

# 1. Kapitel

## Aufteilungsanspruch

**Literatur:** *Beclin*, Das Eingetragene-Partnerschafts-Gesetz im Lichte des Eherechts, EF-Z 2010, 52; *Benke*, Zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft 2009: Weder Ehe noch Familie, EF-Z 2010, 19; *Chr. Böhm*, Das neue Ehegüterrecht, ÖJZ 1979, 575; *F. Bydlinski*, Zur Neuordnung des Ehegüterrechts, 1. FS Schwind (1978) 28; *M. Bydlinski/Hofer-Zeni-Rennhofer*, Gedanken zum nahehelichen „Aufteilungsanspruch“, in *Fischer-Czermak/Tschugguel*, Beiträge zum Familien- und Erbrecht. Liber Amicorum für Edwin Gitschthaler (2020) 1; *Cornides*, Ehe(r) nicht! (2010, noch unveröffentlicht); *Edlbacher*, „Vermögenskurator für die Scheidungswaise“, ÖJZ 1985, 675; *Ent*, Die Eherechtsreform 1978, NZ 1979, 117; *Deixler-Hübner*, Aufteilung des Ehevermögens, in *Deixler-Hübner*, Handbuch des Familienrechts (2020) 943; *Dullinger/Kerschner*, Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse bei für nichtig erklärter Ehe – eine Replik, ÖJZ 1984, 281; *Fidler*, Zum Bereicherungsanspruch des geschiedenen Ehegatten beim gemeinsamen Hausbau, EF-Z 2011, 172; *Fischer-Czermak*, Ehe oder Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare? NZ 2008, 99; *Gorjany*; Gesellschaftsrechtliche Aspekte des neuen Ehegüterrechtes, AnwBl 1978, 498; *Honsell*, Die Aufteilung des Vermögens bei der Scheidung, in *Ostheim*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/1978 (1979) 169; *Honsell*, Die Neuordnung des gesetzlichen Güterrechts in Österreich, FamRZ 1980, 93; *Hopf*, Eherechts-Änderungsgesetz 1999 im Überblick, in *Ferrari/Hopf*, Eherechtsreform in Österreich (2000) 28; *Hopf/Stabentheiner*, Das Eherechts-Änderungsgesetz 1999, ÖJZ 1999, 861; *Hoyer*, Das neue Scheidungsrecht, JBl 1981, 11; *Knell*, Die neuen vermögensrechtlichen Ansprüche von (ehemaligen) Ehegatten, RPfSlgA 5997; *Kostka*, Die Änderung der Entscheidungsgrundlage des Aufteilungsverfahrens nach den §§ 81 ff EheG, RZ 1989, 29; *Ladurner*, Vermögenskurator für die Scheidungswaise, ÖJZ 1985, 673; *Migsch*, Persönliche Ehewirkungen, gesetzlicher Güterstand und Ehegattenerbrecht, in *Floretta*, Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht (1979) 17; *Oberhuber-Wilhelm*, Scheidung und „asset protection“, EF-Z 2013, 55; *Oberhumer*, Frischer Wind im Aufteilungsrecht? EF-Z 2012, 252; *Oberhumer*, Rechtsentwicklungen im Aufteilungsrecht I + II, EF-Z 2015, 248 und 2016, 24; *Ofner*, Ehegüterrechtlicher Ausgleich bei Tod eines Ehegatten? in FS 200 Jahre ABGB (2011) 513; *H. Pichler*, Einige Probleme des neuen Eherechts, JBl 1981, 281; *Schauer*, Zur Anwendung der §§ 81 ff EheG auf die nichtig erklärte Ehe, ÖJZ 1982, 147; *Stabentheiner*, Normative Nahtstellen von Familien- und Mietrecht, EF-Z 2016, 234; *Taucher*, Auseinandersetzungen im Zuge der Scheidung, SWK 1998, 490; *Welser*, Die Reform des Ehegüterrechts, Ehescheidungsrechts und Ehegattenerbrechts, Wirtschaftsberichte der CA-BV 1978, 14; *Wilhelm*, Die Aufteilung des ehelichen Vermögens nach den §§ 81 ff EheG in der Rechtsprechung, NZ 1986, 145; *Ziehensack*, Materiell- und verfahrensrechtliche Aspekte des allgemeinen und ehescheidungsrechtlichen Teilungsanspruchs, wobl 1996, 230.

### Übersicht

	Rz
I. Rechtsentwicklung . . . . .	1
II. Eingetragene Partnerschaften . . . . .	3

III. Faktische (nichteheliche, nichtpartnerschaftliche) Lebensgemeinschaften . . . . .	5
IV. Allgemeines zum Aufteilungsrecht . . . . .	6
V. Übertragbarkeit des Aufteilungsanspruchs . . . . .	10
A. Unter Lebenden . . . . .	10
B. Von Todes wegen . . . . .	11
1. Aufteilungsverfahren nach Ehescheidung und Tod eines Ehegatten . . . . .	11
2. Erbrecht oder Aufteilungsverfahren im Scheidungszusammenhang? . . . . .	15
3. Kein Aufteilungsverfahren bei Tod eines Ehegatten ohne Scheidungszusammenhang? . . . . .	16
VI. (Ver-)Pfändbarkeit . . . . .	18

## I. Rechtsentwicklung

1. **Anmerkung:** Die Bestimmungen über die vermögensrechtl Auseinandersetzung nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigklärung der Ehe wurden **durch das EheRÄG 1978 (BGBl 1978/280) in das EheG eingefügt (§§ 81 ff)** und traten mit 1. 7. 1978 in Kraft. Zuvor war die 6. DVEheG sedis materiae gewesen, deren Hauptaugenmerk auf der künftigen Versorgung der (früheren) Ehegatten gelegen war; nunmehr dominieren der Beitrags- und der Billigkeitsgedanke. Diese **Bestimmungen wirken grundsätzlich auf vor dem 1. 7. 1978 geschlossene Ehen zurück.**

2. Das auf Scheidung der zw der ASt und dem AG geschlossenen Ehe lautende Urteil wurde vor dem 1. 7. 1978, also vor dem Inkrafttreten der Bestimmungen über die Auft des ehel GebrVerm und der ehel Ersparnisse, nämlich der §§ 81 ff EheG idF EheRÄG 1978, rk. Daher bleibt idS § 3 Abs 5 und 6 der Übergangsbestimmungen des Art XXIII des genannten Gesetzes „das bisher geltende Recht maßgeblich“. Unter diesem bisher geltenden Recht sind nicht nur die materiellen, sondern auch die Verfahrensvorschriften der ansonsten seit dem Inkrafttreten des EheRÄG (Art XXIII § 2) aufgehobenen 6. DVEheG zu verstehen. 6 Ob 678/80; 7 Ob 617/83.

3. Auch für einen späteren Antrag bleibt somit das früher geltende Recht maßgeblich, weshalb der ASt der unbefristete Antrag nach der 6. DVEheG offensteht. Allerdings betraf ein solcher nur die EheWhg und den Hausrat, während über die ehel Ersparnisse nach der alten Rechtslage nicht im VaStr entschieden werden konnte. 7 Ob 617/83.

4. **Anmerkung:** Damit sind auf sämtliche heutzutage geschiedenen, aufgehobenen oder für nichtig erklärten Ehen die AuftRegelungen der §§ 81 ff EheG anzuwenden, und es ist darüber im VaStr zu entscheiden. Nur wenn die Scheidung am 30. 6. 1978 noch nicht rk war, wäre ein Verfahren nach dem alten Recht betreffend EheWhg und Hausrat (zumindest theoretisch) noch möglich, konnte ein solcher Antrag doch unbefristet gestellt werden.

Auch die Änderungen, die durch **BGBl 1985/481** (§ 98 EheG) und durch das **EheRÄG 1999** (Einbeziehung der EheWhg, Regelung des Unternehmensrechts) bewirkt wurden, sind auf alle Ehen anzuwenden, deren Vermögen heute aufgeteilt werden soll.

1. **Anmerkung:** Das **FamRÄG 2009** trat mit 1. 1. 2010 in Kraft. Nach Art 20 § 3 sind die §§ 82, 87, 97 und 98 EheG in der Fassung dieses Bundesgesetzes anzuwenden, wenn der verfahrenseinleitende Antrag oder die Klage nach dem 31. 12. 2009 bei Gericht eingebracht wird. **2**

2. Nach alter Rechtslage unzulässige Vorausvereinbarungen sind nunmehr wirksam, wenn sie den Voraussetzungen des § 97 Abs 1 EheG nF entsprechen. 1 Ob 144/12 a EF-Z 2013/51 (*Oberhumer*) = iFamZ 2013/65.

3. **Anmerkung:** Dies erscheint verfassungsrechtl durchaus unbedenklich, wollten die Ehegatten doch gerade eine solche Vereinbarung abschließen. Dem Einwand eines Ehegatten, er habe die Vereinbarung lediglich deshalb abgeschlossen, weil er von deren Ungültigkeit und Unwirksamkeit ausgegangen war, wird regelmäßig mit dem Argument seiner mangelnden Schutzwürdigkeit entgegen getreten werden können; im Übrigen waren auch vor dem 1. 1. 2010 derartige Verträge aufgrund stRsp (vgl Rz 823) nicht völlig unbedeutend, sodass der allfällige Hinweis, es habe sich lediglich um ein Scheingeschäft nach § 916 ABGB gehandelt, irrelevant ist (abgesehen davon, dass ein Scheingeschäft gemeinsamen dolus voraussetzt [3 Ob 318/98 f], der nicht gegeben sein wird).

4. **Anmerkung:** Problematisch ist allerdings die Übergangsregelung des Art 20 § 3 FamRÄG 2009. Danach ist ua § 97 EheG idF dieses BG anzuwenden, wenn der verfahrenseinleitende Antrag oder die Klage nach dem 31. 12. 2009 bei Gericht eingebracht wird. Damit kann der AufRichter aber auch „alte“ Vorausvereinbarungen einer Prüfung gem § 97 Abs 2 EheG unterziehen. Dass dies verfassungsrechtl (Art 5 StGG; Gleichheitsgrundsatz) völlig unbedenklich wäre, muss erheblich bezweifelt werden (ebenso *Schwimmann*, Zak 2009, 323; *G. Hopf*, ÖJZ 2010, 154; zuletzt wohl auch *Oberhumer*, EF-Z 2016, 24).

5. **Ggt:** Diese verfassungsrechtl Bedenken gegen die Übergangsregelung des Art 18 § 3 FamRÄG 2009, nach der § 97 EheG in der Fassung des FamRÄG 2009 auch auf „alte“ Vorausvereinbarungen anzuwenden ist, teilt der OGH nicht. 1 Ob 144/12 a EF-Z 2013/51 (*Oberhumer*) = iFamZ 2013/65.

6. **Anmerkung:** Nach Art 20 § 4 sind auf vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geschlossene Ehepakete die bisher geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. Diese Regelung meint zwar lediglich die Ehepakete iSd §§ 1217 ff ABGB und ist daher an sich auf die Neuregelungen des § 97 EheG nicht anzuwenden. Ein Grund für eine Differenzierung zw den Ehepaketen und den Vorausvereinbarungen ist jedoch nicht ersichtlich, weshalb sich durchaus eine analoge Anwendung der Ehepakete-Regelung auch auf Vorausvereinbarungen nach § 97 EheG argumentieren ließe (ebenso *G. Hopf*, ÖJZ 2010, 154), sodass § 97 Abs 2 bis 4 EheG idF FamRÄG 2009 auf vor dem 1. 1. 2010 abgeschlossene Vorausvereinbarungen (betreffend ehel Ersparnisse) nicht anwendbar wäre. Der OGH scheint diesen Überlegungen aber wohl eher nicht beitreten zu wollen (vgl 1 Ob 144/12 a).

## II. Eingetragene Partnerschaften

1. **Anmerkung:** Der Gesetzgeber hat mit dem EPG ab 1. 1. 2010 die Möglichkeit der Begründung einer eingetragenen Partnerschaft geschaffen, wobei §§ 24 bis 41 EPG praktisch wortwörtlich die nur auf Ehegatten anzuwendenden §§ 81 bis 98 EheG übernahmen. Die zu diesen Bestimmungen ergangene Rsp **3**

kann daher angewendet werden, weshalb die nachfolgenden Ausführungen (ab Rz 5) auch für eingetragene Partner gelten. Aufgrund der ausdrücklichen Regelung des § 24 Abs 1 EPG sind diese Regelungen – unabhängig vom Kenntnisstand der eingetragenen Partner über den Nichtigkeitsgrund (anders als nach § 42 Abs 2 EPG, der hier nicht anwendbar ist) – auch auf für nichtig erklärte EP anzuwenden. Dass die EP jetzt nicht mehr nur homosexuellen Partnern zugänglich ist, hat an alledem nichts geändert.

#### Gegenüberstellung

§ 24 EPG	§ 81 EheG
§ 25 EPG	§ 82 EheG
§ 26 EPG	§ 83 EheG
§ 27 EPG	§ 84 EheG
§ 28 EPG	§ 85 EheG
§ 29 EPG	§ 86 EheG
§ 30 EPG	§ 87 Abs 1 EheG
§ 31 EPG	§ 88 EheG
§ 32 EPG	§ 89 EheG
§ 33 EPG	§ 90 EheG
§ 34 EPG	§ 91 EheG
§ 35 EPG	§ 92 EheG
§ 36 EPG	§ 93 EheG
§ 37 EPG	§ 94 EheG
§ 38 EPG	§ 95 EheG
§ 39 EPG	§ 96 EheG
§ 40 EPG	§ 97 EheG
§ 41 EPG	§ 98 EheG

- 4 1. **Anmerkung:** Dem (ursprünglichen) Konzept des EPG folgend weichen § 25 Abs 2 EPG (von § 82 Abs 2 EheG) sowie § 26 Abs 1 und 2 EPG (von § 83 Abs 1 und 2 EheG) insoweit von den eherechtl Bestimmungen ab, als dort auf die **gemeinsamen Kinder** Bezug genommen wird. Allerdings erwähnen die ErläutRV ausdrücklich, dass bei EP, in denen tatsächlich Kinder betreut worden sind, die Betreuungsarbeit und das Kindeswohl zu berücksichtigen sein könnten; dies gelte insb iZm den AuftGrundsätzen. Dem ist vollinhaltlich zuzustimmen, wobei diese Frage nunmehr (EP auch für heterosexuelle Partner) von noch größerer Bedeutung ist.

Das EPG enthält keine dem § 87 Abs 2 EheG entsprechende Anordnung. Nach dieser Bestimmung kann das Gericht ohne Rücksicht auf eine Regelung durch Vertrag oder Satzung anordnen, dass ein Ehegatte an Stelle des anderen in das der Benützung der EheWhg zugrunde liegende Rechtsverhältnis eintritt oder das bisher gemeinsame Rechtsverhältnis allein fortsetzt. Da diese Bestimmung auch im Partnerschaftsrecht eine ganz wesentliche Bedeutung hat und den ErläutRV zum EPG nicht zu entnehmen ist, warum § 87 Abs 2 EheG nicht übernommen werden sollte, liegt ein offensichtliches, durch Analogie zu beseitigendes Redaktionsversehen des Gesetzgebers vor.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass nach § 31 Abs 2 EPG der frühere eingetragene Partner eine **Dienstwohnung** des anderen Partners, die ihm

anlässlich der Auflösung der EP zugewiesen wurde, dann wieder verliert, wenn er heiratet oder wieder eine EP begründet. Wurde hingegen einem früheren Ehegatten eine Dienstwohnung zugewiesen, verliert er sie gem § 88 Abs 2 EheG nur für den Fall einer neuerlichen Eheschließung, nicht jedoch bei Begründung einer EP. Auch hier lassen die ErläutRV eine Begründung vermissen, weshalb wohl von einem (durch Analogie zu beseitigenden) Redaktionsversehen durch Nichtanpassung des § 88 Abs 2 EheG auszugehen ist.

2. **Anmerkung:** Die AuftVorschriften des EheG verwenden den Begriff der EheWhg bzw der ehel Wohnung. Das EPG nennt die dem vergleichbare Wohnung von eingetragenen Partnern in § 24 Abs 2 EPG „**gemeinsame Wohnung**“, ansonsten lediglich Wohnung. Gemeint ist damit jedoch jew die gemeinsame Wohnung der eingetragenen Partner (vergleichbar der EheWhg der Ehegatten).

Auch die Ersparnisse und das übrige GebrVerm der eingetragenen Partner sind die gemeinsamen Ersparnisse bzw das GebrVerm, also die Errungenschaft der eingetragenen Partner während partnerschaftlicher LG (bis zur Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft).

### III. Faktische (nichteheliche, nichtpartnerschaftliche) Lebensgemeinschaften

1. Eine nur faktische LG ist zwar einer Ehe ähnlich, ist aber **vom Gesetz nicht mit den gleichen Rechtswirkungen ausgestattet**; ihr kommt nur ausnahmsweise rechtl Bedeutung zu. Es können daher auf die während einer faktischen LG angeschafften und dem Gebrauch der Lebensgefährten dienenden Sachen nicht die gleichen Grundsätze angewendet werden wie auf Sachen, die während einer ehel Gemeinschaft von den Ehegatten angeschafft wurden. 1 Ob 691/82; 7 Ob 514/86; 7 Ob 529/86; 2 Ob 644/86.

2. Verschiedentlich wird eine Regelung über die Vermögensauseinandersetzung zw Lebensgefährten de lege ferenda gefordert oder zumindest für erwägenswert gehalten; de lege lata fehlt sie jedoch. Es ist nicht Sache der Rsp, als unbefriedigend empfundene Regelungen zu korrigieren oder durch Rechtsfortbildung oder eine allzu weitherzige Interpretation möglicher (oder künftiger) Absichten des Gesetzgebers Gedanken in ein bestehendes Gesetz hineinzutragen, die darin (noch) nicht enthalten sind. Eine Gleichstellung von Ehe und nichtehel LG iSd §§ 81 ff EheG bedürfte einer vom Gesetzgeber vorzunehmenden Weichenstellung. Nach der geltenden Rechtslage gibt es für die nichtehel LG keinen spezifischen Mechanismus zur VermögensAuft nach deren Auflösung, der dem Verfahren nach §§ 81 ff EheG vergleichbar wäre. 9 Ob 96/98 b.

3. Bei Aufhebung einer LG kommt aber auch eine analoge Anwendung der gesetzl Bestimmungen über die Auft des ehel GebrVerm und der ehel Ersparnisse nicht in Betracht. 9 Ob 96/98 b; 6 Ob 135/99 t.

### IV. Allgemeines zum Aufteilungsrecht

1. Das Wesen einer nachehel Auft nach §§ 81 ff EheG liegt in Eingetragene **Partnerschafteneiner rechtsgestaltenden Änderung der Rechtszuständigkeiten an Bestandteilen der gesetzlich umschriebenen Aufteilungsmasse** aus Gründen

der durch die ehel LG begründeten Gemeinschaftlichkeit der vormaligen Eheleute an diesen Vermögensteilen, aber auch an gemeinsam eingegangenen, mit der gemeinsamen Lebensführung zusammenhängenden Schulden. 6 Ob 216/97 a.

2. AuftAnspr sind also Ansprüche auf rechtsgestaltende richterliche Regelungen. 6 Ob 535/80; 8 Ob 645/89.

3. Sie **entstehen mit der formellen Rechtskraft der eheauflösenden Entscheidung**. 6 Ob 535/80; 2 Ob 184/03 b; 3 Ob 169/06 h.

4. Die Auft setzt also ein rk Ehescheidungs-, Eheaufhebungs- oder Ehenichtigerklärungsurteil voraus. 7 Ob 595/81; 5 Ob 556/87; 6 Ob 180/08 a.

5. Der AuftAnspr bezieht sich auf das Vermögen in seiner derzeitigen Zusammensetzung und nicht bloß auf dessen Geldwert. 3 Ob 169/06 h.

**7** 1. Im AuftVerfahren soll, soweit die Parteien nicht Teileinigungen erzielen, die der regelnden Funktion des AußStrRichters vorangehen (§ 85 EheG), eine **möglichst umfassende endgültige Auseinandersetzung** des ehel GebrVerm und der ehel Ersparnisse erzielt werden, um so eine häufig über den Bestand der Ehe hinauswirkende Quelle von Auseinandersetzungen der vormaligen Eheleute zu beseitigen. 5 Ob 670/80; 1 Ob 150/20 w.

2. Das Ergebnis der richterlichen Prüfung im AuftVerfahren kann aber auch darin bestehen, dass keine rechtsgestaltende Anordnung getroffen werde. 6 Ob 842/81.

**8** 1. Der **Rechtsschutzanspruch**, ein AuftVerfahren einzuleiten, ist nicht deshalb untergegangen, weil **entgegen § 55 a Abs 2 EheG eine Aufteilungsvereinbarung unterblieb**, auch wenn kein Scheidungsausspruch hätte erfolgen dürfen. 6 Ob 560/84; 5 Ob 239/01 k.

2. Eine derartige Vorgehensweise hat auch nicht zur Folge, dass die Geltendmachung des Anspruchs gegen Treu und Glauben verstößt. 6 Ob 560/84.

3. **Anmerkung:** In manchen Gerichtssprengeln werden – entgegen der ausdrücklichen Anordnung des § 55 a EheG – einvernehmliche Scheidungen durchgeführt, ohne dass sich die Ehegatten auf eine Auft des ehel GebrVerm und der ehel Ersparnisse verständigt hätten; dies manchmal sogar über Betreiben des zuständigen Richters, der sich auf diese Art und Weise offensichtlich ein Streitiges Scheidungsverfahren „ersparen“ will. Regelmäßig werden dann in den „Scheidungsfolgenvergleich“ Vorbehalte zugunsten eines gerichtl AuftVerfahrens aufgenommen. Damit wird jedenfalls klargestellt, dass die Ehegatten bei der „einvernehmlichen Scheidung“ nicht von einer bereits erfolgten Auft ausgegangen sind. Es ist aber wohl mit Nachdruck darauf zu verweisen, dass eine derartige Vorgehensweise – auch wenn sie praktisch und zeit- bzw kostensparend scheint (Wegfall von Scheidungs- und UhVerfahren, weil insofern ohnehin Einigkeit der Ehegatten besteht) – der klaren Rechtslage widerspricht und zumindest für den Richter, vielleicht auch für die beteiligten RA disziplinäre Folgen haben könnte, auch wenn die Scheidung mangels Anfechtung des Scheidungsbeschlusses in Rk erwächst und die Ehe damit als aufgelöst angesehen werden muss.

Zu berücksichtigen ist außerdem, dass zwar die (ältere) Rsp davon ausging, dass der Rechtsschutzanspruch, ein AuftVerfahren einzuleiten, nicht deshalb untergegangen ist, weil eine AuftVereinbarung im Scheidungsvergleich unterblieb. In jüngeren E ist dann aber wieder die Rede davon, dass den Eheleuten das Auft-

Verfahren zur E über die noch offenen Ansprüche zur Verfügung steht, wenn in einer Scheidungsvereinbarung gem § 55 a EheG (etwa wegen Irrtums oder Unkenntnis eines Teiles oder beider Teile) keine vollständige Auft erfolgte und Einvernehmen nicht zu erzielen ist (etwa 5 Ob 43/07 w; großzügiger wiederum 6 Ob 46/02 m). Da Ehegatten, die sich anlässlich der einvernehmlichen Ehescheidung auf die genannten Vorbehalte einlassen, regelmäßig dabei nicht in Unkenntnis sein werden, erscheint es nicht unbedingt gesichert, dass tatsächlich noch ein AuftVerfahren durchgeführt werden kann.

Dass Ehegatten in den Scheidungsfolgenvergleich die (materiell-rechtl) Erklärung aufnehmen können, man habe sich in vermögensrechtl bzw aufrechtl Hinsicht bereits völlig geeinigt, hilft im hier interessierenden Zusammenhang nicht weiter, sind die Ehegatten in weiterer Folge doch an diese Erklärung gebunden, selbst wenn eine tatsächliche Einigung nicht vorlag (2 Ob 634/86).

1. Der einem Ehegatten nach der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe zustehende AuftAnspr genießt den gleichen **Schutz gegen Beeinträchtigungen durch Dritte** wie jedes andere Forderungsrecht. Die Verletzung eines fremden Forderungsrechts gewährt dem Betroffenen einen grds auf Naturalrestitution gerichteten Schadenersatzanspruch, wenn der Schuldner zum Vertragsbruch verleitet wurde, bei arglistigem Zusammenwirken mit dem Schuldner zum Nachteil des Gläubigers oder bei Verletzung eines durch den Besitz typischerweise erkennbaren Forderungsrechts. 7 Ob 691/85. **9**

1. Das österr Recht kennt keine allgemeine **Verwirkung**. Außerhalb der im Gesetz geregelten Verwirkungstatbestände (vgl § 94 Abs 2 ABGB; § 74 EheG; § 400 ABGB) ist dem österr Recht ein allgemeiner Grundsatz der „Verwirkung durch missbilligtes Verhalten“ fremd. Das Recht der nahehel VermögensAuft enthält keinen gesetzl Tatbestand, nach dem ein Anspruch auf eine AusglZ „verwirkt“ wäre. Der Mann vermag eine gesetzl Grundlage auch nicht zu nennen. Entgegen seiner nicht näher begründeten Ansicht ergibt sich eine solche „Verwirkung“ auch nicht aus § 540 ABGB aF (in der vom Mann herangezogenen Fassung vor dem ErbRÄG 2015) „im Zusammenhang mit §§ 83 ff EheG“. 1 Ob 38/19y EF-Z 2019/150. **9a**

## V. Übertragbarkeit des Aufteilungsanspruchs

**§ 96 EheG.** Der Anspruch auf Aufteilung ehelichen Gebrauchsvermögens und ehelicher Ersparnisse ist [. . .] unter Lebenden [. . .] übertragbar [. . .], soweit er durch Vertrag oder Vergleich anerkannt oder gerichtlich geltend gemacht worden ist.

### A. Unter Lebenden

1. Über die Wirkung einer im außerstreitigen AuftVerfahren ergangenen und in Rk erwachsenen gerichtl E für und gegen Rechtsnachfolger der Beteiligten fehlen positiv-rechtl Anordnungen allgemeiner wie besonderer Art. Hierzu ist zu erwägen: **10**

Soweit der AuftAnspr (als solcher) geltend gemacht worden ist, kann er materiell-rechtl nach der Regel des § 96 EheG Gegenstand des rechtsgeschäftlichen

Verkehrs sein. Welche verfahrensrechtl Wirkungen eine rechtsgeschäftliche Übertragung eines gerichtl geltend gemachten AufTAnspr ausübt, ist nicht ausdrücklich geregelt. Hielte man den Eintritt eines Einzelrechtsnachfolgers in die Beteiligtenstellung des Veräußerers im anhängigen AufTVerfahren für untunlich, träte eine dem § 234 ZPO vergleichbare Lage ein, die mangels abweichender Gesichtspunkte auch für das außerstreitige AufTVerfahren kraft Analogie iS der zitierten Regelung zu beurteilen wäre. Dies befriedigte aber nur, wenn auch die Erstreckung der RkWirkung der gerichtl E im AufTVerfahren wie im Rechtsstreit auf den Einzelrechtsnachfolger des verfahrensbeteiligten vormaligen Ehegatten anerkannt würde.

Eine derartige Erstreckung der RkWirkung einer AufTEntscheidung ist jedenfalls dann zu fordern, wenn nicht der AufTAnspr als solcher, sondern nur einzelne dem AufTAnspr unterworfenen Vermögensbestandteile Rechtsgeschäftsgegenstand sind, weil in solchen Fällen ein Eintritt in die verfahrensrechtl Beteiligtenstellung ausgeschlossen erscheint.

Aus diesen Erwägungen ist davon auszugehen, dass analog zum Rechtsstreit über einen vermögenswerten Prozessgegenstand die Rk der im außerstreitigen AufTVerfahren ergangenen GerichtsE auch für und gegen den **Einzelrechtsnachfolger der verfahrensbeteiligten vormaligen Ehegatten** wirkt, soweit einer solchen RkErstreckung nicht die materiell-rechtl Wirkungen eines Gutgläubenserwerbs entgegenstehen. 6 Ob 602/85; 6 Ob 61/09b iFamZ 2010/128.

## B. Von Todes wegen

**§ 96 EheG.** Der Anspruch auf Aufteilung ehelichen Gebrauchsvermögens und ehelicher Ersparnisse ist vererblich, [. . .] oder von Todes wegen übertragbar [. . .], soweit er durch Vertrag oder Vergleich anerkannt oder gerichtl geltend gemacht worden ist.

**Literatur:** *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform (2015); *Christandl/Nemeth*, Das neue Erbrecht – ausgewählte Einzelfragen, NZ 2016, 3; *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU (2015); *Deixler-Hübner*, Erbrechtliche Absicherung des Ehegatten, eingetragenen Partners und Lebensgefährten, in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016); *Dokalik*, Probleme im Bereich der Gerichtsgebühren bei familienrechtlichen Angelegenheiten, iFamZ 2011, 23; *Fischer-Czermak*, Ehegattenerbrecht, Rechte des Lebensgefährten und Abgeltung von Pflegeleistungen, in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht (2015) 27; *Fischer-Czermak*, Tod des Ehegatten, EF-Z Jahrestagung Familienrecht 2016 (2016); *Holzner*, Ehevermögen bei Scheidung und bei Tod (1998); *Maier*, Ehegattenerbrecht und Scheidung, EF-Z 2013, 109; *Ofner*, Ehegüterrechtlicher Ausgleich bei Tod eines Ehegatten? in FS 200 Jahre ABGB (2011) 513; *Rabl*, Das neue Pflichtteilsrecht des Ehegatten (Eingetragenen Partners), EF-Z 2016, 284; *Fischer-Czermak/Gitschthaler/A. Tschugguel*, Tod des Ehepartners/eingetragenen Partners während eines Auflösungsverfahrens, EF-Z 2017, 148.

### 1. Aufteilungsverfahren nach Ehescheidung und Tod eines Ehegatten

- 11 1. Es findet sich keine gesetzl Bestimmung, aus welcher entnommen werden könnte, dass ein geschiedener Ehegatte den Anspruch nach §§ 81 ff EheG nicht auch **gegen die Verlassenschaft nach dem anderen Ehegatten** im VaStr geltend



machen könnte. Es kann daher ein auf die §§ 81 ff EheG gestützter Antrag nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil der andere Ehegatte bereits verstorben ist. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob zum Zeitpunkt des Todes des Ehegatten ein Verfahren gem §§ 81 ff EheG bereits anhängig war oder in welcher Form der Antrag gestellt wurde. 6 Ob 719/81; 2 Ob 553/88.

2. **Anmerkung:** Ein AufVerfahren kann somit nach dem Tod des einen Ehegatten vom anderen Ehegatten eingeleitet/fortgesetzt werden (*Deixler-Hübner* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR<sup>2</sup> § 96 EheG Rz 4).

3. Es steht der **weiteren Verfolgung des Anspruchs** auf Auf der ehel Ersparnisse **durch deren Verlassenschaft** im VaStr auch nicht entgegen, wenn die Frau während des Verfahrens verstorben ist. 6 Ob 639/85; 5 Ob 52/87.

4. **Anmerkung:** Im Hinblick auf § 96 EheG muss in diesem Fall der Anspruch aber bereits gerichtl geltend gemacht worden sein (so auch *Fischer-Czermak*, Tod des Ehegatten Rz 19 [der AufAnspr ist vererblich, wenn ein Ehegatte nach gerichtl Geltendmachung während des AufVerfahrens stirbt]; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 96 EheG Rz 6; diese Konstellation nicht erwähnend *Deixler-Hübner* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR<sup>2</sup> § 96 EheG Rz 4). Lagen jedoch zum Todeszeitpunkt des Ehegatten (etwa während der Frist des § 95 EheG) weder eine gerichtl Geltendmachung (von welchem Ehegatten auch immer; vgl Rz 15) noch ein Anerkenntnis vor, erscheint es schon problematisch, dass die Erben des Verstorbenen AufAnspr nicht mehr geltend machen können. Dies wirkt sich für die Erben dann negativ aus, wenn der Überlebende weniger zur Vermögensschaffung beigetragen hatte (*Maier*, EF-Z 2013, 109) oder das AufVermögen sich sachenrechtl bei ihm befindet und er nun nichts mehr herausgeben muss (zutr krit deshalb *Holzner*, Ehevermögen 117 ff hinsichtlich der Einschränkung der Vererblichkeit des AufAnspr). Die Praxis, mit AufAnträgen regelmäßig bis zum Ablauf der Jahresfrist des § 95 EheG zuzuwarten, kann sich unter diesen Gesichtspunkt fatal erweisen und ist va dann nicht empfehlenswert, wenn ein geschiedener Ehegatte Kinder aus einer anderen Beziehung hat.

1. Bei der **Festsetzung der Ausgleichszahlung** handelt es sich um einen **12** rechtsbegründenden Akt des Gerichts; vor Rk der gerichtl E ist der Anspruch zwar vererbbar und übertragbar (§ 96 EheG), aber nicht fällig. 3 Ob 169/06h.

1. Gem § 96 EheG ist zwar der AufAnspr vererblich, doch ist im Rahmen **13** der Billigkeitserwägungen bei der Auf wohl das Ableben eines Ehegatten vor der gerichtl Auf zu berücksichtigen. LGZ Wien 44 R 1026/96 z EF 84.716.

2. **Anmerkung:** Die E lässt allerdings offen, inwieweit bzw auf welche Weise das Ableben zu berücksichtigen wäre. Jedenfalls würde es nicht angehen, dem überlebenden Ehegatten unter Hinweis auf die Einkommens- und Vermögenssituation der übrigen Erben einen größeren Anteil an der AufMasse zuzusprechen.

Dass – wie *Holzner* (Ehevermögen 122) meint – die Auf auch der künftigen Versorgung der Ehegatten diene, ein Nachlass jedoch keine Versorgung mehr brauche, entkräftet nicht die Notwendigkeit eines solchen AufVerfahrens (*Oberhumer*, Unternehmen 18; *Maier*, EF-Z 2013, 109), weil zum einen bereits das Uh- und das Pensionsrecht den Versorgungszweck erfüllen (6 Ob 22/98 y) und zum anderen bei der Auf das Beitragskriterium überwiegt (Rz 385 ff). Daher ist darauf zu achten, dass der Überlebende nur so viel bekommt, wie ihm nach seinen eige-

nen Beiträgen zusteht, auch wenn der Verstorbene von seinen Beiträgen nicht mehr selbst profitieren kann (*Holzner* aaO 123; *Maier* aaO). Beachtlich könnte das Ableben aber etwa bei Beurteilung der Frage sein, wem die EheWhg zuzuweisen ist; hier wird wohl der überlebende Ehegatte den übrigen Erben vorgehen.

14 1. **Anmerkung:** Im AuftVerfahren ergeben sich zT gewisse Unterschiede aus den veränderten Umständen, weil sich dabei ja nicht mehr die Ehegatten gegenüberstehen, sondern der Überlebende und die Erben des Verstorbenen. Daraus werden sich regelmäßig Beweisprobleme ergeben: Die Ehegatten wissen wahrscheinlich selbst am besten über ihren Vermögensbeitrag während der Ehe Bescheid; einen der beiden kann man jedoch nicht mehr fragen, weshalb es schwierig sein kann, bei der Auft nach dem Tod eines Ehegatten einen billigen Ausgl zu erzielen (*Maier*, EF-Z 2013, 109).

2. Ein Wohnungsbedürfnis kann aufseiten der ursprünglichen ASt infolge ihres Todes begrifflich nicht bestehen. Die das AuftVerfahren fortsetzende Verlassenschaft nach der Verstorbenen kann deshalb auch die Zuweisung des Anteils des AG am Mindestanteil und Wohnungseigentum gem § 87 EheG, der nur von dem einen und dem anderen Ehegatten spricht, nicht mehr erreichen. Auch das Gebot der Beachtung des Wohles der Kinder (§ 83 Abs 1 EheG) kann dieses Ergebnis nicht ändern, weil ihnen in diesem Verfahren selbstständige Ansprüche nicht zustehen. 5 Ob 52/87.

## 2. Erbrecht oder Aufteilungsverfahren im Scheidungszusammenhang?

15 1. **Anmerkung:** Voraussetzung für ein AuftVerfahren ist grds, dass die Ehe zum Todeszeitpunkt des Ehegatten **bereits rechtskräftig geschieden** gewesen ist. Andernfalls wären die Ehegatten zu diesem Zeitpunkt als noch verheiratet anzusehen und der überlebende Ehegatte erbberechtigt (§§ 744, 746 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015; zur Rechtslage vor 2017 vgl *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR §§ 757–759 ABGB Rz 2). Entgegen der Rechtslage vor 2017 gilt dies nunmehr auch dann, wenn zum Todeszeitpunkt bereits ein Verfahren zur Auflösung der Ehe anhängig gewesen sein sollte (*Fischer-Czermak*, Tod des Ehegatten Rz 10).

Anderes gilt hingegen gem § 746 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015 dann, wenn **in einem im Zeitpunkt des Erbfalls anhängigen Verfahren über die Auflösung der Ehe** (unabhängig davon, von wem dieses Verfahren eingeleitet wurde und ob es sich um ein Streitiges oder einvernehmliches Auflösungsverfahren handelt [*Fischer-Czermak* in *Rabl/Zöchling-Jud 27*; *dies*, Tod des Ehegatten Rz 11]) **eine Vereinbarung über die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse für den Fall der Rechtskraft der Auflösungsentscheidung vorliegt**. In diesem Fall soll die VermögensAuft nach der geschlossenen AuftVereinbarung einem Erbrecht des Überlebenden vorgehen (ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 21; *Fischer-Czermak* in *Rabl/Zöchling-Jud 27*). Unter derartigen Vereinbarungen werden regelmäßig Scheidungsfolgenvergleiche (*Barth/Pesendorfer* 83; dh der Ehegatte stirbt während der Rechtsmittelfrist gegen den Scheidungsbeschluss bzw vor Zustimmung desselben) oder Vereinbarungen über die Auft bei so genannten „paktierten Streitigen Scheidungen“ (dazu *Dokalik*, iFamZ 2011, 23; *Barth/Pesendorfer* aaO) zu verstehen sein; die Wortfolge „in einem anhängigen Verfahren“

wäre dann dahin zu verstehen, dass damit (nur) ein gerichtl Vergleich gemeint ist (Scheidungsfolgenvergleich, Vergleich im Scheidungsverfahren nach § 55 EheG und prätorischer Vergleich aus Anlass eines solchen Verfahrens).

Abgesehen davon, dass § 746 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015 von „Vereinbarungen“ und nicht von „Vergleichen“ spricht, wäre ein derartiges Verständnis auch zu eng, wären dann doch etwa AuftVereinbarungen in einer Trennungsvereinbarung oder derartige (außergerichtl) Vereinbarungen während eines Auflösungsverfahrens nicht von § 746 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015 erfasst, obwohl sie doch ebenfalls dessen Telos entsprächen; der Grund für eine derartige Unterscheidung wäre nicht erkennbar. Gerade bei einer Scheidung nach § 55 EheG kann es keine Rolle spielen, ob die Vereinbarung am Beginn der Trennungsfrist (und damit weit außerhalb eines Auflösungsverfahrens) oder im Scheidungsverfahren getroffen wird. Über die zu enge Auffassung der Legisten (*Barth* und *Pesendorfer*) hinaus erfasst § 746 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015 somit weiters Vereinbarungen iZm einem Auflösungsverfahren gem § 97 Abs 5 EheG (ebenso *Fischer-Czermak*, Tod des Ehegatten Rz 14; *Rabl*, EF-Z 2016, 284; *Fischer-Czermak/Gitschthaler/A. Tschugguel*, EF-Z 2017, 148).

Eine Interpretation des § 746 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015 führt aber noch weiter: Von Vorausvereinbarungen nach § 97 Abs 1–4 EheG (Vereinbarungen außerhalb des Zusammenhangs mit einem Auflösungsverfahren) sprechen zwar weder der Gesetzestext noch die ErläutRV noch die Legisten (*Barth*, *Pesendorfer*). Da es allerdings nicht ganz einsichtig wäre, dass zwar eine Scheidungsfolgenvereinbarung, die – infolge zuvor tatsächlich vorgenommener AuftHandlungen (§ 85 AußStrG) regelmäßig keine umfassende AuftVereinbarung darstellt – das Erbrecht ausschließt, nicht aber eine umfassende Vorausvereinbarung, muss § 746 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015 richtigerweise (arg: „... in einem ... Verfahren ... vorliegt“) dahin verstanden werden, dass ein Erbrecht des Überlebenden auch dann (nicht) mehr besteht, wenn ein noch nicht rk beendetes Auflösungsverfahren gerichtsanhängig ist und die Ehegatten eine wirksame Vorausvereinbarung nach § 97 Abs 1–4 EheG geschlossen haben (ebenso *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU 33; *Deixler-Hübner* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch 21; *Fischer-Czermak*, Tod des Ehegatten Rz 14; *Fischer-Czermak* und *Gitschthaler* in *Fischer-Czermak/Gitschthaler/A. Tschugguel*, EF-Z 2017, 148; vgl auch *Rabl*, EF-Z 2016, 284, der aber jedenfalls die Einhaltung der Formvorschriften des § 551 ABGB verlangt und für den es fraglich ist, „ob es für den neuen § 746 Abs 2 überhaupt einen praktischen Anwendungsfall geben kann“; aA *A. Tschugguel* in *Fischer-Czermak/Gitschthaler/A. Tschugguel*, EF-Z 2017, 148).

**2. Anmerkung:** Aufgrund der weitreichenden Folgen einer AuftVereinbarung iSd § 746 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015 (Verlust des Erbrechts des überlebenden Ehegatten) und der Formulierung „Vereinbarung über die Auft des ehel GebrVerm und der ehel Ersparnisse“ kann wohl nicht jegliche (Teil)Vereinbarung über ehel AuftVermögen (etwa eine solche nur über die EheWhg) als ausreichend erachtet werden, ansonsten ja der überlebende Ehegatte sowohl Erbrecht als auch aufrechtl Ansprüche auf das sonstige Ehevermögen verlieren würde. Tatsächlich ist nur eine (**weitestgehend**) **umfassende Vereinbarung** über ehel GebrVerm und ehel Ersparnisse einschlägig, nicht jedoch eine solche, die bedeutende Bestandteile des Ehevermögens nicht erfasst (noch weitergehend *Christandl/Nemeth* [NZ 2016, 3], die auch die Aufnahme einer uhrechtl Vereinbarung verlangen, was im Hin-

blick auf die Verknüpfung von § 746 Abs 2 und § 747 ABGB idF ErbRÄG 2015 durchaus erwägenswert erscheint).

Dass eine Vorausvereinbarung nach § 97 Abs 1–4 EheG den Formerfordernissen entsprochen haben muss, bedarf an sich keiner weiteren Erörterung.

**3. Anmerkung:** Ein **eigenes Verfahren über die Aufteilung** soll nach den ErläutRV (zu § 746 ABGB idF ErbRÄG 2015) **nach dem Tod eines Ehegatten** nicht durchzuführen sein, was jedoch nicht zwingend erscheint:

a) **Vorausvereinbarungen nach § 97 Abs 1–4 EheG** unterliegen der Vereinbarungskontrolle (vgl Rz 825 ff). Daran vermag wohl auch § 746 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015 nichts zu ändern (aA *Fischer-Czermak*, Tod des Ehegatten Rz 19 f; *Fischer-Czermak* in *Fischer-Czermak/Gitschthaler/A. Tschugguel*, EF-Z 2017, 148); eine solche lässt sich aber nur in einem AuftVerfahren vornehmen (Rz 833). *Fischer-Czermak* (Tod des Ehegatten Rz 20) weist zwar zutr darauf hin, dass dies va dann von Bedeutung sein wird, wenn sich zw Abschluss der Vorausvereinbarung und Tod eines Ehegatten die Umstände geändert haben; warum in einem solchen Fall aber der Umweg über eine Anfechtung der Vereinbarung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage genommen werden sollte, ist nicht nachvollziehbar: Dass man – wie *Fischer-Czermak* (Tod des Ehegatten Rz 19) meint – die Vereinbarungskontrolle nach § 97 Abs 2–4 EheG (lediglich) analog auf § 746 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015 anwenden könnte (wobei sie eine erforderliche Lücke verneint), überzeugt nicht, weil dort nach der ja auch von *ihr* vertretenen Auffassung neben AuftVereinbarungen nach § 97 Abs 5 EheG auch Vorausvereinbarungen nach § 97 Abs 1–4 EheG gemeint sind. Und auf letztere ist die Vereinbarungskontrolle jedenfalls anzuwenden, die nach zutr Auffassung des OGH (1 Ob 144/12a; 3 Ob 168/15z) auch den Fall der Sittenwidrigkeit erfasst.

Der Unterschied zu der von *Fischer-Czermak* (Tod des Ehegatten Rz 21) präferierten erbrechtl Lösung und der hier vertretenen auftrechtl Lösung (ebenso *Gitschthaler* in *Fischer-Czermak/Gitschthaler/A. Tschugguel*, EF-Z 2017, 148) besteht darin, dass bei ersterer jegliche Mängel der Vorausvereinbarung zu deren Beseitigung wegen (ursprünglicher) Sittenwidrigkeit oder (nachträglichem) Wegfall der Geschäftsgrundlage und damit zum Erbrecht des überlebenden Ehegatten führen. Nach der auftrechtl Lösung bleibt es hingegen bei der Vorausvereinbarung, ein Erbrecht des überlebenden Ehegatten scheidet weiterhin aus. Für diese Lösung spricht mE ganz eindeutig, dass die ErläutRV zu § 746 ABGB idF ErbRÄG 2015 ausdrücklich ausführen, die Auft solle dem Erbrecht vorgehen, wenn es eine Vereinbarung gibt (in dubio pro pacto), dass der AuftRichter im Rahmen einer Vereinbarungskontrolle nach § 97 Abs 2–4 EheG nicht die Vereinbarung beseitigt, sondern diese lediglich anpasst (vgl Rz 851, 854) und dass nach der Rsp (vgl 3 Ob 168/15z) alle „Kontrollmängel“, (etwa unzumutbare und deshalb unbillige Regelung iSd § 97 Abs 2 EheG, aber auch Sittenwidrigkeit) im AuftVerfahren geltend zu machen sind, sofern eine Sanierung der Vorausvereinbarung in einem solchen Verfahren (noch) möglich ist.

Da § 746 ABGB idF ErbRÄG 2015 auftrechtl Tod und Auflösung der Ehe gleichsetzt, können sich sowohl der überlebende Ehegatte als auch der Nachlass bzw die Erben des verstorbenen Ehegatten binnen Jahresfrist (§ 95 EheG) mit einem Begehren auf Beseitigung der Kontrollmängel (Vereinbarungskontrolle nach § 97 Abs 2–4 EheG) an das AufTG wenden; der überlebende Ehegatte wird darüber hinaus eine Erbantrittserklärung abgeben. Da ein AuftAntrag der Verlassen-

schaft bzw der Erben des verstorbenen Ehegatten den Umfang der Erbmasse betrifft und ein Antrag des überlebenden Ehegatten zu einem Verfahren über das Erbrecht nach §§ 161 ff AußStrG führen wird, ist das Verlassenschaftsverfahren gem § 25 Abs 2 AußStrG bis zur rk Erledigung des AuftVerfahrens zu unterbrechen. Nach Ablauf der Jahresfrist steht den Beteiligten nur mehr die erbrechtl Lösung zur Verfügung, dh Sittenwidrigkeit und/oder Wegfall der Geschäftsgrundlage können nur mehr im streitigen Verfahren geltend gemacht werden.

Das Hauptargument *Fischer-Czermaks* (Tod des Ehegatten Rz 19) für die Verneinung eines AuftVerfahrens (konkret einer Vereinbarungskontrolle), §§ 81 ff EheG seien nur bei Scheidung, Aufhebung oder Nichtigklärung einer Ehe, nicht aber im Fall des Todes eines Ehegatten anzuwenden, übersieht, dass nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers des ErbRÄG 2015 (ErläutRV zu § 746 ABGB) eine „Vereinbarung über die Aufteilung [. . .] einem Erbrecht des überlebenden Teils vorgehen [soll]“, womit aber jedenfalls § 97 EheG (sogar vorrangig) auf den Todesfall anzuwenden ist (so ausdrücklich auch § 746 Abs 2 letzter Satz ABGB idF ErbRÄG 2015 [„gilt auch für die Auflösung der Ehe“]; vgl auch Rz 530 ff zum Vorrang des AuftVerfahrens). Zum einen kann diese Bestimmung aber nicht ohne die Grundsätze des AuftRechts auskommen (vgl etwa Abs 2: „in einer Gesamtbetrachtung des in die Aufteilung einzubeziehenden Vermögens im Zeitpunkt der Aufteilungsentscheidung einen Teil unbillig benachteiligt . . .“; vgl auch Abs 3: „Ehewohnung“); zum anderen geht es bei der aufrechtl Lösung auch nicht um ein AuftVerfahren nach §§ 81 ff EheG, sondern um die Kontrolle und allfällige Korrektur der nach § 746 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015 im Todesfall geltenden AuftVereinbarung. Es ist deshalb einfach nicht richtig, dass §§ 81 ff EheG (lediglich) analog anzuwenden wären, womit aber die Grundlage für *Fischer-Czermaks* (Tod des Ehegatten Rz 19f) erbrechtl Lösung nicht gegeben ist.

b) Nach hier vertretener Auffassung (vgl Rz 810) unterliegen auch **Aufteilungsvereinbarungen iSd § 97 Abs 5 EheG** der Vereinbarungskontrolle, sodass es auch idZ eines AuftVerfahrens bedarf.

Teilt man hingegen die Mehrheitsmeinung, wonach derartige AuftVereinbarungen nicht (mehr) der Vereinbarungskontrolle unterliegen (Rz 810), kommt lediglich eine – zunächst im Verfahren über das Erbrecht nach §§ 161 ff AußStrG (*Fischer-Czermak*, Tod des Ehegatten Rz 18) bzw nach Einantwortung im streitigen Verfahren durchzusetzende – Sittenwidrigkeitskontrolle nach § 879 ABGB (*Fischer-Czermak*, Tod des Ehegatten Rz 17) bzw eine Anfechtung der Vereinbarung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht, wenn es zw Vorausvereinbarung und Tod zu einer wesentlichen Änderung der Umstände gekommen ist. Bsp: Nach dem Scheidungstermin verunglücken die Ehegatten mit dem Auto, die Frau ist schwerst verletzt, der Mann stirbt einige Tage später; da die Frau vorhersehbar nicht mehr erwerbsfähig sein wird und ihr eigenes Vermögen für ihren LebensUh wird aufwenden müssen, ist die Geschäftsgrundlage für die Vereinbarung, dass der Großteil des Ehevermögens dem Mann zufallen sollte, weggefallen.

c) Offen lässt § 746 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015, was dem überlebenden Ehegatten zustehen soll (Erbrecht oder AuftAnspr?), wenn die AuftVereinbarung aufgrund von (sonstigen [ausgenommen Sittenwidrigkeit, vgl 1 Ob 144/12 a; 3 Ob 168/15 z]) **Wurzelmängeln** (bspw Geschäftsunfähigkeit, Drohung, Zwang, Irrtum über den Wert von AuftGegenständen oder den Umfang der AuftMasse udgl) wegfällt.

Es entspricht idZ zunächst hA (Rz 842 ff), dass eine Vereinbarung aufgrund eines Irrtums, der zur Unvollständigkeit der Voraus- bzw AuftVereinbarung führte (unabhängig davon, ob aufgrund eines Irrtums, eines [arglistig] veranlasstem Irrtums oder eines beidseitigen Irrtums), nicht infolge Anfechtung im streitigen Verfahren zu beseitigen (das entspräche der erbrechtl Lösung), sondern im AufVerfahren zu ergänzen ist; auf die Frage, ob AuftVereinbarungen nach § 97 Abs 5 EheG überhaupt einer Vereinbarungskontrolle unterliegen, kommt es idZ somit nicht an. Wird also bspw im Scheidungsfolgenvergleich eine an sich AuftVermögen bildende Liegenschaft nicht berücksichtigt, weil der Eigentümerehegatte deren Existenz verschweigt, oder haben die Ehegatten bei Abschluss der Vorausvereinbarung gemeinsam auf eine Liegenschaft vergessen, und stirbt der Eigentümerehegatte etwa während der Rechtsmittelfrist gegen den Scheidungsbeschluss nach § 55 a EheG, ist die Unvollständigkeit der Vereinbarung vom AußStrRichter zu beseitigen. Die AuftVereinbarung bleibt aufrecht, dem überlebenden Ehegatten steht ein Erbrecht (weiterhin) nicht zu (aufrechtl Lösung).

Entdeckt der überlebende Ehegatte, der ja im Hinblick auf § 746 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015 nicht als Erbe eingantwortet werden kann, einen sonstigen Mangel (eben etwa Geschäftsunfähigkeit, Drohung, Zwang, wesentlicher Irrtum über den Wert der AuftMasse udgl), so muss er die Vereinbarung anfechten, womit die AuftVereinbarung rückwirkend (1 Ob 64/04z) wieder wegfällt und dem Ehegatten gem §§ 744, 746 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015 ein Erbrecht zusteht. Entdeckt er dabei den Mangel noch vor der Einantwortung an die anderen Erben, kann der überlebende Ehegatte dies im Verfahren über das Erbrecht nach §§ 161 ff AußStrG geltend machen; andernfalls muss er mit Erbschaftsklage nach § 823 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015 gegenüber den eingantworteten Erben vorgehen (idS wohl *Fischer-Czermak*, Tod des Ehegatten Rz 18), wobei dieses Recht nach § 1487 a Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015 noch nicht verjährt wäre, kann der überlebende Ehegatte doch erst jetzt sein Recht geltend machen (ErläutRV zu § 1487 a ABGB unter Hinweis auf 5 Ob 116/12p). Da diese Mängel – im Gegensatz zur Vereinbarungskontrolle und zur Beseitigung der Unvollständigkeit der Vereinbarung – zu einem Wegfall der Vereinbarung führen, kann hier aber nur die erbrechtl Lösung in Betracht kommen; insoweit ist *Fischer-Czermak* (Tod des Ehegatten Rz 18) beizupflichten. Nach neuerer Auffassung (Rz 852) sind zwar (auch) derartige Mängel im AuftVerfahren geltend zu machen; allerdings ist im hier interessierenden Zusammenhang zu beachten, dass die AuftVereinbarung bei Vorliegen dieser Mängel zwar wegfällt, es – anders als bei geschiedenen Ehegatten – jedoch nicht zu einem AuftVerfahren kommen kann. Somit sind die Mängel im streitigen Verfahren geltend zu machen.

**4. Anmerkung:** Nach § 746 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015 wird vermutet, dass eine solche Vereinbarung im Zweifel auch für die Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten gilt, wobei diese **Vermutung** widerleglich ist, sodass die Ehegatten etwas anderes vereinbaren können, womit es beim Erbrecht bliebe (ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 21); Ansprüche aus der AuftVereinbarung könnte der überlebende Ehegatte diesfalls aber nicht geltend machen (*Fischer-Czermak* in *Rabl/Zöchling-Jud* 27). Die Widerlegung der Vermutung muss sich nicht aus der Vereinbarung selbst ergeben. Die Frage von Vermutung bzw Widerlegung wird regelmäßig in einem Verfahren über das Erbrecht nach §§ 161 ff AußStrG als Vorfrage zu prüfen sein, wird der überlebende Ehegatte, der behauptet, die AuftVer-

einbarung sollte nicht auch für den Todesfall gelten, doch eine Erbantrittserklärung abgeben, die mit jenen der (übrigen) Erben kollidieren wird.

### 3. Kein Aufteilungsverfahren bei Tod eines Ehegatten ohne Scheidungszusammenhang?

1. **Anmerkung:** Der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 hat es (neuerlich) **unterslassen**, dem **Verlassenschaftsverfahren** generell ein **Aufteilungsverfahren vorzuschalten** (*Christandl/Nemeth*, NZ 2016, 3). Dies kann – bei aufrechter Ehe – durchaus Nachteile für den überlebenden Ehegatten haben: Haben nämlich die Ehegatten mehrere Kinder und etwa gemeinsam erwirtschaftetes Liegenschaftsvermögen, das sich jedoch im Alleineigentum des verstorbenen Ehegatten befindet, würde der überlebende Ehegatte im Fall einer Auft regelmäßig die Hälfte dieses Liegenschaftsvermögens erhalten; ist er jedoch erbberechtigt, steht ihm neben den Kindern nur ein Drittel zu (handelt es sich bei diesem Liegenschaftsvermögen um die EheWhg, steht dem überlebenden Ehegatten der gesetzl Voraus gem § 745 ABGB idF ErbRÄG 2015 zu, wodurch er gegenüber der Auft wieder besser gestellt wäre). Die (insb jüngere) Lit forderte daher zunehmend – jedenfalls de lege ferenda – die Möglichkeit der Einleitung eines AuftVerfahrens auch im Fall des Todes eines Ehegatten (vgl die Nachweise bei *Gitschthaler in Schwimann/Kodek*<sup>3</sup> § 81 EheG FN 173; jüngst wieder *Ofner*, FS 200 Jahre ABGB 513 mit rechtsvergleichender Betrachtung).

2. **Anmerkung:** Noch vor Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 wurde darauf hingewiesen (*Gitschthaler in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 81 EheG Rz 23), dass seit 1. 1. 2010 § 24 Abs 1 EPG das partnerschaftliche AuftVerfahren ausdrücklich für den Fall des Todes oder der Todeserklärung eines Ehegatten für nicht anwendbar erklärt. Dies tut § 81 Abs 1 EheG nicht. Da der Gesetzgeber Ehe und EP gerade nicht völlig gleich behandeln wollte (auf *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR<sup>2</sup> § 1 EPG), kann man § 24 Abs 1 EPG gerade nicht als Klarstellung, sondern vielmehr als Abstandnahme von § 81 Abs 1 EheG verstehen: Der Gesetzgeber selbst interpretiert § 81 Abs 1 EheG dahin, dass dieser auch auf Tod und Todeserklärung anzuwenden ist. Diese Überlegung war vor dem ErbRÄG 2015 insofern auch nicht ganz abwegig, als ja auch § 759 Abs 2 ABGB aF für den überlebenden Ehegatten das AuftVerfahren vorsah, wenn im Todeszeitpunkt bereits (irgendein) Scheidungsverfahren anhängig gewesen war und die übrigen Erben Erbantrittserklärungen unter Berufung auf § 759 Abs 2 ABGB abgeben hatten (*Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR §§ 757–759 ABGB Rz 3 ff). Den überlebenden Ehegatten nun wirtschaftlich davon abhängig zu machen, ob zum Todeszeitpunkt bereits ein Scheidungsverfahren anhängig war oder nicht, erschien sachlich nicht gerechtfertigt; ebenso erschien es zumindest pietätlos, ihn zur Erhebung einer Scheidungsklage gegen den Ehegatten zu zwingen, wenn dessen Ableben absehbar war. Bei überraschendem Ableben und in jenen Fällen, in denen sich die übrigen Erben – wohl ganz bewusst – nicht auf § 759 Abs 2 ABGB gestützt hatten, war der überlebende Ehegatte vom Schicksal und/oder den Erben abhängig. Damit stand aber – auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 759 Abs 2 ABGB und damit ganz generell – dem überlebenden Ehegatten ein Wahlrecht zu: Er konnte sich entweder auf seine Stellung als Erbe gem § 757 ABGB oder auf auftrechtl Ansprüche stützen.

Dass §§ 744, 746 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015 nunmehr eine schärfere Trennlinie zw Erbfolge und AuftVerfahren ziehen, macht diese Überlegung nicht

zwingend hinfällig. Der Unterschied zw § 81 Abs 1 EheG und § 24 Abs 1 EPG bleibt weiterhin aufrecht.

**17** 1. **Anmerkung:** Jedenfalls erscheint aber die gegebene Rechtslage **verfassungsrechtlich bedenklich**, worauf in der Lit schon mehrmals hingewiesen wurde (hinsichtlich der folgenden Ausführungen bedanke ich mich bei *Armin Ahari* für seine Anregungen, die auf seiner Lit-Recherche aus dem Jahr 2012 fußten):

Bereits vor der Einführung des AufVerfahrens sah *Steininger* (in Reformen des Rechts. Festschrift zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz [1979] 457 [466 f]) einen Vermögensausgleich der Ehegatten nach der Scheidung als positiv an. Allerdings kritisierte er den damaligen Entwurf, der einen Vermögensausgleich nur für den Fall des Scheiterns einer Ehe vorsah. Denn wenn eine funktionierende Ehe durch den Tod eines Ehegatten endet, so habe der Überlebende zumindest ebenso sehr einen AusglAnspr, wie er ihn im Falle der Beendigung der Ehe durch Scheidung, Nichtigerklärung oder Aufhebung der Ehe hätte. Die damaligen Entwürfe und die heutige Umsetzung stellten nicht sicher, dass dem Überlebenden auf dem Weg des Erbrechts mindestens so viel an Vermögensausgleich gewährt wird, wie im Falle einer der in § 81 Abs 1 EheG genannten Gründe. Deshalb könne ein verwitweter Ehegatte, der nie eine Verfehlung begangen hat, schlechter gestellt werden als ein wegen schwerer Eheverfehlungen geschiedener Gatte. Dies sah *Steininger* als gleichheitswidrig und damit verfassungswidrig an.

*Rebhahn* (in *Ruppe*, Handbuch der Familienverträge<sup>2</sup> [1985] 145 [153 f]) sah ein Modell wie jenes in Deutschland gem § 1371 dBGB als gleichheitswidrig an; selbst Bedenken in Bezug auf die Sachlichkeit ließ er aufkommen. Allerdings ist die Bestimmung bis heute nicht als verfassungswidrig aufgehoben worden, obwohl die derzeitige Rechtslage als verfassungswidrig angesehen wird (etwa *Leipold*, Ist der Wegfall des Zugewinnsausgleichs bei Vorversterben des Ehegatten mit dem geringeren Zugewinn verfassungsgemäß? NJW 2011, 1179). Im österr Modell sah *Rebhahn* die Diskrepanz aufgrund des Uh aus dem Nachlass und des Vorausvermächtnisses zwar gemildert. Außerdem sah er eine Rechtfertigung für die Verschiedenbehandlung darin, dass der Ehegatte mit den Kindern konkurriert; sollten keine Kinder vorhanden sein, würde der Ehegatte ohnehin nach der gesetzl Erbfolge  $\frac{2}{3}$  des Nachlasses erhalten. Problematisch sah *Rebhahn* die Situation allerdings, wenn keine Kinder vorhanden sind und der Erblasser den Nachlass weitgehend familienfremden Personen hinterlässt.

Tatsächlich geht es um die **Verletzung des Gleichheitssatzes und der Eigentumsgarantie:**

a) Gleichheit vor dem Gesetz

Das AufVerfahren ist dogmatisch getrennt vom Erbrecht zu sehen, weil die beiden Verfahren einen unterschiedlichen Zweck verfolgen. Während das Erbrecht die Nachfolge in Rechte und Verbindlichkeiten in den Mittelpunkt stellt (*Holzner*, Ehevermögen 133 ff), ist Ziel des AufVerfahrens, GebrVerm und die ehel Ersparnisse gem den Beiträgen, die im aufrechten Eheverhältnis erbracht wurden, aufzuteilen (*Ofner* in FS 200 Jahre ABGB 515; *Holzner* aaO 88 ff). Der AusglAnspr ist kein Geschenk, sondern soll die Leistungen die in der Ehe erbracht wurden, ausgleichen (*Ofner* aaO). Diese unterschiedlichen Zwecke zeigen, dass nicht die rechtl Differenzierung zw Erbrecht und AufVerfahren zu untersuchen ist, sondern die unterschiedliche Anwendbarkeit des AufVerfahrens an sich.



Der Gesetzgeber hat bei Einführung des AufVerfahrens die Problematik dessen fehlender Anwendbarkeit auf den Todesfall erkannt. „*Von dieser güterrechtl Lösung unterscheidet sich die bereits behandelte erbrechtl Lösung, wenn die Ehe durch den Tod eines Ehegatten gelöst wird. Diese Unterscheidung entspricht der grds Verschiedenheit der Sachverhalte.*“ (ErläutRV 136 BlgNR 14. GP 13). Es ist aber einfach nicht richtig, dass das Erbrecht das AufVerfahren jedenfalls kompensieren kann.

Weiters versucht der Gesetzgeber die Unterscheidung mittels Annahme eines unbelasteten Eheverhältnisses und der Einfachheit und Klarheit des Erbrechts zu rechtfertigen (ErläutRV aaO). Die Vermutung, dass ein bestehendes Eheverhältnis bis zum Tod auf ein ungetrübtes Eheverhältnis hinweist, erscheint aber kaum gerechtfertigt (etwa *Holzner* aaO 151 ff), insb kann aber nicht vom persönlichen Verhältnis auf die vermögensrechtl Verhältnisse geschlossen werden. So wird des Öfteren in Ehen sorglos mit Vermögensfragen umgegangen oder werden Vermögensfragen nicht angesprochen, um den Ehefrieden zu bewahren (*Holzner* aaO 151 f). Das Bestehen der Ehe bis zum Tod lässt somit kaum Rückschlüsse auf die vermögensrechtl Lage zu; jedenfalls lässt sich damit nicht begründen, dass das AufVerfahren nicht auch für den Todesfall anwendbar wäre. Selbst wenn man aber von einem unbelasteten Eheverhältnis ausgehen würde, wäre nicht ersichtlich, warum ein Ehegatte, der in einer glücklichen Ehe lebte, schlechter gestellt werden soll als ein Ehegatte, der strittig geschieden wurde. Die gesetzl Erbfolge führt beim Vorhandensein von Kindern zu einem Anspruch von  $\frac{1}{3}$  des Vermögens. In einer lange geführten Ehe wird dieses Vermögen zu einem Großteil aus dem ehel GebrVerm und den ehel Ersparnissen bestehen. Dieses Vermögen würde in einem Scheidungsverfahren meist zur Hälfte geteilt werden. Damit wäre ein verwitweter Ehegatte schlechter gestellt als ein strittig Geschiedener.

Auch die Einfachheit und Klarheit des Erbrechts gegenüber dem AufRecht – die nicht immer besteht – kann einen Ausschluss für den Todesfall nicht rechtfertigen. Zwar ist die Beweiswürdigung mit zwei lebenden Ehegatten einfacher, doch können die Vermögensverhältnisse und die Beiträge auch anders nachgewiesen werden (zB Zeugenaussagen, Grundbuch, Rechnungen etc; *Ofner* aaO). Im Übrigen finden sich solche Probleme auch in AufVerfahren, die nach dem Tod des Ehegatten geführt werden (vgl Rz 14).

Der Gesetzgeber meinte in den Mat, dass „*die erbrechtl Lösung den tatsächlichen Verhältnissen hinsichtlich der Vermögensentwicklung nicht angepasst sein kann und manchmal auch nicht ist.*“ Er akzeptiert damit eine Ungleichbehandlung aufgrund der Einfachheit des Erbrechts. Allerdings kann die Einfachheit wohl kaum eine Ungleichbehandlung sachlich rechtfertigen. Dies kommt der Argumentation, dass die Einführung eines AufVerfahrens für den Todesfall zu einer Mehrbelastung der Gerichte führen würde, nahe (*G. Hopf*, Diskussion, 17. ÖJT II/2 [2010] 92 f). Eine Begründung für eine Ungleichbehandlung kann damit aber wohl nicht begründet werden.

Dass das Erbrecht, welches im Todesfall anwendbar ist, monetär das AufVerfahren kompensieren kann, ist ebenfalls keine ausreichende Rechtfertigung. Dies va dann, wenn der AusglBer vor dem AusglPfl verstirbt. Der AusglBer würde für seine Leistungen überhaupt keine Kompensation erhalten. Speziell seine Deszendenten wären dadurch benachteiligt, weil hierdurch sein Nachlass geschmälert wäre. Auch kann nicht argumentiert werden, dass die Deszendenten diesen Teil

des Nachlasses im späteren Verlauf durch den überlebenden Ehegatten ohnehin erhalten werden, kann dieser doch die Deszendenten auf den Pflichtteil herabsetzen, wohingegen der AusglBer sie möglicherweise voll bedacht hätte. Im Übrigen sind insb jene Deszendenten benachteiligt, die aus einer anderen Beziehung des AusglBer stammen. Denn ihr Pflichtteil wird durch das fehlende AuftVerfahren vehement geschmälert, ohne dass sie ein Anrecht auf einen Pflichtteil gegenüber dem AusglPfl haben.

Dem Argument, dass die Kinder durch ein AuftVerfahren bei Tod eines Ehegatten gegenüber dem überlebenden Ehegatten benachteiligt werden, ist entgegenzuhalten, dass jedoch dessen Kinder aus einer vorhergehenden Beziehung genau durch dieses Verfahren bevorzugt würden. Kinder aus einer gemeinsamen Ehe würden in ihrem Pflichtteil nicht geschmälert werden, weil sie bei beiden Ehepartnern Anspruch auf den Pflichtteil hätten.

Es existiert somit keine sachliche Rechtfertigung dafür, dass ein Ehepartner durch die Auflösung der Ehe durch den Tod schlechter gestellt werden kann als bei einer Auflösung durch Scheidung; das Erbrecht kann diese rechtl Differenzierung jedenfalls nicht ausreichend kompensieren. Betrachtet man das Ergebnis von Tod und Scheidung, so führt beides zur Auflösung der Ehe. Zwar war die Auflösung in dem einen Fall gewollt und unterlag in dem anderen Fall der Willkür der Natur, doch begründet das wohl kaum eine ausreichende tatsächliche Unterscheidung.

#### b) Gleichheit von Mann und Frau

Art 7 Abs 1 B-VG verbietet Vorrechte des Geschlechts. Damit sollen Diskriminierungen zw Mann und Frau der Vergangenheit angehören. Unterschiede sind nur verfassungskonform, wenn diese sachlich gerechtfertigt werden können. Ob diese sachliche Rechtfertigung besteht, ist eine Wertungsfrage, die im Laufe der Zeit unterschiedlich beantwortet werden kann. Nach dem derzeitigen Stand der Rsp ist anzunehmen, dass eine rechtl Differenzierung aufgrund der typischen Rollenbilder der Geschlechter kaum noch zu rechtfertigen ist.

*Ofner* (aaO) betont, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der §§ 81 ff EheG das Ziel verfolgte, die Verwirklichung „des verfassungsmäßigen Gleichbehandlungsgebots des Art 7 B-VG, der jegliche verfassungsmäßigen Vorrechte des Geschlechts“ verbietet, durchzusetzen. Warum Art 7 B-VG nicht für die Auflösung der Ehe durch den Tod gilt, ist aber nicht ganz verständlich. Durch die derzeitige Rechtslage werden nämlich speziell Frauen benachteiligt, weil – auch wenn das traditionelle Rollenbild heute nicht mehr so besteht wie früher – doch aufgrund der bestehenden Einkommensunterschiede bzw überhaupt der Haushaltsführung durch die Frauen ehel Errungenschaften eher im Vermögen der Männer angesammelt werden, womit die Frauen im AuftVerfahren in der Rolle der AusglBer sind. Im Übrigen versterben gerade heutzutage Personen der älteren Generation, die von diesem Rollenbild besonders betroffen sind.

Wenn nun dem Gesetzgeber klar ersichtlich war, dass durch die fehlende Anwendbarkeit des AuftVerfahrens auf den Tod zumindest manchmal das Erbrecht „nicht der tatsächlichen Vermögensentwicklung angepaßt“ ist (ErläutRV aaO), dies aber tatsächlich va Frauen betrifft, ist ein Verstoß gegen das Verbot der Vorrechte für ein Geschlecht gem Art 7 B-VG nicht von der Hand zu weisen.

#### c) Eigentumsgarantie

Der Zweck des AuftVerfahrens ist, dass jeder Ehepartner entsprechend seinen Leistungen für die ehel Gemeinschaft einen Anteil an dem, während der Ehe,

erwirtschafteten Vermögen erhält (*Ofner* aaO). Der Zugewinn betrifft meist denjenigen, der seine Karriere aufgrund von Kindererziehung und Haushalt zurückgestellt hat. Der Anspruch besteht bei Scheidung, allerdings nicht im Falle des Todes, obwohl auch in diesem Fall Leistungen erbracht wurden. Der Anspruch wird bei Vorversterben des Ehegatten ersatzlos gestrichen; ein rechtfertigender Grund ist hier nicht ersichtlich, weshalb auch die Eigentumsgarantie (Art 1 1. ZP EMRK und Art 5 StGG) verletzt erscheint.

## VI. (Ver-)Pfändbarkeit

**§ 96 EheG.** Der Anspruch auf Aufteilung ehelichen Gebrauchsvermögens und ehelicher Ersparnisse ist [. . .] verpfändbar, soweit er durch Vertrag oder Vergleich anerkannt oder gerichtlich geltend gemacht worden ist.

1. Auf Anspr sind nach § 330 EO dann, wenn sie durch Vertrag oder Vergleich anerkannt oder gerichtl geltend gemacht worden sind, **(auch) der Pfändung unterworfen**. 8 Ob 645/89; 6 Ob 61/09b iFamZ 2010/128. **18**

2. Auf Sachen, die zum GebrVerm oder zu den Ersparnissen gehören, kann dagegen ungeachtet § 330 EO exekutiv zugegriffen werden. 6 Ob 61/09b iFamZ 2010/128.



## 2. Kapitel

# Aufteilungsmasse

### Übersicht

I. Allgemeines	19
II. Stichtag für Einbeziehung	24
A. Allgemeines	24
B. Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft	28
C. Ausgleich von Benachteiligungen	30
III. Eheliches Gebrauchsvermögen	47
A. Allgemeines	47
B. Ehwohnung	49
1. Definition	49
2. Gemeinsam angeschaffte Ehwohnung	57
a) Errungenschaftsehwohnung	57
b) Verwendung eingebrachter, geerbter oder von dritter Seite geschenkter Mittel	58
3. Eingebrachte, geerbte oder von dritter Seite geschenkte Ehwohnung	66
a) Allgemeines	66
b) Opting in – Opting out hinsichtlich der Ehwohnung	72
c) Die teilfinanzierte Ehwohnung bei Eheschließung	73
d) Dringendes Wohnbedürfnis des anderen Ehegatten	76
e) Berücksichtigungswürdiges Wohnbedürfnis des gemeinsamen Kindes	88
4. Ehwohnung und Unternehmen	92
5. Gestaltungsmöglichkeiten des Aufteilungsgerichts	93
a) Allgemeines	93
b) Bei Benützung der Ehwohnung aufgrund dinglicher Rechte	96
c) Bei Benützung der Ehwohnung aufgrund obligatorischer Rechte	111
d) Bei Benützung der Ehwohnung als Dienstwohnung	117
e) Festsetzung einer Ausgleichszahlung	129
C. Hausrat	147
D. Weitere Einzelfälle	151
E. Gestaltungsmöglichkeiten des Aufteilungsgerichts	157
IV. Eheliche Ersparnisse	161
A. Allgemeines	161
B. Einzelfälle	162
1. Abfertigungen	162
2. Abfindungen	165
3. Anwartschaftsrechte	166
4. Bausparguthaben	169

5. Forderungsrechte . . . . .	173
6. Leasinggegenstände . . . . .	176
7. Liegenschaften . . . . .	177
8. Lottogewinne . . . . .	178
9. Sammlungen . . . . .	179
10. Schmerzensgeld und Verunstaltungsentschädigung . . . . .	181
11. Unterhaltsnachzahlungen . . . . .	181a
12. Veranlagungen . . . . .	182
13. Versicherungsleistungen . . . . .	186
14. Sonstiges . . . . .	193a
C. Gestaltungsmöglichkeiten des Aufteilungsgerichts . . . . .	194
V. Bewertung . . . . .	195
A. Stichtag . . . . .	195
B. Wertänderungen . . . . .	196
1. Zwischen Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft und dem Bewertungsstichtag . . . . .	196
2. Nach dem Bewertungsstichtag . . . . .	209
C. Bewertungsgrundsätze . . . . .	210
VI. Der Ausnahmekatalog des § 82 Abs 1 EheG . . . . .	224
A. Allgemeines . . . . .	224
B. Eingebraachte Sachen . . . . .	227
C. Von Todes wegen erworbene Sachen . . . . .	236
D. Geschenkte Sachen . . . . .	238
1. Von dritter Seite geschenkte Sachen . . . . .	238
2. Vom anderen Ehegatten geschenkte Sachen . . . . .	250
E. Erträge der eingebrachten, geerbten oder von dritter Seite geschenkten Sachen . . . . .	254
F. Werterhöhung bei den eingebrachten, geerbten oder von dritter Seite geschenkten Sachen . . . . .	255
G. Erheblich überwiegende Werterhöhung bei den eingebrachten, geerbten oder von dritter Seite geschenkten Sachen . . . . .	261
H. Surrogation der eingebrachten, geerbten oder von dritter Seite geschenkten Sachen . . . . .	262
I. Umwidmung der eingebrachten, geerbten oder von dritter Seite geschenkten Sachen . . . . .	266
J. Sachen des persönlichen Gebrauchs . . . . .	270
K. Sachen der Berufsausübung . . . . .	273
VII. Schulden . . . . .	274
A. Allgemeines . . . . .	274
B. Konnexe Schulden . . . . .	276
C. Sonstige Schulden . . . . .	283
D. Nicht aufzuteilende Schulden . . . . .	288
E. Haftungsänderung im Innenverhältnis . . . . .	293
F. Haftungsänderung im Außenverhältnis . . . . .	297
1. Allgemeines . . . . .	297
2. „Kreditverbindlichkeiten“ im weiteren Sinn . . . . .	302
3. Zusammenhang mit Aufteilungsmasse . . . . .	305
4. Ursprüngliche Haftung im Außenverhältnis . . . . .	308
5. Persönliche Haftung/Sachhaftung . . . . .	310

6. Antragsfrist	312
7. Einbeziehung des Gläubigers	314
8. Betreibungsmaßnahmen des Gläubigers	319
VIII. Unternehmen	322
A. Allgemeines	322
B. Einzelfälle	331
C. Unternehmensanteile/Abgrenzung zu ehelichen Ersparnissen	337
D. Unternehmensbestandteile	341
E. Ausgleich von Benachteiligungen	352
1. Verwendung der Aufteilungsmasse für das Unternehmen	352
2. Gebrauchsverlust an Unternehmensbestandteilen	360
F. Unternehmenserträge (Gewinne)	366
G. Unternehmensverwertung	371
H. Unternehmensschulden	373

## I. Allgemeines

**§ 81 EheG.** (1) Wird die Ehe geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt, so sind das eheliche Gebrauchsvermögen und die ehelichen Ersparnisse unter die Ehegatten aufzuteilen. [ . . . ]

**Literatur:** *Csoklich*, Privatstiftung und Scheidung, RdW 2000/371; *Deixler-Hübner*, Zur Abgrenzung der Aufteilungsmasse – Lösungsvorschläge im Hinblick auf Widmungs- und Umwidmungsakte, iFamZ 2012, 133; *Gorjany*, Gesellschaftsrechtliche Aspekte des neuen Ehegüterrechtes, AnwBl 1978, 498; *B. Jud*, Die Privatstiftung in der Vermögensaufteilung bei Scheidung des Stifters, GesRZ 2007, 289; *Leb*, Das „Parken“ von Unternehmenserträgen in einer Privatstiftung lohnt sich, iFamZ 2021, 166; *Linder*, Gedanken zum Ausgleich von Benachteiligungen gemäß § 91 EheG – Abgrenzungsfragen und Kritik, iFamZ 2007, 249; *Linder*, Das Unternehmen in der Ehescheidung zwischen Ehe- und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 7; *Chr. Nowotny*, Ehescheidung und Unternehmensvermögen, ÖJZ 1988, 609; *Oberhumer*, Unternehmen und Gesellschaftsanteile in der nahehelichen Vermögensaufteilung (2011); *Oberhumer*, Ausgleichszahlung für Wohnungsnutzung? EF-Z 2015, 206; *Rummler*, Die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse: ein Vergleich der vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung nach dem gesetzlichen ehelichen Güterrecht in Österreich und der Bundesrepublik Deutschland (1982); *Wilhelm*, Das Unternehmen in der Vermögensaufteilung nach Scheidung, RdW 1983, 20; *Wilhelm*, Die Aufteilung des ehelichen Vermögens nach den §§ 81 ff EheG in der Rechtsprechung, NZ 1986, 145.

1. Gegenstand der Auft nach §§ 81 ff EheG sind ehel GebrVerm und ehel Ersparnisse. Was weder unter § 81 EheG noch unter § 82 EheG fällt, kann nicht aufgeteilt werden. Ist ein ehel GebrVerm oder sind ehel Ersparnisse nicht vorhanden, fehlt es an einer AuftMasse. 1 Ob 613/82.

2. Ein aufzuteilendes ehel GebrVerm ist auch dann nicht vorhanden, wenn ein Ehegatte seinen Anspruch aus einem zulässigen Vertrag ableitet oder der AußStrRichter zur Überzeugung gelangt, dass eine solche außergerichtl Vereinbarung zustande kam. 1 Ob 625/82.

**20** 1. Der JA ließ sich bei der Gesetz gewordenen Regelung davon leiten, dass die Ehegatten im Fall der Auflösung ihrer Ehe das, was sie während der Ehe gemeinsam erworben oder erspart haben, real aufteilen. Nach § 82 Abs 1 Z 1 EheG unterliegen Sachen, die ein Ehegatte in die Ehe einbrachte, von Todes wegen erwarb oder von einem Dritten geschenkt erhielt, daher nicht der Auft. In dieser Regelung drückt sich der Gedanke aus, dass der Auft grds nur Vermögen unterliegen soll, das die Ehegatten gemeinsam geschaffen, zu dessen Erwerb sie also während der Ehe beigetragen haben. Diese Regel wird nur insoweit durchbrochen, als es sich um Sachen handelt, die für die Sicherung der Lebensbedürfnisse der Ehegatten besonders wichtig sind. 1 Ob 691/82.

2. Aus der Entstehungsgeschichte, der Zielsetzung des Gesetzgebers und aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass zur AuftMasse grds nur jene Vermögenswerte gehören, die **während der aufrechten ehelichen Lebensgemeinschaft** von beiden Ehegatten gemeinsam geschaffen wurden und zu deren Erwerb sie während der Ehe beigetragen haben. 7 Ob 815/79; 7 Ob 699/81; 1 Ob 691/82 uva; 10 Ob 74/08 t; 1 Ob 95/11 v iFamZ 2011/243 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 234/14 iFamZ 2015/70 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 262/15 h EF-Z 2016/94 (*Oberhumer*) = iFamZ 2016/108 (*Deixler-Hübner*).

3. **Anmerkung:** Während der ehel LG erfasst den Zeitraum zw der Eheschließung und der Aufhebung der ehel LG (Rz 28 f). Auf eine LG vor Eheschließung kommt es somit nicht an, auch wenn – de lege ferenda – eine Erstreckung des AuftRechts auf eine vorehel LG überlegenswert erschiene, ließen sich doch dadurch unbillige Ergebnisse vermeiden, wenn die Partner bspw zunächst Haus bauen (ohne auf dessen konkrete sachenrechtl Zuordnung zu achten), vielleicht auch noch Kinder bekommen und dann erst heiraten. Das dzt für solche Fälle zur Verfügung stehende Bereicherungsrecht erscheint bisweilen ungenügend; jedenfalls können sich aber schwer lösbare Verflechtungen von vorehel (bereicherungsrechtl zu „teilendem“) und ehel (aufzuteilendem) Vermögen ergeben.

Umgekehrt ist die Aufnahme einer LG nach Eheschließung nicht unbedingt notwendig; auch in diesem Fall liegt ehel Errungenschaft vor. Leben die Ehegatten allerdings voneinander getrennt, wird uU § 82 Abs 1 Z 2 EheG (persönlicher Gebrauch eines Ehegatten) eine größere Rolle spielen.

4. Aufzuteilen ist dasjenige, was die Ehegatten während der Ehe bis zur Aufhebung der ehel LG **erarbeitet oder erspart** haben. 1 Ob 643/82; 6 Ob 807/82; 6 Ob 658/84; 7 Ob 659/86; 1 Ob 709/85 uva; 1 Ob 73/12 k iFamZ 2012/228 (*Deixler-Hübner*) = EF-Z 2013/87; 1 Ob 187/14 b; 1 Ob 245/15 h iFamZ 2016/107 (*Deixler-Hübner*) = EvBl 2016/130 (*Beck*); 1 Ob 262/15 h EF-Z 2016/94 (*Oberhumer*) = iFamZ 2016/108 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 188/16 b EF-Z 2017/34 (*Tews*); 1 Ob 221/16 f EF-Z 2017/52 (*Gitschthaler*); 1 Ob 58/17 m EF-Z 2017/141 = iFamZ 2017/182; 1 Ob 55/19 y; 1 Ob 112/18 d EF-Z 2020/9 (*Oberhumer*) = iFamZ 2019/163 (*Marschall*); 5 Ob 229/18 i EF-Z 2020/60 (*Gitschthaler*); 1 Ob 130/20 d EF-Z 2021/11 = iFamZ 2020/216 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 96/20 d; 1 Ob 211/21 t iFamZ 2022/65 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 190/21 d.

5. Oder durch **Konsumverzicht** (Zurückhaltung) erreicht haben. 1 Ob 643/82; 6 Ob 807/82; 6 Ob 658/84; 7 Ob 659/86; 1 Ob 538/87; 4 Ob 524/87; 1 Ob 245/15 h iFamZ 2016/107 (*Deixler-Hübner*) = EvBl 2016/130 (*Beck*); 1 Ob 262/15 h EF-Z 2016/94 (*Oberhumer*) = iFamZ 2016/108 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 58/17 m EF-Z 2017/141 = iFamZ 2017/182; 1 Ob 55/19 y; 1 Ob 96/20 d; 1 Ob 190/21 d.



6. Aufzuteilen sind somit die **ehelichen Errungenschaften**. 1 Ob 643/82; 1 Ob 506/84; 8 Ob 586/85; 1 Ob 709/85; 2 Ob 644/86 uva; 1 Ob 73/12 k iFamZ 2012/228 (*Deixler-Hübner*) = EF-Z 2013/87; 1 Ob 173/12 s; 1 Ob 46/13 s iFamZ 2013/147; 1 Ob 187/14 b; 1 Ob 139/15 w iFamZ 2015/234 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 245/15 h iFamZ 2016/107 (*Deixler-Hübner*) = EvBl 2016/130 (*Beck*); 1 Ob 262/15 h EF-Z 2016/94 (*Oberhumer*) = iFamZ 2016/108 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 221/16 f EF-Z 2017/52 (*Gitschthaler*); 1 Ob 58/17 m EF-Z 2017/141 = iFamZ 2017/182; 1 Ob 55/19 y; 5 Ob 229/18 i EF-Z 2020/60 (*Gitschthaler*); 1 Ob 96/20 d; 1 Ob 190/21 d.

7. Bzw der **Zugewinn**. LG Salzburg 21 R 32/01 d EF 97.309.

8. **Anmerkung:** Dieser Begriff ist dem dt Scheidungsfolgenrecht entnommen, dRsp ist jedoch nur sehr bedingt verwertbar.

Der Unterschied zw Errungenschaft und Zugewinn lässt sich wie folgt erklären: Ein Ehegatte bringt € 100.000,- in die Ehe ein, bei Aufhebung der ehel LG verfügt der Ehegatte über € 500.000,-. Der Zugewinn beträgt in diesem Fall € 400.000,-, weshalb der andere Ehegatte eine AusglZ von € 200.000,- erhält. Nach österr AuftRecht würde dies nur dann stimmen, wenn genau die eingebrachten € 100.000,- (etwa in Form eines Sparbuchs) noch vorhanden wären; haben die Ehegatten jedoch zunächst die eingebrachten € 100.000,- verbraucht und dann die nunmehr vorhandenen € 500.000,- angespart, sind diese ehel Errungenschaft und im Verhältnis von (regelmäßig) 1 : 1 aufzuteilen. IdS hat auch die E 1 Ob 230/21 m ausgeführt, Feststellungen zur Einbringung vorehel Ersparnisse oder zu Zuwendungen Dritter seien nur dann entscheidungserheblich, wenn diese Mittel noch in einem Vermögensgut (mit bestimmten Wert) fortwirken; die Feststellung, der Mann habe € 70.000,- an Ersparnissen mit in die Ehe gebracht, reiche nicht aus.

1. Es ist nicht maßgeblich, ob die ehel Errungenschaft durch gemeinsame **21** Tätigkeit geschaffen wurde oder nicht. 1 Ob 643/82; 3 Ob 581/91; 1 Ob 245/15 h iFamZ 2016/107 (*Deixler-Hübner*) = EvBl 2016/130 (*Beck*); 1 Ob 262/15 h EF-Z 2016/94 (*Oberhumer*) = iFamZ 2016/108 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 58/17 m EF-Z 2017/141 = iFamZ 2017/182; 1 Ob 96/20 d; 1 Ob 190/21 d.

2. **Von wem und aus welchen Mitteln** die **Sachen angeschafft** wurden, ist für deren Zugehörigkeit zur AuftMasse ebenfalls nicht entscheidend, kann aber für deren Zuweisung an den einen oder den anderen Ehegatten eine Rolle spielen. LG Krems a d Donau 2 R 143/06 a EF 114.344; LGZ Wien 42 R 433/08 z.

3. Nicht entscheidend ist daher auch, ob die ehel Ersparnisse nur aus den Einkünften eines Ehegatten angesammelt wurden, während die des anderen zur Bestreitung der Lasten der ehel Haushaltsführung verwendet wurden. LGZ Wien 42 R 433/08 z.

4. In die AuftMasse fällt, was durch die Beiträge eines Ehegatten „errungen“ wird. Dass der andere dazu weniger oder gar nichts beigetragen hat, wirkt sich nur auf den AuftSchlüssel aus. 1 Ob 55/19 y.

1. Einbeziehen in die AuftMasse setzt aber (**jedenfalls**) **Wertzuwachs im 21a** **Vermögen eines der früheren Ehepartner** (*oder beider*) durch Arbeiten oder Aufwendungen voraus. 2 Ob 502/86; 2 Ob 501/88; 10 Ob 74/08 t; 1 Ob 95/11 v iFamZ 2011/243 (*Deixler-Hübner*).

2. **Anmerkung:** Investieren die Ehegatten bspw in die Liegenschaft der (Schwieger)eltern (Ausbau des Dachgeschosses), tritt der Wertzuwachs in deren Vermögen ein (s jedoch Rz 412).

**22** 1. Unterliegen EheWhg oder Hausrat der Auft, kommt es auf die **Erwerbsart** nicht an. 6 Ob 545/90.

2. Auch **widerrechtlich erworbenes Vermögen** unterliegt deshalb grds der Auft. Dies trifft auch auf Vermögen zu, das aus gerichtl strafbarem Verhalten resultiert, es sei denn, dass eine Rückzahlungsverpflichtung tatsächlich besteht. 1 Ob 88/05 f.

3. Nicht maßgeblich sind auch die **Eigentumsverhältnisse**. 1 Ob 33/10z EF-Z 2010/106 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2010/201.

4. Es ist für die Auft ohne Belang, wem bestimmte Bestandteile des Aktivvermögens „gehören“. 1 Ob 240/17a iFamZ 2018/66 (*Deixler-Hübner*); 6 Ob 34/18 w.

5. Sowohl das als EheWhg benützte Einfamilienhaus als auch die während der Ehe als Kapitalanlage angeschaffte Eigentumswohnung unterliegen somit der Auft unabhängig davon, wer bürgerlicher Eigentümer dieses unbeweglichen Vermögens ist. OLG Wien 13 R 97/79 EF 34.109.

6. Bei Liegenschaften ist aber Voraussetzung, dass beide Ehegatten oder zumindest einer von ihnen als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Die Liegenschaft fällt daher nicht in die AuftMasse, wenn die Ehegatten zwar außerbücherlich Eigentum erworben haben, eine Eintragung jedoch unterblieben ist. LGZ Wien 48 R 292/10 m.

**23** 1. In die Auft ist aber nur einzubeziehen, was die Ehegatten während und bis zur Auflösung der ehel LG **tatsächlich erworben** haben. Ein bloß möglicher, also ein tatsächlich nicht erzielter Ertrag gehört daher nicht zu den ehel Ersparnissen. 5 Ob 221/10a EF-Z 2011/111 = iFamZ 2011/205 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 211/21 t iFamZ 2022/65 (*Deixler-Hübner*).

2. Aufzuteilen ist somit grds nicht die fiktiv mögliche, sondern die tatsächliche ehel Errungenschaft, dh das während der aufrechten ehel Gemeinschaft Erarbeitete oder Ersparte, wenn es zum Zeitpunkt der gerichtl Anordnung noch vorhanden oder dessen Wert nach § 91 Abs 1 EheG in die Auft einzubeziehen ist. 1 Ob 188/16b EF-Z 2017/34 (*Tews*); 1 Ob 221/16f EF-Z 2017/52 (*Gitschthaler*); 1 Ob 130/20d EF-Z 2021/11 = iFamZ 2020/216 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 200/20y EF-Z 2021/53 (*Gitschthaler*).

## II. Stichtag für Einbeziehung

### A. Allgemeines

**24** 1. Nach § 81 Abs 1 und 2 EheG unterliegen nur solche Vermögenswerte der Auft, die während aufrechter ehel LG dem Gebrauch der Ehegatten dienen (GebrVerm) bzw als Ersparnisse angesammelt wurden. Demnach ist erste Voraussetzung für die Zugehörigkeit einer Sache zum AuftVerm, dass sie zum Zeitpunkt der Aufhebung der ehel LG zum ehel GebrVerm oder zu den ehel Ersparnissen gehörte. 6 Ob 606/81; 1 Ob 117/11d iFamZ 2011/247 (*Deixler-Hübner*) = EF-Z 2011/135.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zugehörigkeit einer Sache zum aufzuteilenden Vermögen ist demnach der **Zeitpunkt der Auflösung (Aufhebung) der ehelichen Lebensgemeinschaft**. 7 Ob 662/82; 7 Ob 515/84; 2 Ob 666/85 uva; 9 Ob 13/06 m; 3 Ob 124/07 t; 2 Ob 110/09 d; 1 Ob 117/11 d iFamZ 2011/247 (*Deixler-Hübner*) = EF-Z 2011/135; 1 Ob 182/16 w; 1 Ob 112/18 d EF-Z 2020/9 (*Oberhumer*) = iFamZ 2019/163 (*Marschall*); 1 Ob 200/20 y EF-Z 2021/53 (*Gitschthaler*); 1 Ob 202/21 v; 1 Ob 162/21 m iFamZ 2022/28 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 189/21 g iFamZ 2022/64 (*Deixler-Hübner*).

3. Für den Regelfall ist davon auszugehen, dass alle jene Wertanlagen dem AuftVerfahren unterliegen, die bis zum Stichtag der Auflösung der ehel LG als ehel Ersparnisse oder ehel GebrVerm angeschafft wurden. 7 Ob 662/82.

4. **Abw:** Der Auft unterliegt grds das im Zeitpunkt der AuftEntscheidung vorhandene Gut. 8 Ob 516/88.

5. Dem Vorwurf des RekWerbers, das ErstG habe bei Ermittlung des Stichtags für die Einbeziehung von AuftWerten und bei Ermittlung dieser Werte Billigkeitsgrundsätze außer Acht gelassen, ist zu entgegnen, dass bei diesen Ermittlungen nicht nach Billigkeit, sondern nach faktischen Verhältnissen zu entscheiden ist. Erst die Auft der in die AuftMasse fallenden Vermögenswerte ist nach Billigkeit vorzunehmen. LGZ Wien 45 R 266/14 x.

1. Der Auft unterliegen dabei aber nur ehel GebrVerm und ehel Ersparnisse, die im **Aufteilungszeitpunkt noch vorhanden** waren. 3 Ob 541/88; 7 Ob 514/88; 8 Ob 255/00 d EF 93.910; 10 Ob 3/01 s; 1 Ob 244/14 k EF-Z 2015/127 = iFamZ 2015/112; 1 Ob 262/15 h EF-Z 2016/94 (*Oberhumer*) = iFamZ 2016/108 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 133/17 s EF-Z 2018/63 (*Oberhumer*); 1 Ob 200/20 y EF-Z 2021/53 (*Gitschthaler*).

2. Oder deren Wert gem § 91 Abs 1 EheG (*Rz 30 ff*) in die Auft einzubeziehen ist. 8 Ob 255/00 d; 10 Ob 3/01 s; 1 Ob 244/14 k EF-Z 2015/127 = iFamZ 2015/112; 1 Ob 40/15 m; 1 Ob 262/15 h EF-Z 2016/94 (*Oberhumer*) = iFamZ 2016/108 (*Deixler-Hübner*); 1 Ob 133/17 s EF-Z 2018/63 (*Oberhumer*); 1 Ob 200/20 y EF-Z 2021/53 (*Gitschthaler*).

1. **Anmerkung:** Der Zeitpunkt der Auflösung der ehel LG ist bspw auch für die Frage maßgeblich, ob **Anteile an einem Unternehmen** rechtl als (der Auft entzogene) Unternehmensanteile iSd § 82 Abs 1 Z 4 EheG oder als Wertanlagen (und damit als ehel Ersparnisse) zu qualifizieren sind (vgl dazu *Rz 322 ff*). Dies könnte etwa eine Rolle spielen, wenn ein Ehegatte unter 25% Anteile an einem Unternehmen hält und bei Auflösung der ehel LG dessen Geschäftsführer/Vorstand ist, diese Position danach – aber noch vor der E im AuftVerfahren – aufgibt (über die Sperrminorität verfügt er ja nicht und hat daher auch keinen maßgeblichen Einfluss mehr auf das Unternehmen).

1. Erwirbt ein Ehegatte **nach Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft** 27 in einem Zwangsversteigerungsverfahren die im Eigentum des anderen Ehegatten stehende EheWhg, ist diese nicht mehr Gegenstand des AuftVerfahrens. Liegt kein Tatbestand des § 91 Abs 1 EheG vor, ist bei der Auft auch dann nicht der Verkehrswert der EheWhg zu berücksichtigen, wenn der Zuschlag lediglich um den halben Schätzwert erfolgte. Vielmehr ist in einem solchen Fall nur der Versteigerungserlös abzüglich der aus dem Meistbot befriedigten Forderungen der Pfand-

gläubiger maßgeblich. Verbleiben Schulden, hat der andere Ehegatte auch nach § 83 EheG keine AusglZ zu leisten. 1 Ob 244/14k EF-Z 2015/127 = iFamZ 2015/112.

2. **Anmerkung:** Diese Aussage darf nicht unreflektiert verallgemeinert werden. Richtig ist sie vielmehr nur, wenn der Ehegatte die Wohnung mit § 82 Abs 1 EheG unterliegenden Mitteln bzw mit Mitteln, die er erst nach Aufhebung der ehel LG erworben hat (Erbe, Lottogewinn), oder mittels Kreditfinanzierung ersteigerte. Verwendete er hingegen ehel Errungenschaft, stellt die erworbene Wohnung ein Surrogat dar (ebenso *Oberhumer*, EF-Z 2015, 206) und unterliegt dann der Auft, dies aber wohl nicht mit ihrem gesamten Wert, sondern nur bezüglich der eingesetzten Errungenschaft, weil der ersteigernde Ehegatte das „Schnäppchen“ ja außerhalb der maßgeblichen ehel LG tätigte und deshalb die Werterhöhung des eingesetzten Betrags nur ihm zusteht. Ob die Wohnung nur dem ersteigernden Ehegatten oder auch dem anderen zugewiesen werden kann, wird davon abhängen, ob das eingesetzte Kapital oder die Werterhöhung (der „Schnäppchenanteil“) überwiegen (in ersterem Fall Zuweisung an den anderen Ehegatten möglich, in letzterem nicht).

3. **Ersparnisse**, die ein Ehegatte nach Aufhebung der ehel LG angesammelt hat, unterliegen nicht der Auft. 5 Ob 644/81; 7 Ob 546/82; 1 Ob 511/80.

4. Für die Zeit nach Aufhebung der ehel LG kann also ein angemessener Ausgl unter den Ehegatten nur über UhAnspr nach § 94 ABG geschaffen werden. 1 Ob 511/80.

## B. Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft

28 1. Beim Begriff der „ehelichen Lebensgemeinschaft“ handelt es sich um einen Rechtsbegriff, der nicht bloß die räumliche Gemeinschaft der Ehegatten, sondern die **Ehegemeinschaft als Inbegriff der häuslichen, geistigen, seelisch-körperlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Gemeinsamkeit der Ehegatten** begreift. 8 Ob 568/87; 1 Ob 80/12i GesRZ 2012, 360 (*Csoklich*); 1 Ob 200/20y EF-Z 2021/53 (*Gitschthaler*); 1 Ob 189/21g iFamZ 2022/64 (*Deixler-Hübner*).

2. Also anders als die häusliche Gemeinschaft iSd § 55 EheG. 6 Ob 563/89; 1 Ob 169/18m EF-Z 2019/44 (*Gitschthaler*).

3. Von deren Aufhebung kann dann ausgegangen werden, wenn bei einem Partner der Wille zum ehel Zusammenleben endgültig erlischt. 1 Ob 169/18m EF-Z 2019/44 (*Gitschthaler*); 1 Ob 200/20y EF-Z 2021/53 (*Gitschthaler*).

4. Oder wenn die geistige, seelische und körperliche Gemeinschaft zw den Ehegatten objektiv und wenigstens bei einem von ihnen auch subjektiv zu bestehen aufgehört hat; in einem solchen Fall gilt die ehel LG als aufgehoben, auch wenn eine bloße gemeinsame Wohnungsbenützung fortbesteht und keine darüber hinausgehende Gemeinschaft mehr zw den Ehegatten gegeben ist. 1 Ob 169/18m EF-Z 2019/44 (*Gitschthaler*); 1 Ob 200/20y EF-Z 2021/53 (*Gitschthaler*); 1 Ob 123/21a iFamZ 2021/217 (*Deixler-Hübner*).

5. In einem solchen Fall gilt die ehel LG als aufgehoben, auch wenn eine bloß gemeinsame Wohnungsbenützung fortbesteht und keine darüber hinausgehende Gemeinschaft mehr zw den Ehegatten gegeben ist. 1 Ob 169/18m EF-Z 2019/44 (*Gitschthaler*).

6. Die Frau legt nicht dar, warum die Rechtsansicht, wonach die Aufhebung der ehel LG jedenfalls mit dem Auszug des Mannes aus der gemeinsamen EheWhg der Fall gewesen sei, unrichtig sein soll; sie behauptet auch keinen davon abweichenden Zeitpunkt, zu dem ihrer Ansicht nach die ehel LG aufgelöst wurde. Die Beendigung der ehel Gemeinschaft stellt aber den **maßgeblichen Zeitpunkt für die Zugehörigkeit einer Sache zum ehelichen Gebrauchsvermögen oder zu den ehelichen Ersparnissen** dar. 1 Ob 123/21 a iFamZ 2021/217 (*Deixler-Hübner*).

1. Die Tatsache eines gemeinsam verbrachten Urlaubs der Ehegatten muss nicht zwingend geeignet sein, eine Änderung der Beurteilung des Endzeitpunkts der ehel LG herbeizuführen. 5 Ob 98/09 m. **28a**

2. Zwar widersprechen die jahrelangen Affären des Mannes mit anderen Frauen dem Wesen der Ehe. Daraus erschließt sich auch sein ständiger Verstoß gegen die ehel Treuepflicht. Dennoch führt dieser Umstand nicht zur Annahme, dass die ehel LG schon viel früher aufgelöst worden wäre. Der Mann versuchte grds immer, seine Liebschaften vor der Frau geheim zu halten, tat sie als unwichtig ab und bagatellierte sie. Er betrachtete seine Ehe immer noch als „Schutzschild“, damit seine Freundinnen keine festere Bindung zu ihm verlangen konnten. Diese mussten auch immer weichen, wenn die Frau zur Seeligenschaft kam. Die Beurteilung, dass sich insoweit ein aufrecht gebliebener Ehemann des Mannes nach außen hin manifestiert hat, ist nicht zu beanstanden. Eine Mentalreservation bzw sein Doppelspiel waren für die Frau nicht hinreichend erkennbar. Ihr eigener Ehemann war ungebrochen und sie konnte aufgrund des ihr gegenüber zutage tretenden Verhaltens des Mannes auch auf den Bestand seines Ehemannens schließen. 1 Ob 169/18 m EF-Z 2019/44 (*Gitschthaler*).

3. **Anmerkung:** Der wesentliche Unterschied zw der Aufhebung der ehel LG nach §§ 81 ff EheG und jener nach § 55 EheG liegt erkennbar in der Frage des tatsächlichen Zusammenwohnens:

So wurde in der E 8 Ob 61/18 f erst jüngst klargestellt, dass unter häuslicher Gemeinschaft iSd § 55 EheG die Geschlechtsgemeinschaft, Wohnungsgemeinschaft und Wirtschaftsgemeinschaft zu verstehen ist; erst wenn alle drei Voraussetzungen weggefallen sind, könne von einer Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft gesprochen werden (vgl allerdings auch 10 Ob 60/18 y). Ob im konkreten Fall die Voraussetzungen zur Annahme der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft vorliegen, sei dabei eine Frage des Einzelfalls. Das Gesetz fordere zwar die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft während einer bestimmten Zeit, nicht aber den Abbruch jeglichen persönlichen Kontakts; gelegentliche Besuche, Gespräche über gemeinsam zu regelnde Angelegenheiten, Unterstützung in abgegrenzten Teilbereichen und wirtschaftliche Kontakte der Eheleute sowie selbst fallweiser Geschlechtsverkehr sprächen nicht gegen die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft.

Dem gegenüber kann unter aufrechtl Gesichtspunkten die (bloße) gemeinsame Wohnungsbenützung fortbestehen und trotzdem die ehel LG bereits aufgehoben sein. Der umsichtige Rechtsfreund, der aus aufrechtl Gründen den Aufstichtag (Aufhebung der ehel LG) nach vorne verschieben möchte, wird deshalb bereits im Verfahren erster Instanz entsprechendes Vorbringen dahin erstatten, dass die Eheleute zwar noch zusammen wohnten, tatsächlich aber eine darüber hinausgehende Gemeinschaft zw den Ehegatten nicht mehr gegeben war.

- 29** 1. Die Feststellung von Tatsachen erfolgt grds in jedem Rechtsstreit ohne **Bindung an die Beurteilung in einem Vorprozess**. Die Grenzen der materiellen Rk können aus Gründen der „Entscheidungsharmonie“ allein nicht ausgeweitet werden; es ist auch mit dem Gedanken der „Rechtssicherheit“ vereinbar, wenn eine als unrichtig erkannte Sachverhaltsgrundlage des Urteils im Vorprozess der E im Folgeprozess nicht mehr zugrunde gelegt wird. Das Argument, eine abweichende Feststellung zum Zeitpunkt der Aufhebung der ehel LG „würde zu unlösbaren Konflikten“ mit dem Scheidungsurteil führen, ist daher schon deshalb unbeachtlich, ohne dass darauf eingegangen werden müsste, in welchem Verhältnis das Tatbestandsmerkmal der Aufhebung der „häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten“ iS § 55 Abs 1 EheG zum Kriterium des Ansammelns von Vermögen während „aufrechter ehel LG“ steht. 1 Ob 42/09 x EF-Z 2009/122 (*Gitschthaler*); 1 Ob 169/18 m EF-Z 2019/44 (*Gitschthaler*).
2. Damit sind für die Beurteilung des Zeitpunkts der Aufhebung der ehel LG allein die Feststellungen im AuftVerfahren maßgeblich; dort kann es auch zu einem anderen Ergebnis als im Scheidungsprozess kommen. 1 Ob 169/18 m EF-Z 2019/44 (*Gitschthaler*); 1 Ob 200/20 y EF-Z 2021/53 (*Gitschthaler*).
3. **Anmerkung:** Ob diese Unterscheidung sehr praxisrelevant bzw – wenn ja – sehr zweckmäßig ist, sei dahingestellt. Im Übrigen wird auch zu § 55 EheG regelmäßig ausgeführt, dass das Vorliegen einer „Wohnungs“gemeinschaft (also einer Haushaltsgemeinschaft) auch dann verneint werden kann, wenn zw den Ehegatten zwar ein Zustand besteht, durch die „persönliche Berührung“ weitgehend ausgeschaltet ist, sie jedoch in der Wohnung verbleiben (RS0057040).

### C. Ausgleich von Benachteiligungen

**§ 91 EheG.** (1) **Hat ein Ehegatte ohne ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des anderen frühestens zwei Jahre vor Einbringung der Klage auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigklärung der Ehe oder, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft vor Einbringung der Klage aufgehoben worden ist, frühestens zwei Jahre vor dieser Aufhebung eheliches Gebrauchsvermögen oder eheliche Ersparnisse in einer Weise verringert, die der Gestaltung der Lebensverhältnisse der Ehegatten während der ehelichen Lebensgemeinschaft widerspricht, so ist der Wert des Fehlenden in die Aufteilung einzubeziehen.**

- 30** 1. Im Rahmen des § 91 Abs 1 EheG sind nicht nur Vermögensverringern **innerhalb der letzten 2 Jahre** vor Einbringung der Scheidungsklage oder vor Aufhebung der ehel LG zu berücksichtigen, sondern auch solche, die nach diesem Zeitpunkt vorgenommen wurden, weil das Gesetz nur den frühesten Termin bestimmt, ab dem Vermögensverschiebungen erfahrungsgemäß bedenklich erscheinen. 3 Ob 657/81.
2. § 91 Abs 1 EheG ist also auch auf Vermögensverringern **nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft oder nach der Ehescheidung** anzuwenden. 7 Ob 662/82; 7 Ob 614/83; 3 Ob 559/84; 1 Ob 551/85 uva; 7 Ob 74/09 x iFamZ 2009/246; 1 Ob 73/12 k iFamZ 2012/228 (*Deixler-Hübner*) = EF-Z 2013/87; 1 Ob 244/14 k EF-Z 2015/127 = iFamZ 2015/112; 1 Ob 40/15 m; 1 Ob 266/15 x EF-Z 2016/93 (*Gitschthaler*); 1 Ob 262/15 h EF-Z 2016/94 (*Oberhumer*) =