

Aktuelle Unterhalts- und Aufteilungsrechtsprechung

Inhaltsübersicht:

I. Unterhalt allgemein.....	2
A. Unterhaltsbemessungsgrundlage	2
B. Vermögen.....	4
C. Erbrachte Naturalunterhaltsleistungen und/oder Zahlungen	7
D. Unterhaltsrückforderung	14
E. Verjährung/Replik der Arglist.....	14
II. Kindesunterhalt.....	16
A. Einkommensloser Student.....	16
B. Familienbonus Plus	17
C. Betreuung und Unterhalt	18
D. Vermögen des Kindes	21
E. Unterhaltsvereinbarungen	23
F. Ausstattung.....	23
G. Sonstiges	23
III. Ehegattenunterhalt	25
A. Verschiedenes	25
B. Verlangen von Geldunterhalt	28
C. Prozesskostenvorschuss	29
D. Ergänzungsklage (Scheidungsverschulden)	34
IV. Aufteilung	35
A. Aufteilungsmasse	35
B. Unternehmen	36
C. Eingebraachte Sachen	41
D. Schenkungen	43
E. Persönlicher Gebrauch	45
F. Sonderfall Ehewohnung	46
G. Benachteiligungsausgleich	47
H. Verfahrensfragen	49
I. Internationales Ehegüterrecht.....	52

I. Unterhalt allgemein

A. Unterhaltsbemessungsgrundlage

- 1 Wird dem unterhaltspflichtigen Vater von dem Staat, in dem er seine Arbeitsleistungen zu erbringen hat (hier: Katar), kostenlos eine Wohnung zur Verfügung gestellt (auf die er einen Anspruch hat), so erhöht sich seine Unterhaltsbemessungsgrundlage um den **fiktiven Mietwert** dieser Wohnung.

Hat er keinen Einfluss darauf, welche Wohnung ihm zur Verfügung gestellt wird, ist der fiktive Mietzins heranzuziehen, den er auf dem örtlichen Wohnungsmarkt für eine seinem Lebensstandard entsprechende angemessene kleinere Wohnung zahlen müsste.

- OGH 18. 8. 2020, 3 Ob 109/20f

- 2 Erhält der Ehegatte eine **Abfertigung** und ist seine Rückkehr auf den Arbeitsmarkt nicht (mehr) zu erwarten, ist davon auszugehen, dass die Abfertigung nicht als Überbrückungsleistung, sondern dazu verwendet wird, den – ohnehin geringen – Lebensstandard in Ruhe zu sichern.

Eine Aufteilung der Abfertigung auf die statistische Lebenserwartung ist dabei selbst dann zulässig, wenn die tatsächliche Lebensdauer des Ehegatten bereits feststeht, weil dieser in der Zwischenzeit verstorben ist. Dies muss jedenfalls auch dann gelten, wenn der Ehegatte zwar noch nicht verstorben ist, dies aber aufgrund von Erkrankungen allenfalls zu befürchten ist.

Dies gilt sowohl für den Unterhaltspflichtigen als auch den Unterhaltsberechtigten.

- OGH 22. 10. 2020, 6 Ob 188/20w

- 3 Gewährte Zulagen und Zuschüsse sind soweit, als sie dem Ausgleich eines tatsächlichen Mehraufwands dienen, bei der Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht zu berücksichtigen; soweit sie einen versteckten Gehaltsbestandteil darstellen, weil sie mehr als den Ersatz des dem Unterhaltspflichtigen tatsächlich entstandenen Mehraufwands enthalten, ist der übersteigende Teil in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen.

Hier zahlt der Dienstgeber des Beklagten (eine Internationale Organisation) das Schulgeld und die Fahrtkosten der Tochter der Streitteile. Er trägt daher die konkret für diese Leistungen anfallenden Entgelte. Bereits daraus ergibt sich, dass die dafür vom Dienstgeber aufgewendeten Beträge dem Beklagten nicht zur Verfügung stehen und auch

nicht als verdeckte Gehaltsbestandteile zu qualifizieren sind. Es besteht daher keine Grundlage dafür, die vom Arbeitgeber des Beklagten gezahlten Schul- und Transportkosten in die Unterhaltsbemessungsgrundlage des Beklagten einzubeziehen.

- OGH 24. 7. 2019, 6 Ob 72/19k

4 Zuwendungen des Arbeitgebers für die **Zukunftssicherung** des unterhaltspflichtigen Arbeitnehmers sind in dessen Bemessungsgrundlage einzubeziehen, was auch für derartige Zuwendungen einer Gesellschaft an ihren (Allein-)Gesellschafter zu gelten hat.

- OGH 18. 2. 2021, 6 Ob 6/21g

5 Es ist stRsp, dass die von einem unselbständig Erwerbstätigen für seine ausgeübte selbständige Nebentätigkeit aufgewendeten Ausgaben in der Unterhaltsbemessungsgrundlage als Abzugspost zu berücksichtigen sind. Nach den Feststellungen ermöglicht die Tätigkeit des Unterhaltspflichtigen als Obmann eines Vereins, seine Reputation international aufrecht zu erhalten und international wissenschaftlich tätig zu werden. Je mehr Vorträge er für diesen Verein hält, desto eher bekommt er lukrative Aufträge im Rahmen seiner selbständigen Tätigkeit. Durch die Übernahme einer persönlichen Haftung für Schulden des Vereins und deren teilweise Begleichung wollte der Unterhaltspflichtige zukünftige Auftragsverluste vermeiden.

- OGH 23. 4. 2020, 9 Ob 13/20g

6 Die (einem Übergabsvertrag zugrundeliegenden) Leibrentenzahlungen oder Ausgedingeleistungen dienen (nur) der Vermögensbildung des Übernehmers und bilden daher grundsätzlich keine Abzugspost von der Unterhaltsbemessungsgrundlage. Anderes gilt, wenn der erfolgte Vermögenserwerb dem Übernehmer eine Existenzgrundlage (etwa bei der Übernahme eines Betriebs) verschafft, die ihm ein entsprechendes Einkommen erst ermöglicht und damit seinen Unterhalt sichert. Die Leistungen werden dann mit einer Betriebsausgabe verglichen.

- OGH 7. 4. 2020, 4 Ob 45/20a

7 Nur wenn der Unterhaltspflichtige aus berücksichtigungswürdigen Gründen - und nicht zur Umgehung seiner Unterhaltspflichten - **Wohnsitz und Arbeitsplatz ins Ausland verlegt**, kann er nicht auf ein im Inland erzielbares Einkommen angespannt werden. Dies gilt auch

dann, wenn der Unterhaltspflichtige ausländischer Herkunft - wenn-
gleich er die österreichische Staatsbürgerschaft angenommen hat – ist.

- OGH 27. 5. 2021, 4 Ob 26/21h

Anmerkung

Tatsächlich scheint die Entscheidung in einer Reihe von früheren Entschei-
dungen zu stehen, die eine im Einzelfall gerechte Lösung des Problems for-
derten, ob ein (nicht)österreichischer Unterhaltspflichtiger mit ausländi-
schen Wurzeln in seine Heimat zurückgehen darf, ohne angespannt zu wer-
den, sollte er dort nur mehr über ein geringeres Einkommen verfügen als in
Österreich. Während am Anfang jedoch (eher) dahin gefragt wurde, ob dem
Unterhaltspflichtigen die Begründung eines Wohnsitzes im Ausland vor-
werfbar war, liegen die Nuancen jetzt auf der Frage, ob der Unterhaltspflich-
tige aus berücksichtigungswürdigen Gründen – und nicht zur Umgehung
seiner Unterhaltspflichten – Wohnsitz und Arbeitsplatz ins Ausland verlegt
hat. Der Unterschied liegt in der Beweispflicht: Mussten (wohl) früher die
Unterhaltsberechtigten dem Unterhaltspflichtigen die Vorwerfbarkeit der
Wohnsitzverlegung ins Ausland nachweisen, hat jetzt der Unterhaltspflich-
tige die berücksichtigungswürdigen Gründe für diese Verlegung darzule-
gen.

B. Vermögen

- 8 Der beim Verkauf einer Liegenschaft erzielte Kaufpreis ist nicht als
„Erträgnis des Vermögens“ anzusehen, sondern als Gegenwert für die
Sachsubstanz selbst und damit als „Vermögenssubstanz“. Davon aus-
gehend kann auch ein durch Erwerb und anschließenden Verkauf von
Wertpapieren erzielter Kursgewinn schon von vornherein nicht als
Vermögensertrag gewertet werden; ein solcher realisierter Kursgewinn
ist – ebenso wie ein beim Verkauf eines sonstigen Vermögensbestand-
teils, etwa einer Liegenschaft, erzielter Gewinn – Bestandteil des er-
langten Kaufpreises und damit des Gegenwerts für die Sachsubstanz.

Für den **Veräußerungserlös eines Geschäftsanteils an einer
GmbH** gilt nichts anderes.

- OGH 20. 2. 2019, 3 Ob 9/19y; 18. 2. 2021, 6 Ob 6/21g

- 9 Der **Vermögensstamm des Unterhaltspflichtigen** ist für den Unter-
halt regelmäßig ohne Belang. Er ist ausnahmsweise bei der Unterhalts-
bemessung dann zu berücksichtigen, wenn – erster Ausnahmefall – die
erforderlichen Unterhaltsleistungen nicht aus dem laufenden Einkom-
men bestritten werden können, wobei (im Kindesunterhaltsrecht) der
Durchschnittsbedarfssatz („Regelbedarf“) einen Richtwert für den „er-
forderlichen“ Unterhalt darstellt, oder – zweiter Ausnahmefall – wenn

der Unterhaltspflichtige selbst die Substanz seines Vermögens heranzieht, um damit die Kosten der von ihm gewählten Lebensführung zu decken und den für die Lebensführung verwendeten Beträgen im Ergebnis jeweils (zusätzliche) Einkommensfunktion für zuordenbare Perioden zukommt.

Weitere Voraussetzung für die Heranziehung des Vermögensstamms ist, dass sie – unter Anlegung des Maßstabs eines pflichtbewussten, mit dem Kind zusammenlebenden Elternteils – dem Unterhaltsverpflichteten zumutbar ist. Die Veräußerung oder Belastung einer Liegenschaft (oder Eigentumswohnung) ist dem Unterhaltspflichtigen jedenfalls dann nicht zumutbar, wenn damit der Verlust der Deckung des dringenden eigenen Wohnbedürfnisses verbunden ist.

- OGH 25. 8. 2020, 8 Ob 33/20s

- 10** Ob und in welchem Umfang für Unterhaltsleistungen die Heranziehung des Vermögensstamms des Unterhaltspflichtigen, wozu auch der Verkaufserlös von Liegenschaften gehört, zumutbar ist, ist nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls zu prüfen.

Ist der Unterhaltspflichtige bereits seit einigen Jahren arbeitslos und wird er aufgrund seines höheren Alters vermutlich keine Beschäftigung mit einem an sein früheres Einkommen heranreichenden Einkommen mehr finden können, würde auch ein pflichtbewusster Familienvater in aufrechter Ehe bei gleicher Sachlage nicht die einzige vorhandene Vermögensreserve für das Alter - ein größeres Baugrundstück - (auch nicht zum Teil) veräußern, um seinen Kindern jetzt einen höheren Unterhalt zahlen zu können; dies insb dann, wenn die Kinder bereits knapp vor dem Abschluss ihrer Ausbildung stehen.

- OGH 27. 9. 2018, 9 Ob 56/18b

- 11** Wählt der Unterhaltspflichtige anstelle monatlicher Rentenzahlungen nunmehr den Kapitalablösebetrag aus einer Erlebensversicherung, stellen die (fiktiven) Rentenzahlungen dennoch weiterhin einen Bestandteil seiner Unterhaltsbemessungsgrundlage dar, wenn er zum Zeitpunkt des Abschlusses des Scheidungsfolgenvergleichs bereits Rentenzahlungen aus diesem Versicherungsvertrag erhalten hatte.

- OGH 29. 8. 2019, 1 Ob 136/19k EF-Z 2020/93 (*Gitschthaler*)

Anmerkung

Der Entscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. (Einzig) maßgeblich ist nämlich, dass der unterhaltspflichtige Kläger bereits bei Abschluss des Scheidungsfolgenvergleichs die mtl Rente bezogen hatte und deshalb – wie

auch der OGH betonte – „von den Grundlagen des Unterhaltsvergleichs einseitig abging“. Anders müsste der Fall aber beurteilt werden, wenn der Kläger erst nach der Scheidung erstmals die Möglichkeit gehabt hätte, zwischen Rente und Ablösebetrag zu wählen. Abgesehen davon, dass in diesem Fall der damalige Rückkaufswert der Erlebensversicherung wohl bei der Aufteilung zugunsten der Beklagten berücksichtigt worden wäre, hätte der Kläger durch die Wahl des Ablösebetrags keine Disposition getroffen, mit der er von einer Vereinbarung abgegangen wäre. Die Entscheidung darf somit keinesfalls dahin interpretiert werden, dass – unter Zugrundelegung der Anspannungstheorie – jeder Unterhaltspflichtige grds gehalten wäre, bei Ablauf eines Erlebensversicherungsvertrags die Rentenzahlung zu wählen. Durch die Auszahlung der Kapitalablöse nimmt der Unterhaltspflichtige lediglich eine Vermögensumschichtung vor (Kapital anstelle Forderung gegenüber dem Versicherer). Und schließlich darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass der Unterhaltspflichtige im Regelfall die Prämienleistungen in die Erlebensversicherung nicht unterhaltmindernd geltend machen konnte; die Berücksichtigung der (fiktiven) Rentenzahlungen würde somit gegen das Verbot der Doppelbegünstigung verstoßen.

- 12 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

- 13** 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 notwendig 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

C. Erbrachte Naturalunterhaltsleistungen und/oder Zahlungen

- 14** Bei der Entscheidung über einen (an sich berechtigten) Antrag auf rückwirkende Unterhaltserhöhung¹ sind grundsätzlich alle vom Unterhaltspflichtigen in der Vergangenheit erbrachten, die (ursprünglich titulierte Unterhaltspflicht übersteigenden) Naturalleistungen mit Unterhaltscharakter anspruchsmindernd anzurechnen, und zwar unabhängig von einer Zustimmung des anderen Elternteils. **Unterhaltscharakter** haben vergangene Naturalleistungen in diesem Zusammenhang dann, wenn sie ohne Schenkungsabsicht, also in Alimentationsabsicht, die vermutet wird, erbracht wurden und zu einer ausgewogenen Deckung des angemessenen Lebensbedarfs des Kindes beigetragen haben.

- OGH 25. 6. 2021, 8 Ob 70/21h

- 15** Soweit in der Entscheidung über den begehrten Unterhalt für die Vergangenheit abzusprechen ist, ist zu berücksichtigen, dass 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 dann in einem Gesamtbetrag als rückständiger Unterhalt zuzusprechen.

- OGH 29. 7. 2020, 9 Ob 23/20b

¹ Dies gilt auch für den Fall einer erstmaligen Unterhaltsfestsetzung..

16 Grundsätzlich ist nach Aufhebung der ehelichen Hausgemeinschaft der gesamte angemessene Unterhalt des Unterhaltsberechtigten in Geld zu leisten. Hat der Unterhaltsberechtigte aber nicht für die Kosten der Wohnversorgung aufzukommen, so bedarf er regelmäßig nicht mehr des gesamten Geldunterhalts, um seinen vollständigen Bedarf zu decken. Die sich wirtschaftlich ergebende Wohnkostensparnis ist angemessen zu berücksichtigen und als Naturalunterhalt in einem Umfang anzurechnen, der dem persönlichen Bedarf des Unterhaltsberechtigten entspricht.

- OGH 25. 4. 2019, 4 Ob 54/19y iFamZ 2019/162 (*Deixler-Hübner*); 4. 11. 2019, 3 Ob 127/19a

17 Steht die vom unterhaltsberechtigten Ehegatten bewohnte Wohnung in dessen Alleineigentum, bedarf er nicht mehr des gesamten festgesetzten Geldunterhalts, weshalb die Wohnkostensparnis mit dem (anteiligen) fiktiven Mietwert zu berücksichtigen ist. Das setzt allerdings voraus, dass der Unterhaltsberechtigte für die Wohnung keine Kosten aufwenden muss.

- OGH 21. 1. 2020, 10 Ob 82/19k EF-Z 2020/53 (*Gitschthaler*)

Anmerkung

Der maßgebliche Satz dieser Entscheidung „Das setzt allerdings voraus, dass der Unterhaltspflichtige für die Wohnung keine Kosten aufwenden muss.“ stützt sich auf die E 7 Ob 179/11s, 1 Ob 137/16b und 2 Ob 211/18w (das Zitat RS0047254 [T20] bezieht sich auf die E 1 Ob 137/16b). Die Entscheidung 7 Ob 179/11s, welche die beiden anderen Entscheidungen lediglich referieren, führte in einem Aufhebungsbeschluss ohne nähere Darstellung aus „Sollte die Wohnung ausbezahlt sein, sind bei der Feststellung des fiktiven Mietwerts die von der Klägerin zu tragenden mtl Betriebskosten zu berücksichtigen.“ Was genau damit gemeint sein soll, erschließt sich dabei nicht wirklich.

Das weitere Argument der rezenten Entscheidung, der Unterhaltsberechtigte, der die in seinem Alleineigentum stehende Ehewohnung offenbar ohne Belastung mit Kreditraten bewohnt, erspare sich – so wie andere Eigentümer einer ausbezahlten Wohnung – zwar Mietzinszahlungen, nicht aber den sonstigen, mit dem Wohnen verbundenen Aufwand durch Betriebskosten, stellt ein reines obiter dictum dar, wie der Senat einen Absatz zuvor selbst darlegt. Auf die Mietzinsersparnis hatte sich die Unterhaltspflichtige im Verfahren erster Instanz nicht berufen.

Die Frage der zu berücksichtigenden fiktiven Mietkosten als Wohnkostensparnis wurde bislang iZm einer weiterhin vom Unterhaltspflichtigen zur Verfügung gestellten Mietwohnung, deren Kosten er weiter trägt, und iZm einer (nicht) ausbezahlten Eigentumswohnung, die er zur Verfügung stellt, erörtert. Diese fiktiven Mietkosten kann sich der Unterhaltspflichtige an-

rechnen lassen, desgl die Wohnungsbenützungskosten, sollte er diese zusätzlich bezahlen (beides unter Berücksichtigung der Angemessenheitsgrenze von einem Viertel). Mit anderen Worten: Zahlt der Unterhaltspflichtige zwar die Miete weiter oder stellt er seine Eigentumswohnung zur Verfügung, kann er sich die fiktiven Mietkosten selbst dann anrechnen, wenn er die Wohnungsbenützungskosten nicht zahlen sollte.

Warum sollte das im Fall der Selbstversorgung anders sein? Bereits in den ursprünglichen Entscheidungen zu diesem Thema ging es um die gedeckte Wohnversorgung bzw den gedeckten Wohnbedarf, also um die Wohnung an sich. Und auch die prominent zitierte E 7 Ob 179/11s führte ausdrücklich aus „Auch wenn der Unterhaltsberechtigte seinen Wohnbedarf in einer ihm selbst gehörenden Eigentumswohnung (Haus) deckt, so ist sein Wohnbedürfnis damit befriedigt. Er bedarf in diesem Fall nicht mehr des gesamten festgesetzten Geldunterhalts, um sein vollständiges Unterhaltsbedürfnis zu decken.“

Es besteht somit mE keinerlei Veranlassung, einem geldunterhaltspflichtigen Ehegatten die Wohnkostenanrechnung zu verweigern, weil der Unterhaltsberechtigte zwar aufwendungsfrei (kein Mietentgelt, keine Darlehensrückzahlungen) in seiner eigenen Wohnung lebt, hiefür jedoch Betriebskosten zu zahlen hat.

- 18** Der geldunterhaltspflichtige Elternteil „leistet“ auch dann, wenn er dem Unterhaltsberechtigten lediglich sein bloßes Eigentum zur Wohnversorgung zur Verfügung stellt, aus eigenem Vermögen, indem er auf sonst erzielbare Mieterträge verzichtet, weshalb die maßgebliche (gänzliche oder teilweise) Wohnkostensparnis durch Zurverfügungstellen der Wohnung nicht nur dann gegeben ist, wenn der Unterhaltspflichtige Kreditrückzahlungen für den Erwerb der Wohnung leistet, sondern auch dann, wenn er bloß das Eigentum bereitstellt.

Dies muss umso mehr gelten, wenn der Unterhaltspflichtige ohnehin einen Teil der Wohnungsbenützungskosten trägt. Ausgehend davon ist daher eine als Naturalunterhalt geleistete (reine) Wohnversorgung – mit der grundsätzlichen „Deckelung“ mit 25 % des Geldunterhaltsanspruchs – nicht deshalb in geringerem Ausmaß zu berücksichtigen, weil der Unterhaltspflichtige nicht zusätzlich auch noch (alle) Wohnungsbenützungskosten trägt.

- OGH 20. 3. 2019, 3 Ob 35/19x

19 In der bereits gefestigten jüngeren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs sind folgende Grundsätze anerkannt:

1.2.1. Auch im Fall einer nicht ausbezahlten Wohnung sind beim Ehegattenunterhalt für die Anrechnung des Naturalunterhalts „Wohnen“ nicht die Kreditraten, sondern es ist der fiktive Mietwert heranzuziehen (RS0130891, RS0080373 [T20, T24]). Steht die Wohnung im Miteigentum oder im gemeinsamen Wohnungseigentum der Ehegatten, ist die fiktive Mietersparnis im Ausmaß der Miteigentumsanteile zu berücksichtigen (RS0121283, RS0080373 [T23]).

1.2.2. Benützt auch der unterhaltspflichtige Ehegatte weiterhin die Ehewohnung, so ist die fiktive Mietersparnis auf beide Ehegatten aufzuteilen, sodass auf den unterhaltsberechtigten Teil nur die Hälfte entfällt (vgl. RS0123487). Dasselbe gilt, wenn der unterhaltspflichtige Ehegatte bei aufrechter Ehe die Ehewohnung grundlos verlässt (RS0114742).

1.2.3. Steht demnach die vom Unterhaltsberechtigten benützte Wohnung im Alleineigentum des Unterhaltspflichtigen, ist grundsätzlich der ganze fiktive Mietwert anzurechnen, wenn der Unterhaltspflichtige die Ehewohnung berechtigterweise verlassen hat. Die Anrechnung reduziert sich um den Kopfteil des Unterhaltspflichtigen, wenn dieser in der Wohnung wohnen bleibt oder unberechtigterweise ausgezogen ist (oder weggewiesen wurde); bei einem kinderlosen Paar also um die Hälfte (RS0047254 [T11]).

1.2.4. Aber auch wenn die Wohnung im Alleineigentum des Unterhaltsberechtigten steht, ist dessen Wohnbedürfnis damit befriedigt. Er bedarf in diesem Fall nicht mehr des gesamten festgesetzten Geldunterhalts, um sein vollständiges Unterhaltsbedürfnis zu decken. Die Wohnkostenersparnis ist auch in diesem Fall (ebenfalls grundsätzlich mit dem gesamten fiktiven Mietwert) zu berücksichtigen (7 Ob 179/11s; 9 Ob 39/14x; vgl. auch 8 Ob 64/13i), sofern der Unterhaltsberechtigte für die Wohnung keine Kosten aufwenden muss (7 Ob 179/11s; 1 Ob 137/16b). Für die Berücksichtigung des Kopfteils des Unterhaltspflichtigen gilt das zu 1.2.3. Gesagte.

1.2.5. Steht die Wohnung hingegen im gleichteiligen Miteigentum (bzw. im gemeinsamen Wohnungseigentum) der Ehegatten, so soll dies nach bisheriger Rechtsprechung (vgl. 1.2.1.) bei berechtigtem Auszug des Unterhaltspflichtigen zur Anrechnung der Hälfte des fiktiven Mietwerts führen (6 Ob 43/12k; RS0121283), während es bei Mitbenützung oder unberechtigtem Auszug des Unterhaltspflichtigen unter Berücksichtigung seines Kopfteils zur Anrechnung nur eines Viertels kommen soll (3 Ob 164/17i; 4 Ob 85/16b).

Daraus lassen sich folgende Schlüsse ziehen:

Ein Vergleich der Rechtsprechung in den Fällen des Alleineigentums (1.2.3. und 1.2.4.) mit jener in den Fällen des Miteigentums (1.2.5.) zeigt eine nicht begründbare unterschiedliche, nämlich schlechtere Behandlung des Unterhaltspflichtigen im Fall des Miteigentums oder gemeinsamen Wohnungseigentums, weil der anteiligen eigenen Wohnversorgung des Unterhaltsberechtigten nicht Rechnung getragen wird. Wendet man dagegen konsequenterweise die bei Alleineigentum des Unterhaltsberechtigten zur Anwendung gelangenden Grundsätze auch im Fall des Miteigentums (gemeinsamen Wohnungseigentums) an, so führt dies zu dem Ergebnis, dass sich der Unterhaltspflichtige bei berechtigtem Auszug sowohl seinen dem Unterhaltsberechtigten zur Verfügung gestellten Anteil als auch – wegen der auch insoweit vorhandenen Wohnkostenersparnis – den Anteil des Unterhaltsberechtigten, somit den gesamten fiktiven Mietwert, anrechnen kann. Bei unberechtigtem Auszug oder bei weiterer Mitbenützung der Ehewohnung durch den Unterhaltspflichtigen wäre dann jeweils die Hälfte beider mitbenützter Miteigentumshälften bzw. des halben Mindestanteils, also auch insgesamt die Hälfte des fiktiven Mietwerts anrechenbar.

Der erkennende Senat hält in den Fällen des Miteigentums an der Ehewohnung bzw. des gemeinsamen Wohnungseigentums die Berücksichtigung der anteiligen eigenen Wohnversorgung des Unterhaltsberechtigten unter den auch bei Alleineigentum geltenden Voraussetzungen (keine Belastung mit Kosten der Wohnversorgung) für folgerichtig und sachgerecht.

- OGH 24. 6. 2019, 2 Ob 211/18w

- 20** Verlässt der unterhaltspflichtige Ehegatte bei aufrechter Ehe grundlos die Ehewohnung und bleibt der Unterhaltsberechtigte dort allein zurück, so ist der Unterhaltspflichtige so zu behandeln, als wäre er in der Wohnung verblieben, weshalb die von ihm allein getragenen Wohnungskosten nur zur Hälfte als Naturalleistung für den Geldunterhaltsanspruchs des anderen Ehegatten zu berücksichtigen sind. Wird die Wohnung von mehreren zueinander in einer unterhaltsrechtlichen Beziehung stehenden Personen benützt, so ist der anzurechnende Betrag (fiktive Mietwert) nach Köpfen aufzuteilen. IdZ ist dem freiwilligen Auszug des Unterhaltspflichtigen auch eine Wegweisung oder eine entsprechende EV gleichzuhalten. Der ausziehende Ehegatte ist also so zu behandeln, als ob er in der Wohnung verblieben wäre, es sei denn ein Weiterverbleib in der Wohnung war ihm aus in der Person des Unterhaltsberechtigten liegenden Gründen nicht mehr zumutbar oder er hat

mit dem Unterhaltsberechtigten eine entsprechende Vereinbarung getroffen. Für diese Ausnahmetatbestände ist der Unterhaltspflichtige beweispflichtig.

- OGH 25. 4. 2019, 4 Ob 54/19y iFamZ 2019/162 (*Deixler-Hübner*)

21 Naturalunterhalt ist grds nur im angemessenen Umfang anzurechnen; dem Unterhaltsberechtigten hat stets ein in Geld zu leistender Unterhalt zuzukommen, weil er ja von der Wohnung allein nicht leben kann. Wo die Angemessenheitsgrenze liegt, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Zumindest bei durchschnittlichen Verhältnissen lässt die Rsp eine Kürzung des Geldunterhaltsanspruchs aus dem Titel der Wohnversorgung daher lediglich um rund 1/4 zu. Gebührt dem Unterhaltsberechtigten aufgrund seines Eigeneinkommens ein Ergänzungsunterhalt, so ist dieses Viertel aus dem Eigeneinkommen und dem ungekürzten ErgänzungsUh zu ermitteln. Eine über das Viertel hinausgehende Anrechnung ist aber nicht ausgeschlossen; sie wäre aber nur dann zulässig, wenn der Restunterhalt noch zur angemessenen Deckung der Restbedürfnisse ausreicht.

- OGH 24. 6. 2019, 2 Ob 211/18w EF-Z 2019/154 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2019/196 (*Deixler-Hübner*); 25. 4. 2019, 4 Ob 54/19y iFamZ 2019/162 (*Deixler-Hübner*)

22 Als Naturalunterhalt in angemessenem Umfang anrechenbar ist die Begleichung von Wohnungsbenutzungskosten durch den Unterhaltspflichtigen, das heißt von Kosten, die aufgrund der Benützung der Wohnung durch den Unterhaltsberechtigten oder für deren Erhalt in gebrauchsfähigem Zustand anfallen. Darunter versteht die Rechtsprechung beispielsweise auch die Bezahlung von Energiekosten oder Reparaturaufwendungen durch den Unterhaltspflichtigen während jener Zeiträume, für die die Geldunterhaltspflicht zu beurteilen ist.

Der geldunterhaltspflichtige Vater übernahm im Zuge der Scheidung einen Kredit allein zur Rückzahlung (mtl € 450,-), der der Sanierung und Möblierung jener Wohnung diente, in der die unterhaltsberechtigten Kinder mit der Mutter nach wie vor leben. Entgegen der Auffassung des Vaters sind die Rückzahlungsbeträge nicht als Naturalunterhalt für die Kinder anzusehen; soweit der Kredit tatsächlich in die Sanierung und Ausstattung der Ehewohnung floss, sind die Rückzahlungsraten (lediglich) von der Unterhaltsbemessungsgrundlage in Abzug zu bringen.

- OGH 5. 3. 2019, 1 Ob 18/19g

- 23** Dies gilt für den Fall, dass das Kind mit der Mutter in einem dieser gehörenden Haus lebt, für dessen Um- und Ausbau die Eltern gemeinsam einen Kredit aufgenommen hatten, den der Vater auch nach Auflösung der Lebensgemeinschaft alleine zurückzahlt. Die Mutter wurde rechtskräftig zum Ersatz der vom Vater (auch in Zukunft) bezahlten Kreditraten verpflichtet.

- OGH 25. 6. 2019, 1 Ob 93/19m

Anmerkung

Für beide Fälle ist maßgeblich, dass – anders als in Fällen, in denen der Unterhaltspflichtige dem Unterhaltsberechtigten eine Mietwohnung bzw eine zumindest in seinem Miteigentum stehende Wohngelegenheit zur Verfügung stellt – die vom Kind mit seiner Mutter bewohnte Wohnung bzw das Haus im Alleineigentum der Mutter stehen. Mangels Verfügungsbefugnis des unterhaltspflichtigen Vaters kann somit nicht davon gesprochen werden, er stelle dem Kind die Wohnmöglichkeit zur Verfügung.

- 24** Die Festsetzung eines Benützungsentgelts dafür, dass ein Miteigentümer einen größeren Teil der gemeinsamen Sache (hier: ein Haus) benützt, als es der Quote seines Miteigentums entspricht, kann nur für die Zukunft (ab Zugang des ausdrücklichen oder schlüssigen Widerspruchs des einen Miteigentümers gegen die übermäßige Benützung durch den anderen) erfolgen. Ein Miteigentümer kann daher vom anderen nicht deshalb eine Vergütung verlangen, weil dieser in der Vergangenheit das gemeinschaftliche Gut zur Gänze oder über seinen Anteil hinaus benützt hatte.

Wird ein Miteigentümer aufgrund einer Gewaltschutzverfügung weg- gewiesen, liegt in dieser einstweiligen Verfügung kein solcher Wider- spruch. Es ist nicht zu sehen, wie der verbliebene Miteigentümer aus der Verfügung ableiten hätte sollen, dass der weggewiesene Mitei- gentümer keine weitere Benützung der Liegenschaft durch ihn wünscht.

- OGH 15. 4. 2021, 6 Ob 49/21f

Anmerkung

Damit begibt er sich aber wohl – jedenfalls im Ehegattenunterhaltsrecht – seiner unterhaltsrechtlichen Anrechnungsansprüche (zufolge Wohnversor- gung), leistet er doch nicht mehr die Wohnversorgung des Unterhaltsberech- tigten.

D. Unterhaltsrückforderung

- 25** Ohne Rechtsgrundlage gezahlte Unterhaltsbeträge können nicht zurückgefordert werden, wenn sie gutgläubig verbraucht wurden. Dem liegt vornehmlich der Gedanke zugrunde, dass bei gutgläubigem Verbrauch von Unterhaltsleistungen von einer echten Bereicherung nicht gesprochen werden kann.

Die Ansicht, ein den Unterhaltsanspruch wahrendes ernsthaft und zielstrebig betriebenes Studium liege bei Erfüllung der Voraussetzungen zum Bezug der Familienbeihilfe vor, wurde von älterer Rsp zumindest als Grundsatz vertreten und findet sich in pauschalierter Form auch in der aktuellen Literatur. Damit kann aber einem Unterhalt beziehenden Studenten nicht vorgeworfen werden, ohne weiteres Besagtes anzunehmen; er war somit beim Unterhaltsverbrauch redlich.

- OGH 29. 4. 2019, 8 Ob 38/19z EF-Z 2020/52 (*Weißensteiner/Winkler*)

E. Verjährung/Replik der Arglist

- 26** Die vom Unterhaltsberechtigten erhobene „Replik der Arglist“ bzw der Einwand, dass die Verjährungseinrede gegen Treu und Glauben verstoße, ist dann zulässig, wenn die Fristversäumnis auf ein verpöntes (zumindest sorgfaltswidriges und adäquates) Verhalten des Gegners zurückzuführen ist. Dies umfasst nicht nur den Fall, dass der Schuldner den Gläubiger „arglistig“ im Sinn des § 870 ABGB davon abhielt, der Verjährung durch gerichtliche Geltendmachung seines Anspruchs vorzubeugen, sondern es verstößt auch ein Verhalten gegen Treu und Glauben, aufgrund dessen der Gläubiger nach objektiven Maßstäben der Auffassung sein konnte, sein Anspruch werde entweder ohne Rechtsstreit befriedigt oder nur mit sachlichen Einwendungen bekämpft, sodass er aus diesem Grund dessen rechtzeitige gerichtliche Durchsetzung unterließ. Letzteres wurde in der jüngeren Rechtsprechung etwa angenommen, wenn ein geschädigter Kapitalanleger vom ersatzpflichtigen Anlageberater durch „Beschwichtigungsversuche“ (insbesondere über eine mögliche Kurserholung) von der Einbringung einer Klage abgehalten wurde.

Hier ist dem unterhaltspflichtigen Vater nicht nur ein solcher „Beschwichtigungsversuch“ vorzuwerfen, vielmehr hielt er seinen unterhaltsberechtigten Sohn durch bewusst wahrheitswidrige Behauptungen über seine finanzielle Situation von der rechtzeitigen Geltendmachung eines Unterhaltserhöhungsanspruchs ab. Die bewusst unrich-

tige Darstellung seiner finanziellen Verhältnisse, womit der Vater seinen Sohn aktiv über den Bezug der kapitalisierten Unterhaltsrente täuschte, rechtfertigt es, seiner Verjährungseinrede die „Replik der Arglist“ bzw den Einwand des Verstoßes gegen Treu und Glauben entgegenzuhalten. Dass dies unabhängig davon, ob sich der Vater über die unterhaltsrechtliche Relevanz der bezogenen (kapitalisierten) Unfallrente Gedanken machte (und daher allenfalls insoweit „arglistig“ im Sinn des § 870 ABGB handelte), geeignet war, den Sohn von weiteren Nachforschungen abzuhalten, liegt auf der Hand.

- OGH 5. 3. 2021, 1 Ob 10/21h

Anmerkung

Diese Auffassung vertritt schon ein sehr weites Verständnis von Arglist. Wenn von einer "bewusst unrichtigen Darstellung" der finanziellen Verhältnisse die Rede ist, "womit der Vater seinen Sohn aktiv über den Bezug der kapitalisierten Unterhaltsrente täuschte", was die Replik der Arglist rechtfertigte, dann setzt dies wohl gedanklich voraus, dass es der Vater zumindest ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden hat, dass der Unfallrente unterhaltsrechtliche Relevanz zukommt. Gerade dieser Umstand wird aber unmittelbar danach für unbeachtlich erklärt.

Darüber hinaus wird diese Auffassung wohl ein Eigenleben entfalten, wird doch möglicherweise die Nichtangabe von Einkommen zum Ausgleich einer kurzen Verjährungsfrist erst recht als "absichtlich entzogen" durchgehen. Vielleicht gibt es dann bald überhaupt keine unterhaltsrechtliche Verjährung mehr, kommt es zu Unterhaltsansprüchen (Festsetzung, Erhöhung und Herabsetzung) doch wohl immer nur dann, wenn der eine den anderen nicht ausreichend über maßgebliche Umstände informiert hat.

II. Kindesunterhalt

A. Einkommensloser Student

- 27** Betreibt der Vater bereits bei der Geburt seines Kindes ein Studium, ist mit der Festsetzung einer Unterhaltsverpflichtung der Studienabschluss abzuwarten, solange der Vater zielstrebig und erfolgreich studiert.
- OGH 25. 10. 2018, 6 Ob 157/18h; 31. 7. 2019, 5 Ob 25/19h
- 28** Zur Beurteilung, ob der Unterhaltspflichtige zielstrebig und erfolgreich studiert, kann grundsätzlich auf die Rechtsprechung zurückgegriffen werden, die zu studierenden Unterhaltsberechtigten entwickelt wurde.
- OGH 21. 3. 2018, 3 Ob 47/18k; 31. 7. 2019, 5 Ob 25/19h
- 29** Danach erlischt die Unterhaltspflicht nicht, wenn die durchschnittliche Studiendauer pro Abschnitt und eine gewisse Prüfungsfrequenz eingehalten werden.
- OGH 21. 3. 2018, 3 Ob 47/18k
- 30** Bzw studiert ein Unterhaltsberechtigter in der Regel zielstrebig, solange die durchschnittliche Gesamtstudiendauer nicht überschritten wird. Während dieses Zeitraums hat er aber nur Anspruch auf Unterhalt, wenn er das Studium ernsthaft und zielstrebig betreibt, wobei bei in Studienabschnitten gegliederten Studien die Kriterien des § 2 Abs 1 lit b FLAG für die Gewährung von Familienbeihilfe als Orientierungsgrundlage zur Beurteilung dieser Frage herangezogen werden können. Fehlt eine Gliederung in Studienabschnitte – wie dies bei einem Bachelor- oder Masterstudium der Fall ist –, hat die erforderliche Kontrolle des periodischen Studienfortgangs durch eigenständige Beurteilung der vom Unterhaltswerber erbrachten Leistungen zu erfolgen.
- OGH 31. 7. 2019, 5 Ob 25/19h
- 31** Zur Frage, ob bei der Beurteilung des Studienverlaufs als erfolgreich auch jene Studienzeiten, während derer der studierende Unterhaltspflichtige – wie hier die Mutter – als haushaltsführender Elternteil seiner Unterhaltspflicht durch gleichzeitige Betreuung und Pflege der Kinder nachgekommen ist und daher das Studium in dieser Zeit nicht zielstrebig betrieben hat, zu berücksichtigen sind, ist auszuführen:

Die Trennung der Eltern und die Auflösung der Haushaltsgemeinschaft mit dem Kind bewirkt unterhaltsrechtlich eine Aufgabenteilung. Der Elternteil, in dessen Haushalt das Kind lebt, schuldet ihm als Unterhaltsleistung eine bedarfsgerechte persönliche Betreuung, der andere Elternteil hat die geldwerten Bedürfnisse des Kindes über die Zahlung von Geldunterhalt zu befriedigen. Da die Mutter bis zur Trennung der Eltern ihre Unterhaltsverpflichtung durch persönliche Betreuungsleistungen erbrachte, traf sie bis dahin keine unterhaltsrechtliche Obliegenheit, ihr Studium ernsthaft und zielstrebig zu betreiben. Kam aber die Mutter bis zur Trennung vom Vater ihrer Unterhaltspflicht durch Betreuungsleistungen zur Gänze nach, besteht kein Anlass, sie gegenüber jenen Unterhaltspflichtigen zu benachteiligen, die ihr Studium erst kurz vor dem Entstehen der Unterhaltspflicht begonnen haben und daher – ernsthaftes und zielstrebiges Studieren vorausgesetzt – die durchschnittliche Studiendauer „ausschöpfen“ dürfen.

- OGH 31. 7. 2019, 5 Ob 25/19h

- 32** Gleich dem in einer Berufsausbildung befindlichen oder mit der Arbeitsplatzsuche beschäftigten Kind muss auch ein Kind, das eine **selbstständige Erwerbstätigkeit aufnimmt**, den Aufbau einer solchen Tätigkeit zielstrebig betreiben. Anhaltspunkte dafür, dass der Aufbau einer selbstständigen Tätigkeit durch ein unterhaltsberechtigtes Kind innerhalb kürzerer Zeit zu bewerkstelligen wäre, als dies bei unterhaltspflichtigen Personen der Fall ist, sind dabei nicht ersichtlich.

- OGH 15. 4. 2021, 6 Ob 229/20z

B. Familienbonus Plus

- 33** Beim Familienbonus Plus handelt es sich – so wie beim Unterhaltsabsetzbetrag – um einen echten Steuerabsetzbetrag. Der Gesetzgeber hat den Familienbonus Plus mit der Zielsetzung eingeführt, die verfassungsrechtlich gebotene steuerliche Entlastung der Geldunterhaltspflichtigen nunmehr durch die erwähnten steuergesetzlichen Maßnahmen herbeizuführen. Dadurch findet eine **Entkoppelung von Unterhalts- und Steuerrecht** statt. Die verfassungsrechtlich gebotene steuerliche Entlastung des Geldunterhaltspflichtigen erfolgt nunmehr durch den Familienbonus Plus und den Unterhaltsabsetzbetrag. Der Familienbonus Plus ist nicht in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen; eine Anrechnung von Transferleistungen findet nicht mehr

statt. Familienbonus Plus und Unterhaltsabsetzbetrag bleiben damit unterhaltsrechtlich neutral.

Der Geldunterhaltspflichtige ist somit – entgegen bisheriger Rechtsprechung – infolge dessen unterhaltsrechtlicher Neutralität auf den Bezug des Familienbonus Plus auch nicht anzuspannen.

- OGH 11. 12. 2019, 4 Ob 150/19s EF-Z 2020/35 (*Tews*, 67; *Gitschthaler*, 52); 19. 12. 2019, 6 Ob 208/19k

34 Auch bei volljährigen Kindern ist der FaBo+ nicht in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzurechnen; die Familienbeihilfen-Anrechnung hat zu entfallen.

- OGH 25. 6. 2020, 9 Ob 59/19w

35 Der FaBo+ ist auch **im Verhältnis zum unterhaltsberechtigten Ehegatten** nicht als Steuerersparnis bzw Teil der Nettoeinkünfte in die Bemessungsgrundlage einzurechnen, sondern bleibt auch insoweit unterhaltsrechtlich neutral, weil es sich wegen seiner Zweckbestimmung nicht um einen allgemeinen Einkommensbestandteil handelt. Bedenken gegen dieses Ergebnis kann die unterhaltsberechtigten Frau mit ihrer auf den Gleichheitsgrundsatz bezugnehmenden Argumentation schon deshalb nicht erwecken, weil der OGH bereits vor der Einführung des FaBo+ in Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben, die nunmehr vom Gesetzgeber durch die Einführung des § 33 Abs 3a EStG aufgegriffen worden sind, zur steuerlichen Entlastung des gegenüber einem Kind Unterhaltspflichtigen eine konkrete Berechnungsmethode entwickelt hatte, die zu einer Kürzung des nach der sogenannten Prozentwertmethode berechneten Unterhaltsbetrags führte, ohne dass damit in der gerichtlichen Praxis Auswirkungen auf die Bemessungsgrundlage für den Unterhalt eines Ehegatten verbunden gewesen wären.

- OGH 2. 3. 2021, 1 Ob 155/20f

C. Betreuung und Unterhalt

36 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

37 Anmerkung:

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

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

$$\text{RestUhPflicht}^4 = \frac{\text{PrUh}_{\text{BV}} - \text{PrUh}_{\text{SV}} + (\text{TrLei} - \text{UhAB})}{2}$$

- 38** Maßgeblich ist im konkreten Fall einer vereinbarten gleichteiligen Betreuung nicht die durchschnittliche Betreuungsleistung des Vaters im „entscheidungswesentlichen Zeitraum“, sondern regelmäßig die tatsächliche Betreuung im einzelnen Kalenderjahr. Für die zukünftigen Unterhaltsleistungen ist auf die konkrete Ausübung des Kontaktrechts in einem angemessenen Zeitraum vor der Beschlussfassung erster Instanz abzustellen.

- OGH 3. 4. 2019, 1 Ob 13/19x iFamZ 2019/95

- 39** Diese Bezugnahme auf ein (konkretes) Kalenderjahr gilt dann, wenn weit auseinander liegende Betreuungszeiten in einem mehrjährigen Zeitraum zu beurteilen sind. Ist aber – wie hier – lediglich ein Zeitraum von 13 Monaten (Mai 2016 bis Ende Juni 2017) zu beurteilen, so ist dieser Zeitraum maßgebend. Es erschiene nicht angezeigt, in diesem

² Unterhaltsabsetzbetrag.

³ Restgeldunterhaltsverpflichtung des besser verdienenden Elternteils, wenn der schlechter verdienende Elternteil die Transferleistungen bezieht

⁴ Restgeldunterhaltsverpflichtung des besser verdienenden Elternteils, wenn dieser die Transferleistungen bezieht.

Fall auf die beiden Kalenderjahre abzustellen und damit Zeiten (etwa) der aufrechten Haushaltsgemeinschaft und sodann Zeiten der gleichzeitigen Betreuung jew mit Zeiten in einen Topf zu werfen, in denen keine gleichzeitige Betreuung vorlag.

- LG St. Pölten 11. 9. 2019, 23 R 350/19x

40 Da der Unterhalt auch für die Vergangenheit festgesetzt bzw abgeändert werden kann, kann sich in der Praxis bei wechselnden Betreuungsverhältnissen die Frage stellen, wie diese Wechsel bei der (rückwirkenden) Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen sind; dies gilt auch für die Frage, wie – möglicherweise in der Zukunft wechselnde Betreuungsverhältnisse – bei der nunmehrigen Beschlussfassung zu erfassen sind. Hat also die Unterhaltsbemessung **über einen längeren (vergangenen und zukünftigen) Zeitraum** zu erfolgen, stellt sich die Frage, für welchen Zeitraum die Betreuungssituation geprüft werden soll:

- Zunächst ist auch idZ grds davon auszugehen, dass es im Unterhaltsrecht regelmäßig auf das Kalenderjahr ankommt, dh der Betreuungsschlüssel ist durch eine Durchrechnung für jew 1 Kalenderjahr zu ermitteln.

- Bezieht sich die Unterhaltsbemessung auf die Vergangenheit und waren die Betreuungsleistungen über die Jahre hinweg schwankend, ist der Betreuungsschlüssel Jahr für Jahr zu ermitteln (idS auch 1 Ob 13/19x; einschränkend LG St. Pölten 23 R 350/19x). Eine Durchrechnung über die vergangenen Jahre wäre mutwilllich (es käme dann ja darauf an, nach wie vielen Jahren es tatsächlich zur gerichtl Unterhaltsfestsetzung kommt, ja sogar darauf, wie lange sich das Gericht mit seiner Entscheidung Zeit lässt).

- Für die Zukunft ist auf den „Schluss der Verhandlung erster Instanz“ und die tatsächlichen (voraussichtlich stabilen) Betreuungsverhältnisse abzustellen; ändert sich die Betreuungssituation, kann ein Unterhaltsabänderungsantrag gestellt werden. Dies entspricht dem unterhaltsrechtlichen Grundsatz, dass maßgeblich die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Beschlussfassung erster Instanz ist.

- Abzulehnen ist eine – analog zum Beobachtungszeitraum bei selbstständig Erwerbstätigen – Durchrechnung der letzten drei Jahre als Maßstab für die Zukunft. Das erschiene äußerst mutwillig, wenn bspw in der Vergangenheit vom minderbetreuenden Elternteil eher weniger Betreuungsleistungen erbracht wurden (entfernte Wohnsitze), nunmehr aber aufgrund einer Wohnortänderung von einer 50 : 50-Betreuung auszugehen ist und dies in Zukunft auch so sein wird. Ein „Beobachtungszeitraum“ wäre allenfalls denkbar, wenn die Eltern über

die Jahre hinweg – und auch noch zum Zeitpunkt der Beschlussfassung erster Instanz – sehr unregelmäßige Betreuungsleistungen erbrachten und erbringen und deshalb nicht seriös gesagt werden kann, wie sich die Situation in der Zukunft entwickeln wird.

- 41** Daraus, dass der geldunterhaltspflichtige Elternteil um den Aufwand entlastet werden soll, den sich der betreuende (andere) Elternteil dadurch erspart, dass der Geldunterhaltspflichtige – ohne dazu verpflichtet zu sein – im Rahmen eines über das „Übliche“ hinausgehenden Kontaktrechts auch Naturalunterhalt leistet, kann nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass in dem Fall, dass der geldunterhaltspflichtige Elternteil neben seinem (ausschließlich geschuldeten) Geldunterhalt (im Rahmen seines Besuchsrechts) keinen weiteren – nicht geschuldeten – Naturalunterhalt leistet, der Geldunterhalt zu erhöhen sei. Der von den unterhaltsberechtigten Kindern für diesen Fall angestrebte „Zuschlag“ würde auf eine „unterhaltsrechtliche Bestrafung“ des kontaktunwilligen Elternteils hinauslaufen, wofür das Gesetz keine Grundlage bietet.

Zur Ansicht von *Gitschthaler* (vgl. *Unterhaltsrecht*⁴ [2019] Rz 87) ist anzumerken, dass dieser primär für eine – hier gar nicht vorliegende – (gänzliche) Verweigerung der Kontaktrechtsausübung eine Erhöhung des Geldunterhalts in den Raum stellt und dies von der Prämisse abhängig macht, dass bei Ermittlung der Unterhaltspflicht nach der Prozentwertmethode durchschnittliche Besuche (im Sinn durchschnittlicher Kosten des Unterhaltspflichtigen bei der Kontaktausübung und durchschnittlicher Ersparnisse des betreuenden Elternteils während dieser Zeit) berücksichtigt sind. Nach Ansicht des Senats ist eine solche Prämisse aber nicht zugrunde zu legen, würde dies doch dem dargestellten Grundsatz widersprechen, wonach der nicht betreuende Elternteil ausschließlich Geldunterhalt schuldet.

- OGH 25. 9. 2019, 1 Ob 107/19w

D. Vermögen des Kindes

- 42** 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
- Edwin Gitschthaler, Aktuelle Unterhalts- und Aufteilungsrechtsprechung 21

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 sittlichen 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 Ausbildung 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 unterhaltsberechtigte 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 unterhaltsberechtigte Kind insoweit nicht

anders behandelt werden muss als der (ebenfalls volljährige) Unterhaltspflichtige.

E. Unterhaltsvereinbarungen

- 43** § 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.

F. Ausstattung

- 44** Die Auffassung, **finanziell gut situierte Eltern** hätten in jedem Fall eine Ausstattung zu leisten, also auch dann, wenn das Kind bereits versorgt ist und gar keinen Bedarf an einer Ausstattung hat, lässt sich schon mit dem eindeutigen Wortlaut des § 1220 ABGB nicht in Einklang bringen, wonach der Ausstattungsanspruch nur dann besteht, wenn das Kind kein eigenes, zu einer angemessenen Ausstattung hinlängliches Vermögen besitzt.

- OGH 10. 12. 2020, 4 Ob 201/20t

G. Sonstiges

- 45** Wenn von in aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft lebenden unterhaltspflichtigen Eltern nur einer (regelmäßig) erkennbar über seiner eigenen Unterhaltsschuld liegende Beträge an das gemeinsame unterhaltsberechtigte Kind überweist, muss dieses das idR so verstehen, dass damit auch die Unterhaltspflicht des anderen Elternteils erfüllt werden soll.

- OGH 21. 1. 2020, 1 Ob 8/20p

Anmerkung

Da das Kindesunterhaltsrecht nicht auf die Frage abstellt, ob die Eltern mit einander verheiratet sind oder waren, muss dieser Grundsatz jedenfalls auch

für unverheiratete Eltern gelten, die in Lebensgemeinschaft leben. Bei getrennt lebenden Eltern (nach Scheidung oder Aufhebung ihrer Lebensgemeinschaft) wird hingegen regelmäßig keine – von vorneherein anzunehmende – Absicht des leistenden Elternteils bestehen, den anderen Elternteil zu entlasten.

- 46** § 776 Abs 1 ABGB sieht vor, dass der Verfügende den Pflichtteil letztwillig auf die Hälfte mindern kann, wenn er und der Pflichtteilsberechtigte zu keiner Zeit oder zumindest über einen längeren Zeitraum vor dem Tod des Verfügenden nicht in einem Naheverhältnis standen, wie es zwischen solchen Familienangehörigen gewöhnlich besteht. Nach Abs 2 leg cit steht das Recht auf Pflichtteilsmindering nicht zu, wenn der Verstorbene den Kontakt grundlos gemieden oder berechtigten Anlass für den schädigenden Kontakt gegeben hat.

Für eine analoge Anwendung des § 776 ABGB im Unterhaltsrecht zwischen Eltern und Kindern besteht ganz offensichtlich keine Grundlage. Abgesehen davon, dass schon nach den Vorstellungen des Gesetzgebers die Pflichtteilsmindering eine Kontaktunterbrechung von zumindest 20 Jahren voraussetzt, verfügt das Unterhaltsrecht gegenüber dem Erbrecht zweifelsohne nicht nur über einen völlig eigenständigen Charakter, sondern novellierte der Gesetzgeber nur das Erbrecht durch BGBl I 87/2015, ohne dass eine dem § 776 ABGB entsprechende Regelung für das Unterhaltsrecht eingeführt wurde. Eine Analogie ist aber jedenfalls dann unzulässig, wenn – wie hier – Gesetzeswortlaut und klare gesetzgeberische Absicht in die Gegenrichtung weisen.

Vor diesem eindeutigen Hintergrund erweist sich die vom Vater relevierte Prüfung, wen das Verschulden am Unterbleiben der Kontakte trifft, als nicht erforderlich.

- OGH 21. 11. 2018, 7 Ob 208/18s

III. Ehegattenunterhalt

A. Verschiedenes

- 47** Die Verpflichtung zur Leistung von noch nicht fälligem (künftigem) Unterhalt ist zulässig, wenn die Unterhaltspflicht bereits verletzt wurde oder verletzt zu werden droht. Künftiger Unterhalt kann daher etwa auch dann begehrt werden, wenn der Unterhaltspflichtige mit den Unterhaltsleistungen nicht säumig war, er die Unterhaltspflicht jedoch mit der Behauptung bestreitet, die Ehegattin habe den Unterhaltsanspruch verwirkt, oder wenn er weitere Unterhaltsleistungen in Zweifel zieht oder erklärt, dass er freiwillig bzw ohne Rechtspflicht leiste.
- OGH 25. 4. 2019, 4 Ob 54/19y iFamZ 2019/162 (*Deixler-Hübner*)

- 48** Außerdem ist anerkannt, dass den Unterhaltspflichtigen auch die Verpflichtung trifft, die gesetzlichen Voraussetzungen für einen allfälligen öffentlich-rechtlichen Versorgungsanspruch der unterhaltsberechtigten Ehegattin (etwa nach § 258 Abs 4 ASVG oder § 19 PG) zu schaffen. Stützt sich die unterhaltsberechtigte Ehegattin auf einen solchen Versorgungsanspruch, so ist das Rechtsschutzbedürfnis an der Verurteilung des Unterhaltspflichtigen zu den künftig fällig werdenden Unterhaltsleistungen ebenfalls zu bejahen.
- OGH 25. 4. 2019, 4 Ob 54/19y iFamZ 2019/162 (*Deixler-Hübner*)

- 49** Zwar kann die Erstattung einer Anzeige durch den Unterhaltsberechtigten gegen den Unterhaltspflichtigen zur Verwirkung des Unterhaltsanspruchs nach § 74 EheG führen. Dies setzt jedoch voraus, dass die Anzeige nicht in Wahrung berechtigter eigener Interessen, sondern im vollen Bewusstsein erstattet wurde, die Interessen des Unterhaltspflichtigen zu beeinträchtigen. Weiters sind auch die Begleitumstände und das Verhalten des Unterhaltspflichtigen zu berücksichtigen.

Im Allgemeinen übt derjenige, der von einem Urteil Gebrauch macht, nur ein ihm zustehendes Recht aus; Anträge auf exekutive Durchsetzung eines rechtskräftigen Titels können daher für sich allein keinen Rechtsmissbrauch bilden. Zugunsten desjenigen, der gerichtliche Hilfe in Anspruch nimmt, ist stets ein milder Maßstab anzulegen; vor allem ist zu berücksichtigen, dass das Recht jedes Rechtssuchenden, bei Meinungsverschiedenheiten die Hilfe der Behörden in Anspruch zu nehmen, nicht mit einer abschreckenden Verantwortlichkeit belastet werden darf.

Nicht schon objektiv unrichtige, sondern nur bewusst wahrheitswidrige Anschuldigungen können zur Unterhaltsverwirkung führen; Edwin Gitschthaler, Aktuelle Unterhalts- und Aufteilungsrechtsprechung 25

wurde ein strafrechtlich relevanter Vorwurf (nicht nur, aber eben auch) „zum Zweck der Wahrheitsfindung“ erhoben, verbietet sich geradezu diese Annahme.

- OGH 23. 10. 2019, 7 Ob 140/19t

50 Von einer gegen die guten Sitten verstoßenden missbräuchlichen Rechtsausübung könnte nur dann gesprochen werden, wenn demjenigen, der sein Recht ausübt, jedes andere Interesse abgesprochen werden muss als eben das Interesse, dem anderen Schaden zuzufügen. Besteht ein begründetes Interesse des Rechtsausübenden, einen seinem Recht entsprechenden Zustand herzustellen, wird die Rechtsausübung nicht schon dadurch zu einer missbräuchlichen, dass der sein Recht Ausübende ua auch die Absicht verfolgte, mit der Rechtsausübung dem anderen Schaden zuzufügen. Ein Unterhaltspflichtiger, der selbst seine Unterhaltsverpflichtung nicht erfüllt hat, kann die dadurch hervorgerufene Reaktion des Unterhaltsberechtigten nicht gem § 74 EheG als Verwirkungstatbestand geltend machen, weil auch dies infolge des Zusammenhangs mit seinem eigenen Verschulden sittlich nicht gerechtfertigt wäre.

- OGH 23. 10. 2019, 7 Ob 140/19t

51 In dem der E 3 Ob 245/05h zugrunde liegenden Fall legte die beklagte Unterhaltsberechtigte in einem vorangegangenen Oppositionsverfahren, in dem der frühere Ehemann die Vollzeitbeschäftigung der Beklagten behauptete, zum Beweis vergeblicher Beschäftigungsbemühungen zwei gefälschte Urkunden vor, weshalb sie in der Folge strafrechtlich verurteilt wurde. Der OGH gelangte zum Ergebnis, dass die Urkundenfälschung nicht als schwere Verfehlung gegen den Unterhaltspflichtigen qualifiziert werden könne, weil der Straftatbestand die Interessen der Allgemeinheit schütze und die Urkunden auch keinen Einfluss auf das Verfahrensergebnis gehabt hätten.

Die E 3 Ob 209/99b betraf die Inanspruchnahme von Unterhaltsleistungen trotz aufrechter Lebensgemeinschaft. Dazu führte der OGH aus, dass nach den Erfahrungen des täglichen Lebens davon auszugehen sei, dass der Beklagten bewusst gewesen sei, dass sie zu Unrecht Unterhaltszahlungen entgegengenommen und sie die dadurch bewirkte Schädigung des Klägers zumindest in Kauf genommen habe. Auch wenn die Beklagte die Unterhaltsleistungen mit zumindest bedingtem Vorsatz in Anspruch genommen habe, sei dieser Umstand noch nicht derart gewichtig, dass er die Annahme der Verwirkung des Unterhaltsanspruchs rechtfertigen könne.

Ausgehend von diesen Grundsätzen, wonach zu Unrecht bezogene Unterhaltsleistungen die Annahme des Verwirkungstatbestands idR nicht rechtfertigen, ist die Beurteilung, dass die Verletzung der Informationspflicht der Beklagten ab dem Jahr 2007 keine derart besonders schwerwiegende Verfehlung bewirke, dass dem Kläger die Unterhaltsleistungen für alle Zukunft nicht mehr zumutbar seien, nicht zu beanstanden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Entwicklung der vereinbarten Grenzwerte aufgrund der Indexanpassung mit Schwellenwerten von jew 10% für die Beklagte im Detail kaum überschaubar war. Eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs der Beklagten ist damit nicht eingetreten.

- OGH 26. 2. 2019, 4 Ob 15/19p EF-Z 2019/127 (*Gitschthaler*)

52 Bei der Ermittlung des Unterhaltsanspruchs zwischen Ehegatten sind auch solche tatsächlich nicht bezogenen Einkünfte an Kapitalerträgen angemessen zu berücksichtigen, die der fordernde Gatte vertretbarerweise beziehen hätte können. Was vertretbar oder unvertretbar ist, bestimmt sich nach den konkreten Lebensverhältnissen unter Bedachtnahme auf die Entscheidung, die partnerschaftlich eingestellte Ehegatten im gemeinschaftlichen Interesse unter den gegebenen Umständen getroffen hätten.

- OGH 25. 10. 2019, 8 Ob 101/19i; 16. 12.2019, 7 Ob 169/19g

53 Wird schlecht gewirtschaftet, so ist als Erträgnis fiktiv all das zu berücksichtigen, was bei ordnungsgemäßem Wirtschaften erzielt worden wäre; der Unterhaltsberechtigte darf nicht zu Lasten des Unterhaltspflichtigen bei seiner Vermögensverwaltung nachlässig sein. Dem Unterhaltsberechtigten ist dabei ein gewisser Ermessensspielraum einzuräumen: Eine strenge Beurteilung seines wirtschaftlichen Verhaltens erscheint nicht angemessen, zumal die Vermögensverwaltung einer Privatperson nicht ausschließlich nach betriebswirtschaftlich orientierten Gesichtspunkten erfolgt, sondern besonders auch von individuellen Fähigkeiten und Eigenschaften (Alter, geschäftliche Erfahrung, Lebenssituation etc) sowie persönlichen Zielsetzungen bestimmt wird.

- OGH 16. 12. 2019, 7 Ob 169/19g

- 54** 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

Anmerkung

Dieser Grundsatz hat auch für den Unterhaltsberechtigten zu gelten. Er hat zwar sein Vermögen nicht anzugreifen, wohl aber – erzielbare – Vermögenserträge auch tatsächlich zu erzielen.

B. Verlangen von Geldunterhalt

- 55** 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*)

- 56** 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 Edwin Gitschthaler, Aktuelle Unterhalts- und Aufteilungsrechtsprechung

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

- 57** Die Deckung „notwendiger“ Prozess- und Anwaltskosten zählt zum Unterhalt; der Unterhaltsberechtigte kann einen entsprechenden Sonderbedarf (in Form eines Prozesskostenvorschusses) als einstweiligen Unterhalt gemäß § 382 Abs 1 Z 8 lit a EO geltend machen kann, wenn die laufenden Unterhaltsbeiträge zur Begleichung derartiger Kosten nicht ausreichen.

Dabei ist für die Berücksichtigung bereits entstandener Honorarverbindlichkeiten – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – nur maßgebend, dass sie noch offen sind. Auf das Vorliegen einer Stundungsvereinbarung kommt es nicht an; dies gilt umso weniger für eine vom Gegner geforderte echte, also die Fälligkeit hinausschiebende Stundungsvereinbarung.

- OGH 5. 7. 2019, 4 Ob 106/19w

- 58** Ein Prozesskostenvorschuss (als unterhaltsrechtlicher Sonderbedarf) steht nur für „notwendige“ Verfahrenskosten zu. Dies ist dann anzunehmen, wenn auch andere vernünftige und sorgfältige Personen in der Lage des Gefährdeten das jeweilige kostenverursachende Verfahren eingeleitet bzw fortgeführt hätten und die konkreten Prozesshandlungen als vernünftige und zweckentsprechende Rechtsverfolgungsmaßnahmen anzusehen sind.

- OGH 5. 7. 2019, 4 Ob 106/19w

- 59** Es entspricht dem Wesen eines Kostenvorschusses, dass der Empfänger diesen mit den von ihm in der Folge tatsächlich aufgewendeten (Prozess-)Kosten verrechnen, also einen allfälligen Überschuss zurückzahlen muss. Auch der Prozesskostenvorschuss ist daher als zweckgebundener und verrechenbarer, bei Zweckverfehlung auch rückforderbarer Vorschuss zu behandeln.

Da eine unzulässige Doppelbelastung erst dann in Betracht kommt, wenn nicht nur ein Vorschuss für bestimmte Kosten des Unterhaltsberechtigten erlegt wurde, sondern der Erleger darüber hinaus auch vom Gericht zum Ersatz dieser Kosten an den Unterhaltsberechtigten verpflichtet wurde, scheidet eine Geltendmachung vor Rechtskraft der Kostenentscheidung und daher vor Schluss der Verhandlung im Titelprozess aus. Bis zur Rechtskraft der Kostenentscheidung steht ja gar nicht fest, ob und allenfalls in welcher Höhe der Erleger Kosten zu ersetzen hat.

Der Umstand allein, dass die Übernahme der Vorschusspflicht in einem im Scheidungsverfahren geschlossenen Vergleich erfolgte, lässt nicht den Schluss zu, dass damit nur die Kosten des Scheidungsprozesses abgedeckt werden sollten, weil damit typischerweise weitere Verfahren und Verhandlungen für eine einvernehmliche Lösung einhergehen.

Es ist die Notwendigkeit der einzelnen Maßnahmen im Einzelfall zu prüfen und vor allem darauf Bedacht zu nehmen ist, ob auch der Gegner anwaltlich vertreten ist; maßgeblich ist, ob auch andere vernünftige und sorgfältige Personen in der Lage des Unterhaltsberechtigten ein ähnliches kostenverursachendes Verhalten gesetzt hätten, dieses also als vernünftige und zweckentsprechende Rechtsverfolgungsmaßnahme iSd § 41 ZPO anzusehen ist. Eine zwingende Beschränkung auf eine Berechnung der Kosten nach dem RATG ist daher wegen der erforderlichen Einzelfallbeurteilung nicht generell vorgegeben.

- OGH 19. 11. 2019, 3 Ob 201/19h EF-Z 2020/74 (*Schumacher*)

60 Anmerkung:

- Nach nunmehr stRsp⁵ zählt auch die Deckung von Prozess- und Anwaltskosten zum Unterhalt, wobei diese zwar aus dem – im Hauptanwendungsfall des Prozesskostenvorschusses – Unterhaltsanspruch des anspruchsberechtigten Ehegatten nach § 94 ABGB zu decken und nicht als gesonderter Vorschuss außerhalb des einstweiligen Unterhalts zuzusprechen sind. Wenn sich allerdings aus der Prozessgefahr ein besonderer Unterhaltsbedarf ergibt, den der Unterhaltsberechtigte aus

⁵ RS0013486, RS0005627.

den laufenden Unterhaltsbeiträgen nicht decken kann, ist ein Prozesskostenvorschuss zuzusprechen, sofern dies dem Unterhaltspflichtigen neben der laufenden Unterhaltsleistung zumutbar ist.

- Verfahrensrechtliche Grundlage für den Prozesskostenvorschuss ist dabei § 382 Z 8 lit a EO, wonach ein einstweiliger von einem (unter anderem) Ehegatten dem anderen zu leistender Unterhalt bestimmt werden kann. Da die materiellrechtliche Grundlage der Unterhaltsanspruch (präziser: der Sonderunterhaltsanspruch)⁶ des berechtigten Ehegatten ist, hat dieser als gefährdete Partei sämtliche Voraussetzungen für das Vorliegen einer Unterhaltsverpflichtung des anderen Ehegatten nach materiellem Recht zu behaupten und zu bescheinigen, also nicht nur seinen Bedarf, sondern auch sein Unvermögen und die Unterhaltsverletzung durch den anderen Ehegatten.⁷
- Da es sich um einen Prozesskosten“vorschuss“ handelt, lässt sich denkbare bei seiner Festsetzung (noch) nicht konkret vorhersagen, wie hoch er im konkreten Fall sein muss/soll. Es ist also eine ex ante-Einschätzung vorzunehmen, die sich zwar nach den Umständen des Einzelfalls richten muss,⁸ aber dennoch eines gewissen objektiven bzw allgemein-gültigen Maßstabs bedarf.⁹ In der Rsp wurde deshalb regelmäßig betont, dass (lediglich) die Deckung **notwendiger Prozess- und Anwaltskosten** zum Unterhalt zähle,¹⁰ wobei darauf hingewiesen wurde, dass in Unterhaltsverfahren die Bemessungsgrundlagen nach JN, RATG und GGG zu beachten seien.¹¹ Nach der E 1 Ob 67/05t kam es darauf an, ob es sich um „notwendige“ Verfahrenskosten iS der Rsp zum unterhaltsrechtlichen Sonderbedarf handelt, was insbesondere dann der Fall sei, wenn auch andere **vernünftige und sorgfältige Personen** in der Lage der gefährdeten Partei das kostenverursachende Verfahren eingeleitet und fortgeführt hätten, nach der E 9 Ob 121/06v darauf, ob die kostenverursachenden Prozesshandlungen in ihrer Gesamtheit als **vernünftige und zweckentsprechende Rechtsverfolgungsmaßnahmen** anzusehen seien. Zweitinstanzliche Rsp stellte auf die Deckung "notwendiger" (dh **angemessener und nicht mutwilliger oder aussichtsloser Rechtsverfolgung dienender**) **Prozess- und Anwaltskosten** ab.¹² Die Entscheidung 4 Ob 42/10w gab außerdem vor, dass im Unterhalts- und Scheidungsstreit (vorerst) nur auf das erstinstanzliche Verfahren Bedacht zu nehmen sei.
- Die vielbeachtete Entscheidung 3 Ob 152/16y führte zwar zunächst – und dies durchaus im Einklang mit der bis dahin stRsp – aus, es sei einerseits darauf zu achten, ob und inwieweit der den Vorschuss begehrende Ehegatte unter Bedachtnahme auf seine sonstigen Bedürfnisse die Verfahrenskosten aus eigenen Einkünften einschließlich des

⁶ 1 Ob 67/05t; 4 Ob 114/06b EF-Z 2006/74 (Gitschthaler).

⁷ Deixler-Hübner, iFamZ 2016, 370 (Entscheidungsanmerkung) mit Nachweisen aus LuRsp; vgl auch Deixler-Hübner, Zak 2016, 424; Hopf/Kathrein, Eherecht³ (2014) § 382 EO Rz 16.

⁸ Jüngst 3 Ob 201/19h.

⁹ Vgl 1 Ob 14/04x („vorhersehbare Aufwendungen für Prozesskosten“).

¹⁰ 2 Ob 603/93.

¹¹ 2 Ob 595/94.

¹² LGZ Wien EFSlg 140.878 (2013).

monatlichen Unterhalts decken kann; andererseits sei zu berücksichtigen, ob und inwieweit dem Unterhaltspflichtigen diese zusätzliche Leistung unter Bedachtnahme auf seine sonstigen Zahlungen und Verpflichtungen zugemutet werden kann; die Notwendigkeit der einzelnen Maßnahmen sei im Einzelfall zu prüfen und vor allem darauf Bedacht zu nehmen, ob auch der Gegner anwaltlich vertreten sei; maßgeblich sei, ob auch andere vernünftige und sorgfältige Personen in der Lage der gefährdeten Partei ein ähnliches kostenverursachendes Verhalten gesetzt hätten, dieses also als vernünftige und zweckentsprechende Rechtsverfolgungsmaßnahme anzusehen sei; als notwendig seien alle Kosten anzusehen, die angemessen seien und nicht mutwilliger oder aussichtsloser Rechtsverfolgung dienten.

- In weiterer Folge ergänzte der 3. Senat allerdings die anzuwendenden Maßstäbe um
 - a) die Vermeidung von **Unbilligkeiten**,
 - b) die Möglichkeit, Streitfragen unter **angemessenen Rahmenbedingungen** klären zu können,
 - c) die **Waffengleichheit** zwischen den prozessierenden Ehegatten und
 - d) die Vornahme einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der **einvernehmlichen Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse** während aufrechter Ehe.

Mit Punkt d) gelang es dem 3. Senat, den „exklusiven Lebensstil“ der Ehegatten im konkreten Fall mitzuberücksichtigen (die privaten Ausgaben des Ehepaars hatten sich im Jahr 2010 auf rund € 7,74 Mio und im Jahr 2011 auf rund € 6,18 Mio belaufen; der Ehefrau waren ausschließlich zur Deckung ihrer persönlichen Bedürfnisse mtl rund € 98.000,- zur Verfügung gestanden, nunmehr jedoch neben den vom Ehemann weiterhin bezahlten Kosten ua für die luxuriöse Ehewohnung „nur mehr“ rund € 24.600,-). Mit den Punkten a) bis c) wiederum konnte releviert werden, dass die Ehefrau in der vom Ehemann herbeigeführten Situation mit einem Scheidungsprozess und einer „massiven Kürzung“ der ihr überlassenen Mittel konfrontiert gewesen sei: Nach Ansicht des OGH wäre es in Anbetracht der außergewöhnlichen finanziellen Ausstattung des Ehemanns und deren Ausnutzung durch außerordentlich aufwändige Prozessführung grob unbillig, müsste sie jenen Aufwand, der entsteht, um dem Gegner auf möglichst gleicher juristischer Ebene entgegenzutreten zu können, aus dem ohnehin schon massiv gekürzten Unterhalt finanzieren. Da der Ehemann beim Honorar seiner mindestens zwei österreichischen Rechtsanwälte Stundensätze (deren Höhe wurde in der Entscheidung nicht widergegeben) vereinbart habe, wäre es unbillig, den auf Anwaltskosten entfallenden Bedarf der Ehefrau auf eine Berechnung nach RATG zu beschränken, weshalb sich der Prozesskostenvorschuss unter anderem an den Stundensätzen des österreichischen Rechtsanwalts der Ehefrau zu orientieren habe.

- In weiterer Folge präzisierte die Entscheidung 3 Ob 201/19h dahin, Ziel des Prozesskostenvorschusses sei unter anderem die Möglichkeit, **Streitfragen unter angemessenen Rahmenbedingungen klären** zu

können, also auch eine Waffengleichheit zwischen den prozessierenden Ehegatten herzustellen; der unterhaltsberechtigten Ehegatte müsse die Möglichkeit haben, dem Standpunkt des Gegners mit einem **vergleichbaren juristischen Aufwand** entgegen zu treten; insoweit seien Unbilligkeiten zu vermeiden.

- ME erscheint es jedoch schon fraglich, ob es tatsächlich auf Waffengleichheit und vergleichbaren juristischen Aufwand ankommen kann. Bereits *Deixler-Hübner*¹³ hat ja zutreffend darauf hingewiesen, dass es – obwohl es sich de jure noch um Ehegattenunterhalt handelt – de facto eigentlich um nachehelichen Unterhalt geht („gewinnt“ die gefährdete Partei das Scheidungsverfahren, zahlt der andere Ehegatte Unterhalt nach § 66 EheG). Das führt aber zum geradezu **paradoxen Ergebnis, dass der präsumtiv Unterhaltspflichtige die Prozesskosten seines Gegners bevorschussen muss**, oder mit anderen Worten: Der Ehegatte bezahlt (teuer) für das Prozessieren gegen sich selbst.¹⁴ Ob diese Konzeption überhaupt billig ist, soll angesichts der jahrzehntelangen herrschenden LuRsp zwar nicht in Zweifel gezogen werden. Aber Waffengleichheit und vergleichbarer juristischer Aufwand? Und daraus folgend der zwingende Anspruch auf Verrechnung von Stundensätzen, wenn auch der andere Ehegatte Stundensätze an seinen Rechtsanwalt bezahlt? Vielleicht soll Waffengleichheit und vergleichbarer juristischer Aufwand überhaupt erst gegeben sein, wenn sich bei Ehegatten von Rechtsanwälten vertreten lassen, die Stundensätze in gleicher Höhe verlangen?

Dem Prozesskostenvorschuss liegt der Gedanke zugrunde, dass es sich dabei um einen Sonderunterhaltsanspruch handelt. Nach allgemeinem Verständnis von Sonderbedarf genießt aber bei mehreren (gleichwertigen) Alternativen stets die für den Unterhaltspflichtigen weniger belastende den Vorzug,¹⁵ woraus im hier interessierenden Kontext der Schluss zu ziehen ist, dass ein Prozesskostenvorschuss grundsätzlich nur in jener Höhe zugesprochen werden darf, die nach objektiver Betrachtung zur Rechtsdurchsetzung bzw -verteidigung absolut erforderlich ist (Stichworte: Notwendigkeit, Vernunft, Zweckentsprechung, Sorgfalt). Meines Erachtens hat es deshalb bei Festsetzung eines Prozesskostenvorschusses im Regelfall bei den (objektiven) Grundsätzen der früheren Rsp zu bleiben, wonach die Notwendigkeit der einzelnen Maßnahmen im Einzelfall zu prüfen und dabei einerseits darauf Bedacht zu nehmen ist, ob der Gegner anwaltlich vertreten ist, und andererseits maßgeblich ist, ob auch andere vernünftige und sorgfältige Personen in der Lage der gefährdeten Partei ein ähnliches Kosten verursachendes Verhalten gesetzt hätten, dieses also als vernünftige und zweckentsprechende Rechtsverfolgungsmaßnahme anzusehen ist.

¹³ Zak 2016, 424.

¹⁴ Vgl Die Presse 2016/47/04.

¹⁵ *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht⁴ Rz 609.

- 61** Einer vom klagenden Ehegatten beantragten einstweiligen Verfügung (Ehegattenunterhalt) wird durch die Zurücknahme der Scheidungsklage die Grundlage entzogen. Dies hat zur Folge, dass die einstweilige Verfügung in sinngemäßer Anwendung des § 399 Abs 1 Z 4 EO auf Antrag aufzuheben ist. Hingegen kann der zugunsten des beklagten Ehegatten bewilligten einstweiligen Verfügung durch eine solche Klagerücknahme nicht ohne weiteres die Grundlage entzogen werden. Dem beklagten Ehegatten ist vielmehr in einem solchen Fall in der Regel die Möglichkeit zu geben, das Weiterbestehen der einstweiligen Verfügung dadurch zu rechtfertigen, dass er selbst das dafür erforderliche Verfahren – allenfalls nach Fristsetzung durch das Gericht – in Gang setzt.

Wird der Antrag auf Zuspruch (der Erhöhung des) einstweiligen Unterhalts vor Zurücknahme der Scheidungsklage gestellt, besteht die Zuständigkeit des Erstgerichts dennoch fort; inhaltlich ist das Begehren jedoch mit dem Zeitpunkt der Rücknahme der Klage begrenzt.

- OGH 19. 5. 2021, 10 Ob 15/21k

D. Ergänzungsklage (Scheidungsverschulden)

- 62** Die Ergänzungsklage kann nicht auf bereits im Scheidungsprozess vorgebrachte Verschuldensgründe gestützt werden. Wurde im Scheidungsverfahren ein Mitverschuldenantrag nach § 60 Abs 3 EheG gestellt, so steht die Ergänzungsklage nicht offen.

- OGH 22. 1. 2020, 9 Ob 48/19b

- 63** In Fortschreibung der Erwägungen in der Entscheidung zu 1 Ob 17/05i ist als Ergebnis festzuhalten, dass auch im Fall einer Klage auf Ergänzung des Verschuldensausspruchs nach § 61 Abs 3 EheG die kurze Präklusivfrist (6 Monate; § 57 EheG) mit Rechtskraft der ausländischen Eheauflösungsentscheidung zu laufen beginnt, falls ein Grund zur Verweigerung der Anerkennung nicht vorliegt.

- OGH 26. 9. 2018, 1 Ob 97/18y

IV. Aufteilung

A. Aufteilungsmasse

64 Für die Beurteilung, ob und inwieweit eine aufgrund eines während aufrechter Ehe eingetretenen Versicherungsfalls bezahlte Versicherungsleistung der nahehegl Auft unterliegt, kommt es grds vor allem darauf an, welcher Schaden bzw „Ausfall“ damit ausgeglichen werden soll. IdR dient eine private Unfallversicherung der Abdeckung bestimmter Folgen eines Unfalls, insb auch einer eingetretenen dauernden Invalidität, deren Abgeltung wiederum zumindest der pauschalen Abdeckung eines typischen Einkommensausfalls dient. In dem Umfang, in dem die Versicherungsleistung also keinen konkreten Mehraufwand oder Sonderbedarf abdecken soll, ist sie daher etwa auch bei der Bemessung des Uh in die UBGr (als Einkommen) miteinzubeziehen. Mit jenem Anteil, mit dem eine aufgrund einer privaten Unfallversicherung bezahlte Invaliditätsentschädigung einen Einkommensentfall ersetzen soll, ist sie grds aufzuteilende eheliche Errungenschaft, soweit sie zum Zeitpunkt der Trennung noch (abgrenzbar) vorhanden ist.

- OGH 30. 4. 2019, 1 Ob 112/18d EF-Z 2019/91 (*Oberhumer*)

65 Aufzuteilen ist grundsätzlich nicht die fiktiv mögliche, sondern die tatsächliche eheliche Errungenschaft, dh das während der aufrechten ehelichen Gemeinschaft Erarbeitete oder Ersparte, wenn es zum Zeitpunkt der gerichtlichen Anordnung **noch vorhanden oder dessen Wert nach § 91 Abs 1 EheG in die Aufteilung einzubeziehen** ist.

- OGH 22. 7. 2020, 1 Ob 130/20d iFamZ 2020/216 (*Deixler-Hübner*)

Anmerkung

Richtigerweise muss es heißen: im Aufteilungszeitpunkt noch vorhanden oder dessen Wert nach § 91 Abs 1 EheG in die Aufteilung einzubeziehen ist. Und der Aufteilungszeitpunkt ist eben die Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft.

66 Das gemeinsam während aufrechter Ehe erworbene **Anwartschaftsrecht auf Wohnungseigentum** fällt als eheliche Ersparnis grundsätzlich in das aufzuteilende Vermögen. Zu beachten ist dabei, dass bei einer auf § 830 ABGB gestützten Teilungsklage die Vermögensmasse den früheren Miteigentümern im Verhältnis ihrer jeweiligen Anteilsgrößen zuzuordnen ist, wohingegen die Aufteilung ehelichen Gebrauchsvermögens gemäß §§ 81 ff EheG nach Billigkeit erfolgt. Es ist daher auch zu berücksichtigen, mit welchen Anteilen die vormaligen

Ehegatten zur Ansammlung des aufzuteilenden Vermögens beigetragen haben.

- OGH 3. 4. 2020, 5 Ob 23/20y

- 67** Die Ehegatten leben trotz Scheidung nach wie vor im Haus (= Ehewohnung) der Tochter, an denen ihnen ein **höchstpersönliches, lebenslanges und unentgeltliches Wohnungsrecht im Sinn eines Wohnungsgebrauchsrechts im gesamten Wohnhaus** eingeräumt ist. Ein derartiges Wohnungsgebrauchsrecht mag zwar mangels Verwertbarkeit nicht als eheliche Ersparnis anzusehen sein; die Ehewohnung ist aber zweifelsohne schon kraft der in § 81 Abs 2 EheG enthaltenen Legaldefinition immer eheliches Gebrauchsvermögen. Dieses setzt kein Eigentumsrecht voraus, sondern nur das Bestehen dinglicher oder obligatorischer Rechte an unbeweglichen Sachen, womit das Wohnungsgebrauchsrecht (jedenfalls hier) der Aufteilung unterliegt.

Die vom Gesetz geforderte Trennung der Lebensbereiche der Ehegatten lässt sich nur dadurch herbeiführen, dass einem Ehegatten sein Wohnungsgebrauchsrecht – gegen Leistung einer Ausgleichszahlung – entzogen wird. Der andere Ehegatte kann dann das ihm von der Tochter eingeräumte Recht an der Nutzung der Ehewohnung in Zukunft allein ausüben. Damit wird ersterer nicht anders behandelt, als wenn er etwa bei Miteigentum oder gemeinsamen Wohnungseigentum seinen Anteil verlöre und dafür einen angemessenen Ausgleich erhielte.

- OGH 22. 6. 2021, 1 Ob 67/21s

B. Unternehmen

- 68** Wendet ein Ehegatte während der ehelichen Lebensgemeinschaft Mittel zur Tilgung eines für den Erwerb der Liegenschaft und die Fertigstellung des als Ehewohnung dienenden Hauses aufgenommenen Kredits auf, die aus seinem bereits vor Eheschließung bestandenen Unternehmen stammten, dessen Substanz sich in diesem Zeitraum nicht nur nicht erhöhte, sondern sogar konstant verringert, so handelte es sich bei diesen Entnahmen aus dem Unternehmen um voreheliche Mittel iSd § 82 Abs 1 Z 1 EheG.

Diese Mittel sind bei der Aufteilung wertverfolgend zu berücksichtigen und dem (Unternehmer)ehegatten rechnerisch vorab zuzuweisen. Wurde die Liegenschaft mit der Ehewohnung überwiegend aus vorehelichen Mitteln dieses Ehegatten finanziert, ist dies im Rahmen der

Billigkeit zu berücksichtigen, weil dann – hinsichtlich der derart finanzierten Liegenschaft – nicht von gleichen Beiträgen beider Ehegatten gesprochen werden könnte.¹⁶

- OGH 23. 1. 2019, 1 Ob 147/18a

69 Es liegt nahe, dass sich der Gesetzgeber beim Abstellen auf das „Unternehmen“ primär am allgemeinen Verständnis dieses Begriffs und an jenen gesetzlichen Bestimmungen orientiert hat, die diese Erscheinung von „Nichtunternehmen“ bzw „Nichtunternehmern“ abgrenzen. In vielen Fällen wird die Beurteilung, ob ein von der Aufteilung ausgenommenes Unternehmen vorliegt, sich demnach schon aus der ausgeübten Tätigkeit selbst herleiten lassen, so etwa **wenn die Tätigkeit ihrer Art nach typischerweise als „unternehmerische“ angesehen wird**, sie über eine bloße Liebhaberei oder Freizeitbeschäftigung hinausgeht und die für die Ausübung angeschafften oder verwendeten Sachen nach der Verkehrsauffassung keine bloßen Wertanlagen sind.

- OGH 30. 4. 2019, 1 Ob 112/18d EF-Z 2019/91 (*Oberhumer*)

70 Jener Teil des Hauses, der auf die tageweise vermieteten Fremdenzimmer(/Appartements) entfällt, ist dann unternehmerisch genützt, wenn diese professionell angeboten werden, diese tageweise Vermietung also über Gelegenheitsgeschäfte hinausgeht, weil beim „Unternehmer“ auf das Leitbild des professionellen Anbieters abzustellen ist und eine regelmäßig betriebene Privatzimmervermietung, die über die bloße Überlassung von Wohnraum hinausgeht, ein Unternehmen ist. An dieser Stelle ist zur Behauptung des Mannes, er sei schon deshalb, weil er über „zahlreiche“ vermietete Wohnungen verfüge, „gewerblicher Vermieter“, klarzustellen, dass das Steuerrecht die gewerbliche Vermietung von der Vermögensverwaltung – und dem damit verbundenen Erzielen von Einnahmen aus „Vermietung und Verpachtung“ – danach unterscheidet, ob zur reinen Zurverfügungstellung von Wohnraum samt damit verbundenen typischen Nebenleistungen (Beistellung von Hausbesorger, Schneeäumung, Müllabfuhr, Heizwärme und Warmwasser; Adaptierungs- und Ausbauarbeiten) weitere Leistungen hinzutreten. Solche zusätzlichen Nebenleistungen müssen im Umfang aber deutlich über das hinausgehen, was mit der Verwaltung des eigenen Vermögens üblicherweise verbunden ist (etwa durch Reinigung des Objekts selbst und Verpflegung bei einer größeren Anzahl von Betten udgl).

- OGH 30. 4. 2019, 1 Ob 112/18d EF-Z 2019/91 (*Oberhumer*)

¹⁶ Gemeint wohl: Die Liegenschaft samt Ehemwohnung dem (Unternehmer)ehegatten zuzuweisen und lediglich die während aufrechter ehel Lebensgemeinschaft aus (anderen) ehel Errungenschaften erzielte Wertschöpfung aufzuteilen (vgl 1 Ob 262/15h EF-Z 2016/94 [*Oberhumer*]) = iFamZ 2016/108 [*Deixler-Hübner*]).
Edwin Gitschthaler, Aktuelle Unterhalts- und Aufteilungsrechtsprechung

71 Der Schluss, dass bei Veranlagung in Immobilien schlicht die **während der Ehe größer werdende Anzahl an Bestandobjekten** dazu führt, dass der Eigentümer zum Unternehmer wird und diese Immobilien als einem Unternehmen gewidmete Sachen von der Auft ausgenommen sind, ist mit dem Zweck des EheG in Anbetracht der Zielsetzung, bei der Auft nach §§ 81 ff EheG ein für beide Parteien tragbares, den Umständen des Einzelfalls gerecht werdendes Ergebnis herbeizuführen, nicht vereinbar. Vielmehr sind während der Ehe angesammelte Liegenschaften, die vermietet werden, in aller Regel ehel Ersparnis. Behauptet ein Ehegatte, dass es sich dabei um einem Unternehmen gewidmete Sachen handelt, hat er das Vorliegen des Ausnahmetatbestands zu beweisen.

- OGH 30. 4. 2019, 1 Ob 112/18d EF-Z 2019/91 (*Oberhumer*)

72 Solange nicht mehr als etwa fünf Objekte vermietet werden, wobei dies aber ausdrücklich nur als Richtzahl angesehen wird, besteht kein Anlass, bei einer solchen Vermietung im Bereich des AuftRechts unternehmerische Tätigkeit anzunehmen. Ebenso wenig wird ein Unternehmen iS des AuftRechts anzunehmen sein, wenn sich eine Auft der (organisatorisch zusammengefassten) Immobilien weder auf die Ertragsentwicklung deutlich nachteilig auswirken noch zum (endgültigen) Verlust mehrerer Arbeitsplätze führen würde. Für die Beurteilung der letztlich nur in einer Gesamtschau der ehel Verhältnisse zu lösenden Frage, wann (ausnahmsweise) diese während der Ehe erwirtschaftete ehel Errungenschaft deshalb von der Auft ausgenommen sein soll, weil damit ein iS des Gesetzeszwecks schutzwürdiges Unternehmen betrieben wird, sind insb folgende Kriterien heranzuziehen:

- Die Vermietung des Immobilienvermögens ist Teil des aktiven Erwerbslebens eines oder beider Ehegatten. Aus dem Liegenschaftsvermögen werden nicht unerhebliche regelmäßige Erträge erzielt, die gegenüber sonstigen laufenden Einkünften ins Gewicht fallen.
- Den lukrierten (Miet-)Erträgen liegen – neben dem Kapitaleinsatz – im Wesentlichen persönliche (Organisations-)Tätigkeiten des Eigentümers (oder eigener Dienstnehmer) zugrunde, die (nicht unerheblichen) Arbeitsaufwand iS einer Erwerbstätigkeit erfordern, was eine größere Zahl von zu verwaltenden Objekten mit einer Mehrzahl von Mietern voraussetzt.
- Dazu ist eine eigenständige Organisation eingerichtet, unter deren „Dach“ die Vermietung betrieben wird und bei der der Eigentümer selbst zumindest die wesentlichen Entscheidungen trifft. Der Ehegatte

entfaltet also eine marktgerichtete und wirtschaftlich selbständige Tätigkeit.

- OGH 30. 4. 2019, 1 Ob 112/18d EF-Z 2019/91 (*Oberhumer*)

73 Anmerkung:

Nach der Entscheidung 1 Ob 112/18d, die zur Frage der Berücksichtigung von (bestimmten) Unternehmen (Stichwort: Vermietung mehrerer Wohnungen) im Rahmen der Aufteilung doch einige Neuerungen brachte, schärfte eine weitere Entscheidung nunmehr in Teilbereichen nach. In der Lit war ja bereits erörtert worden, dass kein (exemter) Unternehmen/santeil zwar ein Anteil an einer rein vermögensverwaltenden Gesellschaft¹⁷ ist, also wenn etwa der Unternehmensgegenstand ausschließlich in der Verwaltung von Geld- oder Wertpapiervermögen liegt.¹⁸ Es macht nach der Systematik der Ausnahmen in § 82 Abs 1 Z 3 und 4 EheG keinen Unterschied, ob der Ehegatte selbst Zurechnungssubjekt des betroffenen Vermögens ist oder dieses im Eigentum einer Gesellschaft steht. Ob ein Ehegatte als Gesellschafter auf eine bloß vermögensverwaltende Gesellschaft einen maßgeblichen Einfluss hat oder nicht, spielt dann keine Rolle, weil die Anteile a priori nicht nach § 82 Abs 1 Z 4 EheG immunisiert sind.¹⁹ Diesen Überlegungen ist die E 1 Ob 14/21x ausdrücklich gefolgt: Die **Anteile an bloß vermögensverwaltenden (Immobilien)gesellschaften** sind aufzuteilen.

74 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*)

75 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.²⁰ 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

¹⁷ *Oberhumer* Unternehmen 132 ff sowie EF-Z 2016, 24.

¹⁸ Vgl 1 Ob 112/18d.

¹⁹ *Oberhumer*, EF-Z 2020/9 (Entscheidungsanmerkung).

²⁰ *Oberhumer*, EF-Z 2020/9 (Entscheidungsanmerkung); idS wohl auch 1 Ob 112/18d.

nicht bloße Vermögensverwaltung.²¹ 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.

76 Anmerkung:

Auch **Holdinggesellschaften** 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.²²

- 77 Grundsätzlich können die vermögensrechtlichen Folgen einer Scheidung durch den Transfer von der Aufteilung unterliegenden Vermögenswerten in eine **Privatstiftung** nicht vereitelt werden. Unternehmen und Unternehmensanteile, die nicht mit ehelichen Ersparnissen gegründet oder finanziert wurden, sowie nicht umgewidmete Unternehmenserträge unterliegen aber weiterhin nicht der Aufteilung.

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

- 78 Der Mann hat sein Unternehmen während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft im Jahr 1998 geschlossen. Die daraus resultierenden Schulden von 1,5 Mio ATS schuldete er im Juli 1999 um. Zu diesem Zweck schlossen er und seine (damalige) Frau als Kreditnehmer mit dem Zweck „Umschuldung“ einen Abstattungskreditvertrag mit einem Kreditunternehmen ab. Die Vorinstanzen beurteilten diesen Kreditvertrag als **Unternehmenskredit** und bezogen ihn mangels Konnexität im Sinn des § 81 Abs 1 und § 83 Abs 1 EheG nicht – als Passivum – in die Aufteilung ein, weil er zur Umschuldung von Betriebsverbindlichkeiten des Mannes aufgenommen worden sei. Der Mann vermag nicht aufzuzeigen, dass dieser Kreditvertrag, der „rein betrieblichen Zwecken“ diene und mit dem seine Verbindlichkeiten aus seinem aufgelösten Einzelunternehmen umgeschuldet wurden, mit ehelichem Gebrauchsvermögen oder ehelichen Ersparnissen im inneren Zusammenhang steht oder mit ehelichem Lebensaufwand zusammenhängt. Damit

²¹ *Oberhumer*, EF-Z 2020/9 (Entscheidungsanmerkung).

²² *Oberhumer*, EF-Z 2020/9 (Entscheidungsanmerkung).

scheidet aber eine Einbeziehung der noch offenen Kreditschulden in die Aufteilung aus.

- OGH 20. 10. 2020, 1 Ob 74/20v EF-Z 2021/54 (*Obergruber*)

C. Eingebraachte Sachen

- 79** Wirken in einem an sich der Aufteilung unterliegenden Vermögensgegenstand Werte fort, die für sich nicht der Aufteilung unterliegen würden, weil sie ein § 82 Abs 1 Z 1 EheG unterliegendes Vermögensgut darstellen, ist dieser Wert allein dem betreffenden Ehegatten zuzuordnen und rechnerisch vor der Aufteilung des Vermögens abzuziehen und dem betreffenden Ehegatten (vorweg) zuzuweisen.

Die Berücksichtigung eines § 82 Abs 1 Z 1 EheG unterliegenden Vermögensgutes im Sinne einer solchen „Vorwegzuweisung“ kommt grundsätzlich nur insoweit in Betracht, als dieses noch zumindest in der Form vorhanden ist, dass es in einem der Aufteilung unterliegenden Gegenstand klar abgrenzbar fortwirkt. Soweit es zur Anschaffung ehelichen (Gebrauchs)vermögens verwendet wird, geht zwar die besondere aufteilungsrechtliche Qualität iSd § 82 EheG verloren, allerdings ist es wertverfolgend zu berücksichtigen.

Für die wertverfolgende Berücksichtigung kommt es nicht darauf an, ob das § 82 Abs 1 Z 1 EheG unterliegende Vermögensgut („akribisch“) konkreten Zahlungen für bestimmte (Bau-)Leistungen zugeordnet werden kann. Entscheidend ist vielmehr (bloß), ob und mit welchem Wert dieses als Surrogat in einem der Aufteilung unterliegenden Vermögensgut vorhanden ist und darin fortwirkt. Der Wert ist bereits dann weiter verfolgbar, wenn feststeht, dass und inwieweit damit der Erwerb und/oder die Errichtung (bspw) des Hauses (irgendwie) finanziert wurde, nicht aber, wenn er für die Lebensführung oder sonstige laufende Ausgaben verbraucht wurde. In diesem Fall kommt auch – mangels Beitrags zur Vermehrung der der Aufteilung unterliegenden ehelichen Errungenschaft – eine Auswirkung auf die Aufteilungsquote nicht in Betracht.

- OGH 30. 4. 2019, 1 Ob 49/19s

80 Das in die Ehe eingebrachte Grundstück, auf dem später das Haus mit der Ehewohnung errichtet wurde, wurde von der Frau wenige Tage vor Eheschließung erworben, wobei der Kaufpreis in Höhe von 20.600 EUR (= Anschaffungswert) zur Gänze vom Mann (aus dem Verkaufserlös einer in seinem Eigentum stehenden Wohnung) finanziert wurde. Bei gebotener wirtschaftlicher Betrachtung (vgl 1 Ob 262/15h sowie 1 Ob 119/09w zur Frage, ob eine Sache als in die Ehe eingebracht gilt; gleiches muss für die Frage gelten, wer sie wirtschaftlich eingebracht hat) ist davon auszugehen, dass das nur aus „formalen“ Gründen (um das Grundstück dem **Zugriff allfälliger Gläubiger des Mannes zu entziehen**) von der Frau erworbene und von ihr in die Ehe eingebrachte Grundstück wirtschaftlich vom Mann (aus dessen vorehelichem Vermögen) stammte und daher als dessen Beitrag zur Schaffung der späteren Ehewohnung anzusehen ist.

- OGH 23. 3. 2021, 1 Ob 6/21w

81 Die (von dritter Seite den Ehegatten geleisteten) Finanzierungsbeiträge wurden von den Ehegatten für die Errichtung des als Ehewohnung dienenden Hauses auf dem (kurz zuvor) zu diesem Zweck erworbenen Baugrund verwendet. Sowohl die Anschaffung des Grundstücks als auch der darauf erfolgte Hausbau beruhten auf dem Entschluss der Ehegatten, das angestrebte Bauprojekt zur Schaffung eines ehelichen Eigenheims gemeinsam durchzuführen und zu finanzieren. Die Entscheidung, welcher Teil des dafür zur Verfügung gestellten Vermögens für den Erwerb des Baugrundstücks und welcher Teil für die Errichtung des Hauses aufgewendet werden sollte, beruhte ersichtlich auf keinen konkreten Erwägungen über die Zuordnung der damit geschaffenen Vermögenswerte, sodass es dem Grundsatz der Billigkeit entspricht, auch bei der Frage, inwieweit das von den Ehegatten eingebrachte bzw ihnen (von Dritten) geschenkte Vermögen im Wert der bebauten Liegenschaft noch vorhanden ist, nicht danach zu differenzieren, **welcher Ehegatte mit welchen solchen Mitteln (formal) welchen „Bestandteil“ des einheitlichen Bauprojekts finanziert** hat. Würde man danach unterscheiden, inwieweit mit den von den Ehegatten eingebrachten bzw ihnen von Dritten geschenkten Mitteln der (im Wert gestiegene) Baugrund oder die Errichtung des (im Wert gesunkenen) Hauses finanziert wurde, würde es von – von den Ehegatten typischerweise nicht bedachten – Zufälligkeiten abhängen, wessen Beitrag bei dessen wertverfolgender Berücksichtigung „aufgewertet“ und wessen Beitrag „abgewertet“ würde, was dem Grundsatz der Billigkeit widerspräche.

- OGH 23. 3. 2021, 1 Ob 6/21w

D. Schenkungen

- 82** Diese Bestimmung ist so auszulegen, dass es für die Ausnahme einer Sache aus der Aufteilung darauf ankommt, ob sie **derjenige (Ehepartner), dem sie im Zeitpunkt der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gehört, „in die Ehe eingebracht, von Todes wegen erworben oder [ob sie] ihm ein Dritter geschenkt hat“.**

Soweit der beschenkte Ehegatte nicht behauptet und beweist, dass ausnahmsweise eine Schenkung aus (vom Bestand der Ehe unabhängiger) Freigebigkeit vorliegt, die bei der nachehelichen Aufteilung nicht als Vermögensbeitrag des Schenkers zu werten wäre, ist demnach das einem Ehegatten während der Ehe vom anderen geschenkte Vermögensgut (oder der daran geschenkte Anteil) in die Aufteilung einzubeziehen, und zwar auch wenn es der (schenkende) Ehepartner in die Ehe eingebracht, von Todes wegen erworben oder seinerseits (von einem Dritten) geschenkt erhalten hat.

- OGH 26. 3. 2020, 1 Ob 208/19y EF-Z 2020/91 (*Obergruber*)

Anmerkung

Obergruber weist – mE völlig zutreffend – darauf hin, dass es sich bei § 82 Abs 1 Z 1 EheG um eine konsequente Fortführung des Beitragsprinzips handelt: Zweck des Aufteilungsrechts ist (bloß), die ehelichen Errungenschaften – also jene Vermögenswerte, die aufgrund Beitragsleistungen beider Ehegatten geschaffen wurden – aufzuteilen.²³ § 82 Abs 1 Z 1 EheG nimmt gerade solche Sachen von der Aufteilung aus, an denen der andere Ehegatte keinen Beitrag geleistet hat.²⁴ Auch eine nachfolgende Schenkung an den anderen Ehegatten führt nicht dazu, dass eine Beitragsleistung beider Ehegatten angenommen werden kann.²⁵ Das telos der Z 1 verlangt daher gerade keine Reduktion des Gesetzeswortlauts, sondern die Ausnahme des Geschenks aus der Aufteilungsmasse.

Für diese Ansicht spricht auch der zwingende Charakter des § 82 Abs 1 EheG.²⁶ Privatautonome Vereinbarungen über den Umfang der Aufteilungsmasse sind grundsätzlich nicht möglich. Das Gesetz schafft nur in § 82 Abs 2 EheG die Möglichkeit, eine ausgenommene Ehewohnung qua Vereinbarung in die Aufteilungsmasse einzubeziehen („Opt in“). Eine analoge Anwendung auf andere ausgenommene Sachen scheidet mangels planwidriger Lücke aus. Der Gesetzgeber wollte nur bezüglich der Ehewohnung den Gestaltungsspielraum der Eheleute erweitern.²⁷ Diese Wertung wird unter-

²³ RS0057287; *Koch* in *KBB*⁶ § 82 EheG Rz 1; vgl JAB 916 BlgNR 14. GP 2, 14.

²⁴ JAB 916 BlgNR 14. GP 14; 1 Ob 188/16b; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 82 EheG Rz 1.

²⁵ IdS auch *Gitschthaler*, EF-Z 2008, 67 (67 f); *ders*, Aufteilungsrecht² Rz 251; 4 Ob 593/87.

²⁶ RS0106445; *Gitschthaler* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 82 Rz 1; vgl auch JAB 916 BlgNR 14. GP 20;

3 Ob 528/88.

²⁷ IA 673/A 24. GP 36.

laufen, wenn die Ehegatten durch Schenkungen (oder andere Rechtsgeschäfte) ausgenommenes Vermögen in die Aufteilungsmasse „optieren“ könnten.²⁸

Entgegen der Rsp fällt daher das ursprünglich gem § 82 Abs 1 Z 1 EheG ausgenommene Ehegatten-Geschenk nicht in die Aufteilungsmasse. Die Schenkung ändert nichts an der aufteilungsrechtlichen Qualifikation als ausgenommenes Vermögen und kann nur nach allgemeinem Zivilrecht rückabgewickelt werden.

- 83** Die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse ist **kein Instrument der Bestrafung bzw Belohnung** für ehewidriges oder ehегerechtes Verhalten.

- OGH 21. 1. 2020, 1 Ob 142/19t

Anmerkung

Diese Entscheidung zeigt wieder einmal, dass es sich bei Schenkungsverträgen zwischen Ehegatten aus der Sicht des Beschenkten rächen kann, wenn dem der Schenkung tatsächlich zugrunde liegenden Motiv keine weitere vertragliche Beachtung zugewendet wurde. Nach den Feststellungen sollte die Frau durch das Mehrheitseigentum an der Ehewohnung finanziell abgesichert werden; sie verzichtete auf die Scheidung und die „Geltendmachung des Ehebruchs“ des Mannes. Und diese Absicherung sollte auch im Fall einer Scheidung Bestand haben. Dass dies(es Motiv) per se nicht zu einer übermäßigen Zuteilung im Aufteilungsverfahren zugunsten der Frau führen konnte, zeigt die rezente Entscheidung klar auf; dass der Mann die Frau offensichtlich hineingelegt hat, spielt aufteilungsrechtlich keine Rolle. Der umsichtige Vertragserrichter wird deshalb in einer solchen Konstellation an eine Vorausvereinbarung iSd § 97 Abs 1-4 EheG denken und die Frau entsprechend absichern (müssen). Eine Situation, die wir im Übrigen ja auch bei der Konstellation Schenkung einer an sich nach § 82 Abs 1 Z 1 EheG exempten Liegenschaft (und wohl auch anderer Gegenstände) an den Ehegatten zur Absicherung nicht bloß für die Dauer der Ehe, sondern (vielleicht sogar insb) für die Zeit nach der Scheidung kennen. Nach stRsp kann der Schenker im Fall der Scheidung die Liegenschaft (Sache) grundsätzlich ohne Wertausgleich wieder zurückverlangen.

- 84** Bei (Liegenschafts-)Schenkungen (sofern die Sache ursprünglich § 81 Abs 1 Z 1 EheG unterlag) zwischen Ehegatten ist der **Wert der geschenkten Sache** – soweit er nicht auf spätere Arbeitsleistungen oder Investitionen zurückzuführen ist – bei der Ermittlung des dem die Sache zurückfordernden Geschenkgeber aufzuerlegenden Ausgleichsbetrags nicht miteinzubeziehen.

²⁸ Zweifelhafte ist damit auch die Einbeziehung grds gem Z 1 ausgenommenen Vermögens, das umgewidmet wurde oder nicht mehr abgrenzbar ist (s dazu RS0057322; *Deixler-Hübner* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Ehe- und Partnerschaftsrecht § 82 EheG Rz 12). Dies bedürfte jedoch einer eigenständigen (bereits in Arbeit befindlichen) Untersuchung.

Bleibt aber der Wert der geschenkten Sache schon grundsätzlich außer Betracht, verbietet sich auch ein (anteiliger) Ausgleich des Wertverlusts durch den zur Rückübertragung verpflichteten Geschenknehmer, es sei denn gerade ihm wäre der Wertverlust zuzurechnen.

Der Schenker verlangte nicht bloß die geschenkte Liegenschaft zurück, sondern wollte auch noch den (objektiven) Wertverlust vom Beschenkten ersetzt erhalten.

- OGH 27. 11. 2020, 1 Ob 196/20k

E. Persönlicher Gebrauch

- 85 Schmuck**, der während der ehelichen Lebensgemeinschaft angeschafft wurde, ist dann keine Wertanlage iSd § 81 Abs 3 EheG, sondern unterliegt gemäß § 82 Abs 1 Z 2 EheG nicht der Aufteilung, wenn er dem persönlichen Gebrauch der Frau allein diene. Das ist dann der Fall, wenn der Schmuck zum Tragen und nicht für eine spätere Verwertung bestimmt war.

- OGH 27. 11. 2020, 1 Ob 200/20y

Anmerkung

Mit dieser Entscheidung folgt der Fachsenat älterer Rsp,²⁹ bei der man allenfalls überlegen könnte, ob dies auch dann stimmt, wenn bspw sehr teurer Schmuck nicht zum regelmäßigen Tragen gedacht war, sondern zwar grundsätzlich als Wertanlage, die Frau den Schmuck jedoch zu ganz besonderen Anlässen (Opernball odgl) getragen hat. Da (auch) § 82 Abs 1 Z 2 EheG eine Ausnahbestimmung darstellt, die einschränkend zur Anwendung zu kommen hat, wird dann wohl der Wertanlagencharakter im Vordergrund steht, der Schmuck also „aufzuteilen“ sein. Daran ändert auch § 1247 ABGB nichts, wonach das, „was ein Mann seiner Ehegattin an Schmuck, Edelsteinen und anderen Kostbarkeiten zum Putze gegeben hat, im Zweifel nicht für gelehnt, sondern für geschenkt angesehen“ wird. Diese sachenrechtliche Konsequenz spielt bei der Frage der Aufteilung keine Rolle, wenn es sich um eheliche Errungenschaft handelt, der Schmuck also während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft vom Ehemann bspw aus dessen Einkommen angeschafft und dann der Ehefrau „zum Putze gegeben“ wurde.

Der Fachsenat hat erst jüngst – wie bereits erwähnt – gemeint, § 82 Abs 1 Z 1 EheG sei so auszulegen, dass es für die Ausnahme einer Sache aus der Aufteilung darauf ankommt, ob sie derjenige (Ehepartner), dem sie im Zeitpunkt der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gehört, "in die Ehe eingebracht, von Todes wegen erworben oder [ob sie] ihm ein Dritter geschenkt hat". Ist das nicht der Fall, sei das einem Ehegatten während der Ehe vom anderen geschenkte Vermögensgut (oder der daran geschenkte Anteil) in die Aufteilung einzubeziehen ist, und dazwar auch wenn es der (schenkende)

²⁹ 1 Ob 699/84; 7 Ob 514/88.

Ehepartner in die Ehe eingebracht, von Todes wegen erworben oder seinerseits (von einem Dritten) geschenkt erhalten hat.³⁰ Bei Aufteilung solcher Geschenke wird es in stRsp als billig angesehen, den Anteil oder die Sache auf den Schenkenden (dem sie nach dem telos der Bestimmungen im EheG ja "bleiben" soll) rückzuübertragen³¹ und dem Umstand, dass das Vermögensgut allein von der Seite des Geschenkgebers stammt, dadurch Rechnung zu tragen, dass bei der Ermittlung eines dem Geschenkgeber (ansonsten) aufzuerlegenden Ausgleichsbetrags der Wert des Geschenks außer Ansatz zu bleiben hat.³² Dies führt idR dazu, dass dem seinerzeit beschenkten Ehegatten für die Rückübertragung des geschenkten Anteils kein wertmäßiger Ausgleich zugebilligt wird.³³

Folgt man dieser Rsp, so wäre – im hier interessierenden Zusammenhang – auf den ersten Blick ein Schmuckstück, das der Mann in die Ehe eingebracht und während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft der Frau „gegeben“ hatte, zum einen zwar im Zweifel geschenkt, zum anderen aber bei Ehescheidung zurückzugeben: Bei Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft gehörte es der Frau, sie hatte es aber weder eingebracht noch von einem Dritten geschenkt erhalten noch geerbt. Auf den zweiten Blick ließe sich demgegenüber allerdings einwenden, dass es ihrem alleinigen persönlichen Gebrauch diene (vgl die rezente Entscheidung), womit es zwar nicht nach § 82 Abs 1 Z 1 EheG, wohl aber nach § 82 Abs 1 Z 2 EheG aus der Aufteilungsmasse herausfällt. Darüber hinaus schränkte die E 1 Ob 208/19y die Anwendbarkeit des Aufteilungsrechts auf jene Fälle ein, in denen nicht „ausnahmsweise eine Schenkung aus (vom Bestand der Ehe unabhängiger) Freigebigkeit [vorlag], die bei der nachehelichen Aufteilung nicht als Vermögensbeitrag des Schenkers zu werten wäre“. Dies wird man zwar bei der Schenkung eines eingebrachten Schmuckstücks knapp nach der Hochzeit annehmen können (also ein Hochzeitsgeschenk). Wie sieht es allerdings mit einer „Weiter“-schenkung von Teilen des Familienschmucks aus, der seit Generationen traditionellerweise der Frau übergeben wurde? Hier wird man wohl bestreiten können, dass es sich um eine Schenkung aus „vom Bestand der Ehe unabhängiger Freigebigkeit“ handelte.

F. Sonderfall Ehewohnung

- 86** Das dringende Wohnbedürfnis gemäß § 82 Abs 2 EheG setzt eine existentielle Bedrohung desjenigen Teils voraus, der behauptet, auf die Wohnung angewiesen zu sein. Demgegenüber ist der auf den Bedarf des Kindes abstellende Einbeziehungstatbestand niederschwelliger. Ein berücksichtigungswürdiger **Bedarf eines Kindes** ist nicht erst dann zu bejahen, wenn durch einen Umzug das Kindeswohl gefährdet wäre.

³⁰ 1 Ob 208/19y EF-Z 2020/91 (*Obergruber*).

³¹ 1 Ob 10/18d; RS0113358.

³² RS0115775, RS0113358 (T 4, T 5).

³³ 1 Ob 97/19z; vgl auch 1 Ob 196/20k.

Die Einbeziehung der Ehewohnung setzt in formaler Hinsicht aber einen **Antrag auf deren Zuweisung** durch den obsorgeberechtigten Elternteil voraus, weil anderenfalls das Kind erst recht die bisherige Ehewohnung verlassen müsste.

Sind das Kind und der obsorgeberechtigte Elternteil bereits aus der bisherigen Ehewohnung ausgezogen, kommen deren Einbeziehung nach § 82 Abs 2 EheG und damit eine Zuteilung an diesen Elternteil ebenso wenig in Betracht wie die Festsetzung einer Ausgleichszahlung.

- OGH 23. 9. 2020, 1 Ob 96/20d

Anmerkung

Das Kind braucht zwar die bisherige Ehewohnung nicht und hat sie mit dem betreuenden Elternteil auch bereits verlassen; dieser soll aber trotzdem eine Ausgleichszahlung vom anderen Ehegatten, der die Ehewohnung eingebracht hatte, erhalten. Der Fachsenat sagt: Billigkeitsüberlegungen sind für die Frage der Einbeziehung in die Aufteilung nicht relevant!

- 87** Der berücksichtigungswürdige Bedarf eines Kindes an der Ehewohnung 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

G. Benachteiligungsausgleich

- 88** Werden Vermögensgegenstände, insb ein Unternehmen oder Unternehmensanteile, in eine Privatstiftung eingebracht, stehen sie nicht mehr im Eigentum eines der Ehepartner, vielmehr ist die Privatstiftung, an der ja keine Anteile bestehen, selbst Eigentümerin. Grundsätzlich können die vermögensrechtlichen Folgen einer Scheidung durch den Transfer von der Aufteilung unterliegenden Vermögenswerten in eine Privatstiftung aber nicht vereitelt werden.

Für die Ausnahme vom Grundsatz, dass Anteile an einem Unternehmen der Aufteilung nicht unterliegen gilt: Einer Unternehmensbeteiligung kommt dann Wertanlagecharakter zu, wenn mit ihr keine Mitwirkung an der Unternehmensführung oder sonst ein maßgeblicher Einfluss auf das Unternehmen verbunden ist, wofür die bloße rechtliche Möglichkeit eines solchen Einflusses ausreicht, nicht also die tatsächliche Ausübung desselben erforderlich ist. Ein maßgeblicher Einfluss kommt jedenfalls dem Geschäftsführer einer GmbH sowie dem

Vorstand einer Aktiengesellschaft zu, sofern er über eine ausreichende Beteiligung verfügt. Der Mann hat hier – abgesehen von der sogenannten „Stiftermillion“, die ohnehin in die Aufteilungsmasse einbezogen wurde – „nur“ Unternehmen bzw Unternehmensanteile in die Privatstiftung eingebracht. Diese Unternehmen(-santeile) wurden mit keinen ehelichen Ersparnissen gegründet oder finanziert. Denkt man den „Einsatz“ der Privatstiftung weg, wären diese Unternehmen und Unternehmensanteile von der Aufteilung ausgenommen. Eine Einbeziehung nach § 91 Abs 1 und 2 EheG kommt mangels Vorliegens der dort geregelten Voraussetzungen nicht in Betracht, wurden sie doch nicht mit ehelichen Ersparnissen finanziert.

Erträge eines Unternehmens sind grundsätzlich unternehmenszugehörig und damit nach § 82 Abs 1 Z 3 EheG der Aufteilung entzogen. Auch (thesaurierte) Gewinne, die im Unternehmen bleiben, sind nicht in die Aufteilungsmasse einzubeziehen. Erst mit der Umwandlung in Gebrauchsvermögen oder der Umwidmung in Ersparnisse gehören derartige Erträge – in der Regel als eheliche Ersparnisse – zur Aufteilungsmasse. Voraussetzung für die Einbeziehung von Unternehmenserträgen in die nacheheliche Aufteilung ist daher eine Umwidmung; einer solchen Umwidmung könnte es in manchen Fällen gleichgehalten werden, dass die Unternehmen Erträge an die Privatstiftung ausschütten, die dort angespart werden, ohne dass sie wiederum in (Anteile an) Unternehmen oder in Sachen, die zu einem Unternehmen gehören (vgl § 82 Abs 1 Z 3 EheG), investiert würden. Dies käme grundsätzlich dann in Betracht, wenn sich der Stifter – wie hier – das Recht auf Änderung der Stiftungs-(zusatz-)erklärungen und das Recht auf Widerruf vorbehalten hat, könnte er sich dann doch das Stiftungsvermögen wieder zueignen. Eine solche Umgehungsabsicht wurde jedoch nicht festgestellt. Vielmehr steht fest, dass der Mann als Stifter bislang (wie auch künftig) in die Stiftung ausgeschüttete Gelder und Verkaufserlöse aus Unternehmensbeteiligungen wiederum unternehmerisch investiert. Denkt man sich die Privatstiftung weg, wäre angesichts seiner festgestellten „Unternehmensphilosophie“ auch sonst keine (ins Gewicht fallende) Umwidmung der Erträge der Unternehmen zu privaten Zwecken bzw zu ehelichen Ersparnissen erfolgt. Entweder hätte er die Gewinne bis zur Reinvestition in der jeweiligen Gesellschaft belassen oder anstelle der Privatstiftung eine von ihm beherrschte Holdinggesellschaft herangezogen.

Damit stellt sich auch die von der Frau angesprochene Frage einer (wertmäßigen) Einbeziehung der Stifterrechte oder der Übertragung der Stifterrechte an sie, mit der sie Zugriff auf das vermeintlich (zumindest teilweise) bei der Aufteilung zu berücksichtigende Stiftungsvermögen erlangen will, nicht. Sie könnte, auch wenn der Mann etwa

maßgeblicher Gesellschafter einer GmbH bzw ausreichend beteiligter Aktionär einer Aktiengesellschaft – und damit wirtschaftlich betrachtet „der Unternehmer“ – wäre, im Rahmen der Aufteilung nicht darauf zugreifen.

- OGH 2. 3. 2021, 1 Ob 14/21x EF-Z 2021/Heft 4 (*Oberhumer*)

H. Verfahrensfragen

- 89** Ist die Eigenschaft eines Vermögenswerts als Teil des ehelichen Gebrauchsvermögens oder der ehelichen Ersparnisse aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen strittig, hat der mit einem sonst zulässigen Begehren angerufene Streitrichter im Rahmen der ihm obliegenden Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen die erforderlichen Erhebungen zu pflegen und über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu.

Die Überweisung in das Aufteilungsverfahren setzt dabei aber nicht jedenfalls voraus, dass die Zugehörigkeit der streitverfangenen Sache zur Aufteilungsmasse aufgrund eines erhobenen Sachverhalts positiv feststeht.

Ist die streitverfangene Sache Gegenstand eines bereits anhängigen Aufteilungsverfahrens, muss dieses in Bezug auf die Klärung der in den beiden Verfahren strittigen Frage, ob diese Sache überhaupt der Aufteilung unterliegt, vorgehen.

- OGH 21. 5. 2019, 5 Ob 229/18i EF-Z 2020/60 (*Gitschthaler*)

- 90** Dieser Vorrang des Aufteilungsverfahrens ist allerdings nur dann anzunehmen, soweit aufzuteilendes Vermögen der Ehegatten betroffen ist, womit aber dessen Zugehörigkeit zur Aufteilungsmasse (als unstrittig oder geklärt) zu unterstellen ist.

- OGH 30. 4. 2019, 1 Ob 112/18d

- 91** 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

92 Eine auf Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft gerichtete Teilungsklage ist zwar auch während eines anhängigen Scheidungsverfahrens zwischen den Streitteilen grundsätzlich möglich. Dieses Scheidungsverfahren stellt allerdings regelmäßig ein Teilungshindernis dar.

- OGH 3. 4. 2020, 5 Ob 23/20y

93 Dem Wesen des vom Grundsatz der Billigkeit beherrschten Aufteilungsverfahrens würde es widersprechen, wollte man den ehemaligen Ehepartner im Wege eines Manifestationsverfahrens zur Rechnungslegung möglicherweise über die gesamte Dauer der Ehe zwingen. Unter Berufung auf die §§ 81 ff EheG kann daher auch ein Ehepartner den anderen nicht zur Auskunft über die (über Jahre gehende) Verwendung von im Laufe der Ehe erwirtschafteten Mitteln verhalten. Ein „Abrechnungsprozess“ über die finanzielle Gebarung beider Seiten über den gesamten Verlauf der Ehe ist im Verfahren über die nacheheliche Aufteilung nicht durchzuführen.

Eine zivilrechtliche Grundlage für eine Verpflichtung des Mannes zur Auskunftserteilung über die während der knapp 50 Jahre dauernden Ehe „entzogenen ehelichen Ersparnisse“, die Herkunft des Stiftungs-

vermögens von 1 Mio ATS (das – nach den Feststellungen – aus ehelichen Ersparnissen stammt und bei der Aufteilung berücksichtigt wurde), über die Finanzierung der Anteile an der GmbH, über Zuwendungen aus der Privatstiftung (nach den Feststellungen gab es keine), über (nachträgliche) Vermögenswidmungen an die Privatstiftung, die Zuwendungen an die Kinder und Enkelkinder (aus der Privatstiftung gab es keine), über allfälliges im Ausland veranlagtes Vermögen, über (allenfalls auch treuhändige) Beteiligungen des Mannes an in- und ausländischen Gesellschaften und zur Finanzierung des Erwerbs des Immobilienkomplexes konnte die Frau nicht darlegen. Auch für die Vorlage der Jahresabschlüsse der Privatstiftung seit ihrer Errichtung bis Ende 2005 sowie zum 31. 12. 2012 und zum 31. 12. 2013, zur hilfsweise begehrten Bekanntgabe des Mannes, wie eine bestimmte Gewinnausschüttung zum 31. 12. 2003 an ihn aus der GmbH verwendet oder veranlagt worden sei, und der Auftrag an ihn, dem Stiftungsvorstand eine verbindliche Weisung zu erteilen, zeigt die Frau ebenfalls keine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage auf. Ihr bloßer Wunsch, vom Mann zahlreiche finanzielle Informationen zu erlangen, verpflichtet ihn nicht, ihr darüber Auskunft zu geben.

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

- 94** Auch nach Einleitung des gerichtlichen Aufteilungsverfahrens kann eine Vereinbarung iSd § 97 Abs 5 EheG getroffen werden, und zwar entweder in Form eines gerichtlichen Vergleichs oder als außergerichtliche Einigung. In beiden Fällen liegt eine zulässige und daher rechtswirksame Vereinbarung im Sinn dieser Bestimmung vor, weil auch sie noch „im (kausalen) Zusammenhang“ mit der Scheidung steht.

Ansprüche auf Durchsetzung von nach § 97 Abs 5 EheG zulässig getroffenen Vereinbarungen über die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse im Zusammenhang mit dem Verfahren auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeit der Ehe sind im streitigen Rechtsweg durchzusetzen. (Nur) soweit sich die Ehegatten über die Aufteilung nicht einigen, hat darüber auf Antrag das Gericht zu entscheiden.

- OGH 21. 1. 2020, 1 Ob 225/19y EF-Z 2020/73 (*Gitschthaler*)

I. Internationales Ehegüterrecht

1. Zeitlicher Anwendungsbereich

- 95** 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).
- 96** 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

- 97** 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

- 98** 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).

Edwin Gitschthaler, Aktuelle Unterhalts- und Aufteilungsrechtsprechung

52

b) Ehe und eingetragene Partnerschaft

- 99** 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.
- 100** 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 EuEhegüterVO gelten können. Gleichgeschlechtliche Ehen können etwa in Belgien, den Niederlanden, Portugal, Spanien, Schweden und – seit 2019 – auch in Österreich geschlossen werden.
- 101** 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

- 102** Rein faktisch gelebte Partnerschaften sind sowohl vom Anwendungsbereich der EuEhegüterVO als auch vom Anwendungsbereich der Eu-PartnergüterVO ausgenommen.

d) Güterstände

- 103** 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.
- 104** 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

- 105** 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.
- 106** 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.
- 107** 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.
- 108** 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.
- 109** 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.
- 110** 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.

111 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.

112 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.

113 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.

114 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.

115 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.

116 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

117 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).

118 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.

119 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.

120 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.

121 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.

122 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).