

wohnrechtliche blätter:wobl

wohnrechtliche blätter:wobl

Februar 2010 (23. Jahrgang)

S. 29–56

Ass.-Prof. Dr. Stefan Perner, Ass.-Prof. Dr. Martin Spitzer:

Ehewohnung und Ehescheidung 29

Rechtsprechung

Nr. 9–25

• MRG

9. Geschäftsraummiete oder Unternehmenspacht – Café in Bundesmuseum (OGH 27. 1. 2009, 5 Ob 2/09v) 35

10. Anwendbarkeit des MRG auf Flächenmiete zur Errichtung eines Superädifikats; Durchsetzbarkeit einer Befristung; einheitlicher Kündigungsschutz für einheitlichen Mietvertrag (OGH 26. 8. 2008, 5 Ob 144/08z) 35

11. Zur Qualifikation als Dienst-, Natural- oder Werkwohnung im Sinne des § 1 Abs 2 Z 2 MRG (OGH 28. 1. 2009, 9 ObA 106/08s) 38

12. Teilausnahme „nicht mehr als zwei Wohnungen“ (OGH 16. 6. 2009, 10 Ob 27/09g) 40

13. Erfordernisse für die Vereinbarung einer Möbelmiete (OGH 10. 11. 2009, 5 Ob 129/09w) 40

14. Rechtsweg und Passivlegitimation für Rückforderungsansprüche des Mieters nach § 27 MRG (OGH 28. 4. 2009, 5 Ob 70/09v) 40

15. Rechtsweg für die Rückforderung von bei Mietvertragsabschluss geleisteten Zahlungen für Einrichtungsgegenstände (OGH 26. 6. 2008, 2 Ob 126/08f) 41

• WEG

16. Zur Zulässigkeit der Änderung von allgemeinen Teilen durch den Wohnungseigentümer – Flugdach über Terrassentür (OGH 7. 7. 2009, 5 Ob 97/09i – a. Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch) 42

17. Änderung des WE-Objekts unter Einbeziehung allgemeiner Teile (OGH 10. 11. 2009, 5 Ob 185/09f – RA Mag. Dr. Till Hausmann) 43

18. Passivlegitimation des Mieters bei Unterlassungsansprüchen wegen eigenmächtiger Änderung der Widmung eines WE-Objekts (OGH 24. 11. 2009, 5 Ob 241/09s) 45

• WGG

19. Offenkundige Unangemessenheit des angebotenen Fixpreises iSd § 18 Abs 3 b WGG bereits bei geringfügiger Überschreitung des Verkehrswertes (OGH 3. 3. 2009, 5 Ob 15/09f) 47

20. Vereinbarung eines abweichenden Verteilungsschlüssels nach § 16 WGG (OGH 26. 8. 2008, 5 Ob 155/08t) 47

21. Beginn der Präklusivfrist für die Erhebung von Einwendungen gegen die Höhe der dem Entgelt zugrundegelegten gesamten Herstellungskosten einer gemeinnützigen Bauvereinigung (OGH 26. 8. 2008, 5 Ob 55/08m) 50

22. Überprüfung der Angemessenheit des Preises (OGH 3. 6. 2008, 5 Ob 111/08x) 51

• Grundbuchsrecht

23. Zur Löschung des einverleibten Bestandrechts bei Tod des Mieters (OGH 3. 3. 2009, 5 Ob 258/08i) 52

• Insolvenzrecht

24. Kein Anbot zum Mietvertragsabschluss durch Zusenden von Mietzinsvorschreibungen (LGZ Wien 26. 8. 2009, 39 R 122/09v – Prof. Dr. Paul Oberhammer) 54

• Abgabenrecht

25. Grunderwerbsteuerpflichtige Begründung einer Eigentümerpartnerschaft (VwGH 24. 9. 2009, 2007/16/0097 – Hon.-Prof. RA Dr. Wolf-Dieter Arnold) 55

Impressum 56

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier – TCF

Ausgewertet im Abstract Service IBZ

Herausgegeben von
RA Hon.-Prof. Dr. Wolf-Dieter Arnold
Dr. Wolfgang Dirnbacher
Univ.-Prof. Dr. Attila Fenyves
RA Mag. Dr. Till Hausmann
HR Dr. Elisabeth Lovrek
Univ.-Prof. Dr. Paul Oberhammer
Dir. Theodor Österreicher
a. Univ.-Prof. Dr. Raimund Pittl
Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer
a. Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch
Hon.-Prof. Dr. Helmut Würth

Schriftleitung:
RA Mag. Dr. Till Hausmann
a. Univ.-Prof. Dr. Andreas Vonkilch

Redaktionsassistentz:
Ass. Dr. Olaf Riss LL.M.

SpringerWienNewYork

wohnrechtliche blätter:wobl

Heft 2 Februar 2010 23. Jahrgang

ISSN 0933-2766 WOBLEA 23 (2) 29–56 (2010)

Wohnrechtliche Blätter 23, 29–34 (2010)
DOI 10.1007/s00719-010-1436-x
Printed in Austria

wobl

Ass.-Prof. Dr. *Stefan Perner*, Ass.-Prof. Dr. *Martin Spitzer*, Institut für Zivilrecht, Wien

Ehewohnung und Ehescheidung

Das FamRÄG 2009 bringt einerseits vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten für das Schicksal der Ehewohnung im Fall einer Scheidung und andererseits vielfältige rechtliche Schwierigkeiten, was die Grenzen der privatautonomen Rechtsgestaltung betrifft. Die Autoren kommen zu Ergebnissen, die von den bisherigen Stellungnahmen teilweise erheblich abweichen, aber mit dem Gesetz besser in Einklang zu bringen sind.

Deskriptoren: Ehewohnung, Ehescheidung, Gebrauchsvermögen, Vorausvereinbarung, Vorwegvereinbarung, Ehevertrag;
§ 81 EheG, § 82 EheG, § 87 EheG, § 97 EheG, § 1217 ABGB.

Übersicht

- A. Einleitung
 - I. Vermögensaufteilung bei Ehescheidung
 - II. Neue Rechtslage
- B. Regelungskonzept für Ehewohnungen
 - I. Aufteilungsmasse oder nicht?
 - II. Zulässigkeit von Vorausvereinbarungen
 - III. § 97 Abs 3 und 4 EheG als Prüfmaßstab
 - 1. Meinungsstand
 - 2. Eingebrachte Wohnungen
 - a) Wortlaut
 - b) Systematik
 - c) Subjektiv und objektiv teleologische Interpretation
 - 3. Ehewohnung als „normales“ Gebrauchsvermögen
 - 4. Zwischenergebnis
 - IV. § 97 Abs 2 EheG als Prüfmaßstab?
 - V. Mietwohnung
- C. Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Einleitung

I. Vermögensaufteilung bei Ehescheidung

Bei der Ehescheidung kommt es bekanntlich zur Aufteilung des Vermögens nach dem Modell der Güterteilhabe. Was sich die Ehegatten während der Ehe geschaffen haben, wird vom Richter nach Billigkeit aufgeteilt¹⁾.

In die Aufteilungsmasse fallen: (1) Eheliches Gebrauchsvermögen, also all jene Sachen, die „während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft dem Gebrauch beider Gatten gedient haben; hiezu gehören auch der Hausrat und die Ehewohnung“ (§ 81 Abs 2 EheG). (2) Eheliche Ersparnisse, also während der Ehe angesammelte finanzielle Reser-

¹⁾ Vgl *Kletečka* in *Koziol/Welser, Bürgerliches Recht*¹³ (2006) 504 ff; *Kerschner, Familienrecht*³ (2008) Rz 2/143 ff; *Hinteregger, Familienrecht*⁴ (2009) 122 ff; *Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht*² (2008) 480 ff und *ausf Update* (2010).

ven (vgl § 81 Abs 3 EheG, zB Sparbücher, Wertpapierdepots, nicht zum Gebrauchsvermögen zu zählende Immobilien, Kunstgegenstände usw)²⁾.

Die Aufteilung kann binnen eines Jahres ab Eintritt der Rechtskraft der Scheidung bei Gericht beantragt werden (§ 95 EheG), dabei hat der Richter weitgehende Befugnisse: Nach § 86 EheG kann er anordnen, dass bei der Aufteilung ehelichen Gebrauchsvermögens Eigentum zu übertragen ist sowie schuldrechtliche oder dingliche Rechte zu begründen sind.³⁾ Eine Einigung der Parteien im Zuge der Ehescheidung hat jedoch Priorität (§ 85 EheG). Solche Vereinbarungen, die während des Scheidungsverfahrens oder danach getroffen werden, werden vom Gesetzgeber als unproblematisch erachtet, da die Parteien im Bewusstsein der Krise und herannahenden Aufteilung disponieren. Sie bedürfen keiner besonderen Form.

Als problematischer wurden demgegenüber seit jeher sogenannte „Eheverträge“ empfunden, bei denen die Ehegatten vor der Krise für die Krise vorsorgen. Für solche Vereinbarungen haben sich die zutreffenderen Termini der „Vorwegvereinbarungen“ oder „Vorausvereinbarungen“ eingebürgert⁴⁾, deren Verwendung – schon zur Abgrenzung von den Ehepakten (vgl § 1217 ABGB) – empfehlenswert erscheint. Das FamRÄG 2009⁵⁾ stellt das Recht der Vorausvereinbarungen auf ein grundsätzlich neues Fundament, das jedoch besonders für die Ehewohnung viele Streitfragen aufwirft.

II. Neue Rechtslage

Das FamRÄG erweitert den Gestaltungsspielraum der Ehepartner⁶⁾. Schon bisher waren Vorausvereinbarungen über die Aufteilung ehelicher Ersparnisse zulässig; sie können auch nach neuer Rechtslage – weiterhin in Notariatsaktsform – getroffen werden (§ 97 Abs 1 EheG). Neu ist, dass auch die Aufteilung des Gebrauchsvermögens – einschließlich der Ehewohnung – im Vorhinein geregelt werden kann (§ 97 Abs 1 EheG). Vereinbarungen über die Aufteilung der Ehewohnung bedürfen ebenfalls der Notariatsaktsform, über die Aufteilung des sonstigen Gebrauchsvermögens kann man sich auch schriftlich einigen (§ 97 Abs 1 EheG iVm § 886 ABGB)⁷⁾.

²⁾ Vgl Koch in KBB² § 81 EheG Rz 3 ff; *Stabentheiner* in Rummel³ § 81 EheG Rz 1; zur Abgrenzung von Gebrauchsvermögen und Ersparnissen Rz 11.

³⁾ Vgl Koch in KBB² § 86 EheG Rz 1; *Hopf/Kathrein*, *Eherecht*² § 86 EheG Anm 3.

⁴⁾ Vgl *Schwimmann*, Neues Recht für Vereinbarungen über naheheilige Vermögensaufteilung, *Zak* 2009, 323; *Pesendorfer*, Das Familienrechts-Änderungsgesetz 2009: Änderungen im Eherecht, *iFamZ* 2009, 261 (262ff); *Gitschthaler*, Die neuen Vorwegvereinbarungen nach dem FamRÄG, *EF-Z* 2010, 9; *Deixler-Hübner*, Einige offene Fragen zum reformierten § 97 EheG, *Zak* 2010, 11.

⁵⁾ BGBl I 2009/75.

⁶⁾ Vgl *Hinteregger*, *Familienrecht*⁴, 122 ff; *Perner/Spitzer/Kodek*, *Bürgerliches Recht*² – Update (2010).

⁷⁾ Die „laxe“ Form kann sich freilich bei der Bestandfestigkeit auch gleich wieder rächen (§ 97 Abs 4 EheG), dazu sogleich.

Um Ungerechtigkeiten zu vermeiden, sind Vorausvereinbarungen jedoch gewisse Grenzen gesetzt. Sie binden den Richter nur insofern, „soweit die Vereinbarung in einer Gesamtbetrachtung des in die Aufteilung einzubeziehenden Vermögens im Zeitpunkt der Aufteilungsentscheidung einen Teil [nicht] unbillig benachteiligt, sodass ihm die Zuhaltung unzumutbar ist“ (§ 97 Abs 2 EheG). Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Ehewohnung von dieser Kontrolle ausgenommen, sie unterliegt eigenen Regeln (siehe B.).

Unbilligkeit und *Unzumutbarkeit* sind nicht gerade Säulenheilige der Rechtssicherheit. Im Ergebnis wird daher oft schwer festzustellen sein, ob eine Vorausvereinbarung gültig ist und bleibt. Abhilfe soll § 97 Abs 4 EheG schaffen, der Umstände nennt, die das Gericht zu berücksichtigen hat, wenn es von einer Vorausvereinbarung abweichen will. Die dort genannten Kriterien eignen sich nicht besonders zur Klärung, zeigen aber, dass es nicht auf eine *ex ante*-Perspektive ankommt, was Vorausvereinbarungen an sich zum Glücksspiel macht. Bedacht ist zu nehmen auf: (1) Die Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse und die Dauer der Ehe. Diese beiden Kriterien werden wohl eher dazu dienen, die Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung einer Vereinbarung zu untermauern⁸⁾: Je länger die Vereinbarung her ist und je weniger sie eine Entsprechung in der gelebten Ehe findet, desto eher wird sie beseitigt werden können. (2) Inwieweit der Vereinbarung eine rechtliche Beratung vorangegangen ist und in welcher Form sie geschlossen wurde. Diese Kriterien könnten die Unzumutbarkeitsschwelle erhöhen.⁹⁾ Je klarer das Bild der Vertragspartner von der Rechtslage ist, desto eher ist der geäußerte Wille „korrekturfest“. Was die Berücksichtigung der Form betrifft, ist die Regel allerdings insgesamt nicht besonders geglückt: Schriftliche Vereinbarungen über Gebrauchsvermögen sind zwar (erst seit der Reform!) zulässig, aber nicht „ganz so waserdicht“ wie ein Notariatsakt.

B. Regelungskonzept für Ehewohnungen

Von größter Bedeutung sind Vereinbarungen über die Ehewohnung. Dies liegt einerseits daran, dass die Frage, wer in der bisher gemeinsam genutzten Wohnung bleiben kann und wem die Mühen der Beschaffung einer neuen Bleibe aufgebürdet werden, große emotionale und wirtschaftliche Bedeutung hat, andererseits daran, dass die Ehewohnung, sofern sie im Eigentum steht, häufig einen ganz erheblichen Teil des Vermögens der Beteiligten ausmacht¹⁰⁾. Die Frage von Vorwegvereinbarungen über die Ehewohnung wurde bereits in einigen Beiträgen untersucht¹¹⁾. Der vorliegende Beitrag kommt zwar zu abweichenden Ergebnis-

⁸⁾ Vgl *Schwimmann*, *Zak* 2009, 324.

⁹⁾ *Schwimmann*, *Zak* 2009, 324.

¹⁰⁾ Vgl in diesem Sinn auch *Schwimmann*, *Zak* 2009, 325.

¹¹⁾ S FN 4.

sen, dabei soll jedoch nicht verkannt werden, dass die juristische Knochenarbeit, sich durch das vom Gesetzgeber hinterlassene „interpretatorische Schlachtfeld“¹²⁾ zu kämpfen, bereits von anderen besorgt wurde.

I. Aufteilungsmasse oder nicht?

Wie bereits erwähnt, gehört die Ehwohnung zum ehelichen *Gebrauchsvermögen* und unterliegt damit der richterlichen Aufteilung (§ 81 Abs 2 EheG). Der Richter kann in diesem Fall entweder die Begründung schuldrechtlicher oder dinglicher Rechte an der Wohnung anordnen oder sogar die Übertragung des Eigentums (§ 87 Abs 1 EheG)¹³⁾.

Ausgenommen von der Aufteilung ist die Ehwohnung allerdings, wenn sie von einem Gatten in die Ehe *eingebracht* oder von Todes wegen erworben wurde oder wenn sie ihm ein Dritter geschenkt hat (§ 82 Abs 1 Z 1 EheG)¹⁴⁾.

Eine Gegen Ausnahme macht das Gesetz für Fälle, in denen der andere Ehegatte auf die Weiterbenützung der eingebrachten Ehwohnung „zur Sicherung seiner Lebensbedürfnisse angewiesen ist oder wenn ein gemeinsames Kind an ihrer Weiterbenützung einen berücksichtigungswürdigen Bedarf hat“ (§ 82 Abs 2 EheG). Im Fall des *besonderen Bedarfs* unterliegen daher selbst eingebrachte Ehwohnungen der Aufteilung.

II. Zulässigkeit von Vorausvereinbarungen

Die Parteien können die dargestellten Befugnisse des Richters in gewissem Umfang durch Vereinbarung in Notariatsaktsform gestalten. Das Gesetz kennt verschiedene Fälle:

§ 87 Abs 1 Satz 2 EheG ordnet an, dass die Ehegatten die Übertragung des Eigentums oder eines dinglichen Rechts an der Ehwohnung ausschließen können, die nur auf Grund besonderen Bedarfs der Aufteilung unterliegt („opt-out-Vereinbarung“).

Die Ehegatten können auch die Einbeziehung einer an sich nicht in die Aufteilungsmasse fallenden Ehwohnung vereinbaren („opt-in-Vereinbarung“).

Wie sich aus § 97 Abs 1 EheG ergibt, der ganz allgemein von Vereinbarungen über die Aufteilung der Ehwohnung spricht, können die Parteien aber auch über das Schicksal nicht eingebrachter Ehe-

wohnungen – die im „normalen“ *Gebrauchsvermögen* enthalten sind – verfügen.

Der Gesetzgeber hat der privatautonomen Rechtsgestaltung allerdings Grenzen gesetzt, um den anderen Ehegatten vor Ungerechtigkeiten zu schützen. Die Einzelheiten der Neuregelung sind in der Lehre allerdings höchst umstritten¹⁵⁾. In der Folge soll daher der Spielraum der Parteien bei Abschluss von Vorwergvereinbarungen über die Ehwohnung untersucht werden¹⁶⁾. Zunächst sind dabei die Fälle zu beleuchten, in denen die Ehwohnung im Eigentum eines Ehegatten steht (III. und IV.), anschließend ist kurz auf Mietwohnungen einzugehen (V.).

III. § 97 Abs 3 und 4 EheG als Prüfmaßstab

1. Meinungsstand

Vorausvereinbarungen über die Aufteilung der Ehwohnung können dem Korrektiv des § 97 Abs 3 EheG unterliegen. Der Richter ist nach dieser Bestimmung nicht an Vereinbarungen über die Nutzung einer Wohnung gebunden, wenn „der andere Ehegatte oder ein gemeinsames Kind seine Lebensbedürfnisse nicht hinreichend decken kann oder eine deutliche Verschlechterung der Lebensverhältnisse hinnehmen muss“.

In der Lehre wurde vor allem von *Schwimann* und *Gitschthaler* die Ansicht vertreten, dass diese Bestimmung unabhängig davon gelte, ob es sich um eine eingebrachte Ehwohnung handelt.¹⁷⁾ Der Richter könne bei jeder Ehwohnung, die in die Aufteilungsmasse fällt, sowohl dingliche als auch schuldrechtliche Nutzungsrechte einräumen.

2. Eingebrachte Wohnungen

a) Wortlaut

Die in der Lehre vertretene Auffassung überrascht auf den ersten Blick. Der Gesetzeswortlaut des § 87 Abs 1 Satz 2 EheG weist nämlich in eine andere Richtung: „Die Übertragung des Eigentums oder eines dinglichen Rechts an einer Ehwohnung nach § 82 Abs 2 können die Ehegatten durch Vereinbarung ausschließen“¹⁸⁾. Es erscheint problematisch, wenn man in einem ersten Schritt anerkennt, dass das Gericht keine „dingliche[n] Rechte an einer solchen Ehwohnung [begründen kann], wenn die Ehegatten dies ausgeschlossen haben“, dann aber meint, „für das AufteilungsG *wirklich bindend* ist allerdings nur der Ausschluss der

¹²⁾ *Schwimann*, Zak 2009, 325.

¹³⁾ Die Begründung (bisher nicht bestehender) dinglicher Rechte deckt der Wortlaut nicht ohne weiteres, es wird ja nur von der Übertragung (bestehender) dinglicher Rechte gesprochen. Dass auch die Begründung eines dinglichen Rechts zugunsten des anderen Ehegatten zulässig sein muss, ergibt ein schlichter Größenschluss. Wenn der bisherige Eigentümer sogar enteignet werden darf, muss es erst recht zulässig sein, ihm sein Eigentum zu lassen, es aber dinglich zu beschränken, vgl die Nw bei *Gitschthaler*, Nacheheliche Aufteilung (2009) Rz 75.

¹⁴⁾ Vgl *Koch* in *KBB*² § 82 EheG Rz 1, 4; *Stabentheiner* in *Rummel*³ § 82 EheG Rz 14. In der Folge wird der Einfachheit halber von „eingebrachten Ehwohnungen“ gesprochen.

¹⁵⁾ Vgl den zutreffenden Befund von *Deixler-Hübner*, Zak 2010, 11 ff.

¹⁶⁾ Die Frage ist bei der reinen opt-in-Vereinbarung, wenn also bloß vereinbart wird, dass eine eingebrachte Ehwohnung der Aufteilung unterliegen soll, wenig problematisch; der Richter ist allein dadurch nicht hinsichtlich der Frage gebunden, wie er aufteilt.

¹⁷⁾ *Schwimann*, Zak 2009, 323 f; *Gitschthaler*, EF-Z 2010, 10.

¹⁸⁾ Zur gegenteiligen Vereinbarung über die Übertragung eines dinglichen Rechts vgl *Deixler-Hübner*, Zak 2010, 11.

Eigentumsübertragung¹⁹⁾, die Begründung sonstiger dinglicher Rechte unterliege § 97 Abs 3 EheG. Der wirksame Ausschluss einerseits und die nicht wirkliche Bindung andererseits sind kaum unter einen Hut zu bekommen.

b) Systematik

Die Anwendung des § 97 Abs 3 EheG auf Vorausvereinbarungen über eingebrachte Ehewohnungen würde das gesetzgeberische Konzept grob un schlüssig erscheinen lassen: Eingebrachte Wohnungen unterliegen ohnehin nur dann der Aufteilung, wenn besonderer Bedarf besteht (§ 82 Abs 2 EheG), bei solchen Wohnungen erlaubt der Gesetzgeber aber explizit den Ausschluss der Übertragung dinglicher Rechte (§ 87 Abs 1 Satz 2 EheG, der ausdrücklich auf § 82 Abs 2 EheG verweist!); von einer solchen Vereinbarung könnte freilich nach § 97 Abs 3 EheG abgewichen werden, und zwar ausgerechnet dann, wenn besonderer Bedarf besteht, also die Voraussetzung vorliegt, die die Einbeziehung in die Aufteilung und die Vorwegvereinbarung überhaupt notwendig macht.

c) Subjektiv und objektiv teleologische Interpretation

Sowohl der Wortlaut als auch die systematische Interpretation lassen daher uE eine Einräumung dinglicher Nutzungsrechte bei Ehewohnungen iSd § 82 Abs 2 EheG nicht zu. Dieser Befund wird auch von den Materialien bestätigt, die festhalten: „Eine Vereinbarung, mit der die Ehegatten die Übertragung des Eigentums oder des dinglichen Rechts ausschließen, soll für das Gericht in jedem Fall bindend sein.“²⁰⁾

Schließlich sprechen auch teleologischen Bedenken gegen die Zulässigkeit der Einräumung dinglicher Nutzungsrechte bei eingebrachten Ehewohnungen. Die Zulässigkeit der Begründung dinglicher Nutzungsrechte auch an eingebrachten Wohnungen argumentiert *Schwimann* damit, dass sie „zur Vermeidung grober Unbilligkeiten auch richtig“ sei²¹⁾. Abgesehen davon, dass nicht ausgeführt wird, worin die groben Unbilligkeiten bestehen könnten, ist auch die – wohl hinter den Ausführungen von *Schwimann* stehende – Befürchtung unbegründet, dem Richter seien sonst die Hände gebunden. § 87 Abs 1 EheG eröffnet ihm ja ganz zwanglos die Möglichkeit, ein schuldrechtliches Rechtsverhältnis zu begründen²²⁾. Der Richter

könnte einen Ehegatten zB verpflichten, dem geschiedenen Ehegatten und dem gemeinsamen Kind ein Mietrecht an der früheren Ehewohnung bis zur Volljährigkeit des Kindes einzuräumen²³⁾, auch die Einräumung eines unentgeltlichen Nutzungsrechts wäre denkbar²⁴⁾.

Das Ergebnis erscheint damit aber entgegen den geäußerten Befürchtungen²⁵⁾ keineswegs grob unbillig: Besteht entsprechender Bedarf, kann er auch gestillt werden. Dass dabei im Fall der eingebrachten Wohnung nur schuldrechtliche Rechtspositionen zulässig sein sollen, während bei regulärem Gebrauchsvermögen auch dingliche Nutzungsrechte begründet werden können, erscheint ein sinnvoll abgestuftes System zu sein, bei dem sich die Eingriffsintensität an der Logik der Mit einbeziehung der Wohnung orientiert. Dabei lässt sich nämlich nicht leugnen, dass die Aufteilung bei eingebrachten Wohnungen viel weniger zwingend ist als bei regulärem Gebrauchsvermögen.

3. Ehewohnung als „normales“ Gebrauchsvermögen

Wurde die Ehewohnung hingegen nicht eingebracht, sondern ist sie bloß herkömmliches Gebrauchsvermögen, greift die Kontrolle des § 97 Abs 3 EheG. Die Parteien können zwar ebenfalls über das Schicksal der Ehewohnung verfügen, allerdings hat der Richter hier auch die Möglichkeit, sachenrechtliche Nutzungsrechte einzuräumen, wenn besonderer Bedarf besteht (§ 97 Abs 3 EheG). Die verschiedene Behandlung der beiden Arten von Ehewohnungen rechtfertigt sich schon unmittelbar aus dem Gesetz, vom Ausschluss dinglicher Rechte ist bei regulären Ehewohnungen nämlich nirgends die Rede (anders als in § 87 Abs 1 EheG).

Umstritten ist, ob § 97 Abs 4 EheG, der Umstände nennt, die das Gericht zu berücksichtigen hat, wenn es von einer Vorausvereinbarung abweichen will, auch in diesem Fall anwendbar ist. *Schwimann*²⁶⁾ hat dies mit dem Hinweis verneint, dass diese Kriterien „offensichtlich nicht greifen“ können und an ihre Stelle Zahl, Alter, Persönlichkeitsstruktur, Ausbildung, Gesundheit der bedürftigen Personen sowie ein Vermögensvergleich zwischen den Gatten zu treten habe. *Deixler-Hübner* hat diese Ansicht mit zutreffenden Argumenten

EheG Anm 2; zur Handhabung der Bestimmung durch die Rsp *Koch* in KBB² § 90 EheG Rz 2.

²³⁾ *Deixler-Hübner*, Zak 2010, 12 und *Pesendorfer*, iFamZ 2009, 265 haben einen interessanten Punkt angesprochen, was schuldrechtliche Nutzungsrechte anlangt. Durch die Verpflichtung zur Einräumung von Nutzungsrechten dürfe sich die Rechtsstellung des Berechtigten aber nicht einer dinglichen Position annähern, wie dies zB bei einem unbefristeten Mietvertrag der Fall wäre. Dem wird aus teleologischen Gründen beizutreten sein. Ergänzend wäre allerdings anzumerken, dass dies wohl nur im Anwendungsbereich des MRG der Fall wäre.

²⁴⁾ Vgl *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT³ (2008) Rz 7/1.

²⁵⁾ *Schwimann*, Zak 2009, 324; *Gitschthaler*, EF-Z 2010, 10.

²⁶⁾ Zak 2009, 325.

¹⁹⁾ *Gitschthaler*, EF-Z 2010, 10 (Hervorhebung durch die Verfasser).

²⁰⁾ 673/A 24. GP 34.

²¹⁾ *Schwimann*, Zak 2009, 324. Offenlassend *Hinteregger*, Familienrecht⁴, 124f, die sich zwar auf das Bedarfskriterium nach § 97 Abs 3 EheG bezieht, aber nur von Nutzungsrechten spricht.

²²⁾ Vgl nur *Hopf/Kathrein*, Eherecht² § 87 EheG Anm 2ff. Eine ähnliche Differenzierung findet sich in § 89 EheG, der nur die Einräumung schuldrechtlicher Nutzungsrechte an Immobilien aus den ehelichen Ersparnissen gestattet, vgl *Hopf/Kathrein*, Eherecht² § 89

widerlegt und darauf hingewiesen, dass sie mit dem in den Materialien zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willen nicht übereinstimmt.²⁷⁾

Freilich ist *Schwimann* zuzugestehen, dass die in § 97 Abs 4 EheG genannten Kriterien dort nicht weiterhelfen werden, wo es um den Bedarf des gemeinsamen Kindes geht. Abs 4 leg cit nimmt nämlich darauf keine Rücksicht, sondern bezieht sich auf Umstände, die das Verhältnis der Ehegatten untereinander betreffen. Das muss freilich nicht zur Totalablehnung des Abs 4 führen, nachdem dieser ja ohnehin keinen abschließenden Charakter hat; weicht das Gericht daher wegen des Bedarfes eines gemeinsamen Kindes von der Vereinbarung ab, ist es an die Kriterien des § 97 Abs 4 EheG nicht gebunden.

In der Praxis wird man sich von dieser Frage freilich nicht viel erwarten dürfen. Da die Aufzählung notwendig demonstrativ ist (schon weil sie die in Abs 3 erwähnten Kinder nicht berücksichtigt), wird man sich darauf verlassen können, dass die Gerichte diese Billigkeitskontrolle sinnvoll durchführen.

4. Zwischenergebnis

Bei eingebrachten Wohnungen kann die sachenrechtliche Rechtslage durch Vorausvereinbarung bindend geregelt werden (§ 87 Abs 1 EheG). Sowohl die Zuordnung des Eigentums als auch der Ausschluss dinglicher Nutzungsverhältnisse ist zulässig und wirksam. Der berechnete Ehegatte muss daher nicht fürchten, um seine Rechtsposition umzufallen, ihm droht allenfalls eine obligatorische Belastung.

Bei nicht eingebrachten Wohnungen kann der Richter hingegen jede Form von Nutzungsrechten begründen (§ 97 Abs 3); für die in § 97 Abs 1 EheG vorgesehene Vereinbarung bleibt daher nur die vermögensrechtliche Zuordnung als Regelungsgehalt.

IV. § 97 Abs 2 EheG als Prüfmaßstab?

Nach dem bisher Gesagten bleibt bei regulär der Aufteilung unterliegenden Ehwohnungen nur die Eigentumszuordnung als bindender Inhalt einer Vereinbarung nach § 97 Abs 1 EheG. Das ergibt sich aus einer Zusammenschau mit § 97 Abs 3 EheG, der nur mehr von der Kontrolle solcher Vereinbarungen hinsichtlich der Nutzung spricht.

Schwimann hat freilich die Frage aufgeworfen, inwiefern § 97 Abs 2 EheG auch für Vereinbarungen über Ehwohnungen eine Rolle spielen soll. Danach kann das Gericht „von einer im Voraus geschlossenen Vereinbarung über die Aufteilung der ehelichen Ersparnisse und des ehelichen Gebrauchsvermögens mit Ausnahme der Ehwohnung [...] nur abweichen, soweit die Vereinbarung in einer Gesamtbetrachtung des in die Aufteilung einzubeziehenden Vermögens im Zeitpunkt der

Aufteilungsentscheidung einen Teil unbillig benachteiligt“.

Auf den ersten Blick fällt die Antwort auf die Frage der Behandlung der Ehwohnung leicht²⁸⁾, schließt § 97 Abs 2 EheG sie doch explizit aus²⁹⁾. *Schwimann* hat freilich zutreffend darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber in der Reform vor allem Vereinbarungen über eingebrachte Wohnungen durch Bestandfestigkeit privilegieren wollte³⁰⁾. § 97 Abs 2 EheG sei daher dahingehend zu reduzieren, dass nur Vereinbarungen nach § 87 Abs 1 EheG (über eingebrachte Ehwohnungen) außer Betracht bleiben sollten. Reguläre Ehwohnungen sollten aus dem Unzumutbarkeitskorrektiv hingegen nicht ausgeschlossen werden, „zumal diese Wohnungen nicht selten das einzige Aufteilungsvermögen bilden“³¹⁾.

Es ist ausweislich der Materialien zwar richtig, dass der Gesetzgeber vor allem eingebrachte Wohnungen zum Anlass für sein Handeln genommen hat. Der Wortlaut der Bestimmung ist freilich eindeutig, die Ableitungen aus den Materialien scheinen eine teleologische Reduktion des Wortlautes noch nicht zu rechtfertigen; dafür wären noch weitere Argumente notwendig.

Solche sind jedoch nicht vorhanden: Der Gesetzgeber anerkennt in § 97 Abs 1 EheG überhaupt erst, dass Vorausvereinbarungen hinsichtlich nicht eingebrachter Wohnungen zulässig sind. Dass er dann im unmittelbar darauf folgenden Absatz schon wieder vergessen hat, dass es sie gibt (und die Formulierung des Abs 2 leg cit daher auf einem Irrtum beruht), zeichnete kein gutes Bild von ihm.

Die grundsätzliche Anerkennung der vermögensrechtlichen Wirkung der Vereinbarung lässt aber auch keine schwerwiegenden teleologischen Bedenken aufkommen.

Für nicht eingebrachte Ehwohnungen sieht § 97 Abs 1 EheG nämlich zwar die privatautonome Gestaltung durch eine Vorausvereinbarung vor, § 97 Abs 3 EheG räumt dem Gericht aber – wie dargestellt – bei Bedarf die Möglichkeit ein, (lege non distinguente) dingliche oder obligatorische Nutzungsrechte zu begründen. Das Gericht könnte durch sachgerechte Einräumung von Nutzungsrechten den wirtschaftlichen Vorteil des Eigentums dem anderen Ehegatten sehr weitgehend zuordnen, ohne dabei die grundsätzliche vermögensrechtliche Zuteilung entsprechend der Vereinbarung anzutasten; die Palette könnte vom Wohnrecht bis zum umfassenden Fruchtgenussrecht reichen³²⁾.

²⁸⁾ Demgegenüber meint *Gitschthaler*, EF-Z 2010, 11, es sei „offensichtlich“, dass der Gesetzgeber nur eingebrachte Wohnungen meine.

²⁹⁾ So bereits *Deixler-Hübner*, Zak 2010, 11 f; vgl auch *Pesendorfer*, iFamZ 2009, 265.

³⁰⁾ Vgl 673/A 24. GP 34.

³¹⁾ *Schwimann*, Zak 2009, 325; diesem folgend *Gitschthaler*, EF-Z 2010, 11.

³²⁾ Nutzung iSd § 97 Abs 3 EheG kann wohl beides sein.

²⁷⁾ Zak 2010, 12; in diesem Sinn auch schon *Pesendorfer*, iFamZ 2009, 264.

Damit muss es freilich beim Wortlaut des § 97 Abs 2 EheG bleiben: Die sachenrechtliche Zuordnung der Ehwohnung durch Vorausvereinbarung ist auch dann zu respektieren, wenn sie nicht eingebracht wurde, sondern zum herkömmlichen Gebrauchsvermögen zählt.

V. Mietwohnung

Für Miet- und Genossenschaftswohnungen gilt grundsätzlich das allgemeine Regime, manche Modifikationen liegen in der Natur der Sache. So kann nach § 87 Abs 2 EheG das Gericht anordnen, dass ein Ehegatte an Stelle des anderen in das der Benutzung zugrunde liegende Rechtsverhältnis eintritt oder ein gemeinsames Rechtsverhältnis allein fortsetzt.

Hier sieht das Gesetz keine Sonderregeln für eingebrachte Mietwohnungen vor (keine § 87 Abs 1 Satz 2 EheG vergleichbare Anordnung). Damit greift aber die allgemeine Regel des § 97 Abs 1 EheG, die bei Ehwohnungen Vorwegvereinbarungen zulässt, sie aber nach § 97 Abs 3 EheG kontrolliert³³).

C. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Grundsätzlich hat der Richter im Zuge der Aufteilung des Ehevermögens die Befugnis, das Eigentum an der Ehwohnung zu übertragen sowie Nutzungsrechte einzuräumen (§ 87 Abs 1 Satz 1 EheG).

2. Diese Befugnis kann durch *notariatsaktspflichtige Vorausvereinbarung* eingeschränkt werden. Wie weit diese Einschränkung gehen kann, hängt davon ab, ob die Ehwohnung iSd § 82 Abs 2 EheG von einem Ehegatten „eingebracht“ wurde.

3. Für *eingebrachte* Wohnungen kann nach § 87 Abs 1 Satz 2 EheG die Übertragung des Eigentums oder eines dinglichen Rechts ausgeschlossen werden. Von den Befugnissen des Richters iSd § 87 Abs 1 Satz 1 EheG bleibt damit nur die Einräumung *schuldrechtlicher* Nutzungsrechte. § 97 Abs 3 EheG findet keine Anwendung.

4. Für *nicht eingebrachte*, zum „regulären“ Gebrauchsvermögen zählende Ehwohnungen sind die Befugnisse des Richters iSd § 87 Abs 1 Satz 1 EheG weniger eingeschränkt. § 97 Abs 1 EheG erlaubt zwar den Abschluss einer Vereinbarung, § 97 Abs 3 EheG gestattet dem Richter aber die Begründung von Nutzungsrechten, was *obligatorische und dingliche Rechte* gleichermaßen inkludiert. § 97 Abs 4 EheG enthält einen (nicht abschließenden) Katalog von Kriterien, die der Richter dabei zu beachten hat.

5. Sowohl bei eingebrachten als auch bei nicht eingebrachten Wohnungen ist damit die *Zuordnung des Eigentums* durch Vorausvereinbarung *bindend*. Der Richter kann von ihr nicht abweichen, weil seine Befugnis, iSd § 87 Abs 1 Satz 1 EheG Eigentum zu übertragen, wirksam abbedungen ist. Diese Vereinbarung unterliegt keinen spe-

ziellen eherechtlichen Kontrollmechanismen, der Richter kann insbesondere nicht – wie eine verbreitete Ansicht meint – unter Berufung auf § 97 Abs 2 EheG von ihr abgehen.

6. Damit zeigt sich, dass Vereinbarungen über eingebrachte Wohnungen ausschließlich nach § 87 EheG zu beurteilen sind, für Vereinbarungen über Ehwohnungen, die zum „herkömmlichen“ Gebrauchsvermögen zählen, ist § 97 Abs 3 EheG einschlägig.

Korrespondenz: Ass.-Prof. Dr. *Stefan Perner*, E-Mail: stefan.perner@univie.ac.at; Ass.-Prof. Dr. *Martin Spitzer*, E-Mail: martin.spitzer@univie.ac.at; beide: Institut für Zivilrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10–16, 1010 Wien.

SpringerRecht.at



- **hier** können Sie diesen Beitrag kommentieren
- **hier** finden Sie Vorschauen unserer juristischen Zeitschriftenartikel
- **hier** gibt es: News, Expertenforen, Neuerscheinungen und Zeitschriften, ...

³³) *Gitschthaler*, EF-Z 2010, 10 f.