenden Fall hätte die Ehefrau daher ihre Ansprüche aus dem Erbvertrag verloren, da der Erbvertrag als Folge der einvernehmlichen Scheidung erloschen wäre, wenn keine abweichenden Vereinbarungen getroffen wurden. Sie hätte auch ihr gesetzliches Erb- und damit ihr Pflichtteilsrecht verloren. Alleinerbin wäre auf Grund des sie begünstigenden Testaments die Freundin des Erblassers gewesen.

Korrespondenz: V.-Ass. Mag. *Martin Spitzer*, Institut für Zivilrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien, Österreich,
E-Mail: martin.spitzer@univie.ac.at.