

nahmen vermindert werden.<sup>39</sup> In der Lit<sup>40</sup> und tw auch in der Rsp<sup>41</sup> wird deshalb vertreten, dass sich der Ehegatte, der früher den Haushalt geführt hat, rechtsmissbräuchlich iSd § 94 Abs 2 ABGB verhält, wenn er keine Kinder mehr zu betreuen hat und dennoch die Ausübung einer zumutbaren und möglichen Erwerbstätigkeit ablehnt.<sup>42</sup>

## 2. Scheidung wegen Auflösung der häuslichen Gemeinschaft ohne Schuldausspruch

Kommt es zu einer Scheidung nach § 55 EheG und enthält das Urteil keinen Schuldausspruch, so kann derjenige, der die Scheidung verlangt, gem § 69 Abs 3 EheG zu einer UhZahlung aus Billigkeit verpflichtet werden. Bezüglich der Billigkeitserwägungen kann auf § 68 EheG verwiesen werden.<sup>43</sup> Dieser Anspruch ist aber gegenüber dem UhAnspr gegen Verwandte des UhBer subsidiär.

### Ein ehelicher Unterhaltsanspruch für die Zeitspanne zwischen Haushaltstrennung und rechtskräftigem Scheidungsurteil erscheint realistisch.

#### F. Fazit

Der einkommenslose Elternteil, der von seinen Kindern auf UH-Leistung in Anspruch genommen wird, kann nicht nur – wie die gegenständliche Entscheidung bereits darlegt – darauf angespannt werden, einer zumutbaren und möglichen Erwerbstätigkeit nachzugehen, sondern auch darauf, einen gesetzl zustehenden UhAnspr gegen den (früheren) Ehegatten geltend zu machen. Die UhEmpfänge sind dann in die UBGr für den KindesUh miteinzubeziehen, wobei sich der UhBedarf durch die Ansprüche der Kinder nicht erhöht. Dadurch ist sichergestellt, dass nicht der

andere Elternteil, der ja schon durch die Betreuung der Kinder in seinem Haushalt seinen Beitrag leistet, mittelbar auch für deren GeldUh aufkommen muss.<sup>44</sup>

Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass ein ehel UhAnspr für die Zeitspanne zw Haushaltstrennung und rk Scheidungsurteil realistisch erscheint, während das nahehel UhRecht – wie auch schon das KindesUhRecht – weitgehend die Obliegenheit auferlegt, durch Annahme einer Erwerbstätigkeit selbst für seinen Uh zu sorgen. Kommt mangels Berufserfahrung und Berufsausbildung nur eine Tätigkeit als Hilfskraft in Betracht, wird das erzielte Einkommen nach allgemeiner Erfahrung allerdings nicht dazu ausreichen, ein den früheren Lebensverhältnissen der Ehegatten angemessenes Leben zu führen, weshalb trotz eigenen Einkommens bei der Scheidung wegen Verschulden (oben C.) und der Scheidung wegen Trennung der häuslichen Gemeinschaft mit Schuldausspruch (oben E.1.) ein Ergänzungsanspruch bis zum angemessenen Uh zustehen kann. Bei großen Einkommensunterschieden kann der Ergänzungsanspruch durchaus beträchtlich sein und damit erhebliche Auswirkungen auf die Höhe des KindesUh haben.

<sup>39</sup> Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth, EuPR<sup>2</sup> § 69 EheG Rz 7; LG Salzburg 21 R 161/08k EF 120.205.

<sup>40</sup> Kerschner, Zum Unterhalt nach Scheidung nach neuem Recht, JBl 1979, 561 (563); Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I<sup>15</sup> (2018) Rz 1597; Koch in KBB<sup>6</sup> § 69 Rz 3; Zankl/Mandel in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 69 EheG Rz 6; einschränkend und für die Vornahme einer Interessensabwägung Hinteregger in Feinyes/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 69 EheG Rz 16.

<sup>41</sup> LG Salzburg 21 R 161/08k EF 120.205.

<sup>42</sup> Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth, EuPR<sup>2</sup> § 69 Rz 7.

<sup>43</sup> 3 Ob 109/97v.

<sup>44</sup> Vgl Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>9</sup> 21.

# Zur Beendigung einer Lebensgemeinschaft iSd § 725 ABGB – die Perspektive des Erblassers

## Zugleich eine Besprechung der E 2 Ob 97/22m



Univ.-Prof. Dr. GREGOR CHRISTANDL LL.M. (Yale) Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Universität Graz. gregor.christandl@uni-graz.at

### Erbrecht und Verlassenschaftsverfahren

§ 725 ABGB

EF-Z 2023/6

In der E 2 Ob 97/22m musste sich der OGH mit der Frage auseinandersetzen, unter welchen Umständen eine Lebensgemeinschaft (LG) als aufgelöst zu gelten hat, damit der gesetzl angeordnete Widerruf gem § 725 ABGB eintreten kann.

#### A. Sachverhalt

Der Erbl und die in seinem Testament als „Lebensgefährtin“ eingesetzte Alleinerbin hatten sich in den 1980er Jahren kennenge-

lernt und gingen laut Sachverhalt im Jahr 1997 eine Beziehung ein. Sie behielten indes weiterhin ihren Wohnsitz in unterschiedlichen Bundesländern (Niederösterreich, Tirol) und beschränkten sich auf gegenseitige Besuche, sodass sie circa sechs Monate pro Jahr gemeinsam verbrachten. Während dieser Zeiten tauschten sie zwar Zärtlichkeiten aus, aber zum Geschlechtsverkehr kam es insgesamt etwa nur drei Mal. Es bestand jedenfalls eine tiefe seelische Verbundenheit und ein tiefes Zusammengehörigkeitsgefühl zw ihnen. Nach einer Knieoperation im Jahr 2012 wurde der Erbl pflegebedürftig. Obwohl die eingesetzte Erbin sich vorgenommen hatte, den Erbl für ein paar Wochen zu pflegen, war sie mit der Pflege schon am ersten Tag überfordert. Daher veranlasste sie die Wiedereinweisung des Erbl in das Krankenhaus und kehrte nach Tirol zurück. Bis zu ihrem eigenen Schlaganfall sechs Monate später hielt sie täglich telefonischen Kontakt mit dem Erbl. Danach telefonierte sie zeitweise gar nicht oder nur mehr einmal pro Monat, wobei sich die Anrufe aufgrund der Demenz des Erbl immer schwieriger gestalteten.

Ein letztes Mal sahen sich der Erbl und die eingesetzte Erbin zu dessen 80. Geburtstag im Jahr 2018, wo er sie zunächst nicht wiedererkannte, sich dann aber darüber freute, dass sie auch da war. Er verstarb im Jahr 2019. Sein Testament aus dem Jahr 2002 hatte er nicht widerrufen. Im Verlassenschaftsverfahren gab die eingesetzte Erbin eine bedingte Erbantrittserklärung aufgrund des Testaments ab, die gesetzl Erben gaben bedingte Erbantrittserklärungen aufgrund des Gesetzes ab.

## B. Entscheidungen der Vorinstanzen

Es kam zum Erbrechtsstreit, der vom ErstG dahingehend entschieden wurde, dass die LG nach 2012 beendet war, die Erbeinsetzung daher gesetzl widerrufen wurde und das bessere Erbrecht somit den gesetzl Erben zukam. Das RekG verwies dagegen darauf, dass sich aus dem Verhalten des Erbl und der eingesetzten Erbin seit 2012 kein ausdrücklicher Wunsch ergebe, die LG zu beenden, weshalb die letztwillige Verfügung bestehen bleibe. Gegen diese Entscheidung ließ das RekG den oRevRek zu, weil Rsp des OGH zur Frage fehle, ob auch eine durch faktische Gegebenheiten aufgehobene LG die Rechtsfolgen des § 725 ABGB auslöse.

## C. Entscheidung

In seiner Entscheidung hielt der OGH fest, dass eine LG iSd § 725 ABGB eine eheähnliche Verbindung zw zwei Personen ist, die durch eine seelische Verbundenheit gekennzeichnet ist und idR auch die Merkmale einer Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft aufweise. Dabei wird iS der jüngst ergangenen E 2 Ob 173/21 m<sup>1</sup> darauf hingewiesen, dass diese Kriterien iS eines beweglichen Systems zu verstehen sind, sodass das Fehlen eines Kriteriums durch ein anderes Kriterium kompensiert werden kann. Dabei sei gerade für § 725 ABGB auch von Bedeutung, ob der Erbl die eingesetzte Person in der letztwilligen Verfügung als Lebensgefährtin bezeichnete. Anhand dieser Kriterien hätten die Vorinstanzen die Existenz einer LG bis 2012 bejaht, sodass zu beurteilen war, ob diese LG durch die Entwicklungen nach der Knieoperation im Jahr 2012 als aufgelöst anzusehen war. Dazu hielt der OGH fest, dass die Frage, ob eine LG als beendet anzusehen ist, stets nur anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden könne.

## In der Literatur wurden Beispiele für Indizien einer Auflösung genannt: so etwa der Auszug aus der gemeinsamen Wohnung ohne zwingende Gründe oder die Auflösung gemeinsamer Konten.

In der Lit<sup>2</sup> wurden Bsp für Indizien einer Auflösung genannt: so etwa der Auszug aus der gemeinsamen Wohnung ohne zwingende Gründe oder die Auflösung gemeinsamer Konten. Im vorliegenden Fall gab es zu keinem Zeitpunkt eine gemeinsame Wohnung und dem Sachverhalt lässt sich auch kein gemeinsames Konto entnehmen, sodass diese Indizien hier nicht herangezogen werden konnten. Die Beendigung ist aber nach Ansicht des OGH aus anderen Umständen abzuleiten, nämlich daraus, dass: a) die Lebensgefährtin den Erbl nach der Operation verlassen habe und sich an der Pflege nicht beteiligt habe; b) sie ihn nicht verlassen hätte müssen, auch wenn sie faktisch zur Alleinpflege nicht in der Lage war; c) sie keinerlei Versuch unternommen habe, den Erbl zu sich zu holen oder neuerlich zu ihm zu kommen; d) sie ihn bis

auf den Tag des 80. Geburtstags seit 2012 nicht mehr gesehen habe. Häufige Telefonate, wie sie offensichtlich nicht bestritten wurden, würden daran nichts ändern, sodass nach Ansicht des OGH ab 2012 keines der Tatbestandsmerkmale einer LG mehr erfüllt war.<sup>3</sup> Daraus folge, dass die letztwillige Verfügung ab diesem Zeitpunkt als aufgehoben anzusehen und die Erbeinsetzung daher gem § 725 Abs 1 ABGB unwirksam sei.

## D. Die Vielfältigkeit von Lebensgemeinschaften im System des § 725 ABGB

In seiner E 2 Ob 173/21 m hatte der OGH anerkannt, dass die Frage, ob eine LG vorliegt, va auch daran zu messen ist, wie der Erbl die Beziehung selbst charakterisierte.<sup>4</sup> Ähnlich wie im vorliegenden Fall mangelte es auch in jenem an der Eheähnlichkeit der Verbindung, denn es gab zu keinem Zeitpunkt eine Wohngemeinschaft oder Wirtschaftsgemeinschaft und eine Geschlechtsgemeinschaft lediglich bis zur altersbedingten Unterbrechung. Dennoch gelangte der OGH zum Ergebnis, dass zw den Parteien eine LG vorlag, weil „der Erblasser und die Beklagte 22 Jahre lang eine Beziehung führten, der Erblasser die Beklagte als seine Lebensgefährtin ansah und auch als solche in der letztwilligen Verfügung bezeichnete“.<sup>5</sup>

## Von einer Lebensgemeinschaft iSd § 725 ABGB ist daher dann auszugehen, wenn der Erblasser die betreffende Person als seine Lebensgefährtin ansah und sie als solche auch in der letztwilligen Verfügung bezeichnete.

Von einer LG iSd § 725 ABGB ist daher dann auszugehen, wenn der Erbl die betreffende Person als seine Lebensgefährtin ansah und sie als solche auch in der letztwilligen Verfügung bezeichnete. Darauf haben sich wohl auch die Vorinstanzen berufen, wenn sie im vorliegenden Fall eine LG festgestellt haben, denn der Schilderung des Sachverhalts müsste anderenfalls entnommen werden, dass eine LG iS einer Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft zw dem Erbl und der eingesetzten Erbin zu keinem Zeitpunkt bestand. Sie hatten getrennte Wohnsitze und besuchten sich lediglich gegenseitig, es gibt keine Hinweise auf eine Wirtschaftsgemeinschaft und selbst eine Geschlechtsgemeinschaft, will man den in dieser Frage schwierigen Feststellungen Glauben schenken, gab es faktisch nicht. Dennoch liegt ein Testament vor, in dem der Erbl die Eingesetzte als seine Lebensgefährtin bezeichnet hat. Darin kommt zum Ausdruck, dass zw dem Erbl und der eingesetzten Erbin zum Errichtungszeitpunkt jedenfalls eine sehr enge Beziehung, eine tiefe Verbundenheit

<sup>1</sup> 2 Ob 173/21 m EF-Z 2022/79 (Hampton) = EvBl 2022/93 (Painsi) = iFamZ 2022/119 (Schweda) = NZ 2022/36.

<sup>2</sup> Welser, Erbrechts-Kommentar (2019) § 725 ABGB Rz 3 mit Verweis auf Deixler-Hübner, Familienrechtliche Aspekte des Erbrechts, in Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Erbrecht Neu (2015) 29 (39); Deixler-Hübner, Testamentarisches Erbrecht des Ehegatten/eingetragenen Partners und Lebensgefährten, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 115 (119); ebenso dieser folgend Umlauf/Huf in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 725 ABGB Rz 8; idS auch Niedermayr in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 725 ABGB Rz 4; gleichermaßen Apathy/Musger in KBB<sup>6</sup> § 725 Rz 3.

<sup>3</sup> 2 Ob 97/22 m Rz 20.

<sup>4</sup> Schweda, Aufhebung einer letztwilligen Verfügung nach Beendigung der Lebensgemeinschaft – Anmerkung zu OGH 2 Ob 173/21 m, iFamZ 2022, 147 (151), spricht insofern von „Deutungshoheit“ des Erbl.

<sup>5</sup> 2 Ob 173/21 m Rz 54.

und Vertrautheit bestand, die über eine bloße Freundschaft hinausging.

Mit seiner E 2 Ob 173/21 m hat der OGH somit die Vielfältigkeit des Lebensgemeinschaftsbegriffs gem § 725 ABGB anerkannt und damit eingeräumt, dass eine LG eben auch in Ermangelung der typischen Kriterien Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft vorliegen kann, wenn der Erbl die in der letztwilligen Verfügung begünstigte Person als Lebensgefährtin bezeichnet hat.<sup>6</sup>

### Eine Feststellung der Lebensgemeinschaft im Einzelfall anhand rein objektiver Kriterien wird dem Normzweck des § 725 ABGB nicht gerecht.

LG sind in ihrer Qualität und Ausgestaltung mindestens so vielfältig wie Ehebeziehungen, sodass eine Feststellung der LG im Einzelfall anhand rein objektiver Kriterien dem Normzweck des § 725 ABGB nicht gerecht wird. Die auf den Willen des Erbl abstellende Perspektive entspricht schließlich dem Telos des § 725 ABGB, der auf einen typisierten Erblasserwillen abstellt.<sup>7</sup>

Wollte man dagegen die LG für die Zwecke des § 725 ABGB nach rein objektiven Kriterien definieren, käme es zu dem paradoxen Ergebnis, dass ein vom Erbl bezeichneter „Lebensgefährtin“ aufgrund der mangelnden Qualität der Beziehung dem Anwendungsbereich des § 725 ABGB entkommt, während nur ein „wirklicher“ Lebensgefährtin iS der objektiven Kriterien mit dem Widerruf gem § 725 ABGB rechnen müsste.<sup>8</sup> Um dies zu vermeiden, kommt es für den Bestand einer LG iSd § 725 ABGB eben entscheidend auf die Sichtweise des Erbl an.

### E. Beendigung aus der Perspektive des Erblassers

Wenn es nun also für die Existenz einer LG iSd § 725 ABGB nach Ansicht des OGH wesentlich auf die Perspektive des Erbl ankommt, dann sollte dies folgerichtig auch für deren Beendigung gelten. Wird nämlich aufgrund der Sicht des Erbl eine LG festgestellt, obwohl zu keinem Zeitpunkt eine Wohn-, Wirtschafts- oder ernsthafte Geschlechtsgemeinschaft bestanden hat, so lässt sich deren Auflösung nicht aufgrund des Fehlens dieser Kriterien beurteilen.

### Es ist zu fragen, ob der Erblasser die Begünstigte zum Zeitpunkt seines Todes noch als seine Lebensgefährtin angesehen hat.

Vielmehr ist zu fragen, ob der Erbl die Begünstigte zum Zeitpunkt seines Todes noch als seine Lebensgefährtin angesehen hat. Anstatt zu prüfen, ob die Kriterien der eheähnlichen LG entsprechend dem beweglichen System zum Todeszeitpunkt<sup>9</sup> noch vorhanden waren, müsste es vielmehr darauf ankommen, ob die

LG mit der eingesetzten Person aus der Sicht des Erbl zu diesem Zeitpunkt noch aufrecht war. Auch hierbei wird man sich auf die Umstände des Einzelfalls stützen müssen, denn Erklärungen des Erbl dazu werden häufig nicht vorliegen. Ein offener Beziehungsbruch oder ein Kontaktabbruch, wie es ihn in 2 Ob 173/21 m gegeben hatte (Streit, Rückgabe von Schlüssel und Ring, kein persönlicher Kontakt mehr), wäre jedenfalls eindeutig genug, um Zweifel an der Auflösung auszuräumen.<sup>10</sup> Eine Abnahme des Kontakts, zumal wenn er aus gesundheitlichen Gründen immer schwieriger wird, sollte dem Fortbestand der Beziehung dagegen nicht im Wege stehen, wenn der Erbl nicht Gegenteiliges zum Ausdruck bringt und es niemals zum Bruch kam. Insofern überzeugt der Zugang des RekG, das für die Beurteilung der Auflösung danach fragte, ob sich aus dem Verhalten des Erbl der ausdrückliche Wunsch ableiten lässt, die LG zu beenden. Es stellte damit eben auch hinsichtlich der Auflösung der LG auf die Perspektive des Erbl ab.

### F. Ergebnis

Wenn es nach Ansicht des OGH für die Feststellung der Existenz einer LG iSd § 725 ABGB entscheidend darauf ankommt, ob der Erbl die Begünstigte im Testament als seine Lebensgefährtin bezeichnet hat, dann scheint es konsequent, auch für die Beendigung der LG auf die Perspektive des Erbl abzustellen. Zu prüfen ist daher, ob der Erbl zum Todeszeitpunkt die „Beziehung“ zu seiner von ihm als „Lebensgefährtin“ bezeichneten Begünstigten als aufgelöst ansah. § 725 ABGB geht insofern und nach seinem Normzweck von einem eigentümlichen, individuell vom Erbl definierten Begriff der LG aus, dem die objektiven Kriterien für den Bestand einer LG nicht immer gerecht werden können.

<sup>6</sup> Dabei muss die Bezeichnung nicht notwendigerweise in der letztwilligen Verfügung erfolgen. Es würde genügen, wenn der Erbl die Begünstigte im sozialen Umgang als seine Lebensgefährtin bezeichnet hat. Vgl dazu *Hampton*, Letztwillige Verfügung: Freundschaftliche Beziehung oder doch Lebensgemeinschaft? – Anmerkung zu OGH 2 Ob 173/21m, EF-Z 2022, 181 (184).

<sup>7</sup> 2 Ob 173/21m Rz 48.

<sup>8</sup> Diese potenzielle Widersprüchlichkeit bringt der Titel des Beitrags von *Aichinger* zu OGH 2 Ob 173/21m bestens auf den Punkt: „Frau erbt nicht, weil sie Mann zu nahe stand“, *Die Presse* 2022/07/01.

<sup>9</sup> Zum Zeitpunkt, wann die Auflösung vorliegen muss, vgl *Umlauf/Huf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 725 ABGB Rz 8 mit Verweis auf *Mondel/Knechtel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 725 ABGB Rz 2 (Stand 1. 2. 2020, rdb.at); *Schweda*, *IFamZ* 2022, 147 (151); aA *Zak*, *Glosse* zu OGH 2 Ob 43/19s, *JEV* 2019, 189 (192).

<sup>10</sup> 2 Ob 173/21m Rz 6, 55.