

## 8. Kapitel

# Vereinbarungen über die Aufteilung ehelichen Gebrauchsvermögens und ehelicher Ersparnisse

### Übersicht

I. Subsidiarität des Aufteilungsverfahrens . . . . .	795
II. Voraus- und Aufteilungsvereinbarungen . . . . .	800
A. Allgemeines . . . . .	800
B. Ehwohnung . . . . .	802
1. Opting in . . . . .	802
2. Opting out . . . . .	803
3. Notariatsaktspflicht . . . . .	804
4. Definition der Ehwohnung . . . . .	805
C. Übriges eheliches Gebrauchsvermögen . . . . .	807
D. Eheliche Ersparnisse . . . . .	808
E. Scheidungszusammenhang . . . . .	810
F. Durchsetzung von Vorausvereinbarungen . . . . .	820
1. Formgültig geschlossene Vereinbarungen . . . . .	820
2. Formungültig geschlossene Vereinbarungen . . . . .	823
G. Abweichen von Vorausvereinbarungen im Aufteilungsver- fahren . . . . .	825
1. Hinsichtlich ehelicher Ersparnisse und übrigem eheli- chen Gebrauchsvermögen . . . . .	825
a) FamRÄG 2009 . . . . .	825
b) Ursprüngliche Unbilligkeit und Unzumutbarkeit . . . . .	826
c) Umstandsklausel . . . . .	827
2. Hinsichtlich der Ehwohnung . . . . .	830
3. Prüfungsmaßstab . . . . .	832
4. Geltendmachung der Vereinbarungskontrolle . . . . .	833
III. Aufteilungsvereinbarungen anlässlich der Scheidung . . . . .	834
IV. Aufteilungsvereinbarungen nach der Scheidung . . . . .	838
V. Vereinbarungen nach Einleitung des Aufteilungsverfahrens . . . . .	839
VI. Unvollständigkeit der Aufteilungsvereinbarung . . . . .	842
VII. Willensmängel bei Abschluss der Voraus- oder Aufteilungs- vereinbarung . . . . .	848
VIII. Formulierungsvorschläge . . . . .	855
A. Vorausvereinbarungen . . . . .	855
B. Aufteilungsvereinbarungen . . . . .	856

### I. Subsidiarität des Aufteilungsverfahrens

**§ 85 EheG.** Soweit sich die Ehegatten über die Aufteilung ehelichen Gebrauchsvermögens und ehelicher Ersparnisse nicht einigen, hat hierüber auf Antrag das Gericht zu entscheiden.

- 795** 1. Aus §§ 85, 97 Abs 2 (*nunmehr Abs 5*) EheG (*und § 230 Abs 1 letzter Satz AußStrG 1854*) ergibt sich, dass der Gesetzgeber der **gütlichen Einigung** der Ehegatten über die Aufft des ehel GebrVerm und der ehel Ersparnisse den **Vorrang gegenüber einer gerichtlichen Aufteilung** einräumt; der AußStrRichter hat daher nur dann und insoweit zu entscheiden, als eine Einigung nicht erfolgte. 5 Ob 736/80 EF 36.472; 5 Ob 525/82; 7 Ob 637/84 EF 46.383; 7 Ob 685/85 EF 51.782; 7 Ob 679/86 EF 51.782; 1 Ob 718/86 EF 54.615; 2 Ob 55788 EF 57.392; 10 Ob 507/93 EF XXXI/7; 2 Ob 73/99 w EF 91.741; 7 Ob 99/98 d EF 91.741; 7 Ob 67/99 z EF 91.741; 7 Ob 26/04 f EF 108.430.
- 796** 1. Eine rechtswirksame Regelung nach § 97 Abs 1 Satz 2 und Abs 2 (*nunmehr Abs 1 und 5*) EheG **schließt eine Aufteilung gemäß §§ 81 ff EheG aus**. 6 Ob 642/84; 1 Ob 625/82 EF 41.351; 2 Ob 654/86 EF 51.783; 7 Ob 685/85 EF 51.787 uva; 10 Ob 63/07 y EF 117.578; 7 Ob 51/07 m EF-Z 2007/82 = iFamZ 2007/155 (*Deixler-Hübner*) = EF 117.574.
2. Es bleibt also kein Raum für eine Antragstellung nach §§ 81 ff EheG, solange der alle AufftAnspr regelnde Vergleich gültig besteht. 7 Ob 51/07 m EF-Z 2007/82 = iFamZ 2007/155 (*Deixler-Hübner*) = EF 117.574.
3. Die einer gerichtl Aufft entgegenstehenden Umstände sind einer verfahrensrechtl und einer materiellrechtl Beurteilung zugänglich.
- In materiellrechtl Betrachtungsweise ist ein AufftAnspr zu verneinen, soweit die Aufft durch eine Vereinbarung nach § 97 EheG vorweg geregelt, durch eine Einigung nach § 85 EheG inhaltlich festgelegt oder gem § 95 EheG erloschen ist; der AufftAnspr besteht aber auch insoweit nicht, als einzelne Vermögensteile nach §§ 81 und 82 EheG nicht zur AufftMasse gehören. In all diesen Fällen gebietet es an einer positiven oder negativen Voraussetzung dafür, dass das Gericht Billigkeitserwägungen zur rechtsgestaltenden Zuweisung anstellt und entsprechende Anordnungen zu einer Aufft trifft. Das Fehlen solcher im AufftAntrag ausdrücklich behaupteter oder unterstellter AufftVoraussetzungen ist im Verfahren zu klären und führt zu einer das AufftBegehren abweisenden SachE. Das Fehlen der Voraussetzungen für eine dem AußStrRichter zugewiesene AufftE nach Billigkeit ließe sich auch als verfahrensrechtl Entscheidungsvoraussetzung sehen.
- Ist also der Mangel an den Voraussetzungen für eine rechtsgestaltende BilligkeitsE des AußStrRichters schon nach den Antragsbehauptungen anzunehmen, ist der Antrag insoweit nicht bloß un schlüssig, sondern verfahrensrechtl unzulässig. Muss andererseits über das Vorliegen eines erwähnten Mangels nach Erörterung mit den Beteiligten und nach entsprechender Sachverhaltsermittlung eine E getroffen werden, ist bei Verneinung der Voraussetzungen für eine gerichtl AufftE, weil es sich gleichzeitig um ein Element der Zulässigkeit des VaStr als auch um ein Element der materiellen Anspruchsberechtigung handelt, eine **antragsabweisende Sachentscheidung** zu fällen. 6 Ob 642/84; 7 Ob 717/86 EF 54.618; 1 Ob 596/87 EF 54.618; 8 Ob 572/92 EF 69.348; 7 Ob 28/02 x EF 103.089.
- 797** 1. **Anmerkung:** Seit dem **FamRÄG 2009** ist **diese Rsp** dahin **einzu-schränken**, dass zwar einerseits die Regelungsmöglichkeiten der Ehegatten auf das gesamte AufftVermögen ausgedehnt, andererseits jedoch eine nahezu umfassende Vereinbarungskontrolle eingeführt wurde. Schließt man sich der Auffassung (vgl Rz 810) an, dass auch Vereinbarungen iZm einem Eheauflösungsverfahren der

Vereinbarungskontrolle des § 97 Abs 2 bis 4 EheG unterliegen, kann die in Rz 796 dargestellte Rsp überhaupt als überholt angesehen werden. Andernfalls wären insoweit die folgenden E mitzuberücksichtigten:

2. Das AuftVerfahren ist **nur insoweit ausgeschlossen, als die Vereinbarung reicht**; der übereinstimmend erklärte Parteiwille entscheidet, was die Streitteile als Gegenstand der Streitbereinigung angenommen haben. 7 Ob 717/86 EF 54.616; 2 Ob 557/88 EF 57.394; 10 Ob 507/93 EF XXXI/7; 7 Ob 67/99 z EF 90.515; 6 Ob 137/99 m EF 94.029; 7 Ob 47/99 h EF 94.031.

3. Erfasst die Vereinbarung über die Vermögensauseinandersetzung daher nicht alle Vermögensbestandteile, kann ein Antrag nach § 85 EheG gestellt werden. LGZ Wien 47 R 815/91 EF 66.537.

4. Auch eine Einigung der Ehegatten über die Leistung einer AusglZ und die näheren Modalitäten dieser Zahlung schließt eine E des AußStrRichters darüber aus. Im § 94 EheG ist denn auch die gerichtl Stundung der AusglZ nur iZm der gerichtl Auft des ehel GebrVerm vorgesehen. 5 Ob 525/82.

5. Liegt bereits eine Teileinigung vor, so ist bei der gerichtl Regelung doch das gesamte nach §§ 81 und 82 EheG der Auft unterliegende Vermögen zu erfassen und es sind alle im konkreten Fall für die Billigkeitserwägung bestimmenden Umstände zu erheben und zu berücksichtigen. 5 Ob 736/80 EF 36.472; 5 Ob 548/81 EF 38.890; 7 Ob 573/82 EF 41.406; 7 Ob 546/82 EF 41.366.

1. Regelungen, die die Eltern über die **Höhe und die Modalitäten der Unterhaltszahlungen** bezüglich der Kinder treffen, berühren den AuftAnspr geschiedener Ehepartner grds nicht. Eine Vereinbarung der Streitteile dahin, dass die Übernahme der gesamten UhVerpflichtung durch den AG zu einer Minderung der AusglZ führen sollte, ist jedoch nicht hervorgekommen. 7 Ob 267/98 k EF 90.415. **798**

1. Eine **Nachprüfung** einer von den Ehegatten zulässig getroffenen AuftVereinbarung durch den AußStrRichter, ob sie den gesetzl oder den von den Parteien vereinbarten AuftGrundsätzen entspricht, ist im Gesetz nicht vorgesehen. 7 Ob 685/85 EF 51.784. **799**

2. Die Ehegatten hatten anlässlich der Ehescheidung einen Vergleich über die Auft geschlossen, welcher auch eine Vereinbarung über eine anteilige Übernahme- der Kreditrückzahlungen beinhaltete. Wengleich diese Vereinbarung dem Ast im Nachhinein unbillig erscheinen mag, steht er doch einer neuerlichen Berücksichtigung der Kreditverbindlichkeiten im Rahmen eines gerichtl AuftVerfahrens entgegen. 6 Ob 154/97 h EF 84.693.

3. Nach der gegenwärtig geltenden Rechtslage kann nämlich weder eine Vereinbarung der Ehegatten noch eine E des AußStrRichter betreffend die Auft des ehel GebrVerm und die Leistung einer AusglZ mit den Mitteln des VaStr an geänderte Verhältnisse **angepasst** werden. LGZ Wien 43 R 390/94 EF 76.638.

4. Es kann daher auch nicht eine AusglZ nach § 94 Abs 1 EheG begehrt werden, wenn ein Ehegatte eine getroffene Regelung nachträglich als unbillig empfindet. 7 Ob 685/85 EF 51.788.

5. **Anmerkung:** Diese Rsp ist grds auch nach Inkrafttreten des FamRÄG 2009 beachtlich, dh AuftVereinbarungen können nach wie vor nicht einfach aufgrund geänderter Umstände abgeändert werden. Dies gilt va dann, wenn sie im Rahmen eines Scheidungsfolgenvergleichs oder anlässlich eines AuftVerfahrens

geschlossen wurden. Auch Vorausvereinbarungen können nicht einfach „angepasst“ werden; sie können zwar gem § 97 Abs 2 bis 4 EheG unter bestimmten Umständen im AuftrVerfahren korrigiert werden (vgl Rz 825 ff), nach Abschluss des AuftrVerfahrens bzw Ablauf der Jahresfrist des § 95 EheG ist aber auch hier eine Anpassung unzulässig.

## II. Voraus- und Aufteilungsvereinbarungen

### A. Allgemeines

**Literatur:** *Arnold*, Gesellschaftsrechtliche Fragen zum neuen Ehegüterrecht unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsgestaltung und der Auswirkungen auf das Abgabenrecht, Zeitschrift für Gebühren und Verkehrssteuern 1979, 1; *H. Barth*, Vergleichsgebühr und Familienrechts-Änderungsgesetz 2009, NZ 2010, 144; *Beck*, Vorwegvereinbarung über die Aufteilung ehelicher Ersparnisse und ehelichen Gebrauchsvermögens, EF-Z 2010, 43; *Bittner*, Verträge im Ehegüterrecht<sup>2</sup> (1995); *Deixler-Hübner*, Einige offene Fragen zum reformierten § 97 EheG, Zak 2010, 11; *G. Fellner*, Vergleichsgebühr bei Vereinbarungen über Ehwohnungen? EF-Z 2011, 97; *K.-W. Fellner*, Rechtsgebühren, Grunderwerbssteuer und Gerichtsgebühren bei Eingehen und Auflösung von (ehelichen) Partnerschaften, EF-Z 2009, 75; *K.-W. Fellner*, Abgabenrechtliche Folgen des Familienrechts-Änderungsgesetzes 2009, SWK 2009, 805; *Fenyves*, Unterhalts- und vermögensrechtliche Vereinbarungen bei der Auflösung der Ehe aus zivilrechtlicher Sicht, in *Ruppe*, Handbuch der Familienverträge<sup>2</sup> (1985) 831; *Ferrari*, Vorausvereinbarungen über die Ehwohnung für den Fall der Eheauflösung unter Lebenden, in *Liber Amicorum Walter Pintens I* (2012) 573; *Ferrari*, Zu Vorausvereinbarungen über die Ehwohnung nach § 97 EheG, EF-Z 2015, 53; *Fischer-Czermak*, Ehepakete und Vermögensaufteilung nach Scheidung, in *FS Fenyves* (2013) 103; *Gaier*, Handbuch Gebühren (2013); *Gitschthaler*, Die neuen Vorwegvereinbarungen nach dem FamRÄG 2009, EF-Z 2010, 9; *Gitschthaler/Tschugguel*, Vertragsgestaltung im Familienrecht, EF-Z Jahrestagung Familienrecht 2016 (2016); *Höllwerth*, Die (Miet-)Wohnung in der nachehelichen Aufteilung, immolex 2013, 134; *G. Hopf*, Neues im Ehe- und Kindschaftsrecht, ÖJZ 2010, 154; *Kissich*, Familienrechts-Änderungsgesetz 2009, JAP 2010/2011, 49; *Kostka*, Die Auswirkungen des Eherechtsänderungsgesetzes 1978 auf ehedüterrechtliche Vereinbarungen, NZ 1988, 320; *Lang/Leb*, Vergebührung von Vorwegvereinbarungen/Eheverträgen, ecolx 2013, 1022; *Leb*, Unternehmen und Ehe (2012) 22; *Lumper-Wiesinger/Lumper*, Familie und Steuerrecht, in *Deixler-Hübner*, Handbuch des Familienrechts (2015) 1047; *Markl*, Eigentümerpartnerschaft von Ehegatten bei Auflösung der Ehe, immolex 2013, 138; *Neumayr/Nademleinsky*, Vermögensrechtliche Scheidungsfolgen und Internationales Privatrecht, in *FS Kerschner* (2013) 409; *Oswald/Schmallegger*, Partnerschaftsvertrag zwischen nichtehelichen Lebensgefährten, EF-Z 2013, 13; *Perl* in *Gärner/Perl*, Praxiswissen Ehegüterrecht (2016); *Perner/Spitzer*, Ehwohnung und Ehescheidung, wobl 2010, 29; *Pesendorfer*, Das Familienrechts-Änderungsgesetz 2009: Änderungen im Eherecht, iFamZ 2009, 261; *Schimkowsky/Cutka*, Vertragsmuster und Beispiele für Eingaben (Stand: 1. 11. 2015); *Schwimann*, Neues Recht für Vereinbarungen über nacheheliche Vermögensaufteilung, Zak 2009, 323; *Winklhofer*, Lebenspartnerschaft – Liberalisierung des Ehegüterrechtes, NZ 2002, 294.

**800** 1. **Anmerkung:** Das EheG spricht in seiner Überschrift zu § 97 von „Verträgen“, in der Praxis werden diese jedoch häufig als „Ehepakete“ bezeichnet, was

zu vermeiden ist – diese sind in §§ 1217 ff ABGB geregelt und meinen an sich (seit dem FamRÄG 2009 nur mehr) die Vereinbarung der Gütergemeinschaft. Gem § 1217 Abs 2 ABGB gilt dies sinngemäß auch für eingetragene Partner nach dem EPG; diese schließen dann wohl „Partnerschaftspakte“ ab.

Gängig ist auch der Begriff „Eheverträge“, allerdings versteht man darunter regelmäßig weitergehende Regelwerke, die etwa auch Vereinbarungen über die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe oder UhRegelungen udgl enthalten können (vgl etwa *Deixler-Hübner*, Ehevertrag<sup>3</sup> 22). Derartige Verträge – dann wohl Partnerschaftsverträge (auch wenn man darunter bis zum Inkrafttreten des EPG Vereinbarungen von Lebensgefährten zur Regelung ihrer wechselseitigen Beziehungen aus der nichtlegalisierten LG verstand [vgl etwa *Beck*, EF-Z 2006/84]) – können auch eingetragene Partner schließen.

Reine Vereinbarungen über die Regelung der nahehel Auft von EheWhg, ehel Ersparnissen und übrigem ehel GebrVerm gem § 97 EheG bzw gemeinsamer Wohnung, Ersparnissen und übrigem GebrVerm gem § 40 EPG sollten daher sinnvollerweise als Vorwegvereinbarungen (vgl etwa *Deixler-Hübner* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EheG § 97 Rz 3; *Gitschthaler*, Nacheheliche Aufteilung<sup>1</sup> AktHeft Rz 590 ff) oder als **Vorausvereinbarungen** (vgl etwa *Schwimmann*, Zak 2009, 323; *G. Hopf*, ÖJZ 2010, 154; ebenso nunmehr 1 Ob 144/12 a) bezeichnet werden, um Missverständnisse zu vermeiden. Angesichts der Formulierung des § 97 Abs 1 EheG („Vereinbarungen, die im Voraus . . .“) erscheint die Bezeichnung Vorausvereinbarung als die wohl eher zutr.

Zur weiteren Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass § 97 EheG in Wahrheit zwei verschiedene Vereinbarungsvarianten regelt, uzw zum einen die Vorausvereinbarungen nach § 97 Abs 1–4 EheG, die in keinem Zusammenhang mit einem Eheauflösungsverfahren stehen, und zum anderen **Aufteilungsvereinbarungen** nach § 97 Abs 5 EheG, bei denen ein solcher Zusammenhang gegeben ist (zur Unterscheidung vgl Rz 810 ff).

2. **Anmerkung:** Während **bis zum FamRÄG 2009** die Möglichkeiten der Ehegatten, über die AuftMasse vorweg Vereinbarungen zu treffen, erheblich beschränkt waren – Vorausvereinbarungen betreffend ehel Ersparnisse bedurften der Notariatsaktsform (waren allerdings außerhalb des Sittenwidrigkeitsvorbehalts unangreifbar und verdrängten insoweit komplett richterliche AuftKompetenz [*Schwimmann*, Zak 2009, 323]), solche betreffend ehel GebrVerm einschließlich der EheWhg waren überhaupt unwirksam –, liberalisierte der Gesetzgeber ab 1. 1. 2010 die Gestaltungsmöglichkeiten der Ehegatten. Zur Begründung verweisen die Mat darauf, dass die bis dahin geltenden gesetzl Schranken der Vertragsfreiheit der Ehegatten, namentlich jene über die EheWhg, zwar das Ziel verfolgten, den Schutz des schwächeren Ehegatten nach Auflösung der Ehe sicherzustellen; sie hätten sich aber als „ebehindernd“ auswirken können. Besonders habe das für diejenigen Paare gegolten, die nach einer gescheiterten oder durch den Tod des Partners aufgelösten Ehe wieder heiraten wollten; so habe etwa die Möglichkeit, dass eine seit langem im Familienbesitz befindliche Wohnmöglichkeit als Folge einer gescheiterten Ehe den Eigentümer wechselt, manche davon abhalten können, eine Ehe einzugehen; uU habe die frühere Rechtslage auch ein Hindernis dafür sein können, dass junge Menschen, die eine Ehe eingehen möchten, von Verwandten mit einer Wohnmöglichkeit ausgestattet werden, weil diese fürchten mussten, dass die Wohnung nach dem Scheitern der Ehe dem anderen Ehegatten übertragen wird.

3. Die (ursprüngliche) Unwirksamkeit der AufVereinbarung ist von jenem früheren Ehegatten zu behaupten und zu beweisen, der die Einbeziehung des Eigenheims in die AufMasse anstrebt. Die Behauptungs- und Beweispflicht für das nachträgliche Wirksamwerden trifft den anderen Ehegatten. 1 Ob 119/09 w iFamZ 2010/33 (*Deixler-Hübner*).

4. **Anmerkung:** Diese Problematik stellt sich vor dem Hintergrund des § 97 EheG idF FamRÄG 2009 nicht mehr hinsichtlich der Frage, ob die ursprüngliche Vereinbarung gültig war oder nicht, denn in beiden Fällen bedarf es nunmehr eines Notariatsakts. Insoweit ist Rechtsunsicherheit beseitigt worden, konnten doch früher etwa auch ursprünglich als zulässig angesehene Vorausvereinbarungen durch nachträgliche Änderungen unzulässig werden, etwa wenn die Ehegatten im Laufe der Ehe eine (ursprünglich ehel Ersparnis bildende) Wohnung als EheWhg nutzten (so auch *Deixler-Hübner*, Zak 2010, 11). Entgegen *Deixler-Hübner* ist die Problematik aber nicht gänzlich überholt, denn durch die Verwandlung der Wohnung von ehel Ersparnis in die EheWhg (bzw umgekehrt) kommen unterschiedliche Vereinbarungskontrollen zur Anwendung (bei EheWhg § 97 Abs 2 und 3 EheG, bei ehel Ersparnis jedoch „nur“ Abs 2).

5. Nur wenn die Liegenschaft als Bestandteil des ehel GebrVerm tatsächlich der nahehel AufT unterliegen sollte, weil das auf ihr errichtete Haus als EheWhg diente, die Einbeziehung in die AufT im AufTVerfahren beantragt wurde und die Kl auf die Weiterbenützung existenziell angewiesen war, stünde es in Einklang mit den Grundsätzen der Rsp, dass das BerG die (**vor der Eheschließung getroffene Vereinbarung**) als „rechtsungültig“ beurteilte. 7 Ob 60/10 i.

6. Die Wirksamkeit von im **Stadium vor der Eheschließung** geschlossenen Vereinbarungen ist nach § 97 Abs 1 EheG zu beurteilen. 1 Ob 144/12 a EF-Z 2013/51 (*Oberhumer*) = iFamZ 2013/65.

7. **Anmerkung:** Vorausvereinbarungen können somit nicht nur während der Ehe, sondern auch bereits vor deren Schließung getroffen werden (ebenso bereits *Deixler-Hübner*, Ehevertrag<sup>3</sup> 24, 109; *Gitschthaler in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 97 EheG Rz 2; vgl etwa auch 5 Ob 173/06 m; 7 Ob 60/10 i iFamZ 2011, 92 [*Deixler-Hübner*]). Sie stehen jedoch unter der aufschiebenden Bedingung der Eheschließung; davor oder unabhängig davon können die Parteien einer solchen Vereinbarung keine Ansprüche daraus ableiten. Die E 7 Ob 60/10 i bezog sich noch auf die Rechtslage vor dem FamRÄG 2009; danach war eine Vorausvereinbarung über die EheWhg ungültig. Aus dieser E lässt sich jedoch der Umkehrschluss ziehen, dass die vor Eheschließung getroffene Vereinbarung gültig (wirksam) war, wenn es sich nicht um die EheWhg, sondern um ehel Ersparnis handelte. Dieser Grundsatz gilt nunmehr generell und für die gesamte AufT-Masse.

In der Praxis werden derartige Vorausvereinbarungen im Hinblick auf eine erst abzuschließende Ehe im Rahmen eines Ehevertrags getroffen, der regelmäßig auch Vereinbarungen über die Mitwirkung im Erwerb des anderen Ehegatten, die Gestaltung der ehel LG und über UhAnspr enthält.

8. **Anmerkung:** Zu den **Rechtsgebühren**, die durch den Abschluss von Vorausvereinbarungen anfallen können, sowie zur **Grunderwerbsteuer**, sofern Liegenschaften betroffen sind, vgl ua K.-W. *Fellner*, EF-Z 2009, 75; *Ginthör/Zahragic in Deixler-Hübner*, Ehevertrag 184 f; *Lang/Leb*, eolex 2013, 1022; *Lumper-Wiesinger/Lumper in Deixler-Hübner*, Familienrecht 1047. Grds ist davon auszu-

gehen, dass für Regelungen über die (künftige) Auft ehel Ersparnisse 2% derselben zu bezahlen sind (§ 33 TP 20 GebG), soweit diese zumindest schätzbar sind (vgl § 23 GebG).

Zur Rechtslage nach dem FamRÄG 2009 vertritt *H. Barth* (NZ 2010/37) die Auffassung, soweit die Braut- oder Eheleute von der nunmehr geschaffenen Möglichkeit der vertraglichen Vorwegregelung bestimmter Vermögenszuordnungen Gebrauch machen, handle es sich hierbei ebenso wenig um einen Vergleich iSd § 33 TP 20 GebG wie bei jeder anderen vertraglichen Vorwegregelung von Rückstellungspflichten bzw Behaltrechten im Fall der Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses. Gebühren sollen dann (offensichtlich) nicht anfallen (in diese Richtung argumentiert auch *G. Fellner*, EF-Z 2011, 97).

**1. Anmerkung:** Von § 97 EheG erfasst sind auch „**Aufteilungsverzichtsvereinbarungen**“ (*Schwimmann*, Zak 2009, 323; *Gitschthaler* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> § 97 EheG Rz 9; LGZ Wien EF 117.545 [2007]). Da sich diese regelmäßig wohl auf das gesamte AuftVermögen beziehen (sollen), empfiehlt sich im Hinblick auf § 97 Abs 1 EheG dafür ein Notariatsakt, um Teilungültigkeit samt allfälligen nachteiligen Rechtsfolgen zu vermeiden.

**2.** Der Antrag auf Festsetzung einer AusglZ ist abzuweisen, wenn der ASt in einer Vereinbarung mit der Frau zugunsten der Kinder auf seinen Anteil am Einfamilienhaus (aufgrund eines Schenkungsvertrags mit der Mutter des ASt im Alleineigentum der Frau stehend) verzichtete, wogegen die Frau im Gegenzug auf einen allfälligen UhAnspr verzichtete. Damit brachten die Parteien eindeutig und zweifelsfrei zum Ausdruck, dass sie nach der Ehescheidung gegeneinander keine Ansprüche stellen werden. Die Erklärung und das Gesamtverhalten des ASt kann redlicherweise nur so verstanden werden, dass er nach der Scheidung keine AuftAnspr stellen werde, er also auf die **Geltendmachung solcher Ansprüche verzichte**. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Verbindlichkeit seiner abgegebenen Erklärung der Schriftform vorbehalten bleiben sollte, weil er noch nicht sicher war, ob er überhaupt zum Scheidungstermin kommen werde, also offenbar davon ausging, dass für ihn die Sache erledigt sei und es der Frau überlassen bleibe, das Vereinbarte noch bei Gericht festhalten zu lassen.

Da der so erklärte Verzicht iZm mit dem anhängigen Scheidungsverfahren abgegeben wurde, bedurfte es auch nicht der Einhaltung einer besonderen Form. 6 Ob 519/92 EF 69.375.

## B. Ehewohnung

**§ 82 EheG.** (2) Die Ehewohnung, die ein Ehegatte in die Ehe eingebracht oder von Todes wegen erworben oder die ihm ein Dritter geschenkt hat, ist in die Aufteilung dann einzubeziehen, wenn dies vereinbart wurde [...]

**§ 87 EheG.** (1) [...] Die Übertragung des Eigentums oder eines dinglichen Rechts an einer Ehewohnung nach § 82 Abs. 2 [EheG] können die Ehegatten durch Vereinbarung ausschließen.

**§ 97 EheG.** (1) **Vereinbarungen, die im Voraus die Aufteilung [ . . . ] der Ehwohnung regeln, bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Form eines Notariatsaktes. [ . . . ]**

### 1. Opting in

**802** 1. **Überholt:** Eine Parteienvereinbarung, eine Liegenschaft trotz Ausnahmetatbestands des § 82 Abs 1 EheG dennoch der Auft in VaStr zu unterziehen, ist wegen des zwingenden Charakters dieser Gesetzesbestimmung unzulässig. 6 Ob 2229/96 d EF 81.707.

2. **Anmerkung:** Durch das FamRÄG 2009 wurde die dieser Rsp teilw entgegengesetzte Möglichkeit eines **Opting in** einer eingebrachten, von dritter Seite geschenkten oder geerbten EheWhg durch Abschluss einer – notariatsaktspflichtigen – Vereinbarung geschaffen; in einem solchen Fall ist die EheWhg in die AuftMasse einzubeziehen (*G. Hopf*, ÖJZ 2010, 154). Das Gericht kann dann etwa unter Festsetzung einer AusglZ eine Übertragung des Eigentums auf den anderen Ehegatten anordnen oder zwar das Eigentum beim bisherigen Ehegatten belassen, dem anderen (nach den Mat regelmäßig dem schwächeren) Ehegatten jedoch eine AusglZ zuerkennen.

Ein Opting in wird va in jenen Fällen von Interesse sein, in denen die späteren Ehegatten als Lebensgefährten (etwa) ein Haus bauten, im Grundbuch jedoch nur ein Ehegatte als Eigentümer einverleibt ist. Ohne Opting in wäre die Liegenschaft samt Haus infolge der erst späteren Eheschließung als eingebracht gem § 82 Abs 1 EheG anzusehen – und damit aus der AuftMasse auszuschneiden (*G. Hopf*, ÖJZ 2010, 154).

Bei der Auft der optierten EheWhg wird es einerseits auf die Billigkeit gem § 83 EheG und andererseits auch auf jene Beiträge ankommen, die die Ehegatten jew (auch vor der Eheschließung) in die EheWhg investiert haben. Mit *Schwimann* (Zak 2009, 323) ist außerdem darauf hinzuweisen, dass gem § 81 Abs 1 Satz 2 EheG konnexe Schulden (Rz 276), die während der Ehe zur Instandhaltung oder Verbesserung der EheWhg aufgenommen wurden, den Wert der aufzuteilenden Aktiven durch direkten Abzug mindern (*Gitschthaler*, Nacheheliche Aufteilung<sup>1</sup> AktHeft Rz 590 b; *G. Hopf*, ÖJZ 2010, 154).

Im Unterschied zum Opting out (vgl Rz 803) sind Opting in-Vereinbarungen wohl auch pro futuro, also hinsichtlich (allenfalls) einmal geerbter oder geschenkter Wohnungen möglich. Der optierende Ehegatte hat es ja in der Hand zu optieren oder den konkreten Erwerb der Wohnung erst abzuwarten.

Zum Opting out einer „hineingeopteten“ Wohnung vgl *Ferrari*, EF-Z 2015/37.

### 2. Opting out

**803** 1. **Anmerkung:** Aufgrund § 87 Abs 1 letzter Satz EheG idF FamRÄG 2009 können nunmehr die Ehegatten die Übertragung des Eigentums an einer EheWhg, die ein Ehegatte in die Ehe eingebracht, von dritter Seite geschenkt erhalten oder geerbt hat, durch – notariatsaktspflichtige – Vereinbarung ausschließen (Opting out); ebenso wenig kann das Gericht sonstige dingliche Rechte an einer solchen EheWhg begründen, wenn die Ehegatten dies ausgeschlossen haben.

Nach *Schwimann* (Zak 2009, 323; diesem ursprünglich folgend *Gitschthaler*, Nacheheliche Aufteilung<sup>1</sup> AktHeft Rz 590 c, EF-Z 2010, 9 und in *Schwimann/Ko-*



dek<sup>4</sup> § 87 EheG Rz 6) soll für das AuftG wirklich bindend allerdings nur der **Ausschluss der Eigentumsübertragung** sein, während hinsichtlich des Ausschlusses der Begründung sonstiger dinglicher (Nutzungs)Rechte die Vereinbarung der Vereinbarungskontrolle nach § 97 Abs 3 EheG unterliege: Während nämlich § 87 Abs 1 letzter Satz EheG vom Ausschluss einer „Übertragung des Eigentums oder eines dinglichen Rechts“ spricht, lasse § 97 Abs 3 EheG die Vereinbarungskontrolle hinsichtlich der „Nutzung der EheWhg“ zu; diese Differenzierung vermeide auch grobe Unbilligkeiten. Diese Argumentation ist allerdings in sich widersprüchlich, weil § 87 Abs 1 Satz 2 EheG ausdrücklich auch den Ausschluss der Übertragung eines dinglichen Rechts zulässt; warum § 97 Abs 3 EheG dies einschränken soll, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen kann der AuftRichter ja auch obligatorische Nutzungsrechte anordnen (zutr daher *Perner/Spitzer*, wobl 2010, 29 mit ausf Begründung; vgl auch *Fischer-Czermak* in FS Fenyves 103; *Ferrari*, EF-Z 2015, 53).

2. **Anmerkung:** *Deixler-Hübner* (Zak 2010, 11; vgl auch *Fischer-Czermak* in FS Fenyves 103) meint aufgrund eines Größenschlusses, dass § 87 Abs 1 letzter Satz EheG auch „das kontradiktorische Gegenteil“ erfasse, also die Übertragung des Eigentums bzw eines anderen dinglichen Rechts an der EheWhg; es handle sich dabei um den „weniger problematische[n]“ Fall. Allerdings sind Vereinbarungen nach § 87 Abs 1 letzter Satz EheG als einzige korrekturresistent, somit eine Ausnahmebestimmung gegenüber der weitreichenden Vereinbarungskontrolle des § 97 Abs 2 bis 4 EheG – und Ausnahmebestimmung sind restriktiv auszulegen. Außerdem lässt sich ein Hinweis auf eine solche Absicht des Gesetzgebers den Mat nicht entnehmen, sondern eher das Gegenteil. Durch § 87 Abs 1 letzter Satz EheG sollte nach dem Willen des Gesetzgebers nämlich ausschließlich das Problem beseitigt werden, dass potenzielle Ehegatten allein deshalb nicht heiraten bzw von den Eltern einer Seite keine Wohnung geschenkt oder vererbt erhalten, wenn (wie früher) die Gefahr besteht, dass die Wohnung des einen Ehegatten – als EheWhg – bei Auflösung der Ehe und Vorliegen der Voraussetzungen des § 82 Abs 2 EheG auf Seiten des anderen Ehegatten diesem übertragen oder dingliche Nutzungsrechte daran begründet werden (vgl Rz 800/2).

3. **Anmerkung:** Die Vereinbarung kann zwar auch während der Ehe (im Nachhinein) geschlossen werden, ebenso iZm der Eheschließung, wenn ein Ehegatte die (künftige) EheWhg einbringen wird. Handelt es sich jedoch um eine ererbte oder von dritter Seite geschenkte Wohnung, kann die Vereinbarung erst „zum Zeitpunkt“ des Erbanfalls bzw der Schenkung abgeschlossen werden (so zutr *G. Hopf*, ÖJZ 2010, 154), nicht jedoch quasi pro futuro für allenfalls einmal ererbte oder geschenkte Wohnungen. Dies ist wohl damit zu begründen, dass der andere Ehegatte bei Zustimmung zum Opting out konkret wissen soll, um welche Wohnung es sich handelt und in welchen Lebensumständen sich die Ehegatten beim Erwerb dieser Wohnung durch Erbanfall oder Schenkung gerade befinden.

4. **Anmerkung:** Wer eine **Miet- oder Genossenschaftswohnung** in die Ehe eingebracht hat, kann im Hinblick auf § 87 Abs 1 letzter Satz EheG (weiterhin) vertraglich nicht ausschließen, dass das Gericht im Zuge der Auft des ehel Vermögens den anderen Ehegatten in das Rechtsverhältnis eintreten lässt (*Gitschthaler*, Nacheheliche Aufteilung<sup>1</sup> AktHeft Rz 590 c; *G. Hopf*, ÖJZ 2010, 154; idS wohl auch *Perner/Spitzer*, wobl 2010, 29), obwohl gerade ein Bestandrecht etwa bei besonders günstigen Mietwohnungen (Friedensmietzinswohnungen) oder bei

Dienstwohnungen einen nicht zu unterschätzenden wirtschaftlichen Wert darstellt, der regelmäßig auch durch Festsetzung einer AusglZ nicht ausreichend ausgeglichen werden kann.

5. **Anmerkung:** Die Ehegatten können hingegen – unabhängig von § 87 Abs 1 letzter Satz EheG – auch eine **Ehewohnung** von der Auft ausschließen, die **während der Ehe erworben** wurde oder die zwar ursprünglich von einem Ehegatten eingebracht wurde, aufgrund der erzielten Wertschöpfung während aufrechter Ehe nunmehr aber als der AuftMasse zugehörig angesehen wird (Rz 58 ff); dabei handelt es sich dann um eine Vereinbarung nach § 97 Abs 1 EheG über die Auft der EheWhg (vgl dazu auch Rz 831).

Zu den **unterschiedlichen Vereinbarungskontrollen** bei eingebrachten, von dritter Seite geschenkt bzw geerbten EheWhg einerseits und gemeinsam erworbenen EheWhg andererseits vgl jedoch Rz 830.

### 3. Notariatsaktspflicht

804

1. **Anmerkung:** Durch das FamRÄG 2009 neu geregelt wurde die Formpflicht der Vorausvereinbarungen über die EheWhg (zuvor waren diesbezüglich überhaupt keine Vereinbarungen möglich). Diese Vereinbarungen, einschließlich solcher nach § 82 Abs 2 (Opting in) und § 87 Abs 1 letzter Satz EheG (Opting out), sind als Notariatsakt abzuschließen, sofern sie nicht iZm einem Eheauflösungsverfahren geschlossen werden (*Schwimmann*, Zak 2009, 323; vgl dazu Rz 810 ff). Das Formerfordernis soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers die für solche Vereinbarungen unumgängliche und verantwortungsvolle Beratung durch einen fachkundigen Juristen gewährleisten; fraglich ist dann allerdings, weshalb nicht (auch) der Abschluss einer derartigen Vereinbarung durch RA vorgeesehen wurde.

Aufgrund dieser Regelung kann es nunmehr in der Praxis zu Abgrenzungsproblemen zw EheWhg einerseits und übrigen ehel GebrVerm andererseits kommen (vgl dazu Rz 807).

Neben der Vereinbarung eines Opting in oder out können die Ehegatten nunmehr auch sonstige Regelungen über die EheWhg treffen, uzw sowohl hinsichtlich deren sachenrechtl Zuordnung im Fall einer Eheauflösung als auch hinsichtlich deren Nutzung (gegen Entgelt) nach dem Scheitern der Ehe. Ebenso können sie etwa Vereinbarungen über die Leistung einer AusglZ, eines Investitionsersatzes udgl schließen. All diese Vereinbarungen sind aber notariatsaktspflichtig.

### 4. Definition der Ehewohnung

805

1. **Anmerkung:** Vgl dazu zunächst grds Rz 49 ff.

2. Die Vereinbarung der Ehegatten wäre zwar gem § 97 Abs 1 EheG unwirksam gewesen, wenn sie sich – wie von den Parteien ursprünglich vorgesehen – auf die EheWhg bezogen hätte. Im Zeitpunkt der Trennung, für den die Vereinbarung (hier: ein Verzicht auf die Werterhöhung) erst Wirkung erlangen sollte, war das Haus aber jedenfalls schon nicht mehr die gemeinsame Wohnung. Als EheWhg wird jene definiert, in der die Ehegatten bei Wirksamwerden der Scheidung im gemeinsamen Haushalt lebten oder (vor dieser) zuletzt gelebt hatten. Damit steht aber der Verzicht nicht mehr im Widerspruch zur Grundwertung des Gesetzgebers, die EheWhg möglichst in die Auft einzubeziehen, wenn einer der Ehegatten darauf an-