



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Ehegüterrechtliche Vereinbarungen bei Scheidung und
im Todesfall“

verfasst von / submitted by

Mag. Michaela Sattler

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, im Jänner 2022 / Vienna 2022

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 992 044

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Familienunternehmen und Vermögensplanung (LL.M.)

Betreut von / Supervisor:

Dr. Christoph Mondel, MBL

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	2
Einleitung	4
1. Arten von ehgüterrechtlichen Vereinbarungen	5
1.1 Ehepakt	5
1.2 Ehevertrag/Vorausvereinbarung	8
1.3 Scheidungsfolgenvereinbarung	9
1.4 Vereinbarungen im Zuge eines Scheidungsverfahrens/ Aufteilungsvereinbarung.....	10
2. Anwendungsfälle	13
2.1 Ehepakt/Gütergemeinschaft – Erbvertrag	13
2.1.1 Erbvertrag	13
2.1.2 Gütergemeinschaft	16
2.1.3 Gütergemeinschaft auf den Todesfall	20
2.1.4 Gütergemeinschaft unter Lebenden	21
2.2 Ehevertrag/Vorausvereinbarung	22
2.2.1 Vorausvereinbarung über die Aufteilung der ehelichen Ersparnisse	23
2.2.2 Vorausvereinbarung über eheliches Gebrauchsvermögen....	25
2.2.3 Vorausvereinbarung über die Ehewohnung	27
3. Schicksal der ehgüterrechtlichen Vereinbarungen bei Scheidung der Ehe	30
3.1 Ehepakt	30
3.2 Vorausvereinbarungen.....	33
3.2.1 Vorausvereinbarungen hinsichtlich der ehelichen Ersparnisse und des ehelichen Gebrauchsvermögens	36
3.2.2 Vorausvereinbarungen hinsichtlich der Ehewohnung	37
3.3 Aufteilungs- und Scheidungsfolgenvereinbarungen	41
4. Schicksal der ehgüterrechtlichen Vereinbarungen bei Ableben eines Ehegatten	43
4.1 Ehepakt	43
4.2 Vorausvereinbarungen/Aufteilungsvereinbarungen	44
5. eingetragene Partnerschaft	54
6. Grunderwerbsteuer und Gebühren.....	55
6.1 Grunderwerbsteuer und gerichtliche Eintragungsgebühr.....	55
6.2 Gebühren nach dem GebG	60
7. Tipps an den Vertragserrichter	64
Zusammenfassung	66
Summary	67
Literaturverzeichnis	68

Abkürzungsverzeichnis

aA	=	anderer Ansicht
aaO	=	am angegebenen Ort
ABGB	=	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	=	Absatz
aF	=	alte Fassung
aM	=	anderer Meinung
Anm	=	Anmerkung
BewG	=	Bewertungsgesetz
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BlgNr	=	Nummer der Beilage
ecolex	=	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EF-Z	=	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
EheG	=	Ehegesetz
EO	=	Exekutionsordnung
EPG	=	Bundesgesetz über die eingetragene Partner- Schaft
ErbRÄG	=	Erbschaftsrechtsänderungsgesetz
ErläutRV	=	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EStG	=	Einkommensteuergesetz
etc	=	et cetera
FamRÄG	=	Familienrechtsänderungsgesetz
GebG	=	Gebührengesetz
gem	=	gemäß
GesBR	=	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GGG	=	Gerichtsgebührengesetz
GP	=	Gesetzgebungsperiode
GrESt	=	Grunderwerbsteuer
GrEStG	=	Grunderwerbsteuergesetz
HB	=	Handbuch
hM	=	herrschende Meinung
IA	=	Initiativantrag
idP	=	in der Praxis
idR	=	in der Regel

iFamZ	=	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
insbes	=	insbesondere
iSd	=	im Sinne des
iU	=	im Unterschied
iVm	=	in Verbindung mit
iZw	=	im Zweifel
lit	=	Litera
mE	=	meines Erachtens
mind	=	mindestens
mwN	=	mit weiteren Nachweisen
NO	=	Notariatsordnung
NotAkteG	=	Notariatsaktsgesetz
NZ	=	Notariatszeitung
öarr	=	Österreichisches Archiv für Recht und Religion
OGH	=	Oberster Gerichtshof
Rsp	=	Rechtsprechung
RZ	=	Randzahl
S	=	Seite
stRsp	=	ständige Rechtsprechung
überwM	=	überwiegende Meinung
UGB	=	Unternehmensgesetzbuch
uU	=	unter Umständen
va	=	vor allem
vgl	=	vergleiche
VwGH	=	Verwaltungsgerichtshof
WEG	=	Wohnungseigentumsgesetz
Zak	=	Zivilrecht aktuell
zB	=	zum Beispiel

Einleitung

„Drum prüfe, wer sich ewig bindet, ob sich das Herz zum Herzen findet! Der Wahn ist kurz, die Reu ist lang.“

Schon Friedrich Schiller mahnt im „Lied von der Glocke“ zu Vorsicht, wenn es um das Eingehen einer Ehe geht. Auf den persönlichen Aspekt dieser uns ans Herz gelegten Prüfung hat auch der beste Vertragserrichter keinen Einfluss. Doch werden – gerade in Zeiten, in denen die klassische Hausfrauen- oder Hausmännerehe immer mehr ausgedient zu haben scheint, die Lebenserwartung steigt und das traditionelle Bild der einzigen, lebenslangen Ehe „bis dass der Tod sie scheidet“ immer stärker verblasst – vertragliche Regelungen, nicht nur während aufrechter Ehe, sondern vor allem für den Fall des Auseinandergehens der Ehegatten, immer wichtiger.

Anlass genug also, die verschiedenen Arten von Verträgen, mit denen sich vor allem der wirtschaftliche Aspekt einer Ehe beziehungsweise einer Scheidung gestalten lassen, und ihr Schicksal bei Ableben eines der Ehegatten oder im Fall der Scheidung einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

Die vorliegende Arbeit soll nicht nur auf die inhaltlichen und formellen Besonderheiten der einzelnen Regelungsaspekte eingehen, sondern auch deren Konsequenzen in grunderwerbsteuerlicher und gebührenrechtlicher Hinsicht erörtern.

An dieser Stelle darf auch darauf hingewiesen werden, dass sich die vorliegende Arbeit um eine gender-gerechte Formulierung bemüht. Soweit dies in Ausnahmefällen dem Lesefluss abträglich wäre, wird jedoch die männliche Subjektform verwendet, die stellvertretend für alle Geschlechtsformen stehen soll.

Hauptteil

1. Arten von ehedüterrechtlichen Vereinbarungen

Ehepakt – Ehevertrag - Vorausvereinbarung – Scheidungsfolgenvereinbarung – Vereinbarung im Zug eines Scheidungsverfahrens/Aufteilungsvereinbarung

Alles dasselbe?

Bevor eine konkrete inhaltliche Annäherung an die einzelnen Themenbereiche stattfinden kann, soll in einem ersten Schritt anhand einer Reihe von Begriffsdefinitionen geklärt werden, wovon im Zuge der vorliegenden Arbeit überhaupt die Rede sein wird. Es sollen damit also zunächst die verwendeten Überbegriffe erläutert werden. Dies erscheint mir insofern wichtig, als diese Bezeichnungen idP immer wieder unüberprüft, zum Teil auch synonym verwendet werden und mir daher die dogmatische Einordnung der verwendeten Begriffe wesentlich erscheint.

1.1 Ehepakt

Unter dem Begriff Ehepakt versteht § 1217 ABGB „diejenigen Verträge, welche in der Absicht auf die eheliche Verbindung über das Vermögen geschlossen werden“. Das Gesetz führt dann beispielhaft Gütergemeinschaft und Erbvertrag an, wobei diese Aufzählung nicht taxativ ist. Jedoch anerkennt auch der Gesetzgeber selbst, dass – ungeachtet der weiten Formulierung des § 1217 ABGB - nicht jeder Vertrag zwischen Ehegatten schon ein Ehepakt ist. Dies lässt sich zum Beispiel aus § 1 NotAkteG erkennen, in dem unter lit a Ehepakte angeführt sind, und unter lit b zwischen Ehegatten geschlossene Kauf-, Tausch-, Renten- und Darlehensverträge etc. Daraus lässt sich schließen, dass auch der Gesetzgeber davon ausgeht, dass neben dem Ehepakt eine Reihe weiterer vermögensrechtlicher Verträge zwischen Ehegatten existieren können.

Die herrschende Lehre verlangt, um von einem Ehepakt sprechen zu können, die Absicht der Gestaltung der vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten während aufrechter Ehe bzw. für den Fall des Ablebens eines Ehegatten. Darüber hinaus sind als Ehepakte nur jene Verträge anzusehen, die eine umfassende Regelung der wirtschaftlichen Aspekte einer Ehe anstreben.¹

Laut *Egger* sind Ehepakte nur von der Gütertrennung abweichende Vereinbarungen über das durch die Ehe bedingte Schicksal ganzer Vermögensmassen.²

Jedoch können nach Teilen der Lehre auch Verträge in Bezug auf einzelne Sachen als Ehepakt gelten, wenn damit die Regelung des Güterstands für die gesamte Ehedauer bzw. allenfalls auch den Fall der Auflösung der Ehe getroffen werden soll.³ Hier ist zu beachten, dass Vereinbarungen, die zur Gänze oder überwiegend Scheidungsfolgen regeln, idR nicht Ehepakt sein werden.⁴

Es gelten also nicht alle Verträge zwischen Ehegatten als Ehepakte, auch wenn sie einen Einfluss auf die wirtschaftliche Seite der Ehe haben. Auch Vereinbarungen, die ebenso ohne Ehe geschlossen werden könnten, zählen – selbst wenn sie in einem zeitlichen Zusammenhang mit oder überhaupt aus Anlass der Ehe geschlossen werden – nicht zu den Ehepakten.⁵

Die Abgrenzung im Einzelfall ist daher schwierig und anhand der konkreten Lebensumstände der Ehegatten zu prüfen. Jedenfalls wird es sich im Ergebnis um ein nicht unbeträchtliches Vermögen handeln müssen, dessen Schicksal geregelt wird, um von einem Ehepakt sprechen zu können.⁶

¹ *Deixner-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹³, S. 46

² *Schwimann/Neumayr*, Taschenkommentar ABGB⁵, § 1217, RZ 1

³ *Fucik in Kletečka – Schauer*, ABGB-ON^{1.05}, § 1217, RZ 7

⁴ *M. Bydlinski in Rummel/Lukas*⁴, § 1217 ABGB RZ 2

⁵ *M. Bydlinski in Rummel/Lukas*⁴, § 1217 ABGB RZ 4

⁶ *Deixner-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹³, S. 46

Beispiele: - A bringt einen landwirtschaftlichen Betrieb in die Ehe ein, B weitere landwirtschaftliche Flächen. Auf beiden Seiten stellen diese Werte praktisch das gesamte Vermögen dar. Wenn nunmehr ein einheitlicher Betrieb entstehen soll, der sämtliche Flächen umfasst und an dem beide Ehegatten sowohl die Substanz als auch die künftigen Erträge betreffend gemeinsam beteiligt sein sollen, kann dies unter der Annahme, dass es sich um so gut wie das gesamte Vermögen handelt, in Form der Vereinbarung einer Gütergemeinschaft unter Lebenden geschehen.

- Sollen hingegen A und B zu Lebzeiten jeweils Eigentümer ihres Vermögens und frei darüber verfügungsbe-rechtigt bleiben, und erst im Ablebensfall ist eine Ver-gemeinschaftung der Vermögenswerte und anschlie-ßende quotenmäßige Teilung beabsichtigt, kann dies mittels Gütergemeinschaft auf den Todesfall vereinbart werden.

- Bringt A hingegen eine Wohnung in die Ehe an, an der B ebenfalls Eigentum erhalten soll im Gegenzug für die beabsichtigten Investitionen, die beide Ehegatten in die Wohnung tätigen wollen, und sind daneben noch weitere wesentliche Vermögensbestandteile vorhanden, an denen kein gemeinsames Eigentum begründet wer-den soll, wird diese Eigentumsübertragung eher in Form eines Kauf- oder Schenkungsvertrages zu regeln sein.

Ehepakete bedürfen zu ihrer Gültigkeit gemäß § 1 Abs 1 lit a NotAkteG der Form eines Notariatsaktes. Der gerichtliche Vergleich ersetzt da-bei den Notariatsakt.⁷ Im Anwendungsbereich des § 36 UGB ist wei-ters die Eintragung des Ehepaktes im Firmenbuch möglich, woran auch haftungsrechtliche Folgen Gläubigern gegenüber geknüpft sein können.

⁷ M. Bydliński in *Rummel/Lukas*⁴, § 1217 ABGB, RZ 6

1.2 Ehevertrag/Vorausvereinbarung

Der Begriff Ehevertrag hat eine zweifache Bedeutung.

Zum einen ist damit das Eingehen der Ehe iSd § 44 ABGB gemeint. Durch den Ehevertrag, in dem einander zwei Personen gesetzmäßig ihren Willen erklären, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen und sich gegenseitigen Beistand zu leisten, werden die Familienverhältnisse gegründet. Darauf soll hier nicht näher eingegangen werden.

Zum anderen sind mit dem Begriff Ehevertrag jedoch auch Vereinbarungen von (unter der Bedingung der nachfolgenden Eheschließung auch künftigen) Ehegatten zu verstehen, die eine Regelung iSd § 97 Abs 1 - 4 EheG zum Inhalt haben. Inhaltlich geht es dabei vor allem um die Regelung der Aufteilung des Ehevermögens und des nachehelichen Unterhalts, seltener auch der Obsorge und des Kontaktrechts für den Fall der Auflösung der Ehe. Daneben können jedoch auch weitergehende Vereinbarungen in einem Ehevertrag getroffen werden, zB über die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, Unterhalt und Mitwirkung im Erwerb des Ehegatten während aufrechter Ehe, güterrechtliche Vereinbarungen für den Fall der aufrechten Ehe bzw des Todes.⁸ *Gitschthaler* empfiehlt daher, nur solche umfassenden Vertragswerke auch tatsächlich „Ehevertrag“ zu nennen, aber für jene Vereinbarungen, die rein die Regelung der nachehelichen Aufteilung gem § 97 Abs 1 - 4 EheG zum Inhalt haben, die Bezeichnung „Vorweg-“ oder „Vorausvereinbarung“ zu wählen.⁹

Vereinbarungen nach § 97 Abs 5 EheG, die im zeitlichen Zusammenhang mit einem Scheidungsverfahren geschlossen werden, zählen jedenfalls nicht zu den Eheverträgen.

Die Begriffe Ehevertrag und Vorausvereinbarung werden zwar landläufig synonym verwendet, sollten aber dogmatisch getrennt werden.

⁸ *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 2

⁹ *Gitschthaler*, Aufteilungsrecht², RZ 800

Die für die Gültigkeit der Vorausvereinbarung einzuhaltende Form bestimmt sich nach dem Regelungsinhalt. Darauf wird nachstehend noch gesondert eingegangen werden. Für den Abschluss von Eheverträgen ist jedenfalls Notariatsakt anzuraten.

Beispiele: - Wenn die Ehegatten A und B eine Vereinbarung abschließen, in der sie festhalten, wie die Mitwirkung der B im Betrieb des A ausgestaltet sein soll, in der die Unterhaltsansprüche von B während aufrechter Ehe geregelt werden, in der sie Haushaltsführung und Beistandsleistung nach ihren Vorstellungen konkretisieren, und in der zusätzlich Bestimmungen hinsichtlich Vermögen, Unterhalt und Rechtsfolgen betreffend die gemeinsamen Kinder für den Fall der Scheidung der Ehe enthalten sind, handelt es sich um einen Ehevertrag.

- Wenn A und B hingegen eine Vereinbarung schließen, in der sie rein vermögens- und unterhaltsrechtliche Fragen für den Fall der Scheidung regeln, allenfalls noch Obsorge und Kontaktrecht hinsichtlich der gemeinsamen Kinder, liegt eine Vorausvereinbarung vor.

1.3 Scheidungsfolgenvereinbarung

Darunter versteht man jene Vereinbarung, die dem Gericht anlässlich der einvernehmlichen Scheidung nach § 55a Abs 2 EheG vorzulegen ist.¹⁰ Alternativ wird dafür auch der Begriff Scheidungsvergleich verwendet.

Mindestinhalt sind Regelungen hinsichtlich der vermögensrechtlichen Ansprüche der Ehegatten untereinander, Unterhaltsansprüche der Ehegatten, Kindesunterhalt, Betreuung und Obsorge der Kinder sowie Regelung des Kontaktrechtes. Nach Möglichkeit sollen damit alle Ansprüche der Ehegatten untereinander aus Anlass der Scheidung abschließend geregelt werden.

¹⁰ *Deixler-Hübner, Der Ehevertrag*⁴, S 158

Die Scheidungsfolgenvereinbarung bedarf der Schriftform, sie stellt einen Vergleich iSd § 1380 ABGB dar. Sie steht weiters unter der Bedingung der Ehescheidung und verliert deshalb iZw ihre Rechtswirkung, wenn die Ehe nicht oder nicht einvernehmlich geschieden wird.¹¹

1.4 Vereinbarungen im Zuge eines Scheidungsverfahrens/Aufteilungsvereinbarung

Aufteilungsvereinbarungen nach § 97 Abs 5 EheG in einem zeitlichen Zusammenhang mit einem Scheidungsverfahren werden in der Literatur – soweit überblickt werden kann - hingegen nicht als Scheidungsfolgenvereinbarung bezeichnet. Hier kann man von Vereinbarungen im Zuge eines Scheidungsverfahrens oder eben von Aufteilungsvereinbarungen sprechen.

Nun stellt jede Scheidungsfolgenvereinbarung nach § 55a EheG gleichzeitig auch eine Vereinbarung in Zusammenhang mit einem Scheidungsverfahren iSd § 97 Abs 5 EheG dar – es lässt sich also sagen, dass zwar jede Scheidungsfolgenvereinbarung eine Aufteilungsvereinbarung ist, aber nicht jede Aufteilungsvereinbarung auch eine Scheidungsfolgenvereinbarung.

Maßgeblich für die weitere Abgrenzung, ob es sich um eine Vereinbarung nach § 97 Abs 1 – 4 EheG oder eine solche nach Abs 5 handelt, ist die Frage, ob bei deren Abschluss die Absicht besteht, auf Scheidung oder Auflösung der Ehe zu klagen bzw eine einvernehmliche Scheidung zu beantragen. Das einseitige Vorliegen einer solchen Absicht ist für die Beurteilung als Aufteilungsvereinbarung nach § 97 Abs 5 EheG ausreichend.¹² Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Scheidungswillige diese Absicht auch verwirklichen kann,

¹¹ *Nademleinsky in Deixler-Hübner, HB Familienrecht*², S 870

¹² *Gitschthaler/Tschugguel, EF-Z 2017, 139*

zB weil bei Abschluss der Vereinbarung bereits die Scheidungsklage eingebracht war und die Ehe in der Folge auch geschieden wird.¹³

Unklar ist, wann nun ein solcher „Zusammenhang mit dem Verfahren auf Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe“ vorliegt. Das Gesetz selbst konkretisiert dies nicht. Nach der herrschenden Rechtsprechung, wie dies *Stabentheiner/Pierer*¹⁴ ausführlich darstellen, kommt es nicht primär auf den zeitlichen Zusammenhang an, dieser soll vor allem als Indiz dienen (vgl auch 10 Ob 63/07y). Vielmehr ist ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Vereinbarung und der folgenden Scheidung maßgeblich. Dieser Zusammenhang darf auch nicht zwischendurch, zB durch Versöhnung, beseitigt werden, (1 Ob 46/20a). Nicht maßgeblich ist hingegen, auf welche Art die Ehe geschieden wird, zB ob einvernehmlich oder aufgrund einer Scheidungsklage (vgl zB 5 Ob 108/13p). Anders wäre nur zu entscheiden, wenn die Vereinbarung unter der Bedingung der einvernehmlichen Scheidung geschlossen und die Ehe in einem streitigen Verfahren geschieden würde (9 Ob 76/04y). Auch eine Scheidungsfolgenvereinbarung, die aus dem Parteiwillen ableitbar nur für den Fall der einvernehmlichen Scheidung getroffen wird, verliert ihre Rechtswirksamkeit bei einer streitigen Scheidung, was im Zweifel auch anzunehmen ist.¹⁵ Die einvernehmliche Änderung oder Aufhebung einer Vorausvereinbarung gem § 97 Abs 1 – 4 EheG kann ebenso Inhalt einer Aufteilungsvereinbarung gem. § 97 Abs 5 EheG sein.¹⁶

Auch Vereinbarungen, die erst während eines Aufteilungsverfahrens geschlossen werden, fallen noch unter den Tatbestand des § 97 Abs 5 EheG (10 Ob 63/07y), während die Rechtsprechung ansonsten davon ausgeht, dass Vereinbarungen nach der Ehescheidung nicht mehr in den Anwendungsbereich des § 97 Abs 5 EheG fallen. Dies kritisiert *Deixler-Hübner* zu Recht.¹⁷ In einer rezenten Entscheidung spricht der OGH hingegen aus, dass „auch nach Einleitung des gerichtlichen Aufteilungsverfahrens eine Vereinbarung iSd § 97 Abs 5 EheG getroffen

¹³ *Gitschthaler*, Aufteilungsrecht², RZ 814

¹⁴ *Stabentheiner/Pierer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 97 EheG, RZ 34ff

¹⁵ *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 118f

¹⁶ *Gitschthaler*, Aufteilungsrecht², RZ 819

¹⁷ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 957

werden kann, und zwar entweder in Form eines gerichtlichen Vergleichs oder als außergerichtliche Einigung. In beiden Fällen liegt eine zulässige und daher rechtswirksame Vereinbarung im Sinne dieser Bestimmung vor, weil auch sie noch „im (kausalen) Zusammenhang“ mit der Scheidung steht.“¹⁸

Die Vereinbarungskontrolle des § 97 Abs 2 - 4 EheG bezieht sich ausdrücklich nur auf Vorausvereinbarungen und gilt daher nicht für Aufteilungsvereinbarungen. Diese können demnach bindungsfest abgeschlossen werden.¹⁹

Aus praktischer Hinsicht ist die Aufnahme einer entsprechenden Präambel in die Vereinbarung daher jedenfalls anzuraten, um den Zustand der Ehe und den Willen der Vertragsparteien bei Abschluss der Vereinbarung zu dokumentieren. Dies erscheint auch insoweit wesentlich, als für die Gültigkeit der Vereinbarung unbedingt zu beachten ist, dass Vorausvereinbarungen bestimmten Formvorschriften unterliegen, auch Scheidungsfolgenvereinbarungen gem § 55a EheG nicht formfrei, sondern schriftlich zu errichten sind, Aufteilungsvereinbarungen im Unterschied dazu (da die Vorschriften des § 97 Abs 1 - 4 EheG auf sie eben nicht anwendbar sind) aber vollkommen formfrei geschlossen werden können. Für Aufteilungsvereinbarungen ist also nicht einmal Schriftform verpflichtend, auch wenn eine (unter-)schriftliche Dokumentation aus Beweisgründen dringend anzuraten ist.

Beispiele: - Schließen A und B eine Vereinbarung über die Aufteilung ihrer ehelichen Ersparnisse zu einem Zeitpunkt, als sich die Ehe weder in der Krise befindet, noch von einem der beiden die Scheidung beabsichtigt ist, handelt es sich um eine Vorausvereinbarung iSd § 97 Abs 1 EheG.

- Schließen A und B eine solche Vereinbarung, nachdem B schon die Scheidungsklage eingebracht hat, han-

¹⁸ 1 Ob 225/19 y

¹⁹ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 955f, aA *Gitschthaler*

delt es sich um eine Aufteilungsvereinbarung gem § 97 Abs 5 EheG.

- Schließen A und B eine Vereinbarung, in der sie umfassend die Folgen der Scheidung regeln, und die sie mit dem Antrag auf einvernehmliche Scheidung gem. § 55a EheG bei Gericht vorlegen werden, handelt es sich um eine Scheidungsfolgenvereinbarung.

2. Anwendungsfälle

Nachdem die einzelnen Vertragstypen nun beschrieben und voneinander abgegrenzt wurden, sollen einzelne konkrete Beispiele den jeweiligen Anwendungsbereich illustrieren. Es werden daher im Folgenden der Ehepakt mit den Anwendungsfällen Erbvertrag und Gütergemeinschaft und die Vorausvereinbarung näher dargestellt.

2.1 Ehepakt – Gütergemeinschaft/Erbvertrag

Wie oben erwähnt, zählen gemäß § 1217 ABGB Gütergemeinschaft und Erbvertrag zu den Anwendungsfällen des Ehepaktes. Auf diese soll hier beispielhaft näher eingegangen werden.

2.1.1 Erbvertrag

In einem Erbvertrag setzen einander entsprechend der Definition des § 1249 ABGB Ehegatten wechselseitig unwiderruflich zu Erben ein. Auch die vertragliche (einseitige) Einsetzung nur eines Ehegatten durch den anderen fällt unter den Begriff Erbvertrag.

Der Erbvertrag kann sich – wie es seiner Natur als Ehepakt entspricht – nicht nur auf einzelne Gegenstände beziehen.²⁰ Vielmehr muss er sich schon nach dem Wortlaut des § 1249 ABGB auf die künftige

²⁰ *Fucik in Kletečka – Schauer, ABGB-ON^{1.05}, § 1249, RZ 1f*

Erbschaft oder einen (gemeint wohl: quotenmäßigen) Teil davon beziehen. Seine Wirkung kann sich aber auch nicht auf die gesamte Verlassenschaft beziehen, vielmehr muss ein reines Viertel frei bleiben. In der Praxis werden daher in aller Regel Erbvertrag über drei Viertel der Verlassenschaft und Testament über das verbleibende freie Viertel der Verlassenschaft zu einer gemeinsamen Anordnung verbunden. Ohne letztwillige Verfügung über das freie Viertel tritt diesbezüglich die gesetzliche Erbfolge ein. Auch weitere inhaltliche Bestandteile, zB Begünstigungen Dritter als Nach- oder Ersatzerben bzw Vermächtnisnehmer, sind möglich, gelten jedoch nie als erbvertraglich getroffen, sondern immer als letztwillige Anordnung und sind daher jederzeit frei widerruflich.

Für den Erbvertrag gilt besondere Formstrenge, er muss gemäß § 1249 ABGB als Notariatsakt errichtet werden, was ja seinem Charakter als Ehepakt und damit der Vorschrift des § 1 Abs 1 lit a NotAkteG entspricht, er muss aber gleichzeitig auch alle Formvorschriften des schriftlichen Testaments aufweisen. Dem Notariatsakt sind daher ein weiterer Notar oder zwei weitere Zeugen beizuziehen, im Übrigen gelten die Rechtsvorschriften über fremdhändige letztwillige Anordnungen. Wenn nun Erbvertrag (über drei Viertel der Verlassenschaft) und Testament (über das verbleibende freie Viertel oder sonstige weitere Anordnungen) in einer gemeinsamen Urkunde errichtet werden, bedeutet dies aufgrund der für die Errichtung des Erbvertrags ohnehin geltenden Formvorschriften kein zusätzliches Formerfordernis. Für die einvernehmliche Aufhebung wird hingegen ein einfacher Notariatsakt als ausreichend angesehen.²¹

Für Erbverträge, die nach Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 errichtet werden, stellt sich nun die Frage, wie diese Formvorschriften für fremdhändige letztwillige Anordnungen aussehen, auf die hier verwiesen wird. Konkret geht es dabei um die Anwendbarkeit des § 579 ABGB auf den Erbvertrag bzw das notarielle Testament. § 579 ABGB sieht vor, dass der Testator in Gegenwart von drei gleichzeitig anwe-

²¹ *Fucik in Kletečka – Schauer, ABGB-ON^{1.05}, § 1249, RZ 7*

senden Zeugen einen handschriftlichen Zusatz beifügen muss, dass die Urkunde seinen letzten Willen enthält. Hintergrund für dieses strenge Formerfordernis war, die Fälschung letztwilliger Anordnungen zu verhindern und neben der reinen Unterschrift einen weiteren handschriftlichen Text des Testators zur allfälligen graphologischen Untersuchung zur Verfügung zu haben. Die gesetzliche Grundlage zur Errichtung einer notariellen letztwilligen Verfügung fand sich vor dem ErbRÄG 2015 in den §§ 67 und 70ff NO. Diese stellen nunmehr eine bloße Verweisungsnorm dar, die notarielle Verfügung wurde durch das ErbRÄG 2015 unmittelbar in den Gesetzestext des ABGB aufgenommen.²² § 70 NO verweist ausdrücklich auf die §§ 569, 581, 582 und 587 bis 591 ABGB, also gerade nicht auf § 579 ABGB. In § 67 NO findet sich kein ausdrücklicher Verweis auf die anzuwendenden Bestimmungen des ABGB, allerdings kann mE hier davon ausgegangen werden, dass sich der Verweis nicht auf § 579 ABGB bezieht, sondern auf § 583 ABGB, in dem als Sondertatbestand die Vorschriften für notarielle letztwillige Anordnungen geregelt sind.²³ Diese Ansicht wird gestützt durch etliche Kommentare in der Lehre, die davon ausgehen, dass sich an der Form für notarielle Verfügungen nichts geändert hat.²⁴ Die Materialien verweisen ebenso darauf, dass § 583 ABGB das notarielle Testament regelt und dabei an die Vorschriften insbesondere der §§ 70 bis 75 NO angeknüpft wird.²⁵ *Welser* spricht sich ausdrücklich dafür aus, dass § 579 ABGB auf schriftliche notarielle Verfügungen nicht anwendbar ist.²⁶ Auch *Bruckbauer*, der zwar aus Vorsichtsgründen auch bei der notariellen letztwilligen Anordnung eine eigenhändig geschriebene Nuncupatio des Testators empfiehlt, verweist auf die fehlende Nennung von § 579 ABGB in § 70 NO.²⁷ Letztlich halten auch *Barth/Pesendorfer* ausdrücklich fest, dass

²² *Mondel/Knechtel* in *Kletečka – Schauer*, ABGB-ON^{1.05}, § 583 RZ 1

²³ *Schwarzenegger* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht², RZ 5.111

²⁴ zB *Mondel/Knechtel* aaO, *Kogler*, Formvorschriften im neuen Erbrecht, S 4 mwN

²⁵ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP zu § 583

²⁶ *Welser*, Erbrechts-Kommentar, § 583 ABGB RZ 3

²⁷ *Bruckbauer*, NZ 217, 290

§ 579 ABGB nicht auf notarielle Verfügungen anwendbar ist.²⁸ Dies erscheint nicht zuletzt deshalb schlüssig, da – wenn man davon ausgeht, dass eine notarielle letztwillige Verfügung zwingend eine handschriftliche Nuncupatio zu enthalten hat – jemand, der nicht (oder nicht mehr) schreiben kann, uU gar nicht mehr testieren könnte. Auch fehlt bei der notariellen letztwilligen Anordnung das Argument der Fälschungsgeneigtheit, nachdem der Notariatsakt ohnehin in ununterbrochener Anwesenheit der Zeugen verlesen und unterschrieben werden muss, sodass auch aus diesem Grund nicht davon ausgegangen werden kann, der Gesetzgeber hätte die eigenhändige Nuncupatio auch für notarielle letztwillige Anordnungen vorschreiben wollen. ME ist § 579 ABGB daher nicht auf den Erbvertrag anzuwenden.

Die praktische Bedeutung des Erbvertrags hat im Vergleich zu früher deutlich abgenommen. In Verlassenschaftsverfahren sind zwar immer noch Erbverträge zu berücksichtigen, die regelmäßig vor Jahren oder meist Jahrzehnten abgeschlossen wurden. Die Neuerrichtung von Erbverträgen hat heute aber einen sehr untergeordneten Stellenwert und wurde fast zur Gänze durch die Errichtung von einfachen Testamenten verdrängt.

2.1.2 Gütergemeinschaft

Das Gesetz sieht in Österreich in § 1237 ABGB den Güterstand der Gütertrennung vor. Danach behält jeder Ehegatte sein voriges Eigentumsrecht und das, was er während der Ehe erwirbt, und auf das der andere Ehegatte keinen Anspruch hat, solange die Ehe besteht. In § 1233 ABGB ist auch ausdrücklich festgehalten, dass allein das Eingehen der Ehe noch keine Gütergemeinschaft begründet. Um also - ganz oder teilweise - vom gesetzlichen Güterstand abzuweichen, besteht die Möglichkeit des Abschlusses eines Ehepaktes, mit dem eine Gütergemeinschaft vereinbart werden kann. Historisch war die Gütergemeinschaft die wichtigste Variante eines Ehepaktes, heute ist sie – auch in

²⁸ Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 2015, S 27

ihrem Hauptanwendungsfeld, dem landwirtschaftlichen Bereich - von untergeordneter praktischer Bedeutung. Neuvereinbarungen von Gütergemeinschaften kommen kaum noch vor, im Gegenteil werden – zumeist aus pensionsversicherungsrechtlichen Gründen – bestehende Gütergemeinschaften (va solche unter Lebenden) regelmäßig einvernehmlich aufgelöst.

Gesetzlich geregelt ist in § 1234 ABGB nur die Gütergemeinschaft auf den Todesfall, die in der Praxis kaum je vorkommt. Die praxisrelevantere Gütergemeinschaft unter Lebenden wird vom Gesetzgeber hingegen nicht näher beleuchtet; unbestritten ist aber, dass eine solche vereinbart werden kann.

Außerdem ist zu unterscheiden, auf welches Vermögen sich die Gütergemeinschaft bezieht. So kann es sich um eine allgemeine Gütergemeinschaft handeln, die das gesamte gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Ehegatten umfasst, oder um eine beschränkte Gütergemeinschaft, die sich lediglich auf Teile des beiderseitigen, aktuellen oder künftigen Vermögens erstreckt, zB als Errungenschaftsgemeinschaft nur auf das während der Ehe künftig zu erwerbende Vermögen, oder als Fahrnisgemeinschaft nur auf die beweglichen Gegenstände.²⁹

Wird eine Gütergemeinschaft unter Lebenden vereinbart, bezieht sich diese im Zweifel nur auf das gegenwärtige Vermögen; wird auch das künftige Vermögen einbezogen, wird darunter im Zweifel nur das künftig erworbene, nicht aber ererbtes Vermögen verstanden.³⁰ Es liegt also in der Verantwortung der Ehegatten bzw deren Vertragserrichters, hier eine sehr präzise Formulierung zu wählen, um den gesetzlichen Zweifelsregeln keinen Raum zu lassen.

Aus diesen Ausführungen lässt sich erkennen, dass je nach Art der Gütergemeinschaft mehrere Vermögensmassen nebeneinander bestehen können. Einerseits handelt es sich um das von der Gütergemein-

²⁹ *Deixner-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹³, S 47

³⁰ *Gitschthaler* in EF-Z 2020, 207

schaft umfasste Gesamtgut, also das eingebrachte Vermögen. Daneben ist eine weitere Vermögensmasse in Form des Sonderguts jedes Ehegatten möglich. Dabei handelt es sich um nicht übertragbares Vermögen, das rechtlich nicht vergemeinschaftet werden kann, zB Ansprüche aus Unterhalt, nicht übertragbare Gesellschaftsanteile etc.³¹ Weitere Vermögensmasse bildet noch das Vorbehaltsgut, das zwar rechtlich in die Gütergemeinschaft einbezogen werden könnte, aber nach dem Willen der Parteien nicht davon umfasst sein soll, und das daher auch in der alleinigen Verfügung des jeweiligen Ehegatten verbleibt.³²

Diese Vermögensmassen können voneinander unabhängige rechtliche Schicksale erleiden. Auch die Haftung für Verbindlichkeiten, entweder für gemeinsame Schulden der Ehegatten oder für Verbindlichkeiten nur eines von ihnen, ist unterschiedlich zu sehen. So haftet für gemeinsame Schulden, für die eine solidarische Haftung der Ehegatten besteht, sowohl das Gemeinschaftsgut als auch Sondergut und Vorbehaltsgut jedes Ehegatten.

Für Verbindlichkeiten nur eines Ehegatten kommt es idR nur zur Haftung des Sonderguts und des Vorbehaltsguts (also des Sondervermögens) desjenigen Ehegatten, der die Schulden eingegangen ist.³³

Es ist aber je nach Art der Gütergemeinschaft weiter zu differenzieren. Bei einer allgemeinen Gütergemeinschaft haftet überdies das Gemeinschaftsgut, auch für voreheliche und persönliche Schulden.³⁴

Nicht von der Haftung umfasst ist immer das Sondervermögen des anderen Ehegatten, soweit er nicht persönlich für die Verbindlichkeiten des anderen mithaftet.³⁵

Bei einer beschränkten Gütergemeinschaft haftet nach § 1235 ABGB das Gemeinschaftsgut nur für Schulden, die zum Nutzen des gemeinschaftlichen Gutes verwendet wurden. Daneben haftet der Ehegatte,

³¹ *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 60

³² *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 61

³³ *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 62

³⁴ *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹³, S 47

³⁵ *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹³, aaO

um dessen Schulden es sich handelt, mit seinem Sonder- und Vorbehaltsgut.³⁶

Bei der beschränkten Gütergemeinschaft sind – abgesehen von den Formvorschriften über den Ehepakt – uU weitere Vorgaben, zB zur Errichtung eines Inventars über das eingebrachte Vermögen im Falle der beschränkten Gütergemeinschaft, einzuhalten.³⁷

Es ist immer wieder schwierig, die Gütergemeinschaft von anderen Rechtsinstituten abzugrenzen. Die meisten Gemeinsamkeiten bestehen mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Auch § 1233 ABGB verweist schließlich auf die Bestimmungen zur Gesellschaft. Für die Annahme einer GesBR muss aber ein weiteres, über die Vergemeinschaftung des Vermögens und die mit der Ehe verbundenen Rechte und Pflichten hinausgehendes Interesse vorliegen.³⁸ *M. Bydlinksi* geht davon aus, dass der Abschluss einer Vereinbarung in Form eines Notariatsaktes wohl eher für das Vorliegen einer Gütergemeinschaft spricht, sofern nicht die enge Beschränkung des derselben unterworfenen Vermögens nahelegt, dass die Ehegatten daneben noch konkludent eine GesBR gründen wollten. Auch ohne Vorliegen eines Notariatsaktes sollte die Beurteilung, ob eine GesBR vorliegt, vorsichtig erfolgen, um den Ehegatten keinen Vertragswillen zu unterstellen, den diese nicht übereinstimmend hatten.³⁹

Wie schon eingangs erwähnt, ist bei Abschluss ebenso wie bei vertraglicher Aufhebung der Gütergemeinschaft Notariatsaktsform einzuhalten.

³⁶ *Deixner-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹³, S 47f

³⁷ *Deixner-Hübner*, aaO

³⁸ *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 64

³⁹ *M. Bydlinksi* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴, § 1234, RZ11

2.1.3 Gütergemeinschaft auf den Todesfall

Wie oben ausgeführt, geht der Gesetzgeber in § 1234 ABGB nur von der Gütergemeinschaft auf den Todesfall aus. Dabei gilt zu Lebzeiten der gesetzliche Güterstand der Gütertrennung und damit das grundsätzlich freie Verfügungsrecht jedes Ehegatten über sein Vermögen. Die Gütergemeinschaft auf den Todesfall entfaltet damit überhaupt erst im Ablebensfall eines Ehegatten rechtliche Wirkungen. Rechtsgeschäftliche Beschränkungen der Verfügungsmacht zu Lebzeiten, wie zB durch ein Belastungs- und Veräußerungsverbot betreffend Liegenschaftsvermögen oder die Verbücherung der Gütergemeinschaft (5 Ob 205/09x), sind freilich möglich.

Im Fall des Ablebens eines Ehepartners wird das gesamte im Todeszeitpunkt vorhandene und von der Gütergemeinschaft umfasste Vermögen rechnerisch vereint und sofort wieder geteilt. Wie oben ausgeführt, hängt es von der jeweiligen Vereinbarung ab, welche Vermögensmassen von der Gütergemeinschaft umfasst sind. Bestehende Schulden, die zum Nutzen des Gemeinschaftsvermögens verwendet worden sind, wenn es sich um eine beschränkte Gütergemeinschaft, bzw sämtliche Verbindlichkeiten, wenn es sich um eine allgemeine Gütergemeinschaft handelt, sind gem § 1235 ABGB abzuziehen. Anschließend fällt das so ermittelte Vermögen quotenmäßig, gem § 1234 ABGB ist dies je zur Hälfte, dem Überlebenden und der Verlassenschaft des verstorbenen Ehegatten zu. Das Festlegen einer abweichenden Aufteilungsquote, die der Höhe nach frei vereinbart werden kann, ist im Rahmen des Vertrages über die Gütergemeinschaft zulässig.⁴⁰

Ausnahmsweise entfaltet die Gütergemeinschaft auf den Todesfall schon zu Lebzeiten Wirkung, und zwar im Fall des Konkurses eines Ehegatten. Dann ist gemäß § 1262 ABGB das Vermögen wie im Todesfall aufzuteilen. Dies kann Gläubigern gegenüber nicht wirksam ausgeschlossen werden.⁴¹

⁴⁰ Schauer in *Deixler-Hübner*, Handbuch Familienrecht², S 783

⁴¹ *Gitschthaler* in EF-Z 2020, 207

Bei der Gütergemeinschaft auf den Todesfall wird die Kündigung aus wichtigem Grund, zB bei Vermögensverschleuderung durch einen Ehegatten, für zulässig gehalten mit der Begründung, dass es sich dabei um ein Dauerschuldverhältnis handelt.⁴²

2.1.4 Gütergemeinschaft unter Lebenden

Hier kommt es schon zu Lebzeiten zu einer Vergemeinschaftung des davon umfassten Vermögens. Am Gesamtgut entsteht nach hM schlichtes Miteigentum nach prinzipiell frei vereinbaren Quoten, im Zweifel werden die Ehegatten wohl je zur Hälfte Eigentümer sein. Die Verwaltung des vergemeinschafteten Vermögens erfolgt grundsätzlich gemeinsam, eine abweichende Vereinbarung ist jedoch zulässig.⁴³ In der Konsequenz ist kein Ehegatte im Innenverhältnis berechtigt, über seinen Miteigentumsanteil allein zu verfügen, im Außenverhältnis ist eine abredewidrige Verfügung allerdings wirksam und führt lediglich zu einer Schadenersatzpflicht dem anderen Ehegatten gegenüber.⁴⁴ Alleinige Verfügung eines Ehegatten ist also schuldrechtlich verboten, aber sachenrechtlich wirksam.

Die hM geht auch davon aus, dass der Ehepakt über die Abrede der Gütergemeinschaft nur den Titel darstellt und daneben eine gesonderte sachenrechtliche Übergabe erforderlich ist, nur bei bereits vorhandenen beweglichen Sachen wird die Übergabe durch Erklärung, also auch durch die Vereinbarung der Gütergemeinschaft selbst, für ausreichend angesehen.⁴⁵

Der OGH beschäftigte sich jüngst außerdem mit der Frage, wie weit in der Abrede über die Gütergemeinschaft eine Schenkung erblickt werden kann bzw eine einer solchen wirtschaftlich gleichkommende Leistung, die ebenso den Regeln über die Hinzu- und Anrechnung iSd §

⁴² *Gitschthaler*, aaO

⁴³ *M. Bydlinski in Rummel/Lukas*, ABGB⁴, § 1234, RZ 4

⁴⁴ *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 61

⁴⁵ zB *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 1234 ABGB RZ 11, *M. Bydlinski in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1234 RZ 3, je mwN

781 ABGB unterliegt.⁴⁶ Sofern zwischen den von beiden Ehegatten gewidmeten Vermögenswerten und dem künftigen Erwerb beider Teile (sofern dieser ebenfalls in die Gütergemeinschaft fallen soll) bei Vertragsabschluss kein krasses Missverhältnis zu erwarten ist, stellt die Begründung der Gütergemeinschaft nach dieser Entscheidung keine Schenkung und auch kein dieser gleichzuhaltendes unentgeltliches Rechtsgeschäft dar und unterliegt demnach nicht den Vorschriften des § 781 ABGB.⁴⁷

Auch die Gütergemeinschaft unter Lebenden soll aus wichtigem Grund vorzeitig aufgelöst werden können.⁴⁸

2.2 Ehevertrag/ Vorausvereinbarung

Wie oben dargestellt, regelt der Ehevertrag noch wesentlich umfassender die ehelichen Lebensverhältnisse als die bloße Vorausvereinbarung. Auf die Gestaltung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe soll hier aber – entsprechend dem Titel der Arbeit, wonach es sich um die Betrachtung ehегüterrechtlicher Vereinbarungen handelt – nicht näher eingegangen werden. Es werden in der Folge daher ausschließlich Vorausvereinbarungen einer tieferen Betrachtung unterzogen.

§ 97 Abs 1 EheG zählt 3 Arten von Vereinbarungen auf, nämlich

- über die Aufteilung der ehelichen Ersparnisse,
- über die Aufteilung der Ehewohnung,
- über die Aufteilung des übrigen ehelichen Gebrauchsvermögens.

Diese Arten von Vereinbarungen weichen hinsichtlich der einzuhaltenden Formvorschriften wie auch hinsichtlich der nachfolgenden gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten voneinander ab und werden daher in der Folge gesondert dargestellt.

⁴⁶ 2 Ob 110/20 w, Hintergrund war die Frage der möglichen Subsumierung des Gütergemeinschaftsvertrages unter § 781 Abs 2 Z 6 ABGB

⁴⁷ 2 Ob 110/20 w in E-FZ 2022, 31

⁴⁸ M. Bydlinski in Rummel/Lukas, ABGB⁴, § 1234, RZ 9

Eine Vereinbarung in Ansehung von Vermögensgegenständen, die nicht unter die gesetzlichen Aufteilungsregeln fallen, ist hingegen uneingeschränkt möglich.

Nicht der Aufteilung und daher nicht den gesetzlichen Aufteilungsregeln unterliegen gem § 82 EheG jene Sachen,

- die ein Ehegatte in die Ehe eingebracht hat, die er von Todes wegen erworben hat oder die ihm von einem Dritten geschenkt wurden,
- die dem persönlichen Gebrauch eines Ehegatten allein oder der Ausübung seines Berufs dienen,
- die zu einem Unternehmen gehören, oder
- Anteile an einem Unternehmen, sofern es sich nicht um eine bloße Wertanlage handelt.

Auch die Abgeltung der Ansprüche aus Mitwirkung im Erwerb des Ehegatten nach § 98 ABGB ist nicht von § 97 EheG erfasst.

2.1.1 Vorausvereinbarung über die Aufteilung der ehelichen Ersparnisse

Gemäß § 97 Abs 1 EheG kann über die Aufteilung ehelicher Ersparnisse im Vorhinein wirksam eine Vereinbarung abgeschlossen werden. Voraussetzung ist, dass dies in Form eines Notariatsaktes erfolgt.

Als eheliche Ersparnisse gelten nach der Legaldefinition des § 81 Abs 3 EheG „Wertanlagen, gleich welcher Art, die die Ehegatten während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft angesammelt haben und die ihrer Art nach üblicherweise für eine Verwertung bestimmt sind.“ Von diesem umfassenden, weiten Begriff sind alle Arten von Sachen umfasst, bewegliche wie unbewegliche, verbrauchbare wie unverbrauchbare, auch Rechte und Forderungen, einzig verderbliche Sachen fallen nicht darunter.⁴⁹ Die beabsichtigte Verwertung muss nicht der Substanz nach erfolgen, auch die Erzielung von Werterträgen stellt Ver-

⁴⁹ *Stabentheiner/Pierer in Rummel/Lukas*⁴, § 81 EheG RZ 47

wertungsabsicht dar. Auf die Widmung als eheliche Ersparnis kommt es hingegen nicht an, sondern auf einen rein objektiven Maßstab. So fallen auch Ersparnisse eines Ehegatten aus dessen persönlichen Einkünften unter den Begriff der ehelichen Ersparnisse.⁵⁰

Beispiele: - Klassischerweise können Liegenschaften, Bargeld, Sparguthaben, Wertpapierkonten, Girokonten, Bausparverträge, Kunstgegenstände, Edelmetalle etc. eheliche Ersparnisse darstellen (die Aufzählung ließe sich nahezu beliebig fortsetzen).

- Lauten Bausparverträge auf den Namen der Kinder, kann dies unter der Voraussetzung, dass auch damit eheliches Vermögen gebildet werden soll, eheliche Ersparnis darstellen. Es kann sich bei der Bezeichnung aber auch um einen Hinweis handeln, dass tatsächlich Vermögen des Kindes vorliegt, zB aufgrund einer Schenkung.

- Auch die Abfertigung, die während aufrechter Ehe anfällt, zählt zu den ehelichen Ersparnissen; nicht hingegen zB der Altersvorsorge dienende Anlageprodukte.

- Nicht unter den Begriff der ehelichen Ersparnisse fallen höchstpersönliche Rechte wie zB Schmerzensgeld, oder bloß künftige Anwartschaftsrechte, aus denen bei Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft noch keine Erträge angefallen sind.⁵¹

Wesentlich in diesem Zusammenhang ist vor allem die Abgrenzung zwischen ehelichen Ersparnissen und ehelichem Gebrauchsvermögen. So können Vermögenswerte fallweise unter beide Begriffe subsumiert werden (zB Kunstgegenstände, die sich in der Ehewohnung befinden und

⁵⁰ Moser, Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen im Trennungsfolgenrecht, S 35

⁵¹ ausführlich dazu *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 980

von den Ehegatten - beispielsweise zu Einrichtungszwecken - tatsächlich benützt werden; diese können sowohl eheliche Ersparnis als auch eheliches Gebrauchsvermögen darstellen). Auch kann im Laufe der Ehe eine Umwidmung stattfinden – zB weil eine Wohnung, die ursprünglich als Wertanlage gedacht war, zum ehelichen Wohnsitz wird. Die Abgrenzung ist insofern wesentlich, als das EheG in den §§ 86 – 89 EheG und § 97 EheG unterschiedliche Rechtsfolgen an die Kategorisierung knüpft. Im Zweifel ist eine Sache aber unter das eheliche Gebrauchsvermögen einzuordnen.⁵²

Beispiel: Eine Liegenschaft kann überhaupt allen drei Kategorien unterliegen, sie kann

- eheliche Ersparnis darstellen, zB wenn sie zur Erzielung von Einkünften durch Vermietung genutzt wird
- eheliches Gebrauchsvermögen darstellen, wenn sie zwar von den Ehegatten genutzt wird, aber nicht die Ehewohnung darstellt (zB als Ferienwohnung)
- oder die Ehewohnung bilden.

2.1.2 Vorausvereinbarung über eheliches Gebrauchsvermögen

Auch über die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens kann gem § 97 Abs 1 EheG im Vorhinein wirksam eine Vereinbarung abgeschlossen werden. Im Unterschied zu Verträgen über eheliche Ersparnisse oder die Ehewohnung bedarf diese Vereinbarung lediglich einfacher Schriftform.

Nachdem – wie oben erwähnt – im Laufe der Ehe die Umwidmung von Vermögenswerten von ehelichen Ersparnissen in eheliches Gebrauchsvermögen stattfinden kann, Vorausvereinbarungen über eheliche Ersparnisse als Notariatsakt abzuschließen sind, und einfach schriftliche Vereinbarungen damit ungültig werden könnten, ist für al-

⁵² *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner, HB Familienrecht*², S 982

le Arten von Vorausvereinbarungen die Abfassung in Form eines Notariatsaktes anzuraten. Meist wird es sich bei diesen Verträgen aber ohnehin um umfassende Regelungswerke handeln, die schon aus diesem Grund notariell errichtet werden müssen.

Sollte eine solche Gesamtvereinbarung dennoch nur in einfacher Schriftform abgeschlossen werden, könnte überlegt werden, diese nur hinsichtlich des vom Formfehler behafteten Teil unwirksam werden, im Übrigen aber weiterhin gelten zu lassen. Dem hält *Gitschthaler* entgegen, dass dies vor allem dann nicht gerechtfertigt sein kann, wenn die verschiedenen Bestandteile der Regelung in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen. Wenn eine Berücksichtigung der teilweise formungültigen Vereinbarung auch nach Billigkeitsgrundsätzen nicht möglich ist, ist daher von der Ungültigkeit der gesamten Vorausvereinbarung auszugehen.⁵³

Unter dem Begriff „eheliches Gebrauchsvermögen“ werden all jene beweglichen und unbeweglichen körperlichen Sachen verstanden, die während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft dem Gebrauch beider Ehegatten gedient haben. Vor allem sind das naheliegenderweise Hausrat und eheliche Wohnung, aber auch alle sonstigen Gegenstände, die der ehelichen Lebensführung gedient haben, beispielsweise Kraftfahrzeuge etc.⁵⁴

Irrelevant ist hingegen, ob die Nutzung auch tatsächlich durch beide Ehegatten gemeinsam erfolgte oder eventuell abwechselnd. Nicht unter die Aufteilung fallen gem § 82 Abs 1 Z 2 EheG aber jene Gegenstände, die überhaupt nur von einem Ehegatten genutzt werden.

Eine bloße zukünftige Gebrauchsabsicht (etwa beim in Bau befindlichen Einfamilienhaus) genügt hingegen noch nicht, solche Gegenstände wären noch den ehelichen Ersparnissen zuzuordnen.⁵⁵

⁵³ *Gitschthaler*, EF-Z 2010, 12

⁵⁴ *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹³, S 149

⁵⁵ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 978

Beispiel: - Solange sich das Einfamilienhaus im Bau befindet, stellt es eheliche Ersparnis dar,
- nach Fertigstellung kann das Einfamilienhaus die Ehewohnung darstellen, wenn die Ehegatten darin ihren gemeinsamen Haushalt begründet haben,
- nach Fertigstellung kann das Einfamilienhaus aber auch zum ehelichen Gebrauchsvermögen zählen, wenn es von den Ehegatten lediglich zu Freizeit Zwecken genutzt wird und daher nicht die Ehewohnung darstellt.

2.1.3 Vorausvereinbarung über die Ehewohnung

Auch über die Ehewohnung kann entsprechend der Regelung des § 97 Abs 1 EheG im Voraus eine Vereinbarung abgeschlossen werden, sofern dies in Form eines Notariatsaktes erfolgt.

Bei der Ehewohnung ist jedoch vorab zu prüfen, unter welchen Umständen die Wohnung überhaupt in die Aufteilung einbezogen werden kann.

Die Ehewohnung stellt einen Unterfall des ehelichen Gebrauchsvermögens dar, für den das Gesetz Sonderregeln aufstellt. Unter dem Begriff der Ehewohnung versteht die herrschende Rsp jene Wohnung (wobei es sich freilich auch um ein Haus handeln kann), in dem die Ehegatten im gemeinsamen Haushalt leben oder zuletzt gelebt haben. Dabei ist der Schwerpunkt der gemeinsamen Lebensführung ausschlaggebend.⁵⁶ Auch mehrere Wohnsitze können gleichzeitig als Ehewohnung gelten, zB wenn es einen Wohnsitz für den Winter und einen für den Sommer gibt und beide je zur Hälfte benutzt werden.⁵⁷ Eine reine Ferienwohnung gilt hingegen nicht als Ehewohnung.⁵⁸ Grundsätzlich unerheblich ist, aufgrund welchen Rechtsverhältnisses

⁵⁶ Moser, Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen im Trennungsfolgenrecht, S 40 unter Berufung auf *Deixler-Hübner*

⁵⁷ *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 105

⁵⁸ *Deixler-Hübner/Ehgartner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 803

die Ehewohnung benützt wird.⁵⁹ Die reine Widmung als Ehewohnung, ohne dass die Liegenschaft auch tatsächlich als solche genutzt wird, reicht hingegen nicht aus, um die Wohnung auch als Ehewohnung zu qualifizieren.⁶⁰

Wann unterliegt die Ehewohnung nun auch der Aufteilung? Unstrittig ist dies dann der Fall, wenn einem oder beiden Ehegatten Eigentums-, Miet-, Genossenschafts- oder Anwartschaftsrechte an der Liegenschaft (dem Liegenschaftsanteil) zustehen, und kein Ausnahmetatbestand des § 82 Abs 1 EheG vorliegt (sie also nicht ein Ehegatte eingebracht, von einem Dritten geschenkt bekommen oder von Todes wegen erworben hat). Dies ist auch dann anzunehmen, wenn sich die Ehewohnung auf einer dem Unternehmen gewidmeten Liegenschaft befindet.⁶¹ Befinden sich auf einer solchen Liegenschaft sowohl die Ehewohnung als auch der Hausteil, der zum Unternehmen des Ehegatten gehört oder seiner Berufsausübung dient, ist dieser „unternehmerische“ Teil der Liegenschaft nur dann von der Aufteilung ausgenommen, wenn er eindeutig von der Ehewohnung abgrenzbar ist.⁶² Ist eine solche Abgrenzung nicht möglich, unterliegt also die gesamte Liegenschaft der Aufteilung. Flächen, die zur Unternehmensführung, etwa eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs, genutzt werden, zählen jedenfalls nicht zur Ehewohnung.⁶³ Befindet sich die Ehewohnung aber nicht zumindest in der Verfügungsmacht eines Ehegatten, ist sie von der Aufteilung ausgenommen. Dies wird zB dann angenommen, wenn die Nutzung bloß aufgrund eines Prekariums erfolgt, und wird begründet mit der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit desselben.⁶⁴

Entgegen der Aufzählung des § 82 Abs 1 Z1 EheG ist die Ehewohnung uU jedoch auch dann aufzuteilen, wenn sie von einem Ehegatten

⁵⁹ *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 106

⁶⁰ *Deixler-Hübner/Ehgartner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 804

⁶¹ *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 106

⁶² *Moser*, Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen im Trennungsfolgenrecht, S 42

⁶³ *Moser*, aaO

⁶⁴ *Deixler-Hübner*, aaO

in die Ehe eingebracht oder er sie von einem Dritten geschenkt bekommen oder von Todes wegen erworben hat. Gem § 82 Abs 2 EheG setzt dies jedoch voraus, dass die Einbeziehung in die Aufteilung vertraglich vereinbart wurde (sog. Opting in), oder dass der andere Ehegatte auf ihre Weiterbenützung zur Sicherung seiner Lebensbedürfnisse angewiesen ist, oder wenn ein gemeinsames Kind an ihrer Weiterbenützung einen berücksichtigungswürdigen Bedarf hat.

Opting in

Seit dem FamRÄG 2009 besteht gem § 82 Abs 2 EheG die Möglichkeit, eine Ehewohnung, die prinzipiell gar nicht der Aufteilung unterliegen würde, weil sie in die Ehe eingebracht, von dritter Seite geschenkt oder von Todes wegen erworben wurde, durch vertragliche Vereinbarung dennoch in die Aufteilung miteinzubeziehen.

Beispiel: Einer der Ehegatten ist Eigentümer einer Eigentumswohnung. Im Zeitpunkt der Eheschließung wird diese vermietet. Erst Jahre nach Eheschließung beziehen die Ehegatten die Wohnung und nutzen sie fortan als Ehewohnung. Diese Wohnung gilt als in die Ehe eingebracht und unterliegt an sich nicht der Aufteilung, außer die Ehegatten schließen eine entsprechende (Opting-in-)Vereinbarung ab.

Opting-in-Vereinbarungen können auch hinsichtlich erst künftig durch Schenkung oder von Todes wegen erworbener Wohnungen abgeschlossen werden, dies im Unterschied zum Opting out.⁶⁵

Opting out

Aufgrund der Regelung des § 87 Abs 1 EheG können die Ehegatten durch Vereinbarung die Übertragung des Eigentumsrechtes an einer

⁶⁵ *Gitschthaler*, Aufteilungsrecht², RZ 802

Ehewohnung, die ein Ehegatten in die Ehe eingebracht, von einem Dritten geschenkt oder von Todes wegen erworben hat, ausschließen. Auch für Ehewohnungen, die überhaupt erst mittels Opting in der Aufteilung unterworfen wurden, ist der Ausschluss der Übertragung des Eigentumsrechts bzw eines dinglichen Rechts durch Opting-out-Vereinbarung zulässig. Der Ausschluss der Übertragung von Eigentum oder dinglichem Recht soll für das Gericht jedenfalls bindend sein.⁶⁶

Für Miet- oder Genossenschaftswohnungen ist der Ausschluss der Übertragbarkeit der vertraglichen Rechte an den anderen Ehegatten hingegen nicht möglich, da § 87 Abs 1 S 2 EheG nur den Ausschluss der Übertragung von Eigentum oder dinglichen Rechten umfasst.

Beispiel: A und B leben in einer Ehewohnung, die B von ihren Eltern geschenkt bekommen und in die Ehe eingebracht hat. Zunächst halten A und B fest, dass diese Ehewohnung der Aufteilung unterliegen soll. Im Weiteren kommen sie aber überein, dass die Wohnung trotz des Opting in bei Auflösung der Ehe bei B verbleiben soll und A daran weder Eigentum noch andere dingliche Rechte eingeräumt werden dürfen.

3. Schicksal der ehегüterrechtlichen Vereinbarungen bei Scheidung der Ehe

3.1 Ehepakt

Im Falle der Scheidung oder Aufhebung der Ehe steht es den Ehegatten zunächst frei, eine Vereinbarung über das Schicksal der zwischen ihnen abgeschlossenen Ehepakte zu treffen. Das kann sowohl eine Regelung nach § 97 Abs 5 EheG hinsichtlich der Rückabwicklung der Ehepakte als auch eine nach § 97 Abs 1 – 4 EheG über die Aufteilung des ehelichen Vermögens sein.⁶⁷ Erst wenn eine solche Vereinbarung

⁶⁶ *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 113

⁶⁷ *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 127f

fehlt, und ebenso die vertragliche Aufhebung der Ehepakte für den Fall der Auflösung der Ehe, kommen die Regelungen des § 1266 ABGB zur Anwendung. Die Aufteilungsregeln der §§ 81ff EheG genießen insofern also Vorrang gegenüber § 1266 ABGB.

Es ist damit auf das Spannungsverhältnis zwischen §§ 1265f ABGB und §§ 81 ff EheG hinzuweisen. Das Eingehen einer Gütergemeinschaft bedeutet laut *Gitschthaler* stets auch eine Verteilungsregelung für den Fall der Scheidung der Ehe – selbst wenn darüber keine ausdrückliche Vereinbarung vorliegt, wollen die Ehegatten die gesetzlichen Regeln des § 1266 ABGB angewendet wissen.⁶⁸ Auf den Anspruch auf Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens kann aber gemäß § 97 Abs 1 EheG gar nicht im Voraus verzichtet werden. Diese Aufteilung hat daher zwingend nach den Vorschriften der §§ 81 ff EheG zu erfolgen, auch bei Vorliegen einer Gütergemeinschaft. Sofern daher keine Vereinbarung nach § 97 Abs 1 - 4 EheG vorliegt, erfolgt auch die Aufteilung der ehelichen Ersparnisse nach §§ 81 ff EheG.

Unterliegen die von der Gütergemeinschaft umfassten Vermögenswerte jedoch nicht der Aufteilung, oder ist der Aufteilungsanspruch bereits verfristet, kommt im Fall der Scheidung wiederum § 1266 ABGB zur Anwendung.⁶⁹

Wird die Ehe einvernehmlich oder ohne Verschuldensauspruch geschieden oder aufgehoben bzw wird gleichteiliges Verschulden festgestellt, erlischt der Ehepakt ex nunc. Die Aufteilung des Vermögens erfolgt im Verhältnis der eingebrachten Werte, grundsätzlich durch Rückstellung in natura, vgl § 1265 ABGB.⁷⁰ Um die bereits gezeitigten Wirkungen der Gütergemeinschaft nicht zu beseitigen, werden

⁶⁸ *Gitschthaler*, Aufteilungsrecht², RZ 480

⁶⁹ vgl. ausführlich *Gitschthaler*, Aufteilungsrecht², RZ 480 ff unter umfassenden Judikaturhinweisen

⁷⁰ *Fucik* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05}, § 1266, RZ 4

Gewinn und Verlust gleichmäßig auf beide Ehepartner aufgeteilt.⁷¹ Soweit eine Rückstellung in natura nicht möglich ist, kommt es zu einer Gewinn- und Verlustteilung, ebenfalls im Verhältnis der eingebrachten Werte.⁷² Bei Wertsteigerungen unterscheidet die Rsp, ob diese auf Investitionen oder Arbeitsleistungen des anderen Ehegatten (also jenem, der nicht Eigentümer der Sache ist) oder aufgrund äußerer Umstände wie zB Änderung der Marktlage zurückzuführen sei. Im ersten Fall wird der Mehrwert je zur Hälfte auf beide Ehegatten aufgeteilt, im zweiten jedoch verhältnismäßig.⁷³

Bei Ausspruch des alleinigen oder überwiegenden Verschuldens hat der schuldlose oder minder schuldige Ehegatte ein Wahlrecht. Er kann entweder die Rechtsfolgen des § 1266 Satz 1 ABGB annehmen (Erlöschen und Rückstellung), oder die Rechtsfolgen wie im Falle des Todes iSd § 1234 ABGB wählen, die im Zweifel zu einer Hälfteteilung des Gemeinschaftsvermögens führen. Auch beim Erbvertrag steht es ihm frei, diesen aufrecht zu erhalten und im Falle seines Überlebens die Rechte daraus in Anspruch zu nehmen. Ebenso können allfällige Aufgriffsrechte iSd § 1249 ABGB sofort geltend gemacht werden, dies erfolgt durch Übernahme zum Schätzwert.⁷⁴

Die Rechtsprechung lässt teilweise auch ein Wahlrecht auf Aufrechterhaltung des Ehepaktes zu, dies wird von der Lehre jedoch einhellig abgelehnt.⁷⁵

Bei Nichtigklärung der Ehe gilt gem § 1265 ABGB Entsprechendes: grundsätzlich kommt es zum Erlöschen der Ehepakte und zur Rückstellung, der schuldlose Teil hat uU Anspruch auf Schadenersatz. Derjenige Ehegatte, der den Nichtigkeitsgrund bei Eingehen der Ehe nicht gekannt hat, erhält wiederum das Wahlrecht iSd § 1266 ABGB.⁷⁶

⁷¹ *Gitschthaler*, Aufteilungsrecht², RZ 482

⁷² *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 129

⁷³ *Deixler-Hübner*, aaO

⁷⁴ *Fucik* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05}, § 1266, RZ 5, *Deixner-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹³, S 128

⁷⁵ *Fucik* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05}, § 1266, RZ 5, *Deixner-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹³, S 128

⁷⁶ *Fucik* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05}, § 1265, RZ 2

3.2 Vorausvereinbarungen

Der Gesetzgeber räumt der einvernehmlichen Regelung der vermögensrechtlichen Fragen für den Fall der Scheidung den Vorrang gegenüber dem gerichtlichen Aufteilungsverfahren iSd § 85 EheG ein. Das Verfahren nach § 85 EheG kann daher nur insoweit stattfinden, als sich die Ehegatten nicht über die Aufteilung der ehelichen Ersparnisse und des ehelichen Gebrauchsvermögens einigen. Daher schließt eine Vereinbarung nach § 97 Abs 1 EheG in ihrem Geltungsbereich ein gerichtliches Aufteilungsverfahren aus. Davon unberührt bleiben die Möglichkeiten der nachfolgenden gerichtlichen Kontrolle und Abänderung gemäß dessen Absätzen 2 bis 4.

Ein Verzicht auf die Durchführung eines Aufteilungsverfahrens iSd §§ 81 ff EheG an sich ist unzulässig, sehr wohl aber kann auf sämtliche materiellen Aufteilungsansprüche gänzlich verzichtet werden.⁷⁷

Eine Vorausvereinbarung bedeutet keine Gütergemeinschaft, es bleibt jeder Ehegatte Eigentümer seines Vermögens und grundsätzlich frei Verfügungsberechtigt. Nur in den letzten beiden Jahren vor Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft und ab Einbringung der Scheidungsklage besteht ein Schutz des anderen Ehegatten gem § 382 Abs 1 Z 8 lit c Fall 2 EO.⁷⁸

Auch die nachfolgende gerichtliche Kontrolle erfolgt im außerstreitigen Aufteilungsverfahren, soweit es sich um eheliche Ersparnisse und eheliches Gebrauchsvermögen handelt. Ansprüche aus Vereinbarungen nach § 97 Abs 5 EheG, oder Streitigkeiten über die Rechtswirksamkeit von Vereinbarungen über dingliche Rechte an der Ehewohnung sind hingegen im streitigen Rechtsweg zu klären.⁷⁹

Dabei ist weiters die Präklusivfrist des § 95 EheG zu beachten: der Anspruch auf Aufteilung der ehelichen Ersparnisse und des ehelichen Gebrauchsvermögens erlischt, sofern er nicht binnen eines Jahres ab

⁷⁷ *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 117

⁷⁸ *Gitschthaler*, EF-Z 2020,148

⁷⁹ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 958

Rechtskraft der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe durch Vertrag oder Vergleich gerichtlich anerkannt oder gerichtlich geltend gemacht wird.

Das Gericht hat bei seiner Kontrolle folgende Parameter, festgehalten in § 97 Abs 4 EheG, zu berücksichtigen:

die Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse, die Dauer der Ehe, die Form der Vereinbarung, und ob ihr eine rechtliche Beratung vorgegangen ist.

Diese Aufzählung ist bloß demonstrativ, auch sämtliche weiteren Billigkeitskriterien iSd § 83 EheG können herangezogen werden, sofern die Benachteiligung nach der Eheschließung und vor Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft eingetreten ist. Voraussetzung ist aber, dass die Zuhaltung der Vereinbarung aufgrund der gegebenen Unbilligkeit auch unzumutbar sein muss. Der Prüfmaßstab des § 97 Abs 2 EheG geht damit über den Maßstab des § 83 Abs 1 EheG hinaus, in dem nur die reine Billigkeit entscheidend ist. Der Gesetzgeber nimmt damit quasi in Kauf, dass Ehegatten im Rahmen ihrer Privatautonomie auch einseitig vor- bzw nachteilige Vereinbarungen abschließen dürfen, sofern eine Untergrenze an Fairness eingehalten wird, und diese wird eben durch § 97 Abs 2 EheG und die darin geforderte Unzumutbarkeit gleichsam als Mindeststandard gezogen.

In der Lehre strittig und von der Rsp ungelöst ist die Frage des Verhältnisses der unbilligen Benachteiligung und Unzumutbarkeit der Zuhaltung iSd § 97 Abs 2 EheG zur Sittenwidrigkeit des § 879 Abs 1 ABGB. Es gibt Stimmen in der Lehre, die die Auffassung vertreten, dass die unbillige Benachteiligung iSd § 97 Abs 2 EheG die Grenze der Sittenwidrigkeit noch nicht erreichen muss (zB *Pesendorfer*⁸⁰). Andere wiederum vertreten die Ansicht, dass § 97 Abs 2 EheG der Sittenwidrigkeit des § 879 entspreche (zB *Gitschthaler*⁸¹). *Stabentheiner/Pierer* fassen dies zusammen und halten fest, dass kaum ein Fall vorstellbar wäre, in dem eine Vereinbarung zwar unbillig und unzumutbar, aber nicht auch gleichzeitig sittenwidrig sei, und mit § 97

⁸⁰ *Pesendorfer in iFamZ 2009, 261*

⁸¹ *Gitschthaler in EF-Z 2010, 12*

EheG den Parteien eine möglich große Autonomie eingeräumt werden sollte, demnach also auch für die Anwendung des § 97 Abs 2 EheG Sittenwidrigkeit iSd § 879 ABGB vorliegen muss.⁸² Dem ist entgegenzuhalten, dass der Gesetzgeber, wenn er davon ausgegangen wäre, dass die Überprüfung nach § 97 Abs 2 EheG ausschließlich nach den Kriterien der Sittenwidrigkeit zu erfolgen hat, auch die Sittenwidrigkeit ins Gesetz geschrieben und uns das sprachliche Ungetüm der „unzumutbaren Unbilligkeit“ erspart hätte. ME besteht ein weiterer Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen darin, dass Sittenwidrigkeit objektivierbar ist, die Sittenwidrigkeit ist als Verstoß gegen moralische Maßstäbe außerhalb eines ausdrücklichen Gesetzesverstoßes zu sehen. Die Unbilligkeit bezieht sich aber auf die konkrete Ungleichbehandlung des Betroffenen, hat demnach ein viel stärkeres persönliches Element und kann mit dem Begriff der Sittenwidrigkeit nicht gleich gesehen werden. Durch die Verwendung des Maßstabs der unzumutbaren Unbilligkeit räumt der Gesetzgeber der gerichtlichen Kontrolle mE einen größeren Ermessensspielraum in der Entscheidung ein, weil noch mehr als bei der Sittenwidrigkeitskontrolle auf die Umstände des konkreten Einzelfalls einzugehen ist, auch wenn dies idP nur eine graduelle Differenzierung darstellen sollte. ME stellt dies deshalb auch keine gravierende Einschränkung der Privatautonomie der Parteien dar. Ich bin daher der Auffassung, dass sich die Vereinbarungskontrolle nach § 97 Abs 2 EheG nicht mit der Prüfung der Sittenwidrigkeit deckt.

Der Zeitpunkt, auf den sich die Kontrolle bezieht, ist derjenige der Aufteilungsentscheidung. Nicht relevant ist hingegen, ob die Vereinbarung von Anfang an benachteiligend war oder dies erst während der Dauer der Ehe wurde.⁸³ Durch die Möglichkeit, auch Verträge, die erst nachträglich unbillig benachteiligend werden, einer Kontrolle und Anpassung zu unterziehen, wurde eine Umstandsklausel in Bezug auf Vorausvereinbarungen eingeführt.⁸⁴

⁸² *Stabentheiner/Pierer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 97 EheG, RZ 20

⁸³ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 954

⁸⁴ *Gitschthaler*, EF-Z 2010, 12

3.2.1 Vorausvereinbarungen hinsichtlich der ehelichen Ersparnisse und des ehelichen Gebrauchsvermögens

Den Ehegatten wurde durch das FamRÄG 2009 eine sehr weitreichende Gestaltungsfreiheit und damit die Möglichkeit geschaffen, vollkommen frei über die ehelichen Ersparnisse und das eheliche Gebrauchsvermögen zu verfügen – und dies schon vorab, zu einem Zeitpunkt, in dem noch gar kein Aufteilungsanspruch entstanden ist. Damit diese Gestaltungsfreiheit nicht missbräuchlich zum Nachteil des Schwächeren verwendet wird, zieht § 97 Abs 2 EheG eine Grenze: das Gericht kann von einer im Vorhinein getroffenen Vereinbarung hinsichtlich der ehelichen Ersparnisse und des ehelichen Gebrauchsvermögens abweichen, wenn (und zwar nur dann) diese Vereinbarung einen Teil unbillig benachteiligt und diesem daher die Zuhaltung unzumutbar ist. Es soll durch die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle also verhindert werden, dass ein Teil keinen angemessenen Anteil am gemeinsamen Vermögen erhält.⁸⁵ Dabei ist eine Gesamtbetrachtung des in die Aufteilung fallenden Vermögens anzustellen. Eine gerichtliche Korrektur ist sowohl vorstellbar, wenn die Regelung von Anfang an benachteiligend war, als auch dann, wenn sie sich erst im Nachhinein als grob unbillig herausstellt.⁸⁶

Bei Abweichen von der Vorausvereinbarung hat das Gericht jedoch die Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse, die Dauer der Ehe, eine allfällige dem Vertragsabschluss vorhergehende rechtliche Beratung und die Form, in der die Vereinbarung errichtet wurde, zu berücksichtigen (§ 97 Abs 4 EheG).

Damit soll ins Kalkül gezogen werden, wie sehr durch die Aufteilung im Rahmen der Scheidung zB eventuelle Ungleichgewichtungen aus der Zeit der ehelichen Lebensführung abgegolten werden sollen – wenn zB ein Ehegatte größere Vorteile während aufrechter Ehe genossen hat, dafür der andere Ehegatte im Rahmen der Scheidung bevorzugt werden soll. Ebenso soll auf die Dauer der Ehe eingegangen wer-

⁸⁵ 1 Ob 144/12a

⁸⁶ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 953

den, für die Großzügigkeit der Aufteilung soll also durchaus eine Rolle spielen, wenn die Ehe zB nur sehr kurz gedauert hat. Auch eine rechtliche Beratung soll Beachtung finden, sofern sie von geeigneter Stelle erfolgt – in den Materialien genannt sind als solche „geeignete Stellen“ Familienberatungsstellen, Anwälte oder Notare.⁸⁷

3.2.2 Vorausvereinbarungen hinsichtlich der Ehewohnung

Das Gericht ist im Aufteilungsverfahren betreffend die Ehewohnung nur an zwei Vereinbarungen gebunden: nämlich einerseits an die Vereinbarung über die Einbeziehung der Ehewohnung in die Aufteilung gem § 82 Abs 2 EheG (Opting in), und andererseits an die Vereinbarung, dass bei einer grundsätzlich der Aufteilung gem § 82 Abs 2 EheG unterliegenden Ehewohnung die Übertragung des Eigentums oder eines sonstigen dinglichen Rechts an der Ehewohnung gem § 87 Abs 1 Satz 2 EheG ausgeschlossen wird (Opting out).⁸⁸ Alle übrigen vertraglichen Bestimmungen unterliegen der gerichtlichen Kontrolle. In Bezug auf die Ehewohnung gelten aber nicht die Kontrollregeln des § 97 Abs 2 EheG, die auf eheliches Gebrauchsvermögen und eheliche Ersparnisse anzuwenden sind, sondern hier sieht § 97 Abs 3 EheG eine eigene Bestimmung vor. Gemäß dieser kann das Gericht von einer Vorausvereinbarung betreffend die Nutzung der Ehewohnung nur abweichen, soweit der andere Ehegatte oder ein gemeinsames Kind seine Lebensbedürfnisse nicht hinreichend decken kann oder eine deutliche Verschlechterung seiner Lebensverhältnisse hinnehmen müsste. Dies ist zB dann vorstellbar, wenn der Verlust der Wohnmöglichkeit gleichzeitig den Verlust des aktuellen Arbeitsplatzes oder einen zwingenden Schulwechsel bedeuten würde.⁸⁹

Beispiel: A und B sind je zur Hälfte Eigentümer einer Ehewohnung, die jedenfalls der Aufteilung unterliegt.

⁸⁷ *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 116

⁸⁸ *Moser*, Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen im Trennungsfolgenrecht, S 43

⁸⁹ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 954

Sie vereinbaren in einer Vorausvereinbarung, dass im Falle der Scheidung A ihren Hälfteanteil an der Ehwohnung an B überträgt und eine Ausgleichszahlung in Höhe des halben Verkehrswertes der Liegenschaft erhält. Sofern A im Zeitpunkt der Scheidung ihre Lebensbedürfnisse ausreichend decken kann, scheidet eine gerichtliche Kontrolle der Vereinbarung aus. Ist A im Zeitpunkt der Scheidung (zB aufgrund einer Erkrankung) jedoch nicht in der Lage, ihre Lebensbedürfnisse auch hinreichend zu decken, könnte das Gericht vom Inhalt der Vorausvereinbarung abweichen.

Beim Ehegatten muss also dem Gesetz nach ein existentielles Bedürfnis an der Benützung der Ehwohnung vorliegen. Dies wird etwa dann bejaht, wenn sich der Ehegatte aus seinen Mitteln keine eigene Wohnung leisten kann, ihm daher Obdachlosigkeit droht – bloßes Fehlen einer anderen Wohnmöglichkeit reicht hingegen nicht.⁹⁰ Soweit es sich um ein gemeinsames Kind handelt, reicht hingegen bereits ein berücksichtigungswürdiger Bedarf an der Weiterbenützung, hier ist also ein geringerer Maßstab anzulegen. Dies wird zB dann vorliegen, wenn durch den Umzug ein vollständiger Wechsel des sozialen Umfelds herbeigeführt würde. Eine Gefährdung des Kindeswohls muss hingegen noch nicht vorliegen.⁹¹ Der berücksichtigungswürdige Bedarf eines Kindes an der Ehwohnung endet mit seiner Volljährigkeit, da nur ein minderjähriges Kind darauf Anspruch hat, im Haushalt eines Elternteils betreut zu werden.⁹²

Beispiel: A und B sind Hälfteeigentümer der Ehwohnung. Im Falle der Scheidung soll A ihren Anteil an B gegen angemessene Ausgleichszahlung übertragen. Die gemeinsame Tochter C soll sich hauptsächlich bei A aufhalten. Wenn dies für C nun bedeuten würde, dass sie die Schule wechseln müsste, ihre Freunde und ihr

⁹⁰ *Deixler-Hübner/Ehgartner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 804

⁹¹ *Deixler-Hübner*, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹³, S 155

⁹² 1 Ob 205/20h

soziales Umfeld verlieren würde, wäre dies ausreichend für eine abweichende gerichtliche Regelung.

Trotz einer Vorausvereinbarung, mit der dem Gericht aufgrund von § 97 Abs 3 EheG zwar die Übertragung des Eigentumsrechts und anderer dinglicher Rechte an der Ehewohnung verwehrt ist, kann das Gericht dem anderen Ehegatten unter den oben geschilderten Voraussetzungen Nutzungsrechte an der Ehewohnung einräumen.⁹³ Von einer Vereinbarung über dingliche Rechte an der Wohnung kann das Gericht jedoch nicht abgehen.

Strittig ist in diesem Zusammenhang, ob sich dies nur auf die eingebrachte und hinausoptierte Ehewohnung bezieht, oder ob dies auch für eine während aufrechter Ehe geschaffene Ehewohnung gilt.

*Schwimann*⁹⁴ meint, die Ausnahme sei teleologisch zu reduzieren dahingehend, dass sie sich nur auf Ehewohnungen bezieht, die an sich gem § 82 Abs 1 Z 1 EheG von der Aufteilung ausgenommen wären, aber aufgrund des Vorliegens eines Tatbestandes des § 82 Abs 2 EheG doch der Aufteilung unterliegen. Hingegen soll es bei einer Ehewohnung, die der Errungenschaft zuzurechnen ist, sehr wohl zu einer Prüfung anhand des Maßstabs von § 97 Abs 2 EheG kommen, weil nicht einsichtig sei, warum eine solche Ehewohnung der Billigkeitskontrolle des Abs 2 entzogen sein soll, und überdies der Gesetzgeber - wie aus den Materialien erkennbar - von der Ausnahme der Ehewohnung aus Abs 2 nur die eingebrachten, ererbten oder geschenkten Wohnungen umfasst wissen wollte. *Gitschthaler*⁹⁵ unter Berufung auf *Schwimann* meint, der Gesetzgeber beziehe diese Regelung nur auf Ehewohnungen, die von einem Ehegatten eingebracht, ihm von dritter Seite geschenkt oder die er von Todes wegen erworben hat, und über die ein Opting out vereinbart wurde. Vorausvereinbarungen über nicht eingebrachte, geschenkte oder ererbte Ehewohnungen unterlägen damit hinsichtlich des Eigentumsrechtes der Kontrolle nach § 97 Abs 2 EheG, und hinsichtlich der Frage der Nutzung jener nach § 97 Abs 3 EheG.

⁹³ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 952

⁹⁴ *Schwimann*, Zak 2009, 323

⁹⁵ *Gitschthaler*, Aufteilungsrecht², RZ 831

*Deixler-Hübner*⁹⁶ lehnt dies mehrfach ab unter Hinweis darauf, dass eine Vorausvereinbarung ja überhaupt nur im Vertrauen auf die Bindungsfestigkeit geschlossen werde, sich sonst ein Wertungswiderspruch ergäbe in Hinblick darauf, dass über eine kurz vor Eheschließung angeschaffte Ehewohnung eine bindungsfeste Vereinbarung möglich sei, nicht hingegen über eine kurz danach erworbene, die richterlichen Befugnisse sich aufgrund des Grundsatzes des Eigentumserhalts gem § 90 Abs 1 EheG idP ohnehin überwiegend auf die Einräumung von Nutzungsrechten beschränkten, und überdies das Gericht ohnehin die Nutzung der Ehewohnung an den existentiell bedürftigeren Ehegatten übertragen könne, dies sei durch die Bindungswirkung in Hinblick auf die rechtliche Zuordnung der Eigentumswohnung gem § 87 Abs 1 S 2 EheG ohnehin nicht ausgeschlossen. Überdies würden weder der Gesetzestenor noch die Verbalinterpretation ergeben, dass nur eine Vereinbarung über die eingebrachte Ehewohnung mit Bindungswirkung ausgestattet sei.

Darauf nimmt *Gitschthaler* Bezug, wenn er meint, würde man der Sichtweise von *Deixler-Hübner* folgen, wäre das Ergebnis verwundernd, wenn zwar die Regelung hinsichtlich der teuren Ehewohnung korrekturresistent sei, nicht jedoch diejenige über ein geringfügiges Wertpapierdepot (*Anm.*: eheliche Ersparnisse unterliegen immer der Billigkeitskontrolle iSd § 97 Abs 2 EheG).⁹⁷

*Stabentheiner/Pierer*⁹⁸ halten zusammenfassend und unter zahlreichen Literaturhinweisen fest, lehnte man die teleologische Reduktion ab, hätte das zum Ergebnis, dass der Gesetzgeber eine Vorausvereinbarung über eine Errungenschaftswohnung ermöglicht und gleichzeitig von jeder gerichtlichen Kontrolle, abgesehen von der eingeschränkten Prüfmöglichkeit nach Abs 3, ausgenommen hätte. Dieses Ergebnis wäre zu hinterfragen. Außerdem fehle ein wesentliches Argument in der bisherigen Diskussion, und zwar, dass die ErläutRV 1626 BlgNR 22.GP zum so nicht Gesetz gewordenen FamRÄG 2006 großteils unverändert in den IA zum FamRÄG 2009, 673/A 24.GP 34 ff über-

⁹⁶ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 952

⁹⁷ *Gitschthaler*, Aufteilungsrecht², RZ 831

⁹⁸ *Stabentheiner/Pierer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 97 EheG, RZ 17f

nommen wurden. Darin wird der vom Gesetzgeber für wesentlich erachtete Zusammenhang zwischen einer Opting-out-Vereinbarung und der Anordnung eines Benützungsrechtes angesprochen (sinngemäß: bindenden Eigentumsverhältnissen aufgrund einer Opting-out-Vereinbarung, was sich im Zeitverlauf als unbillig herausstellen kann, trägt der neue § 97 Abs 2, nämlich die temporäre Anordnung eines Nutzungsrechtes, Rechnung (ErläutRV 1626 BlgNR 22. GP 10)). Dies spräche laut Meinung der Autoren sehr dafür, dass der Gesetzgeber die Ausnahme des Abs 2 tatsächlich nur auf eingebrachte, ererbte oder geschenkte Wohnungen angewendet wissen wollte, aber verabsäumt hat, dies auch in den Gesetzestext einfließen zu lassen. Es sei daher jener Rechtsansicht zu folgen, die für eine teleologische Reduktion des Abs 2 eintritt.

Diese Ansicht hat mE die stärksten Argumente für sich, weshalb ihr wohl zu folgen sein wird. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass Vorausvereinbarungen über Ehewohnungen, die zur ehelichen Errungenschaft zählen, anhand des Maßstabs des § 92 Abs 2 EheG zu prüfen sind; Abs 3 ist als Sonderregel für Opting-out-Vereinbarungen zu sehen. Für die Kontrolle nach Abs 3 fehlt im Gesetz jedoch die unzumutbare Unbilligkeit, die nur in Abs 2 vorgesehen ist. Nach Abs 3 sind in Bezug auf hinausoptierte Ehewohnungen demnach allein die qualifizierten Bedürfnisse des Ehegatten oder eines gemeinsamen Kindes ausschlaggebend.

Auch hinsichtlich der Ehewohnung hat das Gericht bei Abweichen von der vertraglichen Regelung § 97 Abs 4 EheG zu beachten, also die Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse, Dauer der Ehe, der Vereinbarung vorangegangene rechtliche Beratung und Form der Vereinbarung.

3.3 Aufteilungs- und Scheidungsfolgenvereinbarungen

Vereinbarungen nach § 97 Abs 5 EheG können wie erwähnt formfrei abgeschlossen werden, da § 97 Abs 1 - 4 EheG auf sie nicht anzuwen-

den ist. Sie stellen idR Vergleiche iSd § 1380 ABGB dar. Dies wird auch nicht dadurch beeinflusst, dass § 55a EheG (und dort nur für die Scheidungsfolgenvereinbarung) Schriftlichkeit vorsieht, auch hat § 97 Abs 5 EheG Vorrang vor § 1 Abs 1 lit b NotAktG.⁹⁹ Eine Begründung dafür kann schon darin liegen, dass eine Aufteilungsvereinbarung nicht zwingend einen Ehepakt darstellt und die Anwendbarkeit der § 1 Abs 1 lit b NotAktG daher nicht jedenfalls für eine Vereinbarung in Zusammenhang mit einem Scheidungsverfahren gegeben ist. Da solchen Vereinbarungen regelmäßig die Unentgeltlichkeit und damit der Schenkungscharakter fehlt, ist auch § 1 Abs 1 lit d NotAktG (Schenkung ohne tatsächliche Übergabe) nicht auf sie anwendbar.

Nach § 97 Abs 5 EheG gelten auch die Vorschriften über die gerichtliche Vereinbarungskontrolle nicht für Vereinbarungen, die im Zusammenhang mit einem Scheidungsverfahren geschlossen werden, also Aufteilungsvereinbarungen. Dem widerspricht *Gitschthaler*, der einen massiven Wertungswiderspruch (Anm: zwischen den Abs 2 - 4 und Abs 5) ortet, von einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers ausgeht und eine teleologische Reduktion des § 97 Abs 5 EheG auf die Formvorschriften des Abs 1 fordert.¹⁰⁰ *Stabentheiner/Pierer* halten dem entgegen, dass die Differenzierung des Abs 5 durchaus gerechtfertigt sei, da hier kein spezifischer Übereilungsschutz geboten sei, nachdem eine zeitliche Nähe, jedenfalls aber ein inhaltlicher Zusammenhang zu einem Scheidungsverfahren bestehen müsse. In so einer Situation sei die Gefahr, dass ein Ehepartner sich „über den Tisch ziehen lasse“ viel geringer als bei einer reinen Vorausvereinbarung. Eine spätere Umstandsänderung, die ausnahmsweise zu berücksichtigen sei, könne auch über die Sittenwidrigkeitskontrolle des § 879 Abs 1 ABGB Beachtung finden.¹⁰¹ Auch hier finden *Stabentheiner/Pierer* mE die überzeugendsten Argumente. Es ist demzufolge davon auszugehen, dass sich die Vereinbarungskontrolle des § 97 Abs 2 – 4 EheG nur auf Vorausvereinbarungen nach § 97 Abs 1 EheG, nicht aber auf Aufteilungsvereinbarungen nach § 97 Abs 5 EheG bezieht.

⁹⁹ *Stabentheiner/Pierer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 97 EheG, RZ 41

¹⁰⁰ *Gitschthaler*, Aufteilungsrecht², RZ 810

¹⁰¹ *Stabentheiner/Pierer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 97 EheG, RZ 45

4. Schicksal der ehgüterrechtlichen Vereinbarungen bei Ableben eines Ehegatten

4.1 Ehepakt

Sofern sich die Wirkungen eines Ehepaktes ausdrücklich auf das Ableben eines Ehegatten beziehen, wie zB beim Erbvertrag, kommen die Regelungen zur Anwendung, die die Ehepartner für diesen Fall vorgesehen haben.

Bei der Gütergemeinschaft auf den Todesfall kommt es wie oben unter 2.1.3 dargestellt zur Vergemeinschaftung des vereinbarten Vermögens, Abzug der Schulden und anschließend zur quotenmäßigen Teilung des Gesamtgutes.¹⁰² Mangels abweichender Vereinbarung erfolgt die Teilung je zur Hälfte (§ 1234 ABGB). Damit fällt der Anteil des Verstorbenen in dessen Verlassenschaft, während der Überlebende unmittelbar die auf ihn entfallende Quote erhält. Sofern damit der Überlebende einen Anspruch auf Übertragung von Vermögenswerten des Verstorbenen erhält, muss er diesen der Verlassenschaft gegenüber geltend machen. Umgekehrt ist die Verlassenschaft berechtigt, die Übertragung von Vermögenswerten durch den Überlebenden zu verlangen.

Soweit der Überlebende dadurch Werte aus dem Vermögen des Verstorbenen erhält, muss er sich diese gem § 744 ABGB auf seine Erbansprüche anrechnen lassen.

Handelt es sich hingegen um eine Gütergemeinschaft unter Lebenden, wird diese durch Ableben eines Ehepartners aufgelöst. § 1234 S 2 ABGB (Anm: Aufteilung der Hälfte nach oder abweichende Vereinbarung im Einzelfall) ist auch hier sinngemäß anzuwenden.¹⁰³

¹⁰² M. Bydlinski in *Rummel/Lukas*⁴, § 1234 ABGB, RZ 10

¹⁰³ M. Bydlinski, aaO

4.2 Vorausvereinbarungen/Aufteilungsvereinbarungen

Stirbt einer der Ehegatten, ohne dass bis dahin ein Scheidungs- bzw Aufteilungsverfahren anhängig wäre, wird die Voraus- oder Aufteilungsvereinbarung nicht mehr zum Tragen kommen. Es gelten die erbrechtlichen Regelungen, der Ehegatte ist grundsätzlich erb- und pflichtteilsberechtigt und hat Anspruch auf das gesetzliche Vorausvermächtnis (die Frage von entsprechenden Verzichten oder weiteren erbrechtlichen Ansprüchen, zB auf ein allfälliges Pflegevermächtnis, werden in diesem Rahmen nicht behandelt).

Stirbt ein Ehegatte nach rechtskräftiger Auflösung der Ehe, hat dies unmittelbare Konsequenzen auf die erbrechtlichen Ansprüche des Überlebenden. Gem § 746 Abs 1 ABGB steht dem früheren Ehegatten nämlich nach Auflösung der Ehe zu Lebzeiten des Verstorbenen weder ein gesetzliches Erbrecht noch das gesetzliche Vorausvermächtnis zu. Ein eventuell anhängiges Aufteilungsverfahren bleibt jedoch vom Ableben eines Ehegatten unberührt. Das Verfahren ist gegen die Verlassenschaft weiterzuführen bzw ein noch nicht eingeleitetes Aufteilungsverfahren gegen den Nachlass einzuleiten.¹⁰⁴

Die spannende Frage in diesem Zusammenhang ist daher: was passiert, wenn der Ehegatte zwar nach Einleitung eines Scheidungsverfahrens, aber vor dessen rechtskräftiger Erledigung stirbt?

§ 746 Abs 2 ABGB hält fest: Das gesetzliche Erbrecht und das gesetzliche Vorausvermächtnis stehen dem überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partner auch dann nicht zu, wenn in einem im Zeitpunkt des Erbfalls anhängigen Verfahren über die Auflösung der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft eine Vereinbarung über die Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse für den Fall der Rechtskraft der Auslösungsvereinbarung vorliegt. Eine solche Vereinbarung gilt im Zweifel auch für die Auflösung der Ehe oder eingetra-

¹⁰⁴ *Deixler-Hübner in Deixler-Hübner, HB Familienrecht*², S 975

genen Partnerschaft durch den Tod eines Ehegatten oder eingetragenen Partners.

Zunächst lässt sich feststellen, dass diese Regelung (iU zur Vorgängerregelung des § 759 aF) verschuldensunabhängig ist. Die Prüfung, ob die Ehe aus Verschulden des überlebenden Teils geschieden worden wäre, entfällt also. Weiters ist zu bemerken, dass es sich um eine Zweifelsregel handelt. Haben die Ehegatten ausdrücklich geregelt, ob ihre Aufteilungsvereinbarung bei Ableben eines Ehepartners weitergelten soll oder nicht (was nach der neuen Rechtslage dringend empfohlen wird), kommt die gesetzliche Anordnung daher gar nicht zum Tragen. Auch wenn in einem zwar anhängigen Verfahren noch keine Aufteilungsvereinbarung errichtet wurde, bleibt das gesetzliche Erbrecht erhalten.

Unstrittig scheint in der Literatur, dass Scheidungsfolgen- und Aufteilungsvereinbarungen iSd § 97 Abs 5 EheG grundsätzlich von § 764 Abs 2 ABGB erfasst sind - dies jedoch nur insoweit, als es sich um umfassende Vereinbarungen hinsichtlich des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse handeln muss; unvollständige Vereinbarungen, die wesentliche Teile des Vermögens nicht umfassen, vermögen das Erbrecht hingegen nicht zu beseitigen.¹⁰⁵

Strittig ist allerdings die Frage, ob § 746 Abs 2 ABGB auch dann zur Anwendung kommen soll, wenn eine Vorausvereinbarung iSd § 97 Abs 1 – 4 EheG vorliegt. Rsp liegt dazu noch nicht vor, auch geben weder Gesetzestext noch ErläutRV dazu Aufschluss. In der Literatur wird dies mehrheitlich bejaht mit dem Argument, dass laut Gesetzestext die Vereinbarung nur vorliegen, aber nicht getroffen worden sein muss.¹⁰⁶

Daher soll nun zunächst überblicksmäßig der Meinungsstand der Literatur wiedergegeben werden.

Nemeth kritisiert, dass Vorausvereinbarungen einer Kontrolle im Aufteilungsverfahren unterliegen, die damit wegfielen – dies spräche gegen

¹⁰⁵ *Scheuba in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04}, § 746, RZ 8, *Fischer-Czermak/GitschthalerA./Tschugguel*, EF-Z 2017, 148,

¹⁰⁶ *Fischer-Czermak/GitschthalerA./Tschugguel*, EF-Z 2017, 148

ein Einbeziehen unter § 746 Abs 2 ABGB.¹⁰⁷ Sie verweist aber auch darauf, dass die Rechtsfolgen des § 746 Abs 2 ABGB eben nicht davon abhängen, wer das (Scheidungs-) Verfahren eingeleitet hat und damit unabhängig von einem hypothetischen Schuldausspruch sind. In diesem Zusammenhang stellt sie fest, dass es gerade nicht Sache des Verlassenschaftsgerichts sei, den hypothetischen Ausgang eines Scheidungs- oder Auflösungsverfahrens zu beurteilen.¹⁰⁸

In einem gemeinsamen Aufsatz beleuchten *A.Tschugguel*, *Fischer-Czermak* und *Gitschthaler* die unterschiedlichen Aspekte und finden divergierende Ansätze.¹⁰⁹ *A.Tschugguel* tritt gegen die Anwendung von § 746 Abs 2 ABGB auf Vorausvereinbarungen auf und argumentiert, dass gegen die Einbeziehung von Vorausvereinbarungen zunächst der Gesetzeswortlaut ins Treffen zu führen sei - § 746 Abs 2 ABGB spräche von einer *im anhängigen Verfahren vorliegenden Aufteilungsvereinbarung*, woraus sich kein Anhaltspunkt für die Berücksichtigung schon früher geschlossener, also schon vor dem anhängigen Verfahren vorliegender Vorausvereinbarungen ergebe. Hätte der Gesetzgeber auch an Vorausvereinbarungen gedacht, wäre die Zweifelsregel präziser *auf den Tod während eines anhängigen Verfahrens* einzuschränken gewesen – dies aber nicht, wenn der Gesetzgeber nur an Vereinbarungen im oder iZm einem Auflösungsverfahren gedacht habe, weil dies das anhängige Verfahren ohnehin voraussetze. Hätte der Gesetzgeber auch Vorausvereinbarungen vor Augen gehabt, wäre auch kaum zu verstehen, weshalb die Frage der gerichtlichen Nachkontrolle in den ErläutRV unerwähnt blieb, Aufteilungsvereinbarungen gem § 97 Abs 5 EheG, die unter § 746 Abs 2 ABGB zu subsumieren sind, unterlägen nach hM nicht der Kontrolle im Aufteilungsverfahren. Außerdem würde eine Subsumtion der Vorausvereinbarungen unter § 746 Abs 2 ABGB bedeuten, dass der Abschluss einer Vorausvereinbarung beide Ehegatten im Zweifel schon in die Lage versetze, durch Erhebung einer Scheidungsklage das Pflichtteilsrecht des anderen zu vereiteln und stattdessen in die vereinbarte Aufteilung zu optie-

¹⁰⁷ *Nemeth in Schwimann/Neumayr (Hrsg), TK ABGB⁵, § 746 RZ 7*

¹⁰⁸ *Nemeth in Schwimann/Neumayr (Hrsg), TK ABGB⁵, § 746 RZ 5*

¹⁰⁹ *Fischer-Czermak/Gitschthaler/A.Tschugguel, EF-Z 2017, 148*

ren. Dies würde im Zweifel das Vorliegen eines durch die Einleitung des Auflösungsverfahrens bedingten Erb-, Pflichtteils- und Unterhaltsverzichts bedeuten und damit eine unterschiedliche Rechtsfolgenqualität im Vergleich zu Aufteilungsvereinbarungen, wo das Aufteilungsverfahren nur Ausgangspunkt für eine Vereinbarung sei, die im Zweifel auch als auf den Tod bezogen gelte. Auch die Übergangsregelung, wonach § 746 Abs 2 ABGB auf Todesfälle nach dem 31.12.2016 anzuwenden ist, sei zu berücksichtigen. Demnach gelte die neue Rechtslage auch für schon vor Inkrafttreten errichtete Vorausvereinbarungen und würde eine erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringen.

Fischer-Czermak und *Gitschthaler* gehen in demselben Aufsatz offensichtlich beide von der Anwendbarkeit des § 746 Abs 2 ABGB auch auf Vorausvereinbarungen aus, finden aber unterschiedliche Lösungsansätze hinsichtlich einer möglichen Vereinbarungskontrolle.¹¹⁰

*Fischer-Czermak*¹¹¹ vertritt die „erbrechtliche Lösung“ und hält fest, dass Aufteilungsvereinbarungen gem § 97 Abs 5 EheG nach überwM nicht der Kontrolle im Aufteilungsverfahren unterliegen. Nichts andere könne gelten, wenn es nicht mehr zu Auflösung der Ehe kommt, weil ein Partner vorher stirbt. In Betracht kommt nur eine Überprüfung in Hinblick auf die Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB und Anfechtung wegen Irrtums, Wegfall der Geschäftsgrundlage und fehlender Geschäftsfähigkeit. In beiden Fällen würde die Aufteilungsvereinbarung beseitigt, sodass dem Ehegatten ein Erbrecht zukomme. Vorausvereinbarungen unterlägen gem § 97 Abs 2 – 4 EheG der gerichtlichen Nachkontrolle. Voraussetzung dafür sei die Einleitung eines Aufteilungsverfahrens. Diesem stehe der Tod eines Ehegatten nicht prinzipiell entgegen. Der Aufteilungsanspruch, wenn ein Ehegatte während des Aufteilungsverfahrens verstirbt, sei vererblich. Ebenso könne ein Partner die gerichtliche Aufteilung innerhalb eines Jahres ab Rechtskraft der Auflösung der Ehe beantragen, auch wenn der Ehepartner verstorben ist. Beides setze aber voraus, dass die Ehe zu Lebzeiten aufgelöst wurde. Werde die Ehe hingegen durch Tod aufge-

¹¹⁰ *Fischer-Czermak/Gitschthaler/A.Tschugguel*, EF-Z 2017, 148

¹¹¹ *Fischer-Czermak/Gitschthaler/A.Tschugguel*, aaO

löst, stünde einer Aufteilung der Wortlaut des § 81 EheG entgegen, wonach eheliches Gebrauchsvermögen und eheliche Ersparnisse nur dann aufzuteilen sind, wenn die Ehe geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt wird. Sie hält also fest, dass die gerichtliche Kontrolle iSd § 97 Abs 2- 4 EheG nur dort greift, wo die Ehe noch zu Lebzeiten aufgelöst wurde. Überprüfung aufgrund von Sittenwidrigkeit oder Willensmängeln bzw Wegfall der Geschäftsgrundlage sei hingegen auch bei Auflösung der Ehe durch Tod möglich. Überdies habe der Gesetzgeber durch die Einführung des § 746 Abs 2 ABGB bewusst ein Aufteilungsverfahren nach dem Tod vermeiden wollen, wenn die Ehe bei Ableben noch nicht aufgelöst war. Nach *Fischer-Czermak* führt also die Geltungskontrolle im Ergebnis immer zum Erbrecht des überlebenden Ehegatten, weil damit die Vorausvereinbarung vollständig beseitigt wird.

Fischer-Czermak kritisiert an anderer Stelle, dass § 746 Abs 2 ABGB aus erbrechtlicher Sicht eine Vorverlegung der Scheidung auf den Zeitpunkt der Aufteilungsvereinbarung bewirkt, an Stelle des Erbrechts damit der nacheheliche Aufteilungsanspruch tritt, die gesetzliche Regelung aber nicht berücksichtigt, dass eine Scheidung auch (nach § 78 EheG passiv vererbliche) Unterhaltsansprüche auslösen kann. Der überlebende Ehegatte kann daher nach § 746 Abs 2 ABGB deutlich schlechter abgesichert sein als bei rechtskräftiger Scheidung zu Lebzeiten. Sie rät daher, wenn nach Scheidung Unterhalt zustehen soll, eine Aufteilungsvereinbarung im Scheidungsverfahren immer mit einer Unterhaltsvereinbarung zu verbinden.¹¹²

Gitschthaler meint hingegen, dass es nicht ganz einsichtig sei, warum eine Scheidungsfolgenvereinbarung – die aufgrund zuvor bereits tatsächlich vorgenommener Aufteilungshandlungen regelmäßig keine umfassende Aufteilungsvereinbarung darstelle – das Erbrecht des Überlebenden ausschließe, nicht aber eine umfassende Vorausvereinbarung. Er geht daher davon aus, dass § 746 Abs 2 ABGB dahingehend verstanden werden müsse, dass das Erbrecht des Überlebenden auch dann nicht mehr besteht, wenn ein noch nicht rechtskräftig been-

¹¹² *Fischer-Czermak in Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Erbrecht, S 32*

detes Auflösungsverfahren gerichtsanhängig sei und die Parteien eine wirksame Vorausvereinbarung nach § 97 Abs 1 – 4 EheG geschlossen haben. Die Vereinbarungskontrolle nach Abs 2-4 könne auch im Verlassenschaftsverfahren vorgenommen werden.¹¹³

Weiters vertritt *Gitschthaler*¹¹⁴ im vorgenannten gemeinsamen Aufsatz mit *Fischer-Czermak* und *A. Tschugguel* die „aufteilungsrechtliche Lösung“. Im Unterschied zum Ansatz von *Fischer-Czermak*, wonach infolge der Nichtanwendbarkeit des § 97 Abs 2 – 4 EheG als Mangel der Vorausvereinbarung nur (ursprüngliche) Sittenwidrigkeit oder (nachträglicher) Wegfall der Geschäftsgrundlage geltend gemacht werden können, und dies jeweils zu deren gänzlicher Beseitigung und damit zum Erbrecht des überlebenden Ehegatten führt, geht *Gitschthaler* davon aus, dass auch die Vorausvereinbarung der Vereinbarungskontrolle iSd § 97 Abs 2 - 4 EheG im Aufteilungsverfahren unterliegt, und damit ein Erbrecht des Überlebenden weiterhin ausscheidet. Sein Argument für diesen Lösungsansatz ist, dass die ErläutRV zu § 746 ABGB ausdrücklich anführen, die Aufteilung solle dem Erbrecht vorgehen, wenn es eine Vereinbarung gibt. Die Vereinbarung würde durch die Vereinbarungskontrolle des § 97 Abs 2 – 4 EheG auch nicht beseitigt, sondern nur angepasst. Da nach dem Willen des Gesetzgebers eine Vereinbarung über die Aufteilung dem Erbrecht vorgehen soll, sei § 97 sogar vorrangig auf den Todesfall anzuwenden. Auch gehe es nur um die Kontrolle und allfällige Korrektur einer Vereinbarung, nicht um ein Aufteilungsverfahren nach §§ 81ff EheG an sich. Daher sei es sowohl dem überlebenden Partner als auch der Verlassenschaft bzw den Erben des Verstorbenen möglich, binnen Jahresfrist (s § 95 EheG) die Vereinbarungskontrolle beim Aufteilungsgericht zu beantragen. Nach Fristablauf steht auch nach *Gitschthaler* nur mehr die erbrechtliche Lösung zur Verfügung, also Geltendmachung von Sittenwidrigkeit oder Wegfall der Geschäftsgrundlage im streitigen Verfahren.¹¹⁵

¹¹³ *Gitschthaler*, EF-Z 2020, 148

¹¹⁴ *Fischer-Czermak/Gitschthaler/A.Tschugguel*, EF-Z 2017, 148

¹¹⁵ *Fischer-Czermak/Gitschthaler/A.Tschugguel*, aaO

Diexler-Hübner wiederum vertritt die Meinung, dass sich § 746 Abs 2 ABGB sowohl auf Voraus- als auch auf Aufteilungsvereinbarungen bezieht, nachdem sich in den Materialien kein Hinweis darauf findet, welche Art von Vereinbarung gemeint ist. Wie praktisch alle Autoren hält auch sie fest, dass die entsprechenden Formvorschriften eingehalten werden müssen, widrigenfalls die erbrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden. Sie weist außerdem auf die unterschiedlichen Kontrollmöglichkeiten hin, nämlich einerseits die gerichtliche Nachkontrolle hinsichtlich der Vorausvereinbarungen in Bezug auf eine grobe Ungleichgewichtslage, und andererseits die Bindungsfestigkeit der Aufteilungsvereinbarungen. Im Widerspruch zu *Gitschthaler* zeigt sie auf, dass aufgrund des Fehlens einer rechtskräftigen Scheidung gem § 95 EheG auch bei Vorliegen einer groben Unbilligkeit kein Aufteilungsverfahren eingeleitet werden kann. Ebenso könnte sich die Frage einer Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung stellen. Ihrer Meinung nach sind diese Punkte als Vorfragen in einem Erbrechtsstreit bzw nach erfolgter Einantwortung mittels Erbschaftsklage zu relevieren. Dabei soll es auch möglich sein, eine nur teilweise Anpassung der Vereinbarung zu verlangen.¹¹⁶

Welser gibt nur den Meinungsstand wieder, bezieht aber nicht Stellung.¹¹⁷

Scheuba vertritt den Standpunkt, dass Vereinbarungen nach § 97 Abs 5 EheG jedenfalls in den Anwendungsbereich des § 746 Abs 2 ABGB fallen. Vereinbarungen, die nur eine teilweise Aufteilung des Vermögens beinhalten, sollen von der Anwendung jedoch ausgeschlossen sein. Es würde dem Zweck des § 746 Abs 2, der ja das gesetzliche Erbrecht durch die Aufteilung ersetzen will, widersprechen, wenn auch eine unvollständig gebliebene Aufteilung dem gesetzlichen Erbrecht vorgehen soll. Hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit des § 746 Abs 2 ABGB auf Vereinbarungen nach § 97 Abs 1 EheG legt sie

¹¹⁶ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg.), Erbrecht NEU, S 33

¹¹⁷ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 746 ABGB RZ 6ff

sich nicht fest, auch sie verweist aber auf die fehlende Kontrollmöglichkeit bei Auflösung der Ehe durch Tod.¹¹⁸

Holzner wiederum geht offenbar von der Anwendbarkeit des § 746 Abs 2 ABGB auf Vorausvereinbarungen nach § 97 Abs 1 EheG aus, sofern diese eine vollständige Aufteilung beinhalten. Er spricht sich für eine Klärung der Frage des Vorliegens einer tauglichen Vereinbarung im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens aus, da damit letztlich ja auch eine Vorfrage hinsichtlich der Erbberechtigung zu klären sei.¹¹⁹

Rabl hält fest, dass die Wirkung des § 746 Abs 2 EheG bzw seiner Vorgängerregelung auch schon bisher durch einen formgültigen Pflichtteilsverzicht erzeugt werden konnte. Er meint, dass unter diesem Formaspekt § 746 Abs 2 ABGB an sich jedenfalls nur Vereinbarungen nach § 97 Abs 5 EheG meint. Eine Ausdehnung auf Vereinbarungen nach § 97 Abs 1 – 4 EheG hält er nur dann für zulässig, wenn diese auch das Formerfordernis des § 551 ABGB erfüllen und schließt daraus, dass es des § 746 Abs 2 ABGB gar nicht bedarf, weil eine solche Vereinbarung im Falle formgerechter Errichtung das (*Anm:* Erb- und) Pflichtteilsrecht ohnehin beseitigen.¹²⁰

Zusammenfassend lässt sich folgendes sagen: zunächst bleibt zu erwarten, dass sich dieses Thema in der Praxis selten stellen wird. Je weniger wahrscheinlich daher eine baldige Klärung durch den OGH ist, umso relevanter ist eine theoretische Annäherung.

Meines Erachtens ist der Wortlaut der ErläutRV in diesem Zusammenhang noch nicht ausreichend berücksichtigt worden. Da heißt es nämlich: „Anders als nach bisheriger Rechtslage werden anhängige Verfahren über die Auflösung der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft nicht nach dem Tod eines Teils zur Ermittlung des Verschuldens eines Teils „weitergeführt“. Es ist auch nach dem Tod eines Teils kein eigenes Verfahren über die Aufteilung des Gebrauchsvermögens oder der Ersparnisse durchzuführen (unter analoger Anwendung der

¹¹⁸ *Scheuba in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04}, § 746, RZ 8

¹¹⁹ *Holzner*, öarr 2017, 167

¹²⁰ *Rabl*, EF-Z 2016, 284

§§ 81 ff EheG).“¹²¹ Diese Formulierung schließt – neben der eindeutigen gesetzlichen Regelung des § 95 EheG - mE die Möglichkeit der vollen Vereinbarungskontrolle, wie *Gitschthaler* sie für zulässig hält, aus, ist doch das genaue Gegenteil als Intention des Gesetzgebers zu entnehmen. Wunsch des Gesetzgebers war also offenbar, die Gerichte nach Ableben eines Ehepartners nicht mit weiteren Verfahren zu belasten, vielleicht auch mit der Überlegung, dass in solchen Situationen regelmäßig die Nähe zum Beweis sehr unausgeglichen ist, weil eine Seite nicht mehr persönlich am Verfahren teilnehmen kann und deren Erben sehr wahrscheinlich nicht dieselben Informationen zugänglich sind. Es kann auch mE aus der Wortfolge „kein eigenes Verfahren“ nicht abgeleitet werden, dass damit nur Aufteilungsverfahren gemeint sein sollen, eine Klärung in einem anderen Verfahren aber zulässig wäre. Im Gegenteil würde ich den Wortlaut so verstehen, dass damit eine generelle Entlastung der Gerichte beabsichtigt ist, wie sie sich ja aus der Streichung der Verschuldensfrage aus § 746 ABGB grundsätzlich ergibt. Es war mE die Intention, allfällige eherechtliche Vorfragen aus dem Verlassenschaftsverfahren zu eliminieren. Außerdem darf dem Gesetzgeber eventuell unterstellt werden, dass er – wenn er die Frage der Vereinbarungskontrolle als Vorfrage ins Verlassenschaftsverfahren (gemeint ins Verfahren hinsichtlich der Entscheidung über das Erbrecht iSd § 161 AußStrG) bzw ins streitige Verfahren nach Einbringen einer Erbschaftsklage gem § 164 AußStrG verschieben wollte – dies auch ausdrücklich erwähnt hätte. Wenn er dies jedoch nicht tut, gleichzeitig aber die Durchführung eines nachträglichen Aufteilungsverfahrens ablehnt, würde dies ein großes Ungleichgewicht zwischen der Überprüfbarkeit einer Vorausvereinbarung bei Erleben beider Eheteile (volle Vereinbarungskontrolle iSd § 97 Abs 2 – 4 EheG) im Unterschied zum Ableben eines Ehepartners während des anhängigen Verfahrens (nur noch Anfechtung wegen Sittenwidrigkeit, Irrtum, Wegfall der Geschäftsgrundlage, fehlende Entscheidungsfähigkeit) bedeuten. Eine dogmatische Begründung für diese gewollte Ungleichbehandlung lässt sich hingegen nicht finden.

¹²¹ Erläuterungen RV 688 BlgNR 25. GP, zu § 746 ABGB

Für mich heißt dies im Ergebnis, dass in den Anwendungsbereich des § 746 Abs 2 ABGB nur solche Vereinbarungen fallen können, für die entweder nie umfassende Kontrollmöglichkeiten vorgesehen waren (also Aufteilungs- und Scheidungsfolgenvereinbarungen iSd § 97 Abs 5 EheG), bzw hinsichtlich derer keine Kontrollmöglichkeiten mehr bestehen. Es wäre ja durchaus denkbar, dass die Ehegatten – trotz einer eventuell vorliegenden Unbilligkeit – im Rahmen ihrer Privatautonomie am Ergebnis der Vorausvereinbarung festhalten wollen und dies mittels Verzichts auf weitere Vermögenszuweisung im Rahmen der Aufteilung oder Anerkenntnis rechtsverbindlich machen. Dies würde mE aber im Ergebnis bedeuten, dass in einem solchen Fall erst wieder eine Vereinbarung in Zusammenhang mit einem Scheidungsverfahren vorliegt, auf die § 746 Abs 2 ABGB jedenfalls anzuwenden ist. Damit ist im Ergebnis die Anwendung des § 746 Abs 2 ABGB auf Vereinbarungen iSd § 97 Abs 5 EheG beschränkt.

Weiters sollte in der Betrachtung nicht übersehen werden, dass Vorausvereinbarungen wohl regelmäßig längere Zeit vor Einleitung eines Scheidungsverfahrens errichtet werden. Daher ist durchaus möglich, dass – auch wenn es sich um eine umfassende Regelung handelt – Änderungen in den Vermögensverhältnisse wie auch den sonstigen Umständen eintreten, die eine abweichende Regelung zugelassen hätten. Wieso soll der überlebende Ehegatte auf die nicht mehr nachjustierbare Vorausvereinbarung reduziert sein (sofern keine Sittenwidrigkeit vorliegt), gleichzeitig alle erbrechtlichen Ansprüche verlieren und damit den unter allen Varianten schlechtesten Standpunkt haben, nur weil bereits ein Scheidungsverfahren eingeleitet wurde, während ihm bei Erleben des Aufteilungsverfahrens durch den anderen Ehepartner volle Billigkeitskontrolle zugestanden wäre, und er bei Ableben des anderen Eheteils vor Einleitung des Scheidungsverfahrens sämtliche erbrechtlichen Ansprüche gehabt hätte? Dieses Argument wird weiters gestützt durch den Umstand, dass der Verlust des Erbrechts gleichzeitig einen Verlust des Unterhalts bedeutet. Dies kann zum sehr problematischen Ergebnis führen, dass zwar eine umfassende Vorausvereinbarung hinsichtlich des ehelichen Gebrauchsvermögens und der eheli-

chen Ersparnisse vorliegt, die aber keine Unterhaltsregelung enthält. Damit wäre der überlebende Ehegatte noch schlechter gestellt, wenn ihm auch noch die Unterhaltsansprüche entgingen, die er ansonsten im Ablebensfall hätte.

Insgesamt bin ich daher der Meinung, dass § 746 Abs 2 ABGB lediglich auf Aufteilungs- und Scheidungsfolgenvereinbarungen iSd § 97 Abs 5 EheG anzuwenden ist, nicht jedoch auf Vorausvereinbarungen iSd § 97 Abs 1 – 4 EheG.

5. eingetragene Partnerschaft

Zum Teil bezieht der Gesetzgeber eingetragene Partner unmittelbar in den Anwendungsbereich einer gesetzlichen Regelung mit ein, zB in § 746 ABGB, dessen Abs 1 beginnt „Nach Auflösung der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft ...“ Dies ist jedoch nicht immer auf den ersten Blick ersichtlich. Hier soll kurz und nur überblicksmäßig dargestellt werden, wie weit sich das vorhin Ausgeführte auch auf die eingetragene Partnerschaft bezieht.

Auf eingetragene Partnerschaften ist das EPG, das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft, in Kraft getreten mit 1.1.2010, anwendbar. Das EPG kennt in § 43 eine Verweisungsnorm, mittels der die davon umfassten Gesetzesbestimmungen auch für eingetragene Partnerschaften anwendbar werden. ABGB und EheG sind von dieser Verweisung ausgenommen. Im ABGB nehmen die Bestimmungen gesondert Bezug auf die eingetragene Partnerschaft, und im EPG selbst wurde eine vom Eherecht getrennte eigene Linie an Bestimmungen eingeführt.

Im Zusammenhang mit Verträgen der eingetragenen Partner steht § 40 EPG im Mittelpunkt. Dieser stimmt inhaltlich vollkommen mit § 97 EheG überein, lediglich das berücksichtigungswürdige Interesse der Kinder an der Ehewohnung fehlt in Abs 3. Auch die Formvorschriften stimmen mit jenen hinsichtlich ehelicher Voraus- und Aufteilungsvereinbarungen überein.

In den §§ 24 ff EPG werden unter der Überschrift „Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse“ die Aufteilungsgrundsätze

für den Fall der Beendigung der Partnerschaft dargestellt, auch dies gleicht den vergleichbaren Regeln für die Ehe in den §§ 81 ff EheG. Insofern kann daher auf die vorigen Ausführungen verwiesen werden, diese haben auch für Verträge zwischen eingetragenen Partnern Geltung.

6. Grunderwerbsteuer und Gebühren

Näher zu betrachten ist noch, welche Grunderwerbsteuer- und gebührenrechtlichen Folgen der Abschluss einer ehgüterrechtlichen Vereinbarung nach sich ziehen kann.

6.1 Grunderwerbsteuer und gerichtliche Eintragungsgebühr

ISd § 1 Abs 1 GrEStG lösen folgende Rechtsvorgänge, soweit sie sich auf inländische Grundstücke beziehen, GrESt aus:

- 1. ein Kaufvertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übereignung begründet,*
- 2. der Erwerb des Eigentums, wenn kein den Anspruch auf Übereignung begründendes Rechtsgeschäft vorausgegangen ist,*
- 3. ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Abtretung eines Übereignungsanspruchs begründet,*
- 4. ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Abtretung der Ansprüche aus einem Kaufanbot begründet. Dem Kaufanbot steht ein Anbot zum Abschluß eines anderen Vertrages gleich, kraft dessen die Übereignung verlangt werden kann,*
- 5. der Erwerb eines der in den Z 3 und 4 bezeichneten Rechte, wenn kein Rechtsgeschäft vorausgegangen ist, das den Anspruch auf Erwerb der Rechte begründet.*

Ehgüterrechtliche Vereinbarungen, die einen Anspruch auf Übertragung des Eigentumsrechts an einer Liegenschaft begründen, lösen daher auch Grunderwerbsteuer aus.

Das GrEStG nimmt an einigen Stellen Bezug auf Ehe und eingetragene Partnerschaft, nimmt hier jedoch keine eigene Definition des begünstigten Personenkreises vor, sondern verweist jeweils auf § 26 a GGG.

§ 26 a GGG, der unter der Überschrift „begünstigte Erwerbsvorgänge“ die Ermäßigung der Bemessungsgrundlage für die gerichtliche Eintragungsgebühr regelt, stellt in Abs 1 klar, dass die Eintragungsgebühr für das Eigentumsrecht bei einer Reihe von begünstigten Rechtsgeschäften nicht von der nach § 26 GGG ermittelten Bemessungsgrundlage, sondern vom 3-fachen Einheitswert, maximal von 30% des Werts des einzutragenden Rechts zu berechnen ist. Diese Begünstigung umfasst nun nach Z 1: *„(bei) Übertragung einer Liegenschaft an den Ehegatten oder eingetragenen Partner während aufrechter Ehe (Partnerschaft) oder im Zusammenhang mit der Auflösung der Ehe (Partnerschaft), an den Lebensgefährten, sofern die Lebensgefährten einen gemeinsamen Hauptwohnsitz haben oder hatten, an einen Verwandten oder Verschwägerten in gerader Linie, an ein Stief-, Wahl- oder Pflegekind oder deren Kinder, Ehegatten oder eingetragenen Partner, oder an Geschwister, Nichten oder Neffen des Überträgers;“* Schon im GGG ist also festgehalten, dass für Rechtsgeschäfte zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern sowohl während aufrechter Ehe/Partnerschaft als auch im Zusammenhang mit der Auflösung der Ehe oder Partnerschaft eine gebührenrechtliche Begünstigung gelten soll.

Ähnliches ergibt sich auch aus dem GrEStG. Hier steht zunächst in § 3 Abs 1 Z 2a GrEStG, dass Erwerbe von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken durch den Personenkreis des § 26 a GGG, soweit eine Gegenleistung nicht vorhanden, nicht ermittelbar oder geringer als der Einheitswert des Grundstückes ist, und diese Grundstücke zum Betriebsvermögen eines erworbenen Betriebs oder Teilbetriebs gehören, der der Einkünfteerzielung nach § 2 Abs 3 Z 1 EstG dient, bis zu einem Betrag von € 365.000,-- steuerfrei sind. Diese Befreiung kann im Rahmen der Übertragung von landwirtschaftlichen Betrieben relevant sein.

§ 3 Abs 1 Z 2 GrEStG beinhaltet weiters eine Steuerbefreiung für die un- oder teilentgeltliche Übertragung von Betrieben bis zu einem Freibetrag von € 900.000,-- unter der Voraussetzung, dass der Übergeber mind das 55. Lebensjahr vollendet hat, erwerbsunfähig ist, soweit es sich um eine Übergabe unter Lebenden handelt, die Übertragung un- oder teilentgeltlich ist, Grundstücke im Sonderbetriebsvermögen eines Gesellschafters gemeinsam mit dem Mitunternehmeranteil übertragen werden, der Übergeber bei Entstehen der Steuerschuld mit mind einem Viertel am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist, mind ein Viertel des Betriebs übertragen wird (wird ein Teilbetrieb übertragen, muss dieser wieder mind ein Viertel des Werts des ges Betriebs umfassen) – diese Befreiung steht unter den genannten Voraussetzungen auch über den Personenkreis des § 26 a GGG hinaus zu.

Derselbe § 3 Abs 1 GrEStG regelt in Z 7, dass außerdem der *„Erwerb eines Grundstückes unter Lebenden durch den Ehegatten oder eingetragenen Partner unmittelbar zum Zwecke der gleichteiligen Anschaffung oder Errichtung einer Wohnstätte zur Befriedigung des dringenden Wohnbedürfnisses der Ehegatten oder eingetragenen Partner, soweit die Wohnnutzfläche 150 m² nicht übersteigt“* von der Besteuerung ausgenommen ist, sofern diese Wohnung innerhalb von 3 Monaten ab Übergabe bzw ab Fertigstellung, in diesem Fall außerdem maximal binnen 8 Jahren ab vertraglicher Begründung des Miteigentums, bezogen und für weitere 5 Jahre genutzt wird. Damit sind also Schenkungen der halben Ehe- oder Partnerschaftswohnung vom vorherigen Alleineigentümer an seinen (Ehe-) Partner, das sogenannte „Mitschreibenlassen“ des Ehegatten oder Partners, bis 150 m² ebenfalls steuerfrei. Der GrESt unterliegt nur ein 150 m² übersteigender Teil der Wohnung.

Ähnliches gilt in Z 7a für den Erwerb einer Wohnstätte oder eines Anteils daran durch den Ehegatten oder eingetragenen Partner durch Erb-anfall, Vermächtnis, Erfüllung eines Pflichtteilsanspruchs vor Beendigung des Verlassenschaftsverfahrens, Schenkung auf den Todesfall oder Anwachsung nach § 14 Abs 1 Z 1 WEG, wenn die Wohnung dem Erwerber im Zeitpunkt des Todes als Hauptwohnsitz gedient hat

und 150 m² nicht übersteigt. Hier ist also der aufrechte Hauptwohnsitz im Todeszeitpunkt Voraussetzung, die Steuerbefreiung ist wieder auf 150 m² beschränkt, aber dieser Befreiungstatbestand gilt auch für die Übertragung des gesamten Liegenschaftsanteils. In der Verlassenschaft kann der Ehegatte oder Partner also die gesamte Liegenschaft steuerfrei erwerben, einzige Einschränkung die Wohnnutzfläche.

Hinsichtlich der Berechnung regelt § 4 GrEStG, dass die Steuer vom Wert der Gegenleistung, mindestens jedoch vom Grundstückswert zu berechnen ist. Davon abweichend hält § 4 Abs 2 GrEStG fest, dass die Steuer für land- und forstwirtschaftliche Grundstücke nur vom Einheitswert zu berechnen ist, wenn es sich nach Z 1 um die Übertragung eines Grundstücks an eine in § 26 a GGG genannte Person handelt, oder nach Z 2 um den Erwerb des Grundstücks durch Erbanfall, Vermächtnis oder Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs vor Beendigung der Verlassenschaft durch den Personenkreis des § 26 a GGG.

Außerdem regelt § 7 Abs 1 Z 1c GrEStG, dass Erwerbe unter Lebenden durch den Personenkreis des § 26 a GGG als unentgeltlich gelten. Häufig wird es sich bei ehегüterrechtlichen Verträgen ohnehin um eine unentgeltliche Übertragung handeln, weil – vor allem wenn es sich um eine umfassende Regelung handelt – keine direkt der Liegenschaftsübertragung zuordenbare Gegenleistung vorliegen wird. Dies kann sich im Einzelfall natürlich anders darstellen. Aus grunderwerbsteuerlicher Sicht ist dies wie gesagt gar nicht relevant, da jeder Liegenschaftserwerb zwischen Ehegatten oder eingetragenen Partnern bzw im Zusammenhang mit Auflösung der Ehe/Partnerschaft ohnehin als unentgeltlich gilt und daher dem begünstigten Stufentarif des § 7 Abs 1 Z 2a GrEStG zu berechnen ist. Demnach beträgt die Steuer für die ersten € 250.000,-- 0,5%, für die nächsten € 150.000,-- 2%, und darüber hinaus 3,5%. Die Steuer für land- und forstwirtschaftliche Vorgänge, soweit sie vom Einheitswert zu berechnen ist, beträgt 2%. Im Übrigen beträgt die Steuer 3,5% - also insbesondere außerhalb des begünstigten Personenkreises.

Beispiel: A übernimmt von B die Ehewohnung, die einen steuerlich relevanten Wert von € 100.000,-- hat, und leistet eine Ausgleichszahlung in Höhe von € 200.000,--. Aufgrund der gesetzlichen Annahme der Unentgeltlichkeit der Übertragung ist die Ausgleichszahlung unbeachtlich, A hat Grunderwerbsteuer in Höhe von € 500,-- zu bezahlen (0,5% von € 100.000,--).

Bemessungsgrundlage ist (ausgenommen land- und forstwirtschaftliche Grundstücke, für die der Einheitswert heranzuziehen ist) nach § 4 Abs 1 GrEStG entweder die Summe des hochgerechneten (anteiligen) dreifachen Bodenwerts gem § 53 Abs 2 BewG und des (anteiligen) Werts des Gebäudes (also die Berechnung nach dem sog „Pauschalwertmodell“) oder die Höhe eines von einem geeigneten Immobilienpreisspiegel abgeleiteten Werts. Der Nachweis durch den Steuerschuldner, dass der gemeine Wert im Zeitpunkt des Entstehens der Steuerschuld unter dem nach den vorstehenden Methoden ermittelten Wert liegt, ist zulässig. Dann ist der geringere gemeine Wert als Bemessungsgrundlage heranzuziehen. Das Gutachten eines gerichtlich beeideten Sachverständigen hat in Bezug auf den darin ermittelten Grundstückswert die Vermutung der Richtigkeit für sich.

Hinsichtlich einer möglichen Immobilienertragsteuer ist darauf zu verweisen, dass Übertragungen zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern meist als unentgeltlich anzusehen sein werden. Auch die Finanzverwaltung geht davon aus, dass Eigentumsübertragungen von Grundstücken bzw Teilen davon im Rahmen der Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse einkommenssteuerrechtlich als Naturalteilung zu werten sind und daher keine Steuerpflicht auslösen. Dies trifft auch bei Ausgleichszahlungen ohne betragliche Begrenzung zu.¹²²

¹²² *Lumper-Wiesinger/Lumper* in *Deixler-Hübner*, HB Familienrecht², S 1162

6.2 Gebühren nach dem GebG

Zu prüfen ist nun noch die Frage, ob bzw wie weit ehgüterrechtliche Vereinbarungen in den Anwendungsbereich des GebG fallen.

Zunächst darf darauf verwiesen werden, dass, soweit für ein Rechtsgeschäft Grunderwerbsteuer zu zahlen ist, gem § 15 Abs 3 GebG keine Gebühr nach dem GebG anfällt. Hier soll eine Doppelbelastung vermieden werden. Die Übertragung von inländischen Liegenschaften ist also regelmäßig gebührenfrei, nur das sonstige betroffenen Vermögen unterliegt der Gebührenpflicht.

Hier sind 2 Bestimmungen maßgeblich. Zum einen regelt § 33 TP 11 GebG die Ehepakete. Darunter fällt seit dem FamRÄG 2009 praktisch nur noch die Gütergemeinschaft unter Lebenden.¹²³ Bemessungsgrundlage ist der Wert des der Gütergemeinschaft bei Lebzeiten unterzogenen Vermögens, unabhängig von der Belegenheit, also sowohl in – wie auch ausländisches bewegliches Vermögen, aufgrund der Ausnahme nach § 33 TP 11 Abs 2 GebG bzw § 15 Abs 3 GebG jedoch nur ausländisches Liegenschaftsvermögen. Der Wert ist nach den Vorschriften des BewG zu ermitteln.¹²⁴

Die Vorschriften des GebG hinsichtlich der Erbverträge wurde durch BGBl 2001/144 aufgehoben.

Die wesentlich relevantere und heiklere Frage ist jedoch jene nach der Anwendbarkeit des § 33 TP 20 GebG auf ehgüterrechtliche Vereinbarungen, also ob Voraus- und Aufteilungsvereinbarungen der außergerichtlichen Vergleichsgebühr unterliegen.

Die Gebühr für außergerichtliche Vergleiche beträgt 1%, sofern der Vergleich über anhängige Rechtsstreitigkeiten getroffen wird, ansonsten 2% vom Gesamtwert der von jeder Partei übernommenen Leistungen. Soweit es sich also um die Vorausregelung der ehelichen Ersparnisse und des ehelichen Vermögens handelt, ist schon hier ersichtlich,

¹²³ *Themel*, Stempel- und Rechtsgebühren¹¹, § 33 TP 11 GebG, Anm 1, E 11

¹²⁴ *Themel*, Stempel- und Rechtsgebühren¹¹, § 33 TP 11 GebG, Anm 4

dass allein die Bewertung des Vermögens, da es sich idR ja um künftiges Vermögen handelt, ein Problem darstellt. Die Regel des § 23 GebG, dass dann nur die schätzbaren Vermögensbestandteile heranzuziehen sind, macht die praktische Anwendung dieser Bestimmung ebenfalls nicht einfacher.

Die Anwendbarkeit des § 33 TP 20 GebG auf Voraus- und Aufteilungsvereinbarungen wird von der Finanzverwaltung¹²⁵ und großen Teilen der Lehre¹²⁶ bejaht, allerdings mehren sich in letzter Zeit kritische Stimmen.

Anknüpfungspunkt für die Begründung der Gebührenpflicht ist dabei das Vorliegen eines Vergleichs. Gem § 1380 ABGB stellt ein Vergleich einen entgeltlichen Feststellungsvertrag dar, der Zweifel oder Streitigkeiten über Bestand, Umfang oder Durchsetzbarkeit eines Rechts durch Nachgeben aller Parteien beseitigt und anstelle des unklaren Rechts ein klares festsetzt.¹²⁷ Ein Vergleich setzt also voraus, dass strittige Rechte bestehen oder die Rechtslage unklar ist. Genau hier setzt die Kritik an. *Lang/Leb* führen dazu aus, dass ein Ehevertrag die im Gesetz zwingend vorgegebenen, aber abstrakt geregelten Aufteilungstatbestände konkretisiert und damit in dessen Umfang eine Klärung der zweifelhaften Rechtslage, sohin ein gebührenpflichtiger Vergleich vorliegt.¹²⁸ Der VwGH geht in stRsp davon aus, dass Verträge zwischen Ehegatten, die eine Vermögenszuweisung für den Fall der Auflösung der Ehe enthalten, unter den Vergleichsbegriff zu subsumieren sind und nimmt in diesen Fällen eine Bereinigungswirkung hinsichtlich einer ungewissen Sach- oder Rechtslage an, da die Scheidungsfolgen im EheG im Einzelnen nicht exakt festgelegt sind und einer weiten Disposition unterliegen.¹²⁹

Barth hält dem entgegen, dass bei Vereinbarungen, mit denen Brautleute Vermögen in die beabsichtige Ehe einbringen, bzw Ehegatten das während der Ehe angesammelte Vermögen aufteilen wollen, im

¹²⁵ vgl *Themel*, Stempel- und Rechtsgebühren¹¹, § 33 TP 20 GebG, E 28, 33 bis 37

¹²⁶ vgl *Lang/Leb*, *ecolex* 2013, 1022, *Ginthör* in *Deixler-Hübner*, Der Ehevertrag⁴, S 195

¹²⁷ *Kajaba* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1380 RZ 1

¹²⁸ *Lang/Leb*, *ecolex* 2013, 1022

¹²⁹ *Barth*, NZ 2010, 144

Zeitpunkt der Vertragserrichtung volles Einvernehmen über die Vermögenszuordnung herrscht und daher nicht von einer Festlegung streitiger Rechte gesprochen werden kann. Durch die Erweiterung der Privatautonomie infolge des FamRÄG 2009, insbes die Möglichkeit zur Vorwegregelung der Ehewohnung und der ehelichen Ersparnisse, kann es seiner Meinung nach keinen Raum für zweifelhafte Rechte geben. Seine conclusio: wenn schon der Gesetzgeber Ehegatten dazu auffordert, Vorausvereinbarungen abzuschließen, kann dies doch unmöglich als Vergleich gesehen werden. Nur wenn in der Vorausvereinbarung tatsächlich strittige Rechte geregelt werden, zB Unterhaltsablösen, stellt dies einen Vergleich dar, nicht jedoch, wenn nur die Möglichkeit zur Vermögenszuordnung im Vorhinein ergriffen wird. Zur weiteren Begründung führt er den Vergleich mit Vorwegregelungen hinsichtlich der Rückstellungs- und Behaltrechte im Zusammenhang mit der Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses an.¹³⁰

Fellner verweist außerdem darauf, dass es damit schon in Hinblick auf die Regelung der Ehewohnung zu zwei Klassen von Scheidungsvergleichen kommt. Vergleiche, die eine grundbücherliche Übertragung einer Liegenschaft oder eines Anteils daran vorsehen, lösen GrESt aus und fallen damit unter die gebührenrechtliche Befreiung des § 15 Abs 3 GebG. Vergleiche, die dies nicht vorsehen (zB weil die Liegenschaft beim grundbücherlichen Eigentümer verbleiben soll), lösen hingegen eine Gebührenpflicht aus.¹³¹ Es scheint schwer verständlich, dass dies die Intention des Gesetzgebers sein sollte.

Ein neues Erkenntnis des VwGH lässt nun hoffen: in seiner Entscheidung VwGH 11.9.2018, Ra 2016/16/0110 hält er fest, dass eine Vereinbarung, in der die Vertragsparteien Rechte und Pflichten, über deren Art und Ausmaß kein Streit herrscht, anders regeln als im Gesetz vorgesehen, keinen gebührenrechtlichen Vergleich iSd § 33 TP 20 Abs 1 lit b GebG iVm § 1380 ABGB darstellt. Dieser Entscheidung liegt zwar ein Erb- und Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung zugrunde, lässt sich aber eventuell auch auf andere Sachverhalte umlegen. *A. Tschugguel* weist zurecht darauf hin, dass eine sachliche Rechtferti-

¹³⁰ *Barth*, NZ 2010, 144

¹³¹ *Fellner*, EF-Z 2011, 153

gung für die unterschiedliche Beurteilung von Erbverzicht und Ehevertrag als Vergleich nur schwer gefunden werden kann. Er begründet dies damit, dass einerseits auch erb- und pflichtteilsrechtliche Ansprüche dem Grunde und der Höhe nach zweifelhaft sein und einer Klarstellung bedürfen können, andererseits auch ehevertragliche Regelungen keine Klarstellung, sondern nur eine von der gesetzlichen abweichende individuelle Gestaltung bedeuten können. Er meint weiter, dass eine vorsorgliche vertragliche Regelung, die den möglichen gesetzlichen Unklarheiten zuvorkommt, niemals Vergleich ist, sondern immer privatautonome Gestaltung eines Rechtsverhältnisses. Ausgangspunkt für die Regelung ist auch nicht Streit oder Zweifel über die Bedeutung der gesetzlichen Grundlagen, sondern gemeinsame Absicht nach einem individuellen Regelungskonzept.¹³²

Solange keine Klarstellung durch den VwGH erfolgt, dass auch Eheverträge nur eine individuelle Gestaltung der rechtlichen Möglichkeiten im Rahmen der Privatautonomie darstellen, mangels Streits über Art und Ausmaß der gegenseitigen Rechte und Pflichten aber keinen Vergleich, ist wohl weiterhin davon auszugehen, dass die Finanzverwaltung von der Gebührenpflicht von Voraus- und Aufteilungsvereinbarungen ausgeht, soweit es sich nicht um die Übertragung von Liegenschaftsanteilen handelt. Aus Sicht der Praxis wäre es jedoch mehr als wünschenswert, die unzeitgemäße, dem Willen des Gesetzgebers nach mehr Privatautonomie und geringerer Befassung der Gerichte eindeutig zuwiderlaufende aktuelle Spruchpraxis zu überdenken bzw die gesetzlichen Grundlagen entsprechend klarzustellen. Außerdem sollte eine Argumentation in die Richtung, dass mit dem Vertragswerk keine Streitbeilegung, sondern nur eine individuelle, vom Gesetz abweichende Regelung der Rechtslage angestrebt wird, im Einzelfall unter Hinweis auf die erwähnte rezente Entscheidung des VwGH jedenfalls versucht werden.

¹³² A. Tschugguel, EF-Z 2019, 51

7. Tipps an den Vertragserrichter

Wie schon oben mehrfach erwähnt, gibt es einige Möglichkeiten, wie der Vertragserrichter Sachverhalte klarstellen und damit die Anwendung gesetzlicher Zweifelsregeln vermeiden kann.

- Zunächst empfiehlt es sich, in einer ausführlichen Präambel den Zustand der Ehe/Partnerschaft im Zeitpunkt der Errichtung der Vereinbarung festzuhalten genauso wie die Beweggründe für den Abschluss derselben.

- Ebenso sollte dokumentiert werden, welche Art von Vereinbarung überhaupt abgeschlossen werden soll (zB ob es sich nach dem Willen der Vertragsparteien um eine Vorausvereinbarung nach § 97 Abs 1 – 4 EheG handelt oder um eine Aufteilungsvereinbarung nach § 97 Abs 5 EheG).

- Bei Vereinbarungen über Gütergemeinschaften muss unbedingt das von dieser umfasste Vermögen genau beschrieben werden, um spätere Abgrenzungsfragen zu vermeiden.

- In Hinblick auf die gebührenrechtlichen Vorschriften kann es sinnvoll sein, festzuhalten, dass kein Streit über die in der Vereinbarung geregelten Rechte und Pflichten herrscht, daher keine Klarstellung der gesetzlichen Regelungen und keine Streitbeilegung angestrebt wird, sondern eine individuelle vom Gesetz abweichende Regelung der Rechtslage.

- Aufteilungsvereinbarungen sollten immer mit Unterhaltsvereinbarungen verbunden werden, um zu verhindern, dass ein Ehegatte bei Ableben des anderen während des anhängigen Scheidungsverfahrens seine Unterhaltsansprüche verliert.

- Eine genaue vertragliche Regelung des Schicksals der Vereinbarung im Falle der Auflösung der Ehe/Partnerschaft bzw für den Fall des Ablebens eines Ehegatten/Partners ist ebenfalls sehr zu empfeh-

len, auch für den seltenen Fall des Todes eines Vertragsteils während eines gerichtsanhängigen Scheidungs- oder Auflösungsverfahrens.

- Zur Vermeidung einer (sich möglicherweise erst später zB aufgrund einer Umwidmung des erfassten Vermögens ergebenden) Formungültigkeit ist die Errichtung in Notariatsaktsform anzuraten.

- Auch Aufteilungsvereinbarungen, die in Zusammenhang mit einem Scheidungsverfahren abgeschlossen werden, sollten jedenfalls zumindest schriftlich errichtet werden.

Zusammenfassung

In der vorliegenden Arbeit geht es um die umfassende Darstellung von ehedüterrechtlichen Vereinbarungen. Das Augenmerk wurde dabei zunächst auf den Ehepakt, und dabei vor allem auf Erbvertrag und Gütergemeinschaft unter Lebenden und auf den Todesfall gelegt. Einen Schwerpunkt der Arbeit bildet jedoch die Auseinandersetzungen mit den verschiedenen Arten an Vorausvereinbarungen nach § 97 Abs 1 – 4 EheG und den unterschiedlichen Kontrollmöglichkeiten des Gerichts, je nachdem ob eheliche Ersparnisse, eheliches Gebrauchsvermögen oder die Ehewohnung den Regelungsgegenstand bilden. Auch auf die Frage von Opting-in- bzw Opting-out-Vereinbarungen hinsichtlich der Ehewohnung wird eingegangen. Auch die Unterschiede hinsichtlich Form und Kontrollmöglichkeit zur Aufteilungsvereinbarung gem § 97 Abs 5 EheG werden dargestellt. Schließlich wird das Schicksal all dieser Arten von Vereinbarungen im Falle der Scheidung sowie bei Ableben eines Ehepartners erörtert. Vor allem wird dabei versucht, die Frage nach der Anwendbarkeit des § 746 ABGB auf Vorausvereinbarungen gem § 97 Abs 1 – 4 EheG zu beantworten. Hier wird zunächst der Meinungsstand wiedergegeben und anschließend ein Argumentationsstandpunkt dargestellt.

Weiters wird überprüft, wie weit die eherechtlichen Vorschriften mit jenen über eingetragene Partnerschaften übereinstimmen. Auch die grunderwerbsteuerrechtlichen Folgen von ehedüterrechtlichen Verträgen werden dargestellt. Dann wird auf die (mögliche) Gebührenpflicht nach dem GebG eingegangen, auch wird Meinungsstand und Judikatur wiedergegeben und versucht, eine mögliche Argumentation gegen eine Anwendung des § 33 TP 20 GebG auf ehedüterrechtliche Vereinbarungen zu finden. Abschließend werden ein paar praktische Tipps an den Vertragserrichter zusammengefasst.

Summary

The present paper deals with the comprehensive presentation of marital property agreements. The focus is on the marriage pact, and in particular on the contract of inheritance and community of property inter vivos and in the event of death. A main focus of the work, however, is the discussion of the different types of advance agreements according to § 97 (1) - (4) of the Austrian Marriage Act and the different possibilities of control by the court, depending on whether marital savings, marital property or the marital home are the subject of the agreement. The question of opting-in or opting-out agreements with regard to the marital home is also addressed. The differences with regard to the form and the possibility of control with regard to the partition agreement pursuant to § 97 (5) of the Austrian Marriage Act are also presented. Finally, the fate of all these types of agreements in the event of divorce as well as in the event of the death of one of the spouses is discussed. Above all, an attempt is made to answer the question of the applicability of § 746 Austrian Civil Code (ABGB) to advance agreements pursuant to § 97 Abs 1 - 4 of the Austrian Marriage Act. First, the state of opinion is presented and then an argumentation point of view is presented.

Furthermore, it is examined to what extent the provisions of marriage law correspond to those of registered partnerships. The consequences under real estate transfer tax law of contracts under matrimonial property law are also presented. Then the (possible) obligation to pay fees according to the Austrian Fees Act is dealt with, the state of opinion and case law is also reproduced and an attempt is made to find a possible argumentation against the application of § 33 TP 20 Austrian Fees Act to agreements under matrimonial property law. Finally, a few practical tips for the contract drafter are summarized.

Literaturverzeichnis

Barth, Vergleichsgebühr und Familienrechts-Änderungsgesetz 2009,
NZ 2010, 37

Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 2015, 2015

Bruckbauer, Die Schenkung auf den Todesfall und das reine Viertel
nach dem Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 – praktische Anwen-
dung der neuen Regelungen durch das Notariat, NZ 2017, 290

Christandl/Nemeth, Das neue Erbrecht – ausgewählte Einzelfragen,
NZ 2016/1

Deixler-Hübner, - Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft¹³, 2019
- Der Ehevertrag, Vereinbarungen zwischen Ehegat-
ten und Lebenspartnern⁴, 2018

Deixler-Hübner, (Hrsg.), Handbuch Familienrecht², 2020

Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg.), Erbrecht NEU, 2015

Fellner, Vergleichsgebühr bei Vereinbarungen über Ehewohnungen?,
EF-Z 2011, 153

Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht², 2020

Fischer-Czermak/Gitschthaler/A.Tschugguel, Tod des Ehegat-
ten/eingetragenen Partners während eines Auflösungsverfahrens,
EF-Z 2017, 148

Gitschthaler, - Aufteilungsrecht², 2017
- (Vermögensrechtliche) Eheverträge im Erbrecht
(Teil I), EF-Z 2020, 148
- (Vermögensrechtliche) Eheverträge im Erbrecht
(Teil II), EF-Z 2020, 207
- Die neuen Vorwegvereinbarungen nach dem Fam-
RÄG 2009, EF-Z 2010, 12

Gitschthaler/Tschugguel, Vereinbarungen nach § 97 EheG, EF-Z
2017, 139

Holzner, § 746 Abs 2 ABGB als neue Schnittstelle zwischen Ehegat-

tenerbrecht und Vermögensteilung bei Auflösung zu Lebzeiten,
öarr 2017, 167

Hopf/Kathrein, Eherecht³, 2014

Kletečka – Schauer, ABGB-ON^{1.05}, Stand 1.3.2019

Kogler, Formvorschriften im neuen Erbrecht, 2016

Lang/Leb, Vergebührung von Vorwegvereinbarungen/Eheverträgen,
ecolex 2013, 1022

Moser, Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen im Trennungsfolgen-
recht, 2013

Pesendorfer, Das Familienrechts-Änderungsgesetz 2009: Änderungen
im Eherecht, iFamZ 2009, 261

Rabl, Das neue Pflichtteilsrecht des Ehegatten (eingetragenen Part-
ners), EF-Z 2016, 284

Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg.), Das neue Erbrecht, Erbrechts-
Änderungsgesetz 2015, 2015

Rummel/Lukas, ABGB⁴, Stand 1.6.2019

Schwimann, Neues Recht für Vereinbarungen über nacheheliche Ver-
mögensaufteilung, Zak 2009, 323

Schwimann/Neumayr (Hrsg.), ABGB Taschenkommentar⁵, 2020

Themel, Stempel- und Rechtsgebühren¹¹, 2021

Tschugguel A., Erb- und Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung: Kein
Vergleich, keine Gebühr!, EF-Z 2019, 51

Welser, Erbrechts-Kommentar, Stand 30.6.2018