

# Unterhaltsrecht und Aufteilung für Richter:innen

## Inhaltsübersicht:

I. Unterhalt allgemein.....	2
A. Unterhaltsbemessungsgrundlage.....	2
B. Vermögen.....	3
C. Abzüge von der Bemessungsgrundlage.....	5
D. Erbrachte Naturalunterhaltsleistungen und/oder Zahlungen .....	6
II. Kindesunterhalt.....	7
A. Betreuung und Unterhalt .....	7
B. Vermögen des Kindes .....	11
C. Unterhaltsvereinbarungen .....	12
D. Sonstiges .....	13
E. Verfahrensrechtliche Fragen .....	13
III. Ehegattenunterhalt .....	15
A. Verschiedenes .....	15
B. Verlangen von Geldunterhalt .....	15
C. Prozesskostenvorschuss .....	17
D. Verfahrensrechtliche Fragen .....	17
IV. Aufteilung.....	20
A. Aufteilungsmasse .....	20
B. Unternehmen .....	22
C. Eingebraachte Sachen .....	25
D. Schenkungen .....	28
E. Sonderfall Ehemwohnung .....	29
F. Voraus/Aufteilungs-, Scheidungsfolgen- und sonstige Vereinbarungen .....	31
G. Benachteiligungsausgleich .....	34
H. „Wohlbestehenkönnen“ .....	35
I. Verfahrensfragen .....	35
J. Internationales Ehegüterrecht.....	38
V. Lebensgemeinschaften.....	46

Stand November 2022

## I. Unterhalt allgemein

### A. Unterhaltsbemessungsgrundlage

- 1 Der Vater hat vorgebracht, die Abfertigung sei zur Tilgung von Verbindlichkeiten verwendet worden, die während aufrechter Ehe der Eltern zur Finanzierung der ehemaligen Ehemohnung aufgenommen worden seien. Bildet aber der Unterhaltspflichtige kein „Vorsorgekapital“, wird auch dem Unterhaltsberechtigten die Möglichkeit eingeräumt, über seinen Anteil zu verfügen und die Aufteilung auf einen kürzeren Zeitraum zu begehren.

- OGH 2. 2. 2022, 6 Ob 151/21f

- 2 Ein Berufsschutz wie im Sozialrecht besteht im Unterhaltsrecht nicht. Vielmehr muss der Unterhaltspflichtige etwa bei längerer Arbeitslosigkeit auch minderqualifizierte Arbeiten annehmen.

Dass eine **Anspannung** auf Beschäftigungen unzulässig wäre, die nicht der „sozialen Implikation“ entsprechen, kann jedenfalls bei Gefährdung des notwendigen Kindesunterhalts nicht gelten kann.

Das Billigkeitsargument des erheblichen Einkommensunterschieds der Eltern führt im Ergebnis zu einer Ausweitung der in § 231 Abs 2 ABGB ausdrücklich angeführten Fälle einer subsidiären Beitragspflicht des betreuenden Elternteils und schafft im Ergebnis den ersten Satz des § 231 Abs 2 ABGB und die daraus abgeleitete subsidiäre Unterhaltspflicht des betreuenden Elternteils ab und wird deshalb – von Ausnahmefällen abgesehen - abgelehnt.

- OGH 22. 6. 2022, 6 Ob 82/22k

- 3 Ein fiktiver Geldunterhaltsanspruch des Unterhaltspflichtigen gegenüber seinem besser verdienenden Ehegatten gemäß § 94 Abs 3 S 1 ABGB ist grundsätzlich als Bestandteil der Unterhaltsbemessungsgrundlage für ein Kind heranzuziehen, und zwar auch für die Vergangenheit.

Die Frage, ob ein solcher Geldunterhaltsanspruch nur dem einkommenslosen Ehegatten zusteht, kann offen bleiben, wenn die Einkommensunterschiede exorbitant sind, weil in diesem Fall (ebenfalls) der gegenüber seinem Ehegatten unterhaltsberechtigten wie ein einkommensloser Ehegatte zu behandeln ist.

Eine zwischen den Eheleuten (hier: während des Kindesunterhaltsverfahrens) geschlossene Vereinbarung, in der der an sich unterhaltsberechtigten Ehegatte auf seinen Geldunterhaltsanspruch gegen den

Ehegatten verzichtete, ändert jedenfalls dann nichts, wenn die Zielsetzung der Vereinbarung allein in der Abwehr der Antragsbegehren der Kinder lag.

- OGH 6. 4. 2022, 6 Ob 32/22g

**Anmerkung:**

Der Umstand, dass (fiktive) Unterhaltsempfänge eines Ehegatten die Bemessungsgrundlage für Unterhaltsansprüche seiner eigenen Kinder darstellen, lässt sich auch nicht dadurch verhindern, dass der Ehegatte auf seine Geldunterhaltsansprüche verzichtet(e).

- 4 Da Vermögen, das dem Unterhaltspflichtigen aus erbrechtlichen Ansprüchen zufließt, bei seiner Verpflichtung zur Leistung des angemessenen Unterhalts zu berücksichtigen ist, kommt bei einem Verzicht auf solche Ansprüche, der nicht zu Lasten des Unterhaltsberechtigten gehen darf, eine Anspannung auf die aus dem insoweit entgangenen Vermögen erzielbaren Erträge in Betracht (vgl etwa 1 Ob 104/09i).

- OGH 7. 9. 2021, 1 Ob 108/21w

## B. Vermögen

- 5 **Tatsächlich nicht gezogene Einkünfte aus Vermögen** (hier: Mieteinkünfte aus Liegenschaftsvermögen), die vertretbarerweise hätten gezogen werden können, sind angemessen zu berücksichtigen; tut der Unterhaltspflichtige dies nicht, kann er auf eine erfolgsversprechende Anlageform angespannt werden. Den Vermögensstamm hat der Unterhaltspflichtige zwar nur dann anzugreifen, wenn das sonstige Einkommen des Unterhaltspflichtigen nicht zur Deckung des angemessenen Unterhalts des Unterhaltsberechtigten ausreicht. Diese Einschränkung gilt aber nicht für zumutbarerweise erzielbare Vermögenserträge, stellt dies doch keine Verwertung der Vermögenssubstanz dar.

- OGH 18. 2. 2021, 6 Ob 6/21g; 7. 9. 2021, 1 Ob 108/21w

- 6 Der unternehmerisch tätige Unterhaltspflichtige ist – falls ihm die rechtliche Möglichkeit zusteht – verpflichtet, eine ihm mögliche **Gewinnentnahme** nicht zu Lasten des Unterhaltsberechtigten zu unterlassen. Stand allerdings bereits im Februar/März 2020, also zu einem Zeitpunkt, als der Jahresabschluss der GmbH für 2019 weder bereits aufgestellt war noch aufgestellt hätte sein müssen, fest, dass die Theaurierung allfälliger Gewinne aus 2019 betriebswirtschaftlich notwen-

dig ist, und war die mit der Corona-Pandemie verbundene künftige negative Entwicklung der GmbH bereits vorauszusehen, erschließt sich nicht, weshalb der Unterhaltspflichtige als einziger Geschäftsführer und Gesellschafter der GmbH in dieser Situation dennoch eine Gewinnausschüttung für 2019 vornehmen hätte sollen, um der Unterhaltsberechtigten einen höheren Unterhaltsanspruch zu ermöglichen.

- OGH 14. 6. 2021, 5 Ob 85/21t

**7** Es entspricht stRsp, dass die Erlöse aus dem Verkauf von Liegenschaftsvermögen – selbst bei vereinbarter Ratenzahlung (vgl 1 Ob 98/03y) – als reine Vermögensumschichtungen zu behandeln und deshalb nicht als „Ertragnis des Vermögens“, sondern vielmehr als Gegenwert für die Sachsubstanz selbst und damit als „Vermögenssubstanz“ anzusehen sind (1 Ob 98/03y; 3 Ob 9/19y; 5 Ob 206/20k). Der Erlös aus dem Verkauf eines Vermögensobjekts ist somit nicht als Einkommen zu behandeln, und zwar selbst dann nicht, wenn durch den Verkauf ein Wertzuwachs realisiert wurde (vgl 3 Ob 9/19y).

Zu 6 Ob 6/21g wurde ausgesprochen, dass für die Übertragung eines Geschäftsanteils an einer GmbH und die Erzielung eines Veräußerungserlöses daraus nichts anderes gelten könne, weil auch der Geschäftsanteil ein Vermögensbestandteil sei.

Bereits aus 1 Ob 14/04x lässt sich ableiten, dass ein Geschäftsanteil zur Vermögenssubstanz des Unterhaltspflichtigen gehört und dies auch für die Umwandlung in Geld durch Veräußerung des Geschäftsanteils gilt (vgl auch 3 Ob 96/15m; 5 Ob 206/20k).

Zu 6 Ob 49/08m wurde zudem ausgesprochen, dass „Gewinnausschüttungen“, die der Unterhaltsschuldner als Gegenwert für die Übertragung eines Geschäftsanteils erhalte, mit Ratenzahlungen vergleichbar seien, die der Unterhaltspflichtige für die Veräußerung von Vermögen beziehe, und auch solche Ratenzahlungen als Vermögensumschichtungen dem Vermögensstamm zuzurechnen seien.

Aus diesen Grundsätzen folgt, dass der Erlös aus der Veräußerung der Geschäftsanteile des Klägers als Gegenwert für die Vermögenssubstanz und nicht als Ertragnis des Vermögens zu qualifizieren ist. Der in Rede stehende Veräußerungserlös ist daher nicht zum Einkommen des Klägers zu zählen.

- OGH 20. 7. 2022, 3 Ob 121/22y

## C. Abzüge von der Bemessungsgrundlage

**8** Hinsichtlich der Kosten der Fahrten des Unterhaltspflichtigen zum und vom Arbeitsplatz mit dem eigenen PKW ist es eine Frage des Einzelfalls, mit welchem Betrag pro gefahrenem Kilometer der tatsächliche Aufwand an Betriebsmitteln von der Unterhaltsbemessungsgrundlage in Abzug zu bringen ist. Im Allgemeinen erachtet der OGH einen Abzug des Kilometergeldes im Ausmaß von 50% unter Berücksichtigung eines weiteren Abzugs für fiktive Kosten einer Nahverkehrskarte als angemessen.

- OGH 1. 9. 2021, 3 Ob 118/21f

**9** Wenn das Rekursgericht die gesamten Privatentnahmen des Vaters der Unterhaltsbemessung zugrunde gelegt hat, liegt darin keine aufzugreifende Fehlbeurteilung, stehen doch Selbstständigen bei der Darstellung ihres Einkommens deutlich mehr steuerliche und betriebswirtschaftliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung als unselbstständig Erwerbstätigen und ist bei der Unterhaltsbemessung die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit unter Ausklammerung solcher Gestaltungsmöglichkeiten zu ermitteln. So gilt allgemein der Grundsatz, dass das Vermögen dann in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen ist, wenn und soweit der Unterhaltspflichtige dessen Substanz angreift, um damit die Kosten der von ihm gewählten Lebensführung zu decken. Wenn der Unterhaltspflichtige selbst sein Vermögen dazu verwendet, um damit die Kosten der von ihm gewählten Lebensführung zu decken, dient dieses Maß der Inanspruchnahme (auch) als Grundlage für die Bemessung des Unterhaltsanspruchs.

Nach der Rechtsprechung schlägt selbst die kostenlose Überlassung eines „Firmen-PKW“, der auch privat genutzt werden kann, bei der Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage zu Buche. Wenn daher die Vorinstanzen die Privatentnahme des Vaters zwecks Anschaffung eines (offenbar privaten Zwecken dienenden) Motorrads in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einbezog, ist dies nicht zu beanstanden. Der Einwand des Vaters, der dieser Anschaffung zugrunde liegende Betrag rühre aus einer früheren Erwerbsperiode her, ist unbeachtlich, weil die tatsächlichen Lebensverhältnisse des Unterhaltspflichtigen im jeweiligen (der Unterhaltsbemessung zugrunde liegenden) Zeitraum maßgebend sind.

- OGH 24. 5. 2022, 4 Ob 38/22z

## D. Erbrachte Naturalunterhaltsleistungen und/oder Zahlungen

- 10** Soweit für die Vergangenheit abzusprechen ist, sind im Unterhaltsfestsetzungsverfahren die vom Unterhaltspflichtigen vor Schaffung des Titels geleisteten Zahlungen zu berücksichtigen sind. Der Unterhaltspflichtige hat nämlich nach ständiger Rechtsprechung gerade im Hinblick auf § 35 EO Anspruch darauf, dass ihm keine höhere Unterhaltsverpflichtung auferlegt wird, als sie sich unter Berücksichtigung dieser Zahlungen ergibt, können doch gemäß § 35 Abs 1 EO in der Vergangenheit (also vor Schaffung des Titels) geleistete Zahlungen nicht mit Oppositionsklage geltend gemacht werden. Die vom Unterhaltspflichtigen bis zum Tag der gerichtlichen Unterhaltsfestsetzung geleisteten Zahlungen und Naturalleistungen müssen daher auf den Unterhaltsanspruch in Anrechnung gebracht werden. Bei einer Unterhaltsfestsetzung für die Vergangenheit sind daher **alle Geld- und Naturalleistungen mit Unterhaltscharakter in Anschlag zu bringen** und vom (errechneten) tatsächlichen Unterhaltsbetrag in Abzug zu bringen. Nur dieser Rest ist in einem Gesamtbetrag als rückständig zuzusprechen.
- OGH 29. 7. 2020, 9 Ob 23/20b; 25. 5. 2022, 8 Ob 65/22z

## II. Kindesunterhalt

### A. Betreuung und Unterhalt

- 11** Die Berücksichtigung übermäßiger Betreuungsleistungen durch den geldunterhaltspflichtigen Elternteil erfolgt – unter Heranziehung des bei Unterhaltsentscheidungen grundsätzlich anzuwendenden Ermessens – allgemein in Form von prozentmäßigen Abschlägen (**Prozentabzugsmethode**).

Betreut der geldunterhaltspflichtige Elternteil das Kind mehr als 80 Tage/Jahr, so sind im Rahmen der Prozentabzugsmethode nicht 80 Betreuungstage als übliches Kontaktausmaß zugrunde zu legen, sondern bloß ein Tag pro Woche, also 52 Tage, während die darüber hinausgehenden Tage zugunsten des anderen Elternteils zu berücksichtigen sind.

- OGH 16. 9. 2020, 6 Ob 182/20p; 22. 12. 2021, 6 Ob 118/21b

- 12** Bei genauerer Betrachtung könnte die Annahme, dass 80 Tage jährlich einem üblichen Kontaktrechtsausmaß entsprechen, durchaus hinterfragt werden, weil dabei außer Acht gelassen wird, dass die laufenden Wochenendkontakte idR durch 4-wöchige Ferienkontakte des betreuenden Elternteils unterbrochen werden. Allerdings könnte dies dadurch kompensiert werden, dass man die mittlerweile zunehmend gewährten Kontakte im Alltag unter der Woche hinzurechnet, auch wenn diese keinen ganzen Tag ausmachen, was idR als vernachlässigbar angesehen wird.

- LGZ Wien 10. 12. 2021, 42 R 407/21w

- 13** Die aktuelle Rechtsprechung geht dahin, etwa gleichteilige Betreuung bei einem Verhältnis von 4 : 3 anzunehmen.

- OGH 3. 4. 2019, 1 Ob 13/19x; 18. 3. 2022, 6 Ob 18/22y; 27. 1. 2022, 9 Ob 77/21w

- 14** Teilen sich die Eltern die Betreuung in einem Ausmaß, das über den Rahmen der üblichen persönlichen Kontakte jenes Elternteils hinausgeht, bei dem sich das Kind nicht hauptsächlich aufhält, ist der zu leistende Geldunterhalt zu reduzieren, zumal der Geldunterhaltspflichtige dann notwendigerweise – über ein übliches Kontaktrecht hinaus – Naturalunterhalt leistet. Die Berücksichtigung einer solchen übermäßigen Betreuungsleistung erfolgt im Allgemeinen in Form prozentmäßiger

Abschläge, wobei die Rechtsprechung den Unterhaltsanspruch altersunabhängig um 10% pro (regelmäßigem) wöchentlichem Betreuungstag reduziert, an dem sich das Kind über das übliche Ausmaß des Kontaktrechts hinaus beim geldunterhaltspflichtigen Elternteil befindet. Üblich ist nach der Rechtsprechung ein Kontaktrecht von zwei Tagen alle zwei Wochen sowie von vier Wochen in den Ferien, also von etwa 80 Tagen im Jahr bzw von durchschnittlich rund 1,5 Tagen pro Woche.

Hier ist ein Betreuungsverhältnis von 2,25 zu 4,75 Tagen (32 % zu 68 %) zu beurteilen. Der vorgenommene 10%ige Abzug vom derart bemessenen Unterhalt begegnet angesichts des Umstands, dass die Kinder vom Vater im Durchschnitt nur an 2,25 Tagen pro Woche in dessen Haushalt betreut werden, was ein übliches Kontaktrecht des geldunterhaltspflichtigen Elternteils von im Schnitt 1,5 Tagen pro Woche um nicht einmal einen ganzen Tag übersteigt, keinen Bedenken.

OGH 7. 9. 2021, 1 Ob 25/21i

#### **Anmerkung:**

Der OGH beruft sich hier auf die E 10 Ob 41/17b, übersieht aber deren (weitere) Ausführungen: „Pro wöchentlichem Betreuungstag, an dem sich das Kind über das übliche Ausmaß hinaus beim zahlenden Elternteil aufhält, wird in der Regel ein Abschlag von etwa 10% vom Geldunterhalt vorgenommen. Demnach ist ein Kontaktrechtstag pro Woche unterhaltsneutral, für jeden weiteren ist eine Minderung von 10 % angemessen.“ Diese Ausführungen finden sich auch in den E 10 Ob 17/15w, 10 Ob 11/04x und 4 Ob 16/13a). Auf diesen aufbauend hat schließlich die E 6 Ob 182/20p klargestellt, dass bei der Prozentabzugsmethode (lediglich) 52 Tage unterhaltsneutral sind; diese Entscheidung wurde vom 1. Senat offensichtlich übersehen.

- 15** Insgesamt ergibt sich eine jährliche Betreuung durch den Vater an 152,75 Tagen bzw zu rund 42%. Damit bewegt sich das Betreuungsverhältnis von rund 42% zu 58% annähernd an der Grenze zu einer gleichwertigen Betreuung, sodass ein höherer als der von den Vorinstanzen vorgenommene 15%ige Abzug von der Geldunterhaltspflicht des Vaters grundsätzlich in Betracht käme. Maßgebliches Kriterium für eine Reduktion der Geldunterhaltspflicht aufgrund einer überdurchschnittlichen Betreuung durch jenen Elternteil, in dessen Haushalt das Kind nicht überwiegend betreut wird, ist aber auch in diesem Fall, inwieweit dadurch im Haushalt des anderen (hauptsächlich betreuenden) Elternteils eine Ersparnis eintritt. Für die Beurteilung, ob der von den Vorinstanzen vorgenommene Prozentabzug angemessen

ist, muss also beurteilt werden, inwieweit die Mutter durch die Betreuung der Kinder durch den Vater konkret finanziell entlastet wurde. Obwohl sie in erster Instanz eine nennenswerte Entlastung bestritt und behauptete, sämtliche laufenden Aufwendungen für die Kinder allein zu tragen, traf das Erstgericht dazu keine Feststellungen. Eine Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen ist daher unumgänglich.

- OGH 18. 5. 2022, 1 Ob 89/22b

- 16** Beim betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell wird in der jüngeren Rechtsprechung zutreffend von „in etwa“ gleichwertigen Leistungen ausgegangen, die auch noch bei einem Verhältnis von 4 : 3 Betreuungstagen angenommen wurden.

Bei unterschiedlichen Einkommen der Eltern ist der (laufende) Restgeldunterhaltsanspruch des Kindes gegenüber dem leistungsfähigeren Elternteil dadurch zu ermitteln, dass zunächst (fiktiv) die Ansprüche des Kindes gegenüber beiden Elternteilen nach der Prozentwertmethode zu ermitteln, sodann diese Ansprüche zu saldieren und schließlich der Saldo zu halbieren ist. Die Transferleistungen Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag müssen beiden Elternteilen (rechnerisch) jeweils zur Hälfte zugutekommen.

Die Auffassung, den Elternteilen würden bei gleichteiliger Betreuung hinsichtlich der zusätzlichen (längerlebigen) Aufwendungen quasi eine Rechnungslegungspflicht aufgebürdet, weil sie ansonsten Gefahr liefen, Unterhaltsansprüche der von ihnen betreuten Kinder zu verlieren, ist verfehlt. Es besteht keine Rechnungslegungspflicht der Elternteile, sondern müssen nach allgemeinen Grundsätzen auch ein Unterhaltsanspruch sowie Einwände dagegen behauptet und bewiesen werden. Dass jeder Elternteil über die von ihm für das Kind getragenen (und daher unterhaltsrechtlich relevanten) finanziellen Aufwendungen Aufzeichnungen führt und Beweismittel sammelt, ist nicht unzumutbar.

- OGH 18. 3. 2022, 6 Ob 18/22y; ebenso 27. 1. 2022, 9 Ob 77/21w

- 17** Es ist nicht möglich, bei der Unterhaltsbemessung dem der jeweiligen Ausgabendifferenz der Eltern entsprechenden Ausgleichsanspruch exakt Rechnung zu tragen; es hat daher eine annäherungsweise Bemessung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände zu erfolgen.

- LGZ Wien 24. 11. 2021, 43 R 265/21w

## 18 Anmerkung:

Bei (annähernd) gleichteiliger Betreuung des Kindes, jedoch **unterschiedlichen Einkommen der Elternteile** sind somit zunächst die beiden fiktiven Unterhaltsbeiträge zu saldieren und das Ergebnis zu halbieren. Hievon sind wiederum die halben Transferleistungen (reduziert um den Unterhaltsabsetzbetrag) abzuziehen.

$$\text{RestUhPflicht}^2 = \frac{\text{PrUh}_{\text{BV}} - \text{PrUh}_{\text{SV}} - (\text{TrLei} - \text{UhAB}^1)}{2}$$

$$\text{RestUhPflicht}^3 = \frac{\text{PrUh}_{\text{BV}} - \text{PrUh}_{\text{SV}} + (\text{TrLei} - \text{UhAB})}{2}$$

## 19 Die Beurteilung, ob ein annähernd gleiches Einkommen vorliegt, ist jeweils von den Umständen des Einzelfalls abhängig.

In der Rechtsprechung wird von einem gleich hohen Einkommen auch dann (noch) ausgegangen, wenn das Einkommen eines Elternteils das des anderen nicht beträchtlich übersteigt, wobei Unterschiede bis zu einem Drittel hinzunehmen sind. Als Basis dieses Vergleichs ist das niedrigere Einkommen heranzuziehen, wäre doch sonst der Begriff „annähernd“ sinnentleert (*Gitschthaler*, EF-Z 2016/3, 15 = Unterhaltsrecht<sup>4</sup> Rz 98a/2).

- OGH 27. 1. 2022, 9 Ob 77/21w

## 20 Die Versorgung des Kindes durch den jeweils betreuenden Elternteil in seinem Haushalt mit Kleidung, Nahrung, Freizeitbetätigung udgl liegt in dessen Ingerenz. Es bleibt ihm überlassen, wie kostengünstig er dies ausgestaltet. Sind die Ausgaben des besser verdienenden Elternteils luxuriöser als jene des finanziell schwächeren, führt dies nicht zu einer Schmälerung des Restunterhaltsanspruchs, weil das Kind auch beim schlechter verdienenden Elternteil an den gehobenen Lebensverhältnissen des anderen Elternteils teil haben soll. Die Leistungen der Eltern für die entsprechenden alltäglichen Ausgaben des Kindes im Rahmen des jeweiligen Haushalts können daher der Höhe nach nicht gegeneinander aufgerechnet werden, solange das Kind versorgt ist. Das betrifft

---

<sup>1</sup> Unterhaltsabsetzbetrag.

<sup>2</sup> Restgeldunterhaltsverpflichtung des besser verdienenden Elternteils, wenn der schlechter verdienende Elternteil die Transferleistungen bezieht

<sup>3</sup> Restgeldunterhaltsverpflichtung des besser verdienenden Elternteils, wenn dieser die Transferleistungen bezieht.

Kleidung und Gebrauchsgegenstände wie bspw einen Rucksack, Essen inklusive Restaurantbesuche, Schulsachen, Kino, Netflix, Spielkonsolen und deren Zubehör, Spiele uä.

- LGZ Wien 22. 11. 2021, 43 R 367/21w

## B. Vermögen des Kindes

**21** Der in der Lit geführte Meinungsstreit, ob der geldunterhaltspflichtige Elternteil dem Kind deshalb weniger Unterhalt schuldet, wenn dieses **eine ihm selbst gehörende Wohnung bewohnt**, bedarf jedenfalls dann keiner abschließenden Erörterung, wenn die dem Kind gehörende Wohnung diesem wirtschaftlich betrachtet von einem Dritten (hier: der Mutter) ohne Absicht, den Geldunterhaltspflichtigen zu entlasten, zugewendet wurde; in diesem Fall ist eine Verminderung des Unterhaltsanspruchs nicht anzunehmen. Jedenfalls in dieser Konstellation kann nicht unbeachtet bleiben, auf welchem Wege und mit welcher Motivation das Kind zur Eigentumswohnung kam.

Der OGH hat bislang nicht entschieden, dass einem unterhaltsberechtigtem Kind ohne weiteres die **Vermietung einer ihm gehörenden, aber nicht von ihm bewohnten Eigentumswohnung** leicht möglich und zumutbar sei, ansonsten es so behandelt werde, als hätte es diese Mieteinkünfte. Tatsächlich kommt es darauf an, ob es dem unterhaltsberechtigten Kind (objektiv) leicht möglich und (subjektiv) zumutbar ist, eine ihm gehörende, von ihm nicht zu Wohnzwecken benutzte Wohnung zu vermieten. Unzumutbarkeit kann im Einzelfall auch dann gegeben sein, wenn es einem Geschwister aufgrund eines von ihm angenommenen und nachvollziehbaren sittlichem Grund allein oder aufgrund anderer Umstände im Rahmen einer Gesamtabwägung die Wohnung ohne Entgelt zur Verfügung stellt.

- OGH 20. 1. 2021, 3 Ob 187/20a EF-Z 2021/56 (*Gitschthaler*)

### Anmerkung

Es besteht tatsächlich Rsp, wonach sich die Anspannungstheorie in ihrem ursprünglichen Sinn nicht auf den Unterhaltsberechtigten ausdehnen lassen soll, weil diesbezüglich die Rechtslage nicht die gleiche sei „wie bezüglich des Unterhaltspflichtigen“; es gebe keine gesetzliche Bestimmung, die dem Kind die Pflicht auferlegt, nach seinen Kräften den Unterhaltspflichtigen zu entlasten. Soweit ersichtlich ging es dabei aber immer um die (Nicht)erzielung eigener Erwerbseinkünfte des unterhaltsberechtigten Kindes und/oder öffentlich-rechtliche Leistungen. Und auch in der diese Rsp-Linie offensichtlich begründenden E 7 Ob 640/92 meinte der OGH, solange die Aus-

bildung des Kindes nicht abgeschlossen ist, bestehe grds keine Verpflichtung, eine nicht iZm der Berufsausbildung stehende Erwerbstätigkeit (!) auszuüben. Das wird man wohl tatsächlich so vertreten können.

Zu nicht gezogenen Einkünften aus Vermögen führte die E 6 Ob 70/01i hingegen aus, ein Kind dürfe bspw die Vermietung seines von ihm nicht benötigten Hauses nicht unterlassen. Auch wenn diese Aussage lediglich ein obiter dictum gewesen sein mag, so heißt das nicht, dass diese Rechtsansicht zwingend falsch sein müsste. Tatsächlich ist auch nicht einsichtig, weshalb bei der Vermietung von Liegenschaftsvermögen unterhaltsberechtigter Kinder anders behandelt werden sollten als unterhaltspflichtige Eltern. Und zu diesen hat der OGH erst jüngst klargestellt, dass nicht gezogene Einkünfte aus Vermögen (konkret: Mieteinkünfte aus Liegenschaftsvermögen), die vertretbarerweise hätten gezogen werden können, angemessen zu berücksichtigen sind; tue der Unterhaltspflichtige dies nicht, könne er auf eine erfolgsversprechende Anlageform angespannt werden. Damit ist aber – jedenfalls bei der (Nicht)vermögensverwertung – eine Differenzierung zwischen dem Unterhaltspflichtigen und dem unterhaltsberechtigten Kind nicht geboten. Beachtlich ist ja, dass ein mj unterhaltsberechtigtes Kind eine Verwertung ohnehin durch seinen (volljährigen gesetzlichen) Vertreter vornehmen lassen muss und das volljährige unterhaltsberechtigter Kind insoweit nicht anders behandelt werden muss als der (ebenfalls volljährige) Unterhaltspflichtige.

### C. Unterhaltsvereinbarungen

**22** § 190 Abs 3 ABGB ist auch auf mit oder vor dem Kinder- und Jugendhilfeträger nach § 210 Abs 2 ABGB abgeschlossene Vereinbarungen anzuwenden, weshalb bspw auch eine **mündliche Absprache** des unterhaltspflichtigen Vaters mit dem KJHT über die Bereinigung des Unterhaltsanspruchs dem Antrag des Kindes auf Neubemessung des Unterhalts für diesen Zeitraum nicht entgegensteht.

- OGH 18. 12. 2020, 8 Ob 92/20t

#### **Anmerkung**

Achtung Umkehrschluss: Damit sind (auch) mündliche Vereinbarungen des Unterhaltspflichtigen mit dem KJHT ersteren verbindlich.

**23** Die vom unterhaltspflichtigen Vater relevierten Überweisungen an die Mutter sind nicht als Unterhaltszahlungen zu berücksichtigen: Einerseits wurde nur vorgebracht, den gesamten FaBo+ „in Abstimmung“ mit der Mutter beantragt und an diese die Hälfte überwiesen zu haben. Weder wurde vorgebracht, dass dies vereinbarungsgemäß als Unterhalt für die unterhaltsberechtigter Tochter geleistet worden wäre, noch, dass

diese Vorgehensweise bei den vor dem KJHT getroffenen Vereinbarungen berücksichtigt oder gerichtlich genehmigt worden sei. Sofern es überhaupt zu einer Vereinbarung zwischen den Eltern gekommen sein sollte, würde diese andererseits nur zwischen den Eltern vorliegen. Vereinbarungen nur zwischen den Eltern im eigenen Namen über die interne Verteilung der Unterhaltslast können formfrei, und zwar ausdrücklich oder auch schlüssig, getroffen werden. Das Kind binden solche Vereinbarungen jedoch nicht; dieses kann jederzeit seinen gesetzlichen Unterhalt fordern. In den Vereinbarungen gemäß § 210 Abs 2 ABGB wurde einerseits auf eine allfällige Anrechnung durch Weiterleitung des halben FaBo+ kein Bezug genommen; davon abgesehen sind solche Vereinbarungen nur für den Unterhaltspflichtigen verbindlich, und es kann jederzeit eine gerichtliche Erhöhung beantragt werden.

- LG Linz 14. 12. 2021, 15 R 436/21z

#### **D. Sonstiges**

- 24** Bei der Unterhaltsbemessung kann in besonderen Ausnahmefällen das – vielfach als absolute Belastbarkeitsgrenze bezeichnete – niedrigste Unterhaltsexistenzminimum unterschritten werden, dies vor allem dann, wenn der Unterhaltspflichtige in Haushaltsgemeinschaft mit einer anderen Person (seinem Ehegatten oder Lebensgefährten) lebt und sich dadurch einen Teil der ihn treffenden Lebenshaltungskosten erspart.

Dies ist aber jedenfalls für das pauschale Kinderbetreuungsgeld zu verneinen. Dessen Heranziehung zur teilweisen Abdeckung der Lebenshaltungskosten scheidet aus.

- OGH 26. 1. 2022, 3 Ob 123/21s

#### **E. Verfahrensrechtliche Fragen**

- 25** Für die Bestellung eines Kollisionskurators nach § 277 Abs 2 ABGB ist hier maßgebend, dass der Vertretungsbefugte in einer bestimmten Angelegenheit nicht nur für den Minderjährigen, sondern auch im eigenen Namen oder im Namen Dritter zu handeln hat und wegen eines zu befürchtenden Widerstreits an Interessen eine Gefährdung der Interessen des Pflegebefohlenen, etwa durch eine nicht mehr gesetzmäßige Vertretung, konkret zu erwarten ist. Im Unterhaltsverfahren ist eine solche Gefährdung vor allem dann anzunehmen, wenn der Vertretungsbefugte selbst mit Unterhaltsansprüchen des Minderjährigen konfrontiert

ist oder durch die Inanspruchnahme widerstreitender Vertretungsbefugnisse mehrerer Obsorgeberechtigter eine Verzögerung des Unterhaltsverfahrens droht.

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Beurteilung, dass die Bestellung eines Kollisionskurators für den Minderjährigen im Anlassfall deshalb gerechtfertigt sei, weil aufgrund des praktizierten „Wechselmodells“ Unterhaltstitel gegen beide Eltern in Betracht kämen und widerstreitende Anträge beider Eltern vorlägen, sowie das eine mangelnde Eignung des Kinder- und Jugendhilfeträgers nicht erkennbar sei, keine Verkennung der Rechtslage. Die Argumentation des Vaters beschränkt sich auf den Entfall seiner Geldunterhaltspflicht und bezieht sich damit ausschließlich auf seine eigene Interessenlage. Tatsächlich drohen widerstreitende Anträge beider die Vertretungsbefugnis für den Minderjährigen beanspruchenden Eltern und ist der Vater im vorliegenden Verfahren selbst mit Unterhaltsansprüchen konfrontiert.

- OGH 22. 6. 2022, 3 Ob 97/22v

### **III. Ehegattenunterhalt**

#### **A. Verschiedenes**

**26** Der Unterhaltsanspruch nach § 68a EheG ist nach dem konkreten Bedarf des Unterhaltsberechtigten in einem Zwischenbereich der nach der bisherigen Rechtsprechung geltenden Prozentsätze nach § 68 EheG (Billigkeitsunterhalt) und § 66 EheG (Unterhalt bei zumindest überwiegender Verschulden des unterhaltspflichtigen Ehegatten an der Zerrüttung der Ehe) von 15 bis 33 % des Einkommens des Unterhaltspflichtigen auszumitteln, wobei der angemessene Unterhalt nach § 66 EheG tunlichst nicht erreicht werden soll; von dem so ermittelten Grundbetrag sind allenfalls im Hinblick auf die in der Billigkeitsklausel des § 68a Abs 3 EheG genannten Kriterien Abschläge nach der Lage des Einzelfalls zu machen.

- OGH 22. 9. 2021, 4 Ob 109/21i

**27** Die gefährdete Partei ließ sich ihre Pensionszahlungen in Höhe von 257.899,38 EUR einmalig auszahlen. Hätte sie dies nicht getan, hätte sie eine monatliche Pensionszahlung von 1.201,69 EUR netto erhalten. Dass die Vorinstanzen den Unterhaltsanspruch der gefährdeten Partei bis zum Verbrauch der erhaltenen Einmalzahlung nicht verneinten, sondern sie diese vielmehr als grundsätzlich unterhaltsminderndes Eigeneinkommen bei der Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage berücksichtigten und bei der Verteilung auf das – sonst monatlich erhaltene – Nettopensionseinkommen der gefährdeten Partei abstellten, hält sich im Rahmen der oberstgerichtlichen Rechtsprechung.

- OGH 25. 5. 2022, 7 Ob 90/22v

#### **B. Verlangen von Geldunterhalt**

**28** Die – wenn auch wiederholte – Äußerung des unterhaltsberechtigten Ehegatten, er wolle „einen Zehner im Monat haben“, stellt kein Verlangen nach Geldunterhalt iSd § 94 Abs 3 ABGB dar.

Wurde ein Verlangen überhaupt nicht gestellt, kommt es auf die Frage (allenfalls) überhöhter Anforderungen an die Bemühungen zur Durchsetzung eines solchen Anspruchs während aufrechter Ehe ebenso wenig an wie auf die Frage, ob dem unterhaltspflichtigen Ehegatten eine Rechnungslegung über einen Zeitraum von rund 16 Jahren an sich zumutbar wäre.

- OGH 20. 4. 2020, 8 Ob 120/19h EF-Z 2020/92 (*Gitschthaler*); 6. 8. 2021, 6 Ob 123/21p

**29** Nach herrschender Auffassung muss der unterhaltsberechtigte Ehegatte gegenüber dem unterhaltspflichtigen Ehegatten bei aufrechter Haushaltsgemeinschaft die Leistung von Geldunterhalt ausdrücklich und hinreichend deutlich verlangen, um rückwirkend – ab dem Zeitpunkt des „Verlangens“ – Geldunterhalt auch gerichtlich geltend machen zu können. Die von der Revision behauptete Einschränkung dieses Grundsatzes auf den Fall, dass ausreichender Naturalunterhalt geleistet wird, ist aus der Judikatur nicht abzuleiten und würde den angeführten Grundsatz völlig unterlaufen, könnte doch dann im Nachhinein immer nicht ausreichende Alimentierung in der Vergangenheit behauptet werden.

Selbst für den Fall, dass sich im maßgeblichen Zeitraum aufgrund des tatsächlichen Einkommens des Beklagten – so wie die Klägerin annimmt – nach der Prozentwertmethode ein höherer Unterhaltsanspruch ergeben haben sollte, wäre daraus für die Klägerin nichts gewonnen. Nach ständiger Rechtsprechung äußert eine zwischen den Ehegatten durch längere Zeit unwidersprochen befolgte Übung nach § 863 Abs 1 ABGB die gleiche Wirkung wie eine ausdrückliche Gestaltungsabsprache. Waren deshalb – wie auch hier – die Parteien jahrelang verheiratet und gab es in all diesen Jahren bezüglich der vom Unterhaltspflichtigen erbrachten Geld- und Naturalleistungen nie irgendwelche Auseinandersetzungen, Vorhalte oder Forderungen des Unterhaltsberechtigten, wohingegen der Unterhaltspflichtige im Einverständnis mit dem Unterhaltsberechtigten entsprechende Naturalleistungen (Wohnversorgung, Bekleidungs- und Schmuckgeschenke, Lebensmitteleinkäufe, Restaurantbesuche udgl) erbrachte, kann kein vernünftiger Grund bestehen, an der Annahme zu zweifeln, dass zwischen den Ehegatten eine – zumindest konkludent – zustandegekommene Unterhaltsvereinbarung bestand

- OGH 6. 8. 2021, 6 Ob 123/21p

## C. Prozesskostenvorschuss

**30** Ziel des Prozesskostenvorschusses ist die Möglichkeit, Streitfragen zwischen den Ehegatten unter angemessenen Rahmenbedingungen klären zu können, wobei der Unterhaltsberechtigte die Möglichkeit haben muss, dem Standpunkt des Gegners mit einem vergleichbaren juristischen Aufwand entgegenzutreten und der Unterhaltspflichtige seine Verpflichtung zur Finanzierung eines Sonderbedarfs an Prozesskosten nicht mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Verfahrenshilfe verweigern kann.

Dies gilt auch dann, wenn dem Unterhaltsberechtigten die Verfahrenshilfe bereits vor Einbringung der Unterhaltsklage rechtskräftig bewilligt worden war.

- OGH 13. 9. 2021, 10 Ob 26/21b

## D. Verfahrensrechtliche Fragen

**31** Der Rechtsweg ist (unter anderem) unzulässig, wenn die Entscheidungsbefugnis für eine bestimmte Streitigkeit einem Schiedsgericht im Sinn der §§ 577 ff ZPO als Sondergericht zukommt (§ 584 ZPO).

Im Zusammenhang mit einer obligatorischen Streitschlichtung ordnet etwa § 8 VerG 2002 für Streitigkeiten aus dem Vereinsverhältnis oder Art III ZivRÄG 2004 für die Untersagung negativer Immissionen nach § 364 Abs 3 ABGB bei Nichtanrufung der im Gesetz vorgesehenen Schlichtungseinrichtung die temporäre Unzulässigkeit des Rechtswegs an, die vom Gericht auch ohne entsprechenden Einwand der Parteien von Amts wegen aufgegriffen werden kann. Das Prozesshindernis der (auch nur temporären) Unzulässigkeit des Rechtswegs führt zur Zurückweisung der Klage.

Den erwähnten gesetzlichen Streitschlichtungsregelungen ist gemein, dass sie sowohl zu den in Betracht kommenden Schlichtungseinrichtungen als auch zur Dauer der temporären „Prozesssperre“ nähere Anordnungen enthalten. Auf diese Weise sollen auch gewisse Mindest-Verfahrensgarantien gewährleistet werden. So haben nach § 8 VerG 2002 die Vereinsstatuten die Zusammensetzung und die Art der Bestellung der Mitglieder der Schlichtungseinrichtung unter Bedachtnahme auf deren Unbefangenheit zu regeln; den Streitparteien ist beiderseitiges Gehör zu gewähren. Für Rechtsstreitigkeiten steht nach Ablauf von sechs Monaten ab Anrufung der Schlichtungseinrichtung der ordentliche Rechtsweg offen, sofern das Verfahren vor der

Schlichtungseinrichtung nicht früher beendet ist. Nach Art III Ziv-RÄG 2004 kommt als „Schlichtungsstelle“ nur eine von einer Notariatskammer, einer Rechtsanwaltskammer oder einer sonstigen Körperschaft öffentlichen Rechts eingerichtete Schlichtungsstelle und als „Mediator“ nur ein solcher im Sinn des Zivilrechts-Mediations-Gesetzes, BGBl I Nr 29/2003 idgF, in Betracht. Die Klage ist nur zulässig, wenn nicht längstens innerhalb von drei Monaten ab Einleitung des Schlichtungsverfahrens oder ab Beginn der Mediation eine gütliche Einigung erzielt wurde.

Die angeführten gesetzlichen Vorgaben in Bezug auf die Auswahl und Bestellung der Streitschlichter, den Ort der Streitschlichtung und die Dauer der vorgerichtlichen Streitbeilegungsversuche sind als Richtschnur für eine wirksame (obligatorische) Streitschlichtungsklausel anzusehen. Dementsprechend ist es etwa auch in der arbeitsgerichtlichen Judikatur anerkannt, dass Streitschlichtungsvereinbarungen gewissen inhaltlichen Mindestanforderungen entsprechen müssen und sie jedenfalls im Hinblick auf den Standort und auf die Zusammensetzung der Schlichtungsstelle einschließlich der Bestellung des Vorsitzenden ein Mindestmaß an Bestimmtheit aufzuweisen haben; die Zusammensetzung muss außerdem die Objektivität und Sachkunde der Schlichtungsstelle gewährleisten. Sind die dargelegten Mindestanforderungen nicht erfüllt, so ist eine vertragliche Regelung zur Streitschlichtung zu unbestimmt und unwirksam.

Die hier vorliegende Streitschlichtungsklausel erfüllt die Mindestanforderungen nicht. Sie legt weder fest, wie viele Mediatoren von wem auf welche Weise zu bestimmen sind, welche Qualifikationen die Mediatoren aufweisen müssen, wo der Schlichtungsversuch stattfinden soll und wie lange diese Versuche dauern sollen, bis das Gericht angerufen werden kann.

- OGH 22. 6. 2022, 3 Ob 98/22s

#### **Anmerkung:**

Die Vereinbarung lautete wie folgt:

*Der Unterhaltsanspruch der Ehefrau ruht im Ausmaß der Hälfte für den Fall, dass sie eine Lebensgemeinschaft aufnimmt ... Sollten die Eheleute uneinig darüber sein, ob die Ehefrau eine Lebensgemeinschaft aufgenommen hat, ... werden die Eheleute unverzüglich gemeinsam ein Mediationsverfahren in die Wege leiten und gemeinsam den redlichen Versuch einer außergerichtlichen Klärung unternehmen. Bis zur Beendigung dieses Mediationsverfahrens verzichten beide Eheleute gegeneinander auf alle gerichtlichen Schritte (Klage, Exekution oder andere Anträge). Sie vereinbaren ausdrücklich, dass die Anrufung des Gerichts vor Einleitung und Abschluss des Mediationsverfahrens unzulässig ist.*

- 32** Kann das Einkommen des Unterhaltspflichtigen – etwa aufgrund seiner mangelnden Mitwirkung im Verfahren – nicht ermittelt werden, spricht sein Lebensaufwand aber für ein bestimmtes Einkommen, kommt auch eine Bestimmung der Unterhaltsbemessungsgrundlage nach diesem Lebensaufwand in Betracht.

Dieser zum Kindesunterhalt entwickelte Grundsatz muss wegen der freien Beweiswürdigung auch für den Ehegattenunterhalt und dabei auch für das Provisorialverfahren gelten; die unterlassene Mitwirkung der nicht beweisbelasteten Partei an der Sachverhaltsfeststellung hat Auswirkungen auf die Beweiswürdigung.

Als ultima ratio kommt die Schätzung des Einkommens nach § 273 ZPO in Betracht.

- OGH 16. 11. 2021, 1 Ob 168/21v

- 33** Die Stufenklage nach Art XLII EGZPO ist auch bei gesetzlichen Unterhaltsansprüchen zwischen Ehegatten zulässig.

Das Ziel der Rechnungslegung darin besteht, es dem Unterhaltsberechtigten zu ermöglichen, ein unbestimmtes Leistungsbegehren konkretisieren zu können, weshalb sein Rechtsschutzinteresse wegfällt, wenn der Stufenkläger schon vor der begehrten Rechnungslegung sein Zahlungsbegehren konkretisiert und dazu nicht ausführt, dass es sich nur um ein Teilbegehren handelt und dass er die Rechnungslegung für weitere Ansprüche noch benötigt.

Die bloß ziffernmäßige Angabe des Nettoeinkommens des Beklagten ohne Vorlage oder auch nur konkrete Nennung von Belegen, aus denen sich die angegebenen Beträge ergeben sollen, stellt keine formell vollständige Rechnungslegung dar; eine solche darf sich auch nicht in der bloßen Angabe von Endziffern oder im Überlassen von Belegen erschöpfen.

- OGH 25. 2. 2022, 6 Ob 169/21b

## IV. Aufteilung

### A. Aufteilungsmasse

- 34** Maßgeblicher Zeitpunkt für Beurteilung der Zugehörigkeit einer Sache zum aufzuteilenden Vermögen – Zeitpunkt der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft.
- OGH 23. 3. 2021, 1 Ob 6/21w; 16. 11. 2021, 1 Ob 202/21v
- 35** Beim Begriff der "**ehelichen Lebensgemeinschaft**" handelt es sich um einen Rechtsbegriff, der nicht bloß die räumliche Gemeinschaft der Ehegatten, sondern - eben anders als häusliche Gemeinschaft iSd § 55 EheG - die in § 90 ABGB umschriebene Ehegemeinschaft als Inbegriff der häuslichen, geistigen, seelisch-körperlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Gemeinsamkeit der Ehegatten begreift; von deren Aufhebung kann bereits dann ausgegangen werden, wenn bei einem Partner der Wille zum ehelichen Zusammenleben endgültig erlischt.
- OGH 27. 11. 2020, 1 Ob 200/20y EF-Z 2021/53 (*Gitschthaler*); 21. 7. 2021, 1 Ob 123/21a; 16. 11. 2021, 1 Ob 189/21g
- 36** Billigkeitserwägungen kommen nur dort zum Tragen, wo tatsächlich ein Konnex zur Aufteilungsmasse besteht (6 Ob 22/98y).
- OGH 14. 12. 2021, 1 Ob 190/21d
- 37** Der Aufteilung unterliegt eheliche Errungenschaft, also das, was Ehegatten während und bis zur Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft erarbeitet oder erspart (tatsächlich erworben), dh geschaffen, haben.
- OGH 21. 4. 2021, 1 Ob 233/20a; 14. 12. 2021, 1 Ob 190/21d
- 38** Dabei ist zwar nicht entscheidend, ob die Errungenschaft durch gemeinsame Tätigkeit geschaffen oder ob sie auf Anstrengung oder Konsumverzicht (Zurückhaltung) beruht.
- OGH 14. 12. 2021, 1 Ob 190/21d

**39** Die Frau übersieht hier aber, dass die Wertsteigerung einer bloß im Miteigentum (hier zu einem Drittel) des anderen Ehegatten stehenden Liegenschaft nur insoweit der Aufteilung unterliegt, als der Vermögenszuwachs bei diesem (und nicht bei den übrigen Miteigentümern) eintrat.

- OGH 14. 12. 2021, 1 Ob 213/21m

**40** Es soll bei der Aufteilung ein für beide Teile tragbares, den Umständen des Einzelfalls gerecht werdendes Ergebnis gefunden werden, durch das der ausgleichsberechtigte frühere Ehegatte angemessen, aber in einer dem zahlungspflichtigen Teil wirtschaftlich zumutbaren Weise abgefunden wird. Es wäre für einen Ehegatten aber gerade nicht tragbar, müsste dieser – notwendigerweise wirtschaftlich aus eigenem, der Aufteilung nicht unterliegendem Vermögen – dem anderen eine Ausgleichszahlung leisten, obwohl per saldo keine eheliche Errungenschaft (iS eines „Aktivvermögens“) erwirtschaftet wurde, sondern ein Schuldenüberhang besteht, den er ohnehin zur Gänze übernimmt.

- OGH 14. 12. 2021, 1 Ob 213/21m

**41** Dem österreichischen Recht ist ein **Versorgungsausgleich** (iSd deutschen Rechts) durch die Aufteilung von Anwartschaften für geschiedene Ehegatten fremd. Der Ehegatte, der während der Dauer der Ehe Versicherungsmonate in der Unfall- und Pensionsversicherung erworben hat, bleibt auch nach Ehescheidung ungeschmälert im Besitz seiner Anwartschaften gegenüber den Versicherungsträgern. Solche Pensionsanwartschaften oder auch Ansprüche auf vorzeitige Pensionsauszahlungen sind nicht als eheliche Ersparnisse anzusehen. Von einer Ersparnis kann nur bei Wertanlagen gesprochen werden, die ihrer Art nach üblicherweise für eine Verwertung bestimmt sind. Das trifft auf das Recht, eine gesetzliche Altersversorgung in Anspruch zu nehmen, nicht zu.

- OGH 14. 12. 2021, 1 Ob 190/21d

## B. Unternehmen

**42** Anteile an **Besitzgesellschaften**, welche die operativen Unternehmen einer Gruppe funktionell unterstützen, unterliegen nicht der Aufteilung.

- OGH 2. 3. 2021, 1 Ob 14/21x EF-Z 2021/74 (*Oberhumer*)

### **Anmerkung:**

Besitzgesellschaften – typischerweise wird das Anlagevermögen eines größeren Unternehmens, also va Liegenschaften, Gebäude und Maschinen, einer solchen zugeordnet, die diese Vermögenswerte dann der oder den operativen Betriebsgesellschaften zur Verfügung stellt – sind vom Schutz des § 82 Abs 1 Z 3 und 4 EheG erfasst.<sup>4</sup> Sie verwalten zwar auch Vermögen; allerdings besteht der Unternehmensgegenstand der Besitzgesellschaft darin, die operativen Unternehmen der Gruppe funktionell zu unterstützen, ihr primärer Zweck ist also die Verwaltung der Objekte für die Unternehmensgruppe und nicht bloße Vermögensverwaltung.<sup>5</sup> Auch diesen Überlegungen ist die E 1 Ob 14/21x gefolgt: Derartige Gesellschaften sind keine bloße Wertanlage, bei der das haben (speziell von Liegenschaftsvermögen) im Vordergrund steht. Anteile der Ehegatten an ihnen sind nach § 82 Abs 1 Z 4 EheG geschützt.

**43** Liegenschaften, auf denen sich das Unternehmen, insbesondere der Sitz befindet (ferner Produktionsstätten und Verwaltungsgebäude, Verkaufslokale und das Lager, ebenso land- und forstwirtschaftliche Liegenschaften), sind einem Unternehmen gewidmete Sachen, uzw auch dann, wenn sie nicht im Rahmen eines Einzelunternehmens genützt, sondern an eine einem (oder beiden) Ehegatten wirtschaftlich zuzuordnende Gesellschaft vermietet sind (siehe dazu 1 Ob 112/18d, insb Pkt 4.4.2. iVm Pkt 4.5.1. und 4.5.4. zur Differenzierung zwischen der Vermietung innerhalb des „eigenen“ Unternehmens[-konstrukts] und der „Fremdvermietung“). Dem Mann ist damit der Nachweis, dass es sich, soweit er sich der Liegenschaft zu Geschäftszwecken „seiner“ GmbH (und damit „seinem“ Unternehmen im weiteren Sinn [s 1 Ob 112/18d Pkt 4.5.1. und 4.5.4.]) bedient, um eine einem Unternehmen gewidmete Sache handelt, gelungen, womit die Auffassung des Rekursgericht, dass (nur) der von der unternehmerischen „Eignutzung“ nicht betroffene Teil wertmäßig bei der Aufteilung zu berücksichtigen ist, keinen Bedenken begegnet.

- OGH 12. 10. 2021, 1 Ob 162/21m

<sup>4</sup> *Oberhumer*, EF-Z 2020/9 (Entscheidungsanmerkung); idS wohl auch 1 Ob 112/18d.

<sup>5</sup> *Oberhumer*, EF-Z 2020/9 (Entscheidungsanmerkung).

**44** Für die vom Mann vertretene – vom Rekursgericht aber unter Hinweis auf die zu 1 Ob 112/18 g ergangene Entscheidung abgelehnte – Ansicht, wenn eine Liegenschaft nur an „Unternehmen“ vermietet werde, unterliege sie unabhängig davon, ob „fremdvermietet“ wird oder die Vermietung innerhalb der „eigenen“ Unternehmen(-sgruppe) erfolgt, nicht der Aufteilung, kann er weder Belegstellen aus Rsp oder Lehre nennen noch trägt er dazu Sachargumente vor.

- OGH 12. 10. 2021, 1 Ob 162/21m

**45 Anmerkung:**

Auch **Holdingsgesellschaften** scheiden aus, darf doch allein die Zwischenschaltung von Gesellschaften keine Aufweichung des Schutzes von „Unternehmen“ gem § 82 Abs 1 Z 3 und 4 EheG bewirken. In den genannten Ausnahmetatbestand fallen somit auch Anteile an einer Mutter- oder Großmuttergesellschaft, wenn erst die Tochter- oder Enkelgesellschaft Trägerin des operativen Unternehmens ist. Die jeweilige Mutter muss freilich jeweils über maßgeblichen Einfluss auf die Tochter verfügen.<sup>6</sup>

**46** Der Mann beließ die Gewinne der „letzten Jahre“ vor der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft in der GmbH, deren Alleingesellschafter und Geschäftsführer er ist. Grund dafür ist, dass er aufgrund der Erfahrungen in „sehr schlechten Geschäftszeiten“ Rücklagen im Unternehmen belassen will. Damit dienen die nicht ausbezahlten Gewinne seines Unternehmens der Rücklagenbildung und sind jedenfalls – mangels Umwidmung zu privaten Zwecken – nicht in die Aufteilungsmasse einzubeziehen.

- OGH 14. 12. 2021, 1 Ob 211/21t

**47** Mangels gesellschaftsvertraglichen Beschlussvorbehalts entstehen mit der Feststellung des Jahresabschlusses, der einen Bilanzgewinn ausweist, die Einzelansprüche der Gesellschafter auf Gewinnausschüttung. Dieser Anspruch zählt aber nicht zu den ehelichen Ersparnissen, wurde er vom Mann doch nicht – durch Einforderung und Übertragung des Geldes ins Privatvermögen – realisiert. Warum die thesaurierten Gewinne in der GmbH – nach Ansicht der Frau – „als umgewidmet anzusehen sind“, vermag sie nicht nachvollziehbar darzulegen. Dadurch, dass die erzielten Gewinne nicht ausgeschüttet werden, sondern als Rücklage dienen, sind sie gerade nicht vom Mann zu gesellschafts- und unternehmensfremden Zwecken umgewidmet worden. Ob

---

<sup>6</sup> Oberhumer, EF-Z 2020/9 (Entscheidungsanmerkung).

der Mann eine unmittelbare Reinvestition der Gewinne plant, ist für die Einbeziehung von Unternehmenserträgen in die nacheheliche Aufteilung nicht maßgeblich, wenn er – wie hier – einen plausiblen Grund hat, warum er sich die Gewinne nicht auszahlen lässt (hier: Rücklagenbildung „aufgrund Erfahrungen in sehr schlechten Geschäftszeiten“).

- OGH 14. 12. 2021, 1 Ob 211/21t

**Anmerkung:**

Die Entscheidung 1 Ob 211/21t scheint zwar auf den ersten Blick an der Rsp zur Zulässigkeit der Thesaurierung von Unternehmensgewinnen festzuhalten und zitiert auch LuRsp, wonach auch das einfache „Stehenlassen“ von Gewinnen zu keiner Berücksichtigung in der Aufteilung führt; allerdings kommt es zuletzt doch zu einer gewissen Einschränkung dieses Grundsatzes, den man dem Rechtsmissbrauchsvorbehalt unterstellen könnte (Anklänge dazu finden sich auch schon in der Entscheidung 1 Ob 14/21x iZm einer Privatstiftung): Offensichtlich soll der Anspruch auf Gewinnausschüttung doch eheliche Ersparnis sein, wenn kein „plausibler Grund“ für das Stehenlassen besteht. Spannend wird idZ die Frage, wem die Rsp in weiterer Folge die Beweislast zuweist. Der andere Ehegatte hätte an sich den Rechtsmissbrauch zu beweisen (= kein plausibler Grund; vgl auch 3 Ob 122/04v); allerdings müssten an sich die Ausnahmen des § 82 Abs 1 EheG, wozu iwS wohl auch die Frage der Unternehmensgewinne gehört, (hier) vom Unternehmerehegatten bewiesen werden (= schon plausibler Grund). Jedenfalls für den Fall der Entscheidung 1 Ob 211/21t muss idZ festgehalten werden, dass die „Beweishöhe“ für den „plausiblen Grund“ eher niedrig angesetzt war.

In der Lit diskutiert wird allerdings durchaus die Frage, ob nicht Rechtsmissbrauch und plausible Gründe doch zwei verschiedene Dinge sein könnten, sodass auch denkbar sein können sollte, dass der Unternehmerehegatte zwar einen plausiblen Grund hat zu thesaurieren, das jedoch rechtsmissbräuchlich tut. ME müsste man dieses Problem aber über eine entsprechende (allenfalls strenge) Definition der Plausibilität lösen.

- 48** Zu den beträchtlichen Gewinnvorträgen (in Höhe von mehr als € 2 Mio) konnte das Erstgericht zu Gunsten des Mannes nicht (wie die Frau behauptet hatte) feststellen, dass diese vom Mann nur „vor dem Hintergrund des Aufteilungsverfahrens“ im Unternehmen „geparkt“ worden seien.

- OGH 12. 10. 2021, 1 Ob 162/21m

**49** Von der Aufteilung ausgenommen ist ein Unternehmen selbst dann, wenn es aus ehelichen Ersparnissen angeschafft wurde. Ein sich noch nicht in Betrieb befindliches oder stillgelegtes Unternehmen erfüllt dagegen den Unternehmensbegriff nicht. Dabei kommt es darauf an, ob das Unternehmen noch vor dem Zeitpunkt der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft in Betrieb gegangen ist. Die Beweislast trägt jener Ehegatte, der die Zugehörigkeit zur Aufteilungsmasse behauptet.

- LGZ Wien 29. 11. 2021, 43 R 353/21m

**50** Nur dann, wenn die Verbindlichkeiten auf dem Verrechnungskonto einer GmbH deshalb entstanden sind, weil damit aus dem Privatvermögen zu bestreitende Kosten und Aufwendungen getragen wurden, sind diese Schulden aufzuteilen.

- OGH 21. 2. 2022, 1 Ob 230/21m

### **C. Eingebraachte Sachen**

**51** Die reale Einbeziehung einer gemäß § 82 Abs 1 Z 1 EheG an sich ausgenommenen Liegenschaft in die Aufteilungsmasse ist dann geboten, wenn der Wert der während der aufrechten ehelichen Gemeinschaft getätigten Investitionen und/oder der Schuldtilgung für im Zusammenhang mit ihrem Erwerb oder wertsteigernden Aufwendungen stehenden oder darauf lastenden Verbindlichkeiten mit in der Ehe erwirtschafteten Mitteln, also die eheliche Wertschöpfung, den „reinen“ Wert der Liegenschaft zum Zeitpunkt der Eheschließung abzüglich der damals bestehenden konnexen Schulden klar überwiegt.

Im vorliegenden Fall ziehen die Streitparteien die Beurteilung des Rekursgerichts – zu Recht – nicht in Zweifel, dass die Liegenschaft gemäß § 82 Abs 1 Z 1 EheG nicht der Aufteilung unterliegt, deren Erwerb zur Gänze mit Geldgeschenken der Mutter des Antragstellers finanziert wurde und deren Wertsteigerung durch den Einsatz „ehelicher“ Mittel keinesfalls überwiegt.

- OGH 22. 6. 2022, 1 Ob 66/22w

**52** Der Aufteilung unterliegt grundsätzlich nur das Vermögen, das die Ehegatten gemeinsam geschaffen und zu dessen Erwerb sie während der ehelichen Lebensgemeinschaft beigetragen haben. Der Beitrag eines Partners zur Vermögensbildung des anderen während einer vorehelichen Lebensgemeinschaft – und ein daraus allenfalls resultierender Bereicherungsanspruch wegen (teilweiser) Zweckverfehlung – findet

im Aufteilungsverfahren keine Berücksichtigung. Mündet eine Lebensgemeinschaft in eine Ehe, behalten die von den Lebensgefährten einzeln oder gemeinsam in die Ehe eingebrachten Sachen ihre bisherige rechtliche Zuordnung und gehören im Fall der Auflösung der Ehe nicht in die Aufteilungsmasse, weil es sich dabei eben um keine eheliche Errungenschaft handelt. Dann ist nur die durch Leistungen der Ehegatten während der Ehe herbeigeführte Wertsteigerung der betreffenden Sache in die Aufteilung einzubeziehen.

- OGH 22. 6. 2022, 1 Ob 85/22i

**53** Erfolgt die **überwiegende Wertschöpfung mit ehelichen Mitteln**, ist auch eine eingebrachte Liegenschaft als Ganzes in Aufteilung einzubeziehen.

- OGH 21. 4. 2021, 1 Ob 233/20a; 14. 12. 2021, 1 Ob 213/21m

**54** Wertsteigerungen einer in das Aufteilungsverfahren nicht einzubeziehenden Liegenschaft, die nicht auf die Anstrengungen der Eheleute, sondern auf allgemeine Preissteigerungen von Liegenschaften zurückzuführen sind, sind keine ehelichen Errungenschaften.

- OGH 22. 6. 2022, 1 Ob 85/22i

**55** Im Rahmen der Aufteilung sind die von den Ehepartnern auf die Liegenschaft gemachten, wertsteigernden Aufwendungen – wie faktische oder finanzielle Investitionen – zu berücksichtigen. Dies gilt aber nur insoweit, als sie aus während der Ehe erworbenen Mitteln finanziert wurden und zum maßgeblichen Aufteilungszeitpunkt noch im Wert der Liegenschaft fortwirken. Eine nicht auf Investitionen und Arbeitsleistungen der Ehegatten zurückzuführende Wertsteigerung einer nicht der Aufteilung unterliegenden Liegenschaft ist nicht als eheliche Errungenschaft anzusehen.

- OGH 22. 6. 2022, 1 Ob 66/22w

**56** IdR kommt es nur bei Überwiegen der ehelichen Wertsteigerung einer eingebrachten Liegenschaft zur Einbeziehung der Liegenschaft in natura (aA *Obergruber*, EF-Z 2021, 9 [12 f], dessen **sachenrechtliche Argumente der im Aufteilungsrecht gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht gerecht** werden; vgl dazu auch 1 Ob 262/15h). Auch dann ist der darin fortwirkende Wert von Zuwendungen, die für sich nicht der Aufteilung unterliegen würden (etwa voreheliche oder geschenkte Mittel) allein dem betreffenden Ehegatten (von dem sie eingebracht oder dem sie geschenkt wurden)

26

zuzuordnen und rechnerisch vor der Aufteilung des Vermögens abzuziehen und dem betreffenden Ehegatten zuzuweisen (zur „**Einbringungsquote**“ s 1 Ob 89/18x; 1 Ob 97/19z).

- OGH 21. 4. 2021, 1 Ob 233/20a; 7. 9. 2021, 1 Ob 141/21y

**57** Welcher Wert im Rahmen der Aufteilung nicht zu berücksichtigen ist, weil er keine eheliche Errungenschaft darstellt, bestimmt sich nach dem der „**Einbringungsquote**“ entsprechenden Anteil am Verkehrswert der Liegenschaft (zur Berechnung siehe auch 1 Ob 64/18w; 1 Ob 89/18x). Ebenso wie zur Finanzierung herangezogene in die Ehe eingebrachte Mittel sind auch Beiträge zu behandeln, die einem Ehegatten während der Ehe von Dritten geschenkt (oder vererbt) wurden.

- OGH 21. 4. 2021, 1 Ob 35/21k; 22. 6. 2022, 1 Ob 66/22w

**58** Sachen iSd § 82 Abs 1 Z 1 EheG unterliegen nicht Aufteilung; soweit solche Vermögensteile aber zur Anschaffung ehelichen Vermögens gewidmet wurden, verlieren sie zwar ihre besondere aufteilungsrechtliche Eigenschaft iSd § 82 EheG, sind allerdings für die Aufteilung „**wertverfolgend**“ zu berücksichtigen, somit vor Ermittlung der Ausgleichszahlung mit ihrem noch vorhandenen Wert von der Aufteilungsmasse abzuziehen und dem derart Begünstigten rechnerisch vorweg zuzuweisen.

Es würde nämlich dem Grundgedanken der gerechten Verteilung des während der ehelichen Lebensgemeinschaft geschaffenen Vermögens widersprechen, einen Ehegatten (zumindest wertmäßig) auch an solchen Vermögensbestandteilen partizipieren zu lassen, die der andere in die Ehe eingebracht hat oder die ihm als geschenkt oder geerbt allein zustehen.

Dabei kommt es nicht auf seinerzeitigen Wert des Eingebachten an, sondern darauf, inwieweit die betreffende Leistung wertmäßig noch im betreffenden Vermögensgegenstand vorhanden ist („fortwirkt“).

- OGH 23. 3. 2021, 1 Ob 6/21w; 21. 4. 2021, 1 Ob 72/21a; 7. 9. 2021, 1 Ob 141/21y

**59** Sachen iSd § 82 Abs 1 Z 1 EheG unterliegen nicht Aufteilung; soweit solche Vermögensteile aber zur Anschaffung ehelichen Vermögens gewidmet wurden, verlieren sie zwar ihre besondere aufteilungsrechtliche Eigenschaft iSd § 82 EheG, sind allerdings für die Aufteilung „**wertverfolgend**“ zu berücksichtigen, somit vor Ermittlung der Aus-

gleichszahlung mit ihrem noch vorhandenen Wert von der Aufteilungsmasse abziehen und dem derart Begünstigten rechnerisch vorweg zuzuweisen.

Es würde nämlich dem Grundgedanken der gerechten Verteilung des während der ehelichen Lebensgemeinschaft geschaffenen Vermögens widersprechen, einen Ehegatten (zumindest wertmäßig) auch an solchen Vermögensbestandteilen partizipieren zu lassen, die der andere in die Ehe eingebracht hat oder die ihm als geschenkt oder geerbt allein zustehen.

Dabei kommt es nicht auf seinerzeitigen Wert des Eingebrachten an, sondern darauf, inwieweit die betreffende Leistung wertmäßig noch im betreffenden Vermögensgegenstand vorhanden ist („fortwirkt“).

- OGH 23. 3. 2021, 1 Ob 6/21w; 21. 4. 2021, 1 Ob 72/21a; 7. 9. 2021, 1 Ob 141/21y

## D. Schenkungen

- 60** Die Überlegung, eine von Dritten geschenkte Sache werde bloß dadurch, dass sie während der aufrechten Ehe dem Gebrauch beider Ehegatten diene, zu einem Teil der Aufteilungsmasse, verkennt das Zusammenspiel der §§ 81 und 82 EheG. Tatsächlich ist eine solche Sache – soweit sie nicht wegen § 82 Abs 2 EheG doch (in natura) einzu-beziehen ist – nicht aufzuteilen; dass das Geschenk faktisch auch dem anderen Ehepartner zugute kam, macht sie nicht zum Aufteilungsgegenstand.

Der Umstand, dass die Übertragung des Alleineigentums an den Mann (= Antragsgegner) der Enkeltochter (= Antragstellerin) dadurch motiviert gewesen war, dass die Großeltern der Frau die (Nutzung der) Liegenschaft faktisch ohne die Konsequenz möglicher Pflichtteilsansprüche ihres Vaters und nach ihrem Willen auch im Scheidungsfall ohne Gegenleistung verschaffen wollten, dieses Ziel aber nicht mittels Ehevertrag abgesichert worden war, kann nicht dazu führen, dass entgegen § 82 Abs 1 EheG eine (zur Gänze) von Dritten geschenkte Sache ins Aufteilungsverfahren einbezogen wird. Anders als zu einer zweiten Liegenschaft geschehen, die dem Mann der zweiten Enkeltochter (= Schwester der Antragstellerin) übertragen worden war und zu der die Schwester der Frau und ihr Mann zuvor eine Vereinbarung geschlossen hatten, haben die Streitparteien keinen Ehevertrag abgeschlossen. Die von den Großeltern (um Ansprüche des Sohnes nicht entstehen zu lassen) bewusst gewählte Vorgangs-

weise, den Männern ihrer beiden Enkeltöchter jeweils eine Liegenschaft zu widmen, indem sie sie zu deren Alleineigentümern machten, kann im Aufteilungsverfahren nicht nachträglich korrigiert werden.

- OGH 21. 2. 2022, 1 Ob 14/22y

**61** Die Liegenschaft mit der fertiggestellten Ehwohnung wurde vom Mann lastenfremd in die Ehe eingebracht und während der Ehe um- und ausgebaut sowie „innen saniert“ (wobei der Mann einen höheren finanziellen Beitrag leistete). Im Jahr 2014 schenkte der Mann seiner Frau die Hälfte der Liegenschaft mit der Ehwohnung.

Dass der Gegenstand einer Schenkung dem schenkenden Ehegatten grundsätzlich (soweit der beschenkte Ehegatte – wie hier – nicht behauptet und bewiesen hat, dass ausnahmsweise eine Schenkung aus vom Bestand der Ehe unabhängiger Freigiebigkeit vorliegt) ohne Ausgleich zurückzustellen ist, entspricht der stRsp des Fachsenats (zuletzt 1 Ob 6/21w). Damit scheidet eine Übertragung der Liegenschaft auf die Frau aus.

- OGH 21. 2. 2022, 1 Ob 230/21m

**62** Werterhöhungen des Gebrauchsvermögens durch Leistungen von Verwandten eines Ehegatten sind, sofern nicht eine Widmung zugunsten beider erfolgte, bei der Aufteilung als Beitrag des Ehegatten, mit dem der Leistende verwandt ist, anzusehen.

- OGH 30. 3. 2022, 8 Ob 12/22f

## **E. Sonderfall Ehwohnung**

**63** Als Gegenausnahme zu § 82 Abs 1 Z 1 EheG ist eine in die Ehe eingebrachte Ehwohnung nach § 82 Abs 2 EheG unter anderem dann in die nachhehliche Aufteilung einzubeziehen, wenn der andere Ehegatte auf ihre Weiterbenützung zur Sicherung seiner Lebensbedürfnisse angewiesen ist. Der OGH nimmt ein solches „Angewiesensein“ nur an, wenn die Weiterbenützung der Ehwohnung durch den anderen Teil für diesen eine Existenzfrage darstellt, wie dies etwa bei drohender länger dauernder Obdachlosigkeit der Fall wäre. Ein existenzielles Angewiesensein auf eine bestimmte Wohnung wird etwa dann verneint, wenn schon das laufende Einkommen den ehemaligen Ehegatten in die Lage versetzt, sich eine – wenn auch bescheidene – Wohnmöglichkeit selbst zu finanzieren.

Die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, dass die Antragstellerin in der Lage ist, sich mit ihrem Pensionseinkommen (von durchschnittlich 1.283 EUR monatlich im Jahr 2016) eine – wenn auch bescheidene – Wohnmöglichkeit selbst zu finanzieren. Das Rekursgericht hat in dem Zusammenhang den (gerichtsnotorischen) Umstand veranschlagt, dass sämtliche Pensionen in den letzten Jahren erhöht wurden. Die Antragstellerin übergibt zudem die Feststellung, dass sie Zusatzeinnahmen von durchschnittlich 400 EUR netto monatlich für Putz- und Aushilfstätigkeiten etc erzielt, sodass ihr Einkommen insgesamt deutlich über dem Existenzminimum liegt.

- OGH 22. 6. 2022, 1 Ob 85/22i

**64** Der berücksichtigungswürdige Bedarf eines Kindes an der Ehemohnung endet mit seiner **Volljährigkeit**, hat doch nur ein minderjähriges Kind Anspruch darauf, im Haushalt zumindest eines Elternteils betreut zu werden, wohingegen es den Eltern nach Volljährigkeit freisteht, das familienrechtliche Wohnverhältnis zu beenden.

- OGH 27. 11. 2020, 1 Ob 205/20h; 21. 2. 2022, 1 Ob 230/21m

**65** Der einem Ehegatten nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe zustehende „Aufteilungsanspruch“ genießt den gleichen (beschränkten) Schutz gegen Beeinträchtigung durch Dritte wie jedes andere obligatorische Recht (hier nach § 97 ABGB). Die Verletzung eines solchen Rechts gewährt dem Betroffenen dann einen – grundsätzlich auf Naturalrestitution gerichteten – Schadenersatzanspruch, wenn der Dritte den Schuldner zur Rechtsverletzung verleitet, arglistig mit dem Schuldner zum Nachteil des Gläubigers zusammengewirkt oder ein durch den Besitz typischerweise erkennbares Recht verletzt hat. Liegt eine solche Verletzung des „Aufteilungsanspruchs“ vor, so soll der Außerstreitrichter (im Aufteilungsverfahren), unbeschadet des formellen Eigentums des Dritten, Rechte und Pflichten begründen können (so 7 Ob 691/85; 1 Ob 221/99b; *Hopf/Kathrein*, Ehe-recht<sup>3</sup> § 86 EheG Rz 5).

- OGH 16. 11. 2021, 1 Ob 202/21v

## F. Voraus/Aufteilungs-, Scheidungsfolgen- und sonstige Vereinbarungen

**66** Die **Anfechtung nach § 934 ABGB** setzt ein entgeltliches Rechtsgeschäft voraus, wobei allerdings Unterhaltsvereinbarungen und einvernehmliche Regelungen über die vermögensrechtlichen Beziehungen von Ehepartnern nach § 55a EheG aus dem Anwendungsbereich des § 934 ABGB ausgenommen sind.

Dies gilt auch für Vorwegvereinbarungen nach § 97 EheG.

- OGH 21. 10. 2021, 3 Ob 96/21w

**67** Das Aufteilungsverfahren steht grundsätzlich auch dann zur Verfügung, wenn eine Scheidungsvereinbarung zwar getroffen wurde, darin aber – insbesondere wegen Unkenntnis einzelner Aufteilungsgegenstände – keine vollständige Aufteilung erfolgte. In einem solchen Fall ist ein Antrag auf Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens selbst dann zulässig, wenn im Scheidungsvergleich auf eine solche Antragstellung verzichtet wurde; ob und inwieweit damit ein Verzicht auf den materiellen Aufteilungsanspruch verbunden war, wäre im außerstreitigen Aufteilungsverfahren zu prüfen. Es erstreckt sich ein Vergleich im Allgemeinen auch auf Fälle, an welche die Parteien nicht gedacht haben, aber nicht auf solche, an die sie nicht denken konnten. Ein anlässlich einer Ehescheidung abgeschlossener Vergleich erledigt daher im Zweifel alle aus dem Eheverhältnis entspringende, den Parteien bekannte Ansprüche. Entscheidend ist dabei, ob sie bei Vergleichsabschluss alle Vermögenswerte bedenken konnten oder darüber in Unkenntnis waren.

Eine anlässlich der Scheidung über deren Folgen abgeschlossene Vereinbarung schließt die Antragstellung nach den §§ 81 ff EheG aber jedenfalls soweit aus, als die Vereinbarung reicht. Selbst wenn daher – wie der Antragsteller meint – in der Scheidungsvereinbarung keine vollständige Aufteilung erfolgt sein sollte, stünde das Aufteilungsverfahren lediglich zur Entscheidung über die noch offenen Ansprüche zur Verfügung.

- OGH 22. 6. 2022, 1 Ob 99/22y

### **Anmerkung:**

Die bisherige Ehwohnung der Streitparteien war Gegenstand des von ihnen anlässlich der Scheidung gemäß § 55a EheG abgeschlossenen Vergleichs. Darin vereinbarten sie unter anderem, dass das gemeinsame Eigentum am Haus aufrecht bleiben soll, erklärten, dass kein weiteres eheliches Gebrauchsvermögen und keine ehelichen Erspar-

nisse vorhanden seien; für den Fall, dass solche(s) allenfalls doch vorhanden seien sollte, verzichteten sie unwiderruflich wechselseitig auf weitere Ansprüche. Mit seinem Antrag nach §§ 81 ff EheG beehrte der Antragsteller unter anderem, ihm das Haus samt Inventar gegen Übernahme von Kreditverbindlichkeiten zuzuweisen und die Pachtrechte an der Liegenschaft, auf der das Haus errichtet sei, auf ihn allein zu übertragen. Auch noch im Revisionsrekurs steht er dazu auf dem Standpunkt, dass der Scheidungsfolgenvergleich unvollständig geblieben sei, weil darin zwar eine Vereinbarung über das Haus getroffen, aber weder das Schicksal der Rechte an der Liegenschaft noch des Hausrats geregelt worden sei.

- 68** Ein Vergleich, der der gerichtlichen Genehmigung nach § 167 Abs 3 ABGB bedarf, ist bis zu deren Erteilung - unter Bindung beider Vertragsteile - schwebend unwirksam. Nach Verweigerung der Genehmigung ist er nichtig bzw von Beginn an unwirksam.

Vertretungshandlungen des gesetzlichen Vertreters (hier des Verlassenschaftskurators) dürfen nur "in der vorgelegten Form" genehmigt, nicht aber abgeändert werden. Wird der Vergleich nicht mit dem von den Parteien vereinbarten Inhalt, sondern "mit der Maßgabe" inhaltlicher Änderungen "genehmigt", wurde er - auch wenn der "Genehmigungsbeschluss" in Rechtskraft erwuchs - gerade nicht genehmigt. Er ist daher endgültig unwirksam (nichtig).

- OGH 21. 2. 2022, 1 Ob 152/21s

**Anmerkung:**

Die Ehe des Antragstellers und seiner 2017 verstorbenen Ehefrau wurde mit Urteil v 22. 3. 2017 geschieden. Im anschließend eingeleiteten Aufteilungsverfahren schlossen der Mann und die durch den Verlassenschaftskurator vertretene Verlassenschaft nach der Frau einen Vergleich, wonach der Mann seine Liegenschaft mit dem darauf befindlichen Einfamilienhaus an die Verlassenschaft überträgt und sich diese zur Leistung einer Ausgleichszahlung von € 18.000,- bis 31. 12. 2018 verpflichtet. Der Vergleich wurde unter der Bedingung der verlassenschaftsgerichtlichen Genehmigung geschlossen. Mit Beschluss vom 5. 10. 2018 genehmigte das Verlassenschaftsgericht den Vergleich "mit der Maßgabe", dass die Ausgleichszahlung erst mit rechtskräftigem Abschluss des Verlassenschaftsverfahrens fällig wird und Verzugszinsen "ab Rechtskraft als vereinbart gelten".

Am 21. 9. 2020 beantragte der Mann die Fortsetzung des Aufteilungsverfahrens. Dieses sei durch den Vergleich nicht beendet worden, weil das Verlassenschaftsgericht dessen Inhalt nicht genehmigt, sondern diesen ohne Zustimmung durch die Parteien verändert habe

- 69** Die faktischen Umstände und persönlichen Eigenschaften im Zeitpunkt der Abgabe einer Willenserklärung (hier: Abschluss des Vergleichs über die Folgen der Scheidung) sind tatsächlicher Natur und als Teil der Feststellungen irrevisibel. Lediglich die Schlussfolgerung, ob sich der Kläger nach den festgestellten Umständen verpflichten konnte (§ 865 Abs 1 ABGB), ist als Rechtsfrage in dritter Instanz überprüfbar.

Die Beurteilung, ob eine Person zu einem bestimmten Zeitpunkt die Tragweite einer von ihr abgegebenen Willenserklärung verstandesmäßig erfassen konnte oder ob ihr die Fähigkeit, sich durch eigenes Handeln rechtsgeschäftlich zu verpflichten wegen einer die Entscheidungsfähigkeit ausschließenden geistigen Störung fehlte, ist eine Frage des Einzelfalls.

- OGH 18. 5. 2022, 1 Ob 71/22f

- 70** Obgleich der Einantwortungsbeschluss eine Entscheidung des Gerichts ist, der Scheidungsfolgenvergleich hingegen – in einem gewissen Umfang – von den Parteien ausgestaltet und allenfalls von Vornherein aufgesplittet werden kann, gelten die Erwägungen, die zur Einführung des § 178 Abs 4 AußStrG geführt haben („Diskretionsmaxime“), auch und gerade für letzteren. Berücksichtigt man die zitierte Rechtsprechung des EGMR und das Bemühen des Gesetzgebers, mit § 178 Abs 4 AußStrG die Möglichkeit zu schaffen, persönliche Daten nicht publik machen zu müssen, ist nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund des § 140 Abs 2 AußStrG anzunehmen, dass im Verfahren über die Scheidung der Ehe im Einvernehmen eine ungewollte Regelungslücke vorliegt. Diese Lücke ist durch Analogie zu schließen. Andernfalls wären die Parteien auf den guten Willen der Familiengerichte angewiesen, in deren Belieben es stünde, die (für das Grundbuchgericht) beantragten Teilausfertigungen des Scheidungsfolgenvergleichs – weil sie, wie das Rekursgericht und der Revisionsrekurswerber zu Recht hervorheben, nicht verboten sind – doch herzustellen. Die Vorlage einer vollständigen Ausfertigung mit anschließender Veröffentlichung einer Teilausfertigung (statt einer geschwärzten Ausfertigung) scheint aber auch den Bedürfnissen des Grundbuchs am ehesten gerecht zu werden.

Der OGH gab deshalb dem Antrag auf Teilausfertigung des Scheidungsfolgenvergleichs hinsichtlich dessen Regelungen betreffend Liegenschaftseigentum statt.

- OGH 30. 3. 2022, 8 Ob 3/22g

## G. Benachteiligungsausgleich

**71** Es soll bei der Aufteilung ein für beide Teile tragbares, den Umständen des Einzelfalls gerecht werdendes Ergebnis gefunden werden, durch das der ausgleichsberechtigte frühere Ehegatte angemessen, aber in einer dem zahlungspflichtigen Teil wirtschaftlich zumutbaren Weise abgefunden wird. Es wäre für einen Ehegatten aber gerade nicht tragbar, müsste dieser – notwendigerweise wirtschaftlich aus eigenem, der Aufteilung nicht unterliegendem Vermögen – dem anderen eine Ausgleichszahlung leisten, obwohl per saldo keine eheliche Errungenschaft (iS eines „Aktivvermögens“) erwirtschaftet wurde, sondern ein Schuldenüberhang besteht, den er ohnehin zur Gänze übernimmt.

- OGH 14. 12. 2021, 1 Ob 213/21m

### **Anmerkung:**

Diese Entscheidung scheint (jedenfalls) ein Hinweis darauf zu sein, dass sich der Fachsenat doch nicht so sicher ist, dass es kein „Restmassenproblem“ gibt. Da er dies für den Benachteiligungsausgleich nach § 91 Abs 1 EheG – mit einer durchaus nachvollziehbaren Begründung – verneint hat, wird er sich bei einer (zu erwartenden) Entscheidung zum Benachteiligungsausgleich nach § 91 Abs 2 EheG wohl mit der E auseinandersetzen haben, um Wertungswidersprüche zu vermeiden (die zu Abs 1 gefundene Begründung lässt sich ja wohl auf Abs 2 nicht übertragen).

**72** Wird dem (wirtschaftlichen) Eigentümer des Unternehmens – allenfalls auch in unüblich großem Ausmaß – die Privatnutzung einer unternehmenszugehörigen Sache eingeräumt, ist der mit der Trennung verbundene Nutzungsentgang seines Ehegatten gegebenenfalls nach § 91 Abs 3 EheG auszugleichen.

Die maßgebliche Unterscheidung des EheG zwischen ehelicher Ersparnis und unternehmerischem Vermögen findet nicht auf der Ebene der direkten oder indirekten Beteiligung statt, sondern es ist danach zu differenzieren, ob dem (auch bloß mittelbar beteiligten) Ehepartner maßgeblicher Einfluss auf die Führung des Unternehmens zukommt, das letztlich (zumindest anteilig) als wirtschaftlich eigenes anzusehen ist. Auch für die Anwendung des § 91 Abs 3 EheG kann für die Frage, ob die zuvor gemeinsam genutzte Sache zu einem „Unternehmen, an dem einem oder beiden Ehegatten ein Anteil zusteht“, gehört, kein anderer Maßstab gelten.

- OGH 23. 3. 2022, 1 Ob 12/22d

## H. „Wohlbestehenkönnen“

- 73** Es ist zwar richtig, dass bei der Festsetzung der Ausgleichszahlung auch darauf Rücksicht zu nehmen ist, dass nach dem konkreten Standard der beiderseitigen Lebensverhältnisse eine wirtschaftliche Grundlage der nunmehr getrennten Lebensführung für beide Teile, soweit dies möglich ist, gesichert bleiben soll. Der Grundsatz des „Wohlbestehenkönnens“ meint aber nicht, dass die Ausgleichszahlung losgelöst von Gewicht und Umfang des Beitrags des jeweiligen Ehegatten oder des Werts der Aufteilungsmasse so zu bemessen ist, dass dieser – wie es der Antragsgegnerin vor Augen steht – eine Wohnung anschaffen kann, die seiner bisherigen Wohnsituation in der Ehewohnung entspricht. Der Grundsatz dient vielmehr in erster Linie als Korrektiv zu Gunsten des anderen Teils, weil eine Zahlungsverpflichtung eines Ehegatten, die diesen in seiner neuen wirtschaftlichen Lage, wenn auch unter äußerster Anspannung seiner Kräfte, nicht wohl bestehen ließe, der nach § 94 Abs 1 EheG zu beachtenden Billigkeit widersprechen würde.
- OGH 18. 5. 2022, 1 Ob 63/22d

## I. Verfahrensfragen

- 74** Nach stRsp besteht ein **Vorrang des Aufteilungsverfahrens**. Soweit aufzuteilendes Vermögen der Ehegatten betroffen ist, soll zuerst dessen Rechtszuständigkeit im Außerstreitverfahren geklärt werden. Erst nach dort erfolgter Klärung, dass einzelne Gegenstände, Ersparnisse oder Rechte nicht der Aufteilung unterliegen und nach rechtskräftigem Abschluss des Aufteilungsverfahrens können Rechtsstreitigkeiten der Ehegatten untereinander im Streitverfahren geführt werden. Damit soll verhindert werden, dass das in einem Rechtsstreit gewonnene Ergebnis durch eine noch mögliche Rechtsgestaltung im Außerstreitverfahren umgestoßen oder überholt würde.
- OGH 14. 7. 2022, 9 Ob 46/22p
- 75** Die Zugehörigkeit des Anspruchs auf Benutzungsentgelt und Ersatz für verbrauchsabhängige Betriebskosten wegen der (Mit-)Benützung der Ehewohnung zum Aufteilungsverfahren wurde in der Rechtsprechung bereits mehrfach behandelt. In 10 Ob 16/08p wurde die Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs verneint und auf die Möglichkeit verwiesen, diese (Mit-)Benützung im Rahmen der Billigkeitsentscheidung bei der Festsetzung der Höhe einer Ausgleichszahlung zu berücksichtigen. In der Entscheidung 3 Ob 187/07g wurde der streitige Rechtsweg im Hin-

blick darauf bejaht, dass die geltend gemachte Forderung einen Zeitraum nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft betraf. Diese Differenzierung wurde in der jüngeren Rechtsprechung jedoch nicht aufrecht erhalten (vgl 1 Ob 82/13k; 1 Ob 177/09z). Mit dem Vorrang des außerstreitigen Aufteilungsverfahrens sei die Zulässigkeit, bereicherungsrechtliche Ansprüche im Zusammenhang mit in die Aufteilungsmasse fallenden Vermögenswerten solange im streitigen Verfahren geltend zu machen sei, bis die endgültige Zuweisung im Aufteilungsverfahren erfolgt sei, jedenfalls nicht vereinbar.

- OGH 14. 7. 2022, 9 Ob 46/22p

**76** Die Frist des § 95 EheG ist eine materiell-rechtliche Fallfrist, deren Nichteinhaltung zum Rechtsverlust führt. Sie beginnt mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft der Entscheidung über die Scheidung der Ehe. Verspätete Antragstellung führt dazu, dass der Antrag abzuweisen ist. Maßgebend für den Fristbeginn ist der Tag des (tatsächlichen) Eintritts der Rechtskraft, nicht der in der Rechtskraftbestätigung (unrichtig) genannte Tag. Die kraft Gesetzes eintretende Wirkung der Rechtskraft kann nicht durch eine mit der Aktenlage unvereinbare unrichtige anderslautende Rechtskraftbestätigung verändert werden. Bereits in der Entscheidung 3 Ob 552/84 wurde klargestellt, dass ein Fehler bei der Ausstellung der Rechtskraftbestätigung auf der Urteilsausfertigung dem Antragsteller nicht das Recht verschafft, einen nach dem Gesetz schon erloschenen Anspruch geltend zu machen.

- OGH 22. 6. 2022, 1 Ob 78/22k

**77** Der Fachsenat in Rechtssachen nach den §§ 81 ff EheG kommt zum Ergebnis, dass ein Zwischenbeschluss iSd § 36 Abs 2 AußStrG über Vorfragen, welche Aktiva (oder Passiva) der Ehegatten in die Auft einzubeziehen sind, nicht zulässig ist.

Ein Zwischenbeschluss über den Grund des Anspruchs ist zwar auch im Aufteilungsverfahren nicht gänzlich ausgeschlossen. Als Entscheidung, mit der sämtliche zum Grund des jeweiligen Rechtsschutzbegehrens gehörigen Elemente geklärt werden sollen, ist sie im Aufteilungsverfahren immer dann möglich, wenn strittig ist, ob überhaupt ein Aufteilungsanspr besteht. Dies kann der Fall sein,

wenn bestritten wird, dass die Ehe geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt wurde,

oder wenn strittig ist, ob der Anspruch aufgrund des Ablaufs der Frist des § 95 EheG vor Antragstellung erloschen ist (oder diese Frist etwa durch Vergleichsverhandlungen gehemmt wurde);

ebenso betroffen ist der Grund des Anspruchs, wenn in Zweifel gezogen wird, ob überhaupt (irgend) ein der Aufteilung unterliegendes (positives oder negatives) Vermögen – über das noch keine Vereinbarung gemäß § 85 EheG geschlossen wurde – vorhanden ist.

Ist aber unstrittig, dass eine Aufteilung stattzufinden hat, ist eine Entscheidung über einzelne für deren Inhalt maßgebliche Aspekte, wie den Zeitpunkt der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft (der Aufteilungsstichtag), in welchem Verhältnis zueinander die Beiträge der Ehegatten zur Bildung der ehelichen Errungenschaft stehen (den Aufteilungsschlüssel), welche einzelnen Vermögenswerte der Aufteilung unterliegen oder etwa auch, ob und wie hoch der allfällige Wert des nach § 91 Abs 1 EheG Fehlenden wäre bzw ob in ein Unternehmen eingebrachte eheliche Ersparnisse nach § 91 Abs 2 EheG zu berücksichtigen sein werden, verfahrensrechtlich nicht zulässig.

- OGH 30. 4. 2019, 1 Ob 112/18d; 14. 7. 2022, 1 Ob 125/22x

**78** In Rechtssachen nach den §§ 81 ff EheG ist also (insbesondere) ein Zwischenbeschluss iSd § 36 Abs 2 AußStrG über die Vorfrage, welche Aktiva (oder Passiva) der Ehegatten in die Aufteilung einzubeziehen sind, nicht zulässig.

- OGH 14. 7. 2022, 1 Ob 125/22x

**79** Die Zulässigkeit eines Zwischenbeschlusses nach § 36 Abs 2 AußStrG ist aber – ebenso wie die der Zulässigkeit eines Zwischenurteils – grundsätzlich eine prozessuale Frage, deren unrichtige Lösung eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz bedeutet. Damit muss ein prozessualer Verstoß, weil eine solche Zwischenentscheidung getroffen wurde, ausdrücklich gerügt werden, um im Prüfungsverfahren Beachtung finden zu können. Von Amts wegen ist darauf nicht Bedacht zu nehmen.

Abgesehen davon, dass der Antragsgegner die Fassung eines Zwischenbeschlusses durch das Gericht erster Instanz nicht gerügt hat, bejahte auch das Rekursgericht die Zulässigkeit eines solchen Beschlusses der Sache nach. Die prozessuale Unzulässigkeit des Beschlusses über die (Vor-)Frage, ob der der Antragstellerin geschenkte Betrag der Aufteilung unterliegt, kann damit nicht aufgegriffen werden. Der Zwischenbeschluss ist in einem solchen Fall nur dann aufzuheben, wenn die zugrunde liegende Rechtsfrage materiell-rechtlich falsch gelöst wurde.

- OGH 14. 7. 2022, 1 Ob 125/22x

**Anmerkung:**

Da in der Praxis die Nichtzulässigkeit eines Zwischenbeschlusses häufig als unbefriedigend empfunden wird (s auch die ggt Entscheidung 6 Ob 87/10b), erscheint es doch nicht sehr sinnvoll, bspw Wertgutachten betreffend mehrere Wohnungen einzuholen, weil das Erstgericht von ehelicher Ersparnis ausgeht, wenn die Instanzen dann ein Unternehmen annehmen. Das gleiche gilt für Fragen der überwiegenden Wertschöpfung (eingebracht oder nicht eingebracht) und ähnliche Fälle. Die Entscheidungen 1 Ob 112/18d und 1 Ob 125/22x, aber auch schon die Entscheidung 1 Ob 169/18m würden – bei einer gewissen Übereinstimmung der (insoweit) Interessenlage der Parteien und des Erstgerichts - die Möglichkeit eröffnen, dass das Erstgericht doch einen Zwischenbeschluss fasst, die Parteien diesen formellen Umstand im Rekursverfahren jedoch nicht rügen.

## **J. Internationales Ehegüterrecht**

### **1. Zeitlicher Anwendungsbereich**

- 80** Die Verordnungen gelten grundsätzlich für alle von ihrem sachlichen Anwendungsbereich erfassten Verfahren, öffentliche Urkunden und gerichtliche Vergleiche, die am 29. 1. 2019 oder danach eingeleitet, förmlich errichtet oder eingetragen bzw gebilligt oder geschlossen wurden (Art 69 Abs 1 EuGüterVO).
- 81** Die Bestimmungen über das anzuwendende Recht der EuEhegüterVO gelten gem Art 69 Abs 3 EuEhegüterVO nur für Ehegatten, die nach dem 29. 1. 2019 die Ehe eingegangen sind oder eine Rechtswahl des auf ihren Güterstand anzuwendenden Rechts getroffen haben. Für vor diesem Zeitpunkt geschlossene Ehen oder eingetragene Partnerschaften gilt daher mangels nach dem 29. 1. 2019 getroffener güterrechtlicher Rechtswahl weiterhin nationales Kollisionsrecht.

### **2. Grenzüberschreitender Bezug**

- 82** Nach der Kompetenzgrundlage des Art 81 Abs 3 AEUV ist die EU nur befugt, Maßnahmen zum Familienrecht mit grenzüberschreitendem Bezug zu erlassen. Die Anwendbarkeit der Verordnung setzt daher das

Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs voraus, sodass reine Inlandssachverhalte, also Sachverhalte, die keinen Bezug zu einem anderen Staat aufweisen, nicht erfasst sind.

### **3. Sachlicher Anwendungsbereich**

#### **a) Allgemeines**

- 83** Der Anwendungsbereich der Verordnungen erstreckt sich gem deren Art 1 Abs 1 auf die zivilrechtlichen Aspekte der ehelichen Güterstände bzw der Güterstände eingetragener Partnerschaften. Öffentlich-rechtliche Rechtssachen – in Art 1 Abs 1 EuGüterVO werden als Beispiele Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtliche Angelegenheiten genannt – sind vom Anwendungsbereich der EuGüterVO daher gänzlich ausgenommen. Darüber hinaus findet sich in Art 1 Abs 2 EuGüterVO eine Aufzählung von ausgeschlossenen Rechtsgebieten (zB Geschäftsfähigkeit, Unterhalt, Erbrecht, soziale Sicherheit, Eintragung von Rechten in ein Register).

#### **b) Ehe und eingetragene Partnerschaft**

- 84** Der Begriff der „Ehe“ wird weder in der Brüssel IIa-VO noch in der EuEhegüterVO definiert. Im Anwendungsbereich der Brüssel IIa-VO ist der Begriff unionsrechtlich-autonom auszulegen. Unter einer „Ehe“ ist eine auf einer entsprechenden Willensentschließung der Parteien beruhende, auf Dauer angelegte Gemeinschaft zweier Personen unterschiedlichen Geschlechts, für deren Begründung grundsätzlich die Mitwirkung einer hoheitlichen Stelle erforderlich ist, zu verstehen. Die Brüssel IIa-VO gilt demnach nicht für Ehen zwischen zwei Personen desselben Geschlechts.
- 85** Demgegenüber ist für die Auslegung des Begriffs „Ehe“ iSd der EuEhegüterVO das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten maßgeblich. Es wird daher auf eine unionsrechtlich-autonome Definition verzichtet, sodass – nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts – auch Ehen zwischen zwei Personen desselben Geschlechts als Ehe iSd der EuEhegüterVO gelten können. Gleichgeschlechtliche Ehen können etwa in Belgien, den Niederlanden, Portugal, Spanien, Schweden und – seit 2019 – auch in Österreich geschlossen werden.

**86** Sofern eine gleichgeschlechtliche Ehe nicht als „Ehe“ iSd jeweiligen nationalen Rechts qualifiziert werden kann, können bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art 3 Abs 1 lit a EuPartnergüterVO die Bestimmungen der EuPartnergüterVO Anwendung finden. Der Begriff „eingetragene Partnerschaft“ ist unionsrechtlich-autonom auszulegen. Nach Art 3 Abs 1 lit a EuPartnerGüterVO ist unter einer „eingetragenen Partnerschaft“ eine rechtlich vorgesehene Form der Lebensgemeinschaft zweier Personen, deren Eintragung nach den betreffenden rechtlichen Vorschriften verbindlich ist und welche die in den betreffenden Vorschriften vorgesehenen rechtlichen Formvorschriften für ihre Begründung erfüllt, zu verstehen. Die Ausgestaltung und Rechtsfolgen einer eingetragenen Partnerschaft werden durch die EuPartnergüterVO freilich nicht festgelegt; diese bestimmen sich weiterhin nach dem innerstaatlichen Recht. Das Modell der eingetragenen Partnerschaft ist in den Mitgliedstaaten höchst unterschiedlich ausgestaltet und erfasst auch heterosexuelle Partnerschaften, die bewusst als Minus zur Ehe ausgestaltet sind, wie etwa den französischen Pacte civil de solidarité (PACS).

#### c) **Nicht eingetragene Partnerschaften**

**87** Rein faktisch gelebte Partnerschaften sind sowohl vom Anwendungsbereich der EuEhegüterVO als auch vom Anwendungsbereich der EuPartnergüterVO ausgenommen.

#### d) **Güterstände**

**88** Um zu gewährleisten, dass sich aus der Verordnung für alle Mitgliedstaaten und die betroffenen Personen soweit wie möglich gleiche und einheitliche Rechte und Pflichten ergeben, ist der Begriff der Güterstände **unionsrechtlich-autonom** auszulegen. Nach der in Art 3 Abs 1 lit a EuEhegüterVO erfolgten Legaldefinition sind unter dem Begriff der ehelichen Güterstände sämtliche vermögensrechtliche Beziehungen, die zwischen den Ehegatten und in ihren Beziehungen zu Dritten aufgrund der Ehe oder der Auflösung der Ehe gelten, zu verstehen. Der Anwendungsbereich der EuEhegüterVO erfasst demnach nicht nur die ehelichen Güterstände im eigentlichen Sinn, sondern auch alle anderen vermögensrechtliche Beziehungen, die sich aus der Ehe oder deren

Auflösung ergeben. Daher sind sämtliche zivilrechtliche Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten güterrechtlicher Natur, sofern die Schließung, das Bestehen oder die Auflösung der Ehe eine notwendige Bedingung für dieses vermögensrechtliche Rechtsverhältnis darstellt. Durch die weite Auslegung wird eine schwierige Abgrenzung zwischen ehewirkungs- und ehегüterrechtlichen Vermögensfolgen vermieden. Nach ErwG 18 zur EuEhegüterVO sind nicht nur Regelungen erfasst, von denen die Ehegatten nicht abweichen dürfen, sondern auch fakultative Regelungen, die sie nach Maßgabe des anzuwendenden Rechts vereinbaren können.

- 89** Rechtsfragen iZm Schenkungen, Darlehens- oder Arbeitsverträgen zwischen Ehegatten sind jedoch nicht als güterrechtlich zu qualifizieren, da sie den Regelungen eigenständiger schuldrechtlicher Vertragsgründe unterliegen und somit nicht unmittelbar aus der Ehe abgeleitet werden.

#### **4. Internationale Zuständigkeit**

- 90** Die EuGüterVO regeln nur die internationale Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, während sich die örtliche, sachliche und funktionale Zuständigkeit nach innerstaatlichem Recht (lex fori) richtet. Sie regeln die internationale Zuständigkeit der Mitgliedstaaten aber auch abschließend (abgesehen von den einstweiligen Maßnahmen iSd Art 19 EuGüterVO), sodass innerstaatliches Recht insofern zur Gänze verdrängt wird.
- 91** Wird ein Gericht eines Mitgliedstaats zur **Entscheidung über eine Ehescheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebands oder Ungültigerklärung der Ehe** (Eheverfahren) nach der Brüssel IIa-VO angerufen, so sind nach Art 5 EuEhegüterVO die Gerichte dieses Mitgliedstaats auch für Entscheidungen über den Güterstand in Verbindung mit der geltend gemachten Ehesache zuständig, wobei es bei den in Art 5 Abs 2 EuEhegüterVO genannten Zuständigkeitstatbeständen zusätzlich einer (bestätigenden) Vereinbarung der Eheleute bedarf.
- 92** Nach dem klaren Wortlaut des Art 5 Abs 1 EuEhegüterVO kommt es nur darauf an, dass das Gericht eines Mitgliedstaats mit einer Ehesache iSd Brüssel IIa-VO befasst ist, die in Verbindung mit einer Gütersache steht. Unerheblich ist hingegen, ob für beide Sachen auch dasselbe Gericht des Mitgliedstaats sachlich, örtlich und funktionell zuständig ist.

- 93** Art 5 EuEhegüterVO verdrängt die allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen. Die **allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen der Art 6 f EuEhegüterVO** sind daher nur anwendbar, sofern sich aus Art 5 EuEhegüterVO keine Zuständigkeit eines Mitgliedstaats ergibt. Ist daher noch kein Gericht eines Mitgliedstaats zur Entscheidung über eine Ehesache iSd Brüssel IIa-VO angerufen worden, gelten die allgemeinen Zuständigkeitsbestimmungen nach Art 6 f EuEhegüterVO.
- 94** Sofern Art 4 (Verlassenschaftsverfahren), 5 (Eheauflösung) und 7 (Gerichtsstandsvereinbarung) EuGüterVO nicht anzuwenden sind, bestimmt sich die internationale Zuständigkeit nach Art 6 EuGüterVO, der somit nur subsidiär heranzuziehen ist.
- 95** Zentraler Anknüpfungspunkt der Zuständigkeiten gem Art 6 lit a, b und c EuGüterVO ist der **gewöhnliche Aufenthalt**. Was unter dem autonom und einheitlich auszulegenden Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts zu verstehen ist, definiert die Verordnung jedoch nicht. Für die Beurteilung, wo sich der gewöhnliche Aufenthalt befindet, spielen primär faktische Umstände eine Rolle. Zu prüfen ist, wo sich der faktische Daseinsmittelpunkt (soziale Integration), der Schwerpunkt der familiären, beruflichen und sozialen Bindungen befindet. Die „Absicht“ der Partei ist im Rahmen der Gesamtbeurteilung zu berücksichtigen, aber kein essentielles Merkmal. Eine bestimmte Aufenthaltsdauer als Untergrenze gibt es nicht. Die von der österreichischen Rsp entwickelte Faustregel, dass sich nach einer Dauer von sechs Monaten ein gewöhnlicher Aufenthalt etabliert hat, kann aber als grobe Richtschnur herangezogen werden.
- 96** Art 6 EuEhegüterVO enthält einen abschließenden Katalog von Zuständigkeitsbestimmungen. Danach gilt folgende Rangordnung:
- a) Die Gerichte des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet die Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.
  - b) Die Gerichte des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.
  - c) Die Gerichte des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Antragsgegner zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

d) Die Gerichte des Mitgliedstaats, deren Staatsangehörigkeit beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts besitzen.

- 97** Art 7 EuGüterVO erlaubt den Parteien - wenn auch nur in engen Grenzen – die Zuständigkeit für güterrechtliche Streitigkeiten durch eine **Parteienvereinbarung** festzulegen. Die Parteien können vereinbaren, dass die Gerichte des Mitgliedstaats, dessen Recht nach Art 22 (Rechtswahlvereinbarung) oder Art 26 Abs 1 lit a oder b (Güterstatut) EuEhegüterVO anzuwenden ist, oder die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem die Ehe geschlossen wurde, ausschließlich zuständig sind.
- 98** Die Gerichtsstandsvereinbarung ist gem Art 7 Abs 1 EuGüterVO nur in den Fällen des Art 6 EuGüterVO zulässig. Die internationale Zuständigkeit gem Art 4 und 5 EuGüterVO ist also derogationsfest.
- 99** Eine Gerichtsstandsvereinbarung bedarf nach Art 7 Abs 2 EuGüterVO der Schriftform, ist zu datieren und von den Parteien zu unterfertigen. Elektronische Übermittlungen, die eine dauerhafte Aufzeichnung der Vereinbarung ermöglichen, erfüllen die Schriftform.
- 100** Eine Gerichtsstandsvereinbarung hat nach Art 7 Abs 1 EuGüterVO ausschließliche Wirkung. Damit soll vom Zeitpunkt des Vertragschlusses an eine möglichst große Sicherheit über das anzurufende Gericht eintreten.
- 101** **Zuständigkeit aufgrund rügeloser Einlassung:** Art 8 Abs 1 EuGüterVO sieht in zwei eng umgrenzten Fällen vor, dass das Gericht eines Mitgliedstaats zuständig wird, wenn sich der Antragsgegner rügelos auf das Verfahren einlässt. Die Zuständigkeitsbegründung durch rügelose Einlassung des Antragsgegners ist zunächst dann möglich, wenn das angerufene Gericht in jenem Mitgliedstaat liegt, dessen Recht die Parteien gewählt haben. Darüber hinaus ist eine Zuständigkeitsbegründung durch rügelose Einlassung des Antragsgegners im Anwendungsbereich der EuEhegüterVO dann möglich, wenn das angerufene Gericht in jenem Mitgliedstaat liegt, in dem die Ehegatten nach der Eheschließung ihren ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt hatten (Art 26 Abs 1 lit a EuEhegüterVO) oder dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung besaßen (Art 26 Abs 1 lit b EuEhegüterVO).

## 5. Kollisionsrecht – Rechtswahl

**102** So wie die EuErbVO den Grundsatz der Nachlassseinheit vorsieht, bestimmt die EuEhegüterVO den Grundsatz der Einheit des Ehegüterstatuts. Das gesamte bewegliche und unbewegliche eheliche Vermögen ist unabhängig von seiner Belegenheit nach einem Recht zu beurteilen (Art 21 EuEhegüterVO).

**103** Die **Rechtswahl** (Art 22 EuEhegüterVO) hat Vorrang vor der objektiven Anknüpfung. Ist sie wirksam, bedarf es keiner kollisionsrechtlichen Anknüpfung, weil das gewählte Recht materielles Recht ist. Allerdings ist lediglich eine beschränkte Rechtswahl möglich. Zum gewählten Recht muss es nämlich einen engen Bezug geben.

**104** Mangels einer wirksamen Rechtswahl ist **objektiv anzuknüpfen** (Art 26 EuEhegüterVO). Die Vorschrift sieht eine Kaskade von Anknüpfungen vor. Der primäre Anknüpfungspunkt ist der erste gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt nach der Eheschließung (Art 26 Abs 1 lit a EuEhegüterVO). Maßgeblicher Zeitpunkt der objektiven Anknüpfung ist jener der Eheschließung. Das Ehegüterrechtsstatut ist also ein starres Statut.

**105** Die EuGüterVO beschränken die Wahlfreiheit auf bestimmte Rechtsordnungen, zu denen die Parteien eine enge Verbindung haben, so dass die Ehegatten bzw Partner nicht ein beliebiges Recht wählen können (**beschränkte Rechtswahl**). Maßgebend ist mit einer Ausnahme (Art 22 Abs 1 lit c EuPartnergüterVO) der Zeitpunkt des Abschlusses der Rechtswahlvereinbarung.

- Wählbar ist das Recht des Staates, in dem zum Zeitpunkt der Rechtswahl die (künftigen) Ehegatten bzw Partner ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder sich einer von ihnen gewöhnlich aufhält (Art 22 Abs 1 lit a EuGüterVO).
- Wählbar ist weiters das Recht eines Staates, dessen Staatsangehörigkeit einer der (künftigen) Ehegatten bzw Partner zum Zeitpunkt der Rechtswahl besitzt (Art 22 Abs 1 lit b EuGüterVO). Dabei kann es sich um die Staatsangehörigkeit eines teilnehmenden Mitgliedstaats oder eines Drittstaats handeln. Besitzt ein Ehegatte bzw Partner zwei oder mehr Staatsangehörigkeiten, so ist er nicht auf die effektive Staatsangehörigkeit beschränkt, sondern es ist das Recht jeder Staatsangehörigkeit wählbar.

- Nur für die (künftigen) Partner steht eine weitere Rechtsordnung zur Verfügung, nämlich das Recht des Staates, nach dessen Recht die eingetragene Partnerschaft begründet wurde (Art 22 Abs 1 lit c EuPartnergüterVO). Dieses Recht entspricht dem Recht des Staates, dessen Recht mangels Rechtswahl der Parteien anzuwenden ist.

**106** Die Ehegatten bzw eingetragenen Partner können **vor, zum Zeitpunkt der Eheschließung** bzw Eintragung der Partnerschaft **oder während der Ehe** bzw des Bestehens der Partnerschaft das Güterstatut durch Vereinbarung bestimmen. Belassen es die Parteien im Zeitpunkt der Eheschließung bzw Eintragung der Partnerschaft bei der objektiven Anknüpfung, so können sie dennoch während der Ehe bzw Partnerschaft eine Rechtswahl vereinbaren und damit das anwendbare Recht ändern und einen Statutenwechsel bewirken.

**107** Ebenso können die Parteien eine bereits getroffene **Rechtswahlvereinbarung ändern**, indem sie einverständlich eine andere Rechtsordnung wählen oder die Rechtswahlvereinbarung einvernehmlich aufheben. Nach erfolgter Aufhebung der Rechtswahl ist das kraft objektiver Anknüpfung anwendbare Recht maßgebend. Eine während der Ehe bzw Partnerschaft vorgenommene Änderung des auf den Güterstand anzuwendenden Rechts gilt mangels abweichender Parteienvereinbarung nur für die Zukunft (Art 22 Abs 2 EuGüterVO). Einigen sich die Parteien jedoch auf eine rückwirkende Änderung des anzuwendenden Rechts und bewirken sie somit einen Statutenwechsel, so bleiben Ansprüche Dritter (zB Gläubiger), die sich aus dem ursprünglich geltenden Recht ableiten, vom neuen Recht unberührt (Art 22 Abs 3 EuGüterVO).

## V. Lebensgemeinschaften

**108** Der Revision ist zuzugestehen, dass nahe beieinander gelegene Wohnungen ein Indiz für das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft sein können. Allerdings ist auch in diesem Fall eine Gesamtbetrachtung erforderlich, deren Ergebnis von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Dazu gehören hier das – offenkundig bewusste – Ausschließen jeder wirtschaftlichen Verflechtung, das Führen getrennter Haushalte und das Fehlen jeder gegenseitigen Unterstützung in den Angelegenheiten des täglichen Lebens. Eine allein auf die zwischenmenschliche Komponente (hier etwa gemeinsame Urlaube oder die Teilnahme an Familienfeiern) beschränkte „Wirtschaftsgemeinschaft“ reicht für die Annahme einer Lebensgemeinschaft regelmäßig nicht aus.

Richtig ist, dass Partner, bei denen die äußeren Umstände das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft vermuten lassen, eine „Offenlegungspflicht“ hinsichtlich ihrer inneren Einstellung und einer über eine intime Beziehung hinausgehenden Bindung trifft. Dabei handelt es sich um eine Frage der Beweislastverteilung. Die Frage der Beweislast stellt sich aber dann nicht mehr, wenn die Tatsacheninstanzen ohnehin – wie hier – positive Feststellungen getroffen haben. Dies lässt der Beklagte außer Acht, wenn er den Vorinstanzen vorwirft, sie hätten ihm zu Unrecht die Beweislast für das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft auferlegt. Auch die Frage nach der Zulässigkeit eines Anscheinsbeweises ist bei Vorliegen positiver Feststellungen unerheblich.

Im Übrigen meint der Beklagte, das konkrete Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Mann, die nach den Feststellungen als „Paar“ bzw. „zusammengehörend“ wahrgenommen werden, lasse das Unterhaltsbegehren sittenwidrig erscheinen. Dabei beruft er sich auf Formulierungen in vereinzelt Entscheidungen, wonach ein Unterhaltsbegehren bei einer intensiven und umfassenden Beziehung, „die den Rückgriff auf die Fortwirkungen der Ehe ächte und den Unterhaltspflichtigen der Lächerlichkeit preisgebe“, sittenwidrig sei. Diese Formulierungen betrafen jedoch Fälle, in denen eine Lebensgemeinschaft vorlag, und sollten nur ein (weiteres) Argument für das Ruhen des Unterhaltsanspruchs sein. Bei Nichtvorliegen einer Lebensgemeinschaft lässt sich daraus nichts ableiten. Der Ansicht des Beklagten, schon das gezielte Abstimmen des Zusammenlebens dahin, dass den Kriterien für das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft nicht entsprochen werde, sei sittenwidrig, kann jedenfalls nicht beigetreten werden. Letztlich bleibt er jegliche nachvollziehbare Begründung dafür schul-

dig, warum aus dem bewussten Entschluss der beiden, keine Lebensgemeinschaft miteinander einzugehen, ein Ruhen seiner Unterhaltspflicht abzuleiten wäre.

- OGH 14. 7. 2022, 1 Ob 98/22a