

OGH 2009/07/08, 7 Ob 74/09x

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schaumüller, Dr. Hoch, Dr. Kalivoda und Dr. Roch als weitere Richter in den verbundenen Aufteilungssachen der Antragstellerin Hildegard R*****, vertreten durch Dr. Helene Klaar und Mag. Norbert Marschall Rechtsanwälte OEG in Wien, gegen den Antragsgegner Dipl.-Ing. Alfons R*****, vertreten durch Wille Brandstätter Scherbaum Rechtsanwälte OEG in Wien, (führender Akt 103 C 119/01a) und des Antragstellers Dipl.-Ing. Alfons R***** gegen die Antragsgegnerin Hildegard R***** (3 F 104/01m), je wegen Aufteilung gemäß §§ 81 ff EheG, über die Revisionsrekurse beider Parteien gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 30. Oktober 2008, GZ 45 R 338/08a-152, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Hernals vom 26. März 2008, GZ 103 C 119/01-142 (3 F 104/01m) aufgehoben wurde, den

Beschluss

gefasst:

1. Der Revisionsrekurs der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
2. Dem Revisionsrekurs des Antragsgegners wird nicht Folge gegeben.
3. Der Antragsgegner hat die Kosten seiner Revisionsrekursbeantwortung selbst zu tragen.

Die Kosten des Revisionsrekurses des Antragsgegners und der Revisionsrekursbeantwortung der Antragstellerin sind weitere Verfahrenskosten.

Begründung:

Die Parteien haben im Jahr 1964 die Ehe geschlossen. Sie wurde mit Urteil vom 25. 7. 2000, das in seinem Scheidungsausspruch am 22. 9. 2000 rechtskräftig wurde, geschieden. Die Antragstellerin war bis kurz vor der Geburt des ältesten ihrer vier Kinder (1966) berufstätig und trug bis dahin die Lebenshaltungskosten, der Antragsgegner studierte zunächst noch. Ab 1966 widmete sich die Antragstellerin im Einverständnis mit dem Antragsgegner nur mehr dem Haushalt und der Kinderbetreuung. Der Antragsgegner ging seinem Beruf nach und half der Antragstellerin nur sporadisch. Der Antragsgegner erzielte zu Beginn seiner Berufstätigkeit ein monatliches Einkommen von ca 20.000 S. Zum Zeitpunkt der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft im Jahr 1991 verdiente er rund 33.000 S bis 35.000 S netto. Im Mai 1966 bezogen die Ehegatten die spätere Ehewohnung. Der Mietvertrag wurde mit dem Antragsgegner abgeschlossen, der auch zu 1/9-tel Miteigentümer des Hauses ist, in dem diese Wohnung liegt. Die restlichen Liegenschaftsanteile stehen im Eigentum seiner Familienangehörigen. Bei Einzug der Ehegatten im Jahr 1966 befand sich die Wohnung in einem relativ guten Zustand. In den Jahren 1971/1972 erfolgte ein größerer Umbau, dessen Kosten nicht mehr festgestellt werden können. Im Jahr 1975 schloss der Antragsgegner hinsichtlich einer Nachbarwohnung einen Mietvertrag ab. Die Ehegatten legten die beiden Wohnungen zusammen, sodass sich die Wohnfläche auf ca 150 m² vergrößerte. Sie installierten eine Heizung und finanzierten den Umbau und die Anschaffung der Möbel aus während der Ehe erworbenen Mitteln. Der monatliche Mietzins von 1975 bis 1991 betrug unverändert 4.800 S (= 348,83 EUR) inklusive Betriebskosten. Sämtliche mit der Ehewohnung in Verbindung stehende Kosten während aufrechter Ehe sowie nach dem Auszug der Antragstellerin im Jahr 1991 trug der Antragsgegner und später der in der Wohnung lebende gemeinsame Sohn.

In der Wohnung befindet sich ein indischer Teppich, zu dessen Ausfolgung an die Antragstellerin der Antragsgegner bereit ist. Der Wert einer während der Ehe angelegten Münzsammlung, die teilweise von den Kindern der Streitteile verwendet oder diesen ausgefolgt wurde, kann nicht festgestellt werden. Bausparverträge wurden zur Finanzierung des Ankaufs einer Liegenschaft in M***** verwendet. Die Er- bzw Ablebensversicherung des Antragsgegners hatte zum 1. 10. 1991 einen Rückkaufswert von 327,54 EUR und war im Jahr 2006 fällig. Während aufrechter Ehe wurden Pachtrechte hinsichtlich des „Ö*****s“ erworben, die 1995 gekündigt wurden. Die Antragstellerin konnte die von ihr beanspruchten Einrichtungsgegenstände abholen. Diese Liegenschaft bildet keinen Streitpunkt im Revisionsverfahren. Die Liegenschaft in M***** wurde von den Streitteilen im Dezember 1979 um 111.900 S gekauft. Der Kaufpreis war so günstig, weil der Antragsgegner beim Amt der NÖ Landesregierung beschäftigt war. Für die Verkäuferin (NÖ Landwirtschaftlicher Siedlungsfonds) wurde ein Vor- und Wiederkaufsrecht gesichert. Dieses ist 2006 ausgelaufen. Seit diesem Zeitpunkt ist die Liegenschaft am Markt frei verwertbar. Die Kredite, die zur Anschaffung aufgenommen wurden, wurden während aufrechter Ehe zurückbezahlt. 1984 errichteten die Streitteile ein Blockhaus auf der Liegenschaft. 1991 beabsichtigte der Antragsgegner, neuerlich einen Kredit aufzunehmen. Über die erforderliche Bürgenhaftung der Antragstellerin kam zwischen den Streitteilen keine Einigung zustande. Die Antragstellerin verkaufte deshalb dem Antragsgegner ihren Anteil mittels Notariatsakts, wobei der Antragsgegner an die Antragstellerin keinerlei Zahlungen leistete.

Der Wert der Liegenschaft betrug im Jahr 1991 2.894.000 S (= 210.315,18 EUR). Abzüglich der auf der Liegenschaft per 1991 aushaftenden Schulden in der Höhe von 1.155.663,58 S (= 83.985,35 EUR) ergibt dies rund 1.738.000 S (= 126.305,39 EUR). Der Schätzwert des Gebäudes

beträgt zum Stichtag 31. 12. 1990 1.775.000 S (= 128.994,28 EUR), wobei der Verkehrswert des Hauses seit Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft jedenfalls angestiegen ist. Der Verkehrswert der Liegenschaft (ohne dem darauf errichteten Haus) beträgt zum Stichtag 1. 3. 2007 207.015 EUR. Es steht nicht fest, dass ein aus dem Vausempfang auf eine Erbschaft des Antragsgegners stammender relevanter Betrag im Jahr 1988/1989 in das Haus investiert wurde.

Während aufrechter Ehe starb eine Tante des Antragsgegners. Nach Verzicht des Vaters des Antragsgegners und dessen Schwester (= Geschwister der Verstorbenen) auf die Eintrittsberechtigung in deren Pachtrechte an der Liegenschaft in der Kleingartenanlage A***** schloss der Generalpächter Z***** am 20. 5. 1978 mit dem Antragsgegner einen Unterpachtvertrag ab. 1980 wurde die dort errichtete Schrebergartenhütte abgetragen und (größtenteils von den Streitparteien selbst) ein neues Gebäude als Superädifikat errichtet. Finanziert wurde dieses durch einen mittlerweile zurückgezahlten Kredit. Bis 1990 wurde diese Liegenschaft von den Streitparteien nur wenig benützt. 1996 installierte der Antragsgegner Wasser- und Kanalanschlüsse auf seine Kosten. Von Mai 1993 bis 17. 11. 2001 bewohnte die Antragstellerin das Gebäude, obwohl es nicht winterfest war. Ab dem 14. 12. 2001 konnte die Antragstellerin dort nicht mehr wohnen, weil dem Antragsgegner aufgrund eines Gerichtsauftrags ein Schlüssel übergeben werden musste und der Antragsgegner seither Gegenstände auf der Parzelle lagert und auch anderen Leuten Zutritt gewährt. Mit Kaufvertrag vom 31. 8. 2001 wurde der Antragsgegner Eigentümer der ehemaligen Kleingartenparzelle zu einem Kaufpreis von 895.400 S (= 65.071,26 EUR), der nicht aus in der Ehe erworbenen Mitteln aufgebracht wurde. Der „Wert der Parzelle“ betrug zum Zeitpunkt der Schließung des Pachtvertrags im Jahr 1980 13.350 EUR, zum Zeitpunkt der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach Errichtung des Superädifikats Mitte Oktober 1991 71.620 EUR, im Sommer 2002 61.240 EUR. Weitere Feststellungen zu den behaupteten Aufwendungen des

Antragsgegners auf die Liegenschaft samt Haus A***** wurden vom Erstgericht aus rechtlichen Erwägungen nicht getroffen. Derartige Aufwendungen seien als nicht ins Gewicht fallend anzusehen, zumal dem Antragsgegner eine geringere Unterhaltsverpflichtung im Hinblick auf seine Aufwendungen für den von der Antragstellerin benutzten Kleingarten auferlegt worden sei.

Die Antragstellerin begehrte, ihr die alleinigen Pachtrechte hinsichtlich des Kleingartens zu übertragen und ihr eine Ausgleichszahlung in der Höhe von 500.000 S (= 36.336,42 EUR) zu gewähren und dem Antragsgegner das sonstige eheliche Vermögen zu übertragen. Diesen Antrag änderte sie nach Eigentumserwerb des Antragsgegners an der Parzelle A***** dahin ab, dass sie nunmehr das alleinige Eigentum an der Liegenschaft samt dem darauf errichteten Haus begehrt und für diesen Fall auf eine zusätzliche Ausgleichszahlung verzichtet. Hilfsweise begehrt sie, ihr ein unentgeltliches Wohnrecht einzuräumen oder ihr durch andere gerichtliche Anordnung die Nutzung des vormaligen Kleingartens zu übertragen und ihr eine Ausgleichszahlung in der Höhe von 1 Mio S (= 72.672,83 EUR), hilfsweise 2 Mio S (145.345,66 EUR) zu gewähren. In der Tagsatzung vom 8. 3. 2004 verzichtete die Antragstellerin auf die Nutzung der Ehewohnung.

Der Antragsgegner beantragt, die Antragstellerin zur Räumung der Parzelle A***** zu verpflichten und ihr eine Ausgleichszahlung von (zuletzt) 43.488,21 EUR sA aufzuerlegen.

Das Erstgericht übertrug im zweiten Rechtsgang der Antragstellerin das Eigentum an der ehemaligen Kleingartenparzelle A***** sowie am indischen Teppich. Dem Antragsgegner teilte es die Mietrechte an der Ehewohnung, die Lebensversicherung sowie das Eigentum an sämtlichen Einrichtungsgegenständen, an der Liegenschaft in M***** samt Gebäude und Inventar und an der Münzsammlung zu und wies die darüber

hinausgehenden Anträge ab. Weiters hob es die Kosten des Verfahrens gegeneinander auf. In rechtlicher Hinsicht gelangte es zu dem Ergebnis, dass die Vermögensauseinandersetzung nicht streng rechnerisch, sondern nach Billigkeit vorzunehmen sei. Da sich die Lebensbereiche der geschiedenen Ehegatten künftig möglichst wenig berühren sollten, seien dem Antragsgegner die Liegenschaft in M***** und die Mietrechte an der Ehewohnung zuzuweisen. Die Liegenschaft in M***** unterliege der Aufteilung, auch wenn die Antragstellerin ihren Hälfteanteil an den Antragsgegner verkauft habe. Die Antragstellerin habe niemals einen Kaufpreis erhalten. Es finde sich kein Hinweis darauf, dass mit dem Kaufvertrag eine abschließende Regelung im Sinn einer vorweggenommenen Aufteilung eines Teils der ehelichen Ersparnisse gemäß § 97 Abs 1 zweiter Satz EheG vorgenommen habe werden sollen. Aus der Zuteilung der Mietrechte an der ehemaligen Ehewohnung an den Antragsgegner ergebe sich die Notwendigkeit eines finanziellen Ausgleichs zwischen den Parteien, weil jeder Wohnungswechsel nicht zu unterschätzende Belastungen mit sich bringe, die sich derjenige erspare, dem die bisherige Wohnung verblieben sei. Von der Leistung einer Ausgleichszahlung sei aber in diesem Fall abzusehen, weil der Antragstellerin die Parzelle A***** zugewiesen worden sei. Dies entspreche der Billigkeit, weil der Antragsgegner erkennbar jedenfalls zumindest die Hälfte des Aufteilungsvermögens erhalte. Von einer zusätzlichen Ausgleichszahlung sei abzusehen. Das Rekursgericht hob den angefochtenen Beschluss neuerlich auf und verwies die Rechtssache zur Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es vertrat die Rechtsansicht, dass es der Billigkeit entspreche, dem Antragsgegner grundsätzlich einen finanziellen Beitrag zur Schaffung einer neuen Wohngelegenheit aufzuerlegen, insbesondere wenn der Antragsgegner, wie hier, eine große Mietwohnung mit einem ortsunüblich geringen Mietzins behalte und sich die Antragstellerin nach der Trennung eine Wohngelegenheit schaffen müsse. Der Antragsgegner habe im Jahr 2001 die Pachtrechte an der Kleingartenparzelle A***** aufgegeben, doch sei

der Wert des Fehlenden nach § 91 EheG einzubeziehen. Das Eigentumsrecht surrogiere das vorher bestandene Pachtrecht und das Eigentum am Superädifikat. Die Parteien hätten aber ihre Außerstreitstellung des Werts der Liegenschaft in M***** in der Tagsatzung vom 12. 6. 2006, ON 114, widerrufen und betreffend der Liegenschaft ein Wertgutachten beantragt. Die Außerstreitstellung des Gebäudewerts zu Ende 1990 sei aufrecht geblieben. Die bisher vom Erstgericht getroffenen Feststellungen zum Wert der Liegenschaft in M***** samt Gebäude, zum Wert der Liegenschaft A***** samt Gebäude sowie zur Valorisierung der Schulden seien jedoch für das Aufteilungsverfahren (bezogen auf den Entscheidungszeitpunkt erster Instanz) selbst unter dem Grundsatz der Billigkeit nicht ausreichend und insoweit zu ergänzen. Ebenso seien Feststellungen zu den vom Antragsgegner behaupteten Aufwendungen für die Parzelle A***** zu treffen, die nicht durch allfällige verringerte Unterhaltszahlungen berücksichtigt worden seien, um nachvollziehbar überprüfen zu können, ob diese durch die dem Antragsgegner auferlegte geringere Unterhaltsverpflichtung vollständig berücksichtigt worden seien. Die Prüfung, ob die Antragstellerin derzeit eine entsprechende Wohngelegenheit habe oder nicht, sei hingegen nicht erforderlich.

Das Rekursgericht sprach aus, dass der Revisionsrekurs zulässig sei, weil zur Frage, ob bei Aufgabe von Unterpachtrechten an einem Kleingarten das sodann daran erworbene Eigentum als der Wert des Fehlenden (Surrogat) in die Aufteilung einzubeziehen sei, oberstgerichtliche Rechtsprechung fehle.

Dagegen richten sich die Rekurse beider Parteien. Die Antragstellerin beantragt, den erstinstanzlichen Beschluss in der Hauptsache wieder herzustellen (und nur ihrem Kostenrekurs Folge zu geben), hilfsweise bereits eine Endentscheidung nach Billigkeit zu treffen. Der Antragsgegner beantragt, den erstinstanzlichen Beschluss dahingehend abzuändern,

dass ihm auch die Parzelle der ehemaligen Kleingartenanlage zugewiesen werde.

Die Parteien beantragen, dem Revisionsrekurs des jeweiligen Gegners nicht Folge zu geben.

Vorweg ist auszuführen, dass die fehlende Bewertung des Entscheidungsgegenstands nicht schadet, weil das Rekursgericht den Revisionsrekurs ohnedies für zulässig erklärt hat. Es kommt also für die Zulässigkeit nur mehr auf das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage im Sinn des § 62 Abs 1 AußStrG an (RIS-Justiz RS0007073 [T5]).

1. Zum Revisionsrekurs der Antragstellerin:

Der Revisionsrekurs ist mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage unzulässig.

Die Aufträge des Rekursgerichts, welche Feststellungen noch zu treffen sind, sind klar formuliert. Die Rechtsansicht des Rekursgerichts, dass der Bewertungsstichtag für das zur Zeit der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft vorhandene, der Aufteilung unterliegende Vermögen der Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz ist, hält sich im Rahmen der Judikatur (RIS-Justiz RS0057644, RS0115775). Die Antragstellerin negiert die Ausführungen des Rekursgerichts, dass in der Tagsatzung vom 12. 6. 2005 (ON 115) die Antragstellerin selbst die diesbezügliche Außerstreitstellung widerrufen und die Einholung eines Gutachtens beantragt hat (AS 331 f). Nicht außer Streit steht der Wert des Gebäudes auf der Liegenschaft M***** am oder in Nähe zum relevanten Bewertungsstichtag (Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz [RIS-Justiz RS0057644]), und es fehlen Feststellungen zu den Investitionen des Antragsgegners hinsichtlich des ehemaligen Superädifikats nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft aus nicht der

Aufteilung unterliegenden Mitteln und inwiefern diese den der Aufteilung unterliegenden Wert mindern. Auf die folgenden Ausführungen ist hier zu verweisen. Weiters ist zu beachten, dass die verbliebenen Schulden genauso wie die Liegenschaften zum Bewertungsstichtag zu bewerten sind (RIS-Justiz RS0057482). Die Entscheidung des Rekursgerichts ist im Einzelfall nicht zu beanstanden.

Die Aufteilungsmasse wird durch die bei Ablauf der Jahresfrist des § 95 EheG vorliegenden Parteienanträge bindend festgelegt. Sie bestimmen den Verfahrensgegenstand quantitativ, also in Ansehung der der gerichtlichen Entscheidung unterworfenen Vermögensteile (1 Ob 102/04p mwN, RIS-Justiz RS0112630). Die Rechtsansicht des Rekursgerichts, dass das Vorbringen des Antragsgegners hinsichtlich getätigter Investitionen nicht präkludiert sei, entspricht der Rechtsprechung, zumal damit nur auf den Wert der bereits festgelegten Aufteilungsmasse Bezug genommen wird.

Die Antragstellerin macht keine erheblichen Rechtsfragen geltend.

2. Zum Revisionsrekurs des Antragsgegners:

Der Revisionsrekurs ist zulässig, aber im Ergebnis nicht berechtigt. Die Übertragung der Rechte aus einem Unterpachtvertrag an einem Kleingarten auf eine andere Person bedarf zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Zustimmung des Generalpächters (§ 14 Abs 1 KIGG). Durch den Tod des Unterpächters wird der Unterpachtvertrag aufgelöst, es sei denn, dass binnen zwei Monaten der Ehegatte, Verwandte in gerader Linie oder Wahlkinder des Verstorbenen oder eine andere Person, die an der Bewirtschaftung des Kleingartens in den letzten fünf Jahren maßgeblich mitgewirkt hat, schriftlich die Bereitschaft erklären, den Unterpachtvertrag fortzusetzen. Der Generalpächter hat längstens binnen einem weiteren Monat den Eintritt einer dieser Personen in den

Unterpachtvertrag schriftlich anzuerkennen (§ 15 Abs 1 KIGG). Die in den Unterpachtvertrag eintretende Person wird mit dem Wert der Aufwendungen, für die im Fall der Auflösung des Unterpachtverhältnisses im Zeitpunkt des Todes des Unterpächters ein Entschädigungsanspruch gemäß § 16 Abs 1 erster Satz leg cit gegeben wäre, Schuldner der Verlassenschaft (§ 15 Abs 2 KIGG). Erben der verstorbenen Unterpächterin des Kleingartens A***** waren ihre Geschwister. Nach der außergerichtlichen Erbteilung sollte dem Vater des Antragsgegners die aus dem Unterpachtvertrag zustehenden Rechte samt Zubehör zustehen (unstrittig Beilage ./ 32). Der Vater des Antragsgegners erklärte nach der ebenso unstrittigen, vom Antragsgegner vorgelegten Urkunde Beilage ./33 dem Generalpächter gegenüber, dass er seine Rechte samt Zubehör an seinen Sohn (= Antragsgegner) abtrete. Der Z***** schloss als Generalpächter und Verpächter mit dem Antragsgegner einen (neuen) Unterpachtvertrag am 20. 5. 1978 ab. Daraus ergibt sich, dass der Antragsgegner nicht im Rahmen der Sonderrechtsnachfolge nach § 15 KIGG aufgrund des Todes der Unterpächterin in den Unterpachtvertrag eingetreten ist, sondern dass er im Hinblick auf eine Verfügung unter Lebenden nach § 14 Abs 1 KIGG die Rechte vom Vater übertragen bekommen hat. Mit ihm wurde ein neuer Unterpachtvertrag abgeschlossen. Schon aus diesem Grund kann von einem Erwerb von Todes wegen nicht gesprochen werden. Welches Rechtsgeschäft zwischen dem Vater und dem Antragsgegner zugrunde lag, ist nicht bekannt. Dies schadet aber aus nachfolgenden Erwägungen nicht, sodass eine Ergänzung des Sachverhalts in dieser Hinsicht unterbleiben kann.

Zu den von der Aufteilung ausgenommenen „eingebrachten Sachen“ gehören alle Vermögenswerte, die nicht von den Eheleuten während der Ehe gemeinsam geschaffen oder erworben worden sind (1 Ob 159/04w). Zum ehelichen Gebrauchsvermögen gehören auch dingliche oder obligatorische Rechte an unbeweglichen Sachen (RIS-Justiz RS0113632). Zur Beurteilung stehen hier ein Superädifikat, also ein rechtlich

selbständiges Bauwerk auf fremden Grund (§ 435 ABGB), und das Pachtrecht an der Parzelle an.

Selbst wenn dem Antragsgegner das ursprünglich auf der Parzelle befindliche Schrebergartenhaus geschenkt worden wäre, also deshalb nicht der Aufteilung unterliegen würde, ist zu beachten, dass dieses abgetragen wurde und im Zeitpunkt der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr existierte. Das neu errichtete Gebäude wurde aus der Aufteilung unterliegenden Mitteln finanziert, sodass es als Superädifikat jedenfalls als eheliches Gebrauchsvermögen zu qualifizieren ist.

Eine besondere „Zuwendung“ (Einbringung) des Pachtrechts an den Antragsgegner (der Pachtvertrag wurde zwischen dem Generalpächter und einem Unterpächter geschlossen) liegt der Sache nach nicht vor. Abgesehen davon wurde das Pachtrecht durch die Errichtung eines Superädifikats mit nicht unerheblichen gemeinsamen Mitteln zumindest schlüssig der Verwendung beider Ehegatten und damit als eheliches Gebrauchsvermögens gewidmet (vgl 1 Ob 505/92, 8 Ob 568/90). Es ist also davon auszugehen, dass das Pachtrecht und das Superädifikat der Aufteilung unterliegen. Unstrittig ist, sonst würde sich die vorliegende erhebliche Rechtsfrage gar nicht stellen, dass das Superädifikat durch den Erwerb des Eigentums am ehemaligen Kleingarten durch den Kläger untergegangen ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Eigentümer des Superädifikats auch die Liegenschaft, auf der dieses errichtet ist, erwirbt. In diesem Fall verliert das Gebäude seine rechtliche Selbständigkeit und wird unselbständiger Bestandteil des Grundstücks (RIS-Justiz RS0123168). Durch den Eigentumserwerb erlischt auch das Pachtrecht (§ 1445 ABGB). Das bedeutet, dass nur durch eine Verfügung des Antragsgegners nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die beiden Vermögenswerte aus dem ehelichen Vermögen ausgeschieden sind.

§ 91 Abs 1 EheG gilt auch für die Verringerung ehelichen Gebrauchsvermögens oder ehelicher Ersparnisse, die erst nach der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft stattfinden (RIS-Justiz RS0057933). Die einseitige Disposition eines Ehegatten über eheliches Gebrauchsvermögen zum Nachteil des anderen ohne dessen zumindest stillschweigende Zustimmung widerspricht der Zielsetzung des Gesetzes (RIS-Justiz RS0057919, RS0057915). Es ist dabei der Wert des Fehlenden in die Aufteilung einzubeziehen, also zu fingieren, das Fehlende sei dem Verpflichteten schon durch Aufteilung zugekommen (RIS-Justiz RS0003990). Bei der Ermittlung der einzelnen Vermögenswerte sind nicht die seinerzeitigen Anschaffungskosten maßgeblich, sondern entscheidend ist der Wert im Zeitpunkt der Auseinandersetzung (RIS-Justiz RS0057818).

Bei der Beurteilung der Frage, ob im Sinn des § 91 Abs 1 EheG als Wert des Fehlenden nunmehr das Eigentum an der vormaligen Kleingartenparzelle statt des Pachtrechts einzubeziehen ist, ist zu bedenken, dass ein Eigentumsrecht als Vollrecht über das im Zeitpunkt der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft vorhandene bloße Unterpachtrecht weit hinausgeht. Erste Voraussetzung für die Zugehörigkeit einer Sache zum Aufteilungsvermögen ist aber, dass sie zum Zeitpunkt der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft zum ehelichen Gebrauchsvermögen gehört hat (RIS-Justiz RS0057331). Da das Eigentumsrecht an der Liegenschaft nie zum Gebrauchsvermögen gehört hat, kann es schon deshalb ein Pachtrecht samt Superädifikat nicht surrogieren. Es käme ansonsten der Antragstellerin mehr zu, als den Ehegatten zum Zeitpunkt der Auflösung der Ehe zugestanden ist. Abgesehen davon kann im Hinblick auf die oben dargelegten Grundsätze ohnehin nur der Wert des verringerten Vermögens einbezogen werden. Es bedarf daher Feststellungen dazu, welchen Wert das Superädifikat in Verbindung mit dem Pachtrecht im Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz gehabt hätte, wenn der Unterpachtvertrag

nicht gekündigt und der Antragsgegner nicht Eigentümer der Liegenschaft geworden wäre. Dieser Wert unterliegt dann der Aufteilung, wobei allfällige Aufwendungen des Antragsgegners aus eigenen Mitteln, die nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft gemacht wurden, in Abzug zu bringen sind.

Im Hinblick auf die Eventualanträge der Antragstellerin auf Einräumung eines obligatorischen oder dinglichen Rechts hinsichtlich der Liegenschaft A***** ist darauf hinzuweisen, dass sich die §§ 89 und 90 EheG nur auf Wohnraum bzw Liegenschaften beziehen, die zum ehelichen Gebrauchsvermögen gehören. Da aber - wie oben dargelegt - das Eigentum an der Liegenschaft nicht zum ehelichen Gebrauchsvermögen gehört hat, kann daran auch kein obligatorisches oder dingliches Recht begründet werden. Die Antragstellerin muss diesbezüglich auf eine Ausgleichszahlung verwiesen werden. Zutreffend haben aber die Vorinstanzen erkannt, dass es bei Überlassen der Ehewohnung an einen Ehegatten ein Gebot der Billigkeit sein kann, dass der Ehegatte, der die Wohnung behält, durch eine Geldzahlung den anderen bei der Beschaffung einer neuen Wohnung unterstützt (RIS-Justiz RS0057574). Damit soll in erster Linie dem Ehegatten, der die Wohnung aufgibt, bei der Beschaffung einer neuen, dem früheren Wohnungsstandard annähernd entsprechenden Wohnung geholfen werden. Es soll aber auch der allfällige Vorteil des verbleibenden Ehepartners berücksichtigt werden, der darin liegt, dass das für die Wohnung geleistete Entgelt unter jenem liegt, das für gleichartige Wohnungen unter Berücksichtigung der gesetzlichen Höchstmietzinse auf dem allgemeinen Wohnungsmarkt üblicherweise bezahlt wird (6 Ob 33/04b, RIS-Justiz RS0057825).

Auch im vorliegenden Fall verbleibt dem Antragsgegner eine äußerst günstige Mietwohnung, bei der der Mietzins seit Beginn des Mietverhältnisses von 1975 bis 1991 nicht angehoben wurde. Die Antragstellerin musste sich hingegen eine neue Wohnmöglichkeit

schaffen. Feststellungen zu den notwendigen Mehraufwendungen der Antragstellerin fehlen und sind nachzutragen, bevor ein angemessener Pauschalausgleichsbetrag gefunden werden kann.

Der Sachverhalt muss daher im oben aufgezeigten Sinn und auch unter Berücksichtigung der Ausführung des Rekursgerichts (vgl auch Punkt 1.) zu den fehlenden Feststellungen ergänzt werden, bevor eine abschließende Entscheidung getroffen werden kann.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 234 AußStrG aF (§ 203 Abs 9 AußStrG). Der Antragsgegner wies auf die Unzulässigkeit des Rechtsmittels der Antragstellerin nicht hin.