

# TE OGH 2019/5/21 5Ob229/18i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.05.2019

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Jensik als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Grohmann und die Hofräte Mag. Wurzer, Mag. Painsi und Dr. Steger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei G\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Franz Gütlbauer, Rechtsanwalt in Wels, gegen die beklagte Partei C\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, vertreten durch die Dr. Ägidius Horvatits Rechtsanwalts GmbH in Salzburg, wegen Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft (Streitwert 24.473,94 EUR), über den außerordentlichen Revisionsrekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Linz als Rekursgericht vom 24. Oktober 2018, GZ 2 R 136/18k-12, den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.265,12 EUR (darin 377,52 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsrekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die Ehe der Streitteile wurde mit rechtskräftigem Urteil des Bezirksgerichts Hallein vom 1. 6. 2017 geschieden. Seit Juni 2017 ist beim Bezirksgericht Hallein aufgrund eines Antrags der Klägerin ein nacheheliches Aufteilungsverfahren anhängig, in dem bisher weder eine Entscheidung ergangen ist noch eine vergleichsweise Regelung getroffen wurde.

Die Streitteile sind je zur Hälfte Eigentümer zweier unbebauter Liegenschaften. Die Klägerin beehrte mit ihrer am 6. 8. 2018 eingebrachten Teilungsklage die Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft an diesen Liegenschaften durch gerichtliche Feilbietung. Die Klägerin brachte vor, sie und der Beklagte hätten die beiden Liegenschaften kurz nach der Eheschließung erworben und die Kaufpreise mit in die Ehe eingebrachten Ersparnissen beglichen. Die Liegenschaften unterlägen (deshalb) nicht der nachehelichen Aufteilung.

Der Beklagte wandte die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts bzw die Gerichtsanhängigkeit ein. Die Klägerin habe im laufenden Aufteilungsverfahren die beiden Liegenschaften in ihrem Aufteilungsantrag angeführt, sich auf deren Erwerb während aufrechter Ehe berufen und eine Aufteilung in dem Sinn vorgeschlagen, dass die Streitteile jeweils eine der Liegenschaften in ihr Alleineigentum übernehmen.

Das Erstgericht sprach aus, dass der Rechtsschutzantrag betreffend die Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft im außerstreitigen Verfahren zu behandeln und zu erledigen und es dafür sachlich unzuständig sei. Weiters überwies es die Rechtssache an das Bezirksgericht Hallein. Die beiden Liegenschaften seien Gegenstand des dort geführten, nach

wie vor anhängigen Aufteilungsverfahrens. In diesem habe die Klägerin deren Aufteilung nach den §§ 81 ff EheG begehrt. Es bestehe ein Vorrang des Aufteilungsverfahrens. Erst nach dort erfolgter Klärung, dass bestimmte Vermögenswerte nicht der Aufteilung unterlägen, könnten die früheren Ehegatten insofern den streitigen Rechtsweg einschlagen.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs der Klägerin (in der Hauptsache) nicht Folge. Betrachte man die dem Aufteilungsakt und den im Teilungsprozess vorgelegten Urkunden zu entnehmenden Vorgänge im und neben dem Aufteilungsverfahren, so könne daraus nur der Schluss gezogen werden, dass die Klägerin (jedenfalls bis zur Entscheidung des Erstgerichts) die beiden Liegenschaften als Teil der Aufteilungsmasse und Gegenstand des Aufteilungsverfahrens angesehen habe. Das ergebe sich einerseits aus der Aufnahme (auch) dieser Liegenschaften in den Aufteilungsantrag und ihrer fortlaufenden Thematisierung im weiteren Aufteilungsverfahren und andererseits aus dem von ihrem Rechtsvertreter erstellten Vereinbarungsentwurf. Ein Sinneswandel der Klägerin habe sich erstmals mit der Teilungsklage manifestiert, in der sie den Standpunkt eingenommen habe, die Liegenschaften unterlägen nicht der Aufteilung, weil sie mittels vorehelicher Ersparnisse angekauft worden seien. Sollte Letzteres (für den gesamten Kaufpreis) zutreffen, wären sie tatsächlich der Aufteilung nach den §§ 81 ff EheG entzogen. Zu dieser Tatfrage liege jedoch weder eine Außerstreitstellung noch ein Zugeständnis des Beklagten vor. Dieser habe im Aufteilungsverfahren vorgebracht, dass er seine Liegenschaftsanteile mit vorehelichen Ersparnissen finanziert habe und diese deshalb nicht der Aufteilung unterlägen. Ob das auch auf die Anteile der Klägerin zutreffe, habe er ausdrücklich offen gelassen. Die Klägerin habe dazu im Aufteilungsverfahren bis zur Entscheidung des Erstgerichts kein Sachvorbringen erstattet und sich nicht gegen eine Einbeziehung der Liegenschaften (oder wenigstens ihrer Hälfteanteile) in das Verfahren gewandt, sondern diese Einbeziehung schon durch ihren Aufteilungsantrag betrieben. Womit die Liegenschaften finanziert worden seien und ob sie demnach zur Aufteilungsmasse gehörten oder nicht, stehe daher jedenfalls für die Hälfteanteile der Klägerin weder im Außerstreitverfahren noch im Teilungsprozess außer Streit; vielmehr lägen dazu inhaltlich divergierende Standpunkte vor. Sei unklar, ob eine Sache im Prozessweg oder im Aufteilungsverfahren abzuhandeln sei, bestehe ein Vorrang des Aufteilungsverfahrens. Daraus sei abzuleiten, dass im Streit- oder Zweifelsfall im Aufteilungsverfahren zu klären sei, ob bestimmte Gegenstände, Ersparnisse oder Rechte der Aufteilung nach den §§ 81 ff EheG unterliegen. Erst wenn dies dort verneint worden sei, könnten die Ehegatten über diese Sachen im streitigen Rechtsweg prozessieren.

Gegen diese Entscheidung des Rekursgerichts richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs der Klägerin. Sie beantragt, diese dahin abzuändern, dass dem Erstgericht unter Abstandnahme vom gebrauchten Überweisungsgrund die Einleitung und Fortführung des Verfahrens über diese Klage aufgetragen werde. Hilfsweise stellt sie einen Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag.

Der Beklagte erstattete eine ihm vom Obersten Gerichtshof freigestellte Revisionsrekursbeantwortung mit dem Antrag, den Revisionsrekurs nicht zuzulassen, jedenfalls aber diesem nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig; er ist aber nicht berechtigt.

1.1. Die Wahl der Verfahrensart durch die verfahrenseinleitende Partei (hier: des streitigen Verfahrens) bestimmt die anzuwendenden Rechtsmittelvorschriften (RIS-Justiz RS0046238 [T2]; RS0046245 [T4, T9]). Die Zulässigkeit des Revisionsrekurses ist daher nach § 528 ZPO zu beurteilen.

1.2 Gemäß § 528 Abs 2 Z 2 ZPO ist der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig, wenn der erstinstanzliche Beschluss zur Gänze bestätigt wurde, es sei denn, dass die Klage ohne Sachentscheidung aus formellen Gründen zurückgewiesen worden ist.

1.3. Die Überweisung einer Rechtssache vom streitigen in das außerstreitige Verfahren ist der Zurückweisung einer Klage gleich zu halten, wenn mit der Überweisung der Rechtssache eine Veränderung der anzuwendenden materiellen Bestimmungen verbunden ist (RS0044538 [T4]; RS0103854 [T3, T4]; RS0106813 [T4, T5]). Das ist bei der vorliegenden Überweisung einer Streitsache in das naheheliche Aufteilungsverfahren der Fall (RS0103854 [T4]; RS0106813 [T5]). Mit dieser Überweisung nach § 40a JN stehen der Unzuständigkeitsausspruch und die Überweisung der Außerstreitsache an das dafür zuständige Gericht nach § 44 JN in einem untrennbaren Zusammenhang.

1.4. Der Revisionsrekurs der Klägerin gegen den bestätigenden Beschluss des Rekursgerichts ist daher nicht schon nach § 528 Abs 2 Z 2 ZPO jedenfalls unzulässig.

2.1. Nach § 81 Abs 1 EheG sind im Fall der Ehescheidung das eheliche Gebrauchsvermögen und die ehelichen Ersparnisse unter die (ehemaligen) Ehegatten aufzuteilen. Eheliches Gebrauchsvermögen sind gemäß § 81 Abs 2 EheG die beweglichen oder unbeweglichen körperlichen Sachen, die während aufrechter ehelicher Lebensgemeinschaft dem Gebrauch beider Ehegatten gedient haben; dazu gehören insbesondere der Hausrat und die Eheswohnung. Eheliche Ersparnisse sind nach § 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. Darunter können auch Liegenschaften fallen (RS0057809), insbesondere wenn sie keiner Eigennutzung der Ehegatten dienen (RS0057814, RS0057819).

2.2. Nicht der Aufteilung unterliegen ? mit Ausnahmen für die Eheswohnung und den Hausrat § 82 Abs 2 EheG ? Sachen, die ein Ehegatte in die Ehe eingebracht hat (§ 82 Abs 1 Z 1 EheG). Der Aufteilung unterliegt lediglich die eheliche Errungenschaft, also das, was die Ehegatten während der Ehe erarbeitet oder erspart haben (RS0057486), nicht jedoch etwa aus der Zeit vor der Eheschließung stammende Ersparnisse oder deren Surrogate (RS0057349). Dies gilt zum Beispiel auch für eine Liegenschaft, die mit in die Ehe eingebrachtem Geld erworben wurde (RS0057305).

2.3. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs besteht ein Vorrang des Aufteilungsverfahrens. Soweit aufzuteilendes Vermögen der Ehegatten betroffen ist, soll zuerst dessen Rechtszuständigkeit in dem Verfahren außer Streitsachen nach den §§ 81 ff EheG geklärt werden; erst nach dort erfolgter Klärung, dass einzelne Gegenstände, Ersparnisse oder Rechte nicht der Aufteilung unterliegen, können Rechtsstreitigkeiten der Ehegatten im streitigen Verfahren geführt werden. Damit soll verhindert werden, dass das in einem Rechtsstreit gewonnene Ergebnis durch eine danach noch mögliche Rechtsgestaltung im Verfahren außer Streitsachen umgestoßen oder überholt wird (RS0111605). Demnach sind alle Ansprüche in das außerstreitige Aufteilungsverfahren verwiesen, die der nahehelichen Aufteilung unterliegende Vermögensmassen betreffen, die somit dem ehelichen Gebrauchsvermögen oder den ehelichen Ersparnissen zuzurechnen sind.

2.4. Die Aufteilung des Vermögens geschiedener Ehegatten nach den §§ 81 ff EheG geht auch einer Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft nach § 830 ABGB vor. Erst nach rechtskräftiger Entscheidung des Außerstreitrichters ist für die dann noch im Miteigentum der geschiedenen Ehegatten stehenden Anteile eine Auseinandersetzung nach den Bestimmungen des § 830 ABGB möglich (RS0008547). Kollidiert der Aufteilungsanspruch mit der Teilungsklage, besteht also die vorrangige Zuständigkeit des Außerstreitrichters (10 Ob 16/08p). Selbst wenn eine Liegenschaft nur zum Teil der außerstreitigen nahehelichen Vermögensaufteilung unterliegt, ist der Rechtsweg für die den Rest betreffende Teilungsklage erst nach rechtskräftiger Entscheidung des Außerstreitrichters zulässig. Eine verfrüht eingebrachte Teilungsklage ist an das zuständige Außerstreitgericht zu überweisen (5 Ob 528/95 = RS0008547 [T4]). Rechtsgrundlage für die Überweisung sind die §§ 40a, 44 und 46 JN (8 Ob 91/12h).

3.1. Eine Überweisung einer Rechtssache, in der Ansprüche zwischen ehemaligen Ehegatten hinsichtlich des ehelichen Gebrauchsvermögens oder ehelicher Ersparnisse geltend gemacht werden, in das Verfahren außer Streitsachen setzt nicht zwingend die Anhängigkeit eines Aufteilungsverfahrens voraus; in einem solchen Fall bildet die überwiesene Rechtssache vielmehr (lediglich) einen Teilaufteilungsantrag (§ 85 EheG; 6 Ob 34/18w). Die Überweisung streitiger Rechtssachen an das Außerstreitgericht ist freilich nur innerhalb der Einjahresfrist des § 95 EheG bzw bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Aufteilungsverfahrens möglich (RS0008531). Ist die Frist des § 95 EheG zum Zeitpunkt der Einbringung der Klage bereits abgelaufen, scheitert die Überweisung (6 Ob 34/18w).

3.2. Im Allgemeinen hat die Ermittlung der Prozessvoraussetzungen und der für ihre Feststellung erforderlichen Tatsachen von Amts wegen zu erfolgen. Bei der ersten vorläufigen Prüfung der allgemeinen Prozessvoraussetzungen geht dabei das Gericht von den Angaben des Klägers aus, soweit sie ihm nicht bereits als unrichtig bekannt sind. Das Gericht nimmt eine abstrakte Prüfung unter Zugrundelegung der Angaben des Klägers vor (Konecny in Fasching/Konecny<sup>3</sup> Einleitung I Rz 156). Erhebungen hat das Gericht einzuleiten und durchzuführen, wenn der zu beurteilende Sachverhalt und/oder ein dahin zielendes Parteivorbringen Anhaltspunkte dafür gibt, dass eine Prozessvoraussetzung fehlt oder ein Prozesshindernis vorliegen könnte (Konecny in Fasching/Konecny<sup>3</sup> Einleitung I Rz 156, 156/1).

3.3. Für die Rechtswegzulässigkeit gilt aufgrund des Wesens dieser Prozessvoraussetzung insofern Anderes, als es

für die Beurteilung der Frage, ob eine Rechtssache im streitigen oder außerstreitigen Verfahren zu behandeln ist, ausschließlich auf den Inhalt des Begehrens und des Vorbringens des Klägers/Antragstellers ankommt. Es ist von dessen Behauptungen, nicht aber von den Einwendungen des Beklagten/Antragsgegners oder den Feststellungen auszugehen, die das Gericht aufgrund der aufgenommenen Beweise trifft (vgl RS0013639, RS0005896, RS0005861). Dieser Grundsatz gilt nach Rechtsprechung und Lehre auch im Fall der Konkurrenz zwischen dem außerstreitigen Aufteilungsverfahren und einem streitigen Verfahren; auch in diesem Zusammenhang kommt es an sich ausschließlich auf den Inhalt des Begehrens und das Vorbringen des Klägers/Antragstellers an (vgl 3 Ob 168/15z; 1 Ob 26/15b; 1 Ob 82/13k; 7 Ob 48/10z; Gitschthaler in Schwimann/Kodek4 § 85 EheG Rz 10; Deixler-Hübner in Gitschthaler/Höllwerth, EuPR [2011] § 85 EheG Rz 11; Stabentheiner in Rummel ABGB3 § 85 EheG Rz 3; Nademleinsky in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 93 Rz 21).

3.4. Aus dem Vorrang des Aufteilungsverfahrens leitet die Rechtsprechung allerdings ab, dass die Eigenschaft eines Vermögenswerts als Teil des ehelichen Gebrauchsvermögens oder der ehelichen Ersparnisse für die Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs in diesem zu prüfen ist (1 Ob 221/16f; 1 Ob 26/15b; 8 Ob 91/12h mwN; vgl RS0008564). Ist die Eigenschaft eines Vermögenswerts als Teil des ehelichen Gebrauchsvermögens oder der ehelichen Ersparnisse aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen strittig, hat der mit einem sonst zulässigen Begehren angerufene Streitrichter (ebenso wie der allenfalls angerufene Außerstreitrichter) im Rahmen der ihm obliegenden Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen die erforderlichen Erhebungen zu pflegen und über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu entscheiden (RS0008484; Beck in Gitschthaler/Höllwerth, EuPR §§ 93–96 AußStrG Rz 40; vgl 6 Ob 680/81; 5 Ob 528/95; 7 Ob 25/99y; 4 Ob 263/00f; 8 Ob 91/12h).

3.5. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs setzt die Überweisung in das Aufteilungsverfahren aber nicht jedenfalls voraus, dass die Zugehörigkeit der streitverfangenen Sache zur Aufteilungsmasse aufgrund eines erhobenen Sachverhalts positiv feststeht. Aus dem Vorrang des Aufteilungsverfahrens wurde vielmehr auch abgeleitet, dass es genügt, wenn sich die Eigenschaft eines Vermögenswerts als Teil der Aufteilungsmasse und damit die Zulässigkeit nur des Außerstreitverfahrens schon aus den Behauptungen des Klägers/Antragstellers (vgl 3 Ob 168/15z; 1 Ob 26/15b; 4 Ob 98/12h; 10 Ob 16/08p), aus dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien (vgl 1 Ob 177/09z) oder aus dem mit den bereits festgestellten Tatsachen übereinstimmenden Vorbringen (vgl 10 Ob 29/10b; 6 Ob 34/18w) ergibt. Auch in der hier vorliegenden Konstellation führt der Vorrang des Aufteilungsverfahrens dazu, dass nicht der angerufene Streitrichter die zur Beurteilung der Zugehörigkeit der Liegenschaften zur Aufteilungsmasse erforderlichen Erhebungen zu führen und Feststellungen zu treffen hat. Ist die streitverfangene Sache – wie hier – Gegenstand eines bereits anhängigen Aufteilungsverfahrens, muss dieses Aufteilungsverfahren in Bezug auf die Klärung der in den beiden Verfahren strittigen Frage, ob diese Sache überhaupt der Aufteilung unterliegt, vorgehen. Der Vorrang des Aufteilungsverfahrens hat auch schon für die Klärung dieser gemeinsamen Vorfrage zu gelten.

4.1. Als Ergebnis ist festzuhalten: Die Liegenschaften, die den Gegenstand dieser Teilungsklage bilden, würden nur dann nicht der nachehelichen Aufteilung nach §§ 81 ff EheG unterliegen, wenn sie mittels vorehelicher Ersparnisse angekauft wurden. Die Richtigkeit der diesbezüglichen Behauptung der Teilungsklägerin ist aber strittig. Die Liegenschaften waren, wie das Rekursgericht zutreffend dargestellt hat, jedenfalls zum Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz zugleich Gegenstand eines anhängigen nachehelichen Aufteilungsverfahrens. Die Klärung der in beiden Verfahren strittigen Frage, ob die im Hälfteeigentum der Streitteile stehenden Liegenschaften in die Aufteilungsmasse fallen, hat angesichts dessen Vorrangs in diesem Aufteilungsverfahren zu erfolgen.

4.2. Der Revisionsrekurs ist daher nicht berechtigt.

4.3. Die Kostenentscheidung, die sich im Zwischenverfahren nach § 40a JN nach jener Verfahrensart richtet, die in dem das Verfahren einleitenden Rechtsschutzantrag gewählt und behauptet wurde (RS0046245), gründet sich auf § 50 iVm § 52 Abs 1 Satz 3 und § 41 ZPO. Der Beklagte hat im selbständigen Zwischenstreit über die Zulässigkeit des streitigen Rechtswegs obsiegt, sodass ihm die Klägerin seine Kosten zu ersetzen hat (RS0035955).

#### **Textnummer**

E125236

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2019:00500B00229.18I.0521.000

**Im RIS seit**

13.06.2019

**Zuletzt aktualisiert am**

02.09.2020

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)